

باب تمهيدي

أحكام عامة

الفصل الأول

القانون والحق

مادة (1)

1. تسري نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها.

2. إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

النص القديم:

مادة (1)

تسري نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها.

مادة (2)

إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة نطاق سريان القانون المدني من حيث الموضوع، وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدني السويسري، التي تأثرت بها التشريعات

المدنية، ومنها التشريع المدني المصري في المادة الأولى الفقرة الأولى، وكذلك القانون المدني الأردني في المادة الثانية الفقرة الأولى، ولا يقصد من المادة أن يُنظر للتشريع النظرة التي اعتنقها أنصار مدرسة الشرح على المتن التي وجدت حين صياغة التقنين المدني الفرنسي 1804، والتي رأت في التشريع أنه جامع مانع فيه حكم لكل المسائل، وإذا عُجز عن إيجاد الحكم، فالعيب ليس في التشريع وإنما العيب في فهم التشريع وتفسيره، وإنما يقصد منها إظهار أن التشريع يعد مصدراً رئيسياً عاماً للقانون يحتل الصدارة بجدارة في ظل وجود التقنيات، وهذا يعني أن على القاضي أن يلتزم الحكم الذي يفصل في النزاع من نصوص التشريع أولاً، فإذا عثر عليه فيه أو استخلصه منه وجب عليه أن يتقيد به، وهذا يعني الحظر على القاضي بأن يبحث في مصادر أخرى لأعانتته في الفصل في النزاع، ويحظر عليه أيضاً اللجوء إلى الاجتهاد ما دام قد وجد الحكم في النصوص.

كما تبين المادة المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون، بعد أن حددت المادة الأولى المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع، وقد أُستهدي في تحديد مصادر القانون بالتقنيات المدنية الحديثة وبالتقنين المدني السويسري على وجه الخصوص الذي اقتدت به تقنيات مدنية عربية عديدة.

وما ورد من تحديد المصادر الرسمية للقانون، لا يقصد منه مجرد تعداد لها فقط، بل الغرض من ذلك أيضاً بيان أولويتها من حيث التطبيق، وهذا يعني أنه إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يستخلص الحكم من عبارته أو من روحه، فإن المادة تحيل القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تلي التشريع في المرتبة، لذلك على القاضي وجوباً أن يلجأ إليها إذا افتقد النص، والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية المبادئ الكلية التي تستخلص من نصوص الكتاب والسنة، كالأمر بالعدل، والمساواة، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وقاعدة الخراج بالضمان، وكثير من القواعد الكلية الأخرى.

فإذا لم يجد القاضي الحل في مبادئ الشريعة الإسلامية، عليه أن يلجأ للمصدر الاحتياطي الثاني وهو العرف، والعرف مصدر شعبي أوجده الشعب، لأنه يعبر عن واقع الجماعة، وهو وسيلته الفطرية التي تنظم المعاملات وتحدد المعايير التي لا يفلح التشريع في تنظيمها، أو تحديدها بسبب تشعبها أو استعصائها عليه، لذلك كان للعرف القدر العلي، باعتباره المصدر الأول للقاعدة القانونية في الماضي وكانت العصور القديمة عصور العرف، ولكن تراجع العرف أمام تقدم التشريع لأسباب كثيرة وأصبح هذا العصر بحق عصر التشريع، ومع ذلك لا يمكن إنكار دور العرف في الحاضر، باعتباره مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون، ولا يقتصر ذلك على المعاملات التجارية، بل يشتمل على المعاملات التي تدخل في نطاق القانون المدني، وسائر فروع القانون الخاص، والعام على حد سواء.

فإذا لم يجد القاضي في مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف حكماً يمكن تطبيقه وجب أن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لا يعد رجوعاً من قبل القاضي إلى ضابط يقيني بل يجب عليه الاجتهاد، وأن يركز اجتهاده على اعتبارات موضوعية عامة لا على تفكير ذاتي خاص حتى لا يقف جامداً تجاه النزاع المعروض عليه، والاجتهاد يجب أن يكون في إطار مبادئ تنسب تارة إلى القانون الطبيعي، وتارة إلى العدالة.

ونص المادة الثانية يطابق نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في ترتيب مصادر القانون، ويختلف عن نص المادة الثانية من القانون المدني المصري في تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف، حيث يتقدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري، ويختلف عن نص المادة الثانية من القانون المدني الأردني التي جعلت أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة للنصوص في المرتبة

الثانية بعد التشريع يلها في الترتيب مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم يلها العرف وتليه قواعد العدالة.

والمادة الثانية في مشروع القانون المدني تمت صياغتها بالأغلبية، وكان رأي الأقلية أن ترتب المصادر الرسمية للقانون على النحو الآتي:

تكون المادة (1) والمادة (2) مادة واحدة من فقرتين، ويرجع ذلك إلى وحدة الموضوع حيث تحدد في المادتين المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية للقانون هذا من حيث الشكل، أما من حيث الموضوع رأّت الأقلية أنه لا فائدة للإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، في ظل وجود إحالة لمبادئ الشريعة الإسلامية وسبقها عليها، فإرجاع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لا يعد إرجاعاً إلى قواعد محددة منضبطة تقبل التطبيق كما هو الحال في القواعد التشريعية والقواعد العرفية وإنما هو إرجاع إلى المبادئ الكلية الضابطة لغيرها، وتتضمن روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها كالمبادئ الآتية: "الضرورات تبيح المحذورات" "تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"... الخ من مبادئ وهذا في حقيقته دعوة القاضي للاجتهاد لاستنباط الحلول من المبادئ الكلية في الشريعة الإسلامية.

وكذلك الحال فإن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعني إحالته إلى قواعد منضبطة محددة تقبل التطبيق، وإنما تعني أن يجتهد القاضي ليصل إلى حكم النزاع المعروض عليه على ضوء اعتبارات موضوعية لا شخصية تتعلق به، وهذا يستوجب أن يحكم بما يكون مقبولاً للمجتمع حتى ولو لم يكن مقبولاً منه فقط، وهذا يعني أن ما يحكم به القاضي يعد رأياً خاصاً به نتج عن اجتهاد شخصي بني على ما هو موجود في الواقع الاجتماعي الذي يعيش فيه، وبالتالي فإن إحالة القاضي إلى ما يسمى بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يعد إحالة إلى قواعد قانونية موجودة بالفعل وبالتالي فإن الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تجد

قبولاً اجتماعياً في المجتمع تغني عن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إذ لا فائدة من ذلك أمام الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وسبقها عليها. ومن المفيد أن نذكر أن مصطلح مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ورد في التقنين المدني السويسري، وأخذ بها المشرع المدني المصري وتأثر بذلك عدد من التقنينات وخصوصاً ما صدر منها في عدد من البلدان العربية.

والواقع أن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لها ما يبررها في التقنين السويسري وغيره من التقنينات التي لم تنص على الإحالة لمبادئ الشريعة الإسلامية، أما في التقنينات المدنية الحديثة التي نصت على الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لم تر حاجة للإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فضلاً عما سبق فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تتسم بالإبهام والغموض، في حين أن مبادئ الشريعة الإسلامية موجودة في كتاب الله وسنة رسوله وفي كتب العلوم الإسلامية وإبهام وغموض مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة جعلت تقنينات عديدة تحيل إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (المادة 3 مدني إيطالي جديد) أو إلى مبادئ القانون العامة (المادة 1) التقنين الصيني).

ورأت الأقلية أنه يجب الإحالة إلى العرف قبل الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لأن العرف قواعد محددة منضبطة على القاضي أن يطبقها، فإذا لم يجد يُحال إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ليجتهد ليستنبط حلاً من تلك المبادئ، فإحالة القاضي إلى مبادئ الشريعة دعوة للاجتهاد ولا يجوز للقاضي أن يجتهد إلا في حالة عدم وجود قاعدة قانونية، فإذا وجدت القاعدة القانونية العرفية فيجب عليه أن يطبقها ويحذر عليه الاجتهاد.

ولا يعد ذلك مساساً بمكانه الشريعة الإسلامية إذ يشترط أن يكون العرف غير مخالف للنظام العام الذي يشكل وفق الشريعة الإسلامية إذ يجب عليه ألا يخالفها، وعلى

ضوء ما تقدم ترى الأقلية صياغة المادتين (1)، (2) في مادة واحدة من فقرتين على النحو الآتي :

1. تسري نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها.
2. إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف اجتهد القاضي مستهدياً بمبادئ الشريعة الإسلامية. فهذا النص يأذن للقاضي صراحة بالاجتهاد، وحدد له مبادئ الشريعة الإسلامية كهاد له في هذا الاجتهاد. على ضوء ما سبق فقد تم دمج المادة الثانية من المشروع التمهيدي في المادة الأولى كما هو وارد في النص الحالي.

مادة (2)

تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك.
المذكرة الإيضاحية :

أخذ المشروع في حساب المواعيد بالتقويم الميلادي وعدم الأخذ بالتقويم الشمسي القمري، ويرجع ذلك إلى أن المتبع في مجتمعنا هو التقويم الميلادي، لذلك أخذ بما هو متبع.

ونص المادة 2 مطابق لنص المادة 3 من التقنين المدني المصري، ولنص المادة 3 من التقنين المدني الجزائري، ويخالف نص المادة 10 من التقنين المدني الأردني التي تجعل التقويم الشمسي هو المتبع في حساب المواعيد، ونص المادة 89 من مشروع التقنين المدني العربي الموحد الذي يطابق نص المادة 10 من التقنين المدني الأردني.

مادة (3)

من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :

تم وضع المادة لتقرر مبدأ عاماً هو أن من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينتج عن الاستعمال من ضرر، وهذا المبدأ يستند إلى القاعدة المقررة في المجلة م91 " الجواز الشرعي ينافي الضمان".

وهي تطابق المادة 4 مصري و3 سوري و61 أردني.

مادة (4)

لا يجوز التعسف في استعمال الحق.

المذكرة الإيضاحية :

حظرت هذه المادة التعسف في استعمال الحق، وقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الحذر بصياغة أحكام تحذر التعسف في استعمال الحق تبز في دقتها أحدث ما تمحض عنه الفكر القانوني الغربي الذي أدرك وجوب تجاوز الفكر الفردي الذي يطلق العنان لأصحاب الحقوق في استعمالها دون الالتفات للآثار الاجتماعية لذلك الاستعمال، إلى تقييد الأفراد في استعمال حقوقهم بما يحقق تقييد الغرض الاجتماعي للحقوق، واعتبروا أن الحق يمثل وظيفة اجتماعية، ويجب استعماله وفق هذا السياق وإذا انحرف صاحبه عن ذلك يكون قد تعسف في استعماله وهذا أمر لا يجوز.

وقد وضع نص المادة 7 في الباب التمهيدي، لأن لنظرية التعسف في استعمال الحق معنى عاماً يجعلها تطبق على جميع نواحي القانون، فهي تسري في نطاق القانون المدني على الروابط المالية وعلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية، وتسري على كل الروابط في القانون الخاص وعلى روابط الأحوال الشخصية وعلى الروابط في القانون العام، وبهذا تم الاحتذاء بالتقنين المدني السويسري المادة 2، والتقنين المدني السوفيتي المادة (1) والتقنين المدني المصري المادة (5) والتقنين المدني الأردني المادة (66).

مادة (5)

يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية:

1. إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير.
2. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
3. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
4. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف.

المذكرة الإيضاحية :

ذكر في المادة معايير أربعة لتحديد التعسف استمدت كلها من الفقه الإسلامي، وتحديدها يهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد، في حين وردت المعايير الثلاثة الأولى في المادة 5 من التقنين المدني المصري، وفي المادة 66 من التقنين المدني الأردني وفي المادة 143 من مشروع التقنين المدني العربي الموحد، وانتقلت مسودة المشروع مع هذه التقنيات، لكن اللجنة رأت إضافة المعيار الرابع.

والمعيار الأول : هو معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الوضعي والقضاء على الأخذ به، وقد أخذ به التقنين الألماني المادة 226، والأساس المهم في هذا المعيار قصد الأضرار بالغير، بصرف النظر عن استعمال الحق حتى ولو كان قد حقق منفعة لصاحبه، ويستخلص القصد من انتقاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق يعرف ذلك، أو من تهاة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة.

المعيار الثاني : إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق من استعماله غير مشروعة، ولا تكون المصالح غير مشروعة إذا كان تحقيقها بصورة

تخالف القانون فحسب، بل إذا كان تحقيقها لا يتفق مع النظام العام، أو الآداب وهذا المعيار مادي في ظاهره لأن النية كثير ما تكون نافية لمشروعية المصلحة.

المعيار الثالث : استعمال الحق لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة لذلك، وهذا معيار مادي مصدره الفقه الإسلامي ورد في نص المادة 26 من المجلة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام).

المعيار الرابع : إذا كان استعمال الحق يلحق بالغير ضرراً غير مألوف، ولم يرد ذكر هذا المعيار في التقنين المصري ولا التقنين الأردني، ولا في مشروع التقنين المدني العربي الموحد وكان هذا المعيار قد حذف من نص المادة 5 من التقنين المدني المصري، وهذا لا يعني عدم اعتباره من معايير التعسف لأنه اكتفي بالتطبيق الخاص الموجود له في حق الملكية المادة 708 من التقنين المدني المصري لذلك وجدت اللجنة من الأفضل أن يذكر في معايير التعسف، واستند في الأخذ به إلى أن الشريعة الإسلامية تعدّه من معايير التعسف، وهذا المعيار فيه مرونة تتسع لتطور الحياة الاجتماعية، ويمكن القاضي من الاعتداد بملاسات وظروف كل حالة، ومن تطبيقاته إلزام الحكومة بتعويض السكان عما أصابهم وأصاب أملاكهم نتيجة لبناء الحكومة محطة مجاري على قطعة من أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان في حي سكني، ومسئولية الشركة عن الأضرار التي تلحقه بالجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة التي يسببها تشغيل جهاز توليد الكهرباء الخاص بالنزل الذي تملكه.

والمادة 8 وضعت منهجاً لممارسة الحقوق بني على أساس مستقر في مبادئ الشريعة الإسلامية، وما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق، وبالتالي أتيح لهذه المادة أن تعبر عن النزعة الأخلاقية، والنزعات الاجتماعية الحديثة، وأظهرت الصلة بينها وبين مبادئ الشريعة الإسلامية.

مادة (6)

تتبع في إجراءات الإثبات قواعد القانون الخاص بها.

المذكرة الإيضاحية :

تحيل المادة إلى قانون البنات، حيث توجب اتباع إجراءات الإثبات كما حددت في قواعد قانون البنات.

الفصل الثاني

التطبيق الزمني للقانون

مادة (7)

يعمل بالقانون من تاريخ نفاذه، ولا يسري على ما سبقه من الوقائع إلا بنص صريح يقضي بذلك.

المذكرة الإيضاحية :

المادة مأخوذة من مبدأ سريان القانون بأثر فوري ومبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي، وورد فيها ما يبين أن عدم الرجعية لا يلزم المشرع، حيث يمكنه أن ينص على سريان القانون بأثر رجعي. وهي تطابق المادة 90 عربي موحد.

مادة (8)

لا يجوز إلغاء نص تشريعي أو وقف العمل به إلا بنص تشريعي لاحق ينص صراحة على ذلك أو يشتمل على ما يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم موضوعه تنظيمًا جديدًا.

المذكرة الإيضاحية :

يظهر من النص عدم اعتماد تعبير النسخ، وإنما تعبير الإلغاء بسبب شيوعه في الاستعمال في مجال الفكر القانوني، ويستند النص إلى مبدأ من يملك الإنشاء يملك الإلغاء، فالنص التشريعي لا يلغي إلا بنص تشريعي لاحق، والنص أخذ بصورتين

لإلغاء، الإلغاء الصريح، والإلغاء الضمني، وأساس الإلغاء الضمني التقنين المدني الإيطالي الصادر سنة 1938 المادة الخامسة.

والأصل أن يتم الإلغاء صراحة، ويتم ذلك إذا نص تشريع لاحق صراحة على إلغاء تشريع سابق، وقد يكون الإلغاء ضمناً ويكون كذلك في صورتين، الأولى أن يتعارض تشريع جديد مع تشريع قديم ويتم الإلغاء في حدود التعارض، والثانية أن ينظم تشريع جديد تنظيمًا كاملاً وضع نظمه تشريع سابق وفي هذه الحالة يلغى التشريع جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص التشريعين السابق واللاحق.

ولم يعالج النص إلغاء التشريع فقط، بل شمل وقف العمل بالتشريع، ولا يكون ذلك إلا بتشريع لاحق، وقد تطابق هذا النص مع نص المادة 94 من مشروع التقنين المدني العربي الموحد.

والقاعدة العرفية لا تلغي النص التشريعي، ويرجع ذلك إلى تقدم التشريع على العرف في ترتيب مصادر القانون.

وهي تطابق نص المادة (2) مصري.

مادة (9)

1. لا يجوز إلغاء نص قانون خاص بموجب نص يعارضه في قانون عام صدر بعده إلا إذا صرح بذلك.

2. النص الخاص يلغي ما يعارضه في النص العام.

المذكرة الإيضاحية :

يطابق نص الفقرة الأولى نص المادة 95 من مشروع التقنين المدني العربي الموحد ومفهوم الفقرة الأولى أن النص الخاص لا يلغي بنص ورد في قانون عام صدر بعده، إلا إذا ورد فيه صراحة ما يلغي النص الذي ورد في القانون الخاص.

ونص الفقرة الثانية لم يرد ما يقابلها في مشروع التقنين المدني العربي الموحد، ويعني أن القانون الخاص الذي صدر بعد القانون العام يلغي ما يعارضه في القانون العام، فمثلاً إذا وجد قانون ينظم علاقة الموظفين بالدولة، وهذا قانون عام، بمعنى يطبق على كل علاقات الموظفين بالدولة، ثم صدر بعد ذلك قانون خاص بالمهندسين الموظفين ينظم علاقاتهم بالدولة، فيسري القانون العام على جميع الموظفين عدا المهندسين منهم فيسري عليهم القانون الخاص بهم.

مادة (10)

1. تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص.
2. إذا توافرت الأهلية في شخص طبقاً لنصوص قديمة، ثم أصبح ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فلا أثر لذلك في تصرفاته القانونية السابقة.
3. إذا كان شخص ناقص الأهلية طبقاً لنصوص قديمة، ثم أصبح كامل الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فلا أثر لذلك في تصرفاته القانونية السابقة.

النص القديم (14) :

1. تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص.
2. إذا توافرت الأهلية في شخص طبقاً لنصوص قديمة، ثم أصبح ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فلا أثر لذلك في تصرفاته القانونية السابقة.

المذكرة الإيضاحية :

تقضي الفقرة الأولى من المادة بسرمان النصوص المتعلقة بالأهلية من وقت العمل بها.

وتسري النصوص بأثر مباشر سواء كانت ترفع سن الرشد أو تخفضها فإذا كانت سن الرشد وفقاً للقانون القديم ثمانى عشرة سنة ورفعها القانون الجديد إلى إحدى وعشرين سنة، فكل من لم يبلغ سن الواحدة والعشرين سنة يعد قاصراً حتى لو بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم كأن يكون قد بلغ سن التاسعة عشرة سنة.

أما إذا خفض القانون الجديد سن الرشد فإذا كانت واحدة وعشرين سنة في ظل القانون القديم وخفضها إلى الثامنة عشرة، فيسري القانون الجديد على كل من بلغ سن الثامنة عشرة ويعد بالغاً سن الرشد، رغم أنهم قصر وفق أحكام القانون القديم. والفقرة الثانية بينت حكم رفع القانون الجديد سن الرشد ولم تبين حكم خفض سن الرشد.

فإذا بلغ شخص الرشد في ظل القانون القديم وأبرم تصرفات قانونية وصدر قانون جديد بعد ذلك ورفع سن الرشد حيث عاد قاصراً، فإن حكم التصرفات التي أبرمها قبل نفاذ القانون الجديد صحيحة بالرغم من عودته إلى حالة القصر.

أما إذا خفض القانون الجديد سن الرشد حيث كانت في ظل القانون القديم واحدة وعشرين سنة، وبلغ شخص التاسعة عشرة وأبرم تصرفاً قانونياً، فيعد هذا التصرف قابلاً للإبطال بسبب كونه غير بالغ سن الرشد، وصدر بعد ذلك قانون يجعل سن الرشد الثامنة عشرة، فإن الشخص الذي أبرم التصرف القانوني يصبح بالغاً سن الرشد، وأما التصرف الذي أبرمه في ظل القانون القديم يبقى كما هو قابلاً للإبطال تطبيقاً للقانون القديم الذي أبرم التصرف خلال سريانه.

على ضوء ما سبق فقد تم إضافة فقرة ثالثة للمادة العاشرة كما هو وارد في نص المادة.

وهي تطابق المادة 6 أردني، 11 عربي موحد، وتوافق المادة 6 مصري.

مادة (11)

1. تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل.
2. تسري النصوص القديمة على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسري بأثر فوري من وقت نفاذها على كل تقادم لم يكتمل، فمثلاً إذا عدلت النصوص الجديدة شروط الحياة اللازمة للتقادم المكسب، فهذه الشروط تطبق فور نفاذ النصوص الجديدة، وإذا كانت النصوص القديمة تجعل الإنذار كافياً لقطع مدة التقادم، وتغيرت النصوص بحيث جعلت رفع الدعوى هو الإجراء اللازم لقطع مدة التقادم، فإن رفع الدعوى هو الإجراء الذي يقطع مدة التقادم فور نفاذ النصوص الجديدة.

وتبين الفقرة الثانية حكم بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فتسري عليها النصوص التي كانت نافذة وقت ذلك، فإذا بدأ التقادم في ظل نصوص قانونية ظل حكم البدء في حالة نفاذ نصوص جديدة أي أن المدة التي بدأت في ظل النصوص القديمة تبقى سارية في ظل النصوص الجديدة، وإذا وقفت المدة في ظل النصوص القديمة يبقى حكمها في حالة نفاذ نصوص جديدة مادام سبب الوقف قائماً ما لم يرد في النصوص الجديدة خلاف ذلك.

وإذا قطعت المدة في ظل النصوص القديمة فتبقى كذلك ما دام سبب قطعها قائماً في ظل النصوص الجديدة، ما لم يرد في النصوص الجديدة خلاف ذلك، والمدة السابقة على الانقطاع، ومدة الانقطاع لا تحتسب.

وهي تطابق المادة 7 مصري، 7 أردني، 92 عربي موحد.

مادة (12)

إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك، فإذا كان الباقي من المدة التي قررها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

المذكرة الإيضاحية :

إذا قصرت النصوص الجديدة مدة التقادم، كأن تجعلها عشر سنوات في حين كانت خمس عشرة سنة في النصوص القديمة، فالمادة 12 حينما وضعت حكماً لهذه الحالة فرقت بين فرضين هما :

الأول : أن تكون المدة في النصوص الجديدة أقصر مما بقي من مدة التقادم في النصوص القديمة، فتسري النصوص الجديدة بأثر مباشر، ولا تحسب المدة التي انقضت في ظل النصوص القديمة، فمثلاً إذا كانت النصوص القديمة تجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة، والنصوص الجديدة تجعلها عشر سنوات، ووضع شخص يده على عقار في ظل النصوص القديمة لمدة ثلاث سنوات فإن مدة التقادم اللازمة لاكتساب ملكية العقار هي عشر سنوات حسب النصوص الجديدة، ولا تحسب مدة السنوات الثلاث لأن المدة المتبقية للتقادم حسب النصوص القديمة اثنتا عشرة سنة أي أطول من المدة اللازمة للتقادم حسب النصوص الجديدة وهي عشر سنوات، وفي هذه الحالة يصرف النظر عن السنوات الثلاث الماضية ويحسب التقادم على أساس النصوص الجديدة.

الثاني : أن تكون مدة التقادم المنصوص عليها في النصوص الجديدة أطول من المدة الباقية لاكتمال مدة التقادم وفق النصوص القديمة، ففي هذه الحالة لا تطبق النصوص الجديدة ويتم التقادم بمضي المدة الباقية من النصوص القديمة، فمثلاً إذا

كانت مدة التقادم حسب النصوص القديمة خمس عشرة سنة ووضع شخص يده على عقار مدة عشر سنوات وبعد ذلك وضعت نصوص جديدة تجعلها عشر سنوات، فالمدة الباقية لاكتمال التقادم بمقتضى النصوص القديمة هي خمس سنوات وهي أقصر من مدة التقادم حسب النصوص الجديدة فيتم التقادم وفق أحكام النصوص القديمة أي بمضي خمس سنوات.

يظهر مما سبق أن حكم المادة يطبق على الحالة التي يكون الباقي من المدة القديمة أطول من كل المدة الجديدة، ويصرف النظر عن المدة التي مرت من قبل، وتفتح مدة جديدة تسري منذ إنفاذ النصوص الجديدة، وهذا يجنب أطراف التعامل المفاجأة ويحقق العدل والاستقرار.

وهي تطابق المادة 8 مصري، 8 أردني، 93 عربي موحد.

مادة (13)

تخضع الأدلة التي تعد مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدت فيه، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعدادها.

المذكرة الإيضاحية :

تضع المادة حكما لأدلة الإثبات المعدة مقدما قبل أن تنشأ الخصومة لإثبات الحقوق، وهي الأدلة الكتابية سواء كانت عرفية أو رسمية التي تثبت بمقتضاها التصرفات القانونية والوقائع المادية التي يشترط القانون الكتابة لإثباتها كواقعة الميلاد أو واقعة الوفاة.

ولكون دليل الإثبات يعد مقدما، فإن القانون الذي يسري عليه من حيث اشتراطه وشكله وطريقة إعداده هو القانون المعمول به وقت إعداد الدليل أو وقت وجوب إعداده.

فإذا ثار نزاع بخصوص دليل إثبات تم قبل نفاذ القانون الجديد فيبقى الإثبات خاضعا للقانون القديم وهو القانون الذي أعد أو كان يجب إعداد دليل الإثبات في ظل نفاذه،

فمثلا إذا وجد قانون يتطلب الكتابة لإثبات العقود التي تزيد قيمتها على عشرة دنانير، وصدر بعد ذلك قانون جديد يرفع حد الإثبات بالكتابة إلى عشرين ديناراً، وثار نزاع بخصوص عقد من العقود التي أبرمت في ظل سريان القانون القديم وكانت قيمته خمسة عشر ديناراً، فأثبتت ذلك لا يكون إلا بالكتابة على الرغم من أن القانون الجديد لا يشترط ذلك، وذلك لأنه أبرم في ظل قانون يشترط الكتابة لإثبات كل عقد تزيد قيمته على عشرة دنانير لأن وقت إبرام العقد هو وقت وجوب إعداد الدليل اللازم لإثباته.

وإذا حدث العكس وصدر قانون جديد يشترط الكتابة لإثبات التصرف الذي تزيد قيمته على خمسة دنانير فإن ذلك لا يؤثر على إثبات التصرف الذي أبرم في ظل القانون القديم الذي يشترط الكتابة لإثبات التصرف الذي تزيد قيمته على عشرة دنانير، إذا كانت قيمة العقد تقل عن عشرة دنانير وتزيد على خمسة دنانير حيث يمكن إثبات العقد بأي وسيلة من وسائل الإثبات ويرد ذلك إلى أن القانون الساري وقت إبرام العقد هو الذي يطبق دون القانون الجديد.

وهي تطابق المادة 9 مصري، 10 سوري، 13 عراقي، 8 جزائري.

الفصل الثالث

التطبيق المكاني للقانون

مادة (14)

القانون الفلسطيني هو المرجع في تكييف العلاقات ذات العنصر الأجنبي عندما تتنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.

النص القديم (18) :

القانون الفلسطيني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما تتنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.

المذكرة الإيضاحية :

أخذت المادة بمبدأ الرجوع إلى قانون القاضي المطروح عليه النزاع لتحديد طبيعة العلاقة حينما تختلف القوانين بشأن الوصف القانوني للمنازعة ذات الطابع الدولي، وهذا المبدأ أساس نظرية الفقيه "بارتان" الذي يأيده فقه القانون الدولي الخاص الحديث.

ويعني ما سبق أنه إذا عرضت منازعة ذات الطابع الدولي أمام القضاء في فلسطين يجب أن يرجع القضاء إلى القانون الفلسطيني لتحديد الوصف القانوني للمنازعة لغاية إدخالها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي وجد لها قواعد إسناد تبين القانون المختص في التطبيق عليها.

وهذا يعني أن القانون الفلسطيني هو الذي يحدد الطائفة الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص، أو الموارث، أو الوصية أو المركز المالي... الخ.

ومتى حدد القاضي الوصف القانوني للنزاع وفق القانون الفلسطيني، فإن عليه أن يطبق قواعد الإسناد التي يأمر بها القانون الفلسطيني، وعلى ضوء ذلك يتحدد القانون الواجب التطبيق، وما على القاضي إلا أن يقوم بتطبيق هذا القانون.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (18) كما هو وارد في نص المادة (14). وهي تقارب نص المادة 10 مصري، 11 سوري، 11 أردني، 96 عربي موحد.

مادة (15)

1. يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص بجنسيتهم على حالتهم المدنية وأهليتهم.
2. على أنه بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في فلسطين وترتب آثارها فيها، إذا كان أحد أطرافها أجنبياً ناقص الأهلية بحسب قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وكان نقص أهليته مما لا يستطيع الطرف الثاني تبين سببه ولو بذل في ذلك جهد الرجل المعتاد فإن هذا السبب لا يؤثر في صحة تصرفه.

المذكرة الإيضاحية :

ورد في الفقرة الأولى حكم يفيد خضوع حالة الشخص وما يتصل بها من مراكز قانونية لقانون الجنسية، كما أخضع الأهلية لقانون الجنسية أيضاً، وفي ذلك تفضيل لقانون الجنسية على قانون الموطن في كل الحالات.

وتوسعت هذه الفقرة في مفهوم الحالة وما يرتبط بها من مراكز قانونية، إذ لم تقتصر على المراكز القانونية ذات الصبغة الشخصية البحتة بوصفها لصيقة بالإنسان، بل جعلت قانون الجنسية يمتد تطبيقه ليشمل على المراكز القانونية، والحقوق المالية الناجمة عن الحالة والمتفرعة عن رابطة الأسرة.

والمقصود بالأهلية التي تخضع لقانون الجنسية، هي أهلية الأداء أي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية، أما باقي أنواع الأهلية، فهي تخضع لقوانين أخرى، فأهلية الوجوب تخضع لقانون الدولة المراد التمتع بالحقوق على إقليمها، فضلاً عن

خضوعها للقانون الذي يحكم نشأة الحق ذاته وأهلية المساءلة عن الفعل الضار تخضع لقانون محل وقوع الفعل الضار.

يظهر مما سبق أن أهلية الأداء هي التي تخضع لقانون الجنسية في حين لا تخضع أهلية الوجوب أو الأهلية الخاصة لقانون الجنسية.

وبالتالي يرجع إلى قانون الجنسية لتحديد ما إذا كان الشخص رشيدا أو ناقص الأهلية، أو عديمها، كما يحدد التصرفات التي يمكن أن يجريها ناقص الأهلية، ويحدد شروط انتهاء نقص الأهلية...الخ.

والعبرة بوقت إبرام التصرف المراد تحديد أهلية إبرامه، فقانون جنسية المتصرف في هذا الوقت هو المطبق في تحديد الأهلية، فإذا أبرم شخص تصرفا يعده قانون جنسيته أنه يملك إبرام هذا التصرف. وبعد ذلك غير جنسيته وكان قانون جنسيته الجديد لا يعده أهلا لإبرام التصرف، فلا اثر لذلك على صحة التصرف.

وورد في الفقرة الثانية استثناء هام على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية، وقد استمد هذا الاستثناء من نظرية أخذ بها القضاء في فرنسا في القرن التاسع عشر، عرفت بنظرية المصلحة الوطنية، وبدأت بحكم لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1869 ورد فيه عدم وجوب الاعتداد بنقص الأهلية المقرر في قانون المتعاقد الأجنبي ما دام المتعاقد الفرنسي لم يكن مخطئا في جهله بهذا القانون الأجنبي وأنه تعاقد دون خفة أو رعونة، وكان حسن النية، وتواتر القضاء الفرنسي بالأخذ بهذا الحكم.

وورد في هذه الفقرة شروط عدم الاعتداد بنقص الأهلية الوارد في القانون الأجنبي، وهي أن يكون التصرف ماليا، وأن يكون معقودا في فلسطين وتترتب آثاره فيها، وأن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على المتعاقد الآخر تبينه، وأن يكون المتعاقد الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانون جنسيته، كامل الأهلية وفقا للقانون الفلسطيني.

فإذا توافرت الشروط المذكورة، فإن نقص أهلية المتعاقد الأجنبي وفقا لقانون جنسيته لا يؤثر في أهليته، وبالتالي تكون تصرفاته التي تعقد في فلسطين صحيحة. ويمكن التعليق على اشتراط أن يكون التصرف المالي قد عقد في فلسطين ورتب آثاره فيها حتى يمكن الدفع بحسن النية أو بما يسمى بالمصلحة الوطنية، إذ لا لزوم لوجود هذا الشرط لأن مبرر الدفع هو حسن نية المتعاقد الآخر الذي لا يعلم بنقص أهلية من تعاقد معه حسب قانون جنسيته، ويمكن تصور ذلك أيضا في حالة أن يكون التعاقد قد تم في الخارج، إذ يجب حماية المتعاقد حسن النية في كل الأحوال أي سواء تم التعاقد في بلده أو في الخارج، لذلك اقترح تعديل صياغة الفقرة الثانية لتصبح على النحو الآتي (على أنه بالنسبة للتصرفات المالية إذا كان أحد أطرافها ناقص الأهلية حسب قانون جنسيته وكان نقص أهليته مما لا يستطيع الطرف الثاني تبين سببه ولو بذل في ذلك جهد الشخص المعتاد، فإن هذا السبب لا يؤثر في صحة تصرفه).

وهي تطابق نص الفقرة الأولى من المادة 11 مصري، 1/10 جزائري، 1/12 أردني، 1/97 عربي موحد.

والفقرة الثانية من المادة تقارب المادة 3/7 من قانون تقديم القانون الألماني والمادة 2/17 من الأحكام التمهيدية للقانون الإيطالي، والمادة 9 من القانون المدني اليوناني، والمادة 3/9 من مجموعة القانون الدولي الخاص البولوني، والمادة 2/38 من القانون المدني البرتغالي، والمادة 13 من القانون المدني السوري والمادة 2/18 من القانون المدني العراقي.

مادة (16)

1. يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي.
2. يسري القانون الفلسطيني على الأشخاص الاعتبارية الأجنبية إذا باشرت نشاطها الرئيسي في فلسطين.

المذكرة الإيضاحية :

تشمل فكرة النظام القانوني للشخص الاعتباري ما يبين طريقة تكوينه وشخصيته الاعتبارية، وكيفية تعديله وإدارته وانقضائه.

والفقرة الأولى وضعت حكماً يفيد أن النظام القانوني للشخص الاعتباري يخضع لقانون الدولة التي يتخذ فيها هذا الشخص مركز إدارته الرئيس.

وإذا تعددت هيئات إدارة الشخص الاعتباري، وكانت موزعة في عدة دول كأن ينعقد مجلس إدارة الشخص الاعتباري في مكان، وتنعقد الجمعية العمومية في مكان آخر، فأى مكان يعتد به ليكون مركزاً رئيساً لإدارة الشخص الاعتباري؟ حسم هذا الأمر بعد صدور حكم من المحكمة الدائمة للعدل الدولي في 25 مايو سنة 1926 بشأن بعض المصالح الألمانية بسيليزيا العليا حيث اعتدت بمكان انعقاد الجمعية العمومية لأنها هي التي تمارس السلطات العليا للشخص الاعتباري ومنها تتبع سلطات مجلس الإدارة، وورد في المادة اشتراط أن يكون مركز الإدارة فعليا، ويكون كذلك إذا كان مرتبطاً ارتباطاً حقيقياً بالدولة، ويباشر وظائفه الرئيسة بها، والعلة من ذلك منع الشخص الاعتباري من التحايل رغبة منه في التخلص من القيود التي يفرضها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص الاعتباري بإتخاذ مركزاً لا يعد رابطة حقيقية بينه وبين الدولة التي اتخذ مركز إدارته فيها.

والفقرة الثانية وضعت استثناء هاما على القاعدة التي وردت في الفقرة الأولى يتمثل في أن القانون الفلسطيني يسري على الشخص الاعتباري الأجنبي الذي يباشر نشاطه الرئيس في فلسطين حتى ولو كان مركز إدارته الرئيسي الفعلي في دولة أخرى. ولا يكفي أن تكون فلسطين مركزا من مراكز نشاط الشخص الاعتباري، بل يتعين لتطبيق الاستثناء أن تكون فلسطين مركز النشاط الرئيس لهذا الشخص وهذا الاستثناء يخفف من غلواء القاعدة المتعلقة في شأن الاعتداد بقانون مركز الإدارة الرئيس بوصفها تحقق مصالح الشركات الرأسمالية الكبرى التي تمارس نشاطاتها في عديد من الدول، أو أن هذه الشركات يمكنها بالاستناد لقاعدة مركز الإدارة الرئيس تحقق مصالح الشركات يمكنها بالاستناد لقاعدة مركز الإدارة الرئيس أن تحدد مركز إدارتها الرئيس في المكان الذي يحقق مصالحها فضلا عن ذلك فإن الاستثناء يسد الطريق أمام أي تحايل على أحكام القانون الفلسطيني عندما يباشر الشخص الاعتباري نشاطه في فلسطين، فقد يتخذ الشخص الاعتباري مركزا لإدارته في الخارج في حين يمارس نشاطه الرئيس في فلسطين بقصد تفادي تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، ففي هذه الحالة يخضع للقانون الفلسطيني استنادا إلى أن فلسطين هي مركز نشاطه الرئيس.

وقد ذهبت الأقلية في اللجنة إلى تقديم اقتراح بتطبيق القانون الفلسطيني على الشخصية الاعتبارية التي تباشر نشاطا في فلسطين حتى لو لم يكن رئيساً، فيما يتعلق بهذا النشاط، اقتداء بنص المادة 10 من التقنين الجزائري، إلا أن الأغلبية لم تأخذ بهذا الاقتراح.

وهي تطابق نص المادة 2/11 مصري، 2/12 أردني.

مادة (17)

1. يرجع في الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى قانون كل من الزوجين.
2. أما من حيث الشكل فيعد الزواج ما بين أجنبيين أو أجنبي وفلسطيني صحيحاً إذا عقد وفقاً لقانون البلد الذي تم فيه أو قانون كل من الزوجين.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أنه يرجع لقانون كل من الزوجين لتحديد الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج، وفي هذا تقرير لما ورد في المادة الأولى من اتفاقية لاهي المعقودة في 13 يونيو سنة 1902 التي أخذت بها تقنيات عديدة منها الألماني، والسويسري، والياباني، والمصري، والأردني..الخ.

والرجوع لقانون كل من الزوجين أمر منطقي لأنه يترتب على الزواج وجود روابط قانونية بين شخصين وبالتالي يجب الأخذ بقانون دولة كل من الطرفين اللذين يدخلان في الروابط القانونية وفي حالة كون الزوجان من جنسية واحدة، فيطبق قانون جنسيتهما المشتركة على الشروط الموضوعية للزواج.

وإذا كان كل من الزوجين ينتمي إلى جنسية مختلفة فإن الفقه الحديث يأخذ بمبدأ التطبيق الموزع لقانون الزوجين، وهذا يعني أنه يكفي لانعقاد الزواج صحيحاً أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الاعتداد بتلك التي يقضي بها قانون الزوج الآخر، أما ما يرد بخصوص موانع الزواج فلا بد من التطبيق الجامع للقانونين لأن الموانع تتصل بجوهر الزواج ذاته، وإذا تحققت في أحد الزوجين فإنها حتماً تمس الآخر، فهي تتعلق بالزواج كوحدة لا تتجزأ، لذلك يتعين تطبيق

قانون الزوج وقانون الزوجة بخصوص موانع الزواج. ومن أمثلة موانع الزواج القرابة من درجة معينة والتعدد.

وعلى القاضي الفلسطيني ألا يعتد بالمانع الذي يرد في القانون الأجنبي إذا كان يتعارض مع النظام العام في فلسطين، فإذا كان قانون أحد الزوجين يعد اختلاف اللون أو الجنسية مانعا لانعقاد الزواج فلا يعتد بذلك أمام القضاء الفلسطيني لأنه يخل بمبدأ المساواة.

وفكرة النظام العام لها دور أساس بخصوص الشروط الموضوعية للزواج، ويظهر ذلك بوضوح في زواج المسلم إذ يجب استبعاد أحكام القانون الأجنبي التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا كان القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم مثلاً، فلا يعتد في فلسطين بهذا الحكم لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، وهي من النظام العام، وبالتالي يمنع عقد الزواج في فلسطين في هذه الحالة.

وإذا كان القانون الأجنبي يمنع تعدد الزوجات وكان الزوج مسلماً فلا يعتد بالقانون الأجنبي لأنه يخالف النظام العام ويخالف الشريعة الإسلامية ويسمح بانعقاد الزواج الثاني في فلسطين.

وهي تطابق نص المادة، 1/12 مصري، 113 أردني.

مادة (18)

1. يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.
2. إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج يطبق قانون جنسيتها على آثار الزواج.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أن آثار الزواج تخضع لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وفي هذا اختلاف عن الشروط الموضوعية للزواج إذ تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين، ويرجع ذلك إلى أنه من العسير تطبيق قانون كل من الزوجين على آثار الزواج في ذات الوقت إذ لن يتسنى تطبيق أيهما عند الاختلاف إلا بمخالفة الآخر، لذلك ورد في الفقرة الأولى حكم تطبيق قانون الزواج وقت انعقاد الزواج على آثار الزواج على أساس أنه رب العائلة.

وبينت الفقرة الثانية حكم اكتساب الزوجين لجنسية مشتركة حيث تخضع آثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة الجديدة.

وقد أخذت بقاعدة خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج عدد من التقنيات الحديثة منها الإيطالي، والبولوني، والمصري، والجزائري، والأردني.

مادة (19)

1. يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق.
2. يسري على التطليق القضائي، والفسخ، والانفصال، قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج.

النص القديم: (23)

1. يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق.
2. يسري على التطليق، والفسخ، والانفصال، قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المذكرة الإيضاحية :

وضعت المادة حكماً يخضع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج، إلا أنها فرقت بين الطلاق من جهة والتطليق والفسخ والانفصال من جهة أخرى، من حيث وقت تطبيق قانون جنسية الزوج ويرد ذلك لأن الطلاق قد يتم بالإرادة المنفردة، بينما يتوقف التطليق والفسخ والانفصال على رفع دعوى أمام القضاء.

ويعيب حكم المادة خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفاً للزوجين وقت إنعقاد الزواج ولم يكن داخلياً في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية أخرى يسمح قانونها بحل الرابطة الزوجية بطرق لم يأخذ بها قانون جنسيته وقت الزواج، لذلك من الأفضل إخضاع الطلاق والتطليق والفسخ والانفصال لقانون جنسية الزوج وقت الزواج لأنه كان معلوماً للزوجين وقت إنعقاد الزواج وكان تطبيقه داخلياً في توقعاتهما عند الزواج فيما يتعلق بانحلال الزواج.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل الفقرة الثانية من المادة (23) كما هو وارد في المادة (19).

وهي تطابق نص المادة 2/13 مصري، 2/14 أردني، 2/99 عربي موحد.

مادة (20)

يسري القانون الفلسطيني في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً وقت انعقاد الزواج فيما عدا شريطة الأهلية للزواج.

المذكرة الإيضاحية :

ورد في المادة استثناء على النصوص السابق ذكرها بخصوص إنعقاد الزواج وآثاره وانقضائه، والسبب في هذا الاستثناء هو تلافي ما يترتب على قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج من اعتبار زواج الفلسطيني المسلم صحيحاً وفقاً للقانون الفلسطيني، وباطلاً وفقاً لقانون جنسية الزوج الأجنبية، وقد وجد أنه من الملائم

تطبيق نفس القاعدة بالنسبة لآثار الزواج وانقضائه تحقيقاً للتجانس في القانون الذي يحكم نظام الأسرة.

ويترتب على الأخذ بهذا الاستثناء في مجال الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج الخروج على تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين وإخضاع هذه الشروط لقانون واحد وهو القانون الفلسطيني وذلك فيما عدا شرط أهلية الزواج فيرجع فيه بالنسبة إلى كل من الزوجين إلى قانون جنسيته.

ومصدر هذه المادة القانون الهنغاري (مادة 109).

وهي تطابق المادة 14 مصري، 15 سوري، 19 عراقي، 13 جزائري، 15 أردني.

مادة (21)

يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون دولة المدين بها.

المذكرة الإيضاحية :

تضع المادة حكماً لنفقة الأقارب حيث تجعل القانون المختص هو قانون جنسية المدين بها، وعبارة قانون المدين بها التي وردت في النص فيها مصادرة على المطلوب، إذ يفترض سلفاً أن الشخص مدين بالنفقة في حين قانون جنسيته هو الذي يحدد ما إذا كان يعد مديناً بالنفقة أم لا.

لذلك الأدق حذف عبارة المدين بها، وإحلال محلها عبارة المطالب بها، فقانون جنسية الشخص المطالب بالنفقة هو الذي يحدد الشخص الملتزم بأداء هذه النفقة ومدى الإلتزام بها وسقوطها.

والمقصود بالنفقة في النص هي النفقة العادية التي تقررها النصوص الموضوعية وليست النفقة الوقتية التي يطالب بها الأقارب بصفة عاجلة حتى يتم الفصل في الدعوى، فالنفقة تخضع لقانون القاضي، إما لأنها من الإجراءات الوقتية أو كونها تتعلق بالنظام العام.

وهي تطابق نص المادة 15 مصري، 16 سوري، 14 جزائري، 116 أردني، 100 عربي موحد.

مادة (22)

يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والمحجورين والغائبين والمفقودين قانون دولة الشخص الذي تجب حمايته.

المذكرة الإيضاحية :

يظهر من نص المادة أنها تضع حكماً شاملاً لجميع النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية، وناقصيها، والمحجورين، والغائبين والمفقودين، حيث جعل قانون دولة الشخص الذي تجب حمايته هو الذي يسري عليها، لأنه أفضل القوانين في توفير أسباب الحماية له.

والمقصود بالولاية في المادة، الولاية على المال، فهذا النوع من الولاية هو الذي يخضع لقانون الشخص الذي تجب حمايته، أما الولاية على النفس فهي تعد من آثار النسب أو من آثار الزواج وهي في كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب.

وهي تطابق المادة 16 مصري، 17 سوري، 15 جزائري، 17 أردني 101 عربي موحد.

مادة (23)

1. يسري على الميراث قانون دولة المورث وقت موته، على أنه بالنسبة لغير المسلمين لا يرث الأجنبي من الفلسطيني، إذا كان قانون دولة الأجنبي لا يورث الفلسطيني.

2. تؤول إلى الدولة الحقوق المالية للأجنبي الذي لا وارث له الموجود على إقليمها ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أن القانون الواجب التطبيق على الميراث، هو قانون دولة المورث وقت وفاته، وهذا فيه مخالفة لما استقر عليه القضاء والفقه الحديث في فرنسا، حيث أن القضاء والفقه في فرنسا اخضع الميراث في العقار لقانون موقعه، نظرا لأهمية العقار الاقتصادية في الدولة الكائن بها، أما المنقول فيخضع لقانون موطن المتوفي. وتمنع الفقرة أن يرث الأجنبي غير المسلم من الفلسطيني إذ كان قانون دولة الأجنبي لا يورث الفلسطيني.

وورد في الفقرة الثانية أن حقوق الأجنبي المالية الذي يموت ولا وارث له تؤول إلى الدولة التي مات وهي موجودة على إقليمها، ولا عبرة بما ورد في قانون دولته، حتى لو صرح قانون دولته بخلاف ذلك.

ويرد ذلك إلى أن حق الدولة على التركة الشاغرة مستمد من سيادتها على الإقليم فتؤول التركة إلى الدولة التي توجد بها. وهي تطابق نص المادة 102 عربي موحد.

مادة (24)

1. يسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون دولة المتصرف وقت موته.
2. يسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون دولة المتصرف أو الدولة التي تم فيها التصرف.

المذكرة الإيضاحية :

يظهر من الفقرة الأولى أنها أخضعت الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون جنسية المتصرف وقت موته. والشروط الموضوعية هي الشروط اللازمة لصحة الوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وتشمل كل ما هو متعلق بالمتصرف ومحل التصرف. والفقرة الأولى تجعل كل الشروط الموضوعية تخضع لقانون جنسية المتصرف وقت موته، ويرى الفقه أنه يجب التفرقة بين الوصية، والتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت، فيجب إخضاع جميع الشروط الموضوعية للوصية إلى قانون الموصي وقت موته، بما في ذلك أهلية الإيصاء وعيوب الإرادة، ويرد ذلك إلى أنه لا يترتب على التعبير الإرادي بالوصية أي حقوق والتزامات إلا لحظة الوفاة، وبالتالي يتعين إخضاعها للقانون الذي تنشأ هذه الإلتزامات والحقوق في ظله، أي قانون جنسية الموصي وقت الوفاة.

أما فيما يتعلق بسائر التصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت فإنه يتعين إخضاع أهلية التصرف وعيوب الإرادة إلى قانون من صدر منه التصرف وقت التصرف أما سائر الشروط الموضوعية الأخرى فتخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت الوفاة. ويتبين من الفقرة الثانية أنه لكي تكون الوصية وكافة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية يجب أن يراعى الشكل الذي نص عليه قانون محل الإبرام أو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء.

ووفق ما ورد في نص الفقرة الثانية، إذا أراد فلسطيني إبرام وصية في الخارج فإنه يتعين عليه إما اتباع الشكل المقرر في القانون الفلسطيني، أو اتباع الشكل المقرر في قانون محل الإبرام.

وهي تطابق نص المادة 17 مصري.

مادة (25)

1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطننا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانوننا آخر هو المراد تطبيقه.

2. يسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار قانون موقع العقار.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى القانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية بأنه القانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين الصريحة، أو بإرادتهما الضمنية التي تستفاد من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد، فإن تخلفت الإرادة الصريحة، ولم يتبين استخلاص الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد فإن الفقرة وضعت ضابطي إسناد يؤخذ بهما على التوالي، الأول، هو الموطن المشترك للمتعاقدين أن اتخذوا موطنًا، فإن تخلف هذا الضابط يتعين الأخذ بضابط محل إبرام العقد، وخضع لقانون الدولة التي تم فيها إبرامه.

ونص الفقرة الأولى منتقد لأنه لا يتفق مع المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء وأخذت بها التشريعات الداخلية في مجال القانون الدولي الخاص، لأن ما ورد فيه انحياز لنظرية الإسناد الموضوعي الجامد والمسبق عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار قانون العقد ففي هذه الحالة يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.

ولكن الغالب في عقود التجارة الدولية اختلاف موطن المتعاقدين ووفق ما ورد في الفقرة الأولى يطبق القاضي قانون بلد الإبرام ما دام المتعاقدان قد سكتا عن اختيار قانون ليطبق على العقد، ولم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه، ومعيار بلد الإبرام وإن كان ملائما لإسناد العقد من حيث الشكل، إلا أنه لا يتفق مع الإسناد الصحيح للجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية، ولم يعد يلزم واقع التعامل في الأسواق المالية التي يتم التعاقد فيها غالبا بين غائبين.

وعلى هذا النحو يتخلف الإسناد المقرر في الفقرة الأولى عن مواكبة التطور المعاصر للتجارة الدولية.

وقد اقترحت الأقلية في اللجنة تعديل الفقرة الأولى لكي تواكب التطور المعاصر للتجارة الدولية على أساس الأخذ بنظرية الأداء المميز التي تؤدي إلى تحديد القانون الأوثق صلة بالنسبة لكل طائفة من طوائف العقود الدولية ذات الطبيعة الواحدة، ما لم يتبين أن هناك قانون آخر أكثر اتصالا بالعقد وفقا للتحفظ الاستثنائي الذي انتهت إليه كل من اتفاقية روما لسنة 1980 والتشريعات الحديثة.

والنص المقترح من الأقلية على النحو الآتي (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطننا يسري القانون الأوثق صلة بالعقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه).

وتبين الفقرة الثانية أن قانون موقع العقار هو الذي يحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد حتى ولو لم يرتب العقد حقوقا عينية بل اقتصر على ترتيب حقوق شخصية كعقد الإيجار، ولا يخرج من اختصاص قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المبرمة بشأنه إلا ما يتعلق بأهلية المتعاقدين التي تخضع للقاعدة العامة بشأن الأهلية الواردة في المادة 19، وما يتعلق بشكل التصرف إذ يظل خاضعا للقاعدة العامة بشأن الأشكال الواردة في المادة (32).

وهي تطابق المادة 19 مصري، 25 عراقي، 20 أردني، وتقارب 104 عربي موحد.

مادة (26)

يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار فيما يختص به، ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدانها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد.

النص القديم: (30)

يسري على الحياة، والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدانها.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أن ضابط الإسناد في مجال نظام الأموال أو الأحوال العينية يستمد من موضوع المركز القانوني للمال.

لذلك أجمعت الدول على إخضاع المركز القانوني للأموال لقانون هذه الأموال، وتعد هذه القاعدة من القواعد الأساسية في القانون الدولي الخاص وبالتالي فإن المال يخضع لقانون موقعه.

وبينت المادة أيضا ضابط الإسناد المتعلق بحياة أو ملكية المنقول أو الحقوق العينية المتعلقة به، حيث جعلته قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

ويلاحظ أن المادة لم تعالج إمكانية تغيير موقع المنقول بانتقاله إلى دولة أخرى حيث تنور مشكلة التنازع المتحرك، وفي هذه الحالة يجب تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر

فوري تحقيقا لوحداية القانون الذي يحكم المنقول في الدولة التي انتقل إليها المنقول وتوفيرا للثقة بالمعاملات.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (30) من المشروع كما هو وارد في المادة (26).

وهي تطابق نص المادة 18 مصري، 19 سوري، 24 عراقي، 17 جزائري، 105 عربي موحد.

مادة (27)

القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارا أم منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها ذلك الشيء وقت إبرام التصرف أو تحقق الواقعة التي تكسب الحق على الشيء .

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة القانون الذي يحدد طبيعة الشيء بأنه عقار أو منقول وهو قانون الدولة التي يوجد فيها ذلك الشيء وقت إبرام التصرف الذي كان الشيء محلا له، أو وقت الواقعة التي تكسب الحق على الشيء .

مادة (28)

تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، أو لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

النص القديم: (32)

تخضع الالتزامات التعاقدية ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية قانون المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

المذكرة الإيضاحية :

يخول نص المادة المتعاقدين اختيار قانون من القوانين التالية لحكم العقد من حيث الشكل، أما القانون الأول فهو قانون محل الإبرام أي تخضع لقانون البلد الذي أبرمت فيه، والقانون الثاني هو القانون الذي يحكم الموضوع وهذا يحقق وحدة القانون الذي يحكم العقد، والثالث هو قانون موطن المتعاقدين في حالة اتحادهما في الموطن إذ من المحتمل أن يكون الأفراد أكثر إلماما بقانون موطنهم من إلمامهم بقانون محل إبرام التصرف، أما القانون الرابع هو قانون موطن المتعاقدين إذا اتحدا موطناً، أو قانونهما الوطني المشترك.

والشكل المقصود في المادة يشمل عناصر الشكل الخارجية، أما إذا كان الشكل ركناً لازماً لانعقاد العقد كالرسمية في عقد الرهن فلا يسري عليه إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع.

والمادة لم تأخذ بالاتجاه الذي يخضع شكل العقد للقانون الذي يطبق في شأن أحكامه الموضوعية، وتجزئ بعد ذلك الالتجاء إلى قانون محل إنعقاد التصرف (مادة 11 من قانون إصدار التقنين الألماني، 5، 3 من القانون البولوني) ولا بالاتجاه الذي يخضع شكل العقود للقانون الذي يتفق عليه المتعاقدان، فإذا لم يتفقا يسري قانون الدولة التي تم التعاقد فيها (مادة 104 مشروع القانون المدني العربي الموحد).

والمادة تحتاج إلى تعديل حيث يجب حذف عبارة الالتزامات التعاقدية، ويحل محلها العقود لأن الشكل يتعلق بالتصرفات القانونية ومنها العقد ولا يتعلق بالالتزامات لأن الالتزامات توجد بعد إنعقاد العقد مستوفية للشكل إذا كان عقداً شكلياً، ويجب حذف

عبارة قانون المتعاقدين، ويحل محلها أو قانون موطن المتعاقدين، لأن قانون المتعاقدين لا يختلف عن قانونهما الوطني المشترك الذي ورد في آخر المادة. على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (32) من المشروع على النحو الوارد في المادة (28).

وهي تقارب المادة 20 مصري، 21 سوري، 21 أردني.

مادة (29)

1. يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام.
2. لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، الذي وقع في الخارج وكان مشروعاً في فلسطين ولو كان غير مشروع في البلد الذي وقع فيه.

المذكرة الإيضاحية :

تضع الفقرة الأولى قاعدة عامة تقضي بخضوع الالتزامات غير التعاقدية سواء كان مصدرها الفعل الضار أو الفعل النافع لقانون البلد الذي وقعت فيه. إلا أن المشروع أشرك القانون الفلسطيني بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، فورد في الفقرة الثانية أن وصف الفعل بأنه من الأفعال غير المشروعة يجب أن يتم وفقاً لكل من قانون محل وقوع الفعل وقانون القاضي أي القانون الفلسطيني. وهي تطابق المادة 21 مصري، 22 سوري، 27 عراقي، 20 جزائري، 106 عربي موحد.

مادة (30)

يسري قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي.

المذكرة الإيضاحية :

حددت المادة القانون الذي يسري على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي بقانون البلد الذي تباشر فيه، ويرجع ذلك لاتصالها بالنظام العام. وتعبير الاختصاص ينصرف إلى ولاية المحاكم كما ينصرف إلى الاختصاص النوعي والمكاني والشخصي، وأن تعبير الإجراءات يشمل جميع الأوضاع التي تتبع أمام المحاكم لاستصدار قرار أو حكم قضائي لمباشرة إجراءات التنفيذ وغيرها من الإجراءات التي رسمها القانون. وهي تطابق المادة 22 مصري و23 سوري و28 عراقي و23 أردني و107 عربي موحد.

مادة (31)

لا تسري أحكام المواد السابقة من هذا الفصل إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو في اتفاقية دولية نافذة في فلسطين.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم تعارض قواعد القانون الدولي الخاص التي قررتها النصوص السابقة مع حكم مقرر بمقتضى نص خاص أو بمقتضى معاهدة دولية نافذة في فلسطين وهو عدم تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، وتطبيق النص الخاص أو المعاهدة الدولية النافذة في فلسطين. وحكم المادة يتفق مع قواعد تفسير النصوص التي تقضي بأن النص الخاص يحد من إطلاق النص العام بخصوص المادة التي أريد التخصيص في شأنها، ومع قواعد نفاذ المعاهدات في فلسطين.

وبالتالي إذا وجد نص خاص، أو اتفاقية دولية نافذة في فلسطين فلا تطبق قواعد القانون الدولي الخاص التي تتعارض معها وإنما يطبق النص الخاص أو الاتفاقية الدولية.

وهي تطابق المادة 23 مصري، 25 سوري، 21 جزائري، 24 أردني وتوافق المادة 29 عراقي.

مادة (32)

1. يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه على الأشخاص مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة أجنبية في وقت واحد.
2. يطبق القانون الفلسطيني على الأشخاص الذين يحملون جنسيات متعددة إحداها الجنسية الفلسطينية.

النص القديم: (36)

1. يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه على الأشخاص الذين ثبت لهم جنسيات متعددة أجنبية في وقت واحد.
2. يطبق القانون الفلسطيني على الأشخاص مجهولي الجنسية أو الذين يحملون جنسيات متعددة إحداها الجنسية الفلسطينية.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أنه في حالة التنازع الإيجابي المتمثل في ثبوت جنسيات أجنبية متعددة للأشخاص في وقت واحد، يترك للقاضي تحديد القانون الواجب تطبيقه، ولم يرد قيد على حرية القاضي في ذلك، والغالب أن يأخذ القاضي بقانون الجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها.

وتبين الفقرة الثانية أن القانون الفلسطيني هو الذي يطبق في حالة تعدد الجنسيات ومن ضمنها الجنسية الفلسطينية لشخص واحد، وفي هذا تغليب الجنسية الفلسطينية

على غيرها من الجنسيات، وهذا يتفق مع المبدأ العام الذي استقر في العرف الدولي باعتبار أن الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة في شأنها لغير قانونها.

وورد في الفقرة الثانية أيضاً، أنه إذا كان الشخص مجهول الجنسية فالقانون الفلسطيني هو الذي يطبق عليه، واعتقد أن الفقرة غير موفقة في ذلك لأن قانون الجنسية يطبق على الأشخاص الذين يحملون الجنسية الفلسطينية.

والمادة يجب تعديلها لتصبح على النحو الآتي :

1. يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه في حالة الأشخاص مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد.

2. يطبق القانون الفلسطيني على الأشخاص الذين يحملون جنسيات متعددة إحداها الجنسية الفلسطينية.

وبناء على ما ورد في الفقرة الأولى فإن القاضي هو الذي يعين القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص مجهولي الجنسية، أو تتعدد جنسياتهم شريطة ألا تكون الجنسية الفلسطينية إحدى الجنسيات المتعددة، وإلا يطبق القانون الفلسطيني في حالة ما إذا كانت الجنسية الفلسطينية إحدى جنسيات الأشخاص المتعددة.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (36) من المشروع على النحو الوارد في المادة رقم (32).

يطابق نص المادة 25 مصري، 27 سوري، 33 عراقي، 24 أردني.

مادة (33)

إذا كان القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإن قانون تلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها.

المذكرة الإيضاحية :

إذا أشارت قواعد الإسناد التي وردت في المواد السابقة إلى تحديد قانون معين واجب التطبيق، وتبين أن القانون واجب التطبيق تتعدد التشريعات التي يتكون منها مثل تعدد التشريعات التي تطبق على الزواج والميراث بتعدد الطوائف، ففي هذه الحالة تقضي المادة 37، بأن القانون الداخلي للدولة هو الذي يعين التشريع واجب التطبيق، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء، وهذا يعني أن قانون الدولة واجب التطبيق والذي تتعدد فيه التشريعات الداخلية لا يتخلّى عن اختصاصه، وإنما هو يعين من بين التشريعات التي يتكون منها تشريع واحد واجب التطبيق، ويتم ذلك بإعماله لقواعد تنظيم التنازع الداخلي ما بين التشريعات التي يتكون منها. وهي تطابق المادة 26 مصري، 28 سوري، 23 جزائري، 27 أردني، 109 عربي موحد.

مادة (34)

إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب تطبيقه، فلا يطبق منه الأحكام الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

المذكرة الإيضاحية :

إذا حددت قواعد الإسناد المنصوص عليها سابقاً قانوناً أجنبياً واجب التطبيق، فإن أحكامه الموضوعية هي التي تطبق، ولا تطبق قواعد القانون الخاص الموجودة فيه، وهذا يظهر أن المادة لا تجيز الإحالة في كل الحالات حتى ولو كانت الإحالة تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني، أو قانون أجنبي معين، ويرجع ذلك إلى أن قواعد الإسناد تراعي اعتبارات خاصة حين تعقد الاختصاص التشريعي لقانون معين، وفي قبول الإحالة تقويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة ما يقرره القانون الذي تحدده قواعد الإسناد من أحكام.

وهي تطابق المادة 27 مصري، 29 سوري، 28 أردني، 110 عربي موحد.

مادة (35)

تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص في حالات تنازع القوانين فيما لم يرد بشأنها نص في المواد السابقة من هذا الفصل.

المذكرة الإيضاحية :

تواجه المادة حالة عدم وجود نص في شأن حالة من أحوال تنازع القوانين وتحيل في ذلك إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، ولهذه المبادئ من سمات الدقة والوضوح والتخصيص في ناحية معينة من نواحي القانون مما يجعلها هادية لتحديد القانون الواجب تطبيقه.

وهي تطابق المادة 34 مصري، و26 سوري، و30 عراقي، و111 عربي موحد.

مادة (36)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص.

النص القديم: (40)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين.

المذكرة الإيضاحية :

تنص المادة على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص إذا كان هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في فلسطين، وأخذ نص المادة من نص المادة 28 مصري التي استمدتها المشرع المصري من المادة 30 من قانون إصدار

التقنين الألماني ومن المادة 37 من التشريع البولوني الصادر في سنة 1926م ومن المادة 21 من التقنين الإيطالي الجديد.

وينبغي التنويه بأن إعمال فكرة النظام العام أو الآداب لترتيب الأثر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية يختلف عن أعمال هذه الفكرة في نطاق روابط الالتزامات التي لا يدخل في تكوينها عنصر أجنبي. والمادة لم تبين القانون الواجب التطبيق في حالة استبعاد القانون الأجنبي المعين إذا ما تعارض مع النظام العام، والأفضل في هذه الحالة تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (40) من المشروع على النحو الوارد في المادة (36).

وهي تطابق 28 مصري، و30 سوري، و32 عراقي، و24 جزائري.

مادة (37)

يطبق القانون الفلسطيني إذا تعذرت معرفة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه أو تعذر تحديد مدلوله إذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية، أما إذا كان النزاع يتعلق بالمعاملات المالية فتطبق مبادئ القانون الدولي الخاص.

النص القديم: (41)

يطبق القانون الفلسطيني إذا تعذرت معرفة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه أو تعذر تحديد دلالاته.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة 41 أن القانون الفلسطيني هو الذي يطبق أي قانون القاضي إذا تعذرت معرفة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، أو تعذر تحديد دلالاته، وهذا الحكم لا يتفق مع ما أحرزه القانون الدولي الخاص من تطور بخصوص المعاملات المالية،

فالأفضل أن تطبق في هذه الحالة مبادئ القانون الدولي الخاص لأنها ستكون أفضل من قانون القاضي في الفصل في النزاع.

ونص المادة 41 من المشروع يصلح إذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية بسبب عدم وجود قواعد موضوعية دولية موحدة متفق عليها بين الدول في هذا المجال.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (41) من المشروع على النحو الوارد في المادة (37).

الفصل الرابع

الأشخاص

الفرع الأول

الشخص الطبيعي

مادة (38)

1. تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.
2. يحدد القانون حقوق الحمل المستكن.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته ويكون ذلك بانفصاله عن أمه انفصالا تاما وهو حي شريطة تحقق حياته عند تمام الولادة ولو للحظة واحدة، حتى لو مات بعد ذلك مباشرة.

ويتم إثبات حياة المولود بمظهر من المظاهر المألوفة التي تدل على الحياة كالتنفس أو الشهيق أو البكاء أو الحركة... الخ.

وإذا ثار الشك في ولادة المولود حيا يمكن اللجوء إلى طرق الإثبات، لإثبات حياة المولود وقت تمام الولادة، ومن ضمنها الاستعانة برأي الخبراء من الأطباء أو بشهود الميلاد... الخ.

والفقرة الأولى توافق ما ذهب إليه جمهور مذاهب أهل السنة، (المالكي، والشافعي والحنبلي).

وجعلت الفقرة الأولى الموت موجبا لانتهاء شخصية الإنسان، حيث تنتهي شخصيته بانتهاء حياته أي بحدوث الوفاة. وما بين الولادة والموت توجد شخصية الإنسان، وتكون له أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

ورد في الفقرة الثانية استثناء على الحكم الذي ورد في الفقرة الأولى، يخص الجنين حيث اثبت له الشخصية في نطاق محدد (أهلية وجوب ناقصة) حيث يكتسب الحقوق التي يكفلها له القانون منذ بدء الحمل شريطة أن يولد حيا ولو للحظة، وإلا فلا يكتسب أي حق من الحقوق وتعد شخصيته كأن لم تكن.

ومن الحقوق التي يحددها القانون ويكتسبها الجنين، ثبوت نسبه لأبيه، وحقه في أن تكون له جنسية أبيه، استنادا إلى مبدأ حق الدم، وله الحق في الإرث وفيما يوصى له به، وله الاستفادة من الاشتراط لمصلحة الغير الذي يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر لصالح الجنين، والاستفادة من عقد التأمين أو من عقد الهبة مع التكليف الذي يكون من قبل الواهب على الموهوب له، وجميع هذه الحقوق لا تحتاج إلى قبول، أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول مثل الحقوق الناشئة عن عقد البيع أو الإيجار لا يمكن أن تثبت للجنين.

ولا يكون الجنين أهلا لتحمل الالتزامات، لأنه لا يتمتع بأهلية وجوب كاملة بل أهلية الوجوب التي تثبت له ناقصة تمكنه من اكتساب الحقوق دون تحمل الالتزامات. وهي تطابق المادة 29 مصري، 31 سوري، 34 عراقي، 25 جزائري، 13 أردني.

مادة (39)

تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك، فإذا لم توجد سجلات أو تبين عدم صحة ما ادرج فيها، جاز الإثبات بأية وسيلة من وسائل الإثبات القانونية.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أن الأصل أن تثبت واقعة الولادة وواقعة الوفاء بالسجلات الرسمية المعدة لذلك، وإعطاء من يبلغ عن واقعة الولادة أو واقعة الوفاة شهادة ولادة أو شهادة وفاة على النموذج المعد لذلك.

ونظرا لأهمية واقعة الميلاد للشخص نفسه أو لأقاربه أو للمجتمع، ضبط القانون واقعة الميلاد سواء بالنسبة للمولود الشرعي أو غير الشرعي واللقيط، حيث حدد المكتب الذي يجب تبليغه بواقعة الولادة، وحدد البيانات التي يشتمل عليها التبليغ والزم الموظف المختص بعد قيد واقعة الميلاد بتحرير شهادة ولادة تتضمن بيانات حددها القانون وتسلم إلى أحد أفراد أسرة المولود من البالغين.

وإذا لم يتم التبليغ عن واقعة الميلاد، أو تم التبليغ ومع ذلك سجلت معلومات غير صحيحة في السجلات الرسمية، فيمكن إثبات واقعة الميلاد بكافة وسائل الإثبات ومنها البينة والشهود لأن واقعة الميلاد من الوقائع المادية، والوقائع المادية يجوز إقامة الدليل عليها بجميع طرق الإثبات.

ونظرا للآثار القانونية التي تترتب على واقعة الوفاة ضبط القانون واقعة الوفاة فحدد الجهة التي يتم تبليغها عن الوفيات، والمدة التي يتم خلالها التبليغ، وحدد الأشخاص الذين يقع عليهم الإلتزام بالتبليغ، وأوجب على الموظف المختص تحرير شهادة الوفاة على النموذج المعد لذلك وتسليمها إلى طالبها بعد التحقق من شخصيته، وتثبت واقعة الوفاة بشهادة الوفاة.

وإذا لم يتم التبليغ عن الوفاة، أو تم التبليغ ومع ذلك سجلت معلومات غير صحيحة في السجلات الرسمية، فيمكن إثبات واقعة الوفاة بكل وسائل الإثبات ويرد ذلك لكونها واقعة مادية، والوقائع المادية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات. وهي تطابق المادة 30 مصري، 32 سوري، 26 جزائري، 114 عربي وموحد.

مادة (40)

تنظم السجلات الرسمية للمواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بقانون خاص.
المذكرة الإيضاحية :

يرد تنظيم السجلات الرسمية للمواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها بقانون الأحوال المدنية.

وهي تطابق المادة 31 مصري، و 27 جزائري.

مادة (41)

تنظم أحكام اللقيط والمفقود والغائب قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية.

المذكرة الإيضاحية :

تطبق على اللقيط، والمفقود والغائب القوانين الخاصة، واللقيط هو الشخص حديث الولادة مجهول الأبوين، والغائب شخص كامل الأهلية ولكن بسبب ظرف مادي يتمثل في غيبته حتم أن يعين له نائب قانوني يدير شؤنه حفاظا عليها وعلى مصالح من له علاقة به.

والمفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعلم حياته أو وفاته، ويأخذ حكم الغائب قبل الحكم بفقده، ويستطيع كل من له مصلحة أن يطلب الحكم باعتباره مفقودا، وعليه لا يعد الغائب مفقودا إلا إذا صدر الحكم بذلك، وتطبق عليه الأحكام الخاصة بالمفقود.

وفي قطاع غزة بينت المادة 199 من قانون حقوق العائلة الذي صدر بمقتضى الأمر رقم 303 المؤرخ في 15 يونيو حكم المفقود. وإذا لم يوجد قانون خاص أو وجد ولكن لم يوجد نص فيه يحكم حالة محددة تتعلق باللقيط أو المفقود أو الغائب، فعلى القاضي أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية.

مادة (42)

1. ينظم الجنسية الفلسطينية قانون خاص.
2. المواطن هو كل من تثبت له الجنسية الفلسطينية، والأجنبي كل من لم تثبت له هذه الجنسية.

المذكرة الإيضاحية :

الجنسية تبعية قانونية وسياسية تحدد الدولة شروط تمتع الشخص بها، وينتمي إلى الجنسية الفلسطينية كل فلسطيني، سواء أقام في فلسطين أم في خارجها، وقد تتعدد الجنسية بالنسبة لشخص واحد، أي يكون له أكثر من جنسية من بينها الجنسية الفلسطينية، وفي هذه الحالة يعد فلسطينيا في نظر القانون الفلسطيني والمحاكم الفلسطينية، وفي ذلك تغليب للجنسية الفلسطينية على الجنسيات الأخرى ومن تثبت له الجنسية الفلسطينية يعد مواطنا فلسطينيا، ومن لم تثبت له الجنسية الفلسطينية يعد أجنبيا، والجنسية تحدد أحكامها بقانون خاص. والفقرة الأولى تطابق نص المادة 33 مصري، 35، 37 عراقي، 30 جزائري، 33 أردني.

مادة (43)

تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوي قرباه، ويعد من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك.

المذكرة الإيضاحية :

أسرة الشخص هم ذوو قرباه، ويعد قريباً للشخص من يجمعه به أصل مشترك ذكر كان أو أنثى وهذه هي قرابة النسب.

وهي تطابق المادة 34 مصري، و36 سوري، و39 عراقي، و32 جزائري.

مادة (44)

1. القرابة المباشرة هي الرابطة ما بين الأصول والفروع.
2. القرابة غير المباشرة هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر.

المذكرة الإيضاحية :

القرابة المباشرة هي قرابة الخط المستقيم، أي هي التي تربط بين أشخاص يسلسل أحدهم من الآخر كما هو الأمر بين الأصول والفروع، مثل الجد والأب والابن وابن الإبن، أي القرابة التي تربط الشخص بأصوله وأن علواً، وبفروعه وأن سفلواً، فالأصول هم الذين ينحدر منهم الشخص كالأب والجد وأب الجد وأم الأب وأم الجد..الخ وإن علواً.

والفروع هم الأفراد الذين ينحدرون من الشخص مثل الابن والبنات، وابن الابن وابن البنات وإن سفلواً.

والأم قريب مباشر وما ذكر بخصوص الأب يسرى على الأم.

والقرابة غير المباشرة هي قرابة الخط المنحرف أو قرابة الحواشي، وهي قرابة لا تقوم على التسلسل، وإنما تقوم بين أفراد يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر، مثل قرابة الأخ لأخيه وقرابة أبناء العم، وأبناء الخال...الخ، فالأخوة أصلهم مشترك هو الأب، وأبناء العم أصلهم مشترك هو الجد لأب، وأبناء الخال أصلهم مشترك هو الجد لأم وهكذا.

ولم يأخذ المشروع بما ذهب إليه الفقه الإسلامي بخصوص قرابة الحواشي، إذ إن قرابة الحواشي تعني في الفقه الإسلامي الأقارب المحارم الذين ليسوا أصولاً ولا فروعاً، لا يعد قريب قرابة حواشي غير المحارم مثل، ابن العم، وابن الخال، وبنت العم، وبنت الخال.

وهي تطابق نص المادة 35 مصري، 33 جزائري.

مادة (45)

يراعى في حساب القرابة المباشرة حساب كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة القرابة غير المباشرة بقدر الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة.

المذكرة الإيضاحية :

تحتسب درجة القرابة المباشرة على أساس كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، فالابن قريب من الدرجة الأولى للأب، وللأم، وقريب من الدرجة الثانية للجد، فالأب والأم في الدرجة الأولى، وكذلك الابن والبنت، وأبو الأب وأم الأم، وأبو الأم، وأم الأم قريب من الدرجة الثانية.. وهكذا.

وتحتسب درجة القرابة غير المباشرة على أساس عدد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك وكل فرع فيما عدا الأصل يعد درجة، فالأخ قريب من الدرجة الثانية، والأخت قريبة من الدرجة الثانية، والعم قريب من الدرجة الثالثة، والعمة قريبة من الدرجة الثالثة، والخال والخالة كل منهما قريب من الدرجة الثالثة، وابن العم وابن الخال كل منهما قريب من الدرجة الرابعة... وهكذا.

وهي تطابق نص المادة 36 مصري، 34 جزائري، 36 أردني.

مادة (46)

يعد أقارب أحد الزوجين في ذات القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.
المذكرة الإيضاحية :

يعد قريب أحد الزوجين قرابة مباشرة أو غير مباشرة (حواشي) قريباً بالمصاهرة للزوج الآخر وبنفس الدرجة، فأخو الزوج قريب من الدرجة الثانية للزوجة بالمصاهرة، وأبو الزوج قريب من الدرجة الأولى للزوجة بالمصاهرة وعم الزوج قريب من الدرجة الثالثة بالمصاهرة وأخو الزوجة قريب من الدرجة الثانية للزوج بالمصاهرة، وأبو الزوجة قريب من الدرجة الأولى للزوج بالمصاهرة وعم الزوجة قريب من الدرجة الثالثة للزوج بالمصاهرة.

وقرابة المصاهرة قد تكون من جهة الأب أو من جهة الأم، أو من جهة الزوج.
وهي تطابق نص المادة 37 مصري، 39 سوري، 35 جزائري، 37 أردني.

مادة (47)

1. يكون لكل شخص اسم ولقب ويلحق لقبه بأسماء أولاده وزوجته.
2. يراعى أن تكون أسماء الأشخاص عربية ما لم يكن المولود من أبوين غير مسلمين.

3. ينظم أسماء الأشخاص وألقابهم وتغييرها وحمايتها قانون خاص.

النص القديم: (51)

1. يكون لكل شخص اسم ولقب ويلحق لقبه بأسماء أولاده.
2. يراعى أن تكون أسماء الأشخاص عربية ما لم يكن المولود من أبوين غير مسلمين.

3. ينظم أسماء الأشخاص وألقابهم وتغييرها وحمايتها قانون خاص.

المذكرة الإيضاحية :

فرضت الفقرة الأولى على كل شخص طبيعي أن يتخذ إلى جانب اسمه لقباً يميزه فإن الاسم وحده لا يكفي للتمييز، والتشابه فيما بين الأسماء يكون سبباً لللبس، وهذا اللقب يكون بحكم القانون لقباً لأولاده، وهذه الفقرة لا تتفق عما هو مطبق في بلادنا من إلحاق لقب الزوج بالزوجة وهذا ما اعتاد عليه الناس في بلادنا، وإن كان أصله نظام أوروبي لذلك لا بد من إضافة زوجته بعد أولاده، حيث تصبح الفقرة على النحو الآتي :

(يكون لكل شخص اسم ولقب ويلحق لقبه بأسماء أولاده وزوجته).

وضعت الفقرة الثانية قيداً على اختيار اسم الشخص، حيث يراعى أن يكون اسماً عربياً واستثنى من ذلك المولود من أبوين غير مسلمين حيث لا قيد على اختيار الاسم، وهذا النص أثار جدلاً كبيراً ولكن بقي برأي الأغلبية، والعلة من وضعه حاجة مجتمعنا للمحافظة على مقومات شخصيته التي تحفظ له كيانه، نظراً لما يحيط هذا الشعب من ظروف، وكان الدافع لوضع النص ما يسمع من أسماء غير عربية أو إسلامية ينعت بها بعض الأشخاص في مجتمعنا.

تشير الفقرة الثالثة إلى وجوب وجود تشريع خاص ينظم أسماء الأشخاص وألقابهم وتغييرها وحمايتها.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (51) من المشروع على النحو الوارد في المادة (47).

والفقرة الأولى تطابق المادة 38 مصري، والفقرة الأولى من المادة 28 جزائري، و38 أردني، والفقرة الثانية تقارب الفقرة الثانية من المادة 28 جزائري. والفقرة الثالثة تقارب المادة 39 مصري.

مادة (48)

لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مسوغ ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :

الاسم له طبيعة مزدوجة شقها أنه حق لصيق بالشخصية يستوجب الحماية القانونية من كل اعتداء، وصور الاعتداء على الاسم أو اللقب، منازعة الغير للشخص في استخدام اسمه ولقبه كأن يعترض على الشخص من قبل الغير دون مسوغ قانوني في الاسم أو اللقب الذي يحمله، أو في استعماله أيا منها، أو يشيع الغير بين الناس أن الاسم واللقب الذي يحمله الشخص ليس حقيقيا أو انتحال الغير الاسم أو اللقب أو كليهما دون وجه حق، وينتحل الغير الاسم أو اللقب أو كليهما إذا ادعى أنه ذلك الشخص صاحب الاسم واللقب المنتحل.

ويترتب على تحقق صورة من صورتى الاعتداء على الاسم أو اللقب، أو كليهما حق صاحب الاسم واللقب في المطالبة بوقف الاعتداء حتى إذا لم يترتب على الاعتداء وقوع الضرر، أما إذا وقع ضرر مادي أو أدبي نتيجة للاعتداء على الاسم أو اللقب أو على كليهما، فيحق للمضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة للاعتداء.

وهي تطابق المادة 51 مصري، 53 سوري، 48 جزائري، و 49 أردني.

مادة (49)

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، وإذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن.

المذكرة الإيضاحية :

المواطن هو المقر القانوني للشخص، حيث تظهر أهمية تحديد المواطن، في علاقة الشخص بغيره من الأشخاص.

ويختلف المواطن عن محل الوجود، فالمواطن، هو مقر الشخص الذي يفترض وجوده فيه بصفة دائمة حتى ولو غاب عنه فترة عابرة، ومحل الوجود، هو الذي يوجد فيه الشخص بصفة وقتية عابرة كوجوده في نزل لقضاء إجازة سواء في حدود الدولة التي يعيش فيها أو خارج حدودها.

والمادة ورد فيها مبدأ عام في تحديد موطن الشخص الطبيعي يتمثل في تحديد المواطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ومفهوم المخالفة لهذا النص أن وجوده في مكان بصورة غير مستمرة لا يؤدي إلى جعل ذلك المكان موطناً له.

والمواطن يتكون من عنصرين، الأول مادي يتمثل في الإقامة الفعلية في مكان معين من قبل شخص معين، والثاني معنوي يتمثل في نية الشخص الاستقرار في ذلك المكان، ويتحقق العنصر المعنوي حتى ولو لم تكن الإقامة بصورة مستمرة كأن تتخللها فترات غيبة عن مكان الإقامة الاعتيادية.

وقد يثبت للشخص الطبيعي أكثر من موطن ويتحقق ذلك إذا كان الشخص قد اعتاد الإقامة في القرية فترة وفي المدينة فترة أخرى، أو يكون له أكثر من زوجة وكل واحدة تقيم في مدينة غير المدينة التي تقيم فيها الأخرى.

ويمكن ألا يكون للشخص موطن وذلك، في حالة عدم استقراره في مكان محدد، والمادة أخذت بالتصور الذي أخذ به التقنين المدني الألماني للمواطن، حيث يعتقد بالأمر الواقع وما جرى عليه العرف في التعامل، وأمتنع من أعمال نظام الجنسية في تكييف فكرة المواطن، فالمألوف أن يكون للشخص جنسية واحدة وموطن واحد، ولكن قد لا يكون للشخص موطن أو يكون له أكثر من موطن، كما قد لا يكون للشخص

جنسية، أو يكون له أكثر من جنسية، والموطن وفقا لهذا التصور حالة واقعية، لذلك يسهل تصور انعدامه أو تعدده.

وأهمية الموطن تظهر في أن الإعلانات القضائية قد ترسل إلى الشخص بحيث تسلم للشخص نفسه في موطنه، وفي تحديد المحكمة المختصة فيما يتعلق بالدعوى الشخصية والمنقولة حيث تختص بذلك محكمة موطن المدعى عليه.

والمادة في تصويرها للموطن تصويرا واقعيا تستجيب لمتطلبات الحاجات العملية وتتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

وهي تطابق نص المادة 40 مصري، 42 سوري، 42 عراقي، 39 أردني، 17 عربي موحد.

مادة (50)

يعد المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو مهنة أو حرفة موطناً له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة أو الحرفة.

المذكرة الإيضاحية :

تحدد المادة الموطن التجاري، أو الحرفي، أو المهني بالنسبة إلى التجار وأصحاب الحرف والمهن، والموطن التجاري أو الحرفي أو المهني لا يعد موطناً عاماً للشخص صاحب الحرفة أو المهنة أو التاجر، بل يعد موطناً خاصاً فيما يتعلق بإعمال الإدارة المتعلقة بالتجارة أو الحرفة أو المهنة، وتعد هذه المادة إظهاراً لفكرة تعدد الموطن وأصل هذه المادة 33 من التقنين المدني السويسري، التي تجعل مكان مباشرة الشخص الطبيعي التجارة أو المهنة أو الحرفة بالنسبة للغير موطناً له.

ونص المادة على هذا النحو يحقق اليسر للمتعاملين وفيه مطابقة للواقع، والمادة لا تطبق على الموظف فالمكان الذي يباشر فيه عمله لا يعد موطناً خاصاً بالوظيفة.

وهي تطابق المادة 41 مصري، 43 سوري، 44 عراقي، 37 جزائري، 118 عربي موحد.

مادة (51)

1. موطن عديم الأهلية والقاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب، هو موطن من ينوب عنهم قانونا.
2. يجوز أن يكون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعده القانون أهلا لمباشرتها.

النص القديم: (55)

1. موطن القاصر، وعديم الأهلية، والمحجور عليه، والمفقود، والغائب، هو موطن من ينوب عنهم قانونا.
2. يجوز أن يكون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعده القانون أهلا لمباشرتها.

المذكرة الإيضاحية :

عديم الأهلية والقاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب لا يملكون أهلية التصرف القانوني، لذلك لا يعطي كل منهم موطنًا خاصًا به، بل يعطى موطن من ينوب عنه، فمحل إقامة من ينوب عنه هو موطنه.

وقد أجازت الفقرة الثانية للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه كالسفيه أو المغفل الحصول على إذن من المحكمة لإدارة جزء من أمواله، وهذا يتطلب الاعتراف بقدرته على إبرام التصرفات القانونية التي تتعلق بالإذن، ويكون له أهلية أداء كاملة في الحدود التي رسمها الإذن، وهذا يتطلب أن يكون له موطن خاص بالتصرفات والأعمال التي يعده القانون أهلا لمباشرتها، وهذا الموطن مختلف عن الموطن العام المفروض عليه بنص القانون وهو موطن نائبه.

ويتحدد موطن القاصر فيما يتعلق بالتصرفات والأعمال المسموح له بها وفقا لمحل إقامته المعتاد أو محل تجارته أو حرفته إذا كان مأذونا بذلك، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني يكون له الحق في مباشرته. على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (55) من المشروع على النحو الوارد في المادة (51).

وهي تطابق المادة 42 مصري، 44 سوري، 28 جزائري، 41 أردني، 119 عربي موحد.

مادة (52)

1. يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين، ويكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، ما لم يشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى.
2. يكون إثبات الموطن المختار بالكتابة.

المذكرة الإيضاحية :

يقصد بالموطن المختار الذي ورد في المادة المكان الذي لا يقيم فيه الشخص عادة، وإنما المكان الذي تحدده الإرادة لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين، بحيث يكون موطننا خاصا بهذا العمل أو التصرف القانوني، في حين يعد المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة موطننا عاما له.

والحكمة من تحديد الموطن المختار تتمثل في الرغبة في تثبيت الموطن الخاص بالأعمال والتصرفات القانونية طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ تلك الأعمال أو التصرفات، أو تمكين الدائنين من تجنب الآثار القانونية المترتبة على وجود المدين في مكان بعيد، أو تركيز إجراءات التنفيذ في يد وكيل معين يقيم في الموطن المختار.

واشترطت المادة الكتابة لإثبات الموطن المختار، وتهدف من وراء ذلك إلى تحقيق الاستقرار في التعامل وحسن تنفيذ الأعمال والتصرفات القانونية، والحد من الاختلاف بصدد تحديد الموطن المختار، والكتابة لازمة لإثبات الموطن المختار بصرف النظر عن قيمة الأعمال والتصرفات القانونية. والموطن المختار يكون لكل ما يتعلق بالأعمال أو التصرفات القانونية بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، ولكن يمكن الاشتراط صراحة على قصر الموطن المختار على أعمال أو تصرفات دون أخرى. وهي تطابق المادة 43 مصري، و45 سوري، و39 جزائري، و42 أردني، و120 عربي موحد.

مادة (53)

1. كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.
2. سن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة.

المذكرة الإيضاحية :

سن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، فكل من بلغ سن ثماني عشرة سنة متمتعاً بقواه العقلية يعد قد بلغ سن الرشد ويبقى كذلك إلى حين وفاته. وتثبت لمن بلغ سن الرشد أهلية أداء كاملة حيث يستطيع إبرام جميع أنواع التصرفات القانونية. وإذا بلغ الإنسان سن الرشد تنتهي مهمة النائب القانوني، ولكن في حالات استثنائية قد يبلغ الإنسان سن الرشد، ومع ذلك لا يكتسب أهلية أداء كاملة، ولا تنتهي مهمة

النائب القانوني، ويحدث ذلك إذا لم يكن متمتعاً بقواه العقلية بسبب إصابته بعارض يفقده أو ينقصه التمييز، ويبقى عديم الأهلية إذا كان العارض يعدمه التمييز فمن يبلغ سن الرشد وهو مجنون لا يتمتع إلا بأهلية وجوب فقط، ويكون عديم أهلية الأداء، أو يبقى ناقص الأهلية إذا كان العارض ينقص التمييز، كالذي يبلغ سن الرشد وهو معتوه، أو سفيه أو ذو غفلة وقد يبلغ الإنسان سن الرشد ويكتسب أهلية أداء كاملة ويحدث بعد ذلك له عارض من عوارض الأهلية فيعده عديم التمييز كالذي يصاب بجنون بعد بلوغه سن الرشد، فيجعله في حكم الصبي المميز، أو ينقص أهليته كالذي يصاب بعد بلوغ سن الرشد بالعتة، أو بالسفه، أو بالغفلة.

والفقرة الأولى من المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة 44 مصري، وتطابق المادة 46 سوري، والمادة 46 عراقي، والفقرة الأولى من المادة 40 جزائري، والمادة 43 أردني.

مادة (54)

1. لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عاهة في العقل.

2. كل من لم يبلغ السابعة يعد عديم التمييز.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى عدم ثبوت أهلية الأداء، لفاقد التمييز بسبب صغر في السن، أو عاهة في العقل، وبالتالي لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، بل يقوم بذلك نائبه القانوني.

وبينت الفقرة الثانية أن الشخص يعد فاقد التمييز إلى أن يبلغ سن السابعة حيث يصبح مميزاً إلى سن الثامنة عشرة حيث يصبح كامل التمييز أي يتمتع بأهلية أداء كاملة.

وهي تطابق المادة 45 مصري و 47 سوري و 44 أردني و 122 عربي موحد.

مادة (55)

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.
المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية، ودفعاً للبس ختمت المادة "وفقا لما يقرره القانون" إذ بهذه العبارة لا يعد السفيه أو ذو الغفلة من ناقصي الأهلية إلا في الحالات وبالإجراءات التي يقررها القانون.

وهي تطابق المادة 46 مصري، و 48 سوري و 45 أردني و 123 عربي موحد.

مادة (56)

يخضع ناقصو الأهلية وعديموها لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بحسب الأحوال وفقا للقواعد المقررة في القانون.

المذكرة الإيضاحية :

تخضع المادة ناقص الأهلية وعديموها لأحكام الولاية أو الوصاية، أو القوامة حسب الأحوال وبالتالي يطبق القانون الذي ينظم أحكام الولاية وأحكام الوصاية وأحكام القوامة بحسب الأحوال، ويجب أن يراعى في ذلك الإجراءات التي يقررها القانون وهذا واضح من العبارة الأخيرة في المادة "وفقا للقواعد المقررة قانونا".

وهي تطابق المادة 46 مصري، و 49 سوري، و 46 عراقي، و 44 جزائري، و 146 أردني و 124 عربي موحد.

مادة (57)

1. ليس لأحد النزول عن أهليته، أو التعديل في أحكامها.
2. لا يجوز أن تكون الحرية الشخصية محلاً للتعامل.

المذكرة الإيضاحية :

وضعت الفقرة الأولى حكماً يقضي بعدم جواز النزول عن الأهلية سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء، لأن قواعدهما تعد من النظام العام لا تجوز مخالفتها أو تعديلها، وحمت الفقرة الثانية الحرية الشخصية، إذ لا تجيز للإنسان النزول عن حريته أو يقيد بها إلا إذا كان تقييدها لا يتعارض مع النظام العام أو الآداب، فلا يستطيع الإنسان أن يلتزم التزاماً أبدياً، ولا يستطيع أيضاً أن يقيد حريته في العمل كأن يتعهد بأن لا يباشر حرفة أو مهنة معينة طوال حياته.

وهي تطابق المادة 48 مصري، و50 سوري و45 جزائري، و47 أردني، و125 عربي موحد.

مادة (58)

لا تكون مقومات كيان الإنسان المادية محلاً للتصرفات بعوض، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

تهدف المادة إلى الحفاظ على مقومات كيان الإنسان المادية، فأخرجتها من مجال التصرفات بعوض، وهذا يعني أن الإنسان لا يستطيع بيع عضو من أعضائه، إلا إذا نص القانون على جواز ذلك، والمنع يقتصر على البيع وعليه يستطيع الإنسان أن يتبرع بعضو من أعضائه لإنسان آخر، كل ذلك إذا لم ينص القانون على خلافه.

مادة (59)

لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصه، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :

قصدت المادة حماية الشخص من الغير إذا تعدى على أي حق من الحقوق الملازمة لشخصيته كالتعدي على حرية الشخص أو سلامة جسمه أو سمعته الأدبية أو شرفه أو اعتباره...الخ. فإذا وقع تعد من الغير على شيء من ذلك كان للشخص أن يطلب وقف هذا التعدي، والتعويض عن الضرر.

وهي تطابق المادة 51 مصري، و53 سوري، و46 عراقي، و48 جزائري، و49 أردني.

الفرع الثاني

الشخص الاعتباري

مادة (60)

الأشخاص الاعتبارية هي :

1. الدولة و وحداتها الإدارية والبلديات وغيرها بالشروط التي يحددها القانون.
2. المصالح والهيئات والمنشآت العامة.
3. الأوقاف.
4. الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية
5. الشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا لأحكام القانون.
6. كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون.

المذكرة الإيضاحية :

وضعت المادة تعدادا للأشخاص الاعتبارية التي يعترف القانون بها، وهذا التعداد ضروري لإرشاد القضاء إلى معيار عام يتبعه في الاعتراف بالأشخاص الاعتبارية وهذا المعيار يتسع لجميع صور الأشخاص الاعتبارية في فلسطين في الوقت الحاضر وهذا لا يمنع من اعتراف المشرع في المستقبل بأشخاص اعتبارية أخرى إذا تطلبت المصلحة ذلك، وهذا ما يبينه نص الفقرة (و) من المادة التي أدرجت في عداد الأشخاص الاعتبارية وهذه الفقرة تظهر أن النص لا يحصر في بيان ما يوجد من الأشخاص الاعتبارية في فلسطين في الوقت الحاضر بل يشمل كل ما يوجد من أشخاص اعتبارية في المستقبل شريطة أن ينظمها القانون.

والأشخاص الاعتبارية تنقسم إلى أشخاص اعتبارية عامة، وهي الدولة، والبلديات والمؤسسات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية، والهيئات والطوائف الدينية التي يعترف لها بشخصية اعتبارية من قبل الدولة. وأشخاص اعتبارية خاصة وهي الشركات التجارية والمدنية، والجمعيات والوقف والمؤسسات الخاصة. وهي تقارب نص المادة 52 مصري، 54 سوري، وتطابق 50 أردني، 26 عربي موحد.

مادة (61)

يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

المذكرة الإيضاحية :

تضع المادة حكماً عاماً يسري على كل شخص اعتباري، حيث جعلت للشخص الاعتباري التمتع بجميع الحقوق، في الحدود التي يقررها القانون، ولكون الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي لذلك لا يتمتع بالحقوق الملازمة لصفة الشخص الطبيعي، فالحق في تكوين أسرة والحقوق اللصيقة بجسم الإنسان وكيانه تكون للشخص الطبيعي ولا يتمتع بها الشخص الاعتباري. وهي تطابق نص المادة 1/53 مصري، 1/55 سوري، 1/48 عراقي، 1/50 جزائري، 1/51 أردني، 1/127 عربي موحد.

مادة (62)

يكون للشخص الاعتباري :

1. ذمة مالية مستقلة.
2. أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون.
3. موطن مستقل، ويعد موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، أما الشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ولها نشاط في فلسطين يعد مركز إدارتها بالنسبة للقانون الفلسطيني هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.
4. من يمثله في التعبير عن إرادته.
5. حق التقاضي.

المذكرة الإيضاحية :

وضعت المادة 66 حكماً عاماً يسري على كل الأشخاص الاعتبارية سواء أكانت عامة أم خاصة، فأثبتت الفقرة (أ) لكل شخص اعتباري ذمة مالية تكون وعاءاً لما له من حقوق وما عليه من التزامات في الحاضر والمستقبل، وبينت الفقرة (ب) أن للشخص الاعتباري أهلية في حدود الغرض الذي انشأ من أجله وهذا الغرض معين في سند إنشائه أو تكون له الأهلية التي يقررها له القانون، والأهلية التي تثبت له هي أهلية وجوب، ولا تثبت للشخص الاعتباري أهلية الأداء مثل الشخص الطبيعي، وتظهر الفقرة (ج) أن للشخص الاعتباري موطن مستقل، وبينت معيار تحديد الموطن بمركز إدارته، فأيما كان مركز إدارة الشخص الاعتباري كان موطنه، أما إذا كان الشخص الاعتباري شركة مركزها الرئيس في الخارج ولها نشاط في فلسطين فيعد مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

وورد في الفقرة (د) أنه يجب أن يكون للشخص الاعتباري من يمثله في التعبير عن إرادته، ويرجع ذلك إلى كون الشخص الاعتباري خواء أو قبض ربح لا وجود له، وهذا يعني لزوم وجود شخص طبيعي يمثله في التعبير عن إرادته في إدارة أعماله وتصرفاته القانونية مع الغير ويتمتع الشخص الاعتباري بمقتضى الفقرة (هـ) بحق التقاضي، حيث يمكن أن يكون مدعياً أو مدعى عليه، ويرفع الدعوى من يمثله قانوناً، وترفع الدعوى على من يمثله قانوناً. وهي تطابق نص 2/53 مصري، 2/55 سوري، 2/50 جزائري، 12/51 أردني، 2/127 عربي موحد.

مادة (63)

تخضع الأشخاص الاعتبارية لأحكام القوانين الخاصة.

المذكرة الإيضاحية :

تحيل هذه المادة على القوانين الخاصة بكل شخص اعتباري، حيث يبين كل قانون خاص بشخص اعتباري الأحكام التي تسري عليه. وهي تطابق المادة 51 جزائري، و52 أردني.

الفصل الخامس

الأشياء والأموال

مادة (64)

كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

المذكرة الإيضاحية :

يظهر من المادة التمييز بين الأشياء والأموال، فالمال في القانون هو الحق ذو القيمة المالية أي كان ذلك الحق سواء أكان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.. الخ، أما الشيء سواء أكان مادياً أم غير مادي، فهو محل الحق، وكل شيء مادي أو غير مادي لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. وهي تطابق نص 1/81 مصري، 1/83 سوري، 1/11 عراقي، 54 أردني، 1/128 عربي موحد.

مادة (65)

الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها أما التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.

المذكرة الإيضاحية :

الشيء يخرج عن التعامل بطبيعته إذا لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازته كالطير في السماء، أو السمك في الماء، أو الغزال في الفلاة، أو يكون مشتركاً في الانتفاع به كأشعة الشمس أو الهواء، لكن إذا استأثر بشيء من هذه الأشياء كصيد السمك أو الطير أو تعبئة الهواء في أنابيب، فيدخل في التعامل.

وقد يخرج الشيء عن التعامل بحكم القانون، ويكون ذلك إذا كان الشيء مملوكا للدولة ومخصصا للمنفعة العامة، أو كان الشيء محذور التعامل فيه بنص القانون كالمخدرات وغيرها من الأشياء المحظور التعامل فيها قانونا. وهي تطابق نص 2/81 مصري، 2/83 سوري، 2/61 عراقي، 55 أردني، 2/128 عربي موحد

مادة (66)

1. الأشياء المثلية هي ما تماثلت أو تقاربت آحادها أو أجزاؤها بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا عند الوفاء بلا فرق يعتد به، وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن.
2. الأشياء القيمية هي ما تتفاوت آحادها في الصفات أو في القيمة تفاوتاً يعتد به، أو ينذر وجود أمثال لها في التداول.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى الشيء المثلي بأنه ما تماثلت أو تقاربت آحاده أو أجزاؤه، بحيث يقوم بعضه مقام بعض (المادة 50 من التقنين البرازيلي) أو الذي يجري العرف على تعيينه بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن (المادة 91 من التقنين الألماني)، والمادة جمعت بين المعنيين محتذية بذلك بالمادة 85 من التقنين المدني المصري التي احتذت في ذلك بالمادة (7) من المشروع الإيطالي، والمعمول به في وصف الشيء بأنه مثلي هو جواز قيام شيء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء حسب ما يقصده المتعاقدان أو عدم جواز ذلك.

والتماثل وعدم التماثل يختلف باختلاف الزمان والظروف، فقديما كانت الأقمشة تعد قيمة لاختلافها في النسيج والخيوط اختلافا تتفاوت به قيمتها نتيجة غزلها، ونسجها بالأيدي، أما الآن وقد أصبح كل ذلك من عمل الآلات الميكانيكية التي لا تنتج إلا

متماثلاً في جميع الصفات فالواجب الآن عدّها من المثليات، كما يعد الآن من المثليات كل ما توجده الصناعة الحاضرة من المصنوعات المتماثلة في المادة، والصفة والقدر مثل آواني الطعام، والشراب، والورق، والكتب المطبوعة، والكراسات وغير ذلك من المتماثلات الموجودة في الأسواق.

وتبين الفقرة الثانية الشيء القيمي وهو ما يتفاوت عن غيره في الصفات أو في قيمته تفاوتاً يعتد به، أو الشيء الذي يندر وجود أمثال له في التداول.

والمعول عليه في وصف الشيء بأنه مثلي أو قيمي هو جواز قيام شيء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء بحسب قصد العقدين أو عدم جواز ذلك.

وهي تطابق المادة 156 أردني، و130 عربي موحد، وتقابل المواد 85 مصري، و88 سوري، و64 عراقي.

مادة (67)

1. الأشياء الاستهلاكية هي ما لا يتحقق الانتفاع بخصائصها إلا باستهلاكها.
2. الأشياء الاستعمالية هي ما يتحقق الانتفاع بها باستعمالها مراراً مع بقاء عينها.

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة أن الأشياء قد تكون قابلة للاستهلاك أو غير قابلة له، والأشياء الاستهلاكية هي التي ينتفع بها باستهلاكها، ويتم ذلك إما بفناء مادة الشيء أو بتغيير صورته، وتقنى مادة الشيء بزوال وجودها، كاستهلاك الوقود أو المأكولات أو الأدوية... الخ، وتتغير صورة الشيء من صورة إلى أخرى كتحويل القطن إلى نسيج وتحويل القمح إلى دقيق وتحويل الخشب إلى مكاتب أو أثاث... الخ.

ويمكن استهلاك الشيء استهلاكاً قانونياً وذلك بنقل ملكيته من شخص إلى آخر ويعد كل شيء قابلاً للبيع يمكن أن يستهلك قانوناً، فإذا تم بيعه يستهلك استهلاكاً قانونياً بانتقال ملكيته من البائع إلى المشتري.

أما الأشياء الاستعمالية فهي الأشياء التي يتكرر الانتفاع بها باستعمالها بصورة متكررة مع بقاء عينها فهي لا تهلك من الاستعمال، ولا يؤثر في صفتها النقص الذي يطرأ عليها بسبب الاستعمال أو زوالها مع مرور الزمان، ومن أمثلة الأشياء الاستعمالية الأثاث والأدوات الكهربائية والآلات والسيارات.. الخ.

ويمكن لإرادة المتعاقدين أن تغير صفة الشيء الذي تحددها طبيعته، فلا يمنع كون الشيء من الأشياء الاستعمالية بحسب طبيعته أن تتفق إرادة المتعاقدين على جعله استهلاكياً، أو العكس، فالسيارات استعملية ولكن إذا بيعت يتم استهلاكها قانونياً، والنقود استهلاكية ولكن إذا وضعت في معرض أصبحت استعملية.

وهي تطابق المادة 84 مصري، 87 سوي، 131 عربي موحد.

مادة (68)

كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة أن الأشياء تنقسم إلى عقارات ومنقولات، وعرفت العقارات بأنه كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته، وعد ما عدا ذلك منقولات.

يظهر أن المادة اكتفت بتعريف العقار، وعدت كل ما عداه منقولات، والعلة من ذلك الخشية أن لا يشمل كل من التعريفين جميع الأشياء، فعرفت العقار، وتركت تعريف المنقول يستنبط من طريق الاستبعاد.

ورأت المادة تعريف العقار لما للعقار من اعتبارات خاصة يمكن تلمسها في جملة القوانين السارية.

وتعريف العقار ينطبق على كل شيء تتوفر فيه صفة الثبات والاستقرار سواء كانت هذه الصفة في أصل خلفيته أم حدث عليه بصنع البشر، فالأرض وما اتصل بها من بناء وشجر تعد عقاراً، والمنقول هو ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه مع بقاء هيئته وصورته مثل الحيوان، والسيارات، والذهب والفضة والبضائع... الخ. وهي تطابق نص المادة 1/82 مصري، 158 أردني، 132 عربي موحد.

مادة (69)

1. يعد مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية،

وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.

2. ويعد مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية.

المذكرة الإيضاحية :

تعرض المادة ما يترتب على الأشياء الثابتة والمنقولة من حقوق مالية، وجعلت كل حق يقع على عقار، سواء كان حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو رهن، وكذلك كل الدعاوى العينية التي تتعلق بالعقار.

وجعلت كل ما ليس مالا عقاريا، مالا منقولاً، وبالتالي تعد مالا منقولاً جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول، بما في ذلك حق ملكية المنقول، والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار، والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أي حقوق الملكية الفكرية والفنية والصناعية... الخ.

وهي تطابق المادة 83 مصري.

مادة (70)

يعد عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، ولو لم يكن متصلا بالعقار اتصال قرار.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أن المنقولات المملوكة لنفس الشخص الذي يملك العقار ويخصصها لخدمة العقار أو استغلاله تعد عقارا بالتخصيص.

والمادة وضعت حكما عاما يشمل كل منقول يضعه مالكه في عقار مملوك له ويخصصه لخدمته أو لاستغلاله، يعد عقارا بالتخصيص.

فالآلات الزراعية والمواشي إذا خصصت لخدمة الأرض من أجل فلاحتها تعد عقارات بالتخصيص، وتخصيص السيارات والمفروشات والأدوات لخدمة المنزل تعد عقارات بالتخصيص، وتخصيص أداة النقل لنقل إنتاج المصنع أو غلته الأرض تعد عقارا بالتخصيص..الخ.

ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول ضروريا لخدمة العقار، بل يكفي أن يكون مفيدا له، ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول بصورة دائمة بل يعد عقارا بالتخصيص حتى ولو خصص لخدمة العقار أو استغلاله فترة من الزمن.

وإذا كان المنقول مخصصا لخدمة مالك العقار فلا يعد عقارا بالتخصيص، فالسيارة المعدة للاستعمال من قبل مالك العقار لا تعد عقارا بالتخصيص.

ويبقى المنقول عقارا بالتخصيص طالما بقي مخصصا لخدمة أو استغلال العقار، وتسري عليه نفس الأحكام التي تسري على العقار، فلا يجوز الحجز على المنقول منفصلا عن العقار، ويتبع العقار الذي الحق به عند التصرف في العقار أو رهنه.

ولم تشترط المادة أن يكون المنقول ثابتا في الأرض ليكون عقارا بالتخصيص كما اشترطت ذلك المادة 59 أردني، والمادة 133 عربي موحد.

ويعود العقار بالتخصيص إلى طبيعته ويصبح منقولاً في حالة إنهاء تخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله وتسري عليه الأحكام التي تسري على المنقولات. وإعطاء المنقول صفة العقار بالتخصيص لا تتعلق بالنظام العام، فيستطيع مالك العقار النزول عن اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص، ويفقد الحماية التي قررها القانون لمصلحته ويترك لدائنيه الحجز على المنقول منفصلاً عن العقار الذي الحق به. وما ورد في المادة أقرب إلى المادتين 128، 129 من المجلة وشرحها لعلّي حيدر. وهي تطابق نص المادة 2/82 مصري.

مادة (71)

1. تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون.
2. لا يجوز التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

المذكرة الإيضاحية :

الأموال العامة هي المملوكة للدولة، أو للأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة لمنفعة عامة بمقتضى قانون أو مرسوم أو بالفعل، كأن تشق الدولة شارعاً في أرض مملوكة لها والأشياء العامة لا يجوز لأحد تملكها أو الاستئثار بمنفعتها لأن ذلك يتنافى مع الهدف من تخصيصها للمنفعة العامة، ويستوي في ذلك تخصيص العقارات أو المنقولات للمنفعة العامة، ومن أمثلة العقارات المخصصة للمنفعة العامة الشوارع والسكك الحديدية والجامعات والمدارس والمباني الحكومية المخصصة للإدارة العامة أو غيرها... الخ، ومن أمثلة المنقولات المخصصة للمنفعة العامة السيارات المخصصة لذلك والآثار الموجودة في المتاحف، والأثاث الموجود في المكاتب الحكومية والإدارات العامة.. الخ.

ولا تعد الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ملكية خاصة أشياء عامة بل تعد أشياء خاصة مثل الأراضي الزراعية والمصانع والمتاجر وغير ذلك من الأشياء المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة. والأموال العامة لا يجوز الحجز عليها ولا تقبل التصرف فيها ولا يجوز تملكها بمرور الزمان، ويرد ذلك إلى أنها لا تقبل التعامل فيها، ولكن ذلك لا يمنع الدولة أو الشخص الاعتباري من الترخيص إداريا لبعض الأفراد باستعمال بعض الأموال العامة التابعة لها استعمالا محددا بحسب ما تسمح به طبيعتها. وهي تطابق نص المادة 87 مصري، 90 سوري، 60 أردني، 1/134 عربي موحد.

مادة (72)

تفقد الأموال العامة هذه الصفة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي هذا التخصيص بمقتضى القانون، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي خصصت من أجله تلك الأموال للمنفعة العامة.

المذكرة الإيضاحية :

من يملك التخصيص يملك أن ينهيه، فكما تخصص الأموال للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون كذلك ينتهي التخصيص للمنفعة العامة بمقتضى قانون، وينتهي التخصيص أيضا بانقطاع استعمالها بالفعل أو الاستعمال الذي من أجله عدت مخصصه للمنفعة العامة ومتى فقدت الأموال العامة صفتها بسبب انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة أصبحت من الأموال الخاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، فتعود إلى التعامل ويجوز التصرف فيها والحجز عليها وتملكها بالتقادم. وهي تطابق نص المادة 88 مصري.

الكتاب الأول

الالتزامات

الباب الأول

مصادر الالتزام

الفصل الأول

العقد

مادة (73)

تسري على العقود القواعد العامة المنصوص عليها في هذا الفصل، ما لم تتعارض مع قواعد منصوص عليها في هذا القانون أو قوانين أخرى.

المذكرة الإيضاحية :

تضع المادة قاعدة عامة تتمثل في أن القواعد العامة المنصوص عليها في هذا الفصل تسري على العقود بصفة عامة بصرف النظر عن تقسيماتها شريط ألا تتعارض مع قواعد منصوص عليها في هذا القانون، فمثلاً نظمت العقود المسماة في هذا القانون وكل عقد مسمى وضعت له أحكام خاصة به، فعقد البيع له أحكامه والإيجار له أحكامه وهكذا، فتسري القواعد العامة المنصوص عليها في هذا الفصل على البيع وعلى غير من العقود المسماة مادامت لا تتعارض مع قواعد عقد البيع أو العقود المسماة الأخرى.

وتسري القواعد المنصوص عليها في هذا الفصل على كل العقود ما لم تتعارض مع أحكام قوانين أخرى، فإذا وجدت قوانين تنظم عقود معينة، فلا تسري أحكام هذا الفصل على تلك العقود إذا تعارضت مع تلك القوانين.

وهي تطابق نص المادة 146 عربي موحد.

الفرع الأول

أركان العقد

التراضي

مادة (74)

ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده.

النص القديم: (77)

ينعقد العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده.

المذكرة الإيضاحية :

قطع نص المادة بأخذ المشروع بنظرية الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص، وبعده عن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، التي تتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين، فورد في النص عبارة تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين وهذا أخذ بالإرادة الظاهرة وفيه انتصار للشريعة الإسلامية التي تأخذ بالإرادة الظاهرة في إبرام العقد، وكذلك المدرسة الجرمانية أخذت بهذا الاتجاه في حين تذهب المدرسة اللاتينية إلى الأخذ بالإرادة الباطنة في انعقاد العقد.

وهذا النص أصله المادة 89 من التقنين المدني المصري الذي ورد فيها عبارة "فوق ذلك" ونصها كما يأتي (ينعقد العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده) في حين لم ترد العبارة (فوق ذلك) في النص حيث يجب ورودها فيه حتى يكون مفهوماً أن تقدير القانون لأوضاع معينة لانعقاد العقد لا يغني عن تطابق الإرادتين.

والأساس أن ينعقد العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين، لأن الأصل أن العقود رضائية وكفي ذلك لانعقادها، لكن في حالات استثنائية يشترط القانون شكلا معيناً لانعقاد العقد ليظهر خطورة العقد للمتعاقدين، فلا ينعقد العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين بل لابد من تحقق الشكل المقرر لانعقاد العقد بالإضافة لتطابق الإرادتين، ومن أمثلة العقود الشكلية عقد الرهن الرسمي إذ لا يكفي لانعقاده تطابق الإرادتين فقط بل بالإضافة لذلك لابد من شكل رسمي لكي ينعقد العقد وكان رأي الأقلية أن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول وفي ذلك ما يتفق مع الفقه الإسلامي.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (77) من المشروع على النحو الوارد في المادة (74).

وهي تطابق نص المادة 89 مصري، 59 جزائري.

مادة (75)

الإيجاب والقبول كل تعبيرين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي تعبير صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أن الإيجاب والقبول تعبيرين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، ويكون التعبير الأول إيجاباً والتعبير الثاني قبولاً، والتعبير قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً.

مادة (76)

1. التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً أو بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.
2. يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

المذكرة الإيضاحية :

1. يكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا تم باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً أو بإتخاذ موقف.

واللفظ هو الوسيلة المعتادة للتعبير عن الإرادة، والإنسان عرف هذه الوسيلة للتعبير عن إرادته قبل أن يعرف وسائل التعبير الأخرى والتعبير باللفظ أدل من غيره على إرادة المتكلم وحقيقتها، ويجب أن يكون اللفظ واضح الدلالة على الإرادة، سواء أكان باللغة العربية أم بغيرها من اللغات شريطة أن تكون مفهومة للمتعاقدين، ولا يهم أن تكون باللغة الفصحى أو بالعامية أو بهذا الأسلوب أو بآخر.

والكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة فالكتاب كالخطاب كما يقول الفقهاء ينعقد العقد بها سواء تمت في شكل خطاب أو برقية أو فاكسميل، أو تمت في شكل إعلان أو نشرة، ما دام المتعاقدان يفهمانها، سواء صدر الإيجاب والقبول بها، أو كان أحدهما صدر كتابة والآخر لفظاً، سواء صدرت من الناطق أو من غير الناطق، والإشارة مثل اللفظ والكتابة في التعبير عن الإرادة، شريطة أن تكون متداولة عرفاً للتعبير عن الإرادة، ويعبر بها من قبل الأخرس والناطق، شريطة أن يكون لها معنى خاص عند الناس يمثل تعبيراً صريحاً عن الإرادة كهز الرأس عمودياً للدلالة على القبول أو هزة أفقياً للدلالة على الرفض.

ويمكن التعبير عن الإرادة صراحة بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالاته على حقيقة المعنى المقصود الذي يظهر حقيقة الإرادة، فعرض البائع بضائعة مع بيان ثمن كل نوع منها يعد تعبيراً صريحاً عن الإيجاب ووقوف وسائل المواصلات والنقل في مكانها المعد لذلك تعبير صريح عن إيجاب موجه إلى الجمهور.

2. يصلح الفعل للدلالة على إرادة المتعاقدين، مادام الفعل يصلح للدلالة على إرادة إنشاء العقد دون أن يصدر لفظ من المتعاقدين، والتعبير بالأفعال عن الإرادة لا يكشف عنها بشكل مباشر بل تستنبط الإرادة من الأفعال التي يقوم بها الشخص حيث تعد إشارة تكشف ضمناً عن الإرادة وما تنطوي عنها، ومن أمثلة التعبير الضمني عن الإرادة قيام الوكيل الذي لم يقبل صراحة الوكالة بتنفيذها، إذ يستخلص من هذا السلوك قبوله الوكالة ضمناً. غير أنه قد يشترط القانون التعبير صراحة عن الإرادة في بعض الأحيان لعلة تتمثل في تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف المقدم عليه، وقد يشترط القانون أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل معين فلا بد من صدوره في الشكل المطلوب، وقد يتفق المتعاقدان على أن يتم التعبير عن الإرادة صراحة، كأن يتم الاتفاق بينهما على أن تكون الكتابة هي أداة التعبير عن إرادة كل منهما، وفي هذه الحالات لا يجوز التعبير الضمني عن الإرادة.

ومن أهم المعايير في التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة ما يلي :

1. فكرة المؤلف وغير المؤلف في أسلوب التعبير أو طريقته، فالتعبير عن الإرادة يكون صريحاً إذا كانت طريقة التعبير عنها مألوفة عند الناس، ويكون على النقيض من ذلك ضمناً إذا لم تكن طريقة التعبير عنها مألوفة عند الناس، بحيث لا يتاح استخلاص دلالة التعبير إلا من طريق الاستنتاج.

2. التعبير المباشر هو التعبير الصريح، والتعبير غير المباشر هو التعبير الضمني، فالتعبير المباشر الهدف منه إيصال الإعلان عن الإرادة إلى من وجه إليه سواء

صدر باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة، والتعبير غير المباشر يستدل منه على وجود الإرادة دون أن يكون الهدف منه إيصال الإعلان عن الإرادة إلى من وجه إليه مباشرة، مثل من يجلس في واسطة نقل فهذا تعبير عن إرادته بشكل غير مباشر حيث يرغب في إبرام عقد نقل.

وقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعي تاركا البحث عن المعيار السليم للاجتهاد.

وهي تطابق نص المادة 90 مصري، والمادة 60 جزائري، و 148 عربي موحد.

مادة (77)

ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعد وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقد دليل على عكس ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

يتحقق وجود التعبير عن الإرادة حين يتم صدوره من صاحبه ويكون وجوده فعليا غير قانوني، وحتى يتحقق الوجود القانوني للتعبير عن الإرادة يجب أن يعلم به من وجه إليه التعبير.

والعبرة في التعبير أن يوجد وجودا قانونيا حتى تترتب عليه الآثار القانونية ويشترط فيمن صدر عنه التعبير أن تكون نيته قد اتجهت إلى توجيهه إلى الطرف الآخر فلا يكفي وصول التعبير عن الإرادة إلى الطرف الآخر بل يجب أن يعلم بالتعبير نتيجة لنية من صدر عنه التعبير، فإذا لم تتجه نية من صدر عنه التعبير إلى أحداثه في ذهن من وجه إليه فلا يتحقق أي أثر قانوني، فمثلا إذا حرر شخص رسالة ولم يرسلها وقام شخص آخر بدون علمه بإرسالها للمرسل إليه، فإن علم المرسل إليه بالرسالة لا يلزم كاتبها بشيء لأن نيته لم تتجه إلى إعلام المرسل إليه بالرسالة.

ويتم توجيه الإرادة بالتصدير غير أن هذا لا يكفي لإعلام من وجهت إليه، بل يجب أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه حتى ينتج أثره، فإذا كان التعبير عن الإرادة

إيجابا فإن أثره يتحقق حين وصوله إلى علم الطرف الموجب له، ويكون الأثر القانوني المترتب على ذلك هو خيار القبول الذي يثبت للموجب له بحيث يكون له، الحق في قبول الإيجاب قبل انقضاء مجلس العقد.

أما إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا فلا ينتج أثره إلا حين وصوله إلى علم من وجه إليه، فإذا اتصل بعلم الموجب فلا يجوز للموجب له العدول عنه وينتج أثره وهو انعقاد العقد.

ويعد وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم به، فإذا كان إيجابا فيفترض علم الموجب له به حين وصوله إليه، وإذا كان قبولا فيفترض علم الموجب به حين وصوله إليه، فالأصل افتراض العلم بالتعبير عن الإرادة حين وصوله إلى الطرف الموجب إليه، ولكن يمكن له أن يثبت عكس ذلك بأنه لم يعلم بالتعبير عن الإرادة رغم وصوله إليه.

وكان رأي الأقلية مختلف، حيث نادى الأقلية بأنه إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا ترتب أثره فور صدوره من الموجب له ويكون الأثر انعقاد العقد، إذ لا يجوز لمن صدر عنه القبول أن يعدل عنه لأن العقد قد انعقد وهذا يتفق مع الاتجاه الذي يجعل العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول وفي هذا أخذا بالإرادة الظاهرة. وهي تطابق المادة 91 مصري، 61 جزائري.

مادة (78)

1. إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.
2. يسقط التعبير عن الإرادة ولا ينتج أثره إذا مات من وجه إليه التعبير أو فقد الأهلية قبل التعبير إليه.

النص القديم: (81)

إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.

المذكرة الإيضاحية :

يبين النص أن الموت أو فقد الأهلية لا يؤثر في التعبير عن الإرادة، لأن للتعبير عن الإرادة وجوده الفعلي الذي يتحقق من وقت صدوره من صاحبه، وهذا الوجود يبقى حتى لو مات أو فقد أهليته من صدر عنه، ويمكن لهذا التعبير أن يتحول إلى تعبير قانوني إذا علم المتعاقد الآخر به، وبالتالي يترتب عليه الأثر القانوني، وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة، فالالتزام بالإبقاء على التعبير يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية، شأنه في ذلك شأن أي التزام آخر، إلا إذا كانت طبيعة التعامل تمنع من ذلك كتوجيه إيجاب من قبل طبيب مشهور للعمل في مستشفى خاص ثم توفي الطبيب فإن الموت يؤثر في التعبير عن الإرادة فيسقط هذا التعبير نظراً لأهمية شخصية من صدر عنه التعبير عن الإرادة في التعاقد. فالعقد لا ينعقد بين ورثة الطبيب والمستشفى.

ولا يؤثر الموت أو فقد الأهلية في الإيجاب سواء كان الموت أو فقد الأهلية قبل أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه أو بعد ذلك، لأن الإيجاب يستقر في ذمة

المتوفي وينتقل إلى ورثته، ويستطيع الورثة العدول عن الإيجاب لأن هذا الحق ثبت لمورثهم وهو حي إلا إذا كان الإيجاب ملزماً حيث يتقيد بذلك الورثة أسوة بتقيد مورثهم فيما لو كان حياً.

وإذا صدر القبول عن الموجب له ثم توفي أو فقد أهليته قبل أن يصل إلى علم الموجب فإنه لا يسقط وينتج أثره حين وصوله إلى علم الموجب وينعقد العقد ويلتزم به ورثة الموجب له وينفذ في تركته إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد.

ولم يرد نص في المشروع يبين أثر موت أو فقد أهلية الشخص الذي وجه إليه التعبير على التعبير عن الإرادة، وبالرجوع إلى نص المادة 1 من المشروع فإنها تحيل في حالة عدم وجود نص تشريعي إلى الشريعة الإسلامية، والحكم في الشريعة الإسلامية أنه إذا وجه الإيجاب إلى الموجب له وتوفي أو فقد أهليته قبل صدور قبوله سقط الإيجاب، أما إذا كان ذلك بعد قبوله، فلا أثر لذلك على العقد، الذي انعقد بمجرد صدور القبول، أما إذا صدر القبول وتوفي أو فقد أهليته من وجه إليه القبول (الموجب) فإن العقد ينعقد بمجرد صدور القبول عن الموجب له ولا اثر لموت أو فقد أهلية الموجب على ذلك حتى ولو توفي أو فقد أهليته قبل وصول القبول إلى علمه، وهذا ما يؤدي إلى تناقض مع نص المادة 81 التي تشترط لينتج التعبير عن أثره أن يتصل بعلم من وجه إليه وعليه يجب وضع نص يحكم حالة موت أو فقد أهلية من وجه إليه التعبير، ويقترح النص الآتي:

(يسقط التعبير عن الإرادة ولا ينتج أثره إذا مات من وجه إليه التعبير أو فقد الأهلية قبل وصول التعبير إليه).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (81) من المشروع على النحو الوارد في المادة (78).

وهي تطابق نص المادة 92 مصري، 62 جزائري.

مادة (79)

يعد عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعرض، أو إعلان موجهة للجمهور أو لأفراد معينين فلا يعد إيجاباً ما لم يظهر العكس من ظروف الحال.

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة أن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعد إيجاباً، وبينت الدعوة للتفاوض واعتبرت النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين دعوة للتفاوض، ما لم يظهر من ظروف الحال أن المقصود هو الإيجاب.

وتترتب على التفرقة بين الدعوة للتفاوض والإيجاب نتيجة تتمثل في أن ما يقابل الدعوة للتفاوض هو الإيجاب، وما يقابل الإيجاب هو القبول، ولا ينعقد العقد في الحالة الأولى وينعقد في الحالة الثانية، وبالتالي الدعوة للتفاوض تسبق الإيجاب، ولا يقابلها القبول.

وهي تطابق نص المادة 80 عراقي، و194 أردني و150 عربي موحد.

مادة (80)

1. لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان يعد قبولاً.

2. ويعد السكوت قبولاً بوجه خاص :

أ. إذا نص القانون على ذلك.

ب. إذا كان هناك تعامل سابقاً واتصل الإيجاب بهذا التعامل، وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد.

ج. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

د. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل

على أن الموجب لم ينتظر تصريحاً بالقبول ولم يتم رفض الإيجاب في وقت مناسب.

المذكرة الإيضاحية :

الأصل أن التعبير عن الإرادة يكون صراحة أو ضمناً وهذا هو التعبير الإيجابي أما السكوت فهو وضع سلبي وهذا اختلاف بينه وبين التعبير الضمني، فضلاً عن ذلك فإن التعبير الضمني يمكن أن يكون إيجاباً أو قبولاً، أما السكوت فلا يمكن أن يعبر عن الإيجاب فلا يصلح السكوت للتعبير عن الإيجاب ولا يمكن أن يستخلص منه لأن الإيجاب عرض إيجابي يتقدم به أحد المتعاقدين للآخر تاركاً له أمر قبوله أو رفضه وهو المرحلة الأولى للتعاقد حيث يشتمل على بيان واضح لمضمون العقد المراد إبرامه وشروطه، والسكوت لا يمكن أن يكون وسيلة لهذا البيان.

وينثور السؤال بخصوص القبول، هل يمكن بالسكوت التعبير عن القبول؟

القاعدة الشرعية "لا ينسب إلى ساكت قول" (م67 من المجلة) وهذه القاعدة تبين أن السكوت لا يصلح كوسيلة للتعبير عن الإرادة سواء أكان إيجاباً أم قبولاً، وورد في

القاعدة المذكورة استثناء يجيز أن يكون السكوت دالا على القبول إذا كان بالإمكان استخلاصه من الظروف والملابسة، ولذلك كملت العبارة السابقة بعبارة (ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان)، ومما سبق يظهر أن السكوت يعبر استثناء عن القبول في حالات استثنائية، وورد في المادة حالات استثنائية لتعبير السكوت عن القبول، ومنها إذا نص القانون على ذلك، فقد ورد في المشروع المادة 2/435 الآتي :

2. "إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع عد سكوته قبولاً ولزم البيع"

كذلك تقضي القاعدة العرفية التجارية أنه في حال إرسال البنك كشف حساب جار لعميل لديه، فسكت العميل ولم يعترض، عد سكوته قبولاً بصحة الحساب. ومنها السكوت الملابس فهو يدل على القبول إذا أحاطت به ظروف معينة تجعل الموجب لا يتوقع وصول الرد بالقبول، وإنما يتوقع وصول الرد في حالة الرفض فقط، فالسكوت الملابس هو إحاطته بظروف وملابس ترجح أنه قبول، ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع، حيث يستخلص ذلك من الظروف والملابس التي سبقت ولحقت صدور الإيجار ومن طبيعة العقد. والمادة نصت على حالات يعد السكوت ملابساً دالا على القبول وهي :

1. إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين، يعد السكوت قبولاً، شريطة أن يتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق، كتاجر اعتاد إرسال بضاعة إلى عميل له دون أن ينتظر رداً، فيعد سكوت العميل قبولاً وعلية أن ينفذ العقد، إذا في هذه الحالة كان على العميل الرد بالرفض إذا لم تكن لديه نية القبول.
2. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، يعد سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولاً فعرض الهبة على الموهوب له ويسكت يعد سكوته قبولاً، وعرض عارية الاستعمال على الموجب له ويسكت يعد سكوته قبولاً.

وورد في الفقرة د من المادة ضابط مرن يتيح للقاضي أداة عملية لتحديد متى يكون السكوت دالاً على القبول، وهذا يعني أن ما ورد في فقرات المادة السابقة يذكر حالات السكوت عن على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .
وهي تطابق المادة 98 مصري و68 جزائري و81 عراقي و2/99 سوري وتقابل المادة 95 أردني و151 عربي موحد.

مادة (81)

1. إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

2. يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

المذكرة الإيضاحية :

يفتقر الإيجاب في فقه النظرية التقليدية الذي يرجع إلى عهد الفقيه (بوتيه) إلى الإلزام، لذلك يكون للموجب أن يعدل عن إيجابه طالما لم يرتبط بقبول الموجب له، ولكن الإيجاب يبقى طالما أن الموجب لم يعدل عنه.
وحق الموجب في العدول عن الإيجاب له نتائج عملية سلبية إذ إن الأخذ به بشكل مطلق يؤدي إلى حرمان المعاملات بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة من عامل الاستقرار، فالتاجر قد يوجه إليه أكثر من إيجاب يحتاج إلى زمن للمفاضلة بينها، فإذا لم يلزم الموجب بمدة يجب أن يبقى خلالها إيجابه، فإن ذلك يعرض التاجر لمخاطر الضرر ويشيع الفوضى في المعاملات لذلك ورد نص المادة 84 من المشروع الذي يوجب على الموجب أن يظل مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول، فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام بل هو يسقط سقوطاً تاماً، وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا خلال المدة المحددة، مادام قد لجأ إلى

التحديد. وهذا يبين أن أساس إلزام الموجب أثناء المدة المحددة يرد إلى إرادته المنفردة، وهذه حالة من الحالات التي نص فيها القانون على أن الإرادة المنفردة تكون مصدرا للإلزام.

وتحديد ميعاد القبول في غالب الأحيان يكون صريحا، ولكن قد يكون التحديد ضمنيا يستفاد من ظروف التعامل أو طبيعته، ومن أمثلة التحديد الضمني للقبول، شرط البيع بالتجربة، لأن هذا البيع يفترض التزام البائع بإيجابه أثناء المدة اللازمة لتجربة المبيع، وكذلك إذا وجه الإيجاب إلى غائب فيفترض أن الموجب قد قبل بقاء الإيجاب خلال الفترة اللازمة لوصوله إلى الموجب له، ويخضع تقدير المدة للقاضي ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة أعلى لأن المسألة مسألة واقع لا مسألة قانون.

ويبقى الموجب ملتزما بإيجابه طوال المدة المحددة للقبول، ما لم يكن قد سقط قبل انقضاء المدة برفضه من قبل الموجب له.

وهي تطابق المادة 93 مصري و63 جزائري.

مادة (82)

1. إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد من غير أن يتضمن ميعاداً للقبول، فإن للموجب أن يعدل عن إيجابه في أي وقت ما لم يصدر قبول مطابق قبل أن ينفذ المجلس.
2. إذا لم يعدل الموجب ولكن مجلس العقد انقض بمغادرة الموجب له المكان أو بصدور فعل أو قول منه يدل على إعراضه عن الإيجاب فإن ذلك يعد رفضاً.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة العدول عن الإيجاب غير الملزم، وتبين أنه من حق الموجب أن يعدل عن إيجابه في أي وقت ما دام الإيجاب قد صدر في مجلس العقد وكان غير متضمن لميعاد للقبول، ما لم يصدر قبول مطابق له قبل العدول أو قبل انقضاء المجلس في حالة عدم العدول، وبهذا أخذت المادة بما ورد في المذهب الحنفي حيث يكون لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله إلى وقت انقضاء المجلس أو إلى الوقت الذي يصدر عنه الإعراض (م 172-183 من المجلة) وبهذا فإن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الإيجاب، إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول. وهي تقارب نص المادة 94 مصري و96 مدني أردني، وتقابل نص المادة 64 جزائري.

مادة (83)

تكرار الإيجاب قبل القبول يسقط الإيجاب الأول ويعتد فيه بالإيجاب الأخير.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أن تكرار الإيجاب يسقط الإيجاب الأول ويعتد بالإيجاب الأخير، فالإيجاب تعبير عن إرادة الموجب، فإذا كرر الموجب الإيجاب يسقط الإيجاب الأول ويبقى الإيجاب الثاني وتكرر الإيجاب من قبل الموجب يدل على أن إرادته أعرضت عن الإيجاب الأول واتجهت إلى الإيجاب الثاني، لذلك يجب الاعتداد بما اتجهت إليه إرادة الموجب.

وهي تطابق نص المادة 97 أردني، 152 مدني موحد.

مادة (84)

يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد أو يعدل فيه يعد رفضا يتضمن إيجابا جديدا.

المذكرة الإيضاحية :

حتى يتم العقد لابد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، وإن يصدر القبول في الوقت المناسب، فإذا صدر القبول بعد انتهاء المدة المحددة للإيجاب فلا ينعقد العقد لسقوط الإيجاب، ويكون القبول إيجابا جديداً.

وإذا لم يكن القبول مطابقا للإيجاب، ويكون كذلك إذا اقترن بما يزيد في الإيجاب كأن يكون الإيجاب يتمثل في عرض بسعر معين، ويتم القبول بسعر أعلى، ففي هذه الحالة يعد القبول رفضا للإيجاب ويعد إيجابا جديدا، ونفس الحكم يطبق إذا تضمن القبول ما يقيد أو يعدل في الإيجاب، فيعد رفضا له وفي نفس الوقت يعد إيجابا جديدا، فمثلا من يقول لآخر بعتك السيارة بخمسة آلاف دينار، فقال الآخر اشتريتها بأربعة آلاف دينار، فالقبول في هذه الحالة لا يطابق الإيجاب، ولا ينعقد العقد، ولكن يعد القبول إيجابا جديدا فإذا وافق الآخر عليه انعقد العقد.

ويترتب على القبول غير المطابق للإيجاب أثر قانوني مباشر، فهو يعد رفضا للإيجاب الأول ويستتبع ذلك سقوط الإيجاب، وهو من هذا الوجه لا يختلف عن مجرد الرفض البسيط أو الإيجاب المعارض، وليس يقصد من إنزال القبول المتأخر أو المعدل منزلة الإيجاب الجديد إلا إقامة قرينة بسيطة على قصد العاقد، فإذا أثبت أن من صدر عنه القبول لم يكن ليبيد لو علم بسقوط الأول سقطت دلالة القرينة، والواقع أن القبول الذي لا يقصد به إلا مجرد القبول يقترن في أغلب الأحيان بما يفيد تعليق انعقاد العقد على شرط بقاء الإيجاب قائما فمتى ثبت وجود التعليق، أصبح القبول كأن لم يكن وامتنع اعتباره إيجابا جديدا.

أصل في هذه المادة المواد من 177-180 من المجلة، والحكم الأول فيها يوافق 85 عراقي، والحكم الثاني يقابل المادة 96 مصري، و97 سوري، ويطابق نص المادة 199 أردني.

مادة (85)

1. إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها، عد العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي بينهما طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

2. الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية لا يكفي لإلزام الطرفين، ولو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أنه يجب الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لكي ينعقد العقد، فإذا تم الاتفاق على بعض تلك المسائل فإن العقد لا ينعقد ولو ثبت الاتفاق كتابة، ويكفي لانعقاد العقد الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية حتى ولو لم يتعرض الإتفاق للمسائل التفصيلية، أو أجل الاتفاق عليها فيما بعد، ولم يشترط أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها.

أما إذا تناقش المتعاقدان في المسائل التفصيلية دون أن يصلا إلى اتفاق بصددتها وظهر أن نية كل من الطرفين قد علقت العقد على الاتفاق عليها فإن العقد لا ينعقد، أما إذا لم تظهر نيتهم ذلك، فالعقد ينعقد، ويتولى القاضي أمر الفصل في المسائل التفصيلية ما لم يتراض المتعاقدان بشأنها، وعلى هذا النحو يخرج القاضي عن مهمته في تفسير العقد، ويتدخل في تكوينه، وحكم القاضي لا يعدو أن يكون مجرد تفسير

لإرادة المتعاقدين، فإذا تعارض الحكم مع إرادة المتعاقدين بان يشترطاً صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التي أحتفظ بها، وجب احترام هذه الإرادة، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل. والقاضي حينما يصدر الحكم بتحديد المسائل التفصيلية فإن إرادته تحل محل إرادة المتعاقدين لأنه يفترض قبول المتعاقدين حلول إرادة القاضي محل إرادتهما، في تحديد المسائل التفصيلية، والقاضي يلجأ في تحديد المسائل التفصيلية إلى طبيعة المعاملة ولأحكام القانون وللعرف وللعدالة. وهي توافق المادة 86 عراقي، 100 أردني، والفقرة الثانية توافق 95 مصري، 96 سوري، 65 جزائري.

مادة (86)

1. يعد التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.
2. يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول.

المذكرة الإيضاحية :

يظهر نص المادة أنها أخذت بنظرية العلم بالقبول بشأن تعيين زمان ومكان انعقاد العقد فيما بين الغائبين، حيث إنه لا بد من علم الموجب بقبول الموجب له حتى ينعقد العقد، فالقبول إرادة والإرادة لا تنشئ أثرها القانوني إلا حينما يعلم بها من وجهت إليه أي حين علم الموجب بها.

والمادة تعد وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، فالأصل افتراض علمه بالقبول حين وصوله إليه ولكن يمكن له أن يثبت عكس ذلك أي بأنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله إليه ولا يسري حكم المادة إذا

انصرفت نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً، أو حيث ينص القانون على العدول عنه إلى حكم آخر.

وقد أخذت تقنينات عربية عديدة بنظرية العلم بالقبول، منها المصري م97 والعراقي م87 والليبي م97، والجزائري م67، والسوداني م81... الخ.

ويرد الأخذ بنظرية العلم بالقبول إلى أنها تحقق مصلحة الموجب الذي ابتداءً عملية التعاقد، فهو الذي قدم الإيجاب وضمنه الشروط، فمن الطبيعي أن يتولى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد وإن لم يقدّم بذلك يفترض أن إرادته المفترضة اتجهت إلى ما يحقق مصلحته وهذه المصلحة تتحقق في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، كل هذا في حالة عدم الاتفاق على ما يخالفه، أو وجود نص قانوني يحدد مكان وزمان انعقاد العقد بصورة مخالفة لما ورد في حكم المادة 86.

والأخذ بنظرية العلم بالقبول يستقيم مع المبدأ القائل أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا حين وصوله إلى علم من وجه إليه بصورة توجد الإمكانية بالعلم بمضمونه. وتعني نظرية العلم بالقبول أن القبول لا يصبح نهائياً إلا منذ الوقت الذي يمكن للموجب العلم به، ولا يعد التعاقد قد تم إلا في هذا الوقت. ويحدد زمان ومكان انعقاد العقد، بالزمان والمكان الذي أمكن للموجب أن يعلم فيها بالقبول.

ولقد رأت الأقلية في اللجنة الأخذ بنظرية إعلان القبول على أساس أنها تتيح انعقاد العقود بصورة أسرع من نظرية العلم بالقبول وهذا ما يحقق السرعة في المعاملات، ويتفق مع الاتجاه القائل بأن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول. وهي تطابق المادة 97 مصري، 97 ليبي، 81 سوداني، 67 جزائري، وتقابل نص المادة 102 أردني، 2/152 عربي موحد.

مادة (87)

يعد التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة أخرى مماثلة تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان وبين غائبين من حيث المكان.

المذكرة الإيضاحية :

يظهر من المادة أنها تعد التعاقد الذي تم عن طريق المخابطة الهاتفية أو بأية طريقة مماثلة كأنه قد تم بين شخصين يجمعهما مجلس العقد أي تعاقد بين حاضرين من حيث مكان انعقاد العقد وزمانه.

وبالنسبة للمكان الذي ينعقد فيه العقد بالمخابطة الهاتفية أو بطريقة مماثلة، يسري بصدد تحديده ما يسري على تحديد مكان انعقاد العقد الذي يتم بين الغائبين، ويرجع ذلك لوجود كل من المتعاقدين في مكان مختلف عن المكان الذي يوجد فيه الآخر، وبمقتضى نص المادة 86 من المشروع فإن المكان الذي ينعقد فيه العقد هو مكان وجود الموجب.

وهي تطابق المادة 101 أردني لا مقابل في مصر والجزائر.

مادة (88)

لا ينعقد العقد في المزايدات إلا برسو المزداد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا.

المذكرة الإيضاحية :

قد يتطلب القانون أن تتم العقود بطريق المزايدة، وقد تتطلب ذلك الاحتياجات العملية للأطراف، فالقانون يستلزم بيع أموال المدين بسبب تقصيره عن الوفاء بديونه إذا تحققت الشروط القانونية اللازمة لذلك، وقد يفضل شخص أن ينظم مزادًا بنفسه أو بواسطة آخر ينوب عنه في ذلك لبيع أو يؤجر شيئًا مملوكًا له.

وحسب مفهوم النص يعد افتتاح المزايدة على الثمن دعوة للتقدم بالعطاءات، ومن يتقدم بالعطاء يعد أنه تقدم بالإيجاب، أما القبول فلا يتم إلا برسو المزداد، ويتم العقد،

إلا إذا وجد نص قانوني يشترط أمرا آخر بالإضافة إلى ما سبق لانعقاد العقد مثل اشتراط تصديق جهة معينة كما في المزادات الحكومية حيث لا يرسو المزاد إلا بتصديق الجهة الإدارية المختصة، أو اشتراط صاحب الشأن أن يكون له الحق في رفض أو قبول أي عطاء، ففي هذه الحالة لا يتم رسو المزاد وانعقاد العقد إلا بعد استعمال هذا الحق.

ويجب أن يكون العطاء مقدما من شخص أهل لذلك فعديم الأهلية لا يملك ذلك، وكذلك في نطاق الأهلية الخاصة يجب أن يكون مقدم العطاء أهلا للتعاقد فإذا لم يكن كذلك فلا ينعقد العقد بالمزاد، فمثلا القاضي الذي يعمل في المحكمة التي رفع إليها النزاع فيا يتعلق بالشيء المعروض بيعه بالمزاد، لا تتوفر فيه أهلية تقديم العطاء في ذلك المزاد وكل عطاء مقدم منه يعد باطلا لا يترتب عليه أي اثر قانوني، ويكون العطاء قابلا للإبطال إذا تقدم به ناقص الأهلية، وبطلان العطاء وقابليته للإبطال لا يجعل العطاء السابق قائما لأن المادة نصها صريح في سقوطه، ويرد ذلك إلى انقضاء المدة التي يظل من قدم العطاء السابق ملزما بالإبقاء على إيجابه خلالها. ويسقط العطاء بعطاء آخر أكبر منه ويبقى هذا العطاء قائما مادام لم يصدر عطاء آخر أكبر يتضمن إجابا قائما ينتظر القبول، لأنه قد يرفض العطاء الأخير فيقلل المزاد دون أن يتم إرساؤه على أحد ولا ينعقد العقد لأن الإيجاب لم يلحقه قبول. وهي تطابق مادة 99 مصري، 100 سوري، 89 عراقي، 69 جزائري، 103 أردني، 155 عربي موحد.

مادة (89)

يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.
المذكرة الإيضاحية :

الأصل حرية الإرادة في التعاقد، وفي المناقشة، والمساومة، والمفاوضة بخصوص شروط العقد وأحكامه، إلا أن التطور الاقتصادي الذي أحرز أوجد في بعض الحالات احتكارات لسلع أو خدمات، بحيث جعلت الموجب له يسلم بالشروط التي يقررها الموجب دون إمكانية المناقشة أو المساومة، هذا ما جعل المشرع يتدخل ليواكب التطور الاقتصادي والاجتماعي واعتبر أن تسليم الموجب له بالشروط التي يقررها الموجب قبولاً يترتب عليه انعقاد العقد، ويعد هذا القبول أقرب إلى التسليم منه إلى المشيئة، وهذا يجب أن يوضع في الحسبان عند تفسير عقود الإذعان، لذلك لابد من تفسير هذه العقود بصورة مختلفة عن تفسير العقود التي تبرم بناء على حرية المفاوضة والمساومة، لذلك وضع المشرع نصاً خاصاً يتعلق بتفسير عقود الإذعان بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها.

وتتميز عقود الإذعان بخصائص تتمثل في أن يكون محلها متعلقاً بسلعة أو بمرفق يعد ضرورياً للمستهلكين أو المنتفعين لا يمكنهم الاستغناء عنه، مثل توريد المياه أو الكهرباء... الخ.

ويجب أن يكون الموجب محتكراً للسلعة أو للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محدودة، وأن يوجه الموجب المحتكر الإيجاب إلى الجمهور لمدة غير محددة وبشروط واحدة، وفي الغالب يوجه الإيجاب في شكل نموذج مطبوع يحتوي على الشروط التي يجب قبولها دون مناقشة، وأن تحتوي الشروط التي تضمنها الإيجاب ما يحقق مصلحة الموجب.

وعلى هذا النحو يعد من قبيل عقود الإذعان العقود التي تعقد من شركات الكهرباء والمياه والغاز والطيران أو مع مصالح البريد، أو التليفونات... الخ.

وهي تطابق المادة 100 مصري، 101 سوري، 70 جزائري، 104 أردني.

مادة (90)

1. الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

2. إذا اشترط القانون لانعقاد العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد.
المذكرة الإيضاحية :

يبين نص المادة حكم الوعد بالتعاقد سواء تعلق بعقد ملزم لجانبين أو بعقد ملزم لجانب واحد، سواء كان محله بيعاً أو إيجاراً، أو هبة... الخ. وسواء صدر الوعد من البائع أو من المشتري، ويسمى في هذه الحالة الوعد بالشراء، أو كان وعداً بالتفضيل، ويكون كذلك إذا علق عقد البيع على شرط واقف يتمثل في عرض الشيء للبيع ويتعهد الواعد للموعد له في هذه الحالة بتفضيله على غيره في حالة رغبته في التصرف في الشيء المبيع. ويشترط لصحة الوعد بالتعاقد توافر الأركان الأساسية للعقد، فيجب أن يتم تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه كالبيع مثلاً عدا قبول الشراء من قبل الموعد له حيث يقتصر الموعد له في عقد الوعد على قبول الوعد، أما قبول موضوع الوعد فيأتي من قبل الموعد له في مرحلة تالية للوعد، فإذا تم القبول ينعقد العقد.

ومن المسائل الجوهرية إذا كان الوعد بالبيع، تحديد المبيع، والتمن، وإذا كان الوعد بالإيجار يجب تحديد مدة الإيجار والمأجور والأجرة، فإذا لم يتم الإتفاق على هذه المسائل لا ينعقد العقد، أما بخصوص تقدير مشروعية المحل والسبب فيرجع ذلك إلى وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد.

ويجب أن يتحقق الرضا في طرفي الوعد، ويجب أن يكون خاليا من عيوب الإرادة، صادرا عن ذي أهلية، ويشترط أن يتوافر ذلك في الواعد وقت إبرام الوعد لأنه يلتزم نهائيا في هذا الوقت، ولا يصدر منه تعبير آخر وقت انعقاد العقد، وإن تتوافر في الموعود له الأهلية وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد، ويرجع ذلك لأنه لا يلتزم إلا بمقتضى العقد النهائي، ولا يلتزم بشيء وقت قبوله الوعد، ويشترط أيضا في الموعود له أن تتوافر فيه أهلية التعاقد عند قبول الوعد لأن الوعد عقد كامل، ويرجع في وجود عيوب الإرادة أو عدم وجودها في إرادة الموعود له إلى وقت الوعد، ووقت التعاقد النهائي لأنه يصدر منه قبول في هذين الوقتين.

ويجب أن يتم الاتفاق في الوعد بالتعاقد على المدة التي يستطيع خلالها الموعود له إبداء رغبته خلالها، وقد تحدد المدة صراحة، أو تكون قابلة للتحديد، أو تحدد ضمنا، كأن لا يجدي تنفيذ العقد الموعود به إلا خلال وقت معين، وإذا اتفق الواعد والموعود له على أن تكون المدة المعقولة، وكانت مكونات الموضوع تسمح بتحديد المدة يصح الوعد ويرجع ذلك إلى أن المدة قابلة للتحديد، فإذا اتفقا عليها يؤخذ بذلك وإذا لم يتم الاتفاق يتكفل القاضي بتحديد لها.

ويلزم الواعد بوعده طول المدة المحددة فإذا انقضت انقضت التزام الواعد شريطة ألا يبدي الموعود له رغبته قبل موعد الانقضاء.

والأصل أن عقد الوعد عقد رضائي وهذا على نقيض التقنين البولوني الذي يشترط أن يكون هذا العقد مكتوبا م 2/62، أما إذا كان العقد المراد إبرامه من العقود الشكلية، كعقد الرهن الرسمي، أو عقد الشركة، فيجب أن يكون الوعد شكليا، حيث يشترط أن يتوافر فيه الشكل المطلوب لإبرام العقد المراد إبرامه، فإذا لم يتحقق الشكل المطلوب فإن الوعد يكون باطلا، إلا أن ذلك لا يمنع من ترتيب بعض الآثار القانونية، لأن الوعد في ذاته تعاقد كامل يرتب طبقا لمبدأ سلطان الإرادة التزامات شخصية، وبالتالي يمكن المطالبة بالتعويض إذا لم يتحقق الشكل، وإذا كان العقد

المراد إبرامه لم يتم نتيجة لعدم تحقق الشكل في الوعد هو عقد رهن رسمي، فيجوز الحكم بسقوط أجل الدين الذي كان يراد إبرام عقد الرهن الرسمي لضمان الوفاء به. وإذا كان العقد المراد إبرامه رضائياً، ومع ذلك اشترط المتعاقدان في الوعد أن يبرم العقد النهائي في شكل معين، فهذا الاتفاق لا أثر له، لأن الشكلية يشترطها القانون، ولا يشترطها المتعاقدان، وبالتالي فإن الوعد ينعقد حتى ولو لم تتحقق الشكلية. وهي تطابق المادة 101 مصري، و102 سوري، و71 جزائري، و105 أردني.

مادة (91)

إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعود له طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لانعقاده خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى أصبح نهائياً مقام العقد.

المذكرة الإيضاحية :

إذا أعلن الموعود له قبوله خلال مدة الوعد الذي توافرت فيه جميع الشروط القانونية بما فيها الشروط المتعلقة بالشكل، ورفض الواعد تنفيذ الوعد، أو رفض تحرير العقد موضوع الوعد، يجوز للموعود له اللجوء إلى القضاء الذي يحكم بثبوت العقد، ويقوم الحكم متى أصبح نهائياً مقام العقد ويسجل وتنتقل ملكية العقار للمشتري إذا كان محل الوعد عقاراً.

والدعوى التي يرفعها الموعود له على الواعد في حالة نكوله تسمى دعوى صحة التعاقد، وحكم المحكمة ليس منشئاً للعقد النهائي بل مقرر لوجوده لأن ذلك العقد انعقد بمجرد إبداء الرغبة من قبل الموعود له. وهي تطابق نص المادة 102 مصري.

مادة (92)

1. دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

2. إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده مثله.

المذكرة الإيضاحية :

العربون مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت انعقاد العقد، واختلف الفكر القانوني في الأخذ بدلالة العربون، حيث تأخذ القوانين التي تتبع المدرسة اللاتينية بشكل عام بدلالة خيار العدول، وتأخذ القوانين التي تتبع المدرسة الجرمانية بشكل عام بدلالة انعقاد العقد.

ولا تتصف أي دلالة من الدالتين بالقطعية حيث إن كلا منهما قابلة لإثبات العكس وذلك باللجوء إلى نية المتعاقدين، أو العرف، أو ظروف التعاقد.

وقد أخذ المشروع بما ذهب إليه المدرسة اللاتينية من أن دفع العربون لا يعني أن العقد انعقد وأصبح نهائياً، بل دفع العربون معناه ودلالته أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عن العقد خلال مدة معقولة إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دلالة دفع العربون تأكيد للعقد وجعله باتاً.

والنص يفيد أن خيار العدول للمتعاقدين إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك وعادة يحدد المتعاقدان أجلاً لاستعمال خيار العدول، وفي هذه الحالة عليهما استعمال خيار العدول خلال هذا الأجل، أما إذا لم يتم الاتفاق على أجل لاستعمال خيار العدول فلهم استعماله إلى حين تنفيذ العقد، فإذا نفذ كل من المتعاقدين العقد فهذا يظهر نيتهما في عدم استعمال خيار العدول، وإذا نفذ العقد من طرف واحد فإنه لا يستطيع استعمال خيار العدول، وعلى الطرف الآخر، إما تنفيذ العقد، أو العدول عنه وفقد العربون إذا كان قد دفعة، أو رده ومثله إذا كان قد قبضه، أما إذا نفذ كل من المتعاقدين العقد فيسقط خيار العدول لكل منهما ويؤخذ باتفاق الطرفين فيما يتعلق بمصير العربون إذا وجد اتفاق بذلك، إما إذا لم يوجد فيخصم العربون إذا كان نقوداً

من ثمن المبيع، وإذا كان منقولاً من نوع آخر فيجب رده إلى من قدمه ويتعين الوفاء بكل الثمن.

وإذا استعمل أحد المتعاقدين خيار العدول ونقض العقد، فيكون للطرف الآخر الاحتفاظ بالعربون الذي قبضه، أو أخذ ضعف ما أداه، حتى ولو لم يصبه ضرر نتيجة للنقض، أما إذا كان الضرر الذي تحقق نتيجة للعدول أكبر من مقدار العربون فيجوز المطالبة بالتعويض وفقاً للقواعد العامة، وإذا فسخ العقد بسبب يعود إلى اتفاق المتعاقدين، أو لسبب أجنبي، فيجب رد العربون إلى من أداه لأن حالة الفسخ تختلف عن حالة العدول الاختياري من أحد طرفي العقد. وهي تطابق المادة 103 مصري، 104 سوري، و107 أردني.

النيابة في التعاقد

مادة (93)

يجوز التعاقد بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

جرت العادة أن يتعاقد الشخص بنفسه شريطة أن تتوافر فيه الشروط القانونية اللازمة للتعاقد ويظهر من النص أنه يمكن للشخص أن ينوب عنه شخصاً آخر يقوم بالتعاقد نيابة عنه.

والنيابة تلبي الاحتياجات العملية حيث تمكن القاصر أو عديم الأهلية من أن يصير دائماً أو مديناً نتيجة للتصرفات التي يبرمها النائب نيابة عنه، وكذلك تمكن كامل الأهلية الذي لا يستطيع أن يكون موجوداً في مجلس العقد من إبرام التصرفات بواسطة من ينوب عنه.

ومصدر هذه المادة مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر المادة 1449. وهي تقارب نص المادة 108 أردني.

مادة (94)

1. تكون النيابة في التعاقد اتفاقية أو قانونية.
2. يحدد عقد النيابة سلطات النائب في النيابة الاتفاقية.
3. يحدد القانون سلطات النائب في النيابة القانونية.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أنواع النيابة بأنها، نيابة اتفاقية، ونيابة قانونية، والنيابة الاتفاقية هي التي تنشأ باتفاق الأصل والنائب، حيث يستمد النائب سلطته في التعاقد من إرادة الأصل بموجب عقد وكالة يبين حدود الوكالة، والنيابة القانونية هي التي يوجد لها القانون ويستمد النائب سلطته في التعاقد من القانون مثل نيابة الولي أو الوصي على القاصر، وقد يخول القانون القضاء في تحديد شخص النائب، حيث يستمد النائب سلطته من حكم القاضي مثل تعيين القاضي لوصي أو قيم أو حارس قضائي. وهي تقارب نص المادة 109 مدني أردني.

مادة (95)

1. إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتداد عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف أو افتراض العلم بها.
2. ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا، وتصرف وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصل، فإنه لا يكون لهذا الأخير أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان

يعلمها هو أو كان مفروضا فيه أن يعلمها، كما يجب الاعتداد في هذه الحالة بما شاب إرادة الأصيل من عيوب.

المذكرة الإيضاحية :

تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام العقد مع غيرها، لذلك ينظر إلى إرادة النائب لأنه يعبر عن إرادته في التعاقد، وهو طرف في العقد، وهو يختلف عن الرسول الذي يعد وسيطا بين الأصيل والغير، لأنه يحمل فقط رضا المتعاقدين شأنه شأن الرسالة ولذلك يعد التعاقد بواسطة الرسول تعاقدًا فيما بين الغائبين، في حين التعاقد عن طريق النائب يكون تعاقدًا بين حاضرين.

ويجب أن يتوافر في التعبير الصادر عن النائب كل مقوماته، حيث يجب أن يكون تعبيرًا عن إرادة قائمة تتجه إلى إحداث أثر قانوني في ذمة الأصيل، لذلك فإن إرادة النائب هي التي ينظر إليها من حيث خلوها من العيوب، ومن حيث العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها، لذلك يجوز الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات في بيع صادر من مدين معسر تواطأ مع نائب المشتري حتى ولو لم يعلم الأصيل بالتواطؤ.

أما بخصوص الأهلية فيعتد بأهلية الأصيل لا بأهلية النائب، فإذا كان الأصيل أهلاً للتعاقد صح العقد الذي عقده النائب عنه ولا يشترط أن يكون النائب كامل الأهلية بل يكفي الأصيل أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للتصرف، ويرجع ذلك إلى أن آثار التصرف تنصرف إلى ذمة الأصيل، ويحب أن تتوافر شروط الأهلية في الأصيل والنائب وقت إبرام التصرف من قبل النائب مع الغير.

وإذا اشتركت إرادة الأصيل مع إرادة النائب في إبرام العقد، كالإزام النائب اتباع تعليمات معينة من قبل الأصيل أثناء التعاقد، وله حرية التقرير في غيرها، فيجب الاعتداد بإرادة الأصيل في حدود تدخله ويجب أن تكون إرادته خالية من كل عيب،

وان يكون لديه الأهلية اللازمة للتدخل ويجب الاعتداد بحسن أو سوء نيته في حدود تدخله.

وإذا كانت إرادة النائب مشوبة بعيب من عيوب الإرادة فإن الأصل هو الذي يرفع دعوى لإبطال العقد، ولا يجوز للنائب رفعها إلا إذا كانت وكالته شاملة لذلك أو كان وكيلها فيها بالذات.

وإذا كان النائب يتصرف وفق تعليمات معينه صدرت له من موكله، فلا يستطيع الموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها.

وهي تطابق المادة 104 مصري، و105 سوري، و73 جزائري، و111 أردني، و159 عربي موحد.

مادة (96)

إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصل، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

يبين النص انصراف آثار العقد الذي يبرمه النائب إلى الأصل سواء أكانت الآثار حقوقاً أم التزامات حيث يعد الأصل لا النائب طرفاً في التعاقد وتتصرف إليه آثار العقد، ولا يستطيع الأصل متى توافرت شروط النيابة أن يقبل ما يعود عليه بالنفع من آثار ويرفض ما يوقع على كاهله من التزامات لأن تصرف النائب وحدة لا تتجزأ، وتتصرف آثاره إلى الأصل.

وهي تطابق نص المادة 105 مصري، 74 جزائري، و112 أردني.

مادة (97)

إذا لم يعلن النائب وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

المذكرة الإيضاحية :

لكي تضاف آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة، يجب على النائب أن يعلم الغير بالنيابة وأن يعقد التصرف باسم ولحساب الأصيل الخاص، ولا يعتد بقصده لأنه أمر كائن في نفسه، فلا بد أن يعلن أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإذا لم يفعل ذلك فإن آثار العقد لا تضاف إلى الأصيل بل تتصرف إلى النائب شريطة ألا يكون المتعاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فإذا كان يعلم بها فتتصرف الآثار إلى الأصيل.

والعلم بالنيابة يكون حقيقيا إذا أعلن النائب حين التعاقد مع الغير أنه يتعامل باسم الأصيل، وقد يكون حكما إذا كانت الظروف تفرض حتما علم الغير بها بالرغم من سكوت النائب عن إعلان ذلك، كمن يشتري شيئا من محل تجاري، فيفترض أنه يعلم بأن العامل الذي يتولى البيع ليس إلا نائبا عن صاحب المحل.

وتتصرف آثار تصرف النائب إلى الأصيل حتى ولو لم يعلم بالنيابة إذا كان يستوي عند الغير أن يتعاقد مع النائب أو الأصيل، فصاحب المحل التجاري الذي يتقدم له شخص للشراء يستوي عنده أن يكون أصيلا أو نائبا، لذا تضاف آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة ولو كان صاحب المحل يجهل النيابة.

وهي تطابق نص المادة 106 مصري، و75 جزائري.

مادة (98)

إذا كان من تعاقد مع النائب يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصل، دون إخلال بحق الأصل في الرجوع على نائبه السابق بالتعويض.

النص القديم: (101)

إذا كان من تعاقد مع النائب يجهل وقت إبرام العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد حقا كان أو التزاماً يضاف إلى الأصل دون إخلال بحق الأصل في الرجوع على نائبه السابق بالتعويض.

المذكرة الإيضاحية :

يحمي هذا النص الغير الذي تعاقد مع النائب وهو يجهل انقضاء النيابة، فيجعل آثار العقد تنصرف إلى الأصل، مع حق الأصل في الرجوع بالتعويض إذا وجد ما يسوغ ذلك على نائبه السابق.

وهذا النص معيب، حيث أنه إذا انقضت النيابة وعلم النائب بذلك فلم يعد نائبا، ولا يجوز له أن يتعاقد مع الغير بصفته نائبا، فإذا تعاقد الغير معه معتقدا وجود صفة النائب فيه، فلا تنصرف آثار التصرف إلى الأصل، لأن الأصل أنهى النيابة والنائب يعلم بذلك فلم يعد نائبا أثناء تعاقد مع الغير، فإذا تعاقد مع الغير فلا ينفذ العقد في مواجهة الأصل إلا إذا أقره ويستطيع الغير أن يعود على من تعاقد معه في حالة عدم إبرام الأصل للعقد بالتعويض، ولا يغير من ذلك كون الغير حسن النية أي لا يعلم بانتهاء النيابة، والأدق أن يتم تغيير النص بحيث يكون على النحو الآتي (إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أم التزاما يضاف إلى الأصل أو خلفائه).

وبهذا يكون النص قد وضع حكما للنيابة الظاهرة فإذا كان كل من النائب ومن تعاقد معه يجهل انقضاء النيابة، فإن آثار العقد تنصرف إلى الأصل أو إلى خلفائه على أساس فكرة النيابة الظاهرة، ويحقق ذلك حماية فكرة استقرار التعامل وحماية الغير،

لذلك يشترط أن يكون الغير الذي تعاقد مع النائب حسن النية كأن يعتقد بسبب خطأ من الأصل أو إهماله أن تصرف النائب في حدود نيابته، كترك سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء نيابته، أو وجود عبارات غامضة في الإنابة من شأنها أن تخلق الاعتقاد بأن التصرف يدخل في حدود سلطة النائب.

وفكرة النيابة الظاهرة مجالها الطبيعي النيابة الاتفاقية، لأنه في النيابة القانونية لا يستطيع الغير أن يدعي بجهله حدود سلطات النائب القانوني حيث يفترض علمه بذلك.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (101) من المشروع على النحو الوارد في المادة (98).

وهي تطابق المادة 107 مصري، 76 جزائري، 114 أردني، و161 عربي موحد، المجلة المواد من 1521 إلى 1530 مرشد الحيران المواد (970 إلى 974).

مادة (99)

لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء كان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد مع مراعاة ما يخالف ذلك من أحكام القانون أو قواعد التجارة.

المذكرة الإيضاحية :

قد تصدر النيابة غير مقيدة تجيز للنائب أن يتعاقد مع من يشاء، وقد تتحدد بشخص معين على النائب أن يتعاقد معه، والسؤال هل تصرف النيابة المطلقة إلى النائب نفسه بحيث يستطيع أن يتعاقد مع نفسه ويكون أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، كأن يشتري النائب الشيء الذي أنيب في بيعه، أو يكون نائبا عن شخصين فيبيع عن أحدهما ويشتري عن الآخر؟

وبصورة أخرى هل يجوز للنائب التعاقد مع نفسه؟

أجاب النص على هذا السؤال، حيث وضع قاعدة تفيد منع النائب من التعاقد مع نفسه سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر. ويمكن رد ذلك من الناحية القانونية إلى تجاوز النائب حدود نيابته، ذلك أن النيابة وإن صدرت مطلقة إلا أنها تحتوي على قيد ضمني فيما يتعلق بشخص النائب وهو الشخص الذي لا تتحقق في التعاقد معه مصلحة الأصل، ومع ذلك ورد في النص استثناءات تجيز تعاقد النائب مع نفسه وهي :

1. إذا رخص الأصل للنائب مسبقا بذلك، أو أجاز ذلك بعد قيام النائب بالتعاقد مع نفسه ويرجع ذلك إلى أن المنع قصد منه حماية مصلحة الأصل، ولهذا كان له أن يجيز العقد بعد تمامه أو يأذن به مقدما.

2. إذا أجازت قواعد التجارة تعاقد النائب مع نفسه، مثل جواز أن يتعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه نيابة عن الطرفين الذين أناباه عنهما.
3. إذا وجد نص قانوني يجيز للنائب أن يتعاقد مع نفسه، كما هو الحال في الولاية على المال، فيجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.
- وهي تطابق المادة 108 مصري، و 77 جزائري، و 115 أردني، و 162 عربي موحد. راجع مرشد الحيران المواد 363-365.

أهلية التعاقد

مادة (100)

كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

المذكرة الإيضاحية :

تضع المادة قاعدة عامة تتمثل في أن كل شخص طبيعي له أهلية التعاقد، أما عدم الأهلية فيجب أن يحدد بنص القانون، وهذا يعني أن كل شخص يفترض أنه يتمتع بأهلية التعاقد، أي أن هناك قرينة على توافر الأهلية في كل شخص ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، وهذا يعني أن من يدعي عدم توافر الأهلية عليه أن يثبت ذلك. ومناطق الأهلية التمييز فحيث يوجد التمييز تتوافر الأهلية، وتكون كاملة إذا بلغ سن الرشد أو ناقصة إذا كان مميزا ولم يبلغ سن الرشد. وهي تطابق نص المادة 109 مصري.

مادة (101)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة.

المذكرة الإيضاحية :

يضع النص قاعدة تتمثل في أن كل صغير غير مميز يعد فاقد أهلية الأداء، إذ لا يجوز له أن يتصرف في ماله وإذا تصرف فإن جميع تصرفاته باطلة سواء النافعة نفعا محضا أو الضارة ضررا محضا أو التي تدور بين النفع أو الضرر، ولا تلحق تصرفاته الإجازة من قبل ولي أو وصي، لأنه عديم الأهلية، وغير المميز هو من لم يبلغ سن السابعة أو المعتوه أو المجنون، ومصدر هذه القاعدة الشريعة الإسلامية، (يراجع القسم السادس والأربعون من القوانين الشرعية الإسلامية) المطبق في قطاع غزة.

وهي تطابق نص المادة 110 مصري.

مادة (102)

1. تصرفات الصبي المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.

2. تصرفات الصبي الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازة الولي، أو الوصي، أو بإجازتها من المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون.

النص القديم: (105)

1. تصرفات المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.

2. تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازة الولي، أو الوصي، أو القيم أو بإجازتها من المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم تصرفات الصبي المميز، فالتصرفات النافعة نفعا محضا إذا أبرمها تكون صحيحة فيستطيع أن يقبل الهبة، والتصرفات الضارة ضررا محضا إذا أبرمها تكون باطلة ولا أثر لها، مثل أن يهب من أمواله، ففي هذه الحالة يلحق به ضرر محض، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجارة، إذا أبرمها تكون قابلة للإبطال لمصلحته، وهذا يعني أن من تعاقد معه لا يستطيع أن يتمسك بإبطالها بل يثبت حق التمسك بالإبطال للصبي المميز، ويزول الحق في التمسك بالإبطال، إذا أجاز الولي أو الوصي أو القيم أو المحكمة البيع الذي أبرمه الصبي المميز، أو إذا بلغ الصبي المميز سن الرشد وبعد ذلك أجاز التصرف.

ورود في النص كلمة القيم يجب حذفها لأن الصبي المميز أما أن يكون له ولي وفي حالة عدم وجود الولي يعين له وصي أو تقوم المحكمة مقام الوصي.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (105) من المشروع على النحو الوارد في المادة (102).

وهي تطابق نص المادة 111 مصري، و112 سوري، وتخالف المادة 118 أردني، و165 عربي موحد، ومظهر الاختلاف في أن المادة 102 تجعل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال في حين تكون موقوفة بمقتضى المادة 118 أردني، وهناك فرق بين الوقف والقابلية للإبطال فالعقد الموقوف صحيح ولكنه غير نافذ ويظل موقوفا نفاذه على الإجازة، فإن أجاز نفذ وإن لم يجز بطل، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح نافذ إلا أنه جائز إبطاله وإذا أبطل عد كأن لم يكن.

وقد ثار خلاف بين أعضاء اللجنة المكلفة بصياغة نصوص القانون المدني بخصوص الأخذ بفكرة العقد الموقوف، أو العقد القابل للإبطال، وأخذت أغلبية اللجنة بفكرة العقد الموقوف، وبعد مراجعات عادت الأغلبية وأخذت بفكرة العقد القابل للإبطال، في حين المادة 486 من القوانين الشرعية المطبقة في بلادنا تأخذ بفكرة العقد الموقوف.

مادة (103)

إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له من وليه أو من المحكمة في تسلم أمواله، أو جزء منها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت التصرفات الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم تصرفات الصبي المميز الذي بلغ الخامسة عشرة من عمرة والتي تدور بين النفع والضرر، فلا يختلف حكمها عن حكم تصرفات الصبي المميز إلا إذا كان مأذونا له من وليه أو من المحكمة في تسلم أمواله أو جزء منها، أو تسلمها بحكم القانون وفي هذه الحالة تكون تصرفاته صحيحة إذا تمت في حدود الإذن الذي أعطي له، فإذا كان الإذن مطلقا فله أن يتصرف في كل ما أعطي له من مال ويبرم جميع أنواع التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، أما إذا كان الإذن مقيدا فله أن يتصرف في حدود ذلك، فإذا كان القيد يتعلق بتصرفه في جزء من ماله، أو في صفقات لا تزيد قيمتها عن مبلغ محدد، أو في نوع التصرف حيث أعطي الإذن في إجراء تصرفات دون غيرها، فهو مقيد بذلك، وإذا لم يتقيد بحدود الإذن فإن تصرفاته التي تخرج عن نطاق الإذن تكون قابلة للإبطال أي تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز غير المأذون.

واعتمدت هذه المادة على المادة 986 والمادة 972 من المجلة وشرحها لعلي حيدر، وهي تقارب نص المادة 112 مصري، وتقابل نص المادتين 1/119 و120 أردني، و98، و99 عراقي.

مادة (104)

للولي أن يلغي الإذن الصادر للصبي المأذون بالطريقة التي تم بها.

المذكرة الإيضاحية :

إذا وجد الولي أن الصبي المأذون لم يحسن التصرف في أمواله المأذون بتسلمها، فيجوز له أن يلغي الإذن بالطريقة التي تم بها، حماية لأموال الصبي، والولي لا يستطيع أن يلغي الإذن الصادرة من المحكمة، بل يملك أن يلغي الإذن الصادر منه. واعتمدت هذه المادة على المادة (973) من المجلة وشرحها لعلي حيدر، وهي تقارب نص المادة 100 عراقي، و121 أردني.

مادة (105)

1. للمحكمة أن تأذن الصبي المميز إذا بلغ الخامسة عشرة في تسلم أمواله

أو جزء منها عند امتناع الولي عن الإذن.

2. يجوز للمحكمة بعد الإذن أن تلغيه إذا رأت مسوغاً لذلك.

المذكرة الإيضاحية :

إذا طلب الصبي المميز الذي بلغ الخامسة عشرة الإذن من وليه بتسلم أمواله أو جزء منها وأعطاه الولي الإذن، فلا مبرر للحصول على إذن آخر من المحكمة، ولكن إذا رفض الولي الإذن يستطيع الصبي المميز أن يلجأ إلى المحكمة طالبا الإذن. ويظهر من النص أن الصبي المميز لا يستطيع أن يلجأ مباشرة للمحكمة ويطلب منها الإذن في حالة وجود الولي إلا إذا رفض الولي أن يعطيه الإذن.

والإذن الذي تعطيه المحكمة يجب على الصبي المميز التقيد به، فإذا كان إننا مقيدا عليه أن يراعى ذلك، وإذا كان إننا مطلقا، فله القدرة على ممارسة تصرفاته بشكل مطلق، ولكن يجوز للمحكمة التي أعطته الإذن أن تلغي الإذن إذا رأت ما يبرر ذلك كأن تجده متعثرا في أموره المالية، فلها أن تحميه وتلغي الإذن. اعتمدت هذه المادة على المادة (975) من المجلة وشرحها لعلي حيدر، وهي وتقارب نص المادة 101 عراقي، و122 أردني.

مادة (106)

تكون الولاية على الصبي في ماله لأبيه ثم لوصي الأب ثم لجده لأبيه ثم لوصي الجد ثم للمحكمة أو من تعينه المحكمة وصيا.

النص القديم: (109)

تكون الولاية على الصغير في ماله لأبيه ثم لوصي الأب ثم لجده لأبيه ثم للمحكمة أو من تعينه المحكمة وصيا.

المذكرة الإيضاحية :

عينت المادة من تكون له الولاية على الصغير في ماله وحددت مراتبهم، فالأب إذا كان حيا فله الولاية وليست لغيره، وإذا توفي، فأما أن يكون قد عين وصيا على الصغير فوصي الأب مقدم على الجد، وأما أن يكون قد توفي ولم يعين وصيا، فالولاية لجده لأبيه، فإذا كان الجد قد توفي، فتثبت الولاية للمحكمة أو من تعينه وصيا على الصغير، ولا يغير من ذلك تعيين الجد وصيا قبل وفاته، لان المادة تجعل الولاية في حالة وفاة الجد للمحكمة أو لمن تعينه المحكمة. ومن الأفضل تقديم وصي الجد على المحكمة، وهذا ما هو متبع في الشريعة الإسلامية.

وقد تم تعديل المادة (109) من المشروع على النحو الوارد في المادة (106). راجع المادة (974) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

مادة (107)

1. التصرفات التي يجريها الأب والجد في مال الصغير تكون نافذة إذا كانت بمثل القيمة أو بغبن يسير.
 2. إذا عرف الأب أو الجد بسوء التصرف جاز للمحكمة أن تقيد من ولايتهما، أو أن تسلبهما هذه الولاية.
- المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة نطاق النيابة القانونية للأب والجد على مال الصغير، حيث يستطيع الأب والجد إبرام التصرفات التي تدور بين النفع والضرر سواء أكانت عقود تصرف أم عقود إدارة، حيث يستطيع كل منهما بيع أموال الصغير أو تأجيرها...الخ. ووضعت المادة مبدأ حماية لأموال الصغير حيث اشترطت لنفاد التصرفات التي يبرمها الأب والجد أن تكون بمثل قيمة تصرف آخر مشابه أو بغبن يسير وإلا لا تكون نافذة في حق الصغير.

وأعطت المادة المحكمة سلطة تضيق نطاق نيابة الأب أو الجد إذا عرف كل منهما بسوء التصرف حرصاً على أموال الصغير، كأن يحدد نطاقها حيث يقصرها على إبرام التصرفات النافعة نفعا محضاً كقبول الهبة نيابة عن القاصر. وذهبت المادة إلى أكثر مما سبق حيث أجازت للمحكمة إنهاء ولاية الأب أو الجد على الصغير إذا وجد ما يهدد أمواله بسبب سوء تصرف كل منهما، وفي هذه الحالة تدير المحكمة أموال الصغير، أو تعين وصياً يقوم بذلك.

اعتمدت هذه المادة على المادة (974) من المجلة وشرحها لعلي حيدر، وعلى المادتين (82،283) من مرشد الحيران، وعلى القسم الرابع والأربعين من الكتاب الأول من القوانين الشرعية الإسلامية.

وتطابق نص المادة 103 عراقي، 124 أردني، 171 عربي موحد.

مادة (108)

1. عقود الإدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة وفقا للشروط والأوضاع التي يقررها القانون.
2. يعد من عقود الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق والوفاء بالديون، وبيع المحصولات الزراعية، وبيع المنقول سريع التلف والنفقة على الصغير.

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة نطاق النيابة القانونية للوصي وحددتها في أعمال الإدارة، فيستطيع الوصي أن يقوم بإبرام العقود المتعلقة بإدارة أموال الصغير، ويجب أن تتم وفقا للشروط والأوضاع التي يقررها القانون، وذلك يعني لصحتها ونفاذها ألا تكون قد أبرمت بغبن فاحش، أما عقد الإيجار فلا يصح ولا ينفذ إذا زادت مدته على ثلاث سنوات أو عقد بغبن فاحش. اعتمدت هذه المادة على القسم الخامس والأربعين من القوانين الشرعية الإسلامية المطبق في قطاع غزة، وهي تطابق المادة 125 أردني.

مادة (109)

التصرفات الصادرة من الوصي في مال الصغير، والتي لا تدخل في أعمال الإدارة ومنها البيع والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع، واستثمار النقود، لا تكون صحيحة ونافذة إلا بإذن من المحكمة، وفقا للشروط والأوضاع التي يقررها القانون.

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة أن التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، لا تدخل في نطاق النيابة القانونية للوصي إلا إذا أذنت المحكمة للوصي بالقيام بها، ويجب القيام بها وفق الطريقة التي حددتها المحكمة أو يقررها القانون فإذا تمت مخالفة لذلك لا تعد صحيحة ولا تنفذ في مواجهة الصبي.

اعتمدت هذه المادة على القسم الخامس والأربعين من القوانين الشرعية المطبق في قطاع غزة.

وهي تطابق المادة 126 أردني.

مادة (110)

المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة، وجوب الحجر على المجنون والمعتوه، وذو الغفلة والسفيه، والمحكمة هي التي تحجر عليهم بناء على طلب كل من له مصلحة في ذلك ويجب اتباع الإجراءات المقررة في القانون لكي تحجر عليهم، والحجر هو المنع من التصرفات أي عدم انعقادها، وبالتالي عدم ترتيب أي اثر قانوني عليها.

والمادة لا تجعل المجنون والمعتوه محجورا عليهما لذاتهما كما ورد في المادة 1/127 أردني، بل اشترطت حجر المحكمة عليهما.

واعتمدت هذه المادة على المادة 482 من القوانين الشرعية الإسلامية المطبقة في قطاع غزة.

مادة (111)

يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ومع ذلك إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا،

إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم تصرفات المجنون والمعتوه، فجعلت كل تصرف يصدر من أي منهما باطلا إذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر على أي منهما، إما التصرفات التي صدرت من أي منهما قبل تسجيل قرار الحجر فلا تكون باطلة إلا إذا كان المتعاقد الآخر مع أي منهما على بينة من الجنون والعته، أو كانت حالة الجنون والعته شائعة بحيث يمكن إدراكها من قبل من يتعامل مع المجنون والمعتوه.

وهذه المادة تعطي المجنون والمعتوه نفس الحكم، في حين فرقت بعض التشريعات متأثرة بالفقه الحنفي بين المجنون والمعتوه، حيث أعطت كل منهما حكما مختلفا، والمادة لم تفرق بين حالتي الجنون المتقطع والجنون المطبق الذي ورد في بعض التشريعات التي تأثرت بالفقه الحنفي ومنها المادة 483 من القوانين الشرعية الإسلامية المطبق في قطاع غزة، ويجب أن يضاف للمادة تسجيل قرار الحجر، لأن من شأن ذلك أن يمكن من الاطلاع على الحجر، ومن تاريخ التسجيل تعد تصرفاتهما التي تتم بعده باطلة.

مادة (112)

1. التصرف الصادر من المغفل أو السفهيه بعد صدور قرار الحجر وتسجيله، يسري عليه ما يسري على تصرف الصبي المميز من أحكام، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
2. أما التصرف الصادر منه قبل صدور قرار الحجر وتسجيله فيكون صحيحا، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ.

3. تكون الولاية على السفية وذي الغفلة للمحكمة، أو لمن تعينه المحكمة قيما عليه، وليس لأبيه أو لجده ولاية عليه.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم تصرفات السفية، والمغفل، فإذا تصرف أحدهما قبل صدور قرار الحجر يكون تصرفه صحيحا إلا إذا ثبت وجود استغلال من قبل آخر، استغل السفه أو الغفلة وجعل السفية والمغفل يقوم بالتصرف، أو إذا تم التواطؤ بين السفية أو المغفل وبين شخص آخر في إبرام تصرف استباقا لصدور قرار الحجر فلا يكون التصرف صحيحا.

إما إذا تم الحجر على السفية أو على المغفل فيسري على التصرفات التي تبرم من أي منهما حكم التصرفات التي تصدر من الصبي المميز، وإذا حجرت المحكمة على المغفل أو السفية تكون الولاية على أمواله للمحكمة أو لمن تعينه قيما عليه. ولا ولاية لأبيه أو جده على ماله.

اعتمدت هذه المادة على المادتين (990،991) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

مادة (113)

1. يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة في ذلك.
 2. تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو غفلة المأذون لهما بتسلم أموالهما صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.
- المذكرة الإيضاحية :

أجازت المادة تصرفات المحجور عليه لسفه أو لغفلة بالوقف أو بالوصية، فتكون صحيحة متى أذنت المحكمة في ذلك، فالسفيه والمغفل يستطيع كل منهما التصرف بعمل وصية أو وقف خيري، ويكون التصرف صحيحا وناظرا متى تم بإذن من المحكمة، والعلة من ذلك أن الوصية والوقف من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، ولا تهدد مصالح السفيه أو المغفل أثناء حياتهما. وأعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو غفلة المتعلقة بأموال مأذون لهما بتسلمها صحيحة في الحدود التي وضعها القانون ولا يحتاج نفاذها لإجازة أحد. اعتمدت هذه المادة على المادة (993) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

مادة (114)

- تبين القوانين واللوائح الإجراءات التي تنبع في الحجر على المحجورين وإدارة أموالهم واستثمارها والتصرف فيها وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة.
- المذكرة الإيضاحية :

اعتمدت هذه المادة على الأحكام الواردة في قوانين الأحكام الشرعية المطبق في قطاع غزة. وتطابق نص المادة 111 عراقي، 131 أردني، 178 عربي موحد.

مادة (115)

1. إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، أو كان مريضاً يحتاج إلى مساعدة، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة المختصة أن تعين له شخصاً يساعده في التصرفات التي تقتضي مصلحته في ذلك.

2. يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت فيها المساعدة إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بغير معاونة يساعده بعد قرار المساعدة.

المذكرة الإيضاحية :

أقرت المادة نظرية المساعدة القضائية، والمصاب بعاهتين فيه مانع طبيعي يحرمه من القدرة المتوافرة للإنسان العادي في إبرام التصرفات القانونية، لذلك أجازت للمحكمة أن تعين له مساعداً يعاونه، شريطة أن يكون مصاباً بعاهتين، كأن يكون أصم أبكم، أو أصم أعمى، أو أبكم أعمى، فإذا وجدت فيه عاهة واحدة فإنها لا تعد مانعاً من موانع الأهلية، وأن يترتب على إصابته بعاهتين عدم قدرته على التعبير عن إرادته، فإذا كان قادراً على التعبير عن إرادته فلا يحتاج إلى مساعد.

والمصاب بعاهتين لا تنقصه الإرادة ولا يفقر إلى البصيرة التي تمكنه من معرفة حقيقة الأمور، ولكن الإصابة بالعاهتين لا تحمل على الاطمئنان للتعبير الصادر عنه بحيث يكون مطابقاً لإرادته الحقيقية، لذلك وفرت له المادة حماية تبعث على الاطمئنان إلى التعبير الصادر عنه، حيث أجازت للمحكمة أن تعين له مساعداً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك والمساعد لا يقوم مقام صاحب العاهتين في إبرام التصرفات القانونية وإنما يشترك معه في إبرامها، لأنه ليس نائباً وإنما مساعداً، والتصرفات التي يجريها المساعد منفرداً لا تنفذ في حق المصاب

بعاهتين، والتصرفات التي يجريها المصاب بعاهتين والتي تقرر فيها المساعدة دون
معاونة من مساعده تعد قابلة للإبطال.
وينبغي إضافة تسجيل قبل قرار المساعدة بحيث تصبح بعد تسجيل قرار المساعدة،
حتى يتمكن الغير من معرفة ذلك القرار، وحتى يحتج بالقرار على الغير، أما
التصرفات التي يجريها قبل تعيين المساعد فتعد صحيحة.
وهي تقارب المادة 117 مصري، و118 سوري، وفقرتها الأولى تطابق المادة 132
أردني.

مادة (116)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام، تكون صحيحة في الحدود
التي رسمها القانون.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أن التصرفات التي تصدر عن النائب القانوني سواء أكان ولياً أم وصياً أم
قيماً يجب أن تتم وفق الحدود التي نص عليها القانون وإلا تكون باطلة، فالوصي لا
يستطيع التبرع بأموال الصغير بمقتضى القانون، لذلك إذ قام الوصي بذلك فلا يكون
تصرفه صحيحاً.

أعتمد في هذه المادة على الأحكام المنصوص عليها في قوانين الأحكام الشرعية
المطبق في قطاع غزة وعلى المادة (284) من مرشد الحيران.
وهي توافق المادة 118 مصري، 119 سوري، 123 أردني، 179 عربي موحد.

مادة (117)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد هذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته.

النص القديم: (120)

إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لاختفاء نقص أهليته فلا يمنعه ذلك من طلب إبطال العقد دون إخلال بإلزامه بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :

وضعت المادة حكماً بمقتضاه يستطيع ناقص الأهلية أن يتمسك بإبطال العقد الذي أبرمه، ولا يمنعه من ذلك أن يكون قد أعلن عن بلوغه سن الرشد وقت التعاقد، فلا يحول الإعلان عن الحق في تمسكه بإبطال العقد مادام لم تصاحبه طرق احتيالية، ويرد ذلك إلى أن على المتعاقد أن يثبت من أهلية المتعاقد الآخر الذي يتعاقد معه. لأنه إذا جرد ناقص الأهلية من حقه في التمسك بإبطال العقد نتيجة للإعلان عن بلوغه سن الرشد فيعني ذلك أن حماية القاصر تصبح حماية وهمية.

أما إذا صاحب الإعلان ببلوغه سن الرشد طرق احتيالية، فيكون ناقص الأهلية قد ارتكب فعلاً ضاراً يرتب مسئوليته قبل المتعاقد الآخر متى كان حسن النية، ويلزم بتعويضه على أن ذلك لا يخل بحق ناقص الأهلية في طلب إبطال العقد، ولكن يعد أوقع جزاء على ناقص الأهلية في هذا الشأن هو حرمانه من دعوى الإبطال، وإبقاء العقد على حكم الصحة.

ومن حيث الصياغة الأفضل أن تضاف فقرة تسبق النص، تجيز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (120) من المشروع على النحو الوارد في المادة (117).

وهي تقارب المادة 119 مصري، 42 سوري، 134 أردني، 180 عربي موحد.

عيوب الإرادة

الغلط

مادة (118)

إذا وقع الغلط في ماهية العقد، أو في شريطة من شرائط الانعقاد أو في السبب أو في المحل بطل العقد.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حالات الغلط المانع من انعقاد العقد، ويكون مانعا في حالة الغلط في ماهية العقد، كمن يؤجر أرضه في مقابل أجرة سنوية مقدارها 1000 دينار في حين يتصور الطرف الآخر أنه يبيعه الأرض في مقابل إيراد مرتب لمدى الحياة مقداره 1000 دينار.

أو الغلط في شريطة من شرائط الانعقاد، كموصي له يأخذ الوصية بعد الاتفاق مع الورثة، ثم يظهر أن الوصية باطلة.

أو الغلط في السبب كأن يتبرع شخص لآخر معتقدا أن رابطة قرابة تربط بينهما في حين ظهر أن لا قرابة بينهما.

أو الغلط في المحل، كأن يتعاقد شخص مع آخر معتقدا أنه يشتري أرضا، والآخر يعتقد أنه يبيع بيتا.

ووفق المادة لا ينعقد العقد نظرا لتخلف ركن من أركان انعقاده لذلك يكون عقدا باطلا.

ولا لزوم لهذه المادة لأنها تتعلق بعدم تطابق الإيجاب مع القبول مما يؤدي إلى عدم انعقاد العقد أساسا، في حين نحن بصدد أحكام تتعلق بعيوب الإرادة، ولا تبحث هذه العيوب إلا بعد انعقاد العقد، حيث يتم البحث في مدى خلو إرادة كل من المتعاقدين من عيوب الإرادة.

فضلا عما سبق فإن النص يحتاج إلى حذف عبارة شريطة من شروط الانعقاد لأن المقصود بها السبب بمفهومه في النظرية التقليدية، وهذا واضح من المذكرة الإيضاحية للمادة 152 من التقنين المدني الأردني، لأن هذه المادة هي أصل المادة 118، مع العلم أن النص الأردني صحيح لأنه اكتفى بعبارة شريطة من شرائط الانعقاد ولم يذكر السبب مكتفيا بتلك العبارة. اعتمدت هذه المادة على المادة 301 من مرشد الحيران و208 من المجلة وشرحها لعللي حيدر.

مادة (119)

1. إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.
2. يجوز في عقود التبرعات طلب إبطال العقد دون اعتبار لعلم المتعاقد الأخذ بالغلط.

المذكرة الإيضاحية :

أخذت المادة بالنظرية الحديثة في الغلط التي أوجدها الفقه والقضاء في فرنسا حيث لم يكتف بما ورد في نص المادة 1110 من التقنين الفرنسي الذي يعتق النظرية التقليدية في الغلط التي نادى بها الفقيه الفرنسي الشهير "بوتيه"، والتي تحصر الغلط المعيب للإرادة في حالتين هما، الغلط في مادة الشيء كمن يشتري شيئاً معتقداً أنه من الذهب ويظهر أنه من النحاس المطلي بالذهب، والغلط في شخص المتعاقد إذا كانت لشخصيته أهمية في التعاقد، إذا كانت هي السبب الرئيس للتعاقد، وبالتالي لم تعر هذه النظرية أي اهتمام بتوافر أو عدم توافر صفات معينة في الشيء قد تكون هي الدافعة للتعاقد، وإنما أوجد الفقه والقضاء معيار الغلط الجوهري الذي يقع فيه

أحد المتعاقدين الذي يخوله طلب إبطال العقد، وأصبح يعتد بالصفة الجوهرية التي وضعها كل من المتعاقدين وقت التعاقد، فأصبح الغلط الذي يعيب الرضا هو الغلط في صفة جوهرية للشيء إذا كانت تلك الصفة هي الدافعة للتعاقد، وهذا يظهر أن هذه النظرية في الغلط تأخذ بالمعيار الشخصي، لا بالمعيار المادي الذي اعتنقته النظرية التقليدية.

والمادة لم تقطع برأي فاصل في مسألة الأخذ بالغلط المشترك وهو ما يقع فيه كل من المتعاقدين أو بالغلط الفردي الذي يقع فيه أحد المتعاقدين، واكتفت المادة بالغلط الفردي بوجه عام، لكنها اشترطت لإعمال حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفي التعاقد فيه أن يكون أحدهما قد أوقع الآخر فيه، أو أن يكون العاقد الأخذ عالماً بوقوعه، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه، فيما سبق ينسب إليه أمر يبطل طلب البطلان، أما إذا بقي في معزل عن الغلط، بأن وقف موقفاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو تبينه فلا يجوز التسليم بطلب بطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تعويض هذا التعاقد وهذا ما اتبعتة التقنين الألماني م 122، والتقنين السويسري م 26، والتقنين الصيني م 91، أما ما ورد في المادة فقد تأثر بما ورد في التقنين المصري م 120 وهو أيسر فبدلاً من أن يخول من وقع في الغلط حق التمسك بالبطلان ثم يلزمه في ذات الوقت بتعويض العاقد الآخر بما يصيبه من خسارة، جعل للعقد حكم الصحة وهياً بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد، وأصل هذه القاعدة ما ورد في المادة 137 من التقنين البولوني، والمادة 178 من التقنين النمساوي، والمادتين 661، 662 من التقنين البرتغالي والمادة 207 من التقنين اللبناني.

مما سبق يجب التنويه بأمرين، الأول أن الغلط الذي يخول الغلط طلب إبطال العقد، هو الغلط المشترك الذي يقع فيه كل من المتعاقدين، أو يتسبب فيه أحدهما، أو يعلم به أو يكون في مقدوره أن يعلم به، ولا يؤدي إلى إبطال العقد إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه التعاقد أو يجره إليه أو يعلم به أو يستطيع العلم به،

والثاني أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحسب بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعا إلى إبرام العقد.

ويجب أن يكون الغلط الذي يمكن الغالط من طلب إبطال العقد جوهريا، ويكون كذلك إذا كان هو الذي دفع المتعاقد الذي وقع فيه إلى التعاقد، ومناطق تقدير ذلك يرد إلى معيار شخصي يتعلق بذاك المتعاقد.

وقد ورد في الفقرة الثانية من المادة حكم مستحدث حيث جعلت عقود التبرع قابلة للإبطال في حالة الغلط الفردي، لذلك لم تشترط ما اشترط في الفقرة الأولى من المادة أن يقع كل من المتعاقدين في الغلط، أو كان المتعاقد الآخر يعلم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وقد كان الغرض من وضع الفقرة الثانية الحرص على أن يجيء التبرع من صاحبه عن إرادة خالصة من كل شائبة، فحسب المتبرع لإبطال تبرعه أن يكون رضاه به قد جاء نتيجة وقوعه في الغلط، ودون اعتبار بعد ذلك لموقف المتبرع له من غلطه، وهذا الحكم المستحدث، أخذ من المادة 147 من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولى تطابق نص المادة 120 مصري، 118 سوري، والمادة تطابق نص المادة 147 كويتي.

مادة (120)

1. يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

2. يعد الغلط جوهريا على الأخص :

أ. إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتقاد الغالط، أو يجب الاعتراف بها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد.

المذكرة الإيضاحية :

قد يعتقد شخص بوجود صفة جوهرية في الشيء تدفعه للتعاقد فيظهر أنه وقع في الغلط، حيث إن الصفة الجوهرية التي دفعته للتعاقد غير موجودة في الشيء محل العقد كأن يشتري شخص شيئاً معتقداً أنه أثري، فوجد أن هذه الصفة غير موجودة فيه حيث إنه حديث، فيكون له أن يطلب إبطال العقد على أساس الغلط في صفة جوهرية للشيء، ويجب أن تكون هذه الصفة هي التي دفعته للتعاقد، بحيث يتبين أنه لولا هذه الصفة لما تعاقد، وهذا أخذ بالاعتبار النفسي.

ويعد الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو بالنسبة لما يلبس العقد من ظروف ولما يجب أن يتوافر في التعامل من حسن نية، وفي هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهري بعامل شخصي هو حسن النية، وبعامل مادي قوامه الظروف التي لا بدت تكوين العقد، أو إذا وقع في ذات الشخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته إذا كانت هذه الذات، أو تلك الصفة، السبب الوحيد أو السبب الرئيس في التعاقد، والمعيار في هذا الفرض شخصي.

والمادة لا تحدد حالات الغلط الجوهري على سبيل الحصر بل ذكرت على سبيل المثال، لذلك يمكن للمتعاقد أن يتمسك بإبطال العقد إذا كان الغلط واقعاً في أمور يعتبرها من يتمسك بها من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد، وطبقاً لما تقضي به النزاهة في التعامل، لذلك يمكن أن يقع غلط في الباعث أو غلط في القيمة، أو غلط في القانون.

وقد قدم اقتراح للجنة النص على هذه الصور إلا أن أغلبية اللجنة اكتفت بما ورد في النص من ذكر حالات الغلط الجوهري على سبيل المثال.

وهي تطابق نص المادة 121 مصري، و82 جزائري.

مادة (121)

يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شرائط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

النص القديم: (124)

يكون لمن وقع في الغلط الحق في طلب إبطال العقد لغلط في القانون إذا توافرت فيه شرائط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

يعتري المادة عيب في صياغتها، فالغرض من وضع المادة يتعلق بالغلط في القانون، وأصل هذه المادة مادة 122 مصري وهي كالتالي (يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره) وهذه المادة عدت الغلط في القانون عيباً من عيوب الإرادة يمكن الغالط من طلب إبطال العقد في حين استبعد هذا الغلط من بين أسباب طلب إبطال العقد استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون، والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية، أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق، فيكون للغلط في القانون متى ثبت أنه جوهري، شأن الغلط في الواقع، من حيث ترتيب قابلية العقد للإبطال ما لم يقض القانون بغير ذلك، كما هو الحال مثلاً في عقد الصلح لأن الغلط فيه غير موجب للإبطال.

والغلط في القانون كالغلط في الوقائع، فإذا فرض مثلاً أن الزوج وهو يرث في بعض الحالات نصف التركة اعتقد خطأ أنه لا يرث إلا ربع التركة، وباع نصيبه في الميراث دون تحديد لمقداره بثمن معين، فهنا يكون قد وقع في غلط في القانون، ولا يكون هذا الغلط سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان المشتري واقفاً في نفس الغلط، أو

عالمًا بالغلط، أو يستطيع العلم به، أما إذا لم يكن واقعا في الغلط ولو لم يعلم به ولم يكن يستطيع أن يعلم به فلا محل للمطالبة بإبطال العقد. على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (124) من المشروع على النحو الوارد في المادة (121).

وهي تطابق المادة 122 مصري و83 جزائري.

مادة (122)

لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة، وإنما يجب تصحيحه.

المذكرة الإيضاحية :

يواجه النص حكم الغلط المادي، كالغلط في الحساب، أو في الكتابة، وهو غلط غير جوهري لا يؤثر في صحة العقد، وإنما يجب تصحيحه، ويسري هذا الحكم على العقود بوجه عام وعلى عقد الصلح بوجه خاص. وهي تطابق نص المادة 123 مصري، و124 سوري، و84 جزائري، و185 عربي موحد.

مادة (123)

1. ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.
2. يبقى المتعاقد ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد.

المذكرة الإيضاحية :

لمن وقع في غلط أن يطلب ابطال العقد، ويرجع ذلك لكونه ما كان سيتعاقد له أنه عرف حقيقة الأمور، وهذا هو علة تمكينه من التمسك بإبطال العقد، ومن المحقق أن يلتزم المتعاقد بالعقد الذي أبرمه بصرف النظر عن الغلط ما دام المتعاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه، وعلى ذلك يظل من يشتري شيئاً معتقداً غلطاً أن له قيمة أثرية، مرتبطاً بالبيع إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت نيته إلى شرائه، ولا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد، لأن في ذلك ما يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

وهي تطابق المادة 124 مصري، و 125 سوري، و 85 جزائري، و 156 أردني.

التغدير

مادة (124)

1. يجوز إبطال العقد للتغدير إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.
2. يعد تغديراً تعمد السكوت لاختفاء أمر إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم به.
3. يجوز للمغرر به المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض.

المذكرة الإيضاحية :

يتحقق التغيرير باستعمال وسائل احتيالية تؤدي إلى أن يتصور المتعاقد الأمر على غير حقيقته ونتيجة لذلك يتعاقد، ولو كان يعلم حقيقة الأمر لما تعاقد. ويجب أن يكون التغيرير دافعا للتعاقد حتى يعيب الرضا، ويكون كذلك إذا ولد خدعة لأحد المتعاقدين تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها، فإذا كان التغيرير لم تبلغ الوسائل المستعملة فيه من الجسامة إلى حد خداع المتعاقد، أو وصلت إلى حد الخداع لكن الطرف المغرر به كان ليرضى بالعقد بنفس الشروط حتى ولو لم يغرر به، لا يكون للتغيرير أثراً على الرضا. ويعد الكتمان أو السكوت عمداً عن واقعة تهم المتعاقد الآخر معرفتها تغيريراً إذا ثبت أن المغرر به ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة. وإذا تحققت شروط التغيرير تكون إرادة المتعاقد المغرر به مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فيجوز له المطالبة بإبطال العقد، ويكون له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة للتغيرير على أساس قواعد الفعل الضار. وهي تطابق نص المادة 125 مصري.

مادة (125)

1. إذا كان التغيرير صادراً من غير المتعاقدين وأثبت المغرر به أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغيرير وقت العقد أو كان من المفروض أن يعلم به، جاز له إبطال العقد.
2. على أنه إذا كان التصرف تبرعاً فإنه يجوز للمغرر به أن يطلب إبطال العقد ولو كان المتعاقد الآخر لا يعلم بالتغيرير وقت التصرف.

المذكرة الإيضاحية :

اختلفت التقنيات في شأن التغيير الصادر من الغير، فذهب التقنين المدني الفرنسي م1116 إلى عدم تأثيره على العقد، في حين ذهب التقنين الإسباني م1261 والتقنين الأرجنتيني م969 إلى اعتباره كالتغيير الصادر من أحد المتعاقدين، وذهب تقنيات أخرى م52 من التقنين التونسي، وم56 من التقنين المغربي، وم993 من تقنين كوبيك، وم2/123 من التقنين الألماني، وم875 من التقنين النمساوي وم28 من تقنين الالتزامات السويسري، وم40 من التقنين البولوني، وم95 من التقنين البرازيلي، وم92 من التقنين الصيني، وم126 مصري، إلى أن التغيير الصادر من الغير عيب من عيوب الرضا إذا أثبت من غرر به أن الطرف الآخر كان يعلم به أو كان في استطاعته أن يعلم به، وقت إبرام العقد.

وإذا انصرفت منفعة العقد مباشرة إلى شخص غير المتعاقد (كالمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له إلا إذا كان يعلم أو كان في إمكانه أن يعلم بالتغيير.

ويختلف عن ذلك حكم التبرعات فهي تعد قابلة للإبطال ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتغيير الغير، ولم يكن يستطيع أن يعلم به، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب.

وغني عن البيان أنه لا يكون لدى المتعاقد سبيل للانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم المتعاقد الآخر بالتغيير أو لم يكن في مقدوره أن يعلم به.

والفقرة الأولى من المادة تطابق المادة 126 مصري و219 موجبات لبناني 127 سوري، والفقرة الثانية من المادة تقارب نص المادة 154 كويتي.

الإكراه

مادة (126)

1. يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس.
2. تكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.
3. يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه.

المذكرة الإيضاحية :

الإكراه إجبار غير مشروع يقع على إرادة شخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد لكي يتفادى نتائج التهديد حتى لا يقع عليه، فالإكراه يولد خوفا ورهبة تؤثر على الرضا وتعيبه، والذي يعيب الرضا ليست الوسائل المستخدمة في الإكراه، بل هي الرهبة التي تقع على نفس المكره. والأساس في الإكراه أن تتولد الرهبة، فإذا تولدت يتحقق الإجبار وتكون الإرادة مشوبة بعيوب من عيوب الإرادة.

ويجب أن تكون الرهبة التي تعيب الرضا قائمة على أساس، وتكون كذلك إذا غلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلاً إن لم يفعل ما أكره عليه، وتكون الرهبة قائمة على أساس حينما يتصور المكره أن هناك خطر جسيم محدق يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، وهذا يتطلب في الخطر المهدد به المتعاقد أن يكون محدداً، فالتهديد العام الذي لا يتحدد فيه نوع الخطر الذي سيصيب المكره لا

يعد إكراهاً معيباً للرضا، وأن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به، وأن يكون الخطر جسيماً وتقدير ذلك يرجع إلى الظروف الشخصية لكل شخص فالمعيار في تقدير جسامته الخطر هو معيار شخصي يعتد بظروف المتعاقد الشخصية من حيث جنسه وسنه وحالته الجسمية، ومقدار تعلمه، ويجب مراعاة الظروف التي أحاطت بالإكراه كظرف الليل أو الوحدة، ويشترط ألا يكون بالإمكان تلافي الخطر بسهولة، وأن يكون الخطر وشيك الوقوع.

ويترتب على الإكراه وجود عيب في إرادة المتعاقد المكره، ويجوز له نتيجة لذلك أن يطلب إبطال العقد.

وهي تطابق نص المادة 127 مصري.

مادة (127)

إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه.

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة حكم الإكراه الذي يصدر من غير المتعاقدين وهو أن هذا الإكراه لا يعيب إرادة المتعاقد إلا إذا كان متصلاً بالمتعاقد الآخر، ويكون متصلاً به إذا كان يعلم به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، فإن لم يكن متصلاً به فلا يجوز للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، بل يقتصر حقه على الرجوع بالتعويض على من صدر عنه الإكراه على أساس قواعد الفعل الضار.

وهي تطابق المادة 128 مصري.

الاستغلال

مادة (128)

1. إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشا بينا، أو هوى جامحا، أو عدم خبرة، وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقدا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجره عليه من نفع مادي، أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب ابطال العقد أو ينقص التزامه. ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافيا لرفع الغبن.
2. في عقود التبرع وليدة الاستغلال يكون للمتبرع أن يطلب ابطال العقد أو نقص قدر المتبرع به إذا اثبت أن التزاماته لا تتناسب إطلاقا مع ثروته أو مع ما قدم المتبرع به في مثل الظروف التي تم فيها هذا التبرع.
3. يراعى في تطبيق الفقرتين السابقتين عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود.

النص القديم : (135)

1. إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشا بينا، أو هوى جامحا، أو عدم خبرة، وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقدا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجره عليه من نفع مادي، أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب ابطال العقد أو ينقص التزامه. ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافيا لرفع الغبن.

2. في عقود التبرع وليدة الاستغلال يكون للمتبرع أن يطلب ابطال العقد أو نقص قدر المتبرع به إذا اثبت أن التزاماته لا تتناسب إطلاقاً مع ثروته أو مع ما قدم المتبرع به في مثل الظروف التي تم فيها هذا التبرع.

المذكرة الإيضاحية :

تباينت التقنيات في موقفها من الاستغلال، فذهب بعضها مثل التقنين المدني الأردني ومشروع التقنين المدني العربي الموحد إلى عدم تنظيمه، واكتفت بوضع أحكام تنظم الغبن.

ونظمت تقنيات أخرى أحكام الاستغلال، ولكنها اختلفت في أثره، فذهب التقنين الألماني إلى أن جزاء انعقاد العقد تحت تأثير الاستغلال، هو بطلان العقد، حيث رأى أن الاستغلال ينطوي على عمل مخالف للأداب صدر من المتعاقد الذي حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته، أي تحقق الغبن، لذلك كان الجزاء هو البطلان. وذهب المشروع الفرنسي الإيطالي إلى اعتبار الغبن عيباً من عيوب الإرادة، لا عملاً مخالفاً للأداب، ويستتبع وجوده قابلية العقد للإبطال، وبهذا أخذ التقنين المدني المصري، والتقنيات العربية التي وضعت أحكاماً للاستغلال كالتقنين المدني الجزائري، والتقنين المدني الكويتي، وقد أخذ مشروع التقنين المدني الفلسطيني بفكرة الاستغلال باعتباره عيباً من عيوب الإرادة متأثراً بالتقنيات السابقة، وبالتالي جعل العقد الذي أبرم، وأحد المتعاقدين استغل ما وقع فيه المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح أو حاجة، قابلاً للإبطال إذا تحقق الأمران الآتيان :

الأول : موضوعي وهو فقدان التعادل ما بين قيمة ما يأخذ المتعاقد وقيمة ما يعطي على نحو يتحقق معه معنى الإفراط.

والثاني : نفسي أو ذاتي، وهو استغلال المتعاقد الذي أصابه الغبن، وهذا الأمر من العموم بحيث يتسع لجميع الفروض التي لا يكون للمتعاقد فيها ما يكفي من حرية الرضا أو الخيار، فلم يعد أساس الغبن بعد هذا التوسع قاصراً على افتراض الإكراه

فحسب، بل جاوز ذلك إلى افتراض التغيرير أو الغلط، وبهذا يصبح الغبن عيباً من عيوب الرضا.

وليس من الضرورة أن يستتبع وجود هذا العيب قابلية العقد للإبطال، فقد يكتفي القاضي بإنقاص الالتزامات المفردة أو الفاحشة، أو يرى إبطال العقد، ففي استطاعة المتعاقد الآخر أن ينفي هذا الأثر، إذا عرض أن يؤدي ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن وعلى هذا النحو يكون جزاء استغلال المتعاقد أما إنقاص الالتزامات الفاحشة وإما تكملة الالتزامات الناقصة.

وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها، يجوز الطعن فيها على أساس الغبن إذا اجتمع فيها معنى الإفراط، ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه (م214 من التقنين اللبناني).

ويراعى أن أخذ المشروع بقاعدة عامة في الغبن تستند إلى المذهب النفسي أو الذاتي، لم يمنعه من الالتزام بمذهب مادي بحث في الغبن في بعض المسائل، ومن ذلك جميع الأحوال التي عبر فيها عن معنى الغبن برقم من الأرقام، مثل الغبن في بيع عقار لقاصر، والغبن الزائد على الخمس في القسمة (المادة 1025 من المشروع)... الخ.

ونص المادة وضع أيضاً حكماً لعقود التبرع وليدة استغلال متعاقد طيش بين أو هوى جامع... الخ. لدى متعاقد آخر، حيث جعلت للمتبرع أن يطلب إبطال العقد أو نقص قدر المتبرع به، إذا اثبت أن التزاماته لا تتناسب مطلقاً مع ثروته أو مع قدر المتبرع به في مثل هذه الظروف التي تم فيها التبرع.

ونص المادة مأخوذ في الأساس من نص المادتين 159، 160 من التقنين الكويتي، ولكن النص اجتزأ بعض الأفكار الهامة لذلك يفضل التقيد بالأصل الكويتي وهو على النحو الآتي :

م159(إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة أو طيشا مبينا، أو ضعفا ظاهرا أو هوى جامحا أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه وجعله بذلك يبرم لصالحة، أو لصالح غيره، عقدا ينطوي عند إبرامه، على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون إبرامه تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال، ووفقا للعدالة، ومراعاة لظروف الحال أن ينقص من التزاماته، أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد).

م160(في عقود التبرع، التي تجئ وليدة الاستغلال، يكون للقاضي بناء على طلب المتبرع أن يبطل العقد، أو أن ينقص قدر المال المتبرع به، وفقا لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية).

ظاهر مما سبق التوسع في عيب الاستغلال حيث شمل استغلال الحاجة الملجئة، والضعف الظاهر، والطيش البين، والهوى الجامح، والسطوة الأدبية، وعالج الاستغلال الصادر من غير المتعاقدين.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (135) من المشروع على النحو الوارد في المادة (128).

مادة (129)

يسقط الحق في رفع دعوى الإبطال بسبب الاستغلال إذا لم يرفعها من شرعت لمصلحته خلال سنه من تاريخ العقد.

المذكرة الإيضاحية :

بينت المادة المدة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى الإبطال من قبل من أبرم العقد متأثراً بالاستغلال، وهي مدة سنه من تاريخ العقد، وهذه المدة مدة سقوط، وليست مدة تقادم لذلك لا توقف ولا تقطع، فإذا لم ترفع خلال هذه المدة يسقط حقه في رفعها. وهي تطابق نص المادة 2/129 مصري، 2/90 جزائري. وكان ينبغي أن يوضع نص خاص يتعلق بعدم سرعان أحكام الاستغلال على بعض العقود التي وضعت نصوص بخصوص الأحكام الخاصة بالغبن فيها، والنص المقترح يكون فقرة من المادة 128 ويكون على النحو الآتي: (يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود). على ضوء ما سبق فقد تمت إضافة النص المقترح إلى المادة 128 بفقرة مستقلة رقم 3.

المحل

مادة (130)

1. إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.
2. يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره.
3. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة الشيء، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من طبيعة المعاملة، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

النص القديم : (138)

1. إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.
2. يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره.
3. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة الشيء، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من طبيعة المعاملة، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

المذكرة الإيضاحية :

يجب أن يكون محل الالتزام معيناً لا جهالة فاحشة فيه، والجهالة الفاحشة هي الناشئة عن تجهيل جنس المحل، كمن يبيع دابة من الدواب دون أن يبين جنسها، أو يبيع داراً من دور مملوكة له في المدينة دون أن يحددها، أما الجهالة اليسيرة وهي التي لا يكون معها تفاوت فاحش في القيم ويكون الجنس معها معلوماً فلا تمنع صلاحية المحل للعقد لتساهل الناس في أمرها بحيث أصبحت لا تؤدي إلى نزاع كأن يبيعه ما في هذا المخزن من القمح أو أن يبيعه مائة برتقالة من هذا النوع. ويجب وصف الشيء المعين بالذات وصفاً كافياً لتمييزه عما عداه، أما إذا كان الشيء غير معين بالذات، بل عين بنوعه فيجب أن يبين مقداره من حيث العدد أو المقياس، أو الوزن، أو الكيل، وإن يذكر صنفه أيضاً.

أما إذا عين المحل بجنسه ونوعه فقط، وتضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره انعقد العقد، فمثلاً لو تعاقد شخص مع شخص آخر على أن يبيعه طناً من الزيتون السوري بمبلغ مائة دينار، واشترى منه زيتوناً بألف دينار فيفهم من ذلك أن محل البيع عشرة قناطير فينعقد العقد.

أما إذا كان المحل مما تتفاوت درجة جودته كصوف نمرة 1 أو صوف نمرة 2 وجب الاتفاق على درجة الجودة فإذا لم يتم ذلك، ولم يكن بالاستطاعة استخلاص درجة

الجودة من العرف أو من أي ظرف آخر، فإن المحل الذي يجب أن يسلم يكون من صنف متوسط وينعقد العقد، حتى لا يغبن المدين إذا كان الصنف جيدا أو لا يغبن الدائن إذا كان الصنف رديئا.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (138) من المشروع على النحو الوارد في المادة (130).

وهي تطابق نص المادة 133 مصري، و94 جزائري.

مادة (131)

إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا.

المذكرة الإيضاحية :

يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً فلا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب، والقاضي هو المخول بالكشف عما يخالف النظام العام أو الآداب، وعلى القاضي أن يستبعد آراءه الخاصة بخصوص ما يتعلق بتحديد النظام العام أو الآداب، وأن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بهذا الخصوص لا مذهباً فردياً خاصاً به، فالقاضي الذي يعتنق الفكر الاشتراكي ويعمل في دولة رأسمالية لا يستطيع أن يحدد فكره النظام العام أو الآداب على ضوء معتقداته الاشتراكية، بل يحدد ذلك على ضوء معتقدات المجتمع الرأسمالية.

وهي تطابق نص المادة 135 مصري، و96 جزائري، و2/163 أردني، و2/198 عربي موحد.

مادة (132)

إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته وقت العقد، كان العقد باطلاً.

المذكرة الإيضاحية :

القاعدة لا التزام بمستحيل، وعليه لا ينشأ التزام إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، لأن المحل غير موجود، ويجب أن تكون الاستحالة المطلقة قبل انعقاد العقد، أما إذا انعقد العقد ثم طرأت الاستحالة المطلقة على محله بعد ذلك فلا يكون أمام المتعاقد في هذه الحالة إلا أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان، أما إذا كانت الاستحالة نسبية، أي قاصرة على الملتزم وحده، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه، على أن التنفيذ إذا استحال على المدين، كان للدائن أن يقوم به على نفقة المدين طبقا للقواعد العامة، وله أيضا أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي أن كان ثمة محل لذلك.

وهي تطابق نص المادة 132 مصري.

مادة (133)

إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي أثر.

المذكرة الإيضاحية :

إذا كان محل الالتزام نقودا يحدد محل الالتزام بنوعها وعددها المتفق عليه كالالتزام بمائة دينار، ولا يؤثر على التزام تغيير قيمة النقود بالارتفاع أو الهبوط حيث يبقى التزام المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه وقت التعاقد وهو مائة دينار، كل هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

وإذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه، كان ملزما بفرق السعر، راجع المجلة وشرحها لعلي حيدر، 241، 242.

وهي تطابق المادة 134 مصري، 135 سوري، 95 جزائري، 162 أردني.

مادة (134)

1. يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً مؤكداً الوجود.
2. التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، لو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

المذكرة الإيضاحية :

الأصل أن يكون محل العقد موجوداً وقت إنعقاد العقد، فإذا وجد المحل وهلك قبل أن ينقذ العقد، فيكون المحل معدوماً ولا ينقذ العقد، ولكن أجازت المادة أن يكون محل العقد غير موجود أصلاً وقت التعاقد، ولكنه سيوجد فيما بعد، وهذا هو الشيء المستقبلي، وفي هذه الحالة ينقذ العقد شريطة أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين ومؤكد الوجود، وهذا يعني صلاحية الأشياء المستقبلية مؤكدة الوجود لأن تكون محلاً للعقود.

فإذا انعقد العقد ولم يوجد الشيء في المستقبل فيترتب على ذلك اعتبار العقد كأنه لم ينقذ لعدم تحقق وجود المحل.

وبناء على ما سبق فإنه يجوز أن تكون الأشياء المستقبلية محلاً لعقود المعاوضات ويستثنى من ذلك بعض العقود إذ يجب أن يكون المحل موجوداً مثل عقد الرهن الرسمي، والرهن الحيازي.

وكذلك وجد استثناء يتعلق في التعامل في التركات المستقبلية، حيث حظرت الفقرة الثانية من المادة التعامل في التركات المستقبلية، وحظر التعامل فيها يشمل التصرفات عموماً كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والنزول وما إلى ذلك.

ويرجع الحظر لأن التصرف في التركات المستقبلية يخالف الآداب ويحتوي على معنى المضاربة على حياة صاحب التركة.

والتصرفات التي تكون التركات المستقبلية محلاً لها باطلة حتى ولو كانت صادرة من صاحب التركة نفسه، إلا إذا وجد نص يجيزها كما هو الحال في الوصية، والوقف. وهي تطابق نص المادة 131 مصري، 92 جزائري، 160 أردني، 199 عربي موحد.

السبب

مادة (135)

لا ينشأ الالتزام إذا لم يكن له سبب ويبطل العقد.

المذكرة الإيضاحية :

رأى المشروع التفرقة بين سبب الالتزام وسبب العقد، وأخذ بما نص عليه التقنين اللبناني م194، والمادة تبين أن الالتزام لا ينشأ إذا لم يكن له سبب، لأن العقد لا يكون منعقداً في حالة عدم توافر سبب الالتزام، وسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع إليه مباشرة، وهو بهذا الوصف يتمثل في صورة واحدة في كل ضرب من ضروب الالتزام ويعد جزءاً من العقد نفسه، ففي العقود الملزمة لجانبين سبب التزام المتعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر ففي عقد البيع سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، وفي عقد الإيجار سبب التزام المؤجر بتسليم المأجور هو سبب التزام المستأجر بدفع الأجرة، وبالعكس... الخ، وفي العقود العينية سبب الالتزام هو تسلم المعقود عليه وفي التبرعات سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذه هي النظرية التقليدية في السبب.

مادة (136)

1. يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا، ولو لم يذكر السبب، ما لم يتم الدليل على غير ذلك.

2. ويفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يتم الدليل على غير ذلك، أما إذا قام الدليل على صورة السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.

المذكرة الإيضاحية :

تضع هذه المادة قاعدتين في إثبات سبب الإلتزام. الأولى : افتراض توافر السبب في كل التزام ولو اغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك، ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب على عاتق المدين الذي يطعن في العقد.

والثانية : افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته. فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الإلتزام على سبب حقيقي.

وفي الاعتقاد أن النص يحتاج إلى إضافة، فالافتراض في الفقرة الأولى قابل لإثبات العكس لذلك يجب إضافة عبارة ما لم يتم الدليل على غير ذلك، والفقرة الثانية أجازت إثبات صورية السبب فإذا اثبت ذلك يكون لمن يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.

لذلك يجب إضافة فقرة ما لم يتم الدليل على غير ذلك في الفقرة الأولى، وعبارة فإذا أقام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.

مادة (137)

1. يكون العقد باطلا إذا كان سببه غير مشروع.
2. يعد سبب العقد غير مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفا للنظام العام أو للآداب.

المذكرة الإيضاحية :

نصت المادة على سبب العقد، وسبب العقد هو الباعث الشخصي الذي يدعو المتعاقد إلى إبرامه، وهو لا يعد شقاً من التعاقد فهو يختلف باختلاف الأحوال في العقد الواحد، فالبايع قد يكون باعته للبيع الحصول على الثمن للتعليم، في حين قد يكون باعث المشتري استعمال الشيء المبيع.

ويشترط لانعقاد العقد أن يكون الباعث الذي دفع كل من المتعاقدين للتعاقد مشروعاً فإذا كان باعث أحدهما غير مشروع كان العقد باطلاً لأن سببه غير مشروع، فمثلاً من يتبرع لامرأة لإنشاء علاقة غير مشروعة معها يكون تبرعه باطلاً لأن سبب التبرع غير مشروع، عكس الحال لو كان قد تبرع لها بسبب رغبته في إنهاء العلاقة غير المشروعة بينهما فيكون التبرع صحيحاً لأن سببه مشروع.

ويعد سبب العقد غير مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو للآداب، ويكون بذلك قد اقتفى المشروع ما اتبعه التقنين الفرنسي وأكثر التقنينات اللاتينية، ولم يأخذ بما ذهب إليه التقنين المصري الذي لم يشر إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون وخيراً فعل لأنه يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون إفراط في السعة أو تجرد من الفائدة، وفيها تجاوز حدود المقصود إذا انصرفت عبارة (نص القانون) إلى القواعد التشريعية الآمرة والمكملة، وهي تصبح عديمة الفائدة إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على القواعد التشريعية الآمرة التي لا يجوز الخروج عليها بمشيئة الأفراد، لذلك يفضل حذف كلمة (القانون) من الفقرة الثانية حيث تصبح على النحو الآتي "يعد سبب العقد غير

مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفاً للنظام العام أو للأداب، فإذا كان سبب العقد مخالفاً للنظام العام أو الآداب يكون العقد باطلاً".
وقد تم حذف كلمة القانون.

مادة (138)

1. يفترض في كل عقد أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر السبب، وإذا ثبت أن سبب العقد غير مشروع بطل العقد.
2. ومع ذلك فلا يجوز في عقود المعاوضات أن يتمسك المتعاقد الذي قام لديه الباعث غير المشروع ببطلان العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث.

المذكرة الإيضاحية :

تفترض المادة في كل عقد أن السبب الباعث للتعاقد مشروع حتى ولو لم يذكر السبب إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك بإثبات أن السبب الباعث للتعاقد غير مشروع، ويكون عبء إثبات عدم مشروعية السبب على عاتق المدين الذي يطعن في العقد، وفُرقت الفقرة الثانية من المادة بين المعاوضات والتبرعات بخصوص اتصال السبب غير المشروع بالتعاقد الآخر، فأوجبتم للتمسك ببطلان عقود المعاوضات بسبب كون السبب الباعث للتعاقد غير مشروع إلى أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالسبب غير المشروع، فإذا لم يثبت أن المتعاقد الآخر لا يعلم بالسبب الباعث للتعاقد، فلا يستطيع من كان باعته غير مشروع أن يتمسك ببطلان العقد، وهذا حماية للاستقرار والثقة وحسن النية في التعامل، أما في عقود التبرعات فيجوز للمتعاقد أن يتمسك ببطلان العقد بسبب كون باعته للتعاقد غير مشروع سواء كان المتبرع له يعلم بالباعث غير المشروع أو لم يعلم به.

العقد الباطل

مادة (139)

1. العقد الباطل لا يرتب أثرا ولا ترد عليه الإجازة.
2. لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

المذكرة الإيضاحية :

العقد الباطل عدم لا وجود له وبالتالي لا يرتب أي أثر، ويترتب على ذلك أن أحد المتعاقدين لا يملك جبر الآخر على تنفيذه، وإذا نفذه المتعاقد باختياره سواء أعلم بالبطلان أم لم يعلم به كان له أن يسترد ما نفذه. والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا ترد على المعدوم، وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد التعاقد من جديد، والفرق واضح بين إجازة العقد، وإبرام العقد من جديد، والتمسك بالبطلان يثبت لكل من طرفي العقد لأن علة البطلان لا تخص أحدهما بل ترجع إلى عدم توافر ركن من أركان العقد أي تعدد وجود العقد من الناحية القانونية، ولنفس السبب يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، ويحدد من له مصلحة بكل من له حق يؤثر فيه اتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح، فدائن أحد المتعاقدين له مصلحة ببطلان العقد وكذلك الخلف العام، والخلف الخاص، وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها متى تنبعت إليه في أي حالة كانت عليها الدعوى ويرجع ذلك لكون البطلان متعلقا بالنظام العام. وهي تقارب نص الفقرة الأولى من المادة 141 مصري.

مادة (140)

تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد، أما الدفع بالبطلان فيجوز إبدائه في أي وقت.

المذكرة الإيضاحية :

استجاب المشروع إلى ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا وما سار عليه التقنين المصري وغيره من التقنيات من وجوب خضوع دعوى البطلان للقواعد العامة في التقادم حماية للأمن الاجتماعي والمحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضي الزمن، لذلك قررت المادة 140 سقوط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد، ولا يقصد من النص أن العقد الباطل ينقلب صحيحاً بمرور الزمن، لأنه عدم لا يمكن بعثه أو إحيائه، وإنما يقصد به، أن الدعوى التي ترفع لتقرير البطلان وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد تسقط بمرور الزمن، والزمن الذي يجب أن ترفع خلاله دعوى البطلان خمس عشرة سنة من وقت العقد، فإذا مرت هذه المدة دون أن ترفع تسقط الدعوى بمضي الزمن.

وسقوط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة لا يمنع من جواز الدفع بالبطلان حيث يختلف الدفع بالبطلان عن دعوى البطلان، فمثلاً في عقد البيع الباطل إذا لم يكن البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، ومضت مدة خمس عشرة سنة على البيع، تسقط دعوى البطلان بسبب مرور الزمن، ولكن إذا رفع عليه المشتري دعوى يطلب فيها منه تسليمه المبيع، فيستطيع البائع أن يدفع هذه الدعوى بالدفع بالبطلان لأن هذا الدفع لا يسقط بمرور الزمن.

ويمكن تعليل ما سبق بأن مد سقوط دعوى البطلان تسري من وقت وجود الحق وإمكان استعماله، فيتصور سقوط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد لأن هذه الدعوى تنشأ ويمكن رفعها منذ ذلك الوقت، فيصح أن تسقط بعدم استعمالها لمدة خمس عشرة سنة، أما الدفع بالبطلان فلا ينشأ ولا يمكن استعماله من

وقت العقد، بل وقت رفع الدعوى المستندة إلى العقد، فيمكن التمسك به في هذه الدعوى بغض النظر عن المدة التي انقضت من تاريخ العقد. وهي تطابق نص المادة الثانية من المادة 141 مصري، 2/102 جزائري.

مادة (141)

إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.

النص القديم: (150)

إذا كان العقد في جانب منه باطلاً، بطل العقد كله، إلا إذا كانت حصة كل جانب من العوض معيناً فإنه يبطل في الجانب الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي، ويثبت الخيار لمن تفرقت عليه الصفقة.

المذكرة الإيضاحية :

مصدر هذا النص، نص المادة 205 من مشروع القانون المدني العربي الموحد الذي انتصر لرأي صاحبيه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وهما من تلاميذ المذهب الحنفي، فذهبا إلى أن العقد الباطل في جانب منه يعد باطلاً كله، إلا إذا كانت حصة كل جانب من العوض معينه فإنه يبطل في الجانب الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي، ومثال ذلك أن يبيع شخص بعقد واحد شاة ذكية وأخرى ميتة، وكل شاة بثمان، فيبطل بيع الشاة الميتة ويبقى صحيحاً بيع الشاة الذكية، ولكن يثبت الخيار لمن تفرقت عليه الصفقة، وهذا اخذ بنظرية انتقاص العقد كما يسميها الفكر القانوني الوضعي.

وفي الاعتقاد أن المادة تحتاج إلى تعديل وإعادة صياغة، إذ هي اشتملت على العقد الباطل، ولم تشتمل على العقد القابل للإبطال، فضلاً عن أن أصلها يرد إلى موقف

الصاحبين بحيث عالجوا انتقاص العقد الباطل، والعقد الموقوف، والفقه الإسلامي لم يأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال، في حين المشرع اعتمد فكرة العقد القابل للإبطال، وبالتالي الأفضل الأخذ بما ورد في المادة 143 مصري بخصوص انتقاص العقد التي نصت على (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ينعقد بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله).

يظهر أن نظرية إنقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي كما هي معروفة في التقنيات الوضعية وأساسها ما ورد في التقنيات الجرمانية، ومن بينها التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري، والتقنين البولوني، انظر أيضاً المادة 327 من التقنين التونسي والمادة 308 من التقنين المغربي وهي تعرض لانقاص العقد عندما يرد البطلان أو القابلية للإبطال على شق منه، ومعيار انتقاص العقد في الفقه الإسلامي، معيار موضوعي بخلاف المعيار في القانون فهو ذاتي ذلك أنه في القانون يبحث في نية المتعاقدين لمعرفة هل كانا يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو كانا لا يريدان ذلك، ففي الحالة الأولى ينقص العقد، وفي الحالة الثانية يبطل العقد كله، فالمسألة إذن مردها إلى نية المتعاقدين وهذا معيار ذاتي، أما في الفقه الإسلامي فالمعيار فيه موضوعي وهو بيان العوض لكل شطر أو عدم بيانه سواء كان شق العقد الذي يرد انتقاصه باطلاً أو موقوفاً.

ومن أمثلة انتقاص العقد القانوني الوضعي هبة اقترنت بشرط غير مشروع، أو أن بيعاً ورد على عدة أشياء وقع المتعاقد في غلط جوهري بشأن شيء منها، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان أو القابلية للإبطال من العقد إلا الشق الذي قام به سببه، وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة، فيكون البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه قابلاً للإبطال، ويظل ما بقي من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، ما

لم يتم مدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة العقد.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (150) من المشروع على النحو الوارد في المادة (141).

وهي تطابق المادة 143 مصري.

مادة (142)

إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

النص القديم: (151)

العقد الباطل في صورته إذا توافرت فيه أركان عقد آخر فإنه ينعقد به ذلك العقد الآخر إذا تبين أن نية العاقدين كانت تنصرف إليه.

المذكرة الإيضاحية :

مصدر هذا النص المادة 206 من مشروع القانون المدني العربي الموحد، الذي نصت على نظرية تحول العقد الباطل إذا جمع في ثناياه عناصر عقد صحيح يمكن القول بانعقاده إذا أمكن معرفة أن نية المتعاقدين انصرفت إلى هذا العقد بعد أن يتضح لهما بطلان العقد الأول، وهذا النص فيه نقص لأنه لا يشمل العقد القابل للإبطال، لذلك فإن نص المادة 144 مصري أفضل حيث ورد به (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد).

وهذه المادة استقيت من أحكام المادة 203 من التقنين الألماني، وفكرة تحول العقد أدق من فكرة الانتقاص التي سبق الإشارة إليها، إذ لا يرد أمر التحول إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، بل أن القاضي يحل نفسه محلها، ويبدلها من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما.

ويشترط لتحول العقد الأصلي إلى عقد آخر صحيح أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، ويجب أن يتضمن العقد الأصلي الباطل، أو القابل للإبطال في ثناياه عناصر عقد آخر جديد صحيح، فلا يملك القاضي أن يتلمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي، ويشترط أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد، لو أنهما تبينا ما في العقد الأصلي من أسباب البطلان، ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحول ليست سلطة تحكمية، فإذا كان يتولى عن المتعاقدين إعادة إنشاء التعاقد إلا أنه يسترشد في ذلك بارادتيهما بالذات، وليست الشروط المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضي على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهم الحقيقية، ولعل إعتبار السفتجة التي لا تستوفي ما ينبغي لها من الشروط الشكلية سندا اذنيا أو مجرد تعاقد مدني، من أبرز التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في صدد فكرة التحول.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (151) من المشروع على النحو الوارد في المادة (142).

وهي تطابق نص المادة 144 مصري.

العقد القابل للإبطال

مادة (143)

إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق.

المذكرة الإيضاحية :

قابلية العقد للإبطال تقررت حماية لمصلحة خاصة بالمتعاقد، فلا يثبت الحق في طلب إبطال العقد القابل للإبطال إلا للمتعاقد المراد حمايته، وهو المتعاقد الذي لحق بإدارته عيب من عيوب الإدارة أو تعاقد وهو ناقص الأهلية، أما المتعاقد الآخر كامل الأهلية والذي سلمت إرادته من عيوب الإرادة فليس له الحق في التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال، وحق التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال يمكن مباشرته من قبل نائبه القانوني، ويستطيع دائنوه أن يباشروا هذا الحق نيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها.

وإذا توفي المتعاقد قبل أن يتمسك ببطلان العقد القابل للإبطال ينتقل حق التمسك إلى ورثته حيث يمكنهم المطالبة بإبطال العقد القابل للإبطال. وهي تطابق نص المادة 138 مصري، و99 جزائري.

مادة (144)

1. يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية.
2. وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير.
3. ومع ذلك يجوز لكل ذي مصلحة في العقد أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله، خلال مدة لا تزيد عن تسعين يوماً، تبدأ من تاريخ الإعذار، فإذا انقضت هذه المدة دون إبداء رغبته تعد إجازة للعقد.

النص القديم : (153)

1. يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية.
2. وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير.
3. ومع ذلك يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الإعذار، فإذا انقضى ميعاد الإعذار من غير اختيار عد ذلك إجازة للعقد.

المذكرة الإيضاحية :

1. الإجازة عمل قانوني يصدر من جانب واحد يزيل به المتعاقد عيبا في العقد كان يخوله الحق في طلب إبطاله، وقد تكون الإجازة صريحة، وتكون بكل تعبير عن الإرادة يقصد به تصحيح العيب الذي لحق بالعقد، وقد تكون الإجازة ضمنية تستفاد من كل مسلك أو من كل حالة تدل بوضوح على نية المتعاقد في إجازة العقد، كما لو نفذ المتعاقد مختارا العقد بعد علمه بالعيب الذي لحق بإرادته، كأن يبيع القاصر بعد بلوغه سن الرشد العقار الذي اشتراه وهو قاصر، وقد تستنتج الإجازة من عمل مادي يدل عليها، كأن ينفذ المكروه أعمالا على الأرض التي اشتراها بعد علمه بالإكراه.
2. ويترتب على الإجازة أثرها القانوني بمجرد صدورهما من صاحبها دون حاجة لقبولها من المتعاقد الآخر لأنها عمل قانوني صادر من جانب واحد.
3. ويترتب على الإجازة اعتبار العقد صحيحا من وقت انعقاده لا من وقت إجازته فيما بين المتعاقدين، أما بالنسبة للغير الذي اكتسب حقا عينيا على الشيء موضوع الحق فيجب ألا تمس الإجازة حقه، أي يجب ألا يكون للإجازة أثر رجعي بالنسبة للغير الذي اكتسب حقا عينيا على الشيء موضوع الحق قبل الإجازة، فلو باع قاصر عقارا مملوكا له أثناء نقص أهليته، وبعد بلوغه سن الرشد

وقبل إجازته البيع رهن العقار، وبعد ذلك أجاز العقد، فإن إجازته لا تضر بحق الدائن المرتهن، فينتقل العقار إلى المشتري مثقل بالرهن.

والإجازة لا تصحح إلا العيب الذي قصد المتعاقد تصحيحه، فإذا تعددت العيوب اللاحقة بالعقد فلا بد من إجازتها جميعاً.

والفقرة 3 من المادة أتت بحكم مستحدث حيث أجازت لكل ذي مصلحة ناتجة عن العقد أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الاعتذار.

- وردت في النص لا تقل - ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الإعذار، فإذا انقضت المدة دون إبداء رغبته عد ذلك إجازة للعقد، ومن شأن هذا النص المستحدث أن يحافظ على مصلحة كل من له مصلحة ناتجة عن العقد، حيث يتمكن من ترتيب أموره بناء على إبداء الرغبة في الإجازة من عدمه، فضلاً عن تحقيق الاستقرار في التعامل.

ومن الأصح صياغة نص الفقرة على النحو الآتي.

(3- ومع ذلك يجوز لكل ذي مصلحة في العقد أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله خلال مدة لا تزيد عن تسعين يوماً تبدأ من تاريخ الإعذار، فإذا انقضت هذه المدة دون إبداء رغبته يعد ذلك إجازة للعقد).

ويرجع التعديل إلى أن المدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، تشمل أي مدة ثلاثة أشهر وما يزيد على هذه المدة وأن طالبت وهذا أمر غير منطقي ويرجع التعديل ثلاثة أشهر بتسعين يوماً نظراً لاختلاف مدة شهر عن شهر آخر وبالتالي فإن تحدد المدة بالأيام فيه ما يحقق المساواة.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (153) من المشروع على النحو الوارد في المادة (144).

مادة (145)

1. يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
2. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التغيرير، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تغيرير أو إكراه إذا، انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

المذكرة الإيضاحية :

العقد القابل للإبطال عقد موجود وتترتب عليه آثاره إلى أن يقرر بطلانه، ويجب على من يثبت له حق التمسك بإبطال العقد أن يقوم بذلك خلال المدة المحددة، لذلك فإذا انقضت دون أن يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الإبطال عد ذلك نزولا عن حقه، ولا يستطيع بعد ذلك أن يتمسك بالإبطال بطريق الدعوى، أو بطريق الدفع، فالدفع يستند إلى حق قرر من قبل المشرع للمتعاقد ناقص الأهلية أو الذي شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، واشترط أن يستعمله خلال مدة معينة، فإذا لم يتم استعماله خلال المدة المعينة يعد ذلك نزولا عنه، ولا يستطيع بعد ذلك أن يتمسك به ولو بطريق الدفع، وتختلف مدة التقادم باختلاف سبب القابلية للإبطال، فينقضي حق التمسك بإبطال العقد إذا كان سببه نقص الأهلية، بمضي ثلاث سنوات من الوقت الذي يزول فيه سبب نقص الأهلية.

أما إذا كان سبب القابلية للإبطال الغلط أو التغيرير، أو الإكراه فيسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات، وتبدأ المدة في حالة الغلط أو التغيرير من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل

الأحوال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط، أو لتغدير، أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

وهي تقارب نص المادة 140 مصري، 141 سوري.

مادة (146)

1. في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا، جاز الحكم بتعويض معادل.
2. ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

المذكرة الإيضاحية :

يكون العقد باطلا إذا تخلف ركن من أركانه كانهتمام الإرادة بسبب انعدام الأهلية لعدم التمييز أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما أو عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته، ويكون العقد قابلا للإبطال، إذا توافرت أركانه، ولكن أحد أركانه وهو الرضا فسد بسبب عيب شابه أو بسبب نقص أهلية أحد المتعاقدين، وهذا يعني أنه يبطل إذا تمسك بذلك من شرع البطلان لمصلحته وهو من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة أو كان ناقص الأهلية. وقابلية العقد للإبطال تمثل العقد في مرحلتين، مرحلة الصحة وتترتب على العقد جميع آثاره، ومرحلة البطلان ويعد فيها العقد باطلا لا حكم له من وقت نشوئه، فلا توجد مراحل ثلاث، الصحة، وقابلية العقد للإبطال، والبطلان، وإنما توجد مرحلتان الصحة والبطلان.

والعقد الباطل بسبب تخلف ركن من أركانه، والعقد الذي أبطل بسبب تمسك من ثبت له الحق في إبطاله بذلك، لوجود له ولا يترتب أثرا قانونيا، وتبقى حالة المتعاقدين كما هي قبل التعاقد، إذا لم ينفذ العقد جزئيا أو كليا، حيث لا يوجد دائن ولا مدين لأن الوضع السابق على التعاقد هو الموجود، أما إذا نفذ أحدهما التزاماته قبل تقرير

البطلان، فيجب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا كان العقد بيعاً لزم على المشتري أن يرد المبيع وثماره من وقت المطالبة القضائية في حالة كونه حسن النية، ولزم على البائع أن يرد الثمن الذي قبضه، لأن الحكم بالبطلان يلزمهما بالتزامات جديدة هي رد كل متعاقد ما تسلمه بموجب العقد الذي تقرر بطلانه، وكل ما سبق لا يزيل حق المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية عن الفعل الضار إذا تحققت شروطها، ورد المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد لا يتحقق في كل الحالات، حيث يمكن في بعضها، وغير ممكن أي مستحيل في بعضها الآخر، ومنها هلاك العين محل العقد في يد المشتري أو كون طبيعة العقد لا تسمح برد المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، كعقود المدة كالإيجار والتوريد والعمل، فإذا كان المستأجر قد انتفع بالمأجور قبل الحكم ببطلان عقد الإيجار وجب الحكم بتعويض معادل، وهذا التعويض لا يعد أجرة ولذا لا يضمنه امتياز المؤجر.

وإذا استحال الرد بسبب هلاك المبيع جاز الحكم بتعويض معادل لما عاد على المشتري من منفعة إذا كان المشتري حسن النية، وتم الهلاك بعد خطأ منه، ومعادلاً لقيمة الشيء، وقت هلاكه في حالة سوء نية المشتري، إلا إذا اثبت المشتري أن الشيء كان يهلك حتى ولو كان تحت يد البائع.

ويجب ألا يخل مبدأ الأثر الرجعي للبطلان بحقوق الغير حسن النية، فإذا صدر رهن من مالك بطل سند ملكيته وزالت ملكيته بأثر رجعي بسبب البطلان بقي الرهن على المرهون لمصلحة الدائن المرتهن، ويعد ذلك خروجاً على مبدأ زوال الرهن تبعاً لزوال الملكية من أجل استقرار المعاملات ودعمًا للثقة والائتمان وحماية حسن النية.

وتستثني الفقرة الثانية ناقص الأهلية إذا تمسك بإبطال العقد، وأبطل فلا يسأل عن الرد إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، أي لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

وهي تطابق نص المادة 142 مصري.

الفرع الثاني
آثار العقد
بالنسبة للمتعاقدین
مادة (147)

العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو
للأسباب التي يقررها القانون.

المذكرة الإيضاحية :

يترتب على وجود العقد صحيحاً آثار قانونية تلزم الطرفين، حيث لا يستطيع أي
منهما التحلل منها، ويرد ذلك إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذا يعني أن على
كل من المتعاقدين تنفيذ آثار العقد وعدم التحلل منها بإرادته المنفردة بل ولا يجوز
للقاضي أن يستقل بنقض العقد أو تعديله لأن مهمته لا تتعلق بإنشاء العقود بدلاً من
عاقديها، وإنما تقتصر على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية المتعاقدين.
مما سبق يظهر أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه، ويكون هذا
التراضي بمثابة تعاقد جديد، أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون، كما هو
الشأن في أسباب الرجوع في الهبة.

وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة 147 مصري، و106 جزائري، وتوافق 1134
تونسي التي تنص على (الاتفاقات المبرمة على نحو شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة
إلى من أجروها)، و1/237 عربي موحد.

مادة (148)

**1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن
النية.**

2. لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، وطبيعة المعاملة.
3. في العقود المعدة على نماذج لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية، تقدم الشروط المضافة إلى تلك النماذج على الشروط الأصلية ولو لم تشطب هذه الأخيرة.

المذكرة الإيضاحية :

إذا تعين ما يشتمل عليه العقد، وجب أن ينفذ على نحو يتفق مع ما يفرضه حسن النية ولا يقتصر التنفيذ على إلزام المتعاقد بما ورد في العقد بل عليه أن ينفذ أيضا ما يعد من مستلزماته التي تقتضيها طبيعة الالتزام وفقا للقانون، والعرف، وطبيعة المعاملة.

وما سبق يبين أن المقصود بمضمون العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه الحصر، بل يلزمه كذلك بما تقتضيه طبيعته، ويحدد ذلك وفقا للقانون أو العرف أو طبيعة المعاملة.

وقد أخذ المشروع بالجمع بين معيارين ذاتي قوامه نية المتعاقد، وآخر مادي يعتد بظروف التعامل وطبيعة المعاملة.

ويظهر من نص المادة الخروج عما كان سائداً في بعض العقود عند الرومان حيث تحكم في العقد الشكلية دون معانيها، فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها، ولا يغير من ذلك كون العقد شريعة المتعاقدين.

وورد نص مستحدث في الفقرة الثالثة يقضي بأنه في حالة ما إذا وجد نموذج مطبوع لتوحيد تنظيم العلاقات التعاقدية، فإن ما ورد في النموذج يحكم العلاقة التعاقدية وإذا أضاف المتعاقدان شروطا إضافية على ما هو موجود في النموذج فإن هذه الشروط

هي التي تقدم في التطبيق على الشروط الأصلية المطبوعة حتى ولو لم تشطب الشروط المطبوعة، والعلة من ذلك واضحة إذ إن إضافة شروط للشروط المطبوعة تدل على رغبة المتعاقدين في هذه الشروط وتقديمها على غيرها من الشروط المطبوعة، وإلا لما وجد داع لإضافتها.

والفقرة الأولى والثانية من المادة تطابق نص المادة 148 مصري، 107/2و جزائري، 202 أردني.

والنص المستحدث مصدره الفقرة الثالثة من 238 عربي موحد.

مادة (149)

إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، مادام المتعاقد الآخر ممتنعاً عن تنفيذ التزامه المقابل.

المذكرة الإيضاحية :

تضع هذه المادة نصاً عاماً ينظم الدفع بعدم التنفيذ، وبهذا حذا المشرع حذو التشريعات الحديثة التي نظمت أحكام الدفع بعدم التنفيذ، والدفع بعدم التنفيذ يثبت في العقود الملزمة للجانبين ويرجع ذلك إلى وجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة على كل من المتعاقدين، حيث يكون للمتعاقد الذي لم يخل بالتزامه وقف تنفيذه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بالتنفيذ.

ويجب أن يقصر أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، وحتى يثبت ذلك لا بد أن تكون الالتزامات الناشئة عن العقد مستحقة الأداء ويجب التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بحسن نية، ويرجع ذلك إلى وجوب تنفيذ العقود بحسن نية، فلا يستطيع المتعاقد التمسك بعدم التنفيذ إذا قام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته ولم يبق منها إلا اليسير، ولا

يستطيع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان هو المتسبب في تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه.

والمشروع إقتفى أثر التقنين المصري وغيره من التقنينات التي حذت حذوه في تنظيم أحكام الدفع بعدم التنفيذ بعد الأحكام التي تتعلق بالفسخ في الفرع الخاص بانحلال العقد، في حين لا علاقة للدفع بعدم التنفيذ بانحلال العقد، لذلك كان يجب أن ينظم الدفع بعدم التنفيذ في الأحكام المتعلقة بآثار العقد بين المتعاقدين.

وأصل المادة 148 المادة 161 مصري التي تأثرت بالمادة 320 ألماني وبالمادة 82 من قانون الالتزامات السويسري، وبالمادة 48 من المشروع الفرنسي الإيطالي. وهي تطابق نص المادة 161 مصري، و123 جزائري.

مادة (150)

إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

تظهر النزعة الاجتماعية في هذا النص، فالقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، إذ يجب احترام هذه القاعدة من المتعاقدين، ومن القاضي، وعلى القاضي أن يطبق ما ورد في العقد من شروط، إلا إنه في عقود الإذعان يسلم الموجب له بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (م89) من المشروع.

أراد المشروع التخفيف من الشدة والحرص التي تلازم عقود الإذعان بالنسبة للمتعاقد المذعن فوضع نص المادة 150 ليكون حكمها استثناءً من الأحكام العامة في تفسير العقود.

فالأصل أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة لا لبس ولا غموض فيها فإنه يجب تطبيق العقد كما وردت فيه، إلا إن ذلك لا يندرج على عقود الإذعان وما ورد فيها من شروط تعسفية جائرة، إذ يجب أن يتدخل القاضي عن طريق تفسيرها ولو كانت واضحة العبارة، وعلى القاضي أن يبحث فيما إذا كان المتعاقد المذعن قد تنبه للشروط التعسفية أم لم ينتبه لها، فإذا استوثق القاضي من أن المتعاقد قد تنبه إليها كما لو كان المتعاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع تحتم على القاضي تطبيق شروط العقد تحقيقاً لمبدأ استقرار التعامل، أما إذا تبين أن المتعاقد المذعن لم ينتبه إلى الشروط التعسفية، فعلى القاضي أن يستبعداها، أو يعدلها تعديلاً يخفف العبء الواقع على المتعاقد المذعن أو يعفيه منها حسبما تمليه قواعد العدالة.

والنص المذكور في المادة 150 هو نص آمر، بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على استبعاد تطبيقه، فإذا وجد اتفاق بذلك بين المتعاقدين يبطل الاتفاق ويطبق النص.

ومن المهم التنبيه إلى أن الإذعان لا يختلط بالإكراه، لذلك لا يصل الأمر إلى حد استبعاد الشروط التعسفية استناداً إلى أن المذعن قد أكره على قبولها متى تنبه إليها المتعاقد المذعن وقبلها.

وهي تطابق نص المادة 149 مصري، و150 سوري، و176 عراقي، و110 جزائري، و204 أردني، 240 أردني.

مادة (151)

إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، أصبح مرهقا للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعا للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

لقد أدت التطورات الاجتماعية والاقتصادية إلى جعل المشروع يتدخل في العلاقات العقدية بالتعديل بقصد تحقيق التوازن بين المتعاقدين، أو حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، وظهر ذلك من تدخل المشروع لإظهار رغبته في محاربة الاستغلال والغبن في العقد، وفي تفسير الشك لمصلحة المدين، وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في عقود الإذعان، وفي تعديل مقدار الأجرة لصالح المُستأجر، وفي تحديد حد أدنى للأجور.

وأعطى المشروع القاضي سلطة التدخل في العقد لإقامة التوازن في مصلحة المتعاقدين، إذا جدد ظروف استثنائية بعد انعقاده لم تكن متوقعة أدت إلى جعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقا، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وفي هذا أخذ بنظرية الظروف الطارئة.

ولم تظهر هذه النظرية في القانون الروماني بسبب انتشار روح الفردية، وأول من فكر فيها هم الكنسيون، حيث أثرت فيهم فكرة العدالة التي يجب أن تسود في العقود حيث نادوا بالثمن العادل والأجر العادل، ولم يقتصر مفهوم العدالة عندهم على أن توجد بين المتعاقدين، وقت إبرام العقد، بل نادوا ببقائها إلى أن يتم تنفيذ العقد، وبالتالي حاربوا الغبن في أية مرحلة يتحقق سواء وقت انعقاد العقد أو بعد ذلك وإلى وقت تنفيذ العقد، فإذا أبرم العقد دون غبن وبعد ذلك حدثت كوارث قبل تنفيذه جعلت الغبن الفاحش يلحق بأحد المتعاقدين، كان له اللجوء إلى القضاء لرد التزامه إلى الحد

العادل، ويرد فقهاء القانون الكنسي ذلك إلى وجود شرط ضمني قالوا بوجوده في العقد مؤداه بقاء الظروف التي أبرم فيها العقد على حالها، بحيث إذا تغيرت فإن ذلك يستوجب تعديل آثار العقد بما يتلاءم مع التغيير.

وعرف الفقه الإسلامي نظرية الظروف الطارئة، وأطلق عليها في الفقه الحنفي مبدأ الإعذار وفي الفقه المالكي والحنبلي (الجائحة)، يراجع فيما يتعلق بالحوادث الطارئة غير المتوقعة، بدائع الصنائع للكاساني ج4 ص 197-199، والهندية ج4 ص 459-463، وابن عابدين ج5 ص 76، والسنهوري مصادر الحق ج4 ص 95-118.

ولقد أدى انتشار المذهب الفردي في أوروبا، وسيادة مبدأ سلطان الإرادة إلى عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وقد تأثر التقنين المدني الفرنسي بالنزعة الفردية ولم ينص على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، بل جاء في نص المادة 1134 ما يفيد بعدم الأخذ بها حيث قضى بأن العقد يحل محل القانون بالنسبة للمتعاقدين. ولم تأخذ محكمة النقض الفرنسية في أحكامها بنظرية الظروف الطارئة، حيث لم تتأثر باعتبارات العدالة وحسن النية ونجدة المدين عاثر الحظ.

ووجدت نظرية الطارئة في فرنسا في مجال القانون الإداري، ونصر مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في حكم صادر عنه 1916 حيث أجاز لشركة الغاز في مدينة بوردو برفع سعر التوريد لأن ظروفًا طارئة وهي الحرب أدت إلى ارتفاع التكاليف رغبة منه في استمرار المرافق العامة.

وقد أخذت التقنينات المدنية الحديثة بنظرية الظروف الطارئة، وقد أخذ المشروع بنظرية الظروف الطارئة في نص المادة 151 محتذيا حذو التشريعات الحديثة.

وتختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة، حيث جعل النص أن تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين في حالة الظروف الطارئة، في حين يكون تنفيذه مستحيلا في حالة القوة القاهرة.

ونص المادة 151 وضع ضابطاً لتحديد الحادث غير المتوقع، وتلافى ذكر أمثلة تطبيقية هي اقرب إلى عمل الفقه.

وبالرغم من أن نظرية الظروف الطارئة تحقق العدالة إلا إنها تعرضت للنقد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي، لذلك أضفت التقنيات عليها صفة مادية لتكفل لها نصيباً من الاستقرار، ويتجلى ذلك في تحديد الحادث الذي لم يكن بالوسع توقعه، وفي إعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه، فلم تترك للقضاء أن يقدر الحادث غير المتوقع تقديراً ذاتياً أو شخصياً، بل اتخذت عبارة تبعا للظروف لتعني الإشارة إلى توجه موضوعي النزعة، فضلاً عن أنه، إذا ثبت للقاضي تحقق نظرية الظروف الطارئة وعمد إلى إنقاص الالتزام الذي أصبح مرهقاً، فهو ينقص منه إلى الحد المعقول وهذا قيد مادي الصبغة.

والمادة 151 لم تأخذ بالصبغة المادية في تحديد الحادث الذي لم يكن بالإمكان توقعه حيث لم تضع ضابطاً مادياً للقاضي ليقدر ذلك، وفي هذه الحالة يكون التقدير ذاتياً أو شخصياً، وهذا ما سبق وأن اخذ به التقنين البولوني، (المادة 269)، في حين لم تقره التقنينات الحديثة، لذلك لابد من تعديل المادة 151 لتأخذ بمعيار موضوعي لتحديد الحادث الذي لم يكن بالإمكان توقعه، وهذا يقتضي إضافة تبعا للظروف بعد أن جاز للمحكمة، وهنا يكون تقديرها ليس ذاتياً وإنما وفق الظروف السائدة. والحكم الذي ورد في المادة 151 هو حكم أمر لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفه فإذا إتفق المتعاقدان على خلافه، فإن هذا الاتفاق لا قيمة له وتطبق نظرية الظروف الطارئة.

وهي تقارب نص المادة 2/147 مصري، 148 سوري، 146 عراقي، 3/117 جزائري، و205 أردني، 241 عربي موحد.

مادة (152)

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إليه.

المذكرة الإيضاحية :

لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين، بل تنصرف إلى الخلف العام لهما، والخلف العام هو ما يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها، وغالبا ما يكون وارثا أو موصى له.

وينتج عن انصراف آثار العقد إلى الخلف العام أن ما يسري في حق السلف يسري في حق الخلف، ولا يشترط ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون حجة على الخلف، أو حجة له لأن الخلف يعد قائما مقام المورث ويلتزم بما التزم به طالما نشأ العقد صحيحا وترتبت عليه قوة الإلزام، وكل ذلك لا يخل بالتحفظ الخاص بأحكام الميراث، ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون مورثه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة، بل وبنسبة ما يؤول إليه منها في صلته بالورثة الباقين وهذا تطبيق لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون، لذا فإن التزامات المورث تبقى في تركته وتؤدي منها وما بقي من حقوق في التركة ينتقل إلى الوارث.

وقد ورد في النص عدد من الاستثناءات لا تنصرف بمقتضاها آثار العقد إلى الخلف العام وهي كالتالي:

1. إذ تبين من العقد أن المتعاقدين اقتصرآ آثار العقد عليهما بحيث لا تنصرف إلى ورثة أحدهما، فيجوز ذلك طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذا الاتفاق صحيح مادام لا يخالف النظام العام أو الآداب.
2. إذا كانت طبيعة العقد لا تسمح بانتقال آثاره إلى الخلف العام وذلك في حالة كون شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد مثل الطبيب والمحامي والمهندس فلا يستطيع الورثة أن ينفذوا التزاماتهم الناتجة عن العقود التي أبرمها السلف قبل

وفاته، لأن هذه العقود تنتهي وتتحل بمجرد وفاته، وكذلك الحال فإن العقد الذي يرتب إيراداً مدى الحياة ينتهي وينحل بوفاة من كان الإيراد قد رتب لصاحبه.

3. إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد، كنص القانون على انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع، وانتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل.

وهي تطابق نص المادة 145 مصري، و 146 سوري، و 142 عراقي، و 108 جزائري، وتقارب 206 أردني، و 242 عربي موحد، راجع بدائع الصنائع للكاساني ج 5 ص 258، راجع المادة 278، 306 من مرشد الحيران.

مادة (153)

إذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.

المذكرة الإيضاحية :

الخلف الخاص هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء معين، كالمشتري، وكالموهوب له.

ويظهر من النص أنه لكي تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص لا بد من أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، فإذا أبرم السلف العقد بعد انتقال الشيء إلى الخلف الخاص فلا تنصرف آثاره إلى الأخير، فمثلا إذا باع شخص منزله المؤمن عليه ضد خطر الحريق تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين إلى المشتري (الخلف الخاص)، أما إذا أبرم عقد التأمين بعد البيع فلا يلتزم الخلف الخاص بالآثار المترتبة على عقد التأمين نظرا لأن عقده أسبق من عقد التأمين.

وأن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء ويعد الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له، وتكون الحقوق مكملة للشيء إذا كان من شأنها حفظ الشيء أو تقويته أو درء الخطر عنه، ومن أمثلة الحقوق التي تحفظ الشيء وتقويه ما يعد تأمينا له، فإذا أحيل الحق إلى المحال إليه تنتقل الكفالة أو الرهن معه إلى المحال إليه، ومن أمثلة الحقوق التي يكون الغرض منها درء الضرر عن الشيء عقد التأمين على العقار المبيع من خطر الحريق.

وتعد الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة للشيء أي تضع قيوداً على استعماله أو تحد من سلطات المالك عليه، ولا يستطيع غير المالك تنفيذها، وهي الحقوق العينية المقررة على الشيء، والمسجلة وفق القانون كالرهن، وحقوق الارتفاق لأنها تحد من الانتفاع بالشيء، ويلحق بذلك قيود البناء التي تقيد المالك في البناء بالارتداد مسافة معينة أو عدم تجاوز حد معين في الإرتفاع أو بعدم البناء في مساحة الأرض كلها.

وقد يقرر القانون التزامات تعد من مستلزمات الشيء، مثل تقرير انصراف آثار عقد الإيجار الصادرة من السلف في مواجهة الخلف الخاص، كمشتري العقار، إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على التصرف الذي تملك به هذا الخلف.

وتنتقل الالتزامات إلى الخلف الخاص إذا إنفق مع السلف على ذلك، وتنتقل كذلك الالتزامات إلى الخلف الخاص إذا كانت ناشئة عن عقود ملزمة للجانبين عقدها السلف، لأنها مقابل الحقوق التي إنتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذه العقود.

ويجب أن يكون الخلف الخاص عالماً بالحق أو الالتزام الذي يعد من مستلزمات الشيء وقت انتقال الشيء إليه، وتظهر أهمية ذلك بالنسبة إلى انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص، أما الحقوق فيمكن له أن يطالب بانتقالها إليه مادامت من مستلزمات الشيء لأنها تعد من ملحقاته وتوابعه.

والمقصود بالعلم هنا العلم الحقيقي لا مجرد استطاعة العلم بالالتزام، ويستوي في الحكم مع العلم الحقيقي العلم المفترض من تسجيل العقود الصادرة من السلف.

وهي تطابق المادة 146 مصري، و147 سوري، و109 جزائري، وتقارب 142 عراقي، و207 أردني.

مادة (154)

لا يترتب العقد التزامات في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا.

المذكرة الإيضاحية :

أصل هذه المادة، المادة 13 من المشروع الفرنسي الإيطالي التي تقرر أن العقود لا يترتب عليها ضرر لغير عاقيدها، ولكن يجوز أن ينصرف إليهم نفع. ويظهر من المادة أن الالتزامات التي تترتب على العقد لا تنصرف إلى الغير، ولكن يمكن أن يكسب العقد حقوقاً للغير، لذلك أعطى هذا النص تصويراً حديثاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير وهذا هو الاستثناء الحقيقي الذي يرد على النص. وهي تطابق نص المادة 152 مصري، و153 سوري، وتقارب، 208 أردني، و243 عربي موحد، راجع المادة 306 من مرشد الحيران.

مادة (155)

1. إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بتعده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به.
2. إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يسند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

المذكرة الإيضاحية :

تبين هذه المادة نظرية التعهد عن الغير وتنظم أحكامها، والتعهد عن الغير، هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين وهو المتعهد بأن يجعل شخصاً ثالثاً يلتزم في مواجهة المتعاقد معه، أي تعهد شخص لآخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً وهو الغير على قبول

الالتزام بأمر معين ومثال ذلك أن يتعهد (أ) إلى (ب) بأن يجعل (ج) يبيع له منزله، وفي التعهد عن الغير يوجد ثلاثة أشخاص : المتعهد، والمتعهد له، والمتعهد عنه. وفي التعهد عن الغير يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، وبهذا يختلف المتعهد عن الوكيل، إذ إن الوكيل يعمل لحساب موكله حيث تنصرف آثار العقد إلى الأصل، أما المتعهد فيبرم العقد باسمه هو وتنصرف آثار العقد إليه ولا يلتزم الغير من جراء ذلك.

ويجب أن تنصرف إرادة المتعهد عن الغير إلى إلزام نفسه هو لا إلزام الغير إذ لا يمكن إلزام شخص بآثار عقد لم يكن طرفاً فيه وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة في اقتصار آثار العقود على عاقيدها، ويلزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد، فيكون محل التزام المتعهد القيام بعمل هو الحصول على قبول الغير للتعهد، والتزامه التزام بتحقيق نتيجة.

وإذا قبل الغير الأمر المتعهد به يكون المتعهد قد أوفى بالتزامه، وتبرأ ذمته، حتى ولو لم يف المتعهد عنه فيما بعد بالأمر الذي تعهد به، ويترتب على قبول الغير بالأمر المتعهد به أن يصبح ملتزماً في مواجهة المتعهد له من تاريخ موافقته لا من تاريخ عقد التعهد، ما لم يظهر أنه قصد تحمل الالتزام من تاريخ انعقاد عقد التعهد بشرط عدم سريان هذا الأثر الرجعي على الغير الذي كسب بحسن نية حقوقاً تتعارض مع ذلك.

وللمتعهد عنه كامل الحرية في أن يرتضي بالأمر المتعهد به أو لا يرتضيه، فإذا ارتضاه ف يرجع التزامه إلى عقد جديد يبرمه مع المتعهد له، لا إلى عقد التعهد عن الغير.

ولا يسأل الغير إذا رفض الأمر المتعهد به، ويكون المتعهد نفسه في هذا الحالة مسؤولاً فإذا استطاع أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام باعتباره طرفاً في العقد، فلا تتحقق شروط مسؤوليته أما إذا رفض الغير الأمر المتعهد به ولم يكن بمقدور المتعهد نفسه

أن يقوم بتنفيذ الالتزام تتحقق مسؤوليته ويلتزم بتعويض المتعهد له عن الأضرار التي لحقت به.

يظهر مما سبق أن التعهد عن الغير ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في قصور حكم العقد على عاقيه.

وهي تطابق نص المادة 153 مصري، و154 سوري، و151 عراقي، و114 جزائري، و209 أردني، و244 عربي موحد، راجع بدائع الصنائع للكاساني ج 5 ص 258.

مادة (156)

1. يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.
2. يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.
3. يجوز للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

يتعلق نص المادة بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، ويعد الاشتراط لمصلحة الغير استثناءً حقيقياً من قاعدة قصور العقد على المتعاقدين، لأنه يترتب حقاً لشخص ثالث لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لطرف فيه.

والاشتراط لمصلحة الغير هو إبرام شخص يسمى المشتري عقداً مع آخر يسمى المتعهد لمصلحة أجنبي عن العقد يسمى المنتفع الذي ينشأ له حق مباشر قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بالوفاء به، بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد.

وأطراف العقد هما المشتري، والمتعهد أو الملتزم، أما المنتفع فهو ليس طرفاً في العقد بل يعد من الغير.

ومن أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير الهبة مع تكليف، حيث يشترط الواهب على الموهوب له إعطاء شيء أو القيام بعمل لمصلحة الغير، وعقد التأمين على الحياة لصالح الأولاد، حيث تتعهد شركة التأمين مقابل الأقساط التي يدفعها الأب بأن تدفع مبلغاً محدداً من النقود للأولاد في حالة وفاة الأب.

ولا يوجد عقد الاشتراط لمصلحة الغير صحيحاً إذا لم يكن للمشتري مصلحة فيه، ومصلحة المشتري قد تكون مادية، أو أدبية، ومثال المصلحة المادية اشتراط البائع على المشتري أن يفي بالثمن أو جزء منه إلى دائنه فمصلحة البائع مادية وهي قضاء دين عليه للمستفيد، ومثل المصلحة الأدبية اشتراط الأب على شركة التأمين أداء مبلغ من النقود في حالة وفاته إلى أبنائه، وقد توسع في فكرة المصلحة الأدبية، إذ ينذر تصور بطلان الاشتراط لمصلحة الغير لتخلف هذا الشرط، بل أن مجرد وجود الاشتراط لمصلحة الغير فيه افتراض لوجود مصلحة المشتري الأدبية.

وترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمنتفع (الغير) حق مباشر ويصبح المنتفع دائناً للمتعهد حيث يثبت له حق شخصي مباشر تحميه دعوى مباشرة يرفعها باسمه الشخصي على المتعهد، أي يستطيع أن يطالب المتعهد مباشرة بتنفيذ ما التزم به، ولكن ليس له طلب فسخ عقد الاشتراط لأنه ليس طرفاً فيه.

ويترتب على كون العقد مصدر حق المنتفع، فإن حق المنتفع يتأثر بكل ما يؤثر في عقد الاشتراط، حيث يجوز للمتعهد أن يدفع في مواجهة المنتفع بكل الدفعات الممكنة كالدفع ببطلان العقد، أو الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه، وله أن يطلب الفسخ لعدم التنفيذ، ولكون المشتري له مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط يستطيع أن يرفع دعوى باسمه لا باسم المنتفع يطالب فيها المتعهد بتنفيذ عقد الاشتراط إذا لم يتم بتنفيذه اختياريًا وقد يظهر من عقد الاشتراط أن حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه

نحو المنتفع، قاصر على المشتري وحده فيكون للمشتري استعمال هذا الحق فقط، وتتحقق هذه الصورة في عقود الاشتراط بين الحكومة وشركات الاحتكار بخصوص الشروط المقصود بها حماية الجمهور، فيكون للحكومة وحدها مطالبة الشركات بالوفاء بالتزاماتها نحو الجمهور. وقد يستفاد من عقد الاشتراط أن للمنتفع وحده مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحوه، فلا يجوز لغير المنتفع مطالبة المتعهد. وهي تطابق نص المادة 154 مصري، و155 سوري، و152 عراقي، و116 جزائري، و212 أردني، و245 عربي موحد، راجع بدائع الصنائع للكاساني ج5 ص172، وابن عابدين، ج4 ص167.

مادة (157)

1. يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن مخالفاً لما يقتضيه العقد.
2. لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا إتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة.

النص القديم : (170)

1. يحق للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض الاشتراط أو أن يحل منتفعاً آخر محل الأول، أو يحول المنفعة لنفسه ما لم يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري قبوله لما اشترط له، أو ينص العقد على خلافه، أو يكون ذلك مضراً بمصلحة المتعهد أو بحق الغير.

2. لا يترتب على نقض الاشتراط أن تبرأ ذمة المتعهد تجاه المشتري، إلا إذا إتفق صراحة أو ضمنا على ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

عقد الاشتراط المبرم بين المشتري والمتعهد يترتب حقا للمنتفع، وهذا الحق قابل للنقض طالما لم يعلن المنتفع عن رغبته من الاستفادة من المشاركة، ويثبت حق نقض الاشتراط للمشتري نفسه ويرجع ذلك لكونه هو الذي أوجد حق المنتفع في ذمة المتعهد، وحق المشتري في نقض المشاركة يعد حقا شخصيا لا ينتقل إلى الورثة ولا يجوز لدائني المشتري مباشرته، وإلا لما أحجم الورثة أو الدائنون عن نقض المشاركة لأن في ذلك مصلحة لهم، فحماية لحق المنتفع قصر المشرع حق نقض المشاركة على المشتري دون ورثته أو دائنيه، وقد يتفق كل من المتعهد والمشتري على ألا يكون حق نقض الاشتراط قاصرا على المشتري بل لا بد من مشاركة المتعهد ويحدث ذلك في حالة وجود مصلحة للمتعهد في الوفاء للمنتفع دون غيره. وحق المشتري في نقض المشاركة، يجب أن يتم قبل أن يعلن المنتفع قبوله للاشتراط.

ويجب أن يعلن المنتفع قبوله إلى المتعهد حتى يسري في حقه، ويجب أن يعلن قبوله أيضا للمشتري، ولا يعد سكوت المنتفع رفضا للاشتراط بل يفترض أنه قبول له، وإذا توفي المنتفع قبل إعلان قبوله انتقل هذا الحق إلى ورثته ما لم يتبين من عقد الاشتراط أن المشتري قصر الحق عليه دون ورثته.

والأصل عدم وجود مدة يستوجب على المنتفع أن يقبل أو يرفض خلالها إلا إذا حدد المشتري في عقد الاشتراط أو في إعلان لاحق للمنتفع المدة التي يجب أن يقبل خلالها الاشتراط، فإذا انقضت المدة دون أن يعلن المنتفع قبوله يعد رافضا للاشتراط، كما يسقط حق المنتفع في القبول بمرور الزمن.

ولا يعد قبول المنتفع شرطاً ضرورياً لثبوت الحق له، ولكن قبوله للاشتراط يؤكد حقه ويحميه من خطر استعمال المشتري حقه في نقض المشاركة.

وقد تأبى طبيعة العقد نقض المشاركة فلا يجوز للمشتري نقضها، ومثال ذلك التأمين على الأشياء لصالح من تثبت له ملكيتها، وبيع العقار المرهون والاشتراط على المشتري دفع بعض الثمن أو كله سداداً للدين المضمون، فلا يستطيع البائع الرهن نقض الاشتراط لمصلحة الدائن المرتهن لأن طبيعة العقد لا تسمح بذلك حيث يكون لمشتري العقار المرهون مصلحة في دفع الثمن للدائن حتى يظهر العقار من الرهن. وإذا نقض المشتري المشاركة فإن حق المنتفع يزول بأثر رجعي، وقد يحل محله منتفع آخر، وهذا ما يقع عادة في عقود التأمين على الحياة، وفي هذه الحالة يحل المنتفع الآخر بأثر رجعي أي من تاريخ عقد الاشتراط لا من وقت تعيينه، وقد لا يحل محل المنتفع منتفع آخر وفي هذه الحالة تتصرف آثار العقد له.

وإذا نقضت المشاركة من قبل المشتري فلا يؤدي ذلك إلى أن تبرأ ذمة المتعهد تجاه المشتري إلا إذا وجد إتفاق صريح أو ضمني على ذلك.

ويلاحظ وجود عيب في صياغة المادة، فالفقرة الأولى تجعل المشتري مخيراً بين نقض المشاركة أو أن يحل منتفعاً آخر محله.. الخ، فضلاً عن ذلك، فإن الفقرة الأولى تشمل على ما ورد في الفقرة الثانية من عدم براءة ذمة المتعهد تجاه المشتري. ومصدر نص المادة 170، المادة 246 عربي موحد، واقتراح تعديل النص بحيث يصبح على النحو الآتي (1- يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستقادة منها ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد. 2- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا إتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (170) من المشروع على النحو الوارد في المادة (157).

وهي تطابق نص المادة 246 عربي موحد.

مادة (158)

يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة غير معينين وقت العقد، إذا كان تعيينهما مستطاعا حين ينتج العقد أثره طبقا للاشتراط.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة جواز أن يكون المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير شخصا مستقبلا، لذلك يجوز التأمين على الحياة لصالح الأولاد قبل إنجابهم، ويجوز الاشتراط لمصلحة جهة مستقبلية، كجمعية خيرية ستؤسس في المستقبل، ويجوز الاشتراط لشخص أو جهة غير معينين وقت العقد كقيام رب العمل بالتأمين لصالح عماله دون تحديد ذواتهم، ولكن يشترط في المنتفع أن يكون موجودا وقت ترتيب الاشتراط لآثاره، فإذا لم يكن موجودا في هذا الوقت يبطل الاشتراط لمصلحة الغير، ولكن لا يؤدي ذلك إلى بطلان العقد نفسه الذي تضمن الاشتراط، حيث يظل صحيحا، ويرتب آثاره لصالح المشتراط أو ورثته، ومثال ذلك إذا أبرم شخص عقد تأمين مع شركة لصالح أولاده بحيث تدفع الشركة بعد وفاته مبلغا من النقود إلى أولاده، وتوفي الأولاد قبله، يبطل الاشتراط لمصلحة الغير وتتصرف آثاره إلى المؤمن (الأب). وهي تطابق نص المادة 156 مصري.

3- تفسير العقود

مادة (159)

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.
الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر
حملة على معناه الحقيقي.

مادة (160)

لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح.

مادة (161)

أعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل.

مادة (162)

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله.

مادة (163)

المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقدّم الدليل على التقييد نصاً أو دلالة.

مادة (164)

الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر.

المواد السابقة تضمنت قواعد عامة يحتاج إليها في تفسير العقود وفي القضاء، وفي
المعاملات ويستعان بها حينما لا يكون نص خاص في العقد أو في القانون، وهي
مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية.

راجع المواد 3، 12، 13، 60، 63، 64، 65، من شرح المجلة للمرحوم سليم رستم
باز.

ولا لزوم لهذه المواد لأنها قواعد كلية، والقواعد الكلية مكانها كتب الفقه لا نصوص
القانون.

مادة (165)

1. إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.
2. إذا كان هناك محل لتفسير العقود فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

المذكرة الإيضاحية :

مصدر الالتزامات الناشئة عن العقد إرادة المتعاقدين، وبالرغم من كون الإرادة ذاتية بطبيعتها، إلا أنه لا يمكن معرفتها إلا بوسيلة مادية هي عبارة العقد ذاتها، فإذا كانت عبارة العقد واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة مشتركة للمتعاقدين وجب على قاضي الموضوع ألا ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر، وإذا انحرف عن عبارة العقد الواضحة، فإن ذلك يعد تحريفاً وتشويهاً لها مما يستوجب نقض حكمه، إذ أن وضوح العبارة يمنع القاضي من الاجتهاد في التفسير، إذ عليه أن يلزم بالإرادة التي دلت عليها العبارة الواضحة ومن المفروض أن تتفق العبارة الواضحة مع قصد المتعاقدين لذلك فإن القانون لا يجيز الانحراف عن طريق تفسيرها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ويجب تطبيق العقد كما هو ولا تثار مسألة التفسير.

وقد تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها، ومع ذلك يكتنفها الغموض بخصوص حقيقة دلالتها، بل قد تكون مخالفة للقصد الحقيقي للمتعاقدين، وفي هذه الحالة يجب الاعتداد بالقصد الحقيقي للمتعاقدين وعدم الاعتداد بالتعبير الوارد في العقد الواضح المحدد، وذلك استناداً إلى نص المادة 159 من المشروع التي نصت (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

وقد يكتنف العبارة الواضحة الغموض والإبهام بالنسبة إلى حقيقة دلالتها، كأن يحصل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد، كما إذا ورد في العقد أن الثمن مائة دينار ثم ورد في مكان آخر منه أن الثمن مائة وعشرة دنانير، فالعبارتان السابقتان واضحتان لو نظر إلى كل منهما على حدة، ولكن يظهر الغموض في حقيقة المقصود منهما في حالة تقريب أحدهما من الأخرى، وهنا يتطلب الأمر تفسيرهما لمعرفة ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة.

ويفترض أن التعبير الواضح يعد انعكاساً للإرادة ومطابقاً لها ولا يجوز الأخذ بخلافه إلا إذا ثبت أن ذلك ما انصرف إليه قصد المتعاقدين حقيقة، ولا بد من إثبات ذلك بحيث يتحقق أن الطرفين استعملوا الألفاظ الواضحة والمدرجة في العقد في غير المعنى حقيقة، ويكون الإثبات عن طريق الأحداث والظروف الخارجية عن التعبير ذاته، وعلى القاضي أن يبرر تركه الظاهر إلى المعنى الحقيقي في تسبب حكمه، حيث يبين سبب استبعاده العبارة الواضحة، وكيف توصل إلى استخلاص المعنى الذي قصده الطرفان.

وتقدير وضوح العبارة وعدم احتياجها إلى تفسير، وغموضها واحتياجها إليه، مسألة قانونية يخضع قاضي الموضوع في تحديدها لرقابة المحكمة العليا.

وإذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على حقيقة المعنى المقصود منها بسبب ما يكتنفها من غموض وإبهام يؤدي إلى تأويلها بحيث تحتل أكثر من معنى، فلا بد من اللجوء إلى التفسير لتحديد القصد الحقيقي الذي ذهب إليه كل من المتعاقدين، ويضطلع بهذه المهمة القاضي، حيث تكون غايته أن يصل إلى ما قصدته الإرادة المشتركة لهما، وللقاضي حين تصديه لتفسير العقد والبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين أن يأخذ ببعض وسائل التفسير دون الأخرى، إذ أنه غير ملزم بجميع وسائل التفسير التي وردت في القانون، ويستهدي القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرجوع إلى عبارات العقد لمعرفة طبيعة المعاملة، إذ يفسر العقد

حسب طبيعته كأن يكون هبة أو بيعاً أو قرضاً أو إجارة... الخ، فإذا احتملت عبارة العقد أكثر من معنى، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة التصرف القانوني، فلو اشترط المعير في عارية الاستعمال على المستعير أن يرد الشيء أو مثله لا يفسر ذلك على أنه عارية استهلاك وإنما قصد المعير عند عدم الرد إلزام المستفيد بدفع التعويض. وبالرجوع إلى ما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين يقتضي ألا يستغل المتعاقد ما وقع فيه المتعاقد الآخر من إبهام في التعبير.

وبالرجوع إلى العرف الجاري في المعاملات فإذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى وجب حملها على المعنى الذي يتفق مع العرف، وفي حالة تنازع عرف عام مع عرف خاص يتقدم العرف الخاص، ولا يستعان بالعرف إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب.

وبالرجوع إلى الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدان العقد، فإذا نفذ العقد بطريقة محددة مدة من الزمن على نحو معين فيمكن للقاضي أن يفسر إرادتهما المشتركة على ضوء طريقة التنفيذ التي وافقا عليها.

واتفق الفقه والقضاء على اعتبار طريقة التنفيذ وسيلة مؤكدة لتفسير إرادة المتعاقدين التي لم تتضح من بنود العقد، ومثال ذلك قيام المستأجر بدفع الأجرة في موطن المؤجر مدة من الزمن، يظهر إرادة المتعاقدين مخالفة للقواعد العامة التي تقتضي بدفع الأجرة في موطن المستأجر، بأن يكون دفعها في موطن المؤجر.

وبالرجوع إلى ظروف الواقع التي يمثلها أي عامل خارجي عن العقد لاستظهار الإرادة المشتركة كالظروف التي أحاطت بإبرام العقد، وما سبقه أو عاصره من اتفاقيات تتعلق بموضوع العقد.

يظهر مما سبق أن القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويلجأ من أجل الوصول إلى ذلك إلى معايير موضوعية، ولذا

فانه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يعتد بالإرادة التي يستطيع أن يتعرف عليها. وهي تطابق نص المادة 150 مصري، و151 سوري، و166 عراقي، و111 جزائري، و239 أردني و248 عربي موحد.

مادة (166)

1. يفسر الشك في مصلحة المدين.
2. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.

النص القديم : (179)

1. إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد غموض، وبقي شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه، فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره.
2. وعلى وجه الخصوص، يفسر الشك لمصلحة المدين، إذا كان من شأن أعمال الشرط أن يحمله الالتزام، أو أن يجعل عبأه عليه أكثر ثقلًا.
3. ومع ذلك ففي عقود الإذعان يفسر الشك دائماً لمصلحة الطرف المذعن.

المذكرة الإيضاحية :

إذا لم يفلح القاضي رغم أعمال قواعد التفسير التي تقدمت الإشارة إليها في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وإذا تعذر على القاضي إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض، فعليه أن يفسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره، وهذا يعني أن التفسير قد يكون لصالح الدائن، وقد يكون لصالح المدين، فإذا كان أعمال الشرط الذي يكتنفه الغموض يضر بالدائن فيفسر لصالح الدائن وإذا كان يضر بالمدين يفسر لصالح المدين، وهذا النص خالف القاعدة التي تقول، بأن الشك يفسر لمصلحة المدين، وهذه قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنيات، ويبرر هذه القاعدة عدة اعتبارات منها أن الأصل براءة الذمة والاستثناء التزام الشخص، والاستثناء يجب ألا يتوسع فيه، ومنها أن الدائن هو الذي يملّي الالتزام على المدين فإذا كان مبهماً أو غامضاً فيكون مخطئاً ويتحمل تبعه ذلك بتفسير الشك في مصلحة المدين.

ومن تطبيقات القاعدة، أنه إذا كان هناك شك في قدر العين المؤجرة يفسر في مصلحة المؤجر لأنه المدين بتسليم العين المؤجرة، وإذا ثار شك حول طريقة الوفاء بالأجرة فيفسر في مصلحة المستأجر لأنه المدين بها.

إذا إتفق في العقد على أن يفي المدين بدينه في شهر معين، يكون له أن يفي بالدين حتى آخر يوم في الشهر المحدد في الاتفاق، ولا يجوز للدائن أن يلزمه بالوفاء في اليوم الأول، وإذا أثار شكاً في وجوب إعدار المدين، فسر الشك في مصلحته ويجب إعداره.

لذلك لا بد من إعادة صياغة الفقرتين الأولى والثانية من المادة 179 بسبب عدم التوافق بينهما، إذ الأولى تجعل الشك يفسر لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره، والثانية تقر قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين، واعتقد أن

هذه القاعدة كافية، وهي تعبير عن نزعة اجتماعية أوجدها الفكر القانوني لمصلحة المدين.

والفقرة الثالثة وضعت استثناءً يتعلق بعقود الإذعان يفيد أن تفسير الشك دائماً يكون في مصلحة الطرف المذعن دائناً أكان أم مديناً، لأنه الطرف الضعيف، والمتعاقد الآخر الطرف الأقوى الذي يملك من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن شروطاً واضحة بينه فإذا لم يفعل ذلك، أخذ بخطئه ويتحمل التبعة لأنه يعد متسبباً في هذا الغموض.

وبناء على ما سبق نقترح صياغة نص المادة على النحو الآتي:

1. يفسر الشك في مصلحة المدين.
 2. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.
- على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (179) من المشروع على النحو الوارد في المادة (166).
- وهي تطابق نص 151 مصري، و152 سوري، و167 عراقي، و112 جزائري، و240 أردني، و248 عربي موحد.

الفرع الثالث

انحلال العقد

مادة (167)

1. للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده.
2. تخضع الإقالة للشروط العامة للعقد.
3. تجوز الإقالة في بعض المعقود بما يقابله من عوض.

المذكرة الإيضاحية :

الرابطه العقدية تنشأ باتفاق المتعاقدين، وتحل أيضا باتفاقهما بعد وجودها وهذه هي الإقالة ولا تتم إلا بإيجاب وقبول من المتعاقدين صراحة أو ضمنا، وبالتالي لا تعدو الإقالة أن تكون عقدا يبرم بقصد إزالة عقد آخر سبق إبرامه بين أطراف الإقالة واعتباره كأن لم يكن.

والشروط التي يجب توافرها في الإقالة هي الشروط التي يجب أن تتوافر في كل عقد بوجه عام، وبصفة خاصة أن ينصب رضا طرفيها على اعتبار العقد الذي أبرم من قبلهما سابقا كأن لم يكن.

ولا يمنع الإقالة هلاك أو تلف بعض محل العقد حيث تقع الإقالة في الباقي بقدر حصته في الثمن، فمثلا في البيع يشترط أن يبقى المبيع أو جزء منه في يد المشتري أو في يد البائع عند اتفاقهما على الإقالة. ولا يمنع الإقالة فقدان البائع الثمن الذي قبضه لأنه من المثليات وهي لا تهلك.

والفقرة الأولى من المادة تقارب نص المادة 243 أردني، 183 عراقي، والفقرة الثانية والثالثة من المادة تقارب نص المادة 244 أردني، 182 عراقي.

مادة (168)

يشترط لصحة الإقالة، إمكان عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

المذكرة الإيضاحية :

الإقالة تزيل العقد فيما بين المتعاقدين بالنسبة للماضي والمستقبل ويعد العقد المراد إقالته كأن لم يكن فالإقالة لها أثر رجعي، لذلك لا تصح الإقالة في العقود الزمنية، حيث لا يترتب على زوال هذا النوع من العقود الأثر الرجعي، فطبيعة هذه العقود لا تسمح برد المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، ومن العقود الزمنية الإيجار والتوريد والعمل... الخ.

وكذلك الحال في العقود الفورية مثل عقد البيع إذا هلك المبيع في يد المشتري فلا تصح الإقالة نظرا لاستحالة عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.

مادة (169)

الإقالة في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد.

المذكرة الإيضاحية :

تعد الإقالة فسخا في حق المتعاقدين، وهذا يؤدي إلى زوال آثار العقد فيما بينهما بأثر رجعي، وتعد الإقالة عقدا جديدا في حق الغير، لذلك لا يكون لها أثر رجعي بالنسبة للغير بل أثرها يكون مستقبلا منعا للإضرار بالغير، فمثلا إذا تقايل البائع مع المشتري، فإن هذا التقايل لا يضر بحقوق الغير كالمشتري الثاني للعقار أو الدائن المرتهن، بل تظل ملكية العقار للمشتري الثاني بالرغم من انحلال سند سلفة بالإقالة، ويعود العقار مثقلا بالرهن أيضا.

وهي تطابق نص المادة 243 أردني، و183 عراقي، و251 عربي موحد.

مادة (170)

1. في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى.
2. يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته.

المذكرة الإيضاحية :

الفسخ لا يكون إلا في الروابط العقدية الصحيحة الملزمة للجانبين، والأصل أن يتم الفسخ من قبل القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين، في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، ولا يقبل طلب فسخ العقد إلا إذا ثبت أن الدائن قد أعذر المدين مطالبا إياه بالتنفيذ، وترجع أهمية الإعدار في أنه يثبت تقصير المدين في الوفاء بالتزامه، مما يدفع القاضي إلى إصدار حكم بفسخ العقد، ويشترط لكي يفسخ العقد أن يكون ملزما للجانبين، ويرجع ذلك إلى فكرة سبب الالتزام في هذه العقود، حيث أن سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، وبالتالي يوجد ارتباط بين التزامات المتعاقدين المتقابلة، ويظهر الارتباط في أن كل متعاقد جعل من الالتزام المقابل سببا لالتزامه وهذا السبب لا يكون في وجود الالتزام المقابل بقدر ما هو في تنفيذ الالتزام، وبالتالي إذا تمنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب التنفيذ للحصول على مقابل التزامه أو يطلب فسخ العقد بغرض إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

ولا يثبت الحق في طلب الفسخ إلا للمتعاقد الذي لم يقصر في تنفيذ التزامه، بحيث يكون قد وفي به، أو على استعداد أن يقوم بالوفاء به، ويرجع ذلك إلى أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ العقد فلا يطالب به من كان بتقصيره سببا في عدم تنفيذ العقد. ويشترط لطلب الفسخ أن يكون أحد المتعاقدين قد قصر في تنفيذ التزامه، لأن الفسخ يثبت للدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه، فإذا كان عدم الوفاء لا يعود إلى فعل المدين بل إلى سبب أجنبي، فإن الإلتزام ينقضي، ويترتب على انقضاء الإلتزام المقابل فسخ العقد بقوة القانون، وهذا ما يطلق عليه الإنساح.

وإذا قدم طلب الفسخ للقاضي فله السلطة التقديرية حيث يكون له الخيار بين فسخ العقد، وتنفيذه، فإذا وجد أن المدين قد نفذ معظم التزاماته وأنه لم ينفذ إلا الجزء اليسير وكان هذا الجزء قليل الأهمية بالنسبة إلى ما نفذ من الإلتزامات في جملته، لا يحكم القاضي بالفسخ، وإذا وجد عكس ذلك فله أن يحكم بالفسخ.

ويستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلا يسمى المهلة القضائية، أو نظرة الميسرة، إذا وجد ما يبرر ذلك، ولم يحدث ذلك ما يلحق الضرر بمصلحة الدائن، فإذا لم يف المدين خلال هذه المدة فلا يجوز للقاضي منحه مهلة أخرى.

ويستطيع أن يطلب الدائن التنفيذ أو الفسخ والتعويض، ويستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض بجانب حكمه بفسخ العقد إذا وجد تعمدا من قبل المدين بعدم التنفيذ أو وجد إهمالا كبيرا قد صدر عن المدين في ذلك بالرغم من إعدار الدائن له وأساس التعويض في هذه الحالة يعود إلى الفعل الضار، لأن العقد بعد فسخه لا يصلح كأساس للتعويض.

وهي تطابق نص المادة 157 مصري، 158 سوري، 119 جزائري، 253 عربي موحد.

مادة (171)

1. يجوز الاتفاق على أن يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه دون حاجة إلى حكم.
2. لا يعفي هذا الاتفاق من الإعذار ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه.

المذكرة الإيضاحية :

تجيز المادة للمتعاقدین الاتفاق على أن يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم قيام أحدهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وهذا ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح، وقد يتفق على هذا الشرط في العقد نفسه أو في اتفاق لاحق وشرط الفسخ لا يعد صريحا إلا إذا كان يقرر إنفساخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وبالتالي لا يعد شرطا صريحا بالفسخ ما يتفق عليه في بعض العقود كأن يلتزم المشتري بدفع الثمن أو الجزء الباقي منه في تاريخ معين، وإلا عُد العقد مفسوخا، لأن هذا يعد شرطا فاسخا ضمنا تستند عليه دعوى الفسخ المنصوص عليها في المادة 183 ويترتب على وجود الشرط الفاسخ الصريح تجريد القاضي من سلطته التقديرية إذ لا يستطيع منح المدين مهلة قضائية من أجل تمكنه من التنفيذ، إذ لا يملك القاضي إلا فسخ العقد، ولا يستطيع المدين أن يتوقى الحكم بفسخ العقد بتنفيذه التزامه بعد رفع الدعوى، أما الدائن فيكون له الخيار بين التمسك بوقوع الفسخ وبين طلب التنفيذ.

والاتفاق على شرط وقوع الفسخ دون حاجة إلى حكم لا يعفي الدائن من واجب إعدار المدين، إلا إذا اتفق صراحة في العقد على الإعفاء من الإعذار، كأن ينص في العقد على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار، ويقع الفسخ إذا تمنع المدين عن تنفيذ التزامه دون حاجة إلى إعدار المدين أو رفع دعوى فسخ، وإذا

عرض الأمر على القاضي انحصر دوره في بحث توافر الشروط اللازمة لوقوع الفسخ.

وهي تطابق نص المادة 158 مصري، و120 جزائري، وتقارب 245 أردني، و254 عربي موحد.

مادة (172)

في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه، تنقضي معه الإلتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

المذكرة الإيضاحية :

سبب التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانبين هو التزام المتعاقد الآخر، فإذا انعدم السبب بهذا المعنى وقت الاتفاق وقع العقد باطلا، ويجب أن يبقى السبب بهذا المعنى إلى حين تنفيذ الإلتزامات فإذا زال سبب الإلتزام بعد الاتفاق وقبل التنفيذ فلا يبطل العقد بل يفسخ إذا كان زوال سبب الإلتزام يعود إلى خطأ أحد المتعاقدين، أما إذا كان سبب عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي عن المتعاقدين يفسخ العقد بقوة القانون دون إعدار، لأن الإعدار لا يكون إلا في حالة كون تنفيذ الإلتزام ممكناً، ويقع إنفساخ العقد دون اللجوء إلى القضاء، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر عمل القاضي على بحث كون عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي، ولا يوجد مجال للرجوع على المدين بالتعويض لأن استحالة التنفيذ لا يعود إلى خطأ منه بل يعود إلى سبب أجنبي.

وهي تطابق المادة 159 مصري، و121 جزائري، و255 عربي موحد.

مادة (173)

1. إذا أصبح الإلتزام مستحيلاً في جزء منه جاز للدائن التمسك بانقضاء ما يقابله من التزام أو يطلب من المحكمة فسخ العقد.
2. إذا كانت الاستحالة وقتية في العقود المستمرة جاز للدائن أن يطلب من المحكمة فسخ العقد.

النص القديم : (186)

1. إذا أصبح الإلتزام مستحيلاً في جزء منه انقضى هذا الجزء وما يقابله من التزام ويجوز للدائن فسخ العقد بعد إعدار المدين.
2. إذا كانت الاستحالة وقتية في العقود المستمرة جاز للدائن فسخ العقد بعد إعدار المدين.

المذكرة الإيضاحية :

بينت الفقرة الأولى حكم الاستحالة في جزء من الإلتزام دون أن يكون ذلك بسبب يرجع إلى المدين وهو انقضاء هذا الجزء وما يقابله من التزام، ويجوز للدائن فسخ العقد بعد إعدار المدين، فمثلاً في عقد البيع إذا أصبح جزء من الإلتزام مستحيلاً فللدائن (المشتري) الحق في طلب إنقاص الثمن بقدر الجزء الذي استحال تنفيذه، أو طلب فسخ البيع.

وبينت الفقرة الثانية حكم الاستحالة الوقتية في العقود الزمنية دون أن يكون ذلك لسبب يرجع إلى المدين وهو يجيز للدائن فسخ العقد بعد إعدار المدين، فمثلاً إذا أصبحت الأرض المأجورة مغشية بالماء ولم تصلح للزراعة مدة ما فلا يدفع المستأجر الأجرة المستحقة في هذه المدة، ويجوز له أن يفسخ العقد، والفسخ في حالة الاستحالة الجزئية أو الاستحالة الوقتية يقع بإعلان إرادة الدائن إلى المدين دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي.

وهذا النص من شأنه أن يخلق المنازعات فيما بين المتعاقدين، وفيه ميل إلى الدائن حيث ترك صلاحية له في فسخ العقد دون تحديد ضوابط بخصوص مقدار الاستحالة الجزئية أو الوقتية التي يجوز للدائن بمقتضاها أن يفسخ العقد، لذلك من الأفضل أن يلجأ الدائن إلى القضاء يطلب فسخ العقد، والقاضي لن يفسخ العقد إلا إذا وجد أن الجزء الذي استحال تنفيذه سواء أكانت الاستحالة جزئية أم وقتية من الجسامة بحيث لو علم به المشتري أو المستأجر قبل العقد لما تعاقد، ويكون الفسخ قد وقع بحكم القضاء، لا بقوة القانون ولا بالإرادة المنفردة للدائن.

واقترح النص الآتي :

- 1- إذا أصبح الإلتزام مستحيلا في جزء منه، جاز للدائن التمسك بانقضاء ما يقابله من التزم، أو يطلب من القاضي فسخ العقد.
 - 2- إذا كانت الاستحالة وقتية في العقود المستمرة جاز للدائن أن يطلب من القاضي فسخ العقد.
- على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (186) من المشروع على النحو الوارد في المادة (173).
- وهي تطابق نص المادة 256 عربي موحد.

مادة (174)

إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض.

المذكرة الإيضاحية :

يترتب على فسخ العقد بالاتفاق أو بحكم أو بنص القانون انعدامه وعده كأن لم يكن، سواء بالنسبة للماضي أو المستقبل هذا بخصوص العقود الفورية ولا يجري الحكم على العقود المستمرة حيث يقتصر أثره على المستقبل ولا يتناول الماضي، فمثلا إذا

فسخ عقد البيع وهو من العقود الفورية فيعني هذا إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد إذ يجب على كل منهما أن يرد ما استلمه نتيجة للعقد.

وإذا فسخ عقد الإيجار وهو من العقود الزمنية فلا يسري الفسخ على الماضي بل يسري على المستقبل وهذا يعني أن ما ترتب من آثار على هذه العقد لا يمس بل يظل قائما ولذلك فإن الأجرة في عقد الإيجار الذي فسخ والتي استحققت عن المدة السابقة لوقوع الفسخ تأخذ صفة الأجرة لا صفة التعويض، ويرجع ذلك إلى أن طبيعة العقود المستمرة تعني عد الزمن ركن فيها، وما فات منه لا يمكن الرجوع فيه.

وإذا فسخ العقد من قبل القاضي بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه عن عمد أو إهمال وكانت إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد غير ممكنة، جاز للدائن المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب فعل المدين المتمثل في عدم قيامه بتنفيذ التزامه وإذا فسخ العقد عد كأن لم يكن بالنسبة للمتعاقدين والغير، وهذا يعني سقوط الحقوق التي كسبها الغير من أحد طرفي العقد، إلا إذا كان الغير حسن النية وترتبت له الحقوق قبل الفسخ.

وهي تطابق نص المادة 160 مصري، 122 جزائري، وتقارب 248 أردني، و257 عربي موحد.

الفصل الثاني

الإرادة المنفردة

لقد ثار خلاف في الفكر القانوني بخصوص مدى قدرة الإرادة المنفردة على أن تنتج التزامات، فذهبت المدرسة اللاتينية إلى إنكار قدرة الإرادة المنفردة على إنتاج الالتزامات، إذ أن الالتزامات لا تنشأ إلا بتوافق إرادتين أي وجود عقد، ويرجع هذا التصور إلى فكرة قديمة تعد الإلتزام رابطة بين شخصين هما الدائن والمدين، وبالتالي فالإرادة الواحدة لا تنشئ الإلتزام.

وذهبت المدرسة الجرمانية إلى وجوب الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام بجانب العقد، وقد نادى بذلك الفقيه النمساوي (سيجل)، وقد اعتنق التقنين الألماني اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام.

وحاول جانب من الفقه الألماني صياغة نظرية التصرف القانوني على أساس إعتباره الإرادة مصدرا عاما للإلتزام وقد وافقهم في ذلك جانب من الفقه الفرنسي (جيني، ديموج، جوسران).

واعتنقت كثير من التقنيات ما ذهب إليه المدرسة الجرمانية وعدت الإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا للإلتزام، وعدم اعتبارها مصدرا عاما له كما هو الحال في العقد (التقنين السويسري، تقنين الإلتزامات البولوني، التقنين الإيطالي، التقنين المصري وتقنيات عربية أخرى).

وتقدم التقنين المدني الأردني في هذا المجال متأثرا بالفقه الإسلامي لأنه يعد الإرادة المنفردة مصدرا عاما من مصادر الإلتزام (راجع شرح موقف الفقه الإسلامي، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج 1 ص 257 وما بعدها).

والمشروع أخذ بالاتجاه الذي يعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام والذي تأثر بالفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص التقنين الأردني، ومشروع التقنين العربي الموحد.

مادة (175)

يجوز أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة دون توقف على قبول المستفيد في كل موضوع يقرر فيه القانون ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

هذه المادة تتناول المبدأ العام فتقرر وجود التصرف بالإرادة المنفردة دون أن يتوقف على قبول المستفيد، مادام لا يلزم غير المتصرف، وينشأ عن التصرف بالإرادة المنفردة الإلتزام، فإرادة المتصرف وحدها كافية لإنتاج الإلتزام. وهي تطابق نص المادة 258 من مشروع التقنين المدني العربي الموحد وتقارب نص المادة 250 أردني.

مادة (176)

تسري الأحكام الخاصة بالعقود على التصرف بالإرادة المنفردة، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين.

المذكرة الإيضاحية :

تفيد هذه المادة بسريان الأحكام الخاصة بالعقود على التصرف بالإرادة المنفردة باعتباره مصدراً للالتزام ويترتب على ذلك أن تتوفر أهلية التعاقد في الملتزم بإرادته المنفردة، ويجب أن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا، وتوافر المحل والسبب في التصرف الذي يقوم به، ويستثنى من الأحكام الخاصة بالعقود ما يتعلق بضرورة تطابق الإرادتين، لأن هذا الأمر متعلق بالعقد ولا يتعلق بالإرادة المنفردة.

وهي تطابق نص المادة 184 عراقي، و251 أردني، وتقارب 259 عربي موحد.

مادة (177)

إذا استوفى التصرف بالإرادة المنفردة أركانه وشروطه، فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
المذكرة الإيضاحية :

إذا تحققت أركان وشروط صحة التصرف بالإرادة المنفردة فيترتب على ذلك التزام المتصرف ويكون مصدر التزامه إرادته المنفردة، لذلك لا يجوز له أن يرجع عن تصرفه ويبقى ملتزماً به إلا إذا وجد نص في القانون يقضي بخلاف ذلك، فمثلاً إذا لم يعين الواعد في الوعد بالجائزة أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده، مع عدم التأثير في حق الغير الذي أنجز العمل قبل الرجوع.
وهي تطابق نص المادة 252 أردني.

مادة (178)

1. من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون العلم بها.
2. إذا نفذ العمل أكثر من شخص كانت الجائزة للأسبق، فإذا تعدد المنفذون في وقت واحد كانت الجائزة سوية بينهم.
3. إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق العمل وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل قوامه ما يكون له من نصيب في إنجاز العمل.
4. إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في

الوعد، وتسقط بالتقادم دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الوعد.

النص القديم : (192)

1. من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون العلم بها.

2. إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط بالتقادم دعوة المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الوعد.

المذكرة الإيضاحية :

تعد هذه المادة تطبيقاً للإرادة المنفردة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام، حيث أنشأت التزاماً قانونياً بناء على الإرادة المنفردة للواعد، بأن يعطي جائزة لمن يقوم بعمل معين، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون العلم بها وفي هذه الحالة يوجد ملتزم دون أن يوجد صاحب حق، وهذا يعني تطبيق النظرية المادية في تعريف الحق التي وجدت في المدرسة الجرمانية، أما المدرسة اللاتينية فلم تأخذ بالإرادة المنفردة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام لأنها ترى في الالتزام رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، في حين لا يتوافر ذلك في الوعد بالجائزة حيث يوجد مدين وهو الواعد ولما يوجد بعد الدائن إلا إذا قام بالعمل المعين. وإذا أنجز أحد أفراد الجمهور العمل المعين في الموعد المحدد فإنه يصبح دائناً للواعد بالجائزة، سواء رغب في الحصول على الجائزة أو لم يرغب، ويستوي الأمر أن يكون قد قام بالعمل وهو عالم بالجائزة أو غير عالم بها.

وإذا قام بالعمل المعين عدد من الأفراد بشكل مستقل فتكون الجائزة لمن سبق في تحقيق العمل المعين في الوعد، فإذا حققوا العمل المعين في نفس الوقت تنقسم الجائزة عليهم على قدر الرؤوس.

وإذا تعاون عدد من الأشخاص في تحقيق العمل المعين فتقسم الجائزة عليهم على أساس ما بذله كل منهم من جهد.

ومن يحقق العمل المعين يكون دائماً للواعد من يوم تمام العمل إذا كان ذلك بعد الوعد أو من يوم الوعد إذا كان ذلك قد تم قبل الإعلان عن الوعد.

وإذا صدر الوعد مطلقاً أي دون تحديد مدة يجب أن يتم خلالها، فيلتزم الواعد بالوعد الذي صدر عنه، ولكن له الحق في العدول عن وعده بنفس الطريقة التي تم بها الوعد، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

ويجب أن ترفع دعوى المطالبة بالجائزة بانقضاء ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الوعد.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (192) من المشروع على النحو الوارد في المادة (178).

تطابق الفقرة الأولى، الفقرة الأولى من المادة 162 مصري، وتقارب الفقرة الثانية المادة 695 مدني ألماني، وتقارب الفقرة الثالثة نص المادة 660 مدني ألماني.

الفصل الثالث

الفعل الضار

يرد أصل المسؤولية التقصيرية إلى القانون الروماني، لكن هذا القانون لم يضع قاعدة عامة في شأن هذه المسؤولية، ولم يصل إلى التعويض عن كل خطأ ينتج عنه ضرر بالغير بل كان التعويض قاصراً على بعض الأفعال التي حددت من قبل القوانين كموت أو جرح الغير أو الحيوان أو إتلاف بعض الأشياء المادية.

وأدرك فقهاء القانون الفرنسي القديم التفرقة بين المسئوليتين المدنية والجنائية، وبينوا أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسئولية عقدية، وأخرى تقصيرية، وصاغوا قاعدة عامة تستوجب التعويض عن كل خطأ سبب ضرراً بالغير.

وقنن المشرع الفرنسي ما وصل إليه التطور الفقهي بخصوص المسؤولية التقصيرية حين سن النقنين المدني الفرنسي 1804، ونص صراحة في المادة 1382 على ما يأتي (كل عمل أيا كان يلحق ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه)، هذا يبين أن المشرع الفرنسي أخذ بالنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية أي المسؤولية التي تقوم على فكرة الخطأ.

ولم يجادل الفقه في اعتبار فكرة الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية حتى أواخر القرن التاسع عشر، ولكن ظهر بعد ذلك من يناهز بتغيير الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية وتبنوا فكرة الضرر كأساس لهذه المسؤولية، ويرجع هذا التغيير إلى ما يهدد المضرور من قيام المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ، إذ يصعب على المضرور في حالات عديدة إثبات الخطأ خاصة بعد استعمال الآلات الميكانيكية وانتشار الصناعات الحديثة المعقدة والمتطورة، وبالتالي حددت حقوق المضرور بالضياع، لذلك نادوا إلى وجوب قيام المسؤولية التقصيرية على فكرة الضرر لا على فكرة الخطأ، خصوصاً أن الضرر يمكن أن يحدث بدون خطأ من

أحد فمن يجب أن يتحمله المضرور، وهو لا يد فيه، أو يحدث الضرر، أي من صنع وضعاً خطيراً نشأ عنه هذا الضرر؟، والجواب الطبيعي أن من أحدث الوضع الخطير هو الذي يتحمل الضرر، لأنه هو الذي استفاد من هذا الوضع، وهذه هي قاعدة (الغنم بالغرم).

وبناء على الفكر القانوني السابق ظهرت نظرية "تحمل التبعات المستحدثة" أو النظرية الموضوعية.

والفرق بين النظرية الشخصية التي أخذ بها المشرع الفرنسي والنظرية الموضوعية التي صاغها جانب من الفقه الفرنسي، في أن النظرية الأولى تقوم على فكرة الخطأ ولو كان مفروضاً فرضاً لا يقبل إثبات العكس والثانية تقوم على فكرة الضرر.

وقد تأثر المشرع الفرنسي باعتبارات العدالة وأخذ بالنظرية الموضوعية في مسألة عديم التمييز عن أفعاله التي تلحق الضرر بالغير، في حين أن عديم التمييز لا يتوافر فيه شرط الإدراك اللازم لوجود الخطأ، وصدر القانون رقم (5) سنة 1968 بإضافة المادة 489 ثانياً إلى التقنين المدني الفرنسي التي فسرت حسب الراجح إلى أنها تستوجب مساءلة عديم التمييز، وأيد ذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية الأولى في 1976/7/20 (الدائرة المدنية الثانية في 1977/12/7) المجلة الفصلية للقانون المدني 1978 ص 653 فقرة 2).

واختلفت التقنيات العربية بخصوص الأخذ بالنظرية الشخصية أو بالنظرية الموضوعية فأخذ المشرع المصري بالنظرية الشخصية حين تنظيمه لأحكام المسؤولية التقصيرية، وجعل فكرة الخطأ هي أساس هذه المسؤولية، وحذت تقنيات عربية عديدة حذو التقنين المدني المصري في ذلك منها السوري، والليبي، والجزائري،.. الخ، وتأثرت تقنيات عربية أخرى بالفقه الإسلامي وبنيت المسؤولية التقصيرية على فكرة الضرر ومنها التقنين المدني الأردني، والتقنين المدني الكويتي، والتقنين المدني

السوداني، وأحدث تقنين مدني عربي وهو اليمني، ومشروع التقنين المدني العربي الموحد.

وفي بلادنا تقوم المسؤولية على فكرة الضرر، حيث أن المجلة ما زالت سارية التطبيق في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة، فضلا عن ذلك فإن قانون المخالفات المدنية الساري في قطاع غزة، يرتب المسؤولية التقصيرية على الفعل الضار لا على الخطأ، والاتجاهات الحديثة، تأخذ بفكرة الضرر لا بفكرة الخطأ كشرط لقيام المسؤولية التقصيرية، وبهذا أخذت أيضا المدرسة الانجلو سكسونية.

وقد ثار خلاف حاد بين أعضاء لجنة صياغة المشروع المقترح، حيث ذهبت غالبية اللجنة إلى الأخذ بفكرة الخطأ كشرط لقيام المسؤولية التقصيرية متأثرة بذلك بما ذهب إليه التقنين المصري، فورد نص بوضع قاعدة عامة في المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ وأخذ بنص المادة 163 مصري (كل خطأ سبب ضررا للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض، في حين نادت الأقلية من أعضاء اللجنة بأن تقوم المسؤولية التقصيرية على فكرة الضرر).

وفي مراجعة النصوص عدلت الأغلبية عن رأيها، فحذفت النص الذي يضع قاعدة عامة تعني أن المسؤولية التقصيرية تقوم على فكرة الخطأ، ووضعت نص المادة 179 الحالي وهو كالآتي:

(كل من ارتكب فعلا سبب ضررا للغير يلزم بتعويضه) وهذا النص يضع قاعدة عامة تجعل الضرر هو شرط المسؤولية حتى ولو لم يوجد خطأ، وفي هذا أخذ بالاتجاهات الحديثة التي تجعل المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس النظرية الموضوعية.

ورأت أغلبية اللجنة أن تضع المادة 180، ومصدرها 164 مصري واعتضت الأقلية على وضع هذه المادة لأنها تؤدي إلى تناقض مع المادة التي تسبقها، حيث جعلت منط المسؤولية التمييز أو الإدراك وبالتالي عادت إلى فكرة الخطأ، فقديم التمييز أو

عديم الإدراك لا يسأل حسب نص الفقرة الأولى من المادة 179، في حين وضع في نص الفقرة الثانية مسالة عديم التمييز استثناء وبشروط محددة.

ولم يكن ما سبق هو نطاق الاختلاف بين أعضاء اللجنة، حيث ذهبت الأغلبية إلى صياغة النصوص المذكورة في المشروع، ولم تأخذ بما اقترحه الأقلية من صياغة تتعلق بوضع أحكام إضافية وجديدة للمسئولية التقصيرية، وبالتالي فإن كانت الأغلبية تذهب إلى أن النصوص التي وضعتها كافية لتنظيم الجوانب المتعددة للمسئولية التقصيرية، فإن الأقلية ترى أن النصوص فيها اقتضاب وقصور، فالتقنيات الحديثة منها الكويتي والسوداني، ومشروع التقنين المدني العراقي بزت المشروع، في وضعها النصوص التي تعالج الفعل الضار.

فمثلا استحدث التقنين المدني الكويتي في (المادة 239) حكما جديدا لا نظير له حيث قضى بحلول مسئولية الدولة أو أصحاب المدارس أو المعاهد غير التابعة لها، على حسب الأحوال محل مسئولية المعلم المقررة بمقتضى المادة 238 والقائمة على افتراض وقوع خطأ منه في رقابة التلميذ وتوجيهه والإشراف عليه وعلى ذلك جرى نص المادة 239 مدني كويتي بقولها (1- تحل مسئولية الدولة محل مسئولية المعلم، فإن كان المعلم يعمل في مدرسة أو معهد حلت مسئولية صاحب المدرسة أو المعهد محل مسئوليته. 2- ولا يجوز للدولة أو لصاحب المدرسة أو المعهد الرجوع على المعلم بما يدفعه للمضرور، حتى ولو تعذر استيفاءه من مال التلميذ نفسه، وذلك ما لم يثبت خطأ المعلم).

ونقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الكويتي في هذا الصدد (وقد ارتأى المشروع أن يأخذ بمبدأ حلول الدولة وغيرها من أصحاب المدارس والمعاهد غير التابعة لها، محل مسئولية المعلم).

وقد راعى في ذلك عدم ابهاظ المعلمين بمسئولية ثقيلة لا يتحملها غيرهم من باقي الموظفين، بل أن مسئولية المعلم تتمثل في واقع الأمر أشد ثقلا من مسئولية غيره من

المكلفين بالرقابة، حتى الآباء أنفسهم، ذلك أن أمام المعلم من التلاميذ عشرات وعشرات يجتمعون معاً، وهم بعد في سن شديد الصعوبة.

على أن المشروع لم يساير القانون الفرنسي وغيره من القوانين التي سارت على نهجه في مبدأ الحلول محل مسؤولية المعلم على إطلاقه، فقد وسع فيه من وجهه، وضيق فيه من وجه آخر.

أما التضيق، فيتمثل في قصر الحلول محل مسؤولية المعلم على تلك المسؤولية القائمة على افتراض وقوع خطأ منه، باعتباره مكلفاً بالرقابة على نحو ما تقرره المادة 238، أما المسؤولية القائمة على خطأ ثابت وفق ما تقتضيه القواعد العامة، فتبقى مسؤولية المعلم قائمة، وأن وجدت إلى جانبها مسؤولية الدولة، أو غيرها من أصحاب المدارس والمعاهد غير التابعة لها، باعتبارها متبوعة تسأل عن تابعها).

وكذلك ورد في التقنين المدني الكويتي إلزام الدولة بأن تدفع الدية لمن يستحقها، إذا تعذر المكلف بها، جاء في الفقرة الأولى من المادة 256 منه الآتي (إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي، وتعذرت معرفة المسئول عن تعويضه وجب الضمان على الدولة وذلك ما لم يثبت أن المصاب أو أحد من ورثته قد أدى بخطئه إلى عدم معرفة المسئول أو الضامن)، وهذا النص يتجاوب مع ما قضى به الرسول عليه الصلاة والسلام حينما عقل قاتل عبد الله بن سهيل في بيت المال، ومع ما تبعه الخليفة عمر بن الخطاب عندما أعطى من بيت المال رجلاً قتل في زحام فلم يعرف قاتله.

وعرض كذلك لمسؤولية عن نوع من الأضرار، ينجم عن إلقاء أو سقوط الأشياء من المساكن أو غيرها من الأماكن المشغولة لأغراض أخرى من تجارة أو صناعة، أو مباشرة مهنة أو حرفة أو نحو ذلك وهو يحمل المسؤولية من يشغل المكان، وعلى هذا نصت المادة 242 كويتي (كل من يشغل مكاناً للسكنى أو لغيرها من الأغراض يكون مسؤولاً في مواجهة المتضرر عن تعويض ما يحدث له من ضرر مما يلقي أو يسقط

منه من أشياء ما لم يثبت أن الضرر قد حدث بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه، وذلك دون إخلال بحقه في الرجوع بما يدفعه على من يكون الشيء قد أُلقي أو سقط بخطئه).

وقد أحسن قانون المعاملات السوداني لسنة 1984 حينما وضع نصا يبين فيه حكم الترك حين لا يرتبط ببذل أي نشاط من قبل المسئول، كما لو وجد صاحب سفينة في عرض البحر ورأى شخصا يغرق، وكان بإمكانه أن ينقذه ولم يقم بذلك، أو كما لو وجد طبيب مريضاً ينزف وامتنع عن مساعدته، فاعتبر ذلك فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية وعلى هذا نصت المادة 140 منه (يعد فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يدهمه في النفس أو العرض، أو المال، وإذا كان في مقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر) وهذا النص يظهر اعتناق التقنين السوداني المذهب الاجتماعي الذي يكفل تحقيق مبدأ التضامن الاجتماعي بين الأفراد، وهذا يعني أنه ليس من واجب الفرد الأحكام عن الإضرار بغيره، بل يمتد إلى مساعدة الغير وتقديم العون له، وأصبح هذا واجباً قانونياً إذا أخل به عد أنه ارتكب فعلاً ضاراً يستوجب مسؤوليته، ويوجد سند لهذا النص في التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على المادة 63 من قانون العقوبات بالمرسوم الصادر في 25 يونيو 1945 إذ عد مجرد الامتناع عن مساعدة الغير دون التعرض للخطر جريمة.

وقد كان السبق في هذا إلى الفقه الإسلامي إذ ذهب المالكية وأهل الظاهر إلى أن الكف سبب للضمان إذا تسبب عنه تلف مال لآخر (كأن رأى إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً، وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف).

كل ما سبق بالرغم من وجود سند له في التقنينات الوضعية، وفي الفقه الإسلامي إلا أن الأغلبية في لجنة صياغة المشروع لم تقتنع بذلك، وبذلك أتى المشروع أدنى من

تقنيات وضعية في هذا المضمار، في حين يجب أن يكون قد استفاد من التقنيات الوضعية ويأتي في صورة تبرزها لأنه أحدث منها.

الفرع الأول

المسئولية عن الأفعال الشخصية

مادة (179)

كل من ارتكب فعلا سبب ضررا للغير يلزم بتعويضه.

المذكرة الإيضاحية :

تقرر المادة قاعدة عامة تتمثل في أن كل من ارتكب فعلا يصيب الغير بالضرر يلزم بالتعويض، وتستند هذه القاعدة إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما نص عليه في المجلة (لا ضرر ولا ضرار) المادة 19 "والضرر يزال" المادة 20. والمادة تبين أركان المسؤولية التقصيرية وهي ارتكاب فعل، وينتج عن ذلك ضرر فلا بد من وجود فعل وضرر وعلاقة سببية بينهما.

ويغني لفظ الضرر عن اصطلاح (العمل غير المشروع) أو (العمل المخالف للقانون)، ولم يرد في النص سرد للأفعال الضارة لذلك يترك الأمر لتقدير القاضي، والنص يفيد الفعل بوضوح، لذلك لا يشمل عدم الفعل الذي يترتب عليه ضرر، لذلك يتناول النص الفعل الإيجابي دون الفعل السلبي، في حين تستوجب المسؤولية في حالة الفعل الإيجابي والفعل السلبي إذا نتج عنه ضرر، لذلك رأت الأقلية تعديل نص المادة ليصبح على النحو الآتي (كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض)، وهذا النص يشتمل على الأضرار الناتجة عن الفعل أو عدم الفعل، وبهذا تكون أركان المسؤولية التقصيرية، الفعل أو عدم الفعل، والضرر وعلاقته السببية بينهما.

مادة (180)

1. يكون الشخص مسئولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز.
2. إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم.

المذكرة الإيضاحية :

تطابق هذا المادة، المادة 164 من التقنين المصري، والتي لا يمكن فهمها إلا على ضوء، المادة التي سبقتها 163 التي تقرر قاعدة عامة في المسؤولية التقصيرية تتمثل في اعتبار فكرة الخطأ أساساً لهذه المسؤولية حيث نصت على (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، وبعد ذلك ورد نص المادة 164 وورد فيه (يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز)، والتمييز أو الإدراك عنصر أساس في الخطأ فإذا لم يوجد التمييز لا يوجد خطأ، لذلك جعلت المادة 164 التمييز مناطاً للمسؤولية، ونص الفقرة الأولى من المادة 180 لا يستقيم مع نص المادة 179 الذي يجعل الضرر مناطاً للمسؤولية سواء ارتكب الضرر ممن كان مميزاً أو غير مميز، لذلك وجد تناقض بين نص المادة 179 ونص المادة 180 من المشروع، لذلك لا لزوم للمادة 180 من المشروع، وهذا ما ذهبت إليه الأقلية في اللجنة في حين ذهبت أغليتها إلى عكس ذلك.

ومع ذلك فالمادة 1/180 وضعت قاعدة عامة تجعل التمييز مناطاً للأهلية في المسؤولية التقصيرية، وبالتالي لا يكون عديم التمييز مسئولاً عن أفعاله غير المشروعة وهذا ما يعنيه مفهوم المخالفة من الفقرة الأولى من المادة 180.

وفي الفقرة الثانية من المادة 180 نص على مساءلة عديم التمييز شريطة عدم وجود شخص آخر يحصل منه الضرر على التعويض، فإذا وجد شخص آخر يكفل عديم

التمييز كمتولي الرقابة مثلاً، فيستطيع المضرور أن يعود عليه بالتعويض، ولكن إذا لم يتمكن من ذلك بسبب تمكن متولي الرقابة من نفي وقوع الخطأ في الرقابة، فلا مناص حينئذ من رجوع المضرور على عديم التمييز، ومسئولية عديم التمييز مسؤولية مخففة وجوازية للقاضي، إذ يترك له ألا يحكم بالتعويض استناداً إلى ثراء المضرور وفقر عديم التمييز، أو بسبب خطأ المضرور في تعريض نفسه لأفعال عديم التمييز، وله أن يحكم بتعويض جزئي أو تعويض كامل حسب الحالة المادية لكل من المضرور وعديم التمييز.

وفي رأي الأقلية لا لزوم لهذه المادة إذ تكفي المادة 179 لوضع قاعدة عامة في المسؤولية التقصيرية.

مادة (181)

إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو إتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

قررت هذه المادة أنه إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل الضار والضرر فلا تتحقق المسؤولية، وتتعذر رابطة السببية بالسبب الأجنبي ويرد هذا السبب إلى القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، ولا تتحقق المسؤولية لأن السبب الأجنبي لا يد للشخص فيه.

ويظهر من النص افتراض وقوع الضرر بفعل الشخص، فرابطة السببية مفترضة، إلا إذا أقام الشخص مرتكب الفعل الضار الدليل على عكس ذلك، فرابطة السببية مفترضة، لكن الفعل غير مفترض.

ووضع النص استثناءً على ما سبق يتمثل في وجود نص في القانون لا يمكن من دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي مثل نص المادة 1/193 من المشروع، حيث يكون المتبوع مسئولاً عن أفعال تابعيه ولا يستطيع أن ينفي مسؤوليته بالسبب الأجنبي مادام قد ثبتت مسؤولية التابع، وكذلك إذا وجد إتفاق على ألا يستطيع الشخص دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي مادام هذا الاتفاق لا يخالف النظام العام أو الآداب، وهذا ما يعرف في الفكر القانوني بالاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية.

وفي الاعتقاد أن هذا النص يجب تعديله، حيث إن المشروع في المادة 179 نص على الفعل الضار والتزام من يمارسه بالتعويض، ويعود في المادة 181 ويرجع إلى فكرة الخطأ، حيث جعل خطأ الغير من قبيل السبب الأجنبي الذي يدفع به المسؤولية، وهذا لا يستقيم مع نص المادة 179، فكان يجب النص على فعل المضرور، أو فعل الغير، ويلاحظ أن نص المادة 181 مأخوذ من المادة 165 مصري، والتقنين المصري اعتمد فكرة الخطأ لا فكرة الفعل الضار كأساس للمسؤولية التقصيرية، لذلك فإن النصوص التي وردت في التقنين المصري منسجمة مع بعضها في حين لا يتحقق ذلك في النصوص التي وردت في المشروع في هذا الخصوص، بالإضافة لذلك فإن الضرر قد يوجد نتيجة لفعل أو عدم وجود الفعل.

وهي توافق المادة 165 مصري، 166سوري، 211 عراقي، 127 جزائري، 261 أردني.

مادة (182)

من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي، عن نفسه، أو ماله، أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بالتعويض بقدر ما تجاوزه.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أن من يحدث الضرر وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله لا تتحقق مسئولية ولا يلزم بالتعويض. ولا توجد حالة دفاع شرعي إلا إذا وجد خطر على النفس أو المال ويستوي أن يكون الخطر يهدد محدث الضرر في نفسه، أو في ماله، أو يهدد الغير في نفسه، أو في ماله، ولا يشترط أن يقع الاعتداء حتى توجد حالة دفاع شرعي بل يكفي أن يحدث فعل يخشى منه وقوع الاعتداء، ويترك تقدير ذلك إلى من يكون في حالة الدفاع الشرعي شريطة أن يكون مبنياً على أسباب معقولة تبرر ذلك، ويجب أن يكون الخطر ناتجاً عن فعل غير مشروع، فإذا كان الفعل المراد دفعه مشروعاً فلا تكون حالة دفاع شرعي، فالسارق الذي يقاوم الشرطي الذي يهجم بالقبض عليه لا يكون في حالة دفاع شرعي.

ويجب عدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي، أي يجب أن يستخدم بقدر، فإذا تجاوز ذلك يصبح مسئولاً، وبالتالي ملزماً بالتعويض بقدر ما تجاوزه.

وترى الأقلية والمشروع لم يكن موفقاً لأنه وضع معياراً مادياً للتعويض في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي يتمثل في إلزام المتجاوز بالتعويض بقدر ما جاوزه وهذا ما أخذ به التقنين الأردني في المادة 262، وكان من الأفضل أن يحذف حذو تشريعات أخرى راعت مقتضيات العدالة حين تقدير التعويض، وبالتالي أقترح حذف

آخر المادة، وأن يحل محلها، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

وهي تطابق المادة 262 أردني، 1/264 عربي موحد.

مادة (183)

لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية الفعل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنيًا على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر.

المذكرة الإيضاحية :

يظهر من المادة أن الموظف العام لا يكون مسئولاً عن عمله الذي نتج عنه ضرر للغير إذا قام بالعمل تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت طاعة الرئيس واجبة عليه أو يعتقد أنها واجبة، ويجب أن يكون الفعل الذي يقوم به الموظف العام مشروعاً، ويجب على الموظف العام أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية الأمر، وأنه قام بعمله على هذا الأساس، وأن يكون اعتقاده مبنيًا على أسباب معقولة لا على مجرد الظن، وأنه راعى جانب الحذر والحيطة أثناء تنفيذه لأمر الرئيس.

ويرجع تقدير ما سبق لمحكمة الموضوع، فإذا قدرت أن الموظف العام نفذ أمر رئيسه الذي يجب عليه طاعته وأن الفعل كان مشروعاً وأنه راعى جانب الحيطة والحذر، كان الموظف العام المرؤوس غير مسئول ولكن ذلك لا يعفي الرئيس من المسؤولية. وهي تطابق نص المادة 167 مصري، 168 سوري، 215 عراقي، 129 جزائري، 263 أردني.

مادة (184)

من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم ارتكاب الفعل الضار نتيجة لتحقيق حالة الضرورة، إذ هو سبب الضرر للغير لكي يتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره، وفي هذه الحالة قد تخفف مسؤوليته أو تنفى، فتخفف مسؤوليته إذا لم يكن للمضروب علاقة بقيامها، ويبقى مرتكب الفعل الضار مسئولاً في هذه الحالة، ولا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً، على أساس أنه ألجئ إلى ارتكاب الفعل الضار، وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق أشد خطراً، أما الغير الذي وقع الضرر وقاية له، فيكون مسئولاً قبل محدث الضرر، أو قبل المضروب وفقاً لقواعد الفعل النافع "الإثراء بلا سبب".

وتختلف الضرورة عن القوة القاهرة، إذ في حالة الضرورة يمكن لمحدث الضرر عدم القيام بالفعل الضار لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذي كان يتهدهده، والقوة القاهرة على نقيض من ذلك تلجئ الفاعل إلى الأضرار إلقاء لا قبل للفاعل بدفعه. وتختلف حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي، إذ في حالة الضرورة، لا يد للمضروب في إحداث الخطر الداهم الذي يقصد توقيه، في حين المضروب في حالة الدفاع الشرعي هو بذاته محدث للخطر.

وقد تختلط حالة الضرورة بحالة الدفاع الشرعي، وذلك في حالة ما إذا كان الفعل الضار لم يدفع إليه خطر خارجي، وإنما استلزمه خطر صادر من المضروب نفسه، ففي مثل هذه الحالة تنتفي المسؤولية وتأخذ حالة الضرورة حكم حالة الدفاع الشرعي. وهي تطابق نص المادة 168 مصري، 130 جزائري.

مادة (185)

إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار التزم كل منهم في مواجهة المضرور لتعويض كل الضرر، ويتوزع غرم المسؤولية بينهم بقدر دور كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر تحديد هذا الدور، وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي.

المذكرة الإيضاحية :

قررت المادة التضامن في حالة تعدد المسئولين عن فعل ضار، حيث يصبح كل منهم مسئولاً في مواجهة المضرور لتعويضه عن كل الضرر الذي نتج عن الفعل الضار، إذ يستطيع المضرور أن يرجع عليهم جميعاً أو على ما شاء منهم طالبا التعويض عن كل الضرر، دون تفرقة بينهم لاختلاف أدوارهم في وقوع الفعل الضار. أما فيما يتعلق برجوع المسئولين فيما بينهم عند التضامن، فيوزع التعويض الذي دفع للمضرور بينهم بقدر دور كل منهم في إحداث الضرر، فإذا تعذر تحديد دور كل منهم في إحداث الضرر، يقسم مبلغ التعويض عليهم بالتساوي لأنه لم يقدّم الدليل على تفاوت تبعاتهم.

وهي تطابق نص المادة 169 مصري، وهي عكس المادة 265 أردني التي لا تقرر التضامن في حالة تعدد المسؤولية، وإنما تجعل كلا منهم مسئولاً بنسبة نصيبه في الفعل الضار، إلا إذا قررت المحكمة التضامن فيما بينهم.

مادة (186)

يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أسس تقدير التعويض، حيث تجعله يقدر بما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار، أي يكون التعويض عن الضرر المباشر لأنه هو النتيجة الطبيعية للفعل الضار، لذلك لا تعويض عن الضرر غير المباشر لانعدام رابطة السببية بينه وبين الفعل الضار. وهي تطابق نص المادة 266 أردني، وتقارب 1/269 عربي موحد.

مادة (187)

1. كل من تعدى على الغير في حرته، أو في عرضه، أو شرفه، أو سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يكون مسئولاً عما لحق الغير من ضرر أدبي.
2. يجوز أن يقضى بالتعويض للزوج، والقريب من الدرجة الثانية عما يصيبه من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.
3. لا ينتقل الحق في طلب التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا تحددت قيمته، بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي.

المذكرة الإيضاحية :

تضع المادة حكماً يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي، وقد لحق بهذا الموضوع تطوراً كبيراً نتيجة للجهد المبذول في مجال الفكر القانوني، فالشرائع القديمة لم تعرف التعويض عن الضرر الأدبي، والاتجاه السائد في الفقه الإسلامي يذهب إلى عدم التعويض عن الضرر الأدبي لعدم ماليته، من جهة، والاكتفاء بالعقوبة لجزر الجاني

من جهة أخرى، ولكن محمد بن الحسن الشيباني أحد تلاميذ أبو حنيفة يرى التعويض المالي عن الضرر الأدبي المتمثل في آلام الضرب، أو الجروح ويترك للقاضي تقديره.

وقد كان التعويض عن الضرر الأدبي محل خلاف في الفقه الفرنسي، فجانبا ينكر التعويض عن الضرر الأدبي لأنه يرى أنه ليس للألم ثمن، وذهب جانب إلى إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي، إذا كان مصاحبا لضرر مادي، وينكرون التعويض عن الضرر الأدبي المحض، وذهب أغلبية الفقهاء إلى الأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي حتى ولو لم يصاحبه ضرر مادي.

وقد استقر الأمر في فرنسا على جواز التعويض المادي عن الضرر الأدبي حيث تم تعديل التقنين الفرنسي ونظمت المادة 1382 الضرر بنوعيه المادي والأدبي، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية التعويض عن الضرر الأدبي.

وقد استقر الأمر في القوانين الحديثة وفي أحكام المحاكم على التعويض عن الضرر الأدبي.

وفي هذا السياق ورد نص المادة 187 من المشروع، فالفقرة الأولى تضع قاعدة عامة تقضي بأن كل من تعدى على الغير والحق به ضررا أدبيا نتيجة لذلك يكون مسئولا عما الحق بغيره من ضرر أدبي.

وفي تصوري أن صياغة الفقرة الأولى يشوبها العيب، وذلك من حيث اللغة حيث لم تذكر كلمة في قبل شرفه، وسمعتة مع وجوب ذكرها، ومن ناحية ثانية يفهم أن حالات التعدي الذي تلحق الضرر محددة على سبيل الحصر كما وردت في المادة، في حين الحالات التي تسبب الضرر الأدبي تستعصي على الحصر، لذلك من الأفضل أن تصاغ الفقرة على النحو الآتي (كل من الحق الضرر الأدبي بغيره يكون مسئولا عن التعويض).

فهذا النص ورد فيه من ألحق الضرر الأدبي، أيّاً كان الفعل الذي سبب الضرر الأدبي وفي هذه الحالة تم تجنب حالات على سبيل الحصر، ثم القول يكون مسئولا عن التعويض فيعني ذلك أنه يمكن دفع التعويض لأي مضرور سواء لحق به الضرر الأدبي مباشرة أو كان الضرر الأدبي مرتدّاً.

ويثبت الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يلحق بأحد الزوجين والقريب من الدرجة الثانية من الأسرة بسبب موت المصاب، وعلى ذلك ملاحظات إذ أن التعويض يكون بخصوص الضرر الأدبي الذي ينجم عن الوفاة، في حين قد يكون الضرر الأدبي أشد في حالة التشويه أو في حالة العجز الدائم، لذلك كان على المشروع أن يجعل لهم الحق في المطالبة بالتعويض في حالة الإصابة التي تسبب العجز أو التشويه، لأن هذه المسائل تسبب الألم في نفس أقاربه.

وحصر المشروع التعويض عن الضرر الأدبي للزوج والقريب إلى الدرجة الثانية، ولم يوفق في ذلك لأنه قد يصيب الشخص الحزن والألم بسبب إصابة شخص عزيز عليه، وما دام قد حدث الضرر الأدبي يجب التعويض، وعلى من يدعي أن ضرراً أدبياً لحق به في هذه الحالة عليه أن يثبته.

لذلك رأت الأقلية في لجنة صياغة المشروع أن يكون نص الفقرة يوجب التعويض عن الضرر الأدبي سواء أكان نتيجة موت المصاب أم إصابته بعاقة أم تشويه أم عجز، وأن يشمل التعويض عن الضرر الأدبي حتى في حالة موت أو إصابة شخص عزيز عليه، إلا أن الأغلبية بقت متأثرة بما ورد في التقنين المصري لذلك اقترحت الأقلية أن يعدل نص الفقرة الثانية ليصبح على النحو الآتي (يجوز أن يقضي بالتعويض للشخص الذي لحق به ضرر أدبي نتيجة لموت أو إصابة الزوج أو القريب من الدرجة الثانية أو شخص عزيز عليه).

والفقرة الثالثة وضعت حكماً ينظم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير شريطة أن تتحدد قيمته باتفاق بين المضرور وبين مرتكب الفعل الضار أو

بحكم قضائي نهائي، ولم يوفق المشروع في ذلك إذ كان يجب أن يكتفي برفع الدعوى القضائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي قبل موته لكي ينتقل التعويض إلى الغير، وهذا ما ذهبت إليه الأقلية في اللجنة إلا أن الأغلبية رأت الأخذ بنص المادة 267 أردني كما هو.

فضلاً عن ذلك فقد احتوت الفقرة الثالثة على عيب يتمثل في أنها نصت على انتقال الحق في طلب التعويض، والحق في طلب التعويض من الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل إلى الغير، ويبين ذلك نص المادة 1/222 مصري، والمادة 3/267 أردني إذ كل من المادتين تعالج انتقال التعويض عن الضرر الأدبي، لا انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي.

لذلك اقترحت الأقلية تعديل النص ليكون كالآتي (لا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء).

وبناء على ما سبق أقترح تعديل نص المادة 187 لتصبح على النحو الآتي:

1. كل من الحق الضرر الأدبي بغيره يكون مسئولاً عن التعويض.
2. يجوز أن يقضي بالتعويض للشخص الذي لحق به ضرر أدبي نتيجة لموت أو إصابة الزوج أو القريب من الدرجة الثانية أو شخص عزيز عليه.
3. لا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء.

مادة (188)

إذا لم يتيسر للقاضي أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً احتفظ للمضرور بطلب إعادة النظر في التقدير خلال مدة محددة.

المذكرة الإيضاحية :

لم يوفق المشروع في وضع هذه المادة في مكانها هذا أن جاز أن تكون مادة مستقلة، فالمشروع في المادة 186 نظم الحكم الخاص بتقدير التعويض، لذلك فإن المادة 188 ينبغي أن تكون فقرة 2 من المادة 186.

والمادة تبين أنه في بعض الأحيان لا يتمكن القاضي وقت الحكم من تحديد مدى التعويض تحديدا كافيا، كما هو الحال في جرح أو كسر لا تستبين عقابه إلا بعد مضي فترة من الزمن، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضا موقوتا بالتثبیت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم، على أن يعيد النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها، فإذا انقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما حكم به وقضى للمضرور بتعويض إضافي، إذا اقتضى الحال.

مادة (189)

1. يقدر التعويض بالنقد.
2. يجوز للمحكمة تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأمر معين متصل بالفعل الضار.
3. يجوز أن يكون التعويض مقسما أو مرتبا دوريا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا تقدره المحكمة.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أن التعويض يكون بالنقد وهذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية وبالتالي يختلف الأمر عن التعويض في المسؤولية العقدية، إذ أن التنفيذ العيني هو القاعدة العامة، وتبين الفقرة الثانية أن للمحكمة أن تحكم تبعا للظروف بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، كهدم حائط بني بغير حق أو بأمر معين على سبيل التعويض، فيأمر مثلا بنشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عليه، أو

يكتفي بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعد افتراء أو سببا لتعويض المقذوف في حقه عن الضرر الأدبي الذي أصابه، وهذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالنقدي، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور، والفقرة الثالثة أجازت أن تختلف صور أداء التعويض النقدي فقد يدفعه دفعة واحدة، وقد يحكم القاضي بتقسيمه، أو يحكم بإيراد مرتب، وفي هاتين الحالتين تلزم المحكمة المدين بأن يقدم تأمينا أو أن يودع مالا كافيا لضمان الوفاء بما حكم به.

وترى الأقلية أن نص المادة 189 معيب في صياغته، حيث يجب أن تدمج الفقرتين 1 و2 في فقرة واحدة، وأن تضاف كلمة بأداء قبل أمر معين بعد حذف حرف الباء وأن تضاف عبارة وذلك على سبيل التعويض بعد الفعل الضار، وبالتالي تكون الصياغة على النحو الآتي : يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التعويض.

وتبقى الفقرة 3 كما هي ولكن تصبح فقرة 2.

وبالتالي تتطابق المادة مع أصلها نص المادة 271 مصري، 172 سوري، 209 عراقي 132 جزائري، 269 أردني، 270 عربي موحد.

مادة (190)

يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد هذه المسؤولية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

ورد في النص ما يفيد عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، وبالتالي يكون كل شرط يتناول الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها باطلا ويعود ذلك لأن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ومردّها إلى القانون لا للاتفاق.

ومع ذلك أجاز النص الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية لأن ذلك لا يخالف النظام العام كالاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي، والاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية جائز إلا إذا وجد نص قانوني لا يجيز ذلك. وهي تطابق نص المادة 270 أردني.

مادة (191)

لا تخل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توفرت شروطها، ولا تأثير للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير التعويض.

المذكرة الإيضاحية :

يختلف أساس المسؤولية المدنية عن أساس المسؤولية الجنائية، فأساس الأولى فعل يرتكبه الشخص يمثل اعتداء على حق الغير يستوجب المساءلة والتعويض، ولا توجد صور محصورة للأفعال الضارة التي يترتب على اقترافها المسؤولية المدنية، وأساس المسؤولية الجنائية خطأ يرتكبه الشخص يمثل اعتداء على حق المجتمع ويعد جريمة والقانون الجنائي حصر الجرائم تطبيقاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وهذا النطاق محدد بالنصوص القانونية التي تحدد الجرائم، وبالتالي فإن نطاق المسؤولية المدنية أوسع من نطاق المسؤولية الجنائية.

ويترتب على اختلاف أساس المسئوليتين اختلاف طبيعة الجزاء المترتب على كل منهما فالتعويض جزاء تحقق المسؤولية المدنية، والمضروور هو الذي يطالب به، والعقوبة جزاء تحقق المسؤولية الجنائية والنيابة العامة هي صاحبة الحق في المطالبة بتوقيع العقوبة.

وإذا نشأ عن الفعل الواحد مسئولية مدنية وأخرى جنائية، فإن كلا من المسئوليتين تحتفظ بخصائصها وبالتالي لا تخل المسئولية المدنية بالمسئولية الجنائية، ولا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسئولية المدنية وتقدير التعويض، فمثلاً إذا نزل المضرور عن حقه في التعويض فإن كان ذلك يسقط المسئولية المدنية، إلا أنه لا يؤثر على مسئولية الفاعل الجنائية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فلا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسئولية المدنية، فإذا صدرت عقوبة جزائية مخففة أو مشددة فلا أثر لها في مقدار التعويض الناتج عن المسئولية المدنية إذ يجب التعويض على أساس ما لحق بالمضرور من ضرر وما فاتته من كسب. واعتقد أن لا لزوم لهذا النص حيث تقضي القواعد العامة بما ورد فيه. وهي تطابق نص المادة 271 أردني، والمادة 272 عربي موحد.

الفرع الثاني

المسئولية عن فعل الغير

مادة (192)

1. كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً أداء رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة لكونه قاصراً، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز.
2. يعد القاصر بحاجة إلى الرقابة ما لم يبلغ سن الرشد، وتنتقل الرقابة عليه إلى معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة ما دام القاصر

تحت إشراف المعلم أو المشرف، أو للزوج على زوجه القاصر أو لمن يتولى الرقابة على الزوج.

3. يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية أو اثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب.

المذكرة الإيضاحية :

القاعدة أن المسؤولية شخصية بمعنى أن الشخص لا يسأل إلا عن أفعاله ولا يسأل عن أفعال غيره، إلا أن المشروع أوجد حالات يسأل الشخص فيها عن أفعال غيره منها مسؤولية متولي الرقابة، التي تتحقق بوجود التزام على شخص بتولي الرقابة على آخر، ومصدر هذا الالتزام قد يكون القانون، كرقابة الأب على أبنائه القصر، وقد يكون الاتفاق كرقابة مدير مستشفى الأمراض العقلية على مرضاه.

ولم تضع المادة حصرا لمن يحتاجون إلى الرقابة، بل جعلت الالتزام بالرقابة إما يعود إلى حالة القصر أو إلى حالة الشخص العقلية أو الجسمية، لذلك لا تتحقق مسؤولية متولي الرقابة لسبب يختلف عن هذه الأسباب.

ويشترط لتحقيق مسؤولية متولي الرقابة أن يرتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا بالغير، وبالتالي تتحقق مسؤولية الخاضع للرقابة إذا كان مميزا ويترتب على ذلك تحقق مسؤولية متولي الرقابة على افتراض أنه أهمل في الرقابة أو أساء تربية القاصر أو أهمل في تأديبه.

وإذا كان الشخص الذي ارتكب الفعل الضار غير مميز أو من هو في حكمه كالمجنون، فتكون مسؤولية متولي الرقابة "وفق المشروع نص المادة 1/180 الذي يشترط التمييز لتحقيق المسؤولية"، مسؤولية أصلية لا تبعية، وذلك عكس مسؤولية متولي الرقابة عن المميز إذ تعد مسؤولية تبعية ومسؤولية المميز مسؤولية أصلية.

وما سبق لا يتفق مع المادة 179 من المشروع التي توجب المسؤولية على أساس الفعل الضار و بالتالي تكون مسئولية عديم التمييز مسئولية أصلية، ومسئولية متولي الرقابة مسئولية تبعية.

وتبين الفقرة الثانية أن القاصر بحاجة إلى رقابة إلى أن يبلغ سن الرشد، فالرقابة واجبة قانوناً على القاصر إلى أن يبلغ سن الرشد وتكون لوليّه الشرعي، وقد تنتقل الرقابة بالاتفاق إلى غير الولي الشرعي، فالقاصر إذا ذهب للتعليم في مدرسة أو في ورشة أو مصنع تنتقل الرقابة عليه أثناء وجوده في المدرسة أو في الورشة أو في المصنع إلى معلمه في الفصل إذا كان في المدرسة، أو إلى من يعلمه في الورشة، أو المصنع، والقاصر دائماً يكون تحت الرقابة إلى أن يبلغ سن الرشد، وإذا كان القاصر بنتاً وتزوجت قبل بلوغها سن الرشد فتصبح الرقابة التزاماً على الزوج، وإذا كان الزوج قاصراً، فإن متولي الرقابة عليه يتولى الرقابة على زوجته إلى أن يبلغ سن الرشد فيصبح متولياً للرقابة على زوجته ويلاحظ أنه يجب إضافة عبارة لكونه غير مميز، قبل لكونه قاصراً لأن مفهوم القصر في القانون هو من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ولا يشمل غير المميز وهو من لم يبلغ سن السابعة ويجب تصحيح كلمة زوجة بحيث تصبح زوجته.

وهي تطابق نص المادة 173 مصري، و174 سوري، و218 عراقي، و134 جزائري. وبينت الفقرة الثالثة كيفية دفع مسئولية متولي الرقابة، فيستطيع أن يدفعها إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة، فالتقصير في الرقابة مفترض في جانب متولي الرقابة لكنه قابل لإثبات العكس، إذ يستطيع متولي الرقابة أن يدفع التقصير في الرقابة بأنه قام بالرقابة وبذل ما ينبغي من العناية واتخذ من الاحتياطات لعدم إلحاق الضرر بالغير من قبل الخاضع للرقابة.

وواجب الرقابة يتضمن حسن التربية خصوصاً إذا كان متولي الرقابة أباً أو أما وفي هذه الحالة لا بد أن يثبت متولي الرقابة أنه لم يسئ تربية الخاضع للرقابة ولم يقصر

في واجب الرقابة، والتزام متولي الرقابة يقاس بمعيار موضوعي، إذ يجب عليه أن يثبت أنه بذل عناية الرجل العادي في الرقابة ولم يقصر في التربية أو يسيء فيها. وبهذا ينفي وجود علاقة سببية المفترضة بين التقصير في الرقابة أو إساءة التربية وبين الفعل الضار الذي صدر من الخاضع للرقابة.

وإذا نجح متولي الرقابة في دفع مسؤوليته بإثبات أنه لم يقصر في الرقابة، أو نفي علاقة السببية فلا تتحقق مسؤولية متولي الرقابة، ولكن لا يعني ذلك أن المضرور فقد حقه في المطالبة بالتعويض إذ يكون له ذلك في مواجهة الخاضع للرقابة وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية، هذا إذا كان قاصراً ولكن ما هو الحال إذا كان غير مميز؟ فتكون مسؤوليته وفق نص المادة 2/180 في حين لو أخذ بالنظرية الموضوعية القائمة على الفعل الضار لما وجد عائق من تحقق مسؤوليته.

وهي تطابق نص المادة 173 مصري، 174 سوري، 218 عراقي، 132 جزائري.

مادة (193)

1. يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها.
2. تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعيه، متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى أن المتبوع مسئول عن الضرر الذي يحدثه تابعه، وهذا يبين أن تحقق مسؤولية التابع شرط لتحقيق مسؤولية المتبوع، فلا بد أولاً من تحقق مسؤولية التابع بأن يرتكب فعلاً ضاراً، وأن يترتب على ذلك ضرراً للغير، وأن توجد علاقة

سببية بين الفعل الضار والضرر، ويقع على المضرور عبء إثبات الفعل الضار الصادر عن التابع إلا إذا كانت مسئولية التابع مفترضة كالسائق الذي يقود سيارة سيده ويدهس أحد الأشخاص حال تأدية وظيفته أو بسببها.

ويجب أن يقع الفعل الضار من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها، وهذا يظهر أن المشروع متأثر بالاتجاه الذي يوسع من نطاق مسئولية المتبوع عن فعل التابع، حيث وجد اتجاه يجعلها تنحصر في الفعل الضار الذي يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته.

وإذا ارتكب التابع الفعل الضار وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته يعد واقعا حال تأدية الوظيفة، ولا يغير من الأمر أن يرتكب الفعل الضار بناء على أمر من المتبوع، أو دون أمر منه، أو كان المتبوع يعلم به، أو دون علمه به، أو ارتكبه لباعث شخصي أو باعث خدمة المتبوع.

ويكون الفعل الضار صادراً عن التابع بسبب الوظيفة إذا لم يكن ممكناً ارتكابه لولا الوظيفة، فهو لم يرتكب الفعل الضار وهو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة، وإنما يقع منه خارج نطاق الوظيفة إساءة منه في استعمالها، والفعل الضار بسبب الوظيفة يتطلب وجود علاقة سببية مباشرة بينه وبين الوظيفة أي لولا الوظيفة لما ارتكب الفعل الضار، أو لما فكر في ارتكابه.

ومع ذلك يقرر الفقه انتفاء مسئولية المتبوع ولو وقع الفعل الضار بسبب الوظيفة إذا كان المضرور يعلم أو بإمكانه أن يعلم بمجاوزة التابع حدود وظيفته.

وتشترط الفقرة الثانية وجود رابطة تبعية بين المتبوع والتابع، أي أن يكون للمتبوع سلطة فعلية على تابعه تمكنه من رقابته وتوجيهه.

والسلطة الفعلية للمتبوع على تابعه هي أساس علاقة التبعية، إذ ليس من الضروري أن تكون سلطة عقدية أو سلطة شرعية، ولكن في كثير من الأحيان توجد السلطة الفعلية نتيجة لوجود عقد بين المتبوع والتابع، ولا يشترط أن يكون العقد صحيحاً بل

توجد حتى ولو كان العقد باطلاً، وتتحقق السلطة الفعلية حتى ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه

وتتحقق السلطة الفعلية إذا كان للمتبوع توجيه ورقابة تابعة وذلك بقدرته على إصدار الأوامر لتابعه وأن يكون له مراقبة التابع في تنفيذها. وهي تطابق نص المادة 174 مصري، 175 سوري، 136 جزائري.

مادة (194)

للمسئول عن فعل الغير سواء كان متولي الرقابة أو متبوعاً حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر.
المذكرة الإيضاحية :

إذا تحققت شروط مسئولية الشخص عن عمل غيره، فتتحقق مسئوليته، بجانب تحقق مسئولية الغير إذا كان مميزاً حسب ما ذهب إليه المشروع من اشتراط التمييز كمناط للمسئولية، وبالتالي نكون أمام وضع فيه شخصان مسئولان عن التعويض مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما الأول من احدث الضرر ويسأل بناء على خطأ شخصي واجب الإثبات والثاني هو المسئول عنه وهو متولي الرقابة أو المتبوع ويسأل على أساس افتراض الخطأ جانبه.

وينتج عن ذلك أن كلا الشخصين ملزم بالتعويض إلزاماً مبتدأ دون وجود تضامن بينهما في أدائه، باعتبار أن أحدهما مدين بالتعويض بصفة أصلية، والآخر بصفة تبعية، فإذا رجع المضرور على من ارتكب الفعل الضار الذي أحدث الضرر، لا يستطيع الرجوع على الآخر، لأن وفاء المدين الأصلي بالدين يدرأ مسئولية المدين التبعية، بيد أن المضرور غالباً ما يعود على المدين التبعية لأنه أكثر يسراً، ومتى قام المدين بدفع التعويض كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر الذي ارتكب الفعل الضار لأنه ملزم قبل المسئول عنه بأن يؤدي إليه ما احتمل من التعويض من جراء فعله الضار.

أما إذا كان مرتكب الفعل الضار غير مميز، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه لأنه في هذه الحالة يكون مدينا أصلياً، وعديم التمييز غير مسئول عن الخطأ ولا تترتب عليه في ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو المسئول عنه.

وهي تطابق نص المادة 175 مصري 176 سوري 137 جزائري.

الفرع الثالث

المسئولية عن الحيوان والأشياء

مادة (195)

حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة المسئول عن الأضرار التي يسببها الحيوان، وبنيت ذلك على فكرة الحراسة، والأصل أن مالك الحيوان هو حارسة، والحراسة تنتقل من المالك برضاه كما هو الحال حين إعاره أو تأجير الحيوان، فيكون الحارس أو المستعير أو المستأجر، لأن لهما السيطرة الفعلية عليه، وتقدير من له السيطرة الفعلية على الحيوان، أمر متروك لقاضي الموضوع، وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى الغير دون رضاه كما لو سرق الحيوان فتكون السيطرة الفعلية عليه للسارق، لذلك لا يشترط أن تكون السيطرة مشروعة.

وإذا ضل الحيوان أو تسرب وكانت حراسته لمالكه يبقى المالك مسئولا عن الأفعال الضارة الصادرة عن الحيوان.

ولا تنتقل حراسة الحيوان من المالك إلى تابعه فالراعي والسائس الذي عهد إليهما بالحيوان لا تنتقل الحراسة إليهما بل تظل للمالك لأنه صاحب السيطرة الفعلية على الحيوان، وورد لفظ حيوان بصورة مطلقة، وبالتالي ينطبق على الأفعال الضارة التي يسببها الحيوان الموجود تحت الحراسة سواء مستأنس، أم غير مستأنس تسهل حراسته أو تصعب حراسته، طليق أو مقيد، كبير أو صغير.

ويجب أن يحدث الحيوان بفعله ضرراً بالغير حتى ولو لم يتم الاتصال المادي بينه وبين المضرور كما لو جمع حصان فأصاب شخصاً بذعر أدى إلى وقوعه وإصابته بجروح.

وجعلت المادة الخطأ المفترض أساساً لمسئولية حارس الحيوان، والخطأ المفترض هو خطأ في الحراسة، وهو خطأ غير قابل لإثبات العكس، فلا يجوز للحارس أن ينفي خطأه بأنه قام بواجب الحراسة لأن الضرر ما حدث من الحيوان إلا لأن زمامه قد فلت من يد حارسه، وهذا الإفلات هو الخطأ، وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر، فلا حاجة لإثباته بوسيلة أخرى، وبالتالي فإن حارس الحيوان يجب أن يكون مميزاً حتى يكون مسئولاً، لأن هذه المسئولية قائمة على فكرة الخطأ المفترض، والخطأ يستوجب التمييز.

ولا يستطيع حارس الحيوان نفي مسئوليته إلا بنفي علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع، وذلك بأن يثبت أن الضرر وقع نتيجة سبب أجنبي يرد إلى قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

وهي وتطابق نص المادة 176 مصري، 177 سوري 139 جزائري.

مادة (196)

حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا ما لم يثبت أن الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه،

أو أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

المذكرة الإيضاحية :

نصت المادة على مسئولية حارس البناء، وحارس البناء هو من له السيطرة الفعلية على البناء والمكلف بحفظه وصيانته والتأكد من عدم قدمه وخلوه من العيب، ولا تشترط المشروعات في السيطرة، والأصل أن مالك البناء هو حارسه، وهذه صفة مفترضة فيه، ولكن يستطيع المالك إثبات عكس ذلك بأن يثبت أنه ليس حارساً للبناء وإنما الحراسة كانت لشخص آخر وقت حدوث الضرر.

ويمكن أن يكون شخص آخر هو حارس البناء غير مالكة، كصاحب الإنتفاع، والمرتهن رهن حياة، والحائز للبناء بنية تملكه، سواء أكان حسن النية أم سيئ النية. والبناء هو أي مادة تتصل بالأرض اتصال قرار بفعل الإنسان، سواء أكانت من الخشب، أم من الحجارة، أم من الحديد، أم من كل هذه الأشياء معاً، بصرف النظر عن الهدف الذي شيد البناء من أجله سواء أكان التشييد لغرض دائم أم لغرض مؤقت، كأبنية المعارض، وسواء شيدت لسكن الإنسان، أو للصناعة، أو للتجارة، أو لإيواء الحيوانات، أو للمخازن، وكل ما يشيد في باطن الأرض من أنفاق ودهاليز والمجاري والمصارف وأنابيب المياه والغاز .. الخ.

ولا يعد العقار بالتخصيص، كالمساعد من قبيل البناء، وإنما يكون المجال هنا للمسئولية عن الأشياء الخطرة.

وتتخصر مسئولية حارس البناء في الضرر الذي يلحق بالغير من جراء انهدام البناء، ويقصد بانهدام البناء حدوث انفصال في أجزاء منه، سواء أكان انفصالا جزئيا أم كليا، والانهدام الذي يكون الحارس مسئولاً عنه هو الذي يرجع إلى نقص في الصيانة أو عيب فيه أو قدمه، فإذا انهدم البناء لأسباب أخرى كأن يقصف بالقنابل لا تتحقق

مسئولية حارس البناء، إلا أن عليه أن يرمم ما تبقى منه وإلا كان مسئولا عن تدمره كحارس للبناء.

ويجب أن ينتج عن تدهم البناء ضرر للغير، وعلى الغير أن يثبت أن الضرر الذي أصابه قد نتج عن تدهم البناء، ويثبت أن المدعي عليه هو حارس البناء الذي تدهم، فإذا أثبت ذلك تقوم مسؤولية حارس البناء وأساسها خطأ مفترض في جانبه يتمثل في إهماله في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه، ويستطيع الحارس أن يدفع مسؤوليته بأن يثبت أن تدهم البناء لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

وهي تطابق نص الفقرة الأولى من المادة 177 مصري.

مادة (197)

حارس الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، مع مراعاة ما ورد من أحكام في القوانين الخاصة.

المذكرة الإيضاحية :

تنظم هذه المادة موضوعاً له أهمية كبيرة، لأنه يشمل الضرر الذي ينجم عن الآلات الميكانيكية التي تدار بالقوة الدافعة كالبخار أو النفط أو الكهرباء، أو الهواء، أو الذرة.. الخ، والضرر الذي ينجم عن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة بسبب طبيعتها الخطرة، أو يلزمها الخطر كالمفجرات، والأسلحة والمواد الكيماوية وغيرها. ولكي تتحقق المسؤولية، لا بد من وجود حراسة على تلك الأشياء، والحارس هو من له السيطرة الفعلية على الشيء والتصرف في أمره وإدارته واستعماله، والأساس أن

المالك هو حارس الشيء إلا إذا اثبت أن الحراسة كانت لشخص آخر وقت وقوع الحادث.

والحراسة قد تنتقل من المالك إلى غيره كانتقالها إلى المنتفع، وإلى المرتهن رهن حيازة، وإلى الحائز بحسن نية، أو بسوء نية أو بدون رضاه كانتقالها إلى السارق. وتبقى الحراسة لمن تثبت له مادام لم يتخل عن الشيء، وإذا تخلى المالك عن الشيء الموجود في حراسته أصبح سائبة دون حارس.

ولكي تتحقق السيطرة الفعلية للشخص على الشيء، يجب أن تكون له السيطرة المعنوية عليه إذ لا تكفي السلطة المادية وحدها لكي تتحقق السيطرة الفعلية، فالتابع لا يعد حارسا وإنما المالك هو الحارس.

ويقصد بالشيء كل شيء غير حي "الجمادات" ماعدا البناء إذا كان يحتاج إلى عناية خاصة بسبب ظروفه أو بسبب طبيعته، والعناية الخاصة أمر نسبي غير مطلق، فالشيء ذاته قد يحتاج إلى عناية خاصة وقد لا يحتاجها حسب وضعه.

والآلات الميكانيكية من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة في كل الأحوال لأنها تتحرك بمحرك، لذلك افترض القانون أنها تحتاج دائما إلى حراسة.

ويستوي أن يكون الشيء منقولاً أو عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص، كالمصاعد والآلات الزراعية المعدة لاستخدامها في فلاحه الأرض.

ويجب أن يحدث الشيء الضرر، وتحديد ذلك ليس بالأمر الهين لأن تدخل الشيء قد يكون إيجابيا وقد يكون سلبيا، وقد يكون الشيء ساكنا وقد يكون متحركا بشكل ذاتي أو بفعل الإنسان، فمتى يعد الضرر حدث بفعل الشيء؟

يجب أن يكون تدخل الشيء تدخلا إيجابيا في إحداث الضرر، ويكون التدخل إيجابيا إذا كان الشيء في حالة حركة أو في غير موضعه الطبيعي، والتدخل السلبي للشيء غير كاف لقيام المسؤولية، كما لو اصطدم أحد الأشخاص بآلة ميكانيكية موضوعة في مكانها الطبيعي.

ومعيار التفرقة بين التدخل السلبي والتدخل الإيجابي للشيء صلة سببية بين الشيء، والضرر، بمعنى أن الشيء هو مصدر الضرر، ويكون كذلك في كل حالة يكون فيها الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بوقوع الضرر.

والأصل افتراض التدخل الإيجابي للشيء في إحداث الضرر، لكن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس إذ يجوز للمسئول أن يثبت أن تدخل الشيء كان سلبياً.

ولا يشترط لوجود التدخل الإيجابي الاتصال المادي المباشر بين الشيء وبين من وقع عليه الضرر. فمثلاً لو أن سيارة مسرعة انحرفت وأدى ذلك إلى إصابة شخص بذعر وسقوطه وأصيب بالضرر دون أن تمسه السيارة تتحقق مسؤولية حارس الأشياء.

وقد يقع الضرر، والشيء تحركه يد الإنسان، فتتحقق مسؤولية حارس الأشياء إذا كان الشيء خطراً في ذاته بحيث يحتاج إلى حراسة.

وأساس مسؤولية حارس الأشياء، الخطأ المفترض في الحراسة، فإذا الحق الشيء ضرراً بالمضرور فيفترض أن زمامه قد فلت من حراسة، ولا يكلف المضرور بإثبات الخطأ لأنه مفترض، بل يكفي أن يثبت أن الضرر وقع بفعل شيء تتطلب حراسته عناية خاصة أو بفعل آلات ميكانيكية، فإذا أثبت ذلك يفترض أن الشيء قد تدخل إيجابياً في إحداث الضرر، إلا إذا اثبت الحارس عكس ذلك.

والخطأ المفترض الذي تقوم عليه مسؤولية حارس الأشياء لا يقبل إثبات العكس لذلك فإن الحارس لا يستطيع إثبات أنه لم يصدر منه خطأ، لوجود التزام قانوني على كل حارس بأن يبقي الشيء تحت سلطته الفعلية، وهو التزام بتحقيق نتيجة، فإذا لم يحققها الحارس يفترض خطؤه دون حاجة إلى بحث سبب تحقق الخطأ.

ويستطيع حارس الأشياء أن يدفع مسؤوليته بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر أي بإثبات السبب الأجنبي، فإذا اثبت أن سبب الضرر يرد إلى قوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير فلا يكون مسؤولاً.

والمشروع لم يبلغ ما وصل إليه الفكر القانوني الحديث فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المادة على الأشياء بجميع أنواعها، لذلك من المفيد اقتراح تعديل النص ليصبح على النحو الآتي (كل من تولى حراسة شيء يكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من ضرر...الخ). فهذا النص يجعل المسؤولية عن كل ضرر يسببه شيء سواء أكان عقاراً أم منقولاً.

وهي تطابق نص المادة 178 مصري 179 سوري 138 جزائري.

مادة (198)

1. يجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من شيء معيب أن يطالب حارسه أو مالكة بإتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء خطره.
2. فإن لم يتم اتخاذ هذه التدابير في وقت مناسب جاز لمن يتهدهده الخطر أن يحصل على إذن من المحكمة في أجراءاتها على حساب الحارس أو المالك، ويجوز له في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر على نفقة الحارس أو المالك دون حاجة إلى إذن.

المذكرة الإيضاحية :

تعطي الفقرة الأولى من كان مهدداً بضرر يصيبه من شيء معيب، أن يطلب من حارسه أو من مالكة اتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء خطره. ويلاحظ أن الفقرة تضع حكماً عاماً يشمل الأشياء، لأن النص ورد مطلقاً لذلك يجري على إطلاقه، شريطة أن يكون الشيء معيباً، فإذا لم يكن معيباً فلا يستطيع من يهدده الخطر أن يطالب بإتخاذ تدابير وقائية، وفي اعتقادي أن الشيء قد لا يكون فيه عيب ومع ذلك قد يشكل خطراً لذلك يجب إعطاء من كان مهدداً بضرر أن يطلب اتخاذ التدابير الوقائية.

والمهدد بالضرر يطلب من حارس الشيء أو مالكه اتخاذ التدابير لدرء الخطر، والأدق أن يطالب المالك باتخاذ تلك التدابير. وتبين الفقرة الثانية حكم عدم اتخاذ التدابير في وقت مناسب، فأجازت لمن يتهدهد الخطر أن يحصل على إذن من المحكمة ليقوم هو باتخاذ التدابير الوقائية، على حساب المالك أو الحارس، وإذا كان الأمر مستعجلاً له أن يتخذ التدابير الوقائية على نفقة الحارس أو المالك دون حاجة إلى إذن المحكمة. وهذا النص مستحدث إذ أن التقنيات الأخرى تجعل التدابير الوقائية في حالة مسؤولية حارس البناء. في حين النص يتعلق بالأشياء، سواء أكانت بناء أم غيره من الأشياء.

مادة (199)

1. تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه.
2. تسقط هذه الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار.
3. على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجزائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المقررة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجزائية.

المذكرة الإيضاحية :

تضع المادة حكماً خاصاً بتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية يتفق مع حكم التقادم المتعلق بتقادم دعوى البطلان، فقضت بسقوط دعوى المسؤولية التقصيرية بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم به المضرور بحدوث الضرر ويقف على الشخص

الذي أحدثه فإذا لم يعلم بالضرر الحادث أو لم يقف على شخص من أحدثه، فلا يبدأ سريان السنوات الثلاث، ولكن تسقط الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقوع الفعل الضار.

وإذا ترتبت على الفعل الضار المسئوليتان الجنائية والمدنية، وكانت الدعوى الجنائية تتقدم بانقضاء مدة أطول، سرت هذه المدة بخصوص تقدم الدعوى المدنية فلا تسقط هذه الدعوى إلا بسقوط الدعوى الجنائية، ولكن يمكن أن ترفع الدعوى المدنية بعد سقوط الدعوى الجنائية بالتقدم، فقد لا تسقط الدعوى المدنية إلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة وذلك عند جهل المضرور بالحادث أو لم يقف على من أحدثه وهي مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية، والخلاصة أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية، ولكن لا تنقضي الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية.

وهي تطابق نص المادة 172 مصري 173 سوري، 232 عراقي، 273 عربي موحد.

الفصل الرابع

الفعل النافع "الإثراء بلا سبب"

الفرع الأول

القاعدة العامة

مادة (200)

كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الإلتزام ولو زال الإثراء فيما بعد.

المذكرة الإيضاحية :

يضع المشروع قاعدة عامة تتعلق بالإثراء بلا سبب متأثرا في ذلك بالتقنيات الحديثة (المادة 812 من التقنين الألماني، المادة 62 من التقنين السويسري، المادة 123 من التقنين البولوني المادة 140 من التقنين اللبناني، المادة 179 من التقنين المصري، والمادة 141 من التقنين الجزائري والمادة 73 من المشروع الفرنسي الإيطالي).

ويتضح من المادة أنه يشترط لوجود الإثراء الآتي:

إثراء يترتب عليه خسارة، فلا بد من إثراء ويتحقق ذلك، إذا كسب شخص منفعة مادية أو معنوية تقدر بمال، أو تجنب خسارة محققة أو انقضاء دين أو سد حاجة مادية أو معنوية تقدر بمال في ذاتها، أو من ناحية خسارة المقابل كنتقدير قيمة العمل الذي قام به شخص أدى إلى كسب شخص آخر.

والكسب قد يكون إيجابيا أو سلبيا، وقد يكون مباشرا أو غير مباشر، وقد يكون ماديا أو معنويا، ولا يشترط توافر الأهلية في المثري، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء.

ويجب أن يقابل الإثراء، إفئقار أي يجب أن تتحقق الخسارة بحيث تلحق بشخص، ونتيجة لهذه الخسارة يجني شخص آخر الكسب.

والخسارة تكون بفقد الشخص لحق شخصي أو عيني أو انتقاص حق، أو فوات منفعة له الحق في الحصول عليها.

والخسارة كالكسب قد تكون مباشرة أو غير مباشرة، وقد تكون إيجابية أو سلبية، وقد تكون مادية أو معنوية.

ويجب أن تكون علاقة سببية بين الإثراء والإفئقار، ويتحقق ذلك إذا كان سبب كل منهما واقعة واحدة، أو إذا تبين أن كسب المدين ما كان ليحدث لولا خسارة الدائن.

ويجب ألا يكون للإثراء، أو للإفئقار المترتب عليه سبب قانوني يبررهما، كوجود تصرف قانوني بين المفتقر والمثري كوجود عقد هبة بينهما، يبرر افتقار الواهب، وإثراء الموهوب له أو يستند الإثراء إلى حكم القانون، فإذا اكتسب شخص شيئاً بمرور الزمن فلا يستطيع المالك الأصلي أن يعود عليه بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن مرور الزمن يعد سبباً قانونياً لكسب الحق العيني.

ولم يشترط بقاء الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى بل يكون الرد واجباً ولو زال قبل ذلك، فإذا تحققت واقعة الإثراء ينشأ التزام على المثري بالرد، فالإثراء يقدر وقت تحققه ولا عبرة بعد ذلك بما يطرأ عليه من زيادة أو نقصان وحتى زواله (قارن المادة 142 من التقنين اللبناني وهي تنص على هذا الشرط في حالة الإثراء بحسن نية) وقد تأثرت المادة بنص المادة 179 من التقنين المصري.

ودعوى الإثراء حسب النص الذي ورد في المشروع دعوى أصلية وليست دعوى احتياطية إذ يجوز للمفتقر أن يباشرها ولو أثبت له القانون طريقاً آخر.

وترتب المادة التزاماً على المثري بتعويض المفتقر عما افتقر به، ولكن بقدر ما أثري به، أي يلزم برد أقل القيمتين، قيمة الإثراء الذي لحق به وقيمة الافتقار الذي لحق بالمفتقر، فإذا كان الإثراء 1000 دينار والافتقار 1200 دينار ألزم المثري برد 1000

دينار لأنه أقل القيمتين ولو لم يصدر من المثري خطأ يحاسب عليه، بحيث يلتزم نتيجة لذلك بتعويض كل الافتقار وإنما يحاسب على ما ناله من إثراء فعلاً لذلك لا دخل لحسن أو سوء النية في تقدير التعويض، وإذا كان العكس بحيث كان الإثراء 1200 دينار والافتقار 1000 دينار يلتزم المثري برد الافتقار 1000 دينار لأنه أقل القيمتين، والالتزام بالتعويض في حدود الافتقار يرد إلى أن الدعوى تستند إلى المصلحة فإن تخلفت المصلحة انتفت الدعوى، ولما كان ما زاد من إثراء على خسارة المفتقر لا مصلحة له فيه فلا دعوى للمطالبة به.

وإذا تصرف المثري بعوض فيما أثري به فلا يستطيع المفتقر أن يعود على من صدر له التصرف لأن هذا الأخير انتقل إليه الشيء مقابل عوض، أي مقابل سبب قانوني هو التصرف نفسه، أما إذا كان التصرف بدون عوض، فالأصل أن ينحصر الرجوع على المثري مادام من صدر له التبرع قد أثري بسبب عقد الهبة وهو سبب قانوني، لكن المشروع يجيز رجوع المفتقر عليه بمقدار ما أثري به استناداً إلى قاعدة (درء الضرر مقدم على جلب المنفعة)، ويكون للمفتقر في هذه الحالة أن يرجع على المثري الواهب، أو الموهوب له وفقاً لمصلحته في ذلك، فإذا كان افتقاره 500 دينار، وكان الإثراء للمثري 300 دينار، وبالنسبة للموهوب 400 دينار فمن مصلحة المفتقر أن يعود على الموهوب له.

وهي تطابق نص المادة 179 مصري، 180 سوري، 141 جزائري.

الفرع الثاني

قبض غير المستحق

مادة (201)

1. كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده.
2. لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا إذا كان ناقص الأهلية أو أكره على الوفاء.

المذكرة الإيضاحية :

لم يحذ المشروع حذو التقنين المصري في الأخذ بدفع غير المستحق، وأخذ بمصطلح قبض غير المستحق، لأن مصدر الإلتزام هو قبض غير المستحق، وليس دفع غير المستحق.

وقبض غير المستحق يتمثل في أن يتسلم شخص على سبيل الوفاء شيئاً غير مستحق له من الموفي، فعلى من تسلم الشيء غير المستحق أن يرده إلى من قام بالوفاء به، لأن في احتفاظه به إثراء بلا سبب.

ويستطيع من يطلب منه الرد أن يقيم الدليل على أن من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه فيفترض أنه أوفى على سبيل التبرع، إلا أن يكون ناقص الأهلية لأنه لا تثبت له أهلية التبرع، أو أن تثبت ويكون قد أكره على الوفاء، كما إذا كان قد فقد المخالصة، وأجبر على الوفاء نتيجة لفقدانها.

وهي تطابق نص المادة 181 مصري، 182 سوري، 143 جزائري.

مادة (202)

يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه، أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق.

المذكرة الإيضاحية :

قبض غير مستحق تطبيق خاص للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، فالحقبة يتم على سبيل الوفاء، والوفاء بدين تصرف قانوني يجب أن تتوفر فيه كل الشرائط الواجب توافرها في التصرفات القانونية، فيشترط في إرادة الموفي أن تكون خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، وأن يكون الموفي أهلاً للوفاء، فإذا شاب إرادة الموفي عيب من عيوب الإرادة أو تخلف شرط الأهلية، كان الوفاء غير صحيح، ويعد من قبض ما أوفي به قد أثري دون سبب ويصبح ملزماً بالرد وفقاً لقواعد الإثراء. وعلى من يدعي أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل أنه قام بوفاء يلحق به وصف التصرف القانوني ويخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية. والمشروع قصد من عموم العبارة التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بقبض غير المستحق حيث ورد في النص (كل من تسلم على سبيل الوفاء) مواجهة صور الوفاء دون ذكر لذلك.

ويجب أن يقوم بالوفاء بما لم يكن مستحقاً في ذمته، ويتحقق ذلك إذا أثبت انعدام سبب الدين الذي أداه إطلاقاً، كأن يثبت أن العقد الذي رتب عليه التزام بالوفاء باطل، أو إذا أثبت أن سبب الدين لم يتحقق كما لو أدى المدين ديناً معلقاً على شرط واقف مع أنه لم يتحقق، أو إذا أثبت أن سبب الدين قد زال بعد تحققه، كما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه في عقد أبطل أو فسخ بعد ذلك.

فإذا أقام المدعي هذا الدليل فيفترض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع.

وهي تطابق نص المادة 182 مصري.

مادة (203)

1. يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلا بقيام الأجل.
2. على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :

لا يلزم المدين بالوفاء، إلا وقت حلول أجل الاستحقاق، لذلك فإن من يقوم بالوفاء قبل حلول الأجل يدفع ما ليس مستحقا عليه، وقد يدفع قبل حلول الأجل من جراء غلط وقع فيه، أو من جراء ظروف لها حكم الغلط، لذلك فلمن دفع أن يسترد ما أداه، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل، لذلك فإن على الدائن الذي قبض دينه قبل حلول الأجل أن يرد ما قبض إلا أن المشروع وضع حكما خاصا بهذه المسألة قاصدا من وراء ذلك اختصار الاجراءات، إذ أجاز للدائن قصر الرد في هذه الحالة على ما استفاده، الدائن بسبب الوفاء المعجل دون أن يتجاوز ذلك قدر ما لحق المدين من ضرر، فإذا عاد نفع على الدائن من الوفاء قبل حلول الأجل 100 دينار ولحق المدين ضرر نتيجة لذلك 120 دينار يدفع الدائن أقل القيمتين وهي 100 دينار، وإذا كان الدين الذي عجل الوفاء به نقودا ولم يرغب الموفي له ردها إلى المدين، على المدين أن يؤدي إليه عند حلول الأجل، كان للمدين مطالبة الموفى له بما يغله الدين.

وهي تقارب نص المادة 183 مصري.

مادة (204)

لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين، وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما كان يضمنه من تأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة برد ما وفاه الغير.

المذكرة الإيضاحية :

أراد المشروع توفير حماية للدائن حسن النية، إذ نص على حرمان الموفي من الرجوع عليه بدعوى استرداد ما لا يستحق، إذا اعتمد الدائن على هذا الوفاء وتجرد من سند دينه بإعدامه أو عدم المحافظة عليه وتلفه نتيجة لذلك، أو تجرد من التأمينات التي حصل عليها كضمان للدين، كأن يهمل في تجديد الرهن أو يقوم بإبراء الكفيل، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بمرور الزمن، ويرجع ذلك إلى أن الموفي قد دفع بخطئه الدائن حسن النية إلى الركون إلى صحة الوفاء وجعله ذلك يتجرد من سنده أو من تأميناته.. الخ، مما يمنعه بعد ذلك من الرجوع على المدين الحقيقي، فيجب أن يتحمل الموفي نتيجة خطئه بحرمانه من أن يعود على الدائن حسن النية بما وفاه.

على أن الغير يستطيع الرجوع بما أداه، فالمدين الحقيقي قضي دينه بفعل الوفاء يلتزم برد ما وفاه الغير، وفي اعتقادي أن الأدق أن يلتزم بتعويض الغير على أساس الإثراء بلا سبب.

ويجب التحرز من تواطؤ الدائن مع الغير في حالة سقوط الدين بمرور الزمن بتقديم تاريخ مخالصة الوفاء للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط، وهذا التحايل

يمكن الغير من الرجوع على المدين، وحتى يمكن تجنب هذا يجب أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت.

وهي تطابق نص المادة 184مصري، 185 سوري.

مادة (205)

1. إذا كان من تسلم المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم.
2. أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أيضا أن يرد ما جناه من مكاسب أو منافع شخصية أو ما قصر في جنيته من الشيء الذي تسلمه بغير حق وذلك من يوم تسلمه، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية.
3. وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد ما جناه أو ما قصر في جنيته من مكاسب وثمار من يوم رفع دعوى الرد عليه.

المذكرة الإيضاحية :

فرق المشروع بين الموفى له حسن النية والموفى له سيئ النية، من حيث ما يجب رده، وحسن النية يعني عدم علم الموفى له بأنه لا يستحق الوفاء وحسن النية مفترض، أي لا يطالب بإثبات حسن النية بل من إدعى سوء النية لدى الموفى له عليه أن يثبت ذلك، والموفى له حسن النية لا يلتزم إلا برد ما استلم فإن كان ما استلمه من النقود فعليه رد مثل هذا المبلغ بغير غلة مدة حسن نيته، أما إذا تلقى شيئا معينا بذاته فعليه التزام برد الشيء ذاته، وإن كان مثمراً لا يرد ما جناه خلال مدة حسن نيته، وإذا أنفق عليه مصروفات لازمة لحفظه من الهلاك أو التلف أو من أجل الصيانة وهي ما توصف بالمصروفات الضرورية، فتد له هذا المصروفات من الموفى المسترد، أما إذا كانت المصروفات نافعة بحيث تزيد من قيمة الشيء وهي غير ضرورية لحفظه وصيانته، فالمسترد له الخيار بين دفعها وبين دفع ما زاد في

قيمة الشيء بسبب إنفاقها، إلا إذا طلب الموفى له نزع ما أضيف إلى الشيء بإنفاق المصروفات، أما المصروفات الكمالية التي أنفقها الموفى له، فإن المسترد لا يلتزم بدفع شيء منها، وللموفى له الحق في طلب نزع ما أضيف إليها، إلا إذا اختار المسترد استبقاءه في مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة.

وإذا هلك الشيء المعين الذي تسلمه الموفى له حسن النية نتيجة لقوة قاهرة، فإنه لا يلتزم برده، أما إذا كان الهلاك بخطأ منه، فيلتزم برد قيمته، وإذا تصرف حسن النية فيما تسلمه يفرض عليه رد مقابلة، فإن كان تصرفه تبرعا فلا يلتزم بالرد.

أما إذا كان الموفى له سيئ النية، ويكون كذلك في حالة علمه بأن لا حق له فيما تسلمه، فإنه يلتزم برده ورد ثماره التي جناها فعلا، والتي قصر في جنيها، وإذا كان قد أنفق مصروفات ضرورية على الشيء له مطالبة المسترد بها كلها كحسن النية، أما المصروفات النافعة للمسترد الخيار بين مطالبته بإزالة ما أضيف منها إلى الشيء دون أن يحدث للشيء تلفا، وبين أن يأخذ الإضافة بأقل القيمتين، قيمتها مستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد في الشيء بسببها.

وإذا هلك العين ولو بقوة قاهرة، فإن الموفى له سيئ النية ملتزم برد قيمتها للمسترد، إلا إذا أثبت أنها كانت ستهلك في يد المسترد، وأن كان قد أخرجها من ذمته بالتصرف فيها معاوضة كان عليه رد قيمتها، أو المقابل الذي حصل عليه من التصرف فيها ويعود ذلك إلى اختيار المسترد، أما إذا كان قد تبرع بها فهو يلتزم بقيمتها. وإذا رفعت الدعوى على الذي تسلم غير المستحق يلزم برد ما جناها وما قصر في جنيها من مكاسب وثمار من تاريخ رفع الدعوى عليه.

وهو تطابق نص المادة 185 مصري، و186 سوري، 147 جزائري.

مادة (206)

إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملتزما إلا بقدر ما عاد عليه من كسب بسبب هذا التسلم.

المذكرة الإيضاحية :

إذا كان الموفى له ناقص الأهلية وكان الوفاء غير مستحق، فإنه لا يعامل معاملة الموفى له كامل الأهلية في تحديد ما يلزم برده، سواء أكان حسن النية أم سيئ النية، فالمشروع جعله غير ملزم برد كل ما أخذه وإنما ملتزم بما أثري به، وبناء على ما سبق، إذا كان الموفى به عينا معينه بالذات وهلك أو تلفت أو ضاعت بسبب لا يعود إلى خطأ الموفى له ناقص الأهلية فلا يكون ملزما بشيء تجاه الموفى ولو على أساس الفعل الضار، ومن قبيل انتفاع الموفى له ناقص الأهلية بالموفى به، الوفاء بدين عليه أو شراء شيء نافع له.. الخ.

أما إذا انفق ناقص الأهلية الموفى به في أمور لهو، فلا يلتزم برد شيء مما استلمه حتى ولو كان سيئ النية.

وهي تطابق نص المادة 186 مصري، 187 سوري، 148 جزائري.

الفرع الثالث

الفضالة

مادة (207)

الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك.

المذكرة الإيضاحية :

عرف المشروع الفضالة بأنها تولى شخص عن قصد شأنًا عاجلاً لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك، وتعد الفضالة تطبيقاً من تطبيقات الفعل النافع "الإثراء بلا سبب" لأن من شأن التزام رب العمل بتعويض الفضولي ما يمنع من

إثرائه على حساب الغير، ويظهر من النص أنه لكي توجد فضالة لابد من تحقق الآتي :

أن يتولى الفضولي شأنًا من شئون غيره، وفي الغالب يكون الغير جاهلاً بتدخل الفضولي للقيام بهذا الشأن، وقيام الفضولي بذلك يعد الركن المادي للفضالة، إذ إنه قبل ذلك لا توجد علاقة بين الفضولي ورب العمل (الغير)، ويشترط ألا يكون الفضولي مأذوناً بالتدخل من قبل رب العمل فإذا كان مأذوناً كان الأمر يتعلق بوكالة، أما إذا عارض رب العمل تدخل الفضولي فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب، ما لم يكن الفضولي قد قام بحاجة ملحة عاجلة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وأوجب أداءه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقة أو تجهيز الميت، ففي هذه الحالة لا يجوز الاحتجاج بمعارضة رب العمل وتظل أحكام الفضالة واجبة التطبيق رغم هذه المعارضة.

وأن يتصدى الفضولي لشأن عاجل لرب العمل، فلا يكفي أن يكون نافعا، بل لابد أن يكون فردياً، وأن يتصدى عن بينة أو عن قصد، أي أن تتصرف نية الفضولي إلى القيام بما تصدى لحساب رب العمل حتى يوجد ما يبرر تدخله، في شئون غيره بغير إذن من الغير.

ويصدق الفضولي في قوله أنه قصد أداء خدمة لرب العمل لأن القصد من الأمور النفسية التي لا يمكن معرفتها إلا إذا أعلن عنها الفضولي، والقصد هو الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب، إذ يعد القصد عنصراً أساسياً لازماً لوجود الفضالة بينما لا ضرورة له لقيام الإثراء بلا سبب.

والفضولي يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحته، فإن عمل لمصلحة نفسه ومع ذلك عاد نفع على الغير فلا يرجع على الغير بدعوى الفضالة بل يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

ويكفي أن تنصرف نية الفضولي إلى تحقيق مصلحة الغير، فإذا كان يعتقد أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر، يعد فضوليا لأنه يكفي في الفضالة وجود قصد العمل لمصلحة الغير لا لمصلحة شخص معين بالذات. وقد ترتبط مصلحة الغير مع مصلحة الفضولي إذا كانت الأعمال النافعة التي يقوم بها الفضولي تحقق مصلحته ومصلحة الغير معه، فيكون فضوليا بالنسبة للغير، في حدود ما تحقق من مصلحة للغير.

ويجب ألا يكون الفضولي ملتزما بالقيام بالعمل لحساب رب العمل، فإذا وجد عليه التزاما بالقيام بالعمل لحساب الغير لا يعد فضوليا، سواء أكان مصدر التزامه العقد كالوكالة أم القانون كما هو الحال بالنسبة للولي أو الوصي أو القيم. وهي تطابق المادة 188 مصري، 189 سوري، 150 جزائري.

مادة (208)

تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنيين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر. المذكرة الإيضاحية :

قد ترتبط مصلحة الفضولي مع مصلحة الغير إذا كانت الأعمال التي يقوم بها الفضولي تحقق مصلحته ومصلحة الغير معه، فيكون فضوليا بالنسبة للغير في حدود ما تحقق من مصلحة للغير شريطة أن يكون العمال مرتبطين ارتباطا لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر، فالمالك على الشيوع الذي يقوم بإصلاح ضروري في كل الشيء المملوك على الشيوع يعد فضوليا في الرجوع على شركائه الآخرين بكل ما تكبده من نفقات الإصلاح.

وهي تطابق نص المادة 189 مصري، 190 سوري، و151 جزائري،

مادة (209)

تسري قواعد الوكالة على الفضالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي.

المذكرة الإيضاحية :

إذا تدخل الفضولي، وقام عن قصد بشأن عاجل لحساب رب العلم وأجاز رب العلم ما قام به الفضولي صراحة أو ضمنا سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولي من حقوق والتزامات من بدء الفضالة، فيعد الفضولي في حكم النائب، ورب العمل في حكم الأصل، وتنظم علاقاتهما من جهة وعلاقاتهما مع الغير الذي تعامل مع الفضولي من جهة أخرى أحكام النيابة، ويطبق نفس الحكم حتى ولو كان الفضولي قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه ولكن في هذه الحالة تطبق أحكام الوكالة ليس كونها صورة من صور الفضالة، وإنما صورة من صور الإثراء بلا سبب.

ولا تكون إرادة الفضولي أو إرادة رب العمل مصدرا للنيابة، بل يكون مصدرها القانون.

وهي تطابق نص المادة 190 مصري، 191 سوري، و152 جزائري، 302 أردني.

مادة (210)

يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

يعد القانون مصدرا مباشرا لالتزامات الفضولي، ولو أنها تنشأ بإرادة الفضولي، ويظهر أن هدف المشروع من وضع المادة هو منع التدخل في شئون الغير بخفة ورعونة، فالأصل أن الفضولي غير ملزم بالتدخل في شئون الغير، لكنه إذا تدخل للقيام بفعل نافع للغير يجب عليه أن يستمر في عمله إلى أن يكمله، وإلى أن يتمكن رب العمل

من مباشرته بنفسه، وفي هذا حماية لرب العمل من مخاطر وقف العمل قبل إتمامه وقبل تمكنه من الاستمرار فيه، ويسقط التزام الفضولي بالاستمرار في العمل بمجرد بدء رب العمل في مباشرة العمل الذي بدأه الفضولي، وعلى الفضولي أن يخطر رب العمل بما يقوم به بمجرد تمكنه من ذلك، حتى يستعمل رب العمل حقه، إما في نهى الفضولي عن إتمام العمل، أو حقه في تولي العمل بنفسه بدلاً من الفضولي. وهي تطابق نص المادة 191 مصري، 192 سوري، 153 جزائري، 303 أردني.

مادة (211)

يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسؤولاً عما يلحق رب العمل من ضرر، وللمحكمة تحديد التعويض إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

المذكرة الإيضاحية :

تلزم المادة الفضولي ما بقي العمل قائماً أن يبذل عناية الشخص المعتاد في العمل الذي يقوم به لحساب رب العمل، فإذا قصر ولم يبذل عناية الشخص المعتاد، ولحق نتيجة لذلك ضرر برب العمل، ينشأ التزام على الفضولي بتعويض رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية، ويكون للقاضي أن يخفف من مسؤولية الفضولي حيث ينقضي ما يلزم به الفضولي من تعويض إذا كانت الظروف تبرر ذلك، وهذا يعكس تقدير تطوع الفضولي لخدمة الغير بما ينطوي عليه من إثارة كفاً الفضولي عليه، وذلك بالتسامح في مساءلته على ما قد يصدر منه من إهمال في الأعمال التي يقوم بها باعتباره فضولياً، شريطة أن يكون الفضولي حسن النية أي لا يعتمد إلحاق الضرر برب العمل، أما إذا تعمد ذلك لا يعد حسن النية ولا مجال للتخفيف من مسؤوليته، وهذا أخذ بالنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية، في حين ورد في نص المادة 179 من المشروع الأخذ بالنظرية الموضوعية في المسؤولية التقصيرية

القائمة على فكرة الضرر، لذلك اقترح صياغة النص بحيث يكون على النحو الآتي (الفضولي مسئول عما يلحق برب العمل من ضرر وللقاضي تحديد التعويض إذا كانت الظروف تبرر ذلك).

مادة (212)

يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة، وتقديم الحساب عما قام به.

المذكرة الإيضاحية :

إذا تسلم الفضولي أموالاً لحساب رب العمل لا يجوز له أن يستعملها لمصلحته لأنه يعد في قبضه الأموال بمثابة وكيل لرب العمل، فإن فعل ذلك وجب عليه التعويض عن الضرر الذي لحق برب العمل نتيجة لذلك، ويلتزم الفضولي برد الأموال التي تسلمها إلى رب العمل منذ وقت استلامها لحساب رب العمل، فإن تأخر في تسليمها وطالب رب العمل بذلك يكون مسئولاً عن تعويض رب العمل عن كل ضرر نجم عن عدم التسليم والتأخر فيه.

والتزام الفضولي بتقديم حساب عن الأعمال التي يقوم بها، يجعل لرب العمل أن يطلب إليه تقديم الحساب، ولا يجوز للفضولي أن يتأخر عن تقديم ذلك إذ عليه أن يقوم به بمجرد تمكنه من ذلك، وإذا قام الفضولي بعمل مادي كجني ثمار أو محصول فلا يحق له أن يستولي عليه، وإنما عليه أن يرد الثمار والمحصولات إلى رب العمل، وإلا يكون مسئولاً عن ذلك ويلزم بالتعويض.

وهي تطابق نص المادة 193 مصري، 194 سوري، 155 جزائري، 306 أردني.

مادة (213)

إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن أعماله، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على الغير.

المذكرة الإيضاحية :

إذا عهد الفضولي بالعمل إلى شخص آخر بحيث يقوم بكل أو ببعض أعمال الفضالة يعد الشخص المعهود إليه بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل الذي أوكل له القيام به من التصرفات القانونية، وبمثابة المكاول من الباطن إذا كان العمل الذي أوكل له القيام به عملا ماديا.

ويكون مسئولا أمام الفضولي، ويكون الفضولي مسئولا عن أعمال نائبه أمام رب العمل على أساس مسئولية المتبوع عن فعل التابع، ويستطيع رب العمل أن يعود على نائب الفضولي بالدعوى المباشرة، أما نائب الفضولي فلا يستطيع أن يعود على رب العمل بالدعوى المباشرة بل يرجع عليه بالدعوى غير المباشرة وذلك باستعمال دعوى الفضولي تجاه رب العمل.

وهي تطابق نص المادة 2/192 مصري و2/193 سوري و2/154 جزائري و305 أردني.

مادة (214)

إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسئولية.

المذكرة الإيضاحية :

تنص المادة على المسئولية التضامنية فيما بين الفضوليين في حالة تعددهم في القيام بالعمل الواحد وهذا يعني أن لرب العمل أن يعود عليهم جميعا أو على أحدهم لأنهم متضامنون في مواجهته وتطبيق أحكام التضامن.

وهي تطابق نص المادة 3/193 مصري، 3/193، 3/152 جزائري.

مادة (215)

يعد الفضولي نائبا عن رب العمل، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه.

المذكرة الإيضاحية :

إذا قام الفضولي بتنفيذ التزاماته خصوصا أنه بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ونفذ إرادة رب العمل الصريحة أو المفترضة، كان على رب العمل تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي على النحو الآتي:

إذا أبرم الفضولي التعهدات باسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه، التزم رب العمل بها مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة، وفي هذه الحالة يسمى الفضولي النائب حيث يبرم عقدا مع الغير ويعلمه بأنه يتعاقد باسم ولحساب رب العمل، وفي هذه الحالة يعد الفضولي في حكم النائب ورب العمل في حكم الأصل وتسري أحكام النيابة.

وإذا أبرم الفضولي التعهدات باسمه ولكن يقصد من وراء ذلك تحقيق مصلحة رب العمل، بالرغم من أنه أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل، ففي هذه الحالة يعد عمل الفضولي سواء أكان تصرفا قانونيا أم عملا ماديا بالنسبة لرب العمل، من الأعمال المادية لكونه ليس طرفا فيه، لأن الفضولي غير مأذون منه لقيام به، لذلك لا يسري في مواجهته إلا إذا أجازه رب العمل، وفي حالة رفض رب العمل ما قام به الفضولي وأصابه ضرر نتيجة لعمل الفضولي يجوز له أن يعود على الفضولي بالتعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار).

مادة (216)

يكون رب العمل ملزماً بأن يعرض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها والضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، وأن يرد له النفقات الضرورية النافعة التي سوغتها الظروف، ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته.

المذكرة الإيضاحية :

إذا تعاقد الفضولي بإسمه شخصياً لمصلحة رب العمل، فإن آثار العقد تنصرف إلى الفضولي ولا تنصرف إلى رب العمل، فإذا قام الفضولي بتنفيذ هذه الآثار المتمثلة في الالتزامات التي يلتزم بها نتيجة للعقد الذي أبرمه، فعلى رب العمل أن يعرض الفضولي عن التعهدات التي نفذها.

ويلتزم رب العمل برد ما أنفقته الفضولي في سبيل إتمام العمل سواء قام بالعمل بنفسه أو استعمل أدوات كان يملكها أو عن طريق الإتفاق مع شخص آخر، كتعاقده مع مقاول لترميم منزل رب العمل ودفع الفضولي ما يستحق عن المقولة.

ويلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية التي أنفقت لتحقيق مصلحة رب العمل كمصاريف أنفقت لترميم منزل آيل للسقوط، والمصاريف النافعة التي تفيدها رب العمل دون أن تكون واجبة الإتفاق كمصاريف طلاء المنزل بعد ترميمه. ويجب أن تكون المصاريف معقولة غير مغالية فيها (أي سوغتها الظروف) رغبة في تجنب إرهاق رب العمل، ويلتزم رب العمل برد المصروفات الضرورية والنافعة حتى ولو لم يترتب على إنفاقها النتيجة المرجوة.

ويلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عن الضرر الذي لحق به أثناء قيامه بأعمال الفضالة أو بسببها دون تقصير منه إذا كان لم يكن بإمكانه تجنبه لو بذل جهداً

معقولا لان ذلك يعد من قبيل النفقات التي تكبدها الفضولي أثناء قيامه بأعمال الفضالة.

والأصل أن الفضولي لا يستحق أجرا على عمله إذ يفترض فيه التبرع بخدمة يؤديها لرب العمل إلا أن قرينة الافتراض تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته كما هو الحال في مقاول يقوم بترميم منزل، فله الأجر على ذلك. والمادتان 230، و231 من المشروع تطابقان نص المادة 195 مصري، 196، سوري، 157 جزائري.

مادة (217)

1. إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته، إلا بالقدر الذي أثرى به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن فعل غير مشروع.
2. أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد.

المذكرة الإيضاحية :

يثار موضوع أهلية الفضولي بخصوص قدرته على الأعمال التي تتحقق بها الفضالة فهو ملتزم بالمضي في العمل وبذل عناية الشخص المعتاد، وتقديم حساب، لذلك يشترط فيه توافر أهلية التعاقد مثله مثل الوكيل من هذا الوجه أي يشترط فيه أن يكون مميزا.

والفضولي إذا لم تتوافر فيه أهلية التعاقد لا يكون مسئولا عن إدارته إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب، أو قواعد المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)، ومسئوليته تكون بمقدار ما أثري به على ألا يجاوز هذا القدر ما افتقر به رب العمل، وهذه المسؤولية لا تتحقق إلا إذا أقيم الدليل على أن الفضولي قد قام بعمل غير مشروع، وبداهة يكون مميزا، وفي هذا أخذ بالنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية في حين ورد

في نص المادة 179 ما يفيد بالأخذ بالنظرية الموضوعية في المسؤولية التقصيرية، لذلك يفضل تعديل النص بحيث يصبح على النحو الآتي (ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن فعل ضار).

أما إذا ابرم الفضولي العقد باسمه شخصيا لا باسم رب العمل يشترط أن تتوافر فيه أهلية التصرف الذي يبرمه باسم نفسه أي أن يكون كامل الأهلية. ولا يشترط في رب العمل أية أهلية، فتتصرف إليه الالتزامات حتى ولو كان عديم الأهلية، فتصح النيابة القانونية من طريق الفضالة، ولو كان الأصل غير مميز، ويلزم رب العمل بأداء ما تحمله الفضولي من نفقات، وتعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب.

وهي تطابق نص المادة 196 مصري، و 197 سوري، 158 جزائري.

مادة (218)

1. إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل.

2. وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم.

المذكرة الإيضاحية :

إذا مات الفضولي فإن ورثته يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار رب العمل بموت مورثهم، وعليهم التزام بالمحافظة على ما تم من العمل من قبل مورثهم لصالح رب العمل بصورة تحول دون إلحاق الضرر به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، وإذا قصرُوا في تنفيذ التزاماتهم في هذا الصدد تتحقق مسؤوليتهم الشخصية عن الإخلال بتنفيذ التزام نشأ على عاتقهم بصفة أصلية وليس مجرد عدهم خلفا عاما للفضولي، ويلتزمون بتعويض رب العمل عن كل ضرر لحق به نتيجة لذلك، وتكون مسؤوليتهم

مشروطة بعلمهم بالفضالة، وإن يكونوا أهلاً للقيام بما أُلزموا به، ويظهر ذلك من إلزامهم بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل، وفي هذا أنصافاً للورثة إذ لا يمكن مساءلتهم وهم لا يعملون بأعمال مورثهم الفضولي. وإذا مات رب العمل فإن ذلك لا يؤثر على التزامات الفضولي، بل يبقى ملتزماً لمصلحة ورثة رب العمل كما كان ملتزماً لمصلحة رب العمل قبل موته. وهي تطابق نص المادة 194 مصري، 195 سوري، 156 جزائري.

الفرع الرابع

سقوط الدعوى

مادة (219)

تسقط بالتقادم الدعوى الناشئة عن الفعل النافع، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بحقه، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.

المذكرة الإيضاحية :

ورد في النص حكم مشترك خاص بسقوط الدعوى الناشئة عن الفعل النافع بالتقادم، يجعل التقادم بأقصر الأجلين حيث تسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات يبدأ سريانها من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بحقه في المطالبة بالرد أو بالتعويض ويقف على شخص من يلزم بذلك، ويبدأ سريانها من اليوم الذي ينشأ فيه الحق في الرجوع وبعبارة أخرى الالتزام.

وهذا النص يسري على كل حالات الفعل النافع، فيسري على دعوى الإثراء بلا سبب ودعوى الرد في قبض غير المستحق ودعوى الفضالة.

الفصل الخامس

القانون

مادة (220)

الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها.

المذكرة الإيضاحية :

يعد القانون مصدرا عاما لجميع الالتزامات، فكل التزام أيا كان مصدره المباشر، يرد إلى القانون باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعا، فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر العقد، أو التصرف الإرادي المنفرد، أو الفعل النافع، أو الفعل الضار ولكن يرد في مصدره الأخير إلى القانون، ومن الالتزامات ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير في آن واحد، وفي هذه الحالة يكون القانون هو المصدر المباشر الوحيد الذي ينشأ الالتزام ويحدد مداه ومضمونه.

ولا تقتصر الالتزامات التي يكون مصدرها المباشر نص القانون على فرع من فروع القانون إذ توجد في القانون المدني في مجال الحقوق العينية والحقوق الشخصية، وتوجد في مجال قانون الأحوال الشخصية، وتوجد في باقي فروع القانون، فنص القانون على التزامات الجوار، والالتزام بالنفقة على الزوجة والأولاد، والتزام الولي أو الوصي أو القيم، والتزام الفضولي في المضي بالعمل وبذل العناية المطلوبة منه، وتقدير حساب، كل هذه الالتزامات وغيرها مصدرها القانون مباشرة، وبالتالي يعد مصدرا من مصادر الالتزام.

والقانون هو الذي يتكفل بإنشاء الالتزام مباشرة وذلك بالنص على الالتزام وتحديد نطاقه ومضمونه، لذلك لا دخل لإرادة ذوي الشأن في وجود الالتزام، لذلك يوجد

الالتزام بغض النظر عن توافر أو عدم توافر الأهلية في الملتزم، ومع ذلك فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات مراعيًا في ذلك أنها لا تترتب بمعزل عن الإرادة، ومن هذا القبيل ما يقع من التزامات على عاتق الفضولي إذ يشترط القانون لترتيبها أن يكون من يتصدى لشأن من شئون الغير تفضلاً أهلاً للتعاقد.

وهي تطابق نص المادة 198 مصري، 199 سوري، 245 عراقي، وتقابل نص المادة 312 أردني.

الباب الثاني

آثار الالتزام

أحكام عامة

مادة (221)

1. ينفذ الالتزام جبرا على المدين.
2. ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه.

المذكرة الإيضاحية :

إذا وجد الالتزام وجب تنفيذه، وهذا الوجوب له أهمية خاصة في المعاملات المالية حيث يحقق الثقة والائتمان ويحمي الحياة الاقتصادية من الفوضى والاضطراب، إذا أن عدم تنفيذه من قبل المدين قد يلحق الضرر بالآخرين، لما لعدم التنفيذ من آثار سلبية على الثقة والائتمان والمعاملات المالية بوجه عام، وتنفيذ الالتزام عادة يتم بمبادرة من قبل المدين، وإن لم يقم المدين بالوفاء مكن القانون الدائن من إجباره على التنفيذ، فالمبدأ أن لم ينفذ المدين الالتزام بمشيئته ينفذه جبرا إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك.

ويلزم للتنفيذ الجبري أن يلجأ الدائن إلى السلطة العامة المختصة لجبر مدينه على التنفيذ، والذي يضمن حق الدائن جميع أموال المدين، لذلك فإن التنفيذ الجبري يعني إعطاء الدائن إمكانية التنفيذ على أي مال من الأموال التي تكون مملوكة لمدينة وقت التنفيذ، وما سبق يطبق على الالتزام المدني دون الالتزام الطبيعي، الذي لا جبر في تنفيذه، لأنه يوجد فيه عنصر المديونية، دون عنصر المسؤولية، لذلك لا يستطيع الدائن إجبار المدين على تنفيذه، عكس الالتزام المدني فتتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسؤولية لذلك يستطيع الدائن إجبار المدين على تنفيذه.

وخلو الالتزام الطبيعي من عنصر المسؤولية لا يعفي المدين به من تنفيذه إن شاء ذلك بالرغم من علمه أنه غير ملزم بالتنفيذ، وإذا قام المدين بذلك لا يعد ما قام به تبرعا، وإنما يعد وفاءً صحيحاً، ولا يستطيع أن يسترد ما قام الوفاء به، وإذا تعهد المدين بالالتزام طبيعي بالوفاء به، فإنه يتحول إلى التزام مدني يمكن للدائن إجباره على الوفاء به.

والالتزام الطبيعي لا يعد التزاماً أخلاقياً، لأنه التزام موجود في ذمة المدين لكن لا يجبر على تنفيذه، فأمر التنفيذ متروك لإرادته، فإذا نفذ يكون قد نفذ التزاماً عليه، في حين لا يتحقق ذلك في حالة الوفاء بالالتزام الأخلاقي، إذ لا يعد الوفاء به وفاء بالتزام، وإنما يعد تبرعا من قبل من قام به، فمن قدم واجب المساعدة لمن يحتاجها قام بتنفيذ واجب أخلاقي، ويكون متبرعا في نظر القانون.

والالتزام الطبيعي يعد في منزلة وسطى بين الالتزام المدني، والالتزام الأخلاقي، فهو أدنى من الالتزام المدني حيث لا يجبر الملتزم به على تنفيذه، وأعلى من الالتزام الأخلاقي، لأن تنفيذه يعد وفاء بالتزام ولا يعد تبرعا كما هو الحال في الوفاء بالالتزام الأخلاقي.

وهي تطابق نص المادة 199 مصري، 200 سوري، 246 عراقي، 160 جزائري 313 أردني.

مادة (222)

تقدر المحكمة عند عدم النص ما إذا كان هناك التزاما طبيعيا، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام أو الآداب.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن حالات الالتزام الطبيعي غير محددة على سبيل الحصر، لذلك تقدر المحكمة عند عدم النص على التزام طبيعي، وجود الالتزام الطبيعي من عدم وجوده، وتستطيع المحكمة تقدير وجود الالتزام الطبيعي بالاستناد إلى وجود معيار

يتمثل في وجود التزام أخلاقي لدى الجماعة ارتقى إلى درجة لا يمكن للقانون إغفالها، فتقرر المحكمة اعتباره التزاما طبيعيا.

فالمعيار الذي يستند إليه القاضي في تحديد وجود التزام طبيعي من عدمه هو معيار موضوعي لا معيار ذاتي، ويتمثل المعيار في وجود التزام أخلاقي لدى الجماعة وصل إلى قوة تجعل اعتقادها حينما يتم الوفاء به انه ليس تبرعا وإنما وفاء يمليه الضمير، لذلك على القاضي حين تقديره لوجود أو عدم وجود التزام طبيعي أن ينظر إلى ضمير الجماعة لا أن ينظر إلى ضميره، فلا يقرر وجود التزام طبيعي على ضوء مشاعره الذاتية، بل يقرر ذلك على ضوء مشاعر الجماعة ومدى الوعي الأخلاقي لديها.

وتورد المادة قيدا على المحكمة حين تقديرها لوجود الالتزام الطبيعي هو عدم مخالفة الالتزام الطبيعي للنظام العام أو الآداب.

يظهر مما سبق أن حالات الالتزام الطبيعي غير محددة على سبيل الحصر، ولكن يمكن ردها إلى الآتي:

الالتزامات الطبيعية المترتبة على وجود التزامات مدنيه منحلة، كما هو الحال في وجود التزام طبيعي حينما يسقط الالتزام المدني بمرور الزمن أو ينقضي الالتزام المدني نتيجة للصلح بين المدين المفلس مع دائنيه.. الخ.

الالتزامات الطبيعية المترتبة على وجود التزامات أخلاقية ارتفعت في وعي الجماعة حيث أصبح الوفاء بها وفاء بالتزام ليس تبرعا، مثل التزام الشخص بالنفقة على أقاربه ممن لم يلزمه القانون بالنفقة عليهم.

وهي تطابق نص المادة 200 مصري، 201 سوري، 161 جزائري.

مادة (223)

لا يجوز للمدين استرداد ما أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً، ولا يعد وفاؤه تبرعاً ولا دفعاً لغير المستحق.

المذكرة الإيضاحية:

ينحصر الالتزام الطبيعي في جواز الوفاء به، ويشترط لصحة الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار وأن يفي به وهو يدرك أنه يفي بالتزام طبيعى، فإذا قام بالوفاء يكون قد نفذ التزاماً مستحق الأداء ولا يعد متبرعاً. لهذا لا يجوز له أن يسترد ما وفى به، لأن الوفاء الاختياري من قبله يعد بمثابة إقرار منه بالدين والإقرار تصرف قانوني بإرادة منفردة، والإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام. والوفاء بالالتزام الطبيعي لا يخضع لأحكام التبرعات من حيث الشكل أو من حيث الموضوع حيث لا يشترط تحقق شكل معين أو أهلية تبرع للوفاء به، بل يكفي بأهلية الوفاء ويرجع ذلك إلى أنه لا يعد تبرعاً بل وفاء بالتزام مستحق الأداء. وهي تطابق نص المادة 201 مصري، 202 سوري، 162 جزائري.

مادة (224)

الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني.

المذكرة الإيضاحية:

قد لا يستطيع المدين بالالتزام الطبيعي الوفاء به، ومع ذلك يتعهد بذلك، فيترتب على هذا التعهد نشوء التزام مدني في ذمته يكون الالتزام الطبيعي سبباً له، والتعهد بالوفاء بالالتزام الطبيعي وما ينتج عنه من وجود التزام مدني يتم بإرادة المدين وحدها، إذ لا يلزم لذلك قبول الدائن، وهذا يقتضي التأكد من وجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث الالتزام المدني، وهذا يعني عدم نشوء الالتزام المدني إذا اقتصر إرادة المدين على

الاعتراف بوجود الالتزام الطبيعي في ذمته، لأن الاعتراف لا يفيد وجوب الوفاء به،
والقصد هو الأساس الذي يستند إليه نشوء الالتزام المدني.
وهي تطابق نص المادة 202 مصري، 203 سوري، 163 جزائري.

الفصل الأول

التنفيذ الجبري

الفرع الأول

التنفيذ العيني

مادة (225)

1. يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا.
2. إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين جاز للقاضي بناء عل طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما.

المذكرة الإيضاحية:

من حق الدائن أن يطالب المدين بالتنفيذ العيني فإذا تمنع المدين عن ذلك يجبر على القيام به متى كان ذلك ممكنا، أما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا فيلزم المدين بالتعويض، لأن مطالبة الدائن المدين تحتوي على مطالبة ضمنية بالتنفيذ بمقابل إذا استحال على المدين التنفيذ العيني، وبالتالي فإن الحكم بالتعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني لا يعد حكما بما لم يطالب به الدائن إذا طالب بالتنفيذ العيني.
والمطالبة بالتنفيذ العيني لا تكون من حق الدائن فقط بل تكون أيضا من حق المدين، حيث يستطيع أن يعرض القيام به، فإذا فعل ذلك لا يستطيع الدائن أن يرفض ذلك

ويطالب المدين بالتعويض لأن سبب التعويض لم يتحقق وهو وقوع الضرر نتيجة لعدم التنفيذ العيني، لأن المدين مستعد للتنفيذ العيني.

وفي حالة مطالبة الدائن مدينه بالتعويض ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، فيجب في هذه الحالة الحكم بالتعويض أي التنفيذ بمقابل، ويرد ذلك إلى الموافقة الضمنية بين الدائن والمدين على التنفيذ بمقابل، حيث أن الدائن طلب ذلك، ولم يقم المدين بالتنفيذ العيني فيفهم من ذلك موافقته على طلب الدائن بالتنفيذ بمقابل، وهذا لا يعني انقضاء الالتزام الأصلي المتمثل في الالتزام بالتنفيذ العيني، ووجود التزام جديد يتمثل في الالتزام بالتعويض، إذ إن التعويض هو تنفيذ نفس الالتزام الذي اتفق عليه الطرفان كبديل عن التنفيذ العيني، وبناء على ذلك فإن ضمانات الوفاء بالالتزام تبقى مقررّة للوفاء بالتعويض.

وإذا حدد ميعاد للتنفيذ وكان ممكنا يجب التنفيذ بحلول هذا الميعاد، وإذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عينا مادامت الظروف تسمح به دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير.

وقد هيأ التقنين الألماني في المادة 250 وسيلة لقطع الشك باليقين في هذه الحالة إذ يبيح للدائن أن يحدد للمدين ميعادا مناسباً للوفاء عينا وأن يشفع هذا التحديد بإعلانه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد.

أما إذا حدد ميعاد للتنفيذ العيني فالمفروض أن يتم التنفيذ خلال الميعاد لا بعده إلا إذا أقام ذو الشأن الدليل على عكس ذلك.

واستثنت الفقرة الثانية حالة ما إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين من قاعدة وجوب التنفيذ العيني، فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكنه كان مرهقا، فيجوز استبداله بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض. ومصدر هذا الاستثناء التقنين الألماني فأباح للمدين أن يعتمد إلى التعويض النقدي إذا كان يلحق به ضرر جسيم نتيجة للتنفيذ العيني، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني. بل يقتصر حقه على

المطالبة بتعويض ما يكفي لجبر الضرر، فعلى المدين أن يقوم بالتنفيذ العيني حتى ولو كان مرهقا له حتى لا يتسبب عدم التنفيذ في إلحاق الضرر بالدائن والعلة من هذا الحكم أن الدائن أولى بالرعاية من المدين بسبب انعدام التعسف في هذه الحالة. واستبعاد التنفيذ العيني في حالة إرهاب المدين دون أن يسبب ذلك ضرراً جسيماً للدائن يعد تطبيقاً من تطبيقات مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق. وهي تطابق نص المادة 203 مصري، 204 سوري، 249 لبناني، 246 عراقي. 305 أردني.

مادة (226)

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.

المذكرة الإيضاحية:

يترتب على وجوب التنفيذ العيني وجوباً نافياً للتخيير، أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وهذا يعني أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد وجوده بحكم القانون. فإذا كان المنقول معيناً بالذات ومملوكاً للمدين فلا تظهر صورة التنفيذ العيني فيه لأن الحق العيني الذي يرد عليه ينشأ أو ينتقل بمجرد تمام العقد وذلك بمقتضى حكم القانون، ولا تحول دون ذلك قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بالنسبة لأول مشتر يذلي إليه المالك بحقه، وقد يقع أن يدخل المنقول في يد خلف ثان حسن النية، وذلك في حالة تصرف مالك المنقول في المنقول لشخصين على التعاقب، فتنتقل الحيازة إلى المشتري الثاني حسن النية، في حين تصرف المالك في المنقول بعد أن زالت

عنه ملكيته بمقتضى التصرف الأول، فالمفروض أن الملكية تنتقل للمشتري الأول، ولكن الملكية تنتقل إلى المشتري الثاني عن طريق الحيازة، ومن الجائز أن يقال أن ملكية المنقول انتقلت أولاً إلى المشتري الأول بموجب التزام المالك بنقل حق عيني، ثم آلت منه إلى المشتري الثاني حسن النية فان ملكية المنقول تكون للمشتري الثاني، ولا يكون العقد هو سببها، لأن البائع لم يعد مالكا للمنقول بعد البيع الأول وإنما يكون سبب ملكية المشتري الثاني قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية.

وفي العقارات فان الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه، حيث إن العقد المتعلق بالعقار وخصوصاً الأرض لا ينعقد صحيحاً إلا في دائرة تسجيل الأراضي، حيث يعد التسجيل ركناً من أركان عقد البيع، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من قانون انتقال الأراضي لسنة 1920 الذي مازال سارياً في أي أن عقد بيع العقار من العقود الشكلية، والمشروع جعل عقد بيع العقار من العقود الرضائية وجعل التسجيل شرطاً من أجل انتقال الملكية، حيث ينشأ عن العقد التزام بنقل الملكية، وهذا الالتزام ينفذ إذا سجل العقار في جهة الاختصاص، وبالتالي لا ينفذ الالتزام بنقل الحق العيني المتعلق بالعقار فور العقد بل لا بد أن ينفذ الالتزام خلال فترة من الزمن خلالها يجب أن يشترك مالك العقار في تيسير إجراءات التسجيل، إذ يجب على المالك أن يقوم بهذا العمل لاسيما التصديق على إمضائه.

وهي تطابق نص المادة 204 مصري، 205 سوري، 247 عراقي، 165 جزائري.

مادة (227)

1. إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء .

2. إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بقرار من القاضي أو دون قرار منه في حالة الاستعجال كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء في الحالتين دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتضى.

المذكرة الإيضاحية:

إذا كان محل الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلى مشتريه إلا بإفرازه فلا ينتقل بمجرد انعقاد العقد كما هو الحال في المنقول المعين بالذات، ويرجع ذلك إلى أن الحق العيني لا يرد على شيء غير معين، ولا يوجد حق عيني للدائن قبل التعيين إذ إن الحق العيني هو سلطة مباشرة على الشيء وهذه السلطة لا ترد إلا على الأشياء المعينة بالذات.

ويجب على المدين أن يقوم بالإفراز حتى يتم تنفيذ التزامه عيناً، فإذا امتنع فلا تنتقل ملكية الشيء إلى الدائن، ولكن الدائن صاحب حق شخصي ثبت له بمقتضى البيع، فله أن يعذر المدين ليثبت امتناعه عن الفرز، ويكون للدائن أن يسلك أحد طريقتين، التنفيذ العيني بالحصول على الشيء عن طريق شرائه على نفقة المدين بعد الحصول على قرار من القاضي بذلك، أو دون قرار منه في حالة الاستعجال.

أو أن يلجأ إلى طلب التعويض مباشرة وذلك بأن يطالب بقيمة الشيء نقداً ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ، وإنما يكون عدم ممانعة المدين في استيفاء الدائن للتعويض.

وإذا لحق بالدائن ضرر نتيجة التأخير في التنفيذ، فإن له الحق في المطالبة بالتعويض عن التأخير إضافة لمطالبته بالتنفيذ العيني أو التعويض. وهي تطابق نص المادة 205 مصري، 206 سوري، 166 جزائري.

مادة (228)

الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، ويكون المدين مسئولاً عما يصيبه بسبب تقصيره.
المذكرة الإيضاحية:

من يلتزم بنقل حق عيني يلتزم أيضاً بالقيام بعمل يتمثل في وجوب تسليم الشيء محل الحق العيني والمحافظة عليه حتى يتم التسليم، ويستوي الأمر سواء أكان الشيء معيناً بذاته أم معيناً بنوعه. وعلى المدين أن يبذل عناية الرجل العادي في تسليم الشيء والمحافظة عليه حتى يفرغ من التسليم ويكون مسئولاً عما يصيبه بسبب تقصيره ولا داعي لذكر هذه الفقرة فالقواعد العامة تغني عنها. وهي تطابق نص المادة 206 مصري، 207 سوري، 167 جزائري.

مادة (229)

1. إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقدّمه بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه، ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن.
2. لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه القوة القاهرة.

المذكرة الإيضاحية:

إذا كان المدين ملتزماً بنقل حق عيني أو بأن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقدّم بذلك بسبب هلاك الشيء أو فقده أو خروجه عن التعامل بسبب قوة القاهرة بعد إعداره، فهو الذي يتحمل تبعه الهلاك، ولو كان الهلاك قبل الإعذار على المدين، ففي العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة، فالقاعدة العامة أن الدائن الذي يتحمل تبعه الهلاك، فإذا استحال على المودع عنده تنفيذ التزامه بالرد لقوة القاهرة، يتحمل المودع الدائن تبعه الهلاك، ولكن لو سبق أن أعذر المودع عنده برد الوديعة قبل هلاكها فيترتب على الإعذار انتقال تبعه الهلاك حيث يتحملها المودع عنده "المدين".

ولا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر إذا أثبت أن الشيء سيهلك في كل الأحوال بالقوة القاهرة حتى ولو سلمه للدائن، إلا إذا قبل المدين أن يتحمل تبعه الهلاك بسبب القوة القاهرة، ففي هذه الحالة لا يجديهِ إثبات أن الشيء كان سيهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلمه إليه.

أما إذا هلك الشيء أو فقد أو خرج عن التعامل لقوة القاهرة قبل إعدار المدين، اختلف الحكم حسب من يتحمل تبعه الهلاك الدائن أم المدين، فإذا تحمل الدائن تبعه الهلاك يتعين على المدين أن ينزل له عما يكون له من حق أو دعوى تعويض عن الشيء الذي هلك، كالحق في التعويض الناشئ عن التأمين، ودعوى التعويض بسبب الفعل الضار، ودعوى الرجوع بناء على الإثراء بلا سبب، والتعويض في مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، وما إلى ذلك من الحقوق والدعاوى.

وإذا تحمل المدين تبعه الهلاك كما هو الشأن في البيع مثلاً، فيتحمل وحده ما ينجم من الضرر عن الهلاك ولا يلزم بالنزول للدائن عن حق أو دعوى.

والقواعد السابقة تسري على كل التزام بالمحافظة والضمان أيا كان وضعه سواء تفرع عن التزام بنقل حق عيني، كما هو الحال في البيع والمقايضة، أو كان مستقلاً قائماً بذاته، كما هو الحال في الإجارة وعارية الاستعمال والوديعة. وهي تطابق نص المادة 1/207، 2 مصري، 1/208، 2 سوري، 1/168، 2 جزائري.

مادة (230)

إذا كان الشيء في يد حائز بطريق غير مشروع، فعليه تبعة ما يصيبه في جميع الأحوال.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر النص أن كل من حاز شيئاً بطريق غير مشروع، كالسارق والغاصب يتحمل تبعة هلاك الشيء، ذلك أن خطأه الأول في ارتكاب جريمة السرقة، أو الغصب لا يسقط عنه بإقامة الدليل على أن الهلاك في الحقيقة يرد إلى قوة قاهرة، فالسارق مسئول عما سرقة سواء هلك بفعله أو نتيجة قوة قاهرة، وتزى الأقلية بأنه لا لزوم لإقرار مادة خاصة تتعلق بحكم هلاك الشيء الذي تمت حيازته بصورة غير مشروعة، فهي تتبع المادة السابقة لأن الأمر يتعلق بتحمل تبعة الهلاك، فكان يجب أن تكون فقرة 3 في المادة 229، هكذا فعلت التقنينات التي سبقت المشروع راجع المادة 207 مصري، 208 سوري، 168 جزائري.

مادة (231)

في الالتزام بعمل، إذا نص الإتفاق، أو استوجبت طبيعة العمل أن ينفذ المدين الالتزام جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين.

المذكرة الإيضاحية:

إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاما بعمل ووجد اتفاق أو استوجبت طبيعة العمل أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه فعلى المدين الوفاء بنفسه، فإذا لم يتم بذلك فيجوز للدائن أن يرفض قبول الوفاء من غيره، ويتحقق ذلك في حالة كون المدين مطربا مشهورا أو طبيبا له شهرة كبيرة في مجال عمله أو لاعب كرة مشهور. وهي تطابق نص المادة 208 مصري، 209 سوري، 169 جزائري.

مادة (232)

1. في الالتزام بعمل، إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة تنفيذه على نفقة المدين متى كان ذلك ممكنا.

2. يجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين، دون حكم من المحكمة.

المذكرة الإيضاحية:

يتطلب تنفيذ الالتزام القيام بعمل تدخلا إيجابيا من قبل المدين يتمثل في قيامه بالعمل المطلوب، والعمل قد يكون تحقيق نتيجة، وقد يكون بذل عناية فيتحقق تنفيذ الالتزام بتحقيق النتيجة إذا قام المدين بتحقيق النتيجة المطلوبة. ويتحقق تنفيذ الالتزام ببذل العناية إذا بذل المدين في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي سواء تحقق الغرض المقصود أو لم يتحقق.

وإذا لم يقيم المدين بتحقيق النتيجة أو ببذل عناية الشخص العادي، فيمكن لجوء الدائن إلى طلب التنفيذ العيني على نفقة المدين شريطة أن يطلب إنفاذ من المحكمة بذلك وفي حالة الاستعجال له أن يقوم بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون الحصول على إذن من المحكمة. وهي تطابق نص المادة 209 مصري، 210 سوري.

مادة (233)

في الالتزام بعمل يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام.

المذكرة الإيضاحية:

الأصل أن يقوم المدين بنفسه بالوفاء بما التزم به، ولكن إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بما أوجبه القانون، يكون للدائن أن يلجأ إلى المحكمة لاستصدار حكم يقوم مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام، فمثلاً إذا امتنع بائع العقار عن تنفيذ التزامه بما أوجبه القانون عليه لنقل الملكية للمشتري، كان للمشتري أن يلجأ إلى المحكمة لاستصدار حكم بصحة التعاقد وتنتقل الملكية للمشتري بمجرد تسجيل الحكم، وكذلك الحال إذا نكل الواعد عن وعده بعد إبداء الموعود له رغبته في التعاقد خلال مدة الوعد جاز للموعود له أن يلجأ إلى المحكمة لاستصدار حكم، والحكم يحل محل العقد المقصود إبرامه.

وهي تطابق نص المادة 210، مصري، 211 سوري، 171 جزائري، 357 أردني.

مادة (234)

1. في الالتزام بعمل، إذ كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل يبذله الرجل العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

2. وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

النص القديم : (249)

1. في الالتزام بعمل، إذ كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، أما إذا كان المطلوب هو تحقيق غاية فلا يعد الوفاء حاصلًا إلا بتحقيق تلك الغاية.

2. يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم في جميع الأحوال.

المذكرة الإيضاحية :

ترد هذه المادة صورة الالتزام بعمل إلى طائفتين، الأولى تنظم ما يوجب على الملتزم المحافظة على الشيء أو إدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ ما التزم الوفاء به، وبعبارة أخرى ما يتصل بالإلزام فيه بسلوك الملتزم وعنايته، والثانية، يدخل فيه ما عدا ذلك من صور العمل كالالتزام بإصلاح شيء.

وتقتصر هذه المادة على حكم الطائفة الأولى فتحدد مدى العناية التي يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ الالتزام، والأصل في هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذله الشخص المعتاد، فهي بهذه المثابة وسط بين المراتب، يناط بالمألوف في عناية سواد

الناس بشئونها الخاصة، وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معيارا عاما مجردا، فليس يطلب من المدين الالتزام بدرجة وسطى من العناية، أيا كان مبلغ تشدده، أو اعتداله، أو تساهله في العناية بشئون نفسه، على أن المتعاقدين قد يتفقا على العدول عن المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين، ومن ذلك ما يقع في الوكالة، والوديعة، غير المأجورة فغالبا ما يستخلص من الظروف أن العناية التي يقصد اقتضاءها من الوكيل أو الوديع هي عناية كل منهما بشئونه الخاصة، دون أن تجاوز في ذلك درجة العناية الوسطى، وعلى نقيض ذلك يقصد في عارية الاستعمال عادة إلزام المدين ببذل ما يبذل من العناية في شئونه الخاصة، على ألا يقصر في ذلك عن درجة العناية الوسطى، ومتى تقررت العناية الواجب اقتضاؤها من المدين، اعتبر كل تقصير في بذل هذه العناية مهما يكن طفيفا موجبا لمسئولية المدين.

ومهما يكن من أمر فمن المسلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم، سواء أكان معيار العناية الواجبة معيارا عاما مجردا أم خاصا معينا. والفقرة الأولى من المادة يجب تعديلها بالحذف والإضافة، والحذف يتعلق بعبارة أما إذا كان المطلوب هو تحقيق غاية فلا يعد الوفاء حاصلا إلا بتحقيق تلك الغاية، فهذه العبارة لا علاقة لها بمضمون الفقرة الأولى، إذ إن نص الفقرة الأولى خاص بالعناية التي يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ التزامه، سواء أكان الالتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، في حين أن الفقرة المقترحة حذفها متعلق بالوفاء بالالتزام بتحقيق غاية، ويجب إضافة عبارة هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك، إذ إن نية المتعاقدين قد تعدل عن المعيار الموضوعي.

وبالتالي يصبح نص الفقرة الأولى على النحو الآتي (1- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام، إذا بذل في تنفيذه من

العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك).
على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (249) من المشروع على النحو الوارد في المادة (234).
وهي تطابق نص المادة 211 مصري، 212 سوري، 172 جزائري، 358 أردني.

مادة (235)

إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بالتزامه، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إن كان له مقتضى، وله أن يطلب إدنا من القضاء في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين.
المذكرة الإيضاحية:

إذا كان التزام المدين الامتناع عن القيام بعمل ومع ذلك قام به فيكون قد أخل بالتزامه وتترتب مسؤوليته، ويستوجب ذلك إلزامه بالتعويض، ولا يعد سبب التعويض أن أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، إذ قد يكون التنفيذ العيني ممكناً وذلك جبراً عن المدين بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وللدائن أن يقوم بالإزالة على نفقة المدين بعد الحصول على إذن من القضاء بذلك والعلة من ذلك تتمثل في منع ما قد يحدث من عنف في حالة إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، لذلك لا يجوز للدائن القيام بإزالته دون إذن من القضاء، وله أن يتجاوز عن هذا الإذن عند الاستعجال.
وتجدر الإشارة إلى جواز الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض النقدي عند أول إخلال يقع من المدين، وجواز العدول عن التنفيذ العيني ولو كان ممكناً، والاكتفاء بالتعويض النقدي إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ العيني ضرر فادح.

وهي تطابق نص المادة 212 مصري، 213 سوري، 253 عراقي، 173 جزائري، 359 أردني.

مادة (236)

1. إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك.

2. إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة.

3. إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ العيني حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدا من المدين.

المذكرة الإيضاحية:

تنص المادة على الغرامة التهديدية التي يرد وجودها إلى أحكام القضاء حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما في 1938/1/29 أوجدها واستمر القضاء الفرنسي في تطبيق نظام الغرامة التهديدية بالرغم من انتقاد الفقه الشديد لهذا النظام، وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا النظام حيث اصدر في 1972/6/5 القانون الإجرائي الذي نص فيه على الغرامة التهديدية، وقد تأثرت تقنيات عديدة بما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ونصت على أحكام الغرامة التهديدية.

والمشروع نظم الغرامة التهديدية أسوة بغيره من التقنيات الأخرى، والغرامة التهديدية مبلغ من المال يحكم القاضي بإلزام المدين بأدائه عن كل فترة زمنية يوم أو أسبوع أو شهر يتمتع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا بعد صدور الحكم، وإلى حين قيامه بالتنفيذ، والعلة من هذا النظام حث المدين على تنفيذ التزامه، وكسر ممانعته وإصراره

على عدم التنفيذ، لذلك ليس الغرض منه تعويض الدائن عن تأخر المدين عن التنفيذ بل المقصود به إرهاب المدين وحمله على التنفيذ، لذلك إذا تعنت المدين وأصر على عدم التنفيذ يجوز للقاضي زيادة الغرامة التهديدية لحمل المدين على التنفيذ، حيث إن مقدارها الأول غير كافٍ لإجبار المدين على التنفيذ.

ويظهر من الفقرة الأولى، أنه إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن ذلك جاز للقاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية، أما إذا كان بالإمكان تنفيذ الالتزام عينياً رغماً عن المدين ودون حاجة إلى تدخله الشخصي، كالتنفيذ على نفقة المدين أو في حالة قيام الحكم مقام العقد أو مقام الأداء المطلوب من المدين وامتنع المدين عن مباشرته فلا مبرر للجوء إلى التهديد المالي لانعدام تحقق العلة من ذلك نظراً لوجود وسيلة أخرى أجدى منها للدائن.

وفي الالتزام بإعطاء شيء إذا كان محله نقل ملكية عين معينة فلا حاجة للتهديد المالي بسبب انتقالها بحكم القانون بمجرد تمام العقد، ولا مكان للحكم بالتهديد المالي إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود بسبب إمكانية التنفيذ مباشرة بهذا المبلغ على أموال المدين دون حاجة إلى تدخله شخصياً.

وفي الالتزام بالقيام بعمل يمكن اللجوء إلى التهديد المالي للحصول على التنفيذ العيني إذا كان تدخل المدين ضرورياً، أو أكثر ملائمة لتحقيق ذلك، كالتزام المدين بتقديم حساب أو بتقديم مستندات أو التزام الشركات الاحتكارية بتقديم خدماتها إلى المتعاقدين معها، والتزام المستأجر بإخلاء العين المؤجرة... الخ، ولكن قد يكون في التهديد المالي مساس أو حجر على حرية المدين الشخصية ففي هذه الحالة يمتنع القضاء عن اللجوء إلى هذا النظام فالمؤلف والفنان والرسام والنحات... الخ، لا يجوز إجبارهم على تنفيذ التزاماتهم، لأن أعمالهم تقدر باعتبارها خاصة بهم، فقد يقدر الفنان أن عمله غير جدير بالعرض على الجمهور، لذلك لا يجبر على تنفيذ التزامه

حرصا على عدم المساس بالحق الأدبي الخاص به، وعلى الدائن أن يكتفي بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض.

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل إذا قام المدين بالعمل يستحيل التنفيذ العيني ولا محل للحكم بالتهديد المالي، فالطبيب، والمحامي ملزم أصلا بعدم إفشاء أسرار المهنة فإذا قام بذلك فلا محل للتهديد المالي، وإنما يكتفي بالتعويض، ولكن ممكن أن يحكم بالتهديد المالي عن كل مرة يأتي فيها المدين بالعمل الممنوع حتى يقلع عنه نهائيا.

والحكم بالغرامة التهديدية وسيلة تهديدية الغرض منها كسر عناد المدين وحمله على التنفيذ لذلك لا يضع القاضي في اعتباره عند تقديرها الضرر الذي يلحق بالدائن لأنها ليست تعويضا عن الضرر، بل يقدرها تقديرا تحكما بناء على المركز المالي للمدين ومقدار إصراره، وعناده، إذ يستطيع أن يزيد من مقدارها إذا كان مقدارها ليس كافيا لإجبار المدين على التنفيذ، وللقاضي أن يزيد من مقدار الغرامة عن كل فترة زمنية يتأخر فيها المدين عن التنفيذ حتى يتحقق فيها معنى تهديد المدين، ويشعر المدين انه كلما امتنع عن التنفيذ كلما زادت الغرامة.

ويتحدد أثر التهديد المالي على ضوء سلوك المدين فإما أن ينفذ التزامه، وإما أن يستمر في عناده ويصر على عدم التنفيذ، فإذا نفذ المدين التزامه يعاد النظر في مقدار الغرامة التهديدية ويحكم بتعويض عن التأخير في التنفيذ، وإذا استمر المدين في عناده فلا جدوى من الاستمرار في الغرامة والتهديد بها، وفي هذه الحالة يجب أن تتحول الغرامة التهديدية إلى تعويض يحكم به عند عدم التنفيذ، ويقدر التعويض بالطريقة المعتادة لتقديره فيشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة للتأخير في التنفيذ أو عدم القيام به، ولكن أضاف المشروع إلى هذين العنصرين عنصرا ثالثا يجب مراعاته من قبل القاضي عند تقدير التعويض النهائي وهو عنصر العنت الذي أظهره المدين، وبذلك يستطيع القاضي أن يزيد من مقدار التعويض نتيجة للضرر الأدبي الذي لحق بالدائن نتيجة لعنت المدين وإصراره على عدم التنفيذ

أو تأخره في ذلك، ويستطيع الدائن أن ينفذ على أموال المدين لاقتضاء مقدار التعويض الذي حكم به القاضي لا باعتباره غرامة تهديدية، بل باعتباره تعويضاً نهائياً.

وهي تطابق نص المادتين 213، 214 مصري، 214، 215 سوري، 174، 175 جزائري.

الفرع الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

مادة (237)

إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو نفذه تنفيذاً جزئياً أو معيباً.

النص القديم : (252)

إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً جبراً عن المدين غير ممكن أو غير مجد كان للدائن أن يطلب الحكم له بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب، أو لتأخره في هذا التنفيذ، ما لم يثبت أن عدم تنفيذه للالتزام أو تأخره فيه نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

المذكرة الإيضاحية :

يتعلق حكم النص بالالتزامات التعاقدية، فالدائن يجب أن يثبت وجود الالتزام ويستطيع ذلك بإثبات وجود العقد الذي يعد مصدراً للالتزام فإذا أثبت الدائن ذلك على المدين أن يثبت أنه قام بالوفاء بالالتزامات التي تقع على كاهله نتيجة للعقد، وإلا وجب أن

يلزم بالوفاء عينا بما التزم بناء على طلب الدائن، ما بقي الوفاء عينا ممكنا، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا غير مكمّن أو غير مجدٍ، نسب ذلك إلى خطأ يفترض وقوعه من المدين، والزم بتعويض الدائن عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه أو عن التنفيذ المعيب، أو عن التنفيذ الجزئي، ما لم يثبت المدين أن الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

وإذا كان التزام المدين التزاما ببذل عناية الشخص المعتاد فانه لا يطالب بإثبات السبب الأجنبي بل يكفي أن يثبت انه بذل عناية الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود، فالطبيب عليه أن يثبت انه قام بالعناية التي يبذلها الطبيب المعتاد فإذا أثبت ذلك لا تتحقق مسؤوليته ولا يلزم بالتعويض ولا يطلب منه أن يثبت السبب الأجنبي في حالة وفاة المريض ولكن لا يسري ما سبق على تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، إذ عليه أن يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

والنص يشوب صياغته العيب، فالنص يبدأ بكون تنفيذ الالتزام عينا جبرا عن المدين غير ممكن أو غير مجدٍ أي كان مستحيلا ففي هذه الحالة لا بد من تعويض، وأعتقد أنه في حالة التنفيذ المعيب أو التأخير في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي لا يكون الأمر متعلقا بالاستحالة، وفي هذه الحالات لابد من تعويض.

ولا يستقيم القول إذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبرا عن المدين غير ممكن مع القول كان للدائن أن يطلب الحكم له بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ المدين التزامه... الخ. فالعبرة الأولى تتعلق بتنفيذ الالتزام عينا جبرا عن المدين والعبرة الثانية تتعلق بطلب الدائن للتعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

لذلك اقترح تعديل النص على النحو الآتي (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو نفذه تنفيذا جزئيا أو معيبا).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (252) من المشروع على النحو الوارد في المادة (237).

وهي تقارب نص المادة 215 مصري.

مادة (238)

1. يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

2. يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين السبب الأجنبي.

المذكرة الإيضاحية:

يتعلق النص باتفاقات المسؤولية العقدية، فالفقرة الأولى تجيز الإتفاق على إعفاء المدين من التعويض عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً، أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخره في التنفيذ، فالأمر متروك لإرادة المتعاقدين لأن أحكام المسؤولية العقدية ترتبت بناء على اتفاقهما، ولا يعد الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية مخالفاً للنظام العام، لأن الأصل أن إرادة المتعاقدين أنشأت أحكام المسؤولية ولها أن تعدل هذه الأحكام أو حتى تنهيهما استناداً إلى مبدأ من يملك الإنشاء يملك التعديل أو الإنهاء.

ويستثنى من جواز الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من المدين ويسبب عدم تنفيذ التزامه، أو تنفيذه تنفيذا ناقصاً أو معيباً أو تأخر في تنفيذه، فإذا وجد اتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية وصدر عن

المدين غش أو خطأ جسيم أدى إلى عدم التنفيذ أو التأخير فيه..الخ، فيجب عليه التعويض.

ويجوز للمتعاقدين الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية إذا كان عدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب، أو التأخير في التنفيذ، يرد إلى غش أو خطأ جسيم صدر من أشخاص يتبعون المدين ومكلفين بتنفيذ التزامه التعاقدية، والفقرة الثانية تتعلق بتشديد المسؤولية العقدية، إذ تجيز اتفاق المتعاقدين على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ، أو التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب أو التأخير في التنفيذ، ولو كان ذلك يعود إلى السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، ويعد هذا الإتفاق نوعاً من التأمين ويكون ذلك عادة مقابل الزيادة التي يتقاضها المدين في المقابل من العقد.

وهي تقارب نص المادة 217 مصري.

مادة (239)

1. إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.
2. إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.
3. يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، وفي هذه الحالة، لا يجوز أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي.

النص القديم : (255)

1. إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كليا أو جزئيا، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

2. إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

المذكرة الإيضاحية:

إذا لم يتفق المتعاقدان على التعويض "الشرط الجزائي" قدرته المحكمة على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، شريطة أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو الوفاء به وفاء جزئيا، أو معيبا، أو تأخر في الوفاء، سواء أكان أساسه فوات الكسب، أم تحقق الخسارة، أي يكون التعويض عن الضرر المباشر الذي نجم عن عدم الوفاء لأن الضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، والسبب في قصر التعويض على الضرر المباشر أن رابطة السببية لا تكون إلا بين عدم الوفاء أو التأخير فيه، أو التنفيذ المعيب، أو الجزئي، والضرر، وبالتالي لا تتحقق رابطة السببية بين الخطأ العقدي، والضرر غير المباشر.

ويجب أن يكون الضرر المباشر متوقعا حتى يتم التعويض عنه في المسؤولية العقدية، إلا إذا صدر عن غش أو خطأ جسيم من المدين، فيكون التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع وبذلك يأخذ بحكم المسؤولية التقصيرية التي يكون فيها التعويض عن الضرر المتوقع، وغير المتوقع.

ومن أمثلة الضرر المتوقع، أن الناقل في نقله لحقيبة المسافر يتوقع أن بها ملبسه وحاجاته الشخصية، فإذا فقدت الحقيبة أثناء عملية النقل، واتضح أن بها مجوهرات أو مبالغ نقدية كبيرة فالناقل لا يعرض صاحبها إلا عن القيمة المتوقعة، ولا يعرضه عن المجوهرات أو النقود، ومعيار الضرر المتوقع موضوعي لا شخصي، إذ يعتد بالضرر الذي يتوقعه الشخص العادي إذا وجد في مثل ظروف المدين وقت التعاقد، والشخص العادي يتوقع في الحقيبة ملابس وحاجات شخصية ولا يتوقع بها مجوهرات أو نقود.

والمادة لم تنص على التعويض عن الضرر الأدبي الذي قد يترتب على الإخلال بالتزام عقدي، لذلك يجب تلافي هذا النقص وذلك بإضافة فقرة 3- تشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا وفي هذه الحالة لا يجوز أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (255) من المشروع على النحو الوارد في المادة (239).

وهي تطابق نص المادة 221 مصري، 222 سوري، 182 جزائري.

مادة (240)

يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص انه يجيز التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزئي، والتعويض الإتفاقي هو اتفاق بين المتعاقدين يقضي بأنه إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو نفذه تنفيذا جزئيا

أو معيبا أو تأخر في تنفيذه يدفع التعويض المتفق عليه للدائن، وقد يتفق على مقدار التعويض في العقد ويوضع عادة في شروط العقد الأصلي، لهذا سمي بالشرط الجزائي، ولكن يجوز الإتفاق على الشرط الجزائي في اتفاق لاحق بين المتعاقدين، لكن شريطة أن يتم قبل إخلال المدين بالتزامه، أما إذا تم بعد ذلك فلا يكون شرطا جزائيا وإنما يكون صلحا بين الدائن والمدين. ويجب أن يراعى المتعاقدان أحكام القانون حينما يتفقان على مقدار التعويض الإتفاقي.

وقد عرف النظام القانوني المطبق في بلادنا فكرة الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي، حيث نظم المشرع العثماني أحكام الشرط الجزائي في المادة 111 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية حيث ورد في نصها الآتي (إذا كان قد تبين وشرط ضمن صك المفاولة أن كلا الطرفين إذا لم يجر ما تعهد به يدفع للآخر مبلغا معينا على سبيل التضمين فلا يجوز أن يدفع أكثر أو أقل من ذلك المبلغ).

وقد طبقت المحاكم في فلسطين نص المادة 111 على أساس احترام إرادة المتعاقدين في تحديد مقدار الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل، والمادة 111 اصلها المادة 1152 من التقنين المدني الفرنسي التي تلزم المحاكم احترام اتفاق المتعاقدين، وأن لا تتدخل في الشرط الجزائي، وأن تحكم بما أتفق عليه فقط.

واستمرت المحاكم في فلسطين تحكم بمقتضى المادة 111 إلى أن أصبح موضوع الشرط الجزائي محل مراجعة وبحث في القضية المشهورة في فلسطين قضية الشيخ/ سليمان التاجي الفاروقي ضد ميشيل حبيب وآخرين استئناف عليا حقوق رقم 37/191 حيث صدر حكم من المحكمة يستند إلى المبادئ المتبعة في إنجلترا في تفسير الشرط الجزائي، واقتدت بحكم صدر من المحاكم الإنجليزية عام 1915 في قضية دنلوب ضد نيوجراج وشركاه، حيث قامت المحكمة بتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد.

وهذا الحكم يظهر أن المحكمة لم تأخذ بنص المادة 111 من قانون أصول المحاكمات العثمانية، وإنما أخذت بما هو متبع في إنجلترا من حق المحاكم في التدخل في الشرط الجزائي وتخفيضه إذا كانت قيمته أكبر من الضرر، وحكمت محكمة الاستئناف العليا في القضية رقم 53/42 المتكونة بين شركة اللاجئين بغزة، وبين النائب العام بوجوب تناسب مبلغ الشرط الجزائي مع التعويض. وهي تطابق المادة 223 مصري، 224 سوري، 183 جزائري، 321 موحد.

مادة (241)

1. لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.
2. يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.
3. إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.
4. وقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة.

المذكرة الإيضاحية:

الشرط الجزائي تعويض، والتعويض وجد لجبر الضرر، إذ لا تعويض إلا إذا تحقق الضرر لذلك يشترط لتطبيق الشرط الجزائي أن يلحق بالدائن ضرر، وعلى المدين أن يثبت عدم وجود ضرر قد لحق بالدائن إذا أراد أن يتخلص من تطبيق الشرط الجزائي، وهذا يظهر فائدة الشرط الجزائي المتمثلة في نقل عبء الإثبات على عاتق المدين، فإذا لم يثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر فيفترض أن الضرر قد لحق بالدائن ويطبق الشرط الجزائي.

وإذا توافرت شروط استحقاق الشرط الجزائي، المتمثلة في خطأ المدين، والضرر الذي يلحق بالدائن وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين، يحكم القاضي به إذا وجد تحقق التناسب بين الضرر ومقدار الشرط الجزائي، وقد لا يحكم به إذا أثبت المدين بأنه لم يلحق الدائن أي ضرر، ويجوز للقاضي تخفيض مقدار الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الالتزام قد نفذ جزئياً، لأن الشرط الجزائي وضع لمواجهة حالة عدم التنفيذ الكامل للالتزام حيث يخفض بنسبة ما نفذ من الالتزام ولا يعد ذلك مساساً باتفاق المتعاقدين، ويستطيع القاضي كذلك تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة، وأثبت المدين ذلك، لأنه أصبح شرطاً تهديدياً فيأخذ حكم الغرامة التهديدية، وتدخل القاضي يكون في إزالة المبالغة في الشرط الجزائي وليس المساواة بينه وبين الضرر، ويبنى على ذلك أنه إذا كان الشرط الجزائي يزيد عن الضرر لكن الزيادة لا تعد فاحشة فلا يستطيع القاضي أن يخفضه، وهذا يظهر أهمية الشرط الجزائي إذ إن القاضي يحكم به ولو كان يزيد عن الضرر لأن المدين قبل سلفاً أن تزيد مسؤوليته عند الإخلال بالتزامه عما تقضي به القواعد العامة في التعويض.

أما إذا كان الشرط الجزائي أقل مما لحق بالدائن من ضرر فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالزيادة وإنما له فقط ما تم الإتفاق عليه من تعويض ويفسر ذلك على ضوء أن اتفاقهما على الشرط الجزائي الذي يقل عن الضرر الذي لحق الدائن نتيجة لما ارتكبه من خطأ عقدي يعد اتفاقاً على التخفيف من مسؤولية المدين، والاتفاق على ذلك جائز، وعلى القاضي أن يحترم الإتفاق وأن يحكم بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي لحق بالدائن.

وما سبق قوله يطبق على الخطأ العادي الصادر من المدين، أما إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فإن الإتفاق على تخفيف المسؤولية لا أثر له، وعلى القاضي أن يتدخل ويقدر التعويض على ضوء القواعد العامة، ويحكم بتعويض يتناسب مع الضرر، حتى لو كانت قيمته أكبر من الشرط الجزائي، ويقع على الدائن

الذي يطالب بتعويض أكثر من الشرط الجزائي إثبات أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وتعد الأحكام السابقة أحكاما آمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها وكل اتفاق على ما يخالفها باطل.

ونص المادة 241 من المشروع لم يدرك التطور الذي لحق بفكرة الشرط الجزائي خصوصا في فرنسا، بل وقف إلى ما وصل إليه التقنين المصري، وقد دعت الأقلية في لجنة صياغة المشروع إلى الأخذ بما أحرز من تطور بخصوص الشرط الجزائي، إلا أن أغلبية اللجنة لم تأخذ بذلك وبقيت وفيه لما هو منصوص عليه في التقنين المصري، ففي فرنسا نتيجة للعسف والجور الذي يلحق بالمدين نتيجة لاتفاقه مع الدائن على الشرط الجزائي خصوصا إذا كان مبالغا فيه، أضاف المشروع الفرنسي فقرة ثانية للمادة 1152 جعلت الشرط الجزائي قابلا للمراجعة من قبل المحاكم، وقد أضيفت الفقرة الثانية بالقانون رقم 75/579 الصادر في 9 تموز 1975 إذ خولت القاضي تعديل قيمة الشرط الجزائي بالنقص أو الزيادة إذا رأى أن قيمته مبالغ فيها، أو أنها تافهة حتى في حالة عدم ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما، وعدلت الفقرة الثانية بقانون 11 تشرين أول 1985 إذ مكن هذا التعديل القاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه ويعدل الشرط الجزائي، وعدل قواعد إثبات الضرر، فأوجب على الدائن أن يثبت أن ضررا قد لحق به نتيجة إخلال المدين بالتزامه العقدي. وهي تطابق نص المادتين 224، 225 مصري، 226 سوري، 184، 185 جزائري، 321 عربي موحد.

مادة (242)

يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه، أولا تحكم بتعويض إذا ما استغرق خطؤه خطأ المدين.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة حكم اشتراك فعل المضرور مع الفعل الضار الذي يرتكبه شخص آخر في إحداث الضرر للمضرور، أو زاد فيه، فقد يؤدي ذلك إلى سقوط حق المضرور في التعويض ويكون ذلك حينما يستغرق فعله فعل المسئول ويكون ذلك، إذا كان فعله قد صدر عن عمد منه أو في حالة رضا المضرور بالضرر.

أما إذا كان أحد الفعلين نتيجة الفعل الآخر فلا يعتد إلا بالفعل الضار الذي وقع أولاً، فإذا كان فعل المدعى عليه نتيجة لفعل المضرور فلا تتحقق مسئولية المدعي عليه نظراً لانعدام رابطة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر الذي لحق بالمضرور.

أما إذا اشترك فعل المضرور مع فعل المسئول، ولم يستغرق أحدهما الآخر فنكون بصدد الفعل المشترك، والمدعي عليه لا يتحمل مسئولية كاملة، فالأصل في الفعل المشترك أن يتحمل كل فاعل بنسبة نصيبه في الفعل.

الفرع الثالث

الإعذار

مادة (243)

لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

لا بد من إعذار المدين إذا أراد الدائن أن يطالب بالتعويض نتيجة لتقصيره الراجع لعدم تنفيذ التزامه، أو تنفيذه تنفيذا ناقصا أو معيبا، أو إذا تأخر في التنفيذ، والإعذار دعوة توجه إلى المدين يقصد منها إنذاره بوجوب الوفاء، فحلول أجل الوفاء غير كاف لإثبات تقصير المدين، فإذا أعذر ولم ينفذ ما التزم به يعد مقصرا، والهدف من اللجوء إلى الإعذار قبل المطالبة بالتعويض، أما أن يكون هدفا أخلاقيا ممثلا في تنبيه المدين حتى يقوم بتنفيذ التزامه حتى لا يطبق عليه التنفيذ الجبري سواء العيني أو بمقابل، وإما أن يكون هدفا قانونيا يقوم على افتراض عدم تضرر الدائن من تأخر المدين في التنفيذ إذا لم يقم بإعذاره إذ يكون على الدائن أن يدحض هذا الافتراض بإعذار المدين.

ولا يستحق التعويض عن تقصير المدين لعدم التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المعيب أو الناقص إلا إذا أعذر المدين من قبل الدائن.

وهي تطابق نص المادة 218 مصري، 219 سوري، 179 جزائري، 316 عربي موحد.

مادة (244)

يكون إعدار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد.

المذكرة الإيضاحية :

يكون إعدار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر أو عن طريق محام أو بالبريد، ولا يمنع ذلك من جواز الإتفاق بين الدائن والمدين على أن يتم الإعذار بطريق آخر.

مادة (245)

لا وجوب لإعدار المدين في الحالات الآتية:

1. إذا اتفق الطرفان كتابة على تنفيذ الالتزام بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إعدار.
2. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.
3. إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على فعل ضار.
4. إذا كان موضوع الالتزام رد شيء تسلمه المدين دون حق وهو عالم بذلك.
5. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه.

المذكرة الإيضاحية:

تجيز الفقرة الأولى للدائن والمدين الإتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء لأن الإعذار وجد لمصلحة المدين وهي مصلحة شخصية، لذلك يجوز له أن ينزل عنها بإتفاق مع الدائن على عدم قيام الدائن بإعداره، وأنه معذر بمجرد حلول الأجل دون تحقق أي إجراء آخر.

وقد اشترطت الفقرة الأولى أن يكون الإتفاق صراحة إذ إشتطت أن يتم الإتفاق على عدم وجوب الإعذار في هذه الحالة كتابة، لذلك تستبعد الإتفاق الضمني، وكان المفروض ألا تشترط الكتابة، إذ إنه يمكن استخلاص عدم وجوب الإعذار ضمنا، كما هو الحال في عقد المفاولة إذا تم الإتفاق على أن ينهي المفاول عمله في تاريخ معين، أو كما هو الحال في عقد التوريد إذا اشترط التسليم فور الوقت المتفق عليه. وتوجد حالات مستثناة من وجوب الإعذار بنص القانون هي:

1. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، ويتحقق ذلك إذا كان مطلوبا من المدين ألا يقوم بعمل وقام به فعلا، فلا مجال لإعذاره في هذه الحالة، لأن عدم التنفيذ أصبح نهائيا، أو إذا كان التزام المدين أداء عمل، وقام المدين بعمل من شأنه أن يجعل تحقيق التزامه مستحيلا مثل المالك الذي يقوم بعمل إتفاق على عقد بيع عقار مرتين، ويسجل أولاً للمشتري الثاني، إذ يجعل ذلك تسجيل العقار للمشتري الأول مستحيلا.
2. إذا كان محل الالتزام تعويضا عن فعل ضار، ويعطل ذلك بأن الفعل الضار ما هو إلا إخلال بالالتزام قانوني يتمثل في عدم الإضرار بالغير، ولكون محل هذا الالتزام امتناعا عن عمل فلا يتصور الإعذار في حالة مخالفته من قبل المدين.
3. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه بغير حق عن بينة منه، فلا يستوجب إعذاره، وقصد من ذلك حرمان سيئ النية من ضمانة الإعذار.
4. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بتنفيذ التزامه، وبالتالي لا حاجة إلى إعذاره، لأنه لا حاجة لدعوة المدين إلى تنفيذ التزامه، لأنه أظهر عزمه على عدم التنفيذ، ثم أن ما لحق بالدائن من ضرر لا يعود إلى تسامحه وإنما يعود إلى إصرار المدين على عدم التنفيذ، ويشترط أن يصرح المدين كتابة أنه لا يريد

القيام بالتزامه، وبالتالي إذا لم يتحقق شرط الكتابة لابد من إعدار المدين، ولا يجوز اللجوء إلى الشهود لإثبات إصرار المدين على عدم تنفيذ التزامه. ويقوم مقام الكتابة في إثبات إصرار المدين على عدم تنفيذ التزامه إقراره بذلك أو نكوله عن حلف اليمين. وتوجد حالات أخرى مستثناة من وجوب الإعدار بسبب طبيعتها، منها إذا كان تنفيذ الالتزام لا يحتمل التأخير بطبيعته، مثل الالتزام الذي يجب الوفاء به في وقت معين، ومع ذلك لا يفي به المدين، وترتب على ذلك ضياع الفائدة من الوفاء به، فالمحامي الذي يتعهد برفع إستئناف وينقضي ميعاد الإستئناف قبل رفعه لا ضرورة لإعداره، وكذلك الحال إذا استحال القيام بإعدار المدين لا يستوجب إعداره، ففي حالة الاستعجال يجوز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ومن باب أولى دون إعدار. وهي تطابق نص المادة 318 عربي موحد.

الفصل الثاني

وسائل ضمان تنفيذ الالتزام

مادة (246)

1. أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، مع مراعاة أحكام القانون.
2. جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون.

المذكرة الإيضاحية:

جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً يكون للدائن التنفيذ على أمواله جبراً لاستيفاء حقه، وإذا حكم للدائن بتعويض فإن أموال المدين تضمن للدائن الحصول على التعويض الذي حكم للدائن به.

وكل أموال المدين تدخل في الضمان العام للدائن، ويجوز للدائن التنفيذ عليها، هذا هو المبدأ العام، إلا أن المشروع خرج عليه في حالات استثنائية، مراعيًا اعتبارات أخلاقية ترد إلى عامل الشفقة أو الرحمة بالمدين، إذ لا يجيز القانون التنفيذ على أموال معينة وبصفة خاصة ما تلزم لمعيشة المدين ومعيشة أسرته.

وحق الضمان العام يتقرر لجميع الدائنين، فأموال المدين جميعها تضمن حقوق جميع الدائنين فلا يتقدم دائن على آخر في استيفاء حقه، وإنما تقسم أموال المدين على جميع الدائنين وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء، أي يأخذ كل دائن بنسبة مقدار دينه على المدين وهذا المبدأ يطبق في حالة عدم وجود حق ضمان خاص لأحد الدائنين يخوله التقدم على غيره من الدائنين طبقاً للقانون، كالدائن المرتهن فإنه يتقدم على الدائنين العاديين.

وهي تطابق نص المادة 234 مصري، 188 جزائري، 365 أردني، 322 عربي موحد.

الفرع الأول
الدعوى غير المباشرة
مادة (247)

1. 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.
2. لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وإن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى.

النص القديم : (262)

لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يطالب قضائياً بحقوق مدينه نيابة عنه إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، وذلك إذا أثبت إهمال المدين لهذه المطالبة، وكان من شأن هذا الإهمال أن يؤدي إلى إعساره أو يزيد فيه، ويجب إدخال المدين في الدعوى.

المذكرة الإيضاحية:

تنظم المادة الدعوى غير المباشرة، وهي حق يثبت للدائن بمقتضاه يستطيع أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا الأخير التي لم يقم باستعمالها، فقد يتقاعس المدين عمداً أو إهمالاً عن المحافظة على حقوقه إذا شعر بتدهور وضعه المالي وأن دائنيه سينفذون على أمواله ولن تبقى له، لذلك خول القاضي الدائن أن يستعمل الحقوق التي قصر المدين عن استعمالها.

واصطلاح الدعوى غير دقيق، لأنه يوحي بأن الدائن لا يستطيع استعمال حقوق مدينه التي تقاعس عن استعمالها إلا عن طريق دعوى يرفعها أمام القضاء، وهذا غير صحيح لأنه قد يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه عن طريق آخر غير الدعوى، كأن يتخذ إجراء آخر كأن يقوم بقطع مرور الزمن الذي يسري ضد المدين، أو بتسجيل عقد اشترى به المدين عقارا، أو قيد رهنا يضمن للمدين حقا قبل الغير. وفكرة النيابة القانونية المقررة بنص القانون هي الأساس القانوني للدعوى غير المباشرة ولكن هذه النيابة جاءت لمصلحة الدائن أي لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصل.

والمادة تبين شروط الدعوى غير المباشرة، إذا توجب توافر ثلاثة أنواع من الشروط لاستعمالها، بعضها يرجع إلى حق الدائن، وبعضها يرجع إلى المدين، وبعضها يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه.

ويشترط في حق الدائن أن يكون ثابتا محققا غير متنازع فيه، ولا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء، بحيث يستطيع الدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة حتى ولو كان حقه مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط واقف.

ولا يشترط في حق الدائن أن يكون معلوم المقدار، إذ يجوز للمضرور رفع الدعوى غير المباشرة على المسئول عن الضرر باعتبار المسئول مدينا بالتعويض حتى قبل تقديره، ولا يشترط أن يكون لدى الدائن سند تنفيذي يثبت حقه، لأن الدعوى غير المباشرة ليست إجراء تنفيذيا، وإنما غايتها المحافظة على الضمان العام.

يظهر مما سبق وجود شرط واحد يجب أن يتوافر في حق الدائن يتمثل في أن يكون ثابتا وموجودا، ويجب أن يبقى حقه موجودا طالما يستعمل الدعوى غير المباشرة، فإذا قام من رفعت عليه الدعوى غير المباشرة بالوفاء إلى الدائن حقه قبل المدين، لا يستطيع الدائن بعد ذلك الإستمرار في الدعوى لانعدام مصلحته في الاستمرار في استعمال حقوق مدينه، ويشترط في المدين أن يقعد عن استعمال حقه سواء كان ذلك

نتيجة إهمال أو عن عمد بقصد الإضرار بدائنيته، فإذا لم يقعد المدين عن مباشرة حقه، فلا يكون للدائن استعماله نيابة عنه، وكل ما له أن يراقب سير الدعوى لمنع أي تواطؤ قد يتم بين المدين والمدعى عليه، وعلى الدائن أن يثبت قعود المدين عن استعماله لحقه.

ويشترط أن يؤدي قعود المدين عن استعمال حقه إلى إلحاق ضرر بالدائن حتى يكون له مصلحة في رفع الدعوى غير المباشرة، ويتحقق الضرر إذا كان يترتب على عدم استعمال المدين لحقه إعساره أو زيادة إعساره إعساراً فعلياً، ويكفي لتوافر ذلك أن تكون أموال المدين غير كافية لسداد حق الدائن، فإذا كان للمدين مال يكفي للوفاء بحق الدائن، فلا يستطيع الدائن أن يستعمل حقا للمدين إذ لا مصلحة له في استعماله طالما يستطيع استيفاء حقه من أموال المدين الأخرى.

وإثبات إعسار المدين يقع على عاتق الدائن، ويمكن إثبات ذلك بأن يثبت مقدار الدين الذي يشغل ذمة المدين ويعد المدين معسراً إلا إذا أثبت أنه يملك أموالاً تساوي أو تزيد عن مقدار ما يشغل ذمته من ديون.

ويشترط إدخال المدين في الدعوى غير المباشرة وإلا تكون غير مقبولة، والعلة من وراء ذلك كون نيابة الدائن عن المدين في رفع الدعوى نيابة من نوع خاص إذ هي لصالح النائب وليس لصالح الأصل كما سبق ذكره.

ويجب أن يكون حق المدين غير متصل بشخصه، فلا يستطيع الدائن أن يستعمل حقوق مدينه المالية التي تتصل بشخص المدين لأنها ترتبط باعتبارات أدبية لا يقدرها إلا المدين، ومن ذلك حقه في الرجوع عن الهبة بقدر مقبول، وحق المشتري في نقض الاشتراط لمصلحة الغير، والحق في التعويض عن الضرر الأدبي، وحق المؤلف في نشر مؤلفه.

وكون الحق المالي يتصل بشخص المدين أمر لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز للمدين النزول عن الحماية المقررة لصالحه، ويترك الدائن يستعمل نيابة عنه حقا من حقوقه

المالية المتصلة بشخصه، ولا يستطيع الدائن أن يستعمل حقوق مدينه غير المالية حتى ولو كان من شأن استعمالها أن يؤدي إلى نتائج مالية، فلا يجوز للدائن استعمال حق المدين في الطلاق، بالرغم من أنه يخفف عبئا ماليا عن المدين وهو عبء النفقة على زوجته.

ويجب أن يكون حق المدين قابلا للحجز، لأن هدف الدعوى غير المباشرة المحافظة على الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه، والحقوق غير القابلة للحجز لا تدخل في الضمان العام ولا يستطيع الدائن التنفيذ عليها، وبالتالي لا يترتب على عدم استعمال المدين لها ضرر للدائن، ومن أمثلة ذلك دين النفقة ومرتببات العمال.

ولكون إصطلاح الدعوى غير دقيق، لذلك اقترح تعديل النص ليتمكن الدائن من المحافظة على حقوق مدينه برفع الدعوى غير المباشرة أو باتخاذ أي إجراء آخر مشروع على النحو الآتي : (لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يتخذ من الإجراءات المشروعة للمحافظة على حقوق مدينه نيابة عنه إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة، أو غير قابل للحجز، وذلك إذا أثبت إهمال المدين لهذا الإجراء وكان من شأن هذا الإهمال أن يؤدي إلى إفساره أو يزيد فيه، ويجب إدخال المدين في الدعوى)

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (262) من المشروع على النحو الوارد في المادة (247).

وهي تطابق نص المادة 235 مصري، 236 سوري، 189 جزائري، 366 أردني، 323 عربي موحد.

مادة (248)

كل نفع يعود من مطالبة الدائن بحقوق مدينة يلحق بسائر أموال المدين ويدخل في الضمان العام للوفاء بديونه.

المذكرة الإيضاحية:

هدف الدائن من رفع الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام، والدائن يرفعها باعتباره نائبا عن مدينه، ونيايته، نيابة قانونية تثبت بنص القانون لذلك فالحكم الذي يصدر في الدعوى يصدر لصالح المدين، وبالتالي لا يستأثر الدائن بمنافعه عن باقي الدائنين، بل كل نفع يعود نتيجة لمطالبة الدائن بحقوق مدينة يدخل في الضمان العام، ويتساوى الدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة مع جميع الدائنين العاديين في التنفيذ عليه ويقتسمون حصيلته بينهم قسمة غرماء، بل قد لا يأخذ الدائن الذي قام بالمطالبة شيئا، إذا كان حق أحدهم مضمونا برهن أو امتياز، واستغرق جميع أموال المدين، ولا يتأثر حق المدين باستعمال الدائن الدعوى غير المباشرة إذ يبقى محتفظا بحقه الذي يستعمله الدائن باسمه، لأن الدائن في حكم النائب عنه، والنيابة لا تحرم الأصل من حرية التصرف في حقه، لذلك يستطيع المدين باعتباره أصيلا أن يستعمل حقه بنفسه، وأن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات، ولا يستطيع الدائن أن يطعن فيها إلا عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات إذا توافرت شروطها.

وهي تطابق نص المادة 324 عربي موحد، وتقارب نص المادة 236 مصري، 237 سوري، 190 جزائري، 367 أردني.

الفرع الثاني

دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه

مادة (249)

لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين، أو الزيادة في إعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية.

المذكرة الإيضاحية:

تنص المادة على دعوى عدم نفاذ التصرفات، وهي دعوى يرفعها الدائن طاعنا في تصرفات صدرت من مدينه بحيث لا تسري في حقه، فقد يعمد المدين بالقيام بتصرفات من شأنها أن تلحق الضرر بدائنه بحيث تؤثر على الضمان العام، ويرجع ذلك إلى سوء حالته المالية حيث يعمد إلى بيع أمواله الظاهرة لإخفاء ثمنها عن الدائن أو يعمد رغبة في إلحاق الضرر بالدائن إلى بيع ماله بثمان بخس، أو يهبه إلى أحد أقاربه، كما أنه قد يحابي أحد دائنيه فيوفيه دينه كاملا ويخرجه من قسمة الغرماء التي يجب أن يشترك فيها مع سائر الدائنين، ففي هذا الحالات وغيرها وفرت المادة حماية للدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بأن مكنتهم من رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات يطلبون فيها عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن المدين والتي تلحق الضرر في مواجهتهم.

وبينت المادة شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات منها ما يتعلق بالدائن، ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه، ومنها ما يتعلق بالمدين، واشترطت في المدين أن يكون حقه مستحق الأداء، ويرجع ذلك إلى أن هذه الدعوى وسيلة تدخل الدائن في

تصرفات مدينه وتعد من مقدمات التنفيذ، لذلك لابد أن يكون حق من يستخدمها مستحق الأداء.

ويشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه والعبرة في أسبقية حق الدائن، بتاريخ نشوء استحقاقه، والعبرة في تصرف المدين بتاريخ نشوئه لا بتاريخ تسجيله، فإذا كان حق الدائن لاحقا على تصرف المدين فلا يجوز للدائن الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات، ويستثنى من هذا الشرط حالة تعمد المدين التصرف في المال الموجود في ذمته قبل أن تنشأ حقوق للدائنين اللاحقين على هذا التصرف نظرا لما ينطوي عليه التصرف من غش.

ويقع عبء إثبات أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه على الدائن ويستطيع أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

ولا يستطيع الدائن الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف، إلا إذا كان التصرف الذي قام به المدين يلحق الضرر به، ويكون كذلك إذا كان باستطاعة الدائن استيفاء حقه من الشيء الذي تصرف فيه المدين، أو كان تصرف المدين يؤدي إلى إفساره أو زيادة إفساره، فإذا لم يكن المدين معسرا فلا يستطيع الدائن أن يطعن في التصرف بدعوى عدم النفاذ، وإذا رفع الدائن الدعوى وقبل الفصل فيها قام المدين أو المتصرف إليه بالوفاء للدائن بحقه، فلا يبقى للدائن مصلحة في دعوى عدم النفاذ، وبالتالي لا يستمر فيها.

ويشترط في التصرف المطعون فيه أن يكون تصرفا قانونيا، أما إذا صدر عن المدين عمل مادي فلا يستطيع الدائن أن يطعن فيه، فلو ارتكب المدين عملا ماديا فلا يستطيع الدائن أن يطعن فيه بدعوى عدم النفاذ، فلو ارتكب المدين فعلا ضارا ترتب عليه التزامه بالتعويض نحو المضرور فلا يمكن للدائن أن يطعن بدعوى عدم النفاذ حتى لو كان التزام المدين بالتعويض أدى إلى زيادة إفساره.

ويجب أن يكون تصرف المدين مفقرا، ويكون كذلك إذا انقص من حقوقه أو زاد في التزاماته.

ويشترط في المدين أن يكون معسرا، ويكون كذلك إذا أحاط الدين حالا أو مؤجلا مال المدين، ويكون كذلك إذا زاد عليه، أو ساواه، والمقصود بالإعسار هو الإعسار الفعلي الذي يتحقق بإحاطة الدين حالا أو مؤجلا بمال المدين لا الإعسار القانوني الذي يتطلب وجوده صدور حكم بشهره.

وهي تطابق نص المادة 237 مصري، 2380 سوري، 191 جزائري.

مادة (250)

1. إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه من حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، وكفي لحسابان التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعد من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر.
2. إذا كان التصرف تبرعا فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا.
3. 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 غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش أن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول وأن كان المدين قد تصرف له تبرعا.

المذكرة الإيضاحية:

تبين الفقرة الأولى أن التصرفات التي يقوم بها المدين معاوضة، لا يستطيع الدائن أن يطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرفات، لأنها غير مفقرة لكون المدين يأخذ عوضا مقابل ما أعطى كالبيع والإيجار والتوريد وغير ذلك من التصرفات، ولكن إذا كان الهدف من هذه التصرفات الغش أو التواطؤ بقصد الإضرار بالدائنين كما لو باع الدائن الشيء بثمان تافه أو قام بإيجاره بأجرة تافهة، فيستطيع الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ شريطة أن يكون من صدر له التصرف على علم بالغش، وعلى الدائن أن يقوم بإثبات الغش، ويستطيع أن يثبت ذلك بكل طرق الإثبات، ولكن يكفي لاعتبار التصرف منطويا على غش أن يثبت الدائن أنه صدر من المدين وهو يعلم أنه معسر وإثبات أن من صدر له التصرف كان يعلم بإعسار المدين حين التصرف فيكون بذلك عالماً بالغش، ويمكن للدائن أن يثبت أن التصرف قد تم بالتواطؤ بكافة وسائل الإثبات.

ولم تشترط الفقرة الثانية أن ينطوي تصرف المدين على الغش، إذا كان من التبرعات فيستطيع الدائن أن يطعن في التصرف إذا كان من التبرعات، بدعوى عدم النفاذ حتى ولو كان المتبرع له حسن النية حتى ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا في هذه التصرفات، ويرجع ذلك إلى أن المتبرع له قد تلقى حقا دون مقابل فإذا تعارض حقه مع حق الدائن الذي يرغب في تجنب ضرر أصابه من التصرف، كان حق الدائن أولى بالترجيح من المتبرع له.

وإذا كان خلف المدين قد تصرف في الشيء بعوض إلى خلف آخر، فلا يستطيع الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف، إلا إذا أثبت علم الخلف الثاني وعلم الخلف الأول بالغش هذا إذا كان تصرف المدين بعوض، وعلى الدائن أن يثبت علم الاثنين بغش المدين، فلا يكفي إثبات علم أحدهما، فإذا أثبت المدين علم الخلف الأول بغش المدين ولو لم يفلح في إثبات علم الخلف الثاني بذلك لا يستطيع أن يتمسك بدعوى

عدم نفاذ التصرف، حماية لاستقرار التعامل وحسن النية، فالمشتري من المدين إذا باع ما اشتراه لمشتري آخر، فيوجد خلف أول هو المشتري من المدين، وخلف ثان هو المشتري من المشتري من المدين، فإذا أراد الدائن أن يطعن بعدم نفاذ البيع في مواجهته عليه أن يثبت علم كل من المشتري من المدين والمشتري من المشتري من المدين بغش المدين حين بيعه للشيء.

أما في عقود التبرعات فيستطيع أساساً الدائن أن يطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرفات كما سبق الإشارة، ولكن إذا تصرف المتبرع له في الشيء المتبرع به معاوضة لشخص آخر، فلا يستطيع الدائن أن يطعن في التصرف، إلا إذا أثبت أن المتصرف له كان يعلم بإعسار المدين وقت تصرفه للمتبرع له، مع الملاحظة أن المتبرع له يعد خلفاً أولاً، وأن المتصرف له من قبل المتبرع له يعد خلفاً ثانياً. وهي تطابق نص المادة 238 مصري، 239 سوري، يقارب نص المادة 1/325، عربي موحد.

مادة (251)

إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزينة المحكمة.
المذكرة الإيضاحية:

الهدف من دعوى عدم نفاذ التصرفات المحافظة على الضمان العام، لذلك تكون في حالة التصرفات المفقرة، وبالتالي من يتلقى حقا من المدين المعسر ولم يدفع ثمنه، يمكن للدائن أن يدفع بدعوى عدم نفاذ ذلك في حقه، لأن التصرف مفقر للمدين، ولكن يستطيع من تلقى الحق من المدين أن يستوقف هذه الدعوى، بأن يدفع ثمن الشيء الذي تلقاه من المدين شريطة أن يكون هذا الثمن هو ثمن المثل، ويتم ذلك

بإيداعه خزينة المحكمة، وفي هذه الحالة لا يكون التصرف الذي قام به المدين مفقرا، وبالتالي لا يستطيع الدائن الطعن بدعوى عدم النفاذ لعدم توافر شرط من شروطها وهو أن يكون تصرف المدين مفقرا. وهي تطابق نص المادة 241 مصري، 242 سوري، 195 جزائري، 326 عربي موحد.

مادة (252)

1. الوفاء من المدين المعسر يأخذ حكم التبرع إذا كان قبل حلول أجل الدين، ويأخذ حكم المعاوضة إذا كان بعد حلول أجل الدين.
2. إذا أريد بهذا الوفاء تفضيل أحد الدائنين يحرم الدائن من هذه الميزة.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حكم الوفاء من المدين المعسر، وفرقت بين الوفاء قبل حلول أجل الدين، وبين الوفاء بعد حلول أجل الدين، فأعطت حكم التبرع للوفاء قبل حلول أجل الدين، وبالتالي يستطيع الدائن أن يطعن في مواجهة الغرماء بدعوى عدم النفاذ، حتى ولو لم يتوافر الغش، وحتى لو كان الموفى له حسن النية. وأعطت حكم المعاوضة للوفاء إذا كان بعد حلول أجل الدين، وهذا يعني أن على الدائن أن يثبت غش أو تواطؤ المدين في هذا الوفاء، ويثبت أن الموفى له يعلم بالغش وبالتواطؤ، وإذا كان قصد المدين المعسر من الوفاء تفضيل أحد الدائنين على غيره من الدائنين، وأثبت باقي الدائنين ذلك فإن المدين يحرم من ميزة التفضيل عن غيره من الدائنين. وهي تطابق نص المادة 327 من العربي الموحد.

مادة (253)

إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فعليه أن يثبت مقدار ما في ذمة المدين من ديون، وعلى المدين أن يثبت أن له أموالاً تساوي مقدار تلك الديون، أو تزيد عليها.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة كيفية إثبات إعسار المدين، فعلى الدائن الذي يرغب في ذلك أن يثبت مقدار ما في ذمة المدين من ديون فإذا أثبت ذلك يفترض أن المدين معسر، لكن يستطيع المدين أن يثبت عكس ذلك بإقامته الدليل على أنه يملك أموالاً تكفي أو تزيد للوفاء بديونه، فإن عجز عن ذلك يعد معسراً.

وهي تطابق نص 239 مصري، 240 سوري، 193 جزائري، 328 عربي موحد.

مادة (254)

إذا تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم.

المذكرة الإيضاحية:

إذا قررت المحكمة عدم نفاذ التصرف، فإنه لا ينفذ في مواجهة الدائن، وأن ما ينتج من فائدة تكون لجميع الدائنين، ولا يستفيد فقط الدائن الذي رفع دعوى عدم النفاذ كما هو الحال في التقنين المدني المصري القديم، والتقنين اللبناني، ولكن المادة أخذت بما نص عليه التقنين المدني المصري الحالي الذي ساوى بين الدائن الذي رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات وغيره من الدائنين الذين توافرت فيهم شروط رفعها، حيث يكون لكل دائن حقه مستحق الأداء وسابق على التصرف الذي أجراه المدين أن يشارك الدائن الذي صدر الحكم لصالحه في التنفيذ على مال المدين الذي رد إلى الضمان

العام ويكون لجميع الدائنين مشاركته في ذلك ويتقاسمون ما في الضمان العام قسمة
غرماء .

وهي تطابق نص المادة 240 مصري، 421 سوري، 194 جزائري، 373 أردني،
329 عربي موحد.

مادة (255)

تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم
الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بعد
انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة تقادم دعوى عدم نفاذ التصرفات، إذ جعلتها تسقط بالتقادم بانقضاء ثلاث
سنوات يبدأ سريانها من اليوم الذي يعلم فيها الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، أو
بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه.
وهي تطابق نص المادة 243 مصري، 244 سوري، 197 جزائري، 269 عراقي،
374 أردني 330 عربي موحد.

الفرع الثالث

دعوى الصورية

مادة (256)

1. إذا أبرم عقد صوري فلكل صاحب مصلحة متى كان حسن النية أن
يتمسك بالعقد الصوري، كما له أن يتمسك بالعقد المستتر، ويثبت بجميع
الوسائل صورية العقد الذي أضر به.
2. إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك
الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين.

النص القديم : (271)

1. إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.
2. إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين.

المذكرة الإيضاحية:

الصورية إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب، ويتحقق ذلك عند إبرام المدين تصرفات صورية لا وجود لها، الغرض منها في الغالب إظهار أن المال قد خرج من ذمة المدين إلى الغير وبالتالي يخرج من الضمان العام لدائنيه، وفي الحقيقة أن التصرفات التي أبرمها المدين لا وجود لها وأن المال لم يخرج من ذمته بل هو مالك له.

فإذا أبرم عقدا صوريا فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية التمسك بالعقد الحقيقي "المستتر"، إذا كانت لهم مصلحة في ذلك لأنه العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه فعلا إرادة المتعاقدين، ولهم الطعن في العقد الظاهر بالصورية ولهم أن يثبتوا صوريته بكافة طرق الإثبات، دون التقيد بإقامة الدليل الكتابي لأنهم من الغير ويستحيل عليهم الحصول على دليل كتابي يثبت صورية تصرف لم يكونوا طرفا فيه.

ويجوز لهم إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، وأساس ذلك هو ما يقتضيه مبدأ استقرار التعامل من وجوب الاطمئنان للإرادة الظاهرة التي يمكن التعرف عليها، ويكونون حسني النية، إذا كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت إبرام العقد الظاهر، ويفترض حسن النية فيهم، ومن يدعي عكس ذلك عليه إثبات ما يدعيه وإذا

تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد السوري، وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر كانت الأفضلية لمن يتمسك بالعقد السوري، فمثلاً إذا وجد عقد بيع صوري وتمسك دائنو المشتري بالعقد الظاهر الذي يترتب عليه انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ليمكنهم من التنفيذ عليه، وتمسك دائنو البائع بالعقد الحقيقي لكي يبقى الشيء المبيع في ملك مدينهم، ليمكنهم من التنفيذ عليه، فإن النص يفضل من يتمسك بالعقد الظاهر وهم دائنو المشتري.

والنص بحاجة إلى تعديل لأنه يقصر التمسك بالصورية على دائني المتعاقدين والخلف الخاص لهما، في حين يجب تمكين كل صاحب مصلحة تجعله يضار من التصرف السوري أو يستفيد منه، أن يتمسك بالعقد المستتر، أو العقد الظاهر، إذا كان حسن النية، وبناء على هذا يعد الشفيع والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، من الغير ويحق لأي منهما التمسك بالصورية.

لذلك اقترح أن يعدل نص الفقرة الأولى من المادة ليصبح كالآتي (1- إذا أبرم عقد صوري فلكل صاحب مصلحة متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد السوري، كما أن له أن يتمسك بالعقد المستتر، وأن يثبت بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر به.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (271) من المشروع على النحو الوارد في المادة (256).

وهي تطابق نص المادة 244 مصري، 245 سوري، 198 جزائري، 368 أردني.

مادة (257)

إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي.

المذكرة الإيضاحية:

العقد الصوري لا وجود له فلا يسري فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة خلفهما العام إذ العبرة بما انصرفت إليه إرادة كل منهما، فإذا كان العقد الصوري يخفي عقداً آخر حقيقياً فيجب الاعتداد به، وسريان العقد الحقيقي يؤدي إلى تطبيق القواعد التي قصد المتعاقدان من الصورية استبعاد تطبيقها، فإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي المستتر فإن هذا التصرف يقع باطلاً، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر فإنه يترتب على الاعتداد بهذا التصرف تطبيق القاعدة وبالتالي عدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقرر حقا للغير فإنه يترتب على الاعتداد بالتصرف الحقيقي تطبيق هذه القاعدة ويكون للغير التمسك بالحق الذي ثبت له، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة شكلية تشترط لانعقاد العقد فإنه لا يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي المستتر تطبيق هذه القاعدة بل يعد العقد الحقيقي منعقدا بالرغم من عدم توافر الشكل المطلوب، ويرجع ذلك إلى أن الشكلية لا تشترط إلا في تصرفات محددة، وعلى من يدعي الصورية إثباتها، وفق القواعد العامة في الإثبات، وإذا قصد من الصورية التحايل على القانون وذلك إذا كان الهدف منها إخفاء أمر غير مشروع، فيستطيع من يدعي الصورية من المتعاقدين أن يثبتها بجميع طرق الإثبات.

ويتبع الخلف العام في شأن إثبات الصورية للقواعد التي تسري في حق سلفة، إلا إذا كان الهدف منها التحايل على القانون بقصد إلحاق ضرر بالخلف العام، فيستطيع في هذه الحالة إثبات صورية التصرف أو حقيقته بكافة طرق الإثبات، فإذا أخفيت

وصية تحت ستار بيع يكون للخلف العام إثبات صورية البيع وحقيقة التصرف بأنه وصية بكافة طرق الإثبات.

وهي تطابق نص المادة 245 مصري، 246 سوري، 199 جزائري، 369 أردني.

الفرع الرابع

الحق في حبس المال

مادة (258)

لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

المذكرة الإيضاحية:

تضع المادة قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات التي يملئ العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق، وفي هذا استعاضة عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر. والحق في الحبس يتطلب وجود التزامين يترتب كل منهما على الآخر ومرتبط به فإذا طوّل من له الحق بتنفيذ التزامه، كان له أن يمتنع عن ذلك حتى ينفذ الدائن التزامه المقابل، ويشترط لوجود الحق في الحبس أن يتوافر في الدائن صفة المدين قبل مدينه ووجود الارتباط بين الدينين.

والحق في الحبس وسيلة فاعلة لحماية التنفيذ، حيث يقر وسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، ويرجع الأخذ بحق الحبس إلى ما تملّيه العدالة وحسن النية التي يجب أن تحكم المعاملات، فما يتنافى مع العدل والمنطق القانوني أن يجبر شخص على الوفاء بالتزام عليه لآخر قبل أن يستوفي ماله من حقوق في ذمته.

ويظهر من نص المادة أنه يشترط لثبوت الحق في الحبس، أن يوجد التزام على الحابس يتمتع عن الوفاء به سواء أكان الالتزام بإعطاء شيء أم القيام بعمل، والصورة الغالبة وجود شيء مادي تحت يد الحابس باعتباره مالكا له، أو حائزا له حياة قانونية، أو حيازة عرضية، وأن يكون ملتزما بتسليم هذا الشيء إلى الدائن، ويشترط أن يكون للحابس حق قبل دائنه، ويشترط أن يكون الحق مستحق الأداء ومحقق الوجود، وغير متنازع عليه منازعة جدية.

ويشترط وجود ارتباط بين الالتزامين سواء أكان ارتباطا قانونيا أم ارتباطا ماديا وهذا أمر جوهري في الحبس، ففي العقود الملزمة للجانبين لكل متعاقد أن يحبس ما يلزم بأدائه حتى يفي المتعاقد الآخر بالتزامه، لوجود الارتباط بين الالتزامين، وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ الذي يعد تطبيقا من تطبيقات الحق في الحبس، وعلى الحابس تسليم العين المحبوسة إذا قدم له المالك تأمينا آخر كافيا للوفاء بالتزامه، فحق الحبس هدفه تأمين حق الحابس، فإذا قدم له المالك تأمينا آخر كافيا كرهن أو كفالة، لم يبق ما يبرر احتفاظ الحابس بالعين المحبوسة تحت يده، وتقدير كفاية أو عدم كفاية التأمين هو من اختصاص قاضي الموضوع في حالة وجود المنازعة بهذا الخصوص.

وهي تطابق نص المادة 1/246 مصري، 1/247 سوري، 1/200 جزائري، وتقارب 331 عربي موحد.

مادة (259)

1. لمن انفق على ملك غيره، وهو في يده بطريق مشروع، أن يحبسه حتى يأخذ ما أنفقه إذا كان الإنفاق بإذن القاضي، أو كانت النفقة ضرورية، أو نافعة، أو كانت واجبة على المالك، وتعذر الإذن، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

2. لمن أصابه من شئ مملوك لغيره وهو في يده بطريق مشروع أن يحبسه حتى يأخذ حقه.

النص القديم : (274)

لمن انفق على ملك غيره، وهو في يده بطريق مشروع، أن يحبسه حتى يأخذ ما أنفقه إذا كان الإنفاق بإذن القاضي، أو كانت النفقة ضرورية، أو كانت واجبة على المالك، وتعذر أخذ الإذن، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

يثبت الارتباط المادي بين التزامين في حالة إنفاق الشخص على ملك غيره وهو في حيازته بطريقة مشروعة، حيث ينشأ للحائز حق في استيفاء ما أنفقه على ملك غيره، شريطة أن يكون قد أنفق عليه بإذن من القاضي، أو استوجبت الضرورة النفقة عليه، أو كانت النفقة نافعة، أو واجبة على المالك وتعذر الإذن، ولم يرد في القانون ما يمنع الحائز من النفقة على الشيء.

ولم ينظم المشروع إلا حالة واحدة من حالتي الارتباط المادي، وهي التي تتعلق بالمصروفات التي ينفقها الحائز على الشيء، إلا أن ذلك لا ينفي وجود حالة ثانية للارتباط المادي، وهي حالة ما إذا أصاب الحائز أو المحرز ضرر بسبب الشيء يستوجب تمكين المضرور من حبس الشيء حتى يستأدي التعويض، لذلك اقترحت

الأقلية في لجنة الصياغة إضافة فقرة ثانية للمادة، تنص على الآتي (لمن أصابه ضرر بسبب ملك غيره، وهو في يده بطريق مشروع أن يحبسه حتى يأخذ التعويض). على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (274) من المشروع على النحو الوارد في المادة (259).

وهي تطابق نص المادة 2/246 مصري، 2/247 سوري، 200 جزائري، 389 أردني، 332 عربي موحد.

مادة (260)

1. على الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته.
2. إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو التلف، فللحابس أن يستصدر إذنًا من القاضي ببيعه وفقاً للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة وينتقل حقه في الحبس إلى ثمنه.

المذكرة الإيضاحية:

تضع الفقرة الأولى التزاماً على الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس، وعليه أن يبذل في ذلك ما يبذله الشخص المعتاد، وإذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة فإن ذلك من حق مالکها، وليس للحابس إلا حبسها ولا يستطيع أن يستولي عليها خصماً من الدين، وإذا كانت الثمرة أو الغلة يخشى عليها من التلف، فللحابس أن يأخذ إذنًا من القاضي ببيعها وفقاً للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة، ويحبس ثمنها، وعليه أن يقدم حساباً عن الثمرة أو الغلة إلى المالك بعد انقضاء الحق في الحبس، ويرد العين المحبوسة وثمرتها وغلته، بعد أن يخصم المصروفات التي أنفقها.

وهي تطابق نص المادة 390 أردني، 333 عربي موحد 2/247، 3 مصري، 2/201، 3 جزائري.

مادة (261)

من حبس الشيء إعمالاً لحقه في الحبس كان أحق من باقي الدائنين العاديين في استيفاء حقه منه.

المذكرة الإيضاحية:

تثبت المادة لحابس الشيء حق التقدم على سائر الدائنين العاديين في استيفاء حقه الذي حبس الشيء لأجله من الشيء المحبوس أو من ثمنه، هذا الحكم مقرر في المذهب الحنفي (راجع ابن عابدين ج 4 ص 61، 62) وقد خالف هذا الحكم كل من القانون المدني المصري، والسوري، والجزائري، والعراقي إذ نص في هذه القوانين بأن مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه.

وهي تطابق نص المادة 391 أردني، 334 عربي موحد، وهي تقابل 1/247 مصري، 1/248 سوري 283 عراقي، 1/201 جزائري.

مادة (262)

ينقضي الحق في الحبس :

1. بهلاك الشيء المحبوس أو بعدم المحافظة عليه.
2. بخروج الشيء من يد حائزه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
3. بخروج الشيء من يد حائزه دون علمه أو على الرغم من معارضته دون أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه.

المذكرة الإيضاحية :

تبين المادة أسباب انقضاء الحق في الحبس، وحددتها في هلاك الشيء المحبوس حيث يترتب على ذلك انقضاء الحق في الحبس لانعدام المحل، وفي خروج الشيء من يد الحابس، ويتم ذلك بإرادته إذا سلم الشيء إلى مالكه قبل أن يستوفي حقه، ففي

هذه الحالة يزول حقه في الحبس، وخروج الشيء من يد الحابس قرينة على التخلي الاختياري عن حبس الشيء، ما لم يقيم الحابس بنفي دلالتها بإثبات أن الشيء قد سلب أو اغتصب منه، أما إذا خرج الشيء المحبوس من يد الحابس خفية أو دون إرادته فلا يؤدي هذا إلى زوال حقه في الحبس، بل له أن يطالب باسترداده خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروجه من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه من تحت يده.

ولم يذكر في النص انقضاء الحق في الحبس بسبب عدم محافظة الحابس على الشيء لذلك يجب إضافة ذلك إلى النص، لأن الحابس يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، فإذا قصر في بذل هذه العناية كان للمالك أن يطلب من القاضي الحكم بانقضاء الحق في الحبس.

وهي تقارب نص المادة 248 مصري، 249 سوري، 202 جزائري، وتوافق المادة 392 أردني 335 عربي موحد.

الفرع الخامس

الإعسار

مادة (263)

يجوز الحكم بإعسار المدين إذا زادت ديونه الحالة على أمواله، وخاف غرامؤه إضاعة ماله أو إخفائه أو نقله إلى إسم غيره، وكان تخوفهم مبنيًا على أسباب معقولة.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أنها تضع شروط الحكم بالإعسار وهي عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة لذلك لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه، بل يشترط

أيضاً أن تكون حقوقه أقل من الديون الحالة أي مستحقة الأداء، وخوف غرمائه
إضاعة أمواله أو إخفائها أو نقلها باسم غيره، شريطة أن يكون تخوفهم مبنياً على
أسباب يرى القاضي أنها معقولة.

فإذا توافرت الشروط السابقة جاز للقاضي أن يحكم بإعسار المدين، والأمر جوازي،
أي للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالإعسار أو عدم الحكم به، وفي الاعتقاد أن
النص غير موفق إذ لا لزوم لما ورد

(وخاف غرماؤه إضاعة ماله أو إخفائه أو نقله إلى اسم غيره وكان تخوفهم مبنياً على
أسباب معقولة).

إذ تكفي الفقرة الأولى من النص (يجوز الحكم بإعسار المدين إذا زادت ديونه الحالة
على أمواله).

ويرجع وضع النص المقترح حذفه إلى أخذه من المادة 336 عربي موحد وهذا النص
يتعلق بالحجر بسبب الدين، وبالتالي للنص لزوم في حالة الحجر، ولا لزوم له في
حالة الإعسار.

وهي تطابق نص المادة 336 عربي موحد.

مادة (264)

يكون الحكم الصادر بالإعسار بناء على طلب أحد الدائنين أو طلب المدين
نفسه.

المذكرة الإيضاحية:

لا يحكم القاضي بالإعسار من تلقاء نفسه، بل لابد من الطلب منه ذلك، وبينت
المادة أن طلب الحكم بالإعسار يمكن أن يكون مقدماً من أحد الدائنين أو منهم
جميعاً، ويمكن للمدين نفسه أن يطلب الحكم بالإعسار، وفي حالة ما إذا طلب أحد
الدائنين الحكم بالإعسار، فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، فله أن يحكم

بالإعسار أو لا يحكم به، أما إذا طلب المدين الحكم بالإعسار فعلى القاضي أن يحكم به.

وهي تقارب نص المادة 250 مصري.

مادة (265)

على المحكمة في جميع الأحوال قبل الحكم بإعسار المدين أن تراعي الظروف التي أحاطت به، عامة كانت أم خاصة، وتنظر إلى موارده المستقبلية ومقدرته الشخصية، ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره، ومصالح دائنيه المشروعة، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية.

المذكرة الإيضاحية :

إذا طلب من المحكمة الحكم بإعسار المدين وتوافرت الشروط اللازمة لذلك فالمادة أعطت المحكمة السلطة التقديرية في هذا المجال، فعليها قبل أن تصدر حكمها أن تدخل في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت بالمدين، سواء أكانت ظروف عامة كحالة حرب أم أزمة اقتصادية أم زلزال أم فيضان مفاجئ، أم كانت ظروف خاصة بالمدين كمسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى طلب الحكم بإعساره، وموارده المستقبلية، ومقدرته الشخصية، فقد تستنتج المحكمة أن إعسار المدين يعود إلى أزمة عارضة أو لسوء الطالع، ويحتمل بعد ذلك تحسن أحواله المالية فله في هذه الأحوال أن يرفض الحكم بالإعسار رغم تحقق شروطه، إذ تلتزم المحكمة العذر الطارئ للمدين الموشك للزوال، وكذلك يجب أن تضع المحكمة في تقديرها قبل الحكم بإعسار المدين مصالح دائنيه المشروعة، وأي ظرف آخر يمكن أن يؤثر في حالته المالية. وهي تطابق نص المادة 251 مصري.

مادة (266)

تكون مدة الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام.

المذكرة الإيضاحية:

على المحاكم أن تفصل في طلب الإعسار بسرعة، لذلك قصرت المادة مدة استئناف الأحكام المتعلقة بالإعسار، حيث جعلت مدة الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار خمسة عشر يوماً تبدأ هذه المدة من تاريخ إعلان الحكم. وهي تطابق نص المادة 252 مصري.

مادة (267)

1. على قلم المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن تسجل صحيفتها في سجل خاص بأسماء المعسرين، ويؤشر في هامش هذا السجل الحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه في يوم صدوره.
2. ينشأ سجل عام للتسجيلات والتأشيرات المنصوص عليها في الفقرة الأولى، وينظم بقرار يصدر من قبل مجلس القضاء الأعلى.
3. وعلى قلم المحكمة أن يرسل إلى السجل العام صورة من السجلات والتأشيرات لإثباتها في السجل العام.

النص القديم : (282)

1. على قلم المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص بأسماء المعسرين، ويؤشر في هامش هذا السجل الحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه في يوم صدوره.
2. ينشأ سجل عام للتسجيلات والتأشيرات المنصوص عليها في الفقرة الأولى، وينظم من قبل مجلس القضاء الأعلى.

المذكرة الإيضاحية :

تبين الفقرة الأولى الإجراءات التي يجب أن تتم بعد رفع دعوى الإعسار، فعلى قلم المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص بأسماء المعسرين، وحين صدور الحكم في دعوى الإعسار عليه أن يؤشر في هامش السجل بذلك الحكم في نفس يوم صدوره، وأيضاً عليه أن يؤشر في هامش السجل بأي حكم يصدر بتأييده أو إلغائه في يوم صدوره.

وتوجب الفقرة الثانية إنشاء سجل عام للتسجيلات والتأشيرات المنصوص عليها في الفقرة الأولى ينظم بقرار يصدر من قبل مجلس القضاء الأعلى، وهذا سجل عام واحد في البلاد تسجل فيه الدعاوى المتعلقة بالإفلاس والتأشيرات الخاصة بالأحكام الخاصة بهذه الدعاوى.

وهذه المادة تنقصها فقرة تلزم قلم كتاب المحكمة بإرسال صورة من التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام، وهذا ما ورد في أصل المادة حيث أن مصدرها المادة 353 مصري، لذلك يجب أن تضاف فقرة ينص فيها على الحكم المذكور وتكون على النحو الآتي (وعلى قلم المحكمة أن يرسل إلى السجل العام صورة من التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في السجل العام).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (282) من المشروع على النحو الوارد في المادة (267).

مادة (268)

متى سجلت دعوى الإعسار لدى قلم المحكمة، لا ينفذ في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن يقرر حقا عينيا على أمواله، أو ينقص من حقوقه، أو يزيد من التزاماته، كما لا ينفذ في حقهم أي وفاء يخص به المدين أحدهم.

المذكرة الإيضاحية:

يبين النص أنه إذا سجلت دعوى الإعسار لدى قلم المحكمة يترتب على ذلك عدم نفاذ أي تصرف يجريه المدين في حق الدائن سواء رتب حقا عينيا على أموال المدين أو انقص حقوقه أو زاد من التزاماته، كما لا ينفذ أي وفاء يخص به المدين أحد الدائنين في مواجهة باقي الدائنين، وترتب النص عدم النفاذ على تسجيل دعوى الإعسار ولم يرجئه إلى وقت صدور الحكم والهدف حماية الدائن، ويترتب عدم النفاذ دون مطالبة الدائن بإثبات إعسار المدين، لأن الإعسار يثبت بحكم، ودون أن يطالبوا بإثبات غش المدين والمتصرف إليه في حالة كون التصرف معاوضة، إذ إن المدين بحكم الحال عالم بإعساره، ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد يعرض في النادر حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين، من جراء عدم تسجيل الحكم بالإعسار في السجل المعد لذلك، بسبب تغيير المدين لمحلته غشا، على أن هذا الاستثناء قاصر على المعاوضات، أما ما يصدر من تبرعات في حالة الإعسار فلا ينفذ في حق دائنيه، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية.

ولا يسري الوفاء الذي يقوم به المدين لأحد دائنيه في مواجهة باقي الدائنين، وعدم نفاذ التصرف الذي يجريه المدين المعسر في حق دائنيه لا يمنع من بقائه نافذا بينه وبين المتصرف إليه.

وهي تطابق نص المادة 257 مصري.

مادة (269)

يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق، وعلي هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن، سواء أخطره المدين أم علم ذلك من أي طريق آخر، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل الخاص إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها.

النص القديم : (284)

يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وعليها أن ترسل صورة من حكم الإعسار والبيانات المؤشر بها في السجل الخاص بذلك إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها.

المذكرة الإيضاحية :

إذا تغير موطن المدين، فقد أوجبت المادة إجراءات خاصة تكفل تسجيل الحكم في المحكمة التي يقع في دائرتها موطنه الجديد، وقد أوجبت على المدين عند تغيير موطنه أن يخطر بذلك قلم المحكمة التي يقع في دائرتها موطنه القديم، وبمجرد علم قلم المحكمة بالتغير عن طريق الإخطار يتعين عليه أن يرسل صورة من حكم الإعسار والبيانات المؤشر بها في السجل الخاص بذلك إلى المحكمة التي يقع في دائرتها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها.

والمادة اجتزأت من المادة 254 مصري التي تعد مصدراً لها، حيث أعطت المادة 254 لكاتب المحكمة بمجرد علمه بتغيير موطن المدين أن يقوم بنفسه مباشرة حتى دون إخطاره من المدين بذلك بإرسال صورة من حكم الإعسار والبيانات الأخرى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها الموطن الجديد، ويتم ذلك على نفقة المدين، لذلك من الأصوب عدم اجتزاء المادة 254 مصري والأخذ بها كما هي.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة على النحو الوارد في المادة (269).

مادة (270)

يجوز للمحكمة بناء على طلب أي دائن حل دينه أن تقرر حجز أموال المدين المعسر من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير، عدا الأموال التي لا يجوز حجزها ويكون هذا الحجز لمصلحة جميع الدائنين ما دام المدين معسراً.

المذكرة الإيضاحية :

مصدر هذه المادة، المادة 338 عربي موحد، ولها مكانها في ذلك القانون لأنه لا يعرف نظام الإعسار بل يأخذ بنظام الحجر، لذلك كانت هناك ضرورة لنص المادة 338 في حين لا فائدة من نص المادة 270 في المشروع لأن المشروع أخذ بنظام الإعسار، خصوصاً أن نص المادة 268 من المشروع يفيد بعدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائنين، والمادة 273 من المشروع تجيز للمدين بإذن من القاضي أن يتصرف في ماله بعوض، لذلك رأت الأقلية حذف المادة 270 من المشروع.

مادة (271)

إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة، ويجوز التظلم من الأمر الذي يصدر على هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره، إن كان التظلم من المدين ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن التظلم منهم.

النص القديم : (286)

يجوز للقاضي الذي أوقع الحجز على إيرادات المدين المعسر أن يقرر له بناء على طلبه نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة، ويجوز التظلم من هذا الأمر في مدة

ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم.

المذكرة الإيضاحية:

أجازت المادة للقاضي الذي أوقع الحجز على إيرادات المدين المعسر، أن يقرر نفقة له تقطع من إيراداته المحجوزة، بناء على طلب المدين الذي صدر حكم بإعساره ويجوز التظلم من الأمر في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره أن كان التظلم من المدين، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم.

والنص معيب لأنه اجتزأ أموراً وردت في نص المادة 259 مصري التي تعد مصدراً له، فلم يذكر ما ذكر في المادة 259 مصري من أن توقيع الحجز بناء على طلب الدائنين، ولم يذكر أيضاً آلية تقديم الطلب، لذلك من الأفضل التقييد بنص المادة 259 مصري الذي ورد فيه (إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات الدائن كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة ويجوز التظلم من الأمر الذي يصدر على هذه العريضة، في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره أن كان التظلم من المدين، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (286) من المشروع على النحو الوارد في المادة (271).

مادة (272)

لا يحول الإعسار دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين وتكون نتائج هذه الإجراءات لمصلحة جميع الدائنين.

المذكرة الإيضاحية:

احتفظت المادة للدائنين بعد الحكم بإعسار المدين بحقهم في إتخاذ الإجراءات الفردية، ولكن تكون نتائج الإجراءات لمصلحة جميع الدائنين. وهي تطابق نص المادة 341 عربي.

مادة (273)

1. يجوز للمدين المعسر بإذن من القاضي أن يتصرف في ماله معاوضة، ولو بغير رضا الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزينة المحكمة حتى يوزع وفقا لإجراءات التوزيع.
2. إذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير نافذ في حق الدائنين إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل.

المذكرة الإيضاحية:

تجيز المادة للمدين أن يتصرف في أمواله ولو بغير رضا دائنيه، ويكون التصرف نافذا في حقهم إذا كان بثمن المثل، فإن نقص الثمن عن ثمن المثل، يكون التصرف غير نافذ في حقهم إلا إذا كمل المشتري ما نقص من ثمن المثل، وأن يودع المشتري الثمن في خزينة المحكمة على ذمم الدائنين حتى يوزع بينهم وفقا لإجراءات التوزيع، وهذه المادة تمكن المدين من تصفية أمواله بنفسه طالما لا يؤدي هذا إلى الإضرار بالدائنين.

وهي تطابق نص المادة 258 مصري.

مادة (274)

يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين.

1. إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعتمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وبالإعسار.
2. إذا كان بعد الحكم عليه بالإعسار، قد أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغاً فيها وكان ذلك بقصد الإضرار بدائنيه.

المذكرة الإيضاحية:

رتبت المادة تطبيق عقوبة جنائية، قصد بها معاقبة المدين على صور من الغش يرتكبها بقصد إلحاق الضرر بدائنيه، فقد نصت على توقيع عقوبة التبديد على المدين الذي يحكم بإعساره، في الحالات الآتية:

1. إذا رفعت على المدين دعوى فيعتمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه، وذلك بعقد بعض التصرفات مثلاً، متى انتهت الدعوى بصدور حكم عليه بأداء ذاك الدين سواء صدر الحكم قبل الحكم بالإعسار أو صدر بعد ذلك.
2. إذا لم يراع الأمانة في مسلكه تجاه دائنيه بعد الحكم بإعساره، إما بإيثار أحدهم على الآخرين غشاً، وإما بإخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، وإما بادعاء التزامه بديون صورية، أو بديون مبالغ في قيمتها.
3. إذا غير المدين محله بطريق الغش دون أن يوجه الإخطار اللازم لقلم المحكمة، في هذه الحالة قد يمتنع العلم بحاله الإعسار على من يتصرف له المدين من الأغيار حسني النية، وبذلك يكون التصرف بمأمن من طعن الدائنين، بيد أن هذا التصرف يضر بهم ويستتبع بهذه المثابة توقيع عقوبة التبديد على المدين.

وهي تطابق نص المادة 260 مصري.

مادة (275)

تنتهي حال الإعسار بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذي المصلحة.

1. إذا قسم مال المعسر بين الغرماء وكان كافياً لسداد ما عليه من ديون.
2. إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله.
3. إذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للإعسار أثر في حلولها وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالإعسار إلى ما كانت عليه من قبل، شريطة أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر النص أن حالة الإعسار لا تنتهي، إلا بحكم يصدر عن المحكمة التي يتبعها موطن المدين، ويتم بناء على طلب من المدين أو الدائنين، ولا تصدر المحكمة حكمها بإنهاء حالة الإعسار، إلا إذا تحققت حالة من الحالات الآتية:

1. إذا قسم مال المعسر بين الغرماء، وكان كافياً لسداد ما عليه من ديون.
2. إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله، والعبرة في هذا، بجميع الديون ما كان منها حالياً وقت الحكم بالإعسار، وما حل أجله بسبب ذلك الحكم، ويمكن أن يتحقق ذلك إذا زادت حقوق المدين نتيجة الميراث أو وصية أو هبة، أو إذا انقضت التزاماته نتيجة إبراء بعض الدائنين له.. الخ.
3. إذا ثبت أن المدين قد قام بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للإعسار أثر في حلولها، ولا يختلف الأمر سواء حلت قبل الحكم بالإفلاس أو حلت بعد ذلك لانقضاء أجلها، أما الديون التي كانت مؤجلة، ولكنها حلت بسبب الإعسار، فإنها

لا توضع في الاعتبار بل تعود إلى آجالها السابقة، وذلك أنه إذا كان المدين قد استطاع أن يقوم بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجز أثر في حلولها فإن هذا يعني عدم وجود مبرر للحكم بالإعسار. وهي تطابق نص المادة 261 مصري.

مادة (276)

يجوز للمدين بعد انتهاء الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب الإعسار، ما لم يتم دفعها إلى أجلها السابق، شريطة أن يكون قد وفى ديونه التي حلت، دون أن يكون للإعسار أثر في حلولها.

المذكرة الإيضاحية:

إذا انتهى الإعسار زال ما ترتب عليه من آثار بالنسبة للمدين، على أنه يجوز للمدين في حالة انتهاء الإعسار، أن يطلب إرجاع الديون التي حلت بسبب الإعسار إلى آجالها التي كانت قبل ذلك، شريطة أن يكون المدين قد وفى الديون التي حلت دون أن يكون للإعسار أثر في حلولها، سواء الديون التي حلت حلولاً طبيعياً أي التي كانت حالة وقت الإعسار أو التي حلت بعد ذلك لانقضاء آجالها. وهي تطابق نص المادة 263 مصري.

مادة (277)

ينتهي الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم بالإعسار.

المذكرة الإيضاحية:

إذا انقضت خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم بالإعسار ولم يقدّم الدائنون بتصفية أموال المدين واقتضاء حقوقهم، تنهي حالة الإعسار بحكم القانون، لأنه من غير المقبول أن تستمر يد المدين مغולה عن التصرف في أمواله أكثر من هذا الوقت. والمادة تضع حكماً يتعلق بانتهاء الإعسار، فموضعها يجب أن يكون مكان المادة 277، وتصبح مادة 276، مكان المادة 277، لأنها تعالج أموراً تكون بعد انتهاء الإعسار.

وهي تطابق نص المادة 262 مصري.

مادة (278)

انتهاء الإعسار على المدين لا يخل بما اتخذته كل دائن من إجراءات فردية ضد المدين، ولا يمنع الدائنين من المطالبة بحقوق مدينهم، ولا الطعن في تصرفاته.

المذكرة الإيضاحية:

إذا انتهى الإعسار فإن حق الدائنين في اتخاذ إجراءات للتنفيذ على أموال المدين يظل مطلقاً كما كان مكفولاً لهم من قبل، وإذا اتخذت إجراءات فردية من قبل أحد الدائنين ضد المدين فلا يخل بتلك الإجراءات انتهاء إعسار المدين، ويستطيع الدائنون أن يطالبوا بحقوق مدينهم باستعمال الدعوى غير المباشرة، ولهم أيضاً الطعن في تصرفاته بعد انتهاء إعساره.

وهي تطابق نص المادة 344 عربي موحد.

بعد كتابة المذكرات الإيضاحية للمواد التي تنظم أحكام الإعسار والتي صاغتها أغلبية لجنة صياغة مشروع القانون المدني الفلسطيني، من المهم توضيح أن الأقلية عارضت الأخذ بنظام الإعسار، فضلا عن ذلك فإن الأغلبية لم توفق في تنظيمها لهذا الموضوع وفيما يلي نبين ذلك :

قامت الأغلبية بتنظيم الإعسار حماية للدائنين من المدين المعسر، حتى لا يؤثر بعضهم على بعض، وأبقت الحكم بالإعسار أمرا جوازيًا للقاضي وهذا أمر غير مقبول، كما أن الإجراءات التي وضعت للحكم بالإعسار تفترض عدم كفاية أموال المدين للوفاء بما عليه من ديون حالة، وكما هو واضح من الإجراءات فإنها لا تدفع خطر الإعسار وأن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه.

وأكثر الأمور سلبية في الأحكام التي وضعت لتنظيم الإعسار هو أن الحكم به لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا أمر يميز الإعسار المدني عن الإفلاس التجاري، فالإفلاس نظام جماعي يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال المفلس، ويتم التوزيع على الدائنين بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى وكيل التفليسة، هذا هو الوسيط بين المفلس ودائنيه، لذلك لا يسمح لأحدهم بالسعي المنفرد.

والمشروع اكنفى بصدد الإعسار، بأن جعل منه نظاما قانونيا يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق الحكم بالإعسار، بالإضافة إلى ما سبق فإن أحكام الإعسار التي وردت في المشروع لم تسير التطورات الحديثة في مجال الائتمان بصفة عامة، وقد تنبتهت تقنيات عديدة لهذه التطورات ونظمت الإفلاس المدني وذلك لحماية وتشجيع الائتمان في الاقتصاد المعاصر .

فالتطورات الهائلة التي حققتها البشرية على مستوى التقدم الاقتصادي والتكنولوجي عاصرتها تغييرات جوهرية في القيم والمفاهيم، فطغت على علاقات الأمم ظاهرة

التنافس الاقتصادي والعلمي حتى أصبحت هذه الظاهرة من السمات الأساسية لواقعنا الذي نعيش فيه.

وقد أدت التغييرات التي حدثت إلى سيطرة الروح الإنتاجية وممارسة النشاط الاقتصادي على أفراد مجتمعات كثيرة، حيث أصبح تحسين أحوال المعيشة هو الشغل الشاغل لكل أفراد تلك المجتمعات، وهذا أثر على فكرة الائتمان المدني التي كانت تركز على كونه ائتماناً استهلاكياً، فأصبح ائتماناً استثمارياً، لا يقتصر فقط على المشروعات الصغيرة، بل أصبح يشمل كثيراً من المشروعات الكبيرة، فظهرت مشروعات استصلاح الأراضي، ومشروعات الثروة الحيوانية والداجنة، ومشروعات الصناعات الحديثة وغيرها من المشروعات، وأصبحت حاجة الزارع والمربي والحرفي إلى القروض لا تقل عن حاجة التاجر، لذلك من الأهمية بمكان تسهيل حصوله على القروض بغير حاجة إلى تقرير رهون على أرضه أو منقولاته حتى يحتفظ بقدرته التأمينية، ولا يتحقق ذلك له إلا إذا اطمأن الدائن على مصير حقوقه ويكفل ذلك الإفلاس، حيث يبسط الائتمان ويدعم الثقة في المعاملات عن طريق التصفية الجماعية لأموال المدين متى أعسر، وبالتالي لا يحتاج الدائن إلى التزام أو التضامن مع غيره، فضلاً على صيانة الضمان العام للدائنين بمنع المدين من العبث بأمواله أو تبديدها، وقد يكون المزارع أو المربي حسن النية عاثر الحظ حيث يتعرض لآفة أفسدت مشروعه مما يجعله يعجز عن الوفاء بديونه، فمن الخير تمكينه من الحصول على صلح بمقتضاه يتأجل الوفاء، أو يحط من قدر الديون فيتفادى بذلك انهيار مركزه المالي أو يستعيد مركزه ويستأنف نشاطه.

ويكفي أن نشير إلى أن أحكام الإعسار التي وردت في المشروع عاجزة عن حماية الدائنين، وهذا من شأنه أن يؤثر على تطور الائتمان والتقدم الاقتصادي في البلاد. لقد أدركت دول كثيرة أهمية الأخذ بفكرة الإفلاس المدني، والأخذ بنظام تصفية أموال المدين الذي يعجز عن الوفاء بديونه دون تمييز بين تاجر وغير تاجر، منها ألمانيا

حين سنت قانون الإفلاس عام 1877، وإنجلترا منذ سنة 1883 وهولندا منذ سنة 1893، وتشريعات الشيلي، والسويد، والنرويج والدانمارك، وأمريكا، وسويسرا...الخ. وحتى في فرنسا التي تأخذ بالتفرقة بين نظام الإعسار، ونظام الإفلاس فقد أخذ المشرع الفرنسي صراحة بالإفلاس المدني، فقد صدر القانون رقم 89-1010 في 31 ديسمبر 1989، وبهذا تكتمل حلقات التطور في فرنسا التي تؤكد وحدة طبيعة الائتمان، وبالتالي فإن الفصل بين الائتمان المدني، والائتمان التجاري أصبح محل إعادة نظر، لذلك من المهم تنظيم الإفلاس المدني.

ومن الجدير ذكره أن الساري في بلادنا نظام الإفلاس، وليس نظام الإعسار ولم يعرف النظام القانوني في بلادنا فكرة الإعسار، لذلك فإن إدخالها في المشروع محل نظر، حيث أنها فكرة قد أقلعت عنها القوانين التي أنشأتها، وأقصد القانون الفرنسي، لكل ما سبق تحفظت الأقلية في لجنة صياغة المشروع على تنظيم الإعسار ودعت إلى الأخذ بفكرة الإفلاس المدني مواكبة للتطور.

فضلا عن ذلك فإن الأغلبية لم توفق في كثير من الحالات أثناء صياغتها لأحكام إعسار، حيث خلطت في بعض الحالات بين الإعسار، والحجر فضلا عن ذلك اجتزأت بعض المواد حيث نظمت جانبا وتركت جوانب وإضافة لذلك أغفلت ذكر أحكام هامة تتعلق بالآثار المترتبة على الحكم بالإعسار، وأغفلت السلطة التقديرية التي تثبت للقاضي في حالات محددة، راجع نص المادة 255 مصري، وأغفلت الحكم الذي ورد في المادة 2/256 مصري، هذا بالإضافة إلى ما سبق ذكره في المذكرات الإيضاحية من انتقادات لنصوص المشروع، ومن الجدير بالذكر أن تقنينات مدنية عربية لم تنظم الإعسار، منها القانون المدني الكويتي، والقانون المدني الجزائري.

الباب الثالث
أوصاف الالتزام
الفصل الأول
الشرط
مادة (279)

يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر
مستقبل محتمل الوقوع.

المذكرة الإيضاحية:

لا تعد الواقعة شرطا إلا إذا كانت مستقبلية، لأن الأمر المستقبل وحده الذي يمكن أن يكون غير محقق الوقوع، فإذا كانت الواقعة تحققت في الماضي، أو تحققت في الوقت الذي يبرم فيه العقد، فلا تعد شرطا حتى ولو كان المتعاقدان يجهلان تحققها، وغالبا ما يكون الأمر المستقبل شرطا حين تسبقه (إذا) وهي أداة شرط. ويجب أيضا أن تكون الواقعة المستقبلية غير محققة الوقوع، فإذا كانت مستحيلة الوقوع فلا تكون بصدد الشرط، وإذا كانت محققة الوقوع فلا نكون بصدد الشرط بل نكون بصدد الأجل ويكون المعلق عليه هو نفاذ الالتزام لا وجوده. والشرط نوعان شرط واقف يتوقف على تحققه نشوء الالتزام، وشرط فاسخ يتوقف على تحققه زوال الالتزام. وهي تطابق نص المادة 265 مصري، 203 جزائري.

مادة (280)

1. لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للشريعة الإسلامية، أو للنظام العام أو للآداب، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان فاسخا فهو ذاته الذي يعد غير قائم.
2. لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالفا للشريعة الإسلامية أو للنظام العام، أو للآداب، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام.

المذكرة الإيضاحية:

يشترط إمكان تحقق الشرط فإذا كان غير ممكن، بأن كان مستحيلا فلا يصلح أن يكون شرطا، فمن مستلزمات الشرط عدم القدرة على الجزم بما سيكون من أمره، أي لا بد من بقاء صفة الاحتمال في الشرط.

والاستحالة أما أن تكون مادية، وإما أن تكون قانونية، فإذا تعهد شخص لآخر بمكافأة إذا أحيا ميتا كان هذا الشرط مستحيلا استحالة مادية، وإذا تعهد محام لآخر باستئناف قد مضت المدة التي يجب أن يرفع خلالها مقابل تعهده أمام المحامي بالالتزام معين، كان التعهد معلقا على شرط مستحيل استحالة قانونية.

ويقصد بالاستحالة، الاستحالة المطلقة أما إذا كانت نسبية قاصرة على من تعلق الشرط بإرادته سواء أكان المدين أم الدائن فلا تؤثر على التعليق على الشرط.

ويشترط أن تكون الاستحالة المطلقة قائمة وقت تعليق الالتزام على شرط، فإذا كان ممكن التحقق وقت التعليق على الشرط ثم أصبح مستحيلا بعد ذلك، فإن الشرط يكون صحيحا، ولا تؤثر الاستحالة الطارئة على صحة التعليق، لكنها تؤدي إلى تخلف الشرط وترتيب الآثار بناء على ذلك.

وتأثير الاستحالة على الالتزام يختلف باختلاف نوع الشرط، فإذا كان الشرط الواقف مستحيلا، فالعقد يقع باطلا، لأن الشرط الواقف يعد شرطا جوهريا ما كان العقد ينعقد

بدونه، ويترتب على بطلان العقد عدم وجود الالتزام، أما إذا كان الشرط الفاسخ مستحيلا فإن الشرط يقع باطلا، ويظل العقد قائما بدونه ويمنع زوال الالتزام، ما لم يظهر أن العقد ما كان لينعقد بدون الشرط الفاسخ وعندئذ يقع العقد باطلا ويؤول الالتزام.

وإذا علق الالتزام على شرط مخالف للشريعة الإسلامية، أو للنظام العام، أو الآداب فلا يوجد الالتزام إذا كان الشرط واقفا كأن تشترط المرأة المسلمة على زوجها ألا يطلقها، فإن الشرط باطل لمخالفته للشريعة الإسلامية، والشرط القاضي بألا يحترف المشتري عليه مهنة معينة، فإن الشرط باطل لمخالفته للنظام العام، وإذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط ألا يقوم بارتكاب عمل غير مشروع، يكون الشرط مخالفاً للآداب وباطلا ولا يكون الالتزام موجوداً، وعليه فإن أثر الشرط الواقف المخالف للشريعة الإسلامية أو للنظام العام أو للآداب بطلان الشرط، أما إذا كان الشرط فاسخا مخالفاً للشريعة الإسلامية أو للنظام العام أو الآداب، فالشرط ذاته يعد غير قائم ويبقى قيام الالتزام ويعد التزاما منجزا.

وهي تطابق نص المادة 1/266 مصري، 1/204 جزائري.

مادة (281)

لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم.

المذكرة الإيضاحية:

الالتزام الذي علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم، لا يعد قائما مثل أن يقول شخص لآخر سأهبك منزلا إذا قبلت أنا، فهذا شرط إرادي محض يمنع قيام الالتزام.

وهي تطابق نص المادة 267 مصري، 205 جزائري.

مادة (282)

إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقيق الشرط فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه.

النص القديم : (297)

إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أنه إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون للدائن أثناء مرحلة التعليق أي قبل تحقق الشرط الواقف حق مؤكد الوجود، بل يكون محتمل الوجود، لذلك لا يستطيع الدائن أن يتخذ أي إجراء، من إجراءات التنفيذ على أموال المدين، ولا يلزم المدين بالوفاء به، ولا يثبت للدائن الحق في المقاصة في مواجهة المدين لاختلاف الدينين في القوة، ولا يستطيع الدائن أن يباشر ما يعد من مقدمات التنفيذ وبالتالي لا يستطيع أن يباشر دعوى عدم نفاذ التصرفات وإن كان يستطيع أن يباشر الدعوى غير المباشرة.

ويتربط على أن للدائن في فترة التعليق حق لا مجرد أمل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه كتسجيل عقده إذا كان محل العقد عقاراً، أو أن يطلب تعيين حارس على موضوع حقه، وله أن يتدخل في دعاوى المرفوعة من مدينه وعليه، وله أن يستعمل بإسم مدينه حقوقه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وإذا تحقق الشرط الواقف فيصبح الالتزام نافذاً ومؤكداً ومستحق الأداء من يوم إبرام العقد لا من وقت تحقق الشرط استناداً إلى فكرة الأثر الرجعي للشرط، ويكون للدائن

أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال مدينة لاستيفاء حقه كما يكون له الحق في مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرفات للطعن في تصرفات مدينه، وإذا كان المدين قد وفى الدين فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه، ويبدأ سريان التقادم المسقط لحق الدائن لأنه أصبح مستحق الأداء، وإذا كان الحق المعلق على شرط واقف معيناً بالذات، فإن كل تصرفات الدائن التي أجراها أثناء فترة التعليق تكون نافذة لأنه يكون قد تصرف فيما يملك.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (297) من المشروع على النحو الوارد في المادة (282).

وهي تطابق المادة 268 مصري، 206 جزائري.

مادة (283)

1. يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب راجع إليه وجب عليه التعويض.
2. تبقى نافذة أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن على الرغم من تحقق الشرط الفاسخ.

المذكرة الإيضاحية:

يكون الالتزام المعلق على شرط فاسخ أثناء فترة التعليق كالالتزام المنجز تماماً، وتترتب عليه الآثار التي تترتب على الالتزام المنجز، وأن كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ موجوداً وناظراً إلا أنه مهدد بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويترتب على ذلك أن تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تعلق على نفس الشرط الفاسخ المعلق عليه الحق وتكون قابلة للزوال، وإذا تخلف الشرط الفاسخ يمتنع زوال الالتزام نهائياً ويعد

التزاماً منجزاً منذ إنشائه ويترتب على هذا أن التصرفات والإجراءات التي قام بها الدائن أثناء فترة التعليق تتأكد نهائياً.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام الذي كان موجوداً أثناء مرحلة التعليق يعد كأن لم يكن من وقت تحقق الاتفاق عليه، لا من وقت تحقق الشرط، ويكون للمدين استرداد ما أداه أثناء فترة التعليق بدعوى رد غير المستحق، وتزول الإجراءات التحفظية أو التنفيذية، ويكون الدائن ملزماً بأن يرد ما أخذه من المدين، وإذا استحال الرد لسبب يعود إليه، فعليه أن يعرض المدين عما أصابه من ضرر أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي، فقد انقضى الالتزام بالرد، ولا محل للتعويض في هذه الحالة. واستثنت الفقرة الثانية أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن فلا يسري عليها الأثر الرجعي بالرغم من تحقق الشرط، لأن أعمال الإدارة لا تؤثر في الحقوق التي استقرت نهائياً من جراء تحقق الشرط، ثم من الأهمية أن يكفل لها ما ينبغي من الاستقرار، شريطة أن تكون أعمال الإدارة قد تمت بحسن نية ممن صدرت عنه وعدم تجاوز المألوف في حدود الإدارة، والمثل المألوف لأعمال الإدارة هو الإيجار، ويدخل في أعمال الإدارة قبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتسجيل العقد... الخ.

والسبب في عدم تطبيق الأثر الرجعي على أعمال الإدارة هو أنها من الأعمال الضرورية التي يجب أن تؤدي في وقتها المناسب، ويجب أن يكفل لها الاستقرار حتى يمكن إجراؤها.

وهي تطابق نص المادة 269 مصري، 207 جزائري.

مادة (284)

1. 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.
2. لا يكون للشرط أثر رجعي إذا كان تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

المذكرة الإيضاحية:

أخذ المشروع بما نادت به المدرسة اللاتينية من أن للشرط أثر رجعي، ويعني ذلك أنه إذا تحقق الشرط الواقف فإن الالتزام المعلق عليه يعد موجوداً منذ الاتفاق عليه، لا من وقت تحقق الشرط، وإذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام المعلق عليه يزول بأثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام المقترن بالشرط، فيعد كأنه لم ينشأ أصلاً. ويبرر الأخذ بهذه القاعدة على أساس الإرادة الضمنية للمتعاقدين باعتبار أنهما لو علما سلفاً بمصير الشرط لردا أثره إلى وقت إبرام العقد، فالمشروع عندما قرر قاعدة الأثر الرجعي لم يفعل أكثر من تقرير ما أراده المتعاقدان بعد أن يتبين مصير الشرط ولكن لا يطبق الأثر الرجعي في حالة اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على عدم الأخذ بقاعدة الأثر الرجعي للشرط حيث يتفقان على عدم إرجاع آثار الشرط إلى الماضي، أو إذا كانت طبيعة العقد لا تسمح بأن يكون للشرط أثر رجعي كما هو الحال في عقود المدة التي يعد عنصر الزمن جوهرية فيها، وفي هاتين الحالتين لا يكون للشرط أثر رجعي إلا من وقت تحققه أو تخلفه.

ولا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه، فإذا كان الشرط واقفاً وهلك المعقود عليه فلا يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي، وتقع تبعة الهلاك على المدين في العقود الملزمة للجانبين وعلى

الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد، أما إذا كان الشرط فاسخاً وهلك المعقود عليه قبل تحققه فتقع تبعة الهلاك على الدائن عند تحقق الشرط في العقود الملزمة للجانبين، ويتحمل المدين هذه التبعة في العقود الملزمة لجانب واحد. وهي تطابق نص المادة 270 مصري، 207 سوري، 257 ليبي، 290 عراقي، 208 جزائري.

الفصل الثاني

الأجل

مادة (285)

1. يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضائه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع.
2. يعد الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه.

المذكرة الإيضاحية:

الأجل موعد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه، وهو أمر مستقبل محقق الوقوع، وهو عادة ما يكون ميعاداً معيناً يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه، ولا يجوز أن يكون ماضياً أو حاضراً حتى ولو كان طرفاً الإتفاق يجهلان وقت اتفاقهما أن الأجل المضروب للمستقبل قد حل، والأجل أمر محقق لأنه ميعاد، والميعاد لا بد أن يحل فهو لا محالة واقع في المستقبل، وميعاد الحل قد يكون معلوماً كحلوله أول الشهر أو أول السنة، وقد يكون غير معين التاريخ لكنه حتمي الوقوع كالوفاة، فالوفاة أمر مستقبلي محقق الوقوع لكنها غير محددة التاريخ.

وهي تطابق المادة 271 مصري، 271 سوري، 258 ليبي، 291 عراقي، 100 لبناني، 209 جزائري.

مادة (286)

إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عينت المحكمة ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضية منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حكم حالة ما إذا ضرب المدين أجلاً للوفاء بدينه يكون حالاً حين المقدرة أو الميسرة، ويجب ألا يكون قد جعل ذلك شرطاً، كأن يشترط أنه سيقوم بالوفاء إذا تحققت المقدرة أو الميسرة، وفي هذه الحالة يصبح الوفاء بدينه معلقاً على شرط واقف، وهو أمر غير محقق الوقوع، ولكن المقصود هنا أن يكون قد قصد أن يضرب أجلاً للوفاء بدينه هو ميسرته أو مقدرة على الوفاء، وفي هذه الحالة قصد المدين أن يفي بدينه، عند ميسرته أو عند الموت إذا لم يوسر حال حياته، فالأجل غير معين وهو أقرب حادثين غير معينين اليسار أو الموت.

وإذا تبين أن المدين قد قصد الأجل لا الشرط، يستطيع الدائن أن يطالب بتحديد موعد للوفاء، ولما كان الموعد هو ميسرة المدين، فإن لم يتفق المتعاقدان على الموعد، جاز للقاضي أن يحدد موعداً بناءً على ظروف القضية وملابساتها يقدر القاضي أنه قادر على أن يفي بدينه حين حلوله، وقد بينت المادة 286 العناصر التي يمكن أن يستتير بها القاضي لتحديد الأجل منها موارد المدين الحالية، وموارده المستقبلية، وأن يقتضي من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه، ويكون كذلك إذا قدم المدين الوفاء بالدين على كثير من مطالبه.

وهي تطابق نص المادة 272 مصري، 272 سوري، 259 ليبي، 297 عراقي، 210 جزائري.

مادة (287)

يسقط حق المدين في الأجل :

- أ. إذا حكم بإفلاسه أو إعساره.
- ب. إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها.
- ج. إذا أضعف بفعله إلى حد كبير تأمينات الدين، ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان ضعف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإنه يكون للمدين أن يتوقى سقوط الأجل بالمبادرة بتقديم تأمين كاف.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حالات سقوط الأجل، إذ لا يكفي لسقوطه إفلاس أو إعسار المدين، بل لابد من الحكم بإفلاس أو بإعسار المدين، وسقوط الأجل بسبب شهر إفلاسه أو إعسار المدين لا يتعدى أثره إلى المدين المتضامن مع المفلس أو المعسر أو إلى كفلائه، فلا يلتزم هؤلاء بالوفاء إلا عند حلول الأجل، ويسقط الأجل أيضا إذا لم يقدم المدين تأمينات الدين المتفق عليها، والعلة في ذلك أن الدائن لم يقبل إهمال المدين في الوفاء إلا بشرط تقديم التأمين الخاص المتفق عليه، فإذا أخل المدين بوعده تعين سقوط الأجل، وحلول الدين، وكذلك إذا أنقصت تأمينات الدين بفعل المدين، ولم يتم المدين بإكمال النقص فيسقط الأجل، والمقصود بالتأمينات، التأمينات الخاصة التي تضمن الوفاء بالدين سواء أعطيت وقت نشوئه أم أعطيت بعقد لاحق، وسواء أعطيت بإتفاق مع المدين أم مع غيره كالرهن الرسمي، أم أنشأت بمقتضى القانون كما هو

الحال في حق الامتياز، وقد يكون ضعف التأمين راجعا إلى سبب أجنبي عن المدين فيكون للمدين أن يتوقى سقوط الأجل بتقديم تأمين كافٍ.
وهي تطابق نص المادة 273 مصري، 273 سوري، 260 لبيي، 295، 296 عراقي، 103، 140 لبناني، 404 أردني، 351 عربي موحد.

مادة (288)

إذا كان الأجل لمصلحة أي من الطرفين فله أن ينزل عنه بإرادته المنفردة.

المذكرة الإيضاحية:

ينقضي الأجل بالنزول عنه ممن تقرر الأجل لمصلحته من الطرفين، ويحدث ذلك بإرادته المنفردة، أما في حالة ما إذا كان الأجل في مصلحة الطرفين المتعاقدين معا فلا يستطيع أحدهما أن ينفرد بالنزول عنه، بل يتعين عليه الإتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر، والأصل في الأجل أن يكون مقررا لمصلحة المدين إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يقرره لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا.
وهي تطابق نص المادة 405 أردني.

مادة (289)

1. إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فانه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.
2. يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ على حقوقه وله في ذلك أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند إلى سبب معقول.

المذكرة الإيضاحية:

إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فلا يصبح الالتزام مستحق الأداء، إلا إذا انقضى الأجل، وبالتالي يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالوفاء، وأن يباشر إجراءات التنفيذ، وأن يطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرفات..الخ. ويجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ ما يراه من الأعمال المادية، ومن الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه كقيد الرهن المقرر لضمان الحق وتحرير قوائم الجرد وتجديد العقد، ورفع الدعوى غير المباشرة..الخ. وللدائن أن يطالب بتأمين، إذا خشي إفلاس مدينه أو إعساره، شريطة أن يستند إلى سبب معقول.

وهي تطابق نص المادة 1/274 مصري، 1/274 سوري، 1/212 جزائري.

مادة (290)

يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي.

المذكرة الإيضاحية:

إذا كان الأجل فاسخاً فيترتب على انقضائه زوال الالتزام المضاف إليه دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي، فمثلاً عقد الإيجار لمدة سنة، ينتهي التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بمضي مدة سنة وبعد ذلك لا يصبح المؤجر ملتزماً في مواجهة المستأجر بشيء، وعلى الأخير أن يرد المأجور إلى المؤجر. وهي تطابق نص المادة 2/274 مصري، 2/274 سوري، 2/212 جزائري.

الفصل الثالث

تعدد محل الالتزام

الفرع الأول

الالتزام التخييري

مادة (291)

يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة متى يكون الالتزام تخييرياً إذ يجب أن يكون محل الالتزام أشياء متعددة، فيصح أن تكون الأشياء المتعددة نقوداً، أو عقارات أو منقولات، ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها فيصح أن يكون محل الالتزام نقوداً وعقاراً ومنقولاتاً وعملاً أو امتناعاً عن عمل، ويجب أن يتوافر في الأشياء المتعددة للالتزام التخييري جميع ما يتوافر في محل الالتزام من شروط، لاحتمال أن يقع الاختيار على أي منها فيصبح هو المحل الوحيد.

فإذا كان محل الالتزام التخييري شئين وتوافرت شروط المحل في واحد منهما ولم تتوافر في الثاني، لا نكون أمام التزام تخييري، بل نكون أمام التزام بسيط، والعبرة بمعرفة مدى توافر شروط المحل في الأشياء المتعددة للالتزام التخييري تكون وقت نشوء الالتزام، فإذا زالت الشروط بعد ذلك لا يكون التزاماً بسيطاً، والوفاء بمحل واحد في حالة تعدد المحال في الالتزام التخييري يبرأ ذمة المدين براءة تامة.

والأصل أن يختار المدين، إلا إذا وجد نص في القانون يجعل الاختيار للدائن إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك.
وهي تطابق نص المادة 275 مصري، 275 سوري، 262 لبيي، 298 عراقي، 56 لبناني، 407 أردني.

مادة (292)

1. إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو ينفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام.
2. أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي أجلا إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين.

المذكرة الإيضاحية:

تبين الفقرة الأولى حكم امتناع المدين عن الاختيار في حالة كون الاختيار له، وحكم تعدد المدينين وعدم اتفاقهم على الاختيار في حالة كون الاختيار لهم وهو أن للدائن أن يطلب من القاضي تحديد أجل يجب أن يحدد خلاله المدين أو المدينون اختيارهم، وإذا انقضى الأجل دون أن يتحقق ذلك، يقوم القاضي بنفسه بتعيين محل الالتزام.

وتبين الفقرة الثانية حكم امتناع الدائن عن الاختيار في حالة كون الاختيار له، وحكم تعدد الدائنين وعدم اتفاقهم على الاختيار في حالة كون الاختيار لهم وهو أن للمدين أن يطلب من القاضي تحديد أجل يجب أن يحدد خلاله الدائن أو الدائنون اختيارهم فإذا انقضى دون أن يتحقق ذلك، ينتقل حق الاختيار للمدين.

وهي تطابق المادة 276 مصري.

مادة (293)

إذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسئولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه.

المذكرة الإيضاحية:

تظهر المادة أنه إذا كان الخيار للمدين واستحال تنفيذ كل الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، وكان مسئولاً عن الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء فيكون ملزماً بدفع كل الأشياء محل الالتزام فلا يبقى مجالاً للاختيار، أما إذا اقتضت الاستحالة على شيء أو أكثر بحيث لم يبق إلا أداء واحد فإن الالتزام لا ينقضي ويتعين محله في الأداء الأخير ويصبح الالتزام بسيطاً.

وهي تطابق نص المادة 277 مصري.

الفرع الثاني

الالتزام البدلي

مادة (294)

1. يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر.

2. الأصل لا البديل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته.

المذكرة الإيضاحية:

ينحصر محل الالتزام البدلي في أداء واحد، لكن يجوز للمدين أن يفني بأداء آخر بدلا منه، ويبرئ هذا الوفاء ذمته، كأن يلتزم المدين بأداء شيء معين على أن يكون له أن يبرئ ذمته بمبلغ من النقود بدلا من القيام بأداء الشيء المعين.

والذي يحدد طبيعة الالتزام البدلي هو الالتزام الأصيل لا الالتزام البديل، لأن الالتزام الأصيل هو واجب الأداء، لذلك فإذا كان محل الالتزام الأصلي يرد على عقار كان الالتزام عقاريا حتى ولو كان البديل منقولاً، وإذا استحال الوفاء بالمحل الأصلي بسبب أجنبي تبرأ ذمة المدين وذلك على عكس استحالة الوفاء بالمحل البديل إذ لا تؤثر هذه الاستحالة على بقاء الالتزام.

وهي تطابق نص المادة 278 مصري، 278 سوري، 265 لبيي، 302 عراقي، 68، 69 لبناني، 216 جزائري، 411 أردني.

الفصل الرابع

تعدد طرفي الالتزام

الفرع الأول

التضامن

مادة (295)

التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.

المذكرة الإيضاحية:

التضامن وصف يجعل الالتزام غير قابل للانقسام في حالة تعدد الدائنين أو تعدد المدينين، والتضامن بين الدائنين يكون تضامنا إيجابيا، والتضامن بين المدينين يكون تضامنا سلبيا، والتضامن بنوعيه فيه خروج على قاعدة انقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه لذلك لا يفترض، إذ لا يوجد إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي به، ولا

يشترط الإتفاق صراحة على التضامن بل يمكن أن يكون ضمنياً، شريطة أن تكون الإرادة دالة عليه بصورة لا تقبل الشك، وقد شاع الإتفاق الضمني على التضامن في المعاملات التجارية مثل حالة افتراض تضامن المرسل مع المرسل إليه في دفع الأجرة إذا التزم الأخير بدفعها.

وهي تطابق نص المادة 279 مصري، 279 سوري، 266 لبيي، 315 عراقي، 12 لبناني 217 جزائري، 412، 426 أردني.

أولاً : تضامن الدائنين.

مادة (296)

1. للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بكل الدين.
2. للمدين أن يعترض على مطالبة أحد دائنيه المتضامنين بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، وبالأوجه المشتركة بين جميع الدائنين، وليس له أن يعترض عليه بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة التضامن الإيجابي، ويكون كذلك إذا كان لكل دائن من الدائنين مطالبة المدين بكامل الدين واستيفائه منه، وتبرأ ذمة المدين بوفاء الدين لأي من الدائنين، ويسهل هذا النوع من التضامن على الدائنين الحصول على حقوقهم إذ يكون لكل منهم الحق في مطالبة المدين بكل الدين، كما يسهل على المدين الوفاء بدينه دفعة واحدة لأي من الدائنين، وفي ذلك توفير للوقت والنفقات، ومصدر هذا النوع من التضامن الإتفاق، إذ لم نجد نصاً في القانون يتعلق بالتضامن بين الدائنين، والتضامن الذي يتفق عليه الدائنون قليل الوقوع في الحياة العملية لأن الدائنين يستطيعون أن يحققوا مصالحهم عن طريق آخر هو الوكالة، إذ بواسطتها يعهد

الدائنون إلى واحد منهم باستيفاء الدين دون أن يتعرضوا للمضار التي يمكن أن تلحق بهم من التضامن في حالة إعسار الدائن الذي استوفي الدين من المدين.

ومن الأمثلة القليلة التي تذكر في مجال التضامن الإيجابي الإتفاقي ما يسمى بالحساب المشترك وهو عبارة عن إيداع نقود من أحد البنوك لمصلحة شخصين أو أكثر، فيكون لكل منهم حق إيداع المبالغ وسحبها منه.

وتتعدد الروابط بقدر عدد الدائنين المتضامنين، إذ إن المدين تربطه بكل دائن رابطة مستقلة مختلفة عن تلك الروابط التي تربطه بالدائنين الآخرين، لذلك يجب الاعتداد بالوصف الذي يلحق بكل رابطة وهذا من شأنه أن يعدل في أثر الالتزام إذ قد يكون الدين منجزا بالنسبة لأحد الدائنين، ومعلقا على شرط أو مضافا إلى أجل بالنسبة للآخر، لذلك يجب على الدائن الذي يطالب المدين أن يتقيد بالوصف الذي يلحق علاقته بالمدين، ويترتب على ذلك عدم قدرة المدين على التمسك بالدفع في مواجهة الدائن، إلا إذا كان الدفع خاصا بعلاقته مع هذا الدائن بالذات، ولا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع الخاصة بالدائنين الآخرين، ونظرا لوحدة الدين يستطيع المدين أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع المشتركة بين الدائنين جميعا، كالدفع بالإكراه الصادر منهم أو الدفع بعدم مشروعية المحل، ولكن المدين لا يستطيع أن يدفع مطالبة الدائن له بدفع يخص غيره من الدائنين.

وهي تقارب نص المادة 281 مصري، 281 سوري، 268 ليبي، 317 عراقي، 219 جزائري، 451 أردني.

مادة (297)

كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً، ويتحاصون فيه وتكون القسمة بينهم بالتساوي إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة أن الدين ينقسم في علاقة الدائنين بعضهم ببعض، ويعني ذلك أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين من المدين يصبح من حق كل الدائنين، بصرف النظر عن المقدار الذي استوفاه، كل الدين أو بعضه، فإذا استوفى بعض الدين جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعاً جزئياً بقدر حصته في هذا البعض، وإذا استوفى كل الدين يصبح من حق كل دائن، ويتحاصون فيه وفقاً لما اتفقوا عليه، وإذا لم يوجد اتفاق فيما بينهم ولا يوجد نص بهذا الخصوص، فالقسمة تكون بينهم بالتساوي.

وهي تطابق نص المادة 283 مصري، 283 سوري، 270 لبيي، 319 عراقي، 221 جزائري، 416 أردني.

مادة (298)

إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين أن يوفي الدين لأي منهم، إلا إذا مانع أحدهم، ولم يترتب على ذلك ضرر للمدين.

المذكرة الإيضاحية:

يكون الدين في التضامن الإيجابي وحدة واحدة لا يقبل التجزئة في العلاقة بين المدين والدائنين، ويكون للمدين أن يوفي بالدين لأي من الدائنين المتضامنين، ويكون الوفاء مبرئاً لزمته في مواجهتهم جميعاً، إلا إذا قام أحد الدائنين بإنذاره بعدم الوفاء لأحد الدائنين، فإذا لم ينصع وقام بالوفاء فإن ذمته لا تبرأ قبل بقية الدائنين، إلا بقدر حصته الدائن الذي تم الوفاء له.

وهي تقارب نص المادة 1/380 مصري، 1/280 سوري، 1/267 ليبي، 1/316 عراقي، 1/218 جزائري، 413 أردني.

مادة (299)

إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل الباقيين، إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله.

المذكرة الإيضاحية :

إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب آخر غير الوفاء مثل التجديد، أو المقاصة أو اتحاد الذمة، أو الإبراء، أو التقادم، فلا تبرأ ذمة المدين قبل باقي الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله، لذلك فإن النص قد أثر التضامن في العلاقة بين الدائنين والمدين على الحالة التي ينقضي فيها الدين عن طريق الوفاء، فهذا الطريق هو الذي يؤدي إلى انقضاء الدين ويبرئ المدين في مواجهة جميع الدائنين.

وهي تطابق نص المادة 1/282 مصري، 1/282 سوري، 1/269 ليبي، 1/318 عراقي، 414 أردني.

مادة (300)

إذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين لا ينفذ هذا العمل في حقهم.

المذكرة الإيضاحية:

توجد نيابة تبادلية فيما بين الدائنين إذ يعد كل دائن نائباً عن غيره من الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر، وتستند فكرة النيابة التبادلية على تحقيق مصلحة الدائنين المتضامنين، فإذا أعذر أحد الدائنين المدين استفاد جميعهم من ذلك، وإذا أقر المدين بالدين في مواجهة أحدهم استفاد جميعهم من ذلك...الخ.

ونص المادة يعني ألا تتعدى فكرة النيابة التبادلية ما ينفع إلى ما يضر، فإذا صدر حكم في صالح المدين ضد أحد الدائنين المتضامنين، فلا يسري في مواجهة غيره من الدائنين، وإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين من الدائنين فلا يسري الإبراء في مواجهة باقي الدائنين، وإذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين فلا يسري ذلك في مواجهة باقي الدائنين.

وهي تقارب نص المادة 2/282 مصري، 2/282 سوري، 2/269 ليبي، 2/318 عراقي.

مادة (301)

لا ينتقل التضامن إلى ورثة الدائن المتضامن إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حكم موت أحد الدائنين المتضامنين وترك ورثة متعددين، فلا يسري التضامن في مواجهة الورثة، وهذا يعني أن الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه في الميراث، وذلك بخصوص العلاقة بينهم وبين المدين، فإذا كان المدين أثناء حياة مورثهم يستطيع أن يفي بكل الدين له، وكان المورث يستطيع أن يطالب بالدين كله، ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يفي لأحد الورثة من الدين إلا بنسبة نصيبه من الميراث، ولا يستطيع الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب. فلو كان الدائنون المتضامنون أربعة وكان الدين ستمائة دينار، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية في الميراث، فإن كل وارث منهم يستوفي من الدين مائتي دينار فقط، فإذا ما استوفاه رجع عليه كل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين بخمسين، ويستبقى الوارث خمسين هي نصيبه من الإرث من حصة مورثه في الدين وقد بلغت هذه الحصة مائة وخمسون، هذا إذا كان الدين قابلاً للانقسام، أما إذا كان غير قابل للانقسام فلا ينقسم على الورثة، ويجوز للمدين

أن يفى بالدين كله لأي وارث من ورثة الدائن المتضامن، ويجوز لأي وارث أن يطالبه بالدين كله، فإذا استوفى أحد الورثة الدين كله، أعطى منه كل دائن متضامن حصته في الدين، ويعطي كل وارث نصيبه في الإرث من حصة المورث. وهي تقارب نص المادة 2/280 مصري، 2/280 سوري، 2/267 ليبي، 2/316 عراقي، 2/218 جزائري.

ثانيا : تضامن المدينين

مادة (302)

يتحقق التضامن بين المدينين، ولو كان دين بعضهم مؤجلا أو معلقا على شرط أو مرتبطا بوصف مؤثر فيه، وكان دين غيره منجزا أو خاليا من ذلك الوصف.

المذكرة الإيضاحية:

لما كان التضامن بين المدينين -التضامن السليبي- تتعدد فيه الروابط، لذلك يجب مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف، ولا يؤثر ذلك في التضامن بين المدينين، فقد تتصف إحدى الروابط بوصف يجعلها تتميز بآثارها عن الروابط الأخرى، وقد يكون بعضها موصوفا والبعض غير موصوف، فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مدينا بدين مؤجل، والمدين المتضامن الآخر مدين بدين حال، وقد يكون دين أحد المدينين المتضامنين معلقا على شرط في حين لا يعد دين المدين المتضامن الآخر كذلك باختلاف الوصف الذي يلحق بكل رابطة تربط الدائن بأحد المدينين المتضامنين لا يؤثر في التضامن بين المدينين. وهي تطابق نص المادة 366 عربي موحد.

مادة (303)

إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمته وذمة الباقيين.

المذكرة الإيضاحية:

يجوز لأي من المدينين المتضامنين أن يفي الدين كله للدائن، ويجب على الدائن أن يقبل الوفاء، ويترتب على الوفاء براءة ذمم جميع المدينين بما فيهم المدين الموفي، وإذا أوفى أحد المدينين المتضامنين بجزء من الدين، فلا يستطيع الدائن أن يطالب بقية المدينين إلا بما بقي من الدين.

وهي تطابق نص المادة 284 مصري، 284 سوري، 271 ليبي، 321 عراقي، 222 عراقي، 427 أردني.

مادة (304)

1. للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين، أو بعضهم مراعيًا في ذلك ما يلحق علاقته بكل مدين من وصف يؤثر في الدين، ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الباقيين.
2. لا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به، وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً.

المذكرة الإيضاحية:

يستطيع الدائن أن يطالب المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين، أو منفردين، وللدائن مطلق الحرية في أن يرجع على أي المدينين شاء، وهو غير ملزم بمطالبة بقية المدينين.

وتعدد الروابط بين الدائن وكل المدينين المتضامنين يجعل من الممكن أن تتصف إحدى هذه الروابط بوصف يجعلها تتميز بآثارها عن الروابط الأخرى، فقد يحدث أن تكون رابطة أحد المدينين منجزة ورابطة مدين آخر معلقة على شرط، ففي هذه الحالة على الدائن التقيد في مطالبته بما يلحق رابطة المدين الذي يطالبه من وصف، فإذا كان الالتزام مؤجلاً أو مشروطاً وجب على الدائن قبل أن يعود على أحد المدينين المتضامنين أن يراعي ذلك وينتظر حلول الأجل أو تحقق الشرط، أو يطالب مدين آخر التزامه خالٍ من أي وصف وحال الأداء.

ولا يستطيع المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع الخاصة بغيره من المدينين، فقد تكون رابطة الدائن بأحد الدائنين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، دون أن يوجد هذا العيب بالنسبة لغيرها من الروابط الخاصة بالمدينين الآخرين، فلا يستطيع التمسك في مواجهة الدائن بهذا العيب إلا المدين الذي لحق العيب بإرادته، ولا يستطيع غيره من المدينين التمسك بذلك في مواجهة الدائن.

ويجوز للمدين المتضامن الذي طالبه الدائن بكل الدين أن يدفع المطالبة بالدفع المشتركة بين المدينين جميعاً مثل الدفع بالبطان لعدم مشروعية السبب مثلاً، ويستطيع المدين التمسك بأوجه الدفع الخاصة به، أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين فلا يستطيع التمسك بها.

وهي تطابق نص المادة 285 مصري، 285 سوري، 272 لبيي، 322 عراقي، 223 جزائري، 428 أردني.

مادة (305)

إذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة، فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين، إلا بقدر حصة هذا المدين.

المذكرة الإيضاحية:

تثبت المادة لكل من المدينين المتضامنين الحق في التمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائنين ومدين منهم، ولكن هذا الحكم يتطلب التفرقة بين ما إذا كان الدائن قد طالب المدين الذي توافرت شروط المقاصة بالنسبة له، ففي هذه الحالة يستطيع المدين أن يتمسك بالمقاصة، ويدفع بانقضاء الدين، وينقضي الدين كله إذا تساوى الدينان في المقدار، أما إذا كان الدائن قد طالب مدينا آخر غير المدين الذي توافرت شروط المقاصة بالنسبة له، كان للمدين أن يتمسك بالمقاصة التي توافرت شروطها بالنسبة لمدين آخر ولكن بقدر حصة هذا المدين من الدين، فإذا فرض أن كلا من أ، ب مدينان متضامنان إلى ج بمبلغ 300 دينار ثم أصبح الدائن ج مدينا إلى أ بمبلغ 300 دينار، كان للأخير إذا طالبه ج أن يتمسك بالمقاصة ويؤدي ذلك إلى انقضاء الدين كله، ويكون لـ أ، أن يرجع على ب بحصته في الدين أي بمبلغ 150 دينار أما إذا طالب ج المدين ب، فإن هذا الأخير يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي توافرت شروطها بين أ، ج ولكن بقدر حصة أ في الدين أي بمبلغ 150 دينارا فقط. وهي تقارب نص المادة 287 مصري، 287 سوري، 274 ليبي، 324 عراقي.

مادة (306)

إذا اتحدت الذمة بين الدائنين وأحد مدينيه المتضامنين فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع المدين.

المذكرة الإيضاحية:

يحدث اتحاد الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين، في حالة وفاة أحدهما وورثته الآخر، فإذا توفي الدائن وورثة أحد المدينين فإن الدين لا ينقضي إلا بقدر حصة هذا المدين، ولا يستطيع الرجوع على باقي المدينين المتضامنين بوصفه خلفاً عاماً للدائن إلا بما تبقى من الدين بعد استئصال حصته، فمثلاً لو أن أ، ب، ج متضامنون بدين قدره 900 دينار وتوفي الدائن وورثة أ ففي هذه الحالة ينقضي الدين باتحاد الذمة بقدر نصيب أ وهو 300 دينار، ولا يستطيع أ بصفته دائناً أن يرجع على كل من ب، ج إلا بما تبقى من الدين بعد خصم حصته أي يرجع عليها بمبلغ 600 دينار. وهي تقارب نص المادة 288 مصري، و288 سوري، و275 ليبي، و325 عراقي، و226 جزائري، 370 عربي موحد.

مادة (307)

يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمم باقي المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أن الاتفاق على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين ينقضي به الدين، ويؤدي إلى براءة ذمم المدينين جميعاً، ويترتب على ذلك تحمل المدين الذي تم التجديد معه الالتزام بمفرده، وله أن يرجع بعد الوفاء به إلى الدائن على بقية المدينين كل بنصيبه في الدين، ولكن لا يتم انقضاء الدين بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين على هذا النحو، إذا كان الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم. وهي تطابق نص المادة 286 مصري، و286 سوري، و273 ليبي، و323 عراقي، و224 جزائري،

مادة (308)

1. إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين فقط، برئت ذمته وضمم الباقيين من حصته وبقي تضامنه.
2. فإذا أبرأه من التضامن فقط بقي دينه في ذمته، وامتنعت مطالبة الدائن له بحصة الآخرين، ولهؤلاء الرجوع عليه بما يدفعونه عنه بحكم التضامن بينهم.
3. فإذا أبرأه بصورة مطلقة، انصرف الإبراء إلى الدين والتضامن معا، ما لم يتبين من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل أن الإبراء ينصرف إلى أحدهما.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أنها تضع حكما لكل من الإبراء من الدين، والإبراء من التضامن، والإبراء المطلق، فإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين برئت ذمته وضمم الباقيين بمقدار حصته في الدين، ولكنه يبقى متضامنا مع باقي المدينين في الدين المتبقي.

وإذا تحدد الإبراء في التضامن فقط، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بقدر حصته دون أن يؤثر ذلك في حقه في الرجوع على باقي المدينين بكل الدين فإذا رجع عليهم بكل الدين، لهم أن يرجعوا على المدين الذي أبرأ من التضامن بما دفعوه عنه بحكم التضامن.

وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين إبراءً مطلقاً، انصرف هذا الإبراء إلى الإبراء من الدين، والإبراء من التضامن، وتطبيق أحكام الإبراء من الدين، والإبراء من التضامن، أما إذا تبين من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل أن الإبراء ينصرف إلى أحدهما، فإن أحكام ما انصرف إليه الإبراء هي التي تطبق، فإذا انصرف إلى الإبراء من الدين،

فإن أحكام الإبراء من الدين هي التي تطبق، فإذا انصرف إلى الإبراء من التضامن فإن أحكام الإبراء من التضامن هي التي تطبق. وهي تطابق نص المادة 371 عربي موحد.

مادة (309)

1. في جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء كان الإبراء من الدين أم من التضامن، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم.
2. إذا أعفى الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسئولية عن الدين، فإن هذا الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر.

المذكرة الإيضاحية:

الإبراء سواء تعلق بإبراء المدين من الدين أم من التضامن، لا يؤثر في حق بقية المدينين في الرجوع على من أبرئ بنصيبه في حصة من أعسر منهم، إلا إذا قصد الدائن إعفاء المدين المبرأ من كل مسئولية تتعلق بالدين، ففي هذه الحالة فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة من أعسر من باقي المدينين. وهي تقارب نص المادة 291 سوري، 291 مصري، 278 ليبي، 328 عراقي، 219 جزائري.

مادة (310)

1. إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين.
2. إذا انقطعت مدة التقادم أو أوقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين.

المذكرة الإيضاحية:

قد ينقضي الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين دون بقية المدينين المتضامنين، ويحدث ذلك إذا كان الدين منجزا بالنسبة لأحدهم ومعلقا على شرط أو مضافا إلى أجل بالنسبة للآخرين، فيبدأ سريان التقادم بالنسبة لمن كان منهم دينه منجزا، دون أن يبدأ سريانه بالنسبة للباقيين، لأن ديونهم لم تصبح بعد مستحقة الأداء، وقد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهم جميعا إذا كانت ديونهم مستحقة الأداء لكن التقادم قطع أو أوقف سريانه بالنسبة لمدين دون الآخرين. وفي حالة انقضاء دين أحد المدينين المتضامنين، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الدين بقدر حصة هذا المدين، فإذا طالب الدائن المدين المتضامن الذي اكتمل التقادم بالنسبة له، كان له أن يتمسك بالتقادم وينقضي الدين، أما غيره من المدينين فلا يستفيدون إلا بقدر حصة هذا المدين، ولهم التمسك بهذا سواء طالبهم الدائن قبل مطالبة المدين الذي انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إليه أم طالبهم بعد مطالبة هذا المدين.

ويملي هذا الحكم اعتبارات العدالة، لأن السماح للدائن بمطالبة باقي المدينين المتضامنين بكل الدين دون استئصال حصة من انقضى دينه، بالتقادم يُحمّل باقي المدينين المتضامنين هذه الحصة من الدين مع امتناع رجوعهم بها على المدين الذي انقضى دينه بالتقادم.

وإذا انقطعت مدة التقادم، أو أوقف سريانها بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك في مواجهة باقي المدينين المتضامنين، ويرجع ذلك إلى مبدأ النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بوقف أو قطع التقادم الخاص بدين مدين متضامن في مواجهة باقي المدينين المتضامنين، لأن تمسكه يضر بهم، لذلك لا يسري في حقهم.

وهي تطابق نص المادة 292 مصري، 292 سوري، 279 لبيي، 230 جزائري، وتوافق 329 عراقي، 434 أردني، 373 عربي موحد.

مادة (311)

المدين المتضامن مسؤول في تنفيذ التزامه عن فعله، وإذا اعذره الدائن أو قاضاه فلا أثر لذلك بالنسبة إلى باقي المدينين، أما إعدار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقيين.

المذكرة الإيضاحية:

أخذ المشروع هذه المادة من المادة 435 أردني، ولم يدرك ما شاب النص الأردني من عيب يتمثل في عدم تقسيم المادة إلى فقرتين، حيث إن المادة احتوت على تنظيم موضوعين، الأول يتعلق بمسؤولية المدين المتضامن عن فعله أثناء تنفيذ التزامه وهو يحتاج إلى فقرة مستقلة، والثاني يتعلق بإعذار أو مقاضاة الدائن لأحد المدينين المتضامنين دون الباقي، ويحتاج إلى فقرة مستقلة، لذلك الأفضل أن يكون نص المادة على النحو التالي :

1. المدين المتضامن مسؤول في تنفيذ الالتزام عن فعله.
2. وإذا اعذر الدائن أو قاضاه فلا أثر لذلك بالنسبة إلى باقي المدينين، أما إعدار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقيين.

والفقرة الأولى تضع حكماً للمدين المتضامن الذي يرتكب فعلاً أثناء تنفيذ التزامه سبب ضرراً للدائن فيكون مسؤولاً دون غيره من المدينين المتضامنين، عن تعويض الدائن، وهذا تطبيق لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر، ويعني ذلك ألا يتعدى أثر الفعل الضار المدين الذي قام به إلى غيره من المدينين المتضامنين، فيكون كل مدين متضامن غير من ارتكب الفعل الضار منهم مسؤولاً عن تنفيذ ما التزموا به في مواجهة الدائن، دون أن يكون مسؤولاً عن تعويض الدائن عن الفعل الذي ارتكبه المدين المتضامن في تنفيذ الالتزام.

والفقرة الثانية تبين أنه إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا تترتب الآثار القانونية للإعذار أو المقاضاة إلا في مواجهة المدين المتضامن التي اتخذت في حقه، ولا تسري في مواجهة باقي المدينين المتضامنين، وفي هذا تطبيق لمبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر. أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن الإعذار يفيد بقية المدينين المتضامنين، لأنه ينقل تبعة الهلاك وتصبح على الدائن، لذلك يعد الإعذار نافعا لهم، فيسري في حقهم استنادا لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر. وهي تقارب نص المادة 293 مصري، 293 سوري، 280 ليبي، 330 عراقي، 231 جزائري، عكس ذلك المادة 374 عربي موحد التي تنص على (المدين المتضامن مسئول في تنفيذ الالتزام عن فعله وفعل باقي المدينين المتضامنين في موضوع التضامن).

مادة (312)

إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، وتضمن الصلح الإبراء من الدين، أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقي، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمهم التزاما جديدا، أو يزيد فيما يلتزمون به، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا أجازوه.

المذكرة الإيضاحية:

تظهر المادة أنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، فإن الصلح ينفذ في حق باقي المدينين المتضامنين بالقدر الذي يحقق منفعة لهم، كما لو تضمن الصلح الإبراء من الدين، أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، لأن في ذلك فائدة ونفع لبقية المدينين المتضامنين، فيسري الصلح في حقهم استنادا إلى مبدأ النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر.

أما إذا تضمن الصلح التزاما في ذمة المدين المتضامن، كما لو اعترف فيه بإدعاء للدائن كان محل نزاع بينه وبين المدينين المتضامين، فإن هذا الصلح لا ينفذ في حق باقي المدينين المتضامين، لأن فيه ما يلحق الضرر بهم، ولكن يصبح هذا الصلح نافذا في حقهم إذا أجازوه فالأمر متروك لتقديرهم. وهي تطابق نص المادة 294 مصري، 294 سوري، 281 ليبي، 331 عراقي، 431 أردني.

مادة (313)

1. إذا اقر أحد المدينين المتضامين بالدين، فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقين.
2. إذا نكل أحد المدينين المتضامين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا فحلفها، فلا يضار بذلك باقي المدينين لكنهم يستفيدون في حالة نكوله.
3. إذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف، فإن المدينين الباقين يستفيدون من ذلك.

النص القديم : (332)

1. إذا اقر أحد المدينين المتضامين بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقين.
2. إذا نكل أحد المدينين المتضامين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا فحلفها، فلا يضار بذلك باقي المدينين.
3. إذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف، فإن المدينين الباقين يستفيدون من ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فإن الإقرار حجة قاصرة عليه، ولا يتعدى أثره إلى غيره من المدينين المتضامنين، وإقراره بالدين يلحق الضرر بباقي المدينين المتضامنين وهذا يعني عدم سريانه في حقهم، لذلك على الدائن أن يثبت حقه في مواجهة باقي المدينين المتضامنين بغير الإقرار.

وإذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين، فإن باقي المدينين المتضامنين يستفيدون من هذا الإقرار، إذ يكون المدين المتضامن وهو يتلقى إقرار الدائن نائباً عن باقي المدينين المتضامنين، فيحق لهم التمسك بالإقرار حتى ولو لم يكن صادراً في مواجهتهم، وذلك تطبيقاً لمبدأ النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر.

وإذا وجه الدائن إلى المدين المتضامن اليمين، فإما أن يحلف وإما أن ينكل، فإذا حلف فإن ذلك يفيد باقي المدينين المتضامنين، ولهم أن يتمسكوا بذلك، وإذا نكل المدين المتضامن الذي وجهت إليه اليمين، فهذا يكون بمثابة إقرار، ويكون الأمر قاصراً عليه ولا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين، وبالتالي لا يستطيع الدائن أن يتمسك بذلك في مواجهتهم، ويعود ذلك إلى أن النكول عمل ضار ببقية المدينين المتضامنين، لذلك لا تنصرف آثاره إليهم استناداً لمبدأ النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر.

وإذا وجه المدين المتضامن إلى الدائن اليمين، أما أن يحلف الدائن أو ينكل، فإن حلف، فإن هذا لا يسري في مواجهة باقي المدينين المتضامنين، لأن الحلف عمل يضر بهم، وإذا نكل الدائن ولم يحلف فإن ذلك يكون بمثابة إقرار منه، وهذا الإقرار نافع لسائر المدينين المتضامنين فلهم الحق في التمسك به ولو لم يكونوا هم الذين وجهوا اليمين، ولم يتسع نص المادة لذلك، وعليه يمكن اقتراح إضافته ليكون نص الفقرة الثانية على النحو الآتي (إذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه

إلى الدائن يمينا فحلفها فلا يضار بذلك باقي المدينين لكنهم يستفيدون في حالة النكول).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (332) من المشروع على النحو الوارد في المادة (313). وهي تطابق نص المادة 295 مصري، 295 سوري، 282 ليبي، 332 عراقي، 437 أردني.

مادة (314)

إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج به على الباقيين، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه.

المذكرة الإيضاحية:

إذا رفع الدائن الدعوى على أحد المدينين المتضامنين وحكم في الدعوى ضد هذا المدين، فإن هذا الحكم لا يسري في حق باقي المدينين المتضامنين، وإذا جمع الدائن جميع المدينين المتضامنين في الدعوى وصدر الحكم لصالحه، فإن الطعن في هذا الحكم من أي مدين متضامن يفيد الباقيين، وإذا صدر حكم ضد المدين الذي رفع الطعن فلا يضار منه بقية المدينين المتضامنين. وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين، دون أن يكون باقي المدينين المتضامنين داخلين في الدعوى، فالحكم أمر نافع لهم ولهم الاحتجاج به، إلا إذا كان الحكم صدر لصالح المدين المتضامن، وكان مبنيا على سبب خاص به، كأن يشوب دينه سبب من أسباب البطلان، فيصدر الحكم ببطلان الدين بالنسبة إليه فقط دون باقي المدينين المتضامنين.

وهي تطابق نص المادة 296 مصري، 296 سوري، 283 ليبي، 333 عراقي، 233 جزائري، 438 أردني.

مادة (315)

لمن وفى الدين من المدينين المتضامنين حق الرجوع على أي من الباقيين بقدر حصته، فإن كان أحدهم معسرا، تحمل الموفي مع الموسرين من المدينين المتضامنين تبعة هذا الإعسار، دون إخلال بحقهم في الرجوع على المعسر عند ميسرته.

المذكرة الإيضاحية:

إذا رجع الدائن على أحد المدينين المتضامنين بالدين، وقام المدين المتضامن بالوفاء به إلى الدائن يكون له أن يرجع على باقي المدينين المتضامنين معه، وحق الرجوع يكون على أساس الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

ويرجع المدين المتضامن الذي قام بالوفاء للدائن بكل الدين، أو بأكثر من نصيبه في الدين على المدينين المتضامنين كلا بقدر حصته في الدين، وإذا وجد أحد المدينين المتضامنين معسرا فإنه لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار، بل يشاركه فيه باقي المدينين المتضامنين كلا بنسبة حصته هو في الدين، ولهم الرجوع على المدين المعسر بعد زوال إعساره.

وهي تطابق نص المادة 439 أردني، وتقارب نص المادة 1/297 والمادة 298 مصري، 1/297 298 سوري، 1/284، 285 لبيي.

مادة (316)

ينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بينهم ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

التضامن بين المدينين لا يكون إلا في علاقتهم مع الدائن، أما علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يكون فيها تضامن، وإنما ينقسم الدين بينهم كلا بقدر حصته، ولا

يرجع المدين الذي وفى الدين كله على أي مدين آخر إلا بمقدار حصته في الدين، والأصل افتراض تساوي حصص المدينين، غير أن هذا الافتراض يجب استبعاده في حالة وجود اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك، فإذا كان مصدر التضامن الاتفاق، وجب الرجوع إلى الاتفاق الذي تم لمعرفة نصيب كل مدين في الدين، وإذا كان التضامن مصدره القانون، فالأصل فيه تساوي الحصص إلا إذا وجد نص يقضي بغير ذلك، فمثلاً نصت المادة 185 من المشروع على المسؤولية التضامنية في حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار، في مواجهة المضرور لتعويضه عن الضرر، ويتوزع غرم المسؤولية بينهم بقدر دين كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر ذلك وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي.

وهي تطابق نص المادة 2/298 مصري، 2/297 سوري، 2/284 ليبي، 234 جزائري.

مادة (317)

إذا كان أحد المدينين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمله كله نحو الباقيين.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة انه إذا كان أحد المدينين المتضامين هو صاحب المصلحة في الدين، فهو الذي يتحمل به في مواجهة باقي المدينين المتضامين، فإذا عاد الدائن عليه بالدين كله فلا يستطيع أن يعود على باقي المدينين، وإذا عاد الدائن على مدين متضامن غيره فيقوم المدين المتضامن بالوفاء للدائن، ويعود بكل الدين على المدين المتضامن صاحب المصلحة في الدين، فالمدين المتضامن صاحب المصلحة في الدين هو الذي يتحمل الدين كله في علاقته بباقي المدينين المتضامين، فلو أقيم الدليل على وجود مدين واحد في الأصل من المدينين المتضامين وأن الآخرين هم كفلاء له، وجب أن يتحمل ذلك المدين الدين كله في علاقته مع باقي المدينين.

والأصل افتراض أن جميع المدينين المتضامنين أصحاب مصلحة في الدين، فإذا ادعى أحد منهم أن واحداً أو أكثر منهم هو صاحب المصلحة فعلية أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

وإذا كان أصحاب المصلحة أكثر من واحد فللمدين الذي أوفى الدين دون أن يكون صاحب مصلحة في الدين، أن يرجع على أي منهم بكل الدين، لأن كلا من هؤلاء مدين أصلي، وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه، فإذا وفى أحدهم الدين كله، سواء كان الوفاء مباشرة إلى الدائن أو بوفائه للمدين غير ذي مصلحة الذي قام بالوفاء للدائن رجع على الباقيين من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين. وهي تطابق نص المادة 299 مصري، 299 سوري، 286 لبيي، 440 أردني.

الفرع الثاني

الدين المشترك

يجب التنويه إلى عدم دقة العنوان الذي ورد في المشروع القديم "الحق المشترك" حيث يعني هذا العنوان الحقوق المشتركة، وقد توجد حقوق مشتركة ولا يوجد مدين بهذه الحقوق، فتسري عليها الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة، لذلك الأصح أن يطلق على العنوان الدين المشترك حيث يوجد عدد من الدائنين ومدين أو أكثر لهؤلاء الدائنين، وبذلك يكون الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين، عرفها الفقه الإسلامي، وأطلق عليها الدين المشترك، وأول التقنيات العربية التي نظمت أحكام الدين المشترك التقنين العراقي، وقد نقلها عن أحكام المجلة، وقد نظم التقنين الأردني بعد ذلك أحكام الدين المشترك، وكذلك فعل مشروع القانون المدني العربي الموحد، أما التقنين المصري، وكثير من التقنيات العربية لم تنظم موضوع الدين المشترك، وقد أخذ المشروع تنظيم الدين المشترك من المجلة ومن التقنيات العربية التي أخذت

به، لكن المشروع أطلق عليه الحق المشترك وانعكس ذلك على الأحكام التي وضعت فيه حيث أتت في معظمها خالية من الدقة والمنطق، وبالتالي فإن الفرع الثاني المعنون بالحق المشترك يحتاج إلى تعديل بحيث أينما وجد مصطلح الحق المشترك يتم تعديله إلى الدين المشترك، وقد تم التعديل حيث أصبح عنوان الفرع الثاني الدين المشترك.

مادة (318)

يكون الدين مشتركاً إذا اتحد سببه كأن يكون ديناً آلاً بالإرث إلى عدة ورثة أو تعويضاً عن المال المشترك الذي أُلّف بالقصد، أو ثمناً للمبيع المشترك الذي بيع بصفقة واحدة أو بدلاً للقرض المستقرض من مال مشترك.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أن الدين المشترك بين عدة دائنين يكون مصدره واحداً لا يتعدد، ويجب وجود اشتراك في الدين بين الدائنين، فإذا لم يوجد هذا الاشتراك ينقسم الدين على الدائنين المتعددين ويصبح ديناً متعدد الأطراف، أي لا بد أن يوجد مال شائع بين عدد من الأشخاص، ويكون هذا المال هو مصدر الدين المشترك، وقد يوجد الدين المشترك بداية، ويكون كذلك إذا كان ديناً آلاً بالإرث إلى عدة ورثة، فإذا كان للتركة دين في ذمة مدين لها، وكان الورثة ثلاثة، زوجاً، وابناً، وبناتاً، فللزوجة الربع، وللابن النصف وللبنات الربع، كان هذا الدين الذي للتركة ديناً مشتركاً منذ البداية بين الورثة.

وقد يوجد المال الشائع في البداية لا الدين المشترك، ففي حالة المال الشائع لعدد من الأشخاص، وقام شخص بإتلاف المال، فينشأ حق في التعويض لكل من يملك في المال الذي أُلّف، فينشأ لهم دين مشترك تجاه الفاعل، وقد يكون ملكية المبيع شائعة لعدد من الأشخاص، فينشأ دين مشترك نتيجة لبيعهم المال الشائع إلى المشتري، إذ

يصبح المشتري مدينا لهم وينشأ دين مشترك، وقد يقرض أشخاص شيئاً مملوكاً لهم لشخص آخر، فينشأ عن ذلك دين مشترك.

ويرجع الاشتراك في الدين في الأمثلة السابقة إلى طبيعة الأشياء التي اقتضت أن يبقى الاشتراك بين الدائنين في الدين نتيجة سبق اشتراكهم في المال، وقد ينشأ الدين المشترك نتيجة لوحدة الصفقة أي يرجع إلى الإتفاق، فقد يملك شخصان شيئين مختلفين، لكن يمكن استخدامهما في غرض واحد كأن يملك شخص أرضاً ويملك الآخر آلات حرث، ويتم الإتفاق بينهما على بيع الأرض، وآلات الحرث في صفقة واحدة وبثمن واحد من غير تعيين حصة كل من البائعين، فينشأ عن ذلك دين مشترك لهما على المشتري، وما سبق لا يعيق بعد ذلك من تحديد نصيب كل منهما من الثمن.

يظهر من ذلك أن الدين المشترك لم ينتج في هذه الحالة عن طبيعة الأشياء بل نتج عن إرادة كل من المتعاقدين التي اتفقت على وحدة الصفقة. وهي تطابق نص المادة 417 أردني، وتقارب نص المادة 303 عراقي، 378 عربي موحد.

مادة (319)

لكل من الشركاء في الدين المشترك أن يطلب حصته فيه.

المذكرة الإيضاحية:

ينقسم الدين المشترك بين الدائنين، ولا يستطيع أي دائن أن يرجع على المدين إلا بقدر حصته في الدين، حتى لو كان الدين كله مضموناً بضمان شخصي أو عيني، ويستطيع المدين أن يفي لكل دائن بقدر حصته، فتبرأ ذمة المدين من هذه الحصة، إلا إذا شارك فيها الدائنون الآخرون، فعندئذ يستطيع الدائن أن يطالب المدين بما نقص من حصته بسبب المشاركة.

وتحدد حصة كل دائن إما بإتفاق الدائنين، أو بنص القانون كما هو الحال في البيع الصادر عن ورثة المال الشائع صفقة واحدة فيكون الثمن دينا مشتركا بينهم ويحدد نصيب كل منهم حسب قانون الميراث. وهي تطابق نص المادة 1/302 عراقي، 379 عربي موحد، وتقارب 418 أردني 1100 من المجلة.

مادة (320)

1. إذا قبض أحد الشركاء بعض الدين المشترك، فلأي منهم أن يشاركه فيه بنسبة حصته، ولهم أن يتركوا للقابض ما قبضه على أن يتبعوا المدين كل بحصته.

2. إذا اختار الشريك متابعة المدين، فليس له أن يرجع على شريكه، ولو هلك باقي الدين عند المدين إلا إذا اتفق الشركاء على الرجوع على القابض في هذه الحالة.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر أن المادة تحتاج إلى إعادة صياغة نظراً لما اعترأها من عيب في الصياغة ونقص في الكلمات تجعل من الصعب فهم ما ورد فيها من أحكام، لذلك أقترح أن تعاد صياغتها على النحو الآتي (إذا قبض أحد الشركاء بعض الدين المشترك، فيكون لباقي الشركاء أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته أو أن يتركوا للقابض ما قبضه ويتبعوا المدين كل بحصته).

وإذا اختاروا متابعة المدين، فليس لهم الرجوع على شريكهم القابض، ولو هلك باقي الدين عند المدين، إلا إذا اتفق الشركاء على الرجوع على القابض).

يظهر من النص انه إذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئاً من الدين المشترك سواء ساوى أو زاد أو نقص عن حصته، كان للدائنين الآخرين الخيار بأن يشاركوه فيما

قبضه عينا كل بنسبة حصته في الدين، أو يختاروا عدم مشاركته فيما قبض من المدين فيتركوا ما قبض له ويتبعوا المدين كل بحصته، وفي هذه الحالة ليس لهم الرجوع على الشريك القابض ولو هلك باقي الدين عند المدين، إلا إذا كان الشركاء قد اتفقوا بمن فيهم الشريك القابض على الرجوع على القابض منهم في حالة هلاك باقي الدين عند المدين.

وهي تطابق نص المادة 380 عربي موحد، وتطابق فقرتها الأولى نص المادة 304 عراقي، 1/419 أردني.

مادة (321)

1. إذا قبض أحد الشركاء حصته في الدين المشترك ثم تصرف فيها أو استهلكها فللشركاء الآخرين أن يرجعوا عليه بأنصبتهم فيها.
2. فإذا هلك أو تلفت في يده بلا تقصير منه فلا ضمان عليه لأنصبه شركائه فيها، ويكون قد استوفى حصته، وما بقي من الدين بذمة المدين يكون لشركائه الآخرين.

المذكرة الإيضاحية:

قد يقبض أحد الدائنين حصته من الدين المشترك، ثم تصرف فيما قبض بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات أو استهلك ما قبض، فيكون للشركاء الآخرين في الدين المشترك إذا اختاروا مشاركته أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم في الدين، أما إذا كانت حصته التي قبضها من الدين المشترك شيئاً وهلك أو أُلُف في يده دون تقصير منه أي بسبب أجنبي، فيكون الدائن القابض قد استوفى ما قبضه ويحسب من حصته، ولا يكون لباقي الدائنين الرجوع عليه، وإنما لهم أن يرجعوا على المدين بما بقي من الدين بذمته.

وهي تطابق نص المادة 305 عراقي، 430 أردني، 381 عربي موحد.

مادة (322)

إذا قدم المدين لأحد الشركاء كفيلا بحصته في الدين المشترك، أو أحاله المدين على آخر فللشركاء أن يشاركوه بحصصهم في المبلغ الذي يأخذه الكفيل أو المحال عليه.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص انه إذا قدم المدين لأحد الشركاء، في الدين المشترك كفيلا، أو أحاله على آخر، فيكون لباقي الشركاء في الدين المشترك، أن يشاركوه فيما قبضه من الكفيل، أو من المحال إليه.

وهي تطابق نص المادة 306 عراقي، 421 أردني، 382 عربي موحد.

مادة (323)

إذا اشترى أحد الشركاء بنصيبه في الدين المشترك مالا من المدين فللشركاء أن يضمّنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه، وأن يرجعوا بحصصهم على المدين، وليس لهم أن يشاركوه فيما اشتراه إلا برضاه.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص انه إذا قبض أحد الدائنين مقابلا لحصته، فليس لشركائه في الدين المشترك أن يشاركوه عينا فيما قبض إلا إذا تراضوا على ذلك، فإن لم يتم التراضي بينهم فليس لهم أن يرجعوا عليه إلا بالضمان بنسبة حصة كل منهم، فمثلا إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين، فشركاؤه في الدين المشترك مخيرون إن شاءوا ضمّنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه من المدين، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين، وليس لهم أن يشاركوه في المال الذي اشتراه إلا إذا تراضوا على ذلك.

وهي تطابق نص المادة 307 عراقي، 342 أردني، 383 عربي موحد.

مادة (324)

يجوز لأحد الشركاء أن يهب حصته في الدين للمدين أو أن يبرئه منها، ولا يضمن أنصبة شركائه فيما وهب أو أبرأ.

المذكرة الإيضاحية:

إذا ثبت الدين المشترك في ذمة المدين، قبل أن يثبت حقه في ذمة الدائن ولكن هذا الحق الذي يثبت في ذمة الدائن لم يكن له مقابل أخذه الدائن من المدين كأن يكون الدائن قد وهب حصته في الدين المشترك أو أبرأ ذمته منه، فإنه لا يكون قد قبض شيئاً من المدين، فلا رجوع لشركائه في الدين المشترك عليه حيث لا يضمن أنصبة شركائه فيما وهب أو أبرأ ولهم أن يعودوا بحصصهم على المدين. وهي تطابق نص المادة 313 عراقي، 423 أردني، 384 عربي موحد.

مادة (325)

يجوز لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يصالح عن حصته فيه، فإن كان بدل الصلح من جنس الدين، جاز للباقيين أن يشاركوه في المقبوض أو أن يتبعوا المدين، وإن كان بدل الصلح من غير جنس الدين جاز لهم أن يتبعوا المدين أو الشريك المصالح، وللمصالح أن يدفع لهم نصيبهم في المقبوض أو نصيبهم في الدين.

المذكرة الإيضاحية:

إذا صالح أحد الشركاء في الدين المشترك عن حصته في الدين المشترك، فإن كان بدل الصلح من جنس الدين، فيكون الخيار لباقي الشركاء في الدين المشترك أن شاءوا شاركوه في المقبوض، وأن شاءوا اتبعوا المدين، وإن كان بدل الصلح من غير جنس الدين، فيكون الخيار أيضاً لباقي الشركاء في الدين المشترك في أن يتبعوا

المدين أو الشريك المصالح، فإذا اتبعوا الشريك المصالح كان له الخيار إن شاء دفع لهم نصيبهم في المقبوض وإن شاء دفع لهم نصيبهم في الدين.
وهي تطابق نص المادة 309 عراقي، 424 أردني.

مادة (326)

1. لا يجوز لأحد الشركاء في الدين المشترك تأجيله وحده دون موافقة الباقين على هذا التأجيل.
2. ويجوز له أن يؤجل حصته دون موافقة الباقين، وفي هذه الحالة ليس له أن يشاركهم فيما قبضوه من الدين.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة انه لا يجوز لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يؤجل الدين المشترك، ولكن يستطيع ذلك إذا وافقه باقي الشركاء في الدين المشترك على التأجيل، والمقصود هو تأجيل كل الدين المشترك أما إذا أراد أحد الشركاء في الدين المشترك تأجيل حصته في الدين المشترك فله ذلك دون موافقة باقي الشركاء في الدين المشترك، وإذا قام بتأجيل حصته فلا يحق له أن يشارك باقي الشركاء الدين المشترك فيما قبضوه من الدين.

وهي تطابق نص المادة 425 أردني، 386 عربي موحد.

الفرع الثالث

عدم القابلية للانقسام

مادة (327)

يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم، أو إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان، أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدان إلى ذلك.

النص القديم : (346)

يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا ورد على محل غير قابل للانقسام، أو إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان، أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدان إلى ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أن عدم قابلية الالتزام تكون في حالة ما إذا ورد على محل غير قابل للانقسام بسبب طبيعته التي لا تسمح بانقسامه، كبيع حيوان أو أي كائن حي فطبيعته لا تسمح بانقسامه، أو إذا كان لا يتصور قابليته للانقسام كما هو الحال في الالتزام بعدم المنافسة.

وقد يقبل محل الالتزام الانقسام من الناحية المادية ومع ذلك لا تجوز تجزئته، ويتحقق ذلك إذا كان الغرض من الالتزام يحتم أن يكون غير قابل للانقسام، كما في التزام مقاول ببناء منزل، فالتزامه يعد وحدة لا تقبل الانقسام، لأن محله وفقاً لغرض المتعاقدين هو المنزل بأكمله لا أجزاء منه.

وقد تكون عدم قابلية محل الالتزام للانقسام راجعة إلى إرادة المتعاقدين وذلك في حالة اتفاقهم على عدم تجزئة الوفاء بالالتزام.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (346) من المشروع على النحو الوارد في المادة (327).

وهي تطابق نص المادة 300 مصري، 300 سوري، 287 لبيي، 336 عراقي، 236 جزائري، 441 أردني.

مادة (328)

1. إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً.

2. للمدين الذي وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته.

المذكرة الإيضاحية:

تبين الفقرة الأولى الحكم الذي ينظم العلاقة بين الدائنين والمدينين، وهو أن يستطيع الدائن أن يعود على أي من المدينين بالالتزام الكامل، ويرد ذلك لأنه التزم واحد لا يقبل التجزئة لذلك فإن ذمة أي مدين من المدينين المتعددين تكون مشغولة بالنسبة إلى الدائن بكل الدين.

وإذا انقضى الالتزام غير قابل للانقسام بسبب من أسباب انقضاء الالتزام الأخرى، غير الوفاء بالنسبة لأي من بين المدينين ينقضي الدين بالنسبة للمدينين الآخرين ويرجع السبب في ذلك إلى وحدة الالتزام وعدم قابليته للانقسام.

وإذا قام أحد المدينين بالوفاء للدائن، فإن وفاءه يعد مبرراً لذمة المدين الموفي وضم غيره من المدينين من الالتزام غير قابل للانقسام، ويكون للمدين الموفي بالدين الرجوع على باقي المدينين معه في الالتزام المشترك كل بقدر حصته.

ولكن قد يتبين من الظروف أن أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فيتحمله وحده، فإذا تعدد المدينون وكان في الحقيقة يوجد مدين واحد، وباقي المدينين هم كفلاء فصاحب المصلحة في الوفاء هو المدين فيتحمل الوفاء، أما باقي المدينين

الذين هم في حقيقتهم كفلاء فلا يتحملون شيئاً، فمثلاً إذا عاد الدائن على المدين صاحب المصلحة في الوفاء، فلا يستطيع ذلك المدين أن يعود على باقي المدينين لأنهم في حقيقتهم كفلاء له، وإذا عاد الدائن على أحدهم عليه أن يفي بالالتزام للدائن، وله أن يعود بالدائن كله على المدين صاحب المصلحة في الوفاء لذلك من الأفضل إضافة عبارة للفقرة الثانية لتكون على النحو الآتي (للمدين الذي وفى بالدائن حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك). وهي تقارب نص المادة 301 مصري، 301 سوري، 288 لبيي، 337 عراقي، 237 جزائري، وتطابق نص المادة 443 أردني.

مادة (329)

1. إذا تعدد الدائنون في الالتزام غير قابل للانقسام أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً، فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام وفقاً لما يقتضيه القانون.

2. يرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته.

المذكرة الإيضاحية:

يجوز لكل دائن من الدائنين المتعديين في دين غير قابل للانقسام، أن يعود على المدين بالدائن كاملاً لأن ذمة المدين انشغلت به نحو كل دائن، ويستطيع المدين أن يفي بالدائن كله إلى أي دائن، وإذا قام بذلك برأت ذمته من الدين نحو باقي الدائنين، ويجوز لأي دائن أن يعترض ويطلب من المدين عدم الوفاء بكل الالتزام لدائن آخر، ففي هذه الحالة يحذر على المدين أن يفي بالدائن إلا للدائنين مجتمعين وإن تعذر

عليه ذلك، وجب عليه أن يقوم بإيداع الشيء محل الالتزام على ذمم الدائنين جميعاً حسب ما يتطلبه القانون.

وإذا توفي أحد الدائنين المتعديين في التزام غير قابل للانقسام، فإذا كان الاتفاق هو الذي نتج عنه عدم قابلية الالتزام للانقسام، انقسم الدين على ورثة الدائن، ويرجع ذلك إلى أن عدم الانقسام تقرر لمصلحة الدائن، فزالت المصلحة بموت الدائن، فأصبح الورثة من أصحاب المصلحة في أن ينقسم الدين عليهم.

أما إذا كانت طبيعة محل الالتزام هي السبب في عدم قابلية الالتزام للانقسام، فلا ينقسم الدين على الورثة، فيبقى غير قابل للانقسام بين الورثة، كما هو غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الدائنين جميعاً.

والمشروع نص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة الدائن في حالة تعدد الدائنين، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة المدين في حالة تعدد المدينين، والسبب في ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية في الميراث تفيد أن تركة المدين هي المسؤولة عن ديونه، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى ولو تعدد الورثة.

أما إذا تعدد الدائنون بالالتزام غير قابل للانقسام، فقواعد الشريعة الإسلامية في الميراث لا تغني عن النص، فإن هذه القواعد لا تمنع من انقسام حقوق التركة بين الورثة، وإذا مات الدائن وترك ورثة متعددين فإن الالتزام الذي كان له من الممكن أن ينقسم على ورثته لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته.

وفي حالة عدم قابلية الالتزام للانقسام بالنسبة للورثة، جاز لكل وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً وأن يعترض ويطلب من المدين عدم الوفاء بكل الالتزام لو ارث آخر، أو لدائن آخر، فيحذر على المدين في حالة الاعتراض أن يفي بالدين إلا لجميع الدائنين بمن فيهم الورثة، فإذا تعذر ذلك عليه أن يقوم بالوفاء عن طريق إيداع الشيء محل الالتزام وفق أحكام القانون.

وإذا قام المدين بالوفاء بالالتزام غير القابل للانقسام لأحد الدائنين دون اعتراض من باقي الدائنين، فتبرأ ذمته تجاه جميع الدائنين، ويكون لباقي الدائنين الرجوع على الدائن الذي استوفى الالتزام من المدين كل بقدر حصته. وهي تطابق نص المادة 302 مصري، 302 سوري، 289 ليبي، 338 عراقي، 238 جزائري، 442 أردني.

الباب الرابع

انتقال الالتزام

الفصل الأول

حوالة الحق

مادة (330)

يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين.

المذكرة الإيضاحية:

يعود إمكانية تحقق الحوالة إلى المذهب المادي في الالتزام الذي يجرد الالتزام من شخص الدائن وشخص المدين، مما يمكن من تغيير الدائن أو المدين، وبالتالي أمكن تصور نقل الالتزام باعتباره حقا وهذه هي حوالة الحق، أو باعتباره التزاما وهذه هي حوالة الدين، وحوالة الحق إتفاق بين المحيل والمحال له فهي من العقود الرضائية إذ إن اتفاقهما كاف لانعقادها، وقد حرص المشروع أسوة بغيره من التقنيات الحديثة على النص صراحة أن لا علاقة لرضا المدين في وجود حوالة الحق، فيكفي لانعقادها رضا المحيل والمحال له حتى ولو لم يرض المدين المحال عليه أن تتم

حوالة الحق، والعلة من ذلك أنه لا يختلف الأمر بالنسبة للمدين، إذ إنه مدين في كل الأحوال سواء أكان مدينا للمحيل أم مدينا للمحال له.

والقاعدة أن كل الحقوق الشخصية يمكن حوالتها، ولا يؤثر في ذلك أي وصف يلحقها سواء أكانت مؤجلة أم معلقة على شرط، ولا يمنع ذلك اختلاف طبيعتها، سواء أكانت مدنية أم تجارية، وإن كان الشائع في العمل أن ترد على الحقوق التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود.

ويستثنى نص المادة بعض الحقوق إذ لا يجوز حوالتها، ويرد الاستثناء أما إلى وجود نص قانوني يمنع حوالة حق معين، كما هو الحال في الحقوق التي تأبى طبيعتها أن تقبل الحوالة مثل نص المادة 686 من المشروع التي لا تجيز للمزارع النزول عن المزارعة إلا بموافقة خطية من مقدم الأرض، ونص المادة 3/187 من المشروع التي تتطلب لانتقال التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير تحديد قيمته اتفاقاً أو قضاءً، أو وجود اتفاق بين الدائن والمدين على عدم جواز حوالة الحق، فلا يستطيع الدائن حوالة حقه، كأن يتفق المؤجر والمستأجر على عدم جواز قيام المستأجر بالنزول عن حقه في الإيجار للغير.

أو حالت طبيعة الالتزام دون إمكانية حوالة الحق، ويتحقق ذلك في حالة كون شخصية الدائن لها أهمية في التعاقد.

وهي تطابق نص المادة 303 مصري، 303 سوري، 290 ليبي، 362 عراقي، 280 لبناني، 239 جزائري، 390 يمني.

مادة (331)

لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز.

المذكرة الإيضاحية:

توجد حقوق غير قابلة للحجز عليها بنص القانون، فلا تجوز حوالتها من ذلك عدم جواز الحجز على النفقة، ولا على الأشياء الموهوبة، أو الموصى بها لتكون نفقة، ولا

على أجور الخدم والصناع والعمال ومرتببات المستخدمين والموظفين إلا في الحدود التي سمح القانون بالحجز عليها، والحق الذي يكون غير قابل للحجز في شق منه فحسب لا تمتنع حوالبته إلا في الحدود التي يكون فيها غير قابل للحجز . وهي تطابق نص المادة 302 مصري، 304 سوري، 291 لبيي، 364 عراقي، 240 جزائري

مادة (332)

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.

المذكرة الإيضاحية:

لا تنفذ الحوالة في حق المدين المحال عليه إلا إذا تم إعلانه بها، أو قبوله لها ولا فرق بين الطريقتين، فأى منهما يكفي لجعل الحوالة نافذة في حق المدين المحال عليه، حيث يصبح عالما بها وتنفيذ الحوالة في حقه، ويكون المحال له هو دائنه الوحيد، أما قبل علمه بالحوالة فتكون العلاقة بينه وبين الدائن ولا تنفذ الحوالة في مواجهته.

ويستوي إعلان المدين بالحوالة بناء على طلب المحيل أو المحال له، وغالبا يكون بناء على طلب الأخير، لأنه صاحب مصلحة في ذلك، ويجب أن يكون إعلانه بورقة رسمية حتى يكون للإعلان تاريخ ثابت، أي يجب أن يتم الإعلان عن طريق الكاتب العدل، أما بخصوص قبول المدين الحوالة فيقتصر مفهومه على مجرد علم المدين بها، وعليه لا يكون من آثار قبوله الحوالة أن يصبح طرفا في اتفاق الحوالة، ويجب أن يكون القبول معاصرا للحوالة أو لاحقا لها كما لو صرح المدين وقت إنشاء الحوالة انه يقبلها، وقد يكون قبوله الحوالة ضمنا كأن يقوم بوفاء جزء من الدين إلى المحال

له، ولا يعني قبول المدين الحوالة إقراره بالدين بلا قيد أو شرط إذ لا يسقط حقه في التمسك بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل باستثناء الدفع بالمقاصة. ويتطلب نفاذ الحوالة في مواجهة الغير، إما إعلان المدين بالحوالة، وإما قبولها منه، ولما كان إعلان المدين بالحوالة لا يصح إلا بورقة رسمية فإن هذا الإعلان يكون له تاريخ ثابت، والغاية من اشتراط ثبوت التاريخ هي منع أي تواطؤ يمكن أن يتم بين المحيل والمحال إليه إضرار بحق الغير عن طريق تقديم تاريخ الحوالة، وكذلك إذا تزامن المحال له مع محال له آخر، وكانت الحوالة نافذة في حق الغير عن طريق إعلانها للمدين، فتاريخ الإعلان هو الذي يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة الثابتة الأخرى. أما إذا كان نفاذ الحوالة في حق الغير عن طريق قبولها من قبل المدين، فليس من الأكيد وجود تاريخ ثابت لهذا القبول، ومن المؤكد أن الحوالة لا تنفذ في حق الغير إلا إذا وجد تاريخ ثابت للقبول، وعليه إذا كان نفاذ الحوالة عن طريق قبولها من المدين فتكون نافذة في حقه من تاريخ قبوله لها، ولم لم يكن لها تاريخ ثابت، ولا تنفذ في حق الغير إلا إذا كان لقبول المدين لها تاريخ ثابت، وهذا يعني أنها قد تكون نافذة، في حق المدين ولا تكون نافذة في حق الغير.

وهي تطابق نص المادة 305 مصري، 305 سوري، 292 لبيي، 364 عراقي، 241 جزائري.

مادة (333)

يجوز للدائن المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه.

المذكرة الإيضاحية:

ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له فور انعقاد الحوالة، أي حتى قبل أن تكون نافذة في حق المحال عليه، وينتقل الحق المحال به بكل قيمته إلى المحال له حتى ولو دفع المحال له ثمنًا أقل، ويرجع ذلك لأن الحق المحال به، وإن كان حقا

شخصيا يعد منقولاً معيناً بالذات، والقاعدة أن ملكية المنقول المعين بالذات تنتقل بمجرد انعقاد العقد، أي بمجرد انعقاد عقد الحوالة، والحق الذي ينتقل هو الحق الذي كان في ذمة المدين المحال عليه، للدائن المحيل فيصبح بعد نفاذ الحوالة في حق المدين، حقا في ذمة المدين للمحال له، ويترتب على ذلك انه بمجرد انعقاد الحوالة، لا يستطيع المحيل أن يعود على المحال عليه ويطالبه بالحق المحال به، فإذا وفاه المدين وهو حسن النية، أي لا يعلم بالحوالة فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرراً للذمة من جانب المدين، ولكن يكون المحيل مسؤولاً قبل المحال له بالضمان.

ولكن لا يستطيع المحال له قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه بإعلانه أو بقولها، لأن المحال عليه يعلم بوجود الحوالة، ولكن يستطيع المحال له أن يتخذ الإجراءات التي تحافظ على الحق المحال به، كأن يقطع التقادم، إذا كانت مدته على وشك الانتهاء، أو يقيد رهناً، أو امتيازاً يضمن الحق المحال به.

وهي تطابق نص المادة 306 مصري، 306 سوري، 293 لبيي، 365 عراقي، 242 جزائري.

مادة (334)

تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعد شاملة لما حل من أقساط.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة انه بعد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه ينتقل الحق المحال به بتوابعه وصفاته وضمائنه التي كانت موجودة وقت نفاذ الحوالة، ويترتب على ذلك التزام المحال عليه بالوفاء فقط للمحال له، ويستطيع المحال له أن يقاضي المحال عليه لاقضاء الحق المحال به جبراً إن لم يف به اختياراً.

وإذا كان الحق المحال به ثابتاً بسند تنفيذي انتقل إلى المحال له قابلاً للتنفيذ، وإذا كان حقا تجارياً انتقل إلى المحال له بهذه الصفة، وإن وجدت ضمانات للحق المحال

به انتقل بضماناته للمحال له، فإذا كان مضمونا برهن أو امتياز أو كفيل، أو تضامن أو عدم القابلية للانقسام أو غير ذلك من الضمانات، انتقل الحق المحال به إلى المحال عليه مع ضماناته، لأن ضمانات الحق تعد من توابعه ومن شأنها أن تقويه وتؤكدده ولا شك أن المحال إليه وضعها في الاعتبار حين إتفاقه مع المحيل على الحوالة.

وإذا كان الحق المحال به مقسما انتقل الحق بهذه الصفة ويكون للمحال له في هذه الحالة قبض الأقساط التي لم تحل، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على عقد الحوالة، بل أن المحال له يستحق ما حل فعلا وقت صدور الحوالة من أقساط ما دام المحيل لم يقبضه.

وهي تطابق نص المادة 307 مصري، 307 سوري، 294 ليبي، 366 جزائري، 243 جزائري.

مادة (335)

على المحيل أن يسلم إلى المحال إليه سند الحق المحال به، وكل ما يلزم من بيانات أو وسائل لتمكينه من حقه.

المذكرة الإيضاحية:

يستوجب انتقال المحال به إلى المحال له أن يلتزم المحيل بتسليم المحال له سند الحق المحال به والوسائل التي تؤدي إلى تمكينه من حقه، ويقع عادة أن الحوالة تدون في سند الحق، ويسلمه المحيل إلى المحال له، وبالتالي يشمل ما يثبت الحوالة والسند المتضمن للحق في آن واحد، وتصح حوالة الحق المحال به غير الثابت بالكتابة، وعلى المحيل أن يهيئ للمحال له وسائل إثبات هذا الحق.

والمادة مأخوذة من المادة 434 من مشروع التقنين المصري، ولكن حذفت من لجنة المراجعة لأنها رأت في تطبيق القواعد العامة غناء عنها، لذلك لم ترد في التقنين المصري، وغيره من التقنينات العربية التي تأثرت به.

مادة (336)

1. إذا كانت الحوالة بعوض لا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.
2. إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق.

المذكرة الإيضاحية:

تنظم المادة ضمان المحيل وجود الحق وفرفت بين الحوالة بعوض، والحوالة بغير عوض.

فإذا كانت الحوالة بعوض فالمحيل لا يضمن إلا وجود الحق وقت الحوالة، فإذا انقضى الحق بالوفاء قبل وجود الحوالة، أو بأي سبب آخر، أو كان الحق ناشئاً عن عقد باطل، أو قابل للإبطال، وتمسك بإبطاله وقضى بذلك، أو إذا تصرف فيه المحيل قبل ذلك بحوالة صارت نافذة في مواجهة الغير يكون الحق غير موجود وقت الحوالة.

والضمان مصدره القانون، وينحصر فقط في وجود الحق وتوابعه وتوثيقاته، وبالتالي لا ينصرف إلى يسار المدين المحيل، فوجود الحق وتوابعه وتوثيقاته وقت الحوالة يؤدي إلى عدم مساءلة المحيل بعد ذلك ولو زالت هذه الأمور بعد وجود الحوالة بسبب لا يرجع إلى المدين المحيل، كزوالها بسبب التقادم المسقط مثلاً، وكل ما سبق يسري، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك، أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يحق للمحال له أن يرجع على المحيل بشيء لأن الأخير لم يتقاض شيئاً مقابل الحوالة لذلك لا يجوز أن يلزم المحيل برد شيء للمحال له بل لا يضمن المحيل حتى وجود الحق.

وهي تطابق نص المادة 308 مصري، والمادة 308 سوري، 295 لبيي، 242 جزائري.

مادة (337)

1. لا يضمن المحيل يسار المدين، إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان.
2. إذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى وقت الحوالة، ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

الأصل ألا يضمن المحيل يسار المدين المحال عليه، إلا إذا اتفق المحيل مع المحال له على هذا الضمان، فإذا اتفق على أن يضمن المحيل يسار المحال عليه، ولم يبين أي يسار يعني، فاليسار المضمون ينصرف إلى يسار المدين المحال عليه وقت انعقاد الحوالة، وذلك تطبيقاً لقاعدة تفسير الشرط لصالح الملتزم وهو هنا المحيل، فإذا كان المدين المحال عليه موسراً وقت انعقاد الحوالة فإن ذمة المحيل تبرأ من الضمان، حتى لو أعسر المدين المحال عليه بعد ذلك ولو كان ذلك قبل أن تنفذ الحوالة في حقه ويطبق ما سبق ما لم يتفق على غير ذلك كأن يتفق على ضمان يسار المحال له وقت حلول ميعاد الوفاء.

ويجب أن يكون ضمان المحيل ليسار المدين المحال عليه في إتفاق خاص، فإذا لم يوجد الإتفاق الخاص بضمان يسار المدين المحال عليه، لا يضمن المحيل إلا وجود الحق، ولا يضمن يسار المدين المحال عليه ولو وقت انعقاد الحوالة، وحتى ولو كان عالماً بإعساره لأن علمه بإعساره لا يقوم مقام الإتفاق.

وهي تطابق نص المادة 309 مصري، 309 سوري، 269 ليبي، 245 جزائري.

مادة (338)

إذا رجع المحال له بالضمان طبقاً للمادتين السابقتين، فلا يلزم المحيل إلا برد ما أخذه مع المصروفات، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

إذا تحقق الضمان يرجع المحال له على المحيل، بما أخذه منه عوضاً عن الحق المحال به، مع المصروفات التي كان قد أنفقها في إبرام الحوالة ونفقات مطالبة المحيل ونفقات الرجوع بالضمان على المحيل.

ويجوز أن يرجع المحال له بأقل من ذلك، إذا وجد شرط يخفف من الضمان، بل يجوز إعفاء المحيل إعفاءً كلياً حيث لا يرجع المحال له على المحيل بشيء، وذلك في حالة وجود شرط من قبل المحيل بعدم الضمان، وكان الحق المحال به هو مجرد إدعاء قد يثبت وقد لا يثبت رضى المحال له بذلك.

وهي تطابق نص المادة 310 مصري، 310 سوري، 297 ليبي، 246 جزائري.

مادة (339)

يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو اشتراط عدم الضمان.

المذكرة الإيضاحية:

يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله التي تلحق الضرر بالمحال له، كأن تؤدي إلى إنقاص أو زوال المحال به، أو أن يستوفي المحال به من المدين المحال عليه، أو يرهنه أو يقوم بحوالته مرة أخرى لشخص آخر.

ويضمن المحيل غوائل أفعاله الشخصية حتى لو كانت الحوالة بغير عوض، أو كان قد اشترط على المحال له عدم الضمان.

وإذا تحقق ضمان المحيل عن أفعاله الشخصية يكون مسئولاً عن الحق المحال به أمام المحال له حتى لو كان أكثر مما دفع المحال له.

وهي تطابق نص المادة 311 مصري، 311 سوري، 298 ليبي، 247 جزائري.

مادة (340)

للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة.

المذكرة الإيضاحية:

يكون للمدين المحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال له بالدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، ويرجع ذلك إلى القول بأن الحق الذي كان للمحيل هو الذي انتقل إلى المحال له لذلك ينتقل بما يرد عليه من دفع، فإذا كان الحق المحال به قد انقضى قبل قبوله الحوالة أو إعلانه بها، كان للمحال عليه أن يتمسك بهذا الانقضاء في مواجهة المحال له، كما له التمسك بالدفع ببطان مصدر الحق المحال به لأن هذا الدفع كان بإمكانه أن يتمسك به في مواجهة المحيل فيستطيع أن يتمسك به في مواجهة المحال له.

ويستطيع المحال عليه أن يتمسك بالدفع الناشئة عن عقد الحوالة، فهذا العقد هو سند المحال له في مطالبة المحال عليه، فإذا كان هذا العقد باطلا كان للمحال عليه أن يدفع بذلك لأن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، أما إذا كان قابلية العقد للإبطال لمصلحة المحيل فلا يستطيع المحال عليه أن يتمسك بإبطاله لأنه لا يملك هذا الحق وأن التمسك بالإبطال يثبت للمحيل ولا يثبت للمحال له.

وهي تطابق نص المادة 312 مصري، 312 سوري، 299 ليبي، 248 جزائري.

مادة (341)

إذا تعددت الحوالة بحق واحد قدمت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير.

المذكرة الإيضاحية:

قد يقوم المحيل بحوالة حقه إلى أكثر من محال له بعقود حوالة متتالية، وفي هذه الحالة، يتعدد المحال لهم، فإذا تنازعا يقدم منهم من كانت حوالتهم سابقة في النفاذ في حق غيره من المحال لهم ولو كان انعقادها متأخرا عن حوالة غيره من المحال لهم شريطة ألا يوجد غش لأن الغش يفسد التصرفات، فإذا تمت الحوالة التالية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له الثاني للإضرار بحق المحال له الأول وجب تقديم المحال له الأول، ولو كان إعلان أو قبول الحوالة من قبل المحال عليه الأول قد جاء لاحقا لقبول الحوالة الثانية وإعلانها.

وهي تطابق نص المادة 313 مصري، 313 سوري، 300 ليبي، 249 جزائري.

مادة (342)

1. إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر.
2. 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.

المذكرة الإيضاحية:

إذا وجد دائن للمحيل يعد من الغير ولا تسري الحوالة في مواجهته إلا بقبول المدين المحال عليه ثابت التاريخ أو بإعلانه بها.

ولكن إذا أوقع دائن المحيل حجزاً على الحق المحال به وهو تحت يد المحيل فيمكن أن تحدث إحدى الصور الآتية :

1. أن تنفذ الحوالة في حق الغير "دائن المحيل" قبل توقيع الحجز تحت يد المدين، فلا أثر للحجز الذي يقوم به الغير على الحق لمحال به لأنه قد خرج من ذمة المحيل، وبالتالي لا يجوز الحجز عليه لأنه لا يدخل في الضمان العام لدائني المحيل.

2. أن تنفذ الحوالة بعد توقيع الحجز من قبل دائن المحيل، ففي هذه الحالة يقع الحجز صحيحاً لأنه وقع على مال مملوك للمحيل وهو مدين الحاجز، مع العلم أن إتخاذ إجراءات نفاذ الحوالة بعد الحجز تجعل من ذلك حجزاً آخر مما يتيح للمحال له اقتسام الحق المحال به مع دائن المحيل الحاجز قسمة غرماء.

3. أن يقع حجزان أولهما سابق على نفاذ الحوالة في حق الغير، وثانيهما لاحق لذلك وهذا يقتضي تقسيم الحق المحال به بين الحاجز المتقدم والمحال له، والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يكمل به المحال له قيمة الحوالة، والعلّة من ذلك أن الحوالة غير سارية في حق المتقدم على حين تعد سارية في حق الحاجز المتأخر. وهي تطابق نص المادة 314 مصري، 314 سوري، 301 لبيي، 250 جزائري.

الفصل الثاني

حوالة الدين

مادة (343)

تتم حوالة الدين بإتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين.

المذكرة الإيضاحية:

لم تنظم مجلة الأحكام العدلية إلا حوالة الدين ويعد ذلك لأخذ المذهب الحنفي بحوالة الدين دون حوالة الحق. وحوالة الدين عقد بين المدين وشخص آخر، يترتب عليه نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الشخص الآخر، حيث يصبح مدينا محله في الدين، وبالتالي يكون المدين هو المحيل، والشخص الآخر هو المحال عليه، والدائن هو الحال له. والتقنين الفرنسي لم يأخذ بحوالة الدين، بل أخذ بحوالة الحق، لأنه يرى أن الدين يعتمد على الثقة الشخصية التي توخاها الدائن في المدين، إذ لا تكون هذه الثقة على درجة واحدة عند الناس.

وهي تطابق نص المادة 315 مصري، 315 سوري، 302 ليبي، 339 عراقي، 1/281، 2 لبناني، 251 جزائري، 993 أردني ويلاحظ أن التقنين الأردني نظم حوالة الدين في الفصل الثاني من الباب الخامس بعنوان عقود التوثيق الشخصية، 402 يماني وأطلق عليها الحوالة بالمال، راجع المواد 876 من مرشد الحيران قدري باشا 673 من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (344)

1. لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها.
2. إذا قام المحال عليه، أو المحيل بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار عد سكوت الدائن رفضا للحوالة.

المذكرة الإيضاحية:

إذا انعقدت حوالة الدين بإتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد لا تتفد في حق الدائن إلا إذا أقرها، فالإقرار أمر لازم لنفاذ حوالة الدين في مواجهة الدائن، فلا يكفي إعلانه بها لتنفذ في مواجهته كما هو الحال في شأن حوالة الحق بل لا بد من إقرارها، ويلاحظ أن إقرار الدائن ليس شرطاً لانعقاد حوالة الدين، بل أن إقراره يعد شرطاً لنفاذها في مواجهته.

وإقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحاً وذلك إذا استخدم طريقة من طرق التعبير الصريح عن الإرادة، وقد يكون ضمناً ويكون ذلك إذا طالب المدين الجديد المحال عليه بالدين أو استوفى منه جزءاً من الدين المحال به.

ولكون حوالة الدين موقوف نفاذها في مواجهة الدائن على إقراره، لذلك تعد من قبيل العقد الموقوف، فإذا أقرها الدائن تترتب آثارها فيما بين المحيل والمحال عليه في مواجهة الدائن، وإن رفضها بقي المدين الأصلي مدينا له كما كان ولا ينتقل الدين بالنسبة للدائن من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه.

ولا يجبر الدائن على إقرار الحوالة حتى ولو كان المحال عليه أفضل من المدين الأصلي لأن الأمر يعود إلى تقدير الدائن، فإذا رفض الحوالة فيكون له من التقديرات الخاصة به تدعوه لذلك وهذا كاف ولا تعقيب عليه في تقديره بل لا يسأل عن أسباب رفضه.

وإذا رفض الدائن الحوالة، فإنها تبقى قائمة بين المدين الأصلي والمحال عليه، لكنها لا تتفد في مواجهة الدائن، فلا يكون المحال عليه مدينا للدائن، ولا يستطيع الدائن أن يطالب المحال عليه بالوفاء.

وقد يرفض الدائن الحوالة صراحة باستخدام وسيلة من وسائل التعبير الصريح عن الإرادة، وقد يصدر الرفض منه ضمناً، ومن صور الرفض الضمني أن يعلن الدائن بالحوالة ويعين له أجلاً معقولاً ليقراها فإذا انقضى الأجل دون أن يحدد الدائن موقفة

من حوالة الدين فإن سكوته يعد رفضاً لها، مع مراعاة ما ورد في المادة 2/350 من استثناء .

ويترتب على إقرار الدائن حوالة الدين الأثر الرجعي، حيث يسند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار، ويترتب على ذلك أنه إذا أبرمت حوالة الدين بين المدين الأصلي، والمحال عليه وتوافرت فيها شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وقبل أن يقرها الدائن فقد المدين الأصلي أو المحال عليه، أهليته، وبعد ذلك أقرها الدائن، فينتج عن ذلك نفاذ الحوالة في مواجهته لأن لإقراره أثر رجعي، أما إذا لم يكن للإقرار أثر رجعي فيشترط توافر الأهلية في المدين الأصلي، والمحال عليه إلى وقت إقرار الدائن الحوالة.

وهي تطابق نص المادة 316 مصري، 316 سوري، 240 عراقي، 287 لبناني، 252 جزائري.

مادة (345)

1. إذا لم يحدد المحال له موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً، كان المحال عليه ملزماً قبل المحيل بالوفاء للمحال له في الوقت المناسب، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، ويسري هذا الحكم ولو رفض المحال له الحوالة.

2. لا يجوز للمحيل أن يطالب المحال عليه بالوفاء للمحال له، إذا لم يتم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة.

المذكرة الإيضاحية:

إذا انعقدت الحوالة، تكون ملزمة للمحال عليه نحو المدين الأصلي المحيل قبل أن يقرها الدائن، والذي يلتزم به المحال عليه هو التزام بعمل إذ يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلي من الدين في الوقت المناسب وهو وقت حلول الدين المحال به، وقد

يتفق على أن يكون الوقت المناسب هو وقت مطالبة الدائن المدين الأصلي بالدين، وإذا لم يتفق المدين الأصلي مع المحال عليه على الوقت، فالمهم أن يدرأ المحال عليه أية مطالبة تصدر من الدائن للمدين الأصلي.

ويقوم المحال له بالعمل، إذا قام بوفاء الدين المحال به للدائن، أو قام بتسليم الدين إلى المدين الأصلي لتسليمها للدائن، ففي ذلك ما يكفي لأنها مطالبة الدائن المدين الأصلي.

فإذا لم يقم المحال عليه بأداء التزامه بالعمل على وفاء الدين للدائن، يكون للمدين الأصلي أن يعود عليه بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، فهو لا يرجع عليه بالدين المحال به ذاته، بل يرجع عليه بالتعويض لإخلاله بالتزامه بدء مطالبة الدائن للمدين والتزام المحال عليه نحو المدين الأصلي يبقى قائما حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة، لأن رفض الحوالة من قبل الدائن لا يؤثر في اتفاق الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه، إذ يبقى المحال عليه ملتزما أمام المدين الأصلي ومطالبة الدائن له بالدين، إما بالوفاء للدائن بالدين وعلى الدائن أن يقبل الوفاء، لأنه يجوز الوفاء من الغير، وإما أن يعطي المدين الأصلي مقدار الدين لدفعه للدائن.

ويستطيع المدين الأصلي أن يتفق مع المحال عليه على غير ما سبق، فالعلاقة القائمة بينهما مصدرها اتفاقهما، فيستطيعان أن يتفقا على أنه إذا لم يقر الدائن الحوالة، فإن اتفاقهما على الحوالة يسقط تبعا لذلك ولهما أن يتفقا على أن الحوالة لا تنتج أثرا إلا إذا أقرها الدائن، حيث لا يترتب على المحال إليه أي التزام نحو المدين الأصلي قبل إقرار الدائن الحوالة، والأصل أن يتم الإتفاق في عقد الحوالة، لكن لا يمنع من وجود إتفاق لاحق لعقد الحوالة يعدل فيه ما ورد في عقد الحوالة.

وإذا كان الإتفاق بين المدين الأصلي، والمحال عليه، ملزما للجانبين، كأن يبيع المدين الأصلي شيئا إلى المحال عليه، وفي مقابل ثمنه يتحمل المحال عليه دينا في ذمة البائع وهو المدين الأصلي فإذا لم يقم البائع والمدين الأصلي بتسليم الشيء إلى

المحال عليه، لا يجوز له أن يطالب المحال عليه بالوفاء للمحال له، لأن المحال له يستطيع أن يدفع بعدم التنفيذ.

وهي تطابق نص المادة 317 مصري، 317 سوري، 304 ليبي، 253 جزائري.

مادة (346)

1. يبقى للدين المحال ضماناته على الرغم من تغير شخص المدين.
2. لا يبقى الكفيل عينيا كان أو شخصا ملتزما قبل الدائن إلا إذ رضى بالحوالة.

المذكرة الإيضاحية:

يترتب على حوالة الدين انتقال الدين ذاته من المدين الأصلي إلى المحال عليه، إذ يصبح الأخير مدينا بنفس الدين قبل الدائن من تاريخ انعقاد الحوالة، لذلك يحتفظ الدين المحال به بالصفة التي كانت للدين الملتزم به المدين الأصلي، وتبقى ضمانات الدين، فإذا كان المدين الأصلي قد قدم ضمانا للدائن متمثلا في رهن رسمي أو حيازي، أو يكون الدين مضمونا بحق امتياز يتقل عينا مملوكة للمدين فتنتقل كل هذه الضمانات مع الدين لمصلحة الدائن.

أما إذا كان الدين المحال به مكفولا بشخص غير المدين الأصلي كفالة شخصية أو كفالة عينية فلا يبقى الكفيل ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة، لأنه أجنبي عن الحوالة، وهو رضى بكفالة المدين الأصلي بالذات، فإذا تحول الدين إلى شخص آخر (المحال عليه)، وجب أن يرضى الكفيل بالحوالة حتى يعد كفيلا لشخص آخر غير المدين الأصلي الذي كفله.

وهي تطابق نص المادة 318 مصري، 318 سوري، 254 جزائري.

مادة (347)

للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بجميع الدفوع المتعلقة بالدين والتي كان للمحيل أن يتمسك بها كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة.

المذكرة الإيضاحية:

المحال عليه يعد خلفا للمدين الأصلي لأن الدين الذي انتقل إلى ذمته هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين الأصلي، ويترتب على ذلك أن جميع الدفوع التي كانت للمدين الأصلي في مواجهة الدائن تنتقل مع الدين إلى المحال عليه، ويستطيع أن يدفع بها في مواجهة الدائن، كما كان يستطيع ذلك المدين الأصلي، فيستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن الأصلي ببطلان العقد لكون محله معدوم، أو بانقضاء الدين بالوفاء أو الإبراء أو يتمسك بفسخ العقد، ويتحقق ذلك إذا كان المدين المحال به ثمنا في عقد البيع تم بين الدائن والمدين الأصلي، ولم يقدّم البائع بتسليم المبيع إلى المدين الأصلي، فيكون له أن يطلب فسخ عقد البيع، وبالتالي يحق للمحال عليه أن يحل محله في ذلك، ويطلب فسخ عقد البيع.

وللمحال عليه أن يتمسك بكافة الدفوع المستمدة من عقد الحوالة، فيستطيع أن يدفع ببطلان الحوالة، إذا لم يتحقق التراضي أو لعدم مشروعية الباعث كأن يقبل الحوالة لاستمرار علاقة جنسية غير مشروعة.. الخ.

وهي تطابق نص المادة 320 مصري، 320 سوري، 307 لبيي، 349 عراقي، 289 لبناني، 256 جزائري.

مادة (348)

1. يجوز أن تتم حوالة الدين بإتفاق بين المحال له والمحال عليه يتقرر فيه أن يحل هذا محل المدين الأصلي في التزامه.
2. في هذه الحالة لا يكون الإتفاق نافذا في حق الكفيل إلا بقبوله، وتبقى للدين ضماناته والدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها.

المذكرة الإيضاحية:

يبين النص وجود صورة ثانية لحوالة الدين، يكون الدائن طرفا فيها والمحال عليه طرفا آخر، وتتم بإتفاق الدائن والمحال عليه دون حاجة إلى موافقة المدين الأصلي، وبالتالي لا يشترط لانعقادها أو لنفاذها رضا المدين الأصلي، والاتفاق على هذه الصورة يتم مباشرة بين الدائن والمحال عليه المدين الجديد ويترتب على ذلك تحول الدين من ذمة المدين إلى المحال عليه المدين الجديد.

ويجب أن يقع إتفاق الحوالة على الدين ذاته لكي ينتقل الدين وكل ما يعد من ضماناته وصفاته ودفعه إلى المحال عليه المدين الجديد، إلا إذا كان الضمان متمثلا في وجود كفالة شخصية، أو عينية للدين، حيث لا تكون هذه الصورة من الحوالة نافذة في حق الكفيل إلا إذا قبلها، فالكفالة تقوم على الاعتبار الشخصي، حيث يكون الكفيل قد راعى اعتبارات شخصية في المدين حين كفالته، فإذا تغير المدين القديم الذي قدم الكفيل، وحل محله مدين جديد هو المحال عليه، فلا تسري الحوالة في مواجهة الكفيل إلا إذا قبلها.

ونحيل إلى المذكرة الإيضاحية للمادتين 346، 347.

وهي تطابق نص المادة 321 مصري، 321 سوري، 308 ليبي، 341 عراقي، 1/187 لبناني، 257 جزائري.

مادة (349)

يضمن المحيل أن يكون المحال عليه موسرا وقت إقرار المحال له للحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه وأقرها الدائن، ففي هذه الحالة فإن المدين الأصلي، الذي اختار المحال عليه وأبرم معه عقد حوالة الدين هو الذي دعا الدائن إلى إقرار الحوالة، فافتراض القانون أن المدين قد أخذ على نفسه أن يضمن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة.

ويعد هذا النص غير آمر إذ يجوز للمدين والمحال عليه أن يتفقا على غير الحكم الذي ورد فيه، إذ يجوز أن يُتفق على تشديد المدين على نفسه الضمان بأن يضمن يسار المحال عليه لا إلى وقت إقرار الدائن للحوالة بل يضمن يسار المحال عليه إلى وقت حلول أجل الدين المحال به، وأيضا يجوز للمدين أن يخلي نفسه من الضمان، باشتراط ذلك في الاتفاق الذي تم بينه وبين المحال عليه ويدعو الدائن إلى إقراره، أو في اتفاق مستقل شريطة أن يكون قبل إقرار الدائن للحوالة، فإذا أخلى المدين نفسه من ضمان يسار المحال عليه باتفاقه مع المحال عليه وأقر الدائن الحوالة بعد ذلك، فلا ضمان على المدين، أما إذا لم يذكر في حوالة الدين التي تمت بين المدين والمحال عليه ما يتعلق بضمان المدين يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن لها، فوفق النص فإنه يضمن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن حوالة الدين، فإذا كان الدين حالا وقت الإقرار يبادر الدائن إلى استيفائه، فإذا كان المحال عليه معسرا عاد الدائن على المدين الأصلي وهو المحيل، على أساس دين جديد نشأ عن عقد الحوالة ترتب عليه التزامات في ذمة المدين الأصلي بيسار المحال عليه، ويجب أن يعود الدائن أولا على المحال عليه فإذا وجده معسرا يعود بعد ذلك على المدين الأصلي، أما إذا عاد مباشرة على المدين الأصلي، فيمكن للمدين الأصلي أن يلجأ إلى الدفع

بالتجريد، ولا يكلف الدائن بأن يدل على مال للمحال عليه ليستوفي منه حقه كما يكلف الكفيل بذلك، فلا يكون المدين الأصلي مسؤولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه عاد على المحال عليه أولاً ووجده معسراً.

أما إذا انعقدت حوالة الدين بإتفاق الدائن مع المحال عليه، فلا يضمن المدين الأصلي يسار المحال عليه، لأنه لم يختاره ولم يتعاقد معه، والذي اختاره وتعاقد معه هو الدائن، ولذلك على الدائن أن يتحمل إفسار المحال عليه.

ويجب أن يعدل النص بحيث يصبح على النحو الآتي (يضمن المدين) وليس المحيل، لأن الحوالة قد تتم بين الدائن والمحال عليه، ولا يكون المحيل في هذه الحالة هو المدين الأصلي وحتى في هذه الحالة لا يضمن يسار المحال عليه لأنه لا علاقة له به، وبالتالي يجب حذف كلمة المحيل، وكتابة كلمة المدين، وفي هذه الحالة يضمن المدين يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن بالحوالة.

وهي تطابق نص المادة 316 مصري، 319 سوري، 306 الليبي، 357، 358 عراقي، 255 جزائري.

مادة (350)

1. لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري، إلا إذا تم الإتفاق على ذلك.
2. فإذا إتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يعلن رأيه عد سكوته إقراراً.

المذكرة الإيضاحية:

تبين الفقرة الأولى انه في حالة بيع العقار المرهون رسميا لا ينتقل الدين المضمون إلى ذمة المشتري إلا بإتفاق خاص بين البائع والمشتري على حوالة هذا الدين، لأن الحوالة لا تفترض، وبيع العقار المرهون رسميا ليس من شأنه افتراض حوالة الدين المضمون بالرهن، بل لا بد من اتفاق خاص على هذه الحوالة.

وتبين الفقرة الثانية انه إذا عقد اتفاق خاص بين البائع والمشتري على الحوالة التي يكون فيها البائع وهو المدين الأصلي، والمشتري وهو المحال عليه، ثم سجل عقد البيع وتم إعلان الحوالة إعلانا رسميا من قبل البائع أو المشتري، فالميعاد الذي يجب أن يقر فيه الدائن الحوالة أو يرفضها هو ثلاثة اشهر من وقت إعلان الحوالة، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو يرفضها، عد سكوته إقرارا للحوالة لا رفضا لها.

وهي تطابق نص المادة 322 مصري، و309 لبيي، ولا مقابل لهذه المادة في كل من التقنيات السوري، والعراقي، والجزائري.

الباب الخامس

انقضاء الالتزام

الفصل الأول

الوفاء

الفرع الأول

طرفا الوفاء

مادة (351)

1. يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء، ما لم ينص الإتفاق أو تستوجب طبيعة الالتزام أن ينفذه المدين بنفسه.
2. يصح الوفاء ممن لا مصلحة له فيه بأمر المدين أو بغير أمره، على انه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن باعتراضه.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من الفقرة الأولى انه يصح الوفاء من المدين نفسه وهذا هو الأصل، لأن المدين صاحب مصلحة في انقضاء الدين، وقد يقوم بالوفاء نائب المدين سواء أكانت النيابة قانونية أم اتفاقية، ويصح الوفاء أيضا من الغير، صاحب المصلحة في الوفاء، كال كفيل والمدين المتضامن، ولكن في الالتزام بالقيام بعمل وتكون شخصية المدين محل اعتبار في العقد يجب أن يقوم المدين بنفسه بالوفاء، فالتعاقد مع طبيب مشهور يستوجب أن يقوم نفس الطبيب بالعمل الملتزم به نحو التعاقد الآخر، وكذلك قد يتفق

المتعاقدان على أن يقوم بالوفاء المدين منهما شخصيا، فيستطيع المتعاقد الآخر أن يرفض أي وفاء من غير المدين.

ويظهر من الفقرة الثانية انه يجوز الوفاء ممن لا مصلحة له في الوفاء، فقد يكون الغير الموفي متبرعا أو فضوليا أراد أن يجنب المدين إجراءات التنفيذ الجبري، ولا يغير الأمر شيئا سواء أكان وفاء الغير بأمر من المدين أم دون أمر منه، ولكن من حق المدين أن يعترض على الوفاء الذي يتم من الغير الذي لا مصلحة له في الوفاء، وهذه الحالة تكون في حالة عدم وجود أمر من المدين للغير بالوفاء، فإذا اعترض المدين على قبول الوفاء منه، وأبلغ الدائن بالاعتراض، ففي هذه الحالة يكون للدائن حرية قبول الوفاء من الغير أو رفضه.

وهي تطابق نص المادة 323 مصري، 322 سوري، 310 لبيي، 258 جزائري 317 أردني، وتتوافق مع نص المادة 375 عراقي، 292 لبناني.

مادة (352)

يشترط لنفاذ الوفاء :

1. أن يكون الموفى به ملكا للموفى.
2. أن يكون الموفى كامل الأهلية، فإذا كان ناقصها فإن وفاءه يكون قابلا للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز الوفاء بعد بلوغه سن الرشد أو صدرت الإجازة من نائبه أو من المحكمة حسب الأحوال.

النص القديم: (375)

يشترط لنفاذ الوفاء :

1. أن يكون الموفى به ملكا للموفى.

2. أن يكون الموفي كامل الأهلية، فإذا كان ناقصها فإن وفاءه دون إذن نائبه يكون موقوفاً على الإجازة.

المذكرة الإيضاحية:

1. حتى تتم براءة المدين من الدين، يشترط في الموفي أن يكون مالكا للشيء الذي يفي به لأن الوفاء يترتب عليه نقل ملكية الشيء الموفي به إلى الدائن، ولا يتحقق ذلك إذا كان الموفي غير مالك للشيء الموفي به لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فضلا عن ذلك يرجع اشتراط ملكية الموفي به إلى كون الوفاء بالتزام نقل حق عيني تتوافر فيه صفات التصرف، والتصرف لا يكون نافذا إلا إذا كان الموفي مالكا لما تصرف به، فإذا لم يكن الموفي مالكا لما وفى به يكون الوفاء غير نافذ على غرار بيع ملك الغير، فإذا أقره الغير تم وإذا لم يقره يعد كأن لم يكن، وللدائن أن يتمسك بعدم قبول الوفاء، إذا كان الموفي به مملوكا للغير، لأن له مصلحة في ذلك تتمثل في انه يتجنب رجوع مالك الموفي به الحقيقي عليه من ناحية، وحمل الموفي على القيام بالوفاء من ناحية أخرى.

2. والوفاء يعد من التصرفات القانونية وهو ينشأ بإرادتين لأنه إتفاق بين طرفي الوفاء على تنفيذ الالتزام عينا حيث ينتقل به الحق على الشيء من الموفي إلى الموفى له لذلك يشترط في الموفي أهلية إبرام التصرفات، أما إذا لم تتوافر فيه أهلية إبرام التصرفات بأن كان عديم الأهلية فإن الوفاء يكون باطلا، أما إذا كان ناقص الأهلية فيكون وفاءه دون إذن نائبه موقوفا على إجازة نائبه القانوني أو على إجازته بعد اكتمال أهليته، فإذا أجاز الوفاء فانه ينفذ وإذا لم يجز يعد باطلا، أما إذا كان الوفاء بإذن نائبه فيكون صحيحا، وإذا كان الوفاء قد تم على سبيل التبرع فيشترط في الموفي أن تتوافر فيه أهلية التبرع أي أن يكون بالغاً سن الرشد، فإذا لم يبلغ هذا السن فيكون وفاءه باطلا.

ومن الجدير بالملاحظة أن حكم الفقرة الثانية يختلف عن حكم المادة 102 التي تجعل تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال، في حين تجعلها هذه الفقرة وفاء ناقص الأهلية دون إذن نائبه موقوفاً على إجازة نائبه القانوني أو على إجازته بعد إكمال أهليته، فإذا أجاز الوفاء ينفذ، وإذا لم يجر يعد باطلاً، أما إذا كان الوفاء بإذن نائبه فيكون صحيحاً، وإذا كان الوفاء قد تم على سبيل التبرع فيشترط في الموفي أهلية التبرع، أي يكون بالغاً سن الرشد، فإذا لم يبلغ سن الرشد فيكون وفاؤه باطلاً.

ومن الجدير بالملاحظة أن حكم الفقرة الثانية يختلف عن حكم المادة 102 التي تجعل تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال، وبالتالي يوجد تناقض إذ تجعل المادة 102 حكم تصرفات ناقص الأهلية القابلة للإبطال، في حين تجعلها الفقرة الثانية موقوفة، لذلك يجب تعديل نص الفقرة الثانية لتوحيد حكم تصرف ناقص الأهلية بحيث يكون على النحو الآتي (2- أن يكون الموفي كامل الأهلية، فإذا كان ناقصها فإن وفاءه يكون قابلاً للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز الوفاء بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من نائبه القانوني أو من المحكمة حسب الأحوال).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (375) من المشروع على النحو الوارد في المادة (352).

مادة (353)

لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان المدين مريضاً مرض الموت ولم تف تركته بالوفاء بديون الباقيين.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أنه إذا قام المدين بالوفاء لبعض الدائنين وهو في مرض الموت، فإن وفاءه لا ينفذ في حق باقي الدائنين، إذا لم تف تركته بالوفاء بديون باقي الدائنين

لأن في نفاذ هذا الوفاء تفضيل بعض الدائنين الموفى لهم على الدائنين الآخرين، وبالتالي يمس بحقوقهم، لذلك لا يكون وفاؤه نافذاً في حقهم إلا إذا اقره. وهي تقارب نص المادة 378 عراقي، 319 أردني.

مادة (354)

1. إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه.
2. يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير أمره أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء.

المذكرة الإيضاحية:

إذا قام الغير بالوفاء بالدين كان له حق الرجوع على المدين بما كان قد دفعه إلا إذا كان متبرعاً، ويرجع الغير على المدين بدعوى الفضالة، إذا تم الوفاء بغير علم المدين، وبدعوى الوكالة إذا أقر المدين الوفاء، أما إذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين، أو كان الغير الموفى يعتقد وقت الوفاء أنه يفي بدين يعتقد أنه مدين به، فيكون له حق الرجوع على المدين على أساس دعوى الإثراء بلا سبب.

وللمدين الذي حصل الوفاء من غيره رغم اعتراضه أن يمنع رجوع الموفى عليه بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء، كأن يكون للمدين دفع ضد الدائن وقت وفاء الغير له، بأن كان له مثلاً في ذمة الدائن دين مماثل له، وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضي الدين دون حاجة إلى الوفاء، أو كان الدين قد انقضى بسبب آخر غير المقاصة، كالتجديد أو الإبراء، ومع ذلك قام الغير بالوفاء به للدائن، فإن الغير في هذه الحالة لا يرجع بشيء على المدين، لأن الوفاء الذي قام به لم يفد المدين منه شيئاً، ولو أن المدين كان يمكنه أن يطعن في الدين بالإبطال لوجود عيب من عيوب الإرادة، أو يطعن فيه بالبطلان بعدم توافر

الشكل أو عدم مشروعية السبب أو كان المدين يستطيع أن يتمسك بفسخ العقد مصدر الدين لتحقيق الشرط الفاسخ، أو كان بإمكان المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بأي دفع آخر، وقام الغير بالوفاء بالدين رغم اعتراض المدين فلا يرجع الغير على المدين إلا بقدر ما أفاده الوفاء الذي تم من الغير .
وهي تطابق نص المادة 324 مصري، 223 سوري، 311 ليبي، 259 جزائري.

مادة (355)

إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية :

1. إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه.
2. إذا كان الموفي دائناً ووفى دائن آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عيني ولو لم يكن للموفي أي تأمين.
3. إذا كان الموفي قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم.
4. إذا وجد نص قانوني يقرر للموفي حق الحل.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حالات حلول الموفي غير المدين محل الدائن، فبينت أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية:

1. الموفي ملزم بالدين مع المدين، أو ملزم بالوفاء عنه، وهذه الحالة أهم حالات الحل القانوني، والعلة واضحة في حلول الموفي محل الدائن، فالموفي ملزم مع المدين أو عنه بالوفاء بالدين، فله مصلحة في الوفاء، بل هو مجبر على الوفاء فإذا قام بالوفاء له أن يرجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله، ويكون الموفي ملزماً بالدين مع المدين في حالة تضامن المدينين وقام أحدهم بالوفاء، أو

مدين مع المدين في دين غير قابل للانقسام، ويكون الموفي ملزما بالدين عن المدين إذا كان كفيلا شخصيا، أو كفيلا عينيا أو حائزا للعقار المرهون، فأى من هؤلاء إذا وفى الدين له أن يرجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم القانون.

2. ويحل الموفي محل الدائن، إذا كان دائنا ووفى دائن آخر مقدما عليه بماله من تأمين عيني، سواء أكان الدائن الموفى دائنا عاديا أم له تأمين عيني لكنه تال في المرتبة للدائن الموفي له.

وتظهر مصلحة الدائن المتأخر في الوفاء لمصلحة الدائن المتقدم لكي يحل محله فيه بهدف وقف إجراءات التنفيذ على العين المرهونة التي باشرها الدائن المتقدم على العقار المرهون في وقت غير ملائم، على أن يقوم بهذه الإجراءات إذا تحسنت الظروف الاقتصادية وارتفعت قيمة العقار المرهون بما يكفي لسداد قيمة الدينين معا.

3. ويحل الموفي محل الدائن، إذا كان قد اشترى عقارا، وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم، فالأساس أن الدائنين المرتهنيين لهم الحق في التنفيذ على العقار المرهون رغم انتقال ملكيته إلى المشتري استنادا إلى حق التتبع، فيكون من مصلحة المشتري أن يوفي بدين الدائنين المرتهنيين لكي يتجنب إجراءات التنفيذ على العقار الذي اشتراه، وحتى يحل أيضا محل الدائنين في حقوقهم فينتفع من تأمينات أخرى لضمان الدين الذي أداه ككفالة، أو رهن على عقار آخر، فضلا عن ذلك فإن المشتري يحل محل الدائن المرتهن الذي استوفى حقه منه في الرهن أي يكون للمشتري أيضا رهن على عقاره، ولا تتحقق أية فائدة عملية إذا لم يكن العقار مرهونا لآخرين، ولكن إذا كان العقار مثقلا بعدة رهون وكان ثمن العقار لا يكفي لوفاء ديون كافة الدائنين المرتهنيين، فيلجأ المشتري إلى الوفاء للدائن المرتهن المتقدم في المرتبة ليحل محله في الرهن، ويتقدم بذلك على باقي الدائنين المرتهنيين المتأخرين في المرتبة، ويمكن أن يؤدي ذلك إلى منعهم

من مباشرة إجراءات التنفيذ إذا كانت قيمة العقار غير كافية لسداد الدين الذي حل فيه المشتري محل الدائن.

وتوجد أحوال أخرى يحل فيها الموفي محل الدائن ينص عليها القانون، من ذلك دفع السفتجة عن طريق التوسط عن الساحب أو عن أحد المحيلين يجعل المتوسط الذي دفع قيمة السفتجة يحل حلولاً قانونياً محل الدائن حامل السفتجة في الرجوع على ساحب السفتجة ومحيلها، فإذا كان المتوسط قد دفع عن الساحب، فلا يرجع إلا على الساحب دون المحيلين، لأن ذمة هؤلاء تبرأ بهذا الدفع، أما إذا كان قد دفع عن المحيلين، فله أن يرجع على الساحب وعلى المحيلين الذين يسبقون المحيل الذي وقع عنه، أما المحيلون الذين يلون هذا المحيل فقد برئت ذمتهم بالدفع ومصدر هذا الحكم ورد في المادة 185 من القانون التجاري المصري.

وكذلك ورد في المادة 771 مدني مصري ما يفيد حلول المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية الدائن ما لم يكن من أحدث الضرر قريب أو صهر للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخص يكون المؤمن مسؤولاً عن أفعاله، وللأسف لم يوجد مقابل هذا النص في المشروع، لذلك يجب أن ينص عليه في التأمين من الحريق.

وهي تطابق نص المادة 326 مصري، 325 سوري، 313 ليبي، 379 عراقي، 261 جزائري.

مادة (356)

يجوز للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير في وقت الوفاء على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين بذلك.

المذكرة الإيضاحية:

تنظم هذه المادة الحلول الإتفاقي الذي يتحقق بإتفاق الدائن والغير الذي وفي للدائن حقه على أن يحل الغير محل الدائن في الحق الذي وفاه، ويتم الحلول حتى ولو لم يقبل المدين، وهذا الإتفاق من التصرفات الرضائية التي تتعقد دون تحقق شكل معين، ويجب أن يكون الإتفاق على الحلول بين الدائن والغير الموفي قد تم وقت الوفاء أو قبله، والعلة من تقييد الإتفاق بوقت الوفاء أو قبله هي منع التحايل على القانون حتى لا يتواطأ الدائن مع المدين بعد إنقضاء حقه، فيتفق غشا على حلول الغير لتفويت حق دائن مرتهن تال في المرتبة، وهذا ممكن أن يحدث لو صح الإتفاق على الحلول بعد الوفاء.

ويشترط أن تكون المخالصة بالوفاء مع الحلول ثابتة التاريخ حتى يكون الإتفاق على الحلول حجة في مواجهة الغير.

وهي تطابق نص المادة 317 مصري، 326 سوري، 314 ليبي، 1/380 عراقي، 262 جزائري.

مادة (357)

يجوز للمدين إذا اقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضا الدائن على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد.

المذكرة الإيضاحية:

تنظم المادة الحلول الإتفاقي الذي يتحقق بإتفاق المدين مع الغير، حيث يحل الغير محل الدائن ويتم الحلول ولو بدون موافقة الدائن وهذا وضع شاذ لأنه يبيح للمدين أن يتصرف في حق الدائن رغما عنه، ولكن يبرر هذا الأمر الاعتبارية العملية التي تحقق حماية المدين ومحاربة الربا بقدر الإمكان، ففي إباحة الحلول بالإتفاق مع المدين ما يمكنه من الحصول على قرض بفائدة منخفضة أو بدون فائدة للتخلص من دين بفائدة مرتفعة ويتحقق الحلول بالإتفاق مع المدين إذا وجد قرض بين المدين وبين الغير خصص للوفاء بدين الدائن، إذ إن غرض المدين من القرض هو الوفاء بدين الدائن، وأن يذكر صراحة في عقد القرض أن المبلغ مخصص للوفاء بدين الدائن، وأن يثبت في مخالصة الوفاء أن الوفاء بالدين قد تم من القرض الذي أبرم بين المدين والغير، ويرجع ذلك لإثبات سبق القرض على الوفاء أو كونه معاصرا له لكي لا يحدث أي ضرب من ضروب التحايل التي قد يمارسها المدين في هذا المجال، ولا يكفي لمنع التحايل الاكتفاء بذكر أن المال الذي اقترض قد خصص للوفاء، أو يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال، بل لابد لمنع التحايل من ثبوت تاريخ عقد القرض والمخالصة.

وهي تطابق نص المادة 328 مصري، 327 سوري، 315 ليبي، 2/380 عراقي، 314 لبناني، 263 جزائري.

مادة (358)

من حل قانونا أو إتفاقا 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.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة آثار الحلول، وهي لا تختلف باختلاف كونه حلوًا إتفاقًا أم قانونيًا، وتضع قاعدة عامة تتمثل في انتقال حق الدائن إلى الموفي، أي حلول الموفي محل الدائن في نفس الحق الذي كان له.

ويترتب على حلول الموفي محل الدائن في نفس الدين، أن ينصرف ذلك إلى خصائص الحق الذي ثبت للدائن وما يتبعه من ملحقات وما يتصل به من دفع. فإذا اتصف الحق بأنه حق تجاري عد كذلك بالنسبة إلى الموفي ولو لم يكن الموفي تاجرًا، وإذا ثبت الحق بسند تنفيذي فيستطيع الموفي له أن ينفذ بالسند التنفيذي المثبت للحق، وتسري في حق الموفي مدة التقادم إذا كان الحق يتقادم بمدة خاصة ويحل الموفي محل الدائن في توابع الحق، وفي الدعاوى المتصلة به كدعوى الفسخ، ودعوى عدم نفاذ التصرفات.

ويستفيد الموفي من التأمينات المقررة لضمان الحق الذي حل فيه سواء أكانت شخصية أم عينية.

ويستطيع المدين أن يدفع في مواجهة الموفي بالدفع التي تثبت له في مواجهة الدائن الموفي له، فإذا كان مصدر الحق يعود إلى عقد فقد ركن من أركانه يستطيع المدين أن يدفع ببطلان هذا العقد في مواجهة الموفي، لأنه كان يستطيع فعل ذلك في مواجهة الدائن، وإذا انقضى حق الدائن بسبب من أسباب الانقضاء، كان للمدين أن يتمسك في مواجهة الموفي بانقضاء دينه لأنه كان يستطيع فعل ذلك في مواجهة الدائن، وإذا وفى الموفي الدين للدائن بأقل من مقدار الدين، فإن رجوعه على المدين يكون بمقدار ما أداه من الدين لا بمقدار الدين، والموفي في هذه الحالة يعامل معاملة تختلف عن معاملة الدائن، فالدائن أن لم يفه الغير حقه، يكون له الرجوع بكل حقه على المدين أما إن قبل الدائن أن يستوفي حقه منقوصا من الغير، ونزل عن جزء منه فإن هذا النزول يكون في مصلحة المدين لا في مصلحة الموفي، ولا يرجع

الموفي على المدين إلا بمقدار ما دفعه لوفاء الدين، ويرد ذلك إلى أن الموفي وهو
يفي بالدين، لا يكون مضارباً كما هو الحال في حوالة الحق حيث تلتصق فكرة
المضاربة بمن يشتري الدين.

وهي تطابق نص المادة 329 مصري، 328 سوري، 316 لبيي، 381 عراقي، 315
لبناني، 264 جزائري.

مادة (359)

1. إذا وفى الغير، الدائن جزءاً من حقه، وحل محله 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.

2. إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيراً
هو ومن تقدمه في الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة
غرماء.

المذكرة الإيضاحية:

إذا قام الغير بالوفاء الجزئي للدائن وقبل الدائن هذا الوفاء دون أن ينزل عن باقي
دينه فالنص يقدم الدائن على الموفي في استيفاء ما تبقى من الدين من ذمة المدين،
والنص يترجم الإرادة المحتملة للطرفين، إذ يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء
جزء من حقه إلا وهو مشترط على الموفي أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي،
وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفي يستطيع أن يجبره عليه، ومن ثم
يتقدم الدائن الأصلي على الموفي، ويأخذ أولاً الجزء الباقي له من الدين، وما بقي بعد
ذلك يأخذه الموفي.

وفي ذلك تفضيل للدائن الأصلي على الموفي، ولكن لا يعد ذلك من القواعد الآمرة
لذلك يجوز للدائن الأصلي والموفي، أن يتقعا على غير ذلك، فلهما أن يتقعا على

التساوي بينهما حيث يقتسمان مال المدين قسمة غرماء، بل يمكن اتفاقهما على أن يتقدم الموفي على الدائن الأصلي فيستوفي الجزء الذي وفاه للدائن الأصلي أولاً وما بقي يأخذه الدائن الأصلي.

وتقدم الدائن الأصلي على الموفي ميزة شخصية له، لا تنتقل إلى شخص آخر يوفى له بالجزء المتبقي من حقه ويحل محله فيه، ولا يستطيع الدائن الأصلي وهو يستوفي الجزء الباقي من حقه أن يتفق مع الموفي بأن يحل محله، ويجعله متقدماً على الموفي الأول، لأن الموفي الأول ليس طرفاً في الاتفاق لذلك لا يسري في حقه، ولكن يجوز للدائن الأصلي حينما يستوفي جزءاً من حقه من الموفي الأول، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه في الجزء الباقي يتقدم على الموفي الأول، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن حين استيفاء الجزء الباقي أن يتفق مع الموفي الثاني على أن يتقدم على الموفي الأول، وهذا هو ما رضي به الموفي الأول مقدماً عند اتفاده مع الدائن. وما سبق ذكره من تقدم الدائن الأصلي في حالة الوفاء الجزئي على الموفي يكون في حالة تمسك الموفي بدعوى الحلول، أما إذا تمسك الموفي بالدعوى الشخصية، فلا يفضل الدائن الأصلي عليه في استيفاء الجزء من الدين الذي لم يستوفه من الموفي، بل يتساويان ويقتسمان مال المدين قسمة غرماء، ويرجع ذلك إلى أن الموفي رجع على المدين بالدعوى الشخصية الخاصة به وهي تعادل دعوى الدائن الأصلي، فلا مجال لتفضيل أحدهما على الآخر.

وهي تطابق نص المادة 330 مصري، 329 سوري، 317 لبيبي، 381 عراقي، 265 جزائري.

مادة (360)

إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى الحل أن يرجع على حائز عقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حكم الحل، في حالة ما إذا كان الدين مضمونا برهون متعددة على عقارات متعددة، وقد بيع كل عقار وأصبح في يد حائز لعقار مرهون، ولما كان كل حائز منهم ملتزما بالدين عن المدين، فإنه إذا وفى أحدهم الدين للدائن حل محله قانونا، وله أن يرجع بالدين بعد أن يستنزل منه حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار على أي من الحائزين الآخرين، وكان للدائن أن يرجع بكل الدين على أي منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة، ولكن النص يقضي بأن يرجع الموفي على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته في الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار، حتى لا يتكرر الرجوع.

وهي تطابق نص المادة 331 مصري، 318 ليبي، 266 جزائري.

مادة (361)

يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، ويعد ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصا.

المذكرة الإيضاحية:

الأصل أن يكون الوفاء للدائن فهو صاحب الصفة في استيفاء الدين والعبرة بثبوت صفة الدائن وقت الوفاء سواء أكان هو نفس الشخص الذي ارتبط مع المدين في العلاقة التي ينتج عنها الالتزام أم شخص آخر خلف الدائن كالوارث، وللخلف

الخاص للمدين كالمحال له بالحق، وقد ينبى الدائن عنه وكيلا في استيفاء الدين، ويتعين على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقا للأحكام العامة للوكالة.

ونص المادة جعل من تقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين فيه، هذا إذا لم تنتف دلالة هذه القرينة بالإتفاق المسبق على أن يكون الوفاء للدائن شخصا، فإذا تم الإتفاق على ذلك يجوز للمدين أن يرفض الوفاء لمن يقدم له مخالصة صادرة من الدائن حتى يتأكد من ثبوت صفة استيفاء الدين فيه. وهي تطابق نص المادة 332 مصري، 330 سوري، 319 ليبي، 267 جزائري، 320 أردني، وتتفق مع نص المادة 383 عراقي، 1/293 لبناني.

مادة (362)

إذا كان الدائن غير كامل الأهلية فلا تبرأ ذمة المدين إلا بالوفاء لنائبه، وإذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أو فقد منه أو لم ينتفع به فلنائبه مطالبة المدين بالدين.

المذكرة الإيضاحية:

تظهر المادة أنه يشترط لصحة الوفاء أن تتوافر في الموفى له أهلية استيفاء الدين، فإذا لم تتوافر فيه هذه الأهلية بسبب قصره أو لسبب آخر، وجب على الموفى أن يقوم بالوفاء لنائبه القانوني، ومع ذلك فإنه إذا تم الوفاء للدائن القاصر، فإنه يبرئ ذمة المدين بقدر ما عاد من منفعة على الدائن بسبب هذا الوفاء، ويقع عبء إثبات النفع على كاهل الموفى وليس على كاهل الموفى له ناقص الأهلية، ومن قبيل المنفعة شراء القاصر عقارا، أو قيامه بترميم المنزل المملوك له بما وفى له به، أما

إذا تم الوفاء ولم تلحقه منفعة نتيجة لذلك كأن يهلك الموفى به في يده، أو يفقده، فلا تبرأ ذمة المدين ويستطيع نائب ناقص الأهلية أن يطالب المدين بالوفاء بالدين. وهي تطابق نص المادة 321 أردني.

مادة (362) مكرر

إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون صحيحا ولا يبرئ ذمة المدين إلا أنه يكون صحيحا استثناء ويبرئ ذمة المدين، إذا أقر الدائن الوفاء، فمثلا إذا تم الوفاء لوكيل انتهت وکالته، أو عزل عن الوكالة، وكان ينبغي على المدين أن يعلم ذلك، ففي هذه الحالة لا يكون الوفاء صحيحا ولا يبرئ ذمة المدين، إلا إذا أقر الدائن الوفاء، فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ويصبح الوفاء صحيحا مبرئا لذمة المدين.

وإقرار الدائن له، أثر رجعي ويعني هذا أن الوفاء صحيح من وقت أن يتم لا من وقت الإقرار، وعلى المدين أو الموفى أن يثبت إقرار الدائن الوفاء حسب ما تقضي به قواعد الإثبات المقررة في التصرفات الصادرة من جانب واحد.

وكذلك إذا عادت منفعة على الدائن من الوفاء، كأن يكون الموفى له فضوليا قبض الدين عن الدائن لإسداء خدمة عاجلة له ثم أدى الدين له بعد ذلك، فالوفاء يكون صحيحا في هذه الحالة لأن الفضولي يعد نائبا عن الدائن، والوفاء لنائب الدائن صحيح، وإذا لم تتوافر صفة الاستعجال فلا توجد فضالة، وعندئذ لا يكون الوفاء صحيحا، إلا إذا عادت منفعة على الدائن من الوفاء فقد يكون الموفى له دائنا للدائن

وقد قبض الدين استيفاء لحقه في ذمة الدائن، فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين في ذمته واجب السداد فوراً، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة، ذلك أن الدائن إذا رجع على المدين بالدين، فإن المدين يرجع على الموفى له، والموفى له، يرجع على الدائن بقدر ما عاد عليه من المنفعة فلا محل لهذه السلسلة من الرجوع، ويكون الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين بقدر ما عاد على الدائن من المنفعة.

وكذلك إذا قام الموفى بالوفاء لدائن ظاهر ليس هو الدائن الحقيقي ولا نائبه، والدائن الظاهر هو الذي لا يملك الدين حقيقة، ولكن الدين يوجد في حيازته ذلك أن الحيازة كما تشمل الأشياء المادية تشمل الحقوق المعنوية، لذلك تقع على الديون. ويتصور وجود الدائن الظاهر في حالات عديدة نذكر منها، أن يحول الدائن حقه ثم يتضح بعد ذلك أن الحوالة باطلة أو قابلة للإبطال أو الفسخ، فتبطل أو تفسخ ويتبين بذلك أن المحال له لم يكن مالكا للحق المحال به، ولكنه مع ذلك كان يحوزه فهو دائن ظاهر، فالدائن الظاهر لا يكون دائناً حقيقياً، ولكن الدين موجود في حيازته بحيث يعتقد الناس أنه هو الدائن الحقيقي، لذلك يجب أن يتعامل معه على أساس حسن النية حتى يستقر التعامل.

والوفاء للدائن الظاهر يعد وفاء صحيحاً، إذا اقترن بحسن النية، فمن وفى الدين لدائن ظاهر واعتقد بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقي برئت ذمته بهذا الوفاء. والوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين يعد وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة، فلدائن الدائن أن يحجز تحت يد المدين، فيمنع المدين بذلك أن يفى الدين للدائن، بل يجبره بعد إجراءات معينه على أن يفى الدين له هو ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين. وهي تطابق نص المادة 333 مصري، 331 سوري، 384 عراقي، 2/293 لبناني، 286 جزائري.

مادة (363)

إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا حيث يجب قبوله، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، أعذر إليه المدين بإعلان وحدد له مدة مناسبة يقوم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه.

المذكرة الإيضاحية:

قد يمتنع الدائن عن تلقي الوفاء، أو يمتنع من القيام بما قد يقتضيه من عمل، كإعطاء مخالصة للموفي، بسبب خلاف بينه وبين المدين على أمر من أمور الوفاء كمحل الوفاء أو مكانه أو زمانه، وقد يحدث أن يجهل المدين شخصية الدائن أو لا يعرف موطنه، أو قد يكون الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص.

وفي مثل هذه الحالات قد تقتضي مصلحة المدين أن يتم الوفاء دون انتظار زوال المانع، أو لحسم النزاع الذي يعترض الوفاء، لهذا مكن المشروع المدين من طريق إجرائي للوفاء هو العرض الحقيقي والإيداع، وهذا الطريق يخص فقط الوفاء بالالتزام بإعطاء شيء.

ويظهر من النص، أنه في حالة رفض الدائن قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا دون مبرر حيث كان يجب عليه أن يقبل الوفاء، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، كان للمدين أن يعذر الدائن ويتم ذلك بإعلان الدائن، ويعد هذا الإعلان إعذارا للدائن برفضه للوفاء، ولم يحدد المشروع طريقة الإعلان، ومن الأفضل أن يتم بطريق رسمي، ويجب أن يحدد له في الإعلان مدة مناسبة يقوم خلالها الدائن بما يجب عليه لاستيفاء حقه، ولا أعتقد بوجود بقاء عبارة حيث يجب قبوله " فهذه العبارة وردت في المادة 322 أردني حيث تم التأثر بالفقه الحنفي الذي يعرف الوفاء في حالات بعمل من جانب المدين وحده،

كما هو الحال في البيع حيث يتم الوفاء من قبل البائع بالتزامه بتسليم المبيع بمجرد التخلية بين المشتري وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه دون مانع، فإذا فعل البائع ذلك واستطاع إثباته برئت ذمته، ولا حاجة للعرض الذي يجب أن يتم في حالات أخرى، حيث يجب على الدائن أن يقوم من ناحيته بعمل كي يتم الوفاء كما إذا كان محل الإلزام دفع مبلغ من النقود، كالتزام المشتري بدفع الثمن لا يتم الوفاء به بمجرد التخلية بل لا بد من القبض الحقيقي وهنا يلزم الإعذار.

راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج 1 ص 369، 370، وفي اعتقادي أنه لا فائدة من ذكر العبارة المشار إليها أعلاه لأن الأمر يتعلق بوجوب قيام الدائن بعمل حتى يتم الوفاء وهذا أمر لا يحتاج إلى الإشارة إليه في النص لأنه أمر بدهي، فإذا لم يتعلق الأمر بوجوب قيام الدائن بعمل حتى يتم الوفاء، فإن الوفاء يتم ولا داعي للعرض والإعلان.

وهي تطابق نص المادة 322 أردني.

مادة (364)

يترتب على إعذار الدائن أن يصير الشيء محل الالتزام في ضمان الدائن إن كان من قبل في ضمان المدين، وأن يصبح للمدين الحق في إيداعه على نفقة الدائن، وفي المطالبة بتعويض ما لحقه من ضرر.

المذكرة الإيضاحية:

بينت المادة النتائج التي تترتب على إعذار الدائن من قبل المدين، حيث يصبح الشيء محل الالتزام في ضمان الدائن، إذا كان من قبل في ضمان المدين، فإذا هلك بسبب أجنبي عن المدين، فإنه يهلك على الدائن، أي هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، في حين لو هلك قبل إعذار المدين له فإنه يهلك على المدين ويبقى المدين ضامناً

للشيء محل الالتزام وهو الذي يتحمل تبعه الهلاك، وينتقل الضمان من المدين إلى الدائن بمجرد إذاره أي بمجرد إعلانه بالعرض.

ويكون للمدين الحق في إيداع الشيء محل الالتزام على نفقة الدائن، وهنا تظهر أهمية العرض فالإلى جانب تعجيله بالنتائج التي تترتب عليه، يكون دليلاً قاطعاً على أن الدائن قد رفض استيفاء الدين.

ويكون للمدين المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة رفض الدائن قبول الوفاء، ومن قبيل الأضرار التي تقع الضرر الذي يلحق بالمدين نتيجة ما تكبده من أعباء بسبب تخزين الشيء الملتزم بتسليمه والمحافظة عليه.

وهي تطابق نص المادة 323 أردني، وتقارب نص المادة 335 مصري، 333 سوري، 322 لبيي، 270 جزائري.

مادة (365)

إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه جاز للمدين بعد إذاره الدائن بتسلمه أن يحصل على إذن من القاضي في إيداعه فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد جاز للمدين وضعه تحت الحراسة.

المذكرة الإيضاحية:

إذا رفض الدائن العرض الحقيقي، فلا مفر من أن يلجأ المدين إلى الإيداع وتكون نفقات الإيداع على الدائن.

وتبين المادة طريقة إيداع محل الوفاء، فإذا كان شيئاً معيناً بالذات، كان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه، فإذا قام المدين بإعذار الدائن بتسلمه وامتنع الدائن عن ذلك جاز للمدين أن يحصل على إذن من القاضي في إيداعه إذا كان منقولاً، أما

إذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين بعد إعدار الدائن أن يحصل على إذن من القاضي بفرض وضعه تحت الحراسة. وإذا كان المعروض من النقود، ورفض الدائن العرض فيكون إيداع النقود بخزينة المحكمة أو المكان الذي تحدده محكمة محل الوفاء، وتأخذ المجوهرات والأوراق المالية حكم النقود. وهي تطابق نص المادة 336 مصري، 332 سوري، 323 ليبي، 1/387 عراقي، 271 جزائري، 324 أردني.

مادة (366)

إذا كان محل الوفاء شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته، جاز للمدين بعد استئذان المحكمة أو دون استئذائها عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف في السوق فإن تعذر ذلك في المزاد العلني ويقوم بإيداع الثمن مقام إيداع الشيء ذاته. المذكرة الإيضاحية:

إذا كان محل الوفاء من الأشياء التي يسرع إليها التلف، كالخضراوات والفواكه، وبعض أنواع المأكولات، أو من الأشياء التي يتطلب إيداعها أو حراستها نفقات باهظة، جاز للمدين بعد استئذان المحكمة أو دون استئذائها في حالة الضرورة، أن يقوم ببيع الشيء محل الوفاء بسعره المعروف في الأسواق، فإن تعذر عليه ذلك فعليه أن يبيعه بالمزاد العلني، وعلى المدين أن يقوم بإيداع الثمن ويقوم ذلك مقام إيداع الشيء ذاته.

وهي تطابق نص المادة 2/387 عراقي، 325 أردني.

مادة (367)

يستغني عن العرض ويكتفي بالإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن محجورا عليه وليس له نائب يقبل عنه الوفاء أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص، أو كانت هناك أسبابا جدية تسوغ هذا الإجراء.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أنها تجيز للمدين أن يقوم بالإيداع مباشرة، أو ما يقوم مقامه دون أن يسبق ذلك قيامه بالعرض، وذلك إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه كما هو الحال في الوارث المجهول، ففي هذه الحالة لا يستطيع المدين أن يعرض على الدائن لأنه مجهول أو غير معروف عنوانه، وبالتالي لا يستطيع الإيداع إذا اشترط في هذه الحالة العرض، لذلك أجاز للمدين الإيداع دون قيامه بالعرض، وينطبق نفس الحكم إذا كان الدائن مجهول الموطن من قبل المدين.

وكذلك إذا كان الدائن محجورا عليه، ولم يكن له من ينوب عنه ليقبل الوفاء، وفي الاعتقاد أنه يجوز للمدين الإيداع مباشرة في حالة ما إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها دون وجود نائب قانوني يقبل عنه الوفاء، لذلك يجب تعديل المادة بحيث تصبح (أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها وليس له نائب يقبل عنه الوفاء)، وفي هذه الحالة يقوم المدين بالإيداع مباشرة، وكذلك إذا كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص وصعب على المدين تحديد من هو الدائن الحقيقي من بينهم فله أن يقوم بالإيداع مباشرة. وكذلك إذا وجدت أسباب جدية تبرر الإيداع مباشرة من جانب المدين كما لو كان للمدين المطالبة بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه، قبل تنفيذ التزامه فيكون له القيام بالإيداع مباشرة في هذه الحالة. وهي تطابق نص المادة 336 أردني.

مادة (368)

1. يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع مستوفي لشرائطه القانونية أو تلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته.
2. يتحمل الدائن نفقات الإعذار والعرض الحقيقي والإيداع واللجوء إلى القضاء .

النص القديم: (391)

يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع مستوفي لشرائطه القانونية أو تلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص انه إذا قام المدين بالعرض الحقيقي، وتلاه إيداع وفق القانون، أو تلاه أي إجراء مماثل، وقبله المدين، فإن الوفاء يكون قد تم، وإذا لم يقبله فلا بد من صدور حكم نهائي بصحة العرض والإيداع، فالعرض الحقيقي والإيداع لا يقومان مقام الوفاء، بل لابد من أن يتبع ذلك قبول الدائن العرض، أو صدور حكم نهائي بصحة العرض، فإذا تحقق ذلك يكون الوفاء قد تم ويتحمل الدائن نفقات الإعذار والعرض الحقيقي والإيداع واللجوء إلى القضاء لأنه لو قبل أن يستوفي دينه لما أوجب المدين إلى اللجوء إلى إعذاره والقيام بإجراءات العرض الحقيقي والإيداع واللجوء إلى القضاء، وبذلك يكون المشروع قد عدل عن أخذه بالمادة 396 عربي موحد التي تعد العرض الحقيقي ويتبعه إيداع على وجه صحيح يقوم مقام الوفاء، ولا تشترط قبول الدائن أو صدور حكم نهائي حتى يتم الوفاء.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (391) من المشروع على النحو الوارد في المادة (368).

وهي تطابق نص المادة 339 مصري، 337 سوري، 326 ليبي، 386 عراقي، 247 جزائري، 327 أردني.

مادة (369)

على المدين بعد الإيداع إعلام الدائن به، فإن لم يفعل لزمه تعويض الضرر الذي يلحق الدائن من جراء ذلك، ويعفى المدين من هذا الإعلام في الحالات التي يتعذر فيها ذلك طبقاً للمادة (367).

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة وجوب قيام المدين بإعلام الدائن بالإيداع، فإن لم يتم بذلك ونتج عن عدم قيامه ضرر للدائن، يلزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به من جراء عدم إعلامه، ولكن يعفى المدين من إعلام الدائن بالإيداع إذا تعذر عليه، إعلام الدائن في الحالات التي ورد ذكرها في نص المادة 367.

مادة (370)

إذا رجع المدين في العرض 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 وتبراً ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن حكم رجوع المدين في العرض يختلف بحسب وقوعه قبل أو بعد قبول الدائن أو صدور حكم بصحة العرض والإيداع، فإذا تم الرجوع قبل قبول الدائن للعرض، أو قبل صدور حكم بصحة العرض والإيداع، يكون للمدين أن يسترد ما

أودعه أو ما وضعه تحت الحراسة، ويترتب على ذلك اعتبار العرض كأن لم يكن ويبقى الالتزام قائماً بجميع ضماناته ويكون للدائن الرجوع على المدين به وعلى كفلائه، وله أن ينفذ على الأموال الضامنة للدين.

أما إذا تم الرجوع بعد قبول الدائن العرض والإيداع، أو بعد صدور حكم بصحتهما، فلا يجوز الرجوع لأن الوفاء قد تم إلا أنه إذا قبل الدائن رجوع المدين بعد قبوله العرض أو بعد صدور الحكم النهائي بصحة العرض والإيداع، عد الوفاء كأنه لم يتم فيما بين الدائن والمدين دون إخلال بحقوق الكفلاء الملتزمين بالدين مع المدين والشركاء في الدين حيث لا يكون للرجوع أثر بالنسبة لهم ويسقط حق الدائن وما يكفله من تأمينات.

وهي تطابق نص المادة 2/340 مصري.

الفرع الثاني

محل الوفاء

مادة (371)

يكون الوفاء بالشيء المستحق أصلاً، ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى.

المذكرة الإيضاحية:

التزام المدين يكون بالوفاء بنفس الدين، أي بذات الشيء المستحق الذي تم الاتفاق عليه وعلى تعيينه ويجب أن يفي به كله، ولا يجوز للمدين أن يفي بغيره بدلاً منه إلا إذا قبل الدائن بذلك، ولا يغير من ذلك كون البديل مساوياً له أو أعلى منه في قيمته، لأن المدين ملتزم بشيء معين بالذات فلا يجوز الوفاء بشيء آخر إلا إذا قبل الدائن ذلك.

أما إذا كان الدين المستحق قد عين بنوعه في العقد، كالاتفاق على بيع عشرين طنا من القمح الأسترالي فيجوز للمدين الوفاء بأي عشرين طنا من القمح الأسترالي بعد الفرز، وإذا لم تذكر درجة الجودة في الشيء المعين بالنوع فلا يلتزم المدين إلا بالوفاء بشيء من صنف متوسط.

وإذا كان محل الالتزام القيام بعمل جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، خصوصا إذا كانت لشخصيته اعتبار في الوفاء.

وإذا كان محل التزام المدين الوفاء بمبلغ من النقود فيكون الوفاء به بالعملة الورقية وبقدر عددها دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر، ولا يغير من ذلك اشتراط أن يكون الدفع بالذهب أو بسعر الذهب لأن هذا الشرط يقع باطلا.

والوفاء بالسفتجة، أو بالسند، أو بالشيك، لا يتم إلا إذا اتفق على ذلك سلفا أو قبل الدائن فيما بعد بذلك، ولا يتحقق الوفاء إلا بصرف تلك الأوراق إلى الدائن. وهي تطابق نص المادة 341 مصري، 339 سوري، 328 ليبي، 276 جزائري، 1/329 أردني.

مادة (372)

1. ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك.
2. إذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء.

المذكرة الإيضاحية:

لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي لحقه حتى لو كان الالتزام قابلاً للانقسام، وللدائن أن يرفض استيفاء الدين كاملاً إذا لم تدفع معه توابعه من مصروفات وغيرها حيث لا يجبر على القبول باستيفاء الدين دون توابعه.

ومبدأ عدم جواز تجزئة الوفاء لا يقتصر على الدائن بل للمدين أن يتمسك به، إذا كان له الحق في أن يفي بالدين كله وأن يرفض إيفاء جزء منه، فإذا كان المدين ملتزماً بتسليم كمية من السلع فله أن يتمسك بتسليمها كلها حتى لا يتحمل عبء المحافظة عليها وتخزينها.

وذكر في المادة عدد من الإستثناءات على قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء هي:

1. إذا وجد اتفاق بين الدائن والمدين على تجزئة الوفاء بالدين.
 2. إذا ورد نص في القانون يجيز تجزئة الوفاء كما هو الحال في المقاصة بين دينين غير متساويين في المقدار، حيث ينقضي الدينان في حدود الأقل منهما، وكما هو الحال في الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء بدون تضامن لدين واحد بعقد واحد، حيث لا يجوز للدائن مطالبة كل كفيل بكل الدين بل مطالبة الكفيل في حدود نصيبه في كفالته.
 3. إذا كان الدين متنازعا في جزء منه، وقبل الدائن استيفاء الجزء المعترف به، ففي هذه الحالة لا يستطيع المدين أن يمتنع عن الوفاء بالجزء الذي يعترف به الدين. وتوجد حالة أخرى يمكن أن يتم بمقتضاها تجزئة الوفاء وهي حالة صدور حكم من المحكمة بتجزئة الوفاء على عدة آجال استناداً إلى سلطة المحاكم في منح المدين المهلة القضائية.
- وهي تطابق نص المادة 342 مصري، 340 سوري، 329 ليبي، 392 عراقي، 300 لبناني، 277 جزائري، 330 أردني.

مادة (373)

إذا كان المدين ملزماً بأن يوفي مع الدين أية نفقات وكان ما أداه لا يفي بالدين مع تلك النفقات حسم ما أدى من حساب النفقات ثم من أصل الدين ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

إذا تضمن الدين ملحقات، أصبح هو وملحقاته كلاً لا يقبل التجزئة، ولا يجوز للمدين بغير رضا الدائن أن يوفي بأصل الدين وحده، أو بالملحقات وحدها، لأن هذا يعد وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله، ويجب على المدين إذا حل أجل الدين أن يفي به وبملحقاته في وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يقبل التجزئة.

وللدائن أن يقبل من المدين وفاء جزئياً، إذا لم يوجد نص أو اتفاق على ترتيب آخر، حيث يخصم المبلغ المدفوع من الدين وملحقاته على الترتيب الآتي :

تحسم أولاً المصروفات، فإن بقي شيء من المبلغ المدفوع بعد الوفاء بالمصروفات، حسمت العوائد، فإن بقي شيء بعد ذلك من المبلغ المدفوع، حسم أصل الدين، ويرد هذا الترتيب لأنه يحقق مصلحة الدائن، والمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئي إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقاً لمصلحة المدين.

وهي تطابق نص المادة 343 مصري، 340 سوري، 330 ليبي، 3/393 عراقي، 278 جزائري 331 أردني.

مادة (374)

إذا تعددت الديون في ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

إذا تعددت ديون المدين لنفس الدائن واتحدت في الجنس، وقام المدين بالوفاء، ولكن لا يكفي ما وفى به بكل الديون، فيكون للمدين عند الوفاء، أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به، ما لم يتفق على غير ذلك، أو وجد مانع قانوني يحول دون ذلك، ويقوم المانع القانوني في حالات منها انه لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع دينا أكبر من المبلغ المدفوع حتى لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي. وهي تطابق نص المادة 344 مصري، 342 سوري، 331 ليبي، 1/393 عراقي، 279 جزائري، 332 أردني.

مادة (375)

إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة كان الحسم من حساب الدين الذي حل أو الأقرب حلولا، فإذا تعددت الديون الحالة، فمن حساب أشدها كلفة على المدين، فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن.

المذكرة الإيضاحية:

إذا تعددت الديون في ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا، ولم يعين المدين الدين الذي يريد الوفاء به، فإن ما وفاه يحسم من حساب الدين المستحق أولا، فإذا تعددت الديون المستحقة، فمن حساب أشدها كلفة على المدين، أي من حساب الدين الذي يكون للمدين مصلحة أكبر في سداه، فمثلا دين النفقة أشد الديون كلفة على المدين لأنه إذا لم يف به يحبس، والدين الذي يحتاج إلى نفقات يكون أكثر كلفة من الدين الذي لا يحتاج إلى نفقات، والدين الذي يكون مضمونا برهن أشد كلفة من الدين العادي. أما إذا كانت الديون متساوية الكلفة يكون الخيار للدائن، فما وفاه المدين يحسم من حساب الدين الذي يعينه الدائن.

وهي تطابق نص المادة 345 مصري، 343 سوري، 332 ليبي، 333 أردني.

الفرع الثالث

مكان الوفاء وزمانه

مادة (376)

1. يجب أن يتم الوفاء فور ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.
2. على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

المذكرة الإيضاحية:

يضع النص قاعدة عامة تتضمن أنه إذا نشأ الالتزام فإنه يجب الوفاء به فور نشوئه وترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يحدد أجلاً للوفاء. وورد استثناء على القاعدة يتمثل في أنه يجوز للقاضي إمهال المدين بمنحه أجلاً أو آجالاً معقولة للوفاء بالتزامه، إذا استدعت حالة المدين ذلك، ولم يلحق بالدائن ضرر جسيم نتيجة لذلك، ولا يوجد نص يمنع من ذلك، ويسمى هذا الأجل القضائي في هذه الحالة بالمهلة القضائية، أو نظرة الميسرة، ويمنح القاضي المهلة القضائية إذا تحققت الشروط التالية.

1. ألا يوجد نص قانوني يمنع من منحها، ومجال المنع يكون في القانون التجاري، إذ لا يجوز منح المهلة القضائية للمدين بدين تجاري، إلا في ظروف استثنائية لكون القانون التجاري قانون السرعة في التعامل.

2. أن تستدعي حالة المدين منحة المهلة القضائية كأن يكون في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها ويكون حسن النية في تأخره في تنفيذ التزاماته، مثال ذلك أن يكون المدين مالكا لعقار أو منقول ويطلب مهلة حتى يتمكن من بيع ما يملك.
3. ألا يلحق الدائن ضرر جسيم من منح المدين المهلة القضائية، فإذا كان يترتب على منحها للمدين ضرر جسيم فلا يمنحها القاضي حتى لو تترتب على عدم منحها للمدين أن يتعرض لضرر جسيم، فمثلا إذا كان الدائن يحتاج إلى الدين لكي يفي بدين عليه لشخص آخر وإلا تعرض للإعسار أو الإفلاس، فلا يجوز للقاضي منح المدين مهلة قضائية، لأنه ليس من العدل إهمال المدين، وإلحاق الضرر الجسيم بالدائن.
4. أن تكون نظرة الميسرة لأجل معقول ويرجع ذلك لتقدير القاضي حيث لا تتجاوز ما هو ضروري ليمكن المدين من الوفاء.
- ولا يترتب على منح القاضي المهلة القضائية للمدين، منع وقوع المقاصة أو حرمان الدائن من مشاركة غيره في التنفيذ على أموال المدين إذا باشروا ذلك.
- ولكون نظرة الميسرة لمصلحة المدين، فإن له الحق في النزول عنها ويقوم بالوفاء للدائن، ولا يستطيع الدائن أن يمتنع عن الوفاء إلا إذا روعي في المهلة القضائية مصلحة مشروعة للدائن ففي هذه الحالة على المدين أن يلتزم بالأجل المحدد في المهلة القضائية، فمثلا إذا كان الدين يغل فوائد لصالح الدائن فيجوز للدائن أن يرفض الوفاء قبل حلول الأجل.
- وهي تطابق نص المادة 346 مصري، 324 سوري، 333 ليبي، 394 عراقي، 281 جزائري، 334 أردني.

مادة (377)

1. إذا كان الدين مؤجلاً فللمدين أن يوفي به قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متمحضاً لمصلحته ويجبر الدائن على القبول، ما لم يلحقه ذلك من ضرر جسيم.

2. إذا وفى المدين الدين قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلاً كما كان.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حكم الوفاء بالدين المؤجل، إذ تجيز للمدين بدين مؤجل أن يفي به قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متمحضاً لمصلحة المدين، ويكون كذلك في حالة دين القرض دون فوائد، ويجبر الدائن على قبول الوفاء قبل حلول الأجل لأن الأجل لمصلحة المدين، والمدين نزل عنه وهو حر في ذلك ولا ضرر يلحق بالدائن أن يستلم الدين قبل حلول أجله بل يكون في الغالب في مصلحته، ويقوم المدين بالوفاء قبل حلول الأجل شريطة ألا يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر جسيم بالدائن، فإذا كان في الوفاء قبل حلول الأجل ما يلحق بالدائن ضرر جسيم، فيكون للدائن أن يمنع عن استيفاء الدين، فمثلاً إذا كان المدين ملتزماً نحو الدائن بتسليمه بضاعة في أجل متفق عليه، وأراد المدين أن يسلم الدائن هذه البضاعة قبل حلول الأجل، وكان الدائن غير مستعد لاستلامها بسبب افتقاره إلى مخازن، وكان من شأن أن يتسلمها أن يلحق به الضرر الجسيم نتيجة لذلك، له الحق في أن يرفض الاستلام لأن له مصلحة مشروعة في ذلك.

وإذا قام المدين بالوفاء قبل حلول الأجل، وبعد استلام الدائن الشيء الموفى به استحق هذا الشيء حيث ظهر أنه ملك شخص آخر وطالب به مالكة، فيكون له أن يأخذه من الموفى له، ويترتب على ذلك أن يعود الدين مؤجلاً كما كان.

وهي تطابق نص المادة 395 عراقي، 335 أردني، وتراجع المواد 212، 213، من مرشد الحيران.

مادة (378)

1. إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بخلاف ذلك.
2. في الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار يكون الوفاء في مكان وقوعه ما لم يوجد ما يقضي بغير ذلك.
3. أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء، في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال.

المذكرة الإيضاحية:

يفرق النص في تحديده لمكان الوفاء بين ما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وبين الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، وبين الالتزامات الأخرى التي لا يكون محلها شيئاً معيناً بالذات.

فإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، يكون تسليمه في المكان الموجود فيه ذلك الشيء وقت نشوء الالتزام، ولكن يستطيع كل من المتعاقدين مخالفة ذلك باتفاقهما على مكان آخر غير المكان الموجود فيه الشيء المعين بالذات ليكون مكاناً للوفاء، وإذا وجد نص قانوني خاص بحالة معينه يجعل مكان الوفاء في مكان آخر غير المكان الموجود فيه الشيء المعين بالذات مثل البيوع البحرية فلا يكون مكان تسليم محل الالتزام في مكان وجوده وقت نشوء الالتزام، بل قد يكون مكان التسليم على رصيف الميناء، أو على ظهر السفينة.

وإذا كان محل الالتزام التعويض عن فعل ضار فيكون مكان الوفاء به مكان وقوع الفعل الضار إلا إذا وجد نص خاص يجعل مكان الوفاء مكانا آخر غير مكان وقوع الفعل الضار، أما محل الوفاء بالالتزامات الأخرى فيكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الموجود فيه موطن أعماله، وهذا يعبر عنه بقاعدة الدين مطلوب لا محمول، وموطن المدين وقت الوفاء هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة أما موطن أعماله فهو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، حيث يكون موطن لإدارة أعماله المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة. ويمكن اتخاذ موطن مختار يتفق عليه المتعاقدان كتابة لتنفيذ الالتزامات الناتجة عن العمل القانوني الذي أبرم بينهما فيكون مكان الوفاء الموطن المختار. وفي اعتقادي أن لا لزوم للفقرة الثانية حيث أن الفقرة الثالثة تكفي، حيث يكون المكان الذي يوجد فيه موطن المسؤول عن الفعل الضار هو مكان الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار.

والفقرتان الأولى والثالثة تطابقان نص المادة 347 مصري، 345 سوري، 334 ليبي، 396، 397 عراقي، 302 لبناني، 282 جزائري، 336 أردني.

مادة (379)

تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة حكم نفقات الوفاء، ويعد من نفقات الوفاء بالالتزام نفقات إفراز الشيء المعين بالنوع كأجور الوزن، أو الكيل، أو القياس، ونفقات المخالصة التي يحصل عليها المدين من الدائن كما هو الحال في ثمن طوابع الدمغة التي تفرضها الدولة على المخالصات، وتكون النفقات على المدين، إلا إذا تم الاتفاق بينه وبين الدائن

على أن تكون على الدائن أو إذا نص القانون على أن تكون نفقات الوفاء على الدائن وليس على المدين.

وهي تطابق نص المادة 348 مصري، 346 سوري، 335 ليبي، 283 جزائري، 338 أردني.

مادة (380)

لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة بما وفاه فإذا رفض الدائن ذلك جاز للراغب في الوفاء إيداع الدين وفقا للقانون.

المذكرة الإيضاحية:

من المهم أن يتمكن المدين من إثبات أنه قد أوفى بدينه، ولما كانت القاعدة في الإثبات انه إذا زادت قيمة الدين على عشر جنيهاً يجب إثبات الدين كتابة، كما وجب إثبات الوفاء به كتابة فيما لو ثار نزاع بخصوص الوفاء، لذلك أعطت المادة لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة بما وفاه، فإذا وفى بكل الدين له أن يطلب من الدائن مخالصة تثبت أن الدائن استوفى كل الدين، وإذا وفى بجزء من الدين، له أن يطلب من الدائن مخالصة بالجزء الذي استوفاه الدائن، حتى يتمكن من إثبات ما وفاه فيما لو ثار نزاع بينه وبين الدائن بخصوص الدين.

وإذا طلب من يرغب في الوفاء مخالصة من الدائن ورفض الأخير، جاز له إيداع الدين وفقاً لأحكام القانون، ويحصل على ما يثبت أنه وفى بالدين بعد قيامه بالإيداع. وهي تطابق نص المادة 339 أردني، مع ملاحظة أن المادة 399 أردني ورد فيها جاز للمدين أن يودع الدين المستحق إيداعاً قضائياً، في حين ورد في المادة 380 من المشروع جاز للراغب في الوفاء، إيداع الدين وفقاً للقانون، والأدق ما ورد في المشروع لأنه قد يكون الموفي شخصاً آخر غير المدين، ثم انه لم يرد في نص المادة 380 من المشروع عبارة أن يودع الدين المستحق، وإنما ورد الدين، حيث

يجوز الوفاء بالدين قبل تاريخ استحقاقه بشروط محددة كما ورد في المادة 377 من المشروع.

الفصل الثاني

إنقضاء الدين بما يعادل الوفاء

الفرع الأول

الوفاء بمقابل

مادة (381)

إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

المذكرة الإيضاحية:

الأصل أن يتم الوفاء للدائن بنفس الشيء المتفق عليه، ولا يجوز جبره على استيفاء شيء آخر، حتى لو كان هذا الشيء أكثر قيمة مما اتفق عليه، ولكن إذا اتفق المدين مع الدائن على استيفاء الدائن شيئاً آخر غير الشيء المتفق عليه في مقابل ما تم الاتفاق على الوفاء به أصلاً، فإذا استوفى الدائن الشيء الآخر فإن الدين ينقضي وتبرأ ذمة المدين.

ويظهر من النص أنه يشترط حتى يتحقق الوفاء بمقابل ما يأتي:

1. قبول الدائن الوفاء بمقابل، فالوفاء بمقابل يتوقف على قبول الدائن، فإذا لم يقبله الدائن أو أجبر على قبوله، فلا يتحقق الوفاء بمقابل، لأن الدائن لا يجبر على استيفاء شيء آخر غير الدين المستحق أصلاً.

2. أن يقدم الدائن شيئاً آخر عوضاً عن الشيء المستحق للدائن للوفاء بالتزامه، وألا يكون الشيء الذي قدمه المدين كعوض أحد شيئين التزم المدين بأحدهما على سبيل التخيير أو البذل.
 3. أن ينفذ الوفاء بالشيء المقابل، فإذا وجد اتفاق بين الدائن والمدين دون أن يصاحبه تنفيذ فتكون بصدد تجديد الالتزام الأصلي، لأنه ينقضي ويحل التزام جديد محله يختلف في موضوعه.
- وهي تطابق نص المادة 350 مصري، 348 سوري، 337 لبيي، 399 عراقي، 318 لبناني، 285 جزائري.

مادة (382)

1. تسري أحكام البيع على الوفاء بمقابل إذا كان مقابل الوفاء شيئاً معيناً أعطى في مقابل الدين.
 2. وتسري عليه أحكام وفاء الالتزام من حيث أنه يترتب عليه انقضاء الدين.
- المذكرة الإيضاحية:

1. تنص الفقرة الأولى على تطبيق أحكام البيع على الوفاء بمقابل شريطة أن يكون مقابل الوفاء شيئاً معيناً أعطي في مقابل الدين، مثل أن يعطي المدين الدائن سيارة مقابل الدين، فتسري أحكام عقد البيع في هذه الحالة، وهذا يعني تطبيق قواعد نقل ملكية السيارة، وضمان الاستحقاق، فلو فرض أن السيارة غير مملوكة للمدين، وعاد مالکها على الدائن الذي استوفاه من المدين مقابل الدين، كان للدائن أن يعود على المدين بضمان الاستحقاق، كما يعود المشتري على البائع، ويلتزم المدين أيضاً بضمان العيوب الخفية في السيارة، فإذا وجد فيها عيب خفي يستطيع الدائن أن يعود عليه بالضمان تماماً كما يعود المشتري على البائع، ويجب أن تتوفر أهلية التصرف في الدين، وأهلية استيفاء الدين من الدائن.

2. وتنص الفقرة الثانية على سريان أحكام وفاء الالتزام على الوفاء بمقابل لأنه يترتب عليه انقضاء الدين، فإذا وجدت ديون متعددة بين الدائن والمدين وجب مراعاة قواعد احتساب الحسم المنصوص عليها في المشروع.

مادة (383)

يترتب على وفاء الدين بمقابل انقضاء هذا الدين مع ضماناته، وينتقل حق الدائن إلى المقابل.

المذكرة الإيضاحية:

الأثر المترتب على وفاء الدين بمقابل، انقضاء الدين مع ضماناته، واعتقد أن الفقرة الثانية أعطت حكم انقضاء الدين بالوفاء بمقابل، لذلك تكرر ما من قبيل العيب في الصياغة لذلك اقترح حذف عبارة انقضاء هذا الدين من النص. ولا يوجد ما يدعو إلى وجود عبارة وينتقل حق الدائن إلى المقابل، لأن ما ورد في المادة السابقة يغني عنها، لأنها نصت على سريان أحكام البيع، وعلى سريان أحكام الوفاء وهذا يكفي.

لذلك اقترح حذف عبارة وينتقل حق الدائن إلى المقابل لأنها لا تضيف جديدا فضلا عن أن المادة السابقة تغني عنها فتلافيا للعيب في الصياغة يجب حذفها ويتبقى بعد ذلك انقضاء ضمانات الدين، وهذا يعني أن الدين القديم وما تبعه من تأمينات شخصية وعينية تزول ولو استحق المعطى للوفاء في يد الدائن، وبناء على ما سبق يظهر أن طبيعة الوفاء بمقابل مركبة حيث يختلط فيها البيع، مع الوفاء مع التجديد، وأرى أن يعدل نص المادة ليصبح على النحو الآتي (يترتب على وفاء الدين بمقابل انقضاء ضمانات هذا الدين).

وهي تقارب نص المادة 342 أردني.

الفرع الثاني

التجديد

يقصد بالتجديد استبدال دين قديم بدين جديد مغاير له في عنصر من عناصره، ويترتب عليه انقضاء التزام قائم ونشوء التزام جديد محله. وقد قلت أهمية التجديد لأن حوالة الدين تكفي في حالة التجديد بتغيير المدين، وحوالة الحق تغني عن التجديد بتغيير الدائن، والوفاء بمقابل يغني عن التجديد بتغيير الالتزام، لذلك اتجهت التشريعات الحديثة إلى عدم تنظيم التجديد. وكانت الأقلية في اللجنة المكلفة بصياغة المشروع ترى أنه لا لزوم لوضع أحكام تنظم التجديد، لأن الأحكام التي تنظم حوالة الحق وحوالة الدين، والوفاء بمقابل فيها الغناء عن التجديد إلا أن أغلبية اللجنة رأت وضع أحكام خاصة بالتجديد.

مادة (384)

يتجدد الالتزام :

1. بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله أو في مصدره.
2. بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع شخص آخر على أن يكون مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضاه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص آخر قبل أن يكون هو المدين الجديد.
3. بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وشخص آخر على أن يكون هو الدائن الجديد.

المذكرة الإيضاحية:

تبين الفقرة الأولى انه لكي يتحقق التجديد لا بد من وجود التزام قديم ينقضي بالإتفاق على وجود التزام جديد، فإذا لم يوجد الالتزام القديم أصلاً أو وجد وانقضى قبل الإتفاق على التجديد، فإن التجديد لا يتم، ويعود ذلك إلى أن الالتزام الجديد يستمد وجوده من الالتزام القديم.

وحتى يتم التجديد يجب أن يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم في أحد عناصره الرئيسية فالمغايرة في أحد العناصر الرئيسية، أمر ضروري لقيام الالتزام الجديد، والمغايرة في عنصر رئيس تتمثل في اختلاف الالتزامين من حيث المحل أو المصدر أو المدين أو الدائن.

أما إذا كانت المغايرة في أمر غير رئيس فلا يعد ذلك تجديداً، ومن قبيل المغايرة غير الرئيسية تغيير طريقة الوفاء، أو إضافة اجل للالتزام القديم، أو إضافة شرط جزائي..الخ.

ويتم التجديد بتغيير الدين، أي باختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في محله، ومن أمثلة ذلك إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً، واتفق الطرفان على أن يكون محل الالتزام الجديد أرضاً، أو أثاثاً، أو بضاعة..الخ.

ويتم التجديد بتغيير المدين ويتحقق ذلك بإتفاق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على انقضاء الالتزام القديم، ووجود الالتزام الجديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد، وينتج عن ذلك أن تبرأ ذمة المدين الأصلي، والتجديد هنا يقابل حوالة الدين بإتفاق بين المدين القديم والمدين الجديد، ولكنه يختلف عن الحوالة في أن رضا الدائن في تغيير المدين ركن في وجود التجديد بينما في حوالة الدين فإن العقد يتم بين المدين القديم والمدين الجديد، ولا يسري العقد في حق الدائن إلا بإعلانه وإقراره، والسبب في ذلك أن التجديد اتفاق على انقضاء التزام المدين الأصلي أي انقضاء التزام المدين الأصلي، ويلزم لتحقيق ذلك رضا الدائن، أما حوالة الدين فهي تنقل الدين من مدين إلى مدين جديد، لذلك يكفي التراضي بينهما ولا ضرورة لرضا الدائن

بذلك، ولكن لكون المدين يتغير لا بد من إعلان الدائن وإقراره حتى تكون الحوالة نافذة في حقه.

ويتحقق أيضا التجديد بتغيير المدين باتفاق بين الدائن وشخص آخر يلتزم بمقتضاه هذا الشخص بالدين في مواجهة الدائن، ويتم التجديد في هذه الحالة دون رضا المدين الأصلي، وهذه الصورة تقابل حوالة الدين باتفاق الدائن والمدين الجديد، ولا يشترط رضا المدين في التجديد أو الحوالة إذ يجوز أن يقوم الغير بالوفاء بالدين عن المدين دون حاجة لرضاه.

ويتم التجديد بتغيير الدائن باتفاق الدائن والمدين القديم وأجنبي على أن يكون الأجنبي هو الدائن الجديد، فينقضي نتيجة لهذا الإتفاق الإلتزام القديم، ويوجد التزام جديد عنصر التعبير فيه من الدائن، فالتجديد في هذه الحالة لا يتحقق إلا باتفاق الأطراف الثلاثة، هم الدائن والمدين والأجنبي الدائن الجديد، وبالتالي تختلف هذه الصورة عن حوالة الحق التي تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا المدين، إذ يكفي إعلانه بالحوالة لتكون سارية في حقه ويرد هذا الاختلاف إلى أن الحق الذي انتقل بالحوالة إلى الدائن، هو نفس الحق الذي في ذمة المدين، وكل ما حدث هو تغيير الدائن، وعلى خلاف ما هو الحال في التجديد الذي يترتب عليه زوال الدين وشغل ذمة المدين بدين جديد لذلك لا بد من رضاه بالتجديد.

ويتم التجديد بتغيير محل الإلتزام، فإذا كان محل الإلتزام القديم نقودا واتفق الدائن والمدين على أن يكون محل الإلتزام الجديد أرضا، أو بضاعة، أو أثاثا.. الخ، فإن التجديد يتم بسبب تغيير محل الإلتزام.

ويتم التجديد باختلاف الإلتزام الجديد عن الإلتزام القديم في المصدر، فمن يشترى شيئا ولم يملك النقود اللازمة للوفاء بالثمن ويتفق مع البائع على أن يصبح الثمن دينا في ذمته، فيتحقق التجديد إذ إن مصدر الإلتزام القديم هو عقد البيع في حين أصبح مصدر الإلتزام الجديد هو القرض.

وهي تطابق نص المادة 352 مصري، 351 سوري، 339 ليبي، 287 جزائري.

مادة (385)

1. لا يتم التجديد إلا إذا خلا كل من الالتزامين القديم والجديد من أسباب البطلان.

2. إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد موقوف، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله.

المذكرة الإيضاحية:

1. تقضي الفقرة الأولى بعدم وجود التجديد في حالة ما إذا شاب الالتزام القديم، أو الالتزام الجديد سبب من أسباب البطلان، لذلك حتى يتم التجديد يجب أن يكون كل من الالتزامين القديم، والجديد خاليين من أسباب البطلان.

2. إذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأي سبب من أسباب بطلان العقد، فيكون الالتزام القديم معدوماً، ولا ينتج عن العقد الباطل أي أثر ولا يمكن أن يكون هناك تجديداً للالتزام المعدوم.

3. يجب أن يكون الالتزام الذي نشأ عن التجديد التزاماً صحيحاً، فالدائن قبل انقضاء الالتزام القديم في مقابل إنشاء التزام جديد، ومصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته أي العقد الذي أبرم ما بين الدائن والمدين فإذا كان هذا العقد باطلاً لم ينشأ الالتزام الجديد وسقط التجديد تبعاً لذلك وبقي الالتزام القديم دون انقضاء. وتبين الفقرة الثانية حكم كون الالتزام القديم ناشئاً عن عقد موقوف، ويلاحظ أن المشروع أقالع عن فكرة العقد الموقوف وأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال بعد مناقشات طويلة من قبل أعضاء لجنة الصياغة، لذلك يجب تعديل نص الفقرة الثانية بحذف كلمة موقوف ووضع مكانها قابل للإبطال.

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال لسبب من أسباب قابلية العقد للإبطال كعيب في الإدارة أو نقص في الأهلية، فالأصل أن تجديد هذا الالتزام لا يكون صحيحاً بل يكون مهدداً بالإبطال، فإذا طلب من له الحق في التمسك بإبطال العقد انعدام الالتزام القديم، ويتبع ذلك انعدام الالتزام الجديد على أن الفقرة الثانية أوردت استثناء على ذلك يتمثل في أنه إذا كان الطرف الذي له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم، قد أصبح في حال يستطيع معها إجازة هذا العقد ثم أقدم على التجديد وهو قاصد ذلك، أي كان على بصيرة من الأمر فإن التجديد ذاته يعد إجازة للعقد، فينقلب الالتزام القديم صحيحاً، ويصح تبعا لذلك الالتزام الجديد ويحل محل الالتزام القديم ويتم التجديد.

وإذا كان عقد التجديد قابلاً للإبطال، فيكون مصير التجديد مهدداً، فإذا ما أبطله صاحب الحق زال الالتزام الجديد، وعاد الالتزام القديم بأثر رجعي، أما إذا أجاز عقد التجديد فقد انقلب صحيحاً، ويبقى الالتزام الجديد قائماً ويحل محل الالتزام القديم. وهي تطابق نص المادة 353 مصري، 351 سوري، 340 ليبي، 288 جزائري.

مادة (386)

1. التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف.

2. لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ومما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات، ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من الفقرة الأولى أن التجديد عقد، وهذا يستلزم توافر أركان العقد وشروط صحته، ويتميز بأن الرضا لا بد أن يشتمل على نية التجديد، ويجب أن تكون النية واضحة في العقد، لأن التجديد لا يفترض، وعقد التجديد ينشأ التزاماً جديداً، وهو في نفس الوقت إتفاق على إنهاء الالتزام القديم.

والتجديد باعتباره تصرفاً قانونياً يجب أن يكون رضا أطرافه خالياً من عيوب الإرادة، وله محل هو إنهاء الالتزام القديم، وإنشاء التزام جديد، وله سبب هو إبدال التزام بالتزام، حتى ينقضي الالتزام القديم، ولكن يجب أن تظهر بوضوح نية التجديد في الرضا لذلك لا بد أن تكون نية التجديد صريحة في العقد أو على الأقل، أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجالاً للشك فيها، وعند الشك فيما إذا كان يراد التجديد أو لا يراد، فإن الشك يفسر ضد التجديد ولا يعد أن هناك تجديد.

وحتى توجد نية التجديد يجب مغايرة الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره كتغيير محل الدين أو مصدره أو الدائن أو المدين، وهذه المغايرة الجوهرية تظهر منها نية التجديد بوضوح ويمكن استخلاص نية التجديد إذا وجدت ظروف تدل بوضوح على هذه النية، فيعد تجديداً إقرار البائع بأنه تسلم شيئاً آخر مقابل الثمن.

وأثبتت نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة في الإثبات، وعبء الإثبات يقع على من يدعيه لأن التجديد لا يفترض.

وبينت الفقرة الثانية أن مجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديدا بل لا يتعدى كونه إعداد دليل على دين موجود فعلا، وكذلك كل ما يحدث من تقييد يتناول زمان الوفاء أو مكانه، أو كلفه لا يعد تجديدا، وكذلك لا يعد تجديدا إضافة شرط جزائي أو تقديم تأمين عيني أو شخصي، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه. وهي تطابق نص المادة 354 مصري، 302 سوري، 341 ليبي، 2890 جزائري.

مادة (387)

لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جارٍ، وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره، على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى موجودا، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

يبين النص أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جارٍ لا يكون تجديدا لهذا الالتزام، لأن التجديد لا يتحقق إلا إذا حل التزام جديد محل التزام قديم، ومجرد تقييد الالتزام في الحساب الجاري قبل قطع الرصيد لا ينشئ التزاما جديدا يحل محل الالتزام الذي قيد، ومن ثم لا يوجد تجديد.

أما إذا قطع رصيد الحساب الجاري، وتم إقراره، فإن الرصيد يكون حقا لأحد طرفي الحساب ودينا في ذمة الآخر، وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة في الحساب الجاري، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذي حل محل الالتزامات المقيدة، وينتقل إلى الرصيد، التأمين الخاص الذي كان يكفل الالتزام المقيد، والتأمين يبقى موجودا بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وذلك لأن القانون يفترض أن نية

الطرفين انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به. هذا إذا لم يوجد إتفاق بين الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام في الحساب، وانقضائه على هذا الوجه. وهي تطابق نص المادة 355 مصري، 353 سوري، 341 ليبي، 290 جزائري.

مادة (388)

1. **يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد يحل محله.**
2. **لا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص من القانون أو إذا تبين من الإتفاق أن من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك.**

المذكرة الإيضاحية:

يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بمقوماته وصفاته ودفعه وما يلحق به من تأمينات، ويترتب على التجديد في الوقت ذاته وجود الالتزام الجديد، وبالتالي يوجد تلازم بين انقضاء الالتزام الأصلي، ووجود الالتزام الجديد، والالتزام الجديد يكون مختلفاً في عنصر من عناصره عن الالتزام الأصلي، وبالتالي فإن الالتزام الجديد يختلف عن الالتزام الأصلي، حيث يكون له دفعه وصفاته وتأميناته. فقد يكون الالتزام القديم تجارياً ويكون الالتزام الجديد مدنياً، وقد يكون الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ويكون الالتزام الجديد منجزاً، وقد يتقادم الالتزام الأصلي بمدة قصيرة ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول.

وإذا كان الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات عينية، أو شخصية فتزول هذه التأمينات بانقضاء الالتزام الأصلي، ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص القانون أو إلا إذا تبين من الإتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك. وهي تطابق نص المادة 356 مصري، 354 سوري، 343، ليبي، 291 جزائري، ويتفق مع نص المادة 404 عراقي، 1/325 لبناني.

مادة (389)

1. إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي، فإن الإتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية.
2. إذا كان التجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير.
3. إذا كان التجديد بتغيير المدين جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون الحاجة إلى رضا المدين القديم.
4. إذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات.
5. لا يكون الإتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة الأحكام التي يجب أن تراعى في حالة الإتفاق على نقل التأمينات العينية التي قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي، وهي على النحو التالي:
إذا كانت التأمينات مقدمة من المدين كرهن رسمي، أو رهن حيازي، فإن هذه الرهون لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بإتفاق خاص على ذلك.

وتختلف أطراف هذا الإتفاق باختلاف الطريقة التي تم بها التجديد، فإذا كان التجديد قد تم بتغيير الدين، فإن انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد لا يتم إلا بإتفاق بين الدائن والمدين أي بنفس الطريقة التي يتحقق بها التجديد، شريطة ألا يلحق اتفاقهما الضرر بالغير، لذلك لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان من الالتزام الأصلي فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصلي وكفل التأمين الالتزام الجديد كله لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذي قبل، وهذا المحذور يتحقق في التجديد بتغيير الدين دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن.

ويجوز للدائن والمدين الجديد في حالة التجديد بتغيير المدين، أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضا المدين القديم. أما إذا كان التجديد بتغيير الدائن فإن استبقاء التأمينات العينية يكون بإتفاق الدائن الأصلي والدائن الجديد والمدين.

ولا ينفذ الإتفاق على نقل التأمينات العينية في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد. ذلك انه لو تم التجديد قبل الإتفاق على نقل التأمينات لانقضى الالتزام الأصلي، وانقضت معه هذه التأمينات ولأفاد من انقضائها الغير، وهو هنا دائن له تأمين عيني متأخر عن التأمين الذي كان يكفل الالتزام الأصلي، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد الغير صاحب التأمين المتأخر، فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالإتفاق الذي يعقب التجديد على نقل التأمين المتقدم الذي كان قد نزل بالتجديد إلا الالتزام الجديد، ومن ثم لم يجز القانون، نقل التأمينات العينية التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد إلا إذا تم هذا الانتقال مع التجديد في وقت واحد. ويجب مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل، فيؤشر على هامش القيد الذي يشهر التأمين العيني بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد.

وهي تطابق نص المادة 357 مصري، 355 سوري، 344 ليبي، 2/325 لبناني، 292 جزائري.

مادة (390)

لا تنتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أم شخصية ولا التضامن إلا إذا رضى الكفلاء والمدينون المتضامنون.

المذكرة الإيضاحية:

قد يكون الغير هو الذي قدم تأمينات للالتزام الأصلي، والغير قد يقدم كفالة عينية، أو كفالة شخصية للالتزام الأصلي، أو مدينا متضامنا فيه، ففي جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين الذي قدمه الغير للالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، إلا برضا الغير مقدم التأمين، إذ لا يمكن بدون ذلك أن ينتقل إلى الالتزام الجديد، لأن الغير قد كفل التزاما معيناً وقد زال هذا الالتزام بالتجديد لذلك لابد من رضاه إذا وجدت رغبة في بقاءه كفيلاً للالتزام الجديد.

وإذا كان الالتزام الأصلي التزاماً تضامنياً، فقد سبق النص في المشروع في المادة 307 على ما يأتي (يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامين أن تبرأ ذمم باقي المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم)، وباقي المدينين المتضامين الذين لم يشتركوا في إجراء التجديد لا يكونون متضامين في الالتزام الجديد إلا برضاهم والتأمينات التي قدمها الغير لا يشترط نقلها مع التجديد في وقت واحد، بل يجوز الإتفاق على نقلها بعد إجراء التجديد، فيجوز أن يتفق أطراف التجديد مع الغير الذي قدم التأمين، أو مع المدينين المتضامين على نقل التأمين إلى الالتزام الجديد مع عدم الإخلال بحقوق الغير الذي له تأمين متأخر في المرتبة، فإذا تم التجديد قبل الإتفاق على نقل الرهن المتقدم إلى كفالة الالتزام الجديد، فقد انقضى هذا الرهن المتقدم بانقضاء الالتزام الأصلي المضمون بالرهن، فلا يجوز بعد أن استفاد الدائن المتأخر في المرتبة من زوال الرهن المتقدم أن تتفق أطراف التجديد مع الغير

الكفيل العيني على أن ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد فيضار الدائن المتأخر في المرتبة بإحياء رهن متقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى. وهي تطابق نص المادة 358 مصري، 356 سوري، 345 لبيي، 3/325 لبناني، 293 جزائري.

الفرع الثالث

الإنابة

مادة (391)

1. تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص آخر يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.
2. لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والشخص الآخر.

المذكرة الإيضاحية:

تقتضي الإنابة وجود أشخاص ثلاثة، المنيب، وهو المدين الذي ينيب شخص أجنبي ليفي الدين إلى الدائن، والشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين، ليفي بالدين إلى الدائن، ويسمى المناب، والدائن وهو المناب لديه، حيث ينيب المدين المناب، وهو الشخص الأجنبي ليفي بالدين إلى المناب لديه، وهو الدائن.

وفي الغالب أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه، لذلك ينيب المناب لوفاء الدين إلى المناب لديه، والغالب أن يكون المنيب دائنا للمناب لذلك اختاره ليقوم بالوفاء بالدين للمناب له، حتى ينقضي دين المناب لديه من ذمة المنيب.

وقد لا يكون المنيب مدينا للمناب لديه، كأن يكون قد رغب في التبرع بمال للمناب لديه وليس لديه مال، فاختار المناب ليدفع التبرع إلى المناب لديه، سواء أكان المناب مدينا أم غير مدين للمنيب.

وقد يكون المناب مدينا للمنيب، وقد لا يكون مدينا للمنيب، ومع ذلك يرضى بالوفاء بدينه للمناب لديه على أن يرجع على المنيب فيما بعد بما وفاه عنه، وقد يكون متبرعا فلا يرجع على المنيب.

ومديونية المناب للمنيب ليست حتمية، بل وليست غالبية في العمل كما تغلب مديونية المنيب للمناب له وقد تولت الفقرة الثانية من المادة إبراز هذا الوضع، حيث ورد فيها انه تقضي الإنابة وجود مديونية سابقة ما بين المدين والشخص الآخر وهو المناب. ولا تتم الإنابة إلا إذا رضي الدائن بشخص آخر قدمه المدين ليلتزم بوفاء الدين مكان المدين، فالإنابة عمل قانوني بمقتضاه يوافق الدائن المدين على أن يلتزم شخص أجنبي بوفاء الدين مكان المدين. وهي تطابق نص المادة 359 مصري، 357 سوري، 346 ليبي، 405 عراقي، 1، 2/326 لبناني، 292 جزائري.

مادة (392)

1. إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب له، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا، وألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة.
2. لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يتم الإتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول.

المذكرة الإيضاحية:

إذا كان اتفاق الإنابة يتضمن استبدال بالتزام سابق التزام جديد، تكون الإنابة كاملة حيث تضمنت تجديداً للدين بتغيير المدين، ويلزم لذلك رضا المناب لديه (الدائن) بالتزام المدين الجديد (المناب) وتبرأ ذمة المنيب (المدين) من الدين.

ويترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد، وبالتالي لا يجوز للدائن الرجوع إلا على المدين الجديد، وفي حالة إعساره لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين القديم إلا إذا اشترط ذلك عند التجديد.

ولم تأخذ المادة بهذا الحكم، إذ اشترطت عدم إعسار المناب وقت الإنابة، فإذا كان معسرا وقت الإنابة رجع المناب لديه الدائن على المنيب (المدين)، دون أن يكون قد اشترط ذلك عند الإنابة.

ولا يفترض التجديد في الإنابة، إذ لا بد من الإتفاق عليه، فإذا لم يتم ذلك قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول، وتسمى هذه الحالة بالإنابة الناقصة، وتكون الإنابة ناقصة إذا لم تتضمن تجديدا للدين إذ يبقى في هذه الحالة المدين الأصلي (المنيب) ملتزما إلى جانب المناب (المدين الجديد) ويكون للدائن مدينان يحق له الرجوع على أي منها.

والإنابة الناقصة هي الشائعة في العمل لأنها تمكن الدائن من الرجوع على مدينين بدلا من مدين واحد إذ تعد في هذه الحالة كتأمين شخصي للدائن من شأنها أن تؤدي عمل التضامن السلبي دون أن تختلط به.

ويمكن للدائن أن يطالب أي من المدينين، ويطرأ على قيام من طالبه الدائن بالوفاء براءة ذمة الآخر.

وهي تطابق المادة 60 مصري، 1/358 سوري، 1/347 ليبي، 1/406 عراقي، 327 لبناني، 295 جزائري.

مادة (393)

يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا، ولو كان التزام المناب قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية:

الدين الذي أنشأته الإنابة في ذمة المناب، للمناب لديه هو دين مجرد، بمعنى أنه لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة المناب للمنيب، ولا فرق في هذه الحالة بين الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة، فإذا كان الدين الذي في ذمة المناب للمنيب باطلا أو كان قد انقضى، أو كان بإمكان المناب أن يدفع في مواجهة المنيب بأي دفع آخر، فليس لأي شيء من هذا أثر في الدين الذي في ذمة المناب للمناب لديه، ويرجع ذلك إلى أن المناب لديه عندما قبل أن يكون المناب مدينا له لم يدخل في اعتباره أن هذه المديونية لها أية علاقة بالمديونية ما بين المناب والمنيب.

ونص المادة يسري على الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة، فإذا وفى المناب الدين للمناب لديه، وكان التزامه نحو المنيب باطلا، أو كان قد انقضى، فإنه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب حسب الأحوال.

ويمكن للمناب أن يتفق مع المنيب على جعل التزامه نحو المنيب سببا لالتزامه نحو المناب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المناب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلا أو كان قد انقضى أو كان قد دفعه بأي دفع آخر.

وهي تطابق نص المادة 361 مصري، 359 سوري، 349 ليبي، 407 عراقي، 296 جزائري.

الفرع الرابع

المقاصة

مادة (394)

المقاصة إما قانونية تقع بقوة القانون، أو اختيارية تتم بإتفاق الطرفين، أو قضائية تتم بحكم المحكمة.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة أنواع المقاصة، حيث المقاصة الجبرية التي تقع بقوة القانون إذا توافرت شروطها، ومقاصته اختيارية تقع بإتفاق الطرفين، أو بإرادة أحدهما، في حالة تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية، وكان مقصودا به مصلحة الطرفين أو مصلحة أحدهما فقط، ومقاصة قضائية تتم بحكم المحكمة إذا تخلف شرط من شروط المقاصة الجبرية.

والمادة أخذت بما ذهب إليه المدرسة اللاتينية التي عرفت أنواع المقاصة الثلاثة متأثرة في ذلك بما ذهب إليه الرومان من الأخذ بالمقاصة القضائية، في حين ذهب المدرسة الجرمانية إلى عدم الأخذ لا بالمقاصة القانونية ولا بالمقاصة القضائية، بل جعلت المقاصة رهينة بإعلان عن الإرادة يصدر من أحد الطرفين للآخر فتقع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى توافرت شروط المقاصة، وعليه فإن المقاصة في المدرسة الجرمانية تكون تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد.

وقد ورد في نص الفقرة الأولى من المادة 138 من تقنين الالتزامات السويسري ما يلي:

(لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن المدين للدائن بنيته في التمسك بها، فينقضي الدينان عندئذ بمقدار الأقل منهما ومن اللحظة التي كان فيها الدينان صالحين للمقاصة).

وقد نصت المادة 397 من التقنين المدني الألماني على ما يأتي (إذا كان شخصان مدينان كلا منهما للآخر بدين من جنس واحد جاز لكل منهما أن يقاص حقه في الحق الذي للآخر من الوقت الذي يستطيع أن يطالب فيه بحقه وأن يؤدي الحق الذي عليه) ونصت المادة 388 من التقنين المدني الألماني على ما يأتي: (تتم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه للطرف الآخر ولا تصح إذ علقت على شرط أو أضيفت إلى أجل).
ومشروع القانون المدني العربي الموحد نص في المادة 409 على أن المقاصة نوعان وجوبية تقع بحكم القانون بمجرد توافر شرائطها، ورضائية تقع بإتفاق الطرفين، ولم ينص على المقاصة القضائية.
وهي تطابق نص المادة 344 أردني.

مادة (395)

يشترط في المقاصة القانونية أن يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر ولو اختلف سبب الدين وأن يتماثل الدينان جنساً ووصفاً واستحقاقاً وقوةً وضعفاً، ولا يمنع وقوع المقاصة أن يتأخر الوفاء لمهلة منحتها المحكمة أو تبرع بها الدائن.

النص القديم : (418)

يشترط في المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر وأن يتماثل الدينان جنساً واستحقاقاً وقوةً وضعفاً، وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن المقاصة الجبرية تقع بقوة القانون، أي هي نوع من أنواع الوفاء الجبري إذا تحققت الشروط الآتية.

أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر، أي أن يكون الدين بين شخصين يكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت، أي لا بد من وجود تقابل بين الدينين، فتقع المقاصة بقدر الأقل منها، أما إذا لم يكن كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت فلا تقع المقاصة، فلا يحق للشريك التمسك بالمقاصة بين ما هو حق للشركة وبين دينه الشخصي، ولا يجوز للوكيل أن يطلب المقاصة بين حق موكله ودينه هو.

ويشترط أن يكون الدينان من نوع واحد حتى تقع المقاصة، لأن المقاصة تقوم مقام الوفاء، لذلك لا بد من التماثل في موضوع الدينين حتى يستوفي كل طرف المستحق له، ولا تقع المقاصة إذا كان كل من الدينين شيئاً قيمياً أو مثلياً مختلفاً عن الآخر، ولكن إذا اتحدت الأشياء المثلية من النوع، والدرجة، والجودة تقع المقاصة فيها. ولا تقع المقاصة، إذا كان محل الدين نقوداً ومحل الدين الآخر من المثليات.

واشترطت المادة تماثل الدينين في الجنس، والصنف، والاستحقاق، والقوة، والضعف لذلك لا مقاصة بين دينين محل أحدهما قمح، ومحل الآخر ذرة، ولا بين دينين محل أحدهما قمح هندي، ومحل الآخر قمح أسترالي، إذ إن المثليات يجب أن تتحد في نوعها وفي درجة جودتها، ولا تقع المقاصة بين التزام طبيعي والتزام مدني لأن الالتزام المدني أقوى من الالتزام الطبيعي، ولا تقع المقاصة بين الالتزام بالامتناع عن عمل، أو القيام بعمل، إلا إذا كان العمل هو إعطاء شيء.

وإذا لم يتحقق التماثل بين الدينين، ومع ذلك إتفق الطرفان على انقضاء كل من الدينين في مقابل الآخر فلا يكون في الأمر مقاصة وإنما وفاء بمقابل.

ويجب تماثل الدين في المطالبة، لذلك لا تجوز المقاصة بين التزام مدني، والتزام طبيعي، لأن الأول يمكن المطالبة به وإجبار المدين على الوفاء به، في حين لا يجبر المدين بالثاني على الوفاء به. ويجب أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز عليه، فإذا كان أحد الدينين قابلاً للحجز عليه والآخر غير قابل للحجز عليه، فلا تقع المقاصة بينهما، ويرجع ذلك إلى أن المقاصة تتصف بأنها تنفيذ قهري للالتزام، وهذا

لا يمكن وقوعه على الأموال غير القابلة للحجز، لأنه لا يجوز التنفيذ عليها، لذلك لا مقاصة إذا كان أحد الدينين دين نفقة.

والمقاصة تقع في دينين خاليين من النزاع، ويعد الدين خاليا من النزاع إذا كان ثابتا في وجوده ومقداره، ولا يوجد نزاع في ذلك، والنزاع الذي يحول دون وقوع المقاصة هو النزاع الجدي، أما إذا كان نزاعا مصطنعا فلا يحول دون وقوعها.

والمقاصة وفاء مزدوج، والوفاء لا يجب إلا إذا كان الدين مستحق الأداء، لذلك وجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء، أما إذا كان أحدهما مستحق الأداء، والآخر غير مستحق الأداء فلا تقع المقاصة بينهما، فمثلا إذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لم ينفذ بعد، أو مقترنا بأجل واقف لم يحل بعد فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر مستحق الأداء.

ويجب حذف الفقرة التي وردت في آخر المادة وهي (وإذا يضر إجراؤها بحقوق الغير) لأن هذا الحكم نصت عليه المادة 401 من المشروع، وحذف مصطلح المقاصة الجبرية وكتابة المقاصة القانونية، لأنها وردت كذلك في باقي النصوص. على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (418) من المشروع على النحو الوارد في المادة (395).

وهي تطابق نص المادة 1/364 مصري.

مادة (396)

يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك.

المذكرة الإيضاحية:

لا يشترط لوقوع المقاصة أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء بهما في مكان واحد، فإذا افترض أن أحد الدينين يدفع في غزة، والدين الآخر يدفع في رام الله، وتوافرت شروط المقاصة في الدينين، وتم التمسك بالمقاصة، فإنها تقع بالرغم من اختلاف مكاني الوفاء، غير أن الدائن الذي كان يجب أن يستوفي حقه في رام الله قد حرم من ذلك من جراء المقاصة، فيستطيع بالرغم من وقوع المقاصة أن يرجع على الدائن الآخر بمصروفات نقل المبلغ من غزة إلى رام الله، وإن كان الدائن الآخر هو الذي تمسك بالمقاصة فيستطيع الدائن الأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل المبلغ من رام الله إلى غزة.

وهي تطابق نص المادة 364 مصري، 362 سوري، 351 ليبي، 410 عراقي.

مادة (397)

1. تتم المقاصة القضائية بحكم من المحكمة إذا توافرت شرائطها بطلب أصلي أو عارض.
2. إذا كان أحد المدينين غير معين المقدار، أو كان متنازعا عليه جاز للقاضي إجراء المقاصة بينهما هذا مع مراعاة الفقرة الأولى من هذه المادة.

المذكرة الإيضاحية:

تكون المقاصة القضائية في صورة دعوى أمام القضاء، وهي عادة تكون عارضة يرفعها المدعي عليه على المدعي يدفع بها الدعوى الأصلية، وقد نصت المادة 98 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 على (للمدعي عليه أن يقدم من الطلبات العارضة، طلب المقاصة وطلب الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من جراء إجراءات التقاض).

ويطلب المدعى عليه في الدعوى العارضة من القاضي أن يسقط الدين المطلوب منه في دين يدعيه على المدعي، بأن يفض النزاع في خصوص هذا الدين الذي يدعيه على المدعي إذا كان الدين متنازعا فيه أو أن يعين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ثم يجري المقاصة القضائية بعد ذلك.

فإذا قبل القاضي كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة بعد أن فض النزاع في شأن الدين الذي يدعيه المدعي عليه في ذمة المدعى، أو بعد أن عين مقداره فإنه يجري المقاصة القضائية بين الدينين، وحكم القاضي هو الذي ينشئ المقاصة القضائية وهذا يعني أنها لا تقع إلا من وقت صدور الحكم بها لا من وقت الدعوى العارضة لأن الحكم هنا منشئ وليس كاشفاً.

وفي هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التي تقع من وقت تلاقي الدينين، والمقاصة الاختيارية التي تقع من وقت إعلان الإرادة في إجرائها. والمقاصة القضائية تكون في الحالات التي لا تتوفر فيها شروط المقاصة القانونية، وتكون الشروط أو الشرط المتخلف ليس من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعي عليه وحده، وإلا لأمكن له أن ينزل عنها، وأن يجري المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيدا.

لذلك تكون المقاصة القضائية حيث يتخلف شرط خلو الدين من النزاع، أو يكون غير معلوم المقدار، فيمكن أن يتخلف أحد هذين الشرطين، أو كلاهما، وهنا يلجأ المدعى عليه للمقاصة القضائية.

والفقرة الأولى من المادة تطابق نص المادة 347 أردني.

مادة (398)

إذا تخلفت إحدى الشرائط المنصوص عليها في المقاصة القانونية، فإن ذلك لا يحول دون اتفاق الطرفين على إجراء المقاصة.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص انه إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية، كما لو كان أحد الدينين متنازعا فيه أو كان غير مستحق الأداء، أو غير قابل للحجز...الخ، فلا يمنع ذلك من أن تقع المقاصة باتفاق الطرفين، وهذا الإتفاق يكون صحيحا وفقا لمبدأ حرية الاتفاقات، وتسمى المقاصة في هذه الحالة بالمقاصة الاتفاقية أو الاختيارية.

والمقاصة الاختيارية قد تقع بإرادة أحد الطرفين أو تقع بإرادة الطرفين معا، وتقع بإرادة أحد الطرفين إذا كان أحد الدينين غير مستحق الأداء بسبب عدم حلول الأجل، فيجوز لمن اشترط الأجل لمصلحته أن ينزل عنه، وأن يتمسك بالمقاصة، وإذا كان الأجل قد اشترط لمصلحة الطرفين معا، فلا تقع المقاصة الاختيارية إلا باتفاقهما على ذلك، وهذا يقتضي نزولهما عن الأجل.

ولكن تنقيد إرادة الطرفين بعدم مخالفة النظام العام، فمثلا لا يجوز الإتفاق على المقاصة بعد شهر إفلاس المدين حرصا على مصلحة باقي الدائنين.

والمقاصة الاختيارية لا تؤدي إلى انقضاء الالتزامين المتقابلين إلا من وقت التمسك بها أو الإتفاق عليها إذ لا يتصور فيها الأثر الرجعي للمقاصة القانونية، مع مراعاة حقوق الغير بأن لا تتأثر بالمقاصة.

وهي تقارب نص المادة 346 أردني.

مادة (399)

لا تقع المقاصة القانونية في الحالات الآتية:

- أ. إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده.
- ب. إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال.
- ج. إذا كان حق الدائن غير قابل للحجز.
- د. إذا كان أحد الدينين تعويضاً عن ضرر جسدي.

المذكرة الإيضاحية:

قد تتوافر شروط المقاصة القانونية، ومع ذلك لا تقع المقاصة، لوجود ديون لا تقع فيها المقاصة، فالدين الذي انتزع دون حق من يد مالكه، وكان مطلوباً رده لا تقع فيه المقاصة تطبيقاً لقاعدة حظر انتصاف الشخص لنفسه، فليس للدائن، مثلاً أن يطالب بالمقاصة بين التزام له قبل المدين وبين التزام يجب عليه رده لهذا المدين لسبب غصبه منه، ولولا هذا المنع لحل استيفاء الحقوق بالقوة محل اللجوء، إلى القضاء واحترام القانون.

وإذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وبالتالي مطلوب رده فلا تقع فيه المقاصة القانونية، ويعود ذلك إلى أن مناط الوديعة أو العارية الثقة التي يوليها المودع أو المعير لشخص المودع لديه أو المستعير، وهذه الثقة تستوجب رد الشيء المودع أو المستعار، ولو كان حافظ الوديعة أو المستعير دائماً بمثل ما أوّتمن عليه لما لهذا الائتمان الخاص من اعتبار في هذين النوعين من العقود.

وإذا كان أحد الدينين تعويضاً عن ضرر جسدي فلا تقع المقاصة لأن التعويض عن الضرر الجسدي يجب أن يدفع للمضرور.

وإذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز عليه فلا تقع المقاصة لأنها وفاء جبري تأخذ حكم الحجز، فمثلاً إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز، كدين النفقة، أو أجر العامل، فلا يستطيع الزوج أو رب العمل أن يتمسك بالمقاصة في حالة كون الزوج دائناً لزوجته، أو رب العمل دائناً للعامل، وفي الاعتقاد أن عدم قابلية الدين للحجز ليست من طبيعة الدين حتى تذكر هنا، بل مكانها في شروط المقاصة. وهي تطابق نص المادة 364 مصري، وتزيد بما ورد في الفقرة الرابعة المتعلقة بعدم جواز المقاصة إذا كان أحد الدينين تعويضاً عن ضرر جسدي. والنص ليس في مكانه الصحيح إذ يجب أن يكون مكانه قبل النص على المقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية لأنه يتعلق بالمقاصة القانونية، فالمواد التي تتعلق بهذه المقاصة يجب أن تتتابع، ومن العيب في الصياغة والمنهجية أن توجد نصوص تنظم موضوعاً واحداً وتدخل بين هذه النصوص نصوصاً متعلقة بموضوع آخر.

مادة (400)

1. لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.
2. يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة مثل تعيينها في الوفاء.

المذكرة الإيضاحية:

المقاصة في المشروع يجب أن يتمسك بها كل ذي مصلحة، وفي هذا أخذ بما تبنته التقنيات التابعة للمدرسة اللاتينية، فلا تقع المقاصة بالإعلان عن الإرادة كما هو الحال في التقنيات الجرمانية وهي ليست قضائية كما هو الحال في القانون

الروماني، وإنما لا بد أن يتم التمسك بالمقاصة لأنها لا تتعلق بالنظام العام، بل هي مقررّة لمصلحة الطرفين والقاضي لا يحكم بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها إذ يجب على كل ذي مصلحة أن يتمسك بها، فإذا لم يتم التمسك بها من قبل صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها يمكن أن يعد ذلك نزولاً عنها بعد ثبوتها.

والمقاصة القانونية تقع بحكم القانون، لا بالإعلان عن الإرادة، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذي المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها.

والتمسك بالمقاصة يصح في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بل يجوز التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور الحكم وفي أثناء إجراءات التنفيذ، ذلك لأن المقاصة تقع بحكم القانون، بل يمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء، وهذا يعد إشعاراً للطرف الآخر بوقوع المقاصة.

وما دامت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام بل هي مقررّة لمصلحة الطرفين لذلك يجوز لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوتها، وقد يكون النزول صريحاً، وقد يكون ضمناً كأن يفي المدين الدين طوعاً، والنزول عن المقاصة لا يفترض فمجرد السكوت عن التمسك بها لا يفيد حتماً النزول عنها، ومتى نزل صاحب المصلحة في المقاصة عن حقه في التمسك بها، فإن له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملاً، وعليه أن يؤدي الدين الذي في ذمته كاملاً، فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معا منذ تلاقيهما، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات دون أضرار بحقوق الغير.

أما قبل ثبوت الحق في المقاصة أي قبل توافر شروطها، فإنه لا يجوز لذي الشأن أن ينزل مقدماً عن الحق في التمسك بها، لأن هذا الحق لم يثبت بعد حتى يمكن النزول عنه، كذلك لا يصح للمدين وقت أن يعقد الدين أن ينزل مقدماً عن جواز انقضاء الدين بالمقاصة.

ويترتب على المقاصة، انقضاء الدينين بقدر الأقل منها، لأن المقاصة وفاء مزدوج، لأن كل طرف من الطرفين يوفي دينه بحقه إذ إن الدين الأكبر لا ينقضي بتمامه بل بقدر ما يقابله من الدين الأصغر ويتحقق في هذه الحالة الوفاء الجزئي الذي يخالف قاعدة تجزئة الوفاء.

ويحتسب الحسم في المقاصة باعتبارها وفاء كاحتساب الحسم في الوفاء إذا تعددت الديون من جانب أحد الطرفين، ويمكن أن تقع فيها المقاصة أي تطبق أحكام المادة 375 من المشروع.

وإذا وقعت المقاصة يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، ووقت هذا الانقضاء يرد إلى الوقت الذي أصبح فيه صالحين للمقاصة لا إلى وقت التمسك بها.

وهي تطابق نص المادة 365 مصري، 363 سوري، 354 ليبي، 300 جزائري.

مادة (401)

لا يجوز أن تقع المقاصة أضراراً بحقوق كسبها الغير.

المذكرة الإيضاحية:

تضع المادة مبدأ عاماً لا يجيز التمسك بالمقاصة إذا كان هذا التمسك يلحق الضرر بالغير.

وهي تطابق نص الفقرة الأولى من المادة 367 مصري، 1/365 سوري، 1/354 ليبي، 1/415 عراقي، 1/302 جزائري.

مادة (402)

إذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائناً فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز.

المذكرة الإيضاحية:

تنص المادة على تطبيق مبدأ عدم جواز التمسك بالمقاصة إضراراً بالغير، فإذا وقع حجز على ما هو تحت يد المدين، ثم أصبح لهذا المدين دين في ذمة دائنه المحجوز على ماله بعد توقيع الحجز امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز، وكذلك الحال إذا كان دين المدين في ذمة دائنه قد وجد قبل الحجز ولكن لم تتوافر شروط المقاصة إلا بعد توقيع الحجز ولا يملك المدين الذي أصبح دائناً لدائنه إلا أن يحجز تحت يد نفسه حتى يشترك مع الحاجز الأول في قسمة الدين المحجوز عليه مع الحاجز.

وهي تطابق نص المادة 2/367 مصري، 1/365 سوري، 2/354 ليبي، 2/415 عراقي، 2/302 جزائري.

مادة (403)

1. إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل.
2. إذا لم يقبل المدين الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من التمسك بالمقاصة.

المذكرة الإيضاحية:

بداية يوجد عيب في صياغة الفقرة الثانية لذلك يجب تعديلها حيث تصبح على النحو الآتي (أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها.. الخ).

ويظهر نص المادة أنه إذا تحققت شروط المقاصة، وقام أحد الدائنين بالرغم من ذلك بحوالة حقه إلى شخص آخر، وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ امتنع على المدين بعد ذلك، التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، وعليه أن يوفي للمحال له بالحق المحال به ثم الرجوع على المحيل بما له من حق قبله، وتبرير هذا الحكم أن المقاصة لا يجوز أن توقع أضراراً بحقوق كسبها الغير، بدليل أن المحال عليه امتنع عليه التمسك بالمقاصة إذا قبل الحوالة دون تحفظ، ولو كان يجهل وقت قبولها توافر شروطها.

أما إذا لم يقبل المدين الحوالة، ولكن أعلن بها، فالحوالة تسري في حقه بإعلانها له لا بقبوله إياها، وفي هذه الحالة لم يكن في استطاعة المدين تلافي الأضرار بالغير، فهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها، ولا ذنب له إذ هو لم يقبل الحوالة لذلك وجب أعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لها قبل صدور الحوالة وتكون الحوالة واردة على حق انقضى بالمقاصة فتقع باطلة، ويستطيع المدين أن يحتج بالمقاصة على المحال له.

وهي تطابق نص المادة 368 مصري، 366 سوري، 355 ليبي، 303 جزائري.

مادة (404)

إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة به بحق له، فلا يجوز له أن يتمسك بالتأمينات التي تكفل حقه أضراراً بالغير، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق بعذر مقبول فله أن يسترد ما وفى به، وتبقى التأمينات ضامنه للحق.

المذكرة الإيضاحية:

إذا وفى أحد الدائنين بدينه بالرغم من توافر شروط المقاصة، يعد ذلك نزولاً عن التمسك بها، وله بعد ذلك أن يرجع على مدينه استيفاء لحقه، ولا يحق له في هذه الحالة أن يتمسك بضمانات هذا الحق إضراراً بالغير، لذلك لا رجوع له على الكفيل،

أو المدين المتضامن، أو حائز العقار المرهون، كما لا يجوز له التمسك بالتأمينات العينية التي كانت تكفل هذا الحق، كالرهن، أو الامتياز إضراراً بالدائنين التاليين له في المرتبة، ولا يتم ما سبق إلا إذا كان المدين الموفي عالماً وقت الوفاء بما له من حق في ذمة الدائن تجوز المقاصة فيه، أما إذا تم الوفاء وهو يجهل وجود الحق وكان له في ذلك عذر مقبول، فلا يحرم من الاستفادة من الضمانات التي تكفل حقه، ولو كان في ذلك إضرار بالغير لانتفاء سوء النية من جانبه.

وهي تقارب نص المادة 319 مصري، 352 أردني.

مادة (405)

إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة القانونية مادامت مدة التقادم لم تكن قد تمت في الوقت الذي توافرت فيه شروط المقاصة.

المذكرة الإيضاحية:

المقاصة تتم وقت تلاقي الدينين، لذلك تترتب آثارها مادام الدين الذي توافرت فيه صلاحية النقص قائماً ومدة السقوط بالتقادم لم تكن قد اكتملت في هذا الوقت ولو تم اكتمالها فيما بعد وقت التمسك بالمقاصة حيث سقط الدين بالتقادم وقت التمسك بالمقاصة، ولتوضيح ذلك يقتضي القول أنه إذا اكتملت مدة سقوط المطالبة بالدين بالتقادم وقت التمسك بالمقاصة بمرور الزمن لا يحول دون التمسك بالمقاصة إذا كانت مدته لم تكتمل وقت توافر شروطها، ويعود ذلك لكون العبرة بالمقاصة وقت تلاقي الدينين لا وقت التمسك بها، ولا ينقص من هذا القول عدم لجوء صاحب المصلحة للدفع بالمقاصة إلا بعد أن قاضاه الطرف الآخر طالبا الوفاء بالدين.

وهي تقارب المادة 351 أردني.

الفرع الخامس

اتحاد الذمة

ليس لاتحاد الذمة حظ موفور من الأهمية من الناحية العملية، وقد أغفله التقنين الألماني لأنهم اعتبروه سببا طبيعيا لانقضاء الالتزام من حيث هو حكم تقتضيه طبيعة اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد، ويوجد سبب آخر في بلادنا وكثير من البلدان الإسلامية يجعل اتحاد الذمة محدود الأهمية من الناحية العملية، لأنه في الغالب يتحقق عن طريق الميراث، فقد يرث المدين الدائن فتكون التركة هي الدائنة للمدين، ويرث المدين هذا الحق الذي للتركة فتتحد الذمة في الدين، وهذا يجوز في بلادنا لأن قواعد الفقه الإسلامي التي تطبق في الميراث تقره فتنتقل للورثة الحقوق التي للتركة.

وقد يرث الدائن المدين فتكون التركة هي المدينة للدائن، والدائن هو الوارث وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامي أن تتحد الذمة في الدين إذ إن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة، فالديون لا تورث ولا تركة إلا بعد سداد الدين، فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون فلا يكون هناك مجالا لاتحاد الذمة.

لذلك هذا المشروع حذو التشريعات العربية التي أفردت مادة واحدة لاتحاد الذمة، فأفرد له مادة واحدة تبين كيف يتحقق اتحاد الذمة والآثار التي تترتب على اتحاد الذمة.

مادة (406)

1. إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.
2. إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي عد اتحاد الذمة كأن لم يكن وعاد الدين إلى الوجود وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعا.

المذكرة الإيضاحية:

تتحد الذمة عند وجود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر، حيث تجتمع صفتا الدائن والمدين في ذات الشخص، ويؤدي ذلك إلى انقضاء الدين، واتحاد الذمة لا يقتصر على الحقوق الشخصية بل ممكن أن يكون في الحقوق العينية، ويسمى الإدغام وقد يحدث اتحاد الذمة بسبب الوفاة أو أثناء الحياة. ويتحقق اتحاد الذمة في مجال الحقوق الشخصية إذا خلف المدين الدائن ويرجع ذلك إلى أنه يكون الشخص دائنا ومدينا لنفسه. ويتحقق اتحاد الذمة إذا خلف المدين الدائن حال حياته خلافة خاصة في الدين، مثل شراء الشركة لسندات دين سبق أن أصدرتها، لأنه بشرائها السندات وهي ديون على الشركة يجتمع في الشركة صفة الدائن والمدين. ويتحقق اتحاد الذمة في حالة وفاة الدائن وكان وارثه مدينا له، ويتحقق اتحاد الذمة بسبب الوفاة حيث يصبح المدين دائنا لنفسه وينقضي الدين باجتماع الصفتين فيه. وتتحد الذمة أيضا إذا توفي المدين فورثه الدائن، لأن أموال المورث وديونه تنتقل إلى الوارث فور الوفاة محملة بحق عيني تبقي ضمن لدائن المورث استيفاء حقوقهم من هذه الأموال دون أموال الوارث الذي لا يكون مسؤولا عن تلك الديون إلا في حدود ما آل إليه من أموال المورث.

ويتحقق اتحاد الذمة في مجال الحقوق العينية، فقد تتجزأ عناصر الملكية بحيث يملك شخص به رقة عقار، والآخر يملك الانتفاع به، فإذا توفي الأول وكان المنتفع وارثاً له تجمع حق الانتفاع وملكية الرقة لشخص واحد، ويؤول حق الانتفاع الذي كان مقرراً على عقار الغير، وقد يوجد حق ارتفاق مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر، ثم خلف مالك أحد العقارين مالك العقار الآخر، فإن حق الارتفاق ينقضي بمجرد اتحاد الذمة، لأنه لا يترتب لشخص حق عيني آخر خلاف حق الملكية على مال مملوك له.

ويترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين لوجود عائق طبيعي يمنع ذلك يتمثل في اجتماع صفة الدائن والمدين في نفس الشخص، إذ لا يمكن مطالبة الشخص نفسه بدين له على نفسه، وينتج عن اتحاد الذمة انقضاء الالتزام الأصلي والالتزام التبعية، لأن الفرع يتبع الأصل، فإذا كان الالتزام الأصلي مكفولاً وانقضى، فينقضي التزام الكفيل، أما لو اتحدت ذمة الكفيل، فلا ينقضي الالتزام الأصلي لأن الأصل لا يزول بزوال الفرع.

ويترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين بالقدر الذي اتحدت به الذمة، فإذا كان أحد الورثة مديناً بأربعة آلاف دينار لمورثه قبل وفاته، وكان معه وارث آخر مساو له في الأسهم فينقضي الدين بمقدار الحصة التي آلت إلى الوارث المدين، أي بمقدار النصف ويكون للوارث الآخر أن يطالب بالنصف الآخر.

وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي، عد اتحاد الذمة كأن لم يكن، وعاد الدين إلى الظهور والنفاد بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة، ويعود الدين بمقوماته الأصلية وتعود التأمينات التي كانت تكفله وذلك بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، من كفيل شخصي، وكفيل عيني، ورهن وغير ذلك، ومثال ذلك أن يكون السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وصية فأوصى الدائن بالدين للمدين، ومات الدائن فاتحدت الذمة في الدين، ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال، فأبطلت وزال

بأثر رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة عند ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة، ويعود كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته، ويرجع الكفيل شخصيا كان أو عينيا ملتزما بالكفالة وتطالب التركة المدين بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة.

وقد يزول بأثر غير رجعي، السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، مثل أن يرث المدين الدائن فاتحدت الذمة في الدين ثم اتفق الوارث باعتباره دائنا مع شخص آخر تحول الدين له، ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مدينا، ويصبح المحال له دائنا للوارث، ولكن لا يضار الغير بعودة الدين، ففي هذا المثل إذا كان للمدين كفيل شخصي أو عيني وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ثم عاد الدين، بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، فإن الكفالة لا تعود، ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل، لأن الكفيل من الغير في الإتفاق الذي تم بين المحال له والوارث، وقد برئت ذمته من الكفالة، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرف فيه.

وهي تطابق نص المادة 370 مصري، 368 سوري، 357 لبيي، 418، 419 عراقي، 337 لبناني، 304 جزائري، وتقارب 353، 352 أردني، 418، 419 عربي موحد.

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

الفرع الأول

الإبراء

مادة (407)

ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد الإبراء برد المدين له.

النص القديم: (431)

ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويرتد الإبراء برد المدين له.

المذكرة الإيضاحية:

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، لذلك يعد الإبراء سبباً من أسباب انقضاء الالتزام دون حدوث وفاء، وقد أخذ هذا النص من الفقه الإسلامي حيث يتم الإبراء بإرادة الدائن ولكنه يرتد بالرد، وهذا على خلاف الفقه اللاتيني الذي يعد الإبراء عملاً قانونياً يتم بين الدائن والمدين، أي أنه لا يتحقق إلا بإيجاب وقبول وفقاً للقواعد العامة في العقد.

ويكفي للإبراء، أن يعبر الدائن عن إرادته في الإبراء ولا يتوقف الإبراء على غير ذلك إذ لا يشترط قبول المدين ولكن يشترط ألا يرد المدين الإبراء، فإذا قام برده فلا إبراء من الدين أما إذا علم به ولم يرده في المجلس الذي علم فيه، لم يستطع أن يرده بعد ذلك.

وإذا توفي المدين بعد الإبراء وقبل القبول فلا يستطيع الدائن أن يعود على تركة المدين المتوفي بالدين وفي الاعتقاد يجب أن ينص في العقد على أن الإبراء لا يتم

إلا بوصله إلى علم المدين حتى يكون في مركز قانوني يمكنه من رده، لذلك من الأدق أن يكون النص على النحو الآتي (ينقضي الالتزام إذا ابرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده).
على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (431) من المشروع على النحو الوارد في المادة (407).

وهي تقارب نص المادة 444، 245 أردني، 305 جزائري، 1568 من المجلة وشرحها للأستاذ سليم باز.

مادة (408)

1. تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل متبرع.
2. لا يشترط في الإبراء شكل خاص، ولو وقع على التزام ناشئ عن تصرف يشترط لقيامه شكل نص عليه القانون، أو اتفق عليه المتعاقدان.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة وجوب سريان الأحكام الموضوعية التي تسري على كل متبرع على الإبراء، لذلك يشترط في الدائن الذي ابرأ المدين أهلية التبرع بأن يكون قد بلغ سن الرشد، لأن الإبراء يأخذ حكم التبرع، ويشترط وضوح، إرادة الدائن في انه يرغب في النزول عن حقه وأن تكون إرادته خالية من العيوب، وبالتالي لا يستطيع القاصر أو المحجور عليه أن يبرأ من دين له، ولا يملك النائب القانوني ذلك لأن الإبراء من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، ولا تثبت للمريض مرض الموت حرية الإبراء، فلا يستطيع الإبراء إذا كانت ديونه تستغرق أمواله، وإذا لم تستغرق ديونه جميع أمواله فإن إبراءه من دين أحد ورثته لا يصح إلا بإجازة الباقيين، وإبراءه من دين الأجنبي لا يصح إلا في ثلث التركة، ولا يشترط شكل خاص في الإبراء، لأنه هبة غير مباشرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام في حين الشكل الذي يفرضه القانون، أو الإتفاق يسري

على الالتزام بالدين دون انقضائه، إذ لا يعد ناقلاً للملكية، ولا يشترط في الإبراء الرسمية التي تشترطها القوانين عادة في الهبات ولا يشترط في الإبراء شكل خاص ولو تعلق بالالتزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفاق عليه المتعاقدون. وهي تطابق نص المادة 372 مصري، 306 جزائري، 447 أردني.

الفرع الثاني

استحالة التنفيذ

مادة (409)

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عنه.

النص القديم: (433)

1. ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عنه.

2. إذا أصبح مستحيلاً على المدين الوفاء بجزء من الالتزام انقضى هذا الجزء وما يقابله من التزام إلا إذا تبين أن الالتزام ما كان لينشأ بغير الجزء الذي استحال الوفاء به، فيكون للدائن التمسك بانقضاء الالتزام كله بإنذار المدين بذلك.

3. إذا كانت الاستحالة وقتية فلا يترتب عليها انقضاء الالتزام إلا إذا ترتب عليها فوات الغرض المقصود منه فيكون للدائن التمسك بانقضاء الالتزام بإعذار المدين.

المذكرة الإيضاحية:

إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الالتزام وتبرأ ذمة المدين لأنه لا التزام مستحيل، وهذا يتطلب وجود التزام

صحيح وممكن التنفيذ، ثم طرأت الاستحالة بعد ذلك، ويجب أن تكون استحالة عليه حتى ينقضي كل الالتزام، مثل أن يكون ملتزماً بتسليم بضاعة وتلفت كلها قبل التسليم لسبب لا يد للمدين فيه، فينقضي التزام المدين بتسليمها.

وقد تكون الاستحالة فعلية كأن يهلك محل الالتزام أو يفقد فينقضي الالتزام، وقد تكون الاستحالة قانونية كأن يلتزم شخص بنقل ملكية لآخر، وقبل أن يتم ذلك نزع الملكية من المدين للمنفعة العامة.

ويجب أن تعود استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإذا كانت الاستحالة لخطأ المدين فلا ينقضي الالتزام ويصار إلى الحكم بالتعويض على المدين.

وإذا كانت استحالة الوفاء جزئية، فإن الالتزام ينقضي جزئياً، أي ينقضي الجزء الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً وما يقابله من التزام، ويبقى باقي الالتزام دون انقضاء، لكن إذا تبين أن الالتزام ما كان لينشأ بغير الجزء الذي استحال الوفاء به، فيكون للدائن أن يتمسك بانقضاء الالتزام كله بإنذار المدين بذلك، ويتحقق ذلك إذا ترتب على الاستحالة الجزئية عدم كفاية ما تبقى من الالتزام لتحقيق الغرض الذي قصده الدائن من وراء الالتزام، وعلى الدائن إثبات ذلك، وإنذار المدين بانقضاء الالتزام كله.

ويجب أن تكون الاستحالة الكلية دائمة وليست مؤقتة، فإذا كانت الاستحالة مؤقتة، فلا يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام إلا إذا ترتب عليها فوات الغرض المقصود من الالتزام، ويكون للدائن في هذه الحالة التمسك بانقضاء الالتزام بإعذار المدين.

وإذا تحققت استحالة التنفيذ بسبب أجنبي يترتب على ذلك انقضاء الالتزام وتأميناته التي كانت تضمنه، وإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد فإن استحالة التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام وتبرأ ذمة المدين ويتحمل الدائن تبعه الاستحالة.

وإذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي وكنا بصدد عقد ملزم لجانبين، فإن استحالة التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام، ويتحمل المدين تبعه الاستحالة لأن استحالة تنفيذ

أحد الالتزامين لسبب أجنبي يؤدي إلى انقضاء الالتزام المقابل، وهذا يعني أن المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه هو الذي يتحمل تبعة الاستحالة.

لا لزوم للفقرتين الثانية والثالثة من النص لأن المشروع نظم ما نظمته الفقرتان في المادة 172.

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (433) من المشروع على النحو الوارد في المادة (409).

الفرع الثالث

التقادم المسقط

أقرت الشريعة الإسلامية قاعدة أرسى أصولها الحديث الشريف (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم) وقد نصت المادة 167 من مجلة الأحكام العدلية التي مازالت سارية في فلسطين إلى الآن، على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان، وأخذت كل المذاهب الفقهية بذلك، إلا أن المذهبين المالكي والحنفي وإن كانا قد أقرا عدم سقوط الحق بالتقادم، إلا انهما أقرا مع ذلك عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضي مدة معلومة.

وقد اخذ المشروع في البداية بما ورد في المذهبين المالكي والحنفي فأقر مبدأ الحق لا يسقط بمرور الزمان، ومبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان، ومع تفاوت بين المدد بالنسبة لكل حق بما يتفق مع طبيعته، وبما تقتضيه المصلحة.

إلا انه بعد مراجعة مسودة المشروع ثار جدل بين أعضاء لجنة الصياغة، حيث رأى البعض الأخذ بفكرة التقادم المسقط التي أخذت بها المدرسة اللاتينية والإقلاع عن الأخذ بفكرة عدم سقوط الحق لكن لا تسمع الدعوى به بعد مرور الزمان، وكانت الحجة في ذلك أن الأخذ بفكرة عدم سماع الدعوى قد تفرز مراكز قانونية تتنافى مع الاعتبارات العملية التي تحقق المصلحة من الحق، فمثلا إذا وضع شخص يده على

أرض مسجلة باسم غيره ومر الزمان، وبعد ذلك رفع مالك الأرض دعوى يطالب فيها برفع يد من وضع يده على أرضه، فدفعت وأضع اليد بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان ولم تسمع المحكمة الدعوى نتيجة لذلك فترتب على ذلك وضع شاذ، مالك لا تسمع دعواه بالمطالبة بملكه، ووضع يد غير مالك يبقى واضعاً يده على ملك غيره، فالأول مالك، ومرور الزمان منعه من ممارسة صلاحياته كمالك، ووضع يده لا يستطيع أن يتصرف تصرفاً قانونياً في الأرض، وحتى يتم الخروج من هذا الوضع الشاذ الذي يعيق الاستفادة من الأشياء، نادى بعض أعضاء اللجنة إلى الأخذ بفكرة التقادم المسقط، أي سقوط حق المالك بمرور الزمان، واكتساب الحق من قبل واضع اليد بمرور الزمان، وبالتالي يستطيع واضع اليد أن يلجأ للقاضي طالباً شطب تسجيل الأرض باسم الأول، وتسجيلها باسمه، ونتيجة لذلك اقتنعت اللجنة وعدلت موقفها من الأخذ بفكرة عدم سقوط الحق بمرور الزمان مع عدم سماع الدعوى به، إلى سقوط الحق بمرور الزمان، أي الأخذ بفكرة التقادم المسقط.

مادة (410)

يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي يحدد فيها القانون مدة أخرى والمواد المنصوص عليها في المواد الآتية.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن المشروع أخذ بفكرة التقادم المسقط، وعد مرور الزمان سببا من أسباب انقضاء الالتزام.

والمدة التي يرى المشروع أن مرورها يؤدي إلى انقضاء الالتزام، هي خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاق الالتزام.

والاعتبارات التي دعت المشروع لذلك تعود إلى الرغبة في استقرار الحقوق، إذ يصعب معرفة الحقيقة بخصوصها، إذا مرت مدة زمنية طويلة، وبالتالي فإن سكوت الدائن من المطالبة بحقه خلال هذه المدة الطويلة يعد قرينة على أنه قد استوفى حقه، وإن لم يكن قد استوفاه، فإن سكوته قرينة على إهماله، وفي الحالتين يجب أن يسقط الحق، فضلا عن ذلك يجب تصفية المراكز القانونية القديمة لمنع امتداد المنازعات إلى مالا نهاية، ويجب تجنيب المحاكم المشاكل الصعبة إذا تعرضت للفصل في حقوق مر عليها الزمان أو أن مرور الزمان يجعل إمكانية فقد السندات ممكنة وبالتالي صعوبة إثباتها مما يجعل من المتعذر على القضاء تبين وجه الحق.

والأصل أن تكون مدة التقادم المسقط خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ استحقاق الالتزام، إلا أن هناك حالات يحدد لها القانون مدة أخرى، مثل سقوط الحق في إبطال العقد، راجع المادة 145، سقوط دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار راجع للمادة 199 وسقوط الدعوى الناشئة عن الفعل النافع راجع المادة 219. وهي تطابق نص المادة 374 مصري، 372 سوري، 361 ليبي، 308 جزائري.

مادة (411)

1. يتقادم بمضي خمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين مثل أجره المباني والأراضي الزراعية والمرتبات والمعاشات ومقابل الحكر.
2. لا يسقط الربح المستحق في ذمة المشرف أو المتولي على الوقف أو في ذمة الحائز سيئ النية إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من الفقرة الأولى أنه يتطلب توافر شرطين في الديون التي تسقط بمرور خمس سنوات الأول أن تكون دورية، والثاني أن تكون متجددة. وتعد الحقوق دورية إذا استحققت في مواعيد متتالية، أي كأسبوع، أو شهر، أو سنة أي تستحق في موعد دوري معين، ولا توجد قيود زمنية لاعتبار الحق دوريا فيمكن اعتباره دوريا حتى ولو زاد موعد استحقاقه عن سنة، ومن أمثلة الحقوق الدورية أجره المباني، وأجره الأراضي الزراعية، أو المرتبات، والمعاشات، والنفقات الدورية، وقد يكون الإتفاق مصدر هذه الحقوق كما في أجره المباني، وقد يكون مصدرها القانون كما في المعاشات.

والحق المتجدد هو الذي يستحق كلما مضت الفقرة الزمنية المحددة وبشكل متكرر، حيث لا يؤدي هذا إلى الإنقاص من قيمته طالما ظل مصدره قائما، ولا يكفي توافر أحد هذين الشرطين، وإنما يلزم توافرها في آن واحد، أي يشترط في الحق أن يكون دوريا ومتجددا في آن واحد، وبناء عليه إذا قسط الدين أقساطا متتالية يوفى بكل قسط منها في أجل محدد لا يعد دينا متجددا وإن كان دوريا.

والحقوق الدورية المتجددة تسقط بالتقادم بمرور خمس سنوات، وأساس ذلك لا يرد إلى قرينة الوفاء بها بمرور المدة المحددة للتقادم المسقط، وإنما يرجع إلى الرغبة في منع تراكم الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقها حتى لا يتحمل المدين

مالا سعة له به وتعذر عليه سدادها ويجبر على أن يقوم بذلك من رأس ماله بدلا من ربحه مما قد يلحق به أشد الأذى لذلك لا يجوز للدائن المهمل في حق نفسه أن يطالب مدينه بما له في ذمته من ديون دورية متجددة عن مدة سابقة على خمس سنوات من يوم الاستحقاق، واستنادا إلى هذا الأساس يجوز للمدين أن يدفع بالتقادم إذا رفعها الدائن بعد مرور خمس سنوات من استحقاق الحقوق الدورية المتجددة. وورد في الفقرة الثانية إستثناءان على القاعدة التي تتضمن التقادم بمرور خمس سنوات في الحقوق الدورية المتجددة وهما، الربيع المستحق في ذمة المشرف أو المتولي على الوقف، والربيع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية المستحق في ذمة الحائز حسن النية، وإن كان الظاهر يجعل الاعتقاد بدورية وتجدد هذه الحقوق أمرا واقعا، إلا أن الدين بها لا يصدق عليه في الواقع هذا الوصف، ويرجع ذلك إلى التزام المشرف، ومتولي الوقف، والتزام الحائز يعود إلى الفعل الضار، ولأن مستحقي هذه الحقوق لا يطالبون بها باعتبارها ريعا، وإنما باعتبارها تعويضا لهم يثبت في ذمة كل من المشرف أو متولي الوقف، أو الحائز لقاء ما أصابهم من ضرر نتيجة ما قبضه أو ما تصرف في قبضه من ثمار الحائز سيئ النية، أو نتيجة ما استهلكه المشرف أو المتولي على الوقف من غلة هذا الوقف بتعديه أو بتقصيره. ولكون مصدر التزام متولي الوقف والحائز سيئ النية في الاستثنائين السابقين هو الفعل الضار فالأصل أن يسري في شأنه ما ورد في المادة 199 من المشروع، غير أن اللجنة رأت عدم تطبيق هذا النص في حالتي الاستثنائين بالرغم من أن مصدر التزام المشرف أو المتولي على الوقف والحائز حسن النية هو الفعل الضار حتى لا تسقط بالتقادم دعوى المطالبة بمرور مدة أقل من الخمس سنوات المقررة في الحقوق الدورية المتجددة، لذلك أخضعهما لمرور الزمان العادي وهو خمس عشرة سنة. وهي تطابق نص المادة 375 مصري، 373 سوري، 362 ليبي، 350 لبناني، 309 جزائري.

مادة (412)

1. تتقدم بمضي خمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، ويبدأ سريان هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.
2. يتقدم بمضي ثلاث سنوات الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ سريان هذه المدة من يوم دفعها.
3. لا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة.

المذكرة الإيضاحية:

يحدد النص مدة التقادم في الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، وهي بوجه عام خمس سنوات ما لم يرد في قوانين الضرائب والقوانين الأخرى نصوص تقضي بخلاف ذلك، فتكون مدة التقادم في الضريبة العقارية على الأرض الزراعية والمباني، وفي ضرائب الأموال المنقولة كضريبة المهن الحرة وضريبة الأسهم وغيرها خمس سنوات يبدأ سريانها من نهاية السنة التي تستحق عنها.

وتكون مدة التقادم في الرسوم المستحقة للدولة، كرسوم الدمغة ورسم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية خمس سنوات يبدأ سريانها التي تستحق عنها، ويبدأ سريانها بالنسبة للرسوم المستحقة من الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

ويسري التقادم بمرور ثلاث سنوات في حقوق الممولين قبل الدولة إذا دفعوا ضرائب أو رسوم أكثر من المستحق، وجاز لهم استرداد الزيادة، وهذه المدة تعادل مدة التقادم

المقررة في استرداد دفع غير المستحق بوجه عام (219 من المشروع) إلا أن مدة التقادم تسري في استرداد الزيادة في الرسوم والضرائب من يوم دفع غير المستحق سواء كان الممول يعلم بحقه أو لم يعلم به.

فإذا كان لا يعلم فليست هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة تسري من وقت الدفع، كما وردت في المادة 219 من المشروع، وهذا بخلاف التقادم في استرداد غير المستحق في غير الضرائب والرسوم، فإن تقادم ثلاث سنوات يسري من وقت علم الدائن بحقه في الاسترداد، ويسقط هذا الحق على كل حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع.

وكل ما سبق من أحكام لا يخل بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة، وقد رأت الأقلية في لجنة الصياغة أن تتساوى مدة تقادم حقوق الدولة في الرسوم والضرائب وحقوق الممولين في استرداد ما دفعوه أكثر من المستحق، أسوة بالتقنين المصري، فضلا عن ذلك فقد تنبّهت الأقلية إلى وجود عيب في الصياغة حيث تنص الفقرة الأولى على تقادم خمسي وتنص الفقرة الثانية على تقادم ثلاثي، في حين درجت سياسة المشروع على ترتيب المواد حسب مدة التقادم.

مادة (413)

تتقدم حقوق أصحاب المهن الحرة بمضي ثلاث سنوات، كالأطباء، والصيادلة، والمحامين، والمهندسين، والخبراء، والأساتذة، والمعلمين، ووكلاء التفليسة، والوسطاء على أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما أنفقوه من مصروفات.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن أصحاب المهن الحرة تتقدم حقوقهم عند إنكارها إذا انقضت مدة ثلاث سنوات من تاريخ استحقاق هذه الحقوق، وقد تأثر المشروع بداية بنص المادة 371 مصري حيث خصت التقدم بطائفة من أصحاب المهن الحرة حددت على سبيل الحصر، لكنه عدل عن ذلك وأورد نصا ذكر فيه أصحاب مهن حرة على سبيل المثال، لذلك يسري حكم النص على كل صاحب مهنة حرة ذكر في النص أم لم يذكر، حيث لا توجد حكمة من التفرقة بين صاحب مهنة حرة، وصاحب مهنة حرة أخرى في تقدم الحق.

والنص يتعلق بتقدم الحقوق المستحقة لهم، جراء ما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم، وما أنفقوه من مصروفات استلزمها هذا العمل، أما ما يترتب لهم من حقوق بسبب آخر كقرض أو تعويض عن فعل ضار فلا يخضع للتقدم بمرور ثلاث سنوات، وإنما يخضع للقاعدة العامة في التقدم بمرور خمس عشرة سنة.

ويبدأ سريان المدة بالنسبة لهذه الحقوق من الوقت الذي يتم فيه أصحاب المهن الحرة أعمالهم، ولو استمروا بعد ذلك يؤدون أعمالا أخرى، إذ إن العبرة في احتساب المدة هي في الحق ذاته وتاريخ استحقاقه، فإذا كان الحق لمحام فإن سريان المدة بالنسبة لحقوقه لا يبدأ إلا بعد انتهاء القضية أو انتهاء الوكالة إذا كان يرتبط مع موكله بوكالة عامة، والطبيب الذي يعالج مريضا من مرض معين يبدأ سريان المدة بالنسبة

لحقوقه من اليوم الذي ينتهي فيه من علاج المريض حتى ولو عاد يعالجه مرة أخرى، والأساس الذي يقوم عليه مرور الزمان هو قرينة الوفاء لذلك لا يجوز للمدين أن يتمسك بهذه القرينة إذا أتى عملاً يتعارض مع دلالتها، فإذا طالب المحامي بأتعابه فادعى المدين بعدم وجود وكالة محام، فإن هذا يعد اعترافاً ضمناً منه بعدم الوفاء، ولا يجوز له بعد ذلك التمسك بمرور الزمان.

مادة (414)

تتقادم بمضي سنة واحدة الحقوق الآتية:

1. حقوق التجار والصناع، من أشياء وردودها لأشخاص لا يتاجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما أنفقوه لحساب عملائهم.

2. حقوق العمال والخدم والأجراء مقابل ما قاموا به من توريدات.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن الحقوق التالية تتقادم بمضي سنة:

1. حقوق التجار والصناع شريطة أن تكون ناشئة عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون في هذه الأشياء ويسري التقادم بالنسبة لكل حق على حدة، ويعني هذا أن الحقوق الناشئة عن كل توريد يسري عليها التقادم من يوم تمام التوريد حتى ولو قام التاجر بتوريدات أخرى لنفس الشخص.

2. حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة، وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم ويسري التقادم بالنسبة لنفقات كل إقامة على حدة.

3. حقوق العمال، والخدم والأجراء عن أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات، يسري عليها التقادم من تاريخ استحقاقاتهم للحق حتى ولو

استمروا في العمل لدى رب العمل، ويحسب الزمن على أساس اليوم أو الأسبوع أو الشهر.

ويسري التقادم المسقط حتى ولو ظل الدائنون يقومون بأعمال أخرى للمدين، ومدة التقادم بالنسبة لهذه الحقوق تبدأ من تاريخ استحقاقها، فإذا تأخر الدائن في المطالبة بها مدة سنة فيسقط حقه بالتقادم ولو استمر الدائن في تأدية خدمته للمدين. والأساس الذي يقوم عليه التقادم المسقط في هذه الحالة هو قرينة الوفاء، وترد هذه القرينة إلى أن الحقوق التي يرد عليها التقادم المسقط هي حقوق عادية تزخر بها الحياة لذلك لم يتعود على كتابة سندات بها أو على السكوت طويلاً عن استيفائها. وهي تطابق نص المادة 1/378 مصري، 1/375 سوري، 1/365 ليبي، 1/351 لبناني، 312 جزائري.

مادة (415)

يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين السابقتين 413، 414 من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم وإن استمروا يؤدون تقدمات أخرى.

المذكرة الإيضاحية:

بينت المادة بدء سريان تقادم الحقوق المذكورة في المادتين 413، 414 حيث يبدأ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم وإن استمروا يؤدون تقدمات أخرى. فالمادة 413 تبين تقادم حقوق أصحاب مهن حرة حددتهم على سبيل الحصر وجعلت حقوقهم تتقادم بمرور ثلاث سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة منذ الوقت الذي يتم فيه أصحاب المهن الحرة أعمالهم ولو استمروا بعد ذلك يؤدون أعمالاً أخرى، لأن العبرة في بدء احتساب مدة التقادم هي في الحق ذاته وتاريخ استحقاقه، فمثلاً إذا كان الحق لمحام فإن سريان مدة التقادم بالنسبة إلى حقه لا تبدأ إلا بعد انتهاء القضية أو انتهاء

الوكالة إذا كان يرتبط مع موكله بوكالة عامة، والطبيب الذي يعالج مريضاً من مرض معين فإن سريان مدة التقادم بالنسبة إلى حقه لا تبدأ إلا بعد أن ينتهي العلاج، حتى لو عاد بعد ذلك وعالجه مرة أخرى.

والمادة 414 تبين تقادم حقوق التجار والصناع الناتجة عن توريدهم أشياء لأشخاص لا يتاجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم، وحقوق العمال والخدم والأجراء، مقابل ما قاموا به من توريدات، وجعلت حقوقهم تتقادم بمرور سنة، ويبدأ سريان هذه المدة بخصوص حقوق التجار والصناع بتوريدات أخرى لنفس الشخص، ويسري التقادم بخصوص حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام تحسب من وقت انتهاء الإقامة أو المأكل، وتحسب نفقات كل إقامة أو مأكل على حدة.

وتبدأ سريان مدة التقادم بخصوص حقوق العمال والخدم والأجراء عن أجرهم من تاريخ استحقاقهم للحق، ولو استمروا في العمل لدى رب العمل. وهي تطابق نص المادة 1/379 مصري.

مادة (416)

إذا صدر إقرار أو سند بأي حق من الحقوق المنصوص عليها في المواد السابقة، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة على استحقاقه.

المذكرة الإيضاحية:

التقادم في الحالات السابقة لا يطبق إلا في حالة الإنكار، فإذا اعترف المدين بالدين ولم يدع الوفاء أصبح من غير الجائز التمسك بالتقادم إلا إذا مرت خمس عشرة سنة على استحقاق الدين.

وهي تقارب نص المادة 2/379 مصري، 1/376 سوري، 2/366 ليبي، 2/313 جزائري.

مادة (417)

1. يبدأ سريان مدة التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء.
2. وبصفة خاصة لا تسري مدة التقادم بالنسبة إلى:
 - أ. الدين المعلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط.
 - ب. الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.
 - ج. ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق.
 - د. إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، سرت مدة التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من المادة أن بدء سريان مدة التقادم يكون من اليوم الذي يصبح الدين فيه مستحق الأداء، وهذا أمر منطقي لأن من أسس التقادم سكوت الدائن عن المطالبة بحقه في المدة المحددة من قبل القانون مع قدرته على المطالبة، الأمر الذي يبرر سقوط الحق بالتقادم، فالأصل أن تبدأ من تاريخ استحقاق الدين لكن هذا الأصل لا يطبق إلا فيما لم يرد بشأنه نص.

ومدة التقادم لا تسري بخصوص الدين المعلق على شرط واقف، إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ولا تسري مدة التقادم بخصوص الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل، ولا يبدأ سريان مدة التقادم بالنسبة إلى ضمانات الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، فإذا التزم البائع بالضمان، فإن التزامه يوجد منذ وقت إبرام عقد البيع، ولكن التزامه معلق على شرط واقف، هو ثبوت الاستحقاق، فإذا تحقق هذا الشرط، وثبت استحقاق المبيع بحكم نهائي بدأ سريان التقادم المسقط.

وإذا كان الاستحقاق متوقفا على إرادة الدائن كما هو الحال في السندات مستحقة الأداء عند تقديمها أو عند المطالبة بها، فإن مدة التقادم المسقط لا تبدأ إلا من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته، أي من وقت تمكنه من مطالبة المدين بالوفاء، سواء طالب فعلا أم لم يطالب، والقول بغير ذلك يجعل بدء سريان المدة على محض إرادة الدائن فإذا لم يطالب الدائن ترتب على ذلك أن يكون الدين غير قابل للتقادم.

وهي تطابق نص المادة 381 مصري، 338 سوري، 368 ليبي، 315 جزائري.

مادة (418)

يسقط الحق بالتقادم إذا تركه السلف ثم الخلف من بعده وبلغ مجموع المدتين المدة المقررة لتقادمه.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن موت السلف لا يقطع مدة التقادم، بل تستمر مدة التقادم بعد موت السلف، وإذا لم يطالب الخلف بالحق بعد ذلك وبلغ مجموع المدتين، المدة التي كانت إلى حين وقت وفاة السلف، والمدة التي أكملتها حياة الخلف المدة المقررة لسقوط الحق بالتقادم فيسقط الحق بالتقادم، ولا لزوم لهذا النص نظرا لأن القواعد العامة تقتضيه.

مادة (419)

تحسب مدة التقادم بالأيام، ولا يحسب اليوم الأول منها، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها، إلا إذا صادف عطلة رسمية فإنه يمتد إلى اليوم التالي.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة أن مدة التقادم تحسب بالأيام، ولما كان اليوم يبدأ من منتصف ليل اليوم التالي، فإن ذلك يعني أن اليوم الأول لا يحسب لأنه يوم ناقص إذ يندر أن يبدأ سريان المدة عند منتصف الليل، وتنتهي المدة بانقضاء اليوم الأخير، ويدخل في الحساب أيام العطل، إلا إذا كان آخر يوم عطلة رسمية فإن المدة تمتد إلى اليوم التالي، ويجد ذلك تبريره في إعطاء الدائن فرصة لقطع المدة في اليوم الأخير وعدم حرمانه من ذلك نتيجة لتعطيل الدوائر المختصة.

وهي تقارب نص المادة 380 مصري، 377 سوري، 376 ليبي، 348 لبناني.

مادة (420)

1. لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب ولا فيما بين الورثة، ولا تحسب مدة قيام المانع في المدة المقررة للتقادم.
2. لا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا.

المذكرة الإيضاحية:

تضع الفقرة الأولى من المادة حكما يتعلق بوقف مدة التقادم وقد أخذت بالتطورات التشريعية الحديثة، فالتقنين الفرنسي حدد أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر حيث لا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها وبذلك يكون التقنين الفرنسي قد أنكر

القاعدة التقليدية المعروفة في التقنين الفرنسي القديم وكان تقضي بوقف التقادم إذا وجد عذر للدائن يجعله لا يقطع سريانه، وقد اخذ التقنين المصري القديم بما اخذ به التقنين الفرنسي من تحديد حالات وقف التقادم على سبيل الحصر، إلا أن التقنين المصري الجديد لم يأخذ بما سبق، بل يوقف التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبيا، وجاءت هذه العبارة من حيث العموم والشمول بحيث يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي (يبدو أن أهم جديد أتى به المشروع في هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل مع على المدين أن يطالب بحقه في الوقت المناسب، ولو كان هذا المانع أدبيا، ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر كالحرب وحالة الأحكام العرفي، والأمر وصلة الزوجية والخدمة-على غرار ما نقلت بعض التقنيات الأجنبية، بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضي به العقل، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير).

وقد اخذ المشروع بما اخذ به التقنين المصري، الجديد من النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، وتطبيقا لذلك يقف سريان التقادم بين الورثة، وبين الزوج والزوجة ما بقيت رابطة الزوجية قائمة، وبين المحجور، ومن ينوب عنه قانونا وبين الشخص المعنوي ويمثله ما دام التمثيل قائما، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل في حدود الوكالة أو إذا وجد مانع مادي آخر كحدوث فيضان أو كارثة أو حرب.. الخ يحول دون مطالبة الدائن بحقه وما سبق يعني عدم لزوم الفقرة الثانية لان القاعدة العامة التي وردت في الفقرة الأولى تسد الحاجة.

وحسب نص الفقرة الثانية من المادة 420 فإن مدد التقادم التي لا تزيد على خمس سنوات لا يقف سريانها في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق النائب أو في

حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن لهم من ينوب عنهم من ولي أو وصي أو قيم والحكمة من ذلك أن مدد التقادم التي لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم منها على اعتبارات يستوي عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد، فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه وهذا الاعتبار قائم بالنسبة إلى المدين سواء كان دائنه بالغا رشيدا أو كان قاصرا أو كان محجورا، وسواء كان للقاصر والمحجور من ينوب عنه قانونا أو لم يكن، فلا يكون القصر أو المحجور في هذه الحالة سببا لوقف التقادم، ونص الحكم يطبق على حقوق أصحاب المهن الحرة، وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء. وهناك مدد تقادم أخرى تقل عن خمس سنوات، وردت في نصوص متفرقة كتقادم دعاوى الإبطال، ودعاوى الفعل الضار، والفعل النافع ودعاوى عدم نفاذ التصرفات، وإذا وقف سريان التقادم للقصر أو الحجر في هذه الأحوال لم يتحقق الغرض الذي قصد من تقصير مدد التقادم وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة.

فإذا زادت مدة التقادم على خمس سنوات وهي لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة. وجب التمييز بين ما إذا كان للقاصر أو المحجور له نائب ينوب عنه أو ليس له نائب، فإذا كان له نائب لا يثبت سريان التقادم، وعلى النائب أن يقطع التقادم وإن يطالب بحق محجوره، وإلا كان هو المسؤول نحو المحجور، وهذا الحكم مصدره 549 من التقنين البرتغالي.

وقد يرد المانع إلى الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك. وهذا غير الغيبة المنقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب الحجر السالفة الذكر فيبقى سريان التقادم إلى أن تنتهي الدائن أسباب العودة إلى مباشرة أعماله، وتقدير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه مسألة دافع تترك لتقدير قاضي الموضوع.

وهي تطابق المادة 382 مصري.

مادة (421)

ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه وبالحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى.

المذكرة الإيضاحية:

تبين المادة انقطاع مدة التقادم بالمطالبة القضائية، أو القيام بأي إجراء قضائي آخر، والمقصود بالمطالبة القضائية في هذا المجال هو تسجيل الدعوى في قلم المحكمة بعد دفع رسومها، إذ لا يكفي لقطع المدة مطالبة المدين بطريقة ودية، أو برسالة مسجلة أو بالإخطار العدلي أو التظلم إلى جهة إدارية. ورفع الدعوى يقطع مدة التقادم حتى لو رفعت إلى محكمة غير مختصة نوعياً أو محلياً.

ويسقط أثر الدعوى في قطع المدة إذا نزل المدعي عن دعواه أو أهمل السير فيها حتى قضى أو تم ردها.

وتقطع مدة التقادم بأي إجراء قضائي آخر غير المطالبة القضائية يدل على أن الدائن متمسك بحقه، ومن قبيل ذلك التنبيه الذي يقوم به الدائن الذي بيده سند تنفيذي أو حكم أو سند رسمي، حيث لا يلجأ إلى رفع الدعوى، وإنما ينبه على المدين بالوفاء، أي يقوم بإعداره بوفاء ما هو مطلوب منه وإلا ستتخذ بحقه إجراءات التنفيذ الجبري، إذ يترتب على ذلك قطع مدة التقادم شريطة أن يكون التنبيه صحيحاً.

ويترتب على قيام الدائن بالحجز انقطاع مدة التقادم، والمقصود بالحجز التحفظي لأنه لا يسبقه تنبيه أما الحجز التنفيذي فيسبقه التنبيه والتنبيه يقطع المدة.

وتنقطع مدة التقادم إذا قدم الدائن طلبا بقبول حقه في تفليسة أو في توزيع لأموال المدين أو دفع بالمقاصة بحقه في حالة مطالبة المدين له بحق أمام القضاء .
وهي تطابق نص المادة 383 مصري، 380 سوري، 370 لبيي. 357 لبناني. 317 جزائري.

مادة (422)

1. ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صحيحا أو ضمنيا.
2. يعد إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين.

المذكرة الإيضاحية:

يبين النص أن التقادم ينقطع بإقرار المدين بحق الدائن، والأصل أن هذا الإقرار لا يضيف شيئا إلى العلاقة القانونية بين الدائن والمدين، وما كان ينبغي أن يؤدي إلى انقطاع المدة ولكن رتب عليه المشروع انقطاع التقادم، لأن إقرار المدين بمثابة نزول منه عن المدة التي سبقت الإقرار .

وإقرار المدين بحق الدائن قد يكون صراحة أو ضمنا، ويكون الإقرار صريحا إذا كان التعبير عن إرادة المدين يدل على معنى الإقرار، سواء أكان مكتوبا أم غير مكتوب موجها إلى الدائن أو إلى غيره أما الإقرار الضمني فيستخلص من قبل قاضي الموضوع من أية واقعة تفيد معنى الإقرار دون معقب عليه ومن قبيل الإقرار الضمني أن يطلب المدين من دائنه أجلا للوفاء أو يقوم المدين بسداد جزء من الدين، أو أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين إذا كان مرور مدة التقادم تعطي المدين أن يتمسك بسقوط حق الدائن بالتقادم ويطالب المدين الدائن بالمال الذي قدمه له على سبيل الرهن الحيازي، ويعد تركة المال المرهون رهنا حيازيا في يد الدائن المرتهن إقرارا ضمنيا بحق الدائن .

ولا يشترط في المدين المقر أهلية التصرف وتكفي لصحة الإقرار أهلية الإدارة، لأن الإقرار لا يعد نزولاً عن الحق ذاته.
وهي تطابق نص المادة 384 مصري، 381 سوري، 374 ليبي، 358 لبناني، 318 جزائري.

مادة (423)

1. إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول.
2. إذا صدر حكم نهائي بالدين أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديدة خمس عشرة سنة، إلا إذا كان الدين المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم.

النص القديم: (448)

1. إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول.
2. إذا صدر حكم حاز قوة الأمر المقضي بالدين، كانت مدة التقادم الجديدة خمس عشرة سنة إلا إذا كان الدين المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم.

المذكرة الإيضاحية:

يترتب على انقطاع مدة التقادم زوال المدة السابقة على الانقطاع ولا تحسب في حساب مدة التقادم الجديد التي تبدأ عقب زوال سبب الانقطاع.
ويختلف بدأ سريان المدة الجديدة باختلاف السبب الذي أدى إلى الانقطاع، فإذا كان الانقطاع يعود إلى المطالبة القضائية تبقى المدة مقطوعة طوال مدة نظر الدعوى

أمام القضاء إلى حين صدور حكم نهائي لصالح الدائن، فإن المدة الجديدة تبدأ من اليوم التالي لصدور الحكم وتكون لمدة خمس عشرة سنة، أما إذا حكم ببرد الدعوى، أو نزل المدعي عن دعواه أو ترك الخصومة فيزول كل أثر للائحة الدعوى وتعد المدة كأن لم تنقطع وتظل سارية منذ بداية سريانها قبل رفع الدعوى، ولكن إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وحكم بعدم الاختصاص، فلا يؤثر ذلك على انقطاع المدة، وتبدأ مدة جديدة من وقت الحكم النهائي بعدم الاختصاص، وكذلك إذا كان سبب انقطاع المدة هو التنبيه بالإعذار بالوفاء فإن أثر ذلك ينقضي فور صدوره وتبدأ مدة تقادم من جديد عقب صدور التنبيه بالإعذار، وبعده يبدأ سريان المدة الجديدة، ويسري نفس الحكم إذا كان الانقطاع يعود إلى التقدم في تقييسة أو توزيع حيث يبقى الانقطاع قائماً إلى أن تقفل التقييسة أو التوزيع.

وإذا كان سبب انقطاع المدة إقرار المدين فإن سريان المدة الجديدة يبدأ عقب صدور الإقرار، ولا تختلف مدة التقادم الجديدة عن مدة التقادم القديمة.

يظهر مما سبق أن التقادم الجديد يحل محل التقادم الذي انقطع ويكون مماثلاً للتقادم السابق في مدته وفي طبيعته، ويستثنى من هذا ما يأتي.

إذا انتهى السبب الذي قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة الأمر المقضي أي بحكم نهائي ففي هذه الحالة أياً كانت مدة التقادم السابق تكون مدة التقادم الجديد الذي يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائي خمس عشرة سنة كاملة، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر كأن تكون خمس سنوات أو ثلاث سنوات أو سنة واحدة، لأن الحكم النهائي يقوي الالتزام ويمده بسبب جديد للبقاء، فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم، وحتى لو كان الالتزام دورياً متجدداً فتكون مدة تقادمه هي المدة العادية وهي خمس عشرة سنة، وقد يتضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تنزل عنها صفتا الدورية والتجديد كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ فإن الالتزام المستحق من الأجرة قد فقد

صفتي الدورية والتجديد لأنه مستحق يوم صدور الحكم فلا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة، أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم التنفيذ فيبقى محتفظاً بصفتي الدورية والتجديد بالرغم من صدور حكم به، لأنه غير مستحق يوم صدور الحكم بل هو يستحق على أقساط دورية متجددة فيتقدم كل قسط منها بخمس سنوات تسري من الوقت الذي يحل فيه القسط.

ويوجد في الفقرة الثانية حكم ناقص ورد في أصلها وهي المادة 2/385 المصري التي ورد فيها (إذا كان الدين مما يتقدم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة).

والديون التي تتقدم بسنة واحدة هي حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم، فالحكم لا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة، ثم إذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين بها فقد انتفت قرينة الوفاء التي يقوم عليها التقادم الحولي، كما انتفت في الحكم بهذه الحقوق، فيكون التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع بالإقرار مدته خمس عشرة سنة، كمدة التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع بالحكم، ولكن إذا انقطع التقادم في هذه الحقوق بغير الحكم وبغير إقرار المدين، كأن ينقطع بالتبنيه بالإعذار أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التي تنتهي إلى حكم بعدم الاختصاص، فإن التقادم الجديد الذي يحل محل الالتزام السابق يكون مماثلاً له في مدته وطبيعته، فتكون مدة التقادم الجديد سنة واحدة، ويقوم هذا التقادم الجديد على قرينة الوفاء.

لذلك ينبغي تعديل الفقرة الثانية من المادة 448 لتصبح على النحو الآتي (إذا صدر حكم حاز قوة الأمر المقضي بالدين أو إذا كان الدين مما يتقدم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة إلا إذا كان الدين المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم).

على ضوء ما سبق فقد تم تعديل المادة (448) من المشروع على النحو الوارد في المادة (423).

وهي تقارب نص المادة 385 مصري، 382 سوري، 372 ليبي، 359 لبناني، 319 جزائري.

مادة (424)

يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يبقى في ذمة المدين التزام طبيعي.

المذكرة الإيضاحية:

إذا تمسك المدين بالتقادم فإن الدين يسقط، ولا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أدائه ويسقط الدين بأثر رجعي، أي يستند السقوط إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم لا إلى الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم، على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعي أن المدين إذا كان قد دفع منه للدائن أقساط مستحقة قبل أن تتكامل مدة التقادم يستطيع أن يستردها بدعوى أن الدين غير موجود من وقت بدأ سريان التقادم فلا توجد الأقساط، ذلك أن المدين وقت دفع هذه الأقساط كان التقادم لم يتكامل تقادمه فكان ديناً مدنياً مستحقاً في ذمته بأقساطه فيكون وقت الدفع قد دفع المستحق في ذمته فلا يستطيع أن يسترده بدعوى دفع غير المستحق، ويترتب على سقوط الالتزام بالتقادم وجود التزام طبيعي يلتزم به المدين، حيث لا يجبر المدين على الوفاء به، وإذا وفى به يعد أنه قد وفى بالتزام قانوني ولا يعد متبرعاً، وإذا تعهد بالوفاء به يتحول إلى التزام مدني، ولا تجوز المقاصة بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي، ولا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي أو استخدام حق الحبس في حالة الالتزام الطبيعي. وهي تطابق نص المادة 1/386 مصري، 1/383 سوري، 1/373 ليبي، 320 جزائري.

مادة (425)

انقضاء الحق بالتقادم يستتبع انقضاء توابعه، ولو لم تكتمل المدة المقررة للتقادم بالنسبة لهذه التوابع.

المذكرة الإيضاحية:

إذا انقضى الحق بالتقادم نتيجة لتمسك المدين بالتقادم فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء توابعه من كفالة أو رهن رسمي، أو رهن حيازي، أو امتياز، وذلك لأن التابع يأخذ حكم الأصل حتى لو لم تكتمل المدة المقررة لتقادم التوابع. وهي تطابق نص المادة 2/386 مصري، 2/383 سوري، 2/373 ليبي، 2/320 جزائري.

مادة (426)

1. لا يجوز النزول عن الدفع بالتقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الإتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون.

2. 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 أضرار بهم.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أنه يتضمن ثلاث قواعد هي:
الأولى : عدم جواز النزول عن التمسك بالتقادم قبل ثبوت الحق فيه، والعلة من هذا المنع هي حماية المدين، لأنه لو أجاز النزول لفرض الدائن على المدين أن يقر سلفاً بالنزول عن التمسك بالتقادم الذي ستكتمل مدته مستقبلاً ولما تردد المدين عن قبوله، لأن الدائن هو الطرف القوي الذي يملئ شروطه أثناء التعاقد فضلاً عن الخشية من

أن يصبح هذا الشرط سائدا في التعامل، وبالتالي يؤدي إلى حرمان المدين من وسيلة وضعها القانون لحمايته.

والثانية : أنه يجوز النزول عن التمسك بالدفع بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه، وينصرف أثر النزول على المدة السابقة عليه، ولكن لا أثر له بالنسبة للمدة اللاحقة، ويترتب على النزول محو أثر المدة السابقة على بدء سريان مدة تقادم جديد من يوم وقوع النزول، والعلة من هذا النزول انه يعد بمثابة إقرار بالدين يقطع سريان المدة فيزول كل أثر للمدة السابقة عليه ويبدأ سريان مدة تقادم من جديد من يوم النزول.

ونزول المدين عن التمسك بالتقادم قد يكون صريحا أو ضمنيا، والقاضي هو الذي يستخلص النزول الضمني من الوقائع، وإذا ثار شك في ذلك فلا يكون نزولا ضمنيا في هذه الحالة، لأن الشك في حدوث النزول الضمني يؤدي إلى رفضه إذ إن النزول عن المدة لا يفترض، ومن قبيل النزول الضمني طلب المدين مهلة من الدائن للسداد بعد اكتمال مدة التقادم.

وإذا كان في النزول ما يلحق الضرر بالدائنين، فلا ينفذ في حقهم ويستطيع الدائنون أن يطعنوا في النزول بدعوى عدم نفاذ التصرفات.

والثالثة : لا يجوز الإتفاق على أن تتم مدة التقادم بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون، فلا يجوز الإتفاق على إطالتها، لأن الإتفاق على إطالتها يعد نزولا عن مدة التقادم قبل أن تتم، ولا يجوز الإتفاق على تقصيرها لأن ذلك يؤدي إلى التعسف حيث يقوم المدين القوي بإجبار الدائن على قبول هذا الإتفاق فيحرمه من حقه في أقصر فترة ممكنة.

وهي تطابق نص المادة 388 مصري، 385 سوري، 375 لبيبي، 346 لبناني، 322 جزائري.

مادة (427)

1. لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء ذاتها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.

2. يجوز إبداء الدفع بالتقادم في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف إلا إذا تبين من الظروف أن صاحب الحق فيه قد نزل عنه صراحة أو ضمنا.

المذكرة الإيضاحية:

يظهر من النص أن اكتمال التقادم لا يترتب عليها انقضاء الالتزام بقوة القانون، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو ممن له مصلحة في ذلك ويستطيع صاحب المصلحة في التقادم أن يتمسك به حتى لو لم يتمسك به المدين، فمثلا يستطيع دائنو المدين التمسك بالتقادم حتى لو لم يتمسك به هو، لأن لهم مصلحة في ذلك فالالتزام لا ينقضي بمرور الزمان واكتمال مدة التقادم، بل يجب التمسك بالتقادم من قبل المدين أو من له مصلحة في ذلك، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تستجيب لذلك، إذ إن القاضي لا يثير موضوع التقادم من تلقاء نفسه لأنه لا يعد من قبيل النظام العام، وإن كان يتعلق بالمصلحة العامة.

والتمسك بالتقادم لا يعد دفعا شكليا بل دفعا موضوعيا يجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، حتى لو كانت أمام محكمة استئناف.

وهي تطابق نص المادة 387 مصري، 384 سوري، 374 ليبي، 321 جزائري.

انتهى الكتاب الأول