

الوسيط في أحكام الالتزام وإثباته

دكتور

عباس مصطفى عباس

مدرس القانون المدني
كلية الحقوق – جامعة جنوب الوادي

دكتور

خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق – جامعة أسيوط

2023/2022

مقدمة :

لا جرم أن دراسة النظرية العامة للالتزامات تعتمد على تناول موضوعين أساسيين: الموضوع الأول يتعلق بدراسة موضوع مصادر الالتزام Sources des obligations، أي ذلك الموضوع الذي يعنى بمعرفة الأصول والمصادر التي تتولد أو تتبعث منها الالتزامات، سواء أكانت ممثلة في العقد أم العمل غير المشروع أم الإثراء بلا سبب أم الإرادة المنفردة أم القانون، والموضوع الثاني يتصل بدراسة أحكام الالتزام للوقوف على ذلك النظام القانوني الذي يحكم هذا الالتزام مجرداً عن أصله ومصدره ، وذلك بدءاً من تاريخ ميلاد ونشأة هذا الالتزام. ومروراً بما قد يطرأ عليه من أوصاف معدلة له، ومدى إمكانية انتقاله وكيفية هذا الانتقال، وانتهاءً بأسباب زواله وانقضائه. وإذا كنا بفضل من الله ورحمة قد فرغنا سلفاً من عرض وتناول الموضوع الأول من هذين الموضوعين في مؤلف مستقل تحت عنوان "مصادر الالتزام"، فإننا نؤمل في مدد الله عز وجل وعونه ليوفقنا في حسن بيان وعرض الموضوع الثاني لهذه النظرية العامة للالتزامات ألا وهو موضوع " أحكام الالتزام " لتتم الفائدة وتكمل بالفراغ من عرض موضوعي النظرية العامة للالتزامات .

فأحكام الالتزام التي تمثل محلاً وموضوعاً لدراستنا خلال هذا المؤلف تعنى- فور نشأة الالتزام أيّاً كان مصدره- ببيان النظام القانوني الذي ينظم كيفية تنفيذ الالتزام، والأوصاف المعدلة له، ومدى جواز انتقاله من الناحية الإيجابية (أي في صورة حوالة الحق) أو من الناحية السلبية (أي في صورة حوالة الدين)، فضلاً عن بيان أسباب انقضاء هذا الالتزام وزواله.

وتتميز أحكام الالتزام عن مصادره بقدر عالٍ من التجريد، نظراً لأن قواعد نشأة الالتزام تختلف فيما بينها باختلاف مصدر الالتزام، في حين نجد أن قواعد أحكام الالتزام أكثر عمومية وتجريداً لأنه يجري تطبيقها على كافة الالتزامات أيّاً كانت مصادرها، بحيث لا تختلف فيما بينها كمبدأ عام بحسب المصدر الذي انبعثت منه.

ومما تجدر ملاحظته أن واضع القانون المدني المصري قد حذا حذو واضع القانون المدني الفرنسي فعمد إلى فصل التنفيذ العيني الاختياري (والمتمثل في الوفاء) عن التنفيذ العيني الجبري فتناول التنفيذ العيني الاختياري في باب انقضاء الالتزام، وقصر الحديث عن آثار الالتزام على التنفيذ الجبري للالتزام دون التنفيذ الاختياري له^(١)، وهذا اتجاه محل نظر لأن تنفيذ الالتزام اختياراً أو جبراً هو أثر الالتزام، كما ينقضي الالتزام في نفس الوقت بتنفيذه سواء أكان تنفيذاً اختيارياً أم تنفيذاً إجبارياً، غاية ما هنالك أنه نظراً لأن تنفيذ الالتزام يمثل الغاية المنشودة من الالتزام، فإن ذلك يضيف على تنفيذ الالتزام أهمية خاصة، فيكون من المناسب معها عرض الوفاء أو التنفيذ العيني الاختياري في باب تنفيذ الالتزام أو آثار الالتزام وليس في باب انقضاء الالتزام، ثم إذا جاء الحديث عن انقضاء الالتزام أعلنا على تنفيذ الالتزام على أساس أن الالتزام ينقضي بتحقيقه سواء أكان تنفيذاً اختيارياً أم تنفيذاً جبرياً، ولا يتصور عقلاً أن نرجئ الحديث عن التنفيذ العيني الاختياري لحين التكلم عنه في باب انقضاء الالتزام على الرغم من أنه يمثل الأصل العام والطريق الطبيعي في تنفيذ الالتزام^(٢).

وإذا كان واضع القانون المدني المصري قد اتجه إلى تخصيص الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني لدراسة مصادر الالتزام (وذلك من خلال المواد من ٨٩ : ١٩٨)، فقد خصص الأبواب الأربعة التالية من هذا الكتاب لعرض وبيان أحكام الالتزام (وذلك في المواد من ١٩٩ : ٣٨٨)، وسنعرض لمفردات الموضوعات التي تتصل بأحكام الالتزام بنفس النسق والترتيب المقرر لها داخل نصوص القانون المدني فنبداً بدراسة آثار الالتزام (ولكننا لأننا انتقدنا مسلك واضع القانون المدني المصري حينما فصل بين التنفيذ العيني وهو الوفاء، وبين التنفيذ العيني الجبري فعرض التنفيذ الاختياري في باب انقضاء الالتزام وليس في باب آثار الالتزام، فإننا سنعمد إلى ضم نوعي التنفيذ العيني في باب آثار الالتزام خروجاً على مسلك واضع القانون على اعتبار أن هذا أمر طبيعي يتفق مع المنطق والعقل).

(١) يرى البعض -ويحق أنه ليس من المنطق الفصل بين تنفيذ الالتزام والوفاء به، ما دنا مسلمين بأن تنفيذ الالتزام ليس شيئاً آخر سوى الوفاء به، ويقترح تناول موضوع الوفاء في باب آثار الالتزام مع التنفيذ الجبري للالتزام وليس في باب انقضاء الالتزام (أ.د/ عبد المنعم البدرابي " النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري"، الجزء الثاني، "أحكام الالتزام"، بند ١٢، ص ٢٣، طبعة عام ١٩٧٥ م، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة بالقاهرة)

(٢) وهذا الاتجاه تبناه بعض الفقه المصري وعلى رأسهم أ.د/ عبد الحي حجازي في مؤلفه " أحكام الالتزام" ص ٥٦، أ.د/ جلال علي العدوي " أصول أحكام الالتزام والإثبات" ص ٢٦، طبعة عام ١٩٩٦م، مركز الدلتا للطباعة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، أ.د/ عيد الناصر العطار "أحكام الالتزام والإثبات" ص ٧، ط ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م. وقد عمد كل من القانون المدني السويسري والبولوني إلى إتباع نفس الاتجاه فعالجا الوفاء في باب آثار الالتزام أو تنفيذه خروجاً على الأسلوب المتبع في النظام اللاتيني حيث تجري معالجة الوفاء ضمن باب انقضاء الالتزام وليس ضمن تنفيذه.

باب تمهيدي ماهية الالتزام

أولاً: معنى الالتزام:

الالتزام هو رابطة قانونية بين شخصين يصير بمقتضاها أحدهما وهو المدين ملتزماً بأداء معين (سواء أكان الأداء عملاً أم امتناعاً عن عمل أم التزاماً بإعطاء) تجاه شخص آخر وهو الدائن^(١).

ويعتبر الالتزام L'obligation أحد الحقوق المالية Les droits pecuniaires ، ويطلق عليه اصطلاح الحق الشخصي Le droit personnel أو حق الدائنية Droit de créance ، ذلك أننا إذا نظرنا إلى الالتزام في جانبه الإيجابي عد حقاً للدائن في مواجهة مدينه، وإن نظرنا إليه في جانبه السلبي عد التزاماً على عاتق المدين في مواجهة دائنه، وهو يعتبر من حقوق الدائنية على أساس أن الرابطة التي تربط بين طرفيها هي علاقة دين، صاحب الحق فيها هو الدائن Le créancier ، والطرف الآخر الملتزم بأداء الدين هو المدين Le débiteur وترجع تسمية الالتزام بالحق الشخصي إلى أن الدائن بالالتزام لا يتسنى له اقتضاء محل هذا الالتزام والحصول عليه إلا بناء على التدخل الشخصي من جانب المدين بهذا الالتزام، هذا بخلاف صاحب الحق العيني الذي له سلطة مباشرة على شيء معين بالذات يقررها له القانون تمكنه من الحصول على كافة حقوقه على هذا الشيء دون حاجة إلى أي تدخل شخصي من جانب أحد.

ثانياً: عناصر الالتزام:

يتكون الالتزام في صورته المعتادة من عنصرين: هما عنصر الواجب أو المديونية، وعنصر الجزاء أو المسؤولية، وبموجب العنصر الأول ينبغي على المدين أن يستجيب من تلقاء نفسه إلى الواجب الذي يفرضه عليه الالتزام فينفذ الأداء الذي التزم به في مواجهة دائنه سواء كان هذا الأداء عملاً أم امتناعاً عن عمل أم في صورة إعطاء ، فإن لم يستجب المدين إلى عنصر المديونية في التزامه، كان للدائن الحق في تحريك العنصر الثاني المتمثل في الجزاء أو المسؤولية، فيستعين

(١) انظر في ذلك المعنى إلى أ.د. / إسماعيل غانم " في النظرية العامة للالتزام " ج١ ، بند ١٦٥ ، ص ٣٠ ، بدون تاريخ نشر ، أ.د./ نبيل إبراهيم سعد " النظرية العامة للالتزام " ، أحكام الالتزام ، ص ٥ ، طبعة عام ٢٠٠٣ م ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع بالاسكندرية ، ومؤلفنا " الوسيط في مبادئ القانون " ص ٦٣١ ، ٦٣٢ . طبعة عام ١٩٨٨ ، مكتبة بداري بأسيوط .

بالسلطة العامة التي تجبر المدين على تنفيذ التزامه قهراً وقسراً ما دام قد رفض أداءه رضاً واختياراً^(١).

ومن ثم ينقسم الالتزام من حيث إمكانية جبر المدين على تنفيذه أو عدم إمكانية ذلك، إلى التزام مدني والتزام طبيعي، فالالتزام المدني هو التزام توافر له عنصران وهما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية، فيجبر المدين على تنفيذه قهراً وقسراً إن لم يبادر بتنفيذه مختاراً، أما الالتزام الطبيعي فهو التزام توافر له عنصر المديونية ولم يتحقق له عنصر المسؤولية، وبالتالي فإنه إن لم يقر المدين مختاراً بتنفيذ هذا الالتزام المتعهد بتنفيذه، فلا سبيل لإجبار المدين على تنفيذه، ومن أمثلة الالتزام الطبيعي وجود دين في ذمة شخص سقط بالتقادم فالالتزام المدني بالوفاء بهذا الدين التزام طبيعي لا يجبر عليه لافتقاره لعنصر الجزاء أو المسؤولية، ولكن إن وفى به مختاراً وهو يعلم حقيقة كدين طبيعي كان وفاءً صحيحاً ولا يملك الرجوع فيه أو استرداده^(٢).

ثالثاً: محل الالتزام:

هو الأداء الذي يلتزم المدين به في مواجهة الدائن، ويتخذ هذا الأداء إحدى هذه الصور الثلاث:

١- الالتزام بعمل:

يمثل الالتزام بعمل الصورة الإيجابية لمحل أو موضوع الالتزام، حيث يتعين على المدين الذي تعهد بالقيام بعمل لصالح الدائن أن يقوم بأدائه وتنفيذه إليه^(٣).

والالتزام بعمل قد يكون التزاماً بنتيجة Une obligation de resultat، وقد يكون التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية Un obligation de moyen ou de soins وذلك تبعاً لطبيعة محل الالتزام المكلف بأدائه المدين في مواجهة دائنه، فإذا كان التزام المدين التزاماً بتحقيق غاية أو نتيجة معينة، فإنه لا يكون موفياً لالتزامه إلا إذا حقق الغاية أو النتيجة المطلوبة، مثال ذلك التزام المقاول ببناء عمارة مثلاً، إذ لا يتحقق وفاء المقاول بالتزامه إلا إذا قام ببناء العمارة، ولا يعفى من

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/جمال محمد إبراهيم النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، أحكام الالتزام، ص ١٣ ط ٢٠٠٠م ومطبعة الإسراء بالقاهرة، أ.د/محمد صبرى السعدى "النظرية العامة للالتزام"، القسم

الثاني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ص ٧ ط ٢٠٠٤، دار الكتاب الحديث بالقاهرة والكويت والجزائر.

(٢) تنص المادة ١٩٩ من القانون المدني المصري على أنه "١- ينفذ الالتزام جبراً على المدين.

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه.

وتنص المادة ٢٠١ من القانون المدني المصري على أنه "لا لايسرد المدين ما أداه باختيابه، قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً".

(٣) انظر مؤلفنا "الوسيط في مبادئ القانون ص ٦٤١، ٦٤٢.

المسئولية العقدية La responsabilite contractuelle إلا بإثبات السبب الأجنبي، أما إذا كان التزام المدين التزاماً ببذل عناية فيكفيه أن يبذل في تنفيذ التزامه عناية الشخص المعتاد حتى وإن لم تتحقق النتيجة المطلوبة، مثال ذلك التزام الطبيب بعلاج مريضه، إذ يكفيه ليكون موفياً لالتزامه مجرد بذله عناية طبيب معتاد في نفس تخصصه وظروفه وإن لم يشف المريض^(١).

والأصل أن يقوم المدين بنفسه بتنفيذ التزامه، لا سيما عند وجود اتفاق على ذلك بينه وبين الدائن أو كانت طبيعة الالتزام نفسه تقتضي ذلك، فعندئذ يحق للدائن رفض التنفيذ إذا صدر من غير المدين شخصياً. بيد أنه يجوز للمدين في غير هاتين الحالتين أن يعهد لغيره بمهمة تنفيذ الالتزام نيابة عنه تجاه دائنه كأن يعهد أحد موردي البضائع لمورد آخر ينوب عنه في توريد البضاعة الملتزم بتوريدها في مواجهة الدائن التاجر^(٢).

ب - الالتزام بالامتناع عن عمل:

يمثل الالتزام بالامتناع عن عمل L'obligation de pas faire الصورة السلبية لموضوع الالتزام أو الحق الشخصي، حيث يتعهد المدين بعدم إتيان عمل معين من الأعمال كان بوسعه أن يأتيه لولا هذا الالتزام، ولذلك يحد هذا الالتزام من حرية الشخص في ممارسة بعض الأعمال المباحة له بحسب الأصل، مثال ذلك أن يبيع تاجر محله التجاري لتاجر آخر فيشترط عليه في العقد ألا يفتح محلاً تجارياً منافساً له في نفس المنطقة أو الحي، فبذلك يقع على التاجر البائع التزام سلبي بالامتناع عن منافسة التاجر المشتري و إلا كان من حق الدائن بهذا الالتزام الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه من جراء هذه المنافسة وفقاً لأحكام المسئولية العقدية^(٣).

ج - الالتزام بإعطاء:

يقصد بالالتزام بإعطاء L'obligation de donner التزام المدين بنقل حق عيني أو إنشائه، سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل، ويتحقق تنفيذ هذا الالتزام بقيام المدين بالأعمال اللازمة لانتقال أو إنشاء هذا الحق العيني، مثال ذلك التزام بائع العقار Le vendeur d'immeuble بنقل ملكيته إلى المشتري L'acheteur، حيث لا تنتقل الملكية في العقارات

(١) انظر مؤلفنا "الوسيط في مبادئ القانون ص ٦٤١، ٦٤٢.

(٢) انظر مؤلفنا "الوسيط في مبادئ القانون ص ٦٤١، ٦٤٢.

(٣) انظر مؤلفنا "الوسيط في مبادئ القانون" ص ٦٤٢، ٦٤٣. تجدر الإشارة إلى أن من الفقه من يرى أن محل الالتزام لا يتجاوز صورتين هما الالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل، ويرى أن الصورة الثالثة المتمثلة في الالتزام بإعطاء لا تخرج عن كونها مجرد صورة من صور الالتزام بعمل، انظر في ذلك أ.د/ سعيد جبر "المدخل لدراسة القانون" بند ٤، ص ٣، ١٩٩٩-٢٠٠٠ م.

بمجرد إبرام العقد ولكن يلزم لتحقيق ذلك إتمام إجراءات التسجيل في مكتب التوثيق أو الشهر العقاري الكائن بدائرتة العقار، ولذلك يقع على عاتق المدين (أي البائع) التزام بنقل أو إنشاء الحق العيني وهو حق الملكية Droit de la propriete لصالح المشتري وتنفيذ ذلك يقتضى اتخاذ البائع الإجراءات القانونية اللازمة لنقل الملكية إلى المشتري ، وذلك من خلال ذهابه مع المشتري إلى مكتب التوثيق أو الشهر العقاري المختص مصطحبا معه مستندات الملكية للتوقيع على العقد وإتمام إجراءات التسجيل لنقل الملكية.

رابعاً: الفرق بين أثر العقد وأثر الالتزام:

يمثل العقد أهم وأبرز مصادر الالتزام، فمتى اتجهت الإرادة المشتركة للمتعاقدين La volonté commune des deux contractants إلى إحداث أثر قانوني معين Un effet juridique, déterminé كنا بصدد عقد أو اتفاق أياً كان هذا الأثر المترتب عليه، أي سواء أكان هذا الأثر متمثلاً في إنشاء الالتزام (كما هو الحال في عقد البيع فهو ينشئ التزامات متبادلة بين طرفيه) أم في نقله (كما هو الحال في عقد الحوالة، سواء أكان حوالة حق أم حوالة دين) أم في تعديله (كما هو الحال في الاتفاق على اقتران الالتزام بأجل أو تعليقه على شرط) أم في إنهائه (كما هو الحال في عقد التقايل الذي يقبل فيه كل عاقد من تعاقد معه من التزامه في العقد).

ويبين لنا مما سبق أن أثر العقد على هذا النحو يختلف عن أثر الالتزام الذي يتمثل في ضرورة تنفيذ الالتزام والوفاء به إلى الدائن، سواء تحقق ذلك رضاءً واختياراً من جانب المدين وهذا هو الأسلوب المعتاد والطريق المألوف للتنفيذ ويطلق عليه الفقه اصطلاحاً "التنفيذ العيني الاختياري L'execution réelle, volontaire" أم تحقق جبراً وقسراً عن المدين عن طريق استعانة الدائن بالسلطة العامة في سبيل إجرائه، وهذا هو الطريق البديل والأسلوب الاحتياطي الذي يلجأ إليه الدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ الاختياري لالتزامه، ويطلق عليه الفقه اصطلاحاً "التنفيذ العيني الجبري أو الإجمالي L'execution réelle, forcée" وقد أحسن واضع القانون المدني البحريني صنفاً حينما ميز تمييزاً دقيقاً بين أثر العقد وأثر الالتزام وفصل بينهما حينما وضع القواعد الخاصة بالمنظمة لكل واحد منهما على حده، فحذا في ذلك حذو القانون المدني المصري ولم يحذو حذو القانون المدني الفرنسي الذي خلط بينهما بصورة واضحة وعمد إلى معالجة وتنظيم الأثرين معاً مختلطين في آن واحد.

خامساً: تزامن واختلاف وقت نشوء المسؤولية والمديونية:

لا جرم أن وجود عنصر المسؤولية يكون متزامناً أو معاصراً لوجود عنصر المديونية عادة حينما يكون الالتزام مدنياً، بحيث إذا لم يستجب المدين به لعنصر المديونية فيه فامتنع عن الوفاء بهذا الالتزام رضاءً واختياراً، أضحى في مقدور الدائن تحريك عنصر المسؤولية باللجوء إلى السلطة العامة ممثلة في السلطة القضائية للحكم له بإلزام المدين بالوفاء بالتزامه جبراً وقهراً.

في حين أن الالتزام الطبيعي لا يثبت له بداءة من عنصري الالتزام سوى عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، ومن ثم فإنه إذا عمد المدين إلى عدم الوفاء بالتزامه طواعية واختياراً تعذر إجباره على ذلك قهراً وقسراً لتخلف عنصر الجزاء أو المسؤولية عن هذا الالتزام، ذلك العنصر الذي يخول للدائن الحق في الالتجاء إلى السلطة العامة للاستعانة بها في حمل المدين على تنفيذ التزامه جبراً عنه إذا رفض أداءه مختاراً، وبذلك تتحقق الصورة الأولى التي ينعدم فيها عنصر المسؤولية رغم وجود عنصر المديونية.

وقد يحدث أن يتأخر نشوء عنصر المسؤولية عن عنصر المديونية ، فيكون للالتزام عنصر واحد، ألا وهو عنصر المديونية ، ثم ينشأ بعد ذلك عنصر المسؤولية للالتزام - فيكتمل له عنصره - في مرحلة لاحقة على نشوء عنصر المديونية ، ويحدث ذلك حينما يكون التزام المدين التزاماً طبيعياً ثم يتعهد للدائن رغم ذلك بالوفاء به فيتحول التزامه بهذا التعهد من التزام طبيعي إلى التزام مدني يجبر المدين على الوفاء به قهراً وقسراً إذا لم يوفه إياه رضاءً واختياراً.

والأصل العام أن يرجع الدائن على مدينه فينفذ على أمواله التي تمثل الضمان العام لدائنيه في حدود مديونيته دون زيادة أو نقصان، بحيث تكون مسؤوليته متوازية من حيث النطاق والمدى مع مديونيته، إلا أنه من المتصور أن يتسع نطاق مسؤوليته فيزيد عن مقدار مديونيته كما هو الحال في حالة التضامن بين المدينين، حيث يسأل كل مدين متضامن عن كل الدين رغم أنه مدين فقط بجزء منه مع غيره من المدينين، كما أنه قد يضيق نطاق المسؤولية فيقل عن مقدار المديونية مثال ذلك مسؤولية الوارث عن ديون المورث حيث لا يسأل عن هذه الديون إلا في حدود التركة دون زيادة، بحيث لو تجاوزت ديون المورث مقدار التركة فلا مسؤولية على الوارث قانوناً عما زاد عن مقدار ما خلفه مورثه من أموال التركة⁽¹⁾.

(1) ذلك وإن كان صحيحاً أن الوارث يخلف مورثه خلافة عامة في كافة العقود التي أبرمها المورث قبل موته، بما تحمله من حقوق وما تتضمنه من التزامات إلا أنها خلافة

الباب الأول تنفيذ الالتزام

تمهيد وتقسيم:

الأصل العام أن يسارع المدين إلى تنفيذ التزامه رضاءً واختياراً تنفيذاً كاملاً دون إبطاء أو تأخير، غير أنه إذا امتنع عن هذا التنفيذ كليةً أو لم ينفذه كاملاً أو تباطأ في إجرائه أجبر على هذا التنفيذ قهراً وقسراً عن طريق القضاء، ومن هنا يبين لنا أن تنفيذ الالتزام قد يكون تنفيذاً عينياً اختيارياً وقد يكون تنفيذاً عينياً جبرياً.

ولا شك أن التنفيذ العيني سواء أكان تنفيذاً اختيارياً أم تنفيذاً جبرياً هو الأصل في تنفيذ الالتزام، بحيث لا يجوز العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض إلا إذا تخلفت شروط الحكم بالتنفيذ العيني، كما لو أصبح التنفيذ العيني غير ممكن، فعندئذ يحكم القاضي بالتنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض.

ولقد حرص واضع القانون المدني البحريني على إيجاد مجموعة من الوسائل القانونية اللازمة لحماية حقوق الدائنين تمكيناً لهم من الحفاظ على حقوقهم من مواجهة المدين، سوف نعرض لها تفصيلاً - بإذن الله تعالى - في مواضعها من الكتاب.

وبناء على ما سبق نقسم - بمشيئة الله تعالى - هذا الباب إلى فصول ثلاثة نتكلم في الفصل الأول عن التنفيذ العيني للالتزام سواء أكان اختيارياً أم إجباراً، ثم نتناول في الفصل الثاني التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض، ثم نعرض في الفصل الثالث الضمان العام المقرر للدائنين على أموال مدينهم ووسائل المحافظة عليه، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: التنفيذ العيني للالتزام.

الفصل الثاني: التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض.

الفصل الثالث: الضمان العام المقرر للدائنين ووسائل المحافظة عليه.

مقيدة بقيددين: القيد الأول: أن الحقوق المتولدة عن عقود السلف لا تخلص لخلفه العام إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، وفي هذا حماية للسلف بأداء ديونه وتنفيذ وصاياهم من تركته بعد موته. وحماية لدائني المورث بتعجيل الوفاء لهم بحقوقهم من تركته مدينهم، والقيد الثاني: أن الديون التي تركها المورث لا تلزم ورثته إلا في حدود التركة،

الفصل الأول التنفيذ العيني للالتزام

تمهيد وتقسيم

سنعرض بمشيئة الله تعالى للتنفيذ العيني للالتزام ، سواء أكان تنفيذاً عينياً اختيارياً أم كان تنفيذاً عينياً إجبارياً.

المبحث الأول: التنفيذ العيني الاختياري

المبحث الثاني: التنفيذ العيني الإجباري.

المبحث الأول

التنفيذ العيني الاختياري

لا جرم أن تنفيذ الالتزام - بوصفه أثراً لهذا الالتزام- يجب أن يكون تنفيذاً عينياً، بحيث يقوم المدين بأداء عين أو ذات ما التزم به في العقد، والطبيعي أن يتحقق منه هذا التنفيذ اختيارياً ورضاء لا قهراً وقسراً، و إلا ألزم به رغماً عنه بناء على طلب الدائن عن طريق القضاء، ما دام أن هذا التنفيذ لا يزال ممكناً، ولا يؤدي في ذات الوقت إلى إرهاب المدين إرهاباً جسيماً^(١). ويتحقق التنفيذ العيني الاختياري للالتزام عن طريق الوفاء به، وهذا الوفاء قد يكون وفاء بسيطاً، وقد يكون مع الحلول وفاءً ، وذلك كله على التفصيل الآتي:

^(١) ويتحقق الإرهاب الذي يجيز النزول عن التنفيذ العيني الإجباري للالتزام المدين إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض إذا كان من شأن حمل المدين على التنفيذ العيني جبراً عنه أن يهدده بضرر فادح لا يتناسب معه البتة الضرر الذي يصيب الدائن من حرمانه من هذا التنفيذ، بحيث يبدو تمسك الدائن حينئذٍ بهذا التنفيذ العيني رغم إرهابه للمدين على هذا النحو ضرباً من ضروب التعسف في استعمال الحق بوصفه عملاً غير مشروع بموجب نص المادة ٥/ب من القانون المدني المصري والمادة ٢٨/ج من القانون المدني البحريني

المطلب الأول

Le paiement simple الوفاء البسيط

أولاً: معنى الوفاء البسيط:

يمكننا تعريف الوفاء البسيط في اصطلاح القانون بأنه تنفيذ عين ما التزم به المدين في العقد تنفيذاً اختيارياً^(١). فالمعنى القانوني للوفاء لا يقتصر على معناه الدارج المتمثل في تنفيذ الالتزامات التي يكون محلها قيام المدين بدفع مبلغ نقدي لدائنه ، بل يمتد ليشمل كافة مظاهر التنفيذ العيني الاختياري أياً كان محله (أي سواء أكان محل الالتزام متمثلاً في قيام المدين بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين أو كان التزاماً بإعطاء- أي نقل أو إنشاء حق عيني للدائن -).

ثانياً: الطبيعة القانونية للوفاء:

لا جرم أن الوفاء بوصفه تنفيذاً اختيارياً للالتزام يظهر فيه الطابع الإرادي ويتجلى ذلك واضحاً إذا ما قورن الوفاء بالتنفيذ الجبري للالتزام الذي يتحقق فيه معنى القهر . وقد ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية للوفاء، فمال البعض إلى أنه تصرف بالإرادة المنفردة، على أساس أنه يجري إتمامه اختيارياً من جانب المدين، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن الوفاء ليس تصرفاً قانونياً بل هو مجرد عمل مادي *Un acte material* ، تأسيساً على أن الوفاء يمكن أن يتحقق ولو دون علم من المدين بل ودون إرادته، ومن ثم فإنه يصح قانوناً حصول الوفاء ممن له مصلحة فيه ولو لم يكن المدين على علم بذلك أو حتى رغم إرادته، كما يمكن أن يتم الوفاء دون حاجة إلى قبول من الدائن، وذلك عن طريق اللجوء إلى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع وبذلك لا تمثل الإرادة جوهر القيام به، بل إنها لا تصير لازمة أصلاً لصحته^(٢).

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٧، حيث يعرفه بأنه "تنفيذ الالتزام اختيارياً بأدائه عيناً، وبعبارة أخرى الوفاء البسيط هو أداء عين الالتزام اختيارياً، ويعرفه البعض الآخر قائلين "الوفاء هو تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به المدين أياً كان محل الالتزام" أ.د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق - بند ٢١٢، ص ٣٨١، حيث يعرفه قائلين "التنفيذ الإرادي للالتزام أياً كان محل الالتزام، إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"، أ.د/ حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٥٥. انظر في ذلك إلى: أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني "النظرية العامة للالتزام"، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ص ٣٥٤، طبعة عام ١٩٩٦م، دار أبو المجد للطباعة.

(٢) انظر في ذلك إلى: أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني "النظرية العامة للالتزام"، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ص ٣٥٤، طبعة عام ١٩٩٦م، دار أبو المجد للطباعة.

وبناء على ما سبق لا يلزم لصحة الوفاء سوى توافر التزام سابق صحيح، ووجود أداء مطابق لمحل الالتزام، وبمجرد تحقق ذلك يكون الدائن قد حصل على الترضية اللازمة له، وتبرأ ذمة المدين بموجب القانون نتيجة لهذه الترضية التي قدمت للدائن، ومن ثم يضحى القانون لا الاتفاق هو الذي يبرئ ذمة المدين^(١).

ويرى أغلب الفقهاء في كل من فرنسا ومصر أن الوفاء هو بمثابة اتفاق بين الدائن والمدين، أي تصرف قانوني من جانبين) ذلك أن الدائن لا بد وأن يقبل الوفاء، حتى يتسنى له التثبت من أن ما يعرضه عليه المدين يوافق ما التزم به تجاهه، ومن ثم يعد الوفاء عقداً بين الموفى والموفى له، فيحتاج لنشأته ووقوعه إلى إرادتين وليس إلى إرادة واحدة ، كما أنه ليس عملاً مادياً وإنما هو تصرفاً قانونياً تسري عليه ما يسري على التصرفات القانونية من أحكام، من ذلك أنه لا بد لصحته من وجود إرادة لدى الموفى خالية من عيوب الإرادة (مثل عيب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال) وصادرة في نفس الوقت عن ذي أهلية، كما أن للوفاء محلاً وسبباً، فمحل هو محل الالتزام الذي يتم الوفاء به ، وسببه هو أداء وتنفيذ الالتزام لصالح الموفى له معاوضةً أو على سبيل التبرع^(١).

وهذا هو عين ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية ، إذ تقول في أحد أحكامها " الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين ، فهو بمثابة تصرف قانوني يجري عليه من الأحكام ما يجري على سائر التصرفات القانونية ، فلا بد فيه من تراضي الطرفين على وفاء الالتزام ، ويشترط في هذا التراضي أن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلاً للإبطال " (٢) .

(١) أ.د/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٥٥ .

(٢) أ.د/ عبد المنعم البدرابي - المرجع السابق - ص ٣١٩ ، أ.د/ حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٥٥ .

(٢) نقض مندي مصري ١٩٦٥/٥/٢٠م - مجموعة أحكام النقض - س ١٦ ، ص ٦٠٢ ، نقض مندي مصري ١٩٧٦/١/٢٦م - المرجع السابق - س ٢٧ ، ص ٣٠١ ، نقض مندي مصري ١٩٨٦/٢/٢م - المرجع السابق - س ٣٧ ، ص ١٦٨ .

ثالثاً: الموفى:

سنعرض - في مقام الشرح والبيان لأحد طرفي الوفاء وهو الموفى - موضوعين أساسيين: أولهما من ذا الذي يصح منه الوفاء، وثانيهما ما هي الشروط الواجب توافرها لصحة هذا الوفاء.

١- من يصح منه الوفاء:

يبدو لي من مطالعة نصوص القانون المنظمة للوفاء أن الوفاء لا يصح من المدين فقط ، بل يصح منه ومن غيره على حد سواء، وذلك على التفصيل الآتي^(٣) :

أ- الوفاء من المدين:

الأصل العام أن يقوم المدين شخصياً بالوفاء بالتزاماته في العقد، حتى وإن جاز حصول الوفاء من غيره، على أساس أنه هو الملتزم الأصلي في هذا العقد، وأنه صاحب المصلحة الأولى في هذا الوفاء لإبراء ذمته مما شغلت به من التزامات بسبب العقد^(٤).

ويقوم الوفاء الحاصل من النائب مقام الوفاء الحاصل من المدين شخصياً وذلك أيأ كانت طبيعة النيابة (أي سواء أكانت نيابة اتفاقية كما هو الحال بالنسبة للوكيل^(١))، أم نيابة قانونية مثل الولي أم نيابة قضائية مثل الوصي^(٢)، على أساس أن الوفاء الحاصل من النائب ينصرف أثره مباشرة إلى الأصيل لا إلى النائب)، ما دام ليس هناك اتفاق أو مقتضى تستوجب طبيعة العقد يحتم حصول الوفاء من الأصيل شخصياً.

فقد يتفق العاقدان على أن يقوم المدين شخصياً بتنفيذ العقد دون أن يسمح له بإنابة غيره عنه في هذا الوفاء أو تقتضي ذلك طبيعة الالتزام في العقد كما لو كان العقد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي أو الثقة المتبادلة مثل عقد العلاج الطبي ولذا نرى أن المريض إذا اختار طبيباً معيناً من بين أطباء متعددين في ذات التخصص سواء للعلاج أو الجراحة فهو بذلك الاختيار يودع ثقته في شخص طبيبه ليعالجه هو بنفسه أو يجري له عملية جراحية بنفسه وليس له من ثم

(٣) تنص المادة ٣١٤ من القانون المدني المصري على أن " يصح الوفاء من المدين أو من نائبة أو من أي شخص أقر له مصلحة في الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨.

(٢) ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .
وهذه تقابل المادة ٣١٤ من القانون المدني البحريني ."

(٤) انظر في هذا المعنى: أ.د/ فتحي عيد الرحيم بند ٢٧٠، ص ٣٢٩.

(١) فقد يوكل المدين مصرفاً في وفاء دينه فيتم الوفاء على مسؤولية المدين الذي يتحمل نتيجة أي خطأ للبنك في مواجهة الدائن (أ.د/ حسام الدين الأهواني ص ٣٦٣).

(٢) وقد قضى بأن وفاء الديون متى كانت ثابتة في الذمة يدخل في سلطة الحارس القضائي، فوفاء الدين يعد من أعمال الإدارة (نقض مدني مصري ١٩٦٥/٥/٢٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦، رقم ١٠٢، ص ٦٣٣).

أن يجري هذا العلاج أو تلك الجراحة عن طريق طبيب آخر غيره حتى ولو كان هذا الأخير في نفس كفاءته^(١). وينبغي أن يراعى أن المدين المتضامن لا يعد من الغير الذي له مصلحة في الوفاء، إنما هو أصيل في هذا الوفاء، ومن ثم فإن تعدد المدينين مع وجود التضامن بينهم يجعل كل واحد منهم مديناً بالالتزام كله وأصيلاً في الوفاء به للدائن^(٢).

ب- الوفاء من الغير الذي له مصلحة في الوفاء

يجوز أن يتم الوفاء من الغير (ويقصد بالغير في هذا المقام هو كل من سوى المدين أو نائبه) سواء أكانت له مصلحة في هذا الوفاء أم ليست له مصلحة فيه، وتكون للغير مصلحة في الوفاء بدين المدين أو التزامه إذا كان عليه واجب بهذا الوفاء مثل الكفيل حتى يتقاضي ملاحقة الدائن له قضاءً بناءً على عقد الكفالة أو كانت له مزية يحققها له هذا الوفاء مثل حائز العقار المرهون الذي له مصلحة ظاهرة في أن يرد للدائن الدين المضمون برهن عقاره حتى يخلص له هذا العقار مطهراً من هذا الرهن^(٣).

وإذا قام بالوفاء من له مصلحة فيه فليس للدائن أن يمتنع عن قبول هذا الوفاء، كما ليس للمدين أن يعترض عليه، بل ويجب على الدائن، ما دام ليس هناك اتفاق مسبق أو مقتضى راجع إلى طبيعة الالتزام ذاته يوجب حصول الوفاء من المدين شخصياً، أن يقبل مثل هذا الوفاء حتى وإن اعترض عليه المدين^(٤).

ومتى حصل الوفاء من ذلك الغير الذي له مصلحة فيه حل حلوياً قانونياً محل الدائن في الرجوع على المدين^(٥)، في حدود ما دفعه إذا تم الوفاء بعلم المدين ودون معارضة منه في حصول

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبد الناصر العطار ص ٨. ومثال ذلك أيضاً عقد العمل حيث لا يجوز أن يؤدي العمل شخص آخر غير العامل.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ حسام الدين الأهواني ص ٣٦٣. ويراعى أن من الفقه من يرى عكس ذلك فيعتبر المدين المتضامن من قبيل الغير الذي له مصلحة في حصول الوفاء (انظر في ذلك: أ.د/ عبد المنعم البدر ص ٣٠٣، ص ٣٢١، أ.د/ فتحي عبد الرحيم بند ٢٧٠، ص ٣٢٩)، وهذا اتجاه محل نظر لأن المدين المتضامن أصيل في الالتزام وفي الوفاء به فلا يمكن أن يعد غيراً له مصلحة في الوفاء.

(٣) وأعتقد من جاني أن مدلول المصلحة في هذا المقام لا يقتصر فقط على المصلحة المادية بل يتسع ليشمل معها من له مصلحة أدبية أو معنوية من الغير في حصول الوفاء، لا سيما وأن النص القانوني المجوز لحصول الوفاء من الغير ممن له مصلحة جاء عاماً ومطلقاً في ذكر المصلحة الأمر الذي يجب معه حمل العام على عمومه والمطلق على إطلاقه دون تخصيصه أو تقييده بالمصلحة المادية دون المصلحة الأدبية أو المعنوية، ومن ثم يعد من قبيل ذلك الغير الذي له مصلحة في الوفاء من وجهة نظري القريب أو الجار أو الصديق الذي يفي بدين قريبه أو جاره أو صديقه حفاظاً على سمعته أو درءاً لاتخاذ إجراءات الحجز أو التنفيذ على أمواله. (انظر عكس ذلك أ.د/ فتحي عبد الرحيم بند ٢٧٠، ص ٣٣٠ هامش ٢ حيث يعتبر سيادته أن الوفاء الحاصل من القريب أو الصديق من قبيل الوفاء الحاصل من الغير الذي ليست له مصلحة في الوفاء وهذا رأي محل نظر لأنه يقصر دلالة المصلحة على المصلحة المادية وهذا تخصيص لعموم النص بغير تخصيص وتقييد لمطلقه بغير مقيد وهذا ما لا يجوز، فأحد لا ينكر أن القريب أو الجار أو الصديق مصلحة أدبية في وفاء ديون قريبه أو جاره أو صديقه وهي مصلحة تجعل له حق الوفاء بهذا الدين حتى يدفع عنه مغبة الملاحقة القضائية أو التشهير بسمعته.

(٤) إذ تنص المادة ٢٠٨ من القانون المدني المصري على أنه "أ- في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين.

...". هذه المادة تقابل المادة ٢١٣ من القانون المدني البحريني في فقرتها "أ".

(٥) انظر في نفس هذا المعنى: أ.د/ فتحي عبد الرحيم بند ٢٧٠، ص ٣٣٠.

الوفاء من غيره ، أو في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء إذا تم الوفاء بغير علمه أو تم بعلمه مع معارضته في حصوله^(١).

ج- الوفاء من الغير الذي ليس له مصلحة في الوفاء

قد يقع الوفاء من شخص يعد غيراً عن المدين وليس نائباً عنه وليست له مصلحة في ذلك الوفاء، وعندئذ لا يجوز للدائن أن يرفض مثل هذا الوفاء لمجرد حصوله من ذلك الغير، مثال ذلك أن يطالب الدائن مدينه بسداد الدين فيتدخل أحد الحاضرين ممن ليست له مصلحة مادية أو أدبية في الوفاء ويدفع عنه هذا الدين متبرعاً به إشفاقاً على حاله.

وقد يقوم أجنبي عن المدين ممن ليست له مصلحة في الوفاء بسداد الدين فضالة على غير علم من المدين بذلك ليقية شر إجراءات التنفيذ على ممتلكاته، بل ويجوز لهذا الأجنبي أن يقوم بالوفاء ولو عارض المدين في ذلك، بل حتى مع إبلاغه للدائن بهذه المعارضة، حيث يكون الدائن بالخيار بين قبول الوفاء أو رفضه (والغالب أن الدائن لا يرفض الوفاء إلا إذا عرض عليه المدين الوفاء بنفسه) ما دام قد انتفى الاتفاق المسبق أو المقتضى الراجع لطبيعة الالتزام بوصفهما الفرضين اللذين يجب فيهما على المدين الوفاء بنفسه.

ومتى قبل الدائن هذا الوفاء كان للموفي الحق في الرجوع على المدين لا على أساس الفضالة (وقد انتفى وجودها بمعارضة المدين في هذا الوفاء) ولكن على أساس قواعد الإثراء بلا سبب، هذا مع مراعاة أنه إذا أقر المدين الوفاء من هذا الأجنبي كان رجوعه على المدين لا على أساس قواعد الإثراء بلا سبب أو الفضالة ولكن على أساس قواعد الوكالة، لأن الإقرار اللاحق كالإذن السابق يكون له أثر رجعي فيصير الموفي بموجبه وكأنه كان نائباً عن المدين في هذا الوفاء منذ تاريخ حصوله وليس من تاريخ الإقرار .

ويراعى أن الموفي في رجوعه على المدين يتقيد في ذلك بالحدود المقررة قانوناً لهذا الرجوع، بحيث يكون رجوعه في حدود ما وفاه عن المدين إذا تم الوفاء بعلم المدين ودون معارضة منه في حصوله ، أو في حدود منفعة المدين من هذا الوفاء إذا تم الوفاء دون علمه أو بعلمه مع معارضته في حصوله، بحيث إذا انعدمت منفعة المدين في هذا الوفاء (كما لو كان الدين انقضى

(١) حيث تنص المادة ٣٢٤ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها "١- إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. " ٢- ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء " . هذه المادة تقابل المادة ٣١٥ من القانون المدني البحريني.

بالتقادم أو بالإبراء أو بالمقاصة) أو كانت المنفعة جزئية (كما لو كان المدين قد وفى من قبل جزءاً من دينه أو كان هذا الجزء قد سقط بالتقادم أو انقضى بالإبراء أو المقاصة) فلا يستطيع الموفي أن يرجع علي المدين بشيء عند انتفاء المنفعة أو يرجع عليه فقط في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء في حالة المنفعة الجزئية (م ٣٢٤ مدني مصري ، م ٣١٥ مدني بحريني).

شروط صحة الوفاء:

لا شك إنه إذا كان محل التزام المدين التزاماً بإعطاء (أي بإنشاء أو نقل حق عيني على شيء) مثل التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري فإنه يلزم لصحة الوفاء سواء أكان حاصلًا من المدين نفسه أم من غيره أن يكون الموفي مالكاً للشيء الموفى به، فضلاً عن ضرورة كونه متمتعاً بالأهلية اللازمة لصحة التصرف في هذا الشيء (م ٣٢٥ مدني مصري^(١)).

أ- توافر ملكية الموفي لمحل الوفاء:

إن اشتراط ملكية الموفي للشيء الموفى به للدائن أمر منطقي ، إذ لا يتسنى لغير المالك نقل ملكية الشيء إلى الدائن، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فإذا كان الموفي غير مالك للشيء الموفى به، فقد اختلف الفقهاء حول حكم هذا الوفاء على رأيين، **أولهما** يرى أن هذا الوفاء يكون باطلاً بطلاناً نسبياً قياساً على بيع ملك الغير، فيكون قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن ، وذلك حتى يتقضى رجوع المالك الحقيقي عليه لاسترداد الشيء الموفى به، فضلاً عن حقه في حمل المدين على أن يقدم له وفاءً صحيحاً غير مشوب بأسباب تؤدي إلى زواله أو إبطاله، أما بالنسبة للمدين الموفي فمن الفقهاء من يرى أن له الحق في التمسك ببطلان هذا الوفاء واسترداد الشيء الموفى به من الدائن على أن يقوم بالوفاء بالتزامه من جديد، ويتم الاسترداد عن طريق رفع دعوى من نوع خاص، لأنه نظراً لانعدام ملكيته لهذا الشيء فليس من حقه رفع دعوى الاستحقاق أو دعوى استرداد غير المستحق^(٢)، في حين يرى البعض الآخر أنه ليس من حق الموفي طلب إبطال هذا الوفاء واسترداد الشيء الموفى به، على أساس أن هذا الحق مقصورٌ على الدائن فقط قياساً على بيع ملك الغير^(٣).

(١) تنص المادة ١/٣٢٥ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها " يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذى وفى ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ". هذه المادة في فقرتها الأولى تقابل المادة ١/٣١٦ من القانون المدني البحريني.

(٢) انظر في ذلك: أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق- بند ٣٤٦، ص ٣٠٧

(٣) انظر في ذلك: أ.د/ عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق - ص ١٠، أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق - بند ٣٤٦ ص ٣٠٧

أما بالنسبة للمالك الحقيقي فإن له استرداد الشيء الموفى به من الدائن عن طريق دعوى الاستحقاق، وإلا كان له الحق في الرجوع على الموفى بالتعويض إذا تعذر عليه هذا الاسترداد بسبب تملك الدائن للشيء الموفى به بالتقادم إذا كان عقاراً أو بالحيازة إذا كان منقولاً^(١).

وثانيهما: يرى أنصاره أن هذا الوفاء يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وذلك لاستحالة محل العمل القانوني، إذ يستحيل على الموفى إذا لم يكن مالكا للشيء الموفى به أن ينقل ملكيته إلى الدائن، ومن ثم يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، فيجوز لكل من الموفى والموفى له والمالك الحقيقي التمسك بهذا البطلان ليرجع الشيء الموفى به إلى مالكة الحقيقي^(٢)، على أن يكون للدائن مطالبة مدينه الموفى بوفاء صحيح بديلاً عن هذا الوفاء الباطل (أي يوفى التزامه بشيء مملوك له).

ب - توافر أهلية الوفاء لدى الموفى:

ينبغي لصحة الوفاء بوصفه تصرفاً قانونياً أن يكون الموفى أهلاً للتصرف في الشيء محل الوفاء. ويجدر بي في هذا المقام أن أفرق بين إذا كان الموفى هو المدين أم الغير لمعرفة الأهلية اللازمة لصحة الوفاء الصادر من أي منهما.

فإذا كان الموفى هو المدين تعين أن تتوفر لديه أهلية التصرف في الشيء الموفى به ، ومن ثم يكون وفاؤه باطلاً إذا كان عديم الأهلية ، ويكون وفاؤه صحيحاً رغم نقص أهليته ولم يجز له طلب إبطال هذا الوفاء - خروجاً على القواعد العامة في تصرفات ناقص الأهلية التي تجعل تصرفه على سبيل المعاوضة صحيحاً قابلاً للإبطال لمصلحته - ما دام لم يصبه من هذا الوفاء ضرر (٢/٣٢٥ م مدني مصري^(٣)) وذلك على أساس أن الموفى وإن كان ناقص الأهلية إلا أن له مصلحة ظاهرة في الوفاء بالالتزام حتى يبرأ من تبعته، هذا ما لم يتبين أن ضرراً أصابه من جراء هذا الوفاء (كما لو ثبت أنه وفي الالتزام قبل حلول أجله وكان يريد الاستفادة من الأجل، أو أنه وفي صنفاً أجود من الصنف الملتزم به في العقد) فعندئذ يكون من حقه طلب إبطال الوفاء دفعاً لحصول الضرر له.

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق - ص ٣٠٧.

(٢) انظر في عرض ذلك: أ.د/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٦٧.

(٣) إذ تنص هذه المادة على هذا المعنى بقولها " ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى " . هذه

المادة تقابل المادة ٢/٣١٦ مدني بحريني .

أما إذا كان الوفاء من الغير فإن الأهلية المطلوبة فيه تتوقف على ما إذا كان وفاؤه بدين المدين على سبيل المعاوضة أم على سبيل التبرع، فإن كان على سبيل المعاوضة وجب أن تتوافر فيه أهلية المعاوضة (كما لو قصد من هذا الوفاء أداء التزام عليه لصالح المدين كما لو كان قصده من هذا الوفاء سداد أجرة مسكن مملوك للمدين أو سداد دين آخر عليه له في ذمته)، وعندئذ يكون هذا الوفاء باطلاً مع انعدام أهليته، وقابلاً للإبطال عند نقص أهليته، ما دام يلحقه من هذا الوفاء ضرر، أما إن كان وفاؤه على سبيل التبرع فلا تجزئ فيه أهلية التصرف إنما يلزم أن تتوافر لديه أهلية التبرع، ومن ثم لا يكون وفاء الغير الصادر منه على سبيل التبرع صحيحاً إلا مع كمال أهليته، بحيث يبطل منه هذا الوفاء إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها^(١).

رابعاً صاحب الحق في الوفاء (الموفى له):

الأصل العام أنه يلزم لكي يعتد قانوناً بالوفاء ضرورة بذله للدائن أو لذي الصفة القانونية في استيفاء الدين، ومن ثم إذا تم الوفاء لغير صاحب الحق فيه فلا يعتد به، ويطالب بوفاء جديد لصاحب الحق فيه، فمن وفى خطأً يوفي مرتين، وبناء عليه يطالب بالوفاء من جديد لصاحب الحق في الاستيفاء حتى تبرأ ذمته في مواجهة الدائن، ويبقى له من بعد الحق في استرداد ما وفاه بطريق الخطأ لمن ليس ذا صفة في الاستيفاء، وذلك عن طريق رفع دعوى عليه تسمى دعوى استرداد غير المستحق إن كان المستوفي سيئ النية عند استقبال الدين، أو عن طريق رفع دعوى الإثراء بلا سبب إن كان المستوفي حسن النية.

بيد أن واضع القانون عمد في بعض الفروض الاستثنائية إلى الاعتداد بالوفاء الحاصل لغير صاحب الحق فيه مراعاة لحسن نية الموفى تارة، وتقديراً للوضع الظاهر تارة ثانية، ومراعاة لاستفادة الدائن من هذا الوفاء المعيب تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب تارة ثالثة، وتقديراً للأثر الرجعي لإقرار الدائن لهذا الوفاء تارة رابعة، وذلك كله على التفصيل الآتي:

١- الوفاء للدائن أو لمن له صفة في استيفاء الدين:

لا شك أن الدائن بأي حق من حقوق الشخصية هو ذو الصفة الأصلية في قبض واستيفاء هذا الحق، ولذا كان من الواجب لبراءة ذمة المدين أن يتم الوفاء إلى الدائن شخصياً، ويقوم مقام الدائن

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د./أنور سلطان-المرجع السابق-بند ٣٦٤، ص ٣٠٧.

نائبه (سواء أكانت نيابة قانونية أم قضائية أم اتفاقية) فهو ممثل له في استيفاء حقوقه لدى المدنيين، وتتسحب آثار تصرفاته ومنها الوفاء إلى شخص الأصيل مباشرة، ولذا يصح الوفاء له. كما أن واضع القانون حرص على إيجاد قرينة قانونية تبرهن على توكيل الدائن لحامل المخالصة في استيفاء الدين نيابة عنه، بحيث يعد ذا صفة قانونية في مطالبة المدين بالوفاء، ويكون وفاء المدين له وفاء صحيحاً مبرراً لذمته في مواجهة الدائن، وتطبيقاً لذلك يعتبر بواب العمارة الذي بيده مخالصات بالأجرة صادرة من صاحب العمارة وموقعة منه صاحب صفة في قبض الأجرة من المستأجرين.

بيد أنه يستثنى من صحة هذا الوفاء الحاصل لحامل المخالصة وجود اتفاق مسبق بين الدائن والمدين على ضرورة حصول الوفاء له شخصياً بالدين، إذ تنتفي عندئذ بناء على هذا الاتفاق دلالة هذه القرينة فيمتنع على المدين تقديم الوفاء لغير الدائن شخصياً ولو كانت بيد هذا الغير مخالصة بالدين، وذلك احتراماً لهذا الاتفاق من ناحية، فضلاً عن تقادي احتمالات وقوع المخالصة في يد ذلك الغير بطريق غير مشروع من ناحية أخرى، فربما يكون سارقاً لها أو مغتصباً إياها من الدائن، وعليه من بعد أن يستوثق من الدائن شخصياً من صحة حصول الوفاء لذلك الغير الذي بيده المخالصة حتى يصير من بعد موافقته على الوفاء له صاحب صفة في استيفاء الدين^(١). ويراعى أنه في حالة وفاة الدائن صحة حصول الوفاء لورثته فهم خلفه العام فيخلفونه في قبض حقوقه كما يخلفونه في الوفاء بالتزاماته^(٢).

كما يصح الوفاء لمن خلف الدائن خلافة خاصة مثل المحال إليه الحق بموجب عقد الحوالة^(٣).

ويعد إيداع قيمة الدين في حساب الدائن بأحد البنوك وفاء للنائب عن الدائن وهو البنك، ويمثل إيصال الإيداع بداية ثبوت بالكتابة^(٤).

(١) راجع في ذلك المادة ٣٣٢ من القانون المدني المصري.

(٢) فخلافة الورثة لمورثهم خلافة عامة في كل ما يخلفه المورث من تركة لما تحمله من حقوق وما تتضمنه من التزامات (أي بكل عناصرها الإيجابية وهي الحقوق، وكل عناصرها السلبية أي الالتزامات)، وهي خلافة مقيدة بقيددين أولهما أن الحقوق التي يخلفها المورث لا تخلص لورثته إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، وثانيهما أن مسؤولية الورثة كخلف عام لمورثهم مسؤولية محدودة بحدود التركة فلا يسألون عن وفاء الديون إلا في نطاق العناصر الإيجابية للتركة، أي في حدود ما خلفه من حقوق وأموال. راجع في ذلك مؤلفنا "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني". الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص ١٩٧، ١٩٨، طبعة عام ٢٠٠١، الناشر مطبعة جامعة البحرين.

(٣) انظر في هذا المعنى: أ.د/ عبدالمنعم البدرابي - المرجع السابق - بند ٣٠٥، ص ٣٢٥، أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق - بند ٣٤٨، ص ٣٠٩.

(٤) أ.د/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٥٩.

وينبغي لصحة الوفاء - باعتباره تصرفاً قانونياً - أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين بأن يكون بالغاً سن الرشد، فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها، وجب الوفاء لنائبه أو ممثله القانوني وإلا كان الوفاء له شخصياً باطلاً إذا كان عديم الأهلية أو قابلاً للإبطال إذا كان ناقص الأهلية^(١). بيد أنه رغم بطلان مثل الوفاء أو قابليته للإبطال إلا أنه تبرأ به قانوناً ذمة المدين في حدود ما عاد على الدائن من منفعة من جرائه تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب^(٢)، وعندئذ يقع على عاتق الموفي عبء إثبات هذه المنفعة ومقدارها^(٣)، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، على أساس أن حصول المنفعة يعد واقعة مادية فيجوز له إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

٢- حكم الوفاء لغير الدائن:

القاعدة العامة أنه إذا وفي المدين بالدين لغير دائنه ولم يكن ذلك الغير ذا صفة قانونية في استيفاء الدين بدلاً عن الدائن (أي لم يكن نائباً عنه ولا خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً له) فلا يعتد بوفائه، ولا تبرأ به ذمته^(٤)، ويتعين عليه الوفاء به مرة أخرى إلى الدائن شخصياً أو لصاحب الصفة في استيفائه غير الدائن حتى يكون موفياً لالتزامه في مواجهة الدائن، إعمالاً للقاعدة التي تقضي بأن من يفي بالدين غلطاً أو خطأ يفي به مرتين Qui paie mal paie deux fois^(٥). بيد أنه خروجاً على هذه القاعدة يعتد بالوفاء ولو تم لغير الدائن أو نائبه أو خلفه العام أو الخاص، فتبرأ به ذمته كلياً أو جزئياً في حدود ما وفي به، أو في حدود ما عاد على الدائن من منفعة في أي من هذه الحالات الثلاث^(٦):

أ- الحالة الأولى: إقرار الدائن للوفاء:

إذا أقر الدائن وفاءً جرى لغيره الذي لا صفة له في استيفاء الدين سرى هذا الوفاء في حقه، وأضحى وفاءً صحيحاً تبرأ به ذمة مدينه في علاقته به، لأن الإقرار اللاحق كالإذن السابق فيكون

(١) ويراعى أنه إذا كان الموفي له ناقص الأهلية فإن له الحق بعد بلوغه سن الرشد أن يجيز هذا الوفاء فيزول عنه سبب قابليته للإبطال فيستقر الوفاء صحيحاً بصورة نهائية، كما يمكن أن تصدر الإجازة من النائب القانوني قبل بلوغ الموفي له سن الرشد.

(٢) انظر في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج ٣، ص ١٩٣، أ.د/ فتحي عبد الرحيم - المرجع السابق - بند ٢٨٣، ص ٣٤٨.

(٣) كما لو استعمل المال الموفي به في الإنفاق على تعليم الصبي المميز أو غير المميز أو في علاجه أو في شراء عقار أو منقول لصالحه في حدود سلطة نائبه القانوني.

(٤) ويراعى أن من حق الموفي إذا أوفى بالدين لغير صاحب الحق فيه حق الرجوع عليه لاسترداده منه وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق التي تمثل تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب.

(٥) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق - بند ٣٤٩، ص ٣٠٩، أ.د/ عبد المنعم البدرابي - المرجع السابق - بند ٣٠٦، ص ٣٢٥.

(٦) راجع في ذلك المادة ٣٣٣ من القانون المدني المصري.

له أثر رجعي يصير بموجبه هذا الوفاء صحيحا ليس فقط من تاريخ حصول الإقرار ولكن من تاريخ الوفاء.

أما في خصوص أثر هذا الإقرار على علاقة الدائن المقر بالغير الذي حصل له الوفاء فالأمر رهين بقصد الدائن من هذا الإقرار، فقد يقصد به التبرع له بالمبلغ الموفى به إليه فتسري على علاقته بالموفى له أحكام عقد التبرع، وقد يقصد بهذا الإقرار جعله وكيلاً عنه في استيفاء الدين، فتسري على علاقتهما أحكام عقد الوكالة، وعندئذ يتعين على الموفى له رد المبلغ إلى الدائن وتقديم حساب له عن أعمال وكالته^(١).

ويرى البعض أن إقرار الدائن للوفاء الحاصل لغير ذي الصفة في استيفائه لا يجعلنا أمام استثناء حقيقي على قاعدة عدم الاعتداد بالوفاء الحاصل لغير الدائن، لأن الوفاء للغير في هذه الحالة يصير وكأنه قد تم منذ البداية برضاء وقبول الدائن لا سيما مع وجود الأثر الرجعي للإقرار إذ يترتب عليه أن يصير هذا القبول من جانب الدائن وكأنه قد تحقق من تاريخ حصول الوفاء وليس من تاريخ حصول الإقرار^(٢).

ب- الحالة الثانية: منفعة الدائن من الوفاء للغير:

لكي لا يثرى الدائن على حساب المدين بغير سبب فإنه يعتد بالوفاء الذي يتم لغير الدائن، إذا ما عادت على الدائن منفعة من جراء هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة، خروجاً على القاعدة العامة التي كانت توجب على المدين الذي يوفي بالمدين لغير ذي الصفة في استيفائه بإعادة الوفاء به ثانية لصاحب الحق في قبضه، مثال ذلك أن يوفي المدين الدين إلى دائن دائنه، حيث يعتد بهذا الوفاء رغم أنه تم لغير صاحب الحق فيه، لما فيه من منفعة للدائن الذي تبرأ ذمته من دينه من جراء هذا الوفاء في حدود الدين الموفى به، ومن ثم تبرأ ذمة المدين الموفى في مواجهة دائنه بقدر ما عاد على الدائن من نفع بسبب هذا الوفاء، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب.

ج- الوفاء للدائن الظاهر:

يقصد بالدائن الظاهر Le créancier apparent ذلك الشخص الذي يظهر أمام الناس بمظهر الدائن الحقيقي على خلاف الحقيقة والواقع، ومثاله الوارث الظاهر الذي يبدو أمام الناس

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق - بند ٣٤٩، ص ٣٠٩، أ.د/ فتحي عبد الرحيم - المرجع السابق - ٢٨٤، ص ٣٤٩، أ.د/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٦٠.

(٢) أ.د/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٦٠.

أنه الوارث الحقيقي للدائن فيوفي له المدين دين مورثه ثم يتضح له من بعد أنه محجوب بوارث آخر، ومثاله أيضاً الموصى له الذي يتبين بعد الوفاء له بطلان وصيته، ومثاله المحال له الدين الذي يتضح بعد الوفاء له بطلان حوالبته.

وينبغي أن يكون ماثلا في الذهن أن وصف الدائن الظاهر لا ينصرف وحسب إلى من يحوز الدين (أي من بين يده سند الدين)، وإنما ينصرف إلى كل من يبدو من وجهة نظر غالبية الناس المتعاملين معه أنه صاحب الحق في استيفاء الدين، وإن بدت حياة الدين مظهراً من مظاهر الإيحاء أو الإيهام للموفي بأن حائز الدين هو الدائن الحقيقي أو على الأقل صاحب حق في قبضه.

وقد قصد واضع القانون من الحكم بصحة هذا الوفاء حماية الموفي حسن النية الذي خدعه الدائن الظاهر بمظهره فحملة على الاعتقاد بأنه صاحب الحق في استيفاء الدين، ولذا يتعين لصحة مثل هذا الوفاء حسن نية الموفي، أما الموفى له فقد يكون حسن النية وهذا هو الغالب، وقد يكون سيء النية، وهذا أمر غير ذي بال في شأن صحة الوفاء الحاصل له، وإن بدت أهميته واضحة في معرفة أساس رجوع الدائن الحقيقي عليه بما استوفاه بغير حق من دينه، فإذا كان حسن النية يعتقد هو الآخر أنه صاحب حق في أخذ الدين أو الحق كان رجوع الدائن الحقيقي عليه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، أما إن كان سيء النية أي يعلم وقت الوفاء أنه يستوفي حقاً أو ديناً غير ذي صفة في أخذه أو استيفائه، كان الرجوع عليه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لانحرافه بسلوكه عن سلوك الشخص المعتاد الذي لا يستحل حقاً من حقوق الآخرين دون مسوغ أو مبرر قانوني.

ومما تجدر ملاحظته أنه إذا أوقع أحد دائني الدائن حجراً تحت يد المدين (أي في حالة حجز ما للمدين لدى الغير، المنصوص عليها في المادة ٣٢٥ من قانون المرافعات المصري) فإنه يتمتع على المدين الوفاء لدائنه، إذ يصير الدين بمجرد إعلان المدين بالحجز من قبل دائن الدائن محبوساً لمصلحته، ويتعين على المدين إذا ما صدر حكم بصحة الحجز الوفاء بالدين للدائن الحاجز دون دائنه الحقيقي^(١).

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبد المنعم البدرابي - المرجع السابق - بند ٣٠٨، ص ٣٢٧.

المطلب الثاني

الوفاء مع الحلول

Le paiement avec subrogation

الفرع الأول

معنى الوفاء مع الحلول وأهميته

للفداء مع الحلول^(١) تعريفات فقهية كثيرة نذكر منها على سبيل المثال أنه "نظام قانوني يستمر بمقتضاه الدين قائماً في علاقة الموفي بالمدين، بالرغم من انقضائه في علاقة هذا الأخير بالدائن"^(٢)، أو هو "نوع من الوفاء يؤدي إلى استيفاء الدائن حقه ولكن مع حلول الموفي محله في رجوعه على المدين"^(٣) أو هو "نظام قانوني مركب، فهو بالنسبة للدائن وفاءً يترتب عليه انقضاء الدين، وهو بالنسبة للمدين نقلٌ للحق من الدائن إلى الموفي"^(٤).

فالوفاء مع الحلول يفترض أن تنفيذ الالتزام يتم بواسطة شخص آخر غير المدين، فيحل بذلك هذا الموفي محل الدائن في حقه تجاه المدين بما لهذا الحق من خصائص وما يتبعه من توابع وما يضمنه من تأمينات وما يرد عليه من دفع، وبذلك يظل المدين رغم براءة ذمته في مواجهة الدائن ملتزماً بالدين في مواجهة الموفي الذي حل محل الدائن.

وللوفاء مع الحلول أهمية كبيرة بالنسبة لكافة الأشخاص الذين ترتبط مراكزهم القانونية به، فهو في المقام الأول يحقق مصلحة المدين، إذ يوفر له من يؤدي الدين عنه لدائنه فيتوقى بذلك إجراءات الحجز على ممتلكاته والتنفيذ عليها، مع ما تخلفه تلك الإجراءات من آثار سلبية تمس سمعة هذا المدين وكرامته، كما أنه من المتصور أن يجد المدين - في بعض الأحوال - في هذا الوفاء شروطاً أيسر لا سيما إذا كان المدين قد تمكن من الحصول على هذا الوفاء بغير فائدة (أي كقرض حسن) ليتخلص من دينه الربوي (كما لو كان الدائن مصرفاً من المصارف الربوية، لأن التعامل بالربا بين الأفراد غير جائز قانوناً في القانون المدني البحريني^(٥))، هذا بالإضافة إلى أن

(١) الحلول La subrogation إما أن يكون حلولاً شخصياً La subrogation personnelle يحل فيه شخص محل آخر، وهو ما يسمى بالوفاء مع الحلول حيث يحل فيه الغير الموفي محل الدائن ولو بغير رضاه من المدين، وإما أن يكون حلولاً عينياً Un subrogation réelle يحل فيه شيء جديد محل شيء آخر كمحل للحق، مثل حلول تعويض التأمين من الحريق محل العقار المرهون عند احتراقه (انظر في ذلك: أ.د/ عبد المنعم البدراري - المرجع السابق - بند ٣٢٥، ص ٣٤٥ هامش ١.

(٢) أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق - بند ٣٦٨، ص ٣٢٥.

(٣) أ.د/ عبد المنعم البدراري، بند ٣٢٥، ص ٣٤٤.

(٤) أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٢٢٥، ص ٣٩٤.

(٥) ومما يحمد للقانون المدني البحريني أنه عمد إلى الحكم ببطان أي اتفاق بين الأفراد على تحصيل أية فائدة تؤخذ مقابل الأجل أو التأخير في التنفيذ، إذ تنص المادة

الوفاء مع الحلول يحقق في الوقت ذاته مصلحة الموفي من أكثر من زاوية، فمن ناحية أولى يكون سبباً في استجلاب الأجر والثواب من الله عز وجل إذا كان وفاؤه على سبيل القرض الحسن، لأن القرض في الميزان أثقل من الصدقة، ومن ناحية أخرى قد يكون ضرباً من ضروب الاستثمار لماله إذا كان وفاؤه على سبيل القرض الربوي وفي الحالين (أي سواء كان القرض حسناً أم بفائدة) يتحقق للموفي عادة من خلال الحلول محل الدائن قدر من الأمان والطمأنينة لا سيما إذا كان دين الدائن الذي حل محله مضموناً برهن أو غيره من الضمانات العينية، كما أنه يحقق مصلحة الدائن إذ يمكنه من استيفاء الدين في وقت قد يعجز فيه المدين عن الوفاء به، فيوفر عليه بذلك الجهد والوقت اللازمين لملاحقة هذا المدين قضائياً لحمله على الوفاء أو للحجز والتنفيذ على أمواله. بل إن الوفاء مع الحلول لا ينطوي على أي مظهر من مظاهر الإضرار بالنسبة لدائني المدين، لأنه لا يتقل نمة المدين بدين جديد، غاية ما هنالك أنه يترتب على هذا الوفاء تغيير شخص الدائن، إذ يحل الموفي محل الدائن في علاقته بالمدين.

الفرع الثاني

أنواع الوفاء مع الحلول

يمكن القول بأن الحلول قد يتم عن طريق الاتفاق (سواء أكان الاتفاق بين الدائن والغير الموفي أم كان بين المدين والغير الموفي)، فيسمى عندئذ بالحلول الاتفاقي La subrogation conventionnelle، وقد يتم بطريق القانون (أي بناء على نص قانوني يقرر هذا الحلول)، فيسمى عندئذ بالحلول القانوني La subrogation juridique .

أولاً: الحلول الاتفاقي:

الحلول الاتفاقي هو ذلك الحلول الذي يتم عن طريق الاتفاق بين الدائن والغير الموفي أو بين المدين وذلك الغير وفق شروط قانونية معينة.

١/٢٢٨ منه على أن: "أ- يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام".
"ب- ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً". هذه المادة ليس لها ما يقابلها في القانون المدني المصري، ونأمل أن يتقي القانونيون على سن القانون ربهم فيحرموا ما حرم الله، حتى لا يصدق علينا قول الله تعالى "قليل من الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم" (الآية ٦٣ من سورة النور).

ويتضح لنا من هذا التعريف أن الحلول الاتفاقي قد يتم بموجب اتفاق بين الغير والدائن أو بين الغير والمدين. وذلك على التفصيل الآتي:

١ - الحلول بالاتفاق بين الغير والدائن

يجب القانون للدائن الاتفاق مع الغير على أن يوفي له بحقه الذي في ذمة المدين ليحل محله في هذا الحق في مواجهه المدين، سواء رضي المدين بذلك أم لم يرض، بل يصح رغم اعتراضه عليه. ويلزم لصحة الحلول بموجب اتفاق الدائن مع الغير توافر هذين الشرطين:

أ- **الشرط الأول:** أن يكون هناك اتفاقاً واضحاً بين الدائن والغير على هذا الحلول دون أن يعترضه أي لبس أو غموض، سواء أكان اتفاقاً صريحاً أم ضمناً. وذلك حماية لحقوق دائني المدين الآخرين الذين تتأثر حقوقهم بهذا الحلول.

ولا يلزم في هذا الاتفاق على الحلول شكل خاص، فيصح بمجرد التراضي عليه بين الدائن والغير^(١).

٢- **الشرط الثاني:** أن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأقل، مع ثبوت هذا الاتفاق في محرر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء. فمن الجائز إجراء الاتفاق على الحلول قبل الوفاء، لكن لا يجوز الاتفاق على الحلول بعد الوفاء، وذلك درءاً للتواطؤ بين الدائن والمدين على الإضرار بباقي الدائنين المتأخرين، فقد يحدث أن يتفق الدائن والمدين بعد سداد المدين لدينه على حلول أحد الأعيار - غشاً منهما - محل هذا الدائن لتقويت حق دائن مرتهن تالٍ في المرتبة عليه. ولا يكفي لدرء التواطؤ اشتراط حصول الاتفاق على الحلول بين الدائن والغير وقت الوفاء، بل لا بد أن يكون الاتفاق ثابت التاريخ حتى يمكن الاحتجاج به على من تضار مصلحته من جراء هذا الحلول، لأنه إذا لم يكن هذا الاتفاق ثابت التاريخ، فيمكن أن يكون الاتفاق على الحلول لاحقاً على وقت الوفاء ثم يجري التلاعب في هذا التاريخ بطريق التواطؤ ويقدم التاريخ ليكون سابقاً أو معاصراً للوفاء، ومن هنا وجدنا القانون المدني البحريني ينص صراحة على ضرورة أن يكون الاتفاق على الحلول وارداً في محرر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء^(٢).

(١) ومما تجدر ملاحظته أن المادة ٤٦٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كانت تشترط إفراغ الاتفاق على هذا الحلول في ورقة رسمية، نظراً لخطورة الحلول، ولكن روى حذف هذا الشرط في لجنة المراجعة لعدم ضرورته (مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٣، ص ١٨٠، ١٨١)

(٢) وإذا كان القانون المدني المصري لم ينص صراحة على ضرورة أن يكون الاتفاق على الحلول ثابت التاريخ، إلا أنه أمر مطلوب وفقاً للقواعد العامة لأن المحرر العرفي لا يمكن الاحتجاج به على الغير في تاريخه إلا إذا كان ثابت التاريخ.

٢ - الحلول بالاتفاق بين المدين والغير :

أجاز القانون^(١) للمدين أن يتفق مع الغير ولو بغير رضا الدائن^(٢) على أن يقرضه مبلغاً من المال ليوفى منه الدين مقابل أن يحل هذا المقرض محل الدائن في حقه قبل المدين. شريطة أن تتوافر في هذا الاتفاق الشروط الآتية:

أ- الشرط الأول:

وجود عقد قرض أبرمه المدين مع الغير لسداد دين الدائن المراد حلول الغير محله. فللمدين الحق في إبرام عقد قرض مع الغير ليتخلص من وطأة دينه القديم لا سيما إذا كان بفائدة ربوية (كما لو كان قرصاً تجارياً) وكان القرض الجديد قرصاً حسناً خالياً من الربا أو على الأقل بفائدة ربوية قليلة عن الفائدة التي كان ينتجها دين الدائن.

ب- الشرط الثاني:

يتعين أن يذكر في المخالصة الصادرة عن الدائن أن الوفاء قد تم عن طريق مال القرض الذي قدمه الغير للمدين. والغالب الأعم أن تجري عملية الاقتراض بين المدين والغير ثم تتم على إثرها عملية الوفاء بدين الدائن من هذا القرض، لكن قد يحدث أن تتم العمليتان في آن واحد ويتم إثبات ذلك في سند يذكر فيه عقد القرض وأن مال القرض خصص لوفاء دين الدائن. وسداد دين الدائن من مال القرض يقتضي سبق القرض أو تزامنه على الأقل مع عملية الوفاء، ومن ثم إذا كانت عملية الوفاء سابقة على عقد القرض، كان ذلك دليلاً على عدم وفاء الدين من مال القرض.

ج- الشرط الثالث:

يجب أن يكون لعقد القرض وسند المخالصة بدين الدائن تاريخ ثابت (٣) ، ويلتزم الدائن بأن يدرج في المخالصة أن الوفاء الذي جرى له قد تم من خلال المال المقترض من الغير، وليس من

(١) راجع في ذلك المادة ٣٢٨ من القانون المدني المصري.

(٢) قد يقول قائل على سبيل التعجب وهل يرفض الدائن اتفاق المدين مع الغير على وفاء دينه؟ هذا أمر متصور في بعض الأحوال لا سيما إذا كان الدائن مستفيداً من بقاء دينه في ذمة المدين ليحصل منه فوائد ومزايا قد لا يستطيع الحصول عليها بعيداً عن عقد القرض مع مدينه، وإن كان سيفرح في غالب الأحوال بتدخل الغير لوفاء دينه بناء على اتفائه مع المدين توفياً من احتمال عجز المدين عن الوفاء به مستقبلاً.

(٣) وقد بين القانون الفروض التي يعتبر فيها المحرر العرفي ثابت التاريخ فيكون عندئذ حجة على الغير فنصت المادة ٢/١٥ من قانون الإثبات المصري على أنه " ويكون للمحرر تاريخ ثابت .

أ من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

ب من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

حقه رفض إدراج هذا البيان. ذلك أنه حتى يمكن الاحتجاج على الغير بالحلول، وأن الوفاء قد تم من القرض، وأن القرض كان سابقاً على الوفاء أو معاصراً له على الأقل، فلا بد أن تكون عملية الوفاء ثابتة التاريخ. لأنه من المتصور أن يتواطأ المدين مع الغير فيكون قد سبق له سداد دين الدائن ثم لما احتاج إلى مال أبرم عقد قرض مع ذلك الغير وحتى يضر بباقي الدائنين الذين لهم ديون مضمونة برهون تالية في المرتبة على دين الدائن الأول الذي انقضى دينه بالوفاء، يتفق مع الغير على تقديم تاريخ القرض ليسبق تاريخ الوفاء ويتفق مع ذلك الغير على الحل، فيحل ذلك الغير (المقرض) محل الدائن فيتقدم بذلك على سائر الدائنين التاليين في المرتبة بعد حق الدائن الأول، ولا شك أن ثبوت تاريخ عمليتي القرض والوفاء يحول دون وقوع مثل هذا التواطؤ.

ثانياً: الحلول القانوني La subrogation juridique:

يقصد بالحلول القانوني ذلك الحلول الذي يثبت للموفى بموجب القانون ولو على غير رضا من الدائن أو المدين^(١):

تنص المادة ٣١٧ من القانون المدني المصري على هذا النوع من الحلول بقولها " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه.

(ب) إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني، ولو لم يكن للموفى أى تأمين.

(ج) إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم.

(د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول.

ج. من يوم أن يوشر عليه موظف عام مختص .

د. من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم يصبح مستحيلاً علي أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه .

هـ. من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

و. مع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة علي المخالصات .

(١) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ.د/ حسام الدين الأهواني ص ٣٧، أ.د/ عبد المنعم البدروي ص ٣٥٠، ٣٥١.

١- الحالة الأولى:

إذا كان الموفي ملزماً بالوفاء مع المدين أو ملزماً بالوفاء عنه

إذا كان الموفي ملزماً بالوفاء مع المدين كما لو كان مديناً متضامناً معه (كعدد من الأشخاص اشتركوا في خطأ تقصيري أضر بشخص ما فهم متضامنون في دفع التعويض له) أو كان ملزماً بالوفاء عنه كالكفيل فهو ملزم بالوفاء عن المدين سواء أكان كفيلاً شخصياً (أي مسئولاً عن سداد الدين مسئولية شخصية في كل أمواله وممتلكاته) أم كفيلاً عينياً (أي مسئولاً عن سداد الدين مسئولية عينية تنحصر في العين التي قدمها ضماناً لأداء الدين دون أن يمتد إلى بقية أمواله الأخرى)، فإنه بوفائه دين الدائن يحل محله بقوة القانون دون حاجة إلى صدور رضاء من الدائن أو المدين في حقه في هذا الحلول قبل المدين.

٢- الحالة الثانية:

وفاء دائن متأخر لدائن متقدم

قد تكون للدائن المتأخر في المرتبة (سواء أكان دائناً عادياً تأتي مرتبته تالية لمرتبة الدائنين الممتازين أم كان دائناً ممتازاً متأخراً في المرتبة) مصلحة في سداد دين الدائن المتقدم في المرتبة (إذ من المتصور أن يكون مثل هذا الدائن المتقدم في المرتبة مقبلاً على التنفيذ على العقار المرهون لضمان دينه لعدم سداد المدين للدين بعد أن حل أجل الوفاء به في وقت غير مناسب لانخفاض الأسعار آنذاك مثلاً، فيقدر الدائن المتأخر أن مصلحته في الإبقاء على العقار لحين عودة الأسعار إلى سابق عهدها)، فيقوم بالوفاء بهذا الدين فيحل محله حلوياً قانونياً في الرجوع على المدين بنفس الحق الذي كان ثابتاً للدائن المتقدم بذات مرتبته.

وينبغي أن يراعى أن الحلول في هذه الحالة مقصور على الحالة التي يفي فيها دائن متأخر بدين دائن متقدم عليه، ومن ثم لا يمتد ليشمل الحالة التي يفي فيها دائن متقدم بدين دائن ذي مرتبة متأخرة أو لدائن عادي.

٣ - الحالة الثالثة:

وفاء حائز العقار المرهون للدين المضمون به

إذا ما اشترى شخص عقاراً مرهوناً لضمان بعض الديون، فإن له مصلحة ظاهرة في سبيل تخليص هذا العقار وتطهيره من هذه الديون في أن يقوم بسدادها من ثمن هذا العقار، فإذا ما قام الحائز بوفاء هذه الديون حل حلوياً قانونياً محل الدائنين الذين قام بسداد ديونهم المضمونة برهن عقاره.

وتبدو قيمة الحلول القانوني بالنسبة لحائز العقار المرهون حينما يريد مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار دائن مرتهن تالي في المرتبة على مرتبة الدائن الذي وفي الحائز دينه فحل محله في التقدم عليه لاستيفاء ما وفاه للدائن المتقدم، بل إنه من المتصور أن يكون الحلول مانعاً من التنفيذ وذلك إذا ما ثبت أن قيمة العقار المرهون لا تفي إلا بسداد قيمة الدين الأول الذي أداه الحائز وحل فيه محل الدائن بما يضمنه من رهن^(١).

٤ - الحالة الرابعة:

وجود نص قانوني آخر يقرر الحلول

قد يتحقق الحلول القانوني في حالات أخرى غير الحالات سالفة الذكر حينما ترد بشأنه نصوص خاصة تقرره، ولعل المطالع لنصوص القانون يجد حالات متعددة للحلول القانوني جاءت متفرقات في كل من القانون المدني والقانون التجاري، نذكر من بينها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

١- ما نص عليه القانون من حلول المؤمن (شركة التأمين) محل المؤمن له فيما دفعه له من تعويض عن الحريق في مواجهة المتسبب في هذا الحريق (م ٧٧١ مدني مصري^(٢)).

(١) حيث تنص المادة ١٠٦٣ من القانون المدني المصري على أنه:

١- " إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل ."

٢- " فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقاً للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق على الدفع فيه ."

٣- هذه المادة بفقراتها الثلاث تقابل المادة ٩٧٨ من القانون المدني البحريني.

(٢) تنص المادة ٧٧١ من القانون المدني المصري على أنه -" يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة ، أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله . " هذه المادة تقابل المادة ٧١٦ من القانون المدني البحريني.

- ٢- ما ينص عليه القانون التجاري من حلول الشخص الذي يقوم بسداد قيمة الكمبيالة لحاملها دون أن يكون ملزماً بذلك حلوياً قانونياً محل الدائن (م ١٥٨ تجاري مصري).
- ٣- حلول الشفيع محل مشتري العقار المشفوع فيه (م ٩٣٥ مدني مصري).
- ٤- حق الشريك في الحلول محل مشتري الحصة الشائعة (م ٨٣٣ مدني مصري).

الفرع الثالث

آثار الوفاء مع الحلول

الوفاء مع الحلول عملية قانونية مركبة فهو وفاء وحلول في آن واحد، فهو وفاء لأنه يؤدي من خلاله دين الدائن، وهو حلول لأنه لا ينقضي به الدين الذي في ذمة المدين لعدم وفائه به، إذ يظل هذا الدين قائماً لا ينقضي، غاية ما هنالك أن شخص الدائن يتغير فيحل الموفي محل الدائن الذي وفي له فيصبح في ذات المركز القانوني لهذا الدائن.

ومن ذلك يتضح لنا أن القاعدة العامة في آثار الوفاء مع الحلول أن الموفي يحل حلوياً كاملاً محل الدائن في حقه بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع (١)، غير أنه قد ترد على هذه القاعدة بعض القيود التي تجعل من هذه الحلول حلوياً جزئياً غير كامل، فما هي القاعدة العامة في الحلول، ومتى يكون حلوياً جزئياً بسبب القيود التي ترد عليه؟

أولاً: القاعدة العامة:

حلول الموفي محل الدائن حلوياً كاملاً في نفس الحق

يترتب على الوفاء مع الحلول أن يحل الموفي محل الدائن في ذات الحق الذي كان للدائن في ذمة المدين، هذا بالإضافة إلى الأمور الآتية :

١- خصائص الحق:

لا يقتصر الحلول على ذات حق الدائن الذي حل محله بل يمتد أيضاً ليشمل ما يتميز به هذا الحق من خصائص، ومن ثم فإنه إذا كان هذا الحق تجارياً بالنسبة للدائن عددياً تجارياً بالنسبة للموفي حتى وإن لم يكن تاجراً، وكان من حقه مقاضاة المدين بالطرق التجارية ومطالبته بالفائدة

(١) لقد بينت المادة ٣٢٩ من القانون المدني المصري القاعدة العامة في أثر الحلول بقولها " من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن . " هذه المادة تقابل المادة ٣٢٠ من القانون المدني البحريني

الربوية وفقاً للسعر التجاري، كما أنه حينما يكون حق الدائن المنتقل إلى الموفي ثابتاً في سند تنفيذي فإنه يجري التنفيذ بمقتضاه، وأخيراً فإنه إذا كان لحق الدائن مدة تقادم خاصة سرت هذه المدة ذاتها في مواجهة الموفي.

٢-توابع الحق:

يشمل الحلول إلى جانب الحق وخصائصه كل ما يعد من توابع هذا الحق مثل الفوائد التي يغلها الحق وذلك عند ما يكون الحق ذا طابع تجاري (سواء في مصر أم في البحرين)، أو عندما يكون الحق مدنياً في مصر فقط (ذلك أن الحق المدني لا يغل فائدة في القانون المدني البحريني، ويقع باطلاً أي اتفاق على فائدة له)، إذ ينتقل إلى الموفي ذات الحق الذي كان للدائن بنفس سعر الفائدة الذي كان مقرراً للدائن، كما يعد من توابع الحق الدعاوي المقررة لحمايته مثل دعوى الفسخ، والحق في الحبس، والدعوى البوليصية (أي دعوى عدم نفاذ التصرف)^(١).

٣-تأمينات الحق:

يستفيد الموفي عند رجوعه على المدين بدعوى الحلول من كافة الضمانات أو التأمينات الخاصة بالحق الذي انتقل إليه بالحلول، سواء أكانت تأمينات شخصية مثل التضامن بين المدينين والكفالة أم كانت تأمينات عينية مثل الرهن.

٤-الدفع التي ترد على الحق:

إن حلول الموفي محل الدائن لا يقتصر وحسب على ذات حق الدائن وما قد يلحقه من خصائص وما يتبعه من توابع، فضلاً عما يثبت لضمانه من تأمينات، بل يمتد أيضاً ليشمل ما كان وارداً على هذا الحق من دفع قبل انتقاله من الدائن إلى الموفي، بحيث يكون من حق المدين أن يتمسك في مواجهة الموفي بكافة الدفع التي كانت ثابتة له في مواجهة الدائن قبل ذلك. ومن ثم يكون في مقدور المدين أن يتمسك في مواجهة الموفي ببطلان العقد أو قابليته للبطلان إذا كان العقد مصدر الحق المنتقل إليه باطلاً أو قابلاً لإبطال، كما أن له أن يدفع رجوع الموفي عليه إذا كان الحق المنتقل إليه قد انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء مثل الوفاء أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو التقادم^(٢).

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/أنور سلطان، بند ٣٨٣، ص ٣٣٦، أ.د/حسام الدين الأهواني ص ٣٧٧.
(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/فتحي عبد الرحيم بند ٢٨٠، ص ٣٤٣، أ.د/أنور سلطان بند ٣٨٥، ص ٣٣٦.

٥. رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول أو الدعوى الشخصية:

لا جرم أن من آثار الوفاء مع الحلول انتقال حق الدائن إلى الموفى، فيكون بناء على ذلك من حق الموفى أن يرجع على المدين بهذا الحلول من خلال دعوى تسمى دعوى الحلول، غير أن ذلك لا يحرمه من حقه في الرجوع على هذا المدين عن طريق الدعوى الشخصية المستمدة من عقد القرض أو الإثراء بلا سبب أو الفضالة أو الوكالة حسب الأحوال، ومن ثم فله حق الخيار بين ولوج سبيل أي من هاتين الدعويتين بحسب ما يراه محققاً لمصلحته منهما. على أن يراعى هذا الموفى أنه إذا سلك سبيل دعوى الحلول فإن من حقه الاستفادة من التأمينات الضامنة للحق المنتقل إليه، أما إذا ولج سبيل الدعوى الشخصية فلا يستفيد من هذه التأمينات.

وقد يقدر الموفى أن مصلحته تكون أفضل عند رجوعه على المدين بطريق الدعوى الشخصية رغم فقدانه للتأمينات الضامنة للحق المنتقل إليه، كما لو كانت مدة تقادم دعوى الحلول قد اكتملت أو مدة قصيرة^(١)، في حين أن مدة تقادم الدعوى الشخصية لم تكتمل بعد أو تخضع للتقادم الطويل، أو كان حق الدائن المنتقل إليه لا يغل فائدة أو يغل فائدة أقل من الفائدة القانونية المقررة وذلك في القانون المدني المصري الذي يجيز الربا في المعاملات المدنية بعكس القانون المدني البحريني الذي يقضي ببطلان الربا في مثل هذه المعاملات^(٢)، في حين أن حق الموفى كوكيل أو كفضولي في هذا القانون عند رجوعه بالدعوى الشخصية تكون له فائدة قانونية يجري حسابها من وقت الدفع^(٣).

ثانياً: الاستثناء: الحالات التي يكون فيها الحلول غير كامل:

من المتصور ألا يكون حلول الموفى محل الدائن حلولاً كاملاً خروجاً على القاعدة العامة، ذلك نظراً لأن الحلول الذي يثبت للموفى يكون مقيداً بقدر ما وفاه للدائن. ويمكن رد حالات الحلول غير الكامل في رجوع الموفى على المدين إلى أحد هذين الأمرين:

(١) ذلك أن حساب مدة تقادم دعوى الحلول يبدأ من اليوم الذي يصبح فيه حق الدائن مستحق الأداء، في حين يبدأ حساب مدة تقادم الدعوى الشخصية من تاريخ وفاء الموفى حق الدائن والمدين، الأمر الذي يجعل مدة التقادم بالنسبة للدعوى الأولى وهي دعوى الحلول تكتمل عادة قبل اكتمال مدة تقادم الدعوى الثانية وهي الدعوى الشخصية.

(٢) ويحمد للقانون المدني البحريني حظره الربا، وكان من المأمول في القانون المدني المصري أن يحظر الربا، لكنه للأسف الشديد رخص به، وهذا مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تمثل المصدر الرئيسي للتشريع بموجب نص المادة الثانية من الدستور المصري.

(٣) انظر في نفس هذا المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٢٣٣، ص ٣٩٩، أ.د/ أنور سلطان بند ٣٨٦، ص ٣٣٧، أ.د/ عبد المنعم البدر، بند ٣٣٥، ص ٣٥٣.

١- الأمر الأول: الوفاء الجزئي:

يفهم من نصوص القانون^(١) أنه إذا وفى الموفي بجزء من حق الدائن فيكون حلولة بقدر ما وفى فقط، وليس في كل هذا الحق، فالوفاء الجزئي من قبل الموفي يثبت له الحلول الجزئي في حق الدائن تجاه المدين. وفي إطار هذا المعنى القانوني- الذي يؤيده العقل والمنطق- ينبغي أن نفرق في خصوص الوفاء الجزئي بين الفروض الثلاثة الآتية:

أ- الفرض الأول:

اكتفاء الدائن بالوفاء الجزئي من الموفي سبباً لانقضاء حقه كاملاً ، كما لو كان الدين ألف جنيه مصري ورضي الدائن من الموفي الوفاء بنصف المبلغ فقط مع إبرائه للمدين من الجزء الباقي . ففي هذا الفرض لا يستفيد الموفي من الجزء المتنازل عنه من حق الدائن، إذ يقتصر أثر الحلول على حلولة جزئياً محل الدائن في حدود ما وفاه إياه فحسب، وتبرأ ذمة المدين من الجزء الباقي الذي حدث بشأنه إبراء من الدائن لمدينه .

ب- الفرض الثاني:

رضاء الدائن بالوفاء الجزئي من الموفي من غير أن يتنازل عن باقي حقه في ذمة المدين. في هذا الفرض يحل الموفي محل الدائن في الجزء الذي وفاه له، ويبقى للدائن حق الرجوع على المدين في الجزء الباقي الذي لم يستوفه مفضلاً في هذا الرجوع على الموفي. ويرجع تفضيل الدائن على الموفي عند رجوعهما على المدين إلى أن ذلك ما يقتضيه التفسير المنطقي لإرادة الدائن الضمنية، فهو لا يقبل عادة وفاء الغير لجزء من حقه فقط إلا مع شرط ضمني مؤداه الاحتفاظ لنفسه بالتقدم على هذا الموفي الذي حل محله حلولة جزئياً عند رجوعهما على المدين، هذا ما لم يتضح من الإرادة الصريحة لطرفي الحلول عكس ذلك، إذ أنه من المتصور إن تتصرف إرادتهما الصريحة إلى التسوية بينهما أو تفضيل الموفي على الدائن عند الرجوع على المدين، وعندها يجري تغليب الإرادة الصريحة لهما على الإرادة الضمنية لأحدهما أو لكليهما.

(١) تنص المادة ٣٣٠ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها "١- إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محل فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. ٢- فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء " . هذه المادة تقابل المادة ٣٢١ من القانون المدني البحريني.

ج- الفرض الثالث:

وفاء شخص من الغير جزءاً من حق الدائن، ثم قيام شخص آخر من الغير بعد ذلك بوفاء الجزء الباقي من حق الدائن، في هذا الفرض يحل كل واحد منهما محل الدائن حلاً جزئياً بقدر ما وفى للدائن، على أن يكونا في منزلة واحدة عند الرجوع على المدين، من غير أن يتقدم أحدهما على الآخر، على أساس أن هذا مما يتفق مع الإرادة الضمنية للدائن، أو النية المفترضة لديه، حيث يفترض انصرافها إلى التسوية بينهما فيقتسما أموال المدين قسمة غرماء، كلٌ بقدر حصته من الحق.

٢- الأمر الثاني: الوفاء من أحد الملتزمين بالدين:

إذا وفى بالدين كاملاً أحد الملتزمين به مثل المدين المتضامن أو الكفيل عند تعدد الكفلاء أو المدين بدين لا يقبل الانقسام عند تعدد المدينين، كان من حقه الرجوع على باقي الملتزمين بدعوى الحلول، غير أن الحلول في هذه الحالة لا يكون كاملاً، لأنه مضطر بعد استنزال حصته أو نصيبه من الدين، إلى تجزئة رجوعه على الباقيين من الملتزمين بالدين كلٌ بقدر نصيبه في الدين، إذ لو كان الحلول كاملاً لكان من حق الموفي من هؤلاء الملتزمين الرجوع على الباقي منهم بكل الدين بعد خصم نصيبه^(١).

وقد أشار القانون إلى هذا النوع من الحلول الجزئي في الحالة التي يكون فيها دين واحد مضموناً بأكثر من عقار، ثم انتقلت ملكية هذه العقارات لأكثر من شخص، عندئذ يتعدد الحائزون للعقارات المرهونة لضمان نفس الدين، ويلتزم كل واحد منهم بسداد الدين من ثمن العقار ليظهر العقار من الرهن الذي يتقله، فإذا قام أحدهم بسداد كل الدين، حل بذلك محل الدائن المرتهن في الرجوع على باقي الحائزين الآخرين للعقارات التي كانت مثقلة بالرهن، لكن في رجوعه عليهم لا يرجع عليهم بكل الدين بعد استنزال نصيبه منه، بل يرجع على كل واحد على حده بقدر حصة كل واحد في الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار^(٢). ولمزيد من الإيضاح نضرب هذا المثال لو

(١) ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدني المصري بقولها " ١- إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن.

٢- وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". هذه المادة تقابل المادة ٢٨١ من القانون المدني البحريني

(٢) إذا تنص المادة ٣٣١ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها " إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار". هذه المادة تقابل المادة ٣٢٢ من القانون المدني البحريني.

تصورنا أن قرصاً كانت قيمته ١٢٠٠٠٠ ألف جنيه ، رهن لضمانه عقارات ثلاثة، العقار الأول قيمته ١٢٠٠٠٠ ألف جنيه ، والعقار الثاني قيمته ٨٠٠٠٠ ألف جنيه ، والعقار الثالث قيمته ٤٠٠٠٠ ألف جنيه ، ثم وفي صاحب العقار الثالث كل الدين، فعندئذ يرجع على صاحب العقار الأول بستين ألف جنيه ، وصاحب العقار الثاني بأربعين ألف جنيه ويتحمل هو ٢٠٠٠٠ ألف جنيه هو حصته من الدين حسب قيمة ما حاز من عقار كان مرهوناً لضمان الدين.

الفرع الرابع

التفرقة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

الوفاء مع الحلول هو نظام قانوني مركب ينطوي على معنى الوفاء بحق الدائن من قبل الغير مقابل حلوله اتفاقاً أو قانوناً محله عند الرجوع في مواجهة المدين، بحيث ينتقل حق الدائن إلى هذا الموفى بما له من خصائص وتوابع وتأمينات، أما حوالة الحق فهي عقد ينقل بموجبه الدائن ما له من حق شخصي في ذمة مدينه لشخص آخر بعوض أو بغير عوض.

ويبين لما من تعريف كل من الوفاء مع الحلول وحوالة الحق أن بينهما قاسماً مشتركاً يقرب بينهما ألا وهو فكرة انتقال حق الدائن لصالح شخص آخر حيث ينتقل هذا الحق من الدائن إلى الموفى في الوفاء مع الحلول، ومن الدائن المحيل إلى الدائن الجديد المحال له، بيد أن ذلك لم يحل دون تعدد مظاهر الاختلاف والتمايز بينهما على نحو يثبت استقلاليته وتفرده عن الآخر، ويمكننا إبراز هذه المظاهر في النقاط الرئيسية الآتية :

أولاً: الاختلاف من حيث الغرض أو الغاية:

إنه وإن كان من المتصور في الوفاء مع الحلول أن يقع من جانب الموجب بهدف الاستثمار لماله^(١)، إلا أنه في معظم الأحيان غالباً ما يقع بهدف إسداء المعروف أو بذل المعونة لصالح المدين درءاً لما قد يباشره الدائن ضده من إجراءات تتعلق بالحجز والتنفيذ على أمواله لعجزه عن سداد دينه، بعكس حوالة الحق التي تتم عادة بقصد المضاربة والاستثمار، حيث يعمد الدائن في الأعم الأغلب إلى التنازل عن حقه لآخر بأقل من قيمته، إما لأنه حق مؤجل وأراد أن يتنازل عنه حالاً لمن يدفع له في الحال ولو كان المدفوع له أقل من القيمة أو أنه دائن لمدين يصعب إن لم

(١) كما لو أراد الموفى عند وفاته بحق الدائن أن يجني ثمار ما يغله الدين التجاري من فوائد على إثر حلوله محل الدائن في هذا الحق. كما لو قام بسداد دين تجاري لأحد المصارف في ذمة المدين.

يستحل عليه أخذ حقه منه، فيشتري المحال إليه (الدائن الجديد) هذا الحق من المحيل (الدائن القديم) بمبلغ يقل عن قيمته ثم يعود المحال إليه (الدائن الجديد) بهذا الحق بعد انتقاله إليه على المدين (المحال عليه) بقيمته الكاملة^(١).

ثانياً: الاختلاف من حيث شروط الانعقاد والنفاد:

إنه على خلاف الحال في الوفاء مع الحلول الذي قد يتم بغير رضاء من الدائن (وذلك حينما يقع الحلول الاتفاقي بموجب اتفاق بين المدين والموفي أو يكون حلوياً قانونياً فيقع ولو على غير رضاء من جانب الدائن أو المدين)، فإن حوالة الحق لا تتعد بغير رضاء الدائن، فرضاؤه شرط لازم لانعقادها، فلا يتصور انعقادها بدونها.

أما ما يتعلق بالنفاد فإن حوالة الحق إذا كانت لا تنفذ في حق المدين إلا بقبوله إياها أو على الأقل إعلانه بها، فإن الوفاء مع الحلول ينفذ في حق المدين وحق الغير بمجرد وقوعه سواء أكان حلوياً قانونياً أم إتفاقياً دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء من أجل ذلك.

ثالثاً: الاختلاف من حيث الآثار:

إنه وإن كان صحيحاً أن حق الدائن القديم في كل من حوالة الحق والوفاء مع الحلول ينتقل إلى الدائن الجديد، وهو المحال له في الحوالة، والموفي في الوفاء مع الحلول، إلا أنه رغم ذلك توجد مظاهر للتباين والتمايز فيما بينهما من حيث الآثار المترتبة عليهما يمكن إجمالها في النقاط الآتية :

١- إذا قبل الدائن من الموفي الوفاء بجزء من حقه متنازلاً عن الجزء الباقي منه، فإنه لا يستفيد من هذا التنازل إلا المدين، ومن ثم لا يرجع الموفي على المدين بكامل حق الدائن الذي حل محله ولكن في حدود ما وفاه إليه فقط، بعكس الحال في حوالة الحق فلو اشترى المحال له حق المحيل بأقل من قيمته رجع على المدين بكامل قيمة هذا الحق في ذمته، لأنه مضاربٌ عادةً في شرائه لهذا الحق ولهذا فهو يستهدف من ورائه الربح والكسب.

٢- إذا أوفى الموفي جزءاً من دين الدائن ولم يتنازل هذا الدائن عن الجزء الباقي، كان للدائن الرجوع على المدين مقدماً على الموفي، في حين أنه إذا أحال الدائن لآخر جزءاً من حقه فقط

(١) بيد أن ذلك لا يمنع من تصور وقوع حوالة الحق تبرعاً (أي بغير عوض)، بحيث يتنازل فيه الدائن المحيل عن حقه للدائن الجديد المحال إليه بلا عوض، فتسري عليها حينئذ أحكام التبرع شكلاً وموضوعاً.

وبقي له الباقي في ذمة مدينه ، لم يتقدم المحال له على المحيل في استيفاء ما له من حق في ذمة المدين، بل يتقاسم المحيل والمحال له أموال المدين قسمة غرماء، كلٌ بقدر قيمة حقه في ذمة هذا المدين.

٣- إذا كانت الحوالة بعوض ضمن المحيل وجود الحق الذي نقله إلى المحال له، بحيث إذا لم يكن الحق موجوداً كان ملتزماً في مواجهته بالضمان، لأنه نقل إليه حقاً غير موجود (كما لو تبين أن الدين كان باطلاً أو انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء مثل الوفاء أو الإبراء أو المقاصة أو التقادم)، بعكس الحال في الوفاء مع الحلول فحينما يتبين الموفي أن الحق الذي حل فيه محل الدائن غير موجود أصلاً لم يرجع على المدين بالضمان، لأنه لم ينقل حقاً إليه، بل انتقل إليه هذا الحق بوفائه حق الدائن، ومن ثم يكون رجوعه على هذا الدائن بدعوى استرداد غير المستحق إن كان الدائن سيء النية وقت الاستيفاء (أي كان يعلم أنه يستوفي ما ليس حقاً له) أو بدعوى الإثراء بلا سبب إن كان الدائن حسن النية وقت الاستيفاء ، أي لم يكن يعلم باستيفائه ما ليس مستحقاً له .

٤- للموفي الخيار بين الرجوع على المدين بدعوى الحلول أو عن طريق الدعوى الشخصية سواء كان مصدر هذه الدعوى هو الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، بعكس المحال إليه الحق فليس له سوى دعوى واحدة هي دعوى الحق الذي انتقل إليه.

٥- إذا رجع المحال إليه على المحيل على أساس الضمان كان له الحق في التعويض عن كل ما لحقه من خسارة من جراء انعدام الحق المحال، فيرجع عليه بقيمة الحق كله وفوائده (هذا إذا كانت فوائد تجارية في البحرين أو كانت فوائد تجارية أو مدنية في مصر) ومصروفاته، فضلاً عن تعويضه عن الضرر الذي أصابه، في حين أنه إذا رجع الموفي على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق، فإنه لا يسترد منه إلا القدر الذي وفاه إليه، وليس من حقه طلب رد الثمار التي جناها أو قصر في جنيها للشيء الذي دفعه إليه إلا إذا ثبت أن الدائن كان سيء النية وقت الوفاء (م ١٨٥ مدني مصري (١)).

(١) هذه المادة تعادل م ١٨٨ مدني بحريني .

المطلب الرابع

محل الوفاء

تمهيد وتقسيم:

لكي يعد المدين منفذاً لالتزامه يتعين عليه تنفيذ عين الأداء الملتمزم به، أيًا كانت صورة التزامه (أي سواء أكان التزاماً بعمل أم كان التزاماً بامتناع عن عمل أم كان التزاماً بإعطاء)، كما ينبغي أن يكون هذا الأداء كاملاً دون تجزئة بصفة عامة، كما يلزم أن يمتد الوفاء ليشمل إلى جانب عين ما التزم به المدين، ما يعد أيضاً من ملحقاته ومستلزماته، وأخيراً ينبغي الإشارة إلى الحل القانوني لمشكلة كيفية إجراء الخصم من الديون عند تعددها مع اتحادها في الجنس وكونها لدائن واحد، وكان المال الموجود في ذمة المدين غير كاف للوفاء بها جميعها.

الفرع الأول

الوفاء بذات الشيء المستحق أو العمل الواجب

يجب على المدين الوفاء بذات الشيء المستحق أو بنفس العمل الواجب عليه حتى تبرأ ذمته من الالتزام الملقى على عاتقه. فإذا كان محل الوفاء شيئاً قيمياً (أي شيئاً معيناً بذاته)، وجب عليه الوفاء به نفسه دون غيره، وليس من حقه جبر الدائن على قبول شيء آخر ولو كان مثله في القيمة أو حتى أفضل منه (م ٣٤١ مدني مصري^(١))، هذا ما لم يقبل الدائن الوفاء له بهذا الشيء، فعندئذ يصح الوفاء به ويعد حينئذ وفاءً بمقابل وليس وفاءً عادياً أو بسيطاً .

أما إذا كان الشيء المستحق شيئاً مثلياً (أي معيناً بالنوع فقط ككمية محددة من القمح)، وجب إفرازه ثم وفاؤه إلى الدائن بحسب درجة الجودة المتفق عليها في العقد، وإلا بجودة متوسطة عند عدم الاتفاق على درجة الجودة المطلوبة فيه.

وإذا كان الشيء المستحق نقوداً، وجب عليه الوفاء بها بقدر عددها الوارد في العقد دون زيادة أو نقصان، بحيث لا يكون لانخفاض أو ارتفاع قيمتها الاقتصادية (أي القوة الشرائية للنقود) أي أثر عند الوفاء، ولا يجوز إجبار الدائن على قبول الوفاء بأي من الأوراق التجارية أو المالية (مثل الكمبيالة والشيك، والأسهم والسندات)^(٢).

(١) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة اعلى. " هذه المادة تقابل المادة ٣٣١ من القانون المدني البحريني
(٢) وينبغي أن يراعى أن قبول الشيك كوسيلة من وسائل الوفاء لا يعني تمام الوفاء بمجرد أخذه، وإنما يتحقق هذا الوفاء بتحصيل قيمته فعلاً (نقض مصري ١٣ يونيو عام

وإذا كان محل الالتزام عملاً تعين على المدين أن يؤديه بنفسه أو عن طريق شخص آخر مثل النائب أو العامل التابع (ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بضرورة قيام المدين بتنفيذ العمل بنفسه أو اقتضت طبيعة الالتزام ذلك)، بأدلاً في تنفيذه إياه عناية الشخص المعتاد، ما لم يتفق على عناية أخرى غيرها أكبر (مثل الاتفاق على بذله عناية الشخص الحريص) أو أقل (مثل الاتفاق على بذله العناية التي يبذلها المدين في شئونه الخاصة وإن كانت أقل من عناية الشخص المعتاد).

الفرع الثاني

الوفاء بكامل الشيء المستحق أو العمل المطلوب

أولاً: القاعدة العامة: مبدأ عدم تجزئة الوفاء :

principe de l'indivisibilité du paiement

لا جرم أنه متى كان حق الدائن معين المقدار حال الأداء، وجب على المدين الوفاء به كاملاً دون تجزئة، ومن حق الدائن - بصفة عامة - رفض الوفاء الجزئي لحقه حتى وإن كان بطبيعته قابلاً للانقسام أو التجزئة، وتمتد هذه القاعدة لتشمل أصل الدين ومصرفاته وملحقاته^(١). ومما تجدر الإشارة إليه أن حق التمسك بهذا المبدأ لا يثبت للدائن فقط، بل إن من حق المدين نفسه أن يتمسك به ، وأن يصر على أدائه كاملاً، حتى وإن رضي الدائن بالتجزئة^(٢)، ما دام أن حق الدائن حال الأداء، لأن للمدين مصلحة ظاهرة في التخلص من ديونه لكي تبرأ منها ذمته.

ثانياً: الاستثناء: جواز تجزئة الوفاء في بعض الأحوال:

يمكن الخروج على القاعدة العامة التي لا تجيز للمدين تجزئة الوفاء بالحق المعين المقدار الحال الأداء في أي من الحالات الآتية:

١٩٧٥ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٨، رقم ٦٤، ص ٥٧٦)، كما أن قبول الوفاء بحوالة بريرية لا يعني تمام الوفاء، فهو لا يتحقق إلا بقبض قيمتها، ومن ثم تقع على عاتق المدين تبعة ضياعها وهي في طريقها إلى الدائن (أ.د/ عيد المنعم البدرابي، بند ٣١٥، ص ٣٣٤، هامش ٢.
(١) تنص المادة ١/٣٤٢ مدني مصري على هذا المبدأ بقولها " لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " .
هذه المادة تقابل المادة ٣٣٢/أ مدني بحريني .
(٢) أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٢١٩، ص ٣٨٧، أ.د/ أنور سلطان، بند ٣٥٣، ص ٣١٣.

١- إذا وجد اتفاق بين الدائن والمدين يرخص للمدين بالتجزئة، سواء تم هذا الاتفاق منذ تاريخ نشأة الحق أم بعد هذا التاريخ، وسواء أكان اتفاقاً صريحاً أم كان ضمناً (كما لو قدم المدين جزءاً من الدين لدائنه فقبله منه دون أي اعتراض).

٢- إذا تعدد الكفلاء ولم يكن بينهم تضامن، فمن حق كل كفيل عند الرجوع عليه من الدائن بكل الدين أن يدفع بالتجزئة، ولا يوفي له من الدين إلا بقدر نصيبه فيه (٧٩٢/ ١ مدني مصري^(١)).

٣- إذا منح القاضي للمدين حسن النية آجالاً مختلفة يوفي خلالها الدين مقسطاً، متى تراءى له أن هذه التجزئة لن تلحق بالدائن ضرراً جسيماً (٢/٤٣٦ مدني مصري^(٢)).

٤- إذا جرت مقاصة بين دينين متقابلين للدائن والمدين، فإن الدينين ينقضيان بقدر الأقل منهما، فينقضي جزء من الدين الأكبر بقدر الدين الأصغر رغماً عن إرادة الدائن ويبقى له في ذمة المدين الجزء الباقي (م ٢/٣٦٥ مدني مصري^(٣)).

٥- إذا كان الدين متنازعاً عليه في جزء منه وقبل الدائن الوفاء بالجزء المعترف به، إذ ليس من حق المدين الامتناع عن الوفاء بهذا الجزء، بحجة الانتظار لحين حسم النزاع في الحق برمته (م ٣/٤٢٢ مدني مصري^(٤)).

٦- إذا حصل الدائن المرتهن رهناً حيازياً على عائد من استثماره للمال المرهون، تعين عليه أن يستنزله من المبلغ المضمون بالرهن، حتى وإن لم يكن أجله قد حل، مع مراعاة أن يجري الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه الدائن من مال في سبيل المحافظة على المال المرهون وإصلاحه وما دفعه من التكاليف ثم مما استحقه من تعويضات، ثم من المصروفات، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدني مصري^(٥)).

(١) إذ تنص المادة ٧٩٢/ ١ مدني مصري على أنه " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن

يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة " . هذه المادة تعادل المادة ٧٥٥/أ مدني بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٣٣٦/ ب مدني بحريني،

(٣) هذه المادة تعادل المادة ٣٥٦/ ب مدني بحريني

(٤) هذه المادة تعادل المادة ٣٣٢/ ب مدني بحريني

(٥) هذه المادة تعادل المادة ١٠٠٩/ ج مدني بحريني .

الفرع الثالث

كيفية إجراء الخصم عند تعدد الديون

إذا كانت على المدين عدة ديون من جنس واحد ولدائن واحد، وقدم المدين مبلغاً من المال لدائنه لا يفي بها جميعها، فهنا يثار التساؤل حول أمرين، أولهما أي الديون يجري وفاؤها أولاً، وثانيهما أنه إذا حددنا الديون التي توفى أولاً فكيف تجري بشأنها عملية الخصم إذا كان المبلغ المؤدى لا يكفي للوفاء بأصل الدين وما يتبعه من ملحقات مثل المصروفات والتعويضات؟

أما بالنسبة للمشكلة الأولى فللمدين حق الخيار في تحديد الدين الذي يوفى به أولاً متى تعددت الديون واتحدت جنساً، ويتعين على الدائن احترام الخيار الذي يأخذ به المدين، ما دام أن هذا الخيار لا يصطدم أصلاً بمانع قانوني يحول دونه وذلك الخيار (كما لو اختار الخصم من دين لا تجوز فيه التجزئة قانوناً وكان ما دفعه أقل من قيمة الدين) أو مانع اتفاقي (كما لو اتفق الدائن والمدين على البدء بدين معين ثم اختار المدين الوفاء بدين آخر) م ٣٤٤ مدني مصري ((١)).

فإذا لم يحدد المدين الدين الذي يرغب في وفائه أولاً من بين هذه الديون المتعددة، وجب الخصم من حساب الدين الذي حل أجله، فإذا تساوت الديون في هذا الوصف فكانت جميعها حالة الأداء، فيجب أن يجري الخصم من الديون الأشد كلفة على المدين (فيبدأ مثلاً بالدين الذي يغل فائدة إذا كانت باقي الديون بلا فائدة أو بالدين الذي فائدته أكبر من غيره في مصر لعدم جواز الفوائد في البحرين أو بالدين المضمون بالرهن أو الدين الثابت بسند تنفيذي، توكيفاً لإجراءات الحجز والتنفيذ بموجب الرهن أو السند)، فإذا تساوت جميع الديون في هذا الوصف فكانت كلها مرهقة بالنسبة للمدين، فعندئذ يجري الخصم من الدين الذي يختاره الدائن (م ٣٤٥ مدني مصري (٢))، وذلك على أساس أنه مادام المدين قد تولى عن مهمة تحديد الدين الذي يروق له الوفاء به أولاً قبل غيره من الديون لانعدام مصلحته في هذا التحديد، فإن الدائن قد تتوافر لديه مصلحة ظاهرة في هذا التعيين فينبغي منحه الخيار في ذلك (٣).

(١) هذه المادة تعادل المادة ٣٣٤ مدني بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٣٣٥ مدني بحريني .

(٣) انظر نفس المعنى: أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٣٠١، ص ٣٦٢.

أما بالنسبة للمشكلة الثانية والتي تتعلق بكيفية إجراء الخصم من الدين الواحد إذا كان المبلغ المؤدى للدائن لا يفي بأصل الدين وملحقاته (مصرفاته والتعويضات عن التأخير في الوفاء به)، فالأصل أن المدين ما دام لم يرخص له في تجزئة الوفاء بالدين الواحد فيجب عليه وفاؤه كاملاً (أي أصل الدين وملحقاته)، فإذا كان المبلغ المقدم للدائن لا يكفي لسداد الأصل وملحقاته، فعندئذ يجري الخصم من الدين الواحد على النحو الآتي: يبدأ أولاً بالخصم من حساب المصروفات (ويقصد بالمصروفات نفقات إنشاء الدين مثل نفقات تحرير العقد الرسمي، ونفقات الوفاء بهذا الدين نفقات الشيك أو الحوالة البريدية أو الوزن أو العد أو الكيل، وهذه النفقات جميعها يتحملها المدين ما لم يتفق على غير ذلك^(١))، ثم من حساب التعويضات المستحقة عن التأخير في الوفاء بالدين، ثم من أصل الدين، هذا ما لم يتفق المدين والدائن على غير ذلك (م ٣٤٣ مدني مصري^(٢)).

المطلب الخامس

ظروف الوفاء

أولاً: زمان الوفاء:

الأصل العام أن الالتزام متى نشأ تعين الوفاء به فور نشوئه سواء أكان التزاماً إرادياً (أي يرجع في نشأته إلى إرادة المدين به مثل الالتزام الناشئ عن العقد أو الإرادة المنفردة) أم كان التزاماً غير إرادي (مثل الالتزام الناشئ بنص القانون أو بسبب الفعل الضار) ما لم يكن مؤجلاً بناء على اتفاق بين الدائن والمدين أو بنص القانون^(٣) أو بحكم قضائي منح القاضي به المدين نظرة الميسرة وفق الشروط القانونية الواردة في هذا الشأن^(٤).

ومن ثم إذا لم يكن التزام المدين مؤجلاً وتأخر أو امتنع عن تنفيذه رضاء واختياراً، كان من حق الدائن حمله عليه جبراً وقهراً عن طريق التنفيذ العيني الجبري.

(١) أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٣٠٢، ص ٣٦٢، هامش ٢.

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٣٣٣ مدني بحريني .

(٣) مثال التأجيل المقرر بنص القانون ما نصت عليه المادة ٢/١٠٠٣ مدني مصري على أن "تكون الأجرة مستحقة في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك". وليس لهذه المادة مقابل في القانون المدني البحريني، لأنه لم يذكر حق الحكر بوصفه أحد الحقوق المتقررة عن حق الملكية بعكس القانون المدني المصري الذي حذا حذو القانون المدني الفرنسي في تنظيمه لحق الحكر .

(٤) إذ تنص المادة ١/٣٤٦ مدني مصري على الوفاء الفوري بالالتزام فور نشوئه بقولها " يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك." هذه المادة تقابل ١/٣٤٦ مدني بحريني.

نظرة الميسرة أو الأجل القضائي :

إن نظرة الميسرة هي مهلة يمنحها القاضي للمدين حسن النية الذي حالت ظروفه العسرة دونه مؤقتاً والوفاء بديونه الحالة.

وإذا كان القانون قد رخص للقاضي منح المدين نظرة الميسرة فيؤجل له تنفيذ التزامه إلى أجل معقول أو يجزأه عليه فيجعله على أقساط، إلا أن سلطة القاضي في منح هذه المهلة مقيدة بضرورة تثبته من توافر شروط معينة تتمثل فيما يلي^(١):

١- الشرط الأول:

أن تكون حالة المدين تستدعي منحه نظرة الميسرة: بمعنى أن يكون هذا المدين حسن النية أصابته ظروف عسرة لا دخل لإرادته فيها (أي لم تكن هذه الظروف راجعة إلى تقصيره أو إهماله)، هي التي حالت دونه والوفاء بديونه الحالة فور استحقاقها، حتى يكون جديراً بمنحه نظرة الميسرة أو هذا الأجل القضائي، كما لو مرض مرضاً شديداً ألم به فعطل أعماله وشئونه ، أو خسر في مشروع استنفذ كل أو معظم طاقاته المالية، أما إذا كان المدين سيء النية يتعنت فيرفض تنفيذ الالتزام دون مبرر فلا يجوز أن يمنحه القاضي هذا الأجل.

٢- الشرط الثاني:

ألا يكون ثمة مانع قانوني بحول دون القاضي ومنح المدين نظرة الميسرة: فليس للقاضي خرق النص القانوني الذي لا يجيز تأجيل الوفاء بالالتزام، وإلا كان حكمه معيباً متعيناً نقضه أمام محكمة النقض ، مثال ذلك أنه لا يجوز للقاضي منح المدين ببعض الأوراق التجارية أجلاً للوفاء بقيمتها إذا حل أجل استحقاقها مثل الشيك والكمبيالة، وذلك ضماناً لأداء دورها المنشود في ميدان العمل التجاري الذي يرفض إبطاء الوفاء بها متى حلت آجال استحقاقها^(٢).

وكذلك الحال ما جاء بشأن التنظيم الاتفاقي للفسخ من حظر لممارسة القاضي سلطة منح الأجل القضائي في حالة وجود اتفاق بين طرفي العقد على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، حيث يقع الفسخ متى

(١) إذ تنص المادة ٢/٣٤٦ مدني مصري على ذلك بقولها " على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو أجل ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم". هذه المادة تقابل المادة ٣٣٦/ب مدني بحريني.

(٢) فالشيك أو الكمبيالة أداة حيوية من أدوات التعامل التجاري الذي يعتمد على السرعة في الوفاء، فلو أجاز منح الأجل في الشيك أو الكمبيالة لتعطل سير المعاملات التجارية وأصبحت بالركود والشلل.

تم الإعذار ولا يملك القاضي منح المدين أجلاً احتراماً للإرادة المشتركة لطرفي العقد (م ١٥٨ مدني مصري (١)).

٣- الشرط الثالث:

أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولاً: وأعتقد من جانبي أن معقولية الأجل تقتضي من جانب القاضي مراعاة مصلحة كل من الدائن والمدين معاً لتحقيق التوازن المعقول بينهما دون إفراط أو تفريط ، ومن ثم يجب أن يراعي القاضي في منحه الأجل مصلحة المدين فيجعله مناسباً له في مدته بالقدر الذي يمكنه من تجاوز ظروفه العسرة ويكون قادراً خلاله على تنفيذ التزامه ، كما يراعى في نفس الوقت مصلحة الدائن فلا يكون الأجل مبالغاً في أمده فيتعطل حق الدائن في الاستيفاء بغير مبرر مقبول .

٤- الشرط الرابع : ألا يترتب على نظرة الميسرة إصابة الدائن بضرر جسيم: ذلك أن إعانة المدين الذي تعثرت أحواله المالية فعجز عن سداد ديونه الحالة بصفة عارضة بمنحه نظرة الميسرة وإن بدت غاية محمودة يرخص بها القانون، إلا أنها مقيدة بالألا يتولد عنها ضرر جسيم بالدائن صاحب الحق في تحصيل حقه فور استحقاقه دون إبطاء أو تأجيل. أما الضرر اليسير الذي قد يلحق الدائن عند تأجيل القاضي الوفاء له بحقه، فهو ضرر جرى العرف على التسامح فيه لدفع الضرر الأشد الذي قد يصيب المدين إذا ما حرم رغم ظروفه المالية العسرة من نظرة ميسرة. ومن الأمثلة التي يمكن أن تضرب في مقام الضرر الجسيم الذي قد يحيق بالدائن إذا ما منح القاضي مدينه أجلاً للوفاء بدينه حال الأداء، حالة ما إذا كان الدائن مديناً هو الآخر بديون تجارية ومهدداً من ثم بشهر إفلاسه إن لم يسدها في مواعيدها ، وثبتت حاجته إلي استيفاء حقوقه حتى يقدر على الوفاء بما عليه من ديون .

ويستقل القاضي بتقدير مدى توافر هذه الشروط من عدمه، تأسيساً على أن ذلك من مسائل الواقع التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها دون أن يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض متى أقام قضاءه فيها على أسباب سائغة ومقبولة.

(١) مثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٦١ مدني مصري من أنه " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " . هذه المادة تقابل المادة ٤٣٣ مدني بحريني.

الأثر المترتب على منح نظرة الميسرة:

إن الأثر المترتب على منح المدين نظرة الميسرة من قبل القاضي هو تأجيل التزامه بالوفاء بالدين إلى حين انتهاء الأجل الممنوح له أو تقسيط هذا الوفاء المطلوب منه على أقساط خلال الآجال المحددة لها في حكم القاضي.

وبناء عليه لا يجوز للدائن مع منح المدين نظرة الميسرة المطالبة بالدين أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ على أموال المدين، أو الاستمرار في هذه الإجراءات إذا كان قد بدأها قبل الحكم بمنح المدين نظرة الميسرة (فما تم من إجراءات التنفيذ الجبري قبل الحكم تكون صحيحة وما يتم بعد هذا الحكم يكون باطلاً)، إلى حين انقضاء مدة نظرة الميسرة، فإذا لم يوف المدين الحق خلالها، كان من حق الدائن البدء في اتخاذ إجراءات التنفيذ أو مواصلة السير في إجراءات التنفيذ التي سبق أن بدأها وأوقفت بسبب نظرة الميسرة دون أن يطالب ببدئها من جديد^(١).

كما أن للدائن خلال مدة الأجل القضائي (نظرة الميسرة) أن يتخذ كافة الإجراءات التحفظية اللازمة لحفظ حقه مثل قطع التقادم وقيد الرهن المقرر لضمان حقه سواء في مصر أم البحرين أو تجديد هذا القيد في مصر دون البحرين لأنه لا يلزم تجديد قيد الرهن في البحرين^(٢).

ويراعى أن نظرة الميسرة تنقضي بانقضاء مدتها التي حددها القاضي للمدين، كما تنقضي بشهر إفلاس المدين (سواء في مصر أم في البحرين) أو شهر إعساره، (في مصر فقط دون البحرين لعدم تنظيم شهر الإعسار في القانون المدني البحريني) وعند عدم تقديم المدين للتأمينات التي وعد بتقديمها (م ٢٧٣ مدني مصري^(٣)). ولا أثر لمنح المدين نظرة الميسرة على حق الدائن في التمسك بالمقاصة القانونية إذا صار عليه للمدين حق حال الأداء، إذ إنه من غير المقبول عدالة أن يحرم الدائن من التمسك بها في ذات الوقت الذي نسمح فيه للمدين وعليه دين للدائن بمطالبته بسداد هذا الدين (٣٦٢ م / ٢ مدني مصري^(٤)).

ويراعى أن الأجل القضائي نسبي الأثر فلا يفيد منه سوى المدين الذي صدر لصالحه دون غيره من المدينين المتضامنين معه، كما لا يحتج به إلا على الدائن الذي صدر حكم القاضي

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٤٤٣.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٢٠٤، ص ٢٢٨.

(٣) هذه المادة تعادل المادة م ٢٥٤ مدني بحريني ..

(٤) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن " . هذه المادة تقابل المادة م ٣٥٣ ب مدني

بحريني .

بالأجل في مواجهته دون غيره من الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول، ومن ثم فإنه من مصلحة المدين اختصام جميع الدائنين المتضامنين، حتى يحتج بالحكم عليهم جميعاً فيكون نافذاً في حقهم^(١).

ثانياً: مكان الوفاء:

الأصل العام أن يجري تحديد مكان الوفاء بالالتزام عن طريق الاتفاق بين طرفي الالتزام^(٢)، سواء تم هذا الاتفاق وقت إبرام العقد أم في مرحلة لاحقة على إبرامه، وسواء أكان اتفاقاً صريحاً يجري فيه تحديد مكان الوفاء بصورة صريحة، أي على وجه التعيين أو على نحو مباشر، أم كان اتفاقاً ضمنياً يجري فيه تحديد الوفاء بصورة ضمنية أو على نحو غير مباشر كما لو اتفقا على الوفاء بالدين عن طريق الشيك، فعندئذ يكون مكان الوفاء محددًا بطريقة ضمنية بمكان تحصيل قيمة الشيك من المصرف المسحوب عليه هذا الشيك^(٣).

وإذا تم الاتفاق على موطن الدائن مكاناً يجري فيه الوفاء ثم غير الدائن موطنه، فهل يتم الوفاء في موطنه القديم أم في موطنه الجديد؟ يرى البعض أن العبرة في هذا المقام تكون بموطن الدائن وقت الاتفاق بوصفه الموطن الذي كان معروفاً للمدين وقت الاتفاق، وهو الموطن الذي انصرفت إليه إرادتهما المشتركة، في حين أننا نرى مع البعض الآخر أن العبرة بموطن الدائن وقت الوفاء، لأن اتفاق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بموطن الدائن معناه انصراف إرادتهما المشتركة إلى أن يكون الدين محمولاً لا مطلوباً، خروجاً على ما ورد بالقاعدة القانونية المكملة من أصل عام مؤداه اعتبار الدين مطلوباً لا محمولاً ومن ثم يتعين على المدين البحث عن الموطن الجديد للدائن لحظة الوفاء لتقديم الأداء إليه^(٤).

فإذا انتفى الاتفاق بين الدائن والمدين حول مكان الوفاء وجبت التفرقة في ضوء القواعد القانونية المكملة بين ما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، أم كان شيئاً معيناً بالنوع، فإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات تعين الوفاء به في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء

(١) أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٢٠٤، ص ٢٢٨.

(٢) أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٤٢١.

(٣) أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٤٣١.

(٤) فدأبُ واضعي القوانين عادة أن يتركوا للعاقدين أمر تنظيم كثير من مسائل العقد التي لا تتصل بفكرة النظام أو ترتبط بالطبيعة الفنية للعقد، مثل مكان الوفاء وزمانه ونفقاته، فيعمل بالتنظيم الاتفاقي الوارد بشأنه، ولا يجري إعمال قواعد القانون المنظمة لها كقواعد مكملة إلا إذا أغفل العاقدان أمر تنظيمها أو تنازعا فيما بينهما حول القاعدة التي يطبقانها بشأنها.

الالتزام وليس وقت الوفاء به، تأسيساً على أن ذلك يتفق مع الإرادة المحتملة للعاقدين التي عادة ما تنصرف إلى هذا الموطن لحظة التعاقد، شريطة أن يكون لهذا الشيء مكان ثابت، فإذا كان دائم التنقل (مثل السيارة أو الحصان) كان واجب الوفاء به في موطن المدين لأنه الموطن الأقرب إلى الإرادة المحتملة للعاقدين.

أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع (أي كان شيئاً مثلياً) أو كان نقوداً، فعندئذ يكون الوفاء به في موطن المدين وقت الوفاء لا وقت نشوء الالتزام، هذا ما لم يكن الالتزام متعلقاً بأعمال المدين، فعندئذ يكون الوفاء في الموطن الذي به مركز أعماله، فالدائن عليه أن يسعى لاستيفاء حقه من المدين في موطنه العام أو في موطن أعماله، ولا ينتظر أن يحمله المدين إليه، وهذا ما يعبر عنه بالقاعدة العامة التي تقضي بأن الدين مطلوب وليس محمولاً *La dette est quérable non portable.*

ثالثاً: نفقات الوفاء

الأصل العام أن تقع نفقات الوفاء على عاتق المدين، ويقصد بهذه النفقات تلك النفقات اللازمة لإتمام عملية الوفاء بحق الدائن، ومن الطبيعي أن يتحملها المدين لارتباطها بالوفاء الذي يمثل التنفيذ العيني لالتزامه، مثل نفقات إرسال الدين إلى الدائن في موطنه إذا كان متفقاً على الوفاء بالدين في موطن الدائن، ونفقات الوزن أو العد أو القياس أو الكيل للشيء محل الالتزام إذا كان معيناً بالنوع، ومصاريف التوثيق والتسجيل في بيع العقارات.

بيد أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل الدائن نفقات الوفاء لا المدين أو يتفق على أن يتحملها مناصفة بينهما خروجاً على القاعدة العامة سالفه الذكر، كما قد ينص القانون صراحة على تحمل الدائن لا المدين لنفقات الوفاء على سبيل الاستثناء مثلما فعل في نفقات العرض والإيداع حيث جعلها على عاتق الدائن، ومرد ذلك إلى أن رفض الدائن للوفاء وتعنته في قرار الرفض هو الذي أجبر المدين على اللجوء إلى طريق العرض والإيداع، وكان عدلاً وقسطاً ألا يتحمل هو مصاريفه، بل يتحملها من تسبب في اللجوء إليه وهو الدائن^(١)، ومثلما فعل في مصاريف تسجيل عقد بيع العقار فقد قضى بأن يتحملها المشتري لا البائع (م ٤٦٢ مدني مصري^(٢))، على الرغم من

(١) تنص المادة ٣٣٥ مدني مصري على ذلك بقولها " إذا تم أضرار الدائن ، تحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر . " هذه المادة تقابل المادة ٣٢٥ / ب مدني بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٤٣٥ مدني بحريني .

اتصال التسجيل بوفاء البائع بالتزامه الناشئ عن عقد البيع بنقل الملكية إلى المشتري، وذلك رغبة في تحفيز البائع على الإسراع في اتمام إجراءات التسجيل، بحيث لا يكون تحميله إياها سبباً في تثبيط همته وفتور عزمه عن المضي قدماً في إجرائها على وجه السرعة عند طلب المشتري إجرائها .

رابعاً: إثبات الوفاء:

نظراً لأن الوفاء يعد تصرفاً قانونياً وليس مجرد واقعة مادية، فإن إثباته يخضع للقواعد العامة في الإثبات، فيجب إثباته بالكتابة إذا زادت قيمة الحق عن نصاب الإثبات بالبينة (أي زادت قيمته عن نصاب شهادة الشهود).

ويقع على عاتق المدين عبء إثبات الوفاء بالالتزام، على أساس أنه في ضوء القواعد العامة يقع على عاتق الدائن عبء إثبات الالتزام ويقع على عاتق المدين عبء إثبات التخلص منه بالوفاء أو بأي طريق آخر من طرق انقضاء الالتزام^(١).

وإذا كان الموفي - مديناً كان أم غير مدين - قد وفى جزءاً من الدين كان له حق طلب مخالصة عنه مع التأشير بذلك على سند الدين، فإذا وفى بكامل الدين بعد ذلك، كان له الحق في طلب رد سند الدين أو إلغائه، فإذا ادعى الدائن ضياع السند، كان له أن يطلب منه إقراراً كتابياً بحصول الوفاء وضياع السند، فإذا رفض الدائن ذلك، كان للموفي الحق في إيداع الشيء المستحق قانونياً من خلال إجراءات العرض والإيداع والحصول على دليل بذلك (م ٣٤٩ مدني مصري (٢)) .

ويراعي أن القانون قد استثنى المخالصة من الخضوع للقاعدة العامة التي توجب للاحتجاج بالورقة العرفية في مواجهة الغير أن تكون ثابتة التاريخ، فأجاز للقاضي ألا يجري حكمها على المخالصات (م ١٥/هـ إثبات مصري (٣)) ، فيكون بذلك تاريخ المخالصة حجة ليس فقط فيما بين الدائن والمدين، بل وبالنسبة للغير، حتى ولو كان ثابتاً ثبوتاً عرفياً أي محرراً تاريخه بمعرفة الطرفين ، أي حتى ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً بوجه يقيني أو قطعي مثل الثبوت الرسمي^(٤).

(١) إذ تنص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري وقانون الإثبات البحريني على ذلك قائلة "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٣٤٠ م مدني بحريني .

(٣) هذه المادة تعادل المادة ١١٤ /هـ إثبات بحريني .

(٤) وقد أشار البعض إلى أن هذا الاستثناء قد جرى به القضاء منذ عهد بعيد نزولاً على عرف التعامل في عدم اشتراط كون المخالصات ثابتة التاريخ، وأن هذا الاستثناء يقتصر على المخالصات العادية دون المخالصات التي ترتب الحلول، حيث يلزم للاحتجاج بالأخيرة أن تكون ثابتة التاريخ (أ.د / أنور سلطان، بند ٣٦٠، ص ٣١٩).

بل إن واضع القانون رغبة منه في التيسير على المدين في إثبات حصول الوفاء للتخلص من ديونه، فقد رخص للمدين عند عدم وجود مخالصة كسند مثبت للوفاء، أن يستخرج الدليل الكتابي المثبت للوفاء من بين أوراق القيد في سجلات الدائن التاجر أو الأوراق المنزلية للدائن أو من القيود التي يكتبها الدائن في ذيل أو هامش سند الدين (المواد من ١٧:١٩ إثبات مصري (١) .

المطلب السادس

حكم امتناع الدائن عن قبول الوفاء

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الغالب أن يسارع الدائن إلى قبول الوفاء بحقه من جانب الموفي - سواء أكان هو المدين نفسه أم كان شخصاً آخر غيره - إلا أنه من المتصور أن يرفض الدائن الوفاء عننا منه أو لخلاف بينه وبين المدين حول مسألة تتصل بموضوع الالتزام أو بطريقة تنفيذه أو بموعد استحقاقه، وحتى لا يحرم المدين من حقه في التخلص من ديونه ومن تبعات استمرار مديونيته للآخرين، فقد هياً له القانون سبيلاً يتخلص به من آثار التأخير في الوفاء ويقوم مقام الوفاء، ألا وهو طريق العرض والإيداع لهذا الوفاء على نفقة الدائن.

ودراً لإلقاء شبهة التقصير على عاتق المدين قبل قيامه بإجراءات العرض والإيداع، والإلقاء بظلالها على كاهل الدائن، فقد أوجب القانون أن يسبق هذه الإجراءات إعدار المدين، أي يسجل عليه رفضه للوفاء بصورة رسمية.

أولاً : إعدار المدين لدائنه :

إذا تعنت الدائن في عدم قبول الوفاء جاز للمدين أن يعذره فيسجل عليه هذا التعنت بطريقة رسمية (أي بإعلان على يد محضر مثلاً)، وبعد الدائن متعنناً في عدم قبول الوفاء على نحو يبرر إعداره إذا توافرت حالة من هذه الحالات الثلاث (م ٣٣٤ مدني مصري (٢) :

(١) هذه المواد تعادل المواد من ١٨:١٦ إثبات بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٣٢٥/م مدني بحريني .

١- الرفض غير المبرر للوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً:

إذا رفض الدائن دون مبرر الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً (أي حين يكون الوفاء المقدم إليه من الموفي - مديناً كان أو غير مدين - مطابقاً لما اتفق عليه من حيث موضوعه وقدره ووسيلة تنفيذه وميعاده ورغم ذلك يرفضه دون سبب مسوغ لهذا الرفض).

٢- التصريح من قبل الدائن برفض الوفاء.

٣- امتناع الدائن عن القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء إلا بها:

مثال ذلك امتناع المشتري عن التصديق على إمضائه في عقد البيع لإتمام إجراءات التسجيل^(١). فإذا ما أعذر الدائن ترتبت لمصلحة المدين جملة من الآثار الآتية^(٢):

١- وقف سريان الفوائد إذا كان للدين فوائد. كما لو كان ديناً تجارياً، هذا مع مراعاة أن الاتفاق على الفوائد الربوية في إطار المعاملات المدنية يعد باطلاً في البحرين (م ٢٢٨/ أ مدني بحريني^(٣)) وكان ينبغي أن يكون هذا الاتفاق باطلاً في مصر أيضاً لمخالفة النص المجوز للربا في القانون المدني المصري لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تمثل المصدر الرئيسي للتشريع وفقاً للمادة الثانية من الدستور .

٢- تحمل الدائن تبعه هلاك أو تلف الشيء المستحق . إذ أنه من المعروف في العقود الملزمة للجانبين مثل عقد البيع مثلاً يتحمل المدين (البائع) تبعه استحالة تنفيذ التزامه، بحيث إذا هلك المبيع في يد البائع أو تلف بقوة قاهرة، تحمل هو وحده تبعه ذلك دون المشتري الذي إن كان لم يدفع الثمن بعد أبقاه في ذمته، وإن كان قد دفعه استرده^(٤)، بيد أنه إذا رفض المشتري استلام المبيع وأثبت البائع هذا الرفض في إعلان رسمي، انتقلت تبعه الهلاك أو التلف الحادث بعد الإعدار من البائع إلى المشتري.

٣- للمدين الحق في مطالبة الدائن بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء رفض الوفاء، كما

لو كان المبيع فاكهة فاضطر البائع إلى حفظها في ثلاجات لمدة معينة فتكبد مصروفات لهذا الحفظ.

(١) حيث تشترط المادة ٢٩ من قانون الشهر العقاري في مصر لشهر المحررات العرفية أن يكون مصدقاً على توقيع ذوي الشأن فيها.

(٢) انظر إلى المادة ٣٥٥ مدني مصري والمادة ٣٢٥/ ب مدني بحريني .

(٣) ليس لهذه المادة ما يعادلها في القانون المدني المصري .

(٤) انظر في مؤلفنا في "مصادر الالتزام" ص ٣٢٥، ٣٢٤، طبعة جامعة البحرين .

٤ - إذا كان محل الالتزام عملاً وليس تسليم شيء، فإن من حق المدين بعد إعداره للدائن الذي رفض قيامه بالعمل المتفق عليه، طلب فسخ العقد.

٥. يرخص للمدين في البدء بإجراءات العرض الحقيقي للشيء محل الالتزام، ثم اتخاذ الإجراءات اللازمة لإيداعه.

ثانياً: العرض الحقيقي:

إن عرض الشيء محل الالتزام عرضاً حقيقياً على الدائن يقتضي أن يقوم المدين عن طريق المحضر بعرضه عليه عرضاً فعلياً في موطنه إن كان من النقود أو من الأشياء التي يمكن تسليمها إلى موطن الدائن، أو تكليفه على يد محضر باستلام هذا الشيء، إن كان من الأعيان التي لا يمكن تسليمها بموطن الدائن كما لو كان عقاراً مثلاً، ويجب أن يتضمن محضر العرض أو ورقة التكليف بياناً دقيقاً لمقدار النقود أو الشيء المعروض، وسبب التزام المدين بالوفاء به، ووقت ومكان الوفاء وشروط العرض (م ٢٧٧ مرافعات مصري^(١)) .

ويجوز العرض بالوفاء أثناء المرافعة في الدعوى أمام المحكمة بدون إجراءات ، إذا كان الدائن حاضراً بنفسه أو بوكيل مخول في قبول الوفاء أو رفضه (م ٢٧٨ مرافعات مصري^(٢)) .
فإذا قبل الدائن هذا العرض تحقق الوفاء بهذا القبول، ووجب على المحضر إثبات قبول الدائن في محضر العرض، أما إذا رفض الدائن العرض فإن للمدين اتخاذ إجراءات الإيداع التي تتناسب مع طبيعة الشيء المعروض.

(١) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " ١- للمدين إذا أراد الوفاء أن يعرض على الدائن ما التزم بأدائه من نقود أو منقولات وذلك بواسطة الكاتب العدل . ويخبر الكاتب العدل الدائن بالعرض الواقع ويطلب إليه الحضور في الزمان والمكان المعينين للتسلم . "

٢ - على كاتب العدل أو من ينيبه مصاحبة المدين في الوقت المعين إلى مكان عرض المنقول إذا كان خارج دائرته . وبدون محضراً بالشيء المعروض ومقداره ووصفه وقبول الدائن تسلمه أو امتناعه عن التسلم ويوقع على هذا المحضر كما يوقعه الدائن والمدين وتعطى صورة من المحضر لكل من الدائن والمدين ويحتفظ الكاتب العدل بالأصل " . هذه المادة تعادل المادة ٣١٢ مرافعات بحريني .

(٢) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " يجوز العرض الفعلي في المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها صندوق المحكمة ويذكر في محضر الإيداع ما أثبت في محضر الجلسة من تقارير الخصوم خاصة بالعرض ورفضه " . هذه المادة تعادل المادة ٣١٦ مرافعات بحريني .

ثالثاً: الإيداع

يعتمد المدين إلى الإيداع عادةً بعد رفض الدائن للعرض الحقيقي، فهو مرحلة لاحقة للعرض . بيد أنه يجوز للمدين اللجوء إلى الإيداع مباشرة أو الإجراء البديل عنه في قانون المرافعات دون عرض الشيء على المدين في الأحوال الآتية (٣٣٨ مدني مصري):

١- إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، كما لو كان الدائن وارثاً مجهولاً بالنسبة للمدين أو معلوم النسب لكن لا يعرف له موطن معلوم .

٢- إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها، ولم يكن له نائب يقبل عنه.

٣- إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص يدعي كل واحد منهم أنه صاحب هذا الحق ، ولم يتمكن المدين من التأكد من هو صاحب الحق فيهم.

٤- إذا كانت هناك أسبابٌ جديةٌ أخرى تجعل من المتعذر على المدين اتخاذ إجراءات العرض

الحقيقي للدين قبل إجراء الإيداع أو الإجراء البديل عنه. مثال ذلك أن يجد البائع نفسه

مضطراً في حالة فسخ العقد ورفض المشتري رد المبيع إليه، إلى رد الثمن لا عن طريق

عرضه على المشتري ولكن بإيداعه مباشرة لذمة المشتري في خزنة المحكمة دون حاجة

إلى عرضه عليه مع تقييد صرفه إليه برد المبيع إليه أولاً، كما أن للمشتري أيضاً إذا امتنع

البائع عن تسليمه المبيع أن يودع الثمن مباشرة إلى خزنة المحكمة دون عرضه للبائع، مع

تقييد صرفه إليه بسبق إلزامه بتسليم المبيع إلى المشتري.

وقد قُضي بأن تعليق الوفاء بباقي الثمن على التوقيع على العقد النهائي، وامتناع البائع عن

هذا التوقيع يبرر للمشتري اللجوء مباشرة إلى الإيداع دون العرض.

وتختلف طريقة الإيداع تبعاً لطبيعة الشيء المراد إيداعه، فإذا كان الشيء المعروض نقوداً

رفض الدائن قبولها كان للمدين إيداعها خزنة المحكمة Caisse du tribunal على ذمة الدائن

بناء على طلب يقدم للمسجل العام يبين فيه مقدار الدين وسببه، وترفق به صورة من خطاب

العرض بالوفاء، وعلى المسجل العام أن يرسل خطاباً مسجلاً بعلم الوصول إلى الدائن متضمناً

صورة من طلب الإيداع ورقم قسيمة سداد المدين للمبلغ المدفوع (م ١/٢٧٩ مرافعات مصري (١)).

(١) إذ تنص هذه المادة في فقرتها الأولى على أنه " إذا رفض الدائن العرض أو لم يحضر أمام المحكمة وكان المعروض نقوداً فللمدين أن يودعها في صندوق المحكمة "

. هذه المادة تعادل المادة ٣١٤ مرافعات بحريني .

أما إذا كان المعروض شيئاً غير النقود ورفض الدائن قبوله، كان للمدين أن يستصدر أمراً من قاضي المحكمة الجزئية بتعيين حارس لحفظه على ذمة دائئه في المكان الذي يعينه القاضي بناء على طلبه أو في مكان الشيء نفسه إذا كان معداً للبقاء حيث وجد مثل العقار (م ٢٧٩ مرافعات مصري، م ٣٣٦ مدني مصري) ، وعلى الموظف المختص أن يتحقق من مطابقة الأشياء محل الحراسة مع ما ورد بخطاب عرض الوفاء بها، وأن يرسل للدائن في اليوم التالي لتعيين الحارس صورة من محضر الإجراءات بالطرق المقررة لتبليغ الأوراق القضائية.

وإذا كان الشيء المعروض من الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي تتطلب نفقات باهظة لإياداعها أو حراستها، فللمدين أن يستصدر من القاضي أمراً ببيعه بالمزاد العلني وإيداع ثمنه خزنة المحكمة (م ٣٣٧ / ١ مدني مصري)، ويقع على قلم كتاب المحكمة التزام بإرسال خطاب مسجل بعلم الوصول إلى الدائن في اليوم التالي متضمناً صورة من قرار البيع ورقم قسيمة إيداع الثمن، ويعتبر تعيين الحارس أو إيداع الثمن خزنة المحكمة بمثابة إيداع للشيء محل الحراسة أو البيع (م ٣١٥ مرافعات بحريني).

وينبغي أن يراعى أنه إذا كان للشيء المعروض سعرٌ معروفٌ في الأسواق أو جرى التعامل عليه في البورصات بسعر معين، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر بيعه بطريق الممارسة بسعره المعروف أو المتداول به في الأسواق (م ٣٣٧ / ٢ مدني مصري).

ولا يجوز - بصفة عامة - تعليق الإيداع على شرط، حتى يتسنى للدائن الحصول على الشيء المودع بمجرد طلبه دون أن يعلق ذلك على شرط يستوفيه، وإلا أضحى هذا الإيداع بهذا التعليق معادلاً للامتناع عن الوفاء، هذا ما لم يكن هذا الشرط مما لا يتنافى مع طبيعة المعاملة ولا يصطدم باعتبارات النظام العام^(١)، فعند ذلك لا مانع من تعليق الإيداع عليه.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كان اقتضاء البائع لباقي الثمن مشروطاً بأن يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق، فإن الشرط يكون صحيحاً ويكون الإيداع مبرئاً للذمة، ذلك أن من حق المشتري حبس الثمن حتى يتم تطهير المبيع مما يتقله من حقوق عينية تبعية^(٢).

(١) أ.د. حسام الدين الأهواني، ص ٣٩٣.

(٢) نقض مدني مصري ١٩٧٠/٤/١٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١، رقم ٩٧، ص ٦٠٤.

رابعاً: قبول العرض والإيداع أو الحكم بصحتهما:

إذا أودع المدين الشيء محل الالتزام على إثر رفضه من الدائن عند عرضه عليه عرضاً حقيقياً أو بدون عرض (وذلك في الأحوال التي يرخص له فيها بالإيداع بغير عرض)، فإنه يتعين على المحكمة إبلاغ الدائن بحصول هذا الإيداع لحسابه خلال ثلاث أيام من تاريخ حصوله، ويثبت للدائن الحق في الاعتراض على صحة العرض أو الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبلاغه بحصول أيهما، بحيث إذا مضت هذه المدة دون أن يعترض على أي منهما حمل سكوته عن ذلك الاعتراض على أيهما على محمل القبول الضمني له .

ويتخذ الدائن عادةً عند إخطاره بهذا الإيداع أحد مسلكين، المسلك الأول: أن يقبل الدائن عرض الشيء المودع عليه حتى وإن كان قد سبق له رفضه عند عرضه إليه في مرحلة العرض، وعندئذ تبرأ ذمة المدين من الالتزام من تاريخ العرض وليس من تاريخ القبول .

أما المسلك الثاني فيتمثل في إصرار الدائن على الرفض، وعندئذ يكون من حق المدين مطالبة المحكمة بإصدار حكم بصحة العرض والإيداع، فإذا حكمت المحكمة بذلك برأت ذمة المدين من تاريخ العرض.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٣٣٩ مدني مصري على أن "يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام لقانون المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته".

خامساً: مدى جواز رجوع المدين في عرضه:

إن قيام المدين بإتمام إجراءات العرض والإيداع لا يلزمه بشيء ما دام أن الدائن لم يقبله بعد أو لم يصدر حكم نهائي بصحة العرض والإيداع، ومن ثم يرخص للمدين في الرجوع في عرضه، فيزول عنه أثره ويعد كأن لم يكن، ويعود الدين كما كان بملحقاته، وترتد مسؤولية المدين عن أدائه مع باقي المدينين المتضامنين معه والكفلاء الضامنين له (م ٣٤٠ / ١ مدني مصري).

فإذا ما قبل الدائن العرض أو صدر حكم نهائي بصحته لم يجز للمدين الرجوع في عرضه، حيث يتحقق بأي منهما الوفاء بالحق من تاريخ عرضه، هذا ما لم يقبل الدائن هذا الرجوع رغم صدوره بعد قبوله للعرض أو بعد صدور حكم نهائي بصحة العرض والإيداع، حيث يترتب على ذلك اعتبار الوفاء كأن لم يكن، ويعود التزام المدين كما كان قبل القبول أو الحكم، دون أن يخل

ذلك بحقوق الشركاء مع المدين في الالتزام، والكفلاء، حيث تبرأ ذمتهم، ولا يبقى للدائن حق التمسك في مواجهتهم بشيء (م ٣٤٠ / ٢مدني مصري (١)).

المبحث الثاني

التنفيذ العيني الجبري

تمهيد وتقسيم

لا ريب في أن الالتزام المدني - كما سبق أن رأينا - هو الالتزام الذي إن لم يوفه المدين رضاءً واختياراً، أُجبر على تنفيذه ووفائه قهراً وقسراً، بعكس الالتزام الطبيعي الذي لم يؤده المدين، فلا يجبر عليه، وذلك نظراً لافتقاره إلى عنصر الجزاء أو المسؤولية، من أجل ذلك يتعين علينا إبراز الفرق بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، مع عرض تطبيقات الالتزام الطبيعي وحالاته وآثاره، ثم نتناول بعد ذلك شروط الحكم بالتنفيذ العيني الجبري وكيفية تحقيقه بالنظر إلى تعدد محال الالتزام، وأخيراً نذكر الوسائل المباشرة وغير المباشرة لإجراء التنفيذ العيني جبراً عن المدين، وذلك كل في مطلب خاص به.

المطلب الأول

التفرقة بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

أولاً: دلالة الالتزام الطبيعي:

الالتزام الطبيعي هو التزام مدني ناقص تحقق فيه عنصر الواجب أو المديونية وتخلف فيه عنصر الجزاء أو المسؤولية ، أما الالتزام المدني هو التزام توافر فيه عنصران: عنصر الواجب أو المديونية وعنصر الجزاء أو المسؤولية، بحيث إن لم يستجب المدين للعنصر الأول فيؤدي رضاءً واختياراً ما في ذمته من واجب أو مديونية، فإنه يكون في مقدور الدائن تحريك العنصر الثاني للالتزام ألا وهو عنصر الجزاء أو المسؤولية فيلجأ إلى السلطة العامة ممثلة في القضاء لحمل المدين على تنفيذ التزامه قهراً وقسراً، بعكس الالتزام الطبيعي فلا جبر في أدائه وتنفيذه لكونه مفتقراً إلى عنصر الجزاء أو المسؤولية وإن توافر له عنصر الواجب أو المديونية، فالمدين مخير بين أداء

(١) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " فإذا رجع المدين في المعرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين . " هذه المادة تعادل المادة ٣٣٠/ب مدني بحريني .

هذا النوع من الالتزام أو عدم أدائه، فإن أداءه فقد وفى ما عليه وليس متبرعاً في ذلك، وإن امتنع عن أدائه فلا يملك أحد إجباره على الوفاء به^(١).

وبذلك يحتل الالتزام الطبيعي مكانة وسطاً بين الالتزام المدني والواجب الأخلاقي العام أو المجرد سواء أكان التزاماً مدنياً في الأصل ثم سقط إلى مرتبة الالتزام الطبيعي (كما لو انقضى الالتزام بالتقادم) أم كان مجرد واجب خلقي استقر في وعي الجماعة وضميرها ضرورة الوفاء به فرتب القانون آثاراً على الوفاء به اختيارياً فارتقى وسما فوق الواجب الأخلاقي المجرد أو العادي وإن لم يرق بعد إلى مصاف الالتزام المدني، ذلك أنه إذا كان الالتزام المدني يجبر المدين على الوفاء به إن لم يوفه اختيارياً ورضاءً، وأن الواجب الأخلاقي المجرد لا جبر في أدائه ويعد المرء متبرعاً به في حالة أدائه إلى صاحب الحق فيه، فإن الالتزام الطبيعي وإن لم يرق إلى مصاف الالتزام المدني حيث لا جبر في أدائه إلا أنه يحظى بقدر كبير من الاحترام والتقدير في ضمير ووعي الجماعة على نحو يرفعه فوق مصاف الواجبات الأخلاقية المجردة، بحيث يعد المدين الذي يوفي التزاماً طبيعياً غير متبرع به للدائن، وإنما يعد مؤدياً لدين مستحق عليه قانوناً، فلا يستطيع من ثم استرداده برغم أنه كان غير ملزم بهذا الأداء ابتداءً ثم صار بعد بذله إياه ملزماً بالبقاء على أدائه انتهاءً ولم يحل له استرداده .

ويمكننا في هذا الخصوص ضرب مجموعة من الأمثلة التي تعيننا على سهولة التمييز بين كل من الالتزام الطبيعي والالتزام المدني والواجب الأخلاقي المجرد^(٢)، فعلى سبيل المثال نجد أن التزام الأب بالإنفاق على ابنه القاصر التزام مدني مصدره القانون، إن لم يوفه إياه مختاراً أمكن للابن أن يحصل عليه منه جبراً وقهراً، في حين أن التزام المرء بمساعدة الفقير والمسكين لا يعدو عن كونه مجرد واجب أخلاقي عادٍ إن أداءه المرء فقد أدى ما ليس بدين مستحق عليه فيكون فيه متبرعاً، فإذا كان هذا الفقير قريباً ممن لا تلزمه قانوناً نفقته أو جاراً، فإن التزامه بمساعدته يضحى في ضمير الجماعة أرقى وأسمى من الواجب الأخلاقي المجرد فيرتقي إلى مصاف الالتزام الطبيعي

(١) لقد فرق واضع القانون بين هذين الالتزامين فنصت المادة ١٩٩ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها '١- ينفذ الالتزام جبراً على المدين.

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه " . هذه المادة تقابل المادة ٢٠٢ من القانون المدني البحريني

(٢) وينبغي أن يراعى أن كثيراً من الالتزامات المدنية كانت في الأصل مجرد واجبات أخلاقية ثم ارتقت مع مرور الوقت وشعور المجتمع بحاجته الملحة إلى وجودها وإقرارها في مجال التعامل على نحو ملزم إلى مصاف الالتزامات المدنية، فمعين الأخلاق الذي هو مأخوذ من الدين (لأن مبادئ الأخلاق جميعها مشتقة من مناهل الأديان السماوية) ينهل منه واضع القوانين بين الحين والحين لتهديب نصوص القانون وبث روح المثل والفضائل في ميدان التعامل فيضفون على بعض مبادئ الأخلاق طابع الإلزام والقهر بعد أن كانت ذات طابع اختياري ويرفعونها من ثم إلى مصاف الالتزامات المدنية.

إذ ليس كل واجب أخلاقي يضحى التزاماً طبيعياً، بل يقتصر ذلك على الواجبات الأخلاقية التي يرى القاضي - إن لم ينص عليها القانون صراحة - من خلال ضمير الجماعة ووعيها ضرورة مراعاتها واحترامها وإن لم ترق إلى مصاف الالتزامات المدنية .

بحيث إن أداءه فقد أدى ديناً مستحقاً عليه قانوناً وإن لم يؤده لم يجبر على أدائه لافتقاره إلى عنصر الجزاء أو المسؤولية^(١).

وكذلك الحال فإنه إذا كان أداء أجر الخادم من قبل مخدمه يعد تنفيذاً للالتزام مدني مصدره العقد، فيجبر المدين على أدائه إن لم يؤده اختيارياً، فإن إعطائه لهذا الخادم بعد انتهاء عمله عنده مكافأة مالية تعينه على شيخوخته بعد أن قضى عمره في خدمته يرقى إلى مصاف الالتزام الطبيعي الذي وإن كان لا جبر في أدائه إلا أن من يؤده لا يعد متبرعاً به بل مؤدياً لدين مستحق عليه قانوناً، في حين تعد مساعدة هذا العامل الشيخ الهرم من قبل غير المخدم من قبيل الواجب الأخلاقي المجرد، الذي إن أداء المرء فقد أدى ما ليس بملزم قانوناً بأدائه وكان متبرعاً ببذله له .

ثانياً: حالات الالتزام الطبيعي:

تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري على أن " يقدر القاضي ، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي. وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام."^(٢). ويستفاد من صريح نص هذه المادة أن الالتزام الطبيعي إن لم يقدره القانون بنص صريح^(٣)، يستخلصه القاضي من الواجبات الأخلاقية أو الأدبية في المجتمع.

وهذا يعني أن الالتزام الطبيعي يثبت في حالتين :

١- الحالة الأولى : عند وجود نص قانوني يقرر هذا الالتزام . فقد يتقرر الالتزام الطبيعي بنص

قانوني فيكون القانون هو مصدر تقديره، مثال ذلك أن انقضاء الالتزام المدني بالتقادم يتولد عنه التزام طبيعي في ذمة المدين (م ١/٣٨٦ مدني مصري)، لكن يتعذر - إن لم يستحل - على واضع القانون إحصاء حالات الالتزام الطبيعي، وذلك نظراً لارتباط هذا الالتزام بالوعي الأخلاقي

(١) وما أجمل هذا الدين الحنيف الذي يجعل من مساعدة الفقير والمسكين واجباً ملزماً يتراوح ما بين الواجب الكفائي الذي يلتزم به جميع الناس الذين يعلمون بفقره وحاجته فيسقط عن جميعهم إن أداء بعضهم أو أحدهم ويأثم الجميع إن لم يؤده أحد ، والواجب العيني الذي يتعين على أحد = الناس أو بعضهم إذا لم يكن هناك من أحد سواهم لأداء هذا الواجب، أن يقوم بأدائه وإلا أثم في ذلك إثماً عظيماً، فالواجبات الأخلاقية في معظمها واجبات شرعية ملزمة، غاية ما هنالك أن من يلقي عليه مسؤولية أداء هذا الواجب قد يكون شخصاً معيناً وعندئذ يكون الواجب متعيناً عليه دون سواه فيسمى بالواجب العيني، وقد يكون شخصاً غير معين حينما يلقي على عاتق كل الناس أو فئة منهم فيسمى بالواجب الكفائي، ولك أن تتصور اتساع دائرة الواجبات الأخلاقية الملزمة في الشريعة الإسلامية الغراء من جعلها رد السلام واجباً شرعياً ملزماً لمن وجه إليه، كل ما هنالك أنه إذا وجه لشخص واحد ليس معه أحمد غيره كان واجباً عينياً عليه يأثم بتركه، أما إذا وجه إلى مجموعة من الأشخاص فيكفي أن يؤديه أحدهم أو بعضهم حتى يبرأ الجميع من إثم تركه وإلا أثم الجميع بالترك، ويعجبني في هذا المقام حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي يلقي فيه ظلال مسؤولية التقصير في أداء الواجب الكفائي على أهل العرصة (العرصة لغة هي كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء والجمع عراض وعرصات، انظر مفتاح الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بم عبد القادر الرازي ص ٤٢٤، طبعة دار القلم، بيروت - لبنان) الذين علموا بوجود جائع بينهم وتركوه يبيت فيهم جائعاً، حيث يقول صلوات الله وسلامه عليه "أيما أهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله تعالى" ، رواه الإمام أحمد في مسنده .

(٢) هذه المادة تقابل المادة ٢٠٠ من القانون المدني المصري.

داخل الجماعة بوصفه فكرة نسبية متغيرة تتغير بتغير الزمان والمكان والفلك الذي تدور فيه وتتطلق منه فكرة الأخلاق.

٢- الحالة الثانية : يقدره القاضي عند غياب النص القانوني . وينبغي مراعاة أن سلطة القاضي في

هذا التقدير ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بهذين القيدين :

أ- القيد الأول: وجود واجب أخلاقي واجب الوفاء به وفقاً للوعي والضمير الخلقى للجماعة. بحيث

يكون دور القاضي هو مجرد الكشف عن هذا الواجب الإخلاقي الذي رسخ في ضمير الجماعة حتى بدا واجب الوفاء وفق ضمير الجماعة ، ومن ثم فقد أضحى هذا الواجب من القوة في مرتبة تداني مرتبة الالتزام المدني وإن لم يصل إليها . فليس كل واجب خلقي يرقى إلى مصاف الالتزام الطبيعي ، وإنما يصل إلى هذه المرتبة من الواجبات الأخلاقية ما يعد واجب الوفاء به وفقاً لوعي الجماعة وضميرها العام ، ويمكننا تسميته بالواجب الأخلاقي الملح تمييزاً له عن الواجب الأخلاقي العام أو العادي ، فلا يكتفى إذن بمعيار الوعي أو الضمير الخلقى للفرد لاستلزام الالتزام الطبيعي منه ، بل يعتمد على معيار الوعي أو الضمير العام للجماعة أو المجتمع .

وبناء على ما سبق فإن المعيار المعتمد في التقدير الجاري من قبل القاضي لاستلزام ما يصلح أن يرتقي من بين الواجبات الأخلاقية العامة أو المجردة إلى مصاف الالتزامات الطبيعية بوصفها واجبات أخلاقية ملحة هو معيار موضوعي عام وليس معياراً شخصياً ذاتياً ، ومن ثم لا يجوز للقاضي وهو يجري تقديره لما يصلح من الواجبات الأخلاقية المجردة للارتقاء به إلى مصاف الالتزام الطبيعي أن يعول على رؤيته الخاصة أو يعتمد على منظوره الخاص وتقديره الشخصي ولكن يتعين عليه أن يبني حكمه في ضوء ما استقر من هذه الواجبات الأخلاقية في الضمير العام للجماعة أو الوعي الخلقى للمجتمع الذي يعيش فيه، وتطبيقاً لذلك إذا ارتأى شخص لارتقاء وزعه الديني إن إعالته لأرملة ليست قريبة له تعد واجباً أخلاقياً يرقى إلى مصاف الالتزام الطبيعي من وجهة نظره الشخصية ، فلا يعتد بتقديره هذا ما دام أن هذا الواجب لا يعد كذلك وفقاً للضمير الخلقى العام للجماعة أو المجتمع الذي يعيش فيه (١).

(١) يرى البعض - وبحق - أن الاكتفاء بشعور الفرد لا الجماعة لارتقاء الواجب الخلقى إلى مصاف الالتزام الطبيعي من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل القواعد التي قصد بها المشرع تنظيم التبرعات تنظيمًا خاصاً يميزها عن المعاوضات، إذ يكتفى طبقاً لهذا التصور لمن يريد أن يتخلص من تطبيق تلك القواعد أن يعلن أنه يريد الوفاء بالالتزام الطبيعي يفرضه عليه ضميره على سبيل الحتم، فينتقي عن تصرفه وصف التبرع وهذا أمر غير مقبول (انظر في ذلك إلى: أ.د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق - بند رقم ١١٨، ص ٢٦١).

ب- أما القيد الثاني: عدم اصطدام هذا الواجب الخلقي بالنظام العام . ينبغي أن يراعى في هذا الواجب الأدبي الذي يريد القاضي أن يضيف عليه وصف الالتزام الطبيعي أن يكون غير متعارض مع فكرة النظام العام . وهذا قيد منطقي وطبيعي لأن كافة الالتزامات يجب أن تخضع في نشأتها وقيامها لاعتبارات النظام العام . ومن ثم يجب ألا يسمح بميلاد الالتزام الطبيعي ضد اعتبارات النظام العام، بحيث يتعذر القول بصحة ميلاد أو نشأة التزامات طبيعية من الالتزامات المدنية الباطلة لاصطدامها بفكرة النظام العام أو لعدم مشروعيتها، ذلك أن اعتبارات النظام العام تسمو وترتقي - في نظر القانون - على اعتبارات الأخلاق التي يجب أن تسود داخل المجتمع، فمثلاً إذا تعهد رجال عصابة يعملون في تجارة المخدرات على أن ينفقوا على أسرة من يقبض عليه منهم، هو وأسرته كان هذا التعهد باطلاً لمخالفته للنظام العام، فلا يتولد عنه التزام طبيعي على باقي أفراد العصابة، حتى وإن كانت الأخلاق تدعو إلى مثل هذا النوع من الإنفاق لما يترتب عليه من أثر محمود متمثل في المحافظة على أسرة المعتقل مثلاً من الضياع، كما أن الرهان أو دين القمار لا يمكن أن يتخلف عنه التزام طبيعي، ولمن خسر في أي منهما أن يسترد ما دفعه ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩ مدني مصري).

ثالثاً: آثار الالتزام الطبيعي:

نظراً لأن تنفيذ الالتزام الطبيعي رهين بإرادة المدين، فهو حر في تنفيذه أو عدم تنفيذه، على أساس أنه التزام مفتقر إلى عنصر الجزاء أو المسؤولية، وإن توافر فيه عنصر الواجب أو المديونية.

وبذلك نجد أن إرادة المدين هي صاحبة اليد الطولي والكلمة الفصل في تنفيذ الالتزام وحصول الدائن على حقه فيه، لأن دائنية الدائن أو مديونية المدين له وإن كانت ثابتة قانوناً إلا أنها مفتقرة إلى مقومات تمتعها بالحماية القانونية في حالة امتناع المدين عن تنفيذ هذا الالتزام بسبب غياب عنصر الجزاء أو المسؤولية في الالتزام الطبيعي.

وإرادة المدين حيال الالتزام الطبيعي إما أن تكون إرادة سلبية تمتع عن تنفيذ هذا الالتزام، وعندئذ لا سبيل أمام الدائن لجبر المدين وقهره على التنفيذ، لتخلف المسؤولية أو الجزاء عن

الالتزام، وإما أن تكون إرادة إيجابية تتخذ في واقع الحياة إحدى صورتين: أولهما أن يوفي المدين بالتزامه الطبيعي مختاراً، وثانيهما أن يتعهد بتنفيذ هذا الالتزام، وذلك على التفصيل الآتي:

١- الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي:

إذا وفى المدين التزامه الطبيعي عن اختيار ورضاء اعتبر ذلك وفاء بدين مستحق وليس تبرعاً، ومن ثم لا يملك المدين استرداده، ولا تسري عليه أحكام التبرعات سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع (م ٢٠١ مدني مصري^(١))، ومن ثم فلا يلزم فيه شكل خاص، ويكتفى فيه بتوافر أهلية الوفاء دون أهلية التبرع، ولا يجوز الرجوع فيه، كما لا تسري عليه أحكام الوصية إذا وقع من المدين وهو في مرض الموت^(٢).

ويراعى أنه يلزم لترتيب هذه الآثار على الوفاء الاختياري بهذا الالتزام ضرورة توافر هذين الشرطين: أولهما: أن تكون إرادة المدين خالية من عيوب الرضاء مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، لأنه إذا وقع في غلط فاعتقد أنه يوفى بالالتزام مدني لا طبيعي أو دلس عليه الدائن فأوهمه بذلك أو أكرهه عليه أو استغل فيه هوى جامحاً أو طيشاً بيناً، لم يصح وفاؤه وجاز له استرداده برفع دعوى رد غير المستحق، وثانيهما: أن تتصرف إرادة المدين إلى الوفاء بالالتزام الطبيعي رغم العلم به، بحيث يكون على بينة من أمره عند الوفاء، فلا يتجه قصده إلى التبرع بل إلى الوفاء بالالتزام الطبيعي، وليس ثمة تداخل بين هذا الشرط والشرط السابق عليه، لأن الشرط الأول يقتضي إدراك المدين طبيعة الالتزام الذي يوفي به، فيعلم أنه أمام التزام طبيعي، أما الشرط الثاني فيعنى انصراف إرادة المدين إلى الوفاء بالالتزام الطبيعي مختاراً رغم إدراكه له وعلمه بطبيعته^(٣).

بيد أن الاعتداد بنفاذ الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي ولزومه مقصور في حق المدين، أما بالنسبة للغير فإنه يأخذ حكم التبرع، بحيث إنه إذا كان المدين الموفي بالتزامه الطبيعي معسراً أو أدى الوفاء إلى إعساره أو زيادة إعساره، فإنه من حق دائنيه أن يطعنوا في هذا الوفاء بدعوى عدم نفاذ التصرف، حتى وإن توافر حسن النية في حق كل من الدائن والمدين، وإذا كان هذا القول يمثل اتجاهاً لبعض شراح القانون المدني الفرنسي فإنه يجب الأخذ به أيضاً في ظل نصوص كل من القانون المدني والبحريني والمصري، لأنه إذا كان هذان القانونان قد أعطيا الوفاء بدين مدني

(١) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها "لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً". هذه المادة تقابل المادة ٢٠٤ مدني بحريني .

(٢) انظر في هذا المعنى: أ.د/ فتحي عبد الرحيم - المرجع السابق - بند ١٧، ص ٢٢

(٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ١٤

مؤجل من مدين معسر حكم التبرع، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين (م/٢٣٨ ب مدني بحريني، م ٢/٢٤٢ مدني مصري)، فإنه من باب أولى يجب إعطاء نفس الحكم للوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي، حتى وإن كان المدين والدائن حسني النية^(١).

ولا يعني لزوم الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي للمدين في - نظر البعض^(١) - تحوله إلى التزام مدني، إذ يظل على وصفه كالتزام طبيعي، غاية ما هنالك أنه أضحي بعد الوفاء الاختياري به ملزماً للمدين بناء على إرادته المنفردة، فلا يقدر على استرداده أو الرجوع فيه، ومن ثم فإنه في حالة استحقاق الشيء الموفى به للغير، لا يثبت للدائن حق الرجوع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق، كما لا يكون من حق الدائن مطالبة المدين بباقي الالتزام إذا اقتصر وفاؤه الاختياري على جزء منه فقط.

٢- تعهد المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعي:

إذا تعهد المدين بالوفاء بالتزامه الطبيعي كان هذا التعهد بمجرده دون حاجة إلى قبول من جانب الدائن سبباً في تحول هذا الالتزام إلى التزام مدني، فلا يعد هذا التعهد تبرعاً، ومن ثم لا يخضع لأحكام التبرع لا من حيث الشكل ولا من حيث الموضوع، بل يعد معاوضة سببها قصد الوفاء بالتزام طبيعي، فهو في حقيقته تصرف بالإرادة المنفردة أو وعد ملزم بالوفاء من جانب واحد وهو المدين.

ولذلك ينص القانون على صلاحية التعهد بالوفاء بالالتزام الطبيعي ليكون سبباً في نشأة الالتزام المدني منه (م ٢٠٢ مدني مصري^(٣))، حيث يتحول الالتزام الطبيعي بهذا التعهد إلى التزام مدني فيجبر المدين على الوفاء به قهراً وقسراً إن لم يوفه رضاً واختياراً.

غير أنه لكي يتحقق هذا التحول أو بمعنى آخر لكي يتولد الالتزام المدني من الالتزام الطبيعي بموجب الإرادة المنفردة للمدين، يجب أن تكون إرادة المدين متجهة بما لا يدع مجالاً للشك إلى هذا

(١) انظر في ذلك إلى: أ.د/أنور سلطان - المرجع السابق - بند ١٥٢، ص ١٢٥، ١٢٦. ويرى سيادته - وبحق - أن هذا الحكم يصدق أيضاً على التعهد بالوفاء بهذا الالتزام، لأن من شأن هذا التعهد زيادة افتقار المدين المعسر مما يعرض دائنيه لخطر أكبر، ولذا فإن من حقهم الطعن في هذا التعهد بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) دون حاجة إلى إثبات الغش.

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/فتحي عبد الرحيم ص ٢٢

(٢) وبالتالي لا مجال لاعتباره تجديداً للالتزام بتغيير الدين، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء برغم أن الدائن والمدين قد اتفقا على استبدال الالتزام الطبيعي بالتزام مدني، لأن التجديد يفترض انقضاء الالتزام القديم، في حين أن التعهد لا ينطوي على هذا المعنى، حيث يبقى الالتزام بأطرافه ومحله وأوصافه دون تغيير، غاية ما هنالك أن التعهد يكسبه قوة تصفية إليه عنصر الإيجاب والقهر الذي كان يفتقر إليه من قبل ألا وهو عنصر الجزاء أو المسؤولية، كما أن التجديد يتم بإرادتين بخلاف هذا التعهد فيتم بإرادة المدين وحده

التحول أو إلى الالتزام المدني، ومن ثم لا يكفي مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي، لأنه لا يدل على قصد الوفاء، ذلك القصد الذي يعد منوطاً لتحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، فإذا لم تكن نية المدين واضحة الدلالة في قصد الوفاء، ظل التزامه الطبيعي على وصفه حتى وإن اعترف به، كما أنه إذا وجد شك حول انصراف نية المدين إلى الالتزام المدني، ظل التزامه طبيعياً، إعمالاً للقاعدة العامة التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين (م ٢/١٥١ قانون مدني مصري^(١)).

واستخلاص قصد الوفاء لدى المدين يعد مسألة من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز، أما توافر القصد نفسه كشرط لازم في تحول الالتزام من التزام طبيعي إلى التزام مدني فهو من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز أو النقض .

رابعاً: الآثار المستبعدة في الالتزام الطبيعي:

تحرص التشريعات الحديثة (ومنها القانون المدني المصري والبحريني) على قصر آثار الالتزام الطبيعي على ما يتفق مع طبيعته كالالتزام لا جبر في أدائه من آثار، من ذلك جواز الوفاء به اختيارياً، وجواز التعهد بالوفاء به، واستبعاد تلك الآثار التي تترتب على الالتزام المدني الذي يجبر المدين على الوفاء به إن لم يوفه مختاراً، وينبني على ذلك النتائج الآتية:

١- عدم جواز المقاصة القانونية بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني. فلا يجوز لمن كان دائناً بالالتزام الطبيعي ومديناً بالالتزام مدني أن يجري مقاصة بينهما، لأن المقاصة القانونية مظهر من مظاهر الوفاء القهري غير المباشر، وهذا ما يتنافى مع طبيعة الالتزام الطبيعي الذي يقوم على الوفاء الاختياري.

أما المقاصة الاختيارية فهي جائزة بوصفها نوعاً من الوفاء الاختياري فيجوز لمن كان مديناً بالالتزام طبيعي ودائناً بالالتزام مدني أن يجري مقاصة بين الالتزامين وينقضي الدينان من وقت التمسك بالمقاصة^(٢).

٢- لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي سواء أكانت كفالة شخصية أم كفالة عينية، لأن الكفالة تابعة للدين المكفول، ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً، في حين يكون التزام المدين التزاماً

(١) حيث تنص هذه المادة على أن " ١- فسر الشك في مصلحة المدين.

٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى". هذه المادة تقابل المادة ١٢٦ مدني بحريني

(٢) انظر نفس المعنى: أ.د/فتحي عبد الرحيم بند ١٨، ص ٢٤

طبيعياً، إذ سيكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، وهذا أمر غير منطقي. بيد أنه إذا كان المدين هو الذي قدم الكفيل بنفسه لضمان الوفاء بالتزامه، فإن هذا ينطوي على تعهد ضمني بالوفاء يتحول به هذا الالتزام من التزام طبيعي إلى التزام مدني، فتجوز الكفالة عندئذ لا باعتبارها كفالة لالتزام طبيعي، ولكن بوصفها كفالة لالتزام مدني^(١).

٣- لا يجوز استعمال الحق في الحبس (أي أن يتمتع الحابس عن تسليم شيء لصاحب الحق فيه بهدف حمله على أداء حق له مرتبط بهذا الشيء) لحمل المدين على تنفيذ التزامه الطبيعي، لما فيه من إجبار أو قهر غير مباشر على الوفاء بهذا الالتزام، وهذا مناف لطبيعة الالتزام الطبيعي بوصفه التزاماً لا جبر في أدائه.

خامساً: تطبيقات لفكرة الالتزام الطبيعي

يمكن القول بأن الالتزام الطبيعي يصعب -إن لم يستحل- حصر أو عد تطبيقاته نظراً لارتباطه في نشأته وقيامه بالواجبات الأخلاقية الملحة التي وإن لم ترق إلى مصاف الالتزامات المدنية، إلا أنها أضحت واجبة الوفاء وفقاً لضمير المجتمع ووعي أفرادها، الأمر الذي أضفى على فكرة هذا الالتزام طابع المرونة، فصارت بسبب ذلك مختلفة باختلاف الزمان والمكان، وباختلاف حجم الواجبات الأخلاقية ومقدار عمقها ورسوخها في وجدان المجتمع.

بيد أن ذلك لا يحول دوننا ووضع نماذج وأمثلة لفكرة هذا الالتزام، سواء مما نص عليه القانون أو مما كان دائراً في فلك الواجبات الأخلاقية الراسخة في وجدان المجتمع وضميره وذلك على التفصيل الآتي :

١- تطبيقات نصّ عليها القانون

لعل من النماذج المشهورة لما يعد من تطبيقات فكرة الالتزام الطبيعي ما نص عليه القانون في كل من فرنسا ومصر بأنه يتخلف عن الالتزام المدني الذي ينقضي بالتقادم أو بمضي المدة التزام طبيعي، من ذلك نص المادة ١/٣٨٦ مدني مصري على أن " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " ^(٢).

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم بند ١٢٣، ص ٢٦٨، أ.د/ عبد المنعم = البدرابي بند ١١، ص ٢١.

(٢) وإذا كان القانون المدني البحريني لم ينص على هذه الحالة أسوة بالقانون المدني المصري، إلا أن ذلك لا يحول دون الأخذ بها باعتبارها من التطبيقات الحيوية لفكرة الالتزام الطبيعي المتولدة عن الواجبات الأخلاقية واجبة الوفاء وفقاً لضمير المجتمع ووعي أفرادها عن طريق القضاء، حيث جعل القانون المدني البحريني للقاضي سلطة تقدير ما يعد التزاماً طبيعياً من الواجبات الأخلاقية التي رسخت في أعماق المجتمع وضربت جذورها في وجدانه في المادة ٢٠٣ إذ تقول "يقدر القاضي عند عدم وجود النص، متى يعتبر الواجب الأدبي التزاماً طبيعياً، ولا يجوز على أية حال أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام".

٢- تطبيقات مستوحاة من الضمير العام للمجتمع :

يسهم الضمير العام للمجتمع بين الحين والحين في تزويد المجتمع بعدد من الواجبات الأخلاقية التي وإن لم ترقَ إلى مصاف الالتزامات المدنية^(١)، إلا أنها تصير واجبة الوفاء بموجب هذا الضمير، بحيث يستلهم القاضي من ضمير المجتمع ووعيه الأخلاقي ما يصلح أن يكون التزامات طبيعية من الواجبات الأخلاقية الملحة ، والتي إن أداها المدين لم يكن متبرعاً بها وكان مؤدياً لدين مستحق عليه، فتحل بذلك مركزاً وسطاً بين الالتزام المدني والواجب الأخلاقي المجرد، ويمكننا ضرب نماذج أو أمثلة لمثل هذه الحالات التي يسخلصها القاضي من الضمير الأخلاقي العام للمجتمع وذلك فيما يلي:

أ- الالتزامات الطبيعية المستندة إلى واجب الوفاء بالعهد

إنَّ واجب الوفاء بالعهد بوصفه واجباً أخلاقياً ملحاً وفقاً لضمير المجتمع ووعيه ليملي على العاقد الوفاء بالتزاماته وعهوده التي حال مانع قانوني دون قيامها ونشأتها (مثل الالتزامات الباطلة) أو قطع عليها سبيل استمرارها (مثل الالتزامات المدنية القابلة للإبطال) أو سلبها وسيلة جبر المدين عليها (مثال ذلك الالتزامات المدنية التي يعجز الدائن عن إثباتها وإقامة الدليل عليها أو تلك التي تنقضي بالتقادم) رغم قيامها ونشأتها صحيحة .

ب- الالتزامات الطبيعية المستندة إلى واجب عدم الإضرار بالغير:

لا جرم أن الأخلاق تؤثم كل مظاهر السلوك الإنساني الضارة بالآخرين حتى وإن بدت من الناحية القانونية لتخلف شروط قيام المسؤولية القانونية عنها سلوكيات مباحة قانوناً ترتفع عنها أوصاف الجزاء المدني أو العقاب الجنائي، وبناء على ذلك يتصور من الناحية العملية أن يباشر المرء سلوكاً ما لا ينحرف فيه عن سلوك الشخص المعتاد فلا يسأل عنه قانوناً حتى وإن أضر غيره لعدم توافر شروط المسؤولية القانونية في حقه، ورغم ذلك قد تهييب المبادئ الأخلاقية لا سيما الراسخ منها في ضمير المجتمع ووعيه العام بهذا الشخص للمساعدة إلى تعويض مثل هذا الضرور وجبر الضرر الذي حاق به، وعندها لا يكون متبرعاً عند أدائه لهذا التعويض، وإنما يعد مؤدياً لدين مستحق عليه كالتزام طبيعي ارتفعت قوته وسمت من دائرة الواجبات الأخلاقية العامة

(١) ولا جرم أن واضعي القوانين في شتى دول العالم ينهلون من بحور الأخلاق بين الحين والحين فيرفعون عدداً غير قليل من المبادئ الأخلاقية إلى مصاف الالتزامات المدنية واجبة الوفاء قهراً وقسراً إن لم توف من قبل المدينين بها رضاً واختياراً، فكم من التزامات قانونية كانت بالأمس القريب مجرد واجبات أخلاقية لا إلزام في أدائها ثم أضحت مع الوقت لحاجة المجتمع إلى وجودها بصورة ملحة على نحو ملزم التزامات مدنية.

المجردة إلى مصاف الواجبات الأخلاقية واجبة الوفاء وفقاً لضمير المجتمع ووعيه^(١)، فعلى سبيل المثال إذا نافست شخصاً في تجارة منافسة مشروعة ففتحت محلاً مجاوراً لمحله المخصص لبيع الملابس مثلاً، فتدفق على عملاؤه تاركين إياه لجودة ملابسي أو لبيعي ملابس مماثلة لتلك التي كان يبيعها التاجر المجاور لي بسعر مخفض، مما أدى إلى إفلاسه وغلق محله التجاري، فإن سلوكي ترتفع عنه معاني المؤاخذه القانونية لانتفاء وصف التعسف عن هذا السلوك، ومن ثم أنا أكون غير ملتزم قانوناً بتعويضه عن هذا الضرر الذي لحق به من جراء استعمالي لحقي المشروع في منافسته في عمله التجاري^(٢)، لكن هنا تلعب الأخلاق دورها بحيث يمكن أن يرتقى واجب تعويض هذا التاجر عن ضرره من واجب أخلاقي مجرد لا أثره له على عاتقي إلى واجب له أثره ومتعين الوفاء به أخلاقاً، ما دام أن ضمير المجتمع ووعيه يحتمان عليّ الوفاء به، فيصير تنفيذي لهذا الواجب أداءً لدين مستحق عليّ وليس تبرعاً مني به.

ج- الالتزامات المستندة إلى واجب الاعتراف بالجميل:

لا جرم أن الاعتراف بالجميل سلوكٌ ممدوحٌ أخلاقاً ودينياً، غير أنه لا يمكن أن يرقى إلى مصاف الالتزام المدني الذي يقهر عليه المدين إن لم يوفه مختاراً، كما أنه لا يمكن أن يعامل معاملة السلوك الأخلاقي العادي الذي يؤدي في مواجهه أي شخص لم يسد إلينا أي فضل أو جميل، ومن هنا وجبت معاملة من يؤدي واجب الاعتراف بالجميل معاملة وسطاً بين الالتزام المدني والواجب الأخلاقي المجرد، بوصفه التزاماً طبيعياً يحتم الضمير العام للجماعة الوفاء به، مثال ذلك ما يقدمه الواحد منا من عطاء مالي (سواء أكان نقدياً أو عينياً) لمن أسدى له معروفاً اعترافاً بجميله ومراعاةً لفضله، كمن يعطي أرملة أو أيتام من أنقذه من الغرق أو الحرق ومات أثناء عمله الإنقاذ، وكمن قدم لأبناء خادمه مبلغاً كبيراً لإعالتهم بعد وفاة أبيهم، اعترافاً بفضله وامتناناً لتفانيه في خدمته، إلى غير ذلك من الأمثلة التي تحمل ذات المعنى.

وقد جرى القضاء المصري على تقدير مظاهر الاعتراف بالجميل بوصفها واجبات أخلاقية ملحة فترقى إلى مصاف الالتزامات الطبيعية، من ذلك قيام الشخص بتقديم معونة مالية لأرملة

(١) ينبغي أن يراعى أنه ليست كل الواجبات الأخلاقية التزامات طبيعية، ولكن لا يرقى إلى مصاف الالتزامات الطبيعية إلا ما رسخ في ضمير المجتمع واستقر في وجدانه حتى بدا لأهميته القسوى التزاماً واجب الوفاء رغم عدم ارتقائه إلى مصاف الالتزامات المدنية.

(٢) لا سيما وأن المادة ٤ من القانون المدني المصري تنص على انتفاء المسؤولية القانونية إذا كان استعمال المرء لحقه استعمالاً مشروعاً حتى وإن لحق غيره ضرر من جراء هذا الاستعمال، إن تنص على ذلك بقولها من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر". هذه المادة تقابل ٢٧ من القانون المدني البحريني .

طبيب تفانى في علاجه بعناية وإخلاص^(١) أو لزوجته عاش معها سنين عددا ثم طلقها دون مبرر قوي في وقت لا تقوى هي فيه على إعالة نفسها^(٢)، أو لخدام أو عامل أخلص في خدمته ورعاية مصالحه ثم انتهت مدة خدمته عنده بعد أن كبر سنه ولم يعد يقوى على العمل أو يطيقه بشق الأنفس^(٣).

د- الالتزامات الطبيعية المستندة إلى واجب المساعدة:

قد يرقى الواجب الأخلاقي بمساعدة الغير وتقديم يد العون له إلى مصاف الالتزام الطبيعي، فينتقل بذلك من مرتبة الواجب الأخلاقي العام المجرى إلى مرتبة الواجب الأخلاقي الملح فيرقى إلى مصاف الالتزام الطبيعي الذي يوجب ضمير الجماعة الوفاء به، مثال ذلك التزام المرء بالإنفاق على أحد أو بعض قرابته ممن لا تلزمه نفقتهم قانوناً، والتزام الأب بالإنفاق على ابنته المتروجة لفقر زوجها، والتزام الأب بدفع مهر ابنه، فلا يعد متبرعاً بأدائه هذه الالتزامات، إنما يعد مؤدياً لديون واجبة عليه وفقاً للضمير العام للجماعة.

هـ- الالتزامات الطبيعية المستندة إلى واجب عدم جواز الإثراء على حساب الغير دون سبب:

تستنكر كل من الأخلاق والقانون أن يثرى المرء على حساب غيره دون سبب قانوني يبرر مثل هذا الإثراء، ومن ثم يلتزم المثرى على حساب غيره دون وجود سبب قانوني بأن يرد إلى المفقر أقل القيمتين: قيمة ما أثرى به أو قيمة ما افتقر المفقر، وهذا التزام قانوني يجبر عليه قهراً وقسراً إن لم يؤده مختاراً^(٤).

بيد أنه قد يكون للإثراء سبب قانوني فيكون مبرراً قانوناً لا تتقبله الأخلاق وتستهنج احتفاظ المثرى به، بل وتدعوه إلى رده إلى صاحبه إرضاءً للضمير العام للمجتمع الذي يعيش فيه والذي يجعل من واجب رد الإثراء على حساب الغير ولو كان له سبب قانوني يبرره التزاماً طبيعياً يجب الوفاء به، مثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً لآخر بغير فاحش ومع ذلك لا تتوافر فيه شروط الطعن على هذا التصرف بالغبن وحده (لأنه يشترط مثلاً لهذا الطعن أن يكون العقار مملوكاً لقاصر، كما يلزم أن يكون مقدار الغبن مجاوزاً لخمس قيمة العقار)، أو لانتقاء التغيير أو الاستغلال المصاحب

(١) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر عام ١٨٨٧.

(٢) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر عام ١٩٢٨، بلتان سن ٤١ ص ١١١، المحاماة السنة ٩، ص ٥٧٦

(٣) الإسكندرية الجزئية المختلطة ٢٩ ديسمبر عام ١٩٢٣

(٤) حيث تنص المادة ١٧٩ من القانون المدني المصري على أن " كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد." هذه المادة تقابل ١٨٢ من القانون المدني البحريني .

للغبن، فعندئذ لا يلتزم المثري من هذا الغبن برد شيء قانوناً إلى المغبون، لكن إذا قام من تلقاء نفسه برفع هذا الغبن ورده إلى صاحبه لم يكن متبرعاً بذلك، وكان مؤدياً لالتزام طبيعي يستند إلى الواجب الأخلاقي المستقر في ضمير المجتمع ووعيه العام.

المطلب الثاني

شروط التنفيذ العيني الجبري

إذا رفض المدين إجراء التنفيذ العيني لالتزامه رضاءً واختياراً، جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء طالباً الحكم له بالتنفيذ العيني الجبري، لكن يشترط حتى يحكم القاضي للدائن بالتنفيذ العيني الجبري أن يثبت الدائن توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: ضرورة إعدار المدين:

يشترط القانون للحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبري ضرورة سبق إعداره (م ٢٠٣ مدني مصري^(١))، ويقصد بإعدار المدين إنذاره رسمياً على يد محضر أو بأي وسيلة أخرى تقوم مقامه^(٢) وتنبهه إلى تنفيذ التزامه مختاراً وإلا حمل عليه قهراً وقسراً. فهو إجراء يقصد من ورائه وضع المدين قانوناً في مركز المقصر في تنفيذ الالتزام بإثبات تأخيره في الوفاء به^(٣).

ذلك أن القانون لا يعد المدين مقصراً في إجراء التنفيذ العيني لالتزامه على نحو يسمح بحمله عليه قهراً وقسراً إلا بعد أن يتم إعداره، ويرجع ذلك إلى سببين: أولهما سبب إنساني وهو أن المدين إنسان، وما سُمي الإنسان إنساناً إلا لنسيانه، إذن فهو مجبورٌ على النسيان، لذا ينبغي تذكيره بالتنفيذ العيني الاختياري قبل اللجوء إلى القضاء لجبره على التنفيذ رغماً عنه، فضلاً عن لفت انتباهه إلى خطورة الأثر المترتب على امتناعه أو تقصيره في تنفيذ التزامه حيث يتم اللجوء إلى مظاهر القهر لإجراء التنفيذ العيني جبراً عنه، فيلاحق قضائياً ويذكر اسمه في ساحات القضاء موصوفاً بالإهمال والتقصير في تنفيذ التزامه، فيتوقى بهذا الإعدار عواقب وآثار ملاحقته

(١) هذه المادة تقابل المادة ٢٠٦ من القانون المدني البحريني.

(٢) كما يتم الإعدار عن طريق الإنذار (سواء تحقق الإنذار على يد محضر أو عن طريق البريد في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك) فقد يتم أيضاً بكل ورقة رسمية تقوم مقام الإنذار كمحضر الحجز، والتنبه الرسمي الذي يسبق التنفيذ، والتكليف بالحضور أمام المحكمة حتى وإن رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، وقد يتم بأي وسيلة أخرى يتفق عليها صراحة أو ضمناً، كما لو أن يتم الإعدار بخطاب مسجل أو بخطاب عادي أو بإخطار شفوي (أ.د/ أنور سلطان بند ١٥٩، ص ١٣٤، ١٣٥).

(٣) انظر في هذا المعنى: أ.د/ أنور سلطان بند ١٥٨، ص ١٣٣، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٢٠، ص ٣٠، أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٤١، ص ٨٨ حيث يقول سيادته "إعدار المدين إذن هو وضعه في وضع قانوني معين هو وضع المتأخر في تنفيذ التزامه إن لم يوف به فوراً".

قضائياً على سمعته بين الناس ، وثانيهما سبب قانوني مفاده أن القانون لا ينظر إلى المدين بعين التقصير بمجرد امتناعه عن التنفيذ أو التأخير فيه ، ما لم يعلن الدائن عن تضرره من ذلك بالإعذار ، حيث يفترض القانون أن حلول أجل التنفيذ العيني الاختياري للالتزام مع سكوت الدائن عن الاعتراض على امتناع المدين عن القيام به قد يحمل على التسامح مع هذا الامتناع والتقصير والقبول الضمني له، لذا وجب عليه إعذار المدين إذا أراد هدم هذا الافتراض.

ويترتب على إعذار المدين جملة من الآثار القانونية، أبرزها ثبوت حق الدائن في الرجوع عليه بالتعويض عن كافة الأضرار التي تصيبه من جراء التأخير في التنفيذ فضلاً عن حقه في التخلص من علاقته العقدية معه، إذا كان بينهما عقد، فيطلب فسخ العقد، وأخيراً إذا أعذر المدين وكانت تبعة الهلاك قبل الإعذار على عاتق الدائن، انتقلت بالإعذار إلى كاهل المدين.

وإذا كان القانون قد أوجب إعذار الدائن لمدينه لكي يحق له معاملته قانوناً معاملة المقصر في تنفيذ التزامه، واتخاذ الإجراءات اللازمة لحمله على التنفيذ الجبري أو التنفيذ بطريق التعويض، فإنه يعفى منه في أي من الأحوال الآتية :

١- عند وجود اتفاق بإعفاء الدائن من هذا الإعذار، واعتبار حلول الأجل في حد ذاته إعذاراً^(١).

٢- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع.

٣- إذا صار تنفيذ المدين لالتزامه غير ممكن أو غير مجد بفعله.

٤- إذا صرح المدين كتابة بأنه لن ينفذ الالتزام.

٥- إذا كان محل الالتزام رد شيئٍ مسروقٍ أو رد شيئٍ أخذه المدين دون وجه حق وكان سيئ

النية وقت الأخذ ، أي كان يعلم بعدم وجود حق له في أخذه ورغم ذلك أخذه .

(١) هذا ما لم ينص القانون على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الإعذار، حيث إنه مع وجود مثل هذا النص يكون هذا الاتفاق باطلاً، ويتعين إعذار المدين رغم هذا الاتفاق، حيث تنص المادة ١٤١/ب مدني بحريني على هذا المعنى في خصوص الفسخ الاتفاقي بقولها "والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفى في غير = المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه". بعكس الحال في القانون المدني المصري الذي يسمح بالاتفاق على الإعفاء من الإعذار في إطار الفسخ الاتفاقي ولو في غير المواد التجارية (م ١٥٨ منني مصري).

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

وهذا شرط منطقي إذ لا يتصور أن يسعى الدائن إلى قهر المدين على تنفيذ التزام أضحى من المتسحيل عليه تنفيذه، وذلك سواء أكانت الاستحالة راجعة إلى فعل المدين نفسه أم كانت راجعة إلى سبب أجنبي عنه، لأنه في كلا الحالين يستحيل على المدين تنفيذ التزامه مما يتعذر معه الحكم عليه بالتنفيذ العيني مع وجود هذه الاستحالة. على أن يراعى أنه حينما تكون الاستحالة راجعة إلى فعل المدين فإن التزامه معها لا ينقضي ولكن يبقى هذا الالتزام قائماً، غاية ما هنالك أن يجري تنفيذه بطريق التعويض^(١) (أو عن طريق التنفيذ بمقابل)، في حين أنه إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنه ينقضي بسببها الالتزام ولا يجوز له أن يرجع على المدين بالتعويض (م ٢١٦ مدني بحريني).

ومما تجدر ملاحظته أنه إذا كان من المتصور تحقق الاستحالة في تنفيذ الالتزام حينما يكون محل الالتزام شيئاً (كأن تحترق السيارة بفعل المدين أو بفعل غيره) أو عملاً (كأن يفوت المحامي ميعاد الاستئناف دون تقديم الطعن المكلف بتقديمه خلاله) أو امتناعاً عن عمل (كأن يأتي المدين العمل الملتزم في العقد بالامتناع عن القيام به، كما لو دخل شخص في مزاد تعهد بعدم الدخول فيه أو اشترك في مسابقة تعهد بعدم الاشتراك فيها^(٢))، فإنه لا يتصور وجود هذه الاستحالة إذا كان محل الالتزام نقوداً، حيث يمكن تنفيذ مثل هذا الالتزام دائماً، ولا يلحقه أبداً وصف الاستحالة حتى وإن كان المدين معسراً، ومن ثم يحكم على المدين دائماً بالتنفيذ العيني لالتزامه بدفع النقود التي في ذمته للدائن، ولا يتصور في هذا الالتزام الانتقال من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض، وإن كان هذا لا يمنع من المطالبة بالتعويض عن التأخير في التنفيذ إلى جانب التنفيذ العيني.

(١) كما لو أن شخصاً باع سيارة لآخر أحرقها بعد البيع أو باعها لشخص ثالث تمسك بحيازته لها، حيث لا مجال إذن للحكم بالتنفيذ العيني وقد صار مستحيلاً، وينتقل القاضي إذن إلى مجال التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض.

(٢) ينبغي أن يراعى أنه في بعض الأحيان قد يكون التنفيذ العيني ممكناً، رغم وقوع العمل الذي التزم المدين بالامتناع عن القيام به، وذلك إذا كان من السهل إزالته، حيث يرضخ للدائن في استصدار حكم من القضاء ليقوم بإزالته عن نفقة المدين، كمثل لو بنى امرؤ حائطاً في ملكه سبق أن التزم مع جاره بعدم بنائه، حيث يكون في مقدور الجار الدائن بالالتزام أن يطلب إلزام الجار المدين بإزالته أو يستصدر حكماً بإزالته بنفسه أو عن طريق ثالث على نفقة المدين في حالة الاستعجال.

الشرط الثالث: ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين:

لا يكفي للحكم على المدين بالتنفيذ العيني أن يكون هذا التنفيذ ممكناً، بل يتعين ألا يكون مرهقاً للمدين، وإلا أمكن للمدين أن يطلب من المحكمة استبدال التنفيذ العيني بالتنفيذ بطريق التعويض (م المادة ٢/٢٠٣ مدني مصري^(١)).

وهنا يثار التساؤل حول دلالة هذا الإرهاق الذي يرخص للمدين أن يستعويض عن التنفيذ العيني بالتعويض، لا سيما وأن القانون لم يحدد تلك الدلالة تاركاً الأمر لتقدير القاضي حسب كل حالة على حده .

بداية ينبغي التأكيد إلى أن الإرهاق لا يعني مجرد الخسارة كالضيق أو الكلفة أو العسرة التي قد تصيب المدين عند تنفيذه لالتزامه، على اعتبار أنها وصف لازم من الأوصاف التي لا تتفك عن أي التزام لحظة تنفيذه، ومن ثم فإن مدلول الإرهاق يجب أن ينصرف إلى الخسارة الجسيمة أو الفادحة التي قد تحيق بالمدين عند التنفيذ العيني للالتزام، بحيث يبدو الإرهاق معها شديداً وليس مجرد إرهاق بسيط محتمل يجري العمل على تقبله عند تنفيذ الالتزام عادة.

ويتعين عند تقدير معنى الإرهاق الاعتداد بما يسببه تنفيذ الالتزام من خسارة جسيمة أو نفقات باهظة، دون أن يقدر في هذه الخسارة من حيث وجودها أو من حيث درجتها ما يعود على المدين من نفع أو فائدة من جراء تنفيذ التزامه عيناً، على أساس أن العبرة في هذا المقام بما يلحق المدين من إرهاق وليس بما يعود عليه من نفع.

ولا شك أن الانتقال من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض بسبب الإرهاق الشديد الذي يلحق بالمدين من جراء التنفيذ العيني يعد تطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وذلك حينما تبدو مصلحة الدائن في التنفيذ العيني تافهة وقليلة القيمة بحيث لا تتناسب البتة مع حجم الضرر الذي سيعيب المدين من جرائه. فنظرية التعسف في استعمال الحق - كما يقول البعض وبحق - لا تستهدف فقط علاج التعسف بعد وقوعه بتعويض الضرر المتولد عنه، بل إن لها دوراً وقائياً أيضاً يتمثل في منع صاحب الحق من استعمال حقه إن كان هذا الاستعمال تعسفياً^(٢).

(١) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً " هذا المادة تقابل ٢٠٦/ ب مدني بحريني .
(٢) أ.د/ إسماعيل غانم "النظرية العامة للحق" ص ١٨٠، ١٨١، الطبعة الثالثة، عام ١٩٦٣م.

ولعل من الأمثلة التي يمكن ذكرها في هذا المقام للتدليل على التنفيذ العيني المرهق الذي لا يجوز للدائن أن يتمسك به وإلا عد متعسفاً، أن يبني امرؤ في ملكه بناءً متجاوزاً فيه حدوده إلى حدود جاره في جزء يسير، حيث يبدو الضرر الذي سيصيب المدين عند إزالة بنائه في الجزء المجاور جسيماً لا يقارن البتة مع قدر النفع الذي يجنيه الدائن من جراء الهدم والإزالة، وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري صراحة في المادة ٩٢٨ منه بقولها " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل "(١).

ويجب على القاضي وهو بصدد تقدير مدى الإرهاق الذي يتقل كاهل المدين من التنفيذ العيني، أن يقدر حجم الضرر الذي سيحيق بالدائن من حرمانه منه، فإذا كان الضرر جسيماً لم يجز له الانتقال من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض، لا سيما وأن الأصل هو التنفيذ العيني، وأن التعسف في هذه الحالة ينتفي في جانب الدائن فيكون بذلك أولى بالرعاية من المدين.

الشرط الرابع: انتفاء الاتفاق على التنفيذ بمقابل عوضاً عن التنفيذ العيني:

إن تنفيذ المدين لالتزامه عينياً ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على الاستعاضة عنه بالتنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض، سواء أكان الاتفاق صريحاً أم كان ضمناً^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن التنفيذ العيني هو الأصل، ولذا لا يصار إلى عوضه أو البديل عنه وهو التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض، إلا إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينياً أو وجد اتفاق بينهما على الاستعاضة بالتعويض عن التنفيذ العيني سواء أكان الاتفاق صريحاً أم ضمناً، واستخلصت من إقرار الزوج بأداء قيمة مصوغات زوجته المودعة عنده نقداً والواردة في قائمة منقولاتها، دليلاً على الاتفاق الضمني بالاستعاضة بالتعويض عن التنفيذ العيني لالتزامه برد المصوغات^(٣).

(١) هذه المادة تقابل المادة ٨٥٤ من القانون المدني البحريني.

(٢) أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٢٥.

(٣) نقض مدني مصري ١٩٨٧/١٢/١٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٣٨، ج١، رقم ٦١، ص ٢٦٩.

الشرط الخامس: ألا يكون في التنفيذ العيني الجبري مساس بحرية المدين الشخصية:

قد يكون التنفيذ العيني ممكناً وغير مرهق بالنسبة للمدين ورغم ذلك لا يحكم به القاضي لانطوائه على المساس بحرية المدين الشخصية، ويحدث ذلك حينما يكون المدين ملتزماً بعمل معين يتطلب تنفيذه له التدخل الشخصي من جانبه، كالتزام عالم بإلقاء دروس حول موضوع ما، والتزام رسام برسم لوحة فنية معينة .

ففي هذه الأمثلة ونظائرها لا يمكن جبر المدين على التنفيذ العيني إذا رفض القيام به، لما ينطوي عليه هذا الجبر من مصادرة على حريته الشخصية، إذ ليس من المتصور أن يصدر من القاضي حكم بإلزام الرسام عن طريق السلطة العامة برسم هذه اللوحة على غير إرادته في الرسم أو بحمل العالم إلى قاعة المحاضرة قهراً وإلزامه بالكلام عن الدرس المتفق على عرضه وشرحه، ولذا يستعاض بالتنفيذ بطريق التعويض بديلاً عن التنفيذ العيني لتعذر الحكم به.

بيد أن ذلك لا يحول دون اللجوء إلى وسيلة غير مباشرة لقهـر المدين وحمله على التنفيذ العيني لالتزامه الذي يستوجب تدخله الشخصي، ألا وهي الغرامة التهديدية، حيث يرخـص القانون للدائن طلبها من القاضي عند توافر شروط معينة فيحكم لها فيها على المدين بدفع مبلغ معين من المال عن كل وحدة زمنية يمتنع خلالها عن تنفيذ الالتزام، كمحاولة لكسر عناده والضغط على إرادته لدفعه إلى التنفيذ، فإذا ظل مصراً رغم هذه الغرامة التهديدية ولم يرتدع بها، لم يكن هناك بد من اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض لتعذر حدوث التنفيذ العيني (م ١/٢١٣ مدني مصري) .

الشرط السادس: أن يتقدم الدائن بطلب التنفيذ العيني أو يعرضه المدين:

الأصل العام أن يجري تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، ولا ينتقل منه إلى غيره إلا إذا تعذر حدوثه، ويتعين على المحكمة أن تقضي به متى طلبه الدائن أو عرضه المدين، متى كان ممكناً، ولا يجوز لها أن تحكم بالتعويض حينما يكون طلب الدائن منصباً على التنفيذ العيني، حتى وإن رفض المدين ذلك التنفيذ عارضاً التنفيذ بطريق التعويض، أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل.

بل إن من حق المدين إذا كان طلب الدائن منصباً على التنفيذ بطريق التعويض أن يلزمه المدين بالتنفيذ العيني، ولا يجوز للمحكمة أن تستجيب لطلب الدائن، متجاهلة عرض المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، نظراً لأن التنفيذ العيني هو التنفيذ الأصيل الذي لا ينتقل منه إلى غيره كالتنفيذ

بمقابل أو بطريق التعويض إلا إذا تعذر حدوثه أو كان مرهقاً للمدين إرهاقاً شديداً حسب تقدير القاضي لذلك.

فالتنفيذ بطريق التعويض - كما يقول البعض وبحق - لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة الالتزام التخيري أو الالتزام البدلي، إنما هو وسيلة احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا إذا تعذر تنفيذ ذات الالتزام بكافة الشروط التي نشأ بها^(١).

الشرط السابع: أن يكون امتناع المدين عن التنفيذ العيني غير مبرر:

ذلك أنه من المتصور أن يرخص للمدين في الامتناع عن التنفيذ لفترة من الزمن لكون التزامه موجلاً تأجيلاً اتفاقياً أو تأجيلاً قضائياً، سواء في العقود الملزمة لجانب واحد أو أم في العقود الملزمة للجانبين، كما يمكن للعاقدة في العقود الملزمة للجانبين أن يمتنع قانوناً عن تنفيذ التزامه كوسيلة للضغط على إرادة العاقدة الآخر الممتنع عن تنفيذ التزامه، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٦١ من القانون المدني المصري على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به "^(٢).

ونخلص مما سبق أن يمتنع طلب التنفيذ العيني أو السير في إجراءات قهر المدين عليه، إذا كان للمدين حق في الامتناع عن التنفيذ، فإذا ما زالت مبررات ذلك الامتناع أمكن طلب التنفيذ العيني وجبر المدين عليه، إذا ما رفض التنفيذ العيني مختاراً.

(١) أ.د./فتحي عبدالرحيم، بند ٢٠، ص ٢٩. وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري إلى هذا المعنى قائلة "إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الإمكان، فمن حق الدائن أن يستأديه. ومن حق المدين أن يعرض القيام به، وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضي المتعاقدين. ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخيري أو التزام بدلي، فهو ليس موكلاً للتخيري لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأي من العاقين، سواء في ذلك المدين أو الدائن. فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء. وهو ليس بالبديل، لأن المدين لا يملك عرض العوض النقدي ما بقى الوفاء العيني ممكناً" (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢، ص ٥١٠).

(٢) هذه المادة تقابل المادة ١٥١ من القانون المدني البحريني. ولا شك أن منح العاقدة حق الدفع بعدم التنفيذ L'exception d'inexécution حينما يمتنع من تعاقده معه عن تنفيذ التزامه ثم يفاجئه بطلب التنفيذ منه أمام القضاء، أمر تقتضيه اعتبارات العدالة وفكرة الارتباط والتقابل بين التزامات العاقدين في العقود الملزمة للجانبين، إذ ليس من العدالة في شيء أن نلزم العاقدة بتنفيذ التزامه في العقد، في ذات الوقت الذي يمتنع فيه العاقدة الآخر عن تنفيذ التزاماته، فكان من حقه وقف تنفيذ التزاماته أو الامتناع عن تنفيذها أصلاً حتى ينفذ الطرف الآخر التزاماته أو يبدي له على الأقل استعداد الكامل لهذا التنفيذ.

وهذا الدفع غير متصور إلا في العقود الملزمة للجانبين، فلا مجال لوجوده أصلاً في العقود الملزمة لجانب واحد، لأن الدائن في هذا العقود لا يلتزم بشيء قبل مدينه الممتنع عن تنفيذ التزامه، حتى يدفع بعدم تنفيذه لحمله على التنفيذ (انظر عرض ذلك تفصيلاً إلى مؤلفنا "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني"، مصادر الالتزام، ص ٣٢٩ وما بعدها، طبعة جامعة البحرين عام ٢٠٠١ م).

المطلب الثالث

كيفية التنفيذ العيني الجبري

إن معرفة الكيفية التي يتم بها التنفيذ العيني الجبري للالتزام، تستوجب منا عرض هذين الموضوعين: أولهما موضوع أو محل هذا التنفيذ، والذي يتحدد في ضوء محل الالتزام المراد تنفيذه، وثانيهما الوسائل القانونية المقررة لتحقيق هذا النوع من التنفيذ.

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العيني الجبري

لا جرم أن تحديد موضوع التنفيذ العيني (أي الأمر الذي يقهر المدين على أدائه عيناً للدائن) ليتوقف على معرفة محل الالتزام الملقى على عاتق المدين. ولا يخرج محل الالتزام عن أحد هذه الصور الثلاث فقد يكون التزاماً بعمل، وقد يكون التزاماً بالامتناع عن عمل، وقد يكون التزاماً بإعطاء، مما يوجب علينا عرض موضوع التنفيذ العيني الجبري في ضوء صور محل الالتزام الثلاث سائلة الذكر، على التفصيل الآتية :

أولاً: موضوع التنفيذ العيني الجبري في الالتزام بعمل:

لا شك في أن الالتزام بعمل (وهو الذي يمثل الصورة الإيجابية لمحل الالتزام) ليقضي من جانب المدين أيّاً كان طبيعة التزامه (أي سواء أكان التزاماً ببذل عناية أم كان التزاماً بوسيلة) القيام بعمل إيجابي معين لصالح الدائن، فإذا ما امتنع المدين عن القيام بهذا العمل المكلف بأدائه، فإن جبره عن طريق القضاء على التنفيذ العيني للالتزام، ليملي علينا ضرورة التفرقة بين الفروض الثلاثة الآتية:

١- الفرض الأول: أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دون تدخل شخصي من جانب

المدين.

إذا كان المدين مكلفاً بإنجاز عمل معين بموجب العقد، ولم يشترط عليه الدائن تنفيذه شخصياً، ولم تكن طبيعة العمل تحتم مثل هذا التدخل الشخصي من جانب المدين، ثم امتنع المدين عن القيام بهذا العمل، جاز للدائن أن يستصدر حكماً من القاضي يرخص له فيه بالقيام بهذا العمل بنفسه أو عن طريق شخص ثالث على نفقة المدين كما لو امتنع المقاول عن البناء المكلف به أو لم يتمه رغم البدء فيه، إذ يكون في مقدور صاحب البناء استصدار حكم قضائي يرخص له في البدء في

هذا البناء أو إتمام ما نقص منه على حساب المقاول، ومثال ذلك أيضاً أن يمتنع المؤجر عن القيام ببعض الإصلاحات الضرورية في العين المؤجرة، حيث يتسنى للمستأجر بعد أخذ موافقة القضاء القيام بها بنفسه أو عن طريق آخر على نفقة المؤجر.

بل إن من حق الدائن إذا كان العمل المطلوب من المدين تنفيذه عيناً عملاً عاجلاً لا يحتمل أي إبطاء أو تأخير في إجراءاته، كما لو سقط جدار في شقة مؤجرة أو تشقق حائط أساسي من حيطانها، أن يقوم بنفسه أو عن طريق غيره بمثل هذا العمل فيبني الجدار أو يرمم التشقق أو التصدع على نفقة المدين (المؤجر) دون حاجة إلى استئذان القضاء في ذلك^(١)، ما دام قد سبق له أن أذّر المدين للقيام بالعمل ولكنه رفض القيام به أو تباطأ في إجراءاته.

٢- الفرض الثاني: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن بدون التدخل

الشخصي من المدين:

إنه وإن كان من الجائز للمدين بصفة عامة أن ينفذ العمل المكلف به بنفسه أو عن طريق من ينوب عنه، إلا أنه من المتصور أن يكون التنفيذ العيني للالتزام المدين غير جائز إلا إذا تدخل المدين شخصياً لإجراءاته، سواء أكان ذلك راجعاً إلى وجود اتفاق بين الدائن والمدين يلزم المدين بالتدخل الشخصي لإجراء التنفيذ العيني للالتزامه أم كان راجعاً إلى طبيعة الالتزام ذاته التي توجب ذلك، كما لو اتفق مريض مع جراح مشهور لإجراء عملية جراحية دقيقة له لثقته فيه واطمئنانه لخبرته، إذ يتعين على هذا الطبيب القيام بنفسه بإجراء هذه العملية، وليس له أن يجريها عن طريق غيره، حتى ولو لم يتفقا على ذلك صراحة بالعقد، لأن الطبيعة الخاصة لهذا الالتزام كالالتزام يقوم على الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض تملّي على الطبيب القيام بنفسه بإجراء هذه العملية^(٢).

فإذا امتنع المدين عن القيام بنفسه بالعمل المطلوب الذي يستوجب تدخله الشخصي لإجراءاته، فلا يتصور قهره عليه وحمله إليه رغماً عنه، وذلك لما ينطوي عليه هذا القهر من مساس بحريته الشخصية، ولا يكون أمام الدائن إلا أن يختار ولوج أحد سبيلين: أحدهما بات وحاسم وهو أن

(١) ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢٠٩ من القانون المدني المصري بقولها "١- في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً.

٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء". هذه المادة تقابل المادة ٢١١ من القانون المدني البحريني. (٢) ومثال ذلك أيضاً أن أكلف امرأة صاحبة سيارة للقتي بها بنقل زوجتي وبناتي من المسكن إلى المدرسة ذهاباً وإياباً، فليس لها أن تحتج عند النعي عليها بالإخلال بالالتزام إذا ما كلفت رجلاً للقيام بهذه المهمة بأنني لم اشترط عليها ذلك صراحة في العقد، لأن طبيعة هذا الالتزام تقتضي ألا ينقل النساء والبنات رجل غير محرم لهن، وأنه ينبغي نقلهن عن طريق المتعاقدة شخصياً أو على الأقل عن طريق امرأة أخرى غيرها تكون محل ثقة.

يطلب التنفيذ بطريق التعويض مستعيضاً به عن التنفيذ العيني، وثانيهما عارض وغير حاسم وهو يتمثل في طلب الحكم على المدين بغرامة تهديدية لحثه على التدخل الشخصي لتنفيذ التزامه عيناً، كما لو امتنع لاعب الكرة عن تمثيل الفريق المتعاقد معه، أو امتنع المعلم عن إلقاء الدروس المكلف بإلقائها، أو امتنع الفنان عن رسم لوحة مكلف برسمها، فيحكم عليه القاضي بغرامة مالية عن كل فترة زمنية يصر خلالها على عدم التنفيذ، إلى أن يتضح أمره فيعدل عن عزوفه عن التنفيذ ويعمد إلى تنفيذ التزامه عيناً أو يظل مصرراً على عدم التنفيذ رغم هذا التهديد المالي، فلا يجد القاضي بداً من الحكم بالتنفيذ بطريق التعويض^(١).

٣- الفرض الثالث: إذا كانت طبيعة الالتزام تسمح بقيام حكم القاضي مقام التنفيذ العيني.

قد تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضي مقام العمل المطلوب من المدين، مثال ذلك أنه إذا امتنع البائع عن التصديق على إمضاء عقد البيع أمام الموظف المختص، فإن حكم القاضي في دعوى إثبات صحة التوقيع يقوم مقام التصديق على هذا الإمضاء، وكذلك الحال إذا ثار نزاع حول صحة عقد البيع، فإن حكم القاضي في دعوى صحة التعاقد أو ما تسمى أيضاً بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام العقد الصحيح المصدق فيه على الإمضاء، ويمكن تسجيله، فيقوم تسجيل الحكم مقام تسجيل العقد وتنتقل به الملكية^(٢).

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نص عليه القانون في خصوص الوعد بالتعاقد من أنه إذا وعد امرؤ غيره بإبرام عقد معه ثم نكل عن ذلك الوعد، فإن من حق الموعود له أن يلجأ إلى القضاء طالباً بالتنفيذ العيني الجبري للعقد الموعود به، وعندئذ يحق للقاضي بعد التثبت من توافر كافة الشروط اللازمة لصحة الوعد بالعقد، وعلى وجه الخصوص ما يتصل منها بالشكل، أن يصدر حكماً يقوم مقام العقد الموعود به متى حاز هذا الحكم قوة الشيء المقضى به^(٣).

(١) وهذا عين ما نصت عليه ٢١٣ من القانون المدني المصري بقولها " إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديديه أن امتنع عن ذلك.

(٢) وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن تنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة " . فضلاً عن المادة ٢١٤ من ذات القانون بقولها " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين " . هاتان المادتان تقابلان المادة ٢١٣ من القانون المدني البحريني بقرائنها الثلاثة ..

(٣) (٢) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٩ من القانون المدني البحريني بقولها "أ- إذا امتنع أحد طرفي العقد الإبتدائي بدون مبرر عن إبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد البيع".

ب- ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الإبتدائي، متى حاز قوة الأمر المقضى به مقام العقد النهائي، على أن يتم شهر الحكم في الحالات التي يتطلب فيها القانون ذلك " . هذه المادة ليس بها ما يقابلها في القانون المدني المصري، لكن ذلك لا يمنع من إعمال حكمها استناداً إلى المادة ٢١٠ مدني مصري والتي تنص على أنه "في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام". وهذه المادة تقابل المادة ٢١٢ مدني بحريني.

ثانياً: موضوع التنفيذ العيني الجبري في الالتزام بالامتناع عن عمل:

لا جرم أن المدين في هذا النوع من الالتزام يقع على عاتقه الامتناع عن العمل المتفق على الامتناع عنه، مثل اتفاق الجار مع جاره على عدم الارتفاع بالبناء عن قدر معين (حتى وإن كان هذا القدر مرخصاً به قانوناً، فلا مانع من قبول المرء تقييد ممارسته للحقوق أو الرخص المقررة له قانوناً، ما دام أن ذلك يجري بهدف تحقيق مصلحة مشروعة)، واتفاق بائع المتجر مع المشتري على عدم فتح محل تجاري منافس في نفس المنطقة لمدة معينة، واتفاق اللاعب مع فريقه بعدم اللعب لصالح فريق آخر منافس ولو في مباريات ودية، فإذا ما أدى المدين العمل المتفق بالامتناع عنه، فقد أخل بالتزامه العقدي على نحو يرتب مسئوليته عن هذا الإخلال مسئولية عقدية، فيعوض الدائن عن الضرر الذي أصابه من جراء خطئه العقدي. وهنا يطرح التساؤل نفسه حول إمكانية التنفيذ العيني لهذا الالتزام رغم وقوع العمل المتفق على الامتناع عنه.

إن الحكم بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام أو الاكتفاء بمجرد التنفيذ بطريق التعويض ليتوقف على ما إذا كان التنفيذ العيني لا يزال ممكناً بإزالة آثار العمل الذي وقعت مخالفة بشأنه بالنسبة للماضي، وحمله على الالتزام بالامتناع عنه في المستقبل أم أنه قد أصبح مستحيلًا استحالة مادية حدوث مثل هذا النوع من التنفيذ وعندئذ يكتفي بالتنفيذ بطريق التعويض، وذلك على التفصيل الآتي:

١- قد لا تسمح طبيعة العمل الذي وقعت بشأنه المخالفة للالتزام بالامتناع عن عمل معين - في بعض الأحيان - بالحكم بالتنفيذ العيني، بسبب تعذر أو استحالة تدارك ما وقع من هذا العمل (كما لو أفشى الطبيب أو المحامي سر مريضه أو موكله، لأن طبيعة العمل الملقى على عاتق المدين الامتناع عنه تأتي عند وقوعه إمكانية محوه وتدارك آثاره بإزالتها بعد وقوعه، فلا يجد القاضي بداً من الحكم بالتنفيذ بطريق التعويض فيعوض بذلك المريض أو الموكل عن الضرر الذي أصابه من جراء إفشاء السر) أو بسبب انطواء الحكم بالتنفيذ العيني للالتزام - رغم كونه ممكناً - على المساس بالحرية الشخصية للمدين (كما لو لعب اللاعب في مباراة ودية لصالح فريق منافس تعهد مسبقاً بعدم اللعب له، ذلك أنه وإن كان في مقدور الفريق (كدائن) الذي ينتمي إليه اللاعب طلب التنفيذ العيني للالتزام بمنع اللاعب (المدين) مستقبلاً من اللعب لحساب هذا الفريق المنافس، وطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية لحثه على احترام هذا الالتزام، إلا أنه إذا أصر اللاعب على

الإخلال بالالتزام، فلا يملك القاضي إلا أن يحكم بالتنفيذ بطريق التعويض لتعذر الحكم بالتنفيذ العيني لمسأسه بالحرية الشخصية للاعب.

٢- وفي أحيان أخر تسمح طبيعة العمل الذي باشره المدين إخلالاً بالتزامه بالامتثال عن هذا العمل بالحكم عليه بالتنفيذ العيني لإزالة أثر ما وقع من هذا العمل بالنسبة للماضي والحاضر، وإلزامه بمراعاة واحترام هذا الالتزام في المستقبل، مثال ذلك أن يفتح بائع متجر لبيع الملابس متجراً منافساً رغم سبق تعهده أمام المشتري بعدم فتح هذا المتجر، حيث يمكن رغم وقوع الإخلال بالالتزام بارتكاب العمل الذي كان ملتزماً بالامتثال عنه، الحكم بالتنفيذ العيني فيتم غلق هذا المتجر، مع إلزامه بعدم فتحه ثانية طوال مدة الالتزام، فضلاً عن إلزامه بتعويض الدائن عن الأضرار التي لحقت من جراء إخلاله بالالتزام. ويتعين على الدائن لإزالة آثار المخالفة استصدار حكم قضائي بذلك، بل له الحق في طلب إجراءات بنفسه أو عن طريق شخص ثالث على حساب المدين، على أن يراعي انتفاء الحق له في إجراءات دون الحصول على إذن قضائي بذلك، ولو في حالة الاستعجال خلافاً لما هو مرخص به في شأن الالتزام بالعمل والالتزام بالإعطاء، حيث يتسنى للدائن في أيهما إجراء التنفيذ العيني بغير إذن من القضاء في حالة الاستعجال، وترجع هذه المغايرة إلى ما تنطوي عليه الإزالة من أعمال العنف، بما قد يؤدي إلى بث بذور الشقاق والنزاع بين الدائن والمدين لحظة إجراءاتها، على نحو يضر بالأمن والاستقرار داخل المجتمع^(١).

وللقاضي مطلق الحرية حينما يكون التنفيذ العيني ممكناً أن يقضي به أو يعدل عنه إلى التنفيذ بطريق التعويض حسبما يتراءى له في ضوء الموازنة بين مقدار مصلحة الدائن في التنفيذ العيني بإزالة آثار المخالفة وبين مقدار الضرر الذي يصيب المدين من وراء ذلك، ومن ثم فللقاضي أن يكتفي بالتعويض إذا تبين له أن ثمة إرهاقاً شديداً يصيب المدين من جراء التنفيذ العيني يتصاغر معه قدر النفع الذي يفيد الدائن أو قدر الضرر الذي يلحق به، بحيث يبدو تافهاً وغير متناسب البتة معه، مثال ذلك أن يظهر للقاضي أن في إزالة الجدار الذي سبق للبانى أن

(١) هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢١٢ مدني مصري بقولها " إذا التزم المدين بالامتثال عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين .
هذه المادة تقابل المادة ٢١٥ مدني بحريني .

تعهد بعدم بنائه ضرراً جسيماً يتعاضم حجمه مقارنة بحجم المنفعة التي تعود على الدائن بسبب الإزالة أو حجم الضرر الذي يصيبه من عدم إجرائها، فيكتفي عندئذ بالتنفيذ بطريق التعويض^(١).

ثالثاً: التنفيذ العيني الجبري في الالتزام بإعطاء:

تتوقف كيفية تحقق التنفيذ العيني للالتزام بإعطاء بحسب كون المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام عقاراً أو منقولاً، وذلك على التفصيل الآتي:

١- فإذا كان الشيء منقولاً فيجب في هذا الخصوص أن نفرق بين كون هذا المنقول معيناً بالذات أو معيناً بالنوع فقط، فإذا كان المنقول معيناً بالذات ومملوكاً للمدين، اعتبر هذا الالتزام منفذاً تنفيذياً عينياً بمجرد نشوئه وبقوة القانون دون حاجة إلى أي إجراء آخر كتسليمه مثلاً، ومن ثم إذا باع مالك منقولاً معيناً بالذات لآخر (أو نقل له حقاً عينياً أصلياً آخر) أو رتب له عليه حقاً عينياً تبعياً، انتقل حق الملكية (أو غيره من الحقوق العينية الأصلية)، أو نشأ الحق العيني التبعي فور تمام العقد دون تعليق ذلك أو تقييده على اتخاذ إجراء معين من الإجراءات.

ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢٠٤ مدني مصري بقولها "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل"^(٢).

وينبغي أن يراعى أنه يتولد عن الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني على المنقول المعين بالذات (بوصفه التزاماً أصلياً) التزاماً شخصياً بتسليم هذا المنقول (بوصفه التزاماً تبعياً)، بحيث إذا رفض المدين تنفيذه مختاراً رغم وجوده، أجبر عليه قهراً وقسراً عن طريق القضاء (فيكون للدائن الحق في استصدار حكم قضائي لإلزامه بالتسليم)، وإلا كان من حق الدائن طلب التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض إذا ثبت عدم وجود هذا المنقول بسبب إخفائه من جانب المدين أو هلاكه بفعله^(٢).

(١) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢٠٣/٢ مدني مصري بقولها "على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً". هذه المادة تقابل المادة ٢٠٦/ب مدني بحريني.

(٢) ويؤخذ على هذا النص، والنص البحريني المقابل له (م ٢٠٧ من القانون المدني البحريني) أنه ينطوي على عيب في الصياغة حيث جعل الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر (سواء أكان حقاً عينياً أصلياً أم تبعياً) الذي هو في الحقيقة أثر من آثار العقد ناقلاً من تلقاء نفسه لهذا الحق، وهذا خطأ إذ لا يتصور أن يكون الالتزام بنقل الحق العيني الذي هو أثر من آثار العقد مصدراً لنشأة الحق العيني أو نقله، وإنما الصحيح أن يقال أن العقد بمجرد تحقق التراضي فيه هو الذي يؤدي إلى نقل ملكية المنقول أو أي حق عيني آخر، وبذلك اقترح أن تصاغ هذه المادة على النحو التالي "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، ينتقل بمجرد التراضي في العقد حق الملكية أو أي حق عيني آخر على هذا الشيء، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

(٢) انظر في ذلك المعنى إلى: أ.د/ ليلي عبدالله سعيد بند ٥٢، ص ٦٣.

أما إذا كان المنقول معيناً بنوعه فقط، كبيع كمية معينة من القمح المصري الموجود بالمخزن، فإن ملكية المشتري لا تنشأ بمجرد العقد، بل يلزم لحدوث ذلك إفراز هذه الكمية من القمح الموجود بالمخزن، حيث لا تنتقل الملكية (ولا أي حق عيني آخر) على شيء معين بالنوع فقط، إنما يجب أن يكون معيناً بالذات، ولا يتحقق له هذا التعيين بالذات إلا بالإفراز، وقبل هذا الإفراز يقتصر أثر العقد على إنشاء التزام على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري، فإذا تم إفراز الكمية وجعلت تحت تصرف المشتري انتقلت إليه ملكيتها، فإذا امتنع البائع عن الإفراز كعمل مادي أمكن للمشتري جبره عليه، فيستصدر حكماً قضائياً لشراء كمية القمح المتفق عليها من السوق على نفقة البائع أو يعمد إلى شرائها مباشرة دون استئذان في حالة الاستعجال، كما لو كان المشتري صاحب فندق أو صاحب مطعم، وفي حاجة ماسة إلى هذه الكمية من القمح على وجه السرعة لاستعمالها في صناعة مستلزمات الفندق أو المطعم من المخبوزات والمعجنات.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٠٥ من القانون المدني المصري على أنه " ١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. ٢- فإذا لم يرق المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض"^(١).

ومن حق الدائن أن يستعاض عن طلب الحصول على شيء من نوع ما التزم به المدين، بطلب قيمة هذا الشيء، فيكون التنفيذ على هذا النحو تنفيذاً بطريق التعويض، ومرد جواز ذلك لا يرجع إلى استحالة التنفيذ العيني، لأنه لا يزال ممكناً، ولكن يرجع إلى عدم وجود مانع قانوني يحول دون تلبية رغبة الدائن في هذا النوع من التنفيذ لا سيما وأن المدين لم يمانع في طلبه بعدم عرضه التنفيذ العيني لالتزامه على الدائن.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان محل الالتزام أداء مبلغ معين من النقود، وجب تعيين هذه النقود بذكر نوعها ومقدارها، والتزم المدين بسدادها لدائنه بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها أي أثر وقت الوفاء به.

(١) هذه المادة تقابل المادة ٢٠٨ من القانون المدني البحريني ..

ويراعى أن التنفيذ العيني للالتزام الذي يكون محله نقوداً لا ترد بشأنه الاستحالة فهو التزام ممكن التنفيذ دائماً عينا، بحيث إن لم يقم به المدين مختاراً حمل على ذلك جبراً عنه عن طريق اتخاذ الدائن لإجراءات الحجز والتنفيذ على أمواله وبيعها بالمزاد العلني لاقتضاء حقه من ثمن بيعها^(٢).

٢- أما إذا كان الشيء عقاراً، فإن الحق العيني سواء أكان حقاً عينياً أصلياً (مثل حق الملكية وحق الانتفاع وغيرهما من الحقوق العينية الأصلية الأخرى) أم كان حقاً عينياً تبعياً (مثل حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص) لا ينشأ ولا ينتقل ولا يزول سواء بين طرفيه أو بالنسبة للغير إلا إذا تم شهره بطريق التسجيل أو القيد بمكتب الشهر العقاري^(٣).

ويقتصر أثر التصرفات غير المشهورة بطريق التسجيل أو القيد على إنشاء التزامات شخصية بين ذوي الشأن، ومن ثم فإنه إذا بيع عقار من مالكة لم تنتقل الملكية إلى المشتري فور العقد، ولكن تنتقل بالتسجيل، فإذا سجل العقد اعتبر البائع منفذاً لالتزامه تنفيذاً عينياً اختيارياً، إما إذا رفض إجراء التسجيل كان في مقدور المشتري قهره عليه من خلال قيامه برفع دعوى صحة التعاقد أو ما تسمى أيضاً بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع، ثم يقوم بتسجيل هذا الحكم بمكتب التسجيل العقاري فنتقل إليه الملكية على إثر ذلك التسجيل .

(٢) انظر في ذلك المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بندقية، ١٤٩، ١٤٨، ١٧٣.

(٣) هنا ويراعى أن قيد الحقوق العينية التبعية في مصر وفقاً لقانون الشهر العقاري إجراء لازم للاحتجاج بالحق مواجهة الغير فقط، حيث يحتج بالحق العيني التبعية في علاقة الدائن بالمدين ولو لم يجر قيد هذا الحق بعد بخلاف الحال في البحرين، فالقيد إجراء لازم للاحتجاج بالحق سواء في مواجهة ذوي الشأن وبالنسبة للغير. هذا مع مراعاة أن القيد في ذاته بوصفه إجراءً لشهر الحق العيني التبعية ليس مصدراً للرهن، بحيث لا يوجد الرهن إلا به كما تصور بعض الفقهاء في مصر (من أصحاب هذا التصور أ.د/ شفيق شحاتة "النظرية العامة للتأمين العيني" فقرة ٤٢، الطبعة الثالثة عام ١٩٥٥)، بل يعد وفقاً لوجهة نظر غالبية الفقهاء في مصر مجرد إجراء لازم لنفاذ الرهن في مواجهة الغير والاحتجاج به على ذلك الغير من قبل صاحب حق الرهن، لما له من حق الأفضلية Droit de preference عليهم فيجوز به على باقي الدائنين التاليين له في المرتبة وسائر الدائنين العاديين كما يحتج به على المنتصرف إليه (كمشتري العقار) بما له من حق التتبع Droit de suite على هذا العقار في يد والتنفيذ عليه ليعه بالمزاد وأخذ حقه من ثمن البيع، انظر عرض ذلك تفصيلاً بمؤلفنا "الوسيط في التأمينات العينية" ص ١٧٣، طبعة عام ١٩٩٨ م.

المطلب الرابع

وسائل الضغط على إرادة المدين لحمله على التنفيذ العيني

تمهيد وتقسيم:

لقد جعل القانون للدائن وسائل متنوعة يستطيع من خلالها قهر المدين على التنفيذ العيني لالتزامه إن لم يؤده مختاراً، نذكر من بينها على سبيل المثال لا الحصر، اللجوء إلى التنفيذ المباشر للالتزام عن طريق الاستعانة بالسلطة العامة المكلفة بإجراء التنفيذ الجبري بموجب السندات التنفيذية^(١)، وكذلك يمكن الدائن الحصول على حكم قضائي فيقوم مقام التنفيذ العيني للالتزام حينما تسمح طبيعة الالتزام بذلك، كما سبق أن رأينا^(٢)، كما قد يرخص للدائن في القيام بالتنفيذ العيني جبراً عن المدين بعد استئذان القاضي على نفقة المدين أو بدون استئذانه في حالة الاستعجال^(٣).

بيد أنه إذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضي التدخل الشخصي من جانب المدين، فإنه يتعذر قهره عليه لمساس ذلك بحريته الشخصية، وعندئذ لا يكون أمام الدائن إذا عزف عن اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض، ورغب في بذل مساعيه لاقتضاء التنفيذ العيني من ذلك الدائن المتعنت، أن يلجأ إلى وسائل غير مباشرة للقهر على ذلك التنفيذ، ويتحقق له هذا عن طريق أحد هذين النظامين، نظام الإكراه البدني، ونظام الغرامة التهديدية.

الفرع الأول

الإكراه البدني La contrainte de corps

يقصد بالإكراه البدني^(٤) حبس المدين الواجد (أي القادر على سداد دينه) عند ليه ومطله لحمله على التنفيذ العيني لالتزامه^(٥).

لقد ساد في الشرائع القانونية القديمة - باستثناء القانون الفرعوني في مصر والشريعة الإسلامية - مبدأً خطيراً مفاده أن جسم الإنسان ضامنٌ لديونه، حيث لم تكن تفقه هذه الشرائع ذلك المبدأ الذي يقضي باعتبار مال الإنسان لا جسمه ضامناً لديونه بصفة عامة سواء لقلة المال الموجود آنذاك

(١) ولعل من أمثلة السندات التنفيذية التي يمكن إجراء التنفيذ بموجبها عن طريق السلطة العامة الأحكام القضائية والأوامر والمحرمات الموثقة ومحاضر الصلح (انظر في ذلك المادة ٢٨٠ مرافعات مصري والمادة ٢٤٤ مرافعات بحريني).

(٢) راجع ذلك في موضعه من هذا الكتاب.

(٣) راجع ذلك في موضعه من هذا الكتاب.

(٤) انظر في نفس المعنى: استاذي الدكتور/ عبد الناصر العطار، ص ٥١، حيث يعرفه بأنه "حبس المدين لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً".

(٥) فالمطل من المدين القادر ظم منه لنفسه بإقحامها في إيذاء الخلق، وظلم للدائن صاحب الدين بجرمانته من حقه، وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ يقول "مطل الغني ظم..." (رواه ابن ماجة في سننه، ج ٢، رقم الحديث ٢٤٠٤، ص ٨٠٣، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبدالباقي، طبعة دار الفكر).

أو لعدم إدراك القيمة الحقيقية لحقوق الإنسان بوصفها أعلى من كل مال، فكان يجري حبس المدين عند عجزه عن سداد ديونه لأي سبب من الأسباب سواء أكانت ديوناً مدنية أم جنائية، ما دام أن الدائن لم يقبل أن يمهل وقتاً حتى يقدر على الوفاء بهذا الدين، وليت الذل وقف عند هذا الحد المهين بل جاوزه إلى حد أن المدين كان يحبس بوصفه عبداً لدائنه ، فيسترقه دائنه وقتاً من الزمن يعمل خلاله عبداً لديه حتى يقضي له دينه، بل وكان ذل الرق لا يلاحقه وحده بل كان يمتد إلى بقية أفراد أسرته (زوجته وأولاده)، تطبيقاً لمبدأ اجتماعي ظالم وفسادٍ كان سائداً آنذاك ألا وهو مبدأ التضامن الاجتماعي بين أفراد الأسرة في المسؤولية عن الديون الواجبة على أحد أفرادها^(١).

بل وظلت رواسب الإكراه باقية إلى عهد غير بعيد ، حيث كان القانون الفرنسي يجيز الإكراه البدني حتى عام ١٨٦٧م ، ثم لم يجز هذا القانون بعد ذلك التاريخ الالتجاء إليه إلا في نطاق ضيق بشأن الغرامات والمصاريف والتعويضات في المسائل الجنائية^(٢).

ولا يجوز الالتجاء إلى الإكراه البدني - كوسيلة من وسائل التنفيذ غير المباشر - في القانون المصري ، وكذلك القانون البحريني في غير هاتين الحالتين:-

أولاً : الحالة الأولى: في المسائل الجنائية:

في نطاق المسائل الجنائية يمكن حبس المدين في مصر أو في البحرين لحمله على سداد هذين النوعين من الديون:

- ١- التعويض المدني الناشئ عن ارتكاب جريمة جنائية، حيث يرخص للمحكوم له بهذا التعويض برفع دعوى بطلب الإكراه البدني في مواجهة المحكوم عليه أمام محكمة الجناح التي بدائرتها محل إقامة المحكوم عليه. فإذا تبين للمحكمة أن المحكوم عليه يقدر على دفع هذا التعويض ولكنه يماطل رغم ذلك أن تقضي بحبسه لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، ولا يخصم أي شيء من التعويض مقابل هذا الإكراه، فيظل ديناً عليه حتى بعد خروجه من الحبس (م ٥/٩ قانون إجراءات جنائية مصري)^(٣).

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ صوفي حسن أبو طالب "تاريخ النظم القانونية والاجتماعية" الجزء الأول، "تكوين الشرائع القانونية وتطورها"، ص ٥٦، الطبعة الثالثة عام ١٩٩٧، دار النهضة العربية.

(٢) استاذنا الدكتور/ عبدالناصر - المرجع السابق - ص ٥١.

(٣) انظر في هذا المعنى استاذنا الدكتور/ هلالى عبدالله أحمد "شرح قانون العقوبات القسم العام، ص ٦٦٤، ٦٦٥، الطبعة الأولى عام ١٩٨٧م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

٢-المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للدولة ضد مرتكب الجريمة، وهي تشمل الغرامات، وما يجب رده، والمصاريف والتعويضات (م ٥١١ إجراءات جنائية مصري، م ٣٦٣ إجراءات جنائية بحريني^(١)). وفي هذه الحالة لا تبرأ ذمة المدين عن هذه المبالغ إلا في حدود خمسة دنانير عن كل يوم في البحرين، ومائة قرش عن كل يوم في مصر.

ثانياً : الحالة الثانية: في غير المسائل الجنائية

يجب ههنا أن نفرق بين الوضع في البحرين والوضع في مصر على التفصيل الآتي :

١-الوضع في البحرين عند ثبوت مطل المدين الواجد مع سوء نيته عن سداد دين ثابت

بحكم قضائي :

إذ تنص المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل البحريني على أنه " إذا أخفى المدين أمواله التي يمكن حجزها أو هربها ولم يكن قد عرض تسوية أو قدم كفيلا مقبولاً أو عرض تسوية وأخل بشروطها كان للدائن أن يطلب من قاضي محكمة التنفيذ حبس المدين". يستفاد من هذا النص جواز طلب حبس المدين من قاضي محكمة التنفيذ إذا تمكن الدائن من إثبات هذين الشرطين:-

أ- الشرط الأول: مماثلة المدين رغم يساره:

فلا يكفي أن يكون المدين مماطلا (أي ممتنعا عن سداد الدين) بل لا بد من ثبوت يساره ورغم ذلك يرفض أداء الدين رغم إعداره بذلك.

ب- الشرط الثاني: سوء نية المدين:

أي أن يتوافر لدى المدين مع مماطلته رغم يساره قصد الإضرار بدائنيه، ويثبت ذلك من خلال صدور أي من هذين التصرفين من جانب المدين:

(١) حيث تنص المادة ٣٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أن "يجوز الإكراه البدني لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للدولة ضد مرتكب الجريمة، ويكون هذا الإكراه بالحبس وتقدر مدته باعتبار يوم واحد عن كل خمسة دنانير أو أقل". ومع ذلك ففي المخالفات لا تزيد مدة الإكراه على يوم واحد للغرامة ولا على سبعة أيام للمصاريف وما يجب رده والتضمينات". وفي الجرح والجنابات لا تزيد مدة الإكراه على ستة أشهر للغرامة وستة أشهر للمصاريف وما يجب رده والتضمينات". كما تنص المادة ٣٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه "لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني على المحكوم عليه الذي لم يبلغ من العمر خمس عشر سنة كاملة وقت ارتكاب الجريمة ولا على المحكوم عليه بعقوبة الحبس مع وقف التنفيذ".

- إخفاء المدين أمواله أو تهريبها لإقصائها عن دائرة الضمان العام، بحيث لا يتسنى لأي من دائنيه أن يتخذ إجراءات الحجز والتنفيذ عليها لاستيفاء حقه من ثمن بيعها بالمزاد العلني.

- عدم إظهار استعداده لسداد الدين، سواء تحقق ذلك من خلال عدم عرضه تسوية معينة لسداد هذا الدين أو عرضه لتسوية معينة للسداد مع إخلاله بشروطها أو عدم تقديم كفالة كافية لضمان الوفاء بهذا الدين.

ج- الشرط الثالث أن يصدر حكم بالدين في مواجهة الدائن:

يرى البعض- وبحق- أنه نظرا لما للحبس من آثار سيئة على جسم المدين ونفسيته، فإنه يلزم أن يكون بيد الدائن حكم واجب النفاذ بالدين (أي لا بد أن تكون له القوة التنفيذية سواء بسبب حيازته لقوة الأمر المقضي به أو كونه مشمولاً بالنفاذ المعجل)، وذلك نظرا لأن هذا الحكم يشكل ضمانا قوية وأكيدة على ثبوت حق الدائن بصورة نهائية، ومن ثم لا يمكن حبس المدين اقتضاء لحق ثابت في السندات التنفيذية الأخرى كحكم المحكمين أو محاضر الصلح أو المحررات الموثقة أو الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السندات التنفيذية^(١).

ويتجلى ذلك واضحا من عبارة نص المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات البحريني التي جعلت حق طلب حبس المدين مقررا للدائن " المحكوم له"، وعبارة المادة ٢٧١ من ذات القانون التي تعبر عن المدين بلفظ " المحكوم عليه"^(٢).

ويستفاد من نصوص قانون المرافعات البحريني المنظمة للإكراه البدني أنها لا تجيز حبس المدين إلا إذا كان محل الالتزام المحكوم على المدين بتنفيذه مبلغا من النقود، حيث تشير هذه النصوص صراحة إلى عبارة " سداد الدين" أو طلب تقسيطه" وهذا لا يتصور إلا في النقود^(١)، بخلاف بعض التشريعات الأخرى (مثل التشريع الكويتي) التي تجيز الحبس لتنفيذ أي أداء آخر مادام من الممكن تنفيذه جبرا عن المدين^(٢).

(١) انظر إلى الأخ الزميل الدكتور/ محمد وليد هاشم المصري " أصول التنفيذ الجبري في التشريع البحريني"، ص ٢٠، طبعة عام ٢٠٠٤م، مطبعة جامعة البحرين .

(٢) انظر في نفس المعنى د/ محمد وليد المصري- المرجع السابق-ص ٢٠. حيث تنص المادة ٢٧١ سالفه الذكر على ذلك بقولها " يجوز لقاضي محكمة التنفيذ، إذا ثبت لديه أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به عليه بموجب السند المودع للتنفيذ وأمره بالوفاء فلم يتمثل أن يأمر بحبسه".

(١)د/ محمد وليد المصري- المرجع السابق-ص ٢٠.

(٢) أ.د/ فتحي والي " التنفيذ الجبري في القانون الكويتي" ص ٣٤٧، مطبوعات جامعة الكويت عام ١٩٧٨م. مشار إليه لدى د/ محمد وليد المصري، هامش ١، ص ٢٠.

ويخضع طلب الدائن بحبس المدين عند توافر الشروط سالفة الذكر لتقدير المحكمة (محكمة التنفيذ) تقضي فيه حسب ظروف كل حالة على حده دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

وإذا حكم قاضي محكمة التنفيذ بحبس المدين فلا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثة أشهر، بل ويتعين إخلاء سبيل المدين إذا أدى الدين خلال هذه المدة أو قدم كفيلاً مقبولاً لضمان أدائه (م ٢٧٢ قانون المرافعات البحريني).

٢- الوضع في مصر عند الامتناع عن سداد دين النفقة

ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون المصري لا يجيز اللجوء إلى الإكراه البدني في غير المسائل الجنائية إلا في حالة واحدة فقط ، ألا وهي حالة امتناع المدين عن سداد دين النفقة ، تأسيساً لما لهذا الدين من اعتبار إنساني يتعلق بافتراض حاجة الدائن إليه للعيش، حيث أجاز له أن يلجأ إلى المحكمة التي يقع بدائرتها محل التنفيذ طالبا منها الحكم على المدين المماطل في تنفيذ الحكم الصادر بدين النفقة رغم يساره بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً^(٣).

الفرع الثاني

نظام التهديد المالي أو الغرامة التهديدية

قد يجد الدائن نفسه مضطراً إلى اللجوء إلى وسيلة غير مباشرة لحث المدين على التنفيذ العيني لالتزامه بدلاً من تنفيذه بطريق التعويض، نظراً لحاجته الماسة إلى هذا التنفيذ، فيعتمد إلى نظام قانوني يرخص له في اللجوء إلى القضاء للحكم على المدين بالتنفيذ العيني وتهديده مالياً عن كل فترة زمنية يمتنع خلالها أو يتأخر فيها عن هذا التنفيذ، ألا وهو نظام التهديد المالي أو ما يسمى بنظام الغرامة التهديدية^(١).

(٣) ولعل هذا هو ما كانت تقضي به المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر، ولا يزال معمولاً به في مصر حتى بعد إلغاء المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لعام ١٩٥٥.

(!) ومما تجدر ملاحظته أن واضع القانون المدني في كل من مصر والبحرين (وغيرهما من الدول التي حذت حذوهما) لم يكن موقفاً في انتقاء تعبير الغرامة التهديدية كمظهر من مظاهر الجزاء المدني، لا سيما وأن القانون المدني المصري القديم كان مستعملاً لتعبير أكثر دقة ووضوحاً في إبراز المعنى المقصود من هذا الجزاء في إطار المعاملات المدنية، ألا وهو تعبير "التهديد المالي". فهو تعبير إلى جانب كونه واضحاً ودقيقاً، فهو يزيل أي لبس قد يثور في الذهن بينه وبين نظام الغرامة كجزاء جنائي له ذاتيته واستقلالته، التي تميزه عن التهديد المالي، وكان حرياً بواضع القانون المدني المصري والبحريني أن يربوا بنفسه وبنا عن مواطن اللبس والغموض (انظر في هذا المعنى: أ.د./ إسماعيل غانم، بند ١٢، ص ٢٢).

والتهديد المالي أو الغرامة التهديدية عبارة عن مبلغ من المال يحكم به القاضي على المدين بناء على طلب الدائن، عن كل وحدة زمنية (مثل اليوم أو الأسبوع أو الشهر) يتمتع خلالها المدين عن التنفيذ العيني للالتزامه الذي يستلزم تدخله الشخصي رغم إلزامه قضاءً به. ويقصد من وراء نظام الغرامة التهديدية كسر عناد المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه عيناً وقهره عليه، لا سيما وقد بدا ظلمه لدائته بإصراره على عدم التنفيذ العيني رغم إلزامه قضاءً بإجرائه، ولتفعيل دور هذه الوسيلة في حث المدين على هذا التنفيذ أجاز القانون للقاضي زيادة مقدارها، لمزيد من الضغط والتهديد للمدين الممتنع عن التنفيذ^(١).

أولاً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

يظهر من النص القانوني الخاص بالمنظم للغرامة التهديدية أنه يلزم للحكم بها - إلى جانب ما تقرره المبادئ العامة - توافر الشروط الآتية^(٢) :

١- الشرط الأول: أن يكون ثمة التزامٌ ممكنٌ تنفيذه عيناً:

وهذا شرطٌ منطقي إذ لا يتصورُ الحكمُ بالغرامة التهديدية أصلاً إذا لم يكن هناك التزامٌ على عاتق الشخص يلزمه بشيء معين، وتطبيقاً لذلك لا يجوز طلب الحكم على خصم امتنع عن الحضور أمام المحكمة بالغرامة التهديدية لحمله على الحضور، إذ لا يوجد عليه التزامٌ أصلاً يكلفه بهذا الحضور، كما لا يجوز الحكم على الشريك في جريمة معينة بغرامة تهديدية لحمله على الإدلاء بأسماء شركائه في هذه الجريمة، لانتهاء النص القانوني الذي يلقي على عاتقه مثل هذا الالتزام، كما لا يتصور أيضاً الحكم بالغرامة التهديدية على الرغم من سبق وجود الالتزام الذي يفرض التنفيذ العيني، إذا كان هذا الالتزام بعد وجوده قد انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء كالتقادم أو الإبراء أو غيرهما.

(١) والغرامة التهديدية هي وسيلة ابتدعها القضاء الفرنسي في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٣٤، في إطار المعاملات المدنية كبديل عن نظام الإكراه البدني الذي كان سائداً من قبل في فرنسا ثم أضحى نظاماً مرفوضاً نظراً لمخالفاته لنظم ومبادئ المجتمعات الحرة، فضلاً عن منافاته لطبيعة الجزاء المدني الذي يحمل معنى التعويض والجبر لا العقاب. وقد لاقت هذه الوسيلة في بادئ الأمر رفضاً وصدوداً من جانب الفقه الفرنسي، إلى أن أبرز القضاء الفرنسي أهميتها وضرورتها للتغلب على عناد المدين وعنته في إجراء التنفيذ العيني رغم الحكم عليه به، لا سيما وأن النظم اللاتينية لا تعتبر المدين الممتنع عن التنفيذ العيني المحكوم عليه قضاءً بإجرائه مرتكباً لجريمة احتقار المحكمة التي ألزمتها بهذا التنفيذ فلا توقع عليه عقوبة جنائية مثلما يحدث في النظام الأنجلوسكسوني (انظر في ذلك: أ.د./ إسماعيل غانم، بند ١٣، ص ١٤، أ.د./ عبدالمنعم البدرابي، بند ٢٢، ص ٣٨)، فخفت لذلك حدة الانتقادات التي كانت موجّهة لهذا النظام، واستقر العمل بها في القضاء الفرنسي. وسأبره في ذلك القضاء المصري. إلى أن أخذ بها القانون المدني المصري القديم والجديد، وأخذ بها القانون المدني البحريني.

(٢) حيث تنص المادة ١/٢١٣ من قانون مدني مصري على ذلك بقولها:

"أ- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديديه أن امتنع عن ذلك". هذه المادة تقابل المادة ٢/٢١٣ من قانون مدني بحريني.

وكذلك الحال لا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية إذا أضحى التنفيذ العيني - رغم وجود الالتزام به - غير ممكن، وهذا أمر بديهي، لأن الغرامة التهديدية ما ابتدعت أصلاً إلا بهدف قهر المدين على التنفيذ العيني لالتزامه، فإذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلًا تعذر الحكم بها، سواء أكانت هذه الاستحالة راجعة إلى فعل المدين (كما لو هدم شخص منزله الذي سبق له بيعه لآخر، أو أحرق شخص سيارته بعد أن باعها لشخص آخر) أم كانت راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين (كما لو وقع زلزال أو فيضان فانهار المنزل المباع بسبب ذلك أو سرقت السيارة أو حرقها شخص مجهول بعد البيع) غاية ما هنالك أنه في حالة الاستحالة الراجعة إلى فعل المدين يمكن الحكم عليه بالتنفيذ بطريق التعويض، بعكس الحال في الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبي حيث ينقضي بها التزام المدين دون أن يلتزم بشيء في مواجهة الدائن⁽¹⁾.

٢- الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا عن طريق المدين:

لا جرم أنه إذا كان من الممكن إجراء التنفيذ العيني دون حاجة إلى التدخل الشخصي من جانب المدين، أن يتم إجراؤه من خلال وسائل التنفيذ العيني المباشرة، ولا تكون ثمة حاجة للجوء إلى الغرامة التهديدية - بوصفها وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني - ، ولذا فإنه إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود أو نقل ملكية عقار معين بالذات، فإنه يكون في مقدور الدائن أن يلجأ إلى التنفيذ المباشر فيحجز على أموال المدين مباشرة بحقه أو يستصدر حكماً قضائياً بصحة العقد وتسجيل الحكم لتنتقل إليه ملكية هذا الحق دون حاجة إلى انتظار التدخل الشخصي من جانب المدين وبذل محاولة للضغط على إرادته لحمله على هذا التنفيذ من خلال نظام التهديد المالي. ومن ثم فإن المجال الخصب لدور الغرامة التهديدية يكون في الحالات التي لا يمكن فيها الحصول على التنفيذ العيني إلا عن طريق التدخل الشخصي من جانب المدين ، أو يكون هذا التنفيذ غير ملائم إلا إذا قام به المدين شخصياً رغم كونه ممكن التنفيذ عن طريق غيره، مثال ذلك أن يتم التعاقد مع رسام عالمي لرسم لوحة لا يستطيع رسمها غيره أو يستطيع غيره رسمها ولكن لا يحسنها مثله فيكون التنفيذ وإن كان ممكناً عن طريق غيره، إلا أنه لا يكون ملائماً بالنسبة للدائن، كذلك الحال عند التعاقد مع جراح عالمي لإجراء جراحة دقيقة، فإجراء العملية عن طريق طبيب آخر على نفقة الجراح العالمي الممتنع عن إجرائها قد لا يكون ممكناً أصلاً لأنه لا يحسنها أحد

(1) هذا ما لم يتفق المدين مع الدائن على أن يتحمل تبعه الاستحالة ولو كانت راجعة إلى سبب أجنبي، فعندها يتحمل المدين تبعه هذه الاستحالة.

من الأطباء سواه أو يكون ذلك ممكناً ولكن لا يكون بذات الكفاءة في الأداء على النحو الذي يحسنه هذا المدين بالذات ، مما يجعل التنفيذ غير ملائم بالنسبة للدائن امريض .

٣- الشرط الثالث: ألا يكون في الحكم بالغرامة التهديدية مساساً بالحق الأدبي للمؤلف:

لا جرم أن هذا الشرط يستفاد من القواعد العامة المنظمة لحق المؤلف بوصفه أحد الحقوق الذهنية، ذلك أن للمؤلف على نتاجه الذهني حقين: حق مالي يخول له بمقتضاه الانفراد باستغلال نتاجه الذهني استغلالاً مالياً، وحق أدبي يخول له الانفراد بمباشرة عدد من السلطات على هذا النتاج بما يكفل له المحافظة على كيانه الأدبي بوصفه جزءاً لا ينفصل عن ثقافته وشخصيته، ولعل من أبرز هذه السلطات سلطة المؤلف في تقدير مدى صلاحية نتاجه الذهني للنشر من عدمه^(١)، ومن ثم إذا تعاقد كاتبٌ على نشر مصنف معين مع إحدى دور النشر، ثم بعد أن أتمه تبين له عدم صلاحيته للنشر، فلا يمكن طلب الحكم عليه بغرامة تهديدية لحمله على التنفيذ العيني لالتزامه، لما في ذلك من مساس بإحدى سلطات حقه الأدبي ألا وهو حقه في تقدير ملاءمة النشر من عدمه والتي يعبر عنها بسلطة النشر، ومن ثم لا يكون أمام الناشر من سبيل سوى اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض بدلاً عن الحكم له بالتنفيذ العيني الجبري لمساسه بالحق الأدبي للمؤلف^(٢).

على أن يراعى أن المؤلف ليس له أن يحتمي بحقه الأدبي لتبرير امتناعه عن التنفيذ العيني، حينما يكون هذا الامتناع مرده إلى مجرد الرغبة في تغيير شخص الناشر بهدف الحصول على عرض أفضل من ناشر آخر، وليس راجعاً إلى تقديره لمدى ملاءمة أو عدم ملاءمة هذا المصنف للنشر بوصفه جزءاً من كيانه الأدبي، حيث يعد في هذه الحالة متعسفاً في استعمال حقه الأدبي، لأنه بذلك سيكون استعماله لهذا الحق إما بنية الإضرار بالناشر وإما على الأقل تبدو مصلحته في عدم النشر تافهة بحيث لا تتناسب البتة مع حجم الضرر الذي سيصيب الناشر من حرمانه من نشر المصنف عنده، على نحو يجيز إجبار هذا المؤلف على التنفيذ العيني لالتزامه بنشر مصنفه لدى هذا الناشر^(٣).

(١) ولا غرابة في منح المؤلف مثل هذه السلطة، لأن الأمر يتصل بجانب هام من جوانب شخصيته ألا وهو الجانب الذهني أو الفكري، فلا ينبغي - من ثم - أن يكون لغير صاحبه سلطان بشأنه وإلا كان هناك اعتداء صارخ على حق من حقوقه للصيقة بشخصيته (انظر في عرض ذلك تفصيلاً مؤلفنا في "الوسيط في مبادئ القانون"، ص ٦٥٦، طبعة عام ٢٠٠٠ م.

(٢) انظر في هذا المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ١٧، ص ٢٧.

(٣) أ.د/ إسماعيل غانم، بند ١٧، ص ٢٧. وإن كان سيادته يرى أن التعسف في هذه الحالة يتخذ صورة استعمال الحق بهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهذا الرأي مع

وتكون للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالغرامة التهديدية عند توافر شروطها أو عدم الحكم بها حسبما يترأى له في ضوء تقديره لظروف القضية التي ينظرها ، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض ، غير أنه إذا قدر القاضي الالتجاء إليها ، فإن تقدير توافر أو انتفاء شروط الحكم بها يعد مسألة من مسائل القانون فيخضع فيها لرقابة محكمة النقض^(١).

سلطة المحكمة في الحكم بالغرامة التهديدية:

إذا توافرت شروط الحكم بالغرامة التهديدية، حكم بها القاضي بناء على طلب الدائن صاحب الحق في التنفيذ العيني، وليس من حق المحكمة - في اعتقادي - أن تقضي بها من تلقاء نفسها، لأن التنفيذ العيني ذاته ليس من النظام العام حتى تسعى المحكمة - من تلقاء نفسها = إلى حمل المدين عليه من خلال تهديده والضغط على إرادته بهذه الوسيلة غير المباشرة.

ويجوز للدائن أن يتقدم بطلب الحكم بهذه الغرامة في أي حالة تكون عليها الدعوى، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، لاسيما وأن الحكم بها لا يفرض التزاماً جديداً حتى يمتنع عليه طلبه من تلك المحكمة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء في فرنسا عمد إلى الأخذ بنظام الغرامة التهديدية ليس فقط في إطار الالتزامات المالية، بل وفي إطار الالتزامات غير المالية، فقد حكم بها هذا القضاء كوسيلة للضغط على إرادة الزوجة لحملها على تنفيذ الحكم القضائي بالعودة إلى منزل الزوجية، كما قضى بها أيضاً لحمل أحد الوالدين على تسليم الولد للوالد الآخر الذي له حق الحضانة، كما يستعملها في الوقت الحاضر لحمل شاغلي الأبنية دون حق على إخلاتها لأصحابها، لا سيما بعد أن لاحظ أن جهات الإدارة تمتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها بالإخلاء.

ومما يحمد للقضاء المدني الفرنسي أنه استعمل هذه الوسيلة ضد الإدارة العامة، في حين رفض مجلس الدولة الفرنسي استعمال هذه الوسيلة ضدها، ويلجأ القضاء المصري إلى هذه الوسيلة ضد الإدارة العامة، فكثيراً ما يقضي بها لإلزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الضريبي للممول.

وجاهته محل نظر، لأن المؤلف حتى في الحالة التي يستعمل فيها حقه الأدبي فيقرر عدم نشر مصنفه رغم سبق الاتفاق مع ناشر لنشره للتخلص من العقد مع هذا الناشر بحثاً وراء عرض أفضل منه وإن بدا في سلوكه التعسف في استعمال الحق بصورة واضحة وجلية، إلا أنه يمثل صورة أخرى من صور التعسف ليست كما يرى صاحب الرأي السابق أن المصلحة التي يتغاياها المؤلف مصلحة غير مشروعة، ذلك أن هذه المصلحة - من وجهة نظري - ليست مصلحة غير مشروعة *Il n'est pas un intérêt illicite*، بل هي على العكس مصلحة مشروعة *Il est un intérêt licite*، لأن المؤلف يستهدف من وراء استعمال حقه الأدبي تحقيق هدف مشروع ألا وهو الحصول على عرض أفضل كمقابل لطبع ونشر مؤلفه، وإن كانت مصلحة تبدو - في اعتقادي - رغم مشروعيتها مصلحة تافهة وبسيطة بحيث لا تتناسب البتة مع الضرر الذي سيبسبب الناشر من فقده للعقد الذي كان يعطيه حق طبع ونشر هذا المصنف، وبالتالي يجبر المؤلف على تنفيذ التزامه في مواجهة النشر درأً للتعسف ودفعاً للضرر الذي كان سيحقيقه بالناشر، لا سيما وأن دفع المضار والمفاسد مقدم على جلب المغائم والمنافع.

(١) أ.د/أنور سلطان، بند ١٨٤، ص ١٥٨.

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية:

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بجملة من الخصائص تستمد من الغرض الذي من أجله وضع نظام الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني وكسر عناده وإصراره على عدم التنفيذ العيني رغم كونه ممكناً وغير مرهق بالنسبة له، يمكن إبرازها في النقاط الآتية:

١- الحكم بالغرامة التهديدية حكم تهديدي وليس حكماً تعويضياً:

إن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية ليس حكماً تعويضياً يعرض الدائن عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم التنفيذ أو التأخير في إجرائه، وإنما هو حكم تهديدي الهدف منه هو الضغط على إرادة المدين لكسر عناده ودفع ظلمه لدائنه الذي حرمه دون مبرر من حقه في التنفيذ العيني. ويترتب على هذا الطابع التهديدي Le caractère comminatoire لا الطابع التعويضي لحكم الغرامة التهديدية النتائج الآتية:

أ- يحدد القاضي مقدار الغرامة التهديدية بطريقة تحكيمية Arbitrairement، بالقدر الذي يراه القاضي كافياً لكسر عناد المدين والتغلب على صلفه وتمرده على إجراء التنفيذ العيني، ولو زاد هذا القدر عن مقدار الضرر الذي سيصيب الدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخير في إجرائه، بخلاف الحال في حكم التعويض الذي يجب على المحكمة عند تقديره مراعاة قدر الضرر الذي أصاب المدين.

ب- يجب على القاضي عند تحديده لمقدار الغرامة التهديدية مراعاة قدرة المدين المالية فيزيد من مقدارها كلما رأى مبرراً لذلك، لضمان بلوغ الغاية المقصودة من وراء فرضها، فتكون حينئذ سبباً فاعلاً في رضوخ المدين وإذعانه، وإلا فقدت فاعليتها وقيمتها إذا بدا مقدارها تافهاً وغير فاعل بالنظر إلى سعة وضخامة الموارد المالية للمدين (م ٢١٣ / ٢ مدني مصري).

ج- يستطيع قاضي الأمور المستعجلة - نظراً للطابع التهديدي لحكم الغرامة - أن يحكم بالغرامة التهديدية، في حين أنه لا يستطيع الحكم بالتعويض، حيث يترك مثل هذا الحكم لقاضي الموضوع.

٢- الحكم الصادر بالغرامة حكم وقتي:

إن الحكم الصادر بالغرامة حكم مؤقت *Un jugement provisoire* وليس حكماً نهائياً، لأن مصيره المحتوم في نهاية الأمر إلى التصفية والزوال، إما برضوخ المدين وإذعانه بقيامه بالتنفيذ العيني الذي كان ممتنعاً عن إجرائه، أو بإصراره على عدم التنفيذ فيعتمد القاضي إلى إصدار حكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من عدم التنفيذ مراعيّاً في ذلك صلفه وعناده وتعنته، فينتقل بذلك من الحكم بالتنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض.

ويترتب على الطابع المؤقت لحكم الغرامة التهديدية عدم قابليته للتنفيذ، فهو ليس حكماً نهائياً كحكم التعويض حتى يمكن للدائن أن ينفذ بموجبه على أموال المدين، بل هو مجرد حكم تهديدي مؤقت غير قابل للتنفيذ، حتى وإن صدر هذا الحكم من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلي (أي الحكم الصادر بالتنفيذ العيني والمصاحب له حكم الغرامة) مشمولاً بالنفاذ المعجل.

وإذا كان الحكم الصادر بالغرامة التهديدية غير واجب التنفيذ، فما هي قيمته من الناحية العملية؟ لا جرم أن حكم الغرامة التهديدية وإن كان غير قابل للتنفيذ لكونه حكماً مؤقتاً يسقط بإقلاع المدين عن عنته وقيامه بالتنفيذ العيني لالتزامه أو بإصرار على عناده وظلمه للدائن، فيعتمد القاضي إلى التنفيذ بمقابل كوسيلة احتياطية يتم اللجوء إليها عندما يتعذر التنفيذ العيني أو يكون غير ملائم إلا بالتدخل الشخصي للمدين ويرفض ذلك التدخل، إلا أنه لا يخلو من الفائدة العملية للدائن، ذلك أن القاضي وهو بصدد تقدير التعويض الذي يحكم به للدائن لتعويضه عن الضرر الذي أصابه، والكسب الذي فاته من جراء الامتناع عن التنفيذ، يدخل في حسابه مدى الصلف أو العنت الذي بدا من المدين وقد حكم عليه بغرامة تهديدية مع الحكم الأصلي بإلزامه بالتنفيذ العيني دون جدوى، فناسب ذلك أن يزداد في مقدار التعويض الذي يحكم به عليه، فيعد بذلك عنت المدين أحد عناصر التعويض المحكوم به للدائن، بخلاف الحال حينما يلجأ القاضي إلى التعويض أو التنفيذ بمقابل مباشرة دون أن يسبقه تهديد مالي (م ٢١٤ / مدني مصري^(١))، حيث يكون التعويض في حدود ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم التنفيذ العيني للالتزام^(٢).

(١) إذا تنص هذه المادة على ذلك بقولها " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيّاً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين ". هذه المادة تقابل المادة ٢١٣/ج مدني بحريني.

(٢) وقد لوحظ أن نظام الغرامة التهديدية في فرنسا أثبت فاعليته في بادئ الأمر في حمل المدين على الوفاء، لكن مع مرور الزمن فقد هيبته وسلطانه نظراً لاتجاه المحاكم إلى إعفاء المدين عند إجراء التصفية النهائية للغرامة من جزء منها بحيث لا تلزمه إلا بما يوازي الضرر، الأمر الذي حمل المدينين على الاستهتار بأحكام الغرامة التهديدية، فعمدت بعض المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بفكرة الغرامة القطعية *L'astreinte définitive* حيث كان يجري بمقتضاها إلزام المدين بقيمة الغرامة عند التصفية دون تخفيض ولو زادت عن قيمة الضرر، لكن حتى هذه الفكرة لاقت نقداً شديداً من جانب الفقه، على أساس أنه سيقلب الغرامة التهديدية كجزاء مدني إلى عقوبة مدنية، وقضت محكمة النقض الفرنسية بضرورة احترام الطابع المؤقت لهذه الغرامة بحيث لا يجوز تصفيتها بمبلغ يزيد على قدر التعويض عن الضرر الفعلي للمدين، فأجهزت بذلك على نظام الغرامة القطعية، ولا شك أن هذا أفقد هذا النظام قوته وفاعليته.

الفصل الثاني

التنفيذي بمقابل أو بطريق التعويض

يقصد بالتنفيذ بمقابل L'exécution par equivalent أو التنفيذ بطريق التعويض L'exécution par dommages-intérêts ذلك التنفيذ الذي يحصل فيه الدائن على مقابل أو عوض عن عدم التنفيذ العيني للالتزام^(١).

والتزام المدين بالتنفيذ بطريق التعويض لا يمثل التزاماً جديداً يحل محل التزامه الأصلي، وإنما هو طريق لتنفيذ الالتزام (ذلك أن تنفيذ الالتزام إما أن يتم بطريق مباشر ألا وهو طريق التنفيذ العيني، وإما بطريق غير مباشر ألا وهو التنفيذ بطريق التعويض)، ولذا تبقى التأمينات المقررة للالتزام ضامنة للوفاء بالتعويض^(٢).

ويتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض إذا تعذر التنفيذ العيني بسبب تخلف شرط من شروط الحكم به أو بسبب إصرار المدين على عدم التنفيذ العيني رغم توافر شروطه وصدور حكم قضائي بإجرائه.

والتعويض على نوعين تعويض عن عدم التنفيذ العيني للالتزام وهو الذي يحل محل التنفيذ العيني ولا يتصور اجتماعه معه، وتعويض عن التأخير في التنفيذ وهو تعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من التأخير في إجراء التنفيذ، وهو قد يجتمع مع التنفيذ العيني أو مع التعويض عن عدم إجراء هذا التنفيذ العيني^(٣).

وللتعويض صورتان : التعويض النقدي Le dédommagement monétaire وهو الغالب نظراً لما تحظى به النقود Les monnaies من سعة ورحابة في القدرة على الجبر والإصلاح ، والتعويض العيني Le dédommagement réel وهو الأصل - وإن كان نادر الحدوث - ذلك التعويض الذي يستهدف جبر الضرر عن طريق إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر (مثال ذلك أن يحكم على مغتصب الأرض بردها إلى صاحبها، وعلى من بنى بناء في ملك غيره بدون وجه حق بهدم هذا البناء) أو عن طريق مباشرة إجراء معين لمحو آثار الضرر (مثال ذلك

على الرغم من ذلك وجد القضاء في فرنسا نفسه مضطراً إلى زيادة قدر التعويض عن الضرر الذي أصاب المدين عند التصفية النهائية للغرامة، مراعيًا في ذلك جانب العنت والصلف الذي بدا من جانب المدين رغم الحكم عليه بالتنفيذ وبالغرامة التهديدية دون أن يرتدع بهما (انظر في هذا المعنى: أ.د/ عبدالمنعم البدرابي، بند ٣٠، ص ٤٧، ٤٨).

(١) انظر في نفس المعنى: أستاذنا الدكتور/ عبدالناصر العطار ص ٥٥.

(٢) انظر في هذا المعنى: أ.د/ السنهوري الوسيط، ج ١، بند ٤٠٩، أ.د/ عبدالمنعم البدرابي، بند ٣٢، ص ٥٠، أ.د/ عبدالناصر العطار، ص ٥٥.

(٣) انظر في هذا المعنى: أ.د/ السنهوري، الوسيط، ج ١، بند ٤٠٩، أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٣٢، ص ٥٠، أ.د/ عبد الناصر العطار، ص ٥٥.

إلزام من سبّ غيره أو قذفه بنشر الحكم الصادر بإدانة الساب أو القاذف في الصحف على نفقته لرد اعتبار المضرور والتخفيف من وطأة الضرر الذي لحقه في نفسه وكرامته^(١).

أما عن كيفية تقدير التعويض فقد يجري تقديره عن طريق القضاء فيسمى بالتعويض القضائي، وقد يجري تقديره عن طريق الاتفاق بين الدائن والمدين فيسمى بالتعويض الاتفاقي، وقد يتولى القانون أمر تقديره فيسمى بالتعويض القانوني.

وإذا كان الفقهاء قد أجمعوا على وجوب الإعذار بوصفه شرطاً لازماً لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ، فإنهم قد اختلفوا فيما بينهم حول وجوبه أو عدم وجوبه في حالة التعويض عن عدم التنفيذ، حيث ذهب البعض إلى ضرورة الإعذار كشرط لازم للمطالبة بالتعويض أياً كان نوعه دون تفرقة بين التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخير في التنفيذ، لأن نص القانون اشترطه لاستحقاق التعويض دون أي تفرقة بينهما (م ٢١٨ من مدني مصري^(٢))، في حين يرى البعض الآخر أن الإعذار شرط لازم فقط بالنسبة للتعويض عن التأخير، أما بالنسبة للتعويض عن عدم التنفيذ فلا يلزم فيه إعدار، على أساس أن اشتراط الإعذار يرجع إلى افتراض تسامح الدائن فيما يتعلق بوجوب إتمام التنفيذ في موعده، بحيث يفترض في الدائن الذي لم يطالب المدين بالتنفيذ في الأجل المحدد له أنه ليس له أن يتمسك بوجوب إتمام التنفيذ في موعده، ومثل هذا الافتراض لا ينبغي أن يمتد إلى تنفيذ الالتزام ذاته، لأنه لا يتصور أن يحمل سكوت الدائن على محمل الرضاء بالأل يتم التنفيذ أصلاً أو حينما يكون التنفيذ معيباً أو ناقصاً، ولذلك كان هناك فرق جوهري بين نوعي التعويض فيما يتعلق بوجوب الإعدار^(٣)، وذهب رأي ثالث إلى أنه يجب أن نفرق بين فرضين "الأول حينما يكون التنفيذ العيني غير ممكن، فعندئذ لا يكون هناك مبرر للإعذار (م ١/٢٢٠ مدني مصري،^(٤))، والثاني حينما يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً، فهنا يتعين الإعدار كشرط لازم لاستحقاق التعويض^(٥).

(١) انظر مؤلفنا "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني" مصادر الالتزام، الجزء الثاني (العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب)، ص ٤٩٢-٤٩٤ طبعه عام

٢٠٠١م.

(٢) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها "لا يستحق التعويض إلا بعد أضرار المدين، ما لم ينص على غير ذلك". هذه المادة تقابل المادة ٢٢٠ مدني بحريني .

(٣) انظر عرض ذلك: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٤٥، ص ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٥٣، أ.د/ أنور سلطان، بند ١٩٠، ص ١٦٤.

(٤) حيث تنص هذه المادة على أنه "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

أ- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين " . هذه المادة تعادل المادة ٢٢٢/ب مدني بحريني .

(٥) انظر في ذلك إلى: أ.د/ أنور سلطان، بند ١٩٠، ص ١٦٤.

المبحث الأول

التعويض القضائي

Le dedommagement giudiciare

يقصد بالتعويض القضائي ذلك التعويض الذي يقدره القاضي عند توافر شروط المسؤولية العقدية أو التقصيرية (ويتحقق ذلك بتوافر الأركان الثلاثة اللازمة لقيام أي من هاتين المسئوليتين ركن الخطأ العقدي أو التقصيري، ركن الضرر، علاقة السببية بين الخطأ والضرر)، بناء على طلب المضرور.

ويجب أن يغطي التعويض القضائي كل ما لحق المضرور (الدائن) من خسارة وما فاتته من كسب، حتى تتحقق فيه معاني الجبر والإصلاح، سواء في إطار المسؤولية العقدية (فحينما يخل المقاول بالتزامه ببناء العمارة أياً كانت صورة إخلاله، أي سواء تمثل في عدم بنائه العمارة أصلاً أم تأخر في تسليمها أم أتم بناءها بناءً غير مطابق للمواصفات، يمكن لصاحب العمارة أن يطلب من القاضي أن يحكم له بتعويض يغطي الخسارة التي لحقته كما لو اضطر إلى استئجار منزل للسكنى فيه بسبب عدم بناء العمارة في الموعد المتفق عليه، فضلاً عن الكسب الذي فاتته كما لو خسر ما كان ينتظره من مبالغ مالية مقابل تأجير شقق العمارة) أم في إطار المسؤولية التقصيرية (كما لو قاد شخص سيارته مسرعاً في أحد الشوارع المزدحمة فأصاب أحد العمال في قدمه فأقعده عن العمل، حيث يعوض عن الخسارة التي لحقته فيتم تعويضه عن مصاريف علاج قدمه، فضلاً عن تعويضه عن الكسب الذي فاتته بسبب عدم القدرة على العمل خلال فترة العلاج).

ومما ينبغي التنويه إليه أن التعويض لا يشمل إلا الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر، سواء في إطار المسؤولية العقدية أو في إطار المسؤولية التقصيرية، مع مراعاة أن الضرر المباشر متوقفاً كان أو غير متوقع يجب التعويض عنه في إطار المسؤولية التقصيرية، في حين لا مجال للتعويض عن الضرر المباشر إلا إذا كان متوقفاً في إطار المسؤولية العقدية، ولا يمكن من ثم التعويض عن الضرر المباشر غير المتوقع إلا في حالي الغش والخطأ الجسيم^(١).

(١) انظر في ذلك مؤلفنا في "مصادر الالتزام"، ص ٢٨٩، ٢٩٠.

ويقصد بالضرر المباشر le dommage direct ذلك الضرر الذي يمثل نتيجة طبيعية للخطأ Un résultat naturel de la faute، ويكون الضرر مباشراً كنتيجة طبيعية للخطأ إذا لم يكن في استطاعة المضرور توقيه ببذل جهد معقول (م ١٦١ مدني بحريني^(١)).

ويقصد بالضرر المتوقع ذلك الضرر الذي كان في مقدور العاقد أن يتوقع مداه لحظة إبرام العقد وفقاً لمعيار الشخص المعتاد^(٢)، بعكس الضرر غير المتوقع فهو ذلك الضرر الذي لا يمكن توقعه لحظة إبرام العقد عادة.

ويمكننا ضرب مثال واحد يمكن من خلاله معرفة ما يعد من قبيل الضرر المباشر وغير المباشر، وما يعد من قبيل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، فلو تصورنا أن مالكاً أجر شقته لآخر ثم تعرض له تعرضاً مادياً وأجبره على إخلاء العين المؤجرة، فانتقل المستأجر إلى السكن بمسكن آخر بأجرة تزيد على أجرة مسكنه الأول، وفي ذات الوقت تعرض أثاثه للتلف أثناء عملية نقله إلى المسكن الثاني، كما أصيب المستأجر في مسكنه الجديد بمرض الروماتيزم بسبب ارتفاع نسبة الرطوبة به، فمن خلال هذا المثال يلحظ بسهولة أن المرض الذي أصاب المستأجر ليس ضرراً مباشراً وإنما هو ضرر غير مباشر لا يمكن مساءلة المؤجر عن تعويضه، أما بالنسبة للتلف الذي أصاب أثاث المستأجر خلال نقله فهو ضرر مباشر غير متوقع، كان من المفروض ألا يسأل المؤجر عنه لولا تعرضه المتعمد، حيث إنه هو الذي أخرج المستأجر من العين المؤجرة بخطئه العمدي فيسأل نتيجة لذلك عن الضرر المباشر المتوقع منه وغير المتوقع، بعكس الحال لو أن المستأجر خرج من العين المؤجرة دون تعرض له لمجرد أن المؤجر لم يحم بعض الترميمات المتفق معه على إجرائها، فعندئذ لا يكون خطأ المؤجر متعمداً ومن ثم فلا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع دون غير المتوقع، أما بخصوص الزيادة في أجرة المسكن الثاني عن المسكن الأول فيتحملها المؤجر باعتبارها ضرراً مباشراً متوقعاً فيسأل عنها المؤجر ولو لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً^(٣).

(١) حيث تنص المادة ٢٢١/١ مدني مصري على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقا ببذل جهد معقول

" . هذه المادة تقابل المادة ١٦١/ب مدني بحريني .

(٢) انظر في مؤلفنا في "مصادر الالتزام، ص ٢٩١ .

(٣) اظر مؤلفنا في "مصادر الالتزام"، ص ٢٩٠، ٢٩١ .

ويمكن التعويض عن الضرر سواء أكان ضرراً مادياً أم ضرراً أدبياً،^(١) وتطبيقاً لذلك نص القانون صراحة على قابلية الضرر الأدبي للتعويض - فحسم بذلك خلافاً كان محتتماً على صعيد الفقه والقضاء لفترة طويلة حول قابلية أو عدم قابلية الضرر الأدبي للتعويض عنه - مثله في ذلك مثل الضرر المادي (م ١/٢٢٢ مدني مصري (٢)) .

ويجب على القاضي عند تقدير التعويض أن يحرص على عدم ظلم أي من طرفي دعوى التعويض على حساب الآخر، فليس له أن يحكم للمضرور بتعويض يزيد عن مقدار الضرر الذي أصابه حتى لا يثري المضرور على حساب المسئول ويخرج بالتعويض عن مضمونه كوسيلة للإصلاح والجبر لا للثراء والغنى، كما لا يجوز له أن يحكم بتعويض تافه لا يتناسب البتة مع حجم الضرر فيضر بالمضرور على ضرره الذي أحدثه به المسئول، هذا مع مراعاة أن القاضي يمتنع عليه قانوناً أن يقضي بأزيد مما يطلبه المضرور من تعويض، حتى وإن ارتأى أن مقدار ما طلبه المضرور لا يتناسب مع حجم الضرر وأنه غير كاف لجبره وإصلاحه^(٣).

ولا شك أن تقدير التعويض الجابر للضرر هو من إطلاقات السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، تقضي حسبما يترأى لها دون أي رقابة عليها من محكمة النقض باعتبارها من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها متى أقامت قضاءها فيها على أسباب سائغة تبرر ما خلصت فيه بشأنه ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها قضت فيه بأنه من " المُقرَّر - في قضاء محكمة النقض - أن تقدير التعويض الجابر للضرر من المسائل الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع ولها أن تُقدِّر التعويض الجابر للضرر على النحو الذي تراه " (٤) .

(١) ويقصد بالضرر المادي le préjudice matériel ذلك الضرر الذي يصيب الإنسان في ذمته المالية بسبب المساس بحقه في حماية كيانه المادي أو بأي من حقوقه المالية أو بمصلحة مالية مشروعة له (انظر في عرض ذلك تفصيلاً إلى مؤلفنا في "مصادر الالتزام"، ص ٢٨٣ وما بعدها).
في حين يقصد بالضرر الأدبي le préjudice moral ذلك الضرر الذي يصيب المرء في ذمته الأدبية نتيجة المساس بكرامته أو أحاسيسه أو مشاعره (انظر في عرض ذلك تفصيلاً إلى مؤلفنا في "مصادر الالتزام" ص ٢٩٣ وما بعدها، ص ٣٩٧ وما بعدها).

(٢) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب

الدائن به أمام القضاء " . هذه المادة تعادل المادة ١٦٢/ب مدني بحريني

(٣) انظر في مؤلفنا في "مصادر الالتزام"، ص ٤٩٥-٤٩٦ .

(٤) نقض مدني مصري الطعن رقم ٢٤٨٤ لسنة ٦٥ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠١٩/٨/١ م .

المبحث الثاني التعويض الاتفاقي

Le dedommagement coventionnel

أولاً: دلالة التعويض الاتفاقي وتمييزه عن غيره:

يقصد بالتعويض الاتفاقي ذلك التعويض المقدر سلفاً من قبل طرفي الالتزام لجبر التعويض الذي يصيب أحدهما من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير في إجراءاته. فقد يقدر طرفا العقد - لسبب أو لآخر حسبما سنرى من خلال الغاية من هذا التعويض - أن مصلحتهما تقتضي أن يتوليا بأنفسهما تقدير التعويض المستحق لأي منهما عند إخلال الآخر بالالتزامه العقدي أو حتى غير العقدي^(١)، سواء كان هذا الإخلال متمثلاً في الامتناع عن تنفيذ هذا الالتزام أم بالتأخير في إجراءاته، وعدم ترك مهمة تقدير هذا التعويض للقضاء من خلال ما يسمى بالتعويض القضائي، سواء تم ذلك في ذات العقد المبرم بينهما أم في اتفاق لاحق عليه.

ويطلق على التعويض الاتفاقي اصطلاح "الشرط الجزائي" La clause pénale، وذلك نظراً لوروده في الغالب بين شروط العقد الأصلي وبنوده، وهو إطلاق مقبول على سبيل التجاوز، لأن التعويض أثر للشرط الجزائي أو البند الاتفاقي الذي يقرر التعويض ويقدره، وفرق بين المصدر والأثر المترتب عليه.

وينبغي أن يراعى أن التعويض الذي يتفق عليه طرفا الالتزام العقدي أو غير العقدي قبل وقوع الضرر المراد جبره، يختلف عن التعويض الذي يتفق عليه بعد وقوع هذا الضرر، ففي الحالة الأولى نكون أمام تعويض مصدره الشرط الجزائي أو البند الجزائي، فتسرى عليه أحكام التعويض الاتفاقي (وهي الأحكام الواردة في المواد من ٢٢٣ : ٢٢٥ من القانون المدني المصري^(٢))، لكن في الحالة الثانية نكون حيال تعويض مصدره عقد الصلح القائم بين طرفي الالتزام، فتسري على اتفاقهما أحكام عقد الصلح (وهي الأحكام الواردة في المواد من ٥٤٩ : ٥٥٧ مدني مصري^(٣)).

(١) وإذا كان الغالب أن يتفق على تقدير التعويض المستحق عند الإخلال بالالتزامات العقدية (أي في إطار المسؤولية العقدية)، إلا أنه لا مانع من الالتجاء إلى الاتفاق على التقدير المستحق عند الإخلال بالالتزامات غير العقدية (أي في إطار المسؤولية التقصيرية)، مثال ذلك أن يتفق صاحب أحد المصانع التي تخرج دخاناً كثيفاً أو ضجيجاً بليغاً مع جيران المصنع على التعويض الذي يستحق لهم في المستقبل من جراء الدخان أو الضجيج المتولد عن أجهزة المصنع وآلاته، وكذلك الحال اتفاق طرفي العقد على التعويض الذي يستحق عند فسخ العقد، أو في حالة الرجوع عن الوعد كالتكول عن الوعد بالزواج، ففي هذين الحالين يعد هذا التعويض تعويضاً عن إخلال بالتزام غير عقدي (انظر في هذا المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ١٩٣، ص ١٦٦، ١٦٧، أ.د/ عيد المنعم البدراري، بند ٥٨، ص ٨١).

(٢) هذه النصوص تقابل النصوص الواردة في المواد من ٢٢٥ : ٢٢٧ من القانون المدني البحريني .

(٣) هذه النصوص تقابل النصوص الواردة في المواد من ٤٩٦ حتى ٥٠٤ من القانون المدني البحريني .

ويختلف التعويض الاتفاقي عن العيوب، ذلك أن العيوب حينما يكون القصد منه أن يكون جزءاً من الثمن في عقد البيع أو مقدمة من مقدمات التنفيذ في أي عقد آخر من العقود، فلا مجال للالتباس بينه وبين التعويض الاتفاقي، لوضوح التباين بينهما في هذا الفرض، إنما يقع الخلط ويتصور الالتباس حينما يكون القصد من العيوب أن يكون مقابلاً لاستعمال حق العدول، فيكون بمثابة تعويض لأي من الراغبين في التعامل عند عدول الآخر عن إبرام العقد معه، بحيث يفقد العيوب إذا عدل عن التعاقد من دفعه، ويسترده مرتين أو مضاعفاً إذا كان العدول ممن تلقى العيوب.

والحقيقة أن العيوب حتى في الحالة التي يكون فيها مقابلاً لاستعمال حق العدول ليختلف اختلافاً واضحاً عن نظام التعويض الاتفاقي، على نحو يمنع من وقوع أي خلط أو التباس بينهما، ويمكن إبراز هذا التباين في النقاط الآتية:

١- إن العيوب يستحق عند مجرد العدول عن إبرام العقد كمقابل لاستعمال هذا الحق، ولو لم ينجم عن ذلك أي ضرر، ودون حاجة إلى إثبات وقوع الضرر بالنسبة للشخص الآخر، إذ يكون مستحقاً له بمجرد عدول الآخر عن التعاقد، ولو لم يصبه ضرر، بل يستحقه ولو تحقق له نفع من جراء العدول، مثال ذلك أن يعدل البائع عن بيع شقة لآخر، فيكون عدوله سبباً في شراء شقة مماثلة من شخص ثالث بسعر أقل من سعر الشقة الأولى، بعكس الحال في التعويض الاتفاقي حيث لا يستحقه أي من طرفي الالتزام إلا عند حدوث ضرر له من جراء الامتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه، بل ويقع على عاتقه مهمة إثبات ذلك الضرر.

٢- إن مبلغ العيوب المتفق عليه بين الراغبين في التعامل لا يجوز تخفيضه عن طريق القضاء، في حين يمكن تخفيض التعويض الاتفاقي إذا كان مبالغاً في تقديره أو كان يزيد كثيراً عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن.

٣- إنه إذا كان مبلغ العيوب لا يجبر الضرر الذي أصاب من استحقه، فله الحق في طلب تعويض قضائي يجبر له هذا الضرر، حتى ولو لم يرتكب الطرف الآخر غشاً أو خطأ جسيماً، في حين أنه إذا كان مبلغ التعويض الاتفاقي زهيداً

مقارنة بحجم الضرر الذي أصاب الدائن، فلا مجال للحصول على زيادة لمقداره عن طريق القضاء إلا إذا أثبت الدائن وقوع غش أو خطأ جسيم من جانب المدين.

وينبغي التمييز بين الشرط الجزائي الذي يجري بمقتضاه تقدير التعويض المستحق عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، والذي لا يكون للقاضي كأصل عام سلطة التعديل فيه بالزيادة، (إلا في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم)، أو بالنقصان (باستثناء حالتي التنفيذ الجزئي للالتزام أو المبالغة المفرطة في تقديره) وبين الشرط الذي يضع حداً أقصى للمسئولية العقدية، والذي ينحصر أثره في منع التعويض القضائي بأزيد من المبلغ المحدد ولو جاوزه الضرر بكثير، في حين أنه إذا كان الضرر الحاصل أقل من هذا المبلغ المحدد، فإنه يكون في مقدور القاضي أن يتدخل لتقدير التعويض الذي يتناسب مع حجم أو مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي^(١).

ولقد سمح القانون للأفراد باللجوء إلى التعويض الاتفاقي كأحد أنواع التعويض التي تجبر الضرر فنصت المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠".

على أن يراعى أن صحة الشرط الجزائي في إطار المسئولية التقصيرية مقصور على ذلك الشرط الذي يكون فيه مبلغ التعويض مساوياً أو زائداً على قدر الضرر، أما إذا كان مبلغ التعويض المتفق عليه تافهاً أو كان أقل من الضرر الناجم عن العمل غير المشروع وقع الشرط الجزائي باطلاً، لأنه في الحالة الأولى سيكون بمثابة اتفاق على رفع المسئولية التقصيرية، وسيكون في الحالة الثانية بمثابة اتفاق على التخفيف منها^(٢) ومثل هذا الاتفاق يقع باطلاً بصريح نص القانون.

ثانياً: الغاية المبتغاة من التعويض الاتفاقي:

تتنوع الأغراض أو الغايات التي تبتغي من وراء الاتفاق على التعويض المستحق عند الإخلال بالالتزام من جانب أي منهما، من أبرزها على الإطلاق تفادي التدخل القضائي لتقدير التعويض

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٨٦٧، أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٤٨، ص ١١٨، هامش ٢.
(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي "مشكلات المسئولية المدنية" ج ٢، بند ١٦٧، ص ٢٢٧، طبعة عام ١٩٩٠، مطبعة جامعة القاهرة.

المستحق عند وقوع هذا الإخلال فيتفان عليه مقدماً ليتجنباً بذلك احتمالات التعنت أو الظلم لأحدهما على حساب الآخر عند تقدير قيمة التعويض من جانب القاضي، وقد يكون الهدف منه التحايل على أحكام القانون التي تحظر الفائدة مطلقاً أو تضع لها حداً أقصى قد لا يروق لهما، وقد يبتغي من وراء هذا التعويض التعديل في أحكام المسؤولية العقدية، فيلعب هذا التعويض حينئذ دور الشرط المقيد أو المحدد للمسئولية، كما لو تم الاتفاق على تعويض يقل كثيراً عن مقدار الضرر المحتمل حدوثه من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه.

وقد يكون الهدف من وراء هذا التعويض هو تهديد طرفي الالتزام لحملهما على تنفيذ الالتزام دون أي تراخٍ أو تباطئٍ مخافة الالتزام بالتعويض عند تحقق الإخلال بالالتزام، فيقوم التعويض في هذه الحالة بدور يشبه دور الغرامة التهديدية في الضغط على إرادة المدين لدفعه قدماً إلى تنفيذ التزامه، لا سيما إذا كان مبلغ التعويض مغالى فيه مقارنة بالحجم المحتمل للضرر عند وقوعه في المستقبل من جراء الإخلال بالالتزام، بل إن دوره ههنا في التهديد سيكون أنجع وأقوى من نظام الغرامة التهديدية ، نظراً لأنه سيكون ملزماً للطرفين ، بل وملزماً للقاضي فلا يملك كقاعدة عامة تعديله أو المساس به ، في حين أن مبلغ الغرامة التهديدية لا يلتزم المدين أصلاً بدفعه للدائن ، لأنه صادر بموجب حكم مؤقت غير نهائي فلا يمكن التنفيذ به، بل عادة ما يسقط هذا الحكم إما بالتنفيذ العيني أو بإصرار المدين على عدم التنفيذ فيعمد القاضي إلى التنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض فيحكم بتعويض يجري تقديره في ضوء الضرر الفعلي الذي أصاب المدين من جراء عدم التنفيذ العيني للالتزام.

ثالثاً: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي:

يستفاد من النصوص القانونية الخاصة بالتعويض الاتفاقي، فضلاً عن القواعد العامة للتعويض أيّاً كان نوعه، أنه يلزم لاستحقاق هذا التعويض توافر الأركان العامة للمسئولية المدنية كركن الخطأ، وركن الضرر، وركن علاقة السببية التي تربط بين الضرر والخطأ، هذا إلى جانب شرط الإعذار، ويعتبر استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك من محكمة النقض أو محكمة التمييز مادام أن استخلاصه سائغ ومقبول.

فالخطأ يعد عماد المسؤولية المدنية وقوامها، فلا يتصور - بصفة عامة - قيام هذه المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية بغير خطأ، ويقع على عاتق الدائن عبء إثبات خطأ مدينه سواء أكان خطأ عقدياً (أي متمثلاً في إخلال المدين بالتزامه العقدي سواء في صورة عدم تنفيذ الالتزام أصلاً أو التأخير في إجرائه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً) أم خطأ تقصيرياً (أي متمثلاً في انحراف المسئول في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد على نحو يضر بغيره)، فإذا انتفى الخطأ انتفت المسؤولية تبعاً لذلك.

ولا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ثبوت الخطأ في جانب المدين، بل لابد أن يتولد عن هذا الخطأ ضرر معين يصيب الدائن سواء أكان ضرراً مادياً أم ضرراً أدبياً. فالضرر ركن أساسي من أركان المسؤولية المدنية لا يتصور قيامها بدونه، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات حدوث الضرر ومداه بحيث إذا انتفى الضرر فلا مجال لاستحقاق هذا التعويض، هذا مع مراعاة أن الضرر لا يعوض عنه إلا إذا كان ضرراً مؤكداً غير محتمل (وذلك بأن يكون قد وقع بالفعل أو محقق الوقوع في المستقبل، أما الضرر المحتمل الذي قد يقع وقد لا يقع فلا مجال للتعويض عنه)، وأن يكون ضرراً مباشراً متوقفاً في إطار المسؤولية العقدية فقط أو يكون ضرراً مباشراً متوقفاً أو غير متوقع في إطار المسؤولية التقصيرية أو في إطار المسؤولية العقدية في حالتها الغش والخطأ الجسيم.

وللمدين إذا أراد حرمان الدائن من الحصول على التعويض المتفق عليه أن يثبت عدم حصول ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه (م ١/٢٢٤ مدني مصري). كما يلزم لاستحقاق الدائن للتعويض الاتفاقي توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر، بحيث يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ، فلا يفصل بينهما سبب أجنبي يؤدي إلى انقضاء مسؤولية محدث الخطأ عن الضرر الذي أصاب المضرور.

كما يتعين لاستحقاق التعويض الاتفاقي ضرورة سبق إعدار المدين لوضعه موضع التقصير من الناحية القانونية، هذا ما لم يكن هناك نص أو اتفاق يعفي الدائن من مثل هذا الإجراء.

رابعاً: خصائص الشرط الجزائي:

يتميز الشرط الجزائي بجملة من الخصائص والمميزات يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

١- الالتزام بالأداء المحدد بالشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي:

فالشرط الجزائي *La clause pénale* لا ينشئ التزاماً مستقلاً بذاته عن أي التزام آخر، وإنما هو التزم تابع (أي غير أصيل) ينشأ بالتبعية على إثر إخلال المدين بالتزامه الأصلي المتمثل في بذل أداء معين لصالح الدائن سواء أكان هذا الأداء متمثلاً في القيام بعمل معين أم الامتناع عن عمل معين أم كان التزاماً بإعطاء.

فلا يتصور بذلك نشأة الشرط الجزائي وما يتولد عنه من التزم بالتعويض استقلاً عن الارتباط بالتزام أصيل متولد عن مصدر عقدي أو غير عقدي لتغطية الضرر الناتج عن الإخلال به في حدود المبلغ المتفق عليه في هذا الشرط كقاعدة عامة^(١).

ويترتب على تبعية الالتزام بالتعويض الوارد بالشرط الجزائي للالتزام الأصلي الناتج عن العقد أو غيره من مصادر الالتزام الأخرى ما يلي:

أ- إذا أبطل الالتزام الأصلي (سواء أكان المصدر المتولد عنه باطلاً أو كان قابلاً للإبطال ثم صدر حكم ببطلانه) بطل تبعاً لذلك الشرط الجزائي والالتزام بالتعويض المتولد عنه، والعكس غير صحيح فإن بطلان الشرط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي، فمثلاً إذا اشترط الدائن المرتهن على الراهن إذا لم يوفه دينه عند حلول أجله أن يكون من حقه - كشرط جزائي - تملك المال المرهون أو بيعه دون الالتزام بإجراءات البيع المقررة قانوناً لذلك، حيث يبطل الشرط وحده ويبقى الرهن صحيحاً^(٢)، هذا ما لم يتبين أن الدائن المرتهن ما كان ليقبل الرهن وحده بدون هذا الشرط، فعندئذ يبطل الرهن والشرط معاً، إعمالاً لنظرية البطلان الجزئي للعقد *nullitéLa théorie de la* partielle de contrat^(٣).

(١) هذا ما لم يتضح أن المبلغ المتفق عليه مغالى فيه فيجري تخفيضه عن طريق القاضي أو يتضح أنه زهيد وتافه مقارنة بالضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام الأصلي فيجري تعديله بالزيادة عن طريق القاضي عند ثبوت غش المدين أو خطئه الجسيم.

(٢) انظر في هذا المعنى: أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٥٤، ص ٧٤.

(٣) تلك النظرية التي نصت عليها المادة م ١٤٣ مدني مصري بقولها " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للأبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن

العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقعباطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله " . هذه المادة تعادل المادة ١٢٢ مدني بحريني .

ب- كذلك الحال إذا سقط الالتزام الأصلي بسبب فسخ العقد، سقط تبعاً لذلك الالتزام بالتعويض الناتج عن الشرط الجزائي، وإذا استحق الدائن تعويضاً في حالة فسخ العقد أو حتى بسبب بطلانه، قدر القاضي هذا التعويض وفقاً للقواعد العامة بعيداً عن التعويض الاتفاقي الذي سقط الالتزام به بسقوط الالتزام الأصلي^(١).

ج- وأخيراً فإنه إذا انقضى الالتزام الأصلي بأي سبب من أسباب الانقضاء (كالتفويض العيني الاختياري - أي الوفاء - أو بالتقادم أو بالإبراء أو بالمقاصة مثلاً) انقضى تبعاً لذلك الالتزام بالتعويض الناشئ عن الشرط الجزائي^(٢).

٢- الالتزام بالتعويض في الشرط الجزائي التزام احتياطي:

فالتعويض برمته أياً كان نوعه (أي سواء أكان تعويضاً قضائياً أم اتفاقياً أم قانونياً) يمثل وسيلة احتياطية Un moyen subsidiaire، لا يتم الالتجاء إليها إلا إذا تعذر التنفيذ العيني بوصفه يمثل الأصل الملقى على عاتق المدين^(٣).

ويترتب على كون الالتزام بالتعويض التزاماً احتياطياً وليس التزاماً أصلياً النتائج الآتية :

أ- لا يجوز للدائن إجبار المدين على تنفيذ الالتزام بالتعويض إذا كان تنفيذ الالتزام

الأصلي ممكناً، وكان المدين غير ممتنع وغير متأخر في إجرائه، كما لا يجوز للمدين

حمل الدائن على قبول التعويض المتفق عليه إذا كان تنفيذ الالتزام الأصلي (أي تنفيذ

الالتزام عينياً) لا يزال ممكناً. أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلًا فلا مجال

للتفويض العيني بشأنه، وعندئذ يمكن اللجوء إلى الالتزام الاحتياطي فيجري التنفيذ بطريق

التعويض فيستحق الدائن التعويض المتفق عليه شريطة أن تكون هذه الاستحالة راجعة

إلى فعل المدين، أما إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه، فإنه يسقط

بها الالتزام الأصلي ويسقط الالتزام بالتعويض الاتفاقي تبعاً له^(٤).

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٤٩، ص ١٢٠، نقض مدني بحريني ١٩٩١/١٢/١ طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩٩١م، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز س٢، ق٧٦ و٣٠٢.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٤٩، ص ١٢٠.

(٣) ذلك أن الأصل في التنفيذ هو التنفيذ العيني سواء تم اختياراً من جانب المدين أو حمل عليه قهراً و قسراً، بحيث لا ينتقل إلى التنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض أياً كانت كيفية تقديره (أي سواء كان مقدراً من قبل القاضي كالتعويض القضائي، أو كان مقدراً من قبل طرفي الالتزام كالتعويض الاتفاقي، أو كان مقدراً من قبل القانون كالتعويض القانوني)، إلا إذا تعذر حصول التنفيذ العيني.

(٤) هذا ما لم يتفق طرفا الالتزام على أن يتحمل المدين تبعاً القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فعندئذ يصح مثل هذا الاتفاق ويبقى التزام المدين بالتعويض الاتفاقي رغم استحالة تنفيذ الالتزام الأصلي (م ٢١٧/١ مدني مصري، م ١٦٥، ٢١٨ مدني بحريني).

ب- لا يعد الالتزام بالتعويض التزاماً بديلاً أو تخييرياً^(١) إذا لو كان الالتزام بالتعويض

التزاماً بديلاً **Une obligation facultative** لكان في وسع المدين أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي رغم كونه ممكناً إلى الالتزام بالتعويض كبديل عنه، وهذا ما لا يملكه المدين، كما أنه لو كان الالتزام بالتعويض تخييرياً **Une obligation alternative** لكان في مقدور الدائن أو المدين الاختيار بين تنفيذ الالتزام الأصلي وتنفيذ الالتزام بالتعويض وهذا ما لا يجوز، حيث لا يملك الدائن طلب التنفيذ بالتعويض رغم كون الالتزام الأصلي ممكن التنفيذ عيناً والمدين مستعد للقيام به، كما لا يمكن للمدين أن يعرض التنفيذ بطريق التعويض وتنفيذ الالتزام الأصلي عيناً لا يزال ممكناً^(٢).

ج- إنه يتعدر بصفة عامة الجمع بين التنفيذ الاحتياطي (أي الالتزام بدفع التعويض

المتفق عليه) والتنفيذ الأصلي (أي تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً) لأن الثاني عادة ما يكون تعويضاً عن عدم حدوث الأول، هذا ما لم يكن القصد من التعويض الاتفاقي تعويض الدائن عن التأخير في التنفيذ، فيمكن بذلك الجمع بينه وبين التنفيذ العيني للالتزام.

٣- الشرط الجزائي هو اتفاق بين طرفي الالتزام الأصلي:

لذا يجب أن تتوافر في هذا الاتفاق الأركان العامة لأي اتفاق أو عقد، فضلاً عن شروط صحة هذه الأركان، سواء جاء هذا الشرط كبند من بنود العقد الأصلي أم جاء في اتفاق مستقل لاحق عليه.

٤- الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على التعويض ومقدر له تقديراً جزافياً:

لا شك أن كون الشرط الجزائي اتفاقاً مسبقاً بالتعويض قبل حدوث الضرر يميز بين التعويض الاتفاقي المتولد عنه وبين التعويض الذي يقدر بعد وقوع الضرر في عقد الصلح، كما أنه يجعل تقدير طرفي الالتزام الأصلي لمقدار التعويض تقديراً جزافياً قد يزيد أو ينقص عن حجم الضرر أو مقداره عند وقوعه (سواء تمثل الضرر في امتناع المدين عند تنفيذ التزامه عيناً أو في التأخير في إجرائه) وإن كان في غالب الأحيان ما يعمد الطرفان إلى المغالاة في تقدير قيمة التعويض

(١) ويقصد بالالتزام البديلي ذلك الالتزام الذي يكون محله شيئاً واحداً، ومع ذلك تبرا ذمة المدين إذا وفي شيئاً آخر بدلاً منه، في حين يقصد بالالتزام التخيري ذلك الالتزام الذي يضم محله عدة أشياء، ويعد المدين موفياً بالتزامه إذا وفي بواحد من هذه الأشياء المتعددة.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ١٩٧، ص ١٦٩، ١٧٠، أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٦٤، ص ٨٧.

الاتفاقي ليكون ذا طابع تهديدي فيحمل المدين على التنفيذ العيني لالتزامه وعدم الإبطاء في إجراءاته.

٥- التعويض المتولد عن الشرط الجزائي لا يستحق إلا بتوافر الشروط العامة لاستحقاق

التعويض:

إن استحقاق التعويض الاتفاقي الناجم عن الشرط الجزائي لا يشذ عن أنواع التعويض الأخرى، فيلزم لاستحقاقه توافر الشروط العامة لاستحقاق التعويض أياً كان نوعه، فيلزم من ثم لاستحقاقه توافر الأركان الثلاثة للمسئولية المدنية، ومن أبرزها ثبوت ثبوت الخطأ العقدي أو الإخلال بالالتزام العقدي ، وثبوت الضرر المتولد عن هذا الخطأ ، مع توافر علاقة السببية المباشرة بين الضرر والخطأ ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية " بأنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الشرط الجزائي باعتباره تعويضاً اتفاقياً لا يستحق إلا إذا ثبت وقوع خطأ من المدين ، و لا يغنى عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدراً في العقد لأن هذا التقدير ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، و إنما ينشأ الحق فيه من عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه ، فإذا انتفى الخطأ فلا محل لإعمال الشرط الجزائي " (١) ، هذا إلى جانب ضرورة مراعاة الدائن شرط إعدار المدين باستثناء الحالات التي يعفى فيها الدائن قانوناً أو اتفاقاً من واجب الإعدار .

خامساً: سلطة القاضي إزاء التعويض الاتفاقي:

١- القاعدة العامة: لا يجوز للقاضي المساس بالتعويض الاتفاقي:

إذا كان القانون قد رخص لطرفي أي التزام عقدي أو غير عقدي الاتفاق بينهما على التعويض الذي يستحق مستقبلاً عند إخلال المدين منهما بالتزاماته في مواجهة الآخر، وترك لهما أمر تقديره حسبما يرياه مناسباً لجبر الضرر المحتمل حدوثه عند تحقق الإخلال، فمن المتعين احترام إرادة الطرفين فيما انصرفت إليه من حيث الاتفاق على التعويض وحجمه ومقداره الذي يستحق للدائن عند وقوع الضرر، ولذا يجب على القاضي - كأصل عام - إذا توافرت أمامه شروط استحقاق هذا التعويض الاتفاقي، أن يحكم به للدائن - بناء على طلبه إياه - دون زيادة فيه أو إنقاص منه عن القدر المتفق عليه بينه وبين المدين.

(١) نقض مدني مصري طعن رقم ١٥٤٨٧ لسنة ٧٧ قضائية جلسة بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠٠٨ م ، مكتب فنى (سنة ٥٩ - قاعدة ١٤١ - صفحة ٧٩٩ .

أما إذا تخلفت شروط استحقاق هذا التعويض أو تخلف شرط منها كما لو ثبت مثلاً أن الدائن لم يصبه أي ضرر رغم إخلال المدين بالتزامه، وهنا تقع مهمة إثبات ذلك على عاتق المدين، فعندئذ لا يستحق الدائن شيئاً من التعويض المتفق عليه (م ١/٢٢٤ مدني مصري^(١)).

٢- الاستثناء: جواز تعديل القاضي لمقدار التعويض الاتفاقي زيادة أو إنقاصاً:

إذا كان التعويض الوارد في الشرط الجزائي يجب مراعاته واحترامه تقديراً واحتراماً للإرادة المشتركة لطرفي الالتزام، فإنه في نفس الوقت ينبغي ألا نتجاهل الغاية أو الغرض من هذا التعويض (بل وغيره من أنواع التعويض الأخرى)، والتي تتمثل في جبر الضرر عند وقوعه في المستقبل، الأمر الذي يوجب ضرورة تحقيق قدر معقول من التناسب بين الضرر الذي أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزاماته وبين مقدار التعويض المتفق عليه لجبره، بحيث لا يصير مغالى فيه فيتحقق من ورائه ثراء للدائن على حساب المدين^(٢)، أو يضحى زهيداً وتافهاً، على نحو يظهر معه سوء التقدير من جانب طرفي الالتزام لقيمة التعويض الذي يجبر الضرر عند الإخلال بالالتزام، من أجل ذلك تدخل القانون وسمح للقاضي بسلطة تعديل قيمة التعويض الاتفاقي بالزيادة فيه أو الإنقاص منه وفق ضوابط قانونية محكمة، تتجلى معالمها على التفصيل الآتي:

أ- سلطة القاضي في إنقاص قيمة التعويض الاتفاقي:

يفهم من نصوص القانون أنه يجوز للقاضي - خروجاً على القاعدة العامة - المساس بقيمة التعويض الاتفاقي بالإنقاص من قدرها في أي من هاتين الحالتين:

- الحالة الأولى:

إثبات المدين تنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً:

لا ريب في أن تدخل القاضي في هذه الحالة لإنقاص قيمة التعويض المتفق عليه يتناغم ولا يتنافر مع مقصود الإرادة المشتركة لطرفي الالتزام، لأنها حينما قدرت قيمة التعويض انصرفت في الغالب إلى الامتناع الكامل عن التنفيذ بوصفه يمثل الحد الأقصى للضرر المحتمل حدوثه بشأن الالتزام الأصلي المقرر التعويض لجبره، فإذا ما ثبت بعد ذلك أن المدين قد نفذ التزامه في جزء

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ".
هذه المادة تعادل المادة ١/٢٢٦ مدني بحريني . ولا شك أن عدم استحقاق الدائن شيئاً عند انتفاء الضرر لديه لا يجافي الإرادة المشتركة لطرفي الالتزام، بل العكس هو الصحيح، إذا يتفق ذلك مع مقصود هذه الإرادة، التي ما اتجهت أصلاً إلى تقدير هذا التعويض إلا على أساس افتراض إصابة الدائن بضرر ما يتحقق جبره بمبلغ معين هو المبلغ الذي جاء في الشرط الجزائي، فإذا ما انتفى الضرر، فإن حرمان الدائن من الحصول على مبلغ التعويض الاتفاقي هو الذي يتفق مع الإرادة المشتركة لطرفي الالتزام.
(٢) ولا شك أن هذا ثراء لم يتصرف إليه الإرادة المشتركة لطرفي الالتزام، ومن ثم لا ينبغي السكوت عليه، لا سيما إذا كان مبالغاً فيه بصورة مفرطة وتضرر منه المدين.

منه، فهل من الإنصاف والعدل الذي تتقبله وترتضيه إرادة الطرفين استحقاق الدائن للتعويض كاملاً أم أن الذي يحقق العدل والإنصاف ويتفق مع الإرادة المشتركة أن يستتزل القاضي بناء على طلب المدين من قيمة التعويض ما يوازي الجزء الذي نفذه هذا المدين من التزامه تنفيذاً عينياً، ولعل هذا هو عين ما نص عليه صراحة كل من القانون المدني الفرنسي^(١)، والمصري^(٢) والبحريني^(٣).

- الحالة الثانية:

المبالغة الكبيرة في تقدير قيمة التعويض الاتفاقي:

إذا كانت ثمة مبالغة مفرطة في قيمة التعويض مقارنة بالضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام، فقد يرضى أحد الطرفين بشرط جزائي مغالى فيه من باب إظهار حرصه على التنفيذ للطرف الآخر أو من باب تأكيده على استبعاد احتمالية وقوع أي إخلال منه في تنفيذ التزامه، وهنا يظهر جلياً أن هذا الغلو أو تلك المبالغة في التقدير تخرج بالتعويض عن حقيقته وغايته كتعويض مقدر بطريق الاتفاق لجبر الضرر، وتجعله أقرب إلى الغرامة التهديدية كوسيلة تهديدية وليست تعويضية، فيكون مصيره كمصير تلك الغرامة وهو الزوال والتصفية، وعندئذ يتولى القاضي بناء على طلب الطرف المتضرر من هذا الغلو تقدير التعويض الذي يبلغ حد المعقولية مع الضرر الواقع، ليدفع عن قيمة التعويض المتفق عليه وصف المبالغة المفرطة دون أن يسعى إلى تحقيق التماثل أو التعادل فيما بينهما.

ويقع على عاتق المدين عبء إثبات هذه المبالغة الكبيرة بين قيمة التعويض وحجم الضرر الحاصل من جراء إخلاله بالتزامه، ويكفي القاضي في سبيل أعمال سلطته المقررة له بموجب القانون أن يخفض قيمة التعويض إلى القدر المعقول وليس إلى الحد المساوي للضرر^(٤)، وهذا كله متروك لتقدير القاضي دون أن يخضع فيه لرقابة محكمة النقض أو التمييز سواء من حيث تقدير

(١) انظر في ذلك إلى المادة ١٢٣١ من هذا القانون.

(٢) انظر في ذلك إلى المادة ٢/٢٢٤ من هذا القانون.

(٣) انظر في ذلك إلى المادة ٢/٢٢٦ من هذا القانون.

(٤) انظر في هذا إلى نص المادة ٢/٢٢٤ مدني مصري والمادة ٢/٢٢٦ مدني بحريني. أما القانون المدني الفرنسي فلم يجز للقاضي المساس بقيمة التعويض بالنقصان أو بالزيادة، وذلك ضماناً لتحقيق الفائدة المرجوة من وراء هذا التعويض، والتي تتمثل في قطع دابر أي منازعة حول قيمة التعويض بين الدائن والمدين، فجاءت المادة ١١٥٢ من هذا القانون تحظر على القاضي المساس بقيمة التعويض فيحكم بأقل أو بأكثر منها، وفي ذلك تقول هذه المادة:

“Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre”.

وجود أو انتفاء المبالغة الشديدة بين التعويض والضرر أم من حيث القدر الذي يراه مناسباً للتخفيض لتتحقق المعقولة وليست المساواة بينهما^(١).

ب - سلطة القاضي في زيادة قيمة التعويض:

إذا كان الأصل العام أنه إذا كانت قيمة التعويض أقل من قيمة الضرر، فلا يسمح للقاضي بتعديل قيمة التعويض بسبب ذلك، إذ لا مانع من اعتبار ذلك الانخفاض في قيمة التعويض مقارنة بالضرر الذي حاق بالدائن من قبيل صور الاتفاق على التخفيف من المسؤولية، والذي يتسم بطابع الإباحة والجواز ما دام أن المدين لم يرتكب غشاً *Une fraude* أو خطأ جسيماً *Une faute lourde*، فإذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً لم يجز الإبقاء على قيمة التعويض الذي يغلب عليه طابع التخفيف من المسؤولية، على نحو يرخص للقاضي بالتدخل لجعل قيمة التعويض تتناسب أو تتعادل مع قيمة الضرر ليتحقق في التعويض حكمته وغايته (م ٢٢٥ مدني مصري^(٢)).

تقييم لجدوى الشرط الجزائي في ظل سلطة القاضي الواسعة إزاء التعويض الاتفاقي:

قد يبدو للرأي لأول وهلة أن الشرط الجزائي قد تهادت قيمته وتلاشت أهميته بعد أن رخص القانون للقاضي بسلطات واسعة إزاء التعويض الناشئ عنه^(٣)، فقد أصبح في مقدور القاضي أن يزيد أو ينقص من مقدار التعويض المستحق بموجب هذا الشرط عند توافر الشروط المقررة قانوناً لذلك، بل رأينا فيما سبق أن في مقدور القاضي استبعاد هذا التعويض وحرمان الدائن منه إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر من جراء الإخلال بالالتزام.

وهنا يطرح التساؤل نفسه هل بقيت للشرط الجزائي قيمة عملية تذكر في مجال التعامل بين الأفراد مع وجود تلك السلطات الواسعة التي حولها القانون للقاضي إزاء التعويض المتفق عليه فيه؟ يمكن إجمال عدد من المزايا التي يحققها الشرط الجزائي على الرغم من سلطة القاضي الواسعة إزاء التعويض المتولد عنه في النقاط الآتية^(٤):

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د./السنهوري، ج٢، بند ٤٩٥، ص ٨٧٦، أ.د./إسماعيل غانم، بند ٥٠، ص ١٢٥، ١٢٦.

(٢) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً " . هذه المادة تقابل المادة م ٢٢٧ مدني بحريني .

(٣) فالشرط الجزائي يمثل مصدراً وأصلاً للتعويض الاتفاقي، في حين يعد إخلال المدين بالتزامه سبباً في التزامه بدفع التعويض المتفق عليه في هذا الشرط.

(٤) انظر في هذا المعنى: أ.د./ عبد المنعم البدرابي، بند ٧٣، ص ٩٦.

١- إن وجود الشرط الجزائي يفيد الدائن في نقل عبء الإثبات من على عاتقه إلى عاتق المدين، حيث يفترض في ظل وجود هذا الشرط الجزائي أن الضرر قد أصاب الدائن بمجرد عدم التنفيذ أو التأخير في إجرائه، ولا يطالب الدائن بإثبات ذلك^(١)، ويقع على عاتق المدين ، إذا ادعى أن الدائن لم يصبه أي ضرر من جراء هذا الإخلال ، عبء إثبات ما يدعيه.

٢- إن وجود الشرط الجزائي يعفى الدائن من إثبات قدر الضرر الذي أصابه، حيث يفترض في التعويض المتفق عليه أنه يجبر الضرر الحاصل دون أن يكلف بإثبات مقداره، خروجاً على القواعد العامة التي توجب على الدائن إلى جانب إثبات الضرر إثبات حجمه ومقداره ليتحدد التعويض بناءً عليه، فإذا ادعي المدين أن مقدار التعويض مغالي فيه وقع عليه عبء إثبات ما يدعيه.

٣- إن الشرط الجزائي قد يفيد الدائن فيحصل على قيمة التعويض المتفق عليه ولو زادت قيمته عن قيمة الضرر الذي أصابه، ما دامت أنها زيادة غير مبالغ فيها بصورة مفرطة، أو مبالغ فيها بصورة كبيرة لكن لم يتضرر منها المدين فلم يطلب من القاضي إنقاصها.

(١) وذلك خروجاً على القواعد العامة التي تلقى على عاتق الدائن مدعي حصول الضرر له عبء إثباته أمام القاضي.

المبحث الثالث

التعويض القانوني (الفوائد)

أولاً: أنواع الفوائد:

ترخص معظم القوانين المدنية المعاصرة - باستثناء القانون المدني البحريني في المادة ٢٢٨ منه والقانون المدني الكويتي في المادة ٣٠٥ منه وغيرهما من القوانين العربية الأخرى التي تحظر الفائدة الربوية - للدائن الذي له في ذمة مدينه مبلغ نقدي أن يحصل عنه فائدة ربوية في حدود معينة (يحددها القانون بقاعدة أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها) مقابل تأجيل الوفاء به إلى وقت معين بناء على اتفاق بينه وبين مدينه، وهي التي تسمى بالفائدة التعويضية، كما يرخص له في تحصيل فائدة أخرى في حدود معينة مقابل تأخير الوفاء بهذا المبلغ عن موعد استحقاقه ، وهي التي تسمى بالفائدة التأخيرية .

والفوائد التعويضية ^(١) Les intérêts compensatoires هي الفوائد التي يلتزم بها المدين مقابل انتفاعه بمبلغ نقدي للدائن طوال مدة بقائه في ذمته إلى حين حلول أجل استحقاقه. مثال ذلك أن يقدم (أ) إلى (ب) مبلغاً من المال على سبيل القرض لمدة عام مثلاً، على أن يدفع له فائدة معينة مقابل انتفاعه بمبلغ القرض خلال السنة .

أما الفوائد التأخيرية ^(٢) Les intérêts moratoires فهي الفوائد المقررة قانوناً أو اتفاقاً عن مبلغ نقدي حل أجل استحقاقه وتأخر المدين عن سداده لدائنه في مواعده. مثال ذلك أنه إذا حل أجل سداد قيمة القرض في المثال السابق فإن الفوائد التي تستحق بعد هذا التاريخ تسمى بالفوائد التأخيرية لأنها ليست تعويضاً عن الانتفاع بالمبلغ خلال مدة القرض ، ولكنها جزاء ومقابل التأخير في سداده وأدائه رغم حلول أجله ، ومن ثم لا يشترط قانوناً لاستحقاقها إثبات حصول ضرر للمضروب من جراء هذا التأخير ، بل يكفي مجرد التأخير في الوفاء عن الموعد المتفق عليه ، حيث يفترض حصول الضرر افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " من المقرر وفقاً لحكم المادتين ٢٢٦ ، ٢٢٨ من القانون المدني أنه لا

(١) ويطلق على هذا النوع من الفوائد الربوية اسم الفوائد التعويضية، على أساس أنها تمثل تعويضاً للدائن عن حرمانه من المبلغ النقدي الذي أقرضه للمدين طوال مدة القرض، ويطلق عليها البعض اسم الفوائد الاستثمارية، على أساس أن المدين يأخذ هذا المبلغ النقدي عادة لاستثماره خلال مدة القرض أو أن الدائن يعطيه له بهدف الاستثمار فيحصل عنه نسبة مئوية معينة من هذا المبلغ طوال مدة بقائه عنده إلى أن يحل أجله.

(٢) فالفوائد التأخيرية قد يكون مصدرها الاتفاق بين الدائن والمدين فتكون فائدة اتفاقية Un intérêt conventionnel وهذا هو الغالب، فإذا لم يتفق عليها الطرفان جاز للدائن أن يطالب مدينه بفائدة عن تأخير الوفاء بدينه بالسعر القانوني فتسمى عندئذ بالفائدة القانونية L'intérêt légal.

يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير مما مفاده افتراض وقوع الضرر الموجب لاستحقاق الفائدة بمجرد التأخير في الوفاء بالدين والتزام المدين الوفاء بها".

لقد حظر وضع القانون المدني البحريني الفوائد الربوية بشتى صورها وأنواعها في إطار المعاملات المدنية^(١)، سواء أكانت فوائد تعويضية (أو كما يسميها البعض فوائد استثمارية) أي تعطى مقابل الانتفاع بحق الدائن خلال أمد معلوم أم كانت فوائد تأخيرية تعطى مقابل تأخير الوفاء بحق الدائن رغم حلول أجل استحقاقه، فنص صراحة على تحريمها بصورة قاطعة، وأبطل كل اتفاق يخالف ذلك الحظر أو ذلك التحريم (م ١/٢٢٨ أ مدني بحريني).

ولم يقف القانون المدني البحريني عند هذا الحد بل اتجه إلى اعتبار أي عمولة أو منفعة يحصل عليها الدائن من مدينه لا تقابلها خدمة حقيقية يؤديها الدائن إليه في حكم الفائدة الربوية المحرمة قانوناً، مثال ذلك أن يتفق الدائن المرتهن على أن يسكن في العمارة المرهونة على سبيل التحايل على تحريم الربا دون أن يدفع أجره مقابل ذلك (م ١/٢٢٨ ب مدني بحريني).

ويراعى أن للدائن بمبلغ نقدي إذا حل أجل استحقاقه وامتنع المدين عن سداده إليه رغم قدرته على الوفاء به ورغم إعداره بسداده، أن يطلب تعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، وعندئذ تحكم المحكمة للدائن بالتعويض الذي يجبر ضرره، كما لو ترتب على عدم السداد من قبل المدين في الموعد رغم قدرته عليه وإعداره به أن ضاعت على الدائن صفقة كان سيدفع ثمنها من حقه لدى المدين أو أشهر إفلاسه لعدم سداد ديونه التجارية التي كان سيوفئها من حقه في ذمة المدين.

ولا جرم أن إباحة الفائدة الربوية في أي صورة من صورها أمر يجافي أبسط معاني الأخلاق والفضيلة ويجافي متطلبات الأخوة الإيمانية بين المؤمنين بصفة خاصة والأخوة الإنسانية بين الناس جميعهم بصفة عامة، وليس لفرضها وإباحتها علة منطقية أو مبرر مستساغ في ظل روح التضحية والإيثار لا روح الأثرة والأنانية، ناهيك عما تمثله هذه الفائدة من حرمة بالغة في ميزان

(١) ونؤمل أن يمتد الحظر والتحريم للفوائد الربوية بصورة عامة ومطلقة ليشمل المعاملات التجارية إلى جانب المعاملات المدنية، ليتحقق فينا مراد الله منا بأن نتقيه حق التقوى باجتنب محارمه ونواهيه، وصدق الله إذ يقول "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين.." (الآية رقم ٢٧٨ من سورة البقرة)، وربما يقول قائل أن حظر الربا في المعاملات التجارية سيؤدي إلى إغلاق البنوك وزوالها (وحتى على فرض تحققه فإنه أهون من إغلاق القلوب وفسادها بالانغماس في معصية الله تبارك وتعالى) وهذا تصور غير صحيح لأن هذه البنوك يمكن أن تحصل مصروفات إدارية عند قيامها بكثير من العمليات المصرفية التي تقوم بها، هذا إلى جانب أية عمولات وأرباح مثل هذه العمليات فضلاً عن اضطلاعها بكثير من المشروعات الاستثمارية سواء نفسها أو عن طريق آخرين غيرها مضاربة، فتستعيز بذلك عن الربا.

الشرع والدين^(١)، حيث يظهر لنا بوضوح شديد من تحصيل الدائن لهذه الفائدة مدى الاستغلال من جانب الدائن لحاجة المدين إلى مبلغ القرض فيأخذ منه فائدة عن إقراضه إياه، وهذا أمر تأباه الأخلاق وتستنكره الفطرة السوية، وإذا قيل من جانب بعض الفقهاء أنه يحل أخذ الفائدة الربوية مقابل الانتفاع بالقرض إذا كان قرضاً إنتاجياً (والقرض الإنتاجي هو القرض الذي يحصل عليه المدين المقترض بهدف الاستثمار والتجارة فيه لا للحاجة الاستهلاكية) وليس قرضاً استهلاكياً على نحو يدفع عنه مظاهر الاستغلال من الدائن لحاجة المدين إلى الإنفاق على متطلبات حياته^(٢)، فهذا قول لا يخلو من اللوم والمؤاخذه، ذلك أن تحقق الربح في هذا القرض الإنتاجي (الذي يرون حل استحقاق الربا فيه تأسيساً على أن المدين ههنا يربح من وراء هذا القرض عن طريق استثماره في ضروب الاستثمار المختلفة) أمرٌ مظنون غير مضمون، والحكم بيني على اليقين ولا بيني على الظن والاحتمال، ثم هل يقبل الدائن أن يشارك المدين في خسارته حتى يقبل منه أن يشاركه في الربح على فرض تحققه، فإذا قبل الدائن مشاركة المدين في الربح والخسارة فليس هناك مانع شرعي يحول دون أن يضارب الدائن مع المدين فيدخل معه برأس المال ويدخل المدين بالعمل على أن يقسم الربح والخسارة فيما بينهما بالنسبة التي يتفق عليها، لكن أن يتفق على تحصيل الدائن مبلغ مالي ثابت خلال مدة القرض بغض النظر عن الربح أو الخسارة فهذا ربا لا يخلو من الاستغلال الآثم شرعاً، ناهيك عن الثواب الجزيل الذي يضيعه المقرض على نفسه بحرمانها من ثواب القرض الحسن الذي بين النبي صلى الله عليه وسلم أنه أفضل من ثواب الصدقة، فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث الذي رواه عنه أنس بن مالك رضي الله عنه "رأيت ليلة أسرى بي على باب الجنة مكتوباً: الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر. فقلت: يا جبريل: ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده. والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة"^(٣).

(١) فقد روي عن عبدالله بن حنظلة غسيل الملائكة رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ستة وثلاثين زنية" رواه أحمد والطبراني في الكبير، ورجال أحمد رجال الصحيح (انظر إلى الترغيب والترهيب" للإمام الحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، تحقيق مصطفى عمارة، ج ٣، ص ٦، طبعة دار الفكر).

(٢) ذلك أن من الفقهاء المحدثين من فرق بين القرض الاستهلاكي الذي يقترض لا بهدف الاستثمار والتجارة فجعل الفائدة فيه ربا محرماً شرعاً، وبين قرض الانتاج الذي يؤخذ للتجار فيه فيجوزون تحصيل الفائدة الثابتة عنه. وأرى في الحقيقة أن الربا فيهما واحد لا يختلف، فالقرض الإنتاجي والقرض الاستهلاكي إذا كانا بفائدة ربوية فهما في دائرة الحرام سواء، غاية ما هنالك أن الربا في القرض الاستهلاكي يزداد إثمًا بزيادة إثم الاستغلال من الدائن لحاجة المدين المكروب الذي يحتاج إلى القرض ليعيش ويحيا لا ليتاجر ويزداد غناً وثرأً كما في القرض الإنتاجي.

(٣) رواه ابن ماجة في سننه، ج ٢، رقم الحديث ٢٤٣١، ص ٨١٢.

كما أن تحصيل فائدة تأخيرية إذا حل أجل الدين وعجز المدين عن الوفاء لظروف خارجة عن إرادته يتنافى مع أبسط معاني الرحمة والشفقة الواجبة ليس فقط بين المؤمنين بل وبين الناس جميعاً، ذلك أن من مبادئ الأخلاق أن يمهله أجلاً حتى يقدر على السداد ما دام غير مماطل عن مقدرة، لاسيما وإن في إمهاله له مزيد من الأجر والثواب من الله عز وجل، فقد روي عن أبي اليسر صاحب النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أحب أن يظله الله في ظله فلينظر (أي يمهل من الأنظار وهو الإمهال) معسراً أو ليضع عنه (أي يسقط عنه شيئاً من الدين مراعاة لظروفه وحاجته^(١)) ، وقول الله تعالى في قرآنه الخالد " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خيراً لكم إن كنتم تعلمون " (٢) .

أما إن كان المدين قادراً على السداد ومماطل في دفع الدين، فللدائن الحق في قهره على الوفاء له بحقه عن طريق القضاء، وله أن يحجز على أمواله ليأخذ حقه منها، وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ يقول "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"^(٣)، بل إن له أن يطلب من القاضي حبسه لحمله على سداد دينه، فقد ذكر على الطناسي في تفسير الحديث سالف الذكر أن قول النبي صلى الله عليه وسلم يحل عرضه أي شكايته، ويحل عقوبته أي حبسه^(٤).

ولا جرم إن إغلاق باب الربا في أي مجتمع من المجتمعات سيكون بادرة خير عميم ورزق واسع كريم، لأنه إلى جانب أنه سيكون سبباً في استجلاب رضا الله عز وجل الذي تتفتح بأمره أبواب الرزق وتزول في معيته مظاهر الضيق والفقر^(٥)، فإنه سوف يدفع بالناس قدماً إلى كافة مظاهر المشروعات الاقتصادية الصغيرة منها والعملاقة في مجال الإنتاج والتسويق، وتتفتح أمام الطبقة العاملة مجالات شتى من فرص العمل، فينعكس كل ذلك إيجاباً في صورة ازدهار وانتعاش اقتصادي حقيقي، بدلاً من بقاء الأموال راکدة في خزائن البنوك أو موزعة على المقترضين بربا، فيبدو للرأي لأول وهلة من سير حركة تداول تلك المدخرات إسهامها في فتح آفاق اقتصادية جديدة

(١) رواه ابن ماجة في سننه، ج ٢، رقم الحديث ٢٤١٩، ص ٨٠٨.

(٢) الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة .

(٣) رواه ابن ماجة في سننه، ج ٢، رقم الحديث ٢٤٢٧، ص ٨١١.

(٤) ذكره ابن ماجة في سننه، ج ٢، ص ٨١١.

(٥) وصدق العظيم الجليل إذ يقول "ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض ولكن كذبوا فأخذناهم بما كانوا يكسبون (الآية ٩٦ من سورة الأعراف)، وقوله تعالى "ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب" (الآيات ٢، ٣ من سورة الطلاق)، وقوله تعالى على لسان سيدنا نوح ناصحاً قومه بالتوبة إلى الله والاستغفار من الذنوب لينالوا من الله كل مظاهر الرزق والخير "قللت استغفروا ربكم إنه كان غفاراً يرسل السماء عليكم مدراراً ويمددكم بأموال وبنين ويجعل لكم جنات ويجعل لكم أنهاراً" (الآيات ١٠، ١١، ١٢ من سورة نوح).

على غير الحقيقة والواقع، لأنها قد توهم بتحقيق انتعاشة اقتصادية سورية أو مزعومة، لأن غالبية القروض في معظمها لا تحقق مغام حقيقية للبنوك، ذلك أن ما تحصله من فوائد قد يقل كثيراً عما تدفعه للمدخرين من فوائد، لاسيما مع كثرة المدخرات وقلة إقبال الناس على الاقتراض، إما بسبب خوف الوقوع في دائرة الحرام، وإما بسبب خوف الفشل في المشروعات التي تستعمل فيها القروض الربوية مع ارتفاع نسبة الفوائد المقررة لها أو لغيرها من الأسباب الأخرى.

وإذا كان واضح القانون المدني المصري قد أباح التعامل الربوي - مخالفاً في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية التي تمثل المصدر الرئيسي للتشريع- إلا أنه حاول أن يخفف من غلواء مسلكه بوضع عدد من القيود التي ترد على استحقاق الدائن للفائدة الربوية، من ذلك أنه لا بد لاستحقاق فوائد عن الدين أن يكون هذا الدين عبارة عن مبلغ من النقود معلوم المقدار وأن تجري المطالبة القضائية بفوائده ، بحيث لا تسري إلا من ذلك التاريخ، حيث تنص المادة ٢٢٦ مدني مصري على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره" ، كما أنه وضع في نفس الوقت حداً أقصى للفائدة الربوية لا يجوز الاتفاق على قدر يزيد عليه بأي حال من الأحوال في إطار المعاملات المدنية ، وربط ذلك القدر بالنظام العام بحيث يبطل أي اتفاق يزيد عن هذا الحد أقصى للفائدة الربوية سواء كانت تعويضية أم كانت تأخيرية ، ولهذا نصت المادة ٢٢٧ مدني مصري على أنه "١- يجوز للمتعاقد أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر.

٢ - وكل عمولة أو منفعة ،أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقة يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة " ، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه من " المقرر أن الحد الأقصى للفائدة التي يجوز

الاتفاق عليها هو - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أيضا - مما يتصل بالنظام العام " (١) ، كما أنه إذا ثبت حق الدائن في الفوائد فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يزيد مجموع الفوائد الربوية عن قيمة رأس المال مهما طال أمد القرض أو أمد التأخير في الوفاء به، كما لا يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد (م ٢٣٢ مدني مصري (٢)) ، كما يحول دون الدائن وإطالة أمد النزاع بحيث يحصل فائدة عن هذه المدة فرخص للقاضي في تخفيض الفائدة المقررة عن الدين سواء أكانت فائدة قانونية أم اتفاقية أو يلغيها تماماً خلال هذه المدة (م ٢٢٩ مدني مصري (٣)) ، ونؤمل أن يمد خطاه ومساعيه إلى حد إلغاء الفائدة أيا كان نوعها وذلك للبراءة من برائن الربا تماماً تخليصاً للناس من آثام هذا الذنب العظيم وإرضاء للحي القيوم بالبعد عن محارمه.

(١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٦٨ قضائية جلسة بتاريخ ٦/٦/٢٠٠٠ م ، مكتب فني (سنة ٥١ - قاعدة ١٤٤ - صفحة ٧٦٩) .
(٢) إذ تنص هذه المادة على أنه " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " .
(٣) إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر " .

الفصل الثالث

الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه

أولاً: ماهية الضمان العام وعدم كفايته لتأمين حق الدائن:

لا يتعلق حق الدائن العادي أو صاحب الحق الشخصي أياً كان مصدره بمال معين بالذات من أموال مدينه، وإنما يتعلق حقه مع غيره من الدائنين بجميع عناصر الذمة المالية لهذا المدين^(١). فأموال المدين جميعها تمثل الضمان العام المقرر قانوناً لحماية حقوق دائنيه، إذ تنص المادة ٢٣٤/ أ مدني مصري على هذا المعنى بقولها إن " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه"^(٢). ومن ثم فمن حق الدائن إذا لم يبادر مدينه بالوفاء بديونه طواعية واختياراً، أن يلجأ إلى السلطات العامة لتتصره على هذا المدين في صورة التنفيذ الجبري على جميع أمواله التي تمثل ضماناً عاماً للوفاء بحقوقه وحقوق غيره من الدائنين، وهذا ما نصت عليه المادة ١٩٩/ أ مدني مصري بقولها " ينفذ الالتزام جبراً على المدين"^(٣).

وقد يبدو للناظر لأول وهلة أن في منح الدائن ضماناً عاماً يرد على جميع أموال مدينه، وإعطائه الحق في التنفيذ عليها جبراً عنه، إذا امتنع المدين عن الوفاء بحقوقه أو تأخر في ذلك، حماية كافية تسمح لهذا الدائن بتأمين حقه في استيفاء ديونه كاملة غير منقوصة، إلا أن الحقيقة على خلاف ذلك^(٤).

فالضمان العام لا يحقق عادة غاية الدائن في تأمين حقوقه وذلك للأسباب الآتية^(٥):

- ١- إن وجود الضمان العام في ذاته كتأمين يقره القانون لحماية حق الدائن واستفادته منه، مرهون بأن يكون ثمة أموال مملوكة للمدين يمكن أن يرد عليها هذا الضمان، ومن ثم يتصور عدم وجود محل لهذا الضمان أصلاً إذا ما ثبت فراغ الذمة المالية للمدين.

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي "التأمينات الشخصية والعينية" ص ١٥، الطبعة الثالثة عام ١٩٧٩م، مطبعة دار الشعب بالقاهرة.

(٢) هذه المادة تقابل المادة ٢٢٩/أ مدني بحريني.

(٣) هذه المادة تقابل المادة ٢٠٢ من القانون المدني البحريني .

(٤) انظر في مؤلفنا "الوسيط في التأمينات العينية"، ص ٢، طبعة عام ١٩٩٨م، مطبعة بداري بأسسيوط، الناشر مكتبة ياسر بأسسيوط.

(٥) انظر في مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٢.

٢- إذ هذا الضمان العام - حتى على فرض وجوده فعلا لثبوت ملاءمة الذمة المالية للمدين ووجود أموال مملوكة له يمكن أن يرد عليها - نظراً لعدم تعلقه بمال معين من أموال المدين ووروده من ثم على جميع أمواله، فإنه لا يغل يد المدين عن التصرف في هذه الأموال تصرفاً ينقص من هذا الضمان، مما قد يؤدي إلى عدم كفاية أموال المدين في الوفاء بحق الدائن عند اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري بشأنها.

وإذا كان القانون قد جعل بين يد الدائن وسائل قانونية متعددة بهدف المحافظة على الضمان العام المقرر له، ودفع محاولات المدين لإنقاص هذا الضمان أو الحد من زيادته عن طريق الدعاوى الثلاث - الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية - وغيرها من الوسائل الأخرى (كوضع الأختام على أمواله أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو إفلاسه أو التدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه أو استعمال الحق في الحبس)، إلا أن هذه الوسائل قد لا تكفي في المحافظة على الضمان العام للدائنين، ومن ثم قد لا تفلح هذه الوسائل في منع المدين من التصرف في أمواله بما يضر بمصلحة دائنيه رغم ما تسببه للدائن من مشقة وعناء في سبيل اتخاذها.

٣- إن مثل هذا الضمان يشترك فيه جميع الدائنين، ذلك أن الدائنين العاديين جميعهم متساوون في المرتبة، فليس ثمة أفضلية لأحدهم على غيره تبعاً لأسبقية نشوء دينه أو لأسبقية تاريخ حلوله، وبالتالي فإنه إذا كانت مكونات ذمة المدين المالية أو عناصر الضمان العام قاصرة عن الوفاء بمجموع حقوق الدائنين كاملة، اقتسموها فيما بينهم قسمة غرماء أي توزع بينهم بحسب نسبة دين كل واحد منهم، ومن ثم فإن هذا الضمان العام يعجز عن تأمين حقوق الدائن للوفاء بها كاملة.

ولعل هذه الأسباب الثلاثة سألقة الذكر، والتي كشفت لنا عن مواطن الضعف وأوجه القصور في التأمين العام أو الضمان المشترك، أبرزت لنا - في المقابل - الحاجة الماسة إلى وجود تأمين أو ضمان خاص (التأمين الشخصي والتأمين العيني) كضمان كافٍ لحماية حق الدائن جنباً إلى جنب مع التأمين أو الضمان العام، حتى يتسنى لكل دائن استيفاء حقوقه كاملة من مال المدين أو

مال غيره (محل التأمين الخاص) من غير أن يزاحمه فيه أحد من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة عند اتخاذه إجراءات التنفيذ الجبري على هذا المال.

ثانياً: فكرة التأمين أو الضمان الخاص وفائدتها:

تتخذ فكرة التأمين أو الضمان الخاص في واقع الحياة إحدى صورتين: أولاًهما تتمثل في إيجاد أكثر من شخص يستطيع الدائن أن يطالبه بذات الدين، وبناء عليه إذا عجز الدائن عن الحصول على حقه من مدينه، كان له الحق في الرجوع على شخص أو أشخاص آخرين للمطالبة بحقه أو بما لم يستوفه من ذلك الحق، ويطلق على هذه الصورة من صور التأمين الخاص اصطلاح التأمينات الشخصية Les suretés personnelles (كالكفالة والتضامن بين المدينين وعدم انقسام الدين بين المدينين والإنابة الناقصة^(١) والاشتراط لمصلحة الغير).

وتتمثل الكفالة الصورة المثلى للتأمينات الشخصية، والتي يترتب عليها أن تضاف إلى المدين ذمة شخص الكفيل بحيث يمكن للدائن إذا لم يتمكن من اقتضاء حقه من مدينه أن يطالب الكفيل أو الضامن بالوفاء بهذا الحق.

وثانيهما تتمثل في صورة تخصيص مال معين بالذات مملوك لشخص المدين أو لشخص آخر غيره سواء أكان عقاراً أم منقولاً لضمان الوفاء بحق الدائن بحيث يمكن للدائن إذا لم يوفه المدين حقه طوعاً واختياراً، أن ينفذ بحقه على هذا المال محل الضمان متتبعاً إياه في يد أي شخص ليستوفي حقه منه أولاً متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ويطلق على هذه الصورة من التأمين الخاص اصطلاح التأمينات العينية les suretés réelles (كالرهن التأميني والرهن الحيازي وحق الامتياز).

وللتأمين الخاص فائدة مزدوجة، حيث تتحقق من ورائه مصلحة كل من الدائن والمدين على السواء، وتتجلى مصلحة الدائن ظاهرة في ضمان حصوله على حقه، فيمكنه من استيفاء دينه كاملاً من أي شخص من الأشخاص المسؤولين عن الوفاء به إذا كان التأمين شخصياً، أو من حصيلة ثمن بيع المال أو العين الضامنة (سواء أكانت عقاراً أم منقولاً) دون أن يزاحمه في ذلك أحد الدائنين العاديين أو أحد الدائنين التاليين له في المرتبة إذا كان التأمين عينياً.

(١) وتعتبر الإنابة الناقصة كذلك تأميناً شخصياً لمصلحة الدائن، إذ يترتب عليها أن يصير أمام الدائن مدينان بدلاً من مدين واحد، بحيث إذا أعسر المنيب وعجز بذلك عن وفاء دينه أمكن للدائن اقتضاء حقه من الشخص المناب (أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ٢٦).

كما تبدو مصلحة المدين نفسه - من التأمين أو الضمان الخاص - واضحة فيما يحققه له من ثقة كبيرة في نفس الدائن فيمنحه ائتمانه، إذ يندر في المجتمع الآن أن يمنح شخص (سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً كبنك أو شركة تمويل) قروضاً أو ائتمانات (صغيرة أو كبيرة) لغيره من الأشخاص (سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً معنوية كشركات أو مؤسسات اقتصادية) لتمويل مشروعاتهم الاستثمارية، دون أن يحصل على كافة التأمينات أو الضمانات الخاصة شخصية كانت أو عينية لضمان سداد هذه القروض و الائتمانات في مواعيدها المحددة. وليس بخافٍ علينا ما للائتمان - الذي تساعد التأمينات أو الضمانات الخاصة على انتشاره - من دور كبير في إثراء الحياة الاقتصادية في المجتمعات الإنسانية ورفع معدلات النمو الاقتصادي فيها.

ثالثاً: وسائل المحافظة على الضمان العام:

لم يكتف واضع القانون باعتبار جميع أموال المدين ضامنة لحقوق دائنيه، فضلاً عن حقهم في الحجز والتنفيذ عليها لاستيفاء حقوقهم من ثمنها، لأن هذا وإن بدا محققاً لمصلحة هؤلاء الدائنين بصورة ظاهرة، إلا أنه مهدد بالزوال أو الضعف، وذلك إذا ما تركت للمدين الحرية المطلقة في التصرف في أمواله التي تعد عناصر الضمان العام لدائنيه على نحو يضعف من هذا الضمان أو ينقصه.

من أجل ذلك فقد عمد واضع القانون إلى إيجاد نوع من التوازن المعقول بين حق المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها، وحق الدائن في المحافظة على عناصر الضمان العام ضد تصرفات المدين الضارة بها، دون إفراط أو تفريط، فاعترف له بالحق في إدارة أمواله والتصرف فيها، وبحق الدائنين في اتخاذ الوسائل التي تحول دون الإضرار بحقوقهم.

ولبلوغ تلك الغاية المنشودة ممثلة في رعاية حقوق الدائنين فقد اتجه واضع القانون إلى إيجاد عدد كبير من الوسائل القانونية اللازمة للمحافظة على الضمان العام، منها ما يباشر لمجرد الاحتياط والحذر، بحيث يستهدف الدائن مجرد التحفظ على أموال مدينه كوضع الأختام على أموال المدين، أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو إفلاسه، أو التدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه أو شهر إعساره، ومنها ما يتخذ من قبل الدائن للتصدي لمحاولات المدين

للنيل من ضمانهم العام إيجاباً (بمباشرة تصرفات تنقص من هذا الضمان) أو سلباً (بالتقاعس عن زيادة عناصره بسبب الإهمال أو التقصير في تحصيل حقوقه)، هذه الوسائل ممثلة في كل من الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)، ودعوى الصورية، هذا إلى جانب الحق في الحبس، وشهر إعسار المدين (ويراعي أن القانون المدني البحريني لم ينظم الإعسار المدني بعكس القانون المصري الذي أفرد له أحكاماً خاصة به، ولذا لا يجوز طلب شهر إعسار المدين في البحرين).

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

L'action indirecte ou oblique

أولاً: التعريف بهذه الدعوى:

يمكنني تعريف هذه الدعوى بأنها "وسيلة قانونية ترخص لأي دائن له حق موجود غير متنازع فيه استعمال اسم مدينه للمطالبة بحقوقه الجائز استعمالها، إذا ما تقاعس المدين عن ذلك على نحو مؤدٍ إلى إعساره أو زيادة إعساره".

ويرخص القانون للدائنين استعمال حقوق مدينهم لدى الغير، سواء اتخذ هذا الاستعمال شكل الدعوى، وهذا هو الغالب، أم اتخذ شكل القيام بعمل أو إجراء آخر غير طريق الدعوى، مثل قيام الدائن بتسجيل عقد شراء عقار لم يكثرث مدينه بتسجيله، أو قيد أو تجديد رهن مقرر لضمان حق المدين لم يقيم المدين بقيده أو تجديده أو قطع تقادم سارٍ في حق هذا المدين.

ويطلق على تلك الوسيلة القانونية التي ترخص للدائن استعمال حقوق مدينه لدى الغير اصطلاح الدعوى على سبيل التجوز أخذاً بالغالب الذي يجري عليه العمل^(١)، كما يطلق عليها وصف الدعوى غير المباشرة، تمييزاً لها عن الدعوى المباشرة التي يمنحها القانون في بعض الأحوال للدائن مستعملاً فيها حق مدينه باسمه هو لا باسم مدينه، ويجعل له مع الغير علاقة مباشرة - على ما سنرى فيها بعد - ذلك أن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يستعمل اسمه

(١) وينتقد بعض الفقهاء - وبحق - استعمال لفظ الدعوى في هذا المقام ويصفونها بأنها لفظ غير دقيق، على أساس أنه مدعاة للإحباط بأن استعمال حقوق المدين لا يكون إلا عن طريق المطالبة القضائية بها (أي عن طريق الدعوى)، وهذا غير صحيح، فقد يتم بطريق الدعوى أو بطريق آخر غيرها (انظر في ذلك أ.د/ أنور سلطان، بند ٨، ص ١٢، أ.د/ إسماعيل غانم بند ٦٠، ص ١٥٠، أ.د/ السنهوري، الوسيط، ج ٢، بند ٥٤٠، ص ٩٦٠، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ١٧، ص ٩٩، ١٠٠).

الشخصي عند استعمال حق مدينه، ولكن يستعمل اسم هذا المدين، إذ ليست له أية علاقة مباشرة تربطه بمدين مدينه، هذا بالإضافة إلى أنه لا يأخذ الحق الذي يستعمله باسم مدينه بطريق مباشر، ولكن يدخله أولاً في ذمة مدينه ليصير بذلك جزءاً من الضمان العام المقرر لسائر الدائنين، ثم ينفذ بعد ذلك على أي عنصر من عناصر هذا الضمان العام لاستيفاء حقه منه، فيستفيد بذلك من هذه الدعوى بطريق غير مباشر^(١) مقتسماً ذلك مع باقي الدائنين قسمة غرماء، أي بحسب نسبة أو مقدار قيمة حق كل واحد منهم مقارنة بغيره من الدائنين.

ثانياً: طبيعة الدعوى غير المباشرة ومدى جدواها:

لا تعد هذه الدعوى من قبيل الوسائل التحفظية التي يستعملها الدائن بغرض التحفظ فقط على أموال مدينه لتبقى هذه الأموال على حالتها تقادياً لأية محاولات قد تصدر من المدين لأجل إخراج أي شيء منها على نحو يضعف ذمته المالية أو ينقص من قدرها فينال بذلك من الضمان العام المقرر للدائنين على هذه الأموال، كما أنها ليست وسيلة من وسائل التنفيذ على حق المدين لدى الغير، لأنه وإن كان صحيحاً أن الدائن يلجأ إلى استعمال هذه الدعوى بغرض الحصول على حقه، إلا أن سبيله إلى بلوغ تلك الغاية يتحقق من خلال وسائل التنفيذ التي يباشرها على الحق الذي حفظته الدعوى غير المباشرة فهي تمهد للتنفيذ ولكنها ليست من وسائله، ولذلك ينظر الفقه إلى هذه الدعوى على أنها وسيلة واقعة في مرحلة وسطى ما بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية، فهي أقوى من الوسائل التحفظية وأدنى من الوسائل التنفيذية، فعلى سبيل المثال نجد أن قيام الدائن بتسجيل عقد شراء عقار لمدينه يعد عملاً يبرأه من ورائه دخول العقار في ملك المدين (المشتري) فيصير بذلك جزءاً من الضمان العام المقرر للدائن فيتسنى له على إثر ذلك اتباع وسائل التنفيذ بشأنه^(٢).

وقد يبدو للوهلة الأولى أن الدائنين كثيراً ما يلتجأوا إلى الدعوى غير المباشرة من الناحية العملية للمحافظة على ضمانهم العام الوارد على جميع أموال المدين من تقصير المدين أو إهماله الذي يؤدي عادة إما إلى إنقاصه أو إلى الحد من زيادة عناصره، في حين أن الواقع يكذب هذا التصور، حيث ثبت من خلال استقراء الأحكام القضائية ندرة التجاء الدائنين إلى هذه الدعوى،

(١) ذلك أن هذه الدعوى ليست طريقاً من طرق التنفيذ على حقوق المدين لدى الغير.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عيد المنعم البدرابي، بند ١١٣، ص ١٣٢، أ.د/ أنور سلطان، بند ٨، ص ١٣، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٨٠، ص ١١٠، أ.د/ عيد الناصر العطار ص ٩٠.

ويرجع ذلك إلى هذين السببين^(١): أولهما إن هذه الدعوى ليست وسيلة من وسائل التنفيذ، فهي تمهد للتنفيذ ولكن لا تؤدي إليه، ومن ثم فهي لا تحقق مراد الدائن من استعمال حق مدينه لدى الغير، ولذا عادة ما يهجرها الدائن سالكاً سبيلاً آخر غيرها أيسر وأسهل لبلوغ غايته، (سيما إذا كان حقه متمثلاً في مبلغ من النقود وواجب السداد)، ألا وهو حجز ما للمدين لدى الغير، ثانيهما إن الدائن إذا أفلح في دعواه فحفظ حق مدينه لدى الغير فإنه لا يستقل به عن غيره من الدائنين بهذا الحق، بل يزاحمونه هؤلاء الدائنون في الحجز والتنفيذ عليه ويقتسمونه معه فيما بينهم قسمة غرماء أي يوزع بينهم الحق بحسب قيمة كل دين بالنسبة لغيره من الديون المترجمة معه .

ثالثاً: صفة الدائن في رفع الدعوى غير المباشرة:

يستمد الدائن حقه في استعمال حقوق مدينه لدى الغير، سواء برفع هذه الدعوى أم عن طريق أي عمل أو إجراء آخر يستهدف المحافظة على ضمانهم العام، من القانون فهو الذي يمنحه هذا الحق بوصفه نائباً عن مدينه (م ٢٣٦ مدني مصري^(٢))، إلا أن هذه النيابة القانونية La representation juridique تعد نيابة من نوع خاص، وذلك نظراً لتباينها واختلافها في طبيعتها عن أي نوع من أنواع النيابة المعروفة. ذلك أن النيابة أياً كان نوعها، أي سواء أكانت نيابة قانونية (مثل نيابة الولي) أم نيابة قضائية (مثل نيابة الوصي)، أم نيابة اتفاقية (مثل نيابة الوكيل)، تستهدف مصلحة الأصيل لا النائب، بعكس نيابة الدائن عن مدينه في استعماله لحقوقه لدى الغير فهي تستهدف مصلحة النائب في المقام الأول حتى وإن أدت بالتبعية إلى تحقيق مصلحة المدين بوصفه أصيلاً، لأن الغرض من تقرير هذه النيابة هو المحافظة على الضمان العام المقرر للدائنين من سلوك المدين المهدد له بالزوال أو الضعف بسبب تقاعسه عن استعمال حقوقه لدى الآخرين فينقص من عناصر هذا الضمان أو يحد من زيادته^(٣). هذا بالإضافة إلى أن هذه النيابة ليست نيابة مطلقة في كل معاملات المدين مع الغير كما في النيابة القانونية أو النيابة القضائية، ولكنها محصورة بما يحقق الغرض منها في المحافظة على الضمان العام دون زيادة أو تجاوز، وذلك حتى لا تصير شكلاً من أشكال الوصاية التي تصطدم بحرية المدين الشخصية^(٤).

(١) انظر في نص المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٩، ص ١٣.

(٢) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدنية نائباً عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه ". هذه المادة تقابل المادة م ٢٣١ مدني بحريني .

(٣) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦٠، ص ١٤٩، أ.د/ أنور سلطان، بند ١٠، ص ١٤.

(٤) انظر في هذا المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦٠، ص ١٤٩.

ولا يلزم لمباشرة الدائن حق مدينه لدى الغير سبق إذاره بذلك، بل يستطيع مباشرة هذا الحق ولو لم يعذره، غير أنه إذا استعمل الدائن حق مدينه لدى الغير بطريق الدعوى غير المباشرة، وجب عليه إدخال المدين الذي يرفع الدعوى باسمه بوصفه خصماً في هذه الدعوى، حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه في مواجهة الغير، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة (م ٢/٢٣٥ مدني مصري^(١)).

رابعاً: شروط استعمال الدعوى غير المباشرة:

يظهر من النصوص القانونية المنظمة لحق الدائن في استعمال حقوق مدينه أن يتوافر نوعان من الشروط منها ما هو موضوعي وهي الشروط المتصلة بحق الدائن، وبالمدين نفسه، وبحق المدين الذي يستعمله الدائن لدى الغير، ومنها ما هو إجرائي يتصل بالدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه^(٢):

١- الشروط الموضوعية:

يمكن تفصيل هذه الشروط على النحو الآتي :

أ- الشروط المتصلة بحق الدائن:

نظراً للطابع الوقائي Le caractère preventif للدعوى غير المباشرة التي تستهدف المحافظة على الحق لا التنفيذ عليه، فإنه لا يلزم أن يكون حق الدائن معلوم المقدار أو مستحق الأداء، ما دام أنه حق موجود وغير متنازع فيه^(٣).

فحق الدائن ما دام حقاً موجوداً أي محققاً غير محتمل، وغير متنازع فيه فيمكن لصاحبه مباشرة هذه الدعوى للحفاظ على الضمان العام، ولو لم يكن هذا الحق معلوم المقدار (مثل حق المضرور الذي أصابه شخص بسيارته في الطريق العام قبل أن يتحدد مقدار تعويضه عن طريق الاتفاق أو القضاء) أو مستحق الأداء (فصاحب الحق المؤجل أجلاً اتفاقياً أو قضائياً يمكنه استعمال حقوق مدينه).

(١) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها "ولا يلزم لاستعمال الدائن حقوق مدينه إذار هذا المدين، ولكن إذا رفعت دعوى باسمه وجب إدخاله فيها، وإلا كانت غير مقبولة". هذه المادة تقابل المادة ٢٣٠/ب مدني بحريني .

(٢) تنص المادة ٢٣٥ من القانون المدني المصري على أن "أ- لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله إياها من شأنه أن يسبب إفساره أو أن يزيد في هذا الإفسار". "ب- ولا يلزم لاستعمال الدائن حقوق مدينه إذار هذا المدين، ولكن إذا رفعت دعوى باسمه وجب إدخاله فيها، وإلا كانت غير مقبولة". هذه المادة تقابل المادة ٢٣٠ من القانون المدني البحريني.

(٣) فإذا كان الحق متنازعا فيه، فإنه لا يصير موجوداً، أي محقق الوقوع إلا إذا حكم القضاء بثبوته (انظر نقض مدني مصري ١٩٦٤/١٢/٢١ - مجموعة المكتب الفني السنة ١٥ رقم ١٨٠، ص ١٢٤٨).

وإذا كان حق الدائن معلق على شرط فاسخ، فهو حق موجود وإن كان مهدداً بالزوال في المستقبل إذا تحقق هذا الشرط، ومن ثم يمكن لصاحبه مباشرة حقوق مدينه لدى الغير، بعكس الحال بالنسبة لحق الدائن إذا كان معلقاً على شرط واقف، فهو حق غير موجود، فهو محتمل الوجود في المستقبل إذا ما تحقق الشرط الواقف، ومن ثم ليس لصاحبه قبل تحقق هذا الشرط استعمال حقوق مدينه.

فإذا ما ثبت وجود حق الدائن وقت رفع هذه الدعوى أو وقت مباشرة أي إجراء آخر غيرها من قبل الدائن نيابة عن مدينه، فإنه يستوي بعد ذلك أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على نشوء حق مدينه لدى الغير أو لاحقاً عليه، هذا بعكس الحال في الدعوى البوليصية (أي دعوى عدم نفاذ التصرف)، حيث يلزم في هذه الدعوى أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على التصرف المطعون عليه بعدم النفاذ.

كما يستوي أن يكون لحق الدائن ضمان خاص كما لو أن له حق اختصاص (١) ، أو حق رهن أو حق امتياز، أم كان مجرد دائن عادي ليس له من ضمان خاص على مال معين من أموال المدين ، بل له فحسب ضمان عام يرد على جميع أموال المدين دون أن يتعلق بمال معين منها ، ذلك أن لكل دائن سواء أكان دائناً عادياً أم خاصاً (أي ممتازاً) استعمال حقوق مدينه لدى الغير عن طريق هذه الدعوى أو غيرها من الإجراءات الأخرى (٢).

ب- الشروط المتصلة بالمدين:

رغبةً في تحقيق التوازن المعقول بين مصلحة المدين في عدم فرض الوصاية عليه فيما يصدر عنه من سلوك سلبي بشأن حقوقه لدى الآخرين، ومصلحة الدائنين في المحافظة على عناصر الضمان العام المقرر لهم على أموال هذا المدين، يتعين أن تتوفر عدة شروط متصلة بهذا المدين ليرخص للدائن في النيابة عنه في استعمال حقوقه لدى الآخرين رغماً عنه، هذه الشروط هي:

(١) ويراعى أن حق الاختصاص لا وجود له ضمن الحقوق العينية التبعية في البحرين ، بعكس الحال في مصر فهو أحد الحقوق العينية التبعية (٢) ذلك أن القانون يثبت لكل دائن حق استعمال حقوق مدينه عند توافر شروط معينة سواء أكان دائناً عادياً أم دائناً خاصاً، فقد جاء النص عاماً في الدائن ومطلقاً عن القيد بدائن محدد، والعام يحمل على عمومه، والمطلق يحمل على إطلاقه ما دام لم يخصه مخصص أو يقيدته مقيد (م ٢٣٥ مدني مصري ، م ٢٣٠ مدني بحريني).

- عدم استعمال المدين لحقوقه:

يكفي الدائن إثبات أن المدين متعاس عن استعمال حقوقه لدى الآخرين، حتى يرخص للدائن بالنيابة عنه نيابة قانونية في استعمالها، سواء أكان عدم الاستعمال من جانب هذا المدين راجعاً إلى مجرد إهماله أو تقصيره في القيام بها، أم كان ذلك بسوء نية أو بقصد الإضرار بدائنيه (وسواء أكان متواطئاً في ذلك مع الغير أم دون تواطؤ) ليبعد هذه الحقوق عن تعلق حقوق الدائنين بها بعد دخولها في ذمته وصيرورتها أحد عناصر ضمانهم العام.

ويجب مراعاة أن الدائن إذا بدأ في مباشرة الدعوى أو أي إجراء آخر باسم مدينه ثم نشط المدين ورغب في استعمال حقه بنفسه، وجب على الدائن أن يوقف نشاطه في هذا الخصوص تاركاً للمدين مهمة إكمال باقي الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه لدى الغير، وإن كان من حق الدائن أن يراقب سلامة استعمال المدين لحقه بما لا يضر بضمانه العام، تقادياً لمحاولات الإضرار به بالتواطؤ مع الغير (مدين المدين) على الإضرار بالدائن، كأن يطلب بقاءه في الدعوى التي سبق أن بدأها ثم تابع المدين بدلاً منه السير في إجراءاتها أو يطلب إدخاله فيها إذا لم يكن هو الذي رفعها، وذلك لضمان المحافظة على مصلحته، ودرءاً لأية محاولة للإضرار بالضمان العام.

- إعسار المدين أو زيادة إعساره:

لا يكفي للسماح للدائن بالتدخل في شئون مدينه أن يتعاس هذا المدين عن استعمال حقوقه لدى الغير، ما دام لم يؤد ذلك إلى إعساره أو زيادة إعساره.

ومن ثم إذا كان المدين موسراً بحيث يكون ما لديه من أموال كافياً لسداد ما عليه من ديون، فليس للدائن حق في استعمال حقوق مدينه لدى الغير ولو تعاس عن استعمالها، لأنه في هذه الحالة ستنتفي المصلحة لدى الدائن في استعمال حق المدين لدى الغير، ذلك أن مصلحة الدائن ليست في زيادة العناصر الإيجابية لذمة المدين المالية إذا كان ما بها من مال كافٍ لسداد ديونه⁽¹⁾.

(1) انظر في نفس المعنى: أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١١٣.

ويقصد بالإعسار في هذا المقام الإعسار الفعلي الذي يتحقق عند ثبوت عدم كفاية عناصر
الذمة المالية للمدين لسداد ما عليه من ديون، وإن لم يتحقق الإعسار القانوني بصدور حكم
قضائي بشهر هذا الإعسار^(١).

وهنا يطرح التساؤل نفسه حول الديون التي لا تكفي عناصر ذمة المدين المالية لسدادها فيكون
المدين بسببها معسراً، هل تشمل جميع الديون التي على عاتقه المستحق الأداء منها والمؤجل، أم
تقتصر على الديون الحالة الأداء فقط، بحيث لا يكون المدين معسراً إذا كانت أمواله كافية لسداد
الديون الحالة فقط دون الديون المؤجلة؟

يستقر الرأي لدى غالبية الفقهاء على أن من حق الدائن استعمال حقوق مدينه المتعاس عن
استعمالها لدى الغير ما دامت أمواله لا تكفي لسداد جميع ديونه الحال منها والمؤجل، ومن ثم يعد
معسراً ولو كانت أمواله كافية لسداد ديونه الحالة، بل ولو كان حق الدائن مستحق الأداء، إذ أن
من حقه أن يخشى من حلول الديون المؤجلة قبل أن يفرغ من إتمام التنفيذ بحقه على أموال مدينه
فيزاحمه هؤلاء الدائنون في استيفاء حقوقهم معه عند التنفيذ^(٢).

بيد أن من الفقه من يرى - وبحق - وجوب تقدير إعسار المدين بالنظر إلى مركز الدائن
منه، بحيث إذا كان للدائن تأمين عيني يضمن له الوفاء بكامل حقه، فليس من حقه استعمال
حقوق مدينه، حتى وإن أدى عدم الاستعمال إلى إعساره، ما دام أن هذا الأمر لن يضر بهذا
الدائن، بل يكون استعمال الدعوى من حق غيره من الدائنين ممن يضر بهم مسلك المدين، وذلك
تمشياً مع فكرة المصلحة المشروعة للدائن^(٣).

ويقع على عاتق الدائن عبء إثبات إعسار المدين أو زيادة إعساره بسبب قعوده عن المطالبة
بحقوقه، فإذا أفلح في إثبات ذلك كان له حق استعمال هذه الحقوق، هذا ما لم ينف المدين صحة
ذلك بإثبات أن ما لديه من أموال كاف لسداد جميع ديونه^(٤).

(١) أ.د/ السنهوري، ج ٢، بند ٥٣٨، ص ٩٥٥، هذا مع مراعاة أن المدين وإن أعسر إعساراً فعلياً لم يجز في البحرين شهر إعساره لعدم تنظيم القانون المدني البحريني
لإعسار المدني على نحو يسمح بذلك بعكس القانون المدني المصري.

(٢) انظر في هذا المعنى " أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦٣، ص ١٦١، ١٦٢، أ.د/ فتحي عيد الرحيم، بند ٧٤، ص ١٠٣.

(٣) أ.د/ أنور سلطان، بند ١٧، ص ١٨، ١٩.

(٤) فإذا أثبت المدين أن أمواله تكفي لسداد جميع ديونه المستحق منها وغير المستحق انتقلت مصلحة الدائن في التدخل في حقوقه لدى الآخرين، ولم يجز له استعمال حقوقه
نيابة عنه.

ج- الشروط المتصلة بحق المدين المراد استعماله:

لقد عمد واضع القانون في سبيل تدعيم الضمان العام إلى إعطاء الدائنين الحق في استعمال جميع حقوق ودعاوى مدينهم بصفة عامة، ولم يخرج من هذه الحقوق شيئاً إلا ما استثني منها بنص خاص.

فلم يخرج القانون من دائرة الاستعمال المباح للدائن من حقوق مدينه سوى الحقوق المتصلة بشخصه، والحقوق غير القابلة للحجز أو الخارجية أصلاً عن نطاق الضمان العام (م ٢٣٥/١ مدني مصري ، م ٢٣٠/أ مدني بحريني).

وبذلك يمكن القول بأن الحقوق المالية الثابتة للمدين، نظراً لدخولها في الضمان العام لدائنيه، يحق لكل دائن استعمالها واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة عليها إذا قعد المدين عن هذا الاستعمال، سواء تطلب ذلك من الدائن الالتجاء إلى القضاء في صورة دعوى كأن يرفع دعوى باسم مدينه لمطالبة المشتري من مدينه بدفع الثمن أو دعوى لاسترداد عقار مدينه من حائزه ، أو اتخاذ عمل مادي أو قانوني لا يتطلب رفع دعوى قضائية كأن يقوم باسم مدينه بقيد رهن لصالحه أو تجديد قيده (ويراعى أن تجديد القيد إجراء غير لازم في البحرين ، بعكس الحال في مصر إذ يلزم لاستمرار بقاء حق الرهن نافذاً في مواجهة الغير دون أن يسقط أن يجري تجديد قيده كل عشر سنين) أو تسجيل عقد شراء مدينه حتى تنتقل إليه ملكية العقار أو يقطع سريان تقادم في حق مدينه أو يطعن باسم مدينه في حكم صدر ضده^(١).

وبناء على ما سبق يخرج عن دائرة الاستعمال المباح للدائن من بين حقوق مدينه الحقوق الآتية :

- الحقوق المتصلة بشخص المدين:

ليس ثمة تحديد جامع مانع لهذه الحقوق، وإن كان ذلك لا يحول دوننا والقول بأن وصف هذه الحقوق لا يخرج عن هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق:

- جميع الحقوق غير المالية:

وأساس استبعاد هذا النوع من الحقوق هي أنها بحسب طبيعتها لا تدخل في الضمان العام، لأن الضمان العام لا يشمل إلا الحقوق المالية.

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١٠٦، ١٠٧، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٧٥، ص ١٠٤، ١٠٥.

فالحقوق غير المالية جميعها بلا استثناء لا يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه، حتى وإن تولدت عن استعمالاتها آثار أو نتائج مالية، فلا يجوز مثلاً للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى إثبات النسب، حتى وإن كان من شأن ثبوت نسبه إلى شخص معين ثبوت حقه في ميراثه، كما لا يجوز له أن يستعمل حق مدينه في طلاق زوجته، حتى وإن ترتب على ذلك عدم التزامه في مواجهتها بالنفقة الزوجية^(١).

- بعض الحقوق المالية التي يعتمد استعمالها على الاعتبار الأدبي للمدين:

إذا كانت القاعدة العامة أن جميع الحقوق المالية الثابتة للمدين فعلاً يمكن للدائن أن يستعملها نيابة عنه، إلا أن هناك بعض الحقوق المالية تقوم في استعمال المدين لها على تقديره الشخصي واعتباره الأدبي، على نحو ماسٍ بشخصيته، وحرية في التقدير، فلا يسمح من ثم للدائن باستعمالها باسم مدينه، من ذلك حق الدائن في التعويض عن الضرر الأدبي^(٢)، وحق الواهب في الرجوع في هبته لعذر مقبول (م ٥٠٠، ٥٠١ مدني مصري^(٣))، وحق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالاً مالياً، وذلك لما له من أثر بليغ على سمعته الأدبية^(٤). فهذه الحقوق ونظائرها رغم ما بها من حق مالي إلا أنها لا تخلو من الاعتبار الأدبي الذي يجعلها متصلة بشخص المدين على نحو يحول دون السماح لدائنيه باستعمالها نيابة عنه.

- استعمال الخيارات دون الرخص

يفرق الفقهاء بين الرخص Les facultés والخيارات Les options، فيجيزون للدائنين استعمال الخيارات باسم مدينهم دون الرخص، على أساس أن الخيارات تتعلق بحقوق موجودة وثابتة للمدين قبل وجودها، غاية ما هنالك أن المدين مخيرٌ فيها بين القبول فيستقر بموجبها حقه الذي سبق له اكتسابه من قبل، وبين الرفض فيزول عنه هذا الحق، فمثلاً نجد أنه في الوصية التي يموت الموصي مصرّاً عليها لصالح الموصى له، الحق الموصى به فيها حق ثابتٌ للموصى له

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦١، ص ١٥٢، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١٠٩، أ.د/ عبد المنعم البدروي، بند ١٠٣، ص ١٢٢.

(٢) مثل حق المدين في التعويض عن سبه أو قذفه، وحقه في التعويض عن موت أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية، فهو وحده الذي يقدر ما إذا كان يستعمل هذا الحق أو يسكت عن المطالبة، لمساسه بكرامته وكيانه الأدبي، هذا ما لم يثبت أن المدين قد استعمل فعلاً حقه في طلب التعويض عن هذا الضرر فاتفق عليه مع المسئول أو طالب به أمام القضاء، أو كان محدداً بمقتضى القانون، فعندئذ يجوز للدائن المطالبة به باسم مدينه إذا سكت عن هذه المطالبة، لأنه قد زال عنه الاعتبار الأدبي الذي كان حائلاً دون أن ينوب عن المدين أحد في المطالبة به (حيث تنص المادة ١/٢٢٢ مدني مصري على أنه "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء". هذه المادة تقابل المادة ١٦٤ مدني بحريني).

(٣) لم ينظم القانون المدني البحريني عقد الهيئة بأحكام خاصة، مكتفياً بإحالة أمر تنظيمها إلى قواعد الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين التي تصدر في شأنها (حيث تنص المادة ٤٥٢ مدني بحريني على ذلك بقولها تسري على الهيئة أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين التي تصدر في شأنها) بخلاف القانون المدني المصري الذي أفرد لعقد الهيئة أحكاماً خاصة تفصيلية منظمة لها في المواد من ٤٨٦ حتى المادة ٥٠٣ منه.

(٤) انظر في هذا المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦١، ص ١٥٣، أ.د/ عبد المنعم البدروي، بند ١٠٣، ص ١٢٢، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٧٨، ص ١٠٧.

حتى من قبل قبوله إياه، غاية ما هنالك أن الموصى له مخيراً بين قبول الوصية فيستقر له حقه فيها بصورة نهائية وبين رفضه لها فيزول عنه هذا الحق، ولذا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه في القبول، لأن هذا القبول لا ينشئ للمدين حقاً جديداً، إنما يقتصر دوره عند حد تثبيت ما سبق له اكتسابه من الحقوق، وكذلك الحال بالنسبة لقبول المستفيد أو المنتفع للاشتراط الذي تم لصالحه في عقد الاشتراط لمصلحة الغير فيجوز لدائنيه استعمال حقه في القبول نيابة عنه ليستقر حق المستفيد بصورة نهائية، ولا يجوز للمشترط نقض الاشتراط بعد ذلك^(١). هذا بخلاف الرخص حيث إن استعمالها من قبل المدين يكسبه حقاً أو مركزاً قانونياً جديداً لم يكن موجوداً له قبل صدورها، ومن ثم فلا يجوز للدائن استعمال الرخص المقررة لمدينه، ذلك أن الرخص ترتبط بحقوق - وإن كانت هذه الحقوق ذات طابع مالي محض - غير ثابتة أصلاً للمدين، فهي (أي الرخص) كما يقول البعض - وبحق - لا تمثل قيمة مالية قائمة بذاتها حتى يشملها الضمان العام^(٢)، فمثلاً الحق في طلب الشفعة رخصة مقررة للشريك في المال الشائع (سواء في مصر أم في البحرين أم في الكويت) أو للجار (في مصر دون البحرين أو الكويت)، رغم أن العلة فيهما واحدة، بما يحتم قياس الجار على الشريك في إثبات الشفعة له (إذا ما طلبها نشأ له الحق في أخذ العقار المشفوع فيه بسبب الشراكة في المال الشائع كما في مصر أو البحرين أو الكويت)، أو بسبب الجوار كما في مصر فقط (إذ لم يثبت القانون المدني البحريني أو الكويتي الشفعة بين الجيران، وهو وضعٌ منتقَدٌ لأن الجوار ليس أقل من الشراكة في وجوب إثبات الشفعة للجار كما هي ثابتة للشريك في المال الشائع)، فهو ليس حقاً مالياً ثابتاً للمدين حتى يستعمله دائنه، ولذا لا يجوز له استعماله نيابة عنه، ومن قبيل الرخص أيضاً حق المدين في قبول إيجاب موجه إليه ولو كان بشأن صفقة رابحة، إذ لا يجوز للدائن القبول نيابةً عنه، وحق الشريك على الشيوع في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريكه لأجنبي^(٣).

(١) فالخيار هو مشيئة تصدر عن صاحبها بشأن حق ثابت له من قبل يعرب فيها عن إرادته بالقبول فيستقر له هذا الحق، بعكس الرخصة فهي مشيئة تصدر عن صاحبها ليعرب فيها عن إرادته لإنشاء حق ما من الحقوق لم يكن ثابتاً له قبل صدورها.

(٢) أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦١، ص ١٤٥.

(٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبد المنعم البراوي، بند ١٠٤، ص ١٢٣، أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦١، ص ١٥٤، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٧٦، ص ١٠٥.

وليس للدائن حق في أن يفرض على مدينه وصاية شاملة لكل شئونه وأعماله، فيطلب حلوته محله في إدارة أمواله، بحجة أن مدينه لا يحسن إدارتها، لما في ذلك من مساس ظاهر بحريته الشخصية وشعوره بالذاتية والاستقلال في شئون نفسه^(١).

ومما ينبغي لفت الانتباه إليه أن سلطة الدائن في ممارسة حقوق مدينه نيابة عنه لا تعد من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على استبعاد حق ما من الحقوق الجائز للدائن استعمالها نيابة عن المدين، فيكون ذلك بمثابة نزول من الدائن عن هذا الحق، أما الاتفاق بين المدين والغير على اعتبار حق المدين تجاهه من الحقوق المتصلة بشخص المدين على خلاف الحقيقة، لا أثر له بالنسبة للدائن، إذ يكون من حقه استعمال هذا الحق ما دام أنه من الحقوق الجائز استعمالها نيابة عن المدين^(٢).

ولا يجوز للدائن استعمال الحق الذي يباشره المدين عن غيره، كما لو كان المدين ولياً على قاصر أو قيماً على محجور عليه أو ناظراً على وقف، فليس من حق الدائن رفع دعاوى القاصر أو المحجور عليه أو الوقف باسم مدينه، لأن سلطة الدائن مقصورة على حقوق المدين ذاته، دون أن تمتد لتشمل الحقوق التي يباشرها المدين نيابة عن غيره^(٣).

- الحقوق غير القابلة للحجز:

إذا كانت ثمة حقوق للمدين لا يجيز القانون الحجز عليها، فلا يتصور ورودها في نطاق الدعوى غير المباشرة، حيث تنتفي مصلحة الدائن في المطالبة باسم مدينه بحق ما غير جائز قانوناً الحجز عليه، مثل حقه في النفقة، فهو غير جائز الحجز عليه أصلاً، ومن ثم تتعدم الفائدة من مطالبة الدائن به نيابة عن مدينه، لأنه يخرج عن دائرة الحقوق الداخلة في الضمان العام، فلا يستطيع الدائن التنفيذ على مبلغ النفقة المحكوم به للمدين^(٤).

٢- الشروط الإجرائية:

يلزم لصحة هذه الدعوى وقبولها (أو لصحة أي إجراء آخر غير الدعوى يباشره الدائن نيابة عن مدينه) أمام القضاء أن يتوافر لها من الناحية الإجرائية هذان الإجراءان:

(١) فليس للدائن أن يطلب حلوته محل المدين في زراعة أطبانه بحجة أن المدين لا يتبع في زراعتها أصول الفن الزراعي (أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦١، ص ١٥٤).

(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦١، ص ١٥٧، أ.د/ عبد المنعم البدر، بند ١٠٠، ص ١٢٠، ١٢١.

(٣) انظر في هذا المعنى: أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٧٧، ص ١٠٦.

(٤) فالدعوى غير المباشرة يباشرها الدائن بغرض إدخال الحق المستعمل نيابة عن المدين في ذمة المدين تمهيداً للتنفيذ عليه، فإذا كان هذا الحق غير جائز التنفيذ عليه لم تكن هناك مصلحة أو جدوى من استعمال الدائن لها.

- الإجراء الأول: ضرورة استعمال الدائن حق مدينه باسم هذا المدين:

وهذا أمر طبيعي إذ ليس للدائن صفة في استعمال حق المدين لدى الغير باسمه الشخصي، وإنما يضحى ذا صفة في هذا الاستعمال باعتباره نائباً عن هذا المدين نيابة قانونية، لرعاية حقه في المحافظة على الضمان العام المقرر له ولغيره من الدائنين على أموال المدين وحقوقه الجائز استعمالها، ولا يلزم أن يذكر الدائن في عريضة الدعوى أنه يعمل باسم مدينه، متى أمكن إدراك نيابته عنه من فحوى هذه العريضة^(١).

- الإجراء الثاني: وجوب إدخال المدين خصماً في الدعوى:

لقد أوجب القانون صراحة إدخال المدين خصماً في الدعوى، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة (م ٢/٢٣٥ مدني مصري^(٢)). وهذا أمرٌ منطقي إذ لا يعقل أن ترفع دعوى باسم المدين ولا يتم إدخاله في هذه الدعوى، إذ كيف يكون الحكم الصادر في هذه الدعوى حجة على المدين وهو ليس ممثلاً في هذه الدعوى، في حين أنه الأصل المرفوعة باسمه الدعوى، ولذا يتعين إدخاله في الدعوى حتى يكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه، فإذا غفل الدائن عن هذا الإجراء جاز للمدين الدخول في الدعوى من تلقاء نفسه، بل ولمدين المدين الحق في طلب إدخاله، بل ومن حق المحكمة أن تأمر بإدخاله من تلقاء نفسها.

خامساً: آثار الدعوى غير المباشرة:

تتحدد آثار الدعوى غير المباشرة في ضوء فكرتين أساسيتين: أولاهما تدور حول الغرض من هذه الدعوى بوصفها وسيلةً من وسائل المحافظة على الضمان العام وليست وسيلةً من وسائل التنفيذ عليه في أي عنصر من عناصره، وثانيهما تدور حول حقيقة المركز القانوني للدائن في هذه الدعوى بوصفه مجرد نائب قانوني عن المدين في استعماله الحق المثار بشأنه الدعوى وليس أصيلاً فيها، وذلك على التفصيل الآتي:

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ ليلي عبدالله سعيد، بند ١٠٩، ص ١٢١.

(٢) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " ولا يشترط أعمار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى ". هذه المادة تعادل المادة ٢٣٠/ ب مدني بحريني

١ -- آثار الدعوى بالنسبة للمدين:

إن استعمال الدائن حق مدينه لدى الغير لا يجعل له سلطاناً عليه يزيد عن سلطان النائب الذي يعمل فيه لحساب الأصيل، حتى وإن كانت هذه النيابة من نوع خاص بوصفها مقررة لمصلحة النائب وليس لمصلحة الأصيل، فهي لا تؤدي إلى سلب الحق من يد المدين صاحب الحق فيه، بل يظل مع وجود هذه الدعوى (أو أي إجراء يتخذه الدائن باسم مدينه غير طريق الدعوى) محتفظاً بحقه الذي يستعمله دائئه، فيملك عليه كافة عناصر أو سلطات هذا الحق، فيستطيع رغم رفع هذه الدعوى أن يستغل هذا الحق أو يتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف (سواء أكان معاوضة أم تبرعاً) ولا يستطيع الدائن أن يمنعه من ذلك، وليس له إلا أن يطعن على هذا التصرف بعدم السريان أو عدم النفاذ، إذا توافرت شروط دعوى عدم النفاذ (أو ما تسمى بالدعوى البوليصية).

كما يحق للمدين أن يستوفي بنفسه دينه من مدينه، بحيث يكون وفاء مدين المدين بالدين له صحيحاً مبرئاً لذمته رغم وقوعه بعد رفع الدعوى غير المباشرة^(١)، وهنا تظهر لنا أفضلية ولوج سبيل حجز ما للمدين لدى الغير على سبيل الدعوى غير المباشرة، متى كانت شروط إيقاع هذا الحجز متوافرة في حق الدائن، ذلك أن هذا الحجز من شأنه أن يحبس المال المحجوز عن المدين، بحيث لا يحتج على الدائن الحاجز بأي تصرف يصدر عن هذا المدين بشأنه، كما لا يجوز لمدين المدين (أي المحجوز لديه) أن يوفي الدين للمدين المحجوز عليه، وإلا كان وفاؤه غير نافذ في حق الدائن الحاجز^(٢).

٢ - آثار الدعوى بالنسبة لمدين المدين:

لا يعدو الدائن بالنسبة لمدين المدين عن كونه مجرد نائب قانوني يستعمل باسم مدينه ما له من حق في ذمته، ومن ثم يكون من حق مدين المدين أن يتمسك في مواجهة هذا الدائن بكافة الدفوع المستمدة من علاقته بالمدين سواء ما كان موجوداً منها قبل رفع هذه الدعوى (مثل الدفع بأوجه البطلان التي شابت العقد المبرم بين مدين المدين والمدين أو بانقضاء التزامه في مواجهة المدين بأي سبب تحقق قبل رفع الدعوى من أسباب الانقضاء مثل التقادم أو الإبراء أو المقاصة)

(١) وقد سبق أن رأينا صحة الوفاء الذي يقع من مدين المدين إلى دائن مدينه، وبذلك قد يعمد مدين المدين إلى الوفاء مباشرة للدائن رافع هذه الدعوى حتى يحمله على عدم الاستمرار فيها، وعندئذ يكون وفاؤه صحيحاً مبرراً لذمته في مواجهة المدين بالقدر الذي وفاه للدائن.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦٤، ص ١٦٣، ١٦٤، أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ١٠٩، ص ١٣٠، أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٤، ص ٢٣.

أم نشأ منها بعد رفع الدعوى كما لو انقضى الالتزام بالوفاء من قبل مدين المدين للمدين (ذلك أن وفاء مدين المدين بالمدين لمدينه ولو بعد رفع الدعوى يعد وفاءً صحيحاً مبرراً لدمته) أو بالتنازل من قبل المدين ، على أن يكون من حق الدائن عند ثبوت هذا التنازل من مدينه أن يطعن عليه بعدم النفاذ أو عدم السريان ، متى كانت شروط الدعوى البوليصة (دعوى عدم النفاذ أو عدم السريان) متوافرة في حقه .

وبطبيعة الحال ما دام أن الدائن في هذه الدعوى لا يمثل نفسه ولكن يمثل مدينه، فليس من حق مدين المدين أن يتمسك في مواجهته بدفوع تستند إلى علاقة قانونية مباشرة تربطه بالدائن رافع الدعوى، فعلى سبيل المثال ليس لمدين المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بوصفه ممثلاً عن مدينه بالمقاصة القانونية بين حق له في ذمته وحق المدين^(١).

٣- آثار الدعوى بالنسبة للدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين:

لا تحقق هذه الدعوى لرافعها ميزة خاصة تميزه عن غيره من الدائنين، فأقصى ما يمكن أن يحققه من وراء هذه الدعوى هو المحافظة على حق المدين لدى الغير وإدخاله من ثم في ذمته ليصير جزءاً أو عنصراً من أجزاء الضمان العام وعناصره، فيستفيد من وراء ذلك كل الدائنين، بحيث يتقاسمون فيما بينهم كل عناصر الضمان العام قسمة غرماء بما فيهم الحق الذي دخل في الضمان العام بسبب هذه الدعوى^(٢)، بل من المتصور ألا يستفيد الدائن رافع الدعوى من سعيه فيها شيئاً، وذلك حينما يكون بين الدائنين دائنٌ ممتازٌ يستغرق دينه جميع أموال المدين بما فيهم المال الذي أضافته الدعوى إلى عناصر الضمان العام، ولا شك أن هذا الأثر يضعف من قيمة هذه الدعوى بالنسبة لأي دائن ويقلل من حالات اللجوء إليها من الناحية العملية، ما دام أنه سيبدل الجهد والوقت والمال في سبيل رفع الدعوى ثم ما يجنيه من ثمار بسببها يزاحمه فيها باقي الدائنين دون أن يتميز عنهم بشيء عند التنفيذ بحقوقهم على أموال المدين.

ويراعى أنه رغبةً في التخفيف من غلواء هذا الأثر عادة ما يحرص الدائن رافع الدعوى على اتخاذ الإجراءات اللازمة للتنفيذ على الحق الذي يستعمله باسم مدينه، حتى يتخلص من مزاحمة الدائنين الآخرين له، لكن قلما يتحقق لهذا الدائن مراده، لأن باقي الدائنين ينتبهون دائماً إلى أي

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٥، ص ٢٤، أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦٤، ص ١٦٤، هامش ١.

(٢) حيث تنص المادة ٢٣٦ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه " . هذه المادة تقابل المادة ٢٣١ مني بحريني .

إجراء من إجراءات الحجز والتنفيذ على أموال مدينتهم، ويبادروا إلى الاشتراك مع من يتولى مباشرة هذه الإجراءات ويزاحمونه في قسمة ثمن بيع عناصر الضمان العام للمدين قسمة غرماء^(١).

سادساً: التعريف بالدعوى المباشرة وحالاتها:

نظراً لما يعثور الدعوى غير المباشرة من مظاهر الضعف ومواطن القصور على النحو الذي رأينا آنفاً، فقد يتدخل واضع القانون في بعض الأحوال ليمنح الدائن إلى جانب دعواه غير المباشرة، دعوى مباشرة *Une action directe* يستعمل فيها حق مدينه باسمه الشخصي لا باسم المدين، ولحسابه الشخصي بحيث يلتزم مدين مدينه بأداء هذا الحق إليه هو دون أن يمر بذمة المدين أو يدخل بوصفه جزءاً من عناصر الضمان العام المقرر للدائنين^(٢)، فتترتب بذلك على هذه الدعوى آثارٌ مغايرةٌ تماماً لتلك الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة، يمكن إجمالها في النقاط الآتية^(٣):

- ١- يمتنع على المدين بعد رفع هذه الدعوى أن يتصرف في حقه قبل مدينه.
 - ٢- يحظر على مدين المدين أن يوفى بالحق لغير الدائن رافع الدعوى من تاريخ إنذاره من قبل هذا الدائن رافع الدعوى.
 - ٣- ينفرد الدائن بالحق المرفوعة الدعوى به دون غيره من الدائنين، فلا يزاحمه أحدهم في هذا الحق، فيكون في مركزه بالنسبة لباقي الدائنين أشبه بمركز الدائن الممتاز بالنسبة للدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.
- وينبغي أن يراعى أنه إذا كان للدائن أن يلتجئ إلى الدعوى غير المباشرة ولو كان حقه مؤجلاً ما دام حقا موجوداً غير متنازع فيه، فإنه لا يرخص له في الالتجاء إلى الدعوى المباشرة إلا إذا كان حقه حال الأداء وفي الأحوال المرخص له فيها بهذه الدعوى.
- يمكننا أن نذكر نماذج لهذه الدعوى المباشرة المقررة للدائن في نصوص القانون المدني على النحو الآتي:

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٦، ص ٢٤.

(٢) يعرف البعض هذه الدعوى بأنها "دعوى يرجع بها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه، بحيث يستقل وحده بنتيجتها" (أ.د/ عبد المنعم البدروي، بند ١١٤، ص ١٣٣).

(٣) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٧، ص ٢٥، أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٦٥، ص ١٦٧، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٨٠، ص ١١١، أ.د/ عبد المنعم البدروي، بند ١١٤، ص ١٣٣.

١- يرخص للمؤجر، عند تأجير المستأجر للشيء المؤجر إلى مستأجر ثانٍ (أي مستأجر من الباطن)، بالرجوع مباشرة على المستأجر من الباطن في حدود ما في ذمته لصالح المستأجر الأصلي من وقت إنذاره بذلك بكتاب مسجل (م ١/٥٩٦ مدني مصري^(١)).

٢- يرخص للمقاولين من الباطن ولعمال المقاول الأصلي في الرجوع مباشرة على صاحب العمل بما يستحق لهم تجاه المقاول الأصلي في حدود ما يكون لهذا المقاول الأصلي من حقوق في ذمة صاحب العمل، كما أن لعمال المقاول من الباطن دعوى مباشرة في مواجهة كل من المقاول الأصلي وصاحب العمل لمطالبتهما في حدود حقوقهم بما على أي منهما من حقوق للمقاول من الباطن (م ١/٦٦٢ مدني مصري^(٢)).

٣- يرخص القانون لكل من الموكل ونائب الوكيل برجوع أيهما على الآخر بصورة مباشرة، شريطة أن يكون الوكيل مرخصاً له في إنابة آخر عنه في تنفيذ الوكالة، كما هو الحال في القانون المدني البحريني (م ٦٥٢ منه^(٣)) أو بدون هذا الشرط (أي سواء أكان الوكيل مرخصاً له في الإنابة أم لا) كما هو الحال في القانون المدني المصري (م ٧٠٨ منه^(٤)) .

(١) حيث تنص المادة على ذلك بقولها " يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر " . هذه المادة تعادل المادة ٥٤٤/ب مدني بحريني.

(٢) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينياً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل " هذه المادة تعادل المادة ٦٠٥ مدني بحريني ، والمادة ٦٨٢ مدني كويتي .

(٣) حيث تنص المادة ٦٥٢ مدني بحريني على أنه "أ- ليس للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة، إلا إذا كان مرخصاً له بذلك من قبل الموكل أو أجاز له القانون".

"ب- فإذا رخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه دون تعيين لشخصه، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات، ويجوز في هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر".

(٤) حيث تنص المادة ٧٠٨ مدني مصري على أنه:

"١- إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية".

"٢- أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات".

"٣- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر".

المبحث الثاني

الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف

أولاً: التعريف بالدعوى والهدف منها:

يمكنني تعريف هذه الدعوى بأنها "وسيلة قانونية يطلب فيها دائن ذو حق حال الأداء عدم الاحتجاج عليه بتصرف ضار به صادر عن مدينه مع الغير، متى كان مؤدياً إلى إفساره أو زيادة إفساره"^(١).

وترجع تسمية هذه الدعوى بالدعوى البوليصية نسبة إلى البريتور الروماني الذي كان يسمى بولس أو بولص، على أساس أنه أول من أدخلها في القانون الروماني، كما يطلق عليها أيضاً اسم دعوى عدم نفاذ التصرف، على أساس أن الدائن رافع الدعوى يطلب من القاضي عدم الاحتجاج عليه بالتصرف الضار الصادر عن مدينه للغير، فإذا استجاب القاضي لطلبه كانت نتيجة ذلك ممثلة في عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن رغم كونه صحيحاً في إطار العلاقة بين المدين والغير.

وتتلاقى هذه الدعوى مع الدعوى غير المباشرة في السبب والغاية، أما من حيث السبب فهو السلوك الصادر من المدين مهدداً به عناصر الضمان العام للدائنين، ومن حيث الغاية فهما يهدفان معاً إلى المحافظة على الضمان العام المقرر للدائنين من سلوك المدين الضار به، لا سيما إذا كان هذا السلوك مؤدياً إلى إفساره أو زيادة هذا الإفسار.

بيد أنهما رغم اتحادهما في الغاية والهدف إلا أنهما يختلفان من زوايا عدة: أولها أن الدعوى غير المباشرة تعالج سلوكاً سلبياً صادراً عن المدين بقصد أو بإهمال يضر بحقوق دائنيه لما يؤدي إليه من إضعاف للضمان العام بسبب الحد من زيادته (كحق أو شك على السقوط بالتقادم بسبب إهمال المدين في المطالبة به أو رهن أهمل تجديد قيده فأوشك القيد على السقوط) على نحو يؤدي إلى إفساره أو زيادة إفساره، في حين تعالج الدعوى البوليصية سلوكاً إيجابياً للمدين يقصد من ورائه إنقاص الضمان العام المقرر للدائنين بإخراج مال معين من أموال الضمان العام معاوضة أو تبرعاً على نحو مؤدٍ إلى إفساره أو زيادة هذا الإفسار (كأن يبيع عمارة مملوكة له بثمن بخس أو يتبرع لجهة خيرية أو لشخص ما بمال معين رغم امتناعه عن سداد ديونه الحالة الأداء).

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ عبد الناصر العطار، ص ٧٥، أ.د/ ليلي عبدالله سعيد، بند ١١٨، ص ١٢٨.

هذا بالإضافة إلى أن الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم مدينه بهدف الحفاظ على حقوق المدين لدى الغير تمهيداً لإدخالها في ذمة المدين لتصير جزءاً من الضمان العام المقرر للدائنين، في حين أن الدعوى البوليصية يرفعها الدائن باسمه الشخصي لا باسم مدينه، بهدف الوصول إلى الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين الصادر للغير معاوضة أو تبرعاً في حق الدائن، وبذلك تظهر خطورة هذه الدعوى على حرية المدين في التصرف في أمواله، فهي قد توقف سريان تصرف المدين متى توافرت شروط الطعن على هذا التصرف بعدم النفاذ، كما تمس مصلحة الغير الصادر لصالحه هذا التصرف، فتجعله رغم صحته غير نافذ في حق الدائن.

ثانياً: شروط الدعوى البوليصية:

يبين لنا من مطالعة النصوص القانونية المنظمة لهذه الدعوى^(١)، أن ثمة شروطاً يجب أن تتوافر لهذه الدعوى بعضها يتصل بالدائن رافع الدعوى، وبعضها يتعلق بالتصرف المطعون فيه، وبعضها يخص المدين الصادر عنه التصرف، وأخيراً بعضها يرتبط بالميعاد اللازم رفع هذه الدعوى خلاله، نظراً لإفرادها من واضع القانون بتقادم خاص بها، وذلك كله على التفصيل الآتي :

١- الشروط المتصلة بالدائن الطاعن:

ليس لكل دائن الحق في ولوج سبيل هذه الدعوى، ولكن يجب في رافع هذه الدعوى من الدائنين أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يصيبه ضررٌ من جراء تصرف مدينه المطعون فيه، وأن يكون حقه سابقاً في نشوئه على هذا التصرف، وذلك كله على النحو الآتي:

أ- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء:

تشدد القانون عند طعن الدائن على تصرف مدينه بعدم النفاذ، فأوجب ضرورة أن يكون حق الدائن حال الأداء على خلاف مسلكه في الدعوى غير المباشرة والتي جوز فيها لكل دائن له حق موجود غير متنازع فيه أن يستعمل هذه الدعوى ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، وترجع هذه المغايرة إلى خطورة الطعن بعدم النفاذ ومساسه بحرية المدين في التصرف في أمواله، هذا فضلاً عن مساسه بمصلحة المتصرف إليه، حيث يؤدي إذا ما توافرت شروطه إلى وقف سريان التصرف أو عدم نفاذه في حق الدائن رغم صحته ونفاذه بين المتصرف والمتصرف إليه.

(١) فقد نظم القانون المدني المصري أحكام هذه الدعوى في المواد الآتية بدءاً من ٢٣٧ : ٢٤٣ منه ، وهذه المواد تقابل المواد ٢٣٢ : ٢٣٩ من القانون المدني البحريني.

ومن ثم لا يجوز لمن كان دائناً بحق معلق على شرط واقف أو حق متنازع فيه أن يرفع هذه الدعوى، على أساس أن حق أي منهما لا يعد موجوداً بعد، وكذلك الحال بالنسبة لمن يكون دينه موجوداً ولكنه مضافاً إلى أجل، حيث لا يجوز له رفع هذه الدعوى إلا إذا حل أجله أو أسقط بالتنازل عنه من ذي المصلحة أو سقط هذا الأجل بشهر إفلاس المدين أو لزوال أو ضعف التأمينات المقررة لضمان الوفاء بالدين ضعفاً كبيراً أو للنكوص عن تنفيذ الوعد بمثل هذه التأمينات^(١)، أو نتيجة لموت المدين^(٢).

بيد أنه لا يلزم أن يكون حق الدائن محدد المقدار، ولذا يمكن للدائن بالتعويض عن العمل غير المشروع رفع هذه الدعوى حتى قبل أن يقدر له مبلغ التعويض الذي يجبر ضرره، ما دام أنه مستحق لهذا التعويض^(٣).

ب- أن يصيب الدائن ضرر من جراء التصرف:

فلا يكفي لكي يرخص للدائن في الطعن في تصرف مدينه أن يكون هذا التصرف منقصاً من حقوق مدينه، ما دام هذا التصرف يتصل بحق أو مال لا يجوز للدائن الحجز عليه أو كان خارجاً أصلاً عن دائرة الضمان العام، ومن ثم يجب أن يكون التصرف وارداً على مال يدخل في الضمان العام للدائنين حتى يكون ضاراً بحق الدائن، وبناء عليه ليس للدائن أن يتضرر من تصرف المدين في حقه في النفقة باعتباره من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها، ولا تصرفه في حقه في التعويض عن الضرر الأدبي بوصفه من الحقوق القائمة على الاعتبار الأدبي أو التقدير الشخصي للمدين، ومن ثم يلزم أن يكون تصرف المدين متعلقاً بمال يدخل في عناصر الضمان العام حتى يقال بأن ثمة ضرراً أصابه من جراء تصرف المدين.

ويتلشى ضرر الدائن إذا استوفى حقه من المدين أو المتصرف إليه، على نحو يوجب عليه عدم الاستمرار في الدعوى، متى حدث ذلك بعد رفعها، كما أنه يمكن لمن تلقى حقاً من مدين

(١) حيث تنص المادة ٢٧٣ من القانون المدني المصري على أن " يسقط حق المدين في الأجل:

١- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون " ٢٠- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير أعطي الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً " ٣٠- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات. هذه المادة تعادل المادة ٢٥٤ من القانون المدني البحريني .

(٢) حيث تنص المادة ٢٥٥ من قانون بحريني على ذلك بقولها " يحل الدين المؤجل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمين خاص أو قدم الورثة ضماناً كافياً".

(٣) أ.د. حسام الدين الأهواني، ص ١٢٠

معسر دون أن يدفع ثمنه أن يتخلص من هذه الدعوى بإيداعه ثمن المثل خزانة المحكمة (م ٢٤١ مدني مصري^(٤)).

ج- أن يكون حق الدائن في نشأته سابقاً على التصرف المطعون فيه:

وهذا شرط يقتضيه المنطق والعقل، ويتصل بالشرط السابق عليه لأنه من غير المقبول أن يطعن الدائن على تصرف مدينه إذا ثبت صدور هذا التصرف قبل نشوء حق هذا الدائن، لأن الدائن لم يضر من تصرف المدين في هذه الحالة، إذ لم يبعد عن متناول يده ما لا كان جزءاً من الضمان العام المقرر له ولغيره من الدائنين عند نشوء حقه، بعكس الحال إذا كان حق الدائن سابقاً على تصرف المدين، فإنه عندئذ يكون ماساً بعناصر الضمان العام التي أدخلها الدائن في حسابه لحظة نشوء حقه قبل المدين^(١).

والعبرة في مقام احتساب أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه، بتاريخ نشوء الحق وليس بتاريخ استحقاقه، فما دام حق الدائن قد نشأ قبل صدور هذا التصرف كان من حقه الطعن عليه ولو كان تاريخ استحقاقه لاحقاً على صدور هذا التصرف (ما دام أن حق الدائن كان حال الأداء وقت تقديم الطعن على هذا التصرف)، ويقع على عاتق الدائن رافع الدعوى عبء إثبات ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات^(٢).

(٤) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " إذا كان من تلقي حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة . " هذه المادة تقابل المادة ٢٣٧ من القانون المدني البحريني.

(١) كما أنه من غير المتصور عادة أن يعمد المدين إلى الإضرار بحق دائته في تصرف يجريه قبل نشوء حق هذا الدائن، ولا يحدث ذلك عادة إلا بعد نشوء حق الدائن، لكن على الرغم من ذلك قد يحدث ذلك في بعض الأحيان، وذلك حينما يجري المدين تصرفاً ما على وجه التخصيص والإفراء بدائن لاحق، مثال ذلك أن يبيع المدين بثمن بخص بعض ماله أو يهبه في ذات الوقت الذي كان يسعى فيه لإبرام عقد قرض، إذ يجوز للدائن المقرض الطعن على البيع أو الهبة بعدم النفاذ رغم سبق أي منهما على نشوء حق الدائن، لأن التصرف ما أبرم إلا بقصد إبعاد المال المبيع أو الموهوب عن منال الدائن عند نشوء دينه (أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٧٦، ص ١٨١).

(٢) وتتوقف كيفية الإثبات بحسب مصدر حق الدائن، فإن كان مصدر الحق واقعة مادية كعمل غير مشروع أو فعل نافع أمكن إثبات تاريخ نشوء هذا الحق بكافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن، أما إذا كان مصدر حق الدائن تصرفاً قانونياً كعقد أو تصرف بإرادة منفردة، فلا تنور أدنى صعوبة إذا كان التصرف ثابتاً في ورقة رسمية، ولكن تنور الصعوبة إذا كان هذا الحق ثابتاً في ورقة عرفية، وذلك لأن القاعدة العامة أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تاريخها إلا إذا كان لها تاريخ ثابت ثبوتاً يقينياً ومن أمثله الثبوت الرسمي (م ١٤ من قانون الإثبات البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م، وهي تقابل المادة ١٥ من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، وقد بيننا هاتان المادتان متى يكون للمحرر العرفي تاريخ ثابت أي تاريخ ثابت ثبوتاً يقينياً)، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه استثناء من هذه القاعدة لا يلزم لاحتجاج الدائن بتاريخ نشوء حقه على المتصرف إليه أن يكون له تاريخ ثابت بوجه يقيني ومنه الثبوت الرسمي، في حين ذهب كثير من الفقهاء إلى ضرورة ثبوت التاريخ (أي أن يكون ثابتاً ثبوتاً يقينياً) حتى يحتج على المتصرف بأسبقية نشوء حقه على التصرف الصادر له، ولم تتضمن نصوص القانون المدني المصري أية إشارة تدل على اشتراط ثبوت تاريخ حق الدائن، بل جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون أن "المشروع قد أثر إغفال هذا الشرط اقتداءً بالمشروع الفرنسي الإيطالي، ولا سيما وأن القضاء المصري قد جرى على ذلك، والواقع أن الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار، دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ الدين". (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٦٣٢)، ولذلك فإن من الفقه المصري من يرى الاحتجاج بتاريخ حق الدائن ولو كان وارداً في محرر عرفي غير ثابت التاريخ، على أن يكون للمتصرف إليه حق إثبات التواطؤ بين الدائن والمدين على تقديم تاريخ نشوء حق الدائن لتمكين الدائن من الطعن على تصرف المدين بعدم النفاذ (أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٨٣، ص ١١٨)، ولكنني أرى وجوب الالتزام بالقواعد العامة في الإثبات فلا يحتج على المتصرف إليه بوصفه غيراً عن التصرف القانوني المنشئ لحق الدائن إلا إذا كان حق الدائن ثابتاً في محرر عرفي ثابت التاريخ (أي له تاريخ ثابت ثبوتاً يقينياً) ، فإذا كان ثمة غش أو تواطؤ، فإن الغش بوصفه واقعة مادية يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات.

٢- الشروط المتصلة بالتصرف المطعون فيه:

ليس كل تصرف أو عمل يصدر عن المدين يمس الضمان العام لدائنيه، يرخّص لهم بالطعن عليه بعدم النفاذ أو عدم السريان، وإنما ينبغي أن يتحقق لهذا التصرف هذان الوصفان:

أ- كونه تصرفاً قانونياً مفقراً:

لكي يرخّص قانوناً للدائن بالطعن على تصرف مدينه بعدم النفاذ، يجب بادئ ذي بدء أن يصدق على هذا التصرف وصف التصرف القانوني^(١)، ومن ثم ليس هناك مجال للطعن على الأعمال أو التصرفات المادية الصادرة عن المدين حتى وإن تولدت عنها التزامات مؤدية إلى إفسار المدين، مثل الالتزامات غير العقدية الناتجة عن الفعل الضار (العمل غير المشروع) أو عن الفعل النافع (الإثراء بلا سبب)، ومرد استبعاد هذه الالتزامات يكمن في طبيعتها كالتزامات غير إرادية، أي لا دخل لإرادة المدين في إنشائها^(٢).

ومتى كان تصرف المدين تصرفاً قانونياً جاز الطعن عليه بعدم النفاذ أو عدم السريان، سواء أكان تصرفاً من جانب واحد مثل الإبراء والوعد بجائزة، أم من جانبين مثل عقد الصلح وعقد القسمة، وسواء أكان التصرف معاوضة مثل عقد البيع أم تبرعاً مثل عقد الهبة أو الإبراء.

كما يلزم في التصرف أن يكون مفقراً للمدين، ويتحقق في التصرف معنى الإفقار إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى إنقاص حقوق المدين (أي إنقاص العناصر الإيجابية في ذمته المالية) أو زيادة التزاماته (أي الزيادة في الجوانب السلبية لذمة المدين المالية)^(٣).

وبذلك يمكن للدائن أن يطعن على تصرف مدينه بالتبرع بجزء من ماله لشخص معين أو بإبراءه من دين له في ذمته بعدم النفاذ في حقه، نظراً لما يؤدي إليه هذا التصرف من إنقاص لحقوق المدين، كما يمكن للدائن أن يطعن على تصرفه بشراء قطعة أرض أو بالتعهد بالإفناق على شخص غير ملتزم قانوناً بالإفناق عليه، أو باقتراض مبلغ مالي من آخر، وذلك لما يؤدي إليه

(١) والتصرف القانوني اصطلاح واسع النطاق يمتد ليشمل العقد وغيره من المصادر الأخرى الإرادية للالتزام، ومدلوله أنه تعبير عن اتجاه الإرادة صوب إحداث أثر قانوني معين أي كانت طبيعة هذا الأثر، وهذا التصرف قد يصدر من جانب واحد كالإبراء والوصية والوعد بجائزة، وقد تتلاقى فيه إرادتان أو أكثر فيسمى التصرف القانوني حينئذ بال عقد (انظر في ذلك إلى أستاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم دسوقي "القانون المدني"، الالتزامات، بند ٩، ص ١٦).

(٢) هذا مع مراعاة أن المدين إذا اتفق مع المضرور على مبلغ التعويض المستحق عن الفعل الضار، كان هذا الاتفاق تصرفاً قانونياً يرخّص للدائن بالطعن عليه بعدم النفاذ وذلك على أساس أنه يمثل تسليماً منه بنشوء التزام بالتعويض في ذمته (أ.د/ أنور سلطان، بند ٤٤، ص ٤١).

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي يقصر معنى الإفقار في تصرف المدين على الصورة التي يؤدي فيها التصرف إلى إنقاص حقوق المدين دون الصورة الثانية التي تزيد فيها التزامات المدين بسبب تصرفه القانوني، مقتدياً في ذلك بما كان يجري عليه العمل في القانون الروماني، وقد حذا القانون المدني المصري القديم حذوه في هذا الخصوص، حتى جاء القانون المدني المصري الجديد حاملاً دلالة الإفقار على صورتها (أي إنقاص الحقوق أو زيادة الالتزامات (م ٢٢٧ مدني مصري)، وشايحه في ذلك القانون المدني البحريني (م ٢٢٢ مدني بحريني)، وهذا أمر منطقي لأن تصرف المدين المؤدي إلى زيادة التزاماته يمس الضمان العام للدائنين مثله في ذلك مثل تصرفه المنقصر من مقدار حقوقه، الأمر الذي يجعلهما في الميزان سواء من حيث أثرهما الضار على حقوق الدائنين .

التصرف في أي من هذه الصور الثلاث من زيادة ظاهرة في التزاماته، حيث يلتزم بدفع الثمن أو بدفع مبلغ مالي لمن يقوم بالإففاق عليه أو يلتزم بسداد قيمة القرض للمقرض دفعة واحدة أو على أقساط حسب الاتفاق^(١).

ولا يعد من قبيل الإفقار رفض الاغتناء Refus d'enrichissement، فلا يجوز الطعن على تصرف المدين برفض زيادة حقوقه (كما لو رفض التبرع له بمال معين من شخص معين) أو رفض إنقاص التزاماته (كما لو أن دائناً للمدين عرض عليه إبراءه من جزء من الدين فرفض المدين ذلك)، ما دام أن هذا الرفض يتعلق بحقوق غير ثابتة أصلاً للمدين وتحتاج إلى قبوله لنشئها، إذ يعد رفضه زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته من قبيل الرخصة التي له مطلق الحرية في استعمالها أو عدم استعمالها، والتي لا يجوز النيابة عنه بحكم طبيعتها في استعمالها.

ولقد كان من مقتضى عدم اعتبار رفض الاغتناء من قبيل التصرفات المفقرة، ألا يعتبر نزول المدين عن التمسك بالتقادم (سواء أكان تقادماً مسقطاً أم تقادماً مكسباً) من قبيل التصرفات المفقرة، لولا أن القانون نص صراحة على عدم نفاذ النزول عن التمسك بالتقادم من قبل المدين إذا صدر منه إضراراً بدائنيه (م ٣٨٨ مدني مصري^(٢))، الأمر الذي يجعل من هذا النزول عن التمسك بالتقادم من قبيل التصرفات المفقرة له.

وتجدر الإشارة إلى أن واضع القانون المدني المصري قد حسم خلافاً كبيراً كان سائداً على صعيد الفقه والقضاء حول جواز أو عدم جواز الطعن على تصرف المدين بعدم النفاذ عند قيام المدين بتفضيل دائن على بقية الدائنين العاديين، سواء اتخذ هذا التفضيل صورة منحه ضماناً خاصاً لدينه، كما لو قرر له رهناً على عقار من عقاراته، أو كان متمثلاً في أداء دين هذا الدائن قبل حلول أجله أو بعد حلول الأجل لكن خصه المدين بهذا الوفاء من بين سائر الدائنين الذين حلت آجال ديونهم، فأجاز بذلك للدائنين الطعن على تصرف مدينهم في أي من هاتين الصورتين، وقد حذا واضع القانون المدني البحريني حذوه في هذا الخصوص، فنص صراحة على ثبوت حق

(١) راجع معنى كل من الخيار والرخصة ومدى جواز النيابة عن الشخص في استعمالهما ص ١٣٤ من هذا الكتاب.

(٢) حيث تنص المادة ٢/٣٨٨ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها " وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم ". هذه المادة تقابل المادة ٣٨٠/ب من القانون المدني البحريني.

الدائنين في الطعن على تصرف مدينهم بعدم النفاذ عند تفضيله أحد الدائنين على الباقيين منهم في أي من صورتَي التفضيل سالفتي الذكر^(١).

ب- كون التصرف مؤدياً إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره:

لا يكفي للطعن على التصرف الصادر عن المدين أن يكون تصرفاً قانونياً مفقراً له، بل لابد أن يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدي إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره. والعبرة هنا بالإعسار الفعلي أو الحقيقي والذي يثبت بثبوت أن ما للمدين من أموال لا يكفي لسداد ما عليه من ديون، حتى ولو لم يشهر إعساره المدين إعساراً قانونياً بموجب الحكم القضائي الصادر بذلك.

ويقع على عاتق الدائن عبء إثبات الإعسار أو زيادة الإعسار كأثر متولد عن التصرف المفقر الصادر عن المدين، وكيفية في هذا المقام - من باب التيسير عليه - أن يثبت ما على المدين من ديون، فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قانونية على إعسار المدين ولكنها قرينة بسيطة يجوز للمدين نفيها، وذلك بإثبات عكس دلالتها، بأن يثبت أن أمواله تغطي جميع ديونه أو ما يزيد عليها (م ٢٣٩ مدني مصري^(٢)).

وبذلك يتضح لنا أن واضع القانون يسر على الدائن إثبات إعسار مدينه، فلم يطلب منه إثبات ما يلزم عادة لثبوت هذا الإعسار بإثبات أن ما على المدين من ديون يزيد عما لديه من أموال أو بمعنى آخر إثبات أن أمواله لا تكفي لسداد ديونه، بل اكتفى منه بإثبات ما في ذمة المدين من ديون، وعندها يفترض في جانبه الإعسار افتراضاً قابلاً لإثبات العكس (فهو مجرد قرينة قانونية غير قاطعة)، وعلى المدين إثبات يساره النافي لحالة الإعسار المفترضة فيه، وذلك بإثبات أن ما لديه من أموال كاف لسداد ديونه على الأقل أو يزيد على مقدار هذه الديون.

وينبغي أن تبقى حالة الإعسار مستمرة إلى حين رفع الدعوى، وإلا امتنع رفعها على الدائن إذا تحقق اليسار للمدين قبل رفعها كما لو ربح مالاً في صفقة أو ورث مالاً من قريب له أو كسب

(١) إذ تنص المادة ٢٤٢ من القانون المدني المصري على أنه "١- إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة.

٢- وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين ، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ المدين والدائن الذي استوفي حقه " . هذه المادة تقابل المادة ٢٣٨ من القانون المدني البحريني .

(٢) حيث تنص هذه على ذلك بقولها : إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " . هذه المادة تقابل المادة ٢٣٥ من القانون المدني البحريني .

جائزة في مسابقة، كما يتعين على الدائن وقف السير في هذه الدعوى إذا تحقق اليسار للمدين بعد رفعها، حيث تنتفي مصلحته في الطعن بها على تصرف المدين إذا تحقق اليسار بعد رفع الدعوى وقبل صدور حكم فيها، ويكون ذلك بناء على طلب المتصرف إليه وحده الذي له الحق في طلب تجريد المدين قبل الحكم بعدم نفاذ تصرفه، ويقصد بالتجريد أن يقدم المدين الدليل على أن ما لديه من مال يكفي لسداد ديونه، فإذا أثبت ذلك امتنع الحكم بعدم نفاذ تصرفه^(١).

٣- الشروط المطلوبة في طرفي التصرف المطعون فيه:

يفرق القانون في الشروط الواجب توافرها في جانب طرفي التصرف المطعون عليه بعدم النفاذ أو عدم السريان من جانب الدائن بين فرضين: الفرض الأول أن يكون التصرف معاوضة، والفرض الثاني أن يكون التصرف تبرعاً.

أ- الفرض الأول: كون التصرف من قبيل المعاوضات:

يوجب القانون للطعن في التصرف الصادر من المدين بعدم النفاذ أو عدم السريان إذا كان من قبيل المعاوضات (وعقد المعاوضة هو العقد الذي يتلقى فيه كل عاقد عوضاً لما يقدمه للآخر^(٢) كأن يبيع أو يشتري شيئاً من آخر أو يقايضه عليه أو يؤجره أو يستأجر منه، أن يثبت الدائن غش المدين La fraude de déiteur، فضلاً عن علم المتصرف إليه بهذا الغش (م ٢٣٨ مدني مصري^(٣)).

ويقصد بغش المدين أن يتوافر في جانبه عند التصرف قصد الإضرار L'intention de nuire بدائنيه.

ولا جرم إن إثبات ذلك أمر شاق على الدائن لأنه يتعلق بأمر نفسي في جانب المدين المتصرف ألا وهو نية الإيذاء L'intention de nuire، لكن القانون تدخل فرفع عن الدائن جانب المشقة في الإثبات واكتفى منه بإثبات علم المدين وقت التصرف بحالة إفساره أو بمعنى آخر علمه بأن هذا التصرف يضر بدائنيه، حيث يفترض مع هذا العلم وجود الغش لدى المدين^(٤)، وتلك

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١٢٧.

(٢) انظر في ذلك مؤلفنا "مصادر الالتزام" - المرجع السابق - ص ٢٢.

(٣) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشتراط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منظوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لاعتبار التصرف منظوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

" هذه المادة في فقرتها أ" تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٣٣مدني بحريني.

(٤) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " ويكفي لاعتبار التصرف منظوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر " هذه المادة تعادل المادة ٢٣٣/أ في فقرتها الثانية .

قرينة قانونية بسيطة غير قاطعة، يجوز للمدين إثبات عكسها، كأن يثبت أنه على الرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد الإضرار بدائنيه لأن هذا التصرف يتعلق بحاجاته الضرورية أو بأعمال مهنته أو يثبت أن ما عاد عليه من وراء العقد يماثل أو يقارب ما بذله فيه، أو أنه وإن كان من شأن التصرف أن أدى إلى إعساره أو زيادة هذا الإعسار أنه قد أجراه ليحقق من ورائه عائداً مجزياً يزيل عنه حالة الإعسار التي تسبب فيها هذا التصرف^(١).

ولم يكتف القانون بثبوت غش المدين، بل اشترط معه علم المتصرف إليه بهذا الغش، رغبة في حماية المتصرف إليه حسن النية، غير أنه رغبة في التيسير على الدائن في إثبات هذا الغش، فقد اكتفى القانون منه بإثبات علم المتصرف إليه بإعسار المدين وقت إبرام التصرف معه، حتى يفترض الغش في جانبه وتواطؤه من ثم مع المدين على الإضرار بدائنيه^(٢).

بيد أن قرينة الغش في جانب المتصرف إليه المستمدة من مجرد ثبوت علمه بإعسار المدين المتصرف لحظة التصرف ليست قرينة قانونية قاطعة، ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، كأن يثبت المتصرف إليه أن هذا التصرف من التصرفات المألوفة بالنسبة لأي شخص في حياته اليومية تلبية لحاجياته الضرورية أو استجابة لمتطلبات مهنته، بحيث لا يسمح له ذلك التصرف باستلهاً أي مظهر من مظاهر نية الإضرار بالدائنين من جانب المدين^(٣).

ب- الفرض الثاني: كون التصرف من قبيل التبرعات:

إذا كان تصرف المدين تصرفاً تبرعياً (ويقصد بعقد التبرع ذلك العقد الذي لا يتلقى فيه أحد العاقدين عوضاً أو مقابلاً لما يبذله أو ما يعطيه للآخر، كعقد الهبة، حيث لا يتلقى الواهب من الموهوب له مقابلاً لما وهبه إياه^(٤))، فإن من حق الدائنين الطعن عليه بعدم النفاذ أو عدم السريان حتى ولو لم يرتكب المدين غشاً، وكان المتصرف إليه حسن النية^(٥)، ذلك أن القانون قدر في التصرف التبرعي أنه ضار بالدائنين ولو انتفى قصد الإضرار في جانب طرفي التصرف (أي تخلف الغش والتواطؤ بينهما)، وهذا أمر يؤيده العقل والمنطق فالدائن أولى بالشيء المتبرع به من

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٧١، ص ١٧٦.

(٢) إذ ينص القانون المدني المصري في المادة ٢٣٨ منه في فقرتها الأخيرة على ذلك بقولها " كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " هذه المادة تعادل المادة ٢٣٣/أ في فقرتها الثالثة .

(٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٥٤، ص ٤٩، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١٣٠.

(٤) انظر في ذلك إلى مؤلفنا "مصادر الالتزام"، ص ٢٢.

(٥) إذ تنص المادة ٢/٢٣٨ من القانون المدني المصري على ذلك بقولها: أما إذا كان التصرف تبرعاً، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " . هذه المادة تقابل المادة ٢٣٣/ب مدني بحريني

المتبرع إليه، هذا بخلاف الحال حينما يكون التصرف معاوضة فالمدين قد تلقى عوضاً لما بذله بسبب العقد فقد ينتفي لديه قصد الإضرار بدائنيته، هذا بالإضافة إلى أن المتصرف إليه بذل عوضاً في العقد ويحتمل أن يكون حسن النية فوجب حمايتهما عند الطعن على التصرف بعدم النفاذ باشتراط إثبات الغش في جانبها أو على الأقل إثبات علمهما بالإعسار الذي أصاب المدين من جراء التصرف كقرينة بسيطة على الغش.

مدى جواز الطعن في تصرف خلف المدين بعدم النفاذ:

لا تثور أدنى مشكلة حول تصرفات خلف المدين من حيث جواز أو عدم جواز الطعن عليها، إذا كان تصرف المدين أصلاً نافذاً في حق الدائن، لعدم وجود مبرر قانوني للطعن عليه من قبل الدائن بعدم النفاذ (كما لو كان تصرف المدين معاوضة ولم يرتكب فيه غشاً، وكان المتصرف إليه (كخلف للمدين) حسن النية، (أي لم يتواطأ مع المدين ولم يكن يعلم بإعساره)، إذ لا يجوز الطعن في تصرفات خلف المدين في هذه الحالة.

إنما تدق المشكلة وتثور حينما يكون تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن لكونه تبرعاً أو معاوضة منطوية على غش من جانب المدين وخلفه المتصرف إليه^(١)، إذ إن حماية الدائن تقتضي تمكينه من الطعن على تصرف خلف مدينه (أي تصرف المتصرف إليه)، لكن هذا الطعن سوف يصطدم باعتبارات حسن النية التي توجب حماية خلف الخلف، لا سيما إذا كان التصرف الصادر له معاوضة وكان حسن النية.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣/٢٣٨ من القانون المدني المصري على أنه " وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الحلف الثاني يعلم غش المدين ، وعلم الحلف الأول بهذا الغش ، إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الحلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للحلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً .

(١) وبكفي في مقام إثبات الغش في جانبها ثبوت علمهما بإعسار المدين، حتى وإن لم يثبت تواطؤهما على نية الإضرار بالدائنين بهذا التصرف.

ويفهم من صريح هذا النص ومن دلالاته أنه يجب التفرقة بين الفروض الآتية^(١):

الفرض الأول:

أن يكون تصرف المدين تبرعاً، وتصرف خلفه تبرعاً أيضاً، ففي هذا الفرض يحق للدائن أن يطعن على التصرفين بعدم النفاذ، حتى ولو لم يكن المدين سيء النية، وكان كل من الخلفين حسني النية (أي خلف المدين وخلف خلفه).

الفرض الثاني:

أن يكون تصرف المدين تبرعاً وتصرف خلف المدين معاوضة، ففي هذا الفرض لا يلزم للطعن على تصرف المدين ثبوت غش المدين ولا علم خلفه (أي من تبرع إليه المدين)، بهذا الغش ولكن يلزم للطعن على تصرف خلف المدين، علم خلف المتبرع إليه بأن المدين كان معسراً عند تصرفه للخلف الأول.

الفرض الثالث:

أن يكون تصرف المدين معاوضة، وتصرف خلف المدين تبرعاً، فإنه يلزم للطعن على التصرف الأول بعدم النفاذ ثبوت غش المدين وعلم الخلف الأول بإعسار المدين، أما بالنسبة للتصرف الثاني فإنه لا يكون نافذاً في حق الدائن بمجرد الطعن فيه ولو كان الخلف الثاني حسن النية، لأن الدائن مقدم عليه ما دام لم يبذل عوضاً لما أخذه بموجب العقد الصادر إليه من خلف المدين.

الفرض الرابع:

أن يكون تصرف المدين معاوضة وتصرف خلف المدين معاوضة، ففي هذا الفرض يلزم في الدعوى البوليضية إثبات غش المدين وعلم خلفه بإعساره وقت التصرف، كما يلزم أيضاً إثبات علم خلف المتصرف إليه بغش المدين وعلمه أيضاً بعلم سلفه (أي المتصرف إليه) بهذا الغش، ولذا قضي بأنه " إذ كان مفاد نص المادة ٢٣٨ / ٣ من القانون المدني أنه إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم بغش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش

(١) انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ.د/ أنور سلطان، بند ٥٥، ص ٥٠، أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٧٢، ص ١٧٧، ١٧٨، أ.د/ فتحي عبد الرحيم، بند ٨٩، ص ١٢٦، أ.د/ عبد المنعم البدر، بند ١٣٦، ص ١٥٩، ١٦٠.

فيكون القاون قد ألزمه بأن يثبت علم الخلف الثانى بأمرين الأول وقوع غش من المدين وهو أن التصرف منه ترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره والثانى وهو علم الخلف الأول بغش المدين ، وهذا العلم لا يفترض وإنما يجب أن يقدم الخصم عليه دليله " ١

٤- الشروط المتصلة بميعاد رفع الدعوى:

يجب لقبول طعن الدائن بعدم سريان أو عدم نفاذ تصرف مدينه أن يرفع دعواه خلال الميعاد القانوني المحدد لرفعها، و إلا كانت دعواه غير مقبولة.

وتتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بمرور أي من هاتين المدتين، أيتها حلت أولاً، وذلك على التفصيل الآتي :

أ- المدة الأولى: المدة القصيرة (ثلاث سنوات):

يسقط حق الدائن في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف بمدة التقادم القصير إذا مضت ثلاث سنوات على تاريخ علمه بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه، وليس من تاريخ صدور التصرف نفسه، ذلك أنه من المتصور أن يتأخر علم الدائن بغش مدينه وعلم خلف مدينه بذلك إلى ما بعد إبرام التصرف بسنوات، رغم علمه بالتصرف فور إبرامه.

وينبغي أن يراعى أن بدء حساب مدة الثلاث سنوات قد يختلف باختلاف تاريخ علم كل دائن بغش المدين وعلم خلفه بهذا الغش حينما يكون التصرف معاوضة، مما قد يتصور معه أن تتقادم الدعوى بالنسبة للبعض منهم دون الباقيين الذين لم تنته بعد مدة الثلاث سنوات بالنسبة لهم^(٢).

ب- المدة الثانية: المدة الطويلة (خمس عشرة عاماً):

ويسقط حق الدائنين جميعهم بمرور خمس عشرة عاماً من تاريخ إبرام التصرف، سواء علم الدائنون بغش المدين وبعلم المتصرف إليه بهذا الغش أم لم يعلموا بشيء من ذلك إلا بعد مرور هذه المدة.

ويقع على عاتق من يتمسك بتقادم هذه الدعوى عبء إثبات ذلك، وبطبيعة الحال إذا كان التقادم هو التقادم الطويل فيسهل إثباته بالرجوع إلى تاريخ إبرام التصرف، وإثبات مرور خمس

(١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧٨٩٥ لسنة ٦٦ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢ م ، مكتب فني (سنة ٦٠ - قاعدة ٤٢ - صفحة ٢٦٣) .

(٢) يراعى أن مدة الثلاث سنوات قد تسقط بمضي مدة التقادم الطويلة كاملة وهي الخمسة عشر عاماً من تاريخ التصرف، وقد يتبقى منها ما يتبقى من مدة التقادم الطويلة، فمثلاً إذا اكتشف الدائن سبب عدم نفاذ تصرف مدينه بعد مضي أثنى عشر سنة كان له حق الطعن عليه بعدم النفاذ خلال ثلاث سنوات من تاريخ العلم بذلك أما إذا علم بعد مضي أربعة عشر عاماً فليس له أن يطعن على هذا التصرف إلا خلال سنة واحدة من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ هذا التصرف.

عشرة عاماً من هذه التاريخ، أما إذا كان التقادم المتمسك به هو التقادم القصير، فيجب على من يتمسك به إثبات علم الدائن بسبب عدم النفاذ وتاريخ هذا العلم، الذي يبدأ منه حساب مدة الثلاث سنوات^(١).

ويعد استظهار القاضي لواقعة العلم بسبب عدم النفاذ وتاريخها مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض أو التمييز^(٢).

ثالثاً: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف:

إذا توافرت شروط الطعن على تصرف المدين بعدم السريان أو عدم النفاذ، والتي سبق لنا عرضها آنفاً، قضت المحكمة بعدم نفاذ هذا التصرف في حق دائني المدين. وهنا يثار التساؤل حول عدة موضوعات بشأن هذا الحكم، أولها ما المقصود بعدم نفاذ هذا التصرف وهل له من أثر على صحة التصرف، وثانيها من هو المستفيد من هذا الحكم هل هو الدائن رافع الدعوى وحده فيكون الحكم نسبي الأثر لا يمتد إلى غيره من الدائنين، أم أن يشمل جميع الدائنين فيكون الحكم مطلق الأثر فلا يقتصر على الدائن مباشر الدعوى وحده، وأخيراً هل يمكن توقي السير في هذه الدعوى أو وقف تنفيذ الحكم فيها بعد صدوره؟

١ - كنهه أو دلالة عدم النفاذ:

إن عدم نفاذ التصرف لا يعني أن تصرف المدين أصبح باطلاً لا أثر له بين عاقيه ولا بالنسبة لغيرهما (كالدائن)، فالفرق كبير وواضح بين البطلان كجزاء قانوني يلحق العقد نتيجة لتخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط هذه الأركان، وبين عدم النفاذ أو عدم السريان كجزاء قانوني يلحق العقد بسبب مخالفة قاعدة أخرى غير القواعد الخاصة بتكوين العقد كقاعدة عدم جواز إضرار المدين بحقوق دائنيه أو قاعدة عدم جواز تصرف الشخص في ملك غيره، فهو لا يمس العقد في وجوده (بعكس البطلان المطلق الذي يعدم العقد) ولا يمس في صحته وسلامته (بعكس البطلان النسبي الذي يمس صحة العقد)، ولكن يوقف أثره بالنسبة للدائنين فقط فلا يسري في حقهم وإن ظل صحيحاً منتجاً لآثاره بالنسبة لطرفي التصرف^(٣).

(١) نقض مني مصري ٦ ديسمبر عام ١٩٧٩، محمد كمال عبد العزيز، القانون المدني، ج ١، ص ٧٨٩، طبعة عام ١٩٨٥.

(٢) نقض مني مصري ١١ يناير عام ١٩٧٧م - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٨، ص ١٩٤.

(٣) انظر في ذلك إلى مؤلفنا "مصادر الالتزام"، ص ١٦٨.

وتطبيقاً لذلك فقد قضي بأن " الدعوى البوليصة ليست دعوى بطلان بل هي في حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضراراً بدائنه ، وهي بذلك تتضمن إقراراً بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحاً قائماً بين عاقيه منتجاً كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين وإنما ترجع فقط إلى الضمان العام للدائنين " (١) .

فتصرف المدين وإن كان صحيحاً ومنتجاً لآثاره بين طرفيه إلا أنه نظراً لإضراره بالدائنين فإنه لا يحتج عليهم به، ولا يكون نافذاً في حقهم، بحيث يكون من حقهم التعامل مع هذا التصرف وكأنه غير موجود أصلاً، بحيث لا يؤدي إلى المساس بالضمان العام المقرر لهم على أموال مدينهم، وذلك على حسب طبيعة التصرف، فمثلاً لو كان التصرف عبارة عن بيع شقة مملوكة للمدين، فإنه يكون من حق الدائنين على إثر صدور الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف، اعتبار الشقة وكأنها لم تخرج من الذمة المالية للمدين، بحيث يحق لهم الحجز والتنفيذ عليها لاستيفاء حقوقهم من ثمنها.

ولا جرم أن من حق المتصرف إليه الرجوع على المتصرف وفقاً لأحكام الضمان أو قواعد الفسخ حسب الأحوال، فمثلاً في المثال السابق إذا حجز الدائنون على الشقة كان من حق المشتري (المتصرف إليه) الحق في الرجوع على البائع (المدين المتصرف) وفقاً للقواعد العامة في الفسخ أو ضمان الاستحقاق حسب الأحوال (٢).

٢- أما فيما يتعلق بالمستفيد من هذه الدعوى من الدائنين .

فهم جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم (م ٢٤٠ مدني مصري^(٣)) فلا يستفيد منها الدائن مباشر هذه الدعوى وحده، بل يستفيد منها كافة الدائنين الذين أضر بهم التصرف إذ أنها لا تخص رافعها بميزة خاصة ينفرد بها دونهم، بل يكون لها أثر جماعي لكل هؤلاء الدائنين من خلال ما تحققه من محافظة على الضمان العام المقرر لهم جميعاً.

(١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧٨٩٥ لسنة ٦٦ قضائية جلسة بتاريخ ٢/٢/٢٠٠٩ م ، مكتب فني (سنة ٦٠ - قاعدة ٤٢ - صفحة ٢٦٣) .

(٢) انظر في هذا المعنى: أ.د./إسماعيل غانم، بند ٧٩، ص ١٨٨ .

(٣) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم " . هذه المادة تقابل المادة ٢٣٦ من القانون المدني البحريني.

ولذلك تعتبر الدعوى البوليصية كما يقول البعض - وبحق - دعوى فردية من حيث مباشرتها، ودعوى جماعية من حيث آثارها فلا ينفرد بآثارها دائن بعينه^(١).

٣- وأخيراً فإنه فيما يتصل بإمكانية توقي الدعوى أو أثرها:

نظراً لأن الغاية من هذه الدعوى هي المحافظة على حقوق الدائنين ودفع مظاهر الإضرار بهم الناشئ عن تصرف المدين بما يمس الضمان العام المقرر لهم على أموال مدينهم، فإنه إذا تحققت هذه الغاية فانتفى الضرر الذي أصاب الضمان العام للدائنين أثناء نظر الدعوى أو قبل تنفيذ الحكم الصادر فيها، تلاشت مصلحة الدائن رافع الدعوى في المضي قدماً في متابعة إجراءاتها أو في تنفيذ الحكم الصادر فيها، فمثلاً إذا قام المدين أو المتصرف إليه بسداد دين الدائن، فقد الدائن صفته في مباشرة الدعوى، وأوقف تنفيذ الحكم الصادر فيها.

كما يستطيع المتصرف إليه أن يتوقى دعوى عدم نفاذ التصرف أو يتوقى الحكم الصادر فيها إذا كان قد تلقى حقاً من مدين معسر دون أن يدفع ثمنه، إذ يكون بمقدوره تحقيق ذلك بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة (م ٢٤١ مدني مصري^(٢))، ولا يكلف المتصرف بإعلان جميع الدائنين بهذا الإيداع، وإنما يكفي إعلان الدائن رافع الدعوى، ولكن إذا علم الدائنون بهذا الإيداع كان لهم حق مشاركة الدائن مباشر هذه الدعوى في التنفيذ على الثمن وتقسيمه معه قسمة غرماء^(٣).

(١) أ.د./حسام الدين الأهواني، ص ٥٤.

(٢) تنص المادة ٢٤١ مدني مصري على ذلك بقولها " إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة." هذه المادة تقابل المادة ٢٣٧ مدني بحريني.

(٣) أ.د./أنور سلطان، بند ٥٩، ص ٥٤.

المبحث الثالث

دعوى الصورية

Action en simulation

المطلب الأول

تعريف الصورية والهدف منها

يقصد بالصورية La simulation إيجاد وضع ظاهر يصاد حقيقة الواقع^(١). وتتنوع الأهداف المنشودة من وراء الصورية^(٢)، فقد يكون الهدف منها إقصاء جزء من أموال المدين بعيداً عن دائرة الضمان العام المقرر للدائنين على هذه الأموال إضراراً بهم، وقد يكون الغرض منها التحايل على أحكام القانون للتهرب من بعض الالتزامات القانونية كأن يتم إخفاء بيع عقار في صورة هبته للتهرب من رسوم التسجيل اللازمة في عقد بيع العقار، أو لمجاوزة الحظر الوارد على حق الإيصاء، كأن تخفى الوصية في صورة البيع للإيصاء بما يزيد على الثلث، وقد يكون الهدف من الصورية مشروعاً، كما لو أراد ثري أن يتبرع لفقير بشقة أو سيارة فيخفيها ويسترها في شكل بيع بثمن بخس حفاظاً على خجله من تبرعه له بها أمام الناس.

المطلب الثاني

أنواع الصورية

تتنوع الصورية إلى نوعين: الصورية المطلقة، والصورية النسبية.

فأما الصورية المطلقة La simulation absolue فهي الصورية التي تعدم التصرف الظاهر ذاته، فتتفي له وجوده الظاهر في الحقيقة والواقع. مثال ذلك أن يبيع مدين جزءاً من ممتلكاته لإقصائه بعيداً عن دائرة الضمان العام للدائنين، ثم يتفق مع المشتري في ورقة مستترة تثبت انتفاء التعاقد بينه وبين البائع، وأن المال لم يخرج أصلاً من ملك صاحبه.

(١) ويعرفها البعض تعريفات مماثلة نذكر منها على سبيل المثال، أنها "خلق وضع ظاهر يخالف حقيقة الواقع" (أ.د. حسام الدين الأهواني، ص ١٣٧)، ويعرفها البعض الآخر قائلاً "توجد صورية حيث يلجأ شخص إلى تصرف ظاهر ليستر به حقيقة معينة، أو هي إيجاد مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني" (أ.د. عبد المنعم البدرابي، بند ١٤٨، ص ١٧١)، ويعرفها رأي ثالث بأنها "وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين" (أ.د. أنور سلطان، بند ٦٨، ص ٥٩).

(٢) والصورية في العقود تمثل في الحقيقة وضعاً ظاهراً كاذباً يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين العاقدين، ولذا فهي تفترض وجود تصرف ظاهر Un acte apparent يكذبه اتفاق مستتر Un acte latent يطلق عليه في الفقه اصطلاح ورقة الضد contre-lettre باعتباره محرراً يثبت ما يصاد حقيقة الوضع الظاهر بين المتعاملين.

في حين أنه في الصورية النسبية La simulation relative. نكون حيال تصرف صوري يستتر تصرفا حقيقيا بين طرفيه، يختلف كل منهما عن الآخر إما من حيث الطبيعة والنوع، وإما من حيث الشروط والأركان، وإما من حيث شخصية طرفيه (١).

فأما الصورية النسبية التي يخفي فيها العقد الظاهر الصوري عقدا مستترا حقيقيا مغايرا له في الطبيعة والنوع فتسمى بالصورية بطريق التستر La simulation par voie de déguisement، مثال ذلك إخفاء التبرع في صورة البيع للتحايل على أحكام الميراث، أو إخفاء البيع في صورة الهبة للتهرب من رسوم تسجيل عقد البيع، أما الصورية النسبية التي يخفي فيها العقد الصوري الظاهر شرطا من شروط العقد الحقيقي المستتر أو ركناً من أركانه، فتسمى بالصورية بطريق المضادة La simulation par voie contre-lettre، كأن يذكر في عقد بيع العقار ثمنا أقل من الثمن الحقيقي للتقليل من الرسوم المطلوبة للتسجيل، أو يكتب ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي لإثراء الشفيع عن طلب العقار المبيع بالشفعة، أو يكتب في عقد الهبة أن سبب الهبة هو مكافأة الموهوب لها عن خدماتها للواهب، في حين أن السبب الحقيقي متمثل في رغبة الواهب في إقامة علاقة غير مشروعة معها أو الاستمرار معها في هذه العلاقة.

وأخيرا فإن الصورية النسبية التي تتناول شخص المتعاقد بحيث يتم التصرف لحساب شخص مغاير للشخص المذكور في العقد، فتسمى بالصورية بطريقة التسخير La simulation par voie d'interposition de personnes، مثال ذلك أن يعمد العاقدان للتحايل على أحكام القانون التي تمنع القضاة وأعوانهم من شراء حقوق متنازع عليها تدخل في دائرة اختصاص المحاكم التي يعملون بها، إلى إخفاء شخصية المشتري الحقيقي حينما يكون واحدا منهم تحت ستار اسم مسخر أو مستعار Une personne interposée (١).

(١) انظر في هذا المعنى أ.د./إسماعيل غانم، بنده ٨٥، ص ١٩٤، أ.د./أنور سلطان، بند ٧٠، ص ٦٠.

(١) وتطبيقا لذلك تنص المادة ٤٧١ مدني مصري على أنه " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا ". هذه المادة تقابل المادة ٤٤٠ مدني بحريني. كما تنص المادة ٤٨٠ مدني مصري على أنه " لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار ". هذه المادة تقابل المادة ٤٧١ مدني بحريني .

المطلب الثالث

تعريف دعوى الصورية والغرض منها

يمكننا تعريف دعوى الصورية بأنها "وسيلة قانونية يمكن من خلالها إثبات صورية التصرف القانوني الظاهر الذي يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين طرفي التصرف". ويتم اللجوء إلى دعوى الصورية *Action en simulation* من جانب الدائن أو حتى من جانب أي من العاقدين لإثبات صورية التصرف الظاهر الضار بمصلحته.

ذلك أن طرفي التصرف قد يعتمدان إلى الصورية إضراراً بالدائنين، وذلك لإقصاء جزء من مال المدين بعيداً عن دائرة الضمان العام المقرر لهم على أموال مدينهم، فيخفيان مثلاً تبرعاً في صورة معاوضة أو يبرمان عقد قرض غير موجود أصلاً لزيادة الجانب السلبي لزمة المدين المالية على غير الحقيقة.

ومن أجل حماية حقوق الدائنين فقد رخص القانون لهم بالطعن على تصرف مدينهم بالصورية للحيلولة دون إضراره بهم، وذلك بإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له أصلاً (كأن يثبت الدائنون أن عقد البيع بيع صوري لا وجود له في الحقيقة وقد قصد به إقصاء العين المبيعة عن متناول أيدي الدائنين، وبذلك يتسنى لهم الحجز والتنفيذ عليها بحقوقهم) أو أن التصرف الظاهر يخالف التصرف الحقيقي (كأن يثبت الدائنون أن البيع يخفي هبة، وذلك حتى يتسنى لهم الطعن عليه بعدم النفاذ دون حاجة إلى اشتراط غش المدين أو علم المتصرف إليه بهذا الغش).

المطلب الرابع

التمييز بين دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرف

تتلاقى هاتان الدعويان في السبب والغاية، فأما من حيث السبب *La cause* فهو الخطر الذي يظهر من تصرف المدين مهدداً الضمان العام المقرر للدائنين على أمواله، حيث يعتمد هذا المدين إلى تصرف قانوني مفقر له، له طابع الجدية أو طابع الصورية، لإضعاف هذا الضمان. أما من ناحية الغاية أو الهدف *Le fin ou le but*، فكلاهما يهدفان إلى المحافظة على الضمان العام بإثبات صورية التصرف الظاهر لتأكيد بقاء المال المراد إقصائه عن الضمان العام على ذمة المدين حقيقة وواقعاً أو الحصول على حكم بعدم نفاذ التصرف ليعود المال المتصرف فيه إلى ذمة المدين فيكون جزءاً من عناصر الضمان العام.

بيد أنهما على الرغم من ذلك فإنهما يختلفان اختلافاً جوهرياً من حيث طبيعة التصرف المطعون فيه في كل منهما، على أساس أن التصرف المطعون عليه في دعوى عدم نفاذ التصرف هو تصرف جدي أو حقيقي يضر بحقوق دائنيه، في حين أن التصرف المطعون عليه في دعوى الصورية هو تصرف صوري لا وجود له في الحقيقة والواقع، وذلك حينما تكون الصورية صورية مطلقة، أو أن هذا التصرف الصوري الظاهر يخفي تصرفاً حقيقياً مستتراً أكثر خطورة وأشد ضرراً على حقوق الدائنين منه.

ويترتب على هذا الفارق الجوهري بين هاتين الدعويتين اختلافهما في بعض الأمور التفصيلية، وذلك على النحو الآتي^(١):

١- نظراً لأن دعوى الصورية يقتصر طلب المدعى فيها على كشف النفاذ عن حقيقة تصرف المدين بإثبات صورية هذا التصرف الظاهر (سواء أكانت صورية مطلقة بحيث يظهر التصرف في الظاهر رغم كونه غير موجود أصلاً أم صورية نسبية يخفي فيها التصرف الظاهر تصرفاً آخر حقيقياً) بعكس دعوى عدم نفاذ التصرف حيث يطلب فيها الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن، فإن القانون يتشدد في الدعوى البوليسية فيشترط ضرورة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، في حين يتساهل في دعوى الصورية فيسمح للدائن بولوج سبيلها ولو كان حقه مؤجلاً، فما دام أن حق الدائن موجود وغير متنازع فيه، فله الحق في الطعن على تصرف مدينه الضار به، حتى وإن كان هذا الحق مؤجلاً.

٢- يلزم للطعن على تصرف المدين بعدم النفاذ ضرورة إثبات غشه أو تعمد الإضرار بالدائنين، هذا إذا كان التصرف معاوضة، في حين لا يلزم ذلك في دعوى الصورية، حيث يمكن للدائن كشف حقيقة التصرف وإثبات صورية التصرف الظاهر، دون أن يكلف بإثبات توافر نية الإضرار لدى المدين عند لجوئه للصورية.

٣- يتعين في دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون حق الدائن رافع الدعوى سابقاً في نشوئه على نشوء التصرف المطعون عليه، في حين لا يشترط ذلك في دعوى الصورية، وذلك لأن الدائن في هذه الدعوى الأخيرة لا يطلب أكثر من الكشف عن حقيقة التصرف الظاهر بإثبات عدم

(١) انظر في نفس المعنى إلى كل من: د./عبدالمعنى البدرابي، بند ٤٦، ص ١٦٩، ١٧٠، د./إسماعيل غانم، بند ٨٣، ص ١٩١، ١٩٢.

وجوده أصلاً أو تستره على تصرف حقيقي أشد خطورة منه، وهذا لا يتأثر بتاريخ نشوء حق الدائن وكونه سابقاً أو لاحقاً على نشوء هذا التصرف السوري.

٤- يلزم في الدعوى البوليسية أن يكون تصرف المدين الضار بدائنيه (لكونه مفقراً للمدين لما يؤدي إليه من زيادة في التزاماته أو إنقاص في حقوقه) مؤدياً أيضاً إلى إفساره أو زيادة في هذا الإفسار، وهذا لا يشترط في دعوى الصورية، حيث يمكن للدائن الطعن بالصورية ولو كان المدين موسراً. بيد أنه من الملاحظ من الناحية العملية أن الدائن لا يلجأ إلى الطعن بالصورية في تصرف مدينه إلا إذا كان هذا المدين معسراً، ومن ثم فإنه إذا كان موسراً فلا مصلحة له في الطعن على تصرف مدينه بالصورية.

٥- إن دعوى الصورية يمكن رفعها من جانب أي شخص ذي مصلحة في التصرف الحقيقي وبضار في جانب من هذه المصلحة من جراء التصرف السوري، سواء أكان دائناً أم غيره (ولذا فمن حق أي من العاقدين الطعن على التصرف بالصورية)، في حين أن الدعوى البوليسية لا يرفعها إلا الغير الذي يضر من التصرف كالدائن، فلا يتصور رفعها من جانب أي من العاقدين.

٦- يستفيد من الحكم بالصورية جميع الدائنين سواء من كانت لهم حقوق قبل تاريخ نشوء التصرف أو بعد نشوئه، بعكس الحال في الدعوى البوليسية حيث لا يستفيد من الحكم الصادر بعدم النفاذ إلا الدائنون الذين كانت لهم حقوق سابقة من حيث تاريخ نشوئها على تاريخ نشوء التصرف المحكوم بعدم نفاذه.

٧- إن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، لأنها لا تعدو عن كونها تمسكاً بالطابع الحقيقي للتصرف دون الطابع السوري الظاهر، في حين تسقط الدعوى البوليسية بالتقادم القصير بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم الدائن بسبب عدم النفاذ أو بالتقادم الطويل بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ نشوء التصرف، أيهما يحل أولاً.

المطلب الخامس

التمييز بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة

تشابه هاتان الدعويان في كثير من الأمور وتختلفان في بعض منها، فأما من حيث مظاهر التشابه فيمكن التذليل على ذلك من خلال النقاط الآتية:

١- يتحدان من حيث السبب والغاية، فالسبب في كل منهما يرجع إلى الخطر الذي يهدد الضمان العام بسبب السلوك السلبي للمدين (والذي يتمثل في قعوده عن استعمال حقوقه لدى الآخرين فيجد بذلك من زيادة العناصر الإيجابية لدمته المالية فيضعف بذلك الضمان العام للدائنين) أو سلوكه الإيجابي (التمثل في اللجوء إلى الصورية لإيهام الدائنين بخروج مال من ذمته على غير الحقيقة، هذا حينما تكون الصورية مطلقة أو بإيهام الدائنين بتصرفه في ماله معاوضة في حين أنه تصرف تبرعاً، هذا حينما تكون الصورية نسبية).

أما من حيث اتحادهما في الغاية فذلك ظاهر لأنهما يهدفان إلى المحافظة على الضمان العام للدائنين الوارد على أموال المدين، من خلال استعمال حقوقه لدى الآخرين نيابة عنه تمهيداً لإضافتها إلى ذمته المالية أو بإثبات صورية إخراجها من ذمة المدين لتبقى جزءاً من عناصر الضمان العام.

٢- يتشابهان من حيث ثبوت الحق في رفعهما ولو لم يكن حق الدائن مستحق الأداء، فكل دائن ما دام حقه موجوداً غير متنازع فيه أن يستعمل حقوق مدينه لدى الآخرين نيابة عنه أو يطعن على تصرف مدينه بالصورية، ولو كان حقه مؤجلاً أو معلقاً على شرط فاسخ، بخلاف الدعوى البوليصية التي لا يكون للدائن حق رفعها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء.

٣- يمكن للدائن رفع أي من هاتين الدعويتين (بل ودعوى عدم نفاذ التصرف أيضاً) ولو لم يكن حقه معلوم المقدار، ومن ثم يجوز للدائن بمبلغ التعويض عن العمل غير المشروع ولو لم يتم تحديد مقداره بعد (عن طريق الاتفاق أو عن طريق القضاء) رفع أية دعوى من دعاوى المحافظة على الضمان العام، على أساس أن حقه في التعويض موجود ومستحق رغم عدم تقديره أو تحديده.

٤- يستفيد من الحكم الصادر في أي من دعوى الصورية أو الدعوى غير المباشرة كافة الدائنين بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، بعكس الحال في الدعوى البوليصية، حيث لا يستفيد من

الحكم الصادر فيها بعدم النفاذ إلا الدائنون الذين صدر التصرف إضراراً بهم (أي الدائنون الذين نشأت حقوقهم قبل نشوء التصرف المطعون عليه بعدم النفاذ).

أما فيما يتعلق بمظاهر التباين والاختلاف بين هاتين الدعويتين فيمكن إبرازها في النقاط الآتية:

١- إذا كان الدائن في دعوى الصورية يرفع هذه الدعوى باسمه الشخصي، فليس في مقدوره رفع الدعوى غير المباشرة إلا باسم مدينه.

٢- إذا كان من اللازم لاستعمال الدائن حقوق مدينه في الدعوى غير المباشرة أن يكون قعود المدين عن استعمالها مؤدياً إلى إفساره أو زيادة إفساره، فإنه لا يشترط ذلك في دعوى الصورية، فيمكن الطعن على تصرف المدين بالصورية ولو لم يثبت إفساره، و بل ولو كان شخصاً موسراً.

المطلب السادس

شروط تحقق الصورية

يلزم لتحقيق الصورية، في ضوء ما سبق عرضه أن تتوافر الشروط الآتية:

أولاً: وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر مستتر، مع انصراف إرادة العاقدين إلى العقد المستتر:

ولعل هذا مما يميز بين الصورية والتحفظ الذهني، ففي التحفظ الذهني يظهر أحد العاقدين خلاف ما يبطن، فيستقل هو بهذا القصد عن العاقد الآخر، بخلاف الصورية التي تتجه فيها نية العاقدين معا إلى العقد الحقيقي.

كما يميز أيضاً بين الصورية والتدليس أو الغش من جانب أحد العاقدين للآخر، فالصورية تفترض وجود اتفاق وتدبير بين العاقدين بخلاف التدليس أو الغش حيث يعتمد أحد العاقدين إلى خداع الآخر وإيهامه بأمر على خلاف الحقيقة الأمر الذي يجعل رضاه بالعقد معيباً.

ثانياً: إخفاء العقد الحقيقي:

وبذلك لا تتحقق الصورية إذا أفاد العقد الظاهر ستره لعقد حقيقي انصرفت إليه نية الطرفين، إذ يتعين أن يبقى العقد الحقيقي خفياً غير معلن عنه عن طريق العقد الظاهر، ذلك أنه إذا كشفت العقد الظاهر عن ستره لعقد آخر حقيقي، تلاشت الصورية وأصبح معلوماً للغير حقيقة الصورية.

ثالثاً: أن يكون العقدان متعاصرين أو متزامنين:

وهذا شرط منطقي إذ لا يتصور أن نكون بصدد صورية يخفي فيها عقد ظاهر عقداً حقيقياً مستتراً، إلا إذا كان العقدان متزامنين أو متعاصرين^(١) أو كان العقد الظاهر على الأقل - إن لم يكن معاصراً للعقد المستتر - لاحقاً على نشوء العقد المستتر، حتى وإن تأخر تحرير العقد المستتر إلى وقت لاحق^(٢).

ومن ثم فإنه إذا أبرم عقد جدي ثم أجرى عليه تعديل لاحق لظروف طرأت بعد ذلك كان العقد اللاحق عقداً جديداً، ولا يصلح كورقة ضد تتحقق من خلاله الصورية^(١).

وينبغي أن يراعى أن العبرة في المعاصرة بين العقدين هي بالمعاصرة الذهنية التي تثبت انصراف نية الطرفين إلى العقد الحقيقي المستتر وقت إبرام العقد الصوري الظاهر^(٢). ولعل هذا هو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية، حيث أعلنت في كثير من أحكامها بأن المعاصرة المقصودة في هذا الخصوص هي المعاصرة الذهنية لا المعاصرة المادية^(٣).

رابعاً: اختلاف العقدين من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط:

وهذا شرط منطقي، إذ لا يتصور وجود الصورية مع اتحاد العقدين، بل من الطبيعي أن تتحقق بينهما المغايرة سواء من حيث الطبيعة (كعقد بيع يخفي عقد هبة) أو من حيث الأركان (كعقد هبة يخفي سبباً غير مشروع، كأن يكتب فيه أنه يقصد من تبرعه إعانة الأرملة، في حين أنه في الحقيقة كان يقصد إنشاء أو استمرار علاقة غير مشروعة معها) أو من حيث الشروط (كأن يكتب في عقد البيع ثمناً يزيد عن الثمن الحقيقي لإثناء الشفيع عن المطالبة بالشفعة). ولا شك في أن تقدير شروط الصورية وأدلتها هو مما تستقل به محكمة الموضوع، وحسبها في ذلك أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقييم قضاها على أسباب سائغة كافية في تبريره^(٤).

(١) فكما يقول البعض - وبحق - لا يتصور عقلاً ومنطقاً أن يكون العقد الحقيقي ورقة ضد إلا إذا كان سابقاً أو معاصراً للعقد الظاهر (أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١٤٠).

(٢) نقض مندي مصري ١٥ ديسمبر عام ١٩٤٩م - مجموعة أحكام النقض - س ١، ص ١٠٢، رقم ٣٠.

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ٨٦، ص ١٩٦، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١٤٠.

(٢) صحيح أن المعاصرة المادية التي تظهر من خلال وحدة تاريخ العقدين قرينة على المعاصرة الذهنية التي تثبت انصراف قصد العاقدين إلى العقد الحقيقي لحظة إبرام العقد الصوري الذي يستر هذا العقد، إلا أنها قرينة بسيطة، فقد يختلف التاريخان رغم انصراف نية الطرفين إلى العقد الحقيقي المستتر، كما لو تأخر تحرير العقد المستتر إلى تاريخ لاحق على تاريخ تحرير العقد الظاهر الصوري، الأمر الذي يستوجب ضرورة الاعتداد في المقام الأول بالمعاصرة الذهنية لا بالمعاصرة المادية.

(٣) نقض مندي مصري ١٥ ديسمبر عام ١٩٤٩م - مجموعة المكتب الفني - السنة الأولى، رقم ١٣، ص ٤٨، نقض مندي مصري ٩ أبريل عام ١٩٧٤م - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٥، ص ٦٥٨.

(٤) نقض مندي بحريني ٢١/٦/١٩٩٨م، طعن رقم ٨٨ لسنة ١٩٩٨، مجموعة أحكام محكمة التمييز، س ٩، ق ١٣٢، ص ٤٤٧.

المطلب السابع

أثر الصورية

يبين لنا من مطالعة النصوص القانونية المنظمة للصورية ، أن أثر الصورية يختلف بالنسبة للعاقدين وخلفهما العام عنه بالنسبة للغير، وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول

أثر الصورية بالنسبة للعاقدين

إن العبرة في إطار العلاقة بين العاقدين بالعقد الحقيقي المستتر وليست بالعقد الظاهر الصوري، وذلك باعتباره العقد الذي انصرفت إليه الإرادة الحقيقية للعاقدين، وتسري ذات القاعدة على الخلف العام لأي من طرفي العقد، (ويقصد بالخلف العام من يخلف غيره في كل أمواله أو في جزء شائع فيها^(١))، على اعتبار أنه يمثل امتداداً لشخص سلفه أو أن السلف لا يمثل نفسه فقط في العقد إنما يمثل نفسه وخلفه العام (م ٢٤٥ مدني مصري^(٢)) .

وبذلك يحكم العلاقة بين العاقدين العقد الحقيقي المستتر لا العقد الصوري الظاهر، فمثلا في الصورية المطلقة لا يرتب البيع الصوري أي أثر من آثار عقد البيع، فلا تنتقل بموجبة ملكية المبيع إلى المشتري، بل يظل الشيء المبيع على ملك صاحبه، وفي حالة وفاة البائع يؤول المبيع إلى ورثته ولا ينتقل لا إلى المشتري ولا إلى ورثته عند وفاته^(٣). ويقع على عاتق من يدعي صورية العقد الظاهر عبء إثبات ما يدعيه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، بحيث لا يجوز له - بصفة عامة - إثبات عكس المكتوب أو ما زاد على نصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود إلا بالكتابة^(٤).

بيد أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة^(١) أو كان هناك مانع مادي أو أدبي حال دون وجود الدليل الكتابي أو كان قد فقد لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه رغم وجوده، جاز للعاقدين إثبات صورية العقد الظاهر بالبينة رغم كونه مكتوباً أو رغم كون قيمته تجاوز نصاب الإثبات بالبينة^(٢).

(١) انظر معنى الخلف العام وعلاقته بالسلف في مؤلفنا "مصادر الالتزام"، ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٢) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي". هذه المادة تقابل المادة ١٣١ مدني بحريني .

(٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ١٤٢، ١٤١.

(٤) راجع في ذلك المادتين ٦١، ٦٢ من قانون الإثبات المصري المعدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م، والمادتين ٦١، ٦٢ من قانون الإثبات البحريني الصادر

بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن إصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

(١) إذ تنص المادة ٦٢ من قانون الإثبات المصري على أن "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . وكل كتابة تصدر من

كما أنه يمكن الإثبات بكافة طرق الإثبات إذا كانت الصورية قد اتخذت كوسيلة للتحايل على أحكام القانون، حتى وإن كان العقد الظاهر مكتوبا أو كانت قيمته تجاوز نصاب الإثبات بالبينة^(٣)، ذلك أن التحايل غش وعمل غير مشروع، ويعد من قبيل الأعمال المادية فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات.

فإذا عجز العاقد مدعي الصورية عن إثباتها رفض ادعاؤه، وتعين الأخذ بالعقد الظاهر باعتباره العقد الحقيقي والجدي بين طرفيه، فيكون بذلك حجة عليهما معا وتسري عليهما أحكامه.

الفرع الثاني

أثر الصورية بالنسبة للغير

يقصد بالغير في الصورية هو من ليس طرفا في العقد ولا خلفا عاما لأي من طرفيه، وله مصلحة تتأثر بصورية العقد أو عدم صوريته. وبذلك يعد من الغير في هذا المقام كل من الدائن والخلف الخاص.

وللغير ولو لم يكن حسن النية حق التمسك بالعقد الحقيقي المستتر، إذا كانت له مصلحة في ذلك، وذلك على أساس أنه العقد الذي انصرفت إليه الإرادة الحقيقية للعاقدين، وله أن يثبت صورية العقد الظاهر بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولو كان العقد مكتوبا أو كانت قيمته تزيد على نصاب الإثبات بالبينة، وذلك باعتباره غيرا عن هذا العقد، فيجوز له إثباته بكافة الطرق، وهذا عين ما نصت عليه المادة إذ تقول ١/٢٤٤ مدني مصري " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسن النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم^(٣) .

ومن ثم يكون من حق دائن البائع أن يثبت صورية عقد البيع صورية مطلقة بكافة طرق الإثبات حتى يخلص له المبيع فينفذ عليه بحقه، ويجوز أيضا للخلف الخاص أن يثبت صورية العقد كما لو أثبت المشتري الثاني أو الدائن المرتهن صورية عقد البيع الأول الصادر عن البائع.

الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " .
" هذه المادة تقابل المادة ٦٣ من قانون الإثبات البحريني.

(٢) حيث تنص المادة ٦٣ من قانون الإثبات المصري على أن " يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيها كما يجب إثباته بدليل كتابي، (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه " . هذه المادة تقابل المادة ٦٤ إثبات بحريني.

(٣) ونصاب الإثبات بالبينة في مصر هو ألف جنية مصري فأقل، فإن زادت قيمة الصرف عن ذلك تعينت الكتابة لإثباته بصفة عامة ، أما في البحرين فنصاب اثبات بالبينة فهو خمسمائة دينار فأقل، فإذا زادت قيمة التصرف عن ذلك وجبت الكتابة لإثباته بصفة عامة،.

(٣) هذه المادة تقابل المادة ١/٣٢ أ مدني بحريني .

كما أن للغير حسن النية حق التمسك بالعقد الظاهر السوري إذا كانت له مصلحة في ذلك، وهذا يشكل تدعيماً للوضع الظاهر الذي وثق فيه هذا الغير واطمأن إليه متوهماً كونه تعبيراً صادقاً عن الإرادة الحقيقية للعاقدين، كمن اشترى عقاراً من مشتر بعقد صوري أو تلقى عنه حق رهن أو حق انتفاع، وكان حسن النية لا يعلم شيئاً عن صورية عقد سلفه، إذ تجب حمايته ولو كان ذلك على حساب الإرادة الحقيقية للعاقدين (م ١/٢٤٤ مدني مصري (١)).

وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأنه من " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني أنه إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسن النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، فيجوز للخلف الخاص ولدائني المتعاقدين ومنهم المشتري بعقد غير مسجل أن يتمسك - متى كان حسن النية وقت التعاقد - بالعقد الصوري المبرم بين مديهما دون العقد الحقيقي وذلك حماية لحسن النية الذي لازم التصرف وهو الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات " (٢).

وقد يحدث أن تتعارض مصالح الأغيار فمنهم من يتمسك بالعقد الصوري، ومنهم من يتمسك بالعقد الحقيقي، فأى الفريقين أحق بالترجيح والتفضيل، لقد حسم القانون هذه المشكلة بنص حاسم وصريح ورجح كفة من يتمسك بالعقد الصوري الظاهر من الأغيار متى كان حسن النية على من يتمسك منهم بالعقد الحقيقي المستتر رعاية للوضع الظاهر، وتدعيماً للثقة المشروعة التي تودع فيه، بما يحقق للتعامل استقراره المطلوب (م المادة ٢/٢٤٤ مدني مصري (١)) وإلا لما وثق أحد في ملكية أحد مخافة أن تكون ملكيته ملكية صورية وليست ملكية حقيقية فتتهار على إثر ذلك الثقة بين الناس في التعامل مما ينعكس بالسلب على حركة تداول الأموال فتضار من جراء ذلك المصلحتين العامة والخاصة على حد سواء .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الحكم الصادر في دعوى الصورية يستفيد منه كل ذي مصلحة في التمسك بصورية العقد، سواء أكان من العاقدين أم من الغير (كدائن أي من العاقدين وخلفهما

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسن النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري " . هذه المادة تعادل المادة ١٣٢/ أ مدني بحريني .

(٢) نقض مدني مصري طعن رقم ٨٠٢٣ لسنة ٧٤ قضائية جلسة بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٠٦ م ، مكتب فني (سنة ٥٧ - قاعدة ١٢٢ - صفحة ٦٤٠) .
(١) إذ تنص هذه المادة على أنه "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن بأن تمسك البعض بالعقد الصوري وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأوليين". هذه المادة تعادل المادة ١٣٢/ ب مدني بحريني .

الخاص)، ويستوي بعد ذلك أن يكون صاحب المصلحة قد دخل أو أدخل خصما في الدعوى أو لم يكن خصما أصلا فيها (٢).

كما أن دعوى الصورية، نظرا لأنها تدعو إلى تقرير حقيقة العقد كواقع ثابت مستقر ومستمر، فإنها لا تسقط بالتقادم، ولذا يمكن لذي المصلحة أن يتمسك بها في أي وقت ليثبت صورية العقد الظاهر (٣).

المبحث الرابع

الحق في الحبس

Droit de retention

المطلب الأول

تعريف الحق في الحبس وشروطه

الفرع الأول

تعريف الحق في الحبس

يمكن تعريف الحق في الحبس بأنه "وسيلة قانونية ترخص للدائن حبس الأداء الملتزم به في مواجهة مدينه حتى يستوفي حقه المترتب على هذا الأداء والمرتبط به أو يحصل على تأمين كاف يضمن له استيفاء هذا الحق". (١)

فهذا الحق يفترض وجود شخصين يحوز أحدهما شيئا يجب عليه أدائه في مواجهة الآخر، وله في نفس الوقت حق في ذمة هذا الآخر نشأ بسبب التزامه معه ومرتبط به ارتباطاً قانونياً أو مادياً، فيكون مرخصاً له قانوناً في حبس هذا الشيء عنه كوسيلة للضغط على إرادته لحمله على الوفاء له بحقه أولاً، مثال ذلك أن يحبس البائع الشيء المبيع عن المشتري حتى يدفع له الثمن، وأن

(٢) انظر في نفس المعنى أ.د./ عبد الناصر العطار، ص ٨٩، أ.د./ فتحي عبدالرحيم، بند ١٩٦، ص ١٤٤.

(٣) وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء رفعت هذه الدعوى من أحد طرفي العقد أو من الغير، على أساس أن ما يطلبه رافعها هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده المتعاقدان وترتيب الآثار القانونية التي تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له، وتلك حالة واقعة قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم، ولذلك فلا ينقلب العقد الصوري صحيحاً مهما طال عليه الزمن (نقض مدني مصري ٣٠ مارس عام ١٩٦٩) - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠، ص ٤٥٠.

(١) انظر في نفس المعنى: إلى الأخ الفاضل الدكتور أحمد هيكل في رسالته المتعمقة حول الحق في الحبس، حيث يعرف الحق في الحبس قائلاً "فالحبس يعني إذا امتناع الدائن عن تنفيذ التزامه تجاه مدينه حتى يقوم هذا الأخير بالوفاء بما عليه من التزام". "الحق في الحبس بين النظرية والتطبيق" رسالة دكتوراه، عام ١٩٩٠م جامعة القاهرة، ص ٨٣.

يحبس المودع لديه الشيء المودع عنده حتى يدفع له المودع أجرة الوديعة أو النفقات التي أنفقها على الشيء محل الوديعة في سبيل إصلاحه والمحافظة عليه. ويستند استعمال المرء للحق في الحبس إلى اعتبارات العدالة والمنطق، فليس من المنطق أو العدالة في شيء أن نوجب على المرء الوفاء بالتزامه في مواجهة آخر لا يوفي له ما في ذمته من حقوق^(٢).

الفرع الثاني

شروط الحق في الحبس

يجب لاستعمال الدائن حقه في الحبس أن تتوفر له عدة شروط، أولها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، كما يلزم أن يكون الشيء محل الحبس في حيازة الدائن، كما يلزم توافر الارتباط بين حق الحابس والتزامه بالرد، وذلك على التفصيل الآتي:
أولاً: أن يكون حق الحابس مستحق الأداء.

وهذا شرط بديهي لأنه من غير المتصور أن يرخص للمرء بحبس شيء يلتزم بأدائه حالاً طلباً للحصول على أداء مقابل له مؤجل أي لم يحن بعد أجل استحقاقه، كما لو كان هذا الأداء مضافاً إلى أجل، ومن ثم لا يجوز للبائع أن يحبس الشيء المبيع المتفق على تسليمه فور تمام العقد، إذا كان التزام المشتري بدفع الثمن مؤجلاً.

على أن يراعى أن الأجل الذي يمتنع معه استعمال حق الحبس هو الأجل الاتفاقي، أما الأجل القضائي أو الأجل المتبرع به من الدائن، فلا يمنع من استعمال هذا الحق، ولهذا يجوز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يؤدي المشتري الثمن إليه، ما دام أن التزام المشتري بدفع الثمن كان مستحق الأداء، حتى ولو ثبت أنه بعد استحقاق الثمن منحه القاضي أجلاً قضائياً (نظرة الميسرة) أو تبرع له البائع بأجل معين هذا ما لم يثبت أن البائع مع تبرعه بهذه المهلة قد تنازل أيضاً عن استعمال حقه في الحبس^(١).

(٢) بيد أنه بالرغم من ذلك لا نستطيع أن نتجاهل ما ينطوي عليه تقرير ممارسة حق الحبس من خروج على مبدأ عدم جواز انتصاف المرء لنفسه بنفسه، على نحو يجعله مظهراً من مظاهر الارتداد إلى بعض مظاهر مبدأ الانتقام الفردي أو نظام القضاء الخاص الذي كان معروفاً في العصور القديمة وأصبح نسبياً منسياً في العصر الحديث، هذا فضلاً عن انطوائه على معنى الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين، وللتخفيف من غلواء ممارسة الدائن لمثل هذا الحق فقد = عمد = واضع القانون إلى وضع الضوابط والقيود التي تحد من ممارسة الدائن له من خلال اشتراط الشروط اللازمة لمباشرته من قبل الدائن (انظر في نفس هذا المعنى: أ.د. إسماعيل غانم - المرجع السابق - بند ٩٩، ص ٢٢٦).

(١) انظر في هذا المعنى: أ.د. عبد المنعم البدرابي، بند ١٦٦، ص ١٨٩، أ.د. أنور سلطان، بند ٨٨، ص ٧٥، ٧٦.

وإذا كان من المسلم به أن حق الدائن الحابس يجب أن يكون محقق الوجود، بحيث يكون موجوداً وغير متنازع فيه (ومن ثم فإنه إذا كان الحق غير موجود أصلاً كما لو كان معلقاً على شرط واقف، أو كان متنازعا فيه، كما لو كان حقه محل منازعة جدية كمستأجر يدعي حقه في حبس الأجرة عن المؤجر على أساس أنه يستحق تعويضاً عن نقص في الانتفاع بالعين المؤجرة، متى كان استحقاقه للتعويض لا يزال مثار نزاع في دعوى قضائية لم يفصل فيها بعد)، فإن خلافاً بين الفقهاء قد احتدم حول ضرورة كون مقدار حق الدائن خالياً من النزاع، بحيث يجب أن يكون محدداً أو معيناً أم لا؟، فذهب البعض إلى ضرورة ذلك قياساً على المقاصة القانونية، التي يلزم فيها كون الدينان مقدرين، في حين يذهب معظم الفقهاء - وهذا هو الراجح - إلى عدم اشتراط ذلك بحيث يكفي بأن يكون الحق موجوداً وحال الأداء ولو لم يكن محدد المقدار، لأن قياس حق الحبس على المقاصة قياس مغلوط، فهو قياس مع الفارق، ففي المقاصة معنى الوفاء إذ ينقضي الدينان بالتمسك بها بقوة القانون بمقدار الأقل منهما، مما يستوجب معه ضرورة أن يكون الدينان محددين المقدار، بخلاف الحال في حق الحبس فهو لا يعدو عن كونه مجرد امتناع عارض عن تنفيذ الحابس للالتزامه حتى يقوم المدين بتنفيذ التزامه أولاً، فلا يلزم لمباشرته أن يكون حق الدائن محدد المقدار ما دام أنه محقق الوجود وحال الأداء، على أن يراعى وجوب تقدير حق الدائن خلال أجل معقول يحدده القاضي أو يقوم القاضي بتقديره تقديراً مؤقتاً حتى لا تطول فترة حبس الدائن للشيء أو الأداء محل الحبس^(١).

ولا يلزم لصحة الحبس اشتراط التناسب بين قيمة الشيء المحبوس وبين حق الدائن الحابس، فيجوز إيقاع الحبس رغم التفاوت بينهما ولو كان كبيراً، ما دام أن ثمة ارتباطاً بينهما، وانتفى التعسف في استعمال الحق من جانب الحابس، فيجوز - من ثم - حبس سيارة فارهة ذات ثمن كبير جداً طلباً لحق الميكانيكي الذي أصلحها ولو كان مبلغ زهيداً جداً، لكن التعسف في استعمال الحق عمل غير مشروع، ومن ثم ليس لهذا الميكانيكي أن يحبس خمس سيارات قام بإصلاحها لشخص معين نظير استيفاء أجرة إصلاحهم جميعهم، إذ يكفي حبس سيارة واحدة فقط لممارسة حق الحبس والضغط على إرادة صاحبها لحمله على التنفيذ أولاً قبل طلب استلام تلك السيارة.

(١) انظر في نفس المعنى: أ.د./إسماعيل غانم، بند ١٠٤، ص ٢٣٤، أ.د./أنور سلطان، بند ٨٨، ص ٧٦ إذ يقول سيادته "ولكن لا يشترط في حق الحابس أن يكون مقدراً، ولا محل للقياس هنا على المقاصة القانونية، لأن المقاصة طريق من طرق الوفاء، بها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، ولذا يجب أن يكونا مقدرين، أما الحبس فهو من حقوق الضمان، ولذا لا يتطلب فيه أن يكون الدين مقدراً..".

ثانياً: وجود أداء قابل للحبس في يد الدائن

يلزم في الأداء المراد حبسه من قبل الدائن بوصفه وسيلة مشروعة للضغط على إرادة المدين لحمله على تنفيذ التزامه، أن يكون هذا الأداء قابلاً للحبس أياً كانت طبيعته (أي سواء أكان شيئاً أم عملاً)، والأصل العام أن كافة الأعمال يمكن استعمال حق الحبس عليها، للضغط على إرادة العاقد لحمله على الوفاء بالتزامه، مثال ذلك أن يتمتع العامل عن أداء العمل المكلف به للضغط على إرادة صاحب العمل لسداد متأخرات راتبه، كما أن جميع الأشياء المادية قابلة للحبس أيضاً، سواء أكانت من المنقولات أم من العقارات، ولا يشذ عن ذلك إلا الأشياء غير القابلة للحجز كالأموال العامة لضمان تسخيرها للمنفعة العامة، ومبالغ النفقة حفاظاً عليها لضمان تخصيصها لأغراضها، فضلاً عن أجور الخدم والعمال ومرتبات الموظفين فيما زاد عن الربع (والربع فقط هو القدر الجائز الحجز عليه)، رعاية لهم في توفير الحد الأدنى اللازم لمعيشتهم.

كما يلزم أن يكون هذا الشيء في يد الدائن أياً كانت صفة يده عليه، أي سواء أكان حائزاً له حيازة قانونية (كما لك أجر شقته وأراد حبسها عن المستأجر لحمله على دفع الأجرة) أم كان حائزاً له حيازة عرضية (كبائع باع عقارا لمشتري فانتقلت إليه ملكيته بالتسجيل، ثم حبس عنه البائع هذا المبيع حتى يوفيه ثمنه أو الباقي من الثمن، أو مودع لديه حبس الشيء المودع عنده حتى يستوفي أجره الوديعة أو نفقات إصلاحه أو حفظه).

ومما تجدر ملاحظته أن واضع القانون في كل من مصر والبحرين قد استعمل تعبيراً يوحي للناظر لأول وهلة أن حق الحبس لا يرد إلا على الأشياء، لاسيما المادية منها، فلا يرد على الأعمال حيث جاء النص في القانونين بصيغة واحدة قائلاً "لكل من التزم بأداء شيء...". وقد دعا ذلك بعض الفقهاء في مصر-وبحق- إلى توجيه اللوم لوضع القانون على استعماله لهذا التعبير الذي يضيق من نطاق استعمال الحق في الحبس فيقصره بحسب الظاهر من اللفظ على الأشياء دون الأعمال، داعين إياه إلى مسايرة القوانين التي توسع من نطاق استعمال هذا الحق ليشمل جميع الالتزامات أياً كان محلها (سواء كان محلها شيئاً أم عملاً أم امتناعاً عن عمل)، كالقانون الألماني^(١)، في حين يتلمس البعض الآخر لوضع القانون المدني المصري العذر في مسلكه ملقياً بظلال اللوم على من انتقده، في حين أنه أحق باللوم منهم (أي واضع القانون)، قائلاً

(١) أ.د/ أنور سلطان، بند ٨٧، ص ٧٥.

إن مثل هذا النقد يمتنع ويتلاشى إذا لم تؤخذ كلمة "شيء" بمعناها الحرفي بل بمعنى الأداء أي كان نوعه، ولو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل^(٢).

وأرى من جانبي أنه كان حرياً بوضع القانون في كل من مصر والبحرين مراعاة جانب الدقة في التعبير المستعمل فليس لفظ "الأداء" (كلفظ ذي دلالة واسعة تتسع لتشمل مطلق الأداء سواء أكان شيئاً أم عملاً أم امتناعاً عن عمل) كلفظ الشيء (باعتباره لفظاً ذا دلالة ضيقة وفق مدلوله في الاصطلاح القانوني^(٣)) ، فيكون محصوراً -من ثم- على الأشياء دون الأعمال أو الأفعال، ولا يمكن أن نبرر عدم الدقة في التعبير من جانب واضع القانون بارتياح سبيل التأويل والافتراض غير المستساغ لاسيما مع وضوح دلالة اللفظ المستعمل، وأرى أن ذلك يعد من قبيل التعسف في التفسير والاستنباط، ولذلك أقترح أن تعاد صياغة النص بصورة واضحة وجازمة في إظهار حقيقة محل الحبس كأداء معين أي كانت طبيعته أو نوعه، بحيث تكون الصياغة المقترحة للنص القانوني سالف الذكر على النحو الآتي "لكل من التزم بأداء معين أي كان نوعه، أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء، ومرتبب بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه"^(٣).

ويتعين ألا يكون الحائز قد وضع يده على الشيء محل الحبس بطريق غير مشروع، إذ يمتنع عليه قانوناً استعمال حق الحبس على شيء تحصل عليه بوسيلة غير مشروعة (أي بطريق الغصب أو السرقة)^(٤).

ثالثاً: ضرورة الارتباط بين حق الحابس والتزامه بالأداء

لا يكفي الدائن في سبيل استعمال حقه في الحبس أن يكون بيده أداء معين أي كان نوعه (أي سواء أكان شيئاً أم عملاً) ملتزماً ببذله إلى المدين، بل لا بد أن يكون ثمة ارتباط بين حق الدائن والأداء المراد حبسه عن مدينه.

(٢) أ.د/أنور سلطان، بند ٨٧، ص ٧٥.

(٣) في حين أن لفظ الشيء لغة من أوسع الألفاظ على الإطلاق فهو يعني كل ما له وجود، أو هو كل ما يتصور ويخبر عنه (راجع في ذلك: "المعجم الوجيز" الصادر عن مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، ص ٣٥٦، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بمصر عام ٢٠٠٩ م، مطبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية). (٣) حيث تنص المادة ١/٢٤٦ مدني مصري على ذلك بقولها لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبب به، أو مادام الدائن لم يقدم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. " هذه المادة تقابل المادة ٢٤٠/أ مدني بحريني .

(٤) حيث تنص المادة ٢/٢٤٦ مدني مصري على هذا المعنى قائلة "ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع". هذه المادة تعادل المادة ٢٤٠/ب مدني بحريني .

الحبس، وما هي صورته أو أنواعه؟ بادي ذي بدء تجب المبادرة إلى تأكيد القول بعدم لزوم توافر السببية بين حق الحابس والتزامه برد الأداء إلى مدينه، ويكفي وجود ترابط بينهما سواء وجدت رابطة السببية فيما بينهما أم لم تتوافر، ولعل هذا هو عين ما أشارت إليه المادة ١/٢٤٦ مدني مصري بقولها " لكل من ألتزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبب به... " ، وبذلك يكون القانون المدني المصري قد وسع من نطاق استعمال حق الحبس فجعله غير مقصور على الحالة التي تتوافر فيها علاقة سببية بين حق الحابس والتزامه بالرد، إنما يكفي مجرد الترابط بين هذا الحق وذلك الأداء، بحيث يكون حق الحابس قد وجد بمناسبة التزامه بالرد أيا كان السبب المنشئ له. ويتنوع الارتباط اللازم لاستعمال حق الحبس إلى نوعين: فقد يكون ارتباطا قانونيا، وقد يكون ارتباطا ماديا.

فأما الارتباط القانوني أو المعنوي *La connexité intellectuelle juridique ou* فيقصد به ذلك الارتباط الذي يتحقق عند وجود علاقة تبادلية بين التزام الحابس والتزام مدينه، أيا كان مصدر هذه العلاقة.

فقد يكون مصدر هذه العلاقة عقدا ملزما للجانبين (أي كونه عقدا تبادليا) كما هو الحال في عقد البيع حيث ينشئ التزامات متبادلة بين البائع والمشتري ويكون من حق أي منهما حبس أدائه عن الآخر لحمله على تنفيذ التزامه معه، ويمثل الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً من تطبيقات هذا النوع من الارتباط القانوني.

وقد تنشأ العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد، وذلك حينما ينشأ للمدين حق بعد تمام العقد، مثال ذلك في الوديعة بغير أجر حيث يثبت للمودع عنده حق في حبس الشيء المودع الملتزم برده إلى المودع لحين استيفاء ما أنفق عليه من مصروفات لازمة لحفظه أو حتى يتم تحصيل التعويض اللازم عن الخسارة التي تولدت عن هذا الشيء، وعندئذ إذا كان العقد (وهو عقد الوديعة) يمثل مصدراً للالتزام المودع لديه بالرد، فإن التزام المودع بدفع المصروفات أو التعويض (كالتزام تبادلي نشأ بمناسبة العقد لا بسببه) ليس مصدره العقد وإنما مصدره شيء آخر هو الإثراء بلا سبب (أو ما يسمى بالفعل النافع) في حالة المصروفات، والعمل غير المشروع (أو ما يسمى

بالفعل الضار) في حالة التعويض عن الضرر الذي أحدثه الشيء المودع بالمودع لديه، ولعل هذا كان سبباً في وصف العلاقة التبادلية بين هذين الالتزامين بالعلاقة التبادلية الناقصة. وقد تنشأ العلاقة التبادلية بعيداً عن نطاق العقد، على إثر ما يتولد بعد انحلال العقد بالفسخ أو البطلان من التزامات متبادلة على عاتق طرفيه برد ما أخذه بموجب هذا العقد، فيكون من حق كل عاقد حبس الأداء المبذول له لضمان حصوله على الأداء المستحق له في مواجهة الآخر. وأخيراً قد تثبت العلاقة التبادلية بعيداً عن العقد القائم (سواء كان ملزماً لجانبين أو لجانب واحد) أو العقد المنحل (بسبب الفسخ أو البطلان) ويتجلى ذلك واضحاً في حالة الفضالة، حيث يتولد على إثر عمل الفضولي التزامات متبادلة على عاتق كل من الفضولي ورب العمل. أما الارتباط المادي أو الموضوعي *La connexité matérielle ou objective* فهو ذلك الارتباط الذي لا يتولد عن رابطة قانونية تربط بين الدائن والمدين، ولكنه ينشأ عن واقعة مادية متمثلة في حيازة الشيء أو إحرازه، وما ينشأ على إثر هذه الحيازة أو الإحراز (أي بمناسبة) من حق للحائز أو المحرز في استيفاء ما أنفقه على هذا الشيء أو تعويضه عن الضرر الذي حاق به من جرائه.

ومما ينبغي لفت الانتباه إليه أنه قد يحدث أن يتوافر في الحالة الواحدة نوعا الارتباط معا أي الارتباط القانوني والمادي على حد سواء، فيتحقق معنى الارتباط القانوني عند وجود رابطة تبادلية مصدرها العقد أو غير العقد تربط بين حق الحابس والتزامه بالرد، كما يتحقق الارتباط المادي أو الموضوعي أيضاً حينما ينشأ حق الحابس بمناسبة واقعة مادية، ألا وهي حيازة الشيء أو إحرازه، كما هو الحال في عقد الوديعة بغير أجر، حيث ينشأ للمودع لديه حق الحبس بناء على الارتباط القانوني والمادي في نفس الوقت، إذ يتحقق الارتباط القانوني من خلال العلاقة التبادلية التي تتحقق بين التزام المودع لديه بالرد والتزام المودع بتعويضه عن المصروفات التي أنفقها على الشيء المودع أو عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الشيء، كما يتحقق الارتباط المادي في نفس هذا المثال من واقعة حيازة الشيء المودع من جانب المودع لديه (الحابس) التي ينشأ من خلالها أو بمناسبة حقها في حبسه لحين استيفاء المصروفات أو التعويض عن الضرر الذي يحدثه به^(١).

(١) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ.د/ أنور سلطان، بند ٩١، ص ٨٠، ٧٩، أ.د/ إسماعيل غانم، بند ١٠٧، ص ٢٣٩، ٢٤٠/ عبد المنعم البدرابي بند ٣٠، ص ١٩٢،

فإذا توافرت الشروط الثلاثة سالفة الذكر جاز للدائن استعمال حق الحبس دون حاجة إلى سبق إغذار المدين أو الحصول على ترخيص من القضاء بهذا الاستعمال، على أن يراعى ضرورة عدم التعسف في استعمال الحق كقيد عام يرد على استعمال كل حق أو رخصة، فلا يجوز للدائن مثلاً استعمال هذا الحق في الوقت الذي يكون فيه هو المتسبب بقصد أو بغير قصد في عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو كان المدين قد نفذ الالتزام في مجمله ولم يبق منه إلا النزر اليسير التافه الذي لا يبرر حرمانه من كل حقه بسبب استعمال الحق في حبسه (٢).

مدى أهمية التفرقة بين نوعي الارتباط:

للتمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي أهمية عملية تتجلى واضحة في هذين الأمرين :
١- إنه في إحدى حالتَي الارتباط المادي وهي الحالة التي ينشأ فيها على إثر واقعة حيازة الشيء أو إحرازه حق للحائز أو المحرز في الحبس بسبب ما أنفقه من مصروفات على هذا الشيء (دون الحالة الأخرى التي يضار فيها الحائز أو المحرز من الشيء فينشأ له فيها حق التعويض عن الضرر الذي يحدثه) فإن للحابس الشيء يمكنه الاحتجاج بهذا الحق قبل الغير ولو كان حق هذا الغير ناشئاً قبل إنفاق هذه المصروفات، بعكس الحال في الحالة الثانية من حالتَي الارتباط المادي وفي الارتباط القانوني، حيث لا يحتج بالحق في الحبس على الغير الذي كسب حقه قبل ثبوت حق الحابس.

٢- يقتصر حق الحبس في الارتباط المادي أو الموضوعي على الشيء ذاته الذي نشأ للحابس حق عليه من جراء ما أنفقه عليه من مصروفات أو بسبب الضرر الذي أحدثه به، في حين يتسع نطاق محل الحبس في الارتباط القانوني أو المعنوي، بحيث يتسنى للحابس حبس كافة الأشياء أو الالتزامات الملتزم بأدائها بسبب العلاقة التبادلية التي تربطه بالمدين، حتى وإن كان حق الدائن قد نشأ بسبب مصروفات أنفقتها على بعض هذه الأشياء دون البعض الآخر (٣).

١٩٣.

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ أنور سلطان، بند ٩٣، ٩٤، ص ٨١، ٨٢.

(٣) انظر في هذا المعنى: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ١٠٨، ص ٢٤١، أ.د/ عبدالمنعم البدرابي، =

بند ١٧١، ص ١٩٣، د/ أحمد هيكل، ص ٢٣٢.

الباب الثاني الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام

تمهيد وتقسيم

الأصل العام أن ينشأ الالتزام بسيطاً Simple غير موصوف بوصف يعدل من آثاره، بيد أنه قد يحدث أن يكون الالتزام موصوفاً Qualifiée، فتتغير على إثر هذا الوصف تلك القواعد التي تحكم تنفيذ الالتزام.

وتتنوع الأوصاف Les qualifications التي تلحق الالتزام ، فمنها ما يمس الالتزام في وجوده أو عدم وجوده ، أو تؤكد له هذا الوجود تؤدي إلى زواله مثل الشرط Comme la condition أو ومنها ما يمس الالتزام في تنفيذه أو زواله كالأجل Comme le terme ومنها يتصل بمحل الالتزام فيجعله متعدداً غير بسيط، كما هو الحال في الالتزام البدلي أو الالتزام التخيري، وأخيراً قد يرتبط الوصف بطرفي الالتزام فلا يكونا مديناً واحداً ودائناً واحداً، بل يكونا متعددين، كما هو الحال في التضامن (سواء أكان تضامناً إيجابياً يتعدد فيه الدائنون ، أم كان تضامناً سلبياً يتعدد فيه المدينون) وكذلك عند عدم قابلية الالتزام للانقسام وسنعرض - بمشيئة الله تعالى - لهذه الأوصاف الثلاثة على التفصيل الآتي :

الفصل الأول : الشرط والأجل .

الفصل الثاني : تعدد محل الالتزام .

الفصل الثالث : تعدد طرفي الالتزام .

الفصل الأول

الشرط والأجل

المبحث الأول

La condition الشرط

المطلب الأول

دلالة الشرط وأنواعه

الشرط La condition هو تعبير عن حدث أو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله (م ٢٦٥ مدني مصري^(١)).

وللشرط نوعان: إما أن يكون شرطا واقفا Une condition suspensive ويحدث ذلك حينما لا يوجد الالتزام إلا بتحقق الشرط، فيكون وقوع هذا الأمر المستقبلي غير المحقق الوقوع سببا في وجود الالتزام ونشأته، كأن أقول لآخر أهبك سيارتي إن عدت من السفر سالما، أو إن نجح ولدي في الامتحان، فالشرط المعلق وجود الالتزام على وقوعه في أي من هذين المثالين يعبر عن حدث مستقبلي غير محقق الوقوع، لا ينشأ الالتزام على عاتق الواهب إلا عند تحققه، فوجوده معلق على وجود هذا الشرط.

وإما أن يكون شرطا فاسخا Une condition résolutoire، ويحدث ذلك حينما يكون زوال الالتزام أو انقضائه معلقا على وجود هذا الشرط كأمر مستقبلي غير محقق الوقوع. كأن أقول ليقيم مصاريف تعليمك سنويا على ما لم ترسب في امتحاناتك، أو أقول لأرملة تقوم على عيالها نفقاتك وعيالك على ما لم تتزوجي بآخر، فالالتزام في هذين المثالين موجود، لكن بقاءه مهدد بالزوال والانقضاء إذا تحقق الشرط، وهو رسوب اليتيم في الامتحان أو زواج الأرملة بآخر.

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع ". هذه المادة تقابل المادة ٢٤٥ مدني بحريني .

المطلب الثاني

خصائص الشرط

يلزم لصحة الشرط أن تتوافر في الحدث أو الأمر المستقبلي المعبر عنه جملة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

أولاً: أن يكون أمراً مستقبلاً

لكي يعتد بالحدث المعلق وجود الالتزام أو زواله على تحققه يتعين أن يكون حدثاً مستقبلاً *Un événement future* بحيث يحتمل وقوعه أو عدم وقوعه في المستقبل (أي يكون على خطر الوقوع أو عدمه في المستقبل).

ومن ثم إذا كان الحدث المعلق عليه وجود الالتزام أو زواله قد وقع في الماضي أو لحظة الاتفاق على هذا التعليق، فلا يصلح هذا الحدث شرطاً، حتى وإن جهلا العاقدان حقيقة وقوعه. وعندئذ ينشأ الالتزام منجزاً إذا كان وجود الالتزام قد علق على وقوع مثل هذا الحدث، أما إذا كان زوال الالتزام معلقاً على وقوعه فلا يتصور نشأة الالتزام أصلاً مع وقوع هذا الحدث.

ثانياً: أن يكون أمراً غير محقق الوقوع

ذلك أنه إذا كان الحدث أمراً محقق الوقوع كان أجلاً لا شرطاً. فالحدث المحتمل *L'événement probable* وقوعه يصلح أن يكون شرطاً يعلق وجود الالتزام أو زواله على وقوعه، أما إن كان حدثاً مؤكداً الوقوع لم يصلح شرطاً، بل أضحى أجلاً .

فالموت مثلاً يعد حدثاً محقق الوقوع ، حتى وإن كان تاريخ وقوعه غير معين، إذا قيد به الالتزام كان أجلاً لا شرطاً، فحينما أقول لآخر انفق عليك إن مات أبوك أو ما لم يميت أبوك، فموت الأب في الحالة الأولى يعد أجلاً واقفاً ينفذ الالتزام عند حدوثه ، وموت الأب في الحالة الثانية يعد أجلاً فاسخاً ، أو بمعنى أدق أجلاً منهياً للالتزام فيزول عند حدوثه الالتزام ، وفي الحالتين يكون الموت أجلاً لا شرطاً^(١) .

(١) بيد أنه من المنتصور في بعض الأحيان أن يضحي الموت شرطاً لا أجلاً، وذلك إذا علق الالتزام على حدوث الموت في وقت معين، أو على حدوث موت شخص معين قبل آخر (انظر في نفس المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٢٠، ص ١٩٣).

ثالثاً: أن يكون أمراً ممكناً

لا يصح تعليق الالتزام في وجوده أو في تنفيذه على حدوث شرط مستحيل الوقوع استحالة مطلقة Une impossibilité absolue، وإذا حدث مثل هذا التعليق كان الشرط لغوا لا أثر له، فلا يتصور معه وجود الالتزام مطلقاً إن كان شرطاً واقفاً، كما لا يتصور معه زوال الالتزام به إن كان شرطاً فاسخاً.

ولعل من أمثلة الشرط المستحيل الوقوع بصورة مطلقة ويعلق على وقوعه وجود الالتزام كشرط واقف أن أقول لآخر أهبك سيارتي إن شربت ماء البحر أو إن طرت في الهواء بلا واسطة مادية للطير كالبطائرة ونحوها أو إن صمت شهراً عن الطعام والشراب صوما متواصل بلا انقطاع ليلاً ونهاراً، ففي مثل هذه الفروض يعد الشرط من قبيل اللغو، ويستحيل حدوثه على كل إنسان، فلا يتصور مع مثل هذا الشرط وجود الالتزام أبداً.

كما أن أمثلة الشرط المستحيل الوقوع على نحو مطلق ويعلق على حدوثه زوال الالتزام وانقضاؤه كشرط فاسخ أن أقول لآخر سيارتي لك مني هدية ما لم تأكل أو تنم، فعدم الأكل أو عدم النوم كشرط فاسخ علق زوال الالتزام بحدوثه يستحيل على أي إنسان أن يأتيه، ولذا ينعدم أثره على الالتزام فيبقى معه قائماً ومنفذاً، ولا يعتد بهذا الشرط باعتباره من قبيل اللغو الباطل الذي لا أثر له.^(١)

أما تعليق الالتزام على شرط مستحيل استحالةً نسبيةً Une impossibilité relative فيعد أمراً جائزاً وصحيحاً، كأن أقول لآخر لك مني مبلغ معين من المال إن سبحت في البحر أو إن رسمت لي لوحة أو إن نقلت أبنائي من مكان لآخر، وهو لا يحسن السباحة ولا الرسم ولا القيادة، فالشرط مستحيل بصورة نسبية على المشتراط عليه لكنه شرط ممكن الحدوث فيجوز اشتراطه ويصح معه الالتزام، إذ يمكن في هذه الفروض أن يتعلم المشتراط عليه السباحة أو الرسم أو القيادة (كما يمكنه كأصل عام أن ينفذ الشرط في الفرضين الثاني والثالث عن طريق شخص آخر خبير في الرسم أو قيادة السيارات، ما لم يتفق على غير ذلك أو تتافى ذلك مع طبيعة الالتزام ذاته).

(١) ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ١/٢٦٦ من القانون المدني المصري، إذ تنص على أنه "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً. أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم". هذه المادة تقابل المادة ٢/٤٦ مني بحريني.

رابعاً: ألا يكون تحقق الشرط (لاسيما الشرط الواقف) معلقاً على محض إرادة المدين

ذلك أن الشرط إذا كان شرطاً واقفاً وعلق الالتزام في وجوده على محض إرادة المدين وحده كان الشرط باطلاً والالتزام كذلك، كقولي لآخر أبيعك سيارتي إن وافقت أنا على هذا البيع، أو أهبك سيارتي إن راق لي ذلك، فمثل هذا التعليق على محض إرادة المدين يفقد هذا العرض صفته كإيجاب قانوني يصلح لاقتران القبول به، فيتنافى هذا التعليق على هذا النحو مع الطبيعة الفنية لإبرام العقود^(١) Le caractère technique de la formation des contrats.

في حين يصح تعليق وجود الالتزام على محض إرادة الدائن، فهذا مما يتفق مع الطبيعة الفنية لإبرام العقد، كأن أقول لآخر أبيعك سيارتي إن قبلت أنت شراءها بسعر كذا أو أهبك مالا معيناً، إن وافقت أنت على قبول هذه الهبة.

خامساً: ألا يكون أمراً مخالفاً للنظام العام والآداب

يجب ألا يكون الحدث المعلق على حدوثه وجود الالتزام أو زواله غير مخالف للنظام العام والآداب، فإن كان مخالفاً كان باطلاً، غير أن تأثيره على الالتزام يختلف باختلاف طبيعة هذا الشرط، فإن كان شرطاً واقفاً لم ينشأ الالتزام أصلاً، كما لو قال شخص لآخر أهبك سيارتي إن قتلت شخصاً ثالثاً أو يقول لامرأة لا تحل له أهبك عمارة إن وافقت على نشوء علاقة آثمة بيننا، أما إن كان شرطاً فاسخاً بطل الشرط وحدة وبقي الالتزام صحيحاً نافذاً متى كان الشرط ثانوي الأهمية مثال ذلك أن يهب غني مالا لفقير لسد عوزه وحاجته مشروطاً عليه عدم الزواج، هذا ما لم يتبين أن هذا الشرط يشكل عنصراً جوهرياً في الالتزام بحيث كان هو الدافع إليه، فعندئذ يبطل الشرط والالتزام معا كما لو وهبت زوجة مالا لزوجها مشروطاً عليه عدم الزواج عليها بأخرى، وكان ذلك الشرط هو الدافع الرئيس لها على التبرع، على نحو لم يكن من المتصور معه أن تهبه شيئاً مع تخلف هذا الشرط. (م ٢٦٦ مدني مصري^(٢)).

(١) ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢٦٧ مدني مصري بقولها " لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم ". هذه المادة تقابل المادة ٢٤٧ من القانون المدني البحريني

(٢) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " ١- لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً. أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

٢- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام. هذه المادة تقابل المادة ٢٤٦ مدني بحريني.

المطلب الثالث

آثار الشرط

تترتب على الشرط آثاره التي تتناسب مع طبيعته كشرط واقف أو شرط فاسخ، هذه الآثار تختلف أثناء فترة التعليق أي قبل وقوع هذا الشرط أو ذلك، عن تلك التي تترتب بعد انتهاء فترة التعليق (أي بعد وقوعه) ، كما أن تحقق الشرط أثراً رجعياً يترد إلى وقت العقد وليس من وقت تحققه كقاعدة عامة، هذا مع مراعاة أن ثمة استثناءات ترد على تلك القاعدة.

أولاً: آثار الشرط الواقف

تختلف آثار الشرط الواقف على الالتزام قبل تحققه، عن آثاره بعد تحققه، وذلك على التفصيل الآتي:

١- آثار الشرط الواقف خلال فترة التعليق

لا جرم أن للدائن حينما يكون التزام مدينه معلقاً على شرط واقف حقا وإن لم يكتمل له الوجود بسبب هذا التعليق، إلا أننا لا يمكن أن نعتبره عدماً، فهو حق على خطر الوجود أو عدم الوجود، فقد ينشأ الالتزام بأداء هذا الحق وقد لا ينشأ على ضوء تحقق الشرط أو عدم تحققه.

ويؤخذ على محكمة النقض المصرية أنها تعتبر الحق أو الالتزام خلال فترة التعليق حينما يكون الشرط واقفاً موجوداً لكنه غير مؤكد الوجود ، وهو تعبير غير دقيق ، إذ أنه يكون قابلاً للوجود أو محتمل الوجود أو ممكن الوجود ، ولا يوجد إلا إذا تحقق الشرط ، إذ نقول في حكم لها " إذ كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ (١) الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة فيكون الالتزام في فترة التعليق موجوداً ، وإن كان وجوده ليس مؤكداً ، فإنه لا يجوز للدائن خلال هذه الفترة اتخاذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبراً أو اختياراً طالما لم يتحقق الشرط " (٢) .

حيث تنشأ بين الدائن والمدين خلال فترة التعليق رابطة قانونية يكون التزام المدين فيها التزاماً غير موجود، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يباشر أي عمل من أعمال التنفيذ الجبري لهذا الالتزام، ولا أن يباشر ما يعد من مقدمات هذا التنفيذ كرفع دعوى عدم نفاذ التصرف، ولا أن يجري مقاصة بين

(١) كما أنه يؤخذ على محكمة النقض المصرية أنها تجعل أثر الشرط الواقف على الالتزام أو الحق خلال فترة التعليق يتمثل في وقف نفاذ الالتزام (وهي تقصد وقف تنفيذه ولا تقصد معنى النفاذ ، وهي في كلا الاستعماليين غيرموقفة) لأن الشرط الواقف يؤثر على الالتزام لأو الحق من حيث الوجود أو عدمه ولا شأن له لا بالنفاذ ولا بالتنفيذ ، فالتصرف القانوني الصادر من مالكة ولا يضر بدائنيه يكون نافذاً في حق طرفيه وخلفهما العام وفي حق دائنيه ، سواء كان بسيطاً غير موصوف بالتعليق على شرط واقف أو كان غير معلق على شرط واقف ، والتعليق على شرط واقف يجعل الحق أو الالتزام محتمل الوجود إذا تحقق الشرط الواقف ومحتمل عدمه إذا تخلف هذا الشرط الواقف .

(٢) نقض مدني مصري الطعن رقم ١٥٤٨٧ لسنة ٧٧ قضائية جلسة بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠٠٨ م ، مكتب فني سنة ٥٩ - قاعدة ١٤١ - صفحة ٧٩٩ .

حقه هذا وحق حال الأداء في ذمته للمدين، وإذا وفى المدين بالتزامه المعلق على شرط واقف مختاراً كان له حق استرداد ما وفاه.

بيد أن حق الدائن وإن لم يكن حقاً كاملاً الوجود فهو ليس عدماً وليس مجرد أمل لا يرقى إلى مصاف الحق، بل هو حق علق وجوده على تحقق الشرط فأضحى حقاً غير مؤكد الوجود، ومن ثم يمكن أن ينتقل هذا الحق من الدائن إلى غيره بأي طريق من طرق انتقال الحقوق، كأن ينتقل إلى ورثته بالميراث أو إلى خلفه الخاص بالبيع أو الرهن، كما أنه في مقدور الدائن بهذا الحق أو خلفه العام أو الخاص أن يباشر كافة الأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على هذا الحق، كأن يقوم بقيد الرهن أو فرض الحراسة على أموال المدين أو وضع الأختام.

٢- آثار الشرط الواقف بعد انتهاء فترة التعليق

إذا ما تحقق الشرط الواقف اكتمل لحق الدائن وجوده وأصبح حقاً مؤكداً خال من الاحتمال، فيمكنه استيفاءه من المدين جبراً عنه إن لم يوفه إليه مختاراً، وإذا وفاه المدين مختاراً فقد أدى ما عليه ولا يملك حق استرداده، وجاز للدائن به أن يمارس كافة السلطات التي يخولها له هذا الحق، وأن يجري مقاصة بينه وبين حق للمدين في ذمته.

أما إذا تأكد تخلف الشرط الواقف اعتبر الالتزام أو الحق المعلق على تحققه عدماً كأن لم يكن، وإذا كان الدائن قد تصرف في حقه زال على إثر تخلف هذا الشرط كل أثر لهذا التصرف، كما يزول كل أثر لما كان الدائن قد اتخذ من إجراءات تحفظية للمحافظة على هذا الحق.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه من " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه طبقاً للقواعد العامة في الأوصاف المعدلة للالتزام أنه إذا كان الالتزام قد علق على شرط واقف هو أن يقع أمر خلال فترة معينة ، فإن الشرط يعتبر قد تخلف إذا لم تتحقق الواقعة التي اشترط الطرفان وقوعها خلال فترة معينة ، ويترتب على ذلك زوال الالتزام واعتباره كأن لم يكن ، أما إذا وقعت الواقعة المشروطة خلال الفترة المتفق عليها فإن الشرط يكون قد تحقق وصار الحق نافذاً . والحق المعلق على شرط واقف هو ما ينظمه القانون ويحميه وهذا الحق لا يعد نافذاً إلا إذا تحقق الشرط. "

" (١) .

(١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٢٣٧٠ لسنة ٦٨ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠١٢/٤/٢٠ م ، مكتب فنى (سنة ٦٣ - قاعدة ٨٤ - صفحة ٥٦٦) .

ثانياً: آثار الشرط الفاسخ

لا جرم أن التزام المدين إذا كان معلقاً على شرط فاسخ التزام موجود ونافذ، ومن ثم يتعين على المدين تنفيذه مختاراً وإلا كان من حق الدائن جبره عليه رغماً عنه عن طريق اللجوء إلى السلطة العامة لحمله على التنفيذ الجبري، كما أن في مقدور الدائن أن يتصرف فيه بكافة مظاهر التصرف، وله أيضاً أن يتخذ كافة الدعاوى المقررة للمحافظة على الضمان العام للدائنين، كدعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرف والدعوى غير المباشرة، كما أن له ممارسة الحق في الحبس فيحبس عن مدينه ما له في ذمته من أداء سواء أكان عملاً أم شيئاً لحمله على الوفاء بحقه أو على الأقل حمله على تقديم تأمين كاف يضمن له الوفاء به، وإذا وفى المدين بحق دائئه المعلق على شرط فاسخ لم يجز له استرداده، ما دام الشرط لم يتحقق بعد، فهو وفاء بحق موجود ومستحق الأداء، وإن كان مهدداً بالزوال عند تحقق الشرط.

وينبغي أن يراعى أن حق الدائن المعلق على شرط فاسخ وإن كان حقاً مؤكداً للوجود مستحق الأداء إلا أنه حق غير بات فهو مهدد بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ، ولذلك لا يجوز إجراء المقاصة بينه وبين حق بات غير مهدد بالزوال.

فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن ليس فقط من تاريخ تحقق الشرط، ولكن منذ بداية الاشتراط بأثر رجعي.

ومن ثم إذا كان المدين قد نفذ هذا الالتزام استرد أداءه على إثر تحقق الشرط، وإن لم يكن قد نفذه لم يجز مطالبته بالتنفيذ بعد أن زال الالتزام أصلاً بتحقق الشرط الفاسخ.

ثالثاً: الأثر الرجعي للشرط

١- القاعدة العامة

يرتب القانون على الشرط عند تحققه كقاعدة عامة - سواء أكان شرطاً واقفاً أم فاسخاً - أثراً رجعياً *Un effet rétroactif* يترد إلى وقت الاشتراط لا من وقت تحققه (م ١/٢٧٠ مدني مصري^(١)) ، مع ضرورة التفرقة عند تطبيق هذه القاعدة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ على التفصيل الآتي :

(١) إذ تنص هذه المادة في فقرتها "أ" على أنه " إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام ، أو زواله ، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط ". هذه المادة تقابل المادة ٢٥٠/أ مدني بحريني ، والمادة ١/٣٢٨ مدني كويتي .

أ- الفرض الأول : الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف فإذا كان الشرط واقفاً تأكد بتحقيقه حق الدائن وأصبح حقاً موجوداً ومؤكداً ليس من وقت تحقق الشرط ولكن من وقت حصول الاتفاق على هذا الحق.

ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

- إذا كان المدين خلال فترة التعليق قد وفى حق الدائن ولم يقم باسترداده (إذ يثبت له حق استرداد ما وفاه إلى الدائن قبل تحقق الشرط الواقف ، ما دام أن الشرط لم يتحقق بعد) حتى حصول الشرط ، فعندئذ يتعذر عليه الاسترداد ، لأن حق الدائن قد بات بموجب الأثر الرجعي للشرط الواقف عند تحققه وكأنه كان موجوداً ومؤكداً من وقت حصول الاشتراط عليه ، وليس من وقت تحقق هذا الشرط ، فيضحى بذلك المدين وكأنه قد وفى بحق كان قائماً وموجوداً وقت الوفاء به ومن ثم لم يجز له استرداده .
- إذا كان حق الدائن المعلق على شرط واقف مضموناً برهن ثم تحقق الشرط، فإن تاريخ الرهن يعتد به من وقت قيده وليس من تاريخ حصول الشرط.
- إذا كانت ملكية الدائن ملكية محتملة لكونها معلقة على شرط واقف ثم تحقق هذا الشرط بعد أن تصرف في الشيء خلال فترة التعليق، كان تصرفه صحيحاً نافذاً منذ صدوره، ويعتبر وكأنه قد صدر من مالك ملكية مؤكدة منذ بداية التصرف وليس منذ تحقق الشرط، وتعتبر تصرفات المدين صادرة من غير مالك.
- إذا صدر قانون جديد خلال فترة التعليق معدلاً من شروط إنشاء الالتزام، كما لو اشترط هذا القانون شكلاً معيناً كالرسمية مثلاً بعد أن كان العقد رضائياً، ثم تحقق الشرط بعد ذلك، اعتبر العقد قد نشأ في ظل القانون القديم وفقاً للأثر الرجعي للشرط ولا يطبق عليه القانون الجديد مشروطاً بالرسمية.

ب- الفرض الثاني : الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ أما إذا كان الشرط فاسخاً، فإن من شأن تحقق الشرط أن يزول حق الدائن ويعتبر وكأنه لم يكن منذ بداية العقد وليس من تاريخ حصول الشرط.

وبناء عليه إذا كان المدين قد وفى حق الدائن خلال فترة التعليق كان له استرداد ما وفاه عن طريق رفع دعوى رد غير المستحق، كما أنه إذا كان التزام المدين التزاما بنقل ملكية شيء وانتقلت ملكيته إلى الدائن خلال فترة التعليق، فإن هذه الملكية تزول بأثر رجعي على إثر تحقق الشرط، وتعد ملكية هذا الشيء وكأنها لم تخرج أصلا من ملك المدين، كما تزول التصرفات التي أجزاها الدائن خلال فترة التعليق بعد تحقق الشرط وتعتبر وكأنها صدرت منذ البداية من غير مالك للشيء محل هذه التصرفات، هذا ما لم يكن الشيء المتصرف فيه منقولاً تمسك به المتصرف إليه حسن النية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، على أساس أنه كان يجهل أن ملكية المتصرف ملكية مهددة بالزوال أو كان المتصرف إليه دائنا مرتبنا حسن النية، وصدر لصالحه رهن عقار من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي، وكان الدائن يجهل ذلك^(١).

٢- الاستثناء

لقد أورد القانون عددا من الحالات الاستثنائية التي لا يعمل فيها بالقاعدة العامة التي تقضي بارتداد أثر الشرط فاسخا كان أو واقفا إلى وقت العقد أو الاتفاق وليس إلى وقت حصول الشرط وتحققه، هذه الحالات تتمثل في الحالات الآتية:

أ) الحالة الأولى

إذا اتفق العاقدان على استبعاد الأثر الرجعي للشرط، ذلك أن إعمال الأثر الرجعي للشرط يقوم أصلا على أساس أنه يعبر عن الإرادة المحتملة للعاقدين، فإذا ما ثبت انصراف الإرادة الحقيقية إلى استبعاد تطبيق هذا الشرط وجب الأخذ بالإرادة الحقيقية لا الإرادة المحتملة (م ٢٥٠/أ مدني بحريني).

ب) الحالة الثانية

إذا اقتضت طبيعة العقد أن يكون للشرط أثر فوري مباشر فإنه لا يعمل به إلا من وقت تحققه، ومن ثم لا يعمل به بأثر رجعي من وقت العقد أو الاتفاق (م ٢٥٠/أ مدني بحريني)، مثال ذلك أن أتعهد لشخص بإحاقه للعمل في شركتي معلقا ذلك على نجاح ابني في الامتحان، فإذا ما تحقق الشرط، فلا يتصور بحسب طبيعة عقد العمل أن اعتبره عاملا عندي بأثر رجعي، بل من وقت

(١) إذ تنص المادة ١٠٣٤ مدني مصري على أن " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن " . هذه المادة تقابل المادة ٩٤٦ مدني بحريني ، والمادة ٩٧٥ مدني كويتي .

حصول الشرط، وكذلك الحال في العقود الزمنية إذا عُلقت على شروط فاسخة، حيث يقتصر زوالها عند تحقق هذه الشروط على المستقبل دون الماضي.

ج) الحالة الثالثة

تبقى أعمال الإدارة الصادرة من الدائن أو المدين (مثل تأجير الشيء) خلال فترة التعليق صحيحة ونافاذة رغم تحقق الشرط الفاسخ أو الواقف وذلك رغبة من واضع القانون في الحيلولة دون تعطيل استغلال الشيء أثناء فترة التعليق، وإلا أحجم الناس عن التعامل على الأشياء المملوكة ملكية مهددة بالزوال لكونها معلقة على شرط واقف أو فاسخ، لاسيما وأن أعمال الإدارة ليست خطيرة الأثر على الشيء، فضلا عن كونها ضرورية بالنسبة لاستغلال هذا الشيء، ما دامت قد تمت بحسن نية وكانت شروطها مقبولة ومعقولة كما لو كانت لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات.

د) الحالة الرابعة

إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فلا يعمل بالأثر الرجعي للشرط عند تحققه. (م ٢/٢٧٠ مدني مصري^(١)).
ومن ثم فإنه إذا بيع شيء معين تحت شرط واقف، ثم هلك هذا الشيء لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ثم تحقق الشرط، فقد كان من مقتضى فكرة الأثر الرجعي للشرط الواقف عند تحققه أن يعتبر العقد قد انعقد صحيحا على محل موجود وقت العقد، فتطبق عليه القواعد التي تحكم تحمل تبعه هلاك محل العقد بعد التعاقد وهي في القانون ترتبط بالتسليم فيكون الهلاك على البائع إن هلك قبل التسليم وعلى المشتري إن هلك بعد التسليم، غير أن استبعاد الأثر الرجعي للشرط يعني أن هلاك الشيء قد تم قبل تحقق الشرط، ومن ثم فهو يمنع من نشوء الالتزام أصلا لانعدام المحل لحظة تحقق الشرط، فتحدد تبعه الهلاك بعيداً عن العقد، فيكون هلاك الشيء على مالكة وهو البائع سواء وقع قبل التسليم للمشتري أم بعده، مادام أن الهلاك راجع إلى سبب أجنبي لا يد لأحدهما فيه^(١).

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه "ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه". هذه المادة تقابل المادة ٢٥٠/ب مدني بحريني.

(١) انظر في ذلك أ.د./إسماعيل غانم، بند ١٥١، ص ٣٠٥.

(٢) انظر في هذا المعنى: أ.د./إسماعيل غانم، بند ١٥١، ص ٣٠٥.

وإذا كان الشرط فاسخاً ثم هلك الشيء بسبب أجنبي ثم تحقق الشرط بعد ذلك، فقد كان من مقتضى الأثر الرجعي للشرط أن يعتبر العقد وكأنه لم ينعقد أصلاً، فيجري تحديد تبعه الهلاك وفقاً لتبعه هلاك الشيء لا وفقاً لتبعه العقد، بحيث يكون الهلاك على المالك للشيء وهو البائع سواء تم الهلاك قبل التسليم أو بعد التسليم، ولكن نظراً لاستبعاد الأثر الرجعي للشرط فإنه تطبق قواعد العقد فتحدد تبعه الهلاك وفقاً لقواعد العقد فيتحملها البائع إذا كان الهلاك قبل التسليم ويتحملها المشتري إذا كان الهلاك بعد التسليم (٢) .

هـ) الحالة الخامسة

إذا تحقق الشرط الواقف فلا تحتسب مدة التعليق عند احتساب مدة التقادم المسقط للحق، خلافاً لمقتضى الأثر الرجعي للشرط الواقف عند تحققه، ذلك أنه على إثر تحقق الشرط الواقف يعتبر حق الدائن موجوداً وحال الأداء منذ إبرام العقد، وليس من تاريخ تحقق هذا الشرط، الأمر الذي كان يتطلب مراعاة للأثر الرجعي للشرط إدخال فترة التعليق في حساب مدة تقادم هذا الحق. وهذا استثناء منطقي لأنه ليس من المنطق أو العدالة في شيء أن يسري التقادم في حق الدائن بهذا الحق منذ بداية إبرام العقد وخلال فترة التعليق وهو غير قادر قانوناً على المطالبة بهذا الحق خلالها، على اعتبار أن حقه قبل تحقق الشرط خلال فترة التعليق كان حقا غير موجود (٣) .

و) الحالة السادسة

يستثني أغلب الفقهاء من قاعدة الأثر الرجعي للشرط ثمار العين التي قبضها الدائن تحت شرط فاسخ أو قبضها المدين تحت شرط واقف خلال فترة التعليق، إذ تبقى هذه الثمار لمن قبضها رغم تحقق الشرط، وقيل في تبرير ذلك أن الدائن أو المدين وقت أن قبضها كان حسن النية وإن كانت ملكيته مهددة بالزوال، كما أن هذا مما يتفق مع الإرادة المحتملة للعاقدين والتي ما كانت لتتصرف إلا لذلك الحكم، فضلاً عن إن أعمال مثل هذا الحكم يؤدي إلى توفير الوقت وتفاذي المشقة والعناء في المحاسبة عن هذه الثمار بين الدائن والمدين (١) .

(٢) وهذا عين ما نص عليه القانون المدني المصري صراحة، حيث جاء في المادة ٣٨١/٢ منه "وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط...". وقد خلا القانون المدني البحريني من نص مماثل لذلك، لكن هذا الحكم يستفاد من نص المادة ٣٧٣ من هذا القانون في فقرتها "أ" حيث جاء فيها "لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى (أي مدة التقادم) كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه... والدائن بحق معلق على شرط واقف خلال فترة التعليق يتعذر عليه قانوناً المطالبة بحقه".

المبحث الثاني الأجل Le terme المطلب الأول دلالة الأجل وأنواعه

أولاً: دلالة الأجل وتمييزه عن الشرط

يعرف أغلب الفقهاء الأجل بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على تحققه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه^(٢)، غير أن الأدق في تعريف الأجل ما ذهب إليه بعض الفقهاء - وهو ما نرجحه - من أن الأجل هو تعبير عن "مدة مستقبلية لأمر محقق الوقوع يضاف تنفيذ الالتزام إلى وقت انقضائها أو يتوقف هذا التنفيذ بها"^(٣).

ويمكنني تعريف الأجل بأنه "تعبير عن أمد مستقبلي لأمر محقق الوقوع يترتب على تحققه تنفيذ الالتزام أو زواله".

فالأجل والشرط وصفان لأمد أو لأمر مستقبل ، غير أنهما يختلفان في كون الأجل أمداً مستقبلياً لأمر محقق الوقوع، في حين أن الشرط تعبير عن أمر غير محقق الوقوع، ومن هنا يبدو واضحاً أن الالتزام المعلق على شرط مصيره غير معروف، ومن ثم فإن هذا الالتزام قد ينشأ وقد لا ينشأ هذا إذا كان الشرط شرطاً واقفاً، وذلك تبعاً لتحقيق هذا الشرط أو تخلفه، وقد يزول هذا الالتزام رغم وجوده أو يتأكد له هذا الوجود بصورة نهائية على ضوء تحقق الشرط أو تخلفه إذا كان الشرط فاسخاً.

هذا مع مراعاة أن الأجل رغم كونه محقق الوقوع إلا أنه من المتصور أن يكون موعد حلوله غير معروف، وهذا لا يقدح في كونه محقق الوقوع، فالموت أجل محقق الوقوع يصح إضافة الالتزام إليه رغم أن ميعاد حلوله لا يعرفه أحد إلا الله عالم الغيب والشهادة^(١).

(١) انظر في ذلك المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٣٠، ص ٢٠٧، ٢٠٨.

(٢) انظر في ذلك إلى كل من: أ.د/ إسماعيل غانم، بند ١٢٧، ص ٢٢٢، أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٣٢، ص ٢١٠، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٢٢٧، أ.د/ عبدالمنعم البدرابي، بند ١٨٩، ص ٢١٣، أ.د/ فتحي عبدالرحيم، بند ١٦٧، ص ٢٠٧، أ.د/ محمد إبراهيم دسوقي، ص ٥٥٨.

(٣) أ.د/ عبدالناصر العطار، ص ١١١.

(١) وقد أشار واضع القانون المدني البحريني إلى هذا المعنى في معرض تعريفه للالتزام المضاف إلى أجل في هذه المادة بقوله "يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه". في حين كانت إشارة واضع القانون المدني المصري واضحة وجلية إذ نصت المادة ٢/٢٧١ منه على ذلك بقولها "ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه".

بيد أنه يعاب على النصين الواردين في القانونين المصري والبحريني استعمالها للفظ "نفاذ الالتزام" بدلا من لفظ "تنفيذ الالتزام" وهو الأدق - من وجهة نظري - لأن الأجل المضاف إليه الالتزام لا يؤثر في نفاذه إنما يؤثر في تنفيذه سواء أكان أجلاً واقفاً أم فاسخاً، فقد يكون الالتزام نافذاً ولا ينفذ لأنه مؤجل، وقد يجري تنفيذ الالتزام رغم كونه غير نافذ أو غير سار في حق الغير مثلاً، لذا يتعين مراعاة الدقة عند استعمال اللفظ، لاسيما وأن واضع القانون يقصد من لفظ النفاذ التنفيذ لا النفاذ أو السرمان، ولا عذر له في

كما أن الشرط والأجل يختلفان من حيث أثرهما على الالتزام، ذلك أن الشرط يؤثر على الالتزام من حيث الوجود أو الزوال فيوجد أو لا يوجد إن كان الشرط واقفاً، ويتأبد أو يزول إن كان الشرط فاسخاً، هذا مع مراعاة أن لتحقق الشرط أثراً رجعياً يترد إلى وقت العقد لا من وقت حصول الشرط، بعكس الأجل إن كان واقفاً فالالتزام موجود قبل تحققه، غاية ما هنالك أن تنفيذه مضاف إلى وقت حصول هذا الأجل وإن كان الأجل فاسخاً فالالتزام موجود ومنفذ قبل حلول الأجل، فإن حل الأجل زال الالتزام وانقضى من غير أن يؤثر على وجوده السابق على حلول هذا الأجل^(٢).

ثانياً: أنواع الأجل

يتنوع الأجل إلى عدة أنواع بحسب الأساس الذي يعول عليه، فإذا نظرنا إلى الأجل من حيث معرفة أو عدم معرفة تاريخ وقوعه ينقسم الأجل إلى أجل معروف أو معلوم التاريخ وأجل غير معروف أو غير معلوم التاريخ، مثال الأول أن أضيف التزامي إلى حلول عيد الأضحى المبارك فأقول لآخر أبيعك سيارتي على أن أسلمها لك في عيد الأضحى المبارك، فالالتزام موجود لكنه مضاف إلى أجل معلوم التاريخ وهو تاريخ عيد الأضحى المبارك. ومثال الأجل غير المعلوم التاريخ قول شخص لآخر أوجر لك سيارتي ما حييت فإن مت فردها لورثتي من بعدي فالالتزام موجود ومنفذ، غير أن الموت يعد أجلاً غير معلوم يزول الالتزام بتحقيقه.

وإذا نظرنا إلى الأجل من حيث مصدره قسمناه إلى أنواع ثلاثة: الأجل الاتفاقي، والأجل القانوني، والأجل القضائي، والأجل الاتفاقي Le terme conventionnel مصدره إرادة العاقدين في العقد سواء جرى تحديده صراحة (مثال ذلك اتفاق العاقدين على أن يؤجل التزام البائع بتسليم محصول الأرض المباع إلى وقت الحصاد وأن يدفع المشتري الثمن فور العقد أو العكس كأن يتفق على أن يعجل الوفاء بالكمية المبيعة على أن يؤجل دفع الثمن إلى وقت لاحق معلوم) أم تم تحديده بطريقة ضمنية وفق ظروف العقد وطبيعة الالتزام فيه (كأن يكون العقد عقد مقاوله ولم يحدد أجل معين لتسليم المقاول للعمارة فيه، حيث تقتضي طبيعة العقد تأجيل التزام المقاول بذلك بعض الوقت حتى يتسنى له تنفيذ التزامه، فيكون بذلك التزامه في العقد مضافاً إلى أجل واقف

هذا الخلط الظاهر حتى مع وضوح النية لديه والقصد منه في استعمال هذا اللفظ.
(٢) انظر في هذا المعنى أ.د./إسماعيل غانم، بند ١٢٩، ص ٢٧٣.

يتحدد على ضوء العرف الجاري في هذا الخصوص ولو لم يتم تحديده صراحة بين العاقدين لحظة التعاقد^(١).

أما الأجل القانوني *Le terme juridique* فهو الأجل الذي يحدده القانون فيترتب على حلوله تنفيذ الالتزام (مثال ذلك الأجل الواقف للوصية، فهي مضافة بنص القانون إلى أجل واقف هو موت الموصى) أو زواله (مثال ذلك ما ينص عليه القانون من انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع^(٢)).

أما الأجل القضائي *Le terme judiciaire* فهو عبارة عن نظرة الميسرة *Un délai de grace* التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ إذا عجز عن سداد ديونه لأسباب معقولة، واستدعت حالته ذلك، خاصة إذا كان الدائن لا يلحقه من جراء ذلك الأجل ضرر جسيم (م ٢/٣٤٦ مدني مصري^(٣)).

وأخيرا إذا نظرنا إلى الأجل من حيث أثره على الالتزام في تنفيذه أو زوال وجوده عند حلوله قسمناه إلى أجل واقف وأجل فاسخ.

فالأجل الواقف هو الأمد أو الزمن المستقبل الذي يترتب على حلوله تنفيذ الالتزام الموجود، مثال ذلك أن يتفق العاقدان على إبرام صفقة سيارات مقابل مبلغ معين من المال، على أن يضاف تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن المنفق عليه إلى مدة شهر أو شهرين من تاريخ إبرام العقد. أما الأجل الفاسخ فهو الأمد أو الزمن المستقبلي لأمر محقق الوقوع الذي يترتب على حلوله زوال الالتزام وانقضاؤه، مثال ذلك أن أوجر شقة لآخر لمدة سنة، فإذا حلت هذه المدة وانقضت انقضى عقد الإيجار وزال التزام المؤجر بتمكين المستأجر من المنفعة والذي كان موجودا خلال مدة السنة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة المقابلة لذلك والتي كان يلتزم بدفعها خلال هذه المدة.

(١) أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٣٣، ص ٢١١.

(٢) إذ تنص المادة ٩٩٣ / ١ مدني مصري على أن " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين ". هذه المادة تقابل المادة ٩٢١ / أ مدني بحريني ، والمادة ٩٥٢ / ١ مدني كويتي .

(٣) حيث تنص هذه المادة على أنه " على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو أجل ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم ". هذه المادة تقابل المادة ٣٣٦ب/ مدني بحريني .

المطلب الثاني

آثار الأجل

أولاً: آثار الأجل الواقف

إن الأجل الواقف المضاف تنفيذ الالتزام إلى وقت حلوله، لا أثر له على وجود الالتزام، فالالتزام معه موجود، غاية ما هنالك أن تنفيذ الالتزام متوقف أو مضاف إلى حين حلول هذا الأجل فإذا حل هذا الأجل أمكن تنفيذ الالتزام. ومن ثم فإن حق الدائن قبل حلول الأجل الواقف حق موجود، فيكون من حق الدائن تبعاً لذلك أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه كطلب وضع الأختام وفرض الحراسة على أموال المدين، كما أن له رفع دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أما دعوى عدم نفاذ التصرف (أو الدعوى البوليسية) فليس من حقه رفعها قبل حلول أجل حقه، كما يمكن انتقال هذا الحق بالطرق التي تنتقل بها الحقوق كالميراث أو التصرف كالبيع.

بيد أنه وإن كان حق الدائن المضاف إلى الأجل الواقف حقاً موجوداً إلا أنه حق مؤجل لم يحن بعد وقت تنفيذه، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن مطالبة المدين به قبل حلول أجله، كما أنه إذا وفى المدين بهذا الحق وكان يجهل عدم حلول الأجل، كان له الحق في استرداد هذا الوفاء (م ١/١٨٣ مدني مصري^(١))، ولا يجوز للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري لاستيفاء هذا الحق، كما لا تجوز المقاصة بين هذا الحق وحق منجز (م ١/٣٦٢ مدني مصري^(٢))، هذا ما لم يتنازل صاحب المصلحة عن هذا الأجل وتمسك بإجراء تلك المقاصة، كما أنه لا يسري التقادم المسقط بالنسبة لهذا الحق قبل حلول أجله، لتعذر مطالبة الدائن به قانوناً قبل حلول هذا الأجل.

فإذا ما انقضى الأجل أصبح الالتزام قابلاً للتنفيذ (أي مستحق الأداء)، فيحمل المدين على تنفيذه قهراً وقسراً إن لم يؤده رضاً واختياراً، وإذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده، لأنه قد وفى ما هو واجب الوفاء عليه، كما تجوز المقاصة بينه وبين أي حق آخر منجز، ويبدأ سريان التقادم من تاريخ حلول هذا الأجل، وله الحق في الطعن على تصرفات مدينه بعدم النفاذ عن طريق الدعوى البوليسية.

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه "يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذ لالتزام لم يحل أجله، وكان الموفي جاهلاً بقيام الأجل". هذه المادة تقابل المادة ١٨٦ مدني بحريني، والمادة ٢٦٥ مدني كويتي .

(٢) إذ تنص هذه المادة على أن " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ، ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كمل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء" هذه المادة تقابل المادة ٣٥٣/أ مدني بحريني ، والمادة ٤٢٥ / ١ مدني كويتي .

وينقضي الأجل الواقف إما بحلوله أي بانقضاء مواعده (هذا مع مراعاة عدم حساب اليوم الأول من هذا الأجل، في حين يحتسب اليوم الأخير منه، ما لم يصادف يوم عطلة رسمية فيمتد هذا الموعد إلى أول يوم عمل لاحق عليه)، أو بإسقاطه وذلك بتنازل صاحب الحق في الأجل عن التمسك به دائماً كان أو مديناً، أو بسقوطه، ويسقط الأجل في إحدى الحالات الثلاث الآتية:

١- الحالة الأولى

إذا أشهر إفلاس المدين التاجر، أو أعسر المدين غير التاجر، إذ يترتب على هذا الإفلاس أو ذلك الإعسار ذلك حلول ديون المدين المؤجلة.

٢- الحالة الثانية

إذا أضعفت التأمينات الخاصة بضمان حق الدائن، إضعافاً كبيراً كما لو كان حق الدائن المضاف إلى أجل معين مضموناً برهن عمارة مثلاً، فإذا بالعمارة قد انهارت فعندئذ يسقط الأجل، وفي هذه الحالة إذا كان انهيار العمارة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كان له الخيار بين الوفاء بحق الدائن فوراً أو تقديم تأمين آخر كاف، أما إذا كان انهيار العمارة راجعاً إلى فعل المدين كان الدائن بالخيار بين التمسك بسقوط الأجل ومطالبة المدين بوفاء الدين في الحال وبين مطالبته بتقديم تأمين آخر كاف يضمن له الوفاء بحقه عند حلول أجله (م ٢/٢٧٣ مدني مصري).

٣- الحالة الثالثة

إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعده به من تأمينات خاصة تضمن له الوفاء بحقه، ذلك أن الدائن ما منحه الأجل إلا على أمل أن المدين سيقدم له الضمان الموعود به، فإذا نكص عن وعده كان تخلفه عن الوفاء بالوعد سبباً في سقوط الأجل (م ٣/٢٧٣ مدني مصري^(٢)).

وفي مصر لا يحل أجل الدين بموت المدين، بل يبقى إلى أجله، ما لم يجعل الورثة بسداد تعجلاً لإبراء ذمة مورثهم حتى يلقي الله بريئاً من ديون العباد، بعكس الحال في الكويت أو البحرين، حيث يسقط أجل الدين بموت المدين بصفة عامة، وللدائن مطالبة الورثة به في حدود التركة، فلا تركة إلا بعد سداد الديون، وهذا هو الأفضل تخليصاً للمدين من ريقة الدين التي

(٢) إذ تنص هذه المادة على أن "يسقط حق المدين في الأجل الواقف".

(١)

(٢)

(٣) إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات "هذه المادة تقابل المادة ٢٥٤ ج مدني بحريني .

تجعله حبيساً بسببه في قبره ، غير أنه يبقى أجل الدين رغم وفاة المدين في حالتين : ١- الحالة الأولى : إذا كان للدين ضماناً خاصاً سبق أن قدمه المدين أو غيره يضمن للدائن استيفاء حقه كاملاً رغم حصول الوفاة . ٢- الحالة الثانية : إذا قدم الورثة للدائن ضماناً خاصاً يضمن الوفاء بحقه عند حلول أجله ، فلهم حق الاستفادة من هذا الأجل الذي كان ممنوحاً لمورثهم .

وهذا من نصت عليه المادة ٣٣٣ مدني كويتي " يحل الدين المؤجل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمين خاص أو قدم الورثة ضماناً كافياً " ، ونصت عليه المادة ٢٥٥ مدني بحريني " يحل الدين المؤجل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمين خاص أو قدم الورثة ضماناً كافياً " .

ثانياً: آثار الأجل الفاسخ

لا جرم أن التزام المدين المضاف إلى أجل فاسخ التزم موجود ومنفذ من جانب المدين في مواجهة دائئه، غاية ما في الأمر أن هذا الأجل الفاسخ يؤقت هذا التنفيذ إلى تاريخ انقضائه بحلول نهاية مدته ، فإذا حلت نهاية مدة هذا الأجل زال الالتزام وانقضى بلا أثر رجعي، إذ يستحيل عودة ما مضى من الزمان.

فقبل تحقق الأجل الفاسخ يعد حق الدائن فضلاً عن كونه موجوداً مستحق الأداء، ومن ثمّ يمكن جبر المدين على الوفاء به إن لم يؤده إليه مختاراً، فاستئجار شقة لمدة سنة يجعل حق المستأجر حقاً موجوداً وحال الأداء ، غير أنه مضاف إلى أجل مؤقت أو أجل منهي لوجود هذا الحق عند حلول نهاية مدته ، دون أن يكون له أثر رجعي^(١).

(١) حيث يفضل البعض - وهو ما نرجحه - تسمية الأجل الفاسخ بالأجل المؤقت (أ.د/ عبدالناصر العطار، ص ١١٣) أو بالأجل المنهي (أ.د/ إسماعيل غانم، بند ١٣٨، ص ٢٨٥) على أساس أن لفظ "الفاسخ" يوحي لأول وهلة بأن للأجل أثراً رجعياً في حين أن الأجل خال من هذا الأثر الرجعي تماماً بخلاف الشرط. ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الإسلامي يستعمل لفظ الأجل المؤقت أو أجل التأقيت (أ.د/ عبدالناصر العطار، ص ١١٣)، كما أن لفظ الأجل المنهي أو المسقط أو الملغى هو الترجمة الدقيقة للفظ الفرنسي Le terme extinctif الوارد في القانون المدني الفرنسي (أ.د/ إسماعيل غانم، بند ١٣٨، ص ٢٨٥، ٢٨٦).

الفصل الثاني
تعدد محل الالتزام
الفصل الثاني
تعدد محل الالتزام

تمهيد وتقسيم:

من المتصور أن يتعدد محل الالتزام دون أن يثير هذا التعدد أدنى تأثير على القواعد التي تحكم الالتزام، ويحدث ذلك إذا كان محل الالتزام مع تعدد الأشياء التي يرد عليها يلتزم المدين بأدائها في العقد إلى مدينه جميعها.

لكن قد يعد التعدد في محل الالتزام وصفاً معدلاً لآثاره فيغير من القواعد التي تحكم تنفيذ الالتزام، وذلك إذا كان الالتزام تخييرياً أو بدلياً، وهنا يثور التساؤل حول دلالة كل من الالتزام البدلي، والالتزام التخييري؟

هذا ما سوف نعرض له، كل في مبحث مستقل به.

المبحث الأول

الالتزام التخييري

يمكننا تعريف الالتزام التخييري L'obligation alternative بأنه ذلك الالتزام الذي يرد محله على أشياء متعددة وتبراً ذمة المدين فيه براءة تامة إذا أدى واحداً منها (م ٢٧٥ مدني مصري^(١)).

ويبدو من هذا التعريف أن الالتزام التخييري التزامٌ موصوفٌ يختلف عن الالتزام البسيط في أن محله يرد على أكثر من شيء، يبرأ المدين إذا وفى واحداً منهم، ومن ثم فإنه لا يقتصر محله على شيء واحد أو على عدة أشياء يجب الوفاء بها جميعها كما هو الحال في الالتزام البسيط^(٢). وينبغي أن يراعى في الأشياء المتعددة التي يرد عليها محل الالتزام التخييري أن تكون جميعها مستوفاة لكافة الشروط اللازمة لمحل الالتزام، ومن ثم إذا كان محل الالتزام وارداً على شيئين أحدهما غير ممكن أو غير مشروع، والآخر ممكن أو مشروع لم يكن الالتزام تخييرياً في هذا الفرض، بل يعد في حقيقته التزاماً بسيطاً غير موصوف، حيث يتم استبعاد الشيء غير الممكن أو غير المشروع، ويرد المحل عندئذ على شيء واحد فقط ألا وهو الشيء المستوفي لشروط المحل^(٣). وإذا كان للالتزام التخييري أكثر من شيء يرد عليه محله ويبرأ المدين بأداء أحدهم فحسب، فلمن يثبت الخيار في الأداء بين هذه الأشياء المتعددة ، هل يثبت للدائن أم للمدين؟

القاعدة العامة في هذا الخصوص أن يثبت الخيار للمدين هذا ما لم ينص القانون أو يتفق العاقدان على ثبوت الخيار للدائن ، فإذا امتنع المدين عن استعمال هذا الخيار الممنوح له أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن الالتجاء إلى القاضي لتعيين أجل معين يجب على المدين الواحد أو المتعدد استعمال الخيار خلاله، فإن لم يختار المدين خلال هذا الأجل تولى

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك ". هذه المادة تقابل المادة ٢٥٨ مدني بحريني ، والمادة ٣٣٦ مدني كويتي .

(٢) انظر في نفس هذا المعنى إلى : أ.د/ إسماعيل غانم بند ١٥٤ ، ص ٣٠٧ ، أ.د/ عبدالناصر العطار ، ص ١١٩ .

(٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٤٥ ، ص ٢٢١ ، ٢٢٢ .

القاضي بنفسه بناء على طلب الدائن تعيين محل الالتزام من بين الأشياء المتعددة الوارد عليها محل هذا الالتزام (م ١/٢٦٧ مدني مصري).

أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن استعمال حقه في الخيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، تولى القاضي بناء على طلب المدين مهمة تعيين الأجل الذي يلزم الدائن أو الدائنون حال تعددهم ممارسة حقهم في اختيار محل الالتزام خلال مدته، فإذا انتهى هذا الأجل دون اختيار انتقل الحق في الخيار إلى المدين بوصفه الطرف صاحب الحق الأصلي في اختيار محل التزامه (م ٢/٢٧٦ مدني مصري).

وينبغي أن يراعى أن لاستعمال حق الخيار أثراً رجعياً، بمعنى أنه إذا اختار صاحب الخيار مديناً كان أو دائناً شيئاً معيناً من الأشياء المتعددة الوارد عليها محل الالتزام، اعتبر محل الالتزام وكأنه ورد منذ البداية على هذا الشيء الذي وقع عليه الاختيار، ومن ثم إذا كان العقد ناقلاً للملكية على أحد شيئين، ثم وقع الخيار على أحدهما، اعتبر الدائن (المشتري) مالكا لهذا الشيء المختار منذ تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ الاختيار.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا ثبت خيار التعيين لأي من طرفي الالتزام (أي سواء للمدين وهذا هو المعتاد أو للدائن) ثم مات قبل استعمال حقه في هذا الخيار، انتقل هذا الحق إلى خلفه العام كورثته من بعده.

ويثار التساؤل حول حكم هلاك أحد أو جميع الأشياء المتعددة الوارد عليها محل الالتزام التخييري قبل استعمال حق الخيار؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التفرقة بين حالتين:

أولاً: الحالة الأولى: أن يكون الهلاك راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد لأي من طرفي الالتزام فيه، وفي هذه الحالة ننظر ما إذا كان الهلاك شاملاً لجميع الأشياء التي يشتمل عليها محل الالتزام، وعندئذ ينقضي التزام المدين بسبب هذه الاستحالة^(١).

(١) إذ تنص المادة ١٥٩ مدني مصري على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء

نفسه ". هذ المادة تعادل المادة ١٤٦/أ مدني بحريني

أما إذا كان هذا الهلاك مقتصرًا على بعض هذه الأشياء، كما لو كان محصوراً في أحد محلي الالتزام دون الآخر، فعندئذ لا ينقضي الالتزام، بل يتحدد المحل في الشيء الآخر الذي لم يهلك ويلزم الدائن به، ويعد الالتزام بذلك وكأنه نشأ بسيطاً منذ البداية غير موصوف.

ثانياً: الحالة الثانية وهي التي يرجع فيها الهلاك إلى خطأ أي من طرفي الالتزام، فعندئذ نفرق بين ما إذا كان الخيار ثابتاً للمدين أم للدائن، على التفصيل الآتي :

١- **الفرض الأول**

إذا كان الخيار ثابتاً للمدين وهلك أحد محلي الالتزام قبل استعمال الخيار بسبب خطأ المدين، تحدد محل الالتزام في الشيء الباقي دون هلاك، أما إذا كان الهلاك شاملاً لجميع الأشياء التي يتضمنها محل الالتزام، وكان المدين مسئولاً عن هذا الهلاك ولو في واحد منها، التزم المدين بدفع قيمة آخر شيء هلك من هذه الأشياء (م ٢٧٧ مدني مصري).

٢- **الفرض الثاني**

إذا كان الخيار ثابتاً للدائن وكان الهلاك راجعاً إلى خطئه، فعندئذ نطبق القواعد العامة في هذا الخصوص حيث لم يرد نص قانوني خاص منظم لهذا الفرض، ومن ثم نفرق بين ما إذا كانت الاستحالة مقصورة على أحد محلي الالتزام التخييري أم تشملهما معاً، فإن كان الاستحالة مقصورة على أحد محلي الالتزام برأت ذمة المدين من التزامه ويعتبر الدائن وكأنه قد اختار الشيء الذي هلك هذا ما لم يختار الدائن الشيء الآخر الذي لم يهلك مع التزامه بأداء قيمة ما هلك بخطئه، وإذا كان الهلاك شاملاً كلا الشئيين برأت ذمة المدين، والتزم الدائن بتعويضه عن قيمة أحد الشئيين وفق اختيار الدائن، على أساس أنه كان صاحب الخيار في تعيين محل الالتزام من بين هذين الشئيين. أما إذا هلك أحد الشئيين بخطأ المدين وكان الخيار ثابتاً للدائن، كان الدائن بالخيار بين مطالبة المدين بالوفاء له بما لم يهلك من هذين الشئيين أو بقيمة الشيء الهالك، أما إذا هلك الشئان معاً بخطأ المدين، كان للدائن أن يطالب المدين بتعويضه عن قيمة ما يقع عليه اختياره من بين هذين الشئيين الهالكين^(١).

(١) أ.د/ أنور سلطان، بند ٢٤٨، ص ٢٢٣، ٢٢٤، أ.د/ ليلي عبدالله سعيد، بند ١٩٧، ص ٢١١، ٢١٢، أ.د/ عبدالمنعم البدروي، بند ٢٤١، ص ٢٦٠، أ.د/ عبدالناصر

العتار، ص ١٢٠، ١٢١، أ.د/ فتحي عبدالرحيم، بند ١٨٦، ص ٢٢٥، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٢٤٨، ٢٤٩

المبحث الثاني

الالتزام البدلي

يقصد بالالتزام البدلي L'obligation facultative ذلك الالتزام الذي يكون محله شيئاً واحداً أصلياً ويتفق الطرفان عند التعاقد على أن تبرأ ذمة المدين إذا أدى شيئاً آخر بدلاً عنه (م ١/٢٧٨ مدني مصري^(١)).

ويبدو واضحاً من خلال هذا التعريف أن الالتزام البدلي له محل واحد يرد على شيء واحد هو الأصل لا البديل (م ٢/٢٧٨ مدني مصري^(٢))، غاية ما هنالك أن طرفي الالتزام يتفقا لحظة التعاقد على أن للمدين عند الوفاء أن يوفي بأداء آخر بدلاً منه ، مثال ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً ويتفق معه على أنه بمقدوره عند حلول الأجل إن لم يشأ رد مبلغ القرض أن يعطيه بدلاً منه داراً أو أرضاً زراعية حيث يعد مبلغ النقود هو المحل الأصلي، في حين أن الدار أو الأرض هي البديل^(٣)، بخلاف الالتزام التخيري الذي يرد على محال متعددة وتبرأ ذمة المدين إذا وفى أحدها بناء على اختيار المدين بصفة عامة أو اختيار الدائن على سبيل الاستثناء .

كما يختلف الالتزام البدلي عن الالتزام التخيري في أن المدين وحده هو الذي يختار الوفاء بالشيء البديل عن الشيء الأصلي، في حين أن الخيار في الالتزام التخيري قد يثبت للمدين أو للدائن أو حتى لأجنبي عنهما مثل القاضي . ويترتب على كون الشيء الأصلي لا البديل هو وحده محل الالتزام في الالتزام البدلي النتائج الآتية^(٤):

أولاً: تتحدد طبيعة الالتزام البدلي في ضوء طبيعة المحل الأصلي وليس المحل البديل، فإذا كان المحل عقاراً كان الالتزام عقارياً حتى وإن كان البديل منقولاً، بعكس الحال في الالتزام التخيري، فإن طبيعة هذا الالتزام لا تتحدد عند اختلاف طبيعة محليه أو محالة المتعددة إلا بعد اختيار أحدهما أو أحدها أو بعد انحصار المحل على أحدهما أو أحدها عند الهلاك.

(١) إذ تنص هذه المادة على أن " يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر .". هذه المادة تقابل المادة ٢/٢٦٢ مدني بحريني ..

(٢) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " والشيء الذي يشمل محل الالتزام لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام وهو الذي يتعين طبيعته " ويلاحظ ههنا ركابة صياغة هذا النص وكثرة ألفاظه دون مبرر ، وهذا ما تداركه واضع القانون المدني البحريني حينما عبر عن المطلوب بوضوح وبعبارة موجزة دون إسهاب ، حيث تنص المادة ٢/٢٦٢ ب/ منه على ذلك بقولها " والأصل وليس البديل هو وحده محل الالتزام".

(٣) أ.د/ فتحي عبدالرحيم، بند ١٨٧، ص ٢٢٦.

(٤) انظر في ذلك إلى كل من : أ.د/ عبدالمنعم البدرابي بند ٤٢، ص ٢٦١، ٢٦٢، أ.د/ أنور سلطان، بند ٣٥٠، ص ٢٢٥، ٢٢٦.

ثانياً: إن قيمة الالتزام تتحدد تبعاً لقيمة المحل الأصلي وليس تبعاً لقيمة المحل البديل، ويلعب تحديد هذه القيمة دوراً أساسياً في تحديد اختصاص المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى بشأن تنفيذ الالتزام.

ثالثاً: ليس للدائن مطالبة مدينه إلا بالمحل الأصلي لا البديل، إذ الخيار في الوفاء بالبديل هو للمدين وحده.

رابعاً: إذ أصبح الوفاء بالمحل الأصلي مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين أو للدائن فيه، برأت ذمة المدين ولو كان تنفيذ المحل البديل لا يزال ممكناً، بعكس الحال في الالتزام التخييري فإنه إذا هلك أحد محلي هذا الالتزام لم ينقض الالتزام بل ينتقل إلى المحل الذي لم يهلك ويتحول الالتزام من التزام موصوف إلى التزام بسيط محله شيء واحد هو الشيء الذي لم يهلك .

الباب الثالث انتقال الالتزام

تمهيد و تقسيم

إن انتقال الالتزام معناه أن يحل شخصٌ جديدٌ محل الدائن أو محل المدين في ذات الحق أو الالتزام القديم . ومن ثم لا يطرأ أي تغيير علي الحق أو الالتزام المنقول إلى الشخص الجديد دائماً كان أو مديناً ، وإنما يحدث التغيير في طرفي الحق أو الالتزام فقط .

وينتقل الحق أو الالتزام إما بسبب الوفاة وفقاً لقواعد الميراث والوصية ، وإما بسبب الحوالة ، سواء أكانت حوالة حق فيكون الانتقال إيجابياً ، أم حوالة دين فيكون الانتقال سلبياً .

ولقد نظم القانون المدني المصري انتقال الحق بين الأحياء (أي سبب الحوالة) في الباب الرابع منه ، متناولاً في الفصل الأول من هذا الباب أحكام حوالة الحق بدءاً من المادة ٣٠٣ : ٣١٤ منه ، ثم تناول في الفصل الثاني حوالة الدين ابتداءً من المادة ٣١٥ : ٣٢٢ منه^(١).

وسنعرض لانتقال الالتزام بين الأحياء في فصلين ، نتناول حوالة الحق في الفصل الأول ، وحوالة الدين في الفصل الثاني .

الفصل الأول : حوالة الحق .

الفصل الثاني : حوالة الدين .

(١) وقد نظم القانون المدني البحريني انتقال الالتزام بين الأحياء (أي بطريق الحوالة) في الكتاب الرابع منه متناولاً في الفصل الأول حوالة الحق في المواد من ٢٨٧ : ٢٩٩ منه ، ومتناولاً في الفصل الثاني حوالة الدين في المواد من ٣٠٠ : ٣١٣ منه

الفصل الأول

حوالة الحق

المبحث الأول

دلالة حوالة الحق و الهدف منها

إن حوالة الحق *cession de créance* هي عقد ينقل به الدائن حقه الذي في ذمة مدينه إلي دائن جديد بمقابل أو بغير مقابل⁽¹⁾ ويسمى الدائن القديم كأحد أطراف حوالة الحق باسم المحيل *Le cédant* ويسمى الدائن الجديد كطرف ثانٍ في هذا العقد باسم المحال إليه *Le cessionnaire*، في حين يسمى المدين الذي نقل الدائن القديم حقه الذي في ذمته إلي دائن جديد اسم المحال عليه *Le cédé* .

وتتنوع الأهداف المنشودة من وراء حوالة الحق وفق الغرض الذي يبيغياه طرفا العقد أو أحدهما من وراء إبرامه ، فقد يكون الغرض من هذه الحوالة هو تيسير حصول الدائن بدين مؤجل على مال عاجل مقابل مبلغ يقل عن قيمة دينه في ذمة مدينه ، وفي نفس الوقت يتمكن الدائن الجديد كمحال له من استثمار ماله فيحقق لنفسه ربحا من الفرق بين قيمة الحق المحال له (والذي عادة ما يكون أكبر من المبلغ الذي يدفعه كمقابل له) وبين القدر الذي دفعه مقابل التنازل له عن هذا الحق ، وقد يكون الغرض هو وفاء دين على الدائن المحيل لصالح الدائن المحال له ، وقد يكون الغرض إقراضه هذا المبلغ أو جعله وديعة عنده ، بل قد يكون الهدف التبرع له بهذا الدين ، فتسري بذلك علي علاقة الدائنين (المحال له والمحيل) أحكام العقد الذي قصد طرفا الحوالة من إبرام هذه الحوالة .

(1) ويراعى أنه إذا بيع الحق المحال (وكان مبلغا من النقود) بمبلغ يقل عن مقداره كان الفرق بينهما مظهرا من مظاهر الربا المحظور الاتفاق عليه في ظل أحكام القانون المدني البحريني، حيث تنص المادة ٢٢٨ منه على أن "أ- يقع باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به".

المبحث الثاني

شروط انعقاد حوالة الحق

يلزم في حوالة الحق كعقد أن تتوفر فيها كافة أركان العقد وشروط هذه الأركان ، فيجب توافر كل من ركن الرضاء والمحل والسبب وما يلزم لكل واحد منهم من شروط ، مثله في ذلك مثل غيره من العقود .

ففي خصوص الرضاء ينعقد عقد حوالة الحق بمجرد التراضي بين طرفي العقد وهما المحيل والمحال له ، دون استلزام شكل معين أو إجراء محدد ، هذا ما لم تكن الحوالة بقصد التبرع للمحال له بالحق المحال ، فعندئذ يلزم إفراغها في شكل رسمي . كما يلزم في الرضاء أن يكون صادراً من ذي أهلية كافية لإبرامها بحسب كونها عقد معاوضة أو عقد تبرع ، هذا فضلاً عن ضرورة صدوره من جانب طرفي العقد غير مشوب بأي عيب من عيوب الرضاء كعيب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، وإلا كانت الحوالة باطلة إذا صدرت من عديم الأهلية أو من ناقصها وكانت حوالة تبرعية أو كانت الحوالة قابلة للإبطال لصالح من كان ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بأحد عيوب الرضاء ، وبكفي لانعقاد الحوالة تحقق الرضاء من جانب طرفي العقد الدائن القديم والدائن الجديد ، ولا يلزم رضاء المدين بهذه الحوالة ، إذ ينعقد العقد وتصح الحوالة ولو رفضها المدين ، ذلك أن المدين لا يهيمه شخص الدائن ، فيستوي عنده أن يكون هو الدائن القديم (المحيل) أو الدائن الجديد (المحال له) ، وليس له مصلحة تضار من جراء هذا التغيير في شخص الدائن .

أما فيما يتعلق بمحل عقد الحوالة ، فيصح أن تكون محلاً للحوالة جميع الحقوق الشخصية سواء أكانت ممثلة في اقتضاء مبلغ معين من المال في ذمة المدين المحال عليه أم كان في صورة استيفاء عمل من الأعمال كاستيفاء منفعة العين المؤجرة بمقتضى حق المستأجر في مواجهة المؤجر حينما يتنازل عنه المستأجر لشخص آخر . وتصح حوالة جميع الحقوق الشخصية أياً كانت أوصافها ، أي سواء أكانت حالة ومنجزة أم كانت مؤجلة ، وسواء أكانت معلقة علي شرط أم لا .

بيد أن ثمة حقوقاً شخصية لا تجوز حوالتها للغير ، وذلك في أي من هذه الحالات الثلاث⁽¹⁾

(1) لقد ذكرت المادة ٣٠٣ مني مصري هذه الحالات الثلاث بقولها "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام" . هذه المادة تقابل المادة ٢٨٧ مني بحريني.

١- قد يمنع القانون حوالة بعض الحقوق الشخصية ، مثال ذلك الحقوق غير القابلة للحجز عليها مثل دين النفقة ، وهذا مع مراعاة أنه إذا كان الحق غير قابل للحجز بنص القانون في جزء منه فقط امتنعت الحوالة علي هذا الجزء وحده دون بقية أجزائه ، مثال ذلك أن القانون لا يجيز الحجز علي أجور الخدم والصناع والعمال ومرتبات الموظفين إلا في حدود الربع فقط فعندئذ تمتنع الحوالة علي ما زاد عن هذا الربع كقدر جائز حوالبه فقط دون زيادة .

٢- قد يمنع الاتفاق بين طرفي العقد حوالة بعض أو كل الحقوق الشخصية المتولدة في بعض العقود . وفي هذا الفرض يعمل بمثل هذا الاتفاق احتراماً لإرادة المتعاقدين ، مادام أن هذا المنع لا يصطدم بفكرة النظام العام والآداب ، مثال ذلك أن يشترط المؤجر على المسأجر عدم التنازل عن الإيجار للغير أو تشترط السكك الحديدية علي أعضائها عدم التنازل عن بطاقات العضوية للغير .

٣- وقد يكون امتناع الحوالة راجعاً إلي الطبيعة الخاصة لبعض الحقوق التي تتمرد علي القابلية للحوالة لكون هذا الحق مثلاً من الحقوق اللصيقة بشخص أصحابها ، مثل حق الشخص في المطالبة بالتعويض عن ضرره الأدبي ، أو كونه من الحقوق التي روعيت فيها شخصيته وإن لم يكن لصيقاً بالشخصية مثل حق الشريك في شركات الأشخاص والتي تقوم علي الثقة المتبادلة بين الشركاء .

أخيراً فيما يتعلق بسبب عقد حوالة الحق ، فإنه يتعين أن يكون السبب في معناه المادي موجوداً (ويتحقق ذلك بوجود المقابل المادي أو العوض عن إحالة الدائن لحقه إلى المحال له ، هذا إذا كانت حوالبه بعوض أو بوجود نية التبرع لدي المحيل إذا كانت حوالبه بغير عوض) ، كما يجب أن يكون السبب في معناه المعنوي مشروعاً ، ويتحقق ذلك بسلامة ومشروعية قصد المحيل من حوالبه ، وعدم اصطدامه مع فكرة النظام العام والآداب ، وإلا صارت الحوالة باطلة .

المبحث الثالث

شروط نفاذ حوالة الحق

إذا كانت حوالة الحق تتعقد نافذة حق طرفيها بمجرد انعقادها ، فإنها رغم ذلك لا تكون نافذة في الحق المدين المحال عليه إلا إذا قبلها أو أعلن بها إعلاناً رسمياً ، كما أنها لا تنفذ في حق

غير المدين بقبول المدين لها إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ أي ثابتاً ثبوتاً يقينياً ومنه الثبوت الرسمي (م ٣٠٥ مدني مصري^(١)).

ومن هنا يبين لنا التفرقة بين الفرضين :

الفرض الأول : شروط نفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين .

الفرض الثاني : شروط نفاذ حوالة الحق في مواجهة غير المدين .

أولاً : الفرض الأول : شروط نفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين .

لا تنفذ حوالة الحق في مواجهة المدين إلا إذا أعلن بها أو قبلها والإعلان الذي تنفذ به هذه الحوالة في حق المدين هو الإعلان الرسمي الذي يتم في صورة ورقة من أوراق المحضرين بناء علي طلب ذي المصلحة وهو المحيل و المحال له.

فإذا لم تعلن الحوالة إلى المدين إعلاناً رسمياً فلا تكون نافذة في حقه فإذا قبلها صارت نافذة في حقه ، سواء وقع القبول معاصراً لإبرام عقد الحوالة أو لاحقاً عليها ، غير أنه لا يجوز صدور القبول قبل انعقاد الحوالة ،حتى ولو صرح المدين في سند الدين بأنه يقبل مقدماً حوالة حق الدائن لغيره ، لأن القصد من قبول المدين أن يتحقق له العلم بانعقاد الحوالة ويشخص المحال له حقيقة وفعلاً لا علي سبيل الاحتمال والظن ، وهذا العلم الحقيقي أو الفعلي لا يعتد بتحقيقه إلا إذا جاء هذا القبول تالياً أو علي الأقل معاصراً لانعقاد الحوالة^(٢) .

كما يستوي أن يكون القبول صريحاً (أي يتم بأي صورة من صور التعبير الصريح عن الإرادة ، أي بطريق القول أو الإشارة أو الكتابة...الخ) ، أو يكون ضمناً (بحيث يستفاد بصورة غير مباشرة من موقف يتخذه المدين يفيد في حصول القبول) كما لو قام المدين بوفاء الدائن الجديد بجزء من الحق المحال له أو طالبه بمنحه أجلاً للوفاء به أو تقسيطه له علي أقساط ، بل إن محكمة التمييز البحرينية اعتبرت علم المدين بالحوالة وسكوته عن الاعتراض عليها يعد قبولاً ضمناً لها علي نحو يجعلها نافذة في حقه^(١) .

(١) حيث تنص هذه المادة علي ذلك بقولها " لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها.على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ". هذه المادة تقابل المادة ٢٨٩ من القانون المدني البحريني . ومما تجدر الإشارة إليه أنه وإن كان أي من النصيين سالف الذكر لم يشترط في الإعلان أن يكون رسمياً، إلا أن العمل جرى علي اشتراطها، بحيث لا يجوز مجرد الإعلان الذي يتم شفاهة أو بخطاب عادي أو مسجل، لا سيما وأن رسمية الإعلان تكفل له ثبوت تاريخه ثبوتاً رسمياً.

(٢) انظر في ذلك المعنى كل من أ.د/ أنور سلطان بند٣١٢، ص ٢٧٤، أ.د/ عبد الناصر العطار، ص١٣٦، أ.د/ عبد المنعم البدرابي، بند ٢٨١، ص٢٩٦.

(١) وتطبيقاً لذلك قضت في أحد أحكامها بأنه " يشترط لنفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية- حيث لم يكن ثمة تنظيم قانوني لحوالة الحق في قانون العقود لسنة ١٩٦٩م، والذي ألغي بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م، الخاص بإصدار القانون المدني البحريني١٩٦٩/٣/٢٩م، طعن رقم ١٣٣ لسنة ٩٦، مجموعة أحكام التمييز، س ٨، ق٢٤، ص١١٣ ، نقض مدني بحريني١٩٦٩/١٠/١٩، مجموعة أحكام التمييز البحريني، س٨، ق ١٦٤، ص٥٩٨، نقض مدني بحريني ١٩٩٨/١٠/٢٥،

ويعتد بقبول المدين لنفاذ الحوالة في حقه ولو لم يكن قبولاً ثابت التاريخ ، ذلك أن ثبوت تاريخ قبول الحوالة شرط لازم لنفاذ الحوالة في حق الغير عدا المدين .
ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يعني عن علم المدين بأي من هاتين الطريقتين : (بقبول المدين للحوالة أو إعلانه بها بصورة رسمية) ، تحقق العلم الفعلي أو اليقيني في جانبه بطريقة أخرى سواهما ، فالعلم بغير هاتين الطريقتين لا يجزئ من الناحية القانونية في نفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين .

ثانياً : الفرض الثاني : شروط نفاذ حوالة الحق في مواجهة غير المدين

لكي تنفذ حوالة الحق في مواجهة الغير عدا المدين (ويقصد بالغير هنا هو كل من له حق يضار فيه من جراء نفاذ الحوالة مثل دائن المحيل ، والمحال له الحق ثانية بعد الحوالة الأولى) عند قبول المدين لها لا بد أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، أي ثابتاً ثبوتاً يقينياً ومنه الثبوت الرسمي ، وذلك درءاً للتحايل من جانب المحيل أو التواطؤ بينه وبين المحال له الحق ثانية فيقدمان تاريخ الحوالة الثانية مثلاً رغم انعقادها بعد الحوالة الأولى .

كما تنفذ حوالة الحق في حق الغير والمدين معاً بإعلانها للمدين إعلاناً رسمياً ، ولا شك أن اشتراط رسمية الإعلان بالحوالة تكفل ثبوت تاريخ الإعلان بالحوالة ثبوتاً رسمياً ، ومن ثم لم يشترط ثبوت تاريخ الإعلان كما اشترطه بالقبول لأنه أمر محقق بطبيعته دون اشتراط .

المبحث الرابع

آثار حوالة الحق

لا جرم أن حوالة الحق تتعقد نافذة في حق طرفيها فور إبرامها فينتقل بموجبها الحق المحال بذاته ومقداره وتوابعه وتأميناته ودفوعه ، لكن لا يعتد بهذا الانتقال في مواجهة المدين أو غير المدين ، إلا إذا صارت الحوالة نافذة في حقه ، كما يلتزم المحيل بضمان وجود الحق فقط دون ضمان استيفائه ، هذا إذا كانت الحوالة بعوض ، أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا ضمان عليه مطلقاً ، و ذلك علي التفصيل الآتي :-

أولاً : انتقال الحق ذاته بمقداره وأوصافه وتوابعه وتأميناته ودفوعه :-

يترتب علي انعقاد حوالة الحق بين طرفيها أن ينتقل إلى الدائن الجديد ذات الحق المحال له من الدائن القديم مما له في ذمة مدينه المحال عليه وليس حقاً آخر غيره مما للدائن القديم له عنده من حقوق ، وبمقداره المحال له دون زيادة أو نقصان ، وبحسب أوصافه الثابتة له (فإذا كان الدين تجارياً انتقل بصفته التجارية وإن كان منجزاً انتقل منجزاً ، وإن كان مؤجلاً انتقل مؤجلاً وإن كان معلقاً علي شرط واقف أو فاسخ انتقل بهذا الوصف من التعليق) ، وكما ينتقل مع هذا الحق المحال توابعهُ التي تعد مكملةً له (مثل الدعاوى التي تحميه كدعوى الفسخ التي يكون من حق الدائن الجديد المحال له ثمن البيع أن يرفعها علي المشتري إذا لم يدفعه إليه ، وعندئذ إذا فسخ العقد يعود إلى المحال له الشيء المبيع وليس للبائع المحيل) ، وتأميناته أو ضماناته (مثل الكفالة والرهن والامتياز) .

وينبغي مراعاة أنه في حالة ما إذا كان الحق المحال مضموناً بتأمين عقاري ضرورة التأشير بالحوالة في هامش القيد الأصلي للاحتجاج بانتقال هذا التأمين مع الحق المحال في مواجهة الغير^(١) ودفعه (فيحق للمدين كمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن المحال له بكافه الدفع المستمدة من علاقته بالدائن القديم كمحيل مثل الدفع بالبطلان أو بالفسخ أو بانقضاء الدين بأي سبب من أسباب الانقضاء مثل الوفاء أو التقادم) .

وحدير بالذكر أن هذا الانتقال وإن تحقق بين طرفي الحوالة منذ تاريخ إبرامها فإنه لا يتحقق بالنسبة للمدين كمحال عليه أو بالنسبة للغير عدا المدين إلا من تاريخ نفاذ الحوالة في حقهما ، ومن ثم لا ينتقل الحق المحال بالنسبة للمدين المحال عليه إلا من تاريخ قبوله للحوالة أو تاريخ إعلانه بها إعلاناً رسمياً (باعتباره التاريخ الذي تنفذ من تاريخ حصوله حوالة الحق في مواجهة الغير) ، فقبل هذا التاريخ يبقي المحيل هو الدائن له وليس المحال له ، وبناء عليه فإنه إذا وفاه دينه كان وفاؤه صحيحاً مبرئاً لذمته ، وليس من حق الدائن الجديد كمحال له من حق في الرجوع عليه بشيء مادامت الحوالة لم تنفذ في حقه بعد ، أما إذا نفذت الحوالة في حق المدين بأي من الإجراءات القانونيين السابقين (قبول المدين للحوالة أو الإعلان الرسمي بالحوالة) صار ملتزماً

(١) حيث تنص على ذلك المادة ٢/١٠٥٣ من القانون المدني المصري بقولها " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي " . هذه المادة تقابل المادة ٩٦٥/ب من القانون المدني البحريني .

بالوفاء للمحال له لا المحيل ، وامتنع عليه بعد تاريخ نفاذ الحوالة التمسك بالمقاصة بين الحق المحال وحق ينشأ له بعد نفاذ الحوالة في ذمة المحيل .

ويصير من حق المدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكافة الدفوع المستمدة من عقد الحوالة مثل الدفع ببطانها ، فضلاً عن الدفوع الخاصة بشخصه في علاقته بالدائن الجديد (المحال له) مثل الدفع بالمقاصة بين الحق المحال وحق له في ذمة المحال له سواء نشأ له هذا الحق قبل أو بعد الحوالة .

ولا ينتقل الحق المحال بالنسبة للغير عدا المدين (مثل دائن المحيل ومحال له آخر) إلا من وقت ثبوت تاريخ قبول المدين للحوالة ثبوتاً يقينياً ومنه الثبوت الرسمي ، أو من وقت ثبوت إعلان المدين رسمياً بالحوالة ، باعتباره الوقت الذي تنفذ من تاريخه حوالة الحق في مواجهة الغير .

ومن ثم يمكن لهذا الغير قبل نفاذ الحوالة في حقه (أي حتى وإن قبلها المدين ما دام أن هذا القبول لم يكن ثابت التاريخ أو حتى وإن أعلن بها المدين مادام أنه أعلن بها إعلاناً غير رسمي) أن يتعامل مع الحق المحال وكأنه لا يزال ثابتاً للمحيل وليس للمحال له ، ومن ثم إذا أوقع ذلك الغير حجراً علي هذا الحق في يد المحال عليه بوصفه دائناً للمحيل كان حجراً صحيحاً ، أما بعد نفاذ الحوالة في حق الغير فلا يصح منه هذا الحجز ، إنما يصح الحجز الذي يوقعه أي من دائني المحال له ، علي أساس أن حق هذا المحال له الحق أضحي نافذاً في حق الغير .

ويثار التساؤل حول الحكم القانوني عند تزامن أكثر من محال له لمن تكون الأولوية بينهم ؟ لا جرم أن المحال لهم إذا تعددوا وتزاحموا فيما بينهم حول الحق المحال لهم ، كانت الأفضلية للأسبق منهم من حيث نفاذ حوالاته في حق الغير (م ٣١٣ مدني مصري^(١)).

وإذا تزامن محال له مع دائن مرتهن (كما لو أن شخصاً باع عقاراً مرهوناً ثم أحال ثمن هذا العقار إلى شخص آخر فتزاحم علي هذا الثمن هو والدائن المرتهن للعقار فأيهما يفضل في هذا الفرض) ، كان الأسبق منهما في نفاذ حقه هو المفضل ، بحيث إذا قيد الدائن المرتهن رهنه قبل نفاذ الحوالة كان هو المفضل ، حتى وإن عقدت الحوالة قبل عقد الرهن ، وأما إذا كانت الحوالة قد

(١) حيث تنص هذه المادة على هذا الحكم بقولها "إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير .
" هذه المادة تقابل المادة ٢٩٨ مدني بحريني .

نفذت قبل قيد الرهن كان حق المحال له هو المفضل ، حتى و إن عقدت الحوالة بعد إبرام عقد الرهن^(١).

إذا تزامم محال له مع دائن حاجز وكان نفاذ الحوالة أسبق من تاريخ حصول الحجز ، كان المحال له هو الأولى بأخذ الحق المحال من الحاجز ، علي أساس أن الحوالة تنقل الحق من المحيل إلى المحال له بنفاذها في حق الغير ويعتبر الحجز بذلك قد وقع علي حق المحال له لا على حق المحيل فلا يصح^(٢).

أما إذا كان الحاجز قد سبق في إيقاع الحجز قبل نفاذ حوالة الحق ، فعندئذ لا يفضل الحاجز على المحال له ، ذلك أن الحجز لا ينقل الحق من الدائن المحيل إلى الحاجز، ويكون المحال له مجرد دائن عادٍ وتكون حوالتة بعد نفاذها اللاحق علي الحجز بمثابة حجز ثان فيقسم الحق المحال بينهما قسمة غرماء (م ١/٣١٤ مدني مصري^(٣)) .

فإذا حدث أن أوقع حجز ثان بعد نفاذ الحوالة، فكانت الحوالة بذلك واقعة من حيث نفاذها بين حجزين ،حجز أول سابق علي نفاذ الحوالة وحجز ثان تال أو لاحق علي هذا النفاذ ،في هذه الحالة يقسم الحق المحال قسمة غرماء بينهم جميعا (أي بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر) ثم يأخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به قيمة الحوالة (م ٢/٣١٤ مدني مصري^(٤)).

ثانيا : التزام المحيل بالضمان :

يثار التساؤل حول مدى التزام المحيل بضمان وجود الحق المحال في ذمة المحيل وقت الحوالة أم لا ، وهل يمتد الضمان ليشمل ضمان استيفاء المحال له الحق أم لا ؟

١-مدى التزام المحيل بضمان وجود الحق وقت الحوالة:

ينبغي التفريق في هذا الخصوص بين إذا كانت الحوالة بعوض، وما إذا كانت بغير عوض، فإذا كانت الحوالة بعوض(أي دفع المحال له مقابلا أو عوضا لإحالة الحق محل الحوالة إليه أيا

(١) أ.د./إسماعيل غانم بند ١٩٧ ص ٣٦٥، د.أ. عبد الناصر العطار ،ص١٤٣ .

(٢) أ.د./أنور سلطان، بند ٢٣٨، ص٢٨٧، أ.د./عبد الناصر العطار، ص ١٤٣، أ.د./إسماعيل غانم، بند ٣٦٦، ١٩٧ .

(٣) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها" إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر " . هذه المادة تقابل المادة ٢٩٩/أ مدني بحريني .

(٤) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها" وفي هذه الحالة ، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة " . هذه المادة تقابل المادة ٢٩٩/ب مدني بحريني .

كانت قيمة هذا المقابل أو العوض) التزم المحيل بضمان وجود الحق وقت الحوالة (م ١/٣٠٨ مدني مصري^(٥))، فإذا كان الحق غير موجود كما لو انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء قبل الحوالة كان ضامنا في مواجهة المحال له، وكما لو كان الحق قابلا للإبطال ثم أبطل فعندئذ يكون ضامنا لذلك.

ولذا فإنه لا ضمان على المحيل إذا نشأ الحق صحيحا وكان موجودا لم ينقض وقت الحوالة حتى ولو انقضى بعد ذلك، ما دام أن سبب الانقضاء لا يرجع إلى المحيل ، كما لو انقضى بالتقادم بسبب تقصير المحال له في المطالبة بهذا الحق.

أما إذا كانت بغير عوض، فلا يلتزم المحيل بضمان وجود الحق وقت الحوالة لأنه متبرع، والمتبرع غير ضامن، فلو أتضح أن الحق كان غير موجود وقت الحوالة لم يضمن ذلك، كما لو تبين أن هذا الحق المحال قد انقضى بالتقادم قبل حوالاته (م ٢/٣٠٨ مدني مصري^(١)).

على أن يراعى أن المحيل يعد ضامنا لأفعاله التي تمس وجود الحق، حتى ولو كانت الحوالة بغير عوض (م^(٢))، كما لو أن المحيل بعد أن أحال الحق لشخص المحال له (سواء كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض) قام بإحالاته مرة أخرى لآخر أو قام باستيفائه لنفسه قبل أن تصير الحوالة نافذة في حق المدين).

ويبطل أي اتفاق على إعفاء المحيل من مسؤوليته عن تلك الأفعال الشخصية (م ٣١١ مدني مصري ، م ٢/٢٩٥ ب مدني بحريني).

- مدى التزام المحيل بضمان يسار المدين المحال عليه :-

الأصل العام أن المحيل لا يضمن في الحوالة بعوض غير وجود الحق وقت الحوالة ، ومن ثم فهو لا يضمن يسار المدين المحال عليه ، هذا ما لم يتفق المحيل والمحال له على غير ذلك (م ٢٩٣ / ١ مدني بحريني^(٥)) . ذلك أن أحكام القانون المنظمة للالتزام المحيل بالضمان والتي تقصر التزامه وحسب على التزامه بضمان وجود الحق فقط دون ضمان يسار المدين - على نحو

(٥) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " . هذه المادة ١/٢٩٢ مدني بحريني .

(١) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق " هذه المادة تعادل المادة ١/٢٩٢ مدني بحريني .

(٢) حيث تنص المادة ٣١١ مدني مصري على ذلك بقولها " يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو اشترط عدم الضمان " هذه المادة تقابل المادة ٢/٢٩٥ مدني بحريني.

(٥) حيث تنص المادة ١/٣٠٩ مدني مصري على ذلك بقولها " لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان " هذه المادة تقابل المادة ١/٢٩٣ مدني بحريني.

ما رأينا سلفاً - ليست من النظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق بين طرفي الحوالة على مخالفتها والخروج عليها فيمدا بذلك ظلال مسؤولية المحيل بحيث لا تقتصر على ضمان وجود الحق وقت الحوالة ، بل تشمل أيضا ضمان يسار المدين في ذلك الوقت فيكون هذا بمثابة الاتفاق على التشديد في مسؤولية المحيل وهذا جائز شريطة ألا يتجاوز نطاق التزام المدين بضمن اليسار في جانب المحال عليه وقت الحوالة ، بحيث لا يمتد إلى وقت استحقاق الحق إذا كان مؤجلاً أو وقت استيفائه إذا تأخر وقت الاستيفاء عن وقت الاستحقاق ، نظراً لأن التزام المحيل يمثل هذا الضمان جاء على سبيل الاستثناء والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره ، هذا ما لم يوجد اتفاق خاص يقضي بمد نطاق الالتزام بالضمان إلى وقت الاستحقاق أو وقت الوفاء بالحق (م ٢/٣٠٩ مدني مصري^(١)) .

ويراعى أنه عند رجوع المحال له على المحيل بالضمان (سواء لإخلاله بالتزامه بضمن وجود الحق أو بضمن يسار المحال عليه في حالة الاتفاق الخاص بذلك) ، فلا يسترد المحال له من المحيل إلا ما أخذه منه الأخير مقابل الحوالة ، فضلاً عن المصروفات التي أنفقها المحال له (مثل مصروفات الحوالة ومصروفات دعوى الرجوع عليه بالضمان) ، ولو كانت قيمة الحق المحال للمحال له أكثر من ذلك ، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً^(٢) وقد أراد واضع القانون بذلك أن يضرب على أيدي المرابين لاسيما إذا كان المحال له قد دفع في مقابل الحق المحال مبلغاً أقل من قيمته بحيث يكون الفرق بينهما ربا محرماً يستحله لنفسه ظلماً وعدواناً .

وجدير بالذكر أنه إذا ثبت أن المحيل كان يعلم عدم وجود الحق المحال في ذمة المحال عليه ، كان غاشياً له ومدلساً عليه ، وهذا عمل غير مشروع فيشكل خطأً تقصيرياً يستوجب مساءلته عنه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، بحيث يلتزم بتعويض المحال له حسن النية الذي كان يجهل عدم وجود هذا الحق ، وإلا لم يجز له ذلك (م^(٣)) .

(١) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها " وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك " . هذه المادة تقابل المادة ٢٩٣ / ٢ مدني بحريني .

(٢) حيث تنص المادة م ٣١٠ مدني مصري على انه " إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك " . هذه المادة تقابل المادة ٢٩٤ / أ مدني بحريني .

(٣) حيث تنص المادة ٢٩٤ / ب مدني بحريني على ذلك بقولها " ب- ومع ذلك إذا كان المحيل يعلم بعدم وجود الحق في ذمة المدين فإنه يلتزم بتعويض المحال له حسن النية عما ناله من ضرر " . وجدير بالملاحظة أن هذا النص ليس له ما يقابله في القانون المدني المصري غير أن ذلك لا يحول دون إعمال حكمة باعتباره يمثل تطبيقاً للقواعد العامة التي تحكم السلوكيات التبليسية كأعمال غير مشروعة حينما تصدر عن أحد العاقدين في مواجهة الآخر إذ يرخص له في طلب أبطال العقد للتدليس فضلاً عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الكتمان كعمل تبليسي وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

الفصل الثاني

حواله الدين

المبحث الأول

دلالة حوالة الدين وموقف القوانين منها

يقصد بحوالة الدين Cession de Dette ذلك العقد الذي ينقل دينا في ذمة المدين إلى مدين جديد ليتولى وفاءه عنه إلى الدائن الأصلي بمقابل أو بغير مقابل بناء على اتفاق بين هذين المدينين (وهذا هو الغالب) أو بناء على اتفاق بين الدائن والمدين الجديد ومن هنا يبين لنا أن حوالة الدين تتم في واقع الحياة بإحدى هاتين الطريقتين:

الطريقة الأولى : وهي الغالبة أن يتفق المدين الأصلي مع شخص آخر على أن يحل محله في سداد دين الدائن بدلا منه .

أما الطريقة الثانية : وهي نادرة وفيها يتفق الدائن مع شخص معين على أن يحل محل المدين في سداد الدين له . وبذلك تتعدّد الحوالة في الطريقتين بين المحيل (الذي قد يكون هو المدين وهذا هو المعتاد ، وقد يكون في بعض الأحيان هو الدائن) والمحال عليه وهو المدين الجديد (وهو الشخص الذي يتفق معه المحيل ليحل محل المدين في سداد الدين) ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لما كان مفاد المادة ٣٢١ من القانون المدني أنه يجوز أن تتم حوالة الدين في صورة إتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم ، وللمحال عليه عملاً بالمادة ٣٢٠ من ذات القانون أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي إلى المحال عليه " (١) .

ولقد تباينت مواقف القوانين من حوالة الدين بين المنع والإجازة تبعاً لاعتناقها النزعة الشخصية أو النزعة المادية في الالتزام ، لذلك فقد عمدت القوانين ذات النزعة الشخصية في الالتزام إلى منع حوالة الدين على الرغم من إجازتها لحوالة الحق مثل التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري القديم ، في حين اتجهت القوانين ذات النزعة المادية أو الموضوعية في الالتزام إلى إجازة

(١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ قضائية جلسة بتاريخ ١١/١٥/٢٠٠٠ م ، مكتب فنى (سنة ٥١ - قاعدة ١٩١ - صفحة ١٠٠٥) .

حوالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، مثل التقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري ، والتقنين المدني المصري الجديد ، والتقنين المدني البحريني^(١).

ولقد نظمت الشريعة الإسلامية حوالة الدين فأجازها كثير من الفقهاء عملاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي يقول فيه " .. إذا أحلت على ملئ فاتبعه " ، وبذلك تمثل الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لنظام حوالة الدين في التشريعات والقوانين العربية المعاصرة ، فقد رخص فقهاء المذاهب الإسلامية جميعهم من دون خلاف في إبرام هذا العقد على الرغم من كونها تعد من قبيل بيع الدين بالدين الذي حرمه كثير من الفقهاء ، نظراً لحاجة الناس إليها^(٢).

وقد استندوا في إجازتها إلى الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " مطل الغنى ظلم وإذا أحلت على ملئ فاتبعه"^(٣) أي إذا تمت حوالة دينك على غني فاقبل هذه الحوالة ، لأن عدم قبول حوالة دينك على مدين جديد موسر يعد من قبيل العنت غير المقبول شرعاً ، والتخلي عن التيسير المندوب إليه شرعاً وعرفاً ، ويمثل في ذات ضريباً من ضروب التعسف في استعمال الحق قانوناً ، لأنك ستضر بالمدين الذي يريد بهذه الحالة أن يتجنب ملاحقتك إياه قضائياً لعدم سداده الدين ، وتفوت عليه وعليك فرصة أن يحل مدين جديد موسر محل مدين قديم معسر .

المبحث الثاني

تمييز حوالة الدين عن غيرها والهدف منها

تتميز حوالة الدين (بوصفها عقداً ينتقل به عبء الوفاء بذات الدين بصفاته ودفوعه وتأميناته من على عاتق المدين الأصلي وهو المحيل الذي تبرأ ذمته من هذا الدين بنفاذ الحوالة ألي عاتق المدين الجديد وهو المحال عليه في مواجهة الدائن وهو المحال له) عن كثير من النظم القانونية التي تشبه بها مثل الإنابة الناقصة (والتي يقتصر أثرها على ضم مدين جديد جنباً إلى جنب مع المدين القديم) ، والاشتراط لمصلحة الغير (والذي يترتب عليه نشوء حق جديد لصالح المستفيد أو

(١) انظر في نفس المعنى كل من : أ. د. / أنور سلطان ، بند ٣٢٩ أ. د. / عبد المنعم البدر اوي ، بند ٢٩٠ ، ص ٣٠٥ . ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون المدني المصري قد نظم حوالة الدين في المواد ٣١٥ : ٣٢٢ ، وهي تقابل في القانون المدني البحريني المواد من ٣٠٠ : ٣١٣ .

(٢) انظر في ذلك نيل الأوطار للإمام الشوكاني ، ج ٥ ، ص ٢٦١ ، الطبعة الأخيرة ، د/ صبحي المحمصاني " النظرية العامة للعقود و الموجبات في الشريعة الإسلامية " ، ص ٢٦٠ ، طبعة بيروت ، أ. د. / ليلي عبد الله ، بند ٢٥١ ، ص ٢٦٥ .

(٣) رواه ابن ماجة في سننه ، رقم الحديث ٤-٤ ، ص ٨٠٣ .

(٤) انظر في نفس المعنى : أ. د. / أنور سلطان بند ٣٢٩ ، ص ٣٨٩ .

المنتفع يلتزم المتعهد بوفائه إليه وليس للمشترط) والتجديد (والذي ينقضي فيه الدين القديم ليحل محله دين جديد إذا تم تغيير المدين^(٢)).

وتتنوع الأهداف المنشودة من وراء حوالة الدين ، فهي تساعد المدين الأصلي (سواء كان هو المحيل وهذا هو الغالب أو كان المحيل هو الدائن وهذا هو النادر) على التخلص من وطأة الدين الذي عجز هو عن سداده للدائن فيحل محله المحال عليه في سداده إليه ، سواء كان ذلك بمقابل وهذا هو المعتاد (فقد يتفق المدين الأصلي مع المدين الجديد على أن يحل محله في سداد الدين على أن يكون ذلك على سبيل الإقراض له أو على سبيل الوفاء له بحق قديم كان له في ذمته كما لو كان بين المدينين عقد بيع أو عقد إيجار ولم يؤد المدين الجديد بوصفه مشترياً أو مستأجراً حق المدين الأصلي بوصفه بائعاً أو مؤجراً واتفقا بموجب عقد حوالة الدين على أن يحل المدين الجديد محله في سداد دين الدائن وفاءً لما عليه من حق للمدين الأصلي) أم كان بغير مقابل (كما لو كان المدين الجديد متبرعاً بالدين الذي يوفيه للدائن عن المدين الأصلي) .

وأخيراً تسهل حوالة الدين كما يقول البعض - وبحق - بيع المتجر بما عليه من ديون ، وبيع العقار المرهون مع نقل الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري^(٣) .

(٢) أ.د/ عبد الناصر العطار، ص ١٤٥، أ.د/ أنور سلطان، بند ٣٣٢، ص ٢٩١، ٢٩٢.

الوجيز
في
شرح قانون الإثبات المصري

دكتور / خالد جمال أحمد حسن
أستاذ القانون المدني
ووكيل كلية الحقوق الأسبق

طبعة عام ١٤٤١ هـ - ٢٠٢٠ م

مقدمة

لا غرو أن يكون البحث في شواهد الواقع وسبر أغوار ما يتجمع حوله من معطيات وأدلة بحثاً عن الحقيقة للوصول من خلالها إلى عين العدالة لإحقاق الحق وإبطال الباطل هو ضالة العقل البشري السوي لدى المجتمعات البشرية قديماً وحديثاً على حد سواء ، ويعتبر نظام الإثبات القضائي دون أدنى شك أحد أبرز مجالات هذا البحث الحديث وأهمها على الإطلاق ، وكيف لا وهو يتصل بتوفير الحماية القانونية للحقوق بجميع أنواعها (سواء كانت حقوقاً مالية أو غير مالية) ، توطئةً لإيصالها إلى أصحابها أو تمكينهم من التمتع بمزاياها أو الانتفاع بها انتفاعاً هادئاً خالياً من مظاهر التعكير أو المنازعة من قبل من ينازعونهم فيها ، في ضوء ما تسفر عنه الأدلة الراجعة في الدعاوى القضائية المنظورة أمام القضاء (١) .

وقد كان من البدهي أن تُعنى التشريعات في جميع الدول قديماً وحديثاً بصفة عامة وفي مصر والبحرين بصفة خاصة برسم قواعد الإثبات القضائي (الموضوعية منها والإجرائية على حد سواء) لكل المعنيين بنظام الإثبات (سواء كانوا متخصصين أو محامين أو قضاة) ليقف كل واحد منهم على أصول هذا النظام ومبادئه وما يتصل بوسائله وطرق عرضه وتقديمه أمام القضاء من جانب المتخصصين من أحكام وقواعد ، فضلاً عن دور الخصوم في الإثبات وما يملكه القضاة من صلاحيات بشأن تقدير الأدلة المعروضة عليهم في الدعاوى التي ينظرونها ، وما يلعبونه من دورٍ حيادي أو مطلق أو مقيد في تسيير نظام الإثبات القضائي بها ، ولذا عمد واضع القانون في مصر قديماً إلى إفراد باب خاص داخل أبواب القانون المدني يعالج في نصوصه الجانب الموضوعي للإثبات المدني والتجاري (ويمكن تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية للإثبات المدني والتجاري (٢)) وباب خاص آخر داخل نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية يعالج الجانب الإجرائي للإثبات المدني والتجاري (ويمكن تسمية هذه القواعد بالقواعد الإجرائية للإثبات المدني والتجاري) ، وعمد واضع القانون البحريني قديماً إلي تنظيم نظام الإثبات بشقيه

(١) انظر في نفس المعنى : د / أحمد حبيب السماك " نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي " بحث منشور بمجلة الحقوق بكلية حقوق الكويت والتي تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ، عدد رقم ٢ ، السنة ٢١ ، عام ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، د. / محمد سعد خليفة ، أ.د. / عبد الحميد عثمان محمد " شرح أحكام قانون الإثبات " طرق الإثبات التقليدية والإلكترونية في القانون البحريني ، بند رقم ٧ ، ص ١٧ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٨ م .

(٢) فقد أورد واضع القانون المدني المصري سواء في القانون المدني الملغى أم في القانون المدني الحالي قواعد الإثبات الموضوعية في أحد أبواب هذا القانون أو ذاك ، فخصص الباب السادس من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات لتنظيم هذه القواعد في القانون المدني الملغى ، وخصص الباب السادس من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات لتنظيم هذه القواعد في القانون المدني الحالي .

الموضوعي والإجرائي ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية (١) ، واستمر الوضع على هذا الحال فترة من الزمن ثم ما لبث واضع القانون في كل من مصر أو البحرين أن أفرد قانوناً خاصاً مستقلاً عن غيره من القوانين ليعالج فيه في آن واحد نوعي قواعد الإثبات المدني والتجاري بشقيها الموضوعي والإجرائي ، يطلق عليه اصطلاح " قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية " ، فصدر تطبيقاً لذلك قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م ، وجرى تعديل لبعض أحكامه بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م ، و صدر في البحرين قانون الإثبات الصادر بوجوب المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ م .

ولم يعد مقبولاً في المجتمع الإنساني الحديث بعد أن تلاشى دور القوة في نشأة الحقوق وحمايتها (٢) أن يتحصل المرء على حقه لدى غيره (سواء كان هذا الغير مديناً له في علاقة عقدية أو مديناً بسبب ارتكابه في حقه خطأ تقصيراً أياً كانت صورته أو لغيرهما من الأسباب) بنفسه لنفسه ، فيقضي بذلك لنفسه فيما يتنازع عليه مع غيره ، وإنما يجب عليه أن يحتكم في إدعائه إلى قاضيه الطبيعي (وهو شخص مؤهل علمياً وفنياً لممارسة العمل القضائي تعينه الدولة للاضطلاع بهذا العمل) ليفصل بينه وبين خصمه في ضوء الأدلة القانونية المقدمة منهما إليه . ذلك أن القاضي ينزل حكمه دائماً في أي نزاع بحسب الدليل الظاهر المثبت أمامه ، فلا يستطيع أن يسند الحق المتنازع عليه لأي من الخصمين إلا إذا قدم هذا الخصم أو ذاك الدليل الراجح المؤيد لثبوت هذا الحق له ، سواء كان ذلك موافقاً عملياً للحقيقة الواقعية أم مخالفاً لها (٣) ، وهنا تتجلى قيمة الإثبات ودوره في توجيه دفة الحكم القضائي في الدعوى لنسبة الحق المتنازع عليه لصالح الخصم الذي يفلح في توفير الدليل المؤيد لادعائه .

فالحق العاري عن الدليل المثبت له أشبه بالحق المعدوم ، لأنه سيفتقر إلى الحماية القانونية التي تضفي سياجها عليه وتعين صاحب الحق على تحصيله واستيفائه من مدينه جبراً عنه إن لم

(١) وقد كانت قواعد الإثبات في البحرين قبل صدور قانون الإثبات رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ م واردة بين نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر بوجوب المرسوم رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ م .

(٢) غير أنه للأسف الشديد لم يزل المجتمع الدولي حتى وقتنا الحاضر يريزح تحت نير هذا المبدأ الغاشم الذي يقضي بأن "القوة تنتشيء الحق وتحميه " إذ تسود بين الدول أهدافه وترتسم بينهم في علاقاتهم ببعضهم البعض فلسفته وأيدلوجيته ، ولم يرق هذا المجتمع بعد إلى مرتقى تعلو فيه هيمنة الحق والعدل على القوة ، فتصير الأخيرة مطية الوصول إلى الحق والعدل ، بل العكس هو الصحيح ، فالحق مسخر لخدمة القوة ، بل بات رهيناً في وجوده وعدمه بوجودها وعدمها ، ولعل الواقع المعاین خير شاهد ودليل على صدق ذلك .

(٣) فقد يفلح خصم في توفير الدليل المؤيد لثبوت الحق له رغم أنه ليس صاحب الحق واقعياً ، ويخفق صاحب الحق الفعلي في توفير هذا الدليل .

يبذله له طواعيةً واختياراً ، وهذا المعنى قد عبرت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها إن الحق يتجرد من قيمته ما لم يتوفر الدليل عليه ، فالدليل وبحق هو قوام حياة الحق ووجوده ، وأساس جوهري في استمرار الانتفاع الهادئ به (١) .

فالإثبات يمثل في الحقيقة الوسيلة اللازمة لتمكين مدعي الحق من تحصيل الحماية القانونية على مدعاه ، أو هو الأداة الضرورية التي تستجلبُ للحق المتنازع عليه الحراسة القانونية كي ينتفع به صاحبه انتفاعاً هادئاً ابتداءً ويرد عنه صول الصائل عليه في انتفاعه به انتهاءً .

فصل تمهيدي

المبادئ العامة للإثبات القضائي

تمهيد وتقسيم

سأعرض في هذا الفصل التمهيدي المبادئ العامة للإثبات القضائي ، نبين من خلاله مدلول الإثبات القضائي ودلائل تميزه واختلافه عن الإثبات العلمي ، ومدى صلة قواعده أو عدم صلتها بالنظام العام ، ومذاهب الإثبات القضائي التي تتأرجح بين هذه المذاهب الثلاثة (وهي مذهب الإثبات الحر ، ومذهب الإثبات المقيد ، ومذهب الإثبات المختلط) ، ومن هو المدعي المطالب بتحمل عبء الإثبات ، هل يلزم أن يكون هو من رفع الدعوى أم يتصور أن يكون هو أيضاً من رفعت عليه الدعوى ، ثم نبين المحل الذي يرد عليه الإثبات في الدعوى ممثلاً في الوقائع المولدة للحقوق المدعى بها في الدعاوى القضائية ، فلا يرد على الحقوق ذاتها ، وإنما يرد على الوقائع المادية أو القانونية مصدر هذه الحقوق ، فضلاً عن بيان ما يلزم من شروط قانونية في الوقائع المراد إثباتها ، وذلك تفاعلياً لطلبات الخصوم التي تسعى إلى إثبات وقائع غير محددة أو غير مرتبطة بالدعوى أو غير منتجة فيها رغم ارتباطها بها ، أو غير ممكنة الإثبات أو غير جائزة للإثبات قانوناً فيضيعوا بذلك على القضاء وباقي الخصوم الوقت والجهد عبثاً وسدى ، وأخيراً نبين بإيجاز ماهية أدلة الإثبات القضائي وما أورده الفقهاء بشأنها من تقسيمات ، كل في مبحث خاص به على التفصيل الآتي :

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ج ٢ ، ص ٣٤٩ .

المبحث الأول

مدلول الإثبات القضائي وتمييزه عن الإثبات العلمي

يقصد بالإثبات القضائي إقامة الدليل على الواقعة المادية أو القانونية المثبتة للحق محل النزاع من خلال طرق محددة لذلك قانوناً أمام القضاء ، أو هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به لما له من آثار قانونية هامة تترتب عليه .

ويفهم من هذا التعريف أو ذاك الأمور الآتية :

١ - إن الإثبات القضائي ينصب على مصدر الحق وليس على الحق ذاته ، ذلك أن من يدعي حقاً معيناً على شيء معين لا يسعى إلى إقامة الدليل على هذا الحق الذي يدعيه بقدر ما يسعى إلى إقامة الدليل على الواقعة المادية أو الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق ، أي إثبات الدليل على المصدر المولد لحقه .

٢ - لا يعتد بالإثبات القضائي فيكون حجةً قانونيةً فيما يدل عليه إلا إذا جرى إقامته في إطار النظام القانوني المرسوم له ، سواء من حيث تحديد من يقع عليه عبء الإثبات ، أم من حيث تعيين وسائل الإثبات وطرقه ، أم من حيث تحديد الإجراءات القانونية اللازمة لتقديم هذه الأدلة ومدى نطاقها وحجبتها في هذا الإثبات .

٣ - إن الغاية من الإثبات القضائي تتمثل في الفصل في الحق المتنازع عليه بين الخصوم بحكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي به ، ليضحي عند صدوره عنواناً للحقيقة فيما فصل فيه فيساعد ذلك على استقرار المعاملات وثبات ما تولد عنها من مراكز قانونية .

ويتميز الإثبات القضائي في مدلوله سالف الذكر ، عن الإثبات العلمي الذي يسعى إلى إثبات إحدى الحقائق العلمية ، بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن الإثبات بالعلمي ، يمكن إجمالها في النقاط الآتية (١) :

١ - يتقيد الإثبات القضائي بطرق معينة مقررة قانوناً لهذا الإثبات ، فلا يجوز تجاوزها إلى غيرها ، بعكس الإثبات العلمي الذي لا ينحصر في وسائل وطرق معينة ، بل يحظى فيه الباحث بحرية واسعة في استعمال كل ما قد يتفق عنه ذهنه من جديد الوسائل أو الطرق

(١) انظر في هذا المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار " أحكام الالتزام والإثبات " ، بند ١ ، ص ٣ ، طبعة عام ٢٠٠٢ م ، النسر الذهبي للطباعة والنشر بالقاهرة .

العلمية التي تعينه في الوصول إلى مبتغاه العلمي ، حتى وإن كانت طريقةً غير معهودة أو غير متصورة في مجال البحث العلمي ، مادامت لا تتأفي الأصول والمبادئ العلمية الرصينة ، ولا تجافي في نفس الوقت مبادئ الأخلاق أو قواعد الدين أو قواعد العرف .

٢- لا يضطلع بمهمة الإثبات القضائي أحدٌ غير الخصوم ، ففي الدعوى القضائية لا يطالب بتوفير الدليل المثبت للدعوى أو الدفع غير الخصم الذي يتخذ مركز المدعي أو المدعى عليه ، في حين نجد أن ميدان الإثبات العلمي يرتاده كل باحث يسعى بجهوده إلى الوصول إلى إثبات أية حقيقة علمية ، فلا يحتكره أحد ولا يقف في نفس الوقت عند جهود أحد مهما كان وزنه العلمي ، ومن ثم فإن إثباته متاحٌ لكل باحث في أغواره .

٣- يصير الحكم القضائي ، فور صدوره من القاضي مرتكزاً على إحدى وسائل الإثبات القضائي ، عنواناً للحقيقة فيما فصل فيه بغض النظر عن مطابقته للحقيقة الواقعية أو مخالفته لها ، ومن ثم لا يسمح لأحد الخصوم بإثارة النزاع من جديد فيما فصل فيه هذا الحكم القضائي وكان فصله فيه ضرورياً ، وذلك مراعاة لما لهذا الحكم من حجية الأمر المقضي فيما قضى فيه ، حفاظاً على هيبة القضاء ومراعاةً للثقة المودعة فيه من قبل المتقاضين ، هذا بخلاف الحال في الإثبات العلمي ، فالنتيجة التي يصل إليها الباحث في الإثبات العلمي مهما بلغت قيمتها العلمية أو دقتها الفنية تبقى رغم ذلك موضعاً للدراسة والبحث ومحلاً للنقاش والجدل بين الباحثين ، سواء كانت مطابقةً للحقيقة أم مخالفةً لها .

المبحث الثاني

قواعد الإثبات القضائي ومدى صلتها بالنظام العام

تنقسم قواعد الإثبات القضائي إلى نوعين من القواعد : قواعد موضوعية تعنى بتحديد عبء الإثبات ومحلّه وأدلته ، وقواعد شكلية ترسم إجراءات إثبات كل دليل من أدلة هذا الإثبات أمام القضاء .

ونظراً لأن قواعد الإثبات الشكلية تنظم كيفية إقامة الإثبات القضائي أمام المحاكم ، فترسم للخصوم وللقضاة إجراءات محددة لإقامة كل دليل من أدلة الإثبات أمام المحاكم (سواء في تقديمه من قبل الخصوم أم في تقديره والبناء عليه من قبل القضاة) على نحو يربطها بسير العمل

القضائي ويجعلها - من ثم - جزءاً لا يتجزأ عن نظام التقاضي في المجتمع ، لذا كان طبيعياً أن تصير مرتبطةً بالنظام العام ، فلا يسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفتها ، ويبطل أي اتفاق يحمل هذا المعنى ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض (محكمة التمييز) ، ويجب على القاضي التمسك بمراعاة هذه القواعد وتطبيقها ولو من تلقاء نفسه .

هذا بخلاف القواعد الموضوعية للإثبات التي تعنى بتحديد شخص من يتحمل عبء الإثبات من الخصوم ، وبيان محل هذا الإثبات ووسائله ، فضلا عن تحديد نطاق هذه الوسائل وحجيتها ، وتلك أمور تتصل بحقوق الخصوم المتنازع عليها ، على نحو يربطها بمصلحة الخصوم ، فلا تتصل - من ثم - بالنظام العام ، ذلك أنه إذا كان من الجائز للخصم أن يتنازل عن حقه المتنازع عليه في الدعوى ، فإن له - من باب أولى - أن يتنازل عن القواعد المقررة لحماية هذا الحق ، ومن ثم يمكن للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات الموضوعية ، كما يمكن لهم التنازل عنها أثناء نظر الدعوى ، ولا يجوز للخصم إثارتها أو التمسك بها بعد التكلم في موضوع الدعوى .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات عليه لا تتصل بالنظام العام ، ومن ثم يجوز للخصم الذي لم يكن مكلفاً في الأصل بحمل عبء الإثبات في واقعة معينة أن يتطوع لإثباتها (١) .

المبحث الثالث

مذاهب الإثبات القضائي

لا تخرج مذاهب قوانين وتشريعات الإثبات في تنظيمها لكيفية سير نظام الإثبات القضائي فيها ودور القضاة والخصوم بها قديماً وحديثاً عن واحد من هذه المذاهب الثلاثة الآتية :

١- مذهب الإثبات الحر وفيه يعطي القانون الخصوم الحرية الكاملة في إثبات ما يدعونه بأية وسيلة توفر لهم قناعة القاضي بما يدعونه أمامه ، كما يرخص للقضاة في نفس الوقت في الاستقصاء والتحري عما يدعيه الخصوم بأية وسيلة تمكنهم من

(١) تمييز بحريني ، طعن رقم ٦٥ لسنة ١٩٩١م ، جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٢م ، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز ، السنة الثالثة ١٩٩٢م ، ق ٦ ، ص ٢٣ .

الوصول إلى عين الحقيقة ، ولو اقتضى الأمر منهم اللجوء إلى الحيلة في سبيل انتزاع هذه الحقيقة منهم .

وهذا المذهب وإن كان يسهم كثيراً في الوصول إلى تحقيق العدالة والإنصاف ، إلا أنه لا يكاد يخلو من مظاهر الغلو والتعسف من جانب القضاة ، الأمر الذي يؤدي إلى حدوث تفاوت كبير في تقديرات القضاة في الدعاوى المتماثلة في ظروفها وحيثياتها بقدر تفاوت قدراتهم وجهودهم في الإثبات فيها ، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم الثقة في أحكام القضاة ، إذ سيعجز الخصوم عن التكهن بمضامين الأحكام القضائية المنتظرة في الدعاوى بسبب عجزهم عن المعرفة الكاملة لكيفية الوصول إلى قناعة القاضي ، الأمر الذي يجعلهم عرضةً لبعض المفاجآت في الأحكام على إثر تفاوت واختلاف دور القضاة في الإثبات تبعاً لاختلاف قدر جهودهم فيها .

٢- مذهب الإثبات المقيد وفيه يحدد القانون للقاضي وللخصوم أدلة أو طرق معينة للإثبات أمام المحاكم ، على نحو لا يسمح لهم معه ببناء إدعاءاتهم أو دفعهم على غيرها من الوسائل أو الطرق ، كما يحدد لهم بدقة أيضاً كيفية تقديم هذه الأدلة ، هذا فضلاً عن تحديد مدى نطاق وحجية هذه الأدلة دون أن يرخص لهم في خرقها أو تجاوزها إلا بالقدر المسموح به قانوناً .

ولا شك أن من شأن هذا المذهب أن يساعد على استقرار المعاملات لما يكفله للخصوم من دراية تامة بطرق الوصول إلى قناعة القضاة ، وما يضمنه لهم من تقاضي مخاطر المفاجأة في تقديرات القضاة ، غير أن ذلك لم يدفع عنه سهام النقد بسبب ما يؤدي إليه من تكبير لجهود القضاة في الاستقصاء والتحري بحثاً وراء الحقيقة ، على نحو قد يضعف من فرص بلوغ الحكم القضائي إلى عين الحقيقة فيما يتضمنه من نتيجة عند الفصل في المنازعات القضائية .

٣- مذهب الإثبات المختلط وفيه يتحقق الخلط أو المزج بين فكر أو مضمون هذين المذهبين السابقين ، فيتحقق اللجوء إلى أسلوب الإثبات الحر تارةً ، وذلك في المسائل التي تتطلب ذلك ، مثل المسائل التجارية التي تحتم ظروفها طلاقة حرية الإثبات فيها مراعاةً لمتطلبات التجارة التي تعتمد في إبرامها على عنصر السرعة في مباشرتها ، وتوفيراً للانتمان المطلوب لدفع وتنشيط حركتها ، كما يتم اللجوء إلى أسلوب الإثبات المقيد في مسائل أخر يلزم فيها تقييد الإثبات بطرق ووسائل

محددة ، مع تحديد نطاق وحجية تلك الطرق ، سواء بالنسبة للخصوم أم بالنسبة للقاضي ، وذلك كما هو الحال في المعاملات أو المسائل المدنية ، ومن ثم يعتبر هذا المذهب جامعاً بين محاسن المذهبين سالف الذكر ، ومتقادياً في ذات الوقت مثالهما وعيوبهما .

المبحث الرابع

المدعي هو المكلف بعبء الإثبات

يجب على من يدعي أمراً معيناً على خلاف الثابت (أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً) أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه ، فإن أفلح حكم القاضي له ، ما لم يثبت خصمه عكسه ، وإن عجز رفض القاضي إدعاءه دون أن يطالب خصمه بشيء . ومن ثم يكون المدعي بصفة عامة هو المكلف قانوناً بمهمة الإثبات . فمن هو المدعي إذن ؟

المدعي هو من يدعي شيئاً يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً ، ولا يلزم أن يكون المدعي هو من رفع الدعوى (وإن كان هذا هو الغالب) ، فقد يكون أيضاً هو من رفعت عليه الدعوى ، تأسيساً على أن مراكز الخصوم قد تتغير أثناء سير الدعوى على نحو يسمح بتبادلهم مركزي المدعي والمدعى عليه ، ومن ثم يصدق وصف المدعي على كل شخص يدعي على غيره شيئاً معيناً أو يدفع دعوى غيره بدفع معين ، مادام أنه صار بدعواه أو بدفعه يدعي على ذلك الغير أمراً يخالف به الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً .

فالثابت أصلاً هو ما يثبت بحسب الوضع الغالب والمألوف في الأمور ، بصورة يترجح معها موافقته للحقيقة والواقع ، فعلى سبيل المثال نقول أن الأصل في الإنسان أنه بريء الذمة في مواجهة غيره ، لأن هذا هو الأصل الموافق لواقع الحياة ، إلى أن يثبت عكس ذلك ، ولذا فإنه يجب على من يدعي مديونية شخص معين له أن يقدم الدليل القانوني المثبت لذلك ، فإن عجز عن توفير هذا الدليل رفض القاضي إدعاءه ، دون أن يحق له مطالبة المدعى عليه بشيء من الإثبات ، ومن ثم ليس له أن يطالبه بنفي هذه المديونية أصلاً أو بإثبات انقضائها بأي سبب من أسباب الانقضاء ، فإن أفلح المدعي في إثبات ما ادعاه صارت مديونية المدعى عليه بعد ذلك هي الثابتة عرضاً ، وانتقلت إليه مهمة الإثبات ليثبت عدم مديونيته أصلاً لهذا المدعي ، أو يثبت

رغم سبق وجود هذه المديونية أداءه لهذا الدين أو انقضاءه بأي سبب من أسباب الانقضاء (سواء تمثل ذلك في انقضائه بالوفاء وهذا هو المعتاد أم بغير الوفاء كما لو انقضى بالإبراء أو المقاصة أو غيرهما من هذه الأسباب) ، ولذا تنص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري (قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية معدلاً بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ م) على أنه " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " (١) .

فالثابت عرضاً هو ما جاء عارضاً أو حادثاً (أي على نحو عارض أو مؤقت) ليخالف الأصل الثابت أصلاً وفق مألوف الأمور وطبائع الأشياء ، على إثر نجاح المدعي في إثبات ما يناهضه ، وعندئذ ينتقل عبء الإثبات من على عاتقه إلى عاتق المدعى عليه ، ليدحض ما أفلح المدعى في إثباته في مواجهته .

أما الثابت فرضاً فهو ما يثبتته القانون على سبيل الفرض أو القياس من أمور مجهولة مرتكزاً في هذا الافتراض أو القياس على أمارات أو علامات نابعة من أمور معلومة تدل عليها ، وعندئذ تنشأ لصالح من جرى له هذا الفرض أو القياس أمانة قانونية تعفيه من واجب الإثبات الذي كان واقعاً على عاتقه ، وتلقي به في ذات الوقت على كاهل خصمه ، فعلى سبيل المثال يفترض القانون فيمن ثبت سداده لقسط من الأقساط الواجبة عليه سداده للأقساط السابقة عليه ، فواقعة الوفاء بالقسط بوصفها واقعة معلومة تصلح أمانة تدل على الوفاء بما سبقها من الأقساط ، نظراً لأن الدائن لا يقبل عادة الوفاء له بقسط لاحق قبل أن يستوفي ما سبقه من الأقساط ، ولهذا تنص المادة ٥٨٧ مدني مصري على أن " الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " (٢) .

فالقريئة القانونية تعني افتراض القانون لأمر معين مجهول بناء على أمر آخر معلوم يدل عليه ، وهي على نوعين : **قريئة قانونية بسيطة** ، وهي القريئة القانونية التي يفترضها القانون افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، ومن ثم يجوز لمن كان مضمون القريئة في غير صالحه أن يثبت

(١) هذه المادة تعادل المادة الأولى من قانون الإثبات البحريني (وهو القانون الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م).

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٥٣٥ من القانون المدني البحريني .

ما يخالفه ، فمثلاً إذا كان القانون قد اعتبر أن وصول التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه قرينة على اتصال علمه به ، على نحو يعفيه من إقامة الدليل على تحقق علمه بهذا التعبير ، وينتقل عبء الإثبات بموجب هذه القرينة إلى من وجه إليه التعبير لينفي حصول علمه بهذا التعبير على الرغم من وصوله إليه (١) ، كما لو أثبت أنه كان مسافراً عند وصول هذا التعبير أو أنه كان مريضاً بالمستشفى على نحو حال دونه واتصال علمه به (٢) .

وقرينة قانونية قاطعة وهي التي يفترضها القانون افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، ومن ثم لا يجوز لمن كان فحوى هذه القرينة في غير صالحه أن يثبت خلافه أو يقيم الدليل على ما يناقضه ، فعلى سبيل المثال حينما افترض القانون عند تهم البناء كلياً أو جزئياً ثبوت الخطأ في حق حارسه الفعلي ، جعله افتراضاً غير قابل لإثبات عكسه ، ومن ثم لم يجز لهذا الحارس أن ينفي خطأه بإثبات أن البناء جديد وأنه خالٍ من العيوب ، وأنه لم يقصر في اتخاذ ما كان يلزم للبناء من أعمال الترميم والصيانة ، أو يثبت أن السبب غير معلوم ، وإنما يلزمه إذا أراد الإفلات من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي (والسبب الأجنبي هو كل سبب منبت الصلة عن المسئول سواء كان متمثلاً في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، أم كان متمثلاً في خطأ الغير ، أم كان متمثلاً في خطأ المضرور نفسه) وكذلك الحال في بقية أنواع الحراسات الأخرى مثل حراسة الحيوان ، وحراسة الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة والآلات الميكانيكية ، إذ أن خطأ الحارس فيها مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وليس له من سبيل لنفيه إلا بإثبات السبب الأجنبي (٣) .

(١) إذ تنص المادة ٩١ من القانون المدني المصري " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك " . هذه المادة تعادل المادة ٣٣ مدني بحريني .

(٢) وينبغي مراعاة أن من تتوافر لصالحه قرينة قانونية لا يعفى كليةً من الإثبات ، إذ يبقى ملتزماً بإثبات هذه القرينة ، حتى يجري إعفاؤه من إثبات ما دلت عليه هذه القرينة من مضمون .

(٣) إذ تنص المادة ١٧٦ مدني مصري على أن " حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه " ، كما تنص المادة ١٧٧ على أن " حارس البناء ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهزام البناء من ضرر، ولو كان انهزام جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى اهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه " ، كما تنص المادة ١٧٨ مدني مصري على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاص " هذه المادة تعادل المادة ١٧٥ مدني بحريني ، ..

وأخيراً فإن الثابت ظاهراً لا يكلف صاحبه بالإثبات ، تأسيساً على أن هذا الظاهر يدعم موقفه ويجعل الحق في جانبه ، فيكفيه بذلك مؤنة الإثبات ويلقيها من ثم على عاتق من يدعي خلاف هذا الظاهر ، وبناء على ما سبق فإن حائز الشئ هو من يظهر عليه بمظهر المالك له ، وعلى من يدعي خلاف هذا الظاهر عبء إقامة الدليل على ملكيته للشئ محل الحيازة الثابتة لغيره ، فإن عجز عن ذلك رفض إدعائه ولم يطلب ممن يتمسك بهذا الظاهر شيء ، فلا يكلف بتقديم أي دليل على ملكيته الثابتة له بحسب الظاهر .

وإذا كان الإثبات يمثل - كما سبق أن رأينا - واجباً على عاتق المدعي ، فإنه يعتبر في نفس الوقت حقاً له ، بوصفه يشكل تدعيماً لادعائه وسبيلاً للوصول إلى الحماية القانونية المنشودة للحق الذي يدعيه ، ولذا ينبغي على القاضي تمكين المدعي من ممارسة حقه في الادعاء كاملاً ، بالسماح له بتقديم الأدلة التي تؤيد ادعائه على النحو الذي يقدر عليه ، من غير أن يبخصه منه شيئاً أو يحرمه من ممارسته ، وإلا كان حكمه معيباً لإخلاله بحق المدعي في الدفاع عن حقه الذي يدعيه ، على نحو يخصص له في الطعن عليه بالنقض أمام محكمة التمييز لمخالفته بذلك أحكام القانون .

بيد أنه وإن كان للمدعي الحق في الإثبات إلا أنه لا يجوز له بصفة عامة أن يصطنع دليلاً لنفسه فيستند في ادعائه على أقواله أو مذكراته أو يمينه أو أي عمل آخر من أعماله من أجل أن يلزم به غيره ، وصدق الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم إذ يقول مبيناً لنا خطورة أن يعطى المدعون بادعائهم فيسمح لهم بالاستناد على ما يقدمونه لأنفسهم من أدلة في عبارات ناطقة في البيان والدلالة ، " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه " (١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لا يجوز اتخاذ أقوال أحد الخصوم في محضر الاستجواب دليلاً ضد خصمه ، وأنه لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً يحتج به على الغير " (٢) .

(١) رواه الإمامان البخاري ومسلم في صحيحهما .

(٢) نقض منني مصري ١٣/٢/١٩٦٩ م .

غير أنه يراعى أنه قد يخرج واضع القانون على هذا المبدأ على سبيل الاستثناء فيجيز للشخص أن يحتج فيما يدعيه بدليل يصنعه بنفسه ، مثال ذلك ما رخص فيه القانون للتاجر من احتجاج بدفاتره التجارية لإثبات ما يكون قد ورد له لعملائه من أشياء (حتى وإن كانت هذه الدفاتر لا ترقى إلى مستوى الدليل الكامل ، فتحتاج من ثم إلى أن يجري تدعيمها بيمين متممة مثلاً بوجهها القاضي لأي من الخصمين لتنهض دليلاً كاملاً في إثبات ما يجوز إثباته بالبينة أو شهادة الشهود) أو حقه في التمسك بهذه الدفاتر بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات للاحتجاج بها في مواجهة غيره من التجار شريطة أن تكون دفاتر منتظمة ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٧ إثبات مصري بقولها " دفاتر التجار لا تكون حجة علي غير التجار غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلي أي من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالبينة " ، " وتكون دفاتر التجار حجة علي هؤلاء التجار ، ولكن اذا كان هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجرى ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه " (١) .

وينبغي مراعاة أنه لا يجوز إلزام أي خصم على تقديم دليل ضد نفسه بصفة عامة ، نظراً لأن تقديم الدليل من الخصم يمثل تعبيراً عن ممارسة حقه في الإثبات ، ومن غير المقبول إجباره على استعمال حقه بطريقة تضره ، هذا ما لم ينص القانون على غير ذلك على سبيل الاستثناء (٢) .

وإذا كان للمدعي كامل الحق في تقديم الدليل المؤيد لادعائه ، فإن للمدعى عليه أيضاً كامل الحق في دحض هذا الدليل ، ويتعين على القاضي تمكين المدعى عليه من مجابهة المدعي فيما يدعيه عليه من حق ، ومناقشته في كل دليل يركز عليه في إثبات ادعائه ، بل والسماح له في عرض الدليل الذي ينقض دليل المدعي في ادعائه ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٦٩ من قانون الإثبات المصري بقولها " الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فينفيتها بهذا الطريق " (٣) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ١٦ إثبات بحريني .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١١ .

(٣) هذه المادة تعادل المادة ٧٠ من قانون الإثبات البحريني .

المبحث الخامس

محل الإثبات القضائي (الوقائع)

لا جرم أن من يدعي حقاً ما من الحقوق لا يطلب منه إثبات ذلك الحق الذي يدعيه ، وإنما يطلب منه إثبات الواقعة المادية أو القانونية المنشئة لهذا الحق ، فهي التي تمثل في الحقيقة مصدراً مولداً لهذا الحق ، وبذلك تضحى الوقائع وليست الحقوق محلاً للإثبات .

وتنقسم الوقائع إلى قسمين ، القسم الأول هو ما يسمى بالوقائع المادية أو غير الإرادية ، تأسيساً على أن القانون هو الذي يحدد الآثار القانونية المترتبة عليها ، من غير أن يكون لإرادة الأفراد دخلٌ فيها ، وهذه تنقسم إلى نوعين : وقائع طبيعية (١) تقع بقدره الله عز وجل دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها ، مثل الولادة والوفاة والزلازل والفيضانات وغيرها من الوقائع الأخرى التي أجراها الله وفق سننه الكونية أو الطبيعية ، ومنها ما يسمى بالأعمال المادية ، أي ما يقع بفعل الإنسان بناء على عمل مادي يصدر منه ، كما لو ارتكب عملاً غير مشروع أضر بغيره أو باشر عملاً نافعاً لصالح غيره دون أن يكون مفوضاً في ذلك أو ممنوعاً من مباشرته ، وهذان النوعان من الوقائع يسميان معاً بالوقائع المادية ، على أساس أنه لا دخل لإرادة الإنسان في ترتيب آثارها ، إذ يفرد القانون بترتيب آثار تلك الوقائع (٢) .

والقسم الثاني وهو ما يسمى بالوقائع الإرادية أو التصرفات القانونية ، وهي التي تتم بفعل الإنسان وتترتب آثارها وفق إرادته ، ومن ثم فهي في نشأتها وأثرها تتم بناء على عمل إرادي يصدر عنه ، سواء تم بناء هذا العمل الإرادي بمقتضى إرادتين ، مثل التصرف القانوني من جانبين وهو العقد ، أم تم بناؤه بموجب إرادة واحدة ، مثل التصرف القانوني من جانب واحد وهو الإرادة المنفردة .

وتبرز قيمة التفرقة بين الوقائع المادية (سواء كانت وقائع طبيعية أم أعمالاً مادية) والتصرفات القانونية في طلاقة أو تقييد الإثبات فيهما ، ففي الوقائع المادية لا يوجد تقييد للإثبات فيها ، إذ يجري إثباتها بكافة طرق الإثبات ، بخلاف التصرفات القانونية التي يلزم إثباتها بطرق أو

(١) ولا يصح ما يقال من البعض أن الوقائع الطبيعية تقع بفعل الطبيعة ، إذ ليس للطبيعة فعل ، إنما هي التي تجري وفق ما قدره الله لها ، فهي ليست فاعلة لشيء ، إنما

هي مسخرة في فلك القدر المرسوم لها من خالقها وموجدها وهو الله عز وجل .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د. جميل الشراوي - المرجع السابق - ص ١٧ .

أدلة معينة يتقيد بها الخصوم فلا يسمح لهم بإثباتها بصفة عامة إلا من خلالها ، مثال ذلك أنه لا يجوز إثبات التصرف القانوني المدني الذي تزيد قيمته عن نصاب الإثبات بالبينة (ونصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود هو خمسمائة دينار فأقل) بغير الكتابة أو ما يقوم مقامها ، ومرد هذه التفرقة يرجع إلى أن الوقائع المادية تستعصي بحسب طبيعتها على التقيد في إثباتها بدليل معين من أدلة الإثبات ، بخلاف التصرفات القانونية التي هي من إرادة الشخص فيكون في مقدوره أن يوفر لها الدليل المشروط قانوناً لإثباتها دون أية مشقة أو عناء (١) .

المبحث السادس

شروط الوقائع المراد إثباتها

يلزم قانوناً في الواقعة المراد إثباتها أمام القضاء أن تتحقق فيها شروط محددة من أجل تلافي احتمالات الغلو من جانب الخصوم فيما يدعونه من وقائع ويرغبون في إثباتها وإقامة الدليل عليها من هذه الوقائع أمام المحاكم دون مبرر أو مقتضى لذلك ، رغبةً منهم في إطالة أمد النزاع ، هذه الشروط تتمثل فيما يلي :

١- الشرط الأول : أن تكون الواقعة محددة

من الطبيعي أن يشترط في الواقعة المراد إثباتها أن تكون محددةً ، نظراً لأن الوقائع غير المحددة يكون الادعاء بها من قبيل العبث أو اللغو الذي لا يقود للوصول للحقيقة ، لأن الواقعة غير المحددة تبقى واقعةً مجهلةً وتجهيلها هذا يجعلها غير قابلة للإثبات ، ذلك أن الإثبات إقناع والإقناع لا يرد على أمر مبهم غير محدد (٢) ، فعلى سبيل المثال لا يجوز لأحد أن يدعي دائنيته لآخر من غير تحديدٍ دقيقٍ لمصدر هذه الدائنية ، فيبين على وجه الدقة والتحديد هل هو عمل مادي (سواء كان عملاً ضاراً مثل العمل غير المشروع ، أم عملاً نافعاً مثل الإثراء بلا سبب) أم تصرف قانوني (سواء كان تصرفاً قانونياً من جانبين ، أي عقد ، أم تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، أي إرادة منفردة) وإذا ادعى أنه تصرف قانوني من جانبين لزمه حينئذٍ تحديد ماهية

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٢ .

(٢) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٦٣ .

هذا العقد ، هل هو عقد بيع أم عقد إيجار أم عقد عمل ، وإذا ادعى أنه عمل نافع أو عمل ضار
وجب عليه تحديد ماهية هذا العمل النافع أو العمل الضار ، وكل ما يتصل به من معلومات تبين
على وجه الدقة حقيقته وأبعاده وآثاره .

ولا شك أن اشتراط وصف التحديد فيما يطلب إثباته أمام القضاء يساعد الخصوم أنفسهم
على تركيز جهودهم في الإثبات حتى لا تبذل هدرًا وعبثًا من أجل إثبات وقائع غامضة أو مبهمه
لا وزن لها ولا قيمة في الدعوى المثارة أمام القضاء ، كما يساعد القضاة أنفسهم على تركيز
جهودهم في دراسة وتحليل وقائع محددة تمهيداً للفصل فيها بدلاً من بعثرة هذه الجهود على وقائع
شتى غير محددة .

وعلى أية حال فإن استيفاء الواقعة المراد إثباتها لوصف التحديد أو افتقارها إليه لهو من
المسائل المادية التي تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، دون رقابة عليها في ذلك من
محكمة التمييز متى أقامت قضاءها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تبرره .

٢- الشرط الثاني : أن تكون الواقعة متنازعاً عليها

يتعين في الواقعة محل الإثبات أن تكون محل نزاع ، وبناء عليه لا يكلف الخصم بإثبات
واقعة سلم له فيها خصمه الآخر، إذ من الطبيعي أن يعفى من الإثبات في شأن ما سلم له به
خصمه ، ولا يجوز للمحكمة أن تطالبه رغم هذا التسليم من الخصم بالإثبات فيما سلم له به
خصمه وإلا كان حكمها معيباً واجب النقض أمام محكمة النقض في مصر أو محكمة التمييز في
البحرين (١) .

٣- الشرط الثالث : أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى

ليس مقبولاً أن يترك للخصوم الحرية الكاملة في إثبات ما يرون إثباته من وقائع أمام القضاء
دون اشتراط تعلق هذه الوقائع بموضوع الدعوى ، تأسيساً على أنه إذا لم تكن الوقائع متعلقةً
بالدعوى فلن يكون ثمة جدوى من إثبات مثل هذه الوقائع غير المرتبطة بالدعوى ، فضلاً عما
يؤدي إليه مثل هذا الإثبات من إهدار وإضاعة للوقت والجهد على كل من القاضي والخصوم دون
مسوغٍ مقبولٍ .

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د / عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق - ص ٧ ، ٨ .

وتعتبر الواقعة متعلقةً بالدعوى إذا كانت متصلةً بالحق المدعى به اتصالاً وثيقاً يترجح معه صحة الادعاء بهذا الحق من جانب المدعي ، وبناء عليه يتعين على القاضي رفض السماح بإثبات الوقائع غير المرتبطة بالدعوى أو تلك الوقائع المنبئة الصلة عن الحق المدعى به ، لانتفاء الفائدة المرجوة من وراء إثباتها .

ومتى كانت الواقعة متعلقةً بالدعوى جاز إثباتها ، سواء كانت تفيد المدعي في الحق المدعى به بصورة مباشرة ، مثال ذلك أن يثبت المدين واقعة الوفاء بالدين أو واقعة الإبراء منه ، بغية الوصول إلى مدعاه فيثبت براءة ذمته من الدين على إثر ثبوت انقضاء هذا الدين بأحد هذين السببين سالف الذكر ، أم كانت تفيد المدعي بصورة غير مباشرة ، مثال ذلك أن يثبت المستأجر واقعة الوفاء بالأجرة اللاحقة للتدليل على واقعة الوفاء بالأجرة السابقة عليها ، أو أن يستدل المدعي بواقعة وصول التعبير عن الإرادة إلى شخص من وجه إليه هذا التعبير لإثبات حصول علمه به . ويخضع تقدير تعلق الواقعة المراد إثباتها بالدعوى أو انتفاء هذا التعلق لسلطة محكمة الموضوع التقديرية ، فتستقل بالفصل فيه دون أدنى رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى أقامت قضاءها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تبرره .

٤- الشرط الرابع : أن تكون الواقعة منتجةً في الدعوى

ليس كل واقعة تتصل من قريب أو من بعيد بموضوع الدعوى يقبل القاضي من المدعي طلب إثباتها ، وإنما يلزم إلى جانب هذا التعلق أو الارتباط أن يكون إثبات هذه الواقعة مفيداً أو منتجاً في هذه الدعوى .

ويتحقق للواقعة المراد إثباتها هذا المعنى إذا كانت ستسهم عند ثبوتها في إقناع القاضي بصحة الادعاء وثبوت الحق للمدعي فيه ، فمثلاً نجد أن إثبات وقوع الوفاء بالأجرة اللاحقة يعد منتجاً في إثبات حصول الوفاء بالأجرة السابقة عليها ، في حين أن إثبات الوفاء بالأجرة السابقة وإن اتصل بالدعوى المرفوعة بطلب الأجرة اللاحقة ، إلا أنه لا يكون رغم ذلك منتجاً في هذه الدعوى ، لأن الوفاء بالأجرة السابقة لا يدل على الوفاء بالأجرة اللاحقة عليها ، وكذلك الحال فإن طلب مدعي كسب الملكية بالتقادم الطويل إثبات حيازته للشئ مدةً من الزمن تقل عن المدة القانونية المقررة لهذا النوع من التقادم ، وإن اتصل بادعائه إلا أنه رغم ذلك لا يعتبر منتجاً بالنسبة

لهذا الادعاء ، لأنه لا يفيد في كسب الملك مع عدم اكتمال مدة وضع يده المدة المطلوبة قانوناً للتملك (١) .

٥- الشرط الخامس : أن تكون الواقعة ممكنة

ليس مقبولاً أن يفسح المجال للخصوم لطلب إثبات وقائع مستحيلة الحدوث أو غير مقبولة التصور ، وذلك حرصاً على الوقت والجهد والمال فلا يهدرا في إثبات مثل هذه الوقائع ، فإثبات المستحيل يعد من قبيل العبث الذي ينبغي التنزه عنه (٢) ، ومن ثم لا ينبغي للقاضي أن يقبل طلب من يريد إثبات وقوع عمل غير مشروع من شخص مدعياً حصوله من هذا الشخص بعد وفاته ، كما لو ادعى مثلاً أنه وإن كان مرتكب العمل غير المشروع قد مات فعلاً إلا أنه لما له من صلة بالجن - بحسب زعمه - فقد تمكن من ارتكاب هذا العمل غير المشروع بعد موته ، كما لا يجوز له أيضاً قبول طلب شخص يريد إثبات بنوته لشخص يصغره في العمر ، إذ لا يتصور عقلاً أن يكون المدعي مع كبر سنه عن المدعى عليه إن يكون ابناً له ، أو قبول طلب شخص إثبات ضربه باليد أو القدم من شخص آخر مبتور اليد أو القدمين ، وكانت الواقعة مدعى بحصولها بعد البتر .

وعلى أية حال يبقى تقدير استحالة وقوع الواقعة المدعى بها أو تصور حدوثها أمراً تقديرياً للمحكمة تفصل فيه حسبما يترأى لها دون أدنى رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض (أو محكمة التمييز) متى بنت قضاءها فيها على أسباب مقبولة .

٦- الشرط السادس : أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً

لا يرخص للخصم في إثبات واقعة بوصفها مصدراً للحق الذي يدعيه إذا كانت هذه الواقعة غير جائز إثباتها قانوناً ، ومن ثم لا يجوز للمدعي طلب إثبات واقعة لعب القمار مع المدعى عليه بوصفها مصدراً لدينه ، لما في ذلك من مخالفة للنظام العام ، إذ تنص المادة ١/٧٣٩ مدني مصري على أن " يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان " (٣) ، كما لا يجوز قبول طلب

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د. / محمد حسين منصور " قانون الإثبات ، مبادئ الإثبات وطرقه " ، ص ٣٤ ، بدون سنة نشر ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د. / سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٦٣ .

(٣) لم أعثر على نص مماثل لهذا النص في القانون المدني المصري ، لكن مضمونه يتفق مع حكم القواعد العامة في العقود .

المشتري إثبات واقعة بيع المخدرات بهدف الوصول إلى إلزام البائع بتسليمه إياها تنفيذاً لعقد البيع المبرم بينهما .

ولا يجوز أيضاً أن تكون الواقعة المراد إثباتها من قبل شخص معين تحمل معنى المخالفة لالتزام قانوني يفرض على الشخص التزاماً بالمحافظة على ما أُؤتمن عليه من أسرار ، سواء كان مفروضاً عليه بسبب الوظيفة مثل الموظف ، أم بسبب المهنة مثل الطبيب أو المحامي أو الخادم ، أم بسبب علاقة الزوجية مثل الزوج في شأن ما يخص زوجه الآخر .

وعلى أية حال فإن تقدير مدى جواز إثبات واقعة ما قانوناً أو عدم جوازه يعد فصلاً في مسألة قانونية وليس في مسألة موضوعية ، وذلك نظراً لارتباط الحكم عليها بنصوص القانون التي تجيز أو تمنع إثبات مثل هذه الواقعة ، ومن ثم تخضع محكمة الموضوع عند الفصل في هذه المسألة القانونية لرقابة محكمة النقض في مصر (وهي تعادل محكمة التمييز في البحرين) .

الفصل الأول

الكتابة

تمهيد وتقسيم سنتناول في هذا الفصل الكتابة بوصفها دليلاً جوهرياً من أدلة الإثبات ، لنقف على أهميتها ودورها في الإثبات قديماً وحديثاً ، فضلاً عن بيان أنواع المحررات ومدى حجيتها في الإثبات ، وتحديد حالات وجوب الإثبات بالكتابة وما يرد عليها من استثناءات ، ثم ما هي إجراءات الإثبات بالكتابة ؟

المبحث الأول

أهمية الكتابة ودورها في الإثبات القضائي

تمثل الكتابة دليلاً مطلقاً في الإثبات القضائي ، لأنها تصلح دليلاً لإثبات جميع الوقائع ، كما تحتل مركز الصدارة بين أدلة الإثبات القضائي قاطبةً ، بعد أن كانت في مرتبةٍ لاحقةٍ تلي مرتبة الشهادة ، لاسيما بعد أن خربت ذمم الشهود فحادوا على إثر ذلك عن إقامة الشهادة أمام القضاء على وجهها الصحيح حسبةً لله تعالى (١) لإحقاق الحق وإبطال الباطل ، فضلاً عن الوهن أو الضعف الذي يصيب عادةً ذاكرة الشهود فينسيهم مضمون الشهادة أو جزءاً كبيراً منها ، خاصةً إذا ما انقضى زمنٌ طويلٌ على الواقعة محل الشهادة ، هذا إلى جانب أن الكتابة في ذاتها قد أضحت في العصر الحديث وسيلةً سهلةً يسهل الاستعانةُ بها من قبل الخصوم ، لاسيما أنهم عادةً ما يعمدون إلى إعدادها سلفاً لتنهض دليلاً لهما في الإثبات ، بخلاف الشهادة التي أضحت اللجوء إليها متسماً بالصعوبة والمشقة ، لاسيما مع صعوبة استدعاء الخصوم لأداء الشهادة ، وزيادة تكلفة الاستعانة بهم (٢) .

وقد تعاضمت قيمة الكتابة في مجتمعنا المعاصر عن ذي قبل على إثر ما أفرزته ثورة المعلوماتية من تقدم مذهل في وسائل الإثبات ، فأنتجت لنا الكتابة الإلكترونية لتلعب دوراً حيويًا في الإثبات جنباً إلى جنب مع الكتابة التقليدية .

(١) وجدير بالذكر أن الله عز وجل قد أعلى قدر أداء الشهادة فجعل حسن أدائها تعظيماً لله من أفضل القربات إليه، ويتجلى واضحاً لنا قدر فضلها عند الله من إضافتها إليه

سبحانه وتعالى ، فقال عز من قائل " وأقيموا الشهادة لله " (آية رقم ٢ من سورة الطلاق) رغم أن الشهادة تتم للمشهود له ، لكن لعظم أثرها في إحقاق الحق وإبطال الباطل

جعل الله أداءها من أفضل الأعمال المقربة إليه إذا أداها الشاهد حسبةً لله تبارك وتعالى .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٩ ، ص ١٨

ويعرف البعض الكتابة قائلاً إنها " توظيفُ الأحرف والأرقام في بناء كلمات وعمليات حسابية يمكن قراءتها ، أيا كانت المواد والأدوات المستخدمة في ذلك " (١) .

وينبغي في هذا المقام أن نفرق بين التصرف القانوني وشكله وأداة إثباته ، فالتصرف القانوني يعني انصراف الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، سواء كان هذا التصرف من جانبين (أي تمّ بناء على إرادتين ، وهذا يتمثل في العقد ، سواء كان ملزماً لجانبين فيرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه ، أم كان ملزماً لجانب واحد فيرتب التزامات على عاتق طرف واحد دون أن يلزم الطرف الآخر بشيء) أم كان تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، أي تمّ بناء على إرادة واحدة ، وهذا يتمثل في التصرف القانوني الذي ينشأ بالإرادة المنفردة مثل الوعد بجائزة الموجه للجمهور والوصية.

أما الشكل المطلوب في التصرف فهو المظهر المطلوب قانوناً أو اتفاقاً لصب الرضاء في قلبه أو ثوبه . والأصل العام أنه لا يلزم لنشأة أو انعقاد أي تصرف قانوني شكل معين وفق مبدأ رضائية العقد أو التصرف القانوني ، ذلك المبدأ الذي يقضي بكفاية حصول الرضاء بالعقد أو التصرف لصحة انعقاده ، من غير حاجة إلى إفراغ هذا الرضاء في شكل معين أو لزوم مباشرة إجراء آخر معه ، ما لم يشترط القانون أو الاتفاق لانعقاده مراعاة شكل معين أو مباشرة إجراء محدد ، فعندئذ يلزم مراعاة هذا الشكل أو مباشرة هذا الإجراء لصحة انعقاده وإلا كان العقد باطلاً لعدم استيفاء الشكل المطلوب أو مراعاة الإجراء اللازم قانوناً أو اتفاقاً بوصفه ركناً من أركان العقد ، مثال ذلك اشتراط القانون الرسمية في عقد الرهن الرسمي بوصفها ركناً لازماً لصحة انعقاد هذا العقد .

وينبغي التنويه إلى أنه إذا اشترط الطرفان الكتابة في التصرف ، ولم يستدل من الإرادة المشتركة للطرفين ولا من ظروف العقد وملابساته على حقيقة قصد الطرفين من اشتراطها ، هل قصداً أن تكون ركناً فيه فلا يصح التصرف عندئذ إلا مع استيفائه ، أم قصداً أن تكون وسيلة إثبات للتصرف ، فعندئذ يتعين حملها على أنها لمجرد الإثبات وليس للانعقاد ، وذلك تغليباً

(١) أ.د/ محمد سعد خليفة ، أ.د/ عبد الحميد عثمان محمد - المرجع السابق - بند ٣٣ ، ص ٦٧ .

للأصل العام في العقود أو التصرفات القانونية بوصفها ذات طابع رضائي وليست ذات طابع شكلي .

ويوجد فرق بين التصرف القانوني في ذاته بحسب معناه أنف البيان ، وبين إثبات هذا التصرف ، فإثبات التصرف يعني إقامة الدليل على وجوده سواء من خلال أدلة إثبات مقيدة مثل الكتابة أو الإقرار أو اليمين ، (هذا إذا كان التصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها) أم من خلال أدلة إثبات مطلقة ، أي بكافة طرق الإثبات ، دون تقييد ذلك للإثبات بأدلة معينة . فقد يحدث في بعض الفروض خلطٌ بين التصرف القانوني وطريقة إثباته بالكتابة ، فيطلق على المحرر المكتوب رسمياً أو عرفياً اصطلاح العقد الرسمي أو العرفي ، في حين أن المراد من هذا الإطلاق أو تلك التسمية ذلك المحرر الذي يتضمن إثباتاً للتصرف القانوني الذي يحتويه أو يثبتته ، ولذا فإن الدقة تملي علينا ألا نستعمل لفظ العقد إلا للدلالة على التصرف القانوني الذي يشكل مصدراً للحق المدعى به ، ويستعمل لفظ المحرر للدلالة على الدليل الكتابي المثبت لهذا التصرف (١) .

ومما يؤكد على التفرقة بين التصرف القانوني وأداة إثباته ، أن صحة أو سلامة المحرر المثبت للتصرف لا تحول دون بطلان التصرف المثبت بها ، والعكس كذلك فإن بطلان المحرر المثبت للتصرف لا يؤدي حتماً إلى بطلان صحة التصرف المثبت فيه (٢) .

وتتفاوت القيمة القانونية للكتابة بحسب شخص من قام بتحريرها ، فيطلق عليها مسمى المحررات الرسمية إذا كان شخصٌ من حررها ووقع عليها موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة في حدود اختصاصه الوظيفي ووفق الإجراءات القانونية المقررة لذلك ، في حين تسمى محررات عرفية إذا كان شخصٌ من حررها ووقع عليها شخصاً عادياً ، سواء كانت هذه المحررات معدة أصلاً للإثبات ، فتسمى محررات عرفية معدة للإثبات ، أم كانت محررات عرفية غير معدة أصلاً للإثبات فتسمى محررات عرفية غير معدة للإثبات .

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ١١٩

(٢) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ١١٩ ، ١٢٠ .

المبحث الثاني

المحركات الرسمية

المطلب الأول

معنى المحرر الرسمي

يلزم لإضفاء وصف الرسمية على المحرر أن يثبت فيه الموظف العام المختص أو المكلف بخدمة عامة بيانات أو معينة داخلية في حدود اختصاصه ووفق أوضاع قانونية محددة . ولذا تعرفها المادة ١٠ / ١ إثبات مصري قائله " المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم علي يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " (١) .

وبناء على ما سبق يمكننا تعريف المحرر الرسمي بأنه ذلك المحرر الذي يثبت فيه الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة كل أو بعض بياناته في حدود اختصاصه ووفق إجراءات قانونية محددة .

المطلب الثاني

شروط المحرر الرسمي

يظهر من خلال التعريف سالف الذكر أن اصطباغ المحرر بالصبغة الرسمية يقتضي أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولاً- صدور المحرر من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة

فالمحرر لا يتصف بالرسمية إلا إذا كان محرره موظفاً عاماً أو من في حكمه ، ويقصد بالموظف العام كل من تربطه بالدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة (مثل الوزارات المختلفة وما يتبعها من هيئات أو مؤسسات عامة) علاقة وظيفية لتسيير أحد المرافق العامة بها مثل مرافق التعليم والقضاء والصحة وغيرهم من مرافق الدولة الأخرى .

أما المكلف بخدمة عامة فهو من تكلفه الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة بأداء خدمة عامة مثل الخبير الذي يكلفه القاضي بتقديم تقرير له متضمناً رأيه الفني حول مسألة فنية تتصل بالدعوى المنظورة أمامه ، ومثل المأذون الشرعي المكلف بتحرير عقود الزواج .

(١) هذه المادة تعادل المادة ٩ / ١ من قانون الإثبات البحريني .

ولا يلزم أن يكتب الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بنفسه المحرر كله أو بعضه ، إنما يكفي صدوره باسمه حاملاً توقيعاً على نحو يبرر نسبته إليه ، فالحكم القضائي أو قرار النيابة العامة ينسب أيهما إلى القاضي أو وكيل النيابة العامة ، مادام أنه يحمل توقيع القاضي أو وكيل النيابة ، على نحو يبرر نسبته إليه ، حتى وإن جرى تحريره عن طريق كاتب الجلسة أو أمين السر .

ثانياً- دخول تحرير المحرر في سلطة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة

لا جرم أن لكل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة اختصاصه النوعي واختصاصه المكاني اللذين يفرض عليه القانون احترامهما وعدم تجاوز صلاحياته بشأنهما ، ومن ثم إذا ثبت تجاوزه لأي من هذين الاختصاصين لم يعتد بالمحرر الصادر عنه ، فعلى سبيل المثال لا يجوز لكاتب الجلسة وهو صاحب الاختصاص الأصلي وظيفياً بتحرير محاضر الجلسات أن يفتتت على الاختصاص الوظيفي للقاضي فيتولى تحرير الأحكام القضائية ، والعكس كذلك لا يجوز ، فليس للقاضي وهو غير مختص وظيفياً بتحرير محاضر الجلسات أن يفتتت على اختصاص كاتب الجلسة فيقوم بتحريرها .

بل إن الموظف العام أو من في حكمه حتى مع كونه مختصاً نوعياً بتحرير المحرر الرسمي ، فإنه عند نقله أو عزله أو وقفه عن العمل ، يمتنع عليه بعد إخطاره بقرار النقل أو العزل أو الوقف أن يستمر في تحرير هذا المحرر الرسمي ، وإلا فقد المحرر صفته الرسمية .

كما لا يجوز للموظف العام أو المكلف بخدمة عامة أن يخرج عن حدود اختصاصه المكاني في تحرير المحررات ، ومن ثم لا يجوز مثلاً لموثق يعمل في دائرة أحد مكاتب التوثيق ، أن يجاوز الاختصاص المكاني لهذا المكتب ، ويتولى توثيق محرر يدخل في دائرة اختصاص مكتب آخر من مكاتب التوثيق .

بل من المتصور أن يمتنع قانوناً على الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة تحرير محرر معين رغم دخوله في اختصاصه النوعي والمكاني ، وذلك عند وجود أحد الموانع القانونية التي تستوجب هذا المنع ، مثال ذلك ما ينص عليه القانون من عدم جواز قيام القاضي أو الخبير أو الموثق بتحرير المحرر المختص نوعياً ومكانياً به (وهو الحكم القضائي بالنسبة للقاضي ، والتقارير الفني بالنسبة للخبير ، وتوثيق المحرر بالنسبة للموثق) إذا كان هذا المحرر يخصه

شخصياً أو يخص أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة ، وذلك دفعاً للريب والشك فيه ، وحفاظاً على متطلبات الثقة المودعة فيه من قبل الناس .

ثالثاً- تحرير المحرر وفق الأوضاع القانونية المقررة له

لا يكفي لاتصاف المحرر بالصفة الرسمية مجرد صدوره من موظفٍ عامٍ أو مكلفٍ بخدمةٍ عامةٍ في حدود اختصاصه النوعي والمكاني ، مع انتفاء المانع القانوني له من تحريره ، وإنما يلزم إلى جانب ذلك جريان تحريره في ضوء الأوضاع القانونية المقررة له ، سواء ما كان منها لازماً في جميع المحررات الرسمية ، مثل ضرورة كتابة المحرر باللغة العربية ، مع خلوه من أي كشطٍ أو محوٍ أو شطبٍ أو تحشيرٍ ما لم يجر التوقيع إلى جوار ذلك من قبل الموظف المختص ، أم ما كان مشروطاً منها في بعض المحررات الرسمية دون غيرها ، وعندئذ يتعين الرجوع بكل دقة إلى التنظيم القانوني لهذه المحررات للتأكد من استيفاء جميع الأوضاع القانونية المقررة بشأنها .

فقد أضحى الآن في هذا العصر لكل محرر بياناته وأوضاعه القانونية الخاصة به ، حتى غدا ما يلزم في محرر من أوضاع قانونية يغير ما يلزم في غيره من المحررات ، ولهذا فإن ما يشترط من بيانات وإجراءات في تحرير الأحكام القضائية يختلف عما يلزم من بيانات وإجراءات في محاضر الجلسات أو الإعلانات القضائية أو عقود الزواج أو إشارات الطلاق أو توثيق التصرفات القانونية .

المطلب الثالث

جزاء تخلف شروط الرسمية

تنص المادة ٢/١٠ إثبات مصري على أنه " فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متي كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم " (١) .

ويفهم من هذا النص أن صفة الرسمية في المحرر مرهونة باستيفائه جميع الشروط الثلاثة سالفة الذكر ، ومن ثم إذا ثبت تخلف هذه الشروط كلها أو أحدها فقد المحرر بسبب ذلك صفة الرسمية ، ولم يبق له إلا قيمة المحرر العرفي إذا توافرت فيه صفة المحرر العرفي ، كما لو كان موقعاً عليه من جميع ذوي الشأن فيه ، أي كان شكل هذا التوقيع ، أي سواء كان التوقيع منهم

(١) هذه المادة تعادل المادة ٢/٩ إثبات بحريني .

بالإمضاء أم بالختم أم بالبصمة ، وذوو الشأن في المحرر هم الملتزمون بما دون فيه أو ما ورد به ، هذا مع مراعاة أنه إذا كان المحرر موقعاً عليه من بعض ذوي الشأن ، ولم يوقع من البعض الآخر لم يكن له من قيمة قانونية في الإثبات حتى بالنسبة لمن وقع عليه منهم (١) .

وينبغي مراعاة أن الحكم سالف الذكر (والذي تجري بموجبه معاملة المحرر الرسمي المفتقر إلى أحد أو كل شروط المحرر الرسمي معاملة المحرر العرفي) يطبق على المحرر الرسمي الذي تشترط فيه الرسمية للإثبات فقط ، أما إذا كانت الرسمية مشروطة قانوناً أو اتفاقاً للانعقاد وليس للإثبات ، فإن تخلف الرسمية عن هذا المحرر في أي من شروطها يؤدي إلى بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً وعدم انعقاده أصلاً ، ومن ثم لا تكون للمحرر أية قيمة قانونية ولو مجرد اعتباره محرراً عرفياً موقعاً عليه من جميع ذوي الشأن فيه (٢) .

المطلب الرابع

حجية المحررات الرسمية في الإثبات

تنص المادة ١١ إثبات مصري على أن " المحررات الرسمية حجة علي الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً " (٣) .

يظهر لنا من هذا النص أن القانون يثبت للمحرر الرسمي الذي وفر له مقومات الصحة والكمال بصدوره من شخص موضع ثقة وطمأنينة وأمان ألا وهو الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في نطاق اختصاصه الوظيفي نوعياً ومكانياً ، ووفق الأوضاع القانونية المرسومة له ، الحجية المطلقة في مواجهة الناس كافة ، سواء من وقعوا على هذا المحرر أم غيرهم من الناس ، وإذا أراد أحد أن يناع في تلك الحجية فليس أمامه من سبيل سوى طريق الطعن على هذا المحرر بالتزوير .

بيد أنه تزول عن هذا المحرر الرسمي حجيته أو تضعف قوتها ، إذا شابه أو اعتراه ما يوهن الثقة فيه ، كما لو كان به كشط أو تحشير أو محو أو غيرها من العيوب المادية التي قد تشكك في

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٠ ، ص ٢٢ .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٠ ، ص ٢٢ ، د/ نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص

٢٠٣ .

(٣) هذه المادة تعادل المادة ١٠ إثبات بحريني .

سلامة المحرر الرسمي أو تضعف من قدرها ، إذ يكون للمحكمة أن تقدر وفق سلطتها التقديرية تأثير ذلك على حجية المحرر فتزيل عنه حجيته أو تضعفها حسبما يتراءى لها ، متى أقامت قضاءها في ذلك على أسباب سائغة تبرر ما وصلت إليه من نتيجة ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/٢٨ إثبات مصري بقولها " للمحكمة أن تقدر ما يترتب علي الكشط والمحو التحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمة في الإثبات أو إنقاصها " (١) .

وإذا وجدت المحكمة شكاً حول صحة المحرر جاز لها ولو من تلقاء نفسها استدعاء الموظف المختص الذي صدر عنه هذا المحرر أو الذي تولى تحريره بنفسه ليبيدي له ما يوضح حقيقة الأمر فيه أو يزيل له مظاهر الشك حول سلامته ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٢٨ إثبات مصري بقولها " وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبيدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه " (٢) .

المطلب الخامس

نطاق الحجية المطلقة للمحرر الرسمي

إنه وإن كانت للمحرر الرسمي حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، إلا أن نطاق هذه الحجية لا يمتد ليشمل جميع البيانات الواردة فيه ، وإنما تقتصر هذه الحجية المطلقة لتشمل فقط البيانات الآتية :
أولاً: البيانات التي تصدر عن الموظف العام أو المكلف بالخدمة العامة في حدود وظيفته . فما يثبتته الموثق مثلاً من بيانات يشترطها القانون في المحرر مثل تاريخ المحرر وزمان ومكان تحريره ، والبيانات الأخرى التي يوجب القانون ذكرها في المحرر فيدونها الموثق بالمحرر تنفيذاً لذلك ، فضلاً عن توقيع الموثق على المحرر ، فهذه البيانات الواردة في المحرر تكون لها حجية مطلقة في مواجهة الكافة سواء كانوا من ذوي الشأن أم كانوا من غيرهم .

(١) هذه المادة تعادل المادة ١/٢٩ إثبات بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٢/٢٩ إثبات بحريني .

ثانياً: ما ينسبه الموظف العام أو المكلف بالخدمة العامة من بيانات صدرت عن ذوي الشأن في حضوره وتحت بصره وسمعه. مثل ما يثبتته الموثق من أقوال أو أفعال صدرت أمامه عن ذوي الشأن ، كأن يذكر الموثق ما قاله البائع أمامه من قبضه الثمن كاملاً من المشتري ، أو يذكر الموثق ما قاله المشتري أمامه من استلامه للمبيع من البائع ، فهذه البيانات في خصوص نسبتها من الموظف إلى من صدرت عنه أمامه من ذوي الشأن تكون لها حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، وليس فقط في مواجهة من صدرت عنه هذه البيانات .

أما حقيقة هذه البيانات في ذاتها التي صدرت عن ذوي الشأن أمام الموظف المختص والتي نسبها إليهم ، فحجيتها لا تكون مطلقة ، بل تكون نسبية ، بحيث يقتصر أثرها على من صدرت عنه ، بل ويكون له إثبات عكس مضمونها بغير طريق التزوير وفق القواعد العامة في الإثبات ، مثال ذلك أن يثبت المشتري أنه لم يستلم المبيع بالفعل رغم إقراره أمام الموثق باستلامه له أو يثبت البائع عدم استلامه للثمن رغم إقراره بقبض هذا الثمن أمام الموثق .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية " إن النص في المادة ١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . يدل على أن حجية الورقة الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات قام بها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، وهي البيانات التي لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما البيانات الأخرى التي يدلى بها ذوو الشأن إلى الموظف فيقوم بتدوينها تحت مسئوليتهم فيجوز إثبات ما يخالفها بكافة طرق الإثبات " (١) .

المطلب السادس

حجية صور المحرر الرسمي

إذا كانت للمحرر الرسمي حجيته المطلقة في الحدود سالفة الذكر ، فهل تحظى صور المحرر الرسمي بذات الحجية ، ذلك أنه قد يحدث أن يوجب القانون تارةً أو يجري العمل تارةً أخرى على حفظ أصل المحرر الرسمي لدى الجهة المختصة التي أصدرته أو التي تلقت بياناته

(١) نقض مدني مصري طعن رقم ٢٢٥٠ لسنة ٦٥ قضائية جلسة بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٦ م ، مكتب فنى (سنة ٥٧ - قاعدة ٧٦ - صفحة ٣٧٥) .

في مكاتبها من ذوي الشأن ، والاكتفاء بإعطاء ذوي الشأن صوراً من هذا المحرر موقعاً عليها من الموظف المختص بما يفيد بأنها صورة مطابقة للأصل ، وعندئذ هل تكون لهذه الصور ذات حجية أصل المحرر الرسمي أم لا ؟

لقد فرق واضع القانون في هذا الأمر بين فرضين :

أولاً- الفرض الأول: وجود أصل المحرر الرسمي

إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً ، فإن صورته الرسمية ، سواء كانت خطية (أي محررة بخط الموظف المختص وموقعاً عليها منه) أم كانت مصورة صورة فوتوغرافية ، تكون لها ذات حجية أصل المحرر الرسمي بالقدر الذي تكون فيه مطابقة معه .

والأصل العام أنه يفترض في الصور الرسمية مطابقتها لأصل المحرر الرسمي ، مادام لم ينازع في ذلك أحد من ذوي الشأن ، فإذا نازع في هذه المطابقة لم يكف بإثبات ذلك ، وإنما يتولى القاضي مهمة التأكد من هذه المطابقة بمراجعتها مع أصل المحرر ، شريطة أن تقوم بإجراء هذه المراجعة في مواجهة الخصوم (م ١٢ إثبات مصري (١)) .

ويجوز للقاضي رفض اتمام عملية هذه المراجعة بين الصورة الرسمية وأصل المحرر الرسمي ، إذا ارتأى سلامة وصحة هذه الصورة وعدم وجود أي مبرر للتشكيك في مطابقتها للأصل ، وتبين له من ثم سوء نية المنازع في مطابقة الصورة للأصل ، كما لو أراد من وراء تلك المنازعة مجرد إطالة أمد النزاع .

ثانياً- الفرض الثاني : عدم وجود أصل المحرر الرسمي

إذا ثبت عدم وجود أصل المحرر الرسمي ، فإن حجية صورته لتتفاوت فيما بينها على التفصيل الآتي :

١- تكون للصورة الرسمية الأصلية ، وهي المأخوذة مباشرة من أصل المحرر الرسمي ، ذات حجية أصل المحرر الرسمي ، سواء كانت مذيلة بالصيغة التنفيذية أم لا ، مادامت خالية بحسب ظاهرها من أي مظهر من مظاهر الشك فيها حول مطابقتها للأصل .

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل " .

"وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل " . . هذه المادة تعادل المادة ١١ إثبات بحريني .

٢- تكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية (أي نسخة الصورة الرسمية الأصلية) ذات حجية الصورة الرسمية الأصلية ، ولأي من طرفي المحرر أو أطرافه إذا انتابه شك حول مطابقتها للصورة الرسمية الأصلية مراجعتها معها .

٣- ما يؤخذ من صور رسمية من الصور المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية ، فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس بها تبعاً للظروف (١) .

المبحث الثالث

المحررات العرفية

يقصد بالمحررات العرفية تلك المحررات الصادرة عن الأشخاص العاديين ، سواء كانت معدة أصلاً للإثبات أم غير معدة للإثبات ، وقد أفرزت ثورة المعلوماتية شكلاً جديداً بديلاً عن هذه المحررات العرفية المدونة على الأوراق ، تعرف باسم المحررات الإلكترونية يجري تدوينها على شرائح إلكترونية ، ولها ذات حجية المحررات المكتوبة بالكتابة التقليدية ، ما دام قد تأكدت نسبتها لمن صدرت عنه .

والمحرر العرفي عبارة عن كتابة موقعة من قبل من صدرت عنه أو ممن يرتبط مضمونها به . ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن المحرر لا يصدق عليه وصف المحرر العرفي إلا إذا توافر له ركنان أساسيان : هما ركن الكتابة ، وركن التوقيع ، وذلك على التفصيل الآتي :

المطلب الأول

ركن الكتابة

تمثل الكتابة ركناً جوهرياً في المحرر العرفي ، إذ تنعدم قيمة المحرر كليةً إذا جاء خالياً تماماً من أية كتابة تدل على الغرض المقصود من إجرائه ، حتى وإن كان يحمل توقيعاً ، ولا يلزم في الكتابة الواردة بالمحرر شرطٌ معينٌ ، مادامت تدل بكل دقة على التصرف القانوني الذي أُعد

(١) إذ تنص المادة ١٣ إثبات مصري على أنه " إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

أ- تكون الصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للاصل .

ب- ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين ان يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي اخذت منها .

ج - أما ما يوجد من صورة رسمية للصور المأخوذة من الصورة الإضافية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف " . هذه المادة تعادل المادة ١٢ إثبات بحريني .

المحرر من أجله ، بغض النظر عن كونه تصرفاً قانونياً من جانبين (أي بوصفه عقداً) أم تصرفاً قانونياً من جانب واحد (بوصفه تصرفاً انفرادياً) .

ولا يلزم أن يكون المحرر مكتوباً بلغة معينة ، فقد يكون مكتوباً باللغة العربية أو بأي لغة أخرى أجنبية ، بل من الجائز أن يكتب المحرر بلغة اصطلاحية لا يفهمها إلا أطرافه ، كما لا يلزم أن تكون الكتابة قد جرت بخط اليد أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الكتابة التقليدية أو غير التقليدية ، وسواء كتبها الموقع نفسه أو الموقعون أنفسهم أم كتبها غيره أو غيرهم .

وينبغي أن يراعى في الكتابة الواردة في المحرر احتواؤها على البيانات الأساسية للتصرف الدالة عليه ، والذي أعد المحرر من أجله ، ومن ثم إذا كان المحرر يتضمن عقد بيع وجب أن يرد به تحديد دقيق للمبيع والثمن المدفوع فيه ، وإن كان متضمناً مخالصة بدين معين ، تعين ذكر مصدر هذا الدين ومقداره والقدر الذي استلمه الدائن فعلاً منه .

وفي الناحية المقابلة لا يقدر في حجية المحرر في الإثبات إغفال ذكر بعض البيانات غير الجوهرية ، فلا ينال من هذه الحجية مثلاً عدم وجود شهود على التصرف أو عدم وجود نسخ لهذا المحرر بقدر عدد أطرافه .

كما لا يلزم في المحرر العرفي أن يكون له تاريخ معين^(١) ، هذا ما لم يشترط القانون ذلك صراحةً ، فعندئذ يلزم وجود هذا التاريخ ، كما هو الحال في الكمبيالة والسند الإذني والشيك ، ولا يلزم استيفاؤه للتمغات أو الطوابع التي يشترطها قانون التمغة أو الطوابع ، فهذا لا يؤثر على حجيته في الإثبات ، غير أن مخالفة هذا القانون أو ذاك من شأنه أن يعرض المخالف للجزاء القانوني المقترن به ، كما لو تعرض المخالف لعقوبة الغرامة .

وأخيراً فإنه إذا وجد بالمحرر العرفي كسباً أو محو أو تحشير لم يؤد ذلك إلى بطلان حجيته ، غير أن هذا من شأنه أن يجعل قيمة المحرر في الإثبات خاضعة لتقدير القاضي^(٢) .

(١) وعندئذ يجوز لصاحب المصلحة إثبات حقيقة تاريخ المحرر بكافة طرق الإثبات .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٤ ، ص ٢٧ .

المطلب الثاني

ركن التوقيع

لا جرم أن التوقيع على المحرر هو الذي يبعث الحياة فيه ، فيكسبه قيمة قانونية في الإثبات ، ويصح معه نسبه إلى شخص من صدر عنه ، فلا وجود للمحرر العرفي إذا خلا من توقيع من صدر عنه ، ولذا صح أن تعده محكمة النقض المصرية المصدر الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية (١).

فالكتابة بدون توقيع ذي الشأن أو ذوي الشأن لا تكون لها حجية أو قيمة المحرر العرفي ، بل هي لا تصلح لأن تكون حتى مجرد بداية ثبوت بالكتابة إلا إذا كانت محررةً بخط من تنسب إليه . وإذا تم التوقيع على المحرر من ذي الشأن اكتسب صفة المحرر العرفي ، سواء تم هذا التوقيع بالإمضاء أم بالختم أم ببصمة الإصبع ، هذا مع مراعاة أنه إذا تم التوقيع بالإمضاء وجب أن يصدر ذلك عن صاحب الإمضاء شخصياً ، مع كتابة اسمه الحقيقي أو اسم شهرته كاملاً ، ولا يجزئ في هذا المقام التوقيع بالأحرف الأولى من اسم الشخص الحقيقي أو من اسم شهرته ، بعلامة مختصرة .

وإذا جرى التوقيع بالختم فلا يلزم حصوله شخصياً من صاحبه ، بل يجوز له تفويض غيره في إجرائه بوصفه نائباً عنه ، في حين أنه إذا جرى التوقيع ببصمة الإصبع فلا يتصور حصوله من غير صاحب تلك البصمة ، فالتوقيع بهذه الطريقة إجراء ذو طابع شخصي يجريه صاحب التوقيع شخصياً ، ويصح اتمامه بأي أصبع من أصابع صاحب هذا التوقيع ، مع مراعاة ضرورة ذكر اسم هذا الإصبع على وجه التحديد ، وقد جرى العمل على حصول هذا التوقيع عن طريق الإبهام الأيمن أو الأيسر .

ولا يلزم حصول التوقيع أياً كان شكله في موضع معين من الورقة ، ومن ثم يجوز حصوله في أي موضع فيها يدل على رضائه بما دون فيها ، وإن كان العمل يجري على حصول التوقيع في أسفل الورقة ، وقد أثير التساؤل عند تعدد أوراق المحرر ، هل يتعين التوقيع أسفل كل ورقة من أوراقه ، أو أنه يكفي بمجرد التوقيع فقط أسفل آخر ورقة من أوراقه ؟

(١) نقض منني مصري ٩٨٨/٣/٢م ، الطعن رقم ٢٢٨٧ لسنة ٥٤ ق .

يرى البعض الاكتفاء بالتوقيع الذي يتم أسفل آخر ورقة في المحرر حتى تتسحب حجيته إلى كل ورقة من أوراقه ، دون حاجة إلى لزوم التوقيع أسفل كل ورقة من أوراق المحرر (١) ، وهذا رأي منطقي لأن من يوقع أسفل آخر ورقة في محرر معين به عدة أوراق يفترض رضاه بكل ما ورد في هذا المحرر قبل التوقيع في آخره ، لذا كان طبيعياً أن ينسحب أثر توقيعه على جميع أوراق المحرر السابقة على الورقة الموقع عليها في آخر هذا المحرر .

في حين يتجه البعض الآخر إلى رأي تشايعه محكمة النقض المصرية مؤداه أنه يلزم لكي تكون للمحرر حجيته في كل أوراقه أن يوقع صاحبه على جميع هذه الأوراق دون استثناء ، وفي ذلك تقول هذه المحكمة إنه متى كان المحرر العرفي مكوناً من أوراق منفصلة لا تحمل أوراقه الأولى توقيع من يحتج به عليه ولم تكن مكتوبة بخطه شخصياً ، فإنه يكفي مجرد إنكار ومنازعة من تتسبب إليه هذه الأوراق لكي تزول حجيتها في الإثبات ، ولا يستلزم ذلك اتباع إجراءات الطعن بالتزوير ، إذ أن اتباع هذه الإجراءات مقصور على التوقيع الوارد على صلب المحرر متى كان الموقع عليه قد حرره بخطه شخصياً وليس مكتوباً بالآلة الكاتبة (٢) .

ما حكم التوقيع على بياض ؟

يعد التوقيع على بياض من قبل الإنسان سلوكاً إنسانياً محفوفاً بالمخاطر بالنسبة لصاحب هذا التوقيع ، إذ بمقدور من يعثر على مثل المحرر الموقع على بياض أن يملأه بما يريد من البيانات التي تحقق له مآربه ، خاصة مع غيبة الضمير وقلة الوازع الديني أو الخلقي لدى من يسعى إلى استغلال مثل هذا التوقيع ، فضلاً عن ذبوع الفقر وانتشاره بين شعوب الدول الفقيرة ، فيجد فيه ضعيف المروءة والخلق والدين مبرراً له في استثمار هذا التوقيع لصالحه ، لذا ينبغي الحذر كل الحذر عند توقيع الشخص على ورقة بياض ، فلا يتركها في مكان يسهل على الغير أن يخترقه بسهولة ، كما لا ينبغي عليه ألا يسلمها إلا لشخص أمين ، بل حتى مع وجود مثل هذا الشخص الأمين ينبغي عليه أن يتوخى أسباب الحيطة والحذر مخافة التغير البشري والتقلب الفطري في سلوكيات بني البشر .

(١) أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٤ ، ص ٢٨ .

(٢) راجع في ذلك مذكرة نيابة النقض المدني المصري في الطعن رقم ١٠٢٥ لسنة ٥٢ ، أورده المستشار / مصطفى هرجة في كتابه " قانون الإثبات " ص ١٧١ ، طبعة

عام ١٩٨٩ م ، والمستشار/ أنور طلبه في كتابه " طرق وأدلة الإثبات " ص ١٨٤ ، طبعة عام ١٩٨٧ م ، أ.د/ أحمد أبو قرين - المرجع السابق - ص ٨٣ .

على أية حال فإننا إذا افترضنا أن شخصاً وثق في آخر فسلمه ورقة بيضاء تحمل توقيع طالباً منه أن يدون بداخلها ما اتفقا عليه من بيانات معينة ، وإذا بالمؤتمن يخون هذه الثقة وتلك الأمانة كاتباً بها شيئاً آخر غير المتفق عليه ليحتج به عليه ، فما هو الحكم القانوني لمثل هذه الفرضية ؟

يعامل هذا المحرر قانوناً معاملة المحرر العرفي الذي تمت كتابة بياناته كاملة من قبل أن يجري التوقيع عليه ممن يحتج به عليه ، ومن ثم تكون له نفس حججته ، وعلى من يدعي وجود خيانة للأمانة من قبل من سلمه هذا المحرر على بياض أن يقيم الدليل على ما يدعيه ، مع مراعاة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالدليل الكتابي أو ما يقوم مقامها .

فإذا أفلح في إثبات خيانة الأمانة لم يحتج عليه بالمحرر فيفقد المحرر بذلك قيمته القانونية ، بل ويتعرض خائن الأمانة للجزاء الجنائي المقرر لجريمة خيانة الأمانة ، هذا فضلاً عن ثبوت حق الموقع على هذا المحرر في الرجوع على خائن الأمانة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء سلوكه غير المشروع ، سواء كانت أضراراً مادية أو أدبية .

ويراعى التزام الموقع على بياض في مواجهة الغير حسن النية الذي تعامل على هذا المحرر جاهلاً بما وقع من خيانة أمانة مثل البنك الذي يصرف الشيك الذي وقعه مصدره على بياض لصالح المستفيد الخائن للأمانة ، وهو لا يعلم شيئاً عن هذه الخيانة .

وقد يحدث في بعض الأحوال أن يتحصل الشخص بطريق غير مشروع على محرر موقع عليه من صاحبه على بياض ، كما لو سرقه منه أو أخذه منه عنوة ، ثم تعامل به السارق أو المغتصب مع الغير ، وعندئذ يثار التساؤل حول مدى جواز احتجاج هذا الغير بهذا المحرر في مواجهة موقعه في هذه الفرضية ؟

يرى البعض أنه لا يجوز للغير ولو كان حسن النية أن يستفيد من هذا المحرر فيحتج به على من وقعه ، تأسيساً على أن تعامل الغير على هذا المحرر لم يترتب على عمل صدر عن الموقع مباشرة له حتى يؤاخذ به عليه (١) ، أو لأن من تعامل معه هذا الغير وهو السارق أو

(١) د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٤ ، ص ٢٩ .

المغتصب لم يتلق هذا المحرر بطريقة مشروعة حتى تقاس على الحالة التي يسلمُ فيها الموقعُ على بياض المحرر لآخر فيخون الأمانة مستغلاً هذا التوقيع على بياض لصالحه (١).

لكنني أرى أن حماية الأوضاع الظاهرة وحماية الغير حسن النية تمليان علينا أن نعترف لهذا المحرر بحجية المحرر العرفي في مواجهة من وقعه ، مع الاحتفاظ بحق الموقع في إثبات واقعة السرقة أو الإكراه بكافة طرق الإثبات ، فإذا أثبت ذلك تعرض المختلس أو الكاره أو المغتصب للجزاء الجنائي ، فضلاً عن ثبوت الحق في الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي تلحق غيره من جراء ذلك السلوك غير المشروع ، لكن ليس من المقبول أن نحمل الغير حسن النية خطأ السارق أو المغتصب ، مادام لا يعرف شيئاً عن واقعة السرقة أو الغصب .

ما هو حكم التوقيع الإلكتروني ؟

لقد ثار جدل حول صحة التوقيع الإلكتروني الذي يجري من قبل المتعاملين على بطاقات الائتمان البنكية الممغنطة ، والتي يعطى لصاحبها فيها رقماً سرياً لسحب أية مبالغ نقدية من خلال أجهزة البنوك المنتشرة في الدول المعاصرة ، هل يمكن اعتبار تكوين الرقم السري من جانب المتعامل بمثابة توقيع إلكتروني يعادل في قيمته قيمة التوقيع التقليدي ، فيضفي بذلك حجية المحرر العرفي على المحرر الإلكتروني الذي يتضمنه على إثر إجراء التوقيع الإلكتروني به ، والذي يخرج من أجهزة البنك ليفيد سحب العميل لمبلغ معين ؟

استقر اتجاه القضاء الفرنسي على معادلة هذا التوقيع الإلكتروني المتمثل في تكوين الرقم السري من جانب صاحب البطاقة البنكية بالتوقيع التقليدي (٢) .

وتطبيقاً قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بأن " حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات . مصدرها ثبوت نسبتها إلى صاحبها . مناطه . توافر الضوابط الفنية والتقنية لتحديد مصدر وتاريخ الكتابة وسيطرة مُنشئها على الوسائط المستخدمة لإنشائها من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل غير خاضع لسيطرته . المواد ١ ، ١٥ ، ١٨ ق ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ، م ٨ من لائحته التنفيذية .

(١) أ.د/ محمد سعد ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ٥٤ ، ص ٩٦ .

(٢) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ أحمد عبد العال أبو قرين " الجامع في أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية " ، ص ٨٤ ، ٨٦ ، طبعة عام ١٩٩٠ م / ١٩٩١ م ، بدون

علة ذلك . مواكبة التطور التكنولوجي العالمي في المعاملات وما ترتبه من آثار قانونية . مؤداه .
عدم اقتصار المحرر على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات فلا يُشترط فيه الكتابة على
ورق بالمفهوم التقليدي وتذييله بتوقيع بخط اليد . أثره . قبول كل الدعامات ورقية كانت أو
إلكترونية أو أيًا كانت مادة صنعها في الإثبات " (١) .

المطلب الثالث

حجية المحرر العرفي المعد للإثبات

تنص المادة ١٤ إثبات مصري على أن " يعتبر المحرر العرفي صادرا من وقعة ما لم ينكر
صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو أمضاء أو ختم أو بصمة " (٢) .

يفهم من هذا النص أن المحرر العرفي يكون حجة على من صدر عنه ، سواء فيما يتعلق
بنسبته إليه ، أم فيما يتعلق بسلامة ما ورد فيه من بيانات مادياً من مظاهر التبديل أو التحريف أو
التغيير ، هذا ما لم ينكره إنكاراً صريحاً ، فإن أنكره صراحة لم يحتج به عليه ، ، وصار متعيناً
على من يتمسك بهذا المحرر إثبات صحة نسبته إلى صاحبه عن طريق طلب تحقيق الخطوط
مثلا .

ولا يكفي مجرد التشكيك في نسبة المحرر أو الادعاء بأنه غير مقروء ، وإنما يلزم الإنكار
الصريح الذي يحدث من الشخص سريعا فور مواجهته بالمحرر وادعاء نسبته إليه ، وقبل الدخول
في موضوع المحرر ، نظراً لأن سكوت الشخص عن إنكار نسبة المحرر إليه عند عرضه عليه
ودخوله في مناقشة موضوعه يمثل في الحقيقة إقراراً ضمناً بصحة نسبة المحرر إليه ، ولذا وجب
على من يرغب في عدم الاحتجاج عليه بالمحرر العرفي المدعى بصدوره منه المسارعة إلى إنكاره
إنكاراً صريحاً قبل الدخول في موضوع المحرر (٣) .

ويراعى أن عدم الاحتجاج بالمحرر على إثر إنكاره ممن يدعى عليه بصدوره منه يكون على
سبيل التأقيت ، إذ يتعين على القاضي الفصل في مدى صحة هذا المحرر العرفي بعد هذا الإنكار

(١) نقض مدني مصري طعن رقم ١٧٦٨٩ لسنة ٨٩ قضائية الصادر بجلسة ٢٠٢٠/٣/١ م .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ١٣ إثبات بحريني .

(٣) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٣/١٤ إثبات مصري بقولها " ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة

الإصبع " . هذه المادة تعادل المادة ٣/١٣ إثبات بحريني .

، وذلك بإحالة إلى التحقيق بناء على طلب المستفيد منه وفق إجراءات قانونية محددة تسمى بإجراءات تحقيق الخطوط (١) .

ويجوز للمستفيد من هذا المحرر إثبات واقعة التوقيع على المحرر من منكره بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود ، على اعتبار أنها تمثل واقعة مادية يمكن إثباتها بأي وسيلة دون التقيد بدليل معين من أدلة الإثبات .

أما بالنسبة للخلف العام أو الخلف الخاص فلا يلزم من أيهما الإنكار الصريح لعدم الاحتجاج في مواجهته بالمحرر الصادر عن سلفه ، وإنما يكفي مجرد حلف اليمين بعدم علمه بنسبة هذا المحرر إلى السلف ، أي يقسم يميناً بأن أحدهما لا يعلم بأن الخط أو الإمضاء أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق (٢) ، وعندئذ يتعين على المستفيد من هذا المحرر العرفي إثبات صحة نسبة المحرر إلى السلف من خلال طلب إحالة المحرر إلى التحقيق واتخاذ إجراءات تحقيق الخطوط . وقد يحدث أن يعترف الشخص بأن بصمة الختم هي لختمه لكنه لم يوقع هو شخصياً به ولم يكلف أحداً بالتوقيع بدلاً منه ، مدعياً من ثم سرقة أو ضياعه منه ، وتوقيع شخص آخر به دون علمه بذلك ، وعندئذ هل يكون لهذا المحرر قيمة المحرر العرفي ؟ يرى البعض أنه يكون له قيمة المحرر العرفي فيحتج به على صاحبه مادام أنه قد اعترف بأن الختم الموقع به هو ختمه ، ولا يطالب المستفيد من هذا المحرر بإثبات جريان التوقيع بالختم من صاحبه ، ويكون على صاحب الختم عبء إثبات واقعة الضياع أو السرقة ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، ولا يكفي هنا مجرد الإنكار الصريح لعدم الاحتجاج عليه بالمحرر (٣) .

في حين يتجه البعض الآخر إلى أنه إذا أنكر صاحب الختم توقيعه به شخصياً أو عن طريق من فوضه في ذلك لم يجز الاحتجاج به عليه ، ووجب على من يتمسك بهذا المحرر عبء إثبات حصول التوقيع به من صاحبه أو ممن فوضه في ذلك ، تأسيساً على أن من يتمسك بمحرر ما

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ أحمد عبد العال أبو قرين - المرجع السابق - ص ٩٤ .

(٢) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢/١٤ إثبات مصري بقولها " أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار . ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق " . هذه المادة تعادل المادة ٢/١٣ إثبات بحريني .

(٣) نقض مدني مصري ١٩٥٤/١٢/٣ م ، ذكره أ.د/ سليمان مرقس " أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية " ، ص ٧٨ ، بدون تاريخ نشر ، أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٤ ، ص ٣٠ .

عليه أن يقدم الدليل كاملاً على صحة ما يدعيه فيه ، وأن من تمام الاستدلال به إثبات حصول التوقيع عليه بالختم من صاحبه أو ممن ينوب عنه (١).

وعلى أية حال فإنه إذا اعترف المرء بالمحرر المنسوب إليه ابتداءً ، أو تأكدت نسبتُهُ إليه انتهاءً بعد التحقيق فيه عند إنكاره له ، صار المحرر على إثر ذلك حجة عليه وعلى الكافة في خصوص نسبتِه إلى من وقعهُ ، وفي شأن سلامة ما ورد به من بيانات سلامة مادية من أي مظهر من مظاهر التبديل أو التحريف ، على نحو يمنع بعد ذلك من الطعن عليه بغير طريق التزوير ، أما فيما يتعلق بمدى صحة أو كذب أو صورية تلك البيانات ، فلذِي المصلحة أن يطعن عليها بعدم المطابقة مع الواقع أو عدم صدقها أو يطعن عليها بالصورية ، كأن يدعي أن الثمن المذكور في العقد ثمنٌ صوري وليس ثمناً حقيقياً أو يدعي أنه لم يقبض الثمن فعلاً رغم ذكر قبضه إياه في المحرر ، وهنا يتقيد في إثبات ما يدعيه بعدم جواز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة .

المطلب الرابع

حجية تاريخ المحرر العرفي

لقد كان من مقتضى حجية المحرر العرفي أن تكون لبياناته المدرجة فيه كلها بما فيها التاريخ المدرج به السلامة المادية من أي مظهر من مظاهر التبديل أو التعديل أو الحذف أو الإضافة ، فيكون هذا التاريخ حجة قبل الكافة ، سواء كانوا أطرافاً في المحرر أم خلفاً عاماً أم حتى غيراً من الأغيار .

بيد أن واضع القانون لم يشأ أن يتجاهل حقيقة الواقع المعين الذي يثبت احتمال لجوء طرفي المحرر في بعض الفروض إلى التواطؤ إضراراً بالغير فيعدلان في التاريخ الحقيقي له على نحو مضر بحق ذلك الغير ، كأن يعمد البائع والمستأجر إلى كتابة تاريخ غير حقيقي لعقد الإيجار لإثبات أسبقيته على إبرام عقد البيع بُغية أن يصير هذا الإيجار نافذاً في مواجهة المشتري بوصفه خلفاً خاصاً للبائع ، أو يعمد المدين إلى التصرف في أمواله بعقود مؤرخة بتاريخ قديمة سابقة على نشوء حقوق الدائنين بطريق التواطؤ مع مشتريها بقصد إقصائها عن دائرة الضمان العام المقرر لهؤلاء الدائنين ، لذا لم يجعل تاريخ المحرر العرفي حجةً في مواجهة الغير إلا إذا كان

(١) انظر عرض هذا الرأي لدى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٤ ، ص ٣٠ .

ثابت التاريخ ، أي ثابتاً ثبوتاً يقينياً ، ولم يكتف بمجرد الثبوت العرفي الوارد ببيانات المحرر العرفي ذاته ، والذي يعد فقط حجةً على طرفي المحرر وخلفهما العام .

ولهذا تنص المادة ١/١٥ إثبات مصري " لا يكون المحرر العرفي حجة علي الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت " (١) .

ويقصد بالغير الذي لا يحتج عليه بتاريخ المحرر إلا إذا كان ثابت التاريخ ، هو كل من ليس طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً لأيهما ، ويضار في حق له تلقاه من أحد طرفيه أو أثبته له القانون ، عند ثبوت صحة التاريخ الوارد في المحرر العرفي ، مثل الخلف الخاص لأي من طرفي المحرر ، والدائن الذي تعلق حقه بمال معين من أموال المدين مثل الدائن الحاجز والدائن المرتهن لمال معين والدائن صاحب الحق في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " المحرر العرفي . حجة بما ورد فيه على من وقعه والغير . سريان التصرف الوارد به على الخلف الخاص ومن في حكمه . شرطه . ثبوت تاريخه . لا يغني عنه إجراء آخر . تخلفه . أثره . عدم سريان التصرف في حقه ولو ثبتت أسبقيته بعد ذلك " ٢

وقد بين القانون الفروض التي يعتبر فيها المحرر العرفي ثابت التاريخ فيكون عندئذ حجة

على الغير ، فنصت المادة ٢ / ١٥ إثبات مصري على أنه " ويكون للمحرر تاريخ ثابت .

أ - من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

ب - من يوم أن يثبت مضمونه في ورقه أخرى ثابتة التاريخ .

ج - من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .

د - من يوم وفاة أحد ممن لهم علي المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من

يوم يصبح مستحيلاً علي أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه .

هـ - من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه " (٣) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ١٤ / ١ إثبات بحريني .

(٢) نقض مدني مصري الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٤ قضائية جلسة بتاريخ ٣/٤/٢٠٠٠ م ، مكتب فني (سنة ٥١ - قاعدة ٩٤ - صفحة ٥٣١) .

(٣) هذه المادة تعادل المادة ٢/١٤ إثبات بحريني .

ويظهر من النص سالف الذكر أن تاريخ المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ ، أي ثابتاً ثبوتاً يقينياً ، ولكي يتحقق له هذا الوصف يلزم أن يثبت تاريخه بوحدة من هذه الطرق الآتية :

أولاً: تاريخ قيد المحرر في السجل المعد لذلك

لا يعتد بالتاريخ المذكور في المحرر ذاته في حق الغير ما لم يكن هذا التاريخ هو نفسه ذات التاريخ الذي جرى فيه قيد هذا المحرر في السجل المعد لذلك الغرض ، ومن ثم فعند وجود اختلاف بين هذين التاريخين بسبب تأخر عملية القيد عن تاريخ تحرير المحرر نفسه ، تكون العبرة بتاريخ هذا القيد ، كما لو جرى تحرير المحرر في موعد معين وتأخر طرفاه في تقديمه إلى مكتب التوثيق لإجراء قيده في السجل المعد لهذا الغرض ، فعندئذ حينما يدرجه الموثق في سجل التوثيق برقم مسلسل معين في تاريخ معين وساعة معينة ، يكون هذا التاريخ هو التاريخ الثابت يقيناً لهذا المحرر ، فيكون من ثم حجة على الغير منذ ذلك التاريخ .

ثانياً: تاريخ إثبات مضمون المحرر العرفي في ورقة أخرى ثابتة التاريخ

إذا جرى إثبات مضمون المحرر العرفي بذكر مضمونه ، أي ذكر موضوعه وأطرافه ، في محرر ثابت التاريخ ، كان تاريخ إثباته فيه أو إدراجه به تاريخاً يقينياً لتاريخ هذا المحرر في مواجهة الغير ، كما لو ذكر المحرر المثبت للتوكيل العرفي في عقد بيع مسجل ، إذ يكون تاريخ تسجيل هذا العقد تاريخاً ثابتاً يقيناً للمحرر المتضمن للتوكيل .

ثالثاً: تاريخ تأشير موظف عام مختص على المحرر العرفي

قد يحدث أن يقدم المحرر العرفي إلى موظف عام مختص فيؤشر عليه بالإطلاع والنظر فيه في تاريخ معين ، وعندئذ يكون هذا التاريخ الذي جرى فيه هذا التأشير تاريخاً يقينياً للمحرر المؤشر عليه بالإطلاع من هذا الموظف العام المختص ، كما لو قدم المحرر للقاضي للإثبات في الدعوى التي ينظرها فأشر القاضي بما يفيد إطلاعه عليه والنظر فيه في تاريخ معين ، وعندئذ يعد تاريخ هذا التأشير تاريخاً ثابتاً يقيناً بالنسبة للمحرر المؤشر عليه من القاضي .

رابعاً: تاريخ وفاة أحد ممن له خط أو إمضاء أو بصمة على المحرر أو تاريخ استحالة أن يكون

له ذلك الخط أو الإمضاء أو البصمة

إذا حدث أن توفي أحد ممن له أثر بالمحرر (سواء كان هذا الأثر خطأً أو إمضاءً أو بصمةً ، وأياً كانت صفته فيه ، أي سواء كان طرفاً فيه أم كان مجرد شاهد عليه) ، وثبتت وفاته بأي من طرق الإثبات (سواء ثبتت بشهادة الوفاة المستخرجة من الجهة المختصة بإخراجها ، أم غيرها من الطرق الأخرى ، وذلك بوصفها واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات) ، كان تاريخ وفاته تاريخاً يقينياً لثبوت تاريخ هذا المحرر في مواجهة الغير ، تأسيساً على استحالة أن يكون له أثر على المحرر بعد تاريخ وفاته ، لاسيما إذا كان هذا الأثر متمثلاً في الخط أو الإمضاء أو البصمة ، بخلاف الختم الذي يمكن أن يجري استعماله غشاً بعد وفاة صاحبه .

وينطبق نفس الحكم سالف الذكر على الفرض الذي يحدث فيه أن يستحيل على المرء أن يكتب أو يوقع أو يبصم لعلّة في جسمه ، كما لو بترت يداه فأصبح مستحيلًا عليه أن يكتب أو يوقع أو يبصم بعد واقعة البتر ، إذ يكون تاريخ وقوع البتر هو التاريخ اليقيني لثبوت تاريخ المحرر العرفي في حق الغير .

خامساً: تاريخ وقوع أي حادث آخر يقطع في حصول المحرر قبله

لا جرم أن ذكر القانون لهذه الطريقة يبين لنا أن ما ذكره واضع القانون من طرق لثبوت تاريخ المحرر العرفي في حق الغير قد جاء على سبيل التمثيل والتبيين وليس على سبيل الحصر والتعيين ، لأنها تتسع لاستيعاب أية واقعة مادية تؤكد يقيناً أن المحرر العرفي قد صدر ممن له أثر عليه قبل حصولها ، كما لو جرى أسر شخص له أثر معين على المحرر العرفي سواء بوصفه طرفاً فيه أم باعتباره شاهداً عليه ، أي كان هذا الأثر ، أي سواء كان خطأً أم إمضاءً أم بصمةً ، إذ تعد واقعة الأسر الواقعة في تاريخ معين تاريخاً ثابتاً يقيناً يشهد على أن المحرر قد تمّ قبل حصولها ، ومن ثم يعتمد تاريخ الأسر تاريخاً للمحرر العرفي ويحتج به في مواجهة الغير .

المطلب الخامس

الاحتجاج بالتاريخ العرفي للمخالصات في مواجهة الغير

لقد خرج واضع القانون في خصوص الاحتجاج في مواجهة الغير بالتاريخ العرفي للمخالصات على مقتضى القاعدة العامة التي اختطها لنفسه في تنظيمه لحجية تاريخ المحرر العرفي في مواجهة ذلك الغير ، فأجاز الاحتجاج بتاريخها العرفي المذكور بها في حق الغير ، حتى ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً ثبوتاً يقينياً بإحدى الطرق المقررة قانوناً لنفاذ تاريخ هذا المحرر في مواجهة الغير ، وذلك دفعاً لمظاهر العنت عن الأفراد ، لاسيما وأن تحرير المخالصات عند سداد الديون بات أمراً كثيراً الحدوث في واقع الحياة ، فيكون من غير المقبول تكبيل عملية الوفاء بشرط يستوجب ثبوت تاريخ المخالصة ثبوتاً يقينياً ، أي ثبوته بوحدة من الطرق المقررة قانوناً لثبوت تاريخ المحرر العرفي .

ولذلك فقد نصت المادة ٣/١٥ إثبات مصري على أنه " ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة علي المخالصات " (١) .

المطلب السادس

مدى حجية صور المحررات العرفية

إنه على خلاف ما يثبت لصور المحررات الرسمية من حجية في الإثبات قد تصل فيها إلى ذات الحجية المقررة للمحررات الرسمية ذاتها ، وذلك مراعاة لما لها من ثقة كبيرة في نفوس الأفراد بعد أن حررها موظفٌ عامٌ مختصٌ أو مكلفٌ بخدمة عامة بخط يده ووقعها أو صورها تصويراً فوتوغرافياً وذيها بتوقيعها بوصفها صورة طبق الأصل ، فليس لصور المحررات العرفية ذات قيمة المحررات العرفية نفسها ، بل إنها لا تحظى بأية قيمة قانونية في الإثبات ، هذا ما لم تكن هذه الصورة مكتوبة بخط يد أحد طرفي المحرر فعندئذ تصلح هذه الصورة لأن تكون بداية ثبوت بالكتابة ، على نحو يسمح بإمكانية تعزيزها بالبينة أو القرينة لترقى من بعد إلى مستوى الدليل الكامل في الإثبات .

بيد أن محكمة النقض المصرية ذهبت على الرغم من ذلك إلى اعتبار الصورة المأخوذة بالكربون من المحرر العرفي بمثابة المحرر العرفي ذاته ، فتكون لها قيمة المحرر العرفي نفسه

(١) هذه المادة تعادل المادة ٣/١٤ إثبات بحريني .

في الإثبات ، وفي ذلك تقول ".....إلا أنه إذا كان الإمضاء بالكربون من صنع ذات يد من نسبت إليه ، فإن المحرر الموقع عليه بإمضاء الكربون يكون في حقيقته محرراً قائماً بذاته له حجيبته في الإثبات " (١) .

في حين ذهبت محكمة التمييز البحرينية إلى عدم معاملة صور المحررات العرفية بذات معاملة المحررات العرفية ذاتها ، بل لا تعترف لها بأية قيمة قانونية في الإثبات في حد ذاتها ، وإن كان هذا لا يمنع المحكمة من الاستهداء بها كقرائن قضائية في خصوص ما تصلح هذه القرائن لإثباته ، وفي ذلك تقول هذه المحكمة " ولئن كانت الصورة الفوتوغرافية للمحرر ليست لها دلالة القانونية الملزمة ، فإنها تعتبر قرينة تخضع لتقدير المحكمة إن شاءت أخذت بها فيما تصلح لإثباته " (٢) .

وقضت محكمة التمييز البحرينية في حكم آخر بأنه " وإن كان الأصل أنه لا حجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلي الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه ، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذا أنكرها الخصم ، إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه ، إلا أن عدم منازعة الخصم في الصورة الضوئية للمستند المحاج به ومناقشته موضوع النزاع قبل جرده تلك الصورة يعتبر إقراراً ضمناً بمطابقة تلك الصورة للأصل ، فيجوز للمحكمة أن تأخذ بها وتعول عليها " (٣) .

(١) نقض منني مصري ١٩٧٨/١/٣١ م ، السنة ٢٨ ، مشار إليه لدى الأستاذ الدكتور / أحمد عبد العال أبو قرين - المرجع السابق - ص ٩١ .

(٢) تمييز بحريني طعن رقم ٣٠٤ لسنة ٢٠٠٥ م ، جلسة ٢٠ فبراير سنة ٢٠٠٦ م ، السنة السابعة عشرة ، ق ٦١ ، ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

(٣) تمييز بحريني طعن رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٦ م ، جلسة ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٦ م ، السنة السابعة عشرة ، ق ٢٣٢ ، ص ٨٩٨ .

المطلب السابع

حجية المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

يقصد بالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات تلك المحررات التي أعدها أصحابها بأنفسهم أو היאوها عن طريق غيرهم لأهداف أخرى غير قصد استعمالها في الإثبات ، سواء جرى توقيعها منهم وهذا هو النادر ، أم لم يجر منهم هذا التوقيع وهذا هو الغالب والمعتاد .

وتتخذ المحررات العرفية غير المعدة للإثبات أحد هذه الأشكال الآتية : الدفاتر التجارية ، الرسائل والبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكسميلي ، الدفاتر والأوراق المنزلية ، التأشير على سند الدين أو الشطب فيه ، وذلك كله تفصيلاً على النحو الآتي :

الفرع الأول

حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

تنص المادة ١٧ إثبات مصري على أن " دفاتر التجار لا تكون حجة علي غير التجار غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلي أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة " .

" وتكون دفاتر التجار حجة علي هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه .

لقد نظمت هذه المادة حجية الدفاتر التجارية لصالح التجار في مواجهة خصومهم ، وحجية الدفاتر التجارية على التجار أنفسهم لصالح خصومهم ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً:حجية دفاتر التجار لصالح أصحابها التجار

يفرض القانون (وهو القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣م المعدل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤م) على التجار إمساك دفاتر منتظمة تدرج بها حركة التداول التجاري بكل دقة وانتظام على نحو يبعث على الثقة فيها والطمأنينة إلى ما ورد بها من بيانات ، ولذا فقد رخص قانون الإثبات للتجار الاحتجاج بهذه الدفاتر لصالحهم في مواجهة خصومهم على سبيل الاستثناء خروجاً على منطوق القواعد العامة في الإثبات والتي لا تجيز للمرء أن يصنع دليلاً لنفسه من قول أو فعل ، وذلك في أي من هاتين الحالتين :

١- الحالة الأولى: إذا كانت الخصومة مع تاجر آخر في دعوى تجارية

فعندما تكون الخصومة بين تاجرين في خصومة تجارية يجوز للقاضي قبول دفاتر أحد التاجرين للاحتجاج بها لصالحه في مواجهة التاجر الآخر ، مادامت هذه الدفاتر منتظمة (م ١٧ من قانون التجارة المصري (١)) .

٢- الحالة الثانية: إثبات ما ورده التاجر لعملائهم غير التجار

إذا كانت الخصومة تتعلق بأشياء وردها التاجر إلى عملائهم غير التجار ، صلحت دفاتر التاجر لأن تكون دليلاً ناقصاً يجري تعزيزه بيمين يوجهها القاضي إلى التاجر أو العميل ، والأمر في هذا الشأن متروك للسلطة التقديرية للقاضي .

ثانياً: حجية الدفاتر التجارية ضد أصحابها التجار

أجاز القانون لخصم التاجر الاحتجاج بدفاتر التاجر لإثبات ما يدعيه في مواجهة هذا التاجر ، خروجاً على منطوق القواعد العامة في الإثبات التي لا تجيز إجبار أحد على أن يقدم دليلاً ضد نفسه ، سواء كان هذا الخصم تاجراً أم غير تاجر ، وسواء كان النزاع مدنياً أم تجارياً ، وسواء كانت دفاتر التاجر منتظمة أو غير منتظمة ، تأسيساً على أن هذه الدفاتر تتضمن مصلحة مشتركة بين التاجر وخصمه ، كما أنها تمثل إقراراً من جانب التاجر الذي حررها بنفسه أو هيأها عن طريق غيره فكلفه بتدوين ما ورد فيها من بيانات ، ومن ثم فهي تصلح لأن تكون حجة عليه . بيد أنه ينبغي على الخصم الذي يحتج لصالحه بدفاتر التاجر في مواجهة هذا التاجر عدم تجزئة هذه الدفاتر مادامت دفاتر منتظمة ، فليس له أن يأخذ منها ما ينفعه ويترك منها ما يضره ، بل يجب عليه أحد هذين الخيارين إما أن يأخذها بكل ما ورد فيها سواء كان ذلك له أو عليه ، وإما أن يتركها بالكلية ، أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فعندئذ تجوز له التجزئة ، فيأخذ منها ما ينفعه ويترك منها ما يضره .

وينبغي مراعاة أن الاستدلال على التاجر بدفاتره التجارية ليس حقا لخصمه إنما هو شأن جوازي للمحكمة وفق سلطتها التقديرية ، فلها أن تستجيب لطلب إلزام التاجر بتقديم هذه الدفاتر ، ولها أن ترفض الاستجابة لهذا الطلب إذا لم تر موجباً لتقديمها (٢) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ٢٧ من قانون التجارة البحريني .

(٢) نقض مدني مصري ٩ مارس ١٩٦١م - مجموعة المكتب الفني - س ١٢ ، ص ٢١٢ .

ويكون للتاجر إثبات عكس ما تضمنته دفاتره التجارية بكافة طرق الإثبات ، حيث لا تسري على الدفاتر التجارية قاعدة عدم جواز إثبات عكس المثبت بالكتابة بغير الكتابة ، لأن هذه القاعدة لا تسري إلا على المحررات العرفية الموقعة المعدة للإثبات ، في حين أن الدفاتر التجارية ليست موقعة وغير معدة أصلاً للإثبات (١) .

الفرع الثاني

حجية الرسائل والبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكسميلي

تنص المادة ١٦ إثبات مصري على أنه " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " .
وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس " (٢) .

أولاً: حجية الرسائل في الإثبات

يستفاد من هذا النص أن الرسالة الموقعة من المرسل تكون لها قوة المحرر العرفي في الإثبات ، نظراً لتضمنها شرطي المحرر العرفي وهما الكتابة والتوقيع ، ولذا يكون للمرسل إليه الحق في الاحتجاج بها في مواجهة المرسل الموقع عليها وخلفه العام لإثبات ما تضمنته من بيانات تتصل بما بينهما من اتفاقات ، ولا يجوز عندئذ إثبات عكس ما ورد بها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، أما إذا كانت غير موقعة من مرسلها لم تكن لها قوة المحرر العرفي وكانت مجرد بداية ثبوت بالكتابة متى كانت مكتوبة بخط المرسل .

بيد أنه إذا كانت الرسالة قد تضمنت في داخل بياناتها سراً من أسرار المرسل إلى جانب احتوائها على بيانات تتصل بالاتفاقات بينهما ، لم يجز للمرسل إليه إفشاء أسرار هذه الرسالة من أجل الاحتجاج بها فيما تثبته له من حقوق ، ووجب عليه تخيير المرسل بين أن يوفر له إثبات ما تحتويه الرسالة له من حقوق بوسيلة أخرى أو أن يقدم للقضاء الرسالة بكل ما فيها من بيانات ، ولا

(١) انظر في ذات المعنى : أ.د. / جلال علي العدوي " أصول أحكام الالتزام والإثبات " ، بند رقم ٣١٣ ، ص ٤٥٠ ، طبعة عام ١٩٩٦ م ، الناشر منشأة المعارف

بالإسكندرية .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ١٥ إثبات بحريني .

يجوز للمرسل إليه تقديم الرسالة مباشرةً إلى القضاء دون سبق عرض هذا الخيار سالف الذكر على المرسل ، وإلا اعتبر متعسفاً في استعمال حقه على نحو يبرر للمرسل مطالبة القضاء باستبعاد هذه الرسالة وعدم الركون إلى محتواها في الإثبات ، فضلاً عن حقه في الرجوع على المرسل إليه بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقته من جراء إفشاء أسرار الرسالة . ولا يجوز للغير أن يحتج بالرسالة في إثبات حق يدعيه لنفسه ، حتى وإن خلت من أية أسرار ، إلا إذا توافر له شرطان :

١- الشرط الأول: أن يكون قد حصل على الرسالة بطريقة مشروعة . فلو ثبت أنه قد سرقها

أو أخذها عنوةً بوسيلة غير مشروعة ، لم يجز له الاحتجاج بها .

٢- الشرط الثاني: أن يكون قد استأذن المرسل إليه في الاحتجاج بها . ذلك أن الرسالة ملك

للمرسل إليه ، ولذا وجب الحصول على إذنه بشأنها ، حتى وإن خلت من أية أسرار .

أما إذا كانت بالرسالة أسرار لم يجز للغير أن يحتج بها في إثبات ما يدعيه ، إلا إذا راعى ذات القيود والضوابط التي تقيد حق المرسل إليه في الاحتجاج بها ، تأسيساً على أنه لا يتصور أن يثبت له على الرسالة أكثر مما يثبت لمالكها وصاحب الحق فيها وهو المرسل إليه ، وذلك باستثناء هاتين الحالتين :

١- الحالة الأولى: إثبات الزوج زنا زوجه الآخر . فلأي من الزوجين الحق في الاحتجاج

بالرسالة المرسلة إلى زوجه الآخر من الغير لإثبات واقعة الزنا ، حتى وإن حوت هذه الرسالة أسراراً ، أو تحصّل عليها هذا الزوج بوسيلة غير مشروعة ، وذلك مراعاةً لحرمة وقداسة رابطة الزواج ، وإعانةً لأي من الزوجين في الكشف عن أي فعلٍ مدنسٍ لشرف تلك الرابطة المقدسة التي تقوم على ميثاقٍ غليظٍ .

٢- الحالة الثانية: شراكة الغير مع المرسل إليه في ملكية الرسالة فللغير أن يحتج بالرسالة

المرسلة إلى المرسل إليه دون حاجة إلى استئذانه في ذلك ، إذا كانت الرسالة مشتركةً بينهما ، شريطة ألا يكون قد حصل عليها بطريقة غير مشروعة .

ثانياً: حجية البرقيات ومكاتبات التلكس والفاكسميلي

يكون للبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكسميلي قيمة المحرر العرفي في الإثبات ، إذا كان أصلها المودع في مكان التصدير موقِعاً عليه من مرسلها أو موقِعاً عليه من نائبه أو المكلف من قبله في إرسال البرقية أو المكاتبه .

وبذلك يكون واضح القانون قد أقام قرينة قانونية بسيطة مفادها اعتبار هذه البرقيات وتلك المكاتبات مطابقة لأصلها ، إلى أن يقوم الدليل على انتفاء تلك المطابقة .

فإذا كان أصل البرقية غير موجود بسبب أنه قد تم إعدامه من قبل مكان التصدير أو كان الأصل موجوداً بمكان التصدير لكنه لم يكن مذيلاً بالتوقيع عليه من قبل المرسل أو النائب أو ممن كلفه المرسل بإرسال البرقية أو المكاتبه ، فعندئذ لا يكون للبرقية أو المكاتبه أية حجية أو قيمة في الإثبات إلا على سبيل الاستئناس بها فقط من قبل المحكمة .

الفرع الثالث

حجية الدفاتر والأوراق المنزلية

درج كثير من الناس على أن يسجل واقع حياته اليومية في أوراقه ودفاتره المنزلية ، ولعل من بين هذا الواقع المسطور في تلك الأوراق والدفاتر تدوينه لحركة سير نشاطه المالي، فيثبت فيها كل ما له من حقوق لدى الآخرين، وكل ما عليه لهم من التزامات ، من غير أن ينصرف قصده من وراء ذلك أن تكون دليلاً له في الإثبات ، وإلا لحرص على انتظامها عند سرده لما يورده بها من بيانات ، ولراعى في نفس الوقت أن تكون مذيلاً بتوقيعه لتكون لها قيمتها وحجيتها في الإثبات .

وبناء على ما سبق لم يشأ واضع القانون أن يعترف لهذه الأوراق والدفاتر بحجية في الإثبات لصالح من حررها ، وذلك نظراً لأن عدم انتظامها لا يبعث على الثقة فيها ، فضلاً عن منافاة ذلك للمبدأ العام الذي لا يجيز للمرء أن يصطنع دليلاً لنفسه ، كما أنها لا تصلح حتى لأن تكون مجرد بداية ثبوت بالكتابة ، لأنها محررة بخط صاحبها وليست محررة بخط خصمه حتى يمكن تعزيزها بشهادة الشهود مثلاً ، غير أن ذلك لا يمنع القاضي من الاستئناس بها ، واستخلاص قرينة منها لصالح من حررها مع ضرورة تعزيزها حينئذ بقرائن أخرى ، كما أن للخصم أن يقبل احتجاج صاحبها بها فتكون سنداً له في إثبات ما يدعيه .

وفي المقابل لا تكون هذه الدفاتر والأوراق المنزلية أيضاً حجةً على من حررها لصالح خصمه ، تأسيساً على أن الخصم ليس من حقه ابتداءً أن يطلب من القاضي إلزام خصمه بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية ، لاصطدام ذلك مع المبدأ العام الذي لا يجيز إجبار أحد على تقديم دليل ضد نفسه ، ثم إن القانون نفسه لا يلزم أحداً بإمسك هذه الدفاتر وتلك الأوراق المنزلية حتى يطالبه بتقديمها عند الحاجة إليها .

بيد أن القانون خرج على هذا الأصل العام جاعلاً لهذه الدفاتر وتلك الأوراق المنزلية حجةً في الإثبات ضد من حررها في أي من هاتين الحالتين :

١- الحالة الأولى: أن يذكر صاحبها فيها صراحةً استيفاءه الدين من مدينه

فعندما يذكر محرر هذه الدفاتر أو الأوراق المنزلية صراحةً أنه استوفى الدين من مدينه كان هذا بمثابة إقرار منه باستلام هذا الدين من المدين ، فيكون ذلك حجةً لصالح هذا المدين ، إذ من الطبيعي أن الدائن لا يكتب في أوراقه ودفاتره المنزلية صراحةً استيفاءه الدين من مدينه إلا إذا كان قد استوفاه فعلاً منه .

٢- الحالة الثانية: أن يقصد صاحبها من تحريرها قيامها مقام سند الدين

قد يحدث في بعض الفروض أن يرفض الدائن أخذ سند عرفي مثبت لدينه ، فيعتمد المدين إلى كتابة بيانٍ في أوراقه الخاصة يذكر فيه ما يفيد مديونيته لهذا الدائن بدين معين ، وأنه قصد من وراء هذا البيان ليس مجرد ذكر لمديونيته لصالح دائنه ، وإنما قصد من وراء ذلك صراحةً أن يقوم هذا البيان مقام السند المثبت لحق الدائن في مواجهة مدينه .

وهذا ما نصت عليه المادة ١٨ إثبات مصري بقولها " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية

حجة علي من صدرت منه الا في الحالتين الآتيتين :

١- إذا ذكر فيها صراحةً أنه استوفى دينا .

٢- إذا ذكر صراحةً أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا

لمصلحته " (١) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ١٩ إثبات بحريني .

الفرع الرابع

حجية التأشير على سند الدين أو الشطب فيه

أولاً: حجية التأشير على سند الدين

يجري العمل عند سداد المدين لدينه أن يحصل على سند هذا الدين ليتخلص هو منه بطريقته أو يتم التخلص منه بمعرفة طرفي الالتزام ، وقد يحدث أن يحرر الدائن لمدينه مخالصة مثبتة سداده الدين ، أو يعتمد الدائن إلى مجرد التأشير على سند الدين بما يفيد حصول ذلك ، سواء كان الدين في حوزة الدائن ، وهذا هو الغالب ، أم كان السند في حوزة المدين .

وإذا كانت المخالصة المحررة بخط الدائن والموقع عليها منه تعد محرراً عرفياً له حجيته في الإثبات ، فإن التأشير على السند بما يفيد حصول الوفاء لتختلف حجيته في الإثبات تبعاً لوجود السند في حيازة الدائن أو في حيازة المدين ، وهذا ما نصت عليه المادة 19 إثبات مصري بقولها " التأشير علي سند بما يستفاد منه براءة ذمه المدين حجة علي الدائن علي ان يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته " . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين " (١) .

ويظهر مما سبق أنه ينبغي أن نفرق بين هذين الفرضين :

١-الفرض الأول: التأشير على السند الموجود في حيازة الدائن

إذا جرى التأشير على السند بما يفيد حصول الوفاء وكان السند في حيازة الدائن ، عد هذا التأشير حجة على الدائن في حصول الوفاء ، سواء جرى التأشير بخط الدائن أم بخط غيره ، وسواء كان هذا التأشير موقعا عليه من الدائن أم غير موقع عليه منه ، وأياً كان موضع هذا التأشير ، أي سواء كان التأشير أسفل السند أم في أعلاه أم في هامشه أم على ظهره ، مادام أن السند كان في حوزة الدائن .

بيد أن هذه الحجية الثابتة لهذا التأشير على النحو سالف الذكر ليست قاطعة ، ومن ثم يجوز إثبات عكسها ، ويستطيع الدائن أن يثبت بكافة طرق الإثبات بقاء ذمة المدين مشغولة رغم حصول هذا التأشير ، سواء كان ذلك بإثبات واقعة سرقة السند منه وحصول التأشير عليه - من

(١) هذه المادة تعادل المادة ٢٠ إثبات بحريني .

ثم- من غيره دون علمه ، أو بإثبات أن هذا التأشير قد وقع منه على إثر غلط وقع فيه فتوهم على خلاف الحقيقة أنه استوفاه من مدينه ، أو أنه فعل ذلك مقدماً قبل سداد الدين ظناً منه أن المدين سيبادر إلى سداه بعد أن حلّ موعده لكن خاب ظنه فيه فلم يسدده شيئاً .

٢-الفرض الثاني: التأشير على السند الموجود في حيازة المدين

إذا كان السند في حيازة المدين لم يكن التأشير عليه بما يفيد حصول الوفاء حجة على الدائن إلا إذا كان بخط الدائن ، فإذا كان التأشير بخط الدائن كان حجة عليه في حصول الوفاء ، ما لم يثبت الدائن عكس ذلك ، كما لو أثبت أن التأشير قد وقع منه بطريق الإكراه المادي أو المعنوي ، فينعدم رضائه بسبب الإكراه المادي أو يفسد بسبب الإكراه المعنوي (١) .

ويأخذ نفس الحكم أن يحزر الدائن بخط يده دون توقيع منه ما يفيد في براءة المدين من الدين في نسخة أصلية للسند أو في مخالصة ، طالما أن تلك النسخة أو تلك المخالصة في حوزة المدين .

ثانياً:حجية الشطب على البيان المثبت للمديونية أو الدائنية

ويثار التساؤل حول ما إذا كانت العبارة التي تفيد مديونية المدين بالدين لصالح الدائن قد جرى شطبها ، فما هو أثر هذا الشطب عليها ، هل يعتد بهذا الشطب فيحمل على استيفاء الدائن لدينه ، فيكون بذلك حجةً على الدائن في مواجهة مدينه ، أم أنه لا يعتد به ؟

لا جرم أن الظاهر يشهد للمدين بأن شطب الدائن للبيان المثبت لمديونية المدين له والسند بين يديه يعد دليلاً على استيفائه له ، ومن ثم لا يحتاج معه المدين إلى دليل آخر ليفيد براءة ذمته من هذا الدين ، وعلى من يدعي عكس ذلك إقامة الدليل على ما يدعيه ، كما لو أثبت الدائن أن الشطب قد وقع من شخص آخر غيره دون علمه بذلك ، أو أثبت أنه وقع منه بطريق الغلط متوهماً أنه قد استوفاه على خلاف الحقيقة .

كما يثار التساؤل حول الفرض الذي يشطب فيه الدائن بياناً يفيد استيفاءه الدين من مدينه ، هل يعتد بهذا الشطب أم لا ؟

يستطيع المدين في هذا الفرض أن يتمسك بالعبارة الظاهرة المثبتة لاستيفائه الدين منه ، فيحتج بها على الدائن بوصفها تمثل إقراراً منه بتلقيه الوفاء من هذا المدين ، ولا ينبغي الاعتداد بصفة

(١) انظر في تأثير الإكراه المادي والمعنوي على التصرف لدى : أ.د. / خالد جمال أحمد " الوسيط في مصادر الالتزام " ص ، طبعة عام ٢٠١٣ م .

عامة بالشطب الحاصل على هذا البيان من قبل الدائن ، لما يمثله الاحتجاج بهذا الشطب من مخالفة صارخة لمبدأ عدم جواز اصطناع المرء دليلاً لصالح نفسه ، بل ومن المتصور أن يكون الدائن قد أجرى هذا الشطب ليصنع لنفسه دليلاً ينفي به واقعة استيفائه الدين من مدينه ، هذا ما لم يثبت الدائن عدم استيفائه الدين فعلاً وفقاً للقواعد العامة في الإثبات

المبحث الرابع

حالات وجوب الإثبات بالكتابة

تنص المادة ٦٠ إثبات مصري على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهاده الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " (١) .

كما تنص المادة ٦١ إثبات مصري على أنه " لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على ألف جنيه في الحالات الآتية :

أ- " فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي " .

ب - " إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة " .

ج- " إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على ألف جنيه ثم عدل عن مطالبته إلى ما لا يزيد على هذه القيمة " (٢) .

يظهر واضحاً من النصين السابقين أن حالات وجوب الإثبات بطريق الكتابة تكون في أي من هاتين الحالتين :

أولاً: الحالة الأولى: إذا زادت قيمة التصرف القانوني المدني عن نصاب البينة أو كان غير محدد

القيمة

(١) هذه المادة معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م ثم بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م ، وهي تعادل المادة ٦١ إثبات بحريني ، وهذه الأخيرة معدلة بموجب المرسوم بقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٩م ، وبمقتضاه رفع نصاب الإثبات بالكتابة ليصير قدره ما يزيد على خمسمائة دينار بحريني بدلا عما يزيد على مائتي دينار ، وقد نشر ذلك بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢١مايو ٢٠٠٩م بالعدد رقم ٢٨٩٦ ، ص ٣٣ .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٦٢ إثبات بحريني ، ويراعى أن هذه المادة الأخيرة قد شملها التعديل بموجب نفس المرسوم بقانون المشار إليه في الهامش السابق مباشرة .

لقد قدر واضع القانون أن التصرف القانوني المدني يسهل على طرفيه إعداد الدليل المثبت له ، لذا لم يسمح لهما ولا لخلفهما العام (فالخلف العام يتقيد بما يتقيد به سلفه ، لاسيما وأنه يتلقى حقه من هذا السلف) بإثبات هذا التصرف بغير الكتابة عند زيادة قيمته عن نصاب الإثبات بالبينة .

غير أنه يلزم لتطبيق هذا الحكم أن تتوافر له الشروط الآتية :

١- الشرط الأول: أن يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً مدنياً

ولا شك أن هذا الشرط يفيد أن تقييد الإثبات مقصور على التصرفات القانونية ذي الطابع المدني ، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن الوقائع المادية لا تخضع لهذا التقييد ، ومن ثمّ يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ، لأنها بحسب طبيعتها تستعصي على الخضوع لإرادة الأفراد حتى يتسنى لهم أن يعدوا سلفاً قبل وقوعها أو لحظة حدوثها الدليل الكتابي المثبت لها ، ومن أجل ذلك أتاح القانون للأفراد إثبات هذه الوقائع المادية بأية طريقة من طرق الإثبات ، ولم يخضعها لطريقة محددة من هذه الطرق ، وذلك تيسيراً عليهم ودفعاً للمشقة عنهم في سبيل تحصيل دليل معين مثبت لها .

كما يفيد هذا الشرط في قصر تقييد الإثبات بالدليل الكتابي على بعض التصرفات القانونية وليس كل هذه التصرفات ، وبالتحديد على التصرفات القانونية المدنية ، وبذلك يخرج بعيداً عن إطار هذا التقييد في الإثبات التصرفات القانونية التجارية ، وذلك مراعاةً لظروف التجارة التي تعتمد في إبرامها على السرعة ، وتأبى تقييد سيرها لحين توفير الدليل الكتابي المثبت لها ، وإلا أصيبت بالشلل والركود ، هذا ما لم ينص القانون في بعض الحالات الاستثنائية على غير ذلك (١) .

ويراعى أن الصفة التجارية كما تثبت للأعمال التجارية المحضة بغض النظر عن صفة أطرافها (أي سواء كانوا تجاراً أم غير تجار) فإنها تثبت أيضاً بالتبعية للأعمال المدنية التي يمارسها

(١) فقد يوجب القانون في بعض الفروض الاستثنائية إثبات بعض المعاملات التجارية بطريق الكتابة ، خروجاً على الأصل العام الذي اختطته في شأن هذه المعاملات تلبية لمتطلباتها وتقديراً لمعطيات ظروفها ، وعندئذ تلزم الكتابة لإثبات مثل هذه المعاملات ، كما تلزم الكتابة في نفس الوقت لإثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه " وإن كان الأصل هو إباحة الإثبات بكافة الطرق في المنازعات التجارية - على ما تنص عليه المادة ٦١ من قانون الإثبات ، والمادة ١/٨٦ من قانون التجارة الصادر بالمرسوم ٧ لسنة ١٩٨٧ - إلا أنه يستثنى من ذلك ما استوجب القانون إثباته بالكتابة من المعاملات التجارية فلا يجوز - في هذه الحالة - إثباته بين أطرافه إلا بالكتابة ، كما لا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه إلا بالكتابة " (تمييز بحريني ، طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٢٠٠٦ م ، السنة السابعة عشر ، ق ٣٠٦ ، ص ١١٨٩ : ١١٩٢) .

التجار متعلقة بأعمالهم التجارية ، فإذا كان التصرف تجارياً بالنسبة لطرفيه فإنه يخضع حينئذ لمبدأ حرية الإثبات فيجوز إثباته بكافة الطرق ، دون أن يتقيد بدليل معين ، كما لو كان محل التعامل عبارة عن صفقة تجارية تمت بين تاجرين ، أما إذا كان التصرف مدنياً بالنسبة لطرفيه ، فإنه يخضع عندئذ لمبدأ تقييد الإثبات ، فلا يجوز إذن إثباته بغير الكتابة إذا زادت قيمته على النصاب القانوني المقرر للإثبات بالبينة (أي نصاب الإثبات بشهادة الشهود) .

وأخيراً إذا كان التصرف مختلطاً (أي يعد تجارياً بالنسبة لطرف ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر) مثل تعاقد مزارع على بيع محصول زراعته لأحد التجار ، وتعاقد مؤلف مع ناشر لنشر مؤلفه ، وتعاقد مستهلك مع تاجر لشراء بعض السلع ، فيلزم في مصر (وفي البحرين إلى ما قبل العمل بقانون التجارة البحريني (١)) عندئذ أن يتقيد بقواعد الإثبات المدني الطرف الذي يعد التصرف بالنسبة له تصرفاً مدنياً ، في حين يتمتع برحابة الإثبات المقررة في المواد التجارية ذلك الطرف الذي يعد التصرف بالنسبة له تصرفاً تجارياً (٢) ، أما في البحرين لاسيما بعد العمل بقانون التجارة (٣) فإنه يجوز لأي من طرفي العمل المختلط إثباته بكافة طرق الإثبات أيًا كانت قيمته ، أي حتى وإن زادت على نصاب الإثبات بالبينة ، أو كان غير محدد القيمة ، وفي ذلك تنص المادة ٧٢ من قانون التجارة البحريني على أنه " إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لأحد المتعاقدين سرت على جميع ذوي الشأن فيه أحكام قانون التجارة ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

٢- الشرط الثاني: أن تزيد قيمة التصرف القانوني المدني على نصاب الإثبات بالبينة

لم يشأ واضع القانون أن يكبل حركة التعامل ولو كان ذا طابع مدني فيوجب إثباته بالدليل الكتابي أيًا كانت قيمته ، بل قصر هذا التقييد على التعامل المدني الذي تزيد قيمته على النصاب

(١) وهو المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧م بإصدار قانون التجارة . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن " عقد المعاولة الذي تم بين الطرفين والذي تزيد قيمته على مائتي دينار وإن كان يعتبر عملاً بالنسبة للمطعون ضدها ، إلا أنه يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة للطاعن بما مؤداه وجوب اتباع وسائل الإثبات المدنية بالنسبة له ، فلا يجوز إثبات التزاماته بموجب ذلك العقد إلا بالكتابة طبقاً لنص المادة ١٢٦ من قانون المرافعات ، ولا يقدح في ذلك أن تكون المادة ٧٢ من قانون التجارة قد نصت على سريان أحكامه على جميع ذوي الشأن في العقد إذا كان تجارياً بالنسبة لأحد المتعاقدين ، إذ أن التعاقد تم بين الطرفين قبل العمل بذلك القانون فلا تنطبق عليه أحكامه " (تمييز بحريني ، طعن رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٢م ، جلسة ١٨ أكتوبر عام ١٩٩٢م ، ق ٦٤ ، ص ٢٥٤ ، ٢٥٥) .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٣) وقد صدر هذا القانون في ٢٢ مارس عام ١٩٨٧م بموجب المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧م ، ونصت المادة الأولى منه على أن يعمل بهذا القانون من أول الشهر التالي لمضي شهرين على تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

القانوني المقرر لشهادة الشهود ، وذلك رغبةً في التيسير على طرفي هذا التعامل في الإثبات ، وإعانةً لهما على سرعة إنجازه دون الخضوع لقيود الدليل الكتابي الواجب توفيره في التعامل المدني الزائد على نصاب البينة .

وفي مصر كان نصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود هو عشرة جنيهاً فأقل إلى ما قبل العمل بقانون الإثبات المصري الحالي (أي ما قبل تاريخ أول ديسمبر عام ١٩٦٨ م ، وهو تاريخ العمل بهذا القانون) ثم جرى رفع هذا النصاب إلى عشرين جنيهاً فأقل بموجب قانون الإثبات المصري الحالي ، وعمل بهذا النصاب بدءاً من أول ديسمبر عام ١٩٦٨ م ، واستمر الحال على ذلك إلى أن جرى رفع هذا النصاب إلى مائة جنيه مصري فأقل بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م ، وعمل به من تاريخ أول أكتوبر عام ١٩٩٢ م ، ثم جرى تعديل هذا النصاب فرفع إلى خمسمائة جنيه فأقل بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م ، وعمل به اعتباراً من ١٧ يوليو لسنة ١٩٩٩ م ، ثم جرى تعديل هذا النصاب ليصير ألف جنيه فأقل بموجب القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م .

وقد كان نصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود في البحرين مقدراً بمائتي دينار فأقل في ظل قانون الإثبات البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ م قبل تعديل بعض نصوصه إلى أن جرى تعديل هذا النصاب حديثاً ليصبح مقدراً بخمسمائة دينار فأقل بموجب المرسوم بقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٩ م وبناء على ذلك إذا زادت قيمة التصرف القانوني المدني عن خمسمائة دينار وجب إثباته بصفة عامة بطريق الكتابة ، أما إذا كانت قيمته في حدود خمسمائة دينار فأقل فيجوز عندئذ إثباته بكافة طرق الإثبات .

بيد أنه ينبغي مراعاة عدد من الضوابط عند تقييد الإثبات في التصرف القانوني المدني الذي تجاوز قيمته نصاب الإثبات بالبينة ، تتمثل فيما يلي :

أ- إن العبرة في تقدير قيمة هذا التصرف بقيمته وقت إنشائه وليس بقيمته وقت المطالبة به . ومن ثم إذا زادت قيمة التصرف على إثر إضافة ما يعد من ملحقاته مثل مصروفاته وثماره وتعويضاته ، فلا أثر لهذه الزيادة على إثبات التصرف ، فيجوز من ثم إثباته بغير الكتابة ، طالما أن قيمته الأصلية قبل الزيادة لم تكن مجاوزة لنصاب الإثبات المقرر للبينة .

ب- إن العبرة بالقيمة الكلية أو الإجمالية للتصرف لا بأقساطه أو أجزائه المتعددة . ومن ثمّ إذا كانت قيمة الدين تزيد على نصاب الإثبات بالبينة وجب إثباته بالكتابة بصفة عامة ، حتى وإن جرت تجزئته على أجزاء أو أقساط متعددة وكانت المطالبة بجزء أو قسط واحد منه ، وكانت قيمة هذا الجزء أو ذلك القسط منفرداً في حدود نصاب الإثبات بالبينة .

ت- إن العبرة في الإثبات هي بالقيمة الأصلية للتصرف دون الالتفات إلى ما يطرأ عليها من تعديل بالإنقاص منها . وبناء عليه إذا كانت القيمة الأصلية للدين المطلوب قضائياً الوفاء به تزيد على نصاب الإثبات بالبينة (فكانت أزيد من ألف جنيه في مصر أو أزيد من خمسمائة دينار في البحرين) وعجز المدعي عن توفير الدليل الكتابي المثبت لحقه ، لم يجز له تعديل قيمة طلبه بقصد إعفائه من تقديم الدليل الكتابي وتمكينه من ثمّ من الإثبات بغير الكتابة ، لأن العبرة بالقيمة الأصلية للتصرف القانوني أو الحق المطالب به ، ولا مجال للاعتداد بما قد يطرأ عليها من تعديل بعد ذلك .

ويراعى أنه ليس هناك خلط بين الفرض الذي يعالجه هذا الضابط ، والفرض الذي عالجه الضابط السابق عليه ، لأنه في الفرض سالف الذكر لم يعدل المدعي في القيمة الأصلية أو الإجمالية لدينه ، وإنما طالب بجزء أو قسط منه فقط ، من غير أن يسقط حقه في المطالبة بباقي الأجزاء أو الأقساط ، في حين أنه في هذا الفرض نجد أن المدعي قد عدل في طلبه الأصلي الذي يجاوز في قيمته نصاب الإثبات بالبينة عند عجزه عن توفير الدليل الكتابي المثبت له ، بغية أن يسمح له بإثباته بعد تعديل قيمته ليصير داخلاً في نصاب الإثبات بالبينة ، فهنا يعامل بنقيض قصده ويلزم بالدليل الكتابي المثبت لحقه المطالب به ، لأنه في أصله يزيد عن قدر الإثبات بالبينة ، حتى ولو كان طلبه بعد تعديله غير مجاوز لقدر الإثبات بالبينة .

ث- إن العبرة عند تعدد الطلبات القضائية بالقيمة الخاصة لكل طلب على حده ، مادامت مصادرها متعددة ، سواء كانت تلك المصادر من طبيعة واحدة أم كانت من طبيعة مختلفة .

فعلى سبيل المثال إذا اشترى شخص من آخر عدة أشياء بعقد واحد ، فعندئذ تمثل قيم هذه الأشياء المتعددة في ميزان تقدير النصاب اللازم لإثباتها قيمةً واحدةً وتطلب في طلب واحد وإن تعدد المحل الذي يرد عليه ، نظراً لأن مصدر هذه الأشياء المتعددة واحد غير متعدد ، بخلاف الحال لو كانت هذه الأشياء المتعددة (سواء كانت من نوع واحد أم من أنواع متعددة) قد تم شراؤها بعقود مستقلة عن بعضها البعض (سواء كانت عقوداً من نوع واحد أم من أنواع مختلفة) فعندئذ تقدر قيمة كل طلب على حده ، حتى وإن جرى جمعهم في طلب واحد ، وبناء عليه يمكن للشخص أن يستفيد من حرية الإثبات المقررة قانوناً للتصرف القانوني المدني متى كانت قيمة هذا التصرف في إطار نصاب الإثبات بالبينة ، حتى وإن كانت قيم جميع هذه الطلبات تجاوز هذا النصاب .

ويراعى أن القانون قد أعطى التصرف غير محدد القيمة حكم التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على النصاب القانوني المقرر للإثبات بالبينة ، فأوجب من ثم التقيد بالدليل الكتابي في إثباته ، ولعل من أمثلة التصرفات القانونية غير محددة القيمة الالتزام بعدم المنافسة ، وطلب استرداد أوراق ومستندات ذات طابع أدبي أو علمي ، والطلب مجهول القيمة مثل طلب المبلغ الموجود في حساب جارٍ غير معروف مقدار رصيده ، إذ يعامل في هذه الحالة معاملة التصرف الذي يجاوز نصاب الإثبات بالبينة .

٣- الشرط الثالث: أن يكون المطالب بالإثبات أحد طرفي التصرف أو خلفهما العام .

ذلك أنه من غير المقبول عقلاً ومنطقاً إلزام غير طرفي التصرف أو خلفهما العام بتوفير الدليل الكتابي على تصرف قانوني ليس طرفاً فيه ولا خلفاً عاماً لأي من طرفيه ، ولذا كان من الطبيعي أن يحظى الغير برحابة وسعة في وسائل إثبات هذا التصرف ، فيكون له إثباته بكافة طرق الإثبات ، تأسيساً على أن هذا التصرف يمثل بالنسبة للغير واقعةً مادية لا دخل له في نشأتها ولا في ترتيب آثارها ، فيجوز له من ثم إثباتها بكافة طرق الإثبات ، لأنه من المشقة أن يجري تكليف الغير بتوفير الدليل الكتابي على تصرف قانوني ليس طرفاً فيه ولا خلفاً عاماً لأي من طرفيه .

ثانياً: الحالة الثانية:إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة

لا يقتصر وجوب الدليل الكتابي على الفرض الذي يجاوز فيه التصرف القانوني المدني نصاب الإثبات بالبينة ، إنما يمتد ليشمل أيضاً ذلك الفرض الذي يكون الادعاء فيه مخالفاً أو مجاوزاً لما هو ثابت بالدليل الكتابي ، حتى وإن كانت قيمته أقل من القيمة المقررة لنصاب الإثبات بالكتابة .

بيد أن تطبيق فحوى هذه الفرضية يقتضي توافر الشروط الآتية :

١-الشرط الأول:وجود دليل كتابي كامل

إذ يلزم أن يكون ثمة دليل كتابي كامل مثل المحرر الرسمي أو المحرر العرفي المعد للإثبات أو الرسالة الموقع عليها ممن صدرت عنه تأسيساً على أنها تكون في قوة المحرر العرفي لاحتوائها على توقيع من صدرت عنه ، أما ما يعد دليلاً كتابياً ناقصاً مثل الدفاتر والأوراق المنزلية غير الموقع عليها ، والسند المؤشر عليه بما يفيد براءة ذمة المدين ، فهذه جميعها يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوز ما ورد فيها بكافة طرق الإثبات .

٢-الشرط الثاني:أن يكون التصرف المدون كتابةً تصرفاً مدنياً.

إذ يلزم أن يكون التصرف المراد إثبات ما يخالفه أو يجاوز ما ورد فيه تصرفاً مدنياً ، حتى وإن كانت قيمته لم تزد على نصاب الإثبات بالبينة ، نظراً لأن التصرف التجاري يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات حتى وإن كان مثبتاً في دليل كتابي ، فكتابة التصرف التجاري لا تحول دون إثبات ما يخالفه أو يجاوزه بكافة طرق الإثبات .

٣-الشرط الثالث:أن يكون المراد إثباته مخالفاً أو مجاوزاً للدليل الكتابي

وينبغي مراعاة أن مخالفة الدليل الكتابي تعني مناقضته وتكذيبه فيما ثبت به أو ورد فيه ، كأن يدعي البائع أنه لم يستلم الثمن خلافاً لما هو ثابت في العقد الموقع عليه من طرفيه بما يفيد استلامه له ، أو يدعي أحد طرفي العقد أن هذا العقد هبة تستر عقد بيع ، في حين أن مجاوزة الدليل الكتابي تعني ادعاء حدوث تعديل لما هو ثابت بالدليل الكتابي ، كأن يدعي المشتري أن الاتفاق في عقد البيع كان شاملاً مع البيت حديقةً مجاورةً له ومستقلةً عنه ، رغم أنه لم يرد ذكر ذلك في العقد الموقع عليه من طرفيه ، أو يدعي المشتري أن الثمن متفقٌ على تأجيل الوفاء به رغم أنه لم يرد ذكر ذلك في العقد .

وجدير بالذكر أن قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي لا تطبق إلا في حق طرفي التصرف القانوني المدني وخلفهما العام ، ومن ثم فهي لا تسري في حق الغير الذي يستطيع أن يثبت ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي بكافة طرق الإثبات ، إلى جانب حقه في إثبات التصرف القانوني المدني بكافة طرق الإثبات أياً كانت قيمته .

المبحث الخامس

الحالات المستثناة من وجوب الدليل الكتابي

تنص المادة ٦٢ إثبات مصري على أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " (١) .

كما تنص المادة ٦٣ إثبات مصري على أنه " يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي :

١- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

٢- إذا فقد الدائن سند الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه " (٢) .

يفهم من هذين النصين أنه يجوز الإثبات قانوناً بشهادة الشهود أو بالقرائن فيما كان يجب فيه الدليل الكتابي على سبيل الاستثناء في أي من الحالات الآتية :

أولاً: الحالة الأولى: إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة

ويتحقق وجود هذا المبدأ (أي مبدأ ثبوت بالكتابة أو بداية ثبوت بالكتابة) عند توافر كل كتابة صادرة من الخصم غير موقع عليها منه يكون من شأنها جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال .

ويكفي هنا وجود كتابة صادرة عن الخصم أو من يمثله بوصفه نائباً عنه ، سواء كانت نيابة قانونية (مثل الولي) أم نيابة قضائية (مثل الوصي) أم نيابة اتفاقية (مثل الوكيل) ، أياً كان شكل هذه الكتابة أو الغرض منها ، مادامت لا ترقى إلى مستوى الدليل الكامل ، مثل الدفاتر

(١) هذه المادة تعادل المادة ٦٣ إثبات بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٦٤ إثبات بحريني .

والأوراق المنزلية التي لا تحمل توقيعاً ممن صدرت عنه ، ومثل الرسائل المكتوبة بخط صاحبها أو التي أملاها هو على غيره دون أن تحمل توقيعاً له ، ومثل المحررات الرسمية الباطلة التي أخذت من أفواه أصحابها دون أن تحمل توقيعات لهم كالأقرارات التي تدون من ألسنتهم في محاضر الجلسات أو المعاينات .

ويلزم هنا أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل التصرف المدعى به مرجح الحصول أو الوقوع ، ومن ثم لا يلزم أن تكون هذه الكتابة قاطعة الدلالة على وجود التصرف المدعى به ، إنما يكفي فقط أن تجعل وجوده قريب الاحتمال ، وعندئذ يلجأ إلى إكمال هذا الدليل الناقص بما يعززه من شهادة الشهود أو القرائن أو اليمين ، فيصير بعد ذلك في قوة الدليل الكامل في إثبات التصرف المدعى به ، ويقوم حينئذ مقامه في الإثبات .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " لما كانت المادة ٦٢ من قانون الإثبات تنص على أن " جوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة" ومفاد ذلك أن المشرع وقد جعل لمبدأ الثبوت ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصم بشهادة الشهود أو القرائن فقد اشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة - أيأ كان شكلها أو الغرض منها - ولم يتطلب المشرع بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة فيكفي أن تكون صادرة من الخصم ويحتج عليه بها وأن تجعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول وقريبة الاحتمال " ¹

ثانياً: الحالة الثانية: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الدليل الكتابي

لم يشأ واضع القانون في هذه الحالة أن يتنكر لأي ظرف واقعي يمثل مانعاً يقف حجر عثرة في وجه صاحب الحق فيحرمه من مكنة الحصول على الدليل الكتابي المثبت لحقه ، سواء كان هذا المانع مانعاً مادياً متمثلاً في أحد الظروف المادية التي لا تتيح للدائن ابتداءً إعداد الدليل الكتابي المثبت لحقه ، (مثال ذلك أن يطلب شخص من آخر مبلغاً مالياً أثناء وجوده معه في إحدى المستشفيات ليدفعه مقابلاً لعملية جراحية ستجرى له خلال ساعات داخل هذه المستشفى ، فالمدين والدائن موجودان في ظروف لا تسعف الدائن في طلب دليل كتابي أو حتى غير كتابي

(١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٦٩ قضائية جلسة بتاريخ ٢٢/٦/٢٠٠٠ م ، مكتب فني (سنة ٥١ - قاعدة ١٥٦ - صفحة ٨٣٧) .

مثبت لحقه في مواجهة هذا المدين) ، أم كان هذا المانع مانعاً أدبياً متمثلاً في الحرج النفسي الناشئ عن العلاقة الأدبية التي تربط بين الدائن والمدين ، والتي تحرمه أدبياً بصورة فعلية من مطالبة مدينه بالدليل الكتابي المثبت لحقه ، (مثل الحرج النفسي المتولد عن علاقة الزوجية بين الزوجين ، على نحو يمنع أحدهما من مطالبة الآخر بالدليل الكتابي المثبت لحقه) ، والحرج النفسي الناجم عن صلة القرابة (سواء كانت قرابة نسب أم قرابة مصاهرة) بين طرفي التصرف ، والتي تمنع أحدهما من مطالبة قريبه الآخر بالدليل الكتابي المثبت لحقه .

ويتعين على القاضي أن يتثبت من تأثير الصلة الأدبية على الدائن في حرمانه من المطالبة بالدليل الكتابي المثبت لحقه ، ذلك أن المانع الأدبي لا يتوافر بصورة آلية أو تلقائية بمجرد وجود الصلة الأدبية بين طرفي التصرف ، إنما لا بد أن تكون هذه الصلة قد ألفت بظلال الحياء والخجل في نفس الدائن فحرمته من طلب الدليل الكتابي المثبت لحقه ، وهذا أمر يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تقضي فيه حسبما يترأى لها في ضوء واقع كل قضية ، دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض أو التمييز ، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تبرر ما انتهت إليه في حكمها .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن " صلة القرابة مهما كانت درجاتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً يوقف سريان التقادم، بل يرجع ذلك إلى ظروف كل دعوى على حده تستخلص منها محكمة الموضوع قيام أو انتفاء المانع دون معقب عليها في ذلك متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة لها أصلها بالأوراق" (١) .

ثالثاً: الحالة الثالثة: فقد السند الكتابي المثبت للحق

ينبغي أن يراعى أن الدائن في هذه الفرضية لم يقصر في إعداد أو توفير الدليل الكتابي المثبت لحقه ، فقد أعدّه سلفاً لكنه لسبب أجنبي لا يد له فيه فقد هذا السند ، ولذا فقد رخص له واضع القانون في إثبات حقه بكافة طرق الإثبات ، ولم يوجب عليه إثباته بطريق الكتابة ، أياً كانت قيمة هذا التصرف أو كان غير محدد القيمة .

(١) نقض مدني بحريني ٧/١٢/٧٩، طعن رقم ٩٤، مجموعة أحكام محكمة التمييز، س ٨، ق ١٢٨، ص ٥٧٩.

ويجب على الدائن حتى يتسنى له قانوناً حرية إثبات ما يدّعيه ولو بغير الدليل الكتابي رغم أن قيمة التصرف القانوني المدني المدعى به تستوجب إثباته بالكتابة (نظراً لخروج قيمته على نصاب الإثبات بالبينة) ، أن يثبت توافر هذين الأمرين :

١- الأمر الأول: إثبات سبق وجود الدليل الكتابي الكامل المثبت للحق . وذلك أياً كان نوع هذا الدليل ، أي سواء كان محرراً رسمياً أم محرراً عرفياً .

٢- الأمر الثاني: فقده لهذا لدليل الكتابي الكامل بسبب أجنبي لا يد له فيه . كما لو حدث حريق أو غرق مما أدى إلى تلف المحرر أو هلاكه ، أما إذا كان فقد الدائن للسند يرجع إلى إهماله أو تقصيره ، فليس له من حق في الاستفادة من هذا الاستثناء الوارد على وجوب إثبات مثل هذا الحق بالدليل الكتابي .

ويتعين على القاضي أن يتثبت من توافر السبب الأجنبي الذي أدى إلى فقد الدائن للسند الكتابي المثبت لحقه ، لتفادي احتمالات الادعاء بوجود هذا المانع على غير الحقيقة ، فيحتال الدائن على أحكام القانون التي توجب الالتزام بالدليل الكتابي في الحالات المنصوص عليها قانوناً .

المبحث السادس

إجراءات الإثبات بالكتابة

المطلب الأول

إلزام الخصم أو الغير بتقديم أو عرض محرر موجود تحت يده

قد يحدث أن يطلب خصم إلزام خصمه الآخر بتقديم محرر موجود تحت يده ، وقد يكون الطلب متمثلاً في إلزام الغير بتقديم محرر موجود تحت يده ، وأخيراً قد يكون الطلب متمثلاً في إلزام الخصم الآخر أو الغير بعرض محرر أو شيء موجود تحت يده يفيد في إثبات ما يدعيه صاحب الطلب من حق ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

الفرع الأول

إلزام الخصم بتقديم محرر موجود تحت يده

لقد خرج واضع القانون على القاعدة العامة التي لا تجيز إلزام أحد بتقديم دليل ضد نفسه ، فأجاز للخصم على سبيل الاستثناء أن يطلب من القاضي الحكم له بإلزام خصمه الآخر بتقديم محرر موجود تحت يده ، وذلك في إحدى الحالات الآتية (١) :

١- الحالة الأولى: إذا القانون مرخصاً له في ذلك . مثال ذلك ما يرخص به للقانون لخصوم

التاجر بطلب إلزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية لتكون حجة عليه لصالح هؤلاء الخصوم .

٢- الحالة الثانية: إذا كان المحرر مشتركاً . ويكون المحرر مشتركاً بين الخصمين إذا كان

محرراً لتحقيق مصلحة مشتركة لهما أو كان مثبتاً لما بينهما من حقوق والتزامات متبادلة ، مثل العقد الملزم للجانبين إذا كان موجوداً عند أحد طرفيه فقط .

٣- الحالة الثالثة: سبق استناد خصمه الآخر إلى هذا المحرر في أي مرحلة من مراحل

الدعوى . ففي هذا الفرض يستطيع الخصم أن يطلب من القاضي إلزام خصمه الآخر

بتقديم هذا المحرر الذي استند إليه هذا الأخير في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، ذلك أن

الخصم إذا قدّم محرراً في الدعوى لم يجز له سحبه من ملف الدعوى بغير رضا خصمه ،

ودون الحصول على إذن كتابي من القاضي أو من رئيس الدائرة ، وبعد قيام قسم الكتاب

(١) إذ تنص المادة ٢٠ إثبات مصري على أنه " يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده في الأحوال الآتية :

أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه . ب- إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان محرراً لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . ج- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . هذه المادة تعادل المادة ٢١ إثبات بحريني .

بحفظ صورة من هذا المحرر في ملف الدعوى مؤشراً عليها بما يفيد مطابقتها للأصل (م ٢٥ إثبات مصري (١)) .

ويتعين على الخصم الذي يطلب إلزام خصمه الآخر بتقديم المحرر الموجود تحت يده ، أن يكون طلبه مستوفياً لقدر محتوم من البيانات الجوهرية المتصلة بالمحرر ، وإلا كان الطلب غير مقبول ، هذه البيانات هي على التفصيل الآتي :

أ- ذكر أوصاف المحرر المطلوب تقديمه . وذلك حتى يمكن تمييزه على وجه الدقة عن غيره من المحررات الأخرى التي قد تختلط به أو تتشابه معه .

ب- ذكر مضمون هذا المحرر بقدر كاف من التفصيل . وذلك حتى يسهل على القاضي من خلال هذا المضمون تحديد جدوى إجابة الخصم إلى طلبه ، وهل هو منتج في الدعوى أم لا ، تفادياً لاحتمال التحايل من خلال هذا الطلب على أحكام القانون لإطالة أمد النزاع وتعطيل الفصل في الدعوى .

ج- تحديد الواقعة التي يستشهد بالمحرر من أجل إثباتها . وذلك حتى يتسنى للقاضي تقدير مدى الارتباط أو عدم الارتباط بين هذه الواقعة والمحرر المطلوب إلزام الخصم بتقديمه ، على نحو يبرر أو لا يبرر الخروج على القاعدة العامة التي لا تجيز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه ، ومن ثم تقدير توافر أو انتفاء مصلحة الخصم في طلبه .

د- بيان الدلائل والظروف التي تثبت وجود المحرر المطلوب تقديمه بين يدي الخصم . وذلك سداً لباب التحايل على أحكام القانون من جانب الخصم فيعمد إلى طلب إلزام خصمه بتقديم محرر يزعم وجوده تحت يده على خلاف الحقيقة والواقع بقصد إطالة أمد النزاع بينهما .

هـ- بيان وجه إلزام الخصم بتقديم المحرر الموجود تحت يده . وهذا يوجب على الخصم أن يثبت للقاضي توافر حالة من الحالات الثلاث التي يجيزها القانون لإلزام الخصم بتقديم المحرر الموجود تحت يده .

(١) تنص المادة ٢٥ إثبات مصري على أنه " إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به في الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل . " . هذه المادة تعادل المادة ٢٦ إثبات بحريني .

فإذا استوفى الطلب كل هذه البيانات جاز للقاضي أو رئيس الدائرة إجابة مقدم الطلب إلى طلبه ، والحكم من ثم بإلزام خصمه بتقديم المحرر الموجود تحت يده في موعد معين يحدده له ، كما أن له أن يرفض هذا الطلب إذا لم يجد ما يبرره ، كما لو رأى أن هذا المحرر غير منتج في الدعوى .

ويراعى أنه إذا أقرّ الخصم بوجود المحرر في حوزته أو سكت عن الرد على ذلك ولم ينكر ما أثبتته مقدم الطلب من دلائل تفيد وجود المحرر في حوزته ، أمرت المحكمة بإلزامه بتقديمه في الحال أو في أقرب موعد تحدده له المحكمة (م ١/٣٤ إثبات مصري (١)) .

أما إذا أنكر الخصم وجود المحرر لديه ولم يتمكن مقدم الطلب من إثبات وجوده في حوزته ، تعين على المنكر أن يحلف يمينا بعدم وجود المحرر لديه ، أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه ، وأنه لم يخفه أو لم يهمل في البحث عنه ليحرم الخصم الآخر من الاستشهاد به (م ٢/٢٣ إثبات مصري (٢)) .

وإذا لم يستجب الخصم إلى الحكم الصادر بإلزامه بتقديم المحرر خلال الموعد المضروب له من قبل المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين عند إنكاره لوجوده في حوزته ، عاملت المحكمة صورة المحرر المقدمة من خصمه مقدم الطلب معاملة المحرر الأصلي الذي طلب تقديمه ، وإذا لم يكن مع مقدم الطلب صورة منه جاز للمحكمة الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكل المحرر الذي يطلبه وبما ورد فيه من مضمون أو موضوع (م ٢٤ إثبات مصري (٣)) .

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة ، أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة، اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه " . هذه المادة تعادل المادة ٢٥ إثبات بحريني .

(٢) تنص المادة ٢/٢٣ إثبات مصري على أنه " وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب، وجب أن يحلف المنكر يمينا، بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به " . هذه المادة تعادل المادة ٢/٢٤ إثبات بحريني .

(٣) إذ تنص هذه المادة على أنه " إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة ، أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة، اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه " . هذه المادة تعادل المادة ٢٥ إثبات بحريني .

الفرع الثاني

إلزام الغير بتقديم محرر موجود تحت يده

أجاز القانون لأي من طرفي الدعوى أن يطلب من المحكمة أثناء سير الدعوى في أي مرحلة من مراحلها (ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف) إدخال الغير خصماً في الدعوى لإلزامه بتقديم محرر موجود تحت يده أو صورة رسمية منه ، وذلك في الأحوال المسموح بها قانوناً ، ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها قانوناً في هذا الشأن وفق النصوص القانونية سالفه الذكر (م ٢٦ إثبات مصري (١)) .

وإذا امتنع الغير عن تقديم المحرر الموجود تحت يده رغم تقديم مقدم الطلب من الخصوم الأدلة المثبتة لوجوده عنده ، جاز للمحكمة الحكم عليه بالغرامة لعدم امتثاله أمرها بتقديم هذا المحرر ، مع ثبوت الحق في التعويض عن الضرر الناجم عن حرمان الخصم من المنفعة المرجوة من تقديم المحرر المثبت للحق الذي يدعيه ، في ضوء قواعد المسؤولية المدنية ، سواء كانت عقدية أم تقصيرية تبعاً لطبيعة العلاقة العقدية أو غير العقدية بين الخصم رافع الدعوى والغير المرفوعة عليه هذه الدعوى .

كما يجوز للمحكمة أيضاً أن تطلب من الجهات الإدارية أن تقدم لها كتابياً كل ما يلزم للسير في الدعوى التي تنظرها وسرعة الفصل فيها من معلومات أو أوراق ، طالما أن ذلك لا يخل بالمصلحة (٢) .

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة " . هذه المادة تعادل المادة ٢٧ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ٢/٢٧ إثبات بحريني على أنه " ولها (أي للمحكمة) أيضاً أن تطلب من الجهات الإدارية أن تقدم كتابياً ما لديها من المعلومات والوثائق اللازمة للسير في القضية ، بشرط ألا يخل تقديم ذلك بالمصلحة العامة " . هذه الفقرة الثانية من المادة ٢٧ إثبات بحريني ليس لها ما يعادلها في قانون الإثبات المصري ، لكن ذلك لا يمنع من تطبيق مضمونه لأنه يتسق مع القواعد العامة لصلاحيات وسلطات القاضي في مجال الإثبات .

الفرع الثالث

إلزام من يحوز أو يحرز محرراً أو شيئاً يتعلق بحق مدعى به بعرضه

أجاز القانون لمن يدعي حقاً ما في دعوى قضائية أن يطلب من المحكمة التي تنظرها إلزام من يحوز محرراً أو يحوز شيئاً أو يحرزه ، بأن يعرضه عليه في هذه الدعوى ، مادام أنه يتعلق بالحق المدعى به في هذه الدعوى ، وكان فحصه من قبل المحكمة لازماً للبت في هذا الحق ، سواء من حيث وجوده أو نشأته أم من حيث تحديد نطاقه ومداه (م ١/٢٧ إثبات مصري (١)) .

فعلى سبيل المثال يجوز لمالك الشيء المسروق أن يطلب من مشتري هذا المال المسروق عرضه عليه ليتأكد من ذاتيته ويثبت حقه عليه في مواجهة سارقه أو بائعه (٢) .

ويتم عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضي مكاناً آخر لذلك العرض ، على أن يتحمل طالب العرض نفقات العرض مقدماً ، بل وللقاضي تعليق إجراء هذا العرض على تقديم طالب العرض كفالة مقدماً كافية لتغطية ما قد يحدث من أضرار من جراء هذا العرض (م ٣/٢٧ إثبات مصري (٣)) .

ويجوز للقاضي رفض إصدار الأمر بعرض الشيء ، إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه (م ٢/٢٧ إثبات مصري (٤)) .

(١) إذ تنص هذه المادة على أن " كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه. فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن ويتقدمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له " . هذه المادة تعادل المادة ١/٢٨ إثبات بحريني .

(٢) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد " الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني " ، بند ٧٣ ، ص ١٢٤ ، الطبعة الأولى ٢٠٠١/٢٠٠٢ م ، مطبعة جامعة البحرين .

(٣) إذ تنص هذه المادة على أنه " ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض " . هذه المادة تعادل المادة ٣/٢٨ إثبات بحريني .

(٤) إذ تنص هذه المادة في هذا المعنى قائلة " على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه " . هذه المادة تعادل المادة ٢/٢٨ إثبات بحريني .

المطلب الثاني

كيفية دحض حجية المحررات

إذا وجدت المحكمة في المحرر (سواء كان محرراً رسمياً أم عرفياً) المقدم إليها في إحدى القضايا ، أي كشط أو تحشير أو حشو أو غيرهم من العيوب المادية التي قد تعتور هذه المحررات ، كان من صلاحيتها أن تقدر بكل حرية ما يترتب علي هذا العيب من تأثير على قوة المحرر في الإثبات ، سواء بالإنقاص من هذه القوة أم بإسقاطها بالكلية أم حتى بالاحتفاظ له بقوته دون الالتفات إلى ذلك العيب المادي المدعى به أمامها ، ولا معقب عليها في قضائها في هذا الخصوص ، متى أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تبرره .

كما أن لها إذا قدرت أن صحة هذا المحرر محل شك (سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على ما أثاره بشأنه أحد الخصوم) أن تستدعي من تلقاء نفسها الموظف الذي صدر عنه المحرر (هذا إذا كان المحرر رسمياً) ، أو الشخص الذي صدر عنه المحرر حاملاً توقيعيه (هذا إذا كان المحرر عرفياً) ليبيدي للمحكمة ما يوضح لها حقيقة الأمر ويزيل عن هذا المحرر مظاهر الشك في سلامته أو صحته (م ٢٨ إثبات مصري (١)) .

وإذا أراد الشخص دحض حجية المحرر الرسمي في مواجهته ، فليس له من سبيل لدفع الاحتجاج به عليه سوى الطعن عليه بالتزوير ، في حين أنه إذا جرى الاحتجاج عليه بالمحرر العرفي ، كان بالخيار بين إنكاره أو الادعاء بتزويره لدحض حجية المحرر العرفي في مواجهته ، ولذا تنص المادة ٢٩ إثبات مصري على أن " إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع يرد على المحررات غير الرسمية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية " (٢) .

(١) إذ تنص هذه المادة على أن " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها " . " وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبيدي ما يوضح حقيقة الأمر

فيه" . هذه المادة تعادل المادة ٢٩ إثبات بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٣٠ إثبات بحريني .

الفرع الأول

إنكار التوقيع وتحقيق الخطوط

يكفي من يريد عدم الاحتجاج عليه بمحرر عرفي إنكار نسبه إليه ، وذلك بإنكار أن يكون التوقيع الوارد فيه له ، فينكر الخط أو الإمضاء أو بصمة الأصبع ، وعندئذ تزول مؤقتاً عن هذا المحرر حجبه في مواجهة المنكر إلى أن يضطلع الطرف الآخر بإثبات نسبة التوقيع إلى من أنكره ، وذلك عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة يسمى " طلب تحقيق الخطوط " .

وللمحكمة أن ترفض طلب تحقيق الخطوط ، إذا رأت في وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفي لتكوين عقيدتها بصحة المحرر ، وعندئذ يتعين عليها تسبيب حكمها ببيان العناصر التي استندت عليها في تكوين اقتناعها ، وإلا كان الحكم معيباً بالقصور أمام محكمة النقض .

كما أن لها أن تقبل الطلب المقدم إليها بطلب تحقيق الخطوط متى كان المحرر منتجاً في الدعوى ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدتها في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ، فتأمر بتحقيق الخطوط بعد أن تحرر محضراً تبين فيه حالة المحرر وأوصافه بياناً كاملاً ويوقع على هذا المحضر كل من رئيس الجلسة وكاتب الجلسة ، والخصوم فضلاً عن وجوب توقيع كل من رئيس الجلسة وكاتبها على المحرر ذاته المراد إجراء تحقيق الخطوط بشأنه (م ٣١ إثبات مصري (١)) ، ولا شك أن التوقيع على المحرر ذاته من رئيس الجلسة وكاتبها يمثل ضماناً أساسيةً ضد احتمالات التلاعب والتحايل باستبدال المحرر بآخر . ويتم تحقيق الخطوط إما عن طريق المضاهاة أو عن طريق سماع الشهود أو بهما معاً ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً: تحقيق الخطوط بطريق المضاهاة

وتتم عملية المضاهاة عن طريق إجراء مقارنة أو مطابقة مادية بين الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموجود على المحرر العرفي الذي جرى إنكاره وبين ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع في ورقة متفق عليها أو في محرر

(١) إذ تنص هذه المادة على أن " يحزر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بياناً كافياً ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم ، ويجب توقيع المحرر ذاته من

رئيس الجلسة والكاتب " . هذه المادة تعادل المادة ٣٢ إثبات بحريني .

رسمي أو في جزء معترف بصحته من محرر عرفي أو في ورقة يجري فيها استكتابه (م ٣٦، ٣٧ إثبات مصري) .

ذلك أن المحكمة إذا وافقت على طلب إجراء تحقيق الخطوط ، حددت اليوم والساعة اللذين يجري فيهما هذا التحقيق ، وتولى قسم الكتاب تكليف الخبير بالحضور أمام القاضي في هذا الموعد المحدد لمباشرة التحقيق ، ويجب على الخصوم الحضور في هذا الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق للمضاهاة والاتفاق فيما بينهم على ما يصلح منها لإجراء المضاهاة عليها (م ٣٦، ٣٧ إثبات مصري) .

فإذا تخلف عن الحضور الخصم المتمسك بالورقة العرفية والمكلف إذن بإثبات صحتها بغير عذر مقبول تقبله المحكمة ، جاز لها أن تحكم عليه بسقوط حقه في الإثبات بها ، ، أما إذا تخلف عن الحضور خصمه جاز للمحكمة أن تعتبر الأوراق المقدمة من المتمسك بهذه الورقة العرفية صالحة للمضاهاة بها مع هذه الورقة العرفية م ٣٤ مصري .

وإذا حضر الخصمان كان من حقهما الاتفاق على الأوراق التي تجري مضاهاتها بالمحرر ، فإن تنازعا أو لم يتفقا لم يجز للمحكمة أن تجري المضاهاة إلا من خلال إحدى هذه الأوراق الآتية :

١- الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على محرر رسمي وأضاف قانون الإثبات البحريني إلى هذه الحالة المذكورة في قانون الإثبات المصري المحرر العرفي المعترف بصحته من قبل الخصم وعندئذ لا يعتد في هذا الفرض بالمحرر العرفي المحكوم بصحته بعد إنكاره من قبل الخصم) .

٢- الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من المحرر الذي يراد تحقيقه

٣- خط الخصم أو إمضاؤه الذي يكتبه أو البصمة التي يطبعها أمام القاضي وفي حضور الخبير . وذلك إذا لم يتوافر شيء مما سبق .

وإذا كانت المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة موجودة لدى إحدى الجهات الحكومية ، جاز للقاضي إصدار أمر بإحضارها منها أو انتقل مع الخبير إلى محلها للإطلاع عليها دون نقلها من مكانها (١) .

(١) إذ تنص المادة ٣٨ إثبات مصري على أنه " يجوز للقاضي أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التي تكون بها أو ينتقل مع الخبير

وإذا جرى تسليم المحررات الرسمية إلى قسم الكتاب قامت الصور المنسوخة منها مقام الأصول متى كانت ممضاة من القاضي المنتدب والكاتب والموظف الذي سلم الأصول ، مع مراعاة أنه إذا أعيدت الأصول إلى مكانها ردت الصور إلى قسم الكتاب ليقوم بإلغائها (م ٣٩ إثبات مصري) . وإذا لم يكن الخصم المراد استنكابه حاضراً حدد القاضي له ميعاداً معيناً لحضوره واستنكابه ، فإن لم يحضر بغير عذر مقبول جاز للقاضي الحكم بصحة المحرر (م ٣٥ إثبات مصري (١)) ، وتتم المضاهاة عن طريق خبير واحد أو ثلاثة خبراء يجري تعيينهم في الحكم الصادر بإحالة الأوراق للتحقيق (٣٢ إثبات مصري(٢)) .

ثانياً: تحقيق الخطوط عن طريق سماع الشهود

يتم تحقيق الخطوط عن طريق سماع شهادة الشهود بأن يشهد هؤلاء الشهود على حدوث واقعة الكتابة أو واقعة التوقيع ذاتها من قبل من صدرت عنه ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٢ إثبات مصري بقولها " لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت إليه " (٣) .

وجدير بالذكر أن دور الشاهد في تلك الدعوى لا يتجاوز حدود الشهادة على رؤيته للشخص أثناء تحريره الورقة العرفية المنسوبة إليه أو أثناء توقيعه عليها بخطه أو بختمه أو ببصمة يده ، دون أن تتعدى ذلك ليشهد على مضمون الورقة ذاتها أو ما ورد فيها من بيانات أو شروط . ويرخص للمحكمة في أن تجمع بين المضاهاة وسماع الشهود أو تكتفي بواحدة منهما ، وذلك وفق ما تراه محققاً للغاية المرجوة من وراء تحقيق الخطوط ، والتي تتمثل في تأكدها من نسبة أو عدم نسبة المحرر العرفي إلى من صدر عنه عند إنكاره له .

وإذا حكمت المحكمة بصحة المحرر العرفي رغم إنكاره من قبل من نسب إليه ، سواء صدر هذا الحكم منها بعد اتخاذها إجراءات تحقيق الخطوط ، أم دون اتخاذها تلك الإجراءات لقناعتها التامة بصحته من خلال الوقائع والأوراق المؤكدة لذلك في ملف الدعوى ، فإنها تحكم على المنكر

إلى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها " . هذه المادة تعادل المادة ٣٩ إثبات بحريني .

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه "على الخصم الذي ينازع في صحة المحرر أن يحضر بنفسه للإستكتاب في الموعد الذي يعينه القاضي لذلك، فإن امتنع عن الحضور بغير

عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر" . هذه المادة تعادل المادة ٣٦ إثبات بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٣٣ إثبات بحريني .

(٣) هذه المادة تعادل المادة ٤٣ إثبات بحريني .

للمحرر بالغرامة المالية التي لا تقل عن مائة دينار ولا تجاوز خمسمائة دينار (م ٤٣ إثبات مصري (١)) .

ويثار التساؤل حول مدى جواز الحكم بالغرامة في مواجهة الخلف العام أو الخلف الخاص عند الحكم بصحة المحرر العرفي المطعون عليه من هذا الخلف عاماً كان أم خاصاً ؟ يمكن القول بأنه يستفاد من النص القانوني المنظم لهذه الفرضية أن الخلف العام أو الخلف الخاص لا يحكم عليه بالغرامة إلا عند إنكاره لنسبة المحرر إلى سلفه ، هذا مع مراعاة عدم جواز تعدد هذه الغرامة في حقه في حال تعدد من يمثلون مركزه (سواء كانوا خلفاً عاماً أم خلفاً خاصاً) ، ومن ثم يحكم عليهم بغرامة واحدة وإن تعددوا ، أما إذا اقتصر طعن الخلف العام أو الخلف الخاص على مجرد عدم العلم بتحرير سلفه للمحرر أو عدم علمه بتوقيعه عليه بأي صورة من صور التوقيع فلا يحكم عليه بالغرامة (٢) .

ويجب على المحكمة إذا حكمت بصحة المحرر أو برده أو سقوط الحق في إثبات صحته ، أن تحدد أقرب جلسة ليبيدي فيها الخصوم كل ما لديهم من أوجه دفاع أخرى قبل الفصل في موضوع الدعوى التي أثير بشأنها النزاع حول صحة المحرر العرفي ومدى نسبته إلى من صدر عنه (٣) ، وليس من حقها أن تقضي بحكم واحد في صحة المحرر أو رده أو سقوط الحق في إثبات صحته ، وفي موضوع الدعوى (٤) .

ويجيز القانون لمن بيده محرر عرفي ابتداء رفع دعوى مبتدأة يختصم فيها من صدر عنه هذا المحرر ليقر دون سابق نزاع بينهما بنسبة المحرر إليه ، سواء كان ذلك مرتكزاً على تحريره إياه بخطه أم بتوقيعه إياه بالإمضاء أو الختم أو ببصمة الإصبع ، حتى وإن كان الالتزام المدون به

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه " إن حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره بغرامة لا تقل عن أربعمائة جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه " وقد عدلت قيمة هذه الغرامة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م ، ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م ، ثم بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ م . وجدير بالذكر أن هذه المادة تعادل المادة ٤٤ / ١ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ٢٣/٤٤ ٢،٣ إثبات بحريني على أنه " ولا يقضي بالغرامة على الوارث أو الخلف الذي اقتصر طعنه على عدم علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى الحق عنه. ولا تتعدد الغرامة بتعدد الورثة أو الخلف . هذه المادة ليس لها ما يقابلها في قانون الإثبات المصري .

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ٤٤ إثبات مصري بقولها " إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة " . هذه المادة تعادل المادة ٤٥ إثبات بحريني .

(٤) إذ تنص المادة ١/٤٥ إثبات بحريني على أنه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بحكم واحد بصحة المحرر أو برده أو بسقوط الحق في إثبات صحته وفي موضوع الدعوى " . هذه المادة ليس لها ما يقابلها في قانون الإثبات المصري .

غير مستحق الأداء ، وذلك من خلال اتباعه الإجراءات المعتادة لرفع دعوى أصلية تعرف باسم " دعوى تحقيق الخطوط الأصلية " .

فإذا رفع من بيده المحرر هذه الدعوى الأصلية بغية إثبات نسبة المحرر العرفي إلى من صدر عنه ، لم يخرج سلوك المدعى عليه عن أحد هذه الفروض الثلاثة الآتية :

١- الفرض الأول: حضوره مع إقراره بصحة نسبة المحرر إليه

إذا حضر المدعى عليه وأقر بصحة نسبة هذا المحرر إليه ، أثبتت المحكمة هذا الإقرار عليه في محضر الجلسة ، ويأخذ حكم هذا الإقرار حضوره مع سكوته أو مع عدم إنكاره لنسبته إليه أو مع عدم نسبته إلى أحد غيره ، إذ يعد مسلكه في أي من هذه الفروض بمثابة إقرارٍ ضمني لنسبة هذا المحرر إليه .

٢- الفرض الثاني: غيابه رغم سبق إعداره بالحضور

إذا تغيب المدعى عليه عن الحضور إلى المحكمة رغم سبق إعداره بالحضور ليبيدي رأيه بشأن صحة نسبة المحرر إليه ، حكمت المحكمة بصحة نسبة المحرر إلى من صدر عنه، تأسيساً على أنه يستفاد من غيابه عن الحضور في الدعوى رغم إعداره بشأنها يعد من قبيل الإقرار الضمني بصحة نسبة المحرر إلى صاحبه ، وإلا لبادر سريعا إلى الحضور لإنكار هذه النسبة إليه .

٣- الفرض الثالث: حضوره مع إنكاره الصريح لنسبته إليه

إذا حضر المدعي عليه وأنكر صراحة نسبة هذا المحرر إليه (سواء بإنكاره أن الخط خطه ، أم بإنكاره للتوقيع عليه بأي صورة من صور التوقيع بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الإصبع) ، تم اللجوء إلى تحقيق الخطوط (سواء بطريق المضاهاة أم بسماع شهادة الشهود أم بهما معاً حسبما تقدر المحكمة) ، ما لم تر المحكمة الحكم بصحة نسبة المحرر إلى المدعى عليه دون اللجوء إلى تحقيق الخطوط ، وذلك إذا رأت في ظروف الدعوى وأوراقها الموجودة بملف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها بصحة نسبة المحرر إلى المدعى عليه (١) .

(١) إذ تنص المادة ٤٨ إثبات مصري على أنه " إذا أنكر المدعى عليه الخط أو الإمضاء أو بصمة الإصبع فيجوز التحقيق طبقاً للقواعد العامة " . هذه المادة تعادل المادة

٤٩ إثبات بحريني .

الفرع الثاني الادعاء بالتزوير

أولاً: معنى الادعاء بالتزوير وإجراءاته

١- معنى الادعاء بالتزوير والمحركات التي تمثل محلاً له

الادعاء بالتزوير هو طعن في عدم صحة المحرر الرسمي أو بعض المحررات العرفية وفق إجراءات قانونية محددة .

والأصل العام أن الادعاء بالتزوير قد جعل أصلاً وسيلة قانونية لدحض حجية المحرر الرسمي وحده ، دون المحرر العرفي الذي يكفي مجرد إنكاره بصفة عامة لعدم الاحتجاج به في مواجهة من ينسب إليه ، بيد أن بعض المحررات العرفية لا يكفي مجرد الإنكار لدحض حجيتها ، وإنما يلزم الادعاء بتزويرها ، هذه المحررات هي على التفصيل الآتي :

أ- المحررات العرفية المصدق على التوقيع عليها من قبل مكاتب التوثيق . وذلك عندما ينكر من ينسب إليه المحرر عدم توقيعه عليها أو ينكر خلفه توقيع السلف على هذا المحرر .

ب- المحررات العرفية المعترف بالتوقيع عليها أو المحكوم بصحة هذا التوقيع ، عند ادعاء من ينسب إليه المحرر بحدوث تغيير مادي فيه أيا كان شكله ، أي سواء كان بالمحو منه أم الزيادة فيه أم بغيرهما .

ت- المحررات العرفية الموقع عليها بالختم ، عند ثبوت التوقيع بهذا الختم عن طريق الأدلة المقدمة من قبل من يتمسك بالمحرر ، أو عند إقرار من ينسب إليه المحرر بحصول التوقيع بختمه فعلا ، مع إنكاره لحصوله منه شخصياً أو من شخص نائب عنه في ذلك .

ث- المحررات العرفية المناقش موضوعها من قبل الخصم قبل إنكاره للخط المكتوبة به أو إنكاره للتوقيع عليها . تأسيساً على أن مناقشة الخصم لموضوع المحرر عند عرضه عليه دون حصول إنكار منه وقتها ، يحمل ضمناً على التسليم بصحة نسبه إليه ، على نحو يسمح بتصوير احتمال حصول الإنكار منه بعد ذلك بقصد التحايل لنقل عبء

الإثبات من على عاتقه إلى عاتق خصمه الذي سيطالب على إثر ذلك بإثبات صحة نسبة المحرر إلى من يراد الاحتجاج به عليه .

٢- إجراءات الادعاء بالتزوير

يتم الادعاء بالتزوير بتقرير يودعه مدعي التزوير لدى قلم الكتاب المحكمة (وهو جهاز يعادل قسم الكتاب في البحرين) في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ، حتى وإن كان لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، يبين فيه بصورة دقيقة ومحددة جميع مواضع التزوير المدعى بها وإلا كان الادعاء باطلاً (١) ، ويتعين عليه في البحرين إلى جانب ذلك أن يقوم بإيداع كفالة مالية قدرها مائة دينار بحريني لتعويض الضرر الذي قد يصيب الخصم الآخر من جراء هذا الادعاء ، وإلا كان الادعاء باطلاً (٢) .

ويلتزم مدعي التزوير بضرورة إعلان خصمه بمذكرة شارحة بصورة مفصلة ودقيقة لشواهد التزوير ، وما يطلبه من إجراءات التحقيق لإثباته خلال الثمانية التالية لتقديم التقرير (٣) . ويجب على مدعي التزوير تسليم قلم الكتاب المحرر المطعون فيه إن كان تحت يده أو يسلم صورته المعلنة إليه إن لم يكن تحت يده ، وإذا كان المحرر تحت يد المحكمة أو كاتب الجلسة تعين إيداعه قسم الكتاب (٤) .

وإذا كان المحرر في حيازة خصم مدعي التزوير جاز لرئيس الجلسة بعد إطلاعه على التقرير بالتزوير المقدم من المدعي أن يصدر أمراً بضبط هذا المحرر وإيداعه قلم الكتاب ، فإذا امتنع

(١) إذ تنص المادة ١/٤٩ إثبات مصري على أن " يكون الإدعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير في قلم الكتاب ويبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى به وإلا كان باطلاً " . هذه المادة تعادل المادة ١/٥٠ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ١/٥٠ إثبات بحريني على أن " يكون الإدعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير في قسم الكتاب بعد إيداع كفالة قدرها مائة دينار لتعويض ما قد يصيب الخصم الآخر من ضرر ، ويبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى به وإلا كان باطلاً " .

(٣) إذ تنص المادة ١/٤٩ إثبات مصري على أنه " ويجب أن يعلن مدعي التزوير خصمه بمذكرة في الثمانية أيام التالية لتقديم التقرير يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته به " . هذه المادة تعادل المادة ٢/٥٠ إثبات بحريني .

(٤) إذ تنص المادة ٥٠ إثبات مصري على أنه " على مدعي التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون فيه إن كان تحت يده - أو صورته المعلنة إليه - فإن كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب " . هذه المادة تعادل المادة ٥١ إثبات بحريني .

الخصم عن تسليمه فتعذر على إثر ذلك ضبطه اعتبر غير موجود ، غير أن ذلك لا يمنع من إمكانية إعادة ضبطه من جديد متى أمكن حصول ذلك (١) .

ثانياً: شروط قبول الادعاء بالتزوير

لا تقبل المحكمة الطعن بالتزوير بمجرد إيداع التقرير به من قبل المدعي به ، بل

تخضعه لتقديرها للتأكد من استيفائه لشروط معينة تبرر قبوله ، هذه الشروط تتمثل في الآتي :

١- الشرط الأول: خلو أوراق الدعوى من أدلة كافية لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو

تزويره .

٢- الشرط الثاني: أن يكون الطعن في هذا المحرر بالتزوير جائزاً قانوناً . نظراً لأن بعض

المحررات لا يجوز الطعن بتزويرها ، فعلى سبيل المثال لا يجوز الطعن بالتزوير على ورقة سبق صدور حكم قضائي بصحتها بعد إنكارها ، لما في هذا الطعن من منافاة لحجية الأمر المقضي .

٣- الشرط الثالث: أن يكون الادعاء بالتزوير منتجاً في الدعوى . وهذا أمر طبيعي إذ لا بد أن

يكون للدعاء بالتزوير عند ثبوته تأثير في موضوع الدعوى ، ومن ثم فلا قيمة لادعاء بالتزوير في شأن ورقة لا تتصل بموضوع الدعوى أصلاً أو تتصل به لكن لا أثر لها عليه حتى مع ثبوت تزويرها .

٤- الشرط الرابع: أن يكون إجراء التحقيق ذاته في الطعن بالتزوير منتجاً . بمعنى أن تكون

شواهد ومظاهر التزوير التي يدعيها الطاعن منتجةً ، على نحو مؤدٍ عند ثبوت صحتها إلى الحكم بالتزوير ، حتى وإن كانت قبل إجراء هذا التحقيق فيها غير كافية لتوفير قناعة المحكمة بثبوت التزوير .

ثالثاً: كيفية الفصل في الطعن بالتزوير

إذا توافرت الشروط سالفة الذكر وارتأت المحكمة وفق سلطتها التقديرية حاجة المحرر إلى

التحقيق فيه للتأكد من صحته أو سلامة نسبته إلى من صدر عنه ، أصدرت حكمها بإحالة هذا المحرر إلى التحقيق مشتملاً على البيانات الآتية (١) :

(١) إذ تنص المادة ٥١ إثبات مصري على أنه " إذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يأمر بضبطه وإيداعه قلم الكتاب " .

" فإذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه، فيما بعد إن أمكن " . هذه المادة تعادل المادة ٥٢ بحريني .

١- البيان الدقيق المحدد للوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها .

٢- الإجراءات التي ارتأت المحكمة اتخاذها من وسائل لإثبات صحة أو تزوير المحرر .

٣- ندب أحد قضاة هذه المحكمة لمباشرة التحقيق .

٤- تعيين خبير أو ثلاثة خبراء لإجراء التحقيق المطلوب في شأن المحرر .

٥- تحديد اليوم والساعة اللذين يجري فيهما التحقيق .

ويترتب على الحكم الصادر بالتحقيق في المحرر وقف صلاحيته للتنفيذ إلى أن يتم الفصل في موضوع الطعن بالتزوير ، غير أن هذا لا يحول دون صلاحيته لاتخاذ أية إجراءات تحفظية بموجبه لحماية حقه الثابت به (٢) .

ويجري التحقيق في المحرر المطعون فيه بالتزوير إما عن طريق المضاهاة ، وإما عن طريق سماع الشهود ، وإما عن طريقهما معاً حسب تقدير المحكمة .

وقد أجاز القانون للمدعى عليه أن يتدخل في أية حالة تكون عليها إجراءات التحقيق في المحرر المطعون فيه بالتزوير لينهي هذه الإجراءات ، إذا نزل صراحة عن التمسك بهذا المحرر في مواجهة خصمه (٣) ، لأنه لن تكون للمدعي بعد هذا النزول أي مصلحة في الاستمرار في هذه الإجراءات ، غير أن هذا لا يمنع المحكمة من الأمر بضبط هذا المحرر أو بحفظه بناء على طلب مدعي التزوير ، متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك (٤) .

أما إذا استمر الادعاء بالتزوير ، فللمحكمة بعد ثبوت صحة المحرر المطعون بالتزوير فيه أمامها ، سواء أكان ذلك قد تأكد لها بعد التحقيق في صحة المحرر أم ارتأته المحكمة قبل التحقيق فيه من خلال أوراق الدعوى ومستنداتهما ، أن ترفض الادعاء بالتزوير وتحكم بصحة المحرر ، كما

(١) إذ تنص المادة ٥٣ إثبات مصري على أنه " يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة في المادة (٣٣) " . هذه المادة تعادل المادة ٥٤ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ٥٥ إثبات مصري على أن " الحكم بالتحقيق عملاً بالمادة (٥٢) يوقف صلاحية المحرر للتنفيذ إلى أن يفصل في موضوع التزوير دون إخلال بالإجراءات التحفظية " . هذه المادة تعادل المادة ٥٦ إثبات بحريني .

(٣) إذ تنص المادة ١/٥٧ إثبات مصري " للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الإدعاء في أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه " . هذه المادة تعادل المادة ١/٥٨ إثبات بحريني .

(٤) إذ تنص المادة ٢/٥٧ إثبات مصري " وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعي التزوير لمصلحة مشروعة " . هذه المادة تعادل المادة ٢/٥٨ إثبات بحريني .

أن للمحكمة أن تحكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه بالتزوير إذا لم يعلن خصمه بمذكرة شارحة لشواهد التزوير في المحرر .

ويجب على المحكمة إذا حكمت برفض الادعاء بالتزوير وإثبات صحة المحرر أو إذا حكمت بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه بسبب عدم إعلانه لخصمه بمظاهر التزوير أو شواهد ، أن تحكم على مدعي التزوير بغرامة مالية التي لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه ، وتتعدد هذه الغرامة بتعدد الأوراق المدعى بتزويرها ، هذا ما لم يكن ثمة ارتباط بين الأوراق المتعددة ، إذ لا عبرة بالتعدد ما دامت هذه الأوراق المتعددة لا ينفك بعضها مع بعض ، هذا مع مراعاة ألا يحكم على هذا المدعي بشيء إذا ثبتت صحة بعض ما ادعاه (١) .

وقد رخص القانون للمحكمة ولو من تلقاء نفسها ، (أي حتى ولو لم يدع أمامها بالتزوير) أن تحكم برد أي محرر وإبطال الاحتجاج به ، متى تبين لها أنه مزور سواء ظهر لها ذلك من حالته أو من ظروف الدعوى ، شريطة التزامها ببيان الظروف والقرائن التي اكتشفت منها حقيقة المحرر المزور (٢) .

وإذا كان القانون قد رخص في رفع دعوى فرعية يطعن فيها بالتزوير في المحرر الذي يراد الاحتجاج به عليه على نحو ما رأينا آنفاً ، فقد رخص أيضاً في رفع دعوى أصلية مبتدأة للادعاء بالتزوير في محرر معين مخافة الاحتجاج به عليه في المستقبل مختصماً فيها من بيده هذا المحرر ومن يستفيد منه ليعلم ما تصدره المحكمة من حكم بشأنه ، وعندئذ يتعين على المحكمة الالتزام بالقواعد القانونية المنظمة لدعوى التزوير الفرعية ، سواء في شأن إجراءات التحقيق في هذه الدعوى أم في خصوص الحكم الصادر فيها (٣) .

(١) إذ تنص المادة ٥٦ إثبات مصري على أنه " إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه " . ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه " . هذه المادة تعادل المادة ٥٧ إثبات بحريني .

(٢) () إذ تنص المادة ٥٨ إثبات مصري على أنه " يجوز للمحكمة -ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة- أن تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور " . " ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي تبينتها منها ذلك " . هذه المادة تعادل المادة ٥٩ إثبات بحريني .

(٣) إذ تنص المادة ٥٩ إثبات مصري " يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة " .

" وتراعي المحكمة في تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها في هذا الفصل والفرع السابق " . هذه المادة تعادل المادة ٦٠ إثبات بحريني .

الفصل الثاني

شهادة الشهود

تمهيد وتقسيم سنعرض في هذا الفصل أحكام شهادة الشهود لنقف على معناها ودورها في الإثبات ، وما يلزم للاحتجاج بها من شروط سواء في جانب الشاهد أم في الشهادة ذاتها ، فضلاً عن بيان ما يلزم من إجراءات للإثبات بواسطتها ، وحدود أو نطاق الاستدلال بها ، وسلطة المحكمة في تقدير قيمة الشهادة ، وأخيراً مدى جواز رفع دعوى أصلية للإثبات بشهادة الشهود .

المبحث الأول

مدلول الشهادة ودورها في الإثبات القضائي

بادئ ذي بدء ينبغي الإشارة إلى إنه وإن كان لفظ البينة يعد مرادفاً للفظ الشهادة من الناحية الفنية والقانونية ، إلا أنه قد يطلق هذا اللفظ تارة بمعنى عام واسع فيستعمل للدلالة على مطلق أدلة الإثبات دون قصرها على دليل بعينه ، ليسع بذلك كل أدلة الإثبات التي يمكن أن يستعين بها المدعي في إثبات ما يدعيه مما يخالف الثابت أصلاً أو ظاهراً أو عرضاً أو فرضاً أياً كانت تلك الوسيلة المستعملة في هذا الإثبات ، دون أن يحصر في دليل واحد بعينه ، ولذا صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " (١) ، وقد يطلق لفظ البينة للدلالة على معنى خاص ضيق فيستعمل للدلالة على دليل واحد بعينه من غير صرف له عما سواه من الأدلة ألا وهو الشهادة فيكون بذلك مرادفاً لها وحدها دون غيرها من الأدلة الأخرى .

ويقصد بالشهادة أو بالبينة في الاصطلاح إخبار الشخص عن معاينته واقعة معينة صدرت عن غيره تثبت حقاً لشخص ثالث أمام القضاء . وهي بهذا المعنى تختلف عن الادعاء الذي يتقدم به الشخص ليثبت به حقاً لنفسه في مواجهة غيره ، كما تختلف عن الإقرار الذي يصدر عن الشخص أمام القضاء ليثبت به على نفسه التزاماً معيناً لصالح غيره ، أو يثبت به حقاً معيناً لغيره في مواجهة نفسه .

وجدير بالذكر أن الشهادة كانت تحتل قديماً مركز الصدارة بين أدلة الإثبات لفترات زمنية طويلة من عمر البشرية ، خاصة مع رسوخ المقومات الإنسانية النبيلة في وجدان الناس مثل الصدق فهو

(١) رواه البيهقي بإسناد صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما وقد صححه الألباني .

من الصفات التي ساهمت بشدة في الارتقاء بمستوى الشهادة إلى هذه المنزلة ، ، فقد كان الناس قديماً بفطرتهم الصحيحة التي فطرهم الله عليها حتى قبل ظهور الديانات السماوية ، أو بمعنى أدق حتى في الفترات الزمنية التي كانت تفصل بين ظهور هذه الديانات السماوية وتبليغ الأنبياء (عليهم وعلى نبينا الصلاة والسلام) إياها للخلق ، ينفرون بشدة من الكذب ويحرصون على التحلي بالصدق ، هذا فضلا عن اشتهاار الناس (الشهود) قديماً بقوة الذاكرة وقوة الضمير أو الوازع الديني في نفوسهم ، كل ذلك ساهم في إعلاء قدر الشهادة في حياة المجتمعات الإنسانية القديمة ، بل إن إسلامنا الحنيف جعل حسن أداء الشهادة من أعظم القربات والطاعات إلى الله تعالى ، وجعل في نفس الوقت كتمانها وعدم الوفاء بها وبمتطلباتها من مظاهر فساد القلب وسوء النية.

وقد ساهمت صعوبة الكتابة لاسيما مع انتشار الجهل على احتفاظ الشهادة بمكانتها الرائدة بين أدلة الإثبات لفترات زمنية طويلة من عمر البشرية على مر العصور القديمة ، بيد أنه مع تطور المجتمعات الإنسانية وانتشار العلم في ربوع تلك المجتمعات ، هذا فضلا عن ضعف ذاكرات الشهود وضعف الوازع الأخلاقي والديني في نفوسهم ، وزيادة تكلفة الاستعانة بالشهود ، بل وصعوبة استجابتهم لأداء واجب الشهادة في كثير من الأحيان بسبب مشاق الانتقال إلى القضاء لأداء الشهادة ، فقد ضعف مركز الشهادة أمام الكتابة التي راجت في المجتمعات الإنسانية وسائلها وتوعدت وتعددت أشكالها ، الأمر الذي ساهم في أن تضحى الكتابة وسيلة سهلة وأداة سريعة لإثبات الحقوق والالتزامات ، لاسيما مع قلة تكلفتها وكونها وسيلة آمنة للمحافظة على الوقائع المثبتة لها .

وجدير بالذكر أن الشهادة لا يتحقق لها معناها الفني الدقيق بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كان الشاهد قد عاين واقعة معينة من خلال إحدى هاتين الحاستين : وهما حاسة السمع أو حاسة البصر ، أما ما يذكره الشاهد عن غيره من وقائع رآها أو سمع بها من ذلك الغير فلا يرقى إخباره به إلى مرتبة الشهادة بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات ، وإنما يمكن للقاضي أن يأخذ بها على سبيل الاستئناس ، ولذا يطلق عليها اصطلاح الشهادة غير المباشرة أو الشهادة بالتسامع (١)

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/أحمد عبد العال أبو قرين - المرجع السابق - ص ١٥٦ .

المبحث الثاني

شروط الشاهد

لا شك أن منزلة الشهادة بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات تصلح لأن يبنى الحكم القضائي عليها وحدها تفرض فيمن يؤديها وهو الشاهد مجموعة من الشروط التي تبعث على الثقة فيها والاطمئنان إلى حسن أدائه لها ليثبت من خلالها واقعة معينة صدرت عن شخص معين لتثبت حقاً معيناً لصالح شخص آخر ، هذه الشروط هي على التفصيل الآتي :

أولاً: الشرط الأول: ألا يقل عمر الشاهد عن خمسة عشرة يوماً

لم يشأ واضع القانون أن يشترط كمال الأهلية في الشاهد ببلوغه سن الرشد وهي واحد وعشرون سنة ميلادية ، ولم يرد في نفس الوقت أن يكتفي ببلوغه سن التمييز وهي سبع سنوات ميلادية ، وإنما اشترط بلوغه سنّاً معينة هي خمسة عشر عاماً تمثل قواماً بين سني الرشد ومبتدى سن التمييز ، إذ نصت المادة ١/٦٤ إثبات مصري على أنه " لا يكون أهلاً للشهادة من لم يبلغ سنه خمس عشرة سنة " (١) .

ويستقر الرأي في الفقه على أن العبرة في حساب مدة الخمسة عشرة سنة هي باكتمالها في جانب الشاهد وقت أداء الشهادة وليس وقت حصول الواقعة محل الإثبات بها (٢) ، لكنني أرى ضرورة أن يستوفي الشاهد هذه السن وقت معاينته للواقعة محل الإثبات بالشهادة ، وليس فقط وقت أداء الشهادة ، لأن الحكمة من اشتراط هذه السن تقتضي توافرها لدى الشاهد وقت معاينته للواقعة محل الإثبات بسمعه أو بصره ، باعتباره الوقت الذي يلزم أن تتوافر فيه للشاهد مقومات السن المناسبة لحمل أمانة أداء الشهادة على الواقعة محل الإثبات ، وإذا توافرت لديه في ذلك الوقت كان أهلاً لأداء الشهادة وقت المعاينة للواقعة المشهود فيها وعند أداء الشهادة فيها أمام القضاء أيضاً .

(١) هذه المادة تعادل المادة ١/٦٥ إثبات بحريني .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ سليمان مرقس " أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية " ج ١ ، ص ١٣ ، ط

١٩٨١م ، عالم الكتب ، أ.د/ محمد سعد ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ١٠٨ ، ص ٢١٨ .

بيد أن اشتراط هذه السن في جانب الشاهد لا تعني عدم الاعتداد كليةً بشهادة من لم يبلغ هذه السن ، إذ يجوز للقاضي سماع شهادته على سبيل الاستثناء والاستثناس ، دون أن يجعل لها قيمة الشهادة بالمعنى الفني الدقيق ، أي بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات .

ثانياً: الشرط الثاني: ألا يجمع الشاهد بين صفتي الشاهد والخصم

ليس مقبولاً أن يجمع الشخص في آن واحد بين صفتي الشاهد والخصم ، إذ لا يتصور أن يكون الشاهد مدعياً فيشهد لنفسه على ما يدعيه في حق غيره ، وإلا لكثرت الادعاءات الباطلة لأكل حقوق الناس وأموالهم بالباطل ، وليس جائزاً قانوناً أن يصطنع المرء دليلاً بنفسه لنفسه سواء من أقواله أم من أفعاله ، وصدق الرسول الكريم إذ يقول " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجالٌ دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه " (١) .

كما لا يجوز في نفس الوقت أن يكون الشاهد مدعياً عليه ، لأن أقواله في الواقعة محل الشهادة إن كانت في صالح المدعي لم تكن شهادة بل كانت إقراراً ، لأن الشاهد لا يعد شاهداً إلا إذا كانت شهادته منصبية على إثبات واقعة معينة مثبتة حقاً معيناً لشخص معين في مواجهة شخص آخر وليس في حق نفسه ، وإن كانت في صالحه هو ، فليس لأحد أن يصطنع بنفسه لنفسه دليلاً في الإثبات .

ثالثاً: الشرط الثالث: ألا يكون الشاهد محكوماً عليه بعقوبة جنائية لم تنقض مدتها

لم يرد هذا الشرط في قانون العقوبات البحريني رغم أهميته ، وهذا قصور ينبغي على واضع القانون الإسراع في تداركه ، بعكس قانون العقوبات المصري الذي عليه صراحة في المادة ٢٥ منه قائلاً " كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية : أولاً- ثانياً: ثالثاً: الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال " . وبذلك لا يعتد بشهادة الشاهد بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات إذا كان خاضعاً في مصر لتنفيذ عقوبة الجنائية ، وتسمع شهادته فقط على سبيل الاستثناء ، على أساس أن من أقدم على ارتكاب الجنائية لا يكون أهلاً لأن يولى تمام الثقة في شهادته كدليل كامل في الإثبات .

بل إنني أرى أن يحرم من أداء الشهادة بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات كل من يرتكب جريمة يرتكب جنائية أو يرتكب مجرد جنحة مادامت مخرجةً بالشرف والأمانة ، وذلك لما في ارتكابه لمثل

(١) الحديث متفق عليه فقد رواه البخاري ومسلم في صحيحهما .

هذه الجرائم من دلالة على افتقاره إلى مقومات الثقة فيه وفيما يصدر عنه من أقوال أو أفعال ، وذلك أسوةً بالقانون اللبناني الذي نصّ صراحة على ذلك في المادة ٢٥٩ من أصول المحاكمات الجنائية .

رابعاً: الشرط الرابع : أن يكون الشاهد قادراً على التمييز

ذلك أن الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز ولو كان ذلك راجعاً إلى سبب آخر غير صغر السن ، كما لو كان الشاهد مريضاً أو طاعناً في السن ، فلا يجوز سماع شهادته ولو على سبيل الاستدلال ، تأسيساً على أنه مادام أن المرء غير قادر على التمييز لم يحسن أداء الشهادة بصورة منضبطة وبطريقة دقيقة ، بل ربما تختلط عليه الأمور فيضرب ولا ينفذ ، ولذا لم تصلح أقواله مطلقاً ، لا بوصفها دليلاً كاملاً للإثبات ، ولا بوصفها دليلاً ناقصاً يؤخذ به على سبيل الاستدلال والاستئناس ، وقد نصت المادة ٧٩ إثبات مصري على أنه " لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر " (١).

وعلى أية حال فإن تقدير تأثير الهرم أو حادثة السن أو المرض أو غيرهم من الأسباب الأخرى على قدرة الشاهد على التمييز يعد من إطلاقات محكمة الموضوع التي تقضي فيها بحسب ما يتبدى لها من خلال أوراق الدعوى ومعطيات الواقع المعين والثابت أمامها ، في ضوء سلطتها التقديرية بلا معقب عليها في ذلك من محكمة النقض أو التمييز ، مادامت قد أقامت قضاءها في هذا الشأن على أسباب سائغة تبرره .

خامساً: الشرط الخامس: أن ينتفي المانع القانوني لدى الشاهد من أداء الشهادة لا يكفي

لصلاحية الشاهد لأداء الشهادة أن يكون بالغاً خمسة عشرة عاماً ، قادراً على التمييز ، وغير خاضع لتنفيذ عقوبة الجنائية ، وغير جامع بين صفتي الشاهد والخصم ، إنما يلزم إلى جانب ذلك أن ينتفي لديه المانع القانوني من أدائه للشهادة ، تأسيساً على أن واضع القانون قد يتدخل لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة أو بمصلحة خاصة أولى بالرعاية وأجدر بالحماية فيحظر على الشخص أن يشهد بما لديه من معلومات تتصل بإثبات أحد الحقوق المالية لصالح من يراد أداء الشهادة لصالحه ، وذلك في أي من الحالات الآتية :

(١) هذه المادة تعادل المادة ٨٠ إثبات بحريني .

١- الموظف العام ومن في حكمه

لم يجز القانون للموظف العام ولا من يكون في حكمه من المكلفين بخدمة عامة أن يشهدوا بما حصلوا عليه من معلومات أثناء أدائهم لأعمالهم ، ولو كان ذلك بعد تركهم لأعمالهم ، مادامت أنها من المعلومات السرية التي لم يجر نشرها ، وذلك إعلاءً للمصلحة العامة التي تقتضي المحافظة على سرية المعلومات المرتبطة بالوظائف العامة ، على حساب المصلحة الخاصة للشخص الذي يرغب في الاستفادة من شهادة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة لإثبات حق مالي له في مواجهة شخص آخر .

بيد أنه يجوز للسلطات العامة المختصة أن تأذن للموظفين العموميين بها أو المكلفين بخدمة عامة لديها في أداء الشهادة لصالح أحد الخصوم ، حتى وإن كانت المعلومات محل الشهادة قد حصلوا عليها بحكم اختصاصهم الوظيفي أو أثناء أدائهم للخدمة العامة ، وذلك بناء على طلب يقدم إلى هذه السلطات من قبل المحكمة أو من قبل أحد الخصوم ، وهذا ما نصت عليه المادة ٦٥ إثبات مصري بقولها " الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها ، ومع ذلك فهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم " (١).

٢- المهنيون ومن في حكمهم

لقد أملت حماية الثقة المودعة في أصحاب المهن والحرف من قبل الأفراد في المجتمع على واضع القانون أن يتدخل بنص قانوني أمر بوجوب عليهم عدم إفشاء أية معلومات أو وقائع توصلوا إليها أثناء أدائهم لأعمال مهنتهم أو حرفتهم ، حتى وإن كان ذلك الإفشاء بعد زوال صفتهم أو انتهاء خدمتهم ، هذا ما لم تكن هذه المعلومات أو تلك الوقائع مرتبطةً بارتكاب جنائية أو جنحة ، فعندئذ تتعاضد المصلحة العامة على المصلحة الخاصة على نحو يرخص لهم في خرق الالتزام بسرية هذه المعلومات وإفشاء الأسرار المتعلقة بارتكاب أي من هذين النوعين من الجرائم من أجل المحافظة على الأمن العام في المجتمع .

(١) هذه المادة تعادل المادة ٦٤ إثبات بحريني .

بيد أنه يجوز لهؤلاء المهنيين أو الحرفيين (مثل الوكلاء والمحامين والأطباء وغيرهم) ذكر كل أو بعض المعلومات التي تتصل بأعمال المهنة أو الحرفة متى أذن له في ذلك الشخص الذي تخصصه هذه المعلومات وائتمنه عليها ورخص له في ذكرها ولو كانت ضد مصلحته ، أي لصالح خصمه الآخر ، غير أنه إذا تعدد أشخاص من لهم حق المحافظة على الأسرار المؤتمن عليها أحد المهنيين أو الحرفيين ، لزم لكي يرخص للمهني أو الحرفي في إفشائها أن يصدر الإذن له في ذلك من قبل جميع ذوي الشأن ، ولم يكف صدور الإذن من بعضهم دون البعض الآخر ، هذا مع مراعاة ألا يخل هذا الإذن والإفشاء المرخص فيه بموجبه بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة في قوانين خاصة .ولذا تنص المادة ٦٦ إثبات مصري على أنه " لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو مدققي الحسابات أو غيرهم عن طريق مهنته أو صفته بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة " . " ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤديوا الشهادة على تلك الوقائع أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم ، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم " . " وإذا تعدد من أسروا بالواقعة تعين موافقتهم جميعاً على إفشائها " (١) .

٣- الزوج فيما يسره من معلومات وأسرار إلى زوجه الآخر . لم يجرز واضع القانون لأحد الزوجين أن يفشي ما أسره له زوجه الآخر من معلومات أو أسرار ، وذلك تدعيماً للثقة المودعة بين الأزواج ، حتى وإن كانت عرى هذه العلاقة الزوجية قد انتهت بطلاق مثلاً ، وذلك حفاظاً على أوامر تلك العلاقة التي ابنتت عند قيامها على المودة والرحمة بين الزوجين ، ومراعاةً وتقديراً في نفس الوقت لحرمة الميثاق الغليظ الذي كان أو لا يزال يربط بينهما ، وصدق الله العظيم إذ يوجب على الزوجين عدم نسيان متطلبات الحياة الزوجية بينهما من معاني الإحسان ومظاهر الفضل حتى وإن زالت بينهما عرى الرابطة الزوجية ، فيقول جلّ وعلا " ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصيراً " (٢) .

وجدير بالذكر أن القرابة بين الشاهد وأحد الخصوم أيا كانت درجتها ، أي سواء كانت من الدرجة الأولى أم من الدرجة الثانية ، وأيا كان نوعها ، أي سواء كانت قرابة نسب أم قرابة مصاهرة

(١) هذه المادة تعادل المادة ٦٧ إثبات بحريني .

(٢) الآية رقم ٢٣٧ من سورة البقرة .

، لا تصلح وحدها سبباً لفقدان المرء أهليته للشهادة ، ومن ثم فلا تحرمه من أدائها ابتداءً ولا تسمح لأحد الخصوم بطلب رده من أدائها انتهاءً ، ولعل ذلك مرده إلى أن الشهادة وإن كانت دليلاً كاملاً في الإثبات ، إلا أنها ليست ملزمة للقاضي ، إذ تبقى خاضعةً في حجبتها ودلالاتها لتقدير القاضي ، الذي له مطلق التقدير في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها ، بل إن له أن يأخذ منها ما يستريح إلى صدقه ويترك منها ما يلمس فيه تحيزه أو كذبه ، متى أقام قضاءه في هذا الشأن على أسباب سائغة تبرر ما انتهى إليه في حكمه . ولذا نصت المادة ٨٢ إثبات مصري على أنه " لا يجوز رد الشاهد ولو قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو لحدثة أو مرض أو لأي سبب آخر " (١) .

المبحث الثالث

شروط الشهادة

يلزم في الشهادة حتى يعتد بها بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات أن تستوفي الشروط الآتية :
أولاً: الشرط الأول: أن تكون الشهادة مباشرة وذلك يقتضي أن يخبر الشاهد بما رآه بنفسه مباشرة ، كما لو رأى حادثاً مرورياً حدث أمام عينيه فيشهد أمام القاضي بما رآه ، أو يشهد بما سمعه بنفسه مباشرة في واقعة معينة ، كما لو سمع المرء واقعة سب أو قذف وقعت من شخص في حق شخص آخر ، فيشهد بما سمعه بأذنيه أمام القاضي ، أو يشهد بما رآه وسمعه بنفسه مباشرة ، كما لو رأى بنفسه واقعة سداد المدين للدين على إثر مطالبة الدائن له بسداده إياه بطريق القول ، وبذلك يكون قد سمع بأذنيه قول الدائن لمدينه وهو يطالبه بسداد الدين ، ورأى بعينه في نفس الوقت واقعة سداد المدين لدين الدائن بعد هذه المطالبة ، هذا مراعاة ضرورة أن يكون الدين محل الشهادة جائزاً إثباته بطريق الشهادة ، وهذا يقتضي أن تكون قيمته بصفة عامة في حدود نصاب الإثبات بالبينة (أي في حدود ألف جنيه مصري فأقل في مصر أو خمسمائة دينار بحريني فأقل في البحرين ، وهو النصاب القانوني للإثبات بشهادة الشهود) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ٨٠ إثبات بحريني .

والأصل العام في الشهادة أن تؤدي شفاهة أمام القضاء ، ولا يجوز أداؤها من خلال مذكرات مكتوبة إلا بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة أو القاضي المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى (١) .

وينبغي مراعاة الظروف الخاصة للشاهد الذي يعجز عن أداء الشهادة بطريق القول ، فيرخص له في أدائها بطريق الإشارة أو بطريق الكتابة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٣ إثبات مصري بقولها " من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة " (٢) .

وجدير بالملاحظة أن الشاهد في أدائه للشهادة المباشرة يقف دوره عند حد الوصف الدقيق لما رآه أو سمعه من وقائع دون أن يتجاوز حدود الوصف إلى حد التقييم أو التحليل فيدلي بدلوه في شأن ما رآه أو سمعه ، وهذا ما يفرق بين الشاهد والخبير ، ذلك أن الخبير (لاسيما الفني منه) يعطي رأيه الفني أو العلمي في الواقعة محل الخبرة في تقريره المكتوب المقدم إلى المحكمة أو القاضي بعد الفراغ من أعمال الخبرة المكلف بها من أحدهما ، متجاوزاً بذلك حدود المعاينة المجردة التي تقف عند حد الوصف المجرد للواقع المعين دون زيادة أو نقصان ، ومن غير إبداء رأي أو ذكر أي ملاحظة تتعلق بهذا الواقع .

أما الشهادة غير المباشرة أي التي يشهد فيها المرء بما سمعه من آخر عن رؤيته أو سماعه مباشرة لواقعة معينة تثبت حقاً معيناً لشخص ما في مواجهة شخص آخر ، وهي تسمى بالشهادة السماعية أو غير المباشرة (لأن الشاهد فيها لم يعاين بنفسه وبصورة مباشرة الواقعة محل الشهادة ، وإنما سمعها غيره مباشرة أو رآها غيره مباشرة أو سمعها ورآها ذلك الغير في آن واحد وقصها عليه أو ذكرها أمامه فسمعها الشاهد بحاسة واحدة وهي حاسة السمع ومن هنا سميت بالشهادة السماعية ، فالشاهد نفسه لم يسمع ولم ير الواقعة بنفسه مباشرة ، إنما سمعها فقط ممن عاينها بنفسه من خلال حاسة السمع أو حاسة البصر أو هما معاً) فهي لا ترقى إلى مصاف الشهادة

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ٩٠ إثبات مصري بقولها " تؤدي الشهادة شفاهة ، ولا يجوز الاستعانة بمذكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب وحيث تسوغ ذلك

طبيعة الدعوى " هذه المادة تعادل المادة ٨٨ إثبات بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٨١ إثبات بحريني .

بالمعنى الفني الدقيق ، أي لا تصلح أن تكون دليلاً كاملاً في الإثبات ، وإنما يجري سماعها فقط على سبيل الاستئناس أو الاسترشاد .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " الأصل في الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه عيناً أو سماعاً . الشهادة بالتسامع في إثبات أو نفي الأوجه التي تستند إليها الزوجة في امتناعها عن طاعة زوجها . غير جائزة . نصابها شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . عدم اعتداد الحكم المطعون فيه بها في إثبات عدم أمانة المطعون ضده على الطاعة صحيح " ^١

ثانياً: الشرط الثاني: أن تؤدي الشهادة أمام القضاء لا يعتد بأقوال الشخص حول واقعة معينة صدرت من شخص معين لتثبت حقاً ما لغيره ، إلا إذا كانت هذه الأقوال قد قدمت أمام القضاء ، أي في الجلسة أثناء نظر موضوع الدعوى ، فلا يعتد بالأقوال المذكورة من الشاهد أمام الموظف العام أي كان مركزه الوظيفي ، مادام أنه ليس له ولاية القضاء (٢) .

ثالثاً: الشرط الثالث: أن تؤدي الشهادة وفق الأوضاع القانونية المرسومة لها لا يعتد بالشهادة بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا روعيت في أدائها الأوضاع القانونية اللازمة لها ، مثل ضرورة صدور حكم قضائي بالإحالة إلى التحقيق لسماع الشهود متضمناً كل واقعة يراد إثباتها بشهادة الشهود ، فضلاً عن وجوب بيان اليوم والساعة اللذين يبدأ فيهما التحقيق ، وهذا ما نصت عليه المادة ٧١ إثبات مصري بقولها يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلاً ، ويبين كذلك في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن تتم فيه (٣) .

ومثل ضرورة أن يحلف الشاهد يميناً بالله العظيم قبل أدائه الشهادة على أنه سيقول الحق فيما يشهد به ، وإلا كانت الشهادة باطلة ، ويراعى في حلف الشاهد أن يؤدي حسب الأوضاع المقررة في ديانة الشاهد إذا طلب الشاهد ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٦ إثبات مصري بقولها

(١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧٦ لسنة ٦٥ قضائية جلسة بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٠ م ، مكتب فني (سنة ٥١ - قاعدة ٢٢٣ - صفحة ١١٤٨) .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد سعد ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ١٠٣ ، ص ٢١ .

(٣) هذه المادة تعادل المادة ٧٢ إثبات بحريني .

" على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق كل الحق ، ولا شيء غير الحق وإلا كانت شهادته باطلة " (١) .

رابعاً: الشرط الرابع: أن يستوفي موضوع الشهادة الشروط العامة للواقعة محل الإثبات ينبغي لصحة الشهادة استيفاء موضوعها جميع الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات ، وهذا يستلزم في الواقعة محل الشهادة أن تكون متنازعاً عليها حتى تكون للشهادة قيمة ، إذ لا جدوى من الشهادة على واقعة غير متنازع عليها ، كما يلزم أن تكون الواقعة المطلوب الشهادة فيها محددةً ومتعلقةً بالدعوى ، بل ومنتجةً في موضوع الدعوى ، كما يتعين أن تكون الواقعة ممكنة الإثبات أي غير مستحيلة ، وأخيراً يلزم أن تكون جائزة الإثبات قانوناً حتى لا تصطدم بفكرة النظام العام أو الآداب العامة .

خامساً: الشرط الخامس : أن يكون موضوع الإثبات داخلاً في نصاب الإثبات بشهادة الشهود لا يجوز بصفة عامة الالتجاء إلى الإثبات بشهادة الشهود إلا فيما يجوز إثباته بغير الكتابة من الوقائع المادية والتصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على نصاب الإثبات بالبينة (أي التصرفات التي تكون قيمتها ألف جنيه مصري فأقل في مصر أو خمسمائة دينار فأقل في البحرين) ، والتصرفات التجارية أياً كانت قيمتها .

كما لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز الثابت بالدليل الكتابي ولو كانت قيمته لا تزيد على نصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود .

بيد أنه على سبيل الاستثناء يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو كانت قيمة التصرف زائدة على نصاب الإثبات بالبينة أو كان الإثبات يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي ، إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة أو توافر المانع المادي أو الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي أو فقد الدليل الكتابي الذي كان موجوداً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

(١) هذه المادة تعادل المادة ٨٤ إثبات بحريني .

المبحث الرابع إجراءات الشهادة

يلزم لكي يعتد بالشهادة بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات مراعاة مرورها بسلسلة من الإجراءات القانونية المتعاقبة ، فيطلب أحد الخصوم الإذن له بها ، وقد تأذن المحكمة بالإثبات بها ولو من تلقاء نفسها ، وعندئذ يجري إحضار الشاهد لسماع أقواله ، وبعد ذلك يخضع تقدير أقوال الشاهد وقيمة شهادته في الإثبات للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع من غير معقب عليها في ذلك ، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تبرره ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

المطلب الأول

أمر المحكمة بالإثبات بشهادة الشهود بطلبٍ أو تلقائياً

لا جرم أن انطلاقة البداية في إجراءات الإثبات بشهادة الشهود عادة ما تكون على إثر تقديم طلب الإثبات بها من قبل أحد الخصوم إلى المحكمة التي تنظر النزاع ، فيتقدم هذا الخصم بطلب إلى المحكمة يبين فيه كتابة أو شفاهة في الجلسة الوقائع التي يريد إثباتها بشهادة الشهود ، كما يبين أيضاً أسماء الأشخاص الذين يطلب سماع شهادتهم (١) ، وبعد ذلك يكون للمحكمة سلطتها التقديرية حيال هذا الطلب فنقبل أو ترفض الإذن له بالإثبات بشهادة الشهود حسبما يتراءى لها ، ولا معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تبرره .

بيد أن ذلك لا يمنع من أن تلجأ المحكمة إلى الإثبات بشهادة الشهود من تلقاء نفسها ، أي ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم ، متى رأت مدعاةً لذلك بغية الكشف عن الحقيقة في الدعوى التي تنتظرها ، كما أن للمحكمة في جميع الأحوال (أي سواء أمرت بالإثبات بالشهادة بعد طلبها من أحد الخصوم أم من تلقاء نفسها) أن تستدعي للشهادة من ترى مبرراً قوياً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة (٢) .

(١) إذ تنص المادة ٦٨ إثبات مصري على أنه " على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود، في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، أن يبين للمحكمة كتابة أو شفاهة في الجلسة، الوقائع التي يريد إثباتها، وأسماء الأشخاص الذين يطلب سماع شهادتهم ومحال إقامتهم " . هذه المادة تعادل المادة ٦٩ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ٧٠ إثبات مصري على أنه " للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك إظهاراً للحقيقة " . هذه المادة تعادل المادة ٧١ إثبات بحريني .

يجب على الخصم طالب الشهادة أن يحضر شاهده (أو شهوده) في الزمان والمكان المحددين للتحقيق وسماع الشهود ، أو تكليفه بالحضور بموجب إعلانه بذلك على يد محضر قبل موعد الجلسة ، فإذا لم يحضر الخصم شاهده ولم يكلفه بالحضور في موعد الجلسة ، قررت المحكمة أو القاضي المنتدب للتحقيق وسماع الشهود إلزام هذا الخصم بإحضار شاهده أو تكليفه بالحضور في موعد آخر ، طالما أن الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض بعد ، فإذا لم يفعل الخصم شيئاً من ذلك سقط حقه في الاستشهاد بهذا الشاهد (١) .

وإذا جرى تكليف الشاهد تكليفاً صحيحاً بالحضور لكنه لم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة مالية قدرها أربعون جنيهاً في مصر ، وقدرها عشرون ديناراً في البحرين ، ويجري عندئذ إثبات هذا الحكم في محضر الجلسة ، ولا يجوز الطعن فيه بأي وجه من وجوه الطعن ، ثم تأمر المحكمة أو القاضي المنتدب بإعادة تكليف الشاهد بالحضور مرة أخرى إذا كان هناك مقتضى لذلك ، على أن تكون مصروفات إعادة تكليف الشاهد بالحضور على حساب الشاهد نفسه الذي تخلف عن الحضور عند تكليفه أول مرة من قبل أحد الخصوم ، فإن تخلف عن الحضور هذه المرة حكم عليه بغرامة مالية قدرها ثمانون جنيهاً في مصر ، وقدرها أربعون ديناراً ، ويجوز بعد ذلك للمحكمة أو للقاضي المنتدب إصدار أمر بضبط وإحضار الشاهد رغماً عنه ، كما يجوز لأيهما أن يعفي الشاهد من هذه الغرامة إذا حضر الشاهد أمامه وأبدى عذراً مقبولاً لتخلفه عن هذا الحضور (٢) .

(١) إذ تنص المادة ١/٧٦ إثبات مصري على أنه " إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه الحضور في الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضي المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه بالحضور لجلسه أخرى ما دام الميعاد المحدد لاتمام التحقيق لم ينقض فإذا لم يفعل سقط الحق في الاستشهاد به، ولا يخل هذا بأي جزء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير " . هذه المادة تعادل المادة ٧٦ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ٧٨ إثبات مصري على أنه " إذا كلف الشاهد الحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر ، حكمت المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة مقدارها أربعون جنيهاً ويثبت الحكم في المحضر ولا يكون قابلاً للطعن وفي أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضي أمراً بإحضار الشاهد ،

وفي غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتضى وتكون مصروفات ذلك التكليف ، إذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ويجوز للمحكمة أو القاضي إصدار أمر بإحضاره " . كما تنص المادة ٧٩ إثبات مصري على أنه " يجوز للمحكمة أو القاضي المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً " . هاتان المادتان تعادلان المادة ٧٧ إثبات بحريني .

ويجوز في حالات الاستعجال الشديد أن تصدر المحكمة أو القاضي المنتدب أمراً بإحضار الشاهد عند تخلفه عن الحضور أول مرة ، دون حاجة إلى إعادة تكليفه بالحضور ثانية (م ٢/٧٧ إثبات مصري ، م ٢/٧٧ إثبات بحريني) .

وإذا حضر الشاهد في موعد الجلسة المحددة لسماع شهادته وامتنع عن حلف اليمين أو عن الإجابة إلى الأسئلة الموجهة إليه دون مبرر قانوني ، حكم عليه بغرامة مالية قدرها لا يجاوز مائتي جنيه في مصر ، وقدرها مائة دينار في البحرين (م ٨٠ إثبات مصري ، م ٧٨ إثبات بحريني) .

وتتولى المحكمة مهمة تقدير ما يستحق للشاهد بناء على طلبه من مصاريف انتقاله وحضوره لأداء الشهادة ، وقيمة التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء تعطله عن أعماله من أجل أداء الشهادة لصالح الخصم الذي استدعاه ، وتصدر أمراً بهذا التقدير تسلم صورة منه للشاهد قابلة للتنفيذ في مواجهة ذلك الخصم الذي استدعاه (م ٩٢ إثبات مصري ، م ٩٠ إثبات بحريني) .

ويراعى أنه إذا تعذر على الشاهد الحضور إلى الجلسة بسبب مرض أو كبر سن أو عجز ، جاز للقاضي المنتدب الانتقال إليه لسماع أقواله في مكان وجوده ، وإذا كان التحقيق تتولاه المحكمة ، جاز لها أن تنتدب أحد قضااتها لأداء هذه المهمة ، وعندئذ يتعين دعوة الخصوم لحضور أداء هذه الشهادة ، مع تحرير محضر بذلك يوقع عليه رئيس الجلسة أو القاضي المنتدب وكاتب الجلسة (م ٨١ إثبات مصري ، م ٢/٧٩ إثبات بحريني) .

المطلب الثالث

سماع الشهود

يتم سماع شهادة الشهود أمام المحكمة أو القاضي المنتدب وفي حضور الخصم (م ٧٢ إثبات مصري ، م ٧٩ إثبات بحريني) ، ويجب على الشاهد ذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه ، وأن يبين قرابته أو مصاهرته لأحد الخصوم ودرجة تلك القرابة أو المصاهرة إن كانت هناك قرابة أو مصاهرة ، هذا مع بيان عمله لدى أحد الخصوم إن كان يعمل لديه (م ٨٥ إثبات مصري ، م ٨٣ إثبات بحريني) ، ثم يؤدي اليمين المعتادة في المحاكم بأن يقول " أقسم بالله العظيم أن أقول الحق " ليؤكد بذلك أنه سيقول الحق ولا شيء غير الحق ، هذا ما لم يطلب الشاهد أداء اليمين بالصيغة المناسبة لأحكام ديانته (م ٨٦ إثبات مصري ، م ٨٤ إثبات بحريني) ، ويؤدي

الشاهد شهادته شفاهةً ، أي بطريق القول ، مادام يقدر على الكلام ، فإذا كان لا يقدر على الكلام جاز له أداء الشهادة بما يقدر عليه من الإشارة أو الكتابة (م ٨٣ إثبات مصري ، م ٨١ إثبات بحريني) ويؤدي الشاهد شهادته على انفراد دون حضور غيره من الشهود ممن لم تسمع شهادتهم (وذلك في حالة تعدد الشهود) ، وذلك حتى يكون لتعدد قيمته في إبراز الحقيقة خشية التواطؤ أو ترديد نفس الأقوال بقصد أو بغير قصد (م ٨٤ إثبات مصري ، م ٨٢ إثبات بحريني) .

وتتولى المحكمة أو القاضي المنتدب توجيه الأسئلة إلى الشاهد ثم تأذن له من بعد في الإجابة ابتداءً على أسئلة الخصم الذي استدعاه ليشهد له فيما يدعيه في مواجهة خصمه الآخر ، ثم يقوم من بعد بالرد على أسئلة الخصم الآخر انتهاءً ، ولا يجوز لأي خصم أن يقطع كلام الشاهد وقت أدائه الشهادة (م ٨٧ إثبات مصري ، م ٨٥ إثبات بحريني) .

وإذا فرغ أحد الخصوم من استجواب الشاهد لم يجز له من بعد أن يوجه إليه من جديد أسئلة جديدة إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة أو القاضي المنتدب (م ٨٦ إثبات بحريني ، م ٨٨ إثبات مصري) ، ولرئيس الجلسة أو لأي عضو من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه مناسباً من الأسئلة ابتداءً وانتهاءً بغية إظهار الحقيقة أو الكشف عنها (م ٨٩ إثبات مصري ، م ٨٧ إثبات بحريني) .

ويتم إثبات إجابات الشهود في المحضر ثم تتلى عليه هذه الإجابات ويقوم بتصحيح ما قد يرى لزوم تصحيحه منها ثم يوقع عليها ، وإذا أن امتنع الشاهد عن التوقيع جرى ذكر ذلك في المحضر مع بيان السبب الذي حدا به إلى الرفض (م ٩١ إثبات مصري ، م ٨٩ إثبات بحريني) .

الفصل الثالث

القرائن

تمهيد وتقسيم سنعرض في هذا الفصل القرينة لنبيين مدلولها وأنواعها ، ونطاق حجيتها في الإثبات ، وذلك على التفصيل الآتي :

المبحث الأول

مدلول القرينة

يقصد بالقرينة جريان الاستدلال بأمر ثابت ومعلوم على أمر غير ثابت ومجهول يدل عليه تقديراً لما بينهما من ارتباط وثيق . ويتجلى واضحاً من هذا المعنى أن الإثبات بالقرينة يمثل عملية ذهنية صعبة يشحذ فيها المرء ذهنه ويعمل في سبيل انجازها جل فكره وعقله بغية إنزال حكم الواقعة المعلوم على الواقعة المجهولة مراعاةً لما بينهما من صلة وطيدة تبرر دلالة الواقعة المعلوم على الواقعة المجهولة دلالةً غير مباشرة .

وتقوم القرينة في ضوء هذا المعنى على ركنين أساسيين هما : الركن الأول وهو ثابت ومعلوم يعبر عن الواقعة الثابتة المعروفة التي ينبنى عليها الاستدلال أو الاستنباط ، والركن الثاني وهو غير ثابت ومجهول يعبر عن الواقعة محل النزاع التي يراد البحث عن حكم لها ، فمثلاً حينما نجد منقولاً في حيازة شخص معين ولا نعرف ملكيته لهذا المنقول من عدمها ، فإننا رغم ذلك نستطيع التعويل على الركن المعلوم أو الثابت فعلاً في هذا الفرض والمتمثل في حيازته لهذا المنقول للاستدلال به على الركن المجهول ، فنجعل من الحيازة دلالة أو قرينة على الملكية أو على وجود سند لدى الحائز يبرر له هذه الحيازة الثابتة له ، إلى أن يثبت عكس ذلك (١) .

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ٩٩ ، ص ١٦٢ .

المبحث الثاني

أنواع القرائن

تتنوع القرائن إلى نوعين : قرائن قضائية ، وقرائن قانونية ، وذلك تبعاً لشخص من أجرى الاستنباط في هذه القرينة ، فإذا كان مُجْرِي الاستنباط هو القاضي سميت القرينة بالقرينة القضائية ، وإن كان مُجْرِي الاستنباط هو واضع القانون سميت بالقرينة القانونية ، هذا مع مراعاة أن غالبية القرائن القانونية كانت قضائية النشأة ، ثم أضحى بعد احتوائها في النصوص التشريعية قرائن قانونية ، بمعنى أنها ظهرت في بادئ الأمر قرائن قضائية ثم عمد واضع القانون إلى صياغتها والنص عليها في نصوص تشريعية مستلهاً مضمونها مما تعارف عليه الناس وأخذ به القضاء فصارت على إثر ذلك قرائن قانونية .

وتعتبر القرائن القضائية في حقيقة الأمر وسائل وطرق إثبات بالمعنى الفني الدقيق ، إذ يستخلصها القاضي بصورة فعلية من وقائع وظروف الدعوى ، بخلاف القرائن القانونية فهي تعبر في الحقيقة عن قواعد موضوعية عامة ومجردة يترتب عليها نقل عبء الإثبات من على عاتق شخص إلى عاتق شخص آخر ، ومن ثم فهي ليست أدلة إثبات بالمعنى الفني الدقيق .

الفرع الأول

مدلول القرائن القضائية وعناصرها

يقصد بالقرائن القضائية ما يستتبطه القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها للدلالة على الواقعة المتنازع عليها تقديراً لما بينهما من ارتباط . فالقاضي في هذا النوع من القرائن ينظر إلى واقعة معينة ثابتة ومعلومة فيستدل بها في إثبات واقعة أخرى غير معلومة متنازع عليها ، كما لو استدل القاضي على صورية الثمن المذكور في عقد بيع عمارة لخدمة تعمل لدى مخدمها البائع (بوصفها واقعة غير ثابتة ومجهولة) من ضلالة الأجر الذي تتحصل عليه من خدمتها لدى البائع ، فضلاً عن عدم وجود أي دخل آخر لها (والذي يمثل تعبيراً عن واقع ثابت ومعلوم بالنسبة للخدمة المشترية) والذي لا يغطي كل متطلبات حياتها اليومية .

وقد عرّف قانون الإثبات البحريني هذا النوع من القرائن في المادة ٩٨ منه بقوله " القرائن القضائية هي التي لم ينص عليها القانون ، وللقاضي استنباط كل قرينة منها من ظروف الدعوى

وتقدير مدى دلالتها فيها " ، في حين أن المادة ١٠٠ إثبات مصري وإن لم تعرفها إلا أنها بينت مصدرها ونطاقها قائلةً " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود " .
وتعتبر القرينة القضائية دليلاً غير مباشر من أدلة الإثبات ، لأن الإثبات لا ينصب مباشرة على الواقعة المجهولة المتنازع عليها (أي المراد إثباتها أو تمثّل محلاً للإثبات) ، إنما ينصب على واقعة أخرى معلومة تدل عليها دلالة غير مباشرة ، وذلك مراعاة لما بينهما من ارتباط وثيق يبرر هذا الاستدلال .

وبناء على ما سبق تقوم القرينة القضائية على عنصرين :

١- عنصر مادي: يتمثل في الواقعة المادية الثابتة والمعلومة التي تمثل أساساً ومنطلقاً يبني عليها القاضي استنتاجه أو استنباطه ، سواء كانت تلك الواقعة قد ثبتت أمام القاضي بعد مناقشة الخصوم أم أنها كانت موجودة سلفاً في أوراق الدعوى أم أنه قد توصل إليها القاضي عن طريق المعاينة أو الخبرة القضائية ، مادامت هذه الواقعة جزءاً من وقائع هذه الدعوى وملاساتها .

٢- عنصر معنوي: يتمثل في جهد القاضي الذهني في استنباط الواقعة غير الثابتة المجهولة المتنازع عليها من تلك الواقعة المادية الثابتة المعلومة الدالة عليها دلالة غير مباشرة . وله في ذلك حرية التقدير دون أن يكون لمحكمة النقض أو التمييز أي تعقيب عليها في ذلك متى كان استنباطه سائغاً ومقبولاً ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه " من المقرر أن الأصل في استنباط القرائن أنها من إطلاقات محكمة الموضوع ، إلا أنه يشترط أن يكون استنباطها سائغاً ، وأن يكون استدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التي بُنيَ عليها قضاؤه " (١) .

(١) تمييز بحريني ، طعان رقما ٣٦٣ ، ٣٨٦ السنة ٢٠٠٥ م ، جلسة ٣٠ يناير ٢٠٠٦ م ، السنة السابعة عشرة ، ق ٤٣ ، ص ١٧١

الفرع الثاني

نطاق حجية الإثبات بالقرائن القضائية

إن حجية القرائن القضائية في الإثبات مقصورة قانوناً على ما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، ومن ثم يكون لها ذات الحجية المقررة قانوناً للشهادة ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٠ إثبات مصري بقولها " ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود " (١) .

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في استنباط القرينة القضائية ، فله مطلق التقدير في اختيار الواقعة المادية الموجودة بالدعوى لاستنباط القرينة منها ، وتقدير ما تحمله تلك الواقعة المادية الثابتة المعلومة من دلالة غير مباشرة على الواقعة غير الثابتة المجهولة محل النزاع ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة التمييز أو النقض ، مادام أن استخلاصه لها كان سائغاً .
وينبغي مراعاة أن حجية القرائن القضائية ليست قاطعة ، فيمكن إثبات عكس ما دلت عليه القرينة بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن .

المطلب الثاني

القرائن القانونية

الفرع الأول

معنى القرينة القانونية والحكمة منها

يقصد بالقرينة القانونية ما يستنبطه واضع القانون من واقعة ثابتة ومعلومة للاستدلال بها على واقعة غير ثابتة مجهولة ، أو هي ما يستنبطه القانون من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول بناء على غالب الأمور .

وتتجلى الحكمة من تقرير واضع القانون للقرائن القانونية في تحقيق أحد هذه الأهداف الآتية :
أولاً: إبطال التحايل على أحكام القانون قد يستهدف واضع القانون من وراء تقريره القرينة القانونية سد أو إبطال باب التحايل على أحكام القانون ، فعلى سبيل المثال نجد أن المريض مرض الموت قلما يتقي الله في ورثته ، ولذا يندفع عادة عن جهالة بدوافع إنسانية مغلوبة إلى مباشرة بعض التصرفات الضارة بالورثة ، فيتصرف في أمواله كلها أو بعضها تصرفات مضافة إلى ما بعد

(١) هذه المادة تعادل المادة ٩٨ إثبات بحريني .

الموت ، لكن لعلمه بأنه إذا ظهرت هذه التصرفات في صورتها الحقيقية ستأخذ قانوناً حكم الوصية ، ومن ثم فلن تسري في حقهم إلا في حدود الثلث ، لذا يعمد المرء إلى ستر هذه التصرفات في شكل عقود تبرع بقصد التحايل على أحكام القانون في خصوص المواريث والوصايا ، من أجل ذلك يتدخل واضع القانون في بعض الفروض مفترضاً قرينة قانونية مأخوذة من واقعة التبرع في مرض الموت بوصفه تصرفاً منجزاً مفادها أن هذا التبرع يأخذ حكم الوصية ، وذلك للحيلولة دون الإضرار بالورثة ، وإبطال التحايل على أحكام القانون ، فلا يسري التبرع إلا في حدود الثلث لأنه سيأخذ حكم الوصية .

ثانياً: تيسير مهمة الإثبات على المكلف به قد يقدر واضع القانون صعوبة الإثبات في بعض الفروض فيدفعه ذلك إلى تقرير قرينة قانونية معينة لصالح من يصعب عليه الإثبات في مثل هذه الفروض ، فتكون هذه القرينة سبباً في إعفائه من مهمة الإثبات لتتقل هذا العبء من كاهله إلى كاهل خصمه الآخر .

فعلى سبيل المثال نجد أن واضع القانون لا يعتد بالتعبير عن الإرادة الموجه من أحد طرفي العقد المزمع إبرامه إلا إذا اتصل هذا التعبير بعلم الطرف الآخر، غير أنه نظراً لصعوبة إثبات تحقق اتصال علم من وجه له هذا التعبير بهذا التعبير، فقد عمد واضع القانون إلى تقرير قرينة قانونية مفترضاً من خلالها تحقق هذا الاتصال بعلم من وجه إليه هذا التعبير من مجرد ثبوت وصول التعبير إليه ، ولذا تنص المادة ٩١ مدني مصري على أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " (١) .

وكذلك الحال نجد أن مسئولية متولي الرقابة عن الفعل الضار الصادر من المشمول برقابته لا تتعقد إلا إذا أثبت المضرور الخطأ في جانب متولي الرقابة ، وذلك بإثبات الخطأ في أدائه لموجبات الرقابة ومتطلباتها على من تشمله قانوناً أو اتفاقاً رقابته ممن هم في حاجة للرقابة بسبب الحالة العقلية أو الحالة العمرية (السنية) أو الحالة الجسمية أو الجسدية ، وهذا بلا أدنى شك أمر شاق وصعب الإثبات للغاية بالنسبة للمضرور ، لذا تدخل واضع القانون مقررراً قرينة قانونية يسرت على المضرور مهمة الإثبات ، بل وأعفته من إثبات الخطأ في جانب متولي الرقابة

(١) هذه المادة تعادل المادة ٣٣ مدني بحريني .

مفترضةً ثبوته في حقه بمجرد إثبات الضرور وقوع الفعل الضار من جانب المشمول بالرقابة ، فيكون ذلك قرينة قانونية على ثبوت الخطأ في حق متولي الرقابة ، ما لم يثبت عكس ذلك ، وفي ذلك تنص المادة ١٧٣ / ١ مدني مصري على أنه " كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً في مواجهة الضرور بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بعمله غير المشروع ، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ثم تنص المادة ٣ / ١٧٣ مدني مصري على أنه " ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " (١) .

بيد أن ذلك لا يعني أن القرينة القانونية تعفي المتمسك بها من مهمة الإثبات كليةً ، إنما تعفيه فقط من دلالة هذه القرينة على الواقعة محل النزاع ، وتنتقل من ثم عبء الإثبات من على عاتقه إلى عاتق الطرف الآخر ليثبت عكس ما دلت عليه هذه القرينة (هذا إن كانت القرينة بسيطة ، أي قابلة لإثبات العكس) ، لكن يبقى على عاتق المتمسك بالقرينة القانونية عبء إثبات مضمون هذه القرينة ، ومن ثم إذا اعتبرنا في المثال قبل السابق أن وصول التعبير إلى شخص من وجه إليه قرينة على علمه به ، فإنه وإن أعفينا مرسل هذا التعبير من إثبات اتصال علم هذا الشخص بهذا التعبير ، إلا أنه لا يعفى من إثبات إرساله للخطاب الذي يحمل هذا التعبير ووصول هذا التعبير إليه ، وذلك حتى يمكن إعمال مضمون تلك القرينة ولا يكلف بإثبات اتصال علمه بمضمون هذا التعبير ، فهذا أمر مفترض قانوناً متى أثبت وصول الخطاب إلى علم من وجه إليه .

ثالثاً: تقرير ما جرى عليه العمل بين الناس قد يتجه واضع القانون إلى تقرير القرينة القانونية ليسجل من خلالها ما جرى عليه العمل بين الناس ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٥٨٧ مدني مصري من أن " الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة علي هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " (٢) . وهذا من باب الأخذ بما تعارف عليه الناس من المؤجر لا

(١) هذه المادة تعادل المادة ١٧٠ / أ مدني بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ٥٣٥ مدني بحريني .

يعطي مخالصة عن قسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى من المستأجر جميع أقساط الأجرة السابقة على هذا القسط .

ومثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٢/٥٩١ مدني مصري على أنه " فإذا كان تسليم العين المؤجرة قد تمّ دون بيان لحالتها افترض - حتى يقوم الدليل على العكس - أن المستأجر قد تسلمها في حالة حسنة " (١) . وذلك تأسيساً على أن المتعارف عليه بين الناس المستأجر لا يقبل استلام المأجور إلا إذا كانت حالته حسنة ، وإلا رفض استلامه من المؤجر حتى يهيئه لحسن الانتفاع به .

الفرع الثاني

أنواع القرائن القانونية

نظراً لأن القرينة القانونية لا تبني على التمام والكمال ، وإنما تبني على الراجح والغالب من الظروف والأحوال ، فإن دلالتها على ما تشير إليه لا يحمل على معنى القطع والحسم ، إنما يحمل على الظن والرجحان ، إذ يبقى متصوراً أن يكون فيه (أي في معنى القرينة وفحواها) قدر ما من الخطأ وعدم الصواب ، وقد كان من مقتضى ذلك أن تكون القرينة في دلالتها دائماً قابلة لإثبات العكس ، بحيث يجوز لمن يضار من مضمونها أن يقيم الدليل على نقضه وإثبات ما يخالفه ، غير أن واضع القانون عمد إلى اعتبار بعض القرائن القانونية قاطعة في دلالتها على المعنى الذي تشير إليه ، على نحو لا يسمح لأحد بإثبات عكس مضمونها تقديراً منه بأن احتمال عدم مطابقة هذا المضمون مع الحقيقة والواقع أمر في غاية الضعف (٢) .

لذلك فقد قسم واضع القانون القرائن القانونية إلى نوعين : قرائن قانونية بسيطة ، وقرائن قانونية قاطعة ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً: القرائن القانونية البسيطة يمكننا تعريف القرينة القانونية البسيطة بأنها " القرينة التي يستنبطها القانون من واقعة ثابتة معلومة للدلالة على واقعة غير ثابتة مجهولة دلالةً ظنية تسمح بإثبات عكس ما تشير إليه " . الأصل العام في القرينة القانونية أن تكون بسيطة أو غير قاطعة في دلالتها على ما تشير إليه ، ومن ثم يكون للمتضرر من مضمونها إثبات عكسها بأي وسيلة

(١) هذه المادة تعادل المادة ٢/٥٣٨ مدني بحريني .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٠٦ ، ص ١٦٧ .

من وسائل الإثبات ، ولذا تنص المادة ٩٩ إثبات مصري على أن " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذا القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " (١) .

ولعل من أمثلة القرائن القانونية البسيطة ما نصّ عليه المادة ١/١٣٧ من القانون المدني المصري بقولها " كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " (٢) ، وما نصت عليه المادة ٩١ مدني مصري بقوله " ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " (٣) ، وما نصت عليه المادة ٩٦٤ مدني مصري بقولها " من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر عليه ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس " (٤) .

وواضح مما سبق أن القرينة القانونية البسيطة تعفي من يتمسك بها من عبء الإثبات وتجعل على عاتق الطرف الآخر نقض هذه القرينة بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن القضائية .

ثانياً: القرائن القانونية القاطعة يمكننا تعريفها بأنها " القرينة التي يستنبطها القانون من واقعة ثابتة معلومة للدلالة على واقعة غير ثابتة مجهولة دلالة قطعية لا تسمح بإثبات عكس ما تشير إليه " . ولعل من الأمثلة على هذا النوع من القرائن ما نصّ عليه القانون من افتراض خطأ الحارس للأشياء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس عند وقوع فعل ضار بالغير من هذا الشيء محل الحراسة ، سواء كان هذا الشيء محل الحراسة حيواناً أم بناءً أم شيء يحتاج إلى عناية خاصة أم آلة ميكانيكية ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٧٨ مدني مصري على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة " (٥) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ٩٧ إثبات بحريني .

(٢) هذه المادة تعادل المادة ١١٢ مدني بحريني .

(٣) هذه المادة تعادل المادة ٢/٣٣ مدني بحريني .

(٤) هذه المادة تعادل المادة ٨٩١ مدني بحريني .

(٥) هذه المادة تعادل ١/١٧٥ أ مدني بحريني .

وينبغي مراعاة أن من يتمسك بالقرينة القانونية أياً كان نوعها (سواء كانت بسيطة أم قطعية) لا يعفى كليةً من الإثبات ، إنما يطالب بإثبات مقومات توافر القرينة القانونية في جانبه ، فإذا أثبت ذلك كانت هذه القرينة سبباً في إعفائه من إثبات ما دلت القرينة إعفاءً يمكن لخصمه إثبات عكسه أو خلافه بأي من طرق الإثبات ، هذا إذا كانت القرينة بسيطةً ، أو لا يمكن لخصمه إثبات عكسه أو ما يخالفه إذا كانت القرينة قاطعة .

المطلب الثالث

التفرقة بين القرائن القضائية والقرائن القانونية

على الرغم من اتحاد نوعي القرائن (سواء كانت قضائية أم قانونية) في الوسيلة والغاية ، إذ تعتمد القرينة بنوعها على عملية الاستنباط أو الاستنتاج من الواقعة الثابتة والمعلومة للدلالة على الواقعة غير الثابتة والمجهولة ، وتهدف القرينة إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق من تقررت لصالحه القرينة إلى عاتق خصمه الآخر ، إلا أنهما يختلفان في جوانب أخرى عديدة يمكن إجمالها في النقاط الآتية :

أولاً: الاختلاف من حيث المصدر فالقرائن القضائية يستتبطها القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها ، بعكس القرائن القانونية التي يستتبطها واضع القانون من المؤلف والغالب في الظروف والملابسات المرتبطة بموضوع الدعوى (١) .

ثانياً: الاختلاف من حيث الطبيعة الفنية تمثل القرائن القضائية أدلة إثبات بالمعنى الفني الدقيق ، في حين أن القرائن القانونية في حقيقتها مجرد قواعد موضوعية يترتب على توافر شروطها إعفاء من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات ونقل هذا العبء إلى خصمه الآخر (٢) .

ثالثاً: الاختلاف من حيث قطعية أو عدم قطعية دلالتها القرائن القضائية يستتبطها القاضي من وقائع الدعوى فهي غير ملزمة له وغير قاطعة في دلالتها ، في حين أن القرائن القانونية بعضها قاطع الدلالة فلا يجوز نقضه ، وبعضها الآخر غير الدلالة فيجوز نقضه وإثبات عكسه بأي طريق من طرق الإثبات (٣) .

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٣٤٩ .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد سعد خليفة ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - بند ١٤٠ ، ص ٢٥٩ .

(٣) انظر في نفس المعنى : أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٣٤٩ .

رابعاً: الاختلاف من حيث المدى والنطاق تقتصر القرائن القانونية على ما نصّ عليه القانون منها ، فلا قرينة قانونية أيا كان نوعها بغير نص قانوني يقررها ، بعكس القرائن القضائية فهي ليست محصورة في عدد معين أو حالات محددة ، فالقاضي يستنبطها من ظروف وملابسات كل دعوى على حده ، ولذا فهي تختلف من قضية إلى أخرى ، وتتنوع بتنوع واختلاف ظروف وملابسات كل قضية عن غيرها من القضايا (١) .

خامساً: الاختلاف من حيث مدى الحجية في الإثبات لا يجوز الإثبات بالقرينة القضائية إلا فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، في حين أنه في خصوص القرينة القانونية يجري الإثبات بشأن الواقعة المعلومة في ضوء القواعد العامة في الإثبات ، بحيث ما كان منها فوق نصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود ، فتلزم فيه الكتابة ، وما كان منها دون نصاب البينة يمكن الإثبات فيه بشهادة الشهود والقرائن (٢) .

ومما تجدر الإشارة إليه فإن ثمة نوعاً من القرائن لا يعد من القرائن القضائية لعدم استنباطها من قبل القاضي ولا تخضع في نفس الوقت لسلطته التقديرية ، كما لا تعد من قبيل القرائن القانونية لعدم نص القانون عليها ، يطلق عليها الفقه اسم القرائن الطبيعية ، وذلك تأسيساً على أنها تتفق مع طبائع الأشياء وتتسجم مع واقع الحال بطريقة طبيعية أو تلقائية ، مثال ذلك اعتبار ثبوت وفاة شخص معين في زمن معين قرينة طبيعية على ثبوت حياته قبل هذا التاريخ ، كما أن ثبوت تاريخ ميلاد شخص معين منذ مائتي عام أو بمعنى آخر فإن مضي مدة زمنية معينة مقدارها مائتا عام على ميلاد شخص معين قرينة طبيعية على موته في الحال (٣) .

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٠٧ ، ص ١٧١ .

(٢) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٠٧ ، ص ١٧١ .

(٣) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ محمد سعد خليفة ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ١٤٠ ، ص ٢٦٠ .

الفصل الرابع

حجية الأمر المقضي به

تمهيد وتقسيم سنعرض في هذا الفصل حجية الأمر المقضي به لنفك على مدلولها ومدى تميزها واختلافها عما قد يلتبس بها أو يختلط معها من أنظمة قانونية مغايرة أو مختلفة عنها مثل ما يسمى بقوة الأمر المقضي به ، ثم ننظر إلى مدى تعلق تلك القواعد المنظمة لحجية الأمر المقضي به بالنظام العام ، وما هي الحكمة المنشودة من وراء تقرير هذه الحجية ، وأخيراً نبين نطاق الدفع بحجية الأمر المقضي به ، وذلك من خلال بيان شروط حيازة الحكم القضائي لحجية الأمر المقضي ، إلى جانب بيان ما يحوز هذه الحجية من أجزاء الحكم القضائي .

المبحث الأول

مدلول حجية الأمر المقضي به وتمييزها عن قوة الأمر المقضي

لم يسلم واضع قانون الإثبات البحريني من ذات الخطأ الذي وقع فيه واضع قانون الإثبات المصري ، إذ خلط بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي ، رغم الاختلاف الواضح بينهما ، وتجلى ذلك واضحاً حينما عالج نظام حجية الأمر المقضي في الفصل الثاني من الباب الرابع منه مثبتاً إياها بحسب ظاهر النصوص للأحكام القضائية الحائزة لقوة الأمر المقضي به ، فخلط دون قصد بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي ، إذ تنص المادة ١٠١/١ إيثبات مصري على أن

الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. وتقتضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها . (١) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ١/٩٩ إيثبات بحريني . وينبغي لنقادي أي خلط بين هذين المصطلحين تعديل صدر هذه المادة لتستقيم عبارات النص وألفاظه مع حقيقة ودلالة مصطلح حجية الأمر المقضي وعدم التباسها بمصطلح قوة الأمر المقضي ، فيغير في النصين (البحريني والمصري) هذه العبارة " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق " لتحل محلها هذه العبارة " الأحكام التي حازت درجة القطعية (أو بمعنى آخر الأحكام الباتة أو القطعية) تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق " . ومما يحمي لواضع قانون البينات السوري (وهو القانون رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧م) نقاديه ذلك الخطأ في المادة ١/٩٠ منه إذ تنص هذه المادة على أن " الأحكام التي حازت درجة القطعية تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً " .

وقد يفهم من ظاهر ألفاظ النص أن هذه الحجية لا تثبت إلا للأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي به ، أي الأحكام النهائية التي استنفدت طرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) ، وهذا أصلاً لم يقصده واضع القانون نفسه ، لأن هذه الحجية تثبت للحكم القضائي القطعي (أي الحكم البات) الذي يقبل الطعن بالطرق العادية (أي المعارضة أو الاستئناف) كما تثبت أيضاً للحكم القضائي النهائي الذي لا يقبل الطعن عليه بالطرق العادية (أي لا يقبل الطعن عليه بالمعارضة أو الاستئناف) إنما يقبل الطعن عليه بالطرق غير العادية مثل الطعن بالنقض أو بالتماس إعادة النظر .

فحجية الأمر المقضي تعني حيازة الحكم القضائي القطعي الصادر من أية جهة ذات اختصاص قضائي بما لها من ولاية القضاء الحجية فيما فصل فيه في مواجهة الخصوم عند اتحاد المحل والسبب ، وبذلك يصير الحكم القضائي عنواناً للحقيقة فيما فصل فيه بين الخصوم متى اتحد الموضوع محلاً وسبباً ، بصرف النظر عن مطابقة ذلك للحقيقة والواقع من عدمه ، على نحو لا يسمح معه للخصوم بمعاودة إثارة النزاع من جديد أمام القضاء حول نفس الموضوع ولذات السبب وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ، لما في ذلك من منافاة لحجية الأمر المقضي به التي تحوزها الأحكام القضائية القطعية .

غير أنه ينبغي التنبيه بأن هذه الحجية التي تثبت للأحكام القطعية لها طابع التأقيت ، إذ أنها تزول عنها بمجرد الطعن عليها بالمعارضة أو الاستئناف ، فإذا صار الحكم نهائياً ، فلم يعد قابلاً للطعن عليه بالطرق العادية (أي المعارضة أو الاستئناف) أصبح حائزاً لقوة الأمر المقضي ، فلا يسمح من ثم لأي من الخصوم بتجديد عرض نفس النزاع من جديد أمام القضاء لذات الموضوع ولنفس السبب وإلا كانت الدعوى غير مقبولة لسبق الفصل فيها بحكم قضائي نهائي حائز لقوة الأمر المقضي به .

وبذلك يتضح الفارق بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي ، فحجية الأمر المقضي تمنع من معاودة إثارة النزاع من جديد في موضوع فصل فيه بحكم قطعي صادر من جهة ذات اختصاص قضائي بما لها من ولاية القضاء متى كان هناك اتحاد في الخصوم والسبب ، لكنها لا تمنع من الطعن في هذا الحكم بطرق الطعن العادية (المعارضة أو الاستئناف) ، في حين أن

قوة الأمر المقضي تمنع من الدعوى ، كما تمنع من الطعن أيضا في هذا الحكم بالطرق العادية لاستنفاده طرق العادية .

المبحث الثاني

مدى تعلق الدفع بحجية الأمر المقضي بالنظام العام

يعتبر الدفع بحجية الأمر المقضي من الدفوع المتعلقة بالنظام العام ، وذلك لاتصاله بالمحافظة على هيئة القضاء وثقة أفراد المجتمع في أحكامه القطعية ، على نحو يمنع من معاودة النظر فيما فصلت فيه هذه الأحكام من أنزعة متى اتحدت موضوعاتها وأطرافها وأسبابها ، ويترتب على ذلك بطلان الاتفاق على حرمان أي من الخصوم من الدفع به أو التنازل عن تقديمه ، فضلا عن جواز التمسك به من أحد الخصوم في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو كان لأول مرة أمام محكمة التمييز أو النقض ، وأخيرا فإن للمحكمة أن تقضي بالحجية ولو من تلقاء نفسها ، أي حتى ولو لم يتمسك بذلك أي من الخصوم .

المبحث الثالث

الحكمة من تقرير حجية الأمر المقضي

لا جرم أن الغاية المثلى من تقرير حجية الأمر المقضي تتمثل في المحافظة على الثقة المودعة من قبل المتقاضين في الأحكام القضائية ، إذ يطمئن المتقاضون إلى حييدة القاضي ونزاهته في قضائه ، ويتقون - من ثم - ثقة تامة في أن ما فصل فيه هذا الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة ، وسبب قوي ظاهر في استقرار الأوضاع أو المراكز القانونية المتولدة عن المصادر المبتني عليها هذا الحكم ، فيسد بذلك الباب أمام محاولات الخصم ليكرر بعد تمام الفصل في موضوع دعواه رفع دعوى جديدة بذات الموضوع وفي مواجهة نفس الخصم ولنفس السبب ، وعندئذ إما أن يكون الحكم الجديد موافقاً للحكم الأول وفي هذا الفرض سيضيع على القضاء وقته وجهد قضائه دون أدنى فائدة تذكر ، ويهدر في نفس الوقت الثقة المودعة في هذا الحكم القطعي الأول ، وإما أن يتعارض هذا الحكم الجديد مع الحكم القديم وعندئذ ستضيع بالكلية ثقة الناس في القضاء وهذه أدهى وأمر ، لذلك لم يكن بد من الاعتراف بهذه الحجية للحكم القضائي القطعي لسد منافذ الطعن في حييدة القضاء وهيبته وثقة المتقاضين في أحكام قضائه ،

ولتحقيق قدر لازم من الاستقرار المأمول للمراكز القانونية الناشئة عن مصادرها القانونية المرتكزة عليها تلك الأحكام القضائية القطعية .

المبحث الرابع

نطاق الدفع بحجية الأمر المقضي

لا شك في أن تحديد نطاق حجية الأمر المقضي يستوجب منا أن نحدد ابتداءً شروط حيازة الأحكام لهذه الحجية ، ثم نبين بعد ذلك أي أجزاء الحكم القضائي يحظى بهذه الحجية ، هل تثبت له في جميع أجزائه أم أنها تقتصر على بعض أجزائه فقط ، وأخيرا نوضح شروط الدفع بهذه الحجية ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

المطلب الأول

شروط الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي

يلزم لكي يحظى الحكم القضائي بحجية الأمر المقضي أن يكون مستوفياً الشروط الآتية :
أولاً: الشرط الأول: أن يكون حكماً قضائياً وهذا يعني ضرورة صدور هذا الحكم من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية ، ومن ثم لا تثبت هذه الحجية للقرارات الصادرة من جهات غير قضائية ، حتى وإن كانت هذه القرارات قد فصلت بموجبها في أنزعة ، كالقرار الصادر من النيابة العامة بالحفظ ، وقرار لجنة تقدير الضرائب أو تقدير الإيجارات ، كما لا تثبت هذه الحجية للقرارات الصادرة من جهات قضائية بموجب سلطتها أو وظيفتها الولائية ، مثال القرار الصادر من القاضي بالتصديق على محضر صلح أو قراره بتعيين وصي في غير خصومة قضائية .

وبناء على ما سبق فإن الحجية لا تثبت إلا للأحكام الصادرة من جهة قضائية ذات اختصاص قضائي ، أي تفصل فيما تفصل فيه من أنزعة بموجب اختصاصها القضائي ، سواء كانت ممثلة في المحاكم العادية بأنواعها المختلفة (المدنية ، والجنائية ، والإدارية) ، أم في المحاكم الاستثنائية (مثل المحاكم العسكرية) أم ممثلة في الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي (مثل لجنة الفصل في المنازعات الزراعية في مصر (١) .

(١) انظر في هذا المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٥١ ، ص ٨٥ ، أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١١٣ ، ص ١٧٥ .

ثانياً: الشرط الثاني: أن يكون الحكم القضائي داخلياً في الاختصاص الوظيفي للجهة التي أصدرته

فلكي يحوز الحكم القضائي حجية الأمر المقضي ينبغي أن يكون هذا الحكم داخلياً في الاختصاص الوظيفي للجهة القضائية التي أصدرته ، ومن ثمّ إذا صدر الحكم من جهة غير مختصة وظيفياً بإصداره لم يحز هذه الحجية ، ولم يكن صدوره مانعاً من إعادة عرض موضوع هذا الحكم من جديد على جهة الاختصاص الوظيفي به .

فقد قسم القانون الاختصاص القضائي الوظيفي بين أنواع مختلفة من المحاكم منوطاً لكل جهة من هذه المحاكم اختصاصها الوظيفي المغاير لغيرها من المحاكم الأخرى ، فعلى سبيل المثال نجد أن المحاكم الجنائية هي المختصة وظيفياً بالفصل في المنازعات المتعلقة بالأفعال الإجرامية ، والمحاكم المدنية هي المختصة وظيفياً بالفصل في الدعاوى بالحقوق المالية بين أشخاص القانون الخاص ، والمحاكم الإدارية هي المختصة وظيفياً بنظر المنازعات الإدارية ، والمحاكم الشرعية في البحرين هي المختصة وظيفياً بنظر المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية أو ما يسمى بأحكام الأسرة .

وبناء على هذا التقسيم أو التوزيع الدقيق للاختصاص الوظيفي للجهات القضائية إذا صدر حكم قضائي من محكمة غير مختصة وظيفياً بموضوع الدعوى الصادر في شأنها الحكم (كما لو صدر حكم من محكمة عسكرية في دعوى مدنية أو دعوى أحوال شخصية) لم يحز هذا الحكم حجية الأمر المقضي ، ومن ثمّ لم يمنع من معاودة رفع دعوى جديدة بذات موضوع الدعوى وبنفس أطرافه إلى المحكمة المختصة وظيفياً بالفصل في هذا الموضوع ، لتفصل فيه بحكم قضائي قطعي يحوز من بعد صدوره على حجية الأمر المقضي به .

ويراعى أنه إذا تحقق الاختصاص الوظيفي للجهة التي أصدرت الحكم القضائي حاز حجية الأمر المقضي رغم مخالفته لقواعد الاختصاص النوعي أو المحلي أو القيمي ، فالحكم الصادر من المحكمة المدنية الصغرى (وهي تعادل المحكمة الجزئية في مصر) في موضوع يدخل في اختصاص المحكمة المدنية الكبرى (وهي تعادل المحكمة الابتدائية) أو العكس يحوز الحجية رغم الخروج على الاختصاص النوعي أو القيمي بين هاتين المحكمتين ، على أساس أن موضوع الدعوى يدخل في الاختصاص الوظيفي لأي من المحكمتين ، وإن كان هذا لا يمنع من الطعن في الحكم بدفع أخرى غير التمسك بالحجية ، كأن يطعن عليه بالبطلان لعيب متعلق بالنظام العام .

ثالثاً: الشرط الثالث: أن يكون الحكم قطعياً وهذا يقتضي أن يكون الحكم قد حسم موضوع الدعوى كلياً أو جزئياً بين الخصوم ، حتى ولو لم يكن حسمه لهذا الموضوع نهائياً ، نظراً لقابليته للطعن عليه بالطرق العادية (أي المعارضة أو الاستئناف) .

ذلك أن الأحكام التي لا تحسم موضوع الدعوى بين الخصوم لا تتمتع بحجية الأمر المقضي ، وبناء عليه لا تثبت الحجية للأحكام الآتية (١) :

١- **الأحكام التحضيرية** أي الأحكام التي تصدرها المحكمة بهدف التحضير والإعداد للفصل في موضوع الدعوى دون الكشف عن رأي معين أو اتجاه محدد للمحكمة في هذا الموضوع ، مثال ذلك الحكم الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو بندب خبير لمعاينة محل النزاع .

٢- **الأحكام التمهيدية** أي الأحكام التي تصدرها المحكمة تمهيداً للفصل في موضوع الدعوى وتنبئ في نفس الوقت عن اتجاه المحكمة إلى رأي معين أو اتجاه محدد قبل تمام الفصل في الدعوى ، مثال ذلك الحكم الصادر من المحكمة بندب خبير لتقدير حجم الضرر الذي أصاب المضرور وتقدير ما يلزم له من مصروفات لعلاج ، فهو يكشف عن رغبة المحكمة ونيتها في الحكم بالتعويض لصالح المضرور في هذه الدعوى .

٣- **الأحكام التهديدية** أي الأحكام التي تصدرها المحكمة بقصد التهديد لحمل المدين على التنفيذ العيني لالتزامه الممتنع عن إجرائه رغم الحاجة إلى تدخله الشخصي لإجرائه ، فمثل هذا الحكم ليس حكماً قطعياً ويستطيع القاضي تعديله أو إلغاؤه تبعاً لموقف المدين من تنفيذ أو عدم تنفيذ التزامه عيناً رغم كونه ممكناً ولا يهدده بخسارة فادحة . مثال ذلك الحكم الصادر بالغرامة التهديدية المحكوم به على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه عيناً مع تعذر أو عدم ملائمة إجراء التنفيذ دون تدخله الشخصي ، فهذا الحكم حكم تهديدي لأنه ليس حكماً تعويضياً حتى يجري تنفيذه في مواجهة المدين ، إذ القصد منه مجرد التهديد والتلويح بالجزاء في وجه المدين ، وينتهي المطاف معه بأحد حلين : إما أن ينكسر عناد المدين بعد

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري " الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري " بند ٧٠٨ ، ص ٧٣٤ ، طبعة مطبعة لجنة

التأليف والترجمة والنشر ، بدون تاريخ نشر ، أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٠١ ، ص ٨٦ ، ٨٧ ، أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١١٣

، ص ١٧٦ ، أ.د/ محمد سعد خليفة ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ١٤٨ ، ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

تهديده بهذا الحكم فيحقق الحكم على إثر ذلك غايته من إصداره ، وإما أن يبقى مصراً على موقفه الراض لتتفيذ التزامه عيناً رغم هذا التهديد ، فلا يجد القاضي بدأً من اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض بديلاً عن التنفيذ العيني الذي تعذر حمل المدين عليه لمساس ذلك بحريته الشخصية .

٤- الأحكام الوقتية أي الأحكام التي تصدر من المحكمة للفصل في طلبات وقتية دون المساس بأصل النزاع أو موضوعه . وذلك مثل الأحكام الصادرة من القضاء المستعجل في الدعاوى المستعجلة ، والحكم الصادر من محكمة الموضوع بتقدير نفقة مؤقتة للمضرور لحين الفصل في دعوى التعويض المرفوعة على المسئول .

المطلب الثاني

ما يثبت له الحجية من مكونات أو أجزاء الحكم القضائي

لا تثبت الحجية لكل مكونات أو أجزاء الحكم القضائي ، إنما تثبت فقط بصفة عامة لمنطوق الحكم القضائي سواء كان صريحاً أم كان ضمناً . ويتكون الحكم القضائي من الأجزاء الآتية :

أولاً: منطوق الحكم القضائي ويقصد بالمنطوق ذلك الرأي النهائي أو النتيجة النهائية أو الكلمة الفصل التي خلصت إليها المحكمة لحسم موضوع النزاع المطروح عليها في الدعوى . وتثبت هذه الحجية للمنطوق سواء منطوقاً صريحاً أم منطوقاً ضمناً ، ويقصد بالمنطوق الصريح ما يعبر صراحةً عن النتيجة النهائية الحاسمة في موضوع الدعوى ، في حين يقصد بالمنطوق الضمني ما يستفاد من النتيجة النهائية الحاسمة في موضوع الدعوى فيعبر بصورة غير مباشرة أو بطريقة ضمنية عن اتجاه المحكمة في أمر معين ، مثال ذلك أنه حينما يصدر حكم قضائي بصحة إجراءات التنفيذ التي جرت بموجب سند تنفيذي معين ، فإن صحة إجراءات هذا التنفيذ تمثل المنطوق الصريح للحكم القضائي ، في حين تمثل صحة السند الذي جرى بموجبه التنفيذ منطوقاً ضمناً لهذا الحكم القضائي ، تأسيساً على أنه يعد نتيجةً حتميةً غير مباشرة للحكم الصادر بصحة إجراءات التنفيذ ، لأنه لا يمكن اعتبار إجراءات التنفيذ صحيحة إلا إذا بني على سند صحيح .

وينبغي مراعاة أن الحجية لا تثبت إلا للمنطوق الذي يفصل في الطلبات أو الدفع التي تمت مناقشتها من قبل المحكمة ، ولذا فإن المنطوق الذي يفصل في طلب أو دفع لم تناقشه المحكمة لا يتمتع بالحجية ، مثال ذلك الحكم الصادر من المحكمة في أحد الطلبات بالقبول ورفض بقية

الطلبات الأخرى ، فمثل هذا الرفض لا يحظى بالحجية إلا في خصوص الطلبات التي جرت مناقشتها والبت فيها من قبل المحكمة .

ثانياً: أسباب الحكم وهي تتعلق بكل ما عرضه الخصوم على المحكمة من أدلة بشأن الواقعة المتنازع عليها ومناقشة المحكمة لها وأسس الحكم الذي خلصت إليه المحكمة بشأن موضوع النزاع ، وهي تمثل مقدمة لمنطوق الحكمة القضائي ، وتشتهر تحت مسمى " حيثيات الحكم " .
والأصل العام العام أن هذه الأسباب لا تتمتع بالحجية ، هذا ما لم تكن مرتبطةً بمنطوق الحكم القضائي ارتباطاً وثيقاً ، على نحو يجعلها غير منفكة عن هذا المنطوق ، أي تصير معه جزءاً لا يتجزأ عنه ، فمثلاً إذا قضت المحكمة ببطان عقد البيع بعد أن عرضت لكل الطلبات والدفع المثارة في خصوص سلامة أو بطلان هذا العقد ، وفصلت فيها بطريقة قاطعة خلصت معها إلى بطلان العقد بوصفها النتيجة النهائية الحاسمة لمنطوق الحكم ، فعندئذ تضحى أسباب هذا الحكم جزءاً لا يتجزأ من منطوق الحكم الصادر بالبطلان .

ثالثاً: وقائع الدعوى وهي تمثل كل ما يرتبط بعرض موضوع النزاع على المحكمة وما يقدمه إليها الخصوم من مستندات وحجج تؤيد ادعاءاتهم في هذه الدعوى . والأصل العام أن هذه الوقائع لا تثبت لها الحجية أصلاً ، هذا ما لم يتبين أن هذه الوقائع مكلمة لمنطوق الحكم القضائي ، فعندئذ تلحق الوقائع بالمنطوق في الحجية فتثبت لها بطريق التبع لهذا المنطوق ، مثال ذلك أن تذكر المحكمة مقدار الالتزام المحكوم به في الوقائع (كما لو ذكر في المنطوق أن مقدار الالتزام وارد في لائحة الدعوى) دون أن تذكره في منطوق الحكم ، فعندئذ يحوز هذا المقدار المذكور في الوقائع الحجية بطريق التبع للمنطوق ، نظراً لارتباطه به ارتباطاً وثيقاً على نحو لا يجعله منفكاً عنه في تمتعه بالحجية .

المطلب الثالث

شروط الدفع بحجية الأمر المقضي

تنص المادة ١/١٠١ إثبات مصري على أن " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. وتنقضي المحكمه بهذه الحجية من تلقاء نفسها " (١) .

يستفاد من هذا النص أنه لكي يمكن الدفع بحجية الأمر المقضي لمنع معاودة النظر فيما سبق الفصل فيه بحكم قضائي قطعي حائز لهذه الحجية أن تتوفر له الشروط الآتية :

أولاً: الشرط الأول: وحدة الخصوم لا جرم أن وحدة الخصوم تعني وحدة أطراف الدعوى أو الخصومة ، فإذا تحققت هذه الوحدة كانت سبباً في منع معاودة رفع دعوى من جديد بذات الموضوع وبذات السبب بين نفس الخصوم لاصطدام ذلك بما يحظى به الحكم القضائي من حجية بين هؤلاء الخصوم . وهنا يثار التساؤل حول مدلول الخصم أو الطرف في الدعوى أو الخصومة ، هل يقتصر على الأصيل الذي رفع الدعوى وهو المدعي أو من رفعت عليه الدعوى وهو المدعى عليه ، أم يمتد ليشمل آخرين مع هذا الأصيل مدعياً كان أو مدعى عليه ؟

لا شك أن وصف الخصم أو الطرف في الدعوى والذي يحقق معنى الوحدة في الخصوم لا يقتصر على المدعي والمدعى عليه ، وإنما يمتد ليشمل النائب عنهما ، وذلك حينما ترفع الدعوى على النائب بوصفه نائباً عن أحد الخصوم وليس بصفته الشخصية ، كما يشمل الخلف العام لأيهما تأسيساً على أن شخصية الخلف تمثل امتداداً لشخصية سلفه فيما يصدر عن السلف من تصرفات بكل ما ترتبه من حقوق أو تفرضه من التزامات ، بل ويشمل أيضاً الخلف الخاص متى توافرت في حقه شروط انصراف آثار تصرفات السلف إلى خلفه الخاص ، وبذلك يعتبر الحكم الصادر في مواجهة السلف حجةً على خلفه الخاص إذا رفعت الدعوى الصادر فيها الحكم وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص ، كما لو صدر حكم بتقرير حق ارتفاق على عقار ، ثم من

(١) هذه المادة تعادل المادة ١/٩٩ إثبات بحريني .

بعد ذلك انتقل الحق العيني على هذا العقار إلى شخص آخر ، ففي هذه الفرضية لا يكون هذا الحكم القضائي حجةً على من صدر ضده الحكم فقط ، بل وعلى الخلف الخاص له (١) . ويراعى أن العبرة في وحدة الخصوم تكون بالنظر إلى صفاتهم وليس إلى ذواتهم وأشخاصهم ، وعليه إذا صدر حكم قضائي في موضوع دعوى رفعها نائب بوصفه نائباً عن الأصيل الذي يعمل لحسابه ، وليس بصفته الشخصية ، حاز الحكم حجية الأمر المقضي في مواجهة الأصيل ، على يمنع هذا الأصيل من معاودة رفع دعوى جديدة بذات الموضوع ولذات السبب في مواجهة نفس الخصم ، لكن لا يجوز هذا الحكم حجية في حق النائب بصفته الشخصية ، سواء باعتباره مدعياً أم مدعياً عليه ، ومن ثم يجوز رفع دعوى جديدة على هذا النائب أو من هذا النائب بذات الموضوع في مواجهة أي من الخصوم ، وذلك إذا انتقل الحق المتنازع عليه بأي سبب من أسباب نقل الملكية ، ولا يجوز في هذه الفرضية الدفع بالحجية (٢) .

ثانياً: الشرط الثاني: وحدة الموضوع إن وحد الموضوع في الدعويين تعني وحدة الحق الذي يطلبه الخصم أو وحدة المصلحة التي يسعى الخصم إلى تحقيقها في الدعوى . فعلى سبيل المثال إذا صدر حكم بصحة التعاقد لم يجز من بعد رفع دعوى جديدة لإثبات عدم صحة هذا العقد ، بعكس الحال حينما يختلف موضوع الدعويين حتى وإن مع وجود وحدة الخصوم ووحدة السبب ، فلو رفع أحد طرفي عقد سبق صدور حكم قضائي بصحته دعوى جديدة لمطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته العقدية لم يجز دفع دعواه بحجية الأمر المقضي به ، وذلك نظراً لاختلاف موضوع الدعويين .

ويراعى أن العبرة في وحدة موضوع الدعوى هي بما فصل فيه الحكم القضائي فعلياً في موضوع الدعوى ، ولذا إذا فصل الحكم في جزء من موضوع الدعوى ولم يفصل في جزئه الآخر أو أجزائه الأخرى ، لم يحز هذا الحكم حجيته فيما لم يفصل فيه ، مثال ذلك أنه إذا اقتصر طلب المدعي على رد العين المغصوبة إليه مع الاحتفاظ لنفسه بحقه في المطالبة بالربيع والتعويض ، فإن الحكم القضائي الذي يصدر برد العين المغصوبة إلى صاحبها لا يحوز حجية في شأن الربيع

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ سليمان مرقس " أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنةً بتقنيات سائر البلاد العربية " ، بند ١٨١ ، ص

٢٢٤ ، طبعة عام ١٩٨١ م ، عالم الكتب بالقاهرة ، أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٥٢ ، ص ٨٨ .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله - المرجع السابق - بند ١١٤ ، ص ١٧٨ .

والتعويض ، تأسيساً على أن القاضي لم يفصل في هذه الطلبات عند حكمه برد العين المغصوبة إلى مالكيها (١) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الحكم في شيء معين يعد في نفس الوقت حكماً فيما يعد متفرعاً عنه وفي ملحقاته ، والعكس صحيح شريطة أن يمثل ذلك منطوقاً ضمناً للحكم ، فالحكم الصادر برفض ادعاء ملكية منزل معين يستتبع في ذات الوقت رفض المطالبة ببيع هذا المنزل ، وكذلك الحال فإن الحكم الصادر برفض المطالبة ببيع منزل معين يستتبع رفض الادعاء بملكية هذا المنزل مادام أن الحكم الأول قد بحث في ملكية المنزل ، أما إذا كان هذا الحكم الصادر برفض أحقية المدعي في ريع المنزل لم يتطرق لبحث ملكيته ، لم يحز هذا الحكم أي حجية بشأن ملكية هذا المنزل ، ومن ثم لا يحول هذا الحكم دون رفع دعوى جديدة لإثبات ملكية هذا المنزل (٢) .

وقد يحدث في بعض الفروض أن يشق علينا البت بصورة دقيقة وعلى نحو محدد في مدى وحدة أو اختلاف موضوع الدعويين ، فمثلاً إذا صدر حكم برفض دعوى فسخ العقد التي رفعها المشتري لعدم توافر الصفات التي كفلها له البائع في المبيع ، فهل يحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي فيمنع المشتري من رفع دعوى جديدة لطلب إنقاص الثمن تعويضاً له عما لحقه من ضرر من جراء تخلف أو فوات هذه الصفات ؟

إن الناظر لأول وهلة للشكل الخارجي لهذين الطلبين يلحظ بكل وضوح تباين موضوعهما ، على أساس أن موضوع الطلب الأول متمثل في فسخ العقد ، وموضوع الطلب الآخر متمثل في إنقاص الثمن ، لكن المتأمل فيهما بعين فاحصة يجد موضوعهما واحداً ، لأنهما ينصبان على محل واحد أو يعالجان موضوعاً واحداً ، ألا وهو عدم توافر الصفات التي كفلها البائع للمشتري في المبيع (٣) .

ثالثاً: الشرط الثالث: وحدة السبب ويقصد بها وحدة المصدر القانوني المنشئ للحق موضوع الدعوى أو وحدة الأساس القانوني الذي تبني عليه الدعوى . وبناء على ذلك إذا اتحد سببا

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد سعد ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ١٥٠ ، ص ٢٧٢ ..

(٢) انظر في هذا المعنى إلى : أ.د/ عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق - بند ٥٢ ، ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٣) انظر في ذلك المعنى إلى : أ.د/ عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " ، ج ٢ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام ، بند ٧١٢ ،

ص ٧٤٠ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ نشر ، أ.د/ محمد سعد ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - ص ٢٧٣ .

الدعويين صارت الدعوى الجديدة مرفوضة بسبب حيازة الحكم الصادر في الدعوى الأولى لحجية الأمر المقضي به ، فمثلا إذا رفضت المحكمة أن تحكم للمدعي بمبلغ من المال بوصفه ثمناً للمبيع في مواجهة المدعى عليه ، لم يجز له بعد ذلك أن يعيد مطالبته مرة أخرى على أساس عقد البيع ، لكن لا مانع من طلب هذا المبلغ على أساس القرض أو الوديعة أو غيرهما من العقود الأخرى ، تأسيساً على ثبوت الاختلاف بين الطرفين في السبب .

ويراعى أن العبرة ههنا لقبول الدعوى الجديدة هي باختلاف السبب حتى وإن اتحد موضوع الدعويين ، ولهذا إذا رفض القاضي دعوى إبطال العقد لفساد الرضاء بعيب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، فإن ذلك لا يمنع من معاودة نفس الطلب (المتمثل في إبطال العقد) لسبب آخر غير فساد الرضاء بأحد عيوب الإرادة سالفه الذكر ألا وهو عدم صحة هذا الرضاء بسبب نقص الأهلية .

ولا ينظر إلى اختلاف الدليل متى اتحد السبب في الدعويين ، ومن ثم إذا رفع المدعي دعواه لإثبات عقد البيع وقدم للمحكمة دليلاً على ذلك عبارة عن شهادة الشهود في حدود ما يجوز إثباته بها لكن المحكمة قضت برفض دعواه لعدم اطمئنانها إلي الدليل المقدم ، لم يجز له بعد ذلك معاودة نفس الطلب استناداً إلى دليل آخر مثل اليمين ، وذلك نظراً لاتحاد السبب في الدعويين على الرغم من اختلاف الدليل في كلتيهما .

الفصل الخامس

الإقرار واستجواب الخصوم

تمهيد وتقسيم سنعرض في هذا الفصل لكل من الإقرار واستجواب الخصوم ، لنقف على مدلول كل واحد منهما ، وما يلزم فيه من شروط أو إجراءات للاعتداد به ، ولعل جمعي بين هذين الدليلين من أدلة الإثبات في فصل واحد مرده إلى اتحادهما في الغاية والهدف ، إذ الغاية من أيهما تتمثل في الحصول على اعتراف من الخصم بحق خصمه الآخر .

المبحث الأول

الإقرار

المطلب الأول

مدلول الإقرار

يقصد بالإقرار اعتراف الشخص بحق معين مدعى به عليه بقصد إثباته في ذمته لصالح شخص آخر (م ١٠٣ إثبات مصري (١)) .

ويعتبر الإقرار تصرفاً قانونياً من جانب واحد وهو المقر ، ولذا فهو تصرف انفرادي ينشأ بإرادة المقر وحده مرتباً على إثر ذلك جميع آثاره القانونية دون أن يحتاج إلى قبول من جانب المستفيد من جراء هذا الإقرار .

وينبغي أن يستوفي هذا الإقرار ما يلزم لصحة التصرفات القانونية من شروط ، فمثله مثل غيره من التصرفات القانونية يتعين لصحته ما يلزم لصحة باقي التصرفات القانونية من شروط عامة ، من رضا ومحل وسبب ، ويلزم أن تتجه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني معين متمثل في الاعتراف بثبوت حق معين في ذمته لصالح غيره الذي صدر لصالحه الإقرار ، كما يلزم أن يكون المقر ذا أهلية تمكنه من التصرف في الحق المعترف في ذمته لصالح ذلك الغير ، وأخيراً يتعين أن يكون رضائه خالياً من أي عيب من عيب الإرادة ، على نحو يسمح بسلامة إقراره من الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال .

(١) إذ تنص هذه المادة على أن " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة " هذه المادة تعادل

المادة ١٠١ إثبات بحريني .

والأصل العام أن يصدر الإقرار من المقر شخصياً أو من نائبه ، شريطة أن يكون هناك إذن خاص بذلك من قبل الأصيل إذا كانت النيابة اتفاقية ، إذ يلزم في الإقرار وكالة خاصة فلا تجزئ فيه الوكالة العامة (١) .

ولا يشترط في الإقرار شكل خاص فيصح وقوعه صريحاً ، سواء وقع بطريق اللفظ أم الكتابة أم الإشارة ممن لا يعرف الكتابة ، كما يصح وقوعه ضمناً فيستفاد بصورة غير مباشرة من سلوك المقر ، كما لو دفع المدعى عليه طلب المدعي بحق له في ذمته بالمقاصة القانونية ، لأنه لا يتمسك المدعى عليه بالمقاصة القانونية إلا إذا كان مقراً ضمناً بثبوت هذا الحق في ذمته لصالح المدعي ، بل إنه من المتصور أن يستفاد هذا الإقرار من سكوت المدعى عليه عن المنازعة في بعض وقائع الدعوى رغم منازعته في بعضها الآخر ، إذ يحمل سكوته عن المنازعة في هذه الوقائع الأخيرة على التسليم والإقرار بها لخصمه ، لاسيما مع منازعته له في بعض الوقائع الأخرى (٢) .

وتطبيقاً لما سبق قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه " إذا كانت الدعوى قد تناولت جملة وقائع نازع الخصم في بعضها ولم ينازع في بعضها الآخر ، فإنه يجوز للمحكمة أن تعتبر عدم منازعته بمثابة التسليم والإقرار الضمني بها " (٣) .

وينبغي التنويه بأن الإقرار يرد على جميع الوقائع القانونية ، سواء كانت تصرفات قانونية أم وقائع مادية ، وبغض النظر عن قيمة التصرفات القانونية ، أي حتى ولو كانت قيمتها زائدة عن نصاب الإثبات بشهادة الشهود أو كانت قيمتها غير محددة القيمة (٤) .

(١) إذ تنص المادة ٧٠٢ من قانون الإجراءات المدنية والإقرار الخاصة في كل عمل وليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح

والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء " . هذه المادة تعادل ٦٤٤/أ من قانون الإجراءات المدنية والبحرينية .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٢٠ ، ص ١٨٨ ، أ.د/ محمد شكري سرور " موجز أصول الإثبات في الماد المدنية والتجارية "

بند ١٤٠ ، طبعة عام ١٩٨٦ م ، دار الفكر العربي بالقاهرة

(٣) تمييز بحريني ، طعن رقم ١٦ لسنة ١٩٩٢ م ، جلسة ٢٤ مايو ، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية ، السنة الثالثة ، ق ٣٤ ، ص ١٣٨ .

(٤) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٢٠ ، ص ١٨٨ .

المطلب الثاني

أنواع الإقرار

الإقرار نوعان : إقرار قضائي وآخر قضائي ، فما هو مدلول كل منهما ، وما هي حجبه في الإثبات ؟

الفرع الأول

الإقرار القضائي

أولاً: معنى الإقرار القضائي وشروطه

يقصد بالإقرار القضائي اعتراف الشخص أمام القضاء بواقعة قانونية معينة مدعى بها عليه لإثباتها في ذمته لصالح غيره أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة (١) .
ويظهر من خلال هذا التعريف أن الإقرار القضائي لا يعد إقراراً بالمعنى الفني الدقيق إلا إذا استوفى الشروط الثلاثة الآتية :

١- الشرط الأول: صدور الإقرار من صاحب الحق فيه وصاحب في الإقرار هو شخص المقر باعتباره الأصل الذي يحق له أن يقر بحق غيره عليه فيما يدعيه عليه قضاءً من الحقوق التي له في ذمته ، وقد يصدر الإقرار من نائب الأصل شريطة أن تكون نيابته ترخص له في الإقرار بحق الغير في ذمة الأصل نيابة عنه .

٢- الشرط الثاني: صدور الإقرار أمام جهة قضائية مختصة إذ لا يعتد قانوناً بالإقرار بوصفه إقراراً قضائياً إلا إذا صدر أمام جهة قضائية مختصة ، سواء كانت تلك الجهة تابعة للقضاء العادي بمحاكمه المختلفة (سواء كانت محكمة مدنية أم جنائية أم أحوال شخصية أم عمالية) أم تابعة للقضاء الإداري ، أم للقضاء الاستثنائي مثل المحاكم العسكرية ، أم كانت مجرد جهة إدارية ذات اختصاص قضائي مثل هيئة المحكمين .

(١) حيث تنص المادة ١٠٣ إثبات مصري على أن " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة

" . هذه المادة تعادل المادة ١٠٣ إثبات بحريني .

وبناء على ما سبق لا يعد إقراراً قضائياً ذلك الإقرار الذي يصدر أمام جهة إدارية مثل الإقرار الصادر أمام ضابط الشرطة أو أمام وكيل النيابة أو أمام إدارة شئون أموال القاصرين ومن حكمهم (وهي جهة في البحرين تعادل المجالس الحسبية في مصر) أو أمام الخبير القضائي المنتدب . كما لا يعد إقراراً قضائياً ذلك الإقرار الذي يصدر أمام جهة قضائية غير مختصة ، طالما أن الاختصاص المخالف مرتبط بالنظام العام ، أما إذا كان الاختصاص المخالف لا يتصل بالنظام العام فإنه لا ينفي عن الإقرار الحاصل أمام الجهة القضائية غير المختصة وصف الإقرار القضائي ، ومن ثم يعد الإقرار الحاصل أمامها إقراراً قضائياً رغم كونها جهة قضائية غير مختصة ، كما لو وقعت مخالفة لقواعد الاختصاص القيمي أو المحلي أو غيرهما من قواعد الاختصاص القضائي غير المتصلة بالنظام العام .

٣- الشرط الثالث: صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة أو الحق موضوع الإقرار

فلا يكفي لاعتبار الإقرار إقراراً قضائياً مجرد صدوره من صاحب الحق فيه أمام جهة قضائية مختصة ، إنما يلزم إلى جانب ذلك ضرورة صدوره أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة أو الحق محل الإقرار ، وهذا يقتضي صدوره من صاحب الحق فيه أثناء مباشرة إجراءات نظر الدعوى ، سواء تحقق ذلك من خلال وروده في صحيفة الدعوى أم أثناء المرافعة أم خلال الاستجواب الذي أجرته المحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها .

وبناء على ما سبق لا يعد إقراراً قضائياً ذلك الإقرار الذي يصدر من صاحبه في دعوى أخرى غير الدعوى التي تتعلق بموضوع الإقرار .

ثانياً: حجية الإقرار القضائي تنص المادة ١٠٤ إثبات مصري على أن " الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى " (١) .

يفهم من هذا النص أن الإقرار حجة بذاته على المقر ، وذلك تأسيساً على أنه تصرف انفرادي من جانب المقر لا يحتاج معه إلى قبول من جانب الطرف الآخر ، ومن ثم لا يستطيع المقر الرجوع في إقراره بحجة أن الطرف الآخر المستفيد من الإقرار لم يقبله ، كما أنه لا يستطيع

(١) هذه المادة تعادل المادة ١٠٤ إثبات بحريني .

التعديل في إقراره بعد صدوره منه ، سواء بالزيادة فيه أم بالإنقاص منه أو بالتحفظ عليه بعد صدوره ، طالما كان مستوفياً لجميع الشروط اللازمة لصحة نشأته وقيامه .
وإذا ثبت للقاضي صحة الإقرار الصادر عن المقر وتام استيفائه للشروط اللازمة لنشأته وقيامه بوصفه إقراراً قضائياً ، كان حجةً على صاحبه وملزماً للقاضي على نحو يوجب عليه الحكم بمقتضى مضمونه في إثبات الحق أو الواقعة محل الإقرار في ذمة المقر لصالح المقر له .
ويخضع الإقرار بوصفه تصرفاً قانونياً من جانب واحد لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية ، ومن ثم تكون حجيته مقصورة على من صدر عنه هذا الإقرار ، فضلاً عن خلفه العام (تأسيساً على أن شخصيته تمثل امتداداً لشخصية سلفه) وخلفه الخاص (متى كان الحق الذي صدر الإقرار بشأنه متعلقاً بالمال الذي آل إلى الخلف الخاص ، وتوافرت فيه بقية الشروط اللازمة لانصراف أثر التصرف من السلف إلى خلفه الخاص) ودائنيه العاديين طالما أن هذا الإقرار لم يصدر إضراراً بهم .

أما ما عدا هؤلاء سألني الذكر فلا يكون الإقرار حجةً عليهم ، ومن ثم لا يعتبر الإقرار الصادر عن أحد المدينين المتضامنين أو أحد الدائنين المتضامنين حجةً على باقي المدينين المتضامنين أو باقي الدائنين المتضامنين متى كان منطوياً على الإضرار بهم ، وذلك تأسيساً على أن النيابة المتبادلة المفترض وجودها بين المدينين المتضامنين أو بين الدائنين المتضامنين تكون ثابتةً فيما ينفع منتفيةً فيما يضر (١) ، كما لا يكون للإقرار الصادر من أحد الشركاء حجةً في مواجهة باقي الشركاء (٢) ، ولا يعد الإقرار الصادر من أحد الورثة بدين على التركة حجةً في مواجهة باقي الورثة (٣) .

ويثار التساؤل في خصوص حجية الإقرار القضائي على المقر ومن في حكمه حول مدى جواز تجزئة هذا الإقرار القضائي ؟

(١) انظر في ذلك المعنى : د/ خالد حمال أحمد حسن " دروس في أحكام الالتزام في ظلل نصوص القانون المدني البحريني " ، ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، الطبعة الأولى عام

٢٠٠٩ م .

(٢) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٥٥ ، ص ٩٤ .

(٣) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٢٤ ، ص ١٩١ .

بادئ ذي بدء نود الإشارة إلى أن مشكلة تجزئة الإقرار القضائي لا تثار بشأن الإقرار البسيط ، إنما تتجلى واضحةً في الإقرار الموصوف والإقرار المركب ، فما هو المقصود بكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة ؟

١- الإقرار البسيط يقصد به ذلك الإقرار الذي يقر فيه الخصم لخصمه الآخر بالواقعة القانونية المدعاة أو بالحق المدعى به عليه لإثباته في ذمته دون أي تعديل أو إضافة . مثال ذلك أن يدعي " زيد " على " بكر " أنه دائن له بألف جنيه ، فيقر له بكر بهذه المديونية بذات قدرها دون أن يدخل عليها أي تعديل أو إضافة .

ولا شك أن مثل هذا الإقرار لا مجال فيه للقول بالتجزئة وقد سلم المقر لخصمه بكل ما ادعى به عليه دون أي تعقيب عليه فيما ادعاه عليه ، ومن ثم يؤخذ بهذا الإقرار كله دون تجزئة .

٢- الإقرار الموصوف يقصد به ذلك الإقرار الذي يقر الخصم فيه لخصمه بالواقعة القانونية المدعاة أو بالحق المدعى به لإثباته في ذمته مع تقييد ذلك بقيد معاصر لأيهما من شأنه التعديل في آثاره . مثال ذلك أن يعترف " بكر " بدين " زيد " كما في المثال السابق ، ولكن يضيف قيداً معاصراً لنشأة الدين يعدل من أثر اعترافه به ، كما لو ذكر أنه مؤجل لسنة قادمة أو يذكر أنه معلق على شرط واقف أو فاسخ ، وعندئذ لا يكون مستحقاً إلا إذا تحقق الشرط هذا إذا كان الشرط واقفاً ، أو يزول استحقاقه بأثر رجعي عند تحقق الشرط إذا كان الشرط فاسخاً .

ويعد الإقرار الموصوف حجةً على المقر ومن في حكمه ، وهو مثل الإقرار البسيط لا تجوز تجزئته فإما أن يأخذه المستفيد كله وإما أن يتركه كله ، ومن ثم لا يسمح له بأخذ ما ينفعه وترك ما يضره .

ويراعى أن الإقرار الموصوف يفيد القطع واليقين في ثبوت الحق المدعى به في ذمة المقر لصالح خصمه الآخر ، كما يفيد في نفس الوقت الثبوت البسيط للوصف الذي عاصر أو زامن هذا الحق في نشأته فجعله مؤجلاً أو معلقاً على شرط ، أي موصوفاً غير بسيط في نشأته .

فإذا أراد المقر له الأخذ بالإقرار الصادر لصالحه وجب عليه الأخذ به كله ، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات انتفاء أو زوال الوصف الذي عاصر الحق في نشأته وذكره المقر في إقراره ، وإلا ترك

الإقرار كله جانباً وعمد إلى إثبات حقه وفق القواعد العامة في الإثبات ، فإذا أثبتته وجب على الطرف الآخر إثبات زواله أو انقضائه بأي سبب من أسباب الانقضاء .

٣- الإقرار المركب يقصد به ذلك الإقرار الذي يقر فيه الخصم بالواقعة القانونية التي

يدعيها خصمه مع تقييدها بواقعة جديدة مرتبطة بها لاحقة عليها تعدل من أثرها أو دلالتها .

وجدير بالملاحظة أنه يوجد بين الإقرار المركب والإقرار الموصوف تشابه واختلاف ، فهما يتشابهان في أن المقر فيهما يقر بالواقعتين معا ، أي الواقعة الأصلية المدعى بها من قبل خصمه ، والواقعة المعاصرة (في الإقرار الموصوف) أو الواقعة اللاحقة (في الإقرار المركب) ، هذا فضلا عن أن الواقعة الأخرى سواء كانت معاصرة أو لاحقة من شأن وجودها التعديل في آثار أو نتائج الواقعة الأصلية ، ولكنهما يختلفان في تحقق المعاصرة أو التزامن بين الواقعتين في الإقرار الموصوف ، وانتقائه في الإقرار المركب (١) .

ولا تجوز تجزئة الإقرار المركب مثل الإقرار الموصوف ، مادام أن الارتباط بين الواقعتين (أي الأصلية والجديدة اللاحقة عليها) يجعل من وجود الواقعة الجديدة يستوجب بصورة حتمية وجود الواقعة الأصلية ، فمثلا حينما يقر شخص بأنه مدين لآخر بمبلغ معين من المال ، ويقر في نفس الوقت بأنه قد وفاه له ، لا تتصور واقعة الوفاء بالدين إلا إذا كان هناك دين يتعين وفاؤه ، فواقعة الوفاء بالدين تستلزم قطعاً وجود الدين ذاته .

أما إذا تحقق الارتباط بين الواقعتين دون أن يكون هناك تلازم بينهما (على نحو لا يستلزم من وجود إحداهما وجود الأخرى) فعندئذ تجوز التجزئة في الإقرار ، فيرخص للمقر له أن يأخذ منه ما ينفعه في هذا الإقرار ويترك ما يضره ، فيأخذ مثلا بالواقعة الأصلية التي تقيده ثبوت الحق لصالحه ، ويترك الواقعة الجديدة المرتبطة بالواقعة الأصلية ، ما دام أنه ارتبط لا يجعل تلازم حتمي بين وجود إحدى الواقعتين ووجود الواقعة الأخرى ، وبناء عليه إذا أقر المرء لخصمه بثبوت دينه في ذمته ، ثم أقر في نفس الوقت بواقعة انقضاء هذا الدين بالمقاصة ، فعندئذ سنجد أن واقعة نشوء دين جديد والتي كانت سبباً في انقضاء واقعة الدين الأصلي ، وإن كان بينهما ارتباط يسمح

(١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٢٤ ، ٩٣ .

بإجراء النفاص بين الدينين ، إلا أن وجود إحدى الواقعتين لا يحتم وجود الواقعة الأخرى ، ولذا تجوز التجزئة في الإقرار الصادر بهما ، ومن ثمّ يمكن للمقر له أن يحتج بواقعة الدين الأصلي في مواجهة المقر ، ويقصي في ذات الوقت جانباً واقعة الدين الجديد الذي يدعي المقر بنشأته في ذمته لصالحه ، ليكون على عاتق المقر عبء إثبات حصولها بإثبات مصدر هذا الدين مقيداً في إثباته بالقواعد العامة في الإثبات ، فإن أفلح في ذلك وقعت المقاصة بين الدينين بقوة القانون متى توافرت شروط المقاصة القانونية من تاريخ نشوء هذه الواقعة وليس من تاريخ التمسك بالمقاصة أو الحكم بها .

الفرع الثاني

الإقرار غير القضائي

يقصد بالإقرار غير القضائي ذلك الإقرار الذي يصدر عن المقر مثبتاً به في ذمته حقاً معيناً لخصمه في غير مجلس القضاء أو في مجلس القضاء في غير الدعوى التي يتعلق بها الحق موضوع الإقرار .

وهذا عين ما ذكرته المادة ١٠٣ إثبات بحريني بقولها " الإقرار غير القضائي هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك في غير مجلس القضاء أو في غير الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها. وتتبع في إثباته القواعد العامة المتعلقة بالإثبات " (١) .

وإذا ادعى صاحب المصلحة في هذا الإقرار غير القضائي صدوره من صاحبه تعين عليه إثبات ما يدعيه في ضوء القواعد العامة في الإثبات ، ومن ثمّ إذا كان الحق المدعى به يزيد على نصاب الإثبات بالبينة أو كان غير محدد القيمة وجب إثباته بالكتابة بصفة عامة .

فإذا تمّ إثبات الإقرار غير القضائي خضعت حجيته للسلطة التقديرية للمحكمة التي لها أن تأخذ به أو تتركه فتهدر قيمته في الإثبات ، كما أن لها أن تأخذ ببعضه وتترك بعضه الآخر ، كما أن للخصم تجزئته فيأخذ منه ما يفيد ويترك منه ما يضره .

(١) ليس لهذه المادة ما يعادلها في قانون الإثبات المصري .

بيد أنه إذا تأكدت المحكمة من صحة الإقرار غير القضائي بعد إثباته أمامها من جانب صاحب المصلحة فيه ، وارتأت المحكمة الأخذ بمضمونه كله ، صارت له ذات حجية الإقرار القضائي ، فأصبح حجةً قاطعةً على المقر ومن في حكمه ، ولم يجز للمقر الرجوع فيه بعد صدوره منه ، كما لم يجز للمستفيد منه تجزئته ، فإما أن يأخذه كله أو يتركه كله دون تجزئة .

المبحث الثاني

استجواب الخصوم

تمهيد وتقسيم سنعرض في هذا المبحث مدلول استجواب الخصوم وما يلزم لصحته من شروط ، ثم نبين بعد ذلك الإجراءات القانونية اللازمة لصحة هذا الاستجواب .

المطلب الأول

مدلول استجواب الخصوم

يقصد باستجواب الخصوم سؤاله من قبل المحكمة عن وقائع معينة مرتبطة بالحق موضوع الدعوى ، سواء جرى ذلك من المحكمة من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصم الآخر ، بغية الوصول إلى إقراره بها (١) .

ومما لا شك فيه فإن غاية الاستجواب هي التي قربت بينه وبين الإقرار ، لأن الخصم لا يطلبه من المحكمة ، ولا تلجأ إليه المحكمة من تلقاء نفسها إلا بقصد الحصول على إقرار الخصم بوقائع معينة على إثر استجوابه فيها ومناقشته بشأنها وعدم قدرته على إخفاء وجه الحقيقة المتعلقة بها .

بيد أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن المحكمة في استجوابها للخصم تمارس عليه نوعاً من الضغط لحمله على الإقرار بما يناقش فيه من وقائع ، إذ لا بد أن يكون إقراره الصادر عنه على إثر استجوابه صادراً منه عن إرادة حرة حتى يتسنى الاعتداد به قانوناً لصالح خصمه الآخر .

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٢٨ ، ص ١٩٨ .

المطلب الثاني

شروط صحة استجواب الخصوم

ينبغي لصحة الاستجواب أن يكون الخصم المراد استجوابه أهلاً للتصرف في الحق المتنازع عليه (١) ، فإذا كان الخصم المراد استجوابه عديم الأهلية أو ناقصها جاز للمحكمة استجواب من ينوب عنه قانوناً (٢) ، هذا مع ضرورة مراعاة القيود المفروضة على سلطة النائب القانوني (سواء كان ولياً أم وصياً أم قيماً) في التصرف في حقوق الأصيل ، ولاسيما ذلك القيد المتمثل في وجوب الحصول على إذن مسبق من قبل إدارة شئون أموال القاصرين في البحرين أو مجلس الولاية على المال في مصر قبل التصرف في أي حق من حقوق الأصيل .

بيد أنه يجوز للمحكمة استجواب الخصم ولو كان ناقص الأهلية فنتناقشه فيما هو مأذون فيه من أعمال ، فإذا أقر هذا الخصم بحق غيره على إثر استجوابه صح إقراره وترتبت عليه آثاره القانونية الخاصة بالإقرار القضائي ، طالما أن ما أقر به يدخل فيما هو مأذون فيع من أعمال (٣) .

ويراعى عند تعلق الاستجواب بأحد الأشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب إلى ممثله القانوني طالما كان مرخصاً له في هذا الاستجواب (٤) .

يجب أن يقدم الخصم طلب استجواب خصمه الآخر إلى المحكمة قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى .

(١) وفي ذلك تنص المادة ٣/١٠٧ إثبات مصري على أنه " ويشترط في جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلاً للتصرف في الحق المتنازع فيه " .: هذه المادة تعادل المادة ٣/١٠٦ إثبات بحريني .

(٢) وفي ذلك تنص المادة ١/١٠٧ إثبات مصري على أنه " إذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه ، وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً في الأمور المأذون فيها " . هذه المادة تعادل المادة ١/١٠٦ إثبات بحريني .

(٣) وفي ذلك تنص المادة ١/١٠٧ إثبات مصري على أنه " وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً في الأمور المأذون فيها " . هذه المادة تعادل المادة ١/١٠٦ إثبات بحريني .

(٤) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ محمد سعد خليفة ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند ١٦٥ ، ص ٢٩٩ .

المطلب الثالث

إجراءات استجواب الخصوم

تتولى المحكمة استجواب الخصم بتوجيه ما ترتأيه من أسئلة وتناقشه فيها أو تعرض عليه ما يطلبه الخصم من أسئلة بشأن وقائع معينة مرتبطة بالحق المتنازع عليه موضوع الدعوى .
وللمحكمة مطلق الحرية في تقدير قبول أو رفض طلب الاستجواب المقدم إليها من أحد الخصمين في مواجهة خصمه الآخر ، فقد تقبل هذا الطلب أو ترفضه ، ولا معقب عليه في قرار الرفض متى قدرت تقديراً سائغاً عدم وجود الحاجة إليه ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ١٠٨ إثبات مصري بقولها " إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت طلب الاستجواب " (١) .

وتستطيع المحكمة عند موافقتها على طلب الاستجواب أن تستجوب الخصم المراد استجوابه في ذات الجلسة التي قدم فيها هذا الطلب ، هذا إذا كان الخصم حاضراً ، أو تحدد له جلسة لذلك الغرض إن لم يكن حاضراً .

وتكون إجابة الخصم على الأسئلة الموجهة إليه من المحكمة (سواء كانت موجهة منها من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصم الآخر) في ذات الجلسة التي وجهت فيها تلك الأسئلة ، هذا ما لم تر المحكمة مبرراً لإعطائه ميعاداً آخر في جلسة أخرى يقدم فيه إجابته (٢) .
ويراعى ضرورة أن تكون إجابة الخصم على الاستجواب في حضور طالب الاستجواب ، غير أنه إذا تم إعلانه بموعد الجلسة المحددة للاستجواب ولم يحضر أجرته المحكمة ولم يتوقف اتمام إجراءات الاستجواب على حضوره (٣) .

ويتعين تدوين جميع الأسئلة التي وجهتها المحكمة إلى الخصم وما صدر عنه من أجوبة بشأنها بكل دقة وتفصيل في محضر الجلسة ، ثم بعد الفراغ من ذلك تجري تلاوتها على

(١) هذه المادة تعادل المادة ١٠٧ إثبات بحريني .

(٢) وهذا عين ما نصت عليه المادة ١١٠ إثبات مصري بقولها " تكون الإجابة في مواجهة من طلب الاستجواب، ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره " . هذه المادة

تعادل المادة ١٠٩ إثبات بحريني .

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ١١٢ إثبات مصري " إذا كان للخصم عذر يمنعه عن الحضور للاستجواب ، جاز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لاستجوابه على نحو ما ذكر

" . هذه المادة تعادل ١١١ إثبات بحريني .

المستجوب ، ويتم التوقيع على ذلك من قبل كاتب الجلسة والمستجوب ، وإذا حدث أن امتنع المستجوب عن ذلك التوقيع جرى ذكر ذلك في محضر الجلسة مع ذكر سبب الامتناع (١). ويراعى أنه إذا دعت المحكمة الخصم لجلسة معينة لاستجوابه وتعذر عليه أن يحضر فيها لعذر مقبول ، جاز للمحكمة أن تنتقل إلى مكان وجوده لاستجوابه أو أن تنتدب أحد قضاتها للقيام بذلك (٢) .

أما إذا ثبت تخلفه عن الحضور في موعد جلسة استجوابه المعلن به بغير عذر مقبول أو كان امتناعه عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه في جلسة الاستجواب بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل من خصمه الإثبات بالبينة (٣) .

(١) وهذا عين ما نصت عليه المادة ١١١ إثبات مصري بقولها " تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة في محضر الجلسة، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس وكاتب الجلسة والمستجوب ، وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو عن التوقيع ذكر في المحضر امتناعه وسببه " . هذه المادة تعادل المادة ١١٠ إثبات بحريني .

(٢) وهذا عين ما نصت عليه المادة ١١٢ إثبات مصري بقولها " إذا كان للخصم عذر مقبول يمنعه من الحضور للاستجواب، جاز للمحكمة الانتقال إليه لاستجوابه، ولها أن تنتدب أحد قضاتها لذلك " . هذه المادة تعادل المادة ١١١ إثبات بحريني .

(٣) وهذا عين ما نصت عليه المادة ١١٣ إثبات مصري " إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك. هذه المادة تعادل المادة ١١٢ إثبات بحريني .

الفصل السادس

اليمين

تمهيد وتقسيم : يقصد باليمين إشهاد الحالف ربه على صدق قوله أو عدم صدق ما يدعيه خصمه الآخر (١) .

ولا يمثل اليمين عملاً مدنياً فحسب ، بل ويعد عملاً دينياً أيضاً ، ذلك أنه إذا حنث الحالف في يمينه متعمداً كانت يمينه يميناً كاذبةً ، وهي تعد كبيرةً من كبائر الذنوب ، وليس لها كفارة إلا التوبة الصادقة وكثرة الاستغفار ، وتسمى باليمين الغموس لأنها لعظم إثمها عند الله تبارك وتعالى تكون سبباً في غمس صاحبها في نار جهنم يوم القيامة ما لم يتب إلى الله تبارك وتعالى توبةً نصوحاً .

وتوجيه اليمين سواء جاء من المحكمة من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصم فيه احتكام إلى الضمير الإنساني لمن توجه إليه اليمين ، ومدى قوة إيمانه ووازعه الديني ، لاسيما إذا انعدم الدليل أو انتقص لدى أحد الخصوم ولم يكن من ملجأ له سوى اللجوء إلى اليمين الموجهة إلى خصمه الآخر لتوفير الدليل الكامل أو لتكملة الدليل الناقص على ما يدعيه في مواجهته .

وتنقسم اليمين بصفة عامة إلى يمين قضائية ويمين غير قضائية ، ويقصد باليمين القضائية تلك اليمين التي يجري أداؤها أمام مجلس القضاء بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة ، وهذه اليمين هي التي ستكون محلاً لدراستنا ، أما اليمين غير القضائية فيقصد بها تلك اليمين التي تتم بعيداً عن مجلس القضاء بناء على اتفاق ذوي الشأن عليها ، ويتم تنظيمها في ضوء الاتفاق الوارد بشأنها ، كما تخضع في إثباتها للقواعد العامة في الإثبات .

وتنقسم اليمين القضائية إلى نوعين : يمين حاسمة ، ويمين متممة ، وسنوالي عرضهما ، كل واحدة منهما في مبحث مستقل بها .

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٥٨ ، ص ٩٧ ، أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص

٣٢١ ، أ.د/ محمد شكري سرور - المرجع السابق - بند ١٥٣ ، ص ٢١٥ .

المبحث الأول

اليمين الحاسمة

تمهيد وتقسيم : سنعرض في هذا المبحث أحكام اليمين الحاسمة لنقف على مدلولها وشروطها ، ونوضح الإجراءات اللازمة لأدائها أمام القضاء ، وأخيراً نتناول الآثار القانونية المترتبة على توجيهها إلى أحد الخصوم .

المطلب الأول

مدلول اليمين الحاسمة

يمكننا تعريف اليمين الحاسمة بأنها تلك اليمين التي يوجهها عن طريق المحكمة من يعوزه الدليل من الخصوم في إثبات ما يدعيه إلى خصمه الآخر قطعاً لدابر النزاع بينهما (١) . ولا جرم أن الخصم لا يلجأ إلى اليمين الحاسمة إلا مضطراً ، وذلك عندما يعجز كلياً عن توفير أي دليل مثبت لحقه في مواجهة خصمه الآخر ، ومن ثم فهو لا يجد بداً من الاحتكام إلى ضمير خصمه الآخر فيوجه إليه هذه اليمين الحاسمة ، وقد انتفى لديه بصورة كاملة الدليل المثبت لحقه ، سواء كان دليلاً كاملاً أم دليلاً ناقصاً ، وهذا لا يخلو من خطر المجازفة ، لأنه سيجعل حقه بين يدي خصمه إن شاء جرده حقه وإن شاء أثبته له ، وذلك تبعاً لموقفه الذي يتخذه على إثر توجيه اليمين إليه ، وقد لا يتورع هذا الخصم عن حلف اليمين ليكسب بها الدعوى حتى ولو كان كاذباً فيها ، لاسيما بعد أن رفض الإقرار له بحقه في ذمته ، لكن من يطلب توجيه هذه اليمين لا يفقد الأمل في احتمالية أن يخاف خصمه من عاقبة أداء اليمين كذباً ، حتى وإن سبق أن رفض الإقرار بحق خصمه في ذمته ، على نحو قد يدفعه دفعاً إلى الإقرار بحق موجه اليمين في ذمته أو يحمله على الأقل إلى ردها إلى من وجهها إليه حرجاً من الوقوع في براثن الإثم والذنب إذا حلفها دون وجه حق أو ظلماً وزوراً .

(١) وهذا عين ما نصت عليه المادة ١١٣ إثبات بحريني بقولها " اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصوم للخصم الآخر ليحسم بها النزاع " . ليس لهذه المادة ما يعادلها في قانون الإثبات المصري .

المطلب الثاني

شروط اليمين الحاسمة

يلزم لسلامة توجيه اليمين الحاسمة قانوناً أن تتوفر الشروط الآتية :

أولاً: وجوب توجيه اليمين من صاحب الحق فيها ويعد صاحب حق في توجيه اليمين الحاسمة في الدعوى أحد الخصوم ، مادام أنه أهل للتصرف في الحق موضوع الدعوى ، وفي ذلك تنص المادة ١١٤ إثبات مصري على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها " (١) .

وينبغي مراعاة أن الوقت المطلوب توافر الأهلية فيه لدى الخصم موجه اليمين هو وقت طلب توجيهها منه عن طريق المحكمة إلى خصمه الآخر ، وذلك على أساس أنه في اعتقادي هو الوقت الذي يتخذ فيه موجه اليمين موقفاً قد يؤدي به إلى فقدته الحق الذي له في ذمة خصمه الآخر ، لاسيما إذا ما أدى اليمين الموجهة إليه فيكسب بها الدعوى ، وبطبيعة إذا توافرت لدى موجه اليمين الأهلية اللازمة قانوناً للتصرف في الحق موضوع اليمين وقت طلب توجيهها من المحكمة إلى خصمه الآخر ستكون حتماً متوافرة لديه (ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية فيعدمه أهليته أو ينتقصها منه أو يطرأ له مانع من موانع الأهلية) وقت أداء اليمين من خصمه الآخر .

فإذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز توجيه اليمين الحاسمة من الولي أو الوصي أو القيم متى كان محلها أو موضوعها مما يجوز لأيهم أن يتصرف فيه دون استئذان المحكمة أو غيرها من المجالس أو الإدارات القائمة على شئون القصر أو من في حكمهم (مثل المجالس الحسينية في مصر أو إدارة شئون القاصرين في البحرين) أو مع استئذنها بحسب القواعد المقررة قانوناً لذلك (٢) .

(١) هذه المادة تعادل ١١٤ من قانون الإثبات البحريني .

(٢) وهذا عين ما نصت عليه المادة ١١٥ / ٣ إثبات مصري بقولها " يجوز للوصي أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه"

. هذه المادة تعادل المادة ١١٦ إثبات بحريني .

ولا يجوز لوكيل الخصومة (أي المحامي المكلف من قبل موكله برفع الدعوى لصالحه في مواجهة خصمه الآخر) بصفة عامة توجيه اليمين الحاسمة إلى خصم موكله أو قبولها عن خصمه أو ردها على الخصم الآخر ، هذا ما لم يثبت وجود وكالة خاصة له من موكله تسمح له بتوجيه هذه اليمين أو قبولها أو ردها ، وبذلك لا تجزيء الوكالة العامة التي يوكل فيها الشخص محاميه بتمثيله في جميع الدعاوى التي تخصه (سواء كان مدعياً أم مدعى عليه) أمام القضاء ، ولا الوكالة العامة المقصورة على تلك الدعوى التي يراد فيها توجيه اليمين أو قبولها أو ردها ، بل يتعين أن يكون مفوضاً على وجه الخصوص في توجيه اليمين أو قبولها أو ردها ، بصورة واضحة لا لبس فيها ولا غموض .

وينبغي مراعاة أن الوكيل الخاص وإن جاز له بموجب وكالته الخاصة أن يوجه اليمين الحاسمة نيابة عن موكله أو أن يردها أو أن يقبلها ، إلا أنه لا يجوز له أداؤها نيابة عن خصمه ، وذلك لما لها من طابع شخصي يفرض أداؤها منه شخصياً ، طالما أنه يملك الأهلية القانونية اللازمة للتصرف في الحق موضوع الدعوى (١) .

ولا يجوز للمحكمة توجيه تلك اليمين الحاسمة من تلقاء نفسها إلى أي من الخصمين ، وإذا فعلت ذلك كان حكمها معيباً واجب النقض أمام محكمة النقض أو محكمة التمييز ، لا يمثله ذلك من خطأ في تطبيقها لأحكام القانون أو في تأويلها لنصوصه ، كما لا يجوز لأحد الشهود طلب توجيه اليمين الحاسمة لأحد الخصوم .

ثانياً: وجوب أداء اليمين أمام المحكمة يلزم أداء اليمين القضائية بصفة عامة واليمين الحاسمة بصفة خاصة أمام المحكمة ، سواء كان ذلك داخل جلسات المحاكم أم خارج هذه الجلسات في مكان وجود الخصم الموجهة إليه اليمين ، وذلك عند توافر مبرر قانوني لديه يمنعه من المثل أمام المحكمة في الموعد المحدد لأدائه اليمين ، فنقرر المحكمة الانتقال إليه في مكان وجوده أو تنتدب أحد قضااتها للانتقال إليه وتحليفه هذه اليمين (٢) .

(١) هذا عين ما نصت عليه المادة ١٢٠ إثبات بحريني بقولها " يحلف الخصم اليمين بنفسه ولا يجوز له إنابة غيره في تأديتها " . هذه المادة ليس لها ما يقابلها في قانون الإثبات المصري .

(٢) ولذا تنص المادة ١٢٦ إثبات مصري على أنه " إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر مقبول يمنعه من الحضور انتقلت إليه المحكمة أو ندبت أحد قضااتها لتحليفه " . هذه المادة تعادل المادة ١٢٠ إثبات بحريني .

ثالثاً: وجوب تعلق موضوع اليمين بشخص من وجهة إليه نظراً لأن أداء اليمين ذو طابع ذاتي أو شخصي ، إذ يركن فيها موجهها إلى ضمير خصمه الآخر الذي وجهها إليه محتكماً إلى قوة وازعه الديني أو ضميره الإنساني الحي ، لهذا وجب أن يكون موضوع تلك اليمين متعلقاً بشخص من وجهة إليه هذه اليمين ، سواء كان هذا الموضوع متعلقاً شخصياً بذمة الحالف أم كان متعلقاً بغيره ، وعندئذ تصير اليمين في هذا الفرض الأخير متعلقةً فقط بمجرد علمه بموضوعها بالنسبة لذلك الغير ، مثال ذلك أن يحلف الوارث بعدم علمه بمديونية مورثه للمدعي ، وهي تسمى بيمين العلم ، غير أن هذه التسمية لا تغير من حقيقتها بوصفها يميناً حاسمة ، لأن الوارث يحسم بها النزاع فيكسب الدعوى إن حلف بعدم علمه بمديونية مورثه ، أو يخسر الدعوى إذا نكل عن الحلف ، كما لا يغير ذلك من وصفها بأنها متعلقة بشخص من وجهة إليه وهو الوارث ، تأسيساً على أن علم الوارث أو عدم علمه بمديونية مورثه يعد مسألة مرتبطةً بشخص السلف (١) .

رابعاً: انتفاء وجود الدليل الكامل أو الناقص في الدعوى إذ لا يصح قانوناً اللجوء إلى اليمين الحاسمة مع وجود أي دليل في الدعوى سواء كان دليلاً كاملاً أم دليلاً ناقصاً ، ذلك أن الخصم لا يلجأ إلى اليمين الحاسمة أصلاً إلا على سبيل الاضطرار ولا يسمح له بذلك إلا إذا انعدم لديه الدليل المثبت لادعائه ، سواء كان هذا الانعدام كلياً فلم يجد أي دليل مطلقاً يرتكز عليه في إثبات ما يدعيه أم كان انعداماً جزئياً فكان لديه دليل ناقص يحتاج إلى تدعيمه بقريضة أو يمين متممة لإثبات ادعائه .

خامساً: تحديد موضوع اليمين وصيغتها بكل دقة يجب قانوناً على الخصم طالب اليمين الحاسمة أن يحدد بكل دقة الوقائع التي يريد استحلاف خصمه عليها ، مع ذكر الصيغة التي يريد حلف الخصم بها في عبارات واضحة لا لبس فيها ولا غموض ، وللمحكمة أن تعدل في تلك الصيغة بما يتناسب مع الوقائع المراد حلف الخصم عليها ، بل ولها إذا أصر الخصم على صيغة معينة لم تقبلها رفض توجيه هذه اليمين .

سادساً: عدم مخالفة موضوع اليمين للنظام العام أو الآداب لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إذا كان موضوعها يتنافى مع النظام العام أو الآداب العامة ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٣٥ ، ص ٢٠٨ .

١/١١٥ إثبات مصري بقولها " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام " (١) ، ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لشخص في خصوص علاقة آثمة غير مشروعة أو دين قمار أو فعل إجرامي ، لما في ذلك من مساس بمركزه الأدبي ، هذا إلى جانب احتمال تعرضه للجزاء الجنائي على إثر ثبوت ارتكابه لجريمة جنائية من خلال اليمين الحاسمة .

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها قضت فيه بأنه من " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة تكون جريمة جنائية تأسيساً على أنه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلاً على ارتكاب الجريمة ، ولا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مدنياً على ما لا يجوز التحليف عليه جنائياً " (٢)

فإذا توافرت هذه الشروط استطاع الخصم توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه الآخر أياً كانت الواقعة القانونية محل النزاع ، أي سواء كانت تصرفاً قانونياً أياً كانت قيمته (أي حتى ولو تجاوزت قيمته نصاب الإثبات بشهادة الشهود) أم واقعةً ماديةً ، وسواء كان موضوعها يجاوز أم يخالف الثابت بالدليل الكتابي ، شريطة ألا يكون الخصم متعسفاً في استعمال هذه اليمين ، وإلا كان من حق المحكمة رفض طلب توجيهها (٣) ، ويمكن للخصم توجيهها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى مادام لم يصدر بعد فيها حكمٌ نهائي ، ولذا يمكنه توجيهها أمام محكمة أول درجة أو أمام أمام محكمة الاستئناف ، بل يجوز له حتى ولو أقفل باب المرافعة في الدعوى أن يقدم طلباً لإعادة فتح باب المرافعة فيها وتقديم طلب لتوجيهها ، لكن لا يجوز بحال توجيهها أمام محكمة النقض أو التمييز (٤) .

ويترتب على توافر شروط اليمين الحاسمة سالفه الذكر خروج الدعوى من سلطان القضاء ، وصار مصيرها في أيدي الخصوم ولم يعد للقضاء سوى إدارتها بتوجيهها والحكم بمقتضاها ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها قضت فيه بأنه من " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مؤدى نص المادتين ١١٤ ، ١١٧ من قانون الإثبات أن اليمين الحاسمة

(١) هذه المادة تعادل المادة ١١٥ إثبات بحريني.

(٢) نقض منني مصري الطعن رقم ٣٧٩٤ لسنة ٨٢ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠١٩/٦/٩ م .

(٣) إذ تنص المادة ١١٤ / ١ إثبات مصري على أنه " يجوز لكل من الخصمين، في أية حالة كانت عليها الدعوى، أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها " . هذه المادة تعادل المادة ١١٤ إثبات بحريني .

(٤) انظر في ذلك المعنى : د/ عبد الوهاب العشماوي " إجراءات الإثبات " ، ص ١٩١ ، الطبعة العاشرة عام ١٩٨٥ م ، القاهرة .

التي استوفت شرائطها ، تُخرج الدعوى من سلطان القضاء ، فلا يملك القاضي إلا أن يُوجِّهَهَا
ويحكمَ بمقتضاها ، ذلك أنَّ المشرع قد حرّمه من كل سلطة تقديرية في هذا الشأن ، فلا يملك إلا
أنَّ يقضيَ في الدعوى على مقتضى الحلف أو النكول " ١

المطلب الثالث

إجراءات أداء اليمين الحاسمة

إذا قدم خصم للمحكمة طلباً بتوجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه الآخر ، جاز لهذا الأخير أن
ينازعه في جواز الالتجاء إليها أو في تعلقها بموضوع الدعوى ، فإذا وجدت المحكمة مبرراً قانونياً
لهذه المنازعة رفضت طلب توجيه هذه اليمين ، أما إذا لم تحدث أية منازعة من الخصم حول
توجيهها إليه تعين عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يتخذ أحد موقفين : إما أن يحلف هذه اليمين فوراً
، ما لم تر المحكمة إعطاءه ميعاداً آخر يحلف فيه اليمين إذا وجدت وجهاً منطقياً يبرر ذلك ، وإما
أن يردّها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلاً عن اليمين فيخسر بذلك هذه الدعوى (٢) .

فإذا لم يكن الخصم الموجهة إليه اليمين حاضراً بنفسه عند طلب توجيهها في الدعوى وجب
تبليغه بالحضور في الموعد الذي تحدده المحكمة وبالصيغة التي أقرتها ، فإن لم يحضر دون إبداء
عذر مقبول يقدمه للمحكمة أو حضر وامتنع عن حلف اليمين من غير أن ينازع في توجيه اليمين
إليه اعتبر ناكلاً فيخسر بذلك الدعوى (٣) .

وإذا كان للخصم الموجهة إليه اليمين عذرٌ مقبولٌ يمنعه من الحضور بنفسه إلى المحكمة
انتقلت إليه في مكان وجوده لتمكينه من أداء اليمين أمامها أو نددت أحد قضاتها للانتقال إليه
ليؤدي اليمين أمامه (٤) .

(١) نقض مندي مصري الطعن رقم ٢٨٢١٩ لسنة ٨٣ قضائية جلسة ٢٠٢٠/١/٦ م .

(٢) إذ تنص المادة ١٢٤ إثبات مصري على ذلك قائلةً " إذا لم ينازع من وجهت اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً
أو أن يردّها على خصمه وإلا اعتبر ناكلاً ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً " . هذه المادة تعادل المادة ١١٨ في فقرتها الأولى والثانية ثبات
بحريني .

(٣) إذ تنص المادة ١٢٤ إثبات مصري على أنه " فإذا لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر للحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته
فإن حضر وامتنع بدون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً كذلك " هذه المادة تعادل المادة ١١٨ / ٣ إثبات بحريني .

(٤) إذ تنص المادة ١٢٦ إثبات مصري على ذلك بقولها " إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور انتقلت الحكمة أو نددت أحد قضاتها لتخليفه " . هذه

المادة تعادل المادة ١٢٠ إثبات بحريني .

وإذا حدث أن نازع الخصم في توجيه اليمين إليه ، سواء كانت تلك المنازعة منصبةً على مدى جواز توجيهها أصلاً أم في مدى تعلقها بموضوع الدعوى ، لكن رفضت المحكمة منه هذه المنازعة وحكمت بتحليفه إياها ، تعين على المحكمة أن تبين في منطوق حكمها الصيغة التي يجب أداء اليمين بها ، ويتم إبلاغ هذا المنطوق إلى الخصم إن كان حاضراً بنفسه أو يجري تبليغه بالحضور في موعد معين تحدده له المحكمة لأداء اليمين فيه إن لم يكن حاضراً.

ويؤدي الخصم اليمين بحلفه بالله العظيم أن يقول الحق ، ويجوز إذا كان الخصم من غير أهل الديانات السماوية أن يقسم وفق الأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب من المحكمة ذلك ، ثم يذكر الحالف الصيغة التي طلبها خصمه الآخر وأقرتها المحكمة ليجري القسم عليها.

وإذا كان من وجهت إليه اليمين أخراً كان حلفه اليمين أو نكوله عنها أو رده إياها بطريق الكتابة إن كان يعرفها ، أما إن كان لا يعرف الكتابة أو يعرفها لكنه غير قادر على الكتابة صح أدائه لها بطريق إشارته المعهودة .

ويلزم بعد أداء اليمين تحرير محضر يدون فيه ذلك ، ثم يجري توقيعه من كل من : الحالف ورئيس الجلسة أو القاضي المنتدب وكاتب الجلسة (١) .

المطلب الرابع

آثار توجيه اليمين الحاسمة

يترتب قانوناً على توجيه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه الآخر تنازله عما عداها من أدلة الإثبات الأخرى في شأن الواقعة التي ترد عليها ، مادام أن لم يزل مصراً عليها ولم يرجع عن طلبها قبل أن يتخذ الخصم الآخر موقفاً محدداً على إثر توجيهها إليه .

ولا يخرج موقف الخصم الموجهة إليه اليمين - إذا لم يرجع موجه اليمين عن توجيهها - عن أحد الخيارات الثلاثة المتمثلة في : الحلف أو النكول أو الرد ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً: رجوع موجه اليمين عن توجيهها : أجاز القانون لمن وجه اليمين الحاسمة أن يرجع فيها ، مادام أن رجوعه عنها قد حدث قبل أن يقبلها خصمه أو يردها إليه ، ومن ثم إذا وجهت اليمين الحاسمة وقبلها الخصم أو ردها لم يجز لموجهها الرجوع فيها أو العدول عنها.

(١) إذ تنص المادة ١٣٠ إثبات مصري على هذا المعنى بقولها " يحرر محضر بحلف اليمين بوقوعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب " . هذه المادة

تعادل المادة ١٢٣ إثبات بحريني.

بل إن من الفقه من يرى أن حق موجه اليمين في الرجوع فيها يبقى ثابتاً له حتى وإن قبل خصمه الآخر أن يحلفها ، مادام لم يحلف فعلاً ، بحجة أن هذا أقرب إلى العدالة لأنه إذا لم تتح له فرصة العدول عن توجيه اليمين وهو لا يعدل عن توجيهها إلا لعثوره على أدلة جديدة سيكون ذلك الحرمان من العدول سبباً في خسارة دعواه وإلحاق الضرر به إذا حلف خصمه الآخر هذه اليمين (١) .

ثانياً: حلف اليمين : إذا لم يرجع موجه اليمين في يمينه أو رجع عنها بعد قبول خصمه لها لم يعتد برجوعه ، فإذا حلف الخصم الموجهة إليه اليمين بعد قبوله لها وفق الصيغة التي أقرتها المحكمة كسب الدعوى وحكمت المحكمة وجوباً لصالحه ، بصرف النظر عن صدق يمينه أو كذبه في حلفها ، ولا يسمح لموجه اليمين بطلب إثبات كذب من أدى هذه اليمين ، كما لا يجوز له استئناف الحكم الصادر لصالح حالف اليمين الحاسمة بعد أدائه لها باعتباره حكماً نهائياً غير جائز الطعن عليه بطرق الطعن العادية (المعارضة أو الاستئناف) ، ولا يجوز له رفع دعوى جديدة استناداً إلى ظهور أدلة جديدة لم تكن متوافرة من قبل الدعوى الأولى ، لما في ذلك من مساس بحجية الأمر المقضي بعد صدور الحكم في الدعوى الأولى ، هذا فضلاً عن أن توجيه اليمين الحاسمة يحمل معنى التنازل عما عداها من أدلة الإثبات الأخرى بشأن موضوع الدعوى التي أدت فيها هذه اليمين .

بيد أنه إذا ثبت بموجب حكم جنائي نهائي كذب الحالف في يمينه (ذلك أنه من حق الخصم الذي خسر الدعوى أن يبلغ النيابة العامة بكذب حالف اليمين ويثبت لها ما يؤكد ، وعندئذ تتولى النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية ضده) كان من حق موجه اليمين رفع دعوى مدنية عليه ذات طابع عقدي لإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا الكذب في اليمين ، هذا فضلاً عن حقه في الطعن على الحكم الصادر بناء على اليمين الحاسمة إذا كان ميعاد الطعن لم ينقض بعد ، وذلك استناداً إلى الجنائي النهائي الصادر بكذب حالف اليمين .

(١) انظر في عرض ذلك الرأي : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٤٠ ، ص ٢١٥ .

ثالثاً: النكول عن اليمين إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى خصم معين فنكل عن حلفها خسر دعواه ، ووجب على المحكمة أن تحكم لصالح موجه اليمين ، ويعتبر من وجهت إليه الدعوى ناكلاً عن أداء اليمين في أي من الحالات الآتية :

١- إذا رفض حلف اليمين الموجهة إليه .

٢- إذا لم يردّها إلى من وجهها إليه .

٣- إذا امتنع عن الحضور في الموعد المحدد له لأداء اليمين من غير أن يقدم عذراً مقبولاً يبرر له عدم الحضور .

ويراعى أن موجه اليمين إذا ردت إليه اليمين من خصمه لم يجز له من بعد رده إليه ثانية ، وتعين عليه إما أن يحلف فيكسب الدعوى أو ينكل فيخسرها .

رابعاً: رد اليمين يستطيع من وجهت إليه اليمين الحاسمة إذا لم يشأ الحلف أو النكول أن يردّها على من وجهها إليه ، فإن ردها لم يكن أمامه من خيار إلا أن يحلف فيكسب الدعوى أو ينكل عن الحلف فيخسرها .

المبحث الثاني

اليمين المتممة

تمهيد وتقسيم سنعرض في هذا المبحث مدلول هذه اليمين وشروطها ، ومدى حجيتها ، ثم نختم البحث بعرض بعض صورها .

المطلب الأول

مدلول اليمين المتممة وشروطها

يقصد باليمين المتممة تلك اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأحد الخصوم لتكملة الدليل أو تحديد القدر الذي ستحكم به في الدعوى (١) .

وجدير بالذكر أن هذه اليمين لا يوجهها خصم إلى آخر ، بل توجهها المحكمة من تلقاء نفسها ، وهي التي تختار الخصم الذي توجهها إليه ، بل وفي مقدورها أن توجهها إلى الخصمين معا .

وتعتبر هذه اليمين أحد إجراءات التحقيق التي تخضع لمطلق تقدير المحكمة في استقصاء الحقيقة والبحث عن كل ما يعينها على تكوين قناعتها أو اقتناعها في الدعوى ، ولا معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة مقبولة تبرره (٢) .

ولا يجوز أن تلجأ المحكمة إلى هذه اليمين إذا كان هناك دليل كامل على موضوع الدعوى ، إذ يتعين عليها في هذا الفرض أن تبني حكمها عليه ، دون حاجة إلى هذه اليمين ، كما لا يجوز في نفس الوقت أن تلجأ إلى هذه اليمين عند خلو الدعوى من أي دليل ، ومن ثم يجب أن يكون ثمة دليل ناقص في الدعوى ، كما لو كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة أو تكون هناك شهادة شهود لم تظمن إليها المحكمة بصورة كاملة ، فتعتمد المحكمة في هذين الفرضين وأشباههما إلى تعزيز هذا الدليل الناقص بما يكمله أو يتممه ، وذلك من خلال اللجوء إلى اليمين المتممة ، وقد سميت بهذا الاسم لأن المحكمة تتمم بها ما انتقص من أدلة الدعوى (٣) .

(١) إذ تنص المادة ١/٢٦ إثبات بحريني على أن " اليمين المتممة هي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به " . هذه المادة تعادل المادة ١١٩ إثبات مصري :

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٤٢ ، ص ٢١٧ .

(٣) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٦٠ ، ص ١٠١ .

وقد بينت المادة ٢/١١٩ إثبات مصري شرطي هذه اليمين المتممة بقولها " ويشترط لتوجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل " (١) .
وجدير بالذكر أنه على خلاف اليمين الحاسمة التي يمكن لمن وجهها أن يرجع فيها ابتداءً قبل أن يحلفها الخصم الآخر أو يردها عليه ، لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة هذه اليمين المتممة أن يردها على خصمه الآخر (٢) .
ولا يلزم في اليمين المتممة أهلية خاصة ، إذ تكفي فيها أهلية التقاضي ، لأنها ليست كاليمين الحاسمة التي تحسم النزاع فيشترط فيمن يؤديها أهلية التصرف في الحق أو الواقعة موضوع الدعوى .

المطلب الثاني

حجية اليمين المتممة

لا تزيد اليمين المتممة عن كونها إجراءً من إجراءات التحقيق التي تملك المحكمة ابتداءً سلطة تقدير اللجوء أو عدم اللجوء إليها ، كما تملك انتهاءً بعد حلفها من أحد الخصمين أو كليهما سلطة تقديرية في الأخذ بها أو تحييتها ، فهي ليست ملزمة لها ، هذا بخلاف اليمين الحاسمة التي إذا أداها من وجهت إليه تعين على المحكمة أن تحكم لصالحه ، وإذا نكل عن حلفها لزمها أن تحكم بها لصالح من وجهها (٣) . بل إن للمحكمة بعد أداء الخصم لليمين المتممة أمامها أن تقضي لصالحه ، وهذا هو المعتاد ، كما أن لها أن تقضي لصالح خصمه الآخر حسبما يتراءى لها ، مادام أن قضاءها في هذا الشأن له ما يبرره
ولا تتمتع اليمين المتممة بحجية قاطعة حتى عند أخذ المحكمة بها ، إذ يجوز للخصم بعد حلف خصمه الآخر بها إثبات كذبه في حلفها ، سواء كان ذلك في ذات الدعوى التي حلف فيها الخصم يمينه أم عند استئناف الحكم الصادر في تلك الدعوى ، وهي في ذلك شأنها شأن أي دليل من أدلة الدعوى بمقدور الخصم أن يفنده أو يثبت عدم صحته (٤) .

(١) هذه المادة تعادل المادة ١٢٦/٢ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ١٢٠ إثبات مصري على ذلك بقولها " ولا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر " . هذه المادة تعادل المادة ٣/١٢٦ إثبات بحريني .

(٣) انظر في نفس المعنى : أ.د/نبيل إبراهيم سعد ، أ.د/همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٣٢٨ .

(٤) انظر في نفس المعنى : أ.د/عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ٦٠ ، ص ١٠١ .

المطلب الثالث

بعض صور اليمين المتممة

لقد نظم قانون الإثبات أحكام اليمين المتممة وذكر بعض صور هذه اليمين ، ثم ذكر القانون المدني بعض صور اليمين التي تتشابه في أحكامها مع أحكام اليمين المتممة ، ولذا فقد جرى إلحاقها بها ونسبت إليها لما بينهما من أوجه التشابه ، وإن كان هذا لم ينف وجود بعض مظاهر التباين والاختلاف بين بعض أحكام هذه الأيمان وبعض أحكام اليمين المتممة . هذه الصور يمكن عرضها على التفصيل الآتي :

أولاً: يمين التقويم أو التقدير هذه اليمين يوجهها القاضي إلى المدعي لتقدير قيمة الحق المدعى به عندما يتعذر عليه إجراء هذا التحديد الدقيق لهذه القيمة بطريقة أخرى (١) .

فلا يلجأ القاضي إلى هذه اليمين محتكماً في قضائه بتقدير قيمة الحق المدعى به إلى ضمير هذا المدعي وتقديره ، إلا حينما يستحيل على القاضي الوصول إلى التقدير الدقيق لهذه القيمة من خلال الوسائل أو الطرق المتاحة للقاضي في إجراء التقديرات اللازمة للفصل في الدعاوى التي ينظرها ، مثال ذلك أن يهشم شخص سيارة آخر ورثها عن أجداده منذ سنين عددا ، واستحال على القاضي تحديد قدر التعويض الجابر لضرر المضرور فلم يجد بداً من اللجوء إلى ضمير المضرور بتوجيه يمين لتقدير مثل هذه القيمة ، تأسيساً على أن السيارة قديمة وليس لها مثل في السوق في هذا العصر الحديث الذي لا يعرف الآن كثيراً من السيارات التقليدية القديمة ، كما يتعذر الوصول إلى القيمة من خلال الخبرة القضائية لأن الضرر الحاصل للمضرور بشأنها لا يخضع لمعايير موضوعية ، وإنما يخضع لمعيار شخصي وذلك نظراً لما للسيارة من اعتبار شخصي في نفس المضرور قد يزيد بكثير عن قيمتها المادية ، لذا قد يحتكم القاضي إلى ضمير المدعي في هذه الفرضية موجهاً إليه يمين التقدير أو التقويم مع تحديد الصيغة التي يجري حلفه عليها .

(١) إذ تنص المادة ١٢١ إثبات مصري على ذلك بقولها " لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى " . هذه المادة تعادل المادة ١/١٢٧ إثبات بحريني .

ولتفادي الغلو في التقدير من قبل المدعي فقد أوجب القانون على القاضي ألا يطلق للمدعي سلطة التقدير فيحدد له ابتداءً حداً أقصى للقيمة التي يمكن للقاضي معها أن يصدق المدعي في تقديره (١) .

وتتفق هذه اليمين مع اليمين المتممة في أن المحكمة هي التي توجهها إلى المدعي من تلقاء نفسها وليس خصمه الآخر (أي المدعى عليه) هو الذي يوجهها إليه ، كما أنه لا يملك من وجهت إليه هذه اليمين أن يردها على خصمه الآخر ، كما أنها ليست ملزمة للقاضي الذي يملك سلطة تقديرية بشأنها على نحو يرخص له في الأخذ بتقدير المدعي أو لا يأخذ به ، ويجري العمل عادةً على أن القاضي عادة ما يأخذ بتقدير المدعي إذا اطمأن إلى حسن تقديره ، لا سيما إذا لم يجاوز حدود الحد الأقصى المقدر له من قبل القاضي ، وأخيراً فإن نكول من وجهت إليه اليمين عن أدائها لا يعني خسارته دعواه ، لأنها ليست يميناً حاسمة وهي تتعلق بتقدير قيمة الحق المدعى به وهو مما يدخل أصلاً في اختصاص المحكمة وليس من صلاحية المدعي أو سلطاته (٢) .

ثانياً:يمين الاستيثاق يمكننا تعريف هذه اليمين بأنها يمين يوجب القانون على القاضي توجيهها

إل شخص معين بقصد الاستيثاق من صحة موضوع اليمين تعزيزاً للدليل الموجود في الدعوى . ولعل من الأمثلة التي تضرب على هذا النوع من الأيمان تلك اليمين التي يوجب القانون على القاضي توجيهها إلى من يتمسك بالتقادم السنوي ، سواء كان مديناً فيحلف يميناً على أنه قد أدى الدين فعلاً أم كان وارثاً أو نائباً قانونياً عن المدين أو نائباً عن ورثته فيحلف بأنه لا يعلم بوجود الدين أو يعلم بوجوده لكنه يعلم بأداء المدين له لدائنه (٣) .

غير أنه وإن كانت هذه اليمين من نماذج اليمين المتممة ، إلا أنها وإن اتفقت معها في بعض أحكامها ، إلا أنها تختلف عنها في أحكام أخرى ، ولعل من مظاهر الاتفاق بينهما أن القاضي هو

(١) إذ تنص المادة ٢/١٢١ إثبات مصري على ذلك بقولها " ويحدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه " . هذه المادة تعادل المادة ٢/١٢٧ إثبات بحريني .

(٢) إذ تنص المادة ٢/٣٧٨ مندي مصري على أنه " ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً. وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم، إن كانوا قسراً، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء " . هذه المادة تعادل المادة ٢ / ٣٦٩ مندي بحريني .

من يوجه اليمين إلى الخصم في كليهما وليس خصمه الآخر ، هذا فضلا عن كون هذه اليمين تلعب دور المتمم أو المكمل للدليل الموجود في الدعوى ، إذ يكمل القاضي بيمين الاستيثاق قرينة الوفاء المستمدة من مرور التقادم السنوي على الحق موضوع الدعوى ، فهي ليست الدليل الوحيد في الدعوى ، وإنما هي يمين معززة للدليل القائم في الدعوى .

وتختلف هذه اليمين عن اليمين المتممة في أن القاضي ملزم بتوجيهها ابتداءً ، فليس له خيار في توجيهها أو عدم توجيهها ، كما أن لها حجية ملزمة للقاضي بعد أدائها ، إذ يكسب الدعوى من حلفها ، ويخسرها إذا نكل عن حلفها ، وهذا الأثر المترتب عليها يقربها من اليمين الحاسمة في حسمها للنزاع بين الخصوم (١) ، لأنه إذا حلف المدين اليمين مع توافر قرينة الوفاء يمتنع قانوناً سماع دعوى المطالبة بالحق مستقبلاً ، وإذا نكل عن الحلف كان ذلك بمثابة إقرار ضمنى بوجود الحق وأن دعوى المطالبة به لم تسقط بعد (٢) ، بخلاف اليمين المتممة فليست لها حجية في مواجهة القاضي الذي قد يحكم لصالح من حلفها أو لصالح خصمه الآخر حسبما يتراءى له في ضوء ظروف الدعوى وأدلتها .

(١) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٤٦ ، ص ٢٢٢ ، أ.د/ محمد سعد خليفة ، أ.د/ عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند

١٧٧ ، ص ٣١٧ .

(٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٤٦ ، ص ٢٢٣ .