

محاضرات مادة احكام اللتزام

المحاضرة الحادية والعشرون ((احكام اللتزام/ اثار اللتزام- تنفيذ اللتزام))

الكتاب الثاني

(احكام اللتزام)

بعد أن عرفنا المصادر التي ينشأ عنها اللتزام لابد أن ندرس أحكامه من حيث : اثار اللتزام ، أو صاف اللتزام ، انتقال اللتزام ، انقضاء اللتزام ، وذلك كما يأتي :-

الباب الاول

(اثار اللتزام)

وتندرج تحت اثار اللتزام : تنفيذ اللتزام ، وسائل ضمان حقوق الدائنين في تنفيذ اللتزام ، اللتزام الطبيعي من حيث كيفية تنفيذه ، وسنبحث هذه المسائل الثلاثة في الفصول الآتية :

الفصل الاول

(تنفيذ اللتزام)

قد يقوم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً طبيعياً دون أي معوق كأن يدفع المدين دينه أما البائع يسلم المبيع وهذا التنفيذ الاختياري الطوعي الذي بارادة المدين لا يثير أي مشكلة ، لكن قد يمتنع المدين عن التنفيذ أو يتأخر فيه أو لا ينفذ نهائياً فهناك وسائل وطرق أخرى للتنفيذ تحمله عليه أما ان يجبر التنفيذ العيني الجبري ، وقد يحمل المدين على التنفيذ عن طريق الغرامات التهديدية ، وقد لا يمكن للمدين تنفيذ التزامه عيناً لذا يحكم عليه بدفع تعويض فيكون ذلك تنفيذاً عن طريق التعويض .

وسنبحث التنفيذ العيني الجبري ، والتنفيذ بطريق الغرامات التهديدية والتنفيذ بطريق التعويض ، كوسائل لتنفيذ الالتزامات وذلك في المباحث الآتية :

المبحث الاول

التنفيذ العيني الجبري

*يجب على المدين الوفاء بالتزامه أياً كان محل هذا الالتزام وبهذا التنفيذ ينقضي التزام المدين وهذا هو التنفيذ الاختياري أو الوفاء والذي عالجته معظم التشريعات المدنية في باب أنقضاء الالتزام ومنها القانون المدني العراقي .

لكن الوفاء مثلما هو طريقة من طرق أنقضاء الالتزام هو أيضاً طريقة من طرق تنفيذ التزام لذا عالجته بعض القوانين كالقانون السويسري في باب تنفيذ الالتزام .

ولن نبحث هنا التنفيذ الاختياري أو الوفاء وإنما سنبحثه في باب أنقضاء الالتزام كما فعل المشرع العراقي وسنقتصر على بحث التنفيذ العيني الجبري كطريق من طرق التنفيذ، فالالتزام المدني وبخلاف الالتزام الطبيعي يحوي على عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية ومفاد عنصر المسؤولية هو أن المدين إذا لم ينفذ التزامه طوعاً واختياراً فإنه يجبر على تنفيذه فيحق للدائن اللجوء عندئذ الى السلطة العامة لأجبار المدين على تنفيذ الالتزام .

وهذا تنفيذ العيني الجبري يتم بوسائل معينة يستعملها القاضي لأرغام المدين على تنفيذ الالتزام وهذه الوسائل هي الحبس المدني والغرامة التهديدية وسنبحث ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل .

وتجب ملاحظة أن هذا التنفيذ العيني الجبري مرهوناً بشروط معينة فلا يمكن إجبار المدين على التنفيذ الا بتوافر هذه الشروط فأذا تخلف شرط منها لا يجبر المدين على التنفيذ وإنما يحق للدائن عندئذ طلب التنفيذ بمقابل أو التعويض المالي وهذا ما سنبحثه في المبحث الثالث من هذا الفصل أذاً سنبحث في هذا المبحث التنفيذ العيني الجبري وفي المبحث الثاني ندرس وسائل تحقيق هذا التنفيذ وفي المبحث الثالث ندرس اللجوء الى التنفيذ بمقابل أو التعويض عند عدم توافر شروط التنفيذ العيني الجبري .

*والتنفيذ العيني الجبري مفاده إجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به يتوافر شروط معينة لكن ليس كل الالتزامات قابلة للتنفيذ العيني الجبري ،على هذا سنبحث شروط التنفيذ العيني الجبري في مطلب أول ومن ثم نبحث كيفية وقوع هذا التنفيذ في مطلب ثان.

المطلب الاول

شروط التنفيذ العيني الجبري

يشترط للتنفيذ العيني الجبري وحتى تحكم المحكمة بأجبار المدين على تنفيذ الالتزام توافر (٥) شروط الشرط الاول والثاني نصت عليهما (م ١٤٦ ف١، ف٢) وهما أن يكون التنفيذ العيني ممكناً اذ تنص (ف١) على (يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً)، وهذا هو الشرط الاول ،أما الشرط الثاني أن لا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين أو أن يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ،أذ تنص (ف٢) على (أذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).

أما الشرط الثالث فهو مستخلص من طبيعة عمل القضاء وهو أن يطلب الدائن التنفيذ العيني.

أما الشرط الرابع فهو مستخلص من طبيعة التنفيذ العيني الجبري نفسه وهو أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ .

أما الشرط الخامس فهو مستنتب من نصوص أخرى نص عليها القانون المدني وهو أن يكون أمتناع المدين عن التنفيذ العيني أو تاخره فيه غير مشروع .

وسنبحث هذه الشروط الخمسة في ما يلي :-

الشرط الاول : أن يكون التنفيذ العيني ممكناً :-

لا تجبر المحكمة المدين على التنفيذ العيني إلا إذا كان هذا التنفيذ ممكناً على المدين لا مستحيلاً فأذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً والاستحالة كانت بسبب خطأ من المدين فلا تحكم المحكمة بجبره على التنفيذ وإنما تحكم عليه بدفع التعويض للدائن، أما إذا كان بسبب الاستحالة أجنياً لا يدللمدين فيه فالالتزام ينقضي ولا يجبر المدين على دفع التعويض .

وأستحالة التنفيذ بخطأ المدين متصوراً في كل الالتزامات أيأ كان محلها ما عدا الالتزامات التي محلها مبلغاً من النقود فلا يمكن تصور أستحالة تنفيذها وسنوضح لاحقاً كيف يستحيل التنفيذ بحسب طبيعة الالتزام عند بحث كيفية وقوع التنفيذ العيني الجبري، وقد تتعلق الاستحالة بميعاد التنفيذ كما لو حدد الطرفان موعداً معيناً لتنفيذ الالتزام وأنقضى الميعاد دون أن يتم التنفيذ فلا جدوى بعد ذلك من التنفيذ العيني الجبري وقد لا يحدد الطرفان موعداً للتنفيذ لكن الدائن هو من يحدد هذا الموعد وينذر المدين على التنفيذ في الموعد الذي حدده وينقضي هذا الموعد دون تنفيذ فيصبح هذا التنفيذ بعد ذلك مستحيلاً.

الشرط الثاني : أن لا يكون في التنفيذ العيني أرهاق للمدين أو أن يكون فيه أرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً :-

لا تجبر المحكمة المدين على التنفيذ العيني إذا كان في هذا التنفيذ أرهاق له ولم يحدد المشرع معنى الأرهاق لكن ينصرف معناه الى الخسارة الجسيمة التي تصيب المدين من هذا التنفيذ لكن يشترط لعد أربار المدين على التنفيذ العيني أن لا يلحق ذلك بالدائن ضرراً جسيماً فأذا كان التنفيذ العيني الجبري مرهق للمدين ولا يلحق العدول عنه بالدائن ضرراً جسيماً تحكم المحكمة على المدين بالتعويض المالي .

لكن إذا كان التنفيذ العيني الجبري مرهقاً للمدين لكن العدول عنه الى التعويض المالي يصيب الدائن بضرر جسيم فإن المحكمة ترجح مصلحة الدائن الذي سيصاب بهذا الضرر جراء العدول عن التنفيذ العيني على مصلحة المدين الذي سيصاب بأرهاق جراء التنفيذ العيني وبالتالي تحكم في هذه الحالة بالتنفيذ العيني على المدين مع ما فيه من أرهاق عليه ذلك أن الدائن هو أجدر بالرعاية .

الشرط الثالث : أن يطلب الدائن التنفيذ العيني:

وهو شرط مستخلص من عمل القضاء فالمحكمة لا تحكم بالتنفيذ العيني الجبري ما لم يقدم طلب من الدائن يطالب فيه هذا التنفيذ فأذا لم يقدم الدائن هذا الطلب فلا يمكن للمحكمة أن تحكم بالتنفيذ من تلقاء نفسها، فأذا طلبه الدائن وتوافرت شروطه حكمت به المحكمة لكن إذا لم يطلبه الدائن وطلب بدله التعويض المالي لكن مع ذلك عرض المدين التنفيذ العيني حكمت المحكمة بالتنفيذ العيني لا بالتعويض

لأن الاول هو الاصل ولا يحق للدائن رفضه لكن اذا طلب الدائن التعويض ولم يعرض المدين التنفيذ حكم بالتعويض لأنه بعد تنازل من الدائن عن التنفيذ العيني وللدائن أن يعدل عن طلب التعويض ويطالب بالتنفيذ في كل الاحوال شرط أن يكون العدول قبل صدور قرار المحكمة .

الشرط الرابع : أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ :-

فالسطة العامة لا يمكن أن تحكم لكل من يدعي بحق على شخص بخر بل لابد من ثبوت الحق بوثائق معينة حتى تحكم السلطة لصاحب الحق فالدائن لا يمكنه طلب التنفيذ العيني ما لم يكن لديه هذه الوثائق التي تعرف (بسندات التنفيذ) التي نظمها قانون التنفيذ ولا يمكن للمحكمة أن تحكم للدائن بالتنفيذ بدون هذه السندات.

الشرط الخامس : أن يكون أمتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه غير مشروع .

وهو شرط مستخلص من نصوص القانون المدني الاخرى الخاصة بتقابل الالتزامات وللدفع بعدم التنفيذ، ففي العقود الملزمة للجانبين يحق للمدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم ينفذ الدائن التزامه المقابل وبالتالي يكون أمتناع المدين هنا عن تنفيذ أمتناع مشروع وبالتالي لا يجبر عن التنفيذ العيني لكن اذا كان أمتناعه عن التنفيذ أو تأخره في التنفيذ غير مشروع ولا سند له في ذلك فإنه يجبر على التنفيذ.

المطلب الثاني

كيفية وقوع التنفيذ العيني الجبري

*أولاً : الجهة المختصة بالتنفيذ العيني :-

السلطة أو الجهة الموكلة اليها أمر تحقيق التنفيذ العيني الجبري هي السلطة العامة بأشراف القاضي ومراقبته وهذه السلطة العامة في العراق هي دائرة التنفيذ التي تتولى التنفيذ الجبري على المدين ويكون ذلك غالباً بحجز أمواله لكن قد تمتنع جهات اخرى غير دائرة التنفيذ بسلطة التنفيذ الجبري ويكون ذلك بقانون خاص ،وقد نظم قانون التنفيذ العراقي صلاحيات دائرة التنفيذ.

وقد يقع التنفيذ الجبري دون تدخل السلطة العامة (دائرة التنفيذ) وذلك عندما يقيم به الدائن نفسه على حساب المدين، أو عندما يحكم به القاضي كما نص على ذلك القانون المدني المصري.

ثانياً:أختلاف امكانية التنفيذ(العيني) بأختلاف محل الالتزام :-

محل الالتزام يكون على (٧) صور تختلف بأختلاف امكانية التنفيذ العيني، فللالتزام ثلاث صور رئيسية من حيث المحل فقد يكون محل الالتزام نقل حق عيني وقد يكون عمل معين وقد يكون امتناع عن عمل، ونقل الحق العيني قد يقع على عقار وقد ينصب على منقول وهو إذا أنصب على منقول قد يقع

على منقول معين بالذات وقد يقع على منقول معين بالنوع، والالتزام بعمل قد يكون التزاماً بالتسليم وهو أي التسليم قد يكون التزام أصلي ستقل وقد يكون التزام تابع نقل عيني، وقد يكون الالتزام بعمل التزاماً بأنجاز عمل معين وقد يكون التزاماً ببذل عناية وستتولى بيان ذلك في ما يأتي، فمجموع صور الالتزام (٧) فالالتزام بنقل حقي عيني له (٣) صور والالتزام بعمل له (٣) صور والصورة الأخيرة هي الالتزام بالامتناع عن عمل :-

١) الالتزام بنقل حق عيني :-

وله (٣) صور نقل حق عيني على عقار ونقل حق عيني على منقول وله صورتين نقل حق عيني على منقول معين بالذات ونقل حق عيني على منقول معين بالنوع :-

أ- الالتزام بنقل حق عيني يرد على عقار :-

ومثله عندما يشتري شخص عقار من آخر فالدائن ملتزم بنقل حق عيني للمشتري وهو حق الملكية بموجب (م ٢٤٧١ مدني) الالتزام بنقل حق الملكية أو حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محله شيئاً معيناً بالذات دوت اخلال بقواعد التسجيل وبموجب (م ٥٠٨١ مدني) بيع العقار باطل اذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري، على هذا عقد بيع العقار، أو أي حق عيني آخر على عقار لا يمكن أنشائه بعقد ما لم يسجل هذا العقد في التسجيل العقاري فاذا أمتنع المدين البائع هنا عن التسجيل فان الدائن لا يمكنه إجبار على التنفيذ العيني بتسجيل العقد ونقل الحق العيني فيكون التنفيذ العيني الجبري على المدين الممتنع عن التسجيل غير ممكن لكن للدائن المشتري طلب التعويض (م ١٢٧١ مدني)

ب- الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات :-

والمنقول المعين بالذات هو الشيء القيمي الذي لا يقوم بعضه مقام بعض بالوفاء وبموجب (م ٢٣٧١ مدني) فإن العقد الوارد على هذا النوع من المنقولات كالسيارة أو الحصان ينقل من تلقاء نفسه الحق العيني الوارد عليها فينفذ الالتزام بقوة القانون من تلقاء نفسه وبالتالي لا مجال للتنفيذ العيني الجبري لأن الالتزام يكون قد نفذ، لكن يلاحظ أن قاعدة انتقال الحق العيني الوارد على منقول معين بالذات من تلقاء نفسه قد تعطلها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فأذا باع شخص هذا المنقول لشخص آخر لم يتسلمه ثم قام البائع ببيعه لمشتري ثاني قام بتسليمه فإن الحق العيني أي ملكية المنقول لا تنتقل الى المشتري الاول من تلقاء نفسها لأن المشتري الثاني يكون قد تملك المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ويلاحظ أيضاً أنه اذا كان لا يمكن الكلام عن التنفيذ العيني للالتزام بنقل الحق العيني الوارد على منقول معين بالذات فإن التنفيذ العيني يكون ممكناً بالنسبة للالتزام التبعية للالتزام بنقل الحق العيني كحق الملكية فأذا لم يكن البائع قد سلم المنقول للمشتري فمن حق المشتري إجباره أو طلب التنفيذ العيني الجبري للالتزام بالتسليم يوصفه التزام تبعية للالتزام بنقل الحق العيني أما اذا كان المنقول قد هلك بخطا المدين ولا يمكنه تسليمه فللدائن طلب التعويض.

ج-الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع :-

المنقول المعين بالنوع كطن من الحنطة بوصفه شيء مثلي يقوم بعضه مقام بعض بالوفاء فإنه بموجب (م ٢٤٨١ ف ١) لا ينقل حق الملكية ولا أي حق آخر على هذا المنقول الا بعد تعيينه بالذات ،أي اذا باع شخص طن حنطة لآخر فالمشتري لا يمتلك طن الحنطة الا بعد تعيينه والتعيين يقتضي الاضرار،وهنا من الممكن أن يتمتع المدين أي البائع عن ضرر الحنطة وحتى بعد قد يتمتع عن تسليمها للمشتري على هذا فإن هذا النوع من الالتزامات يقبل التنفيذ العيني الجبري فيجبر المدين الممتنع عن أفرار المنقول على أفراره واذا أفرزه وامتنع عن تسليمه للدائن يجبر على التسليم بوصفه التزام تبعي للالتزام بنقل الحق العيني .

أما اذا لم يكن لدى المدين منقولات مثليه من نفس النوع المتعاقد عليه فإنه بموجب (م ٢٤٨١ ف ٢ مدني) يحق للدائن اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أن يحصل بنفسه على المنقول المعين بالنوع على نفقة المدين بأن يقوم بشرائه ويدفع المدين الثمن والمصروفات الاخرى وذلك بعد أستئذان المحكمة ويحق له ذلك حتى دون أستئذان المحكمة في حالة الاستعجال مع حقه يطلب التعويض عن الاضرار التي تصيبه جراء ذلك ،كما أيضاً أن يطلب من المدين قيمة الشيء لا الشيء نفسه مع حقه ايضاً بطلب التعويض عن الاضرار الاخرى .

*أما الالتزام الذي محله من النقود فهو كالتزام الوارد على منقول معين بالنوع فالنقود معينة بالنوع وهي شئ مثلي لكن يختلف الالتزامان من ثلاث وجوه الاول أن انتقال الحق العيني في النقود يتم بالقبض أما في المنقول المعين بالنوع فيتم انتقال الحق العيني بالافراز كما لا حظنا، الوجه الثاني أن مقدار ما يلتزم به المدين من نقود قد يختلف عن المقدار المحدد في العقد لأن المقدار هنا يتأثر بتقلبات الاسعار ولا ينطبق ذلك على باقي المنقولات المعينة بالنوع أما الوجه الثالث فهو أن الالتزام الذي محله مبلغ من النقود دائماً يقبل التنفيذ العيني في كل الاحوال لكن بقية المنقولات المعينة بالنوع فقد لا حظنا أنها اذا هلك يفعل المدين فالدائن لا يطلب التنفيذ العيني الجبري إنما يطلب التعويض .

٢-الالتزام بالقيام بعمل :-

وهو على ثلاثة أنواع التزام بالتسليم الالتزام بأنجاز عمل معين ،الالتزام ببذل عناية وكما يلي:-

أ)الالتزام بالتسليم :

وهو يأتي على صورتين قد يكون التزاماً مستقلاً وقد يكون التزاماً تبعياً :-

الصورة الاولى :الالتزام بالتسليم المستقل

ويكون ذلك عندما ينفرد الالتزام بالتسليم لوحده كالتزام المستعير برد الشيء الذي أستعاره الى المعير وهو يقبل التنفيذ العيني الجبري فإذا لم يرد المستعير الشيء المعار أجبر على الرد وأذا هلك يفعله فللمعير طلب التعويض .

الصورة الثانية : الالتزام بالتسليم التبقي

وذلك عندما يكون الالتزام بالتسليم تابعاً للالتزام بنقل الحق العيني سواء كان الحق العيني وارد على عقار أو منقول معين بالنوع كان أم معين بالذات ،وهنا إذا استحال تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني جبراً كما لو كان العقار غير مسجل أو ان المنقول المعين بالذات لم يكن موجوداً أو لم يكن بالامكان الحصول على منقول من نوع المنقول المعين بالنوع فإنه هنا يكون تنفيذ الالتزام بالتسليم تنفيذاً عينياً جبرياً غير ممكن أيضاً، أما إذا كان الالتزام الاصيلي مبلغ من النقود فإن نقل ملكيتها وتسليمها يقعان في ذات الوقت .

ب)الالتزامات بأنجاز عمل معين

وفي هذه الالتزام قد تكون شخصية المدين محل اعتبار في العقد أما بأيقاف الطرفين أو بحسب طبيعة الالتزام كالتزام الفنان المطرب بالغناء في حفلة أو التزام الرسام برسم لوحة فهنا يمكن للدائن أن يرفض تنفيذ التزام من غير المدين(م ٢٤٩ مدني)فعلى المدين في هذه الحالة كالرسام والمغني أن ينفذ التزامه بنفسه لأن مصلحة الدائن لا تتحقق إذا قام رسام أو مغني غيره بتنفيذ الالتزام وإذا أمتنع المدين هنا عن التنفيذ فإن أمام الدائن طريقتين أما إجباره على التنفيذ عن طريق الغرامات التهديدية أو أن يطلب التعويض بدل التنفيذ وطلب التعويض افضل له لأن إجبار المدين كالرسام على التنفيذ ورسم اللوحة فلن يكون التنفيذ أو الرسم جيداً لأن المدين هنا ضغط عليه وأجبر على الرسم .

أما اذا كانت شخصية المدين ليست ذات اعتبار في العقد كما في عقد المقولة وان تدخل المدين بنفسه للتنفيذ غير ضروري فإنه بموجب (م ٢٥٠١ ف١، ٢ مدني) للدائن بعد أستئذان المحكمة تنفيذ الالتزام على نفقة المدين كأن يكلف مقاول اخر لبناء الدار على حساب المقاول الاول المدين الذي لم ينفذ،وفي حال الاستعمال بان يرى الدائن أن إقامة الدعوى والحصول على الاذن يستغرق وقت يضر بمصالحه فله التنفيذ على حساب المدين دون أذن المحكمة لكن ليس للدائن هنا كما في الحالة الاولى عندما تكون شخصية المدين محل اعتبار الخيار بين التنفيذ العيني الجبري وطلب التعويض فليس للدائن هنا الخيار بين التنفيذ على حساب المدين الممتنع وبين التعويض المالي فإذا كلف المدين شخصاً اخر بالتنفيذ فليس للدائن الرفض وطلب التعويض وليس له ذلك إذا عرض المدين التنفيذ على نفقته بل وليس له طلب التعويض ما دام أن التنفيذ العيني لازال ممكناً بنظر المحكمة .

ج)الالتزام ببذل عناية :

قد يكون الالتزام بعمل هو التزام ببذل قدر من العناية في تنفيذ الالتزام .والالتزام بذل عناية قد يرد على شيء كالتزام المودع لديه بالمحافظة على الوديعة أة التزام المستعير بالمحافظة على الشيء المعار هنا بموجب(م ٢٥١١ ف١) أن على الشيء وأن يقوم بأرادته والعناية به ،وقد يتعلق الالتزام ببذل عناية بعمل لا بشيء كالتزام الطبيب في معالجة المريض فعليه هنا بموجب (م ٢٥١١ ف١) أن يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبه من الرجل المعتاد ومن ثم لا يسأل عن عدم تحقق النتيجة بعد ذلك(شقاء المريض) ،لكن بموجب (م ٢٥١١ ف٢)قد يتفق الطرفان صراحة أو يتبين من الظروف أنهما قصدا ان يبذل المدين في تنفيذ التزامه ما اعتاده من عناية في شؤونه الخاصة أعلى أو أقل من عناية الرجل المعتاد ،كما يلاحظ أن نصوص أخرى في القانون المدني قد خرجت عن عناية الرجل المعتاد (م ١٨٥٨)ألزمت المستعير ببذل عناية أكثر من عناية الشخص المعتاد في المحافظة على الشيء

المعار، و(م ١ ٩٥٢) تجيز للوديع (المودع لديه الشيء) بذل عناية أقل من عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الوديعة .

*وعلى كل حال إذا لم يبذل المدين في تنفيذ التزامه القدر المطلوب منه من العناية فإنه يكون قد تسبب بخطأه في استحالة تنفيذ التزام ومن ثم لا مجال للكلام عن التنفيذ العيني الجبري وللدائن طلب التعويض .

٣- الالتزام بالامتناع عن عمل :-

بموجب (م ٢٥٢١) إذا كان التزام المدين هو بالامتناع عن عمل معين وأخل به المدين أي قام بالعمل فللدائن طلب إزالة العمل أو لمخالفة مع التعويض إذا كان له محل.

لكن الالتزام بالامتناع عن عمل يقتضي التمييز بين عدة حالات :-

أ- إذا كانت مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل تقبل الإزالة كأن يتعهد جار بعدم بناء جدار يحجب الهواء عن جاره فإن قام الجار بالبناء وخالف الالتزام فمخالفته تقبل الإزالة إذ يطلب الدائن من المحكمة إزالة المخالفة وهدم الجدار إذا رفض الجار هدمه اختياراً، وله أن يطلب من المحكمة بعد استئذانها إزالة الجدار بنفسه على نفقة المدين الجار وليس للدائن أن يقوم بذلك دون استئذان المحكمة حتى في حالة الاستعجال لأن ذلك يسبب أرهاق وتعنت على المدين وللدائن إضافة إلى طلب إزالة المخالفة طلب تعويض عن الأضرار الأخرى إذا كان له مبرر ، وليس للمحكمة رفض طلب الدائن بإزالة المخالفة أي الحكم بالتنفيذ العيني الجبري والحكم للدائن بالتعويض إلا إذا كان التنفيذ يرهق المدين والعدول عنه لا يضر بالدائن ضرراً جسيماً.

ب- إذا كانت المخالفة لا تقبل الإزالة وكان الالتزام لمرة واحدة لا يقبل التكرار كالتزام المهندس بعدم أفضاء سر الشركة فهو التزام إذا أخل به المهندس وأفضى السر فلا يقبل إزالة المخالفة بعد ذلك لأن السر أذيع كما أنه لا يقبل التكرار فما دام السر أذيع فلا وجه لالتزامه مرة أخرى بالتنفيذ الجبري العيني على المدين المهندس يكون مستحيلاً هنا وليس للدائن إلا طلب التعويض .

ج- إذا كانت المخالفة لا تقبل الإزالة وكان الالتزام متكرر كالتزام المطرب بعدم الغناء الأعلى مسرح معين فأقام المطرب بالغناء على مسرح آخر فلا يمكن بعد ذلك إزالة مخالفته والتنفيذ العيني الجبري يكون مستحيل وللدائن طلب التعويض ذلك بالنسبة للماضي أي للمرة التي غنى فيها لكن التزامه هذا يتكرر مستقبلاً فللدائن طلب التنفيذ العيني الجبري بالنسبة للمستقبل وألزامه مستقبلاً بعدم الغناء الأعلى المسرح المطلوب بالتنفيذ العيني هنا ممكن للمستقبل.

المطلب الثاني: التنفيذ عن طريق التهديد بالغرامات التهديدية :-

أولاً - التعريف:-

ويتصرف معنى التنفيذ عن طريق الغرامات التهديدية هو أن يحمل المدين على التنفيذ لالتزامه في الحالات التي تتطلب تدخله الشخصي للتنفيذ عن طريق تهديده بدفع غرامة مالية معينة عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن التنفيذ كالشهر أو الأسبوع وقد كان سابقاً يعمل المدين على تنفيذ التزامه عيناً عن طريق الإكراه البدني أي حبس المدين الذي يمتنع عن التنفيذ لكن هذه الوسيلة أصبحت في الوقت الحاضر تتعارض مع كرامة الإنسان لذا انحسر تطبيقها نهائياً بل زال هذا التطبيق في القانون المدني

وبقت بعض اثاره في قانون التنفيذ وبقت الطريقة التي يحمل فيها المدين على التنفيذ عن طريق الغرامات التهديدية حسب نص المادتين (٢٥٣, ٢٥٤ مدني عراقي) محال تطبيق هذه الطريقة هي الالتزامات بعمل كألتزام المقاول فأذا تأخر في اعمال فأن المحكمة لها أن تحكم عليه بدفع غرامة عن كل اسبوع تأخير ، كما يمكن تطبيق هذه الطريقة في الالتزامات التي يكون محلها نقل ملكية أو حق عيني اذا انصب على منقول معين كما يمكن تطبيقها في الالتزامات التي امتناع عن عمل كأن يلتزم فنان بعدم الغناء على مسرح معين ثم يقوم بالاخلاق بالالتزامه فيمكن للمحكمة بطلب من الدائن أن يحكم عليه بغرامه عن كل مرة يعطي فيها على هذا المسرح .

ثانياً: شروط التنفيذ بالغرامات التهديدية وهي ثلاث شروط :-

(١) أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً فأذا أصبح مستحيلأ كهلاك المبيع الذي يجي على البائع تسليمه فأن من العبث اللجوء الى هذه الطريقة .

(٢) أن يكون من الضروري تدخل المدين بنفسه لتنفيذ التزامه .

(٣) أن يطلب الدائن من المحكمة الحكم على المدين الممتنع عن التنفيذ بالغرامة .

ثالثاً : حكم الغرامة التهديدية

اذا نفذ المدين المحكوم عليه بالغرام او أمتنع واصر نهائياً على عدم التنفيذ فأن المحكمة تصرف النظر عن الغرامة التهديدية لكن في حالة الامتناع عن التنفيذ على المحكمة أن لحكم الدائن تعويض يشمل ما فاته من ربح وما لحقه من خسارة مراعية في ذلك مدى الذي أظهره المدين دون تأخذ بالاعتبار مبلغ الغرامة المحكوم بها .

رابعاً: خصائص الغرامات التهديدية :- تتميز الغرامات التهديدية بثلاث خصائص :-

١- أنها تحكيمية : فلا يراعي القاضي عند تقديرها مقدار الضرر الذي يصيب الدائن من عدم التنفيذ بل يتحكم القاضي في مقدارها وغالباً ما تكون اكبر من الضرر لكن على القاضي أن يراعي عند الحكم بها مركز المدين وحالته المالية .

٢- أنها تهديدية : فالغاية منها ارهاب المدين وحمله على التنفيذ ليس الا فهي حق للدائن لكن لاتكون دين على المدين فالقاضي في نهاية الامر لا يلزمه بدفعها .

٣- ان الحكم بها يكون وقتياً فطالما انها تهديدية فأنها تكون وقتية تريد المحكمة من مقدارها كلما رأت داعياً لذلك .

خامساً: تقويم الغرامة التهديدية :-

يبدو ان هذه الوسيلة تنطوي على معنى العفوية الذي لا مجال له في المسائل المدنية لذا فهي تعد وسيلة شاذة لم تعد منسجمة مع روح العصر وتمس حرمة القضاء واحكامه فكان على المشرع العراقي عدم الاخذ بها

المحاضرة الثانية والعشرون ((تنفيذ الالتزام/التنفيذ بطريق التعويض))

المبحث الثاني

(التنفيذ بطريق التعويض)

وهو عبارة عن ترضية على شكل مبلغ نقدي تدفع للدائن اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه في الوقت المحدد وبالشروط المتفق عليها أو استحال عليه بخطأ تنفيذ الالتزام على ان يساوي هذا المبلغ ما كان سيحصل عليه الدائن من نفع لو قام المدين بالتنفيذ فالتعويض يدفع الدائن عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه بعد اعداره بذلك في بعض الحالات أو عند تأخر المدين بالتنفيذ دون حاجة لاعذاره والتعويض على هذا ليس التزاماً تخييرياً ففي الالتزام التخيري يتحدد محل الالتزام فيخير الدائن اوالمدين بالوفاء في واحد منها أما في التعويض فلا خيار لأي من الطرفين بل لأي منهما رفضه، والتعويض ليس التزاماً بديلاً لأن المدين لا يمكنه الزام الدائن بقبول ما دام التنفيذ العيني ممكن وهو ليس تجديد للالتزام فلا ينقضي الالتزام الاصيلي ويحل محل التعويض كالتزام جديد بل ان التعويض يحل محل الالتزام الاصيلي بكل صفاته لأنه يرتبط به .

أولاً: شروط التعويض :- وهي أربعة شروط

(١) خطأ من المدين : وقد تم بحث الخطأ في المسؤولية العقدية والتقصيرية.

(٢) ضرر يلحق بالدائن : وقد بحثنا الضرر في المسؤولية .

(٣) عدم وجود اتفاق صريح على الاعفاء من المسؤولية العقدية : وقد بحثنا اتفاقات الاعفاء في المسؤولية العقدية .

(٤) اعذار المدين في بعض الحالات : وسنبحث هذا الشرط بشيء من التفصيل إذ تنص المادة (٢٥٦ مدني عراقي) على (لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون ذلك).

أ-تعرف الاعذار : وهو تنبيه المدين الى أنه متأخر في التنفيذ يرتب عليه القانون بعض الاثار ،فلا يكتفي للحكم على المدين بالتعاون أن يمتنع عن التنفيذ بل لابد من مطالبة الدائن بحقه و الى ذلك والا عد سكوت الدائن تسامح مع هذا المدين ويكون ذلك بالاعذار.

ب-صور الاعذار :- للاعذار عدة صور حسب المادة (٢٥٧مدني عراقي) .

*الانذار : وهو كتاب رسمي من كاتب العدل يوجه الى المدين يطالبه بالتنفيذ .

*طلب كتابي : أي طلب كتابي اخر يوجه للمدين يطاله بالتنفيذ .

*اتفاق الطرفين على اعتبار المدين معذوراً بمجرد حلول الاجل دون حاجة الاعذار .

ج-الحالات التي لا تحتاج الى اعذار : القاعدة العامة ان الاعذار لاستحقاق التعويض لكن المشرع خرج على هذه القاعدة ونص على عدم ضرورة الاعذار في حالات استثنائية هي :

١- اذا اصبح تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن لفعل المدين : وذلك اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو قيام بعمل وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين أو انقصر هذا الوقت دون أن يتم، كما لو اتفق تاجر مع مقاول على البناء صاح له في معرض دولي فتأخر المقاول في البناء حتى انتهت المدة وهي فتح المعرض فالمقاول مسؤول دون حادجة لا عذار كذلك اذا كان محل الالتزام امتناع عن عمل واخل به المدين كالتزام العامل بعدم افشاء اسرار رب العمل ثم قام بأفشاءها فإنه يعد مسؤول دون حاجة الا عذار . اللهم الا اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلأ بسبب أجنبي خانه لا مجال للتعويض هنا لذا لا يكون للا عذار أي معنى .

٢- اذا كان محل الالتزام تعويضاً على عمل غير مشروع :-
فالمدين هنا مخطيء فهو غير جدير بالاعذار .

٣- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو أي شيء تسلمه المدين دون حق وهو يعلم بذلك فالمدين هنا سيء النية لا يستحق اعذاره .

٤- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه .

٥- قد المتعاقدان على ان مجرد عدم تنفيذ احدهما لالتزامه كاف لاستحقاق التعويض دون حاجة لانذار .

٦- قد ينص القانون على عدم الحاجة الى الاعذار أو قد ينص على تاريخ اخر لاستحقاق التعويض.

د- اثار الاعذار : يترتب على اعذار المدين أثاران : -

(١) ان المدين يصبح مسؤولاً عن تعويض الدائن عما لحقه من ضرر من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

(٢) تنتقل نتيجة الهلاك الى المدين في الحالات التي تقع فيها على الدائن، ففي عقد الوديعة اذا انذر صاحب الوديعة المودع لديه بوجوب ردها ثم امتنع وهلكت يده دون تعدٍ أو تقصير منه فإن المودع لديه يتحمل تبعه الهلاك وعليه تعويض صاحب الوديعة .

ثانياً : تقدير التعويض : الاصل أن يتولى القاضي تقدير التعويض لكن قد يقوم المتعاقدان مسبقاً بتقديره وهذا هو التقدير الاتفاقي أو (الشرط الجزائي) وقد يقوم القانون بتقديره اذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود وهو ما يعرف بالفائدة .

(١) التقدير القضائي : على القاضي عند بحثه لمسألة تقدير التعويض أن يبحث في مدى توافر اركان المسؤولية ثم يحكم بالتعويض ويقدره على اساس رد الدائن الى الحالة التي كان يمكن أن يكون عليها

لو نفذ المدين التزامه فيعوض عن الخسارة التي لحقته وما فاتته من ربح دون زيادة لان التعويض ليس عقوبة، وتقدير التعويض مسألة وقائع يترك أمرها لتقدير قاضي الموضوع و يقدر التعويض عادة بمبلغ نقدي لكن قد يكون التعويض غير نقدي كما في حالات القذف والسب عندما يأمر القاضي ينشر الحكم ضد المسؤول في الصحف

٢) التقدير الاتفاقي للتعويض (الشرط الجزائي)

تنص المادة (١٧٠) على أنه ١-يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ٢، ١٦٨، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨- لا يكون التعويض مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة ٣-أما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكبت غشاً أو خطأ جسيماً.

*تعريف التقدير الاتفاقي للتعويض (الشرط الجزائي)

هو عبارة عن شرط يحدد به المتعاقدان مقدماً قيمة التعويض الذي يستحق لأحدهما أما اذا اخل الطرف الاخر بالتزامه وقد يدرج هذا الشرط في العقد الاصلي أو في اتفاق مستقل على ان يتم الاتفاق على الشرط قبل وقوع الاخلال بالالتزام فأذا تم الاخلال فإنه لا يكون شرطاً جزائياً وانما يكون صلحاً أو تجديداً للدين ، ويكثر استعمال هذا الشرط في العقود التي تبرم مع الحكومة وفي العقود العادية مع الافراد .

-خصائص الشرط الجزائي : وهي ثلاث خصائص

١) أنه التزام تبعي : فهو غير مقصود لذاته ولكته وميله لحمل المتعاقد على تنفيذ التزامه يدور مع الالتزام الاصلي ويرتبط به فأذا كان الالتزام الاصلي باطلاً كان الشرط الجزائي باطلاً أيضاً لكن دون العكس فقد يكون الشرط الجزائي باطلاً لكن يبقى الالتزام الاصلي صحيح، ولا تعنى الصفة التبعية للشرط الجزائي أنه التزام تخيري أو بدلي ، فمحمل الالتزام التخيري متعدد تنبراً ذمه المدين بالوفاء بأي منها ، ولا يعد الشرط الجزاء الالتزام بدلي ففي الالتزام البدلي يستطيع المدين ان يلزم الدائن بقبول الالتزام البديل لا الالتزام الاصلي، ولا يستطيع المدين الزام الدائن بقبول الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الاصلي.

*مسألة مختلف فيها : -

ان عقد بيع العقار او أي حق عيني وارد على عقار يعتبر باطلاً اذا لم يتم بتسجيله في دائرة التسجيل العقار، فأذا تضمن هذا العقد شرط جزائي أو امتنع الباطل عن تسجيل العقد فإنه يكون باطل فهل يعتبر الشرط الجزائي باطلاً أيضاً لأنه تابع للعقد الاصلي ؟

تنص المادة (١١٢٧) على انه التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لا وهذا النص الصريح يلزم البائع الذي امتنع عن تسجيل التعهد بالشرط الجزائي رغم بطلان الالتزام الاصلي ، لكن على أي اساس يحكم بهذا الشرط

الجزائي فهل تحكم به على اساس المسؤولية العقدية بأعتبار الشرط صحيح رغم بطلان التعهد أم على اساس المسؤولية التقصيرية بأعتبار العقد باطل وان الاخلال بالتعهد هو ومدة خطأ.

-الرأي الاول :- ذهب السنهوري ومعه معظم الفقه العراقي ومحكمة التمييز ان العقد الذي امتنع البائع عن تسجيله هو صحيح عقد باطل لكنه مع ذلك يتمولى الى عقد آخر صحيح غير مسمى وبالتالي يحكم بالشرط الجزائي على هذا العقد الاخر غير مسمى وتكون المسؤولية عقدية .

-الرأي الثاني :استاذنا د.حسن ذنون أن الحكم بالشرط الجزائي يكون على المسؤولية التقصيرية لا العقدية لان القانون ينص صراحة على أبطال كل عقد وارد على عقار لم يسجل ولا مجال للقول بتحول هذا العقد الى عقد اخر فالعقد باطل غير موجود ولا يتحول الى عقد اخر .

ب-الصفة الثانية للشرط الجزائي (أنه تعويض قدره الطرفان):-

اذا أحالت المادة (١٧٠) على المواد (٢٥٦, ٢٥٧, ٢٥٨) وهي مواد خاصة بالاعذار وهذا يعني ان الدائن لا يستحق الشرط الجزائي الا اذا نبه او أعذر المدين ،كما احالت (م ١٧٠١) الى المادة (١٦٨) وهي خاصة بأركان المسؤولية فلا يستحق الدائن الشرط الجزائي الا اذا أخل المدين بالتنفيذ وهو الخطأ اضافة الى ضرر يصيب الدائن والضرر هنا يثير مشكلتين :-

الاولى : هل يشترط وجود الضرر ؟

في القوانين المستمدة من المذاهب الفردية تحكم بالشرط الجزائي دون حاجة الى اثبات الضرر الذي يصيب الدائن ،أما التشريعات المستمدة من المذاهب الاشتراكية فهي لا تحكم بالشرط الجزائي الا اذا تحقق الضرر وهذا حكم المشرع العراقي عندما احالت (م ١٧٠١) الى (م ١٦٨) التي تشترط وجود ضرر.

الثانية : الشرط الجزائي في العقد الاداري :-

العقد الاداري هو الذي يبرمه شخص معنوي عام ويتصل عام غالباً ما من يتضمن على شرط جزائي يعطي الادارة حق التعويض اذا اخل المتعاقد معها بالتزامه وهذا الشرط الجزائي يسمى في القانون الاداري (الغرامة والتأخيرية) . وهو يتصف بصفة خاصة من حيث الضرر قاصرة على العقد الاداري وهي أن الضرر في العقد الاداري مفروض فرضاً قاطعاً غير قابل لاثبات العكس فهو بمثابة جزاء يوقع على المتعاقد مع الادارة لانها تمارس نشاط يتعلق بمرفق عام فأى تأخير مع المتعاقد يخل بحسن سير هذا المرفق لذا يفترض الضرر فتستقطع الادارة مبلغ الغرامة التأخيرية بمجرد التأخير دون الحاجة لاثبات الضرر ولا يشترط سوى ان يكون التأخير نتيجة خطأ المتعاقد فإذا لم يصدر فيه خطأ بأن كان التأخير لسبب أجنبي فلا تستحق الادارة الغرامة التأخيرية وهذا تستطيع الادارة استقطاع الغرامة دون حاجة الى اصدار حكم .

الصفة الثالثة : ان الشرط الجزائي تقدير جزائي للتعويض :-

وهذا ناتج عن كون الاتفاق على مبلغ التعويض أي الشرط الجزائي يكون قبل الاخلال وحصول الضرر فالمتعاقدان لا يستطيعان ان يتوقعا بصورة مضبوطة مقدار الضرر الذي يصيب الدائن من اخلال المدين لذا فإن الشرط الجزائي يحدد جزافاً فيكون للقاضي بعد حصول الاخلال والضرر التدخل

لتعديله فأذا ظهر له أن مقدار الشرط مساوياً لمقدار الضرر حكم به نفسه أما اذا تبين له ان مقدار الشرط يزيد بزيادة فادحة عن الضرر أو أن الالتزام الاصيلي نفذ في جزء منه تدخل القاضي ليحفظ مقدار الشرط الى الحد الذي يساوي الضرر.

أما اذا تبين أن مقدار الشرط يقل عن الضرر وان الضرر اكبر منه فأن القاضي لا يستطيع زيادة شرط الا اذا اثبت الدائن ان المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيم وتعليل ذلك ان الاتفاق في حاله كون الضرر اكبر من الشرط يعتبر تخفيف للمسؤولية العقدية وقد عرفنا ان الاتفاق على الاعفاء او التخفيف من هذه المسؤولية جائز الا اذا ارتكب المتعاقد غشاً أو خطأ جسيم وبالتالي يكون الشرط الجزائي في هذه الحالة اتفاق على تحقيق مسؤولية المدين ويكون صحيح لكن اذا اثبت الدائن غش المدين أو خطأه الجسيم تدخل القاضي لزيادة مقدار الشرط ليتناسب مع الضرر فيكون اتفاق التخفيف الباطل .

*الفرق بين العربون والشرط الجزائي

أ)العربون مقابل العدول عن الصفقة فهو يستحق بمجرد العدول حتى لو لم يقع الضرر ،اما الشرط الجزائي فلا يحكم به الا اذا وقع الضرر .

ب)العربون لا يجوز تخفيضه أو زيادته بخلاف الشرط الجزائي .

ج)العربون التزام بدلي للالتزام الاصيلي فيجوز للمدين دفعه بدل من تنفيذ الالتزام الاصيلي خلافاً للشرط الجزائي فهو ليس التزام بدلي أو تحيري فلا يجوز للمدين دفعه بدلاً من الالتزام الاصيلي .

٣-التقدير القانوني للتعويض (الفوائد) وهو الربا المنهي عنه شرعا :-

تصدر المادة (١٧١) على انه اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلومة المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين عن الوفاء بها كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فائدة قانونية قدرها (٤%) في المسائل المد و(٥% في المسائل التجارية)وتسري الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية ما لم يحدده الاتفاق او العرف التجاري تاريخ اخر لسريانها ما لم ينص القانون على ذلك تنص المادة (١٧٢) على أولاً لا يجوز للمتعاقدان الاتفاق على سعر أرض للفوائد على ان لا يزيد على (٧%) فأذا زاد عن هذا الحد وجب تخفيض الفائدة الى (٧%).

ثانياً :- كل عموله أو منفعه يشترطها الدائن اذا زادت عن الحد المقرر .

(أي ٧%) هي والفائدة المنفق عليها تعتبر هذه المنفعة وهذه الفائدة فائدة تكون قابلة للتخفيض اذا ثبت انه لا يقابل هذه المنفعة أو العموله خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعته .

-تعريف الفائدة :-

الفائدة أو التعويض القانوني هنا هو الربا المنهي عنه في الشريعة الاسلامية ويؤخذ على القانون المدني العراقي هنا مخالفته لاحكام الشريعة الاسلامية وعليه تعديل نهجه هذا.

-شروط الفائدة :-

أ)ان يكون الالتزام التزام نقدي أي محله نقود معلومة المقدار كالتزام المقترض برد مبلغ القرض .

ب)ان يكون هناك تأخير في الوفاء بالالتزام النقدي فهو التزام قابل للتنفيذ العيني في كل الاحوال .

-مميزات التعويض القانوني (الفوائد):-

أ- أن القانون نفسه تولى تقدير هذا التعويض : - ذلك لصعوبة تقدير التعويض الذي يصيب الدائن من التأخر في الوفاء بالنقود لأن استعمال النقود يختلف باختلاف الاشخاص ويتأثر بالظروف المكانية والزمانية فيصعب تحديد مقدار الضرر على الطرفين فتدخل القانون لتحديد هذا التعويض وهو ٥% في المسائل التجارية و ٤% في المسائل المدنية والسبب في زيادة الفائدة في المسائل التجارية بمقدار ١% هو ان هذه المسائل تقوم على المضاربة أكثر من المسائل المدنية، وأوجب القانون عدم زيادة الفائدة في كل المسائل عن ٧% فإذا زادت عن هذا الحد فإن العقد لا يبطل بل يجب تخفيضها عن هذا الحد عملاً بفكرة (انتقاص العقد).

ب- ان المشرع افترض وقوع الضرر بالدائن فرضاً غير قابل لأثبات العكس بمجرد تأخر المدين بتنفيذ الالتزام النقدي، والسبب في ذلك ان المشرع ينظر الى النقود على أنها عنصر من عناصر الانتاج فهو مال مثمر بطبيعته فالدائن يتضرر حتماً من مجرد حرمانه من النقود لفترة معينة .

ج- القانون ينظر الى الربا نظره ربيه فحاربه من خلال أشتراط سريان الفائدة من تاريخ المطالبة القضائية خلافاً لأنواع التعويض الأخرى التي تسري من تاريخ الاعذار لكن هذه القاعدة ليست امره فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها والاتفاق على تاريخ اخر لسريان الفوائد .

كما أن هذه القاعدة ليست مطلقة فالمشرع نفسه خرج عليها في بعض الحالات مثلاً ما نصت عليه (م ١٥٧٢-١ مدني) اذا كانت العين منتجة لثمرات وايرادات فإن الفائدة من الثمن المستحق تسري من تاريخ الاعذار أو تسليم العين ، كما أن الشريك الذي يأخذ مال الشركة ملزم برده وفوائده من تاريخ الاخذ ، والموكل ملزم برد المصاريف التي صرفها الوكيل وفوائد هذه المصروفات من تاريخ صرفها والزم الوكيل برد ما اخذه من مال الموكل لمصلحته وفوائده من تاريخ الاستخدام لهذه الاموال كما أن المشرع العراقي حارب الربا من خلال تجرime الفوائد المركبه أي أخذ فوائد على الفوائد في المسائل المدنية ومنع ان تزيد الفائدة بمجموعها على رأس المال الاصلي أي محل الالتزام الاصلي مع مراعاة الاعراف التجارية في الحاليتين .

المحاضرة الثالثة والعشرون ((وسائل ضمان حقوق الدائنين/الدعوى غير مباشرة ودعوى عدم

نفاذ التصرفات))

الفصل الثاني

وسائل ضمان حقوق الدائنين

ينصب حق الدائن على ذمة المدين المالية لا على شخصه وعناصره ذمة المدين المالية في تخير مستمر فقد تزيد وتنقص بما يضر حق الدائن في تحصيل دينه فقد يقوم المدين غشاً منه بأنقاص ذمته المالية ليضر بدائنه لذا قرر القانون وسائل متعددة لحماية حق الدائن و هذه الوسائل هي :-

- ١) الدعوى غير المباشرة .
- ٢) دعوى عدم نفاذ التصرف .
- ٣) الحجز على المدين المفلس .
- ٤) حق الحبس .

المبحث الاول

الدعوى غير المباشرة

تنص (م ٢٦١ ا مدني عراقي) على انه يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل بأسم مدينه حقوق هذا المدين الا ما اتصل فيها بشخصية خاصة أو ما كان منها غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينة مقبولاً الا اذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان في ذلك من شأنه ان يسبب اعاره او أن يزيد في هذا الاعار ولا يشترط اذار المدين ولكن يجب ادخاله في الدعوى ، وتنص (م ٢٦٢ ا مدني) على انه يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينة نائباً عن هذا المدين ويحل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في احوال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه.

أولاً _ الحكمه من هذه الدعوى :-

قد يكون المدين سيء الني هاو على الاقل مهمل ومقصر يتقاعس في استعمال حقوقه كأن يمهل المؤجر جمع الايجارات من المستأجرين عاقد يضر بدائنيه لذا فأن من العدالة أن يمنح الدائن وسيلة يستعمل بها هذه الحقوق بدلاً من مدينة المهمل وهذه الوسيلة هي (الدعوى الغير مباشرة).

ثانياً _ شروط الدعوى :-

١) ان يكون للدائن حق مؤكد خال من النزاع :-

فإذا كان حق الدائن حقاً احتمالياً كحق الموصي له قبل موت الموصي أو كان حق الدائن متنازعاً فيه فإنه لا يستطيع ممارسة هذه الدعوى، فيجب أن يكون حق الدائن مؤكداً خالياً من أي نزاع حتى يمارس هذه الدعوى لكن لا يشترط أن يكون حقه مستحق الاداء فحتى لو لم يحل أجل الدين فأن للدائن دفع هذه الدعوى كما لا يشترط في حق الدائن ان يكون سابقاً على حق المدين حتى يرفع الدعوى للمحافظة عليه بخلاف دعوى عدم نفاذ التصرفات .

٢) ان يكون للدائن مصلحة عاجله :-

ان استعمال هذه الدعوى قد تدخل في شؤون الغير لذا فلا بد أن يكون للدائن مبرر قوي لرفعها وهذا المبرر هو مصلحة الدائن في دفع الضرر الذي ينشأ عن اهمال المدين في استعمال حقوقه بأن يسبب هذا الاهمال في اعسار المدين أو يزيد في اعساره والمقصود هنا هو أن تزيد ديون المدين على حقوقه

أي الاعسار الفعلي لا القانوني الذي يتطلب الاجراءات منها اشهار الاعسار، على هذا اذا تسبب الاهمال في اعسار المدين او انه أصلاً معسراً فزاد الاهمال في اعاره. فأن للدائن حق رفع الدعوى أما اذا لم يؤثر الاهمال على حالة المدين الماليه وبقي فليس للدائن رفع الدعوى .

(٣) يجب ادخال المدين طرفاً في الدعوى :-

ففي هذه مصلحة للمدين والدائن فصاحب الحق (الدين) أدري به ولم يشترط المشرع اعذار المدين لأن ادخاله في الدعوى اقوى من الاعذار .

ثالثاً_ نطاق الدعوى :-

تشمل هذه الدعوى جميع الحقوق والاموال التي تعتبر جزءاً من ذمة المدين المالية لأن الغاية منها حماية الدائن عن طريق المحافظة على هذه الحقوق فلا تشمل الدعوى الحقوق والرخص التي لا تعتبر جزءاً من ذمة المدين فيخرج من نطاق هذه الدعوى :-

أ-الرخص/ فلا تعتبر جزءاً من ذمة المدين فلا يمكن للدائن أن يقبل صفقة عرضت على المدين .

ب-الحقوق الغير المالية/فلا يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين في ابطال الزواج أو في دعوى الطلاق .

(٣)الحقوق الغير القابلة للحجز كحق النفقة والمرتب الشهري للموظف .

(٤)الحقوق المالية التي يغلب فيها الاعتبار الشخصي والادبي :-

فلا يجوز للدائن ان يستعمل حق مدينه في نقض الاشتراط لمصلحة الغير لأنه حق لصيق بالمدين وبشخصه ولا يحق للدائن رفع دعوى بأسم المدين للمطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي لأن التعويض عن الضرر الادبي لا يصبح عنصراً في الذمة المالية الا اذا تحددت قيمته بالاتفاق او بحكم القاضي .

ثالثاً _ أحكام الدعوى غير المباشرة :-

يعتبر الدائن عند رفع الدعوى بأسم المدين نائباً عنه لذا تطلق ع هذه الدعوى تقريباً أحكام النيابة القانونية فيبقى الحق خاضعاً لسلطة المدين يتصرف به بكافة التصرفات ويحق لمدين المدين أي الشخص الذي تصرف له المدين ان يتجاهل الدائن ويقوم بدفع مقابل التصرف للمدين المتصرف ويستطيع مدين المدين رفع دعوى الدائن بجموع الدفع التي كانت له قبل مدينه .

ومن مقتضى فكرة النيابة ان الدائن عندما يرفع الدعوى بأسم المدين فإن الفائدة او مقابل نتيجة الدعوى يأخذها الدائن وحده وانما يعود الى ذمة المدين ويشترك به جميع الدائنين وهذا الحكم وان كان يتفق مع قواعد المنطق القانوني الا انه يخالف قواعد العدالة فليس من العدالة أن يشترك دائن كسول مع دائن نشط في حق سعى الى حفظه الدائن النشط لذا ولتلافي هذه النتيجة فقد عمد المشرع الى اعطاء الدائن في معظم الاحيان دعوى مباشرة اتجاه مدين مدينه ليأخذ منه الحق مباشرة مثل الدعوى المباشرة في القانون العراقي

*صور الدعوى المباشرة في القانون العراقي :- (م ٨٨٣) مدني .

تعطي المقاول الثاني وعمال المقاول الاول حق الرجوع مباشرة على رب العمل بما لهم في ذمة المقاول الاول والعمال المقاول الثاني الرجوع مباشرة على كل من المقاول الاول ورب العمل .

(م ١ ٩٣٩ مدني) للوكيل الثاني أي الوكيل من الباطن الرجوع مباشرة على الموكل بما له في ذمة الوكيل الاول (م ١ ٧٧٦ مدني) للمؤجر دعوى مباشرة على المستأجر الثاني.

(م ١ ١٠٠١ مدني) للمؤمن دعوى مباشرة ضد من ارتكب الضرر ضد المؤمن له.

((المبحث الثاني))

((دعوى عدم نفاذ التصرف))

وتسمى أيضاً بالدعوى البوليصية نسبة الى الفقيه الروماني (بولص) وقد عرف الفقه الدعوى (الفقه الاسلامي) هذه أيضاً .

أولاً - تعريف الدعوى : وهي دعوى يرفعها الدائن الذي له دين مستحق الاداء ضد تصرف من تصرفات مدينه الضاره بطلب اعتباره من الغير أو أجنبياً عن هذا التصرف أي بطلب اعتبار التصرف غير نافذ في حقه .

ثانياً _ شروط الدعوى : وهي اربعة شروط : -

(١) ان يكون حق الدائن مستحق الاداء :-

حسب نص المادة (٢٦٣ مدني عراقي) يجب متى يحق للدائن رفع الدعوى أن يكون حق الدائن هذا مستحق الاداء فإذا كان حقه معلقاً على شرط أو الى أجل لم يحل موعده فإنه لا يستطيع رفع الدعوى في حين انه في الدعوى المباشر يستطيع الدائن رفعها بمجرد ان يكون حقه مؤكداً خالياً من النزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الاداء ذلك ان دعوى عدم نفاذ التصرفات اخطر إذ يتدخل الدائن في عمل المدين ويطعن في تصرفه امانى الدعوى المباشرة فالدائن لا يتدخل في عمل المدين وانما يقوم بالمحافظة على حقوقه.

(٢) ان يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه:-

أي ان يكون وجود حق الدائن لا استحقاقه سابق على تاريخ التصرف المطعون فيه بهذه الدعوى فإذا كان وجود الحق بتاريخ (٢-١-٢٠٠٦) والمدين قد تصرف بتاريخ (٢٨-١-٢٠٠٦) فإن وجود حق الدائن هنا سابق على تاريخ التصرف وان كان استحقاقه لاحق لتاريخ التصرف فهنا يستطيع رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات لكن بعد ان يكون حقه مستحق الاداء أي بعد حلول الاجل حتى يتحقق الشرط الاول .

والعلة في ذلك انه اذا كان تصرف المدين سابقاً على حق الدائن فإنه لا يضر بالمدين لأنه لا يدخل هنا في الضمان العام لهذا الدائن ، وعلى الدائن ان يثبت أسبقية حقه على تصرف المدين واذا كان التصرف اسبق فللدائن ان يثبت عكس ذلك بأن المدين قدم تاريخ نصره متى يحرم دائن من الدعوى واذا كان

حق الدائن اسبق فأن للمدين ان يثبت العكس بأن الدائن قدم تاريخ حقه على تاريخ التصرف حتى يستفاد من الدعوى ويطعن بتصرف المدين .

٣) أن يكون التصرف مفقراً للمدين ضاراً بالدائن :-

ويكون تصرف المدين مفقراً له وضاراً بالدائن ويحق للاخير رفع الدعوى أن يجعل هذا التصرف المدين معسراً أو يزيد في أعساره القائم والاعسار المقصود هو الاعسار الفعلي لا القانوني بأن تزيد ديون المدين على حقوقه وليس على الدائن اثبات اعسار المدين وانما عليه ان يثبت ما في ذمة مدينه من حقوق فتقوم قرينة بسيطة على ان المدين معسر وللمدين نقض القرينة بأن يثبت عدم اعاره ...

ويشترط ان يستمر الاعار الى حين صدور الحكم بالدعوى المرفوعة فأذا زال الاعسار قبل صدور الحكم بأن حصل المدين على جائزة مثلاً فأن الدعوى ترد على هذا اذا كان تصرف المدين مفقراً له لكن لا يسبب اعاره وانما يبقى مع ذلك قادراً على الوفاء ومعسراً فلا يحق للدائن رفع هذه الدعوى..

٤) الغش والتواطؤ بين المدين والمتصرف له :-

تصرف المدين الضار بالدائن الى الغير (الخلف) أما ان يكون معاوضة أي بمقابل واما ان يكون تبرع دون مقابل فأذا كان تصرف المدين للخلف معاوضة كالبيع فإنه يشترط لرفع الدعوى غش المدين وتواطؤ الخلف ومعنى غش المدين انه يعلم حين صدور التصرف انه يسبب في اعاره او يزيد في اعاره فقريته العلم هذه دليل على الغش لكن للمدين ان ينقضها ويثبت عدم علمه ، أما تواطؤ الخلف فيقصد به ان هذا الخلف يعلم بأن تصرف المدين له بسبب في اعار هذا المدين او يزيد في اعاره ، وهي ايضاً قرينة بسيطة يستطيع الخلف المتصرف له ان يثبت عدم العلم .

أما اذا كان تصرف المدين للخلف تبرعاً فأنا نكون أمام مصلحتين متعارضتين مصلحة الدائن في عدم نفاذ التصرف بحقه ومصلحة المتبرع له في اخذ المال المتبرع به والقاعدة تقول (دفع المفسد يقدم على جلب المصالح) فدفع الضرر عن الدائنين بعدم نفاذ التصرف بحقه يقدم على مصلحة المتبرع له فيحكم بعدم نفاذ التصرف متى لو كان الخلف المتبرع له حسن النية لا يعلم بغش المدين بل حتى لو كان المدين نفسه حسن النية لم يصدر منه غش وهذا ما قررته المادة (٢٦٤ مدني عراقي)

ثالثاً _ أحكام الدعوى :-

أثر الدعوى هو عدم نفاذ التصرف المطعون فيه وعدم سريانه بحق الدائن الذي رفع الدعوى يبقى الحق الذي انصب عليه التصرف في ذمة المدين ويكون ضماناً عاماً لجميع الدائنين وهذا الاثر يمس كل من المدين والمتصرف اليه (الخلف) لذا يجب اقامة الدعوى على المدين وعلى الخلف وان تعدد الخلف فلو تصرف المدين أول والخلف الاول تصرف بخلف الثاني فيجب اقامة الدعوى على المدين والخلف الاول والثاني .

*مشكلة تتعلق بتعارض المصالح :-

قلنا ان اثر هذه الدعوى هو عدم نفاذ التصرف بحق الدائن أي انها لا تمس صحة التصرف بل يبقى صحيحاً وهنا تتعارض مصلحة الدائن الذي لا ينفذ التصرف بحقه والمتصرف اليه الخلف الذي يبقى التصرف بحقه صحيحاً مثلاً لو أن المدين باع سيارته الى المشتري بالدائن متى لا ينفذ على السيارة ويأخذ دينه فلو قلنا ان التصرف لا ينفذ بحق الدائن هذا يعني رجوع السيارة الى ذمة المدين حتى تضمن من الدائن ولو قلنا ان التصرف يبقى صحيحاً أي البيع يبقى صحيحاً فمن حق المشتري الحصول على السيارة وهنا تتعارض مصلحة الدائن مع المشتري وفي سبيل ازالة التعارض فإن المشتري يعطي من فسخ عقد البيع والرجوع على المدين البائع بضمان الاستحقاق وبالتالي مع السيارة الى ذمة المدين ويستفيد جميع الدائنين لا الدائن رافع الدعوى وحده من على هذه السيارة وهذا ما نصت عليه (المادة / ٢٦٦ مدني عراقي).

رابعاً_ تقادم الدعوى :-

نصت (م | ٢٦٩ مدني عراقي) على عدم سماع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد مرور (٣)سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بالتصرف الذي يريد الطعن فيه وهي لا تسمح في كل الاحوال بعد مرور (١٥)سنة من تاريخ صدور التصرف

المحاضرة الرابعة والعشرون ((الحجر على المدين وحق الحبس))

المبحث الثالث

((الحجر على المدين المفلس))

الحجر لغة (المنع)وفي الاصطلاح القانوني (منع المدين المفلس من التصرف في امواله)وهذا ما قرره جمهور الفقهاء المسلمين وأخذ به المشرع العراقي ونلخص موقف المشرع العراقي من الحجر بما يلي:

١- إذا زادت ديون المدين المستحقة من امواله وخشي دائنوه ان يقوم بأضافة اموال او تهريبها وكانت خشيتهم مبينه على اسباب معقولة فأن لأي من دائنيه الطلب من المحكمة المختصة (وهي محكمة البراءة في محل اقامة الدين).

٢- بعد صدور حكم المحكمة بالحجر يأخذ الدائن صورة من الحكم الى دائرة التنفيذ لتنفيذ الحكم وتحجز على اموال المدين المنقولة وغير المنقولة القابلة للحجز .

٣- ينصب حارس على اموال المدين المحجور لأدارتها ويجوز ان يكون المدين هو الحارس الا اذا ضيف من سوء نيته وتلاعبه .

٤- يمكن للمدين ان يطلب من المحكمة ان تقرر له نفقة ولمن يلزمه الانفاق عليه اذا لم يكن له صور رزق غير هذه الاموال المحجوزة .

٥- اذا حكم بالحجر على المدين سقطت آجال الديون التي عليه واصبحت حالة فأذا كانت هذه الديون المؤجلة فتننتجه لفوائد حسم من هذه الفوائد المقدار الذي يتناسب مع مقدار المده التي سقطت بسقوط الاجل.

٦- يمنع المدين من التصرف بأمواله بعد الحجر عليه ويكون التصرف بها من حق الحارس لكن للمدين التصرف بأمواله في حالتين استثنائيتين :-

(أ) حالة أذن المحكمة :- فإذا أذنت المحكمة للمدين بالتصرف جاز له التصرف بثلث المثل الاعلى الاقل وان يودع الثمن في صندوق المحكمة .

(ب) حالة أذن أغلبية الدائنين :- والاغلبية المقصودة هنا اغلبية شخصية اكثر من نصف عدد الدائنين واغلبية مادية تمثل ثلاثة ارباع الديون ولا بد من صدور اذن من الاغليبتين الشخصية والمادية حتى يصح للمدين التصرف.

٧- يجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر ان يقوم بالاجراءات الفردية التي يراها للحصول على حقه من اموال المدين في حين ان الافلاس في القانون التجاري لا يحق للمدين اتخاذ اجراءات فردية لوحده وانما على الدائنين جميعهم القيام بالاجراءات وكان على القانون المدني الاخذ بهذا الحكم.

٨- ينتهي الحجر على المدين في أربعة حالات :

(أ) اذا رضى جميع الدائنين أو بعضهم بالتنازل عن بعض ديونهم بحيث يصبح الباقي من الديون لا يزيد على اموال المدين .

(ب) اذا ثبت ان امواله اصبحت اكثر من ديونه كأن يتلقى جائزة او تركه .

(ج) اذا قام المدين بوفاء الديون التي حلت حلولاً طبيعياً ولم يكن للحجر دور في حلولها فتعود بذلك آجال الديون التي حلت بالحجر الى ما كانت عليه قبل الحلول شرط وفاء المدين بكل أقساطها التي حلت.

د) اذا مرت (٣) سنوات من تاريخ صدور الحكم بالحجر فإن الحجر ينتهي وليس بقرار رفع الحجر أثر رجعي بالنسبة لما اخذه كل دائن من الاجراءات بأسمه ولمصلحته الخاصة فتبقى هذه الاجراءات صحيحة.

المبحث الرابع

((حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ))

بموجب (م/٢٨٠) مدني عراقي، للبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن من المشتري، وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر وفي كل معاوضة مالية يحق لكل متعاقدان ان يحبس المغفود عليه حتى يقبض البديل المستحق. وتنص (م/٢٨١) مدني عراقي، لكل من انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات نافعة أو ضرورية أو بنى فيه او غرس فيه اشجار ان يمتنع عن رده الى صاحبه حتى يستوفي ما هو مستحق له الا اذا كان التزامه برد الشيء ناشيء عن عمل غير مشروع .

وبموجب (م/٢٨٢) لكل من التزم بأداء شيء ان يمتنع عن ادائه مادام الدائن لم يوف بالتزامه اذا نشأ هذا الالتزام بسبب التزام المدين وارتبط به فأذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن ادائه ما التزم به .

أولاً- شروط حق الحبس :يشترط حق الحبس أن يوجد دينان متقابلان مرتبطان :-

١-التقابل : أي أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر أي يتقابل حق الدائن ودين المدين سواء كان مصدرها هذا التقابل عقد كما في عقد البيع اذ يحق للبايع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري وقد يكون مصدر تقابل الدينين عمل غير مشروع كأن تصطدم سيارتين يلتزم كل سائق بتعويض الاخر عما أصابه من ضرر فيستطيع السائق الاول ان يمتنع عن دفع التعويض للسائق الثاني حتى يستوفي التعويض الذي له من السائق الثاني.

٢-الارتباط :أي أن يرتبط كلا الدينين في ما بينهما أي أن يكون بينهما صلة سواء كان هذا الارتباط قانونياً أم مادياً، والارتباط القانوني هو الارتباط الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية بين الدينين سواء نشأ هذا الارتباط عن عقد كالعلاقة بين البائع والمشتري وهنا عقد ملزم للجانبين البائع والمشتري وقد ينشأ الارتباط من عقد ملزم لجانب واحد كحق الوديع بحبس الوديعه عن صاحبها حتى يستوفي ما أنفقه عليها .

وقد يكون الارتباط مادياً بصورة واقعة مادية لا علاقة عقدية كمن يجد(لقطة)يقوم بالانفاق عليهما ثم يجد صاحبهما فلو حبس (اللقطة) عن صاحبها حتى يستوفي ما انفق عليها .

ثانياً- آثار الحبس :تختلف هذه الاثار في العلاقة بين الدائن والمدين من جهة وفي علاقة الدائن بالغير:

١-علاقة الدائن(الحابس)بالمدين:-

فهنا تكون العين المحبوسة بيد الدائن الحابس يحبسها عن مالكةا ولا يعطيها أياه الى ان يستوفي حقه وحق الحبس لا يتجزء فلا يمكن للدائن ان يحبس جزء من العين ويترك الباقي وحق الحبس لا ينقضي بموت الدائن بل ينتقل الى الورثة، لكن حق الحبس لا يعطى الدائن حق امتياز فهو لا يصبح مالك للعين

المحبوسة وإذا كانت العين تنتج ثمرات فإن الثمرات تبقى ملك للمدين لكن للدائن ان يحافظ عليها ويشملها من الحبس على ان يقدم حساب عنها للمدين وإذا كانت هذه الثمرات معرضة للهلاك جاز للدائن ان يستأذن المحكمة لبيعها وينتقل حق الحبس الى ثمنها عملاً بفكرة (الطول العيني).

٢- علاقة الحابس الدائن بالغير:-

الحبس لا يمنع الدائن حق امتياز بل يتساوى مع جميع الدائنين في التنفيذ على العين المحبوسة كدائن عادي لكن الحبس من الناحية العملية يعطي الدائن امتياز اذ يستطيع حبس العين حتى عن رسي عليه المزداد ولا يسلمها لأي جهة كانت حتى يستوفي هو أولاً كامل حقه من العين .

ثالثاً - أنقضاء حق الحبس :-

ينقضي الحبس بطريقة تبعية واصليه:

١- انقضاء الحبس بطريقة تبعية : فحق الحبس لا يقصد لذاته وانما يرتبط بالالتزام الاصلي المقرر الحبس على محله فأذا انقضى هذا الالتزام لأي سبب زال معه حق الحبس تبعاً فأذا زال الاصل زال الفرع .

٢- انقضاء الحبس بطريقة اصلية : ينقضي الحبس بصفة اصلية في الاحوال الاتية :-

(أ) فعند الحيازة : أي أن يتخلى الدائن بأرادته عن حيازة العين المحبوسة وبذلك ينقضي حق الحبس أما اذا خرجت الحيازة من يد الحابس بالاكراه أو سرقة فله استرداد العين اذا هو رفع دعوى الاسترداد خلال (٣٠) يوم من تأريخ علمه بخروج الشيء من يده وعليه ان يرفعها قبل مرور سنة من وقت خروج الشيء من حيازته .

(ب) اذا تنازل الدائن عن حقه في الحبس صراحةً أو ضمناً :-

فطلب الدائن الحابس بيع العين المحبوسة يعتبر تنازلاً ضمناً عن حق الحبس .

(ج) اذا قدم المدين تأميناً للوفاء بالتزامه :-

ويقدر قاضي الموضوع مدى كفاية التأمين سواء كان هذا التأمين عينياً كالرهن أو شخصياً كالكفالة.

*الاستثناء : على ان القانون المدني العراقي استثنى من هذه الطريقة لأنقضاء حق الحبس عقد البيع فيبقى حق البائع في حبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي منه الثمن وأن قدم المشتري تأميناً كافياً رهن أو كفالة بالثمن .

(د) اذا هلكت العين المحبوسة : اذا هلكت هذه العين بسبب اجنبي انقضى حق الحبس اما اذا هلكت بخطأ من الغير أو كانت العين مؤمن عليها فإن حق الحبس ينتقل الى مبلغ التعويض الذي يدفعه الغير أو مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين .

المحاضرة الخامسة والعشرون ((الالتزام الطبيعي))

الفصل الثالث

((الالتزام الطبيعي))

لقد أخذنا في ما سبق الالتزام المدني الواجب التنفيذ والذي حدد القانون طرفاً لتنفيذه ودعاوى حمايته وفي مقابل هذا الالتزام يوجه الالتزام الطبيعي .

أولاً : تعريف الالتزام الطبيعي :-

يتكون الالتزام المدني من عنصرين عنصر (المديونية) وعنصر المسؤولية أي هناك دين ثبت في ذمة المدين وأنه يكون مسؤولاً قانوناً ان لم يؤد هذا الدين ... أما الالتزام الطبيعي فهو يحتوي على عنصر

واحد وهو عنصر المديونية أي أن الدين ثبت في ذمة المدين لكن لا يضم عنصر المسؤولية فلا يحاسب المدين قانوناً أن لم ينفذ الالتزام الطبيعي على هذا فالالتزام الطبيعي هو الالتزام لا يحميه القانون وانما الامر يتوقف على ضمير المدين أن نفذه عالمياً أصبح وفاءه واذا اعترف به المدين انقلب الى الالتزام المدين وان لم ينفذه فلا مسؤولية عليه أمام القانون

*ثانياً : نشأة الالتزام الطبيعي :-

يعود اصل الالتزام الطبيعي الى القانون الروماني فقد عرف بعض الالتزامات التي لا يحميها القانون كالتعهدات التي يبرمها القاصر و الرقيق لكن مع ذلك كان يجيز القانون الوفاء بها اختياراً ويجيز المقاصة بينها وبين الالتزام المدني ويجيز كفالة الالتزام الطبيعي وقد تراجعت فكرة الالتزام الطبيعي في اوربا في العصور المظلمة ولكن بعد ظهور المسيحية وما تحمله من قواعد فقد انتعشت فكرة الالتزام الطبيعي القائمة على الاخلاف والعدالة وقد تبناها القانون الكنسي ثم انتقل الى القانون الفرنسي القديم فالالتزامات الطبيعية عنده اما الالتزامات يكره القانون السبب الذي استندت اليه كدين بائع الخمر- أو لأن القانون لا يجيز للشخص التعاقد عليها كالعقود التي تبرمها الزوجة دون إذن الزوج أو انها الالتزامات تختلف عن الالتزامات مدنيه مثل الدين الذي سقط بالتقادم ثم انتقلت حالات الالتزام الطبيعي هذه الى قانون الفرنسي الحديث (قانون نابليون)ومن ثم الى التشريعات الحديثة

ثالثاً :- طبيعة الالتزام الطبيعي :-

الالتزام الطبيعي : هو التزام لايعترف به القانون الا في الحالة التي يرضى فيها المدين بتنفيذه فيكون بذلك كالواجب الخفي

رابعاً : صور الالتزام الطبيعي :- وهي صورتين :-

(١)التزامات مدنيه ضعفت فصارت طبيعية :-

ومثلها الالتزامات التي سقطت بالتقادم أو التي لم تثبت في ذمة المدين لعدم وجود دليل كتابي بها أو لحلف المدين عليها العين الحاسمة - التزام ناقص الاهلية اذا بطل عقده - اذا تصالح المدين المعسر مع بعض دائنية على تركهم جزء من الديون فقد برئت ذمة المدين منها وصار التزامه بها طبيعياً ..

(٢)واجبات خلقية زادت قوتها فصارت التزامات طبيعية :-

مثل التزام الورثة بتنفيذ وصية موروثهم التي لم الشكل القانوني فهو واجب خلقي زادت قوته فصار طبيعي لا مدني .

خامساً : آثار الالتزام الطبيعي :- للالتزام الطبيعي في الفقه الغربي أثران :-

١-صحة الوفاء الاختياري به فأذا أوفى به المدين اختيارياً صحة وفاءه .

٢-يصح أن يكون الالتزام الطبيعي سسبباً للالتزام المدني فيجوز الوعد بالالتزام الطبيعي فيتغلب بالوعد الى التزام مدني مع - هذا لا تقع بين الالتزام الطبيعي والمدني اجبار المدين على الوفاء بالدين ولا يجبر المدين على الوفاء بالتزام طبيعي كما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي لأنه ما دام ان

الالتزام الطبيعي المكفول غير واجب التنفيذ فأن التزام الكفيل التبعية هو الآخر يكون غير واجب التنفيذ فتكون الكفالة ضرباً من العبث

سادساً : موقف الفقه الاسلامي من الالتزام الطبيعي :-

الالتزام الطبيعي مستمد من قواعد الاخلاق والعدالة وشريعتنا الاسلامية الغراء هي شريعة الاخلاق والعدالة لذا فمن الطبيعي ان تفرق الشريعة الاسلامية الالتزام الطبيعي والدليل على ذلك :-

(١) روي عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه لم يصل على جنازة ميت لظهوره مدين بدينارين حتى كفل أبا قتادة (رضي) ووفاء هذين الدينارين فصلى الرسول (ص) على جنازة الميت فاللتزام أبي قتادة التزام طبيعي .

(٢) روي عن الرسول (ص) أنه أمر الوفاء بالندى اذا كان في طاعة الله ونهى عن الوفاء به اذا كان في معصية الله والوفاء بالندى التزام طبيعي يسأل صاحبه ديانته امام الله لا قضاء امام المحكمة

(٣) روي عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه أجاز المرء ان تحج من ابها الذي مات وهو شيخ له يحج وقال لو كان على ابيك دين قضاؤه فأجابت المرأة بنعم فقال (ص) دين الله احق بالقضاء .

* وقد أجاز الفقهاء المسلمين كفالة الالتزام الطبيعي خلافاً للفقه الغربي ووقعوا المقاصة بينه وبين الالتزام المدني على اعتبار ان كلا الالتزامين باقيين في الذمه وكل ما هنالك ان الالتزام الطبيعي مرت عليه مدة التقادم فلا تسمع الدعوى به ولا الامر الى قوة الدين وطبيعته

سابعاً : موقف القانون المدني العراقي :-

تنص (م / مدني عراقي) عند كلامها عن مصادر القانون المدني انه عدم وجود نص تشريعي في مسألة ما يرجع الى العرف وعند عدم وجوده يرجع على الفقه الاسلامي ومن التقيد بمذهب وعند عدم وجوده يرجع لقواعد العدالة -وبما انه لا يوجد نص تشريعي بالالتزام الطبيعي ولا يوجد عرف به فيرجع الى الفقه الاسلامي والى قواعد العدالة والفقه الاسلامي قد أخذ بالالتزام الطبيعي كما أن قواعد العدالة تجيز هذا الالتزام - على هذا يكون المشرع العراقي قد أخذ بالالتزام الطبيعي ويرى استاذنا الدكتور حسن الذنون ان المادة (٤٤٠ مدني عراقي) هي تطبيق لفكرة الالتزام الطبيعي اذ تنص على ان مرور الزمان لا يسقط الحق وانما يمنع المحاكم من سماع دعوى المدعي به هذا اذا أقر المدعي عليه بهذا الحق صح اقراره وصح وفائه به اذا أوفى به وهذا الالتزام الطبيعي كما مر بنا في الفقه الغربي

ويشترط أخيراً ان لا يتعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام والاداب فالذي يعاشر امرأة معاشرة غير مشروع ليس عليه التزام طبيعي تجاهها لمخالفة هذا الالتزام النظام العام والاداب

المحاضرة السادسة والعشرون ((أوصاف الالتزام/تعليق وإضافة الالتزام-الشرط والاجل))

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

قد يكون الالتزام ألتماماً بسيطاً له دائن واحد ومدين واحد ومحل واحد ولا يعلق على شرط ولا يضاف والى اجل .

وقد يكون الالتزام مركباً أو موصوفاً بأوصاف وهي :-

- ١- تعليقه على شرط أو اضافته الى اجل .
 - ٢- تعدد أطرافه : أكثر من دائن أو أكثر من مدين .
 - ٣- تعدد محله.
- وسندرس هذه الاوصاف الثلاثة في الفصول الآتية :-

الفصل الاول

تعليق الالتزام على شرط أو اضافته الى اجل

المبحث الاول:- تعليق الالتزام على شرط

تنص المادة (٢٨٦) مدني عراقي بأنه (١-العقد المعلق هو ماكان معلق على شرط واقف أو فاسخ ،
٢-ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا
مستحيلاً).

أولاً :تعريف الشرط وأنواعه

الشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يعلق عليه أما نشوء الالتزام أو زواله وهو نوعين :-

١- شرط واقف:- الشرط الذي يعلق عليه نفاذ العقد والالتزامات كأن أتعهد لشخص بأن أوجر له داري
إذا نقلت الى بغداد،فالنقل الى بغداد هو شرط واقف يعلق عليه نفاذ الايجار فالمادة(٢٨٨)من القانون
المدني تنص على أن العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ .

٢- شرط فاسخ:- وهو الشرط الذي يعلق عليه زوال الالتزام أي أن الالتزام قد ينشأ من قبل وهو ساري
النفاذ لكن عندما يتحقق الشرط يزول الالتزام مثل أن أوجر داري الى شخص واقول له عندما ينتهي
نقلي من بغداد واعد الى مدينتي فأن عقد الايجار يزول فالعقد مبرم وانتهاء أمر النقل هو شرط اذا
تحقق زال الايجار .

ثانياً - شروط الشرط:- وهي ثلاثة :-

(١) أن يكون أمراً مستقبلاً : فمدلولو فعل الشرط حسب المادة (٢٨٦)مدني عراقي يجب أن يكون معروفاً
أي غير موجود أي مستقبلي فأذا كان قد تحقق فلا يعد هناك شرطاً علق عليه الالتزام كأن يوعد أن ولده
بجائزة اذا هو نجح بأمتياز وكانت النتائج وقت الوعد قد ظهرت وكان الولد قد نجح فعلاً بأمتياز
فالالتزام هنا بسيط لا موقوف .

٢) أن يكون غير محقق الوقوع : خلافاً للأجل فالأجل هو محقق الوقوع فأذا لشخص أبيع سيارتي عند الحصاد أو عند عودة الحجاج فكل من الحصاد وعودة الحجاج هو أمر محقق فلا يكون الالتزام معلق على شرط بل مضاف الى أجل كذلك الموت هو اجل لا شرط كأن تتفق شركة التأمين على دفع التعويض لورثة المؤمن له بعد موته فالتزامها مضاف الى اجل لا معلق على شرط، اللهم الا اذا حدد للموت فترة معينة فإنه يكون شرط الاجل لان الموت في فترة معينة غير محقق الوقوع كأن تلتزم الشركة هنا بدفع التعويض اذا مات المؤمن له بعد ثلاثة أشهر فالالتزام هنا معلق على شرط.

٣) ان يكون محتمل الوقوع :- أي أن يكون مدلول الشرط غير مستحيل قد يتحقق وقد لا يتحقق فأذا كان مستحيلاً فإنه ينظر اذا كان الشرط واقفاً كأن يقول شخص لآخر ابيع سيارتي لك اذا عاد والدي الميت للحياة فالشرط هنا واقف مستحيل فيبطل الشرط والعقد ، أما اذا كان الشرط فاسخاً كأن يؤجر شخص بيته لآخر ويقول له افسخ العقد اذا عاد والدي الميت الى الحياة فالشرط هنا باطل لكن العقد صحيح.

والصدفة تلعب دوراً في تحقيق الشرط او تخلفه والشرط بذلك (٣) أنواع :-

أ- شرط متروك للصدفة كوصول السفينه سالمه وهنا يصح تعليق الالتزام عليه نشوءاً أي سواء كان واقف أم فاسخ.

ب- شرط مختلط متروك أمر تحقيقه للصدف هاو لارادة احد المتعاقدين او الغير كالزواج من امرأه معينه فالشرط يصح واقفاً كان أم فاسخاً .

ج- شرط ارادي يتوقف على ارادة أحد المتعاقدين :-

*فأذا علق على ارادة الدائن صح الشرط موقوفاً كان أم فاسخاً كأن يقول شخص أبيع داري لك اذا سافرت أو أنني أبيع داري لكن أقول للمشتري فسخ العقد اذا تزوجت .

*أما اذا توقف على ارادة المدين فأذا كان فاسخاً كان صحيحاً كأن أبيع سيارتي لك على أن يكون لك فسخ العقد متى أردت فالشرط صحيح لأنه شرط فاسخ على ارادة المدين المشتري متى شاء فسخ العقد ، أما اذا كان الشرط واقفاً فإنه يكون باطلاً اذا علق على ارادة المدين ويبطل العقد مع الشرط فتعلق نشوء الالتزام على محض ارادة المدين يتنافى مع فكرة الالتزام ذاتها كأن أتعهد بدفع مبلغ من النقود لشخص اخر حتى أردت أن المتعهد ، فالشرط على ارادتي أن المتعهد المدين فيكون باطلاً.

ثانياً - آثار الشرط :-

تميز هنا بين فترة التعليق أي الفترة التي تسبق معرفة مصير الشرط بالتحقيق أو التخلف وبين الفترة التي يعرف فيها مصير الشرط بالتحقيق أو التخلف :-

١- فترة التعليق (قبل معرفة مصير الشرط)

نميز هنا بين الشرط الواقف والفاسخ :-

أ- الشرط الواقف : كأن أقول لك أبيعك سيارتي اذا صدر أمر نقلي الى مدينة بغداد في بداية الستة القادمة ،لم يصدر أمر النقل ولم تأتي بداية السنة فلا يعرف مصير الشرط هل يتحقق أم لا ، هل يصدر أمر النقل أم لا ؟

الرأي السائد فقهاً وقضاء أن الدائن المشتري المحتمل يكسب حقاً في شراء السيارة لا مجرد أمل في شرائها لكنه حق محتمل غير مؤكد يستطيع الدائن ان يتصرف بحقه هذا فينقل للمنصرف اليه حق معلق على شرط كما أنه ينتقل الى الخلف العام ويستطيع الدائن اتخاذ كافة الاجراءات التحفظية لحقه كرفع الدعوى الصورية وطلب تعيين حاري يدير حقه أي يدير السياره هنا ويحافظ عليها ويتدخل في اجراءات القسمة ،لكن لیس له القيام بالاجراءات التنفيذية كرفع الدعوى غير المباشرة أو دعوى عدم نفاذ التصرف لانه حق غير مؤكد محتمل .

ويبقى المدين (البائع في المثال السابق) مالك للشيء السياره ويتصرف به بكافة التصرفات الجائزة ،ولا يسري التقادم على هذا الحق المعلق على شرط واقف ولا تقع المقاصة بينه وبين دين اخر ثابت .

*ويخالف استاذنا الدكتور حسن ذنون كل ما تقدم ويرى أنه ليس للدائن أي حق من هذه الحقوق لأن العقد المعلق على شرط واقف هو عقد موقوف والعقد الموقوف عقد صحيح لكن غير نافذ لا يرتب أثراً ولا يرتب أي حق من الحقوق.

ب-الشرط الفاسخ :

كأن أبيع سيارة لشخص اخر واقول له افسخ العقد اذا عدت الى مدينتي خلال سنة ، لم أعد الى مدينتي ولم تمض السنة ،فبموجب المادة (٢٨٩) مدني عراقي ،ان العقد المعلق على شرط فاسخ عقد نافذ غير لازم الى ان يتبين مصير الشرط فأذا تحقق الشرط فسخ العقد بأثر رجعي فنزول كل الاعمال التي اجراها الدائن ما عدا اعمال الاداره .

على هذا فإن العقد هنا نافذ يعطي الحقوق لأطرافه لكنه غير لازم معرض للفسخ يتحقق الشرط والدائن هنا يملك حقاً مؤكداً وحالاً أي مستحق الاداء فيستطيع ان يباشر كل الاجراءات التحفظية المذكورة سابقاً وكل الاجراءات التنفيذية كرفع الدعوى الغير مباشرة والدعوى ويستطيع ان يتصرف بحق هذا للغير بصفته وهو انه معرض للزوال بتحقق الشرط ،كما ان حقه ينتقل الى الخلف العام ،وإذا لم يطالب الدائن بحقه فترة من الزمن فإن مدة التقادم تسري بحقه،لكن بما ان حق الدائن هنا معرض للزوال بتحقق الشرط فإنه لا تقع المقاصة بينه وبين دين اخر مستقر لا يزول .

٢-بعد فترة التعليق(ومعرفة مصير الشرط):-

نميز هنا أيضاً بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ :-

أ)الشرط الواقف :-

كأن يقول شخص لآخر ابيعك سيارتي اذا سافرت الى عمان خلال (٦) اشهر ،نميز هنا بين تخلف الشرط وبين تحققه :-

*إذا تخلف الشرط ولم يتحقق :-

فإذا مرت (٦) أشهر ولم يسافر الشخص الى عمان فإن العقد المعلق على هذا الشرط يزول ولم يرتب أي اثر .

*إذا تحقق الشرط :-

فإذا تحقق الشرط وسافر الشخص الى عمان ،فإن عقد البيع الموقوف والمعلق على شرط السفر يرتب جميع اثاره بين الطرفين لكن باثر رجعي من وقت التعاقد لا في وقت تحقق الشرط حسب نص المادة (٢٩٠) مدني عراقي،وبناءً على هذه الفكرة لو أن صاحب الحق المعلق على شرط واقف وهو هنا المشتري تصرف بالسيارة قبل تحقق الشرط فإن هذه التصرفات تكون صحيحة ونافاذة منذ البداية بعد تحقق الشرط،لكن فكرة الاثر الرجعي حسب نص المادة(م/٢٩٠) ليست من النظام العام سواء كان الشرط واقف أو فاسخ إذ يمكن استبعادها اذا تبين في ان ارادة المتعاقدين أو طبيعة العقد تستلزم ترتيب أثر وجود الالتزام أو زواله من وقت تحقق الشرط.

فيمكن للطرفين استبعاد فكرة الاثر الرجعي صراحة أو ضمناً والاتفاق الضمني على استبعاد الاثر الرجعي يكون بأن يتفق شخص على تشغيل شخص آخر بمكتب الحمامة اذا هو قام بفتحه .

وبموجب(ف ٢ م/٢٩٠)لا يكون للشرط أثر رجعي اذا صار تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب اجنبي لابد للمدين فيه كأن تهلك السيارة التي كان يريد صاحبها بيعها اذا سافر الى عمان لسبب اجنبي فالبايع المدين هنا هو يتحمل تبعه هلاك السيارة عند تحقق الشرط والسفر الى عمان لكن لا يكون لتحقيق الشرط هنا اثر رجعي .

ب-الشرط الفاسخ :-

كأن يبيع شخص لآخر سيارته على ان يقسخ العقد اذا عاد الى مدينته خلال(٦) اشهر .نميز هنا عدم تحقيق الشرط وبين تحققه :-

*عدم تحقق الشرط : أي مضت(٦) اشهر ولم يعد الشخص الى مدينته فالحق هنا يستقر والعقد لا يصح بعد ذلك معرض للزوال وينقلب الالتزام الى التزام بسيط غير موقوف .

*تحقق الشرط :-

أي عاد الشخص الى مدينته فإن عقد البيع هنا يزول باثر رجعي ويعتبر كأنه لم يوجد لا من وقت تحقق الشرط بل منذ البداية على هذا الوان مشتري السيارة قد تصرف بها بالبيع أو الرهن قبل تحقق الشرط ثم تحقق الشرط فإن المشتري تزول ملكية على السيارة منذ البداية فلا يعد مالكا للسيارة وبالتالي تبطل كل تصرفاته بأعتبار انها صدرت من غير المالك .

لكن يلاحظ هنا ما قلناه سابقاً ان فكرة الاثر الرجعي ليست من النظام العام فيجوز للطرفين استبعادها كما انها ليست مطلقة بصدد الشرط الفاسخ فقد خرج المشرع عليها في (ف ٢/٢٨٩)مدني عراقي ، عندما استثنى اعمال الادارة فأنها تبقى ولاتزول بالاثر الرجعي ومثلها (الاجاره) فلو أن المشتري هنا قبل تحقق الشرط اجر السيارة لشخص يعمل بها ثم تحقق الشرط قلنا ان كل تصرفاته تزول لكن اعمال

الادارة تبقى فعقد الايجار يبقى ولا يزول، كما ان طبيعة بعض العقود تاتي فكرة الاثر الرجعي ومثلها العقود المستمرة كالايجار والعمل والتوريد فلو علقت على شرط فاسخ، وتحقق فأنها لا تزول بأثر رجعي الى الماضي وانما تزول بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يعمل بالاثر الرجعي أيضاً حسب نص (م/٢٩٠) السالفة الذكر اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب اجنبي كما لو هلكت السيارة بيد المشتري ثم عاد البائع الى مدينته فالعقد يفسخ لكن لا ينطبق الاثر الرجعي لان السيارة هلكت بيد المشتري لسبب اجنبي فيتحمل هو نتيجة هلاكها.

المبحث الثاني :- اضافة الالتزام الى اجل

تنص المادة (٢٩١) مدني عراقي، (يجوز ان يقترن العقد بأجل يترتب على حلول نفاذ العقد أو انقضائه) وتنص المادة (٢٩٢) (لا سصح في العقد اقتران الملكية بأجل) ويستشرح الاجل في عقود نقل الملكية وفقاً لما يلي .

أولاً - تعريف الاجل وانواعه

الاجل: هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ العقد أو زواله ، فأذا أجر شخص منزله لآخر على ان يسري الايجار من (١، ٧، ٢٠٠٦) فالاجل هنا واقف فعندما يحل (١، ٧) ينفذ عقد الايجار لكن اذا اجر شخص منزله لآخر على ان عقد الايجار يفسخ ب(١، ٧، ٢٠٠٦) فالاجل هنا فاسخ (١، ٧) يزول عقد الايجار . فالاجل اذاً أما واقف أو فاسخ وقد يكون الاجل اتفاقي مصدره اتفاق المتعاقدين الصريح والضمني ومثل الضمني تقديم العطاءات في المزادات فالعطاء ينطوي على أجل ضمني .

وقد يكون الاجل قانوني عندما يتدخل القانون لاعطاء بعض الديون من اجل لوفائها كما جعل القانون حق المنفعة وضاف الى اجل فاسخ هو موت المنتفع اذ تزول المنفعة بالموت .

وقد يكون الاجل قضائي عندما يمنح القاضي المدين اجل للوفاء بدينه (نظرة الميسرة) والاجل مقرر لمصلحة المدين في الاصل الا اذا تبين من طبيعة العقد أو أو نص القانون أن الاجل مقرر لمصلحة الدائن كمن يشتري جصاناً للسباق ويشترط على البائع تسليمه قبل افتتاح موسم السباق والاجل هنا مقرر للدائن، وقد يقرر الاجل لمصلحة الدائن والمدين معاً كما في القرض بفائدة .

ثانياً - شروط الاجل :- وهي شرطان :-

- ١- أن يكون أمراً مستقبلاً :- وهنا يتحقق الاجل مع الشرط فكلاهما أمر مستقبل .
- ٢- أن يكون محقق الوقوع :- وهنا يختلف الاجل عن الشرط فالشرط امر غير محقق الوقوع ويكفي ان يكون الاجل محققاً ما دام انه سيقع حتماً في المستقبل سواء كان تاريخ وقوعه معلوم أو غير معلوم كالموت الذي لا يعلم تاريخ وقوعه الا ومثل الاجل الالتزام المعلق على بدأ موسم الحصاد أو رجوع الحجاج وعلى سقوط المطر محقق الوقوع فهو أجل وقد جعلت (م/٢٩٧) مدني عراقي، تعليق بوفاء بالدين على توافر القدرة المالية والميسرة أجلاً لا شرطاً على اعتبارات المقدرة المالية أمر محقق الوقوع لكن لم يحدد المشرع هنا مدة لهذا الاجل بل ترك

امر تجديده للقاضي وعليه مراعاة موارد المالية الحالية والمستقبلية وان يفترض فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه .

ثالثاً - آثار الاجل

ونميز هنا اثر الاجل قبل حلوله وبعد حلوله ثم تبين اثر :-

١- اثر الاجل قبل حلوله :- نميز هنا بين الاجل الواقف والفاسخ:-

أ- الاجل الواقف :كأن يؤجر شخص داره لآخر على أن تبدأ بديية شهر تموز، على هذا فحق الدائن المستأجر هنا مؤكد لكنه غير مستحق الاداء ولما كان حقه مؤكداً فإن الحق يكون من ملك الدائن يتصرف فيه بكافة التصرفات كما أنه ينتقل الى الخلف العام ويستطيع الدائن استخدام الاجراءات التحفظية لحماية حقه ورفع الدعوى غير المباشرة ،لكن طالما أن حقه غير مستحق الاداء فلا يستطيع رفع دعوى نفاذ التصرفات لأن من شروطها كون الحق مستحق الاداء كما ان حق الدائن لا يسري عليه التقادم اذا هو لم يطالب به ولا تقع المقاصة بين دين مستحق الاداء عليه لمدينه .

ب-الاجل الفاسخ :-

كأن يؤجر شخص داره لآخر على أن يفسخ عقد الايجار في بداية شهر تموز، في الواقع هنا الاجل لا يعد وصفاً للعقد طالما ان المشرع منع اقتران الملكيه بأجل أي منع ان تقترن عقود نقل الملكية بأجل لأن ذلك يتنافى مع مقتضى هذه العقود وهو التمليك فلا يجوز أن يبيع شخص سيارته لآخر مدة شهرين ،على هذا يكون الاجل قاصر على العقود الزمنية كعقد الايجار والزمن أو الاجل في هذه العقود عنصر جوهرى يقاس مداها به لذا فالاجل هو عنصر جوهرى فيها لا يمكن التنازل عنه والابطال العقد ولو كان وصفاً لامكن ازالة الاجل مع بقاء العقد صحيح .

٢-آثار الاجل بعد حلوله :-

فإذا كان الاجل واقف كما لو أجر شخص داره لآخر على أن يبدأ الايجار من بداية شهر تموز ثم جاء شهر تموز فإن عقد الايجار هنا ينفذ من بدايه حلول الاجل لكن ليس للاجل أثر رجعي كما في الشرط.

وإذا كان الاجل فاسخ كما لو اتفق المؤجر على فسخ الايجار من بداية شهر تموز ثم جاء شهر تموز فإن عقد الايجار يزول للمستقبل فقط لا بأثر رجعي .

٣-آثار (المهلة القضائية)

تنص (م/ ٢٣٩٤ف٢)مدني عراقي ، على أنه يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون أن المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم .

على هذا فالمهلة القضائية أو نظرة الميسرة هو اجل يمنحه القاضي للمدين المعسر حسن النية للوفاء بدينه اذا لم يضر ذلك بالدائن ضرر جسيم ، والقاضي عندما يمنح هذا الاجل فإنه يخرج عن وظيفته

المعتاده ويتدخل لتعديل العقد لذلك لم يسمع القانون للقاضي استخدام هذه الوظيفة الا شروط هي:
(شروط المهلة)

أ-أن يكون المدين حسن النية لم يكن له يد في أعساره .

ب-أن لا يضر الاجل بالمدين ضرراً جسيماً .

ج-أن لا ينص القانون على منع القاضي من منح الاجل ،أي أن لا يحول نص قانوني بين القاضي وهذه الوظيفة كما نصت (م/٥٨٢)مدني عراقي ،على منع المحكمة من امهال المدين اذ تضمن عقد البيع شرطاً يقضي بفسخه من تلقاء نفسه عند عدم دفع المشتري للثمن في موعده المحدد.

*أوصاف المهلة القضائية

أ-أنها ليست قاصره على الالتزامات التي يكون محلها مبلغ من النقود بل تشمل الالتزامات الارادية وغير الارادية حتى لو كان محلها عمل أو امتناع عن عمل .

ب-يجوز منح المهلة في اية حالة كانت عليها الدعوى .

ج-ليس للمهله حد معين في القانون العراقي بينما حددها القانون الفرنسي ب(سنة واحدة).

د-يمكن أن تكون المهلة على شكل تقسيط الوفاء بالدين على فترات معينة .

*آثار المهلة القضائية

أ-تمنع المهلة من تنفيذ الالتزام مستحق الاداء وتأجل تنفيذه الى وقت محدد.

ب-يبقى الدين مع المهلة حالاً لكن لا يستطيع الدائن المطالبة به قبل انقضاء المهلة .

ج-تسري فوائد الدين ومبلغ التعويض من تأريخ الاعذار أو المطالبة القضائية على حسب الاحوال .

د-توقف المهلة سريان التقادم فلا يسري التقادم على الدين طالما هناك مهلة به .

ه-يمكن ان تقع المقاصة بين الدين المهمل الوفاء به وبين دين اخر على صاحب الدين الاول .

رابعاً - انتهاء الاجل :- ينتهي الاجل بأربعة حالات :-

١-ينتهي الاجل بحلوله .

٢-التنازل عن الاجل من قبل الشخص الذي قرر الاجل لمصلحته وهو في الاصل المدين كأن يقوم المقترض برد القرض قبل تاريخ رده واذا كان الاجل مقرر لمصلحة الدائن فإنه ينتهي بتنازله عنه واذا قرر لمصلحة الدائن والمدين فإنه ينتهي بأنفاقها على التنازل .

٣-ينتهي الاجل بسقوطه :ويسقط الاجل في اربعة حالات أيضاً هي :-

أ-اذا حكم بأفلاس المدين وذلك بموجب (م/٣٩٥ف)مدني عراقي .

ب-أضعاف التأمينات كما تقرر ذلك (م/٣٩٥ ف ب) والمقصود بالتأمينات هنا التأمينات الخاصة كالكفالة والرهن لا نمة المدين المالية بصورة عامه وتفرق المادة المشار اليها بين فرضين .

* اذا ضعف التأمين بسبب المدين نفسه كأن يقوم بأضعاف الرهن الذي قدمه بتجزأت المرهون أو اتلاف بعضه والتأمين هنا (الرهن) يضعف بفعله فيكون للدائن أن يختار أما سقوط الاجل ويأخذ حقه فوراً ، أو أن يطلب من المدين تقديم تأمين اخر غير الرهن كما في المثال السابق أو أن يطلب تكملة التأمين الذي أضعفه (الرهن) بحيث يعود قوياً .

* اذا ضعف التأمين بسبب أجنبي لابد للمدين فيه كأن تهلك بعض العين المرهونه التي قدمها المدين للدائن كضمان بقوة قاهرة فالخيار هنا للمدين لا للدائن فله أن يختار أما وفاء دينه فوراً، أو أن يقدم تأمين اخر غير الذي ضعف (الرهن) أو أن يكمل ما نقص من التأمين الذي ضعف .

ج-يسقط الاجل حسب نص (م/٣٩٥ ف ج) اذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد من تقديمه من تأمينات سواء كانت عينية كالرهن أو شخصية كالكفالة .

د-موت المدين حسب نص(م/٣٩٦) مدني عراقي ،يسقط الاجل لأن القاعدة في القانون العراقي (لا تركه الا بعد سداد الديون) فيسقط الاجل حتى لا يتضرر الدائنون والورثة لكن حسب ما تقرر هذه المادة اذا كان الدين مضمون بتأمينات عينية كالرهن فأن موت المدين لا يسقط الاجل فلا تأثير للموت عليها ، لكن اذا كان مضمون بتأمينات شخصية كالكفالة فأن الاجل يسقط بموت المدين لأن الكفالة تنتهي بالموت.

خامساً- الاجل في عقود نقل الملكية :-

يرى الفقهاء المسلمين أن العقود التي لا ترد على الملكية يجوز أن تقترن بأجل واقف يؤجل نفاذها أو فاسخ يضع حداً أو نهاية لها خلال فترة معينة أما بالنسبة للعقود التي ترد على الملكية كالبيع فلا يصح عندهم أن تقترن بأجل فاسخ كمن يبيع منزل لآخر على ان يفسخ العقد خلال سنة فحق الملكية دائم وعقود نقلها توصف بالتأييد ، لكن يصح أن تقترن عقود نقل الملكية كالبيع عند الفقهاء المسلمين بأجل واقف يؤجل نفاذها كمن يبيع حصان لآخر على أن ينفذ العقد السنة القادمة .

أما القانون المدني العراقي فقد نص على أنه (لا يصح في العقد أن تقترن الملكية بأجل) (١) فهل المقصود هنا جميع أنواع الاجل واقفاً أم فاسخاً ، يرى جانب من شراح القانون المدني العراقي أن المشرع قد قصد عدم جواز اقتران الملكية نفسها بأجل أو العقد فيصبح أن يقترن بأجل واقف فمثلاً عقد بيع الحصان أن كان بمجمله المبيع والتمن والعقد برمته غير مقترن بأجل لكن الملكية فقط مقترنة بأجل فالبيع غير جائز كأن يؤخر بائع الحصان نقل الملكية بينما تكون بقية الالتزامات الاخرى نافذة بينما أن كان نفاذ العقد برمته مؤجل كمن يقول لآخر أبيعك هذه العين بمبلغ قدره كذا بعد سنة أو سنتين ، ولا يجوز بتاتاً اقتران عقد نقل الملكية بأجل فاسخ ، وعلى هذا ترى أن العقد المقترن بأجل واقف هو عقد جائز كما يرى الفقهاء المسلمون ذلك كما يلاحظ أنه بيع العقار لا ينعقد أصلاً دون التسجيل وبالتالي البيع الذي يؤجل فيه التسجيل يعتبر غير موجود أصلاً، أما عن بيع الشيء المعين بالذات فبمجرد انعقاد العقد تنتقل الملكية ومن هنا يمكن أن نتصور اقتران العقد بأجل ولا نتصور اقتران الملكية به لأن

الملكية انتقلت بمجرد التعاقد أما عن بيع الشيء المعين بالنوع فكما رأينا أن الملكية فيه لا تنتقل الا بالافراز وفي هذا البيع يمكن أن نتصور وجود ضروره لما يراه شراح القانون المدني العراقي في التمييز بين اقتران الملكية بأجل واقتران العقد بأجل فيكون عقد بيع المنقول المعين بالنوع اذا اقترن بأجل واقف بيع جائز أما أن كان هذا البيع غير مقترن بأجل لكن الملكية التي لا تنتقل الا بالافراز مؤجله كأن يؤجل الافراز فيكون العقد غير جائز وفق تصور شراح القانون المدني العراقي .

المحاضرة السابعة والعشرون ((أوصاف الالتزام/ تعدد محل الالتزام))

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

قد يتعدد محل الالتزام ويكون على المدين الوفاء بها كلها كأن يبيع شخص سيارته لآخر مقابل مليون دينار زائد دراجة نارية فلألتزام المدين هنا محلين المليون دينار والدراجة النارية وعليه الوفاء بهما كلاهما والا عد مخالاً بالتزامه ، ولا يكون هذا الالتزام موقوفاً بل بسيطاً فلا يثير مشكلة .

لكن قد يتحدد محل الالتزام لكن للمدين الوفاء بأحدهما وهذا هو (الالتزام التخيري) أو خيار التعيين كما يسميه فقهاء الشريعة الاسلامية .

وقد يكون الالتزام محل واحد لكن للمدين حق الوفاء بشيء اخر غيره وهذا هو (الالتزام البدلي).
وسنبحث الالتزام التخييري والبدلي كالآتي :

المبحث الاول : الالتزام التخييري (خيار التعيين)

تنص المادة (٢٩٨) مدني عراقي على (١-يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمة أو مثليه من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو الدائن، ٢-وإذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين الا اذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدين على ان الخيار يكون للدائن)

فخيار التعيين يكون عندما ينصب محل الالتزام على اشياء قيمة مختلفة الاجناس يمكن للمدين الوفاء بواحد منها كأن يقول شخص لآخر أبيعك هذه البقرة بألف دينار او تلك البقرة بألفين دينار وانت بالخيار لمدة (٥) أيام، أو عندما ينصب محل الالتزام على اشياء مثليه من اجناس مختلفة كأن يقول شخص لآخر ابيعك طن من الحنطة المكسيكية بألف دينار او طن من الحنطة العراقية ب(٥٠٠دينار) وانت بالخيار لمدة اسبوع .

أولاً - موقف الفقه الاسلامي من خيار التعيين :-

لم يجز بعض الفقهاء المسلمين خيار التعيين ذلك ان ترديد محل الالتزام بين شيئين فيه نوع من الجهالة كما ان هذا الخيار يجعل الالتزام قلقاً طيلة مدة الخيار فهو يشمل يد الشخص من التصرف طيله هذه المدة مما قد يعيق التداول .

لكن بعض الفقهاء المسلمين اجازوا هذا الخيار بشروط لتفادي مساوئه وهي ان يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة لا اكثر لتفادي الجهالة وان لا تزيد مدة الخيار عن (٣)ايام.

ثانياً - موقف القانون المدني العراقي

أجاز القانون العراقي الالتزام التخييري وأن ورد على اكثر من ثلاثة أشياء فهو لم يحدد عددها ولم يحدد مدة الخيار حتى لو زاد عن (٣) ايام واشترط للخيار شروط :-

١- أن تتفاوت الاعيان التي ينصب عليها الخيار وحقاً أو نوعاً أو جنساً .

٢- أن يسمى بكل شيء ثمن .

٣- أن تكون للخيار مدة معلومه حتى لو زادت عن (٣)ايام.

*لمن الخيار؟ الخيار قد يكون للدائن كأن تعرض عليك شركة شراء (كمبيوتر) بثلاثة أصناف الاول ب(١٠٠,٠٠٠دينار)والاخر ب(٢٠٠,٠٠٠دينار) والثالث ب(٣٠٠,٠٠٠دينار)وقد يكون الخيار للمدين كأن تعرض سيارتين للبيع فيأتي شخص يعطيك في الاولب سعر وفي الثانية سعر اخر ويكون لك الخيار في بيع أي منهما ، وأذا أطلق الخيار ولم يحدد صاحبه كان للمدين .

ثالثاً - أحكام الالتزام التخييري :-

تفرق بين ما اذا كان الخيار للمدين أو للدائن :-

١- اذا كان الخيار للمدين :كأن ابيعك هذا الكتاب بكذا وذلك الكتاب بكذا وانا مخير أي المدين لمدة اسبوع ،فأحكام هذه الصور كالآتي :-

أ-لا ينقل هنا العقد ملكية الكتاب الى المشتري الا بعد اعمال الخيار وتعيين الكتاب فتنقل ملكية الكتاب المعين الى المشتري من تاريخ العقد لا في تاريخ التعيين عملاً بفكرة الاثر الرجعي .

ب-اذا أمتنع البائع المدين عن تعيين الكتاب جاز للمشتري الدائن ان يطلب من المحكمة تعيين الكتاب .

ج-اذا هلك أحد الكتابين انحصر الخيار في الاخر واذا هلك كلا الكتابين بقوة قاهرة أي لسبب اجنبي لا بد للمدين فيه انقضى الالتزام لأستحالة تنفيذه.

د-اذا أنصب الخيار على ثلاثة اشياء(٣)كتب أو ثلاثة اطنان من الحنطة واستهلك المدين احدهما انحصر الخيار بالشيئين الباقيين فأذا عاد واستهلك احد الشيئين الباقيين وقع الالتزام على الشيء الاخر فأذا استهلكه أيضاً ألزم المدين بدفع قيمته (م/٣٠مدني عراقي).

٢- اذا كان الخيار للدائن : كأن اشترى منك هذا الكتاب ب(ألف دينار) وذلك الكتاب ب(الفين دينار)وان بالخيار لمدة اسبوع فهنا :-

أ-لا تنتقل ملكية أي من الكتابين الى المشتري بمجرد العقد بل لا بد عليه من تعيين الكتاب والتعيين تنتقل له ملكية الكتاب من يوم التعاقد لا من يوم استعمال الخيار عملاً بفكرة الاثر الرجعي .

ب-اذا لم يستعمل الدائن المشتري حقه في الخيار ومرت مدو (اسبوع)انتقل حق الخيار للمدين .

ج-اذا هلك أحد الكتابين بسبب اجنبي (كالحرقه)انحصر الخيار بالكتاب الاخر واذا هلك كلاهما انقضى الالتزام .

د-اذا كان الهلاك بفعل المدين فأن للدائن ان يطلب قيمة ما كان يقع عليه اختياره مما قد هلك أو ان يطالب بالباقي .

*ويلاحظ ان القانون المدني العراقي (م/٣٠٠)والفقه الاسلامي الذي يأخذ بالخيار قد اجاز انتقال الخيار الى الوارث.

المبحث الثاني :- الالتزام البدلي

تنص المادة(٣٠٢)مدني عراقي على(١-يكون الالتزام بدلياً اذا لم يكن محله الا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلاً منه شيئاً اخر ، ٢-والاصل لا البدل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته)

أولاً :- تعريف الالتزام البدلي :-

هو أن يكون للالتزام محل واحد لكن يجوز للمدين الوفاء بشيء اخر بدلاً عنه ، وهذا الالتزام أما أن ينشأ عن طريق العقد كأن يتفق المقرض مع المقرض على أن يكون للاخير الوفاء عند حلول الاجل

بطن من الحنطة بدل النقود، وقد يكون مصدره الارادة المنفرده كما لو أوصى شخص ب($\frac{1}{4}$)بنيته الى اجنبي واعطى لورثته حق التخلص من مشاركة الاجنبي في البيت اذا دفعوا له مئة الف دينار .
وقد يكون مصدرها هذا الالتزام القانون اذ أجاز القانون الحائز العقار المرهون التخلص من اجراءات نزع الملكية اذا هو دفع ديون الدائنين المرتهنين .

ثانياً - أحكام الالتزام البدلي :-

للالتزام محل واحد هو المحل الاصلي وهو الذي يحدد طبيعة الالتزام فيما لو كان التزام بعمل أو بأمتناع عن عمل أو فيما اذا انصب على عقار أم منقول واذا كان المحل الاصلي غير مشروع بطل الالتزام حتى لو كان البديل مشروعاً واذا هلك المحل الاصلي بقوة قاهرة انقضى الالتزام و ذمة المدين ولا يدفع هنا البديل .

ثالثاً - الفرق بين الالتزام البدلي والتخييري :-

١-الخيار في الالتزام التخييري قد يكون للمدين وقد يكون للدائن وفي الالتزام البدلي لا يكون إلا للمدين .

٢-لا يمكن تحديد المحل في الالتزام التخييري ابتداءً فهو لا يحدد إلا بعد تعيينه فمن له الخيار أما في الالتزام البدلي فالمحل محدد ابتداءً.

٣-اذا كان أحد الاشياء في الالتزام التخييري غير مشروع فإن الالتزام لا يبطل بل ينحصر بالمحل الاخر أما في الالتزام البدلي اذا كان المحل الاصلي غير مشروع بطل الالتزام وان كان البديل مشروعاً.

٤-اذا هلك احد الاشياء في الالتزام التخييري فإن الالتزام لا ينقضي بل ينحصر في الشيء الاخر أما في الالتزام البدلي إذا هلك المحل الاصلي انقضى الالتزام .

٥-لا تقع المطالبة في الالتزام التخييري على شيء دون اخر الا بعد أن يتم التعيين بالخيار في حين تقع المطالبة في الالتزام البدلي على المحل الاصلي .

٦-لا ينشأ الالتزام التخييري الا عن العقد أو الارادة المنفرده أما الالتزام البدلي فينشأ عن العقد والارادة المنفرده والقانون .

رابعاً :- تمييز الالتزام البدلي والتخييري عن الشرط الجزائي :-

١-يختلف الشرط الجزائي عن الالتزام البدلي في انه في الشرط الجزائي لا يستطيع المدين الزام الدائن بهذا الشرط بدل لشرط بدل الالتزام الاصلي ما دام ان الاخير قابل للتنفيذ العيني ، أما في الالتزام البدلي يمكن للمدين الزام الدائن بقبول البديل بدلاً عن المحل الاصلي .

٢-يختلف الشرط الجزائي عن الالتزام التخييري في انه في الالتزام التخييري اذا كان الخيار للدائن فإنه له أن يختار أي محل من الأشياء الوارد عليها التخيير اما في الشرط الجزائي ليس للدائن ان يختار بين هذا الشرط والالتزام الاصلي فليس له الا أن يطلب تنفيذ الالتزام الاصلي مادام أنه ممكناً .

المحاضرة الثامنة والعشرون ((أوصاف الالتزام/ تعدد اطراف الالتزام))

الفصل الثالث

تعدد اطراف الالتزام

يتعدد اطراف الالتزام في أربعة حالات هي (الدين المشترك ، التضامن بين الدائنين أو مايعرف بالتضامن الايجابي ،التضامن بين المدينين أو ما يعرف بالتضامن السلبي ،الدين أو الالتزام غير المنقسم).

المبحث الاول :- الدين المشترك

عالج المشرع العراقي المدين المشترك ب(١٢)مادة من الفقه الاسلامي .

أولاً / تعريف الدين المشترك :-

هو الدين الذي ينشأ من سبب واحد ويكون غير متجزئ اما لوحدة الصفقة او لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ الدين عنه (م/ ٣٠٣ مدني عراقي).

فالدين هو دين غير قابل للتجزئة أما لوحدة الصفقة كأن يتفق مالك بقرة من النوع الهولندي مع مالك ثور من نفس النوع على بيعها في صفقة واحدة فثمن البقرة والثور هو دين مشترك للشخصين ،وقد يكون الدين مشترك لسبق الاشتراك في المال كأن يتلف شخص حال مشترك بين شخصين فالتعويض هو دين مشترك بينهما .

ثانياً - مصادر الدين المشترك :-

هي نفس مصادر الالتزام فقد ينشأ عن عقد كما في مثل صاحبي البقرة والثور وقد ينشأ عن فعل ضار كأتلاف المال المشترك وقد ينشأ عن ارادة منفردة كأن يوصي شخص لعدة اشخاص بمبلغ من المال ، وقد ينشأ عن الكسب دون سبب كما لو تم وكيل عن شخص يأخذ ديون هذا الشخص من شركه مكونه من عدة اشخاص ثم ان الموكل اخذ هذه الديون مرة ثانية فيكون لشركة الاشخاص هنا دين مشترك في مواجهة الوكيل ،وقد ينشأ الدين المشترك عن القانون كالديون التي يتركها المتوفي فأنها تكون ديناً مشتركاً لورثته .

ثالثاً - أحكام الدين المشترك :-

يمكن رد هذه الاحكام الى قاعدتين الاولى مطالبة كل شريك بحصته فقط والثانية ما يقبضه كل دائن شريك من الدين المشترك يعتبر مشترك فيستطيع بقية الدائنين الرجوع عليه بحصصهم مما يقبض ،ويترتب على هاتين القاعدتين جملة أحكام :-

١) اذا استوفى احد الدائنين حصته من الدين المشترك قبضته الدائنين الشركاء لهم الخيار أن شأوا رجعوا عليه بحصصهم واذا استهلك الدائن القابض حصته بنفسه فلا يسقط حق الرجوع هذا الا اذا هلكت بسبب اجنبي .

٢) اذا اخذ أحد الدائنين بدل عن حصته في الدين المشترك شيئاً اخر (وفاء بمقابل) فلبقية الدائنين الرجوع عليه بحصصهم لكن ليس لهم مشاركته في ما قبض الا برضائه(م/٣٠٧ مدني عراقي).

٣) اذا استأجر احد الدائنين الشركاء شيئاً من الدين المشترك فإنه يصبح قابضاً ولبقية الدائنين الرجوع عليه بحصصهم (م/٣٠٨ مدني عراقي).

٤) اذا تصالح احد الدائنين مع المدين على حصته في الدين المشترك فأذا اخذ بدل عن حصته شيء من جنس الدين كأن تكون حصته من الدين (٥٠٠)دينار واخذ بدل صلح عنها (٤٠٠)دينار فإن بقية الدائنين يرجعون عليه بالمقبوض أي ب(٤٠٠) لا بالمطلوب أي ب(٥٠٠)دينار،اما اذا اخذ بدل صلح من جنس يختلف عن جنس الدين كما لو اخذ تلفزيون بدل (٥٠٠)دينار فإن لبقية الدائنين الرجوع عليه بحصصهم وليس لهم مشاركته في ما قبض الا برضاه (م/٣٠٩).

٥) إذا مات المدين وكان احد الدائنين وارثاً له طبقت قاعدة (لا تركه الا بعد سداد الديون) فإذا كان الدين المشترك (٩٠٠) دينار لثلاثة دائنين ومات المدين وترك (٦٠٠) دينار فإن لكل دائن (٢٠٠) دينار من (٦٠٠) دينار بما فيهم الدائن الوارث (م/٣١٠ مدني).

٦) إذا كان احد الدائنين في الدين المشترك عليه دين لنفس المدين فإن دين المدين يسقط بالمقاصة مقابل دين الدائن لكن يفرق بين قرضين اذا كان دين المدين نشأ على الدائن نتيجة فعل ضار قام به الدائن على مال المدين فإن الدائن بسقوط دينه مقابل ما عليه من تعويض يكون كأنه قد استوفى حصته فلبقية الدائنين الرجوع عليه أما اذا الفعل الضار قد وقع على النفس وسقط دين المدين مقابل دين الدائن فلا يستطيع بقية الدائنين الرجوع عليه (م/٣١٢ مدني عراقي) وهو ما قرره الفقه الاسلامي رغم انتقاد فقهاء القانون للتفرقة بين الحالتين.

٧) اذا حال المدين بالدين المشترك احد الدائنين على مدين اخر او قدم له كفيلاً بحصته فلا يستطيع بقية الدائنين الرجوع عليه الا بعد قبض الدين من المحال عليه او من الكفيل (م/٣١٢ مدني عراقي).

٨) اذا أبرأ احد الدائنين المدين بالدين المشترك من حصته فلا يستطيع بقية الدائنين الرجوع عليه لأنه لم يقبض شيئاً، كما لا رجوع عليه اذا كان مقابل دينه شيئاً أو منفعة لا يقبل المشاركة كما لو تزوج احد الدائنين المرأة المدنية بالدين المشترك وكان المهر حصته الدائن من الدين فلا يستطيع بقية الدائنين الرجوع عليه .

٩) أجاز المشرع العراقي الاتفاق بين الشركاء الدائنين على ان يكون لكل منهم قبض حصته من الدين المشترك ولا يرجع عليه احد فعدم تجزئة الدين المشترك ليس قاعده امره (م/٣١٤ مدني عراقي).

المبحث الثاني :- تضامن الدائنين (التضامن الايجابي)

المقصود ب هان يوجد اكثر من دائن (دائنون متعددون) لهم دين قابل للتجزئة في ذمة المدين فيستطيع كل دائن هنا المطالبة بكل الدين واذا دفع المدين الدين لدائن واحد ذمته اتجاه الاخرين خلافاً للدين المشترك فهو غير قابل للتجزئة ولا يستطيع الدائن الا المطالبة بحصته ولا يستطيع المطالبة بكل الدين واذا دفع الدين كل الدين له لا تبرأ ذمته تجاه بقية الدائنين.

أولاً/ مصادر هذا التضامن :-

التضامن لا يفترض بل لا بد ان ينص عليه قانون او اتفاق ومثل التضامن الايجابي الذي ينشأ بنص القانون ما نصت عليه (م/٦٧٧ مدني عراقي) الخاصة (بشركة الاعمال) عندما يتفق مجموعه من الشركاء لينفذوا عمل او اعمال متعددة لشخص ما على ان تقسم الاجره بينهم كأن يتفق او يشترك الحداد والصباغ والميكانيكي على تصليح السيارة فيحق لكل شخص من هؤلاء الثلاثة مطالبة صاحب السيارة بكل الاجره واذا دفعها لأحدهم برأت ذمته تجاه الاخرين. ومثل التضامن الايجابي الذي ينشأ

بالعقد ان يبيع عدة شركاء يملكون شيء على الشيوع الى شخص اخر ويشترطون عليه بالعقد ان يكونوا متضامنين في تسلم الثمن .

وقد ينشأ التضامن الايجابي بالارادة المنفردة لا بالعقد كأن يوصي شخص بمبلغ من النقود لعدة أشخاص ويجعلهم متضامنين فيه .

ثانياً / مخاطر تضامن الدائنين :-

ينطوي هذا النوع من التضامن على مخاطر عندما يخول الدائن الواحد يأخذ كل الدين عن المدين فقد يأخذ الدين ثم يفلس ولا يبقى عنده ما يعطي بقية الدائنين حصصهم وقد يأخذ الدين وهو سيء النية أي يأخذه ويهرب ،لذا يمكن تلافي ذلك بنظام الوكالة بأن يعطي الدائنين وكاله لأحدهم بالمطالبة بكل الدين فاذا خافوا من افلاسه او سوء نية الغوا الوكالة .

ثالثاً / احكام هذا التضامن :-

احكام العلاقة بين الدائنين المتعددين والمدين واحكام العلاقة بين الدائنين انفسهم :-

١-العلاقة بين الدائنين والمدين :-

تحكمها ثلاث قواعد وهي :-

أ-وحدة المحل (الدين) :- الدين هنا بطبيعته قابل للتجزئة لكن في المطالبة به لا يتجزء فيمكن لكل دائن المطالبة بكل الدين وتبرأ ذمة المدين اذا دفعه كله أي الدين لأحد الدائنين الا اذا انذره بقية الدائنين بعدم دفع كل الدين لأحدهم (م/ ٣١٧ مدني عراقي).

ب-تعدد الروابط :- أي ان كل دائن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن بقية الدائنين وقد تكون الرابطة التي تربط احد الدائنين بالمدين تحمل بعض الصفات فلا يتأثر بقية الدائنين بها كما لو كانت هذه الرابطة أو العلاقة مشوبه بصيب من عيوب الارادة لهذا (الدائن نقض العقد فلا يتأثر بقية الدائنين بهذا العيب في علاقتهم بالمدين).

ج-النيابة المتبادلة :- أي ان كل دائن في تصرفاته في مواجهة المدين يعد نائباً عن بقية الدائنين لكل حسب(م/٣١٨ مدني عراقي) ان هذه النيابة قاصرة على الاعمال النافعة دون الضارة فإذا قام الدائن بعمل نافع أو ضرر بحقه عمل نافع فإنه يكون نائب عن بقية الدائنين ويستفيدون من هذا العمل كما لو قام هذا الدائن بأعذار المدين او قطع تقادم الدين ،لكن اذا قام الدائن بعمل ضار او ما دفعه عمل ضار فلا يكون نائباً هنا عن بقية الدائنين ولا يتضررون من هذا العمل كما لو ان المدين اعذر هذا الدائن او حصل على حكم ضده فلا يسري الا اعذار والحكم يحق بقية الدائنين.

٢-علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :-

يقسم الدين الذي احذه احدهم عليهم كلهم كلاً حسب حصته ويزول التضامن واذا أعسر أو أفلس الدائن الذي اخذ الدين تحمل بقية الدائنين اعاره ولا يتحمل المدين شيء .

المبحث الثالث : تضامن المدينين (التضامن السلبي)

وذلك بأن يتعدد المدينين في مواجهة الدائن بدين قابل للانقسام بطبيعته لكن يلزم كل واحد منهم بدفع الدين كامل للمدين .

ولهذا النوع من التضامن عكس التضامن الايجابي اهمية كبيرة في الحياة العملية لأنه أقوى التأمينات الشخصية للدائن فهذه التأمينات تتدرج على النحو الاتي :-

١) كفالة بسيطة : بأن يعطي المدين للدائن كفيل بالدين اذا لم يدفع هو الدين دفعه الكفيل وقد يعطيه اكثر من كفيل لكن هذا التأمين المقدم للدائن هو أضعف التأمينات لأنه يعطي الكفيل (حق التجريد) ومعناه اذا جاء الدائن للكفيل وطالبه بالدين ان من حق الكفيل ان يقول له اذهب الى المدين اولاً لتأخذ دينك ثم اذا لم يعطيك الدين ارجع الي، واذا تعدد الكفلاء يعطي هذا التأمين لكل واحد منهم (حق التقسيم) بأن اذا جاء الدائن وطالب احد الكفلاء بالدين فمن حق الكفيل ان يقول له ادفع لك مقدار حصة كفالتك من الدين فقط لا كل الدين .

٢) كفالة بالتضامن : فالكفالة المعطاة هنا للدائن لا تعطي الكفيل في حالة تعدد الكفلاء حق التقسيم فإذا جاء الدائن لهذا الكفيل الزم الكفيل بأعطائه كل الدين لا مقدار حصة كفالتك فقط، لكن تعطي هذه الكفالة الكفيل حق التجريد فالكفيل ان يقول للدائن ارجع على المدين اولاً ثم ارجع علي اذا لم يدفع لك دينك، وهذه الكفالة تعد تأمين وسط اقوى من التأمين الاول .

٣) تضامن المدينين : هذا التضامن يعد اقوى انواع التأمينات اذ أنه لا يعطي المدين لا حق التقسيم ولا حق التجريد فليس للمدين المطالبة بتقسيم الدين وأن يدفع حصته فقط لأنه متضامن وليس له حق التجريد لانه مدين اصلي .

أولاً / مصادر تضامن المدينين

حسب نص (م/٣٢٠ مدني عراقي) التضامن السلبي لا يفترض بل لا بد ان ينص عليه القانون او الاتفاق ، فقد ينص القانون على تضامن المدينين كما في نص (م/١٨٦ ف٢ مدني عراقي) التي تجعل مرتكبي الفعل الضار عند تعددهم متضامنين في دفع التعويض للمضرور، وقد ينص العقد على اعتبار المدينين عند تعددهم متضامنين يلزم كل واحد منهم بدفع كل الدين شرط ان تكون عبارات العقد صريحة للدلالة على التضامن .

ثانياً / احكام تضامن المدينين (التضامن السلبي)

العلاقة بين المدينين المتضامنين والدائن والعلاقة بين المدينين المتضامنين انفسهم :-

١- علاقة المدينين المتضامنين بالدائن :-

تحكمها القواعد الثلاثة نفسها في التضامن الايجابي وهي وحدة المحل وتعدد الروابط والنيابة في ما ينفع لا في ما يضر :-

أ-وحدة المحل (الدين):- أي ان الدين غير قابل للتجزئة فللدائن مطالبة أي مدين من المدينين بكل الدين لكن له الحق بمطالبة الاخرين (م/٣٢١مدني عراقي) ،والمدين هنا ملزم بدفع كل الدين لا مجرد حصته وإذا دفعه كله ذمته و ذمة بقية المدينين فلا يحق للدائن بعد ذلك مطالبة بقية الدائنين لانه استوفى حقه ولا يجوز له ان يأخذه مرتين،والرجوع هنا يختلف باختلاف طرق وفاء الدين للدائن =

*الوفاء:- هو دفع الدين نفسه وفاءاً للدائن فإذا دفعه احد المدينين برأت ذمته و ذمة بقية المدينين وللمدين الموفي الرجوع على بقية المدينين بحصصهم من الدين .

*الوفاء بمقابل : بأن يعطي احد المدينين للدائن شيء كثلاجة او سيارة مقابل كل الدين فهنا أيضاً تبرأت ذمة كل المدينين من الدين ويحق للمدين الذي اعطى الشيء الرجوع على بقية المدينين.

*التجديد: وذلك بأن يتفق احد المدينين مع الدائن على ان يجدد دينه أي ينهي الدين بينهما بإنشاء دين جديد يختلف عن الدين القديم في احد عناصره الجوهرية على هذا فالاتفاق على تجديد الدين هنا ينهي الدين القديم وهو ينهي كذلك بقية دين المدينين فتبرأ ذمتهم جميعاً من الدين القديم ويلتزمون بالدين الجديد الا اذا لم يرضوا بذلك فإذا رضوا بالدين الجديد رجع المدين الذي جدد الدين على بقية المدينين كل بقدر حصته من الدين القديم الضي كانوا متضامنين فيه (م/٣٢٣مدني عراقي).

*المقاصة :- كأن يكون هناك ثلاث مدينين متضامنين للدائن بدين قدره (٣٠٠٠دينار)حصة كل مدين (١٠٠٠دينار)ثم ان احد المدينين اصبح دائناً للدائن نفسه ب(١٠٠٠دينار)كأن يبيع له كتاب مثلاً ب(١٠٠٠دينار)فهنا دين المدين (١٠٠٠) يسقط ثمن الكتاب (١٠٠٠)دينار وحسب نص (م/٣٢٤مدني عراقي) لايجوز لأي من المدينين الاخرين اذا رجع عليهم الدائن الاحتجاج بالمقاصة التي وقعت بين المدين الثالث والدائن الا بمقدار حصة هذا المدين أي لا يحتج بقية المدينين الا بهذه (١٠٠٠)التي سقطت بالمقاصة فإذا رجع الدائن على احد المدينين فإنه لا يدفع (٣٠٠٠)دينار بل يخصم منها (١٠٠٠)دسناز ويدفع (٢٠٠٠)دينار حصة المدينين الاخرين فإذا دفعها رجع على المدين الاخر بحصته من باقي الدين وهي (١٠٠٠)دينار .

*اتحاد الذمة :حسب نص (م/٣٢٥مدني عراقي) اذا تحددت ذمة الدائن مع ذمة أحد مدينيه المتضامنين فالدين لا ينقض بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن .

فإذا اقرض شخص مبلغ (٩٠٠٠دينار)لثلاثة اشخاص بالتساوي وكان احد المقترضين اخاً للدائن المقرض ثم مات الدائن المقرض ولم يكن له وارث الا اخوه فأن هذا الاخ المقرض يرث الدائن المقرض وبالتالي تسقط حصته من الدين أي (٣٠٠٠)دينار ويطالب المدينين الاخرين على سبيل التضامن بالباقي أي ب(٦٠٠٠)دينار .

*الابراء :بموجب (م/٣٢٦ ف ١ و ف ٢ مدني عراقي)اذا أبرأ الدائن احد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ولا يسقط عن بقية المدينين الا اذا صرح الدائن بابراءهم فإذا لم يصرح بذلك فليس له مطالبتهم الا بما بقي من الدين بعد خصم حصة المدين الذي .

وبموجب (م/٣٢٧) إذا أبرأ الدائن احد المدينين المتضامنين من التضامن بقى حقه في الرجوع على بقية المدينين بكل الدين مالم يتفق على غير ذلك ،فالابراء أما أن يكون من الدين أمر من التضامن فأن كان دين احد الدائنين سقط دين هذا المدين ويرجع على المدينين الاخرين بكل الدين بعد خصم حصة المدين الذي وقد يكون الابراء من التضامن لا من الدين فالدائن هنا يرجع على المدين الذي أبرأ من التضامن لكن له الرجوع على أي من المدينين الاخرين بكل الدين .

*التقادم :- بموجب (م / ٣٩١ ف١ مدني عراقي) اذا سقط دين احد المدينين المتضامنين بالتقادم فالدائن يطالب بقية المدينين بكل الدين بعد خصم حصة المدين الذي سقط دينه بالتقادم .

ب-تعدد الروابط : في التضامن السلبي يتعدد المدينين كل مدين برابطه مع الدائن ويكون من حقه ان يدفع بمواجهة الدائن الذي يطالبه بالدين بهذه الدفع التي يملكها حتى لا يدفع له الدين، على هذا اذا كان دين احد المدينين معلق على شرط او مضاف الى اجل فلا يستطيع الدائن الرجوع عليه لكن يحق له الرجوع على المدينين الاخرين ،وبموجب (م/٣٢١ مدني عراقي) هناك ثلاث انواع من الدفع فأي نوع منها يستطيع المدين التمسك به في مواجهة الدائن ولا يستطيع بقية المدينين التمسك بهذا الدفع ؟ وهذه الدفع هي :-

*دفع خاصة بالمدين : فهذه الدفع لا يستطيع التمسك بها الا المدين الخاصه به دون بقية المدينين كوقف العقد لتعيب الارادة او نقص الاهليه فهذا المدين اذا رجع عليه الدائن من حقه التمسك بهذا الدفع بأن ارادته مصيبه او انه ناقصاً اهليه فلا يدفع الدين لكن بقية المدينين لا يمكنهم التمسك بهذه الدفع .

*دفع مشتركة : وهي دفع تشمل كل المدينين لأنها تتعلق باصل الالتزام كأن يكون باطل لمخالفته النظام او الاداب فأذا رجع الدائن على أي مدين من حقه التمسك بهذا الدفع .

دفع مختلطة : هي دفع وسط تتوافر لبعض المدينين دون البعض كالابراء والمقاصة فيتمسك بها من توافرت فيهم دون الاخرين .

ج-النيابه المتبادله : يعتبر بموجب ذلك كل مدين في تصرفاته النافعة نائب عن بقية المدينين اذا كان التصرف في مصلحتهم لكن لا يعد نائباً عنهم اذا كان التصرف يضر بهم بموجب (م/٣٢٩ مدني عراقي) اذا انقطعت مدة التقادم عن دين احد المدينين فلا تنقطع مدة التقادم عن ديون بقية المدينين ، واذا اعذر احد الدائن احد المدينين فلا يسري الاعذار بحق البقية لانه يضر بهم اما اذا اعذر المدين الدائن استفاد البقية من الاعذار لأن الاعذار هنا في مصلحتهم م(٣٣٠ مدني عراقي) واذا تصالح الدائن مع احد المدينين من الدين استفاد البقية من الصلح واذا ترتب على الصلح التزام جديد على المدين فلا يسري الصلح بحق بقية المدينين الا اذا قبلوه (م/٣٣١ مدني عراقي) اذا اقر احد المدينين بالدين او عن اليمين فلا يسري كل ذلك يحق بقية المدينين لكن اذا ادت اليمين الى زوال الدين عن المدين استفاد بقية المدينين من ذلك (م/٣٣٢).

٢- علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم :-

اذا رجع الدائن على احد المدينين المتضامنين ودفع هذا المدين كل الدين يزول الدين والتضامن ويرجع المدين الذي دفع الدين على بقية المدينين بقدر حصة كل مدين واذا وجد هذا المدين الذي رجع عليه معسراً تحمل كل المدينين هذا الاعسار ووزعت حصة المدين المعسر على المدينين ، فلو كان مقدار

الدين (٩٠٠٠) دينار وكان المدينين ثلاثة حصص كل واحد (٣٠٠٠) دينار دفع احد المدينين الدين كله للدائن أي (٩٠٠٠) دينار ، فإنه يحق له الرجوع على بقية المدينين بعد خصم حصته يرجع على الباقيين ب(٦٠٠٠) دينار يأخذ من كل واحد (٣٠٠٠) دينار ، فإذا كان احدهم معسراً لا يملك (٣٠٠٠) دينار وزعت حصته على المدينين الاخرين أي على المدين الدافع وعلى الاخر وحصته هي (٣٠٠٠) يتجمل كل منها (١٥٠٠) ، فالمدين الدافع يتحمل (١٥٠٠) دينار فمنها ويرجع على الاخر بحصته (٣٠٠٠) زائد حصته من دين المدين المعسر (١٥٠٠) دينار فعليه ان يدفع $\{(٤٥٠٠ = ١٥٠٠ + ٣٠٠٠)\}$.

*الاساس القانوني لرجوع المدين الموفي على بقية المدينين :-

يرجع المدين الوفي على بقية المدينين أما بدعوى شخصية وتكون اذا كان التضامن اتفاقي، و تكون اذا كان التضامن قانوني، وميزة هذه الدعوى الشخصية (الوكالة أو) انها تعطي المدين حق تقاضي فوائد ما تحمله من حصص المدينين من يوم الدفع وقد يرجع المدين الموفي على بقية المدينين بدعوى الحلول فحسب (م/٣٧٩) يحل المدين الموفي عن بقية المدينين محل الدائن في مطالبة بقية المدينين وميزه دعوى الحلول هنا انها تمنح المدين ويكون للدائن من تأمينات عينينة او شخصية تضمن له اخذ الدين .

والمدين محيز بالرجوع بأي دعوى (دعوى الحلول او الدعوى الشخصية)

المبحث الرابع : الالتزام غير المنقسم

عالج القانون المدني العراقي الالتزام غير المنقسم في ثلاث مواد (٣٣٦-٣٣٨)

وبموجب (م/٣٣٦) يكون الالتزام غير قابل للانقسام في حالتين :-

١) اذا كان محل الالتزام غير قابل للقسمة بطبيعته كمن يبيع بقرة لشخصين فلا يمكن قسمتها بينهم .

٢) اذا تبين من الغرض الذي يرمي اليه المتعاقدان الى انها قصدا عدم تقسيم محل الالتزام أو اذا أنصرفت الى ذلك أراد منهما الصريحة أو الضمنية .

أولاً - أهمية الالتزام غير قابل للانقسام :-

تظهر هذه الاهمية من ناحيتين :-

١-تعدد الدائنين :-

قد يتعدد الدائنون في الالتزام غير قابل للانقسام كمن يبيع بقرة لشخصين فالشخص هنا دائنان بمحل العقد(البقرة) غير القابل للقسمة ، وتأخذ هذه الحالة حكم تضامن الدائنين فكل دائن مطالبة البائع بالبقرة وللبائع تسليمها للدائن المطالب الا اذا عارضه الاخر واذا تعذر عليه تسليمها لهما أودها صندوق المحكمة واذا مات احد الدائنين المشتريين لورثته مطالبه البائع بمحل العقد ولكل واحد من الورثة هذا الحق ويدفع عليه الباقيون بحقهم .

٢-تعدد المدينين :-

بموجب (م/٣٣٧ مدني عراقي) إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً وللمدين الذي أوفى الدين الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك .

فلو اشترى شخصان بقرة واحدة فإن الشخصان هنا مدينان بثمان البقرة وتأخذ هذه الحالة حكم التضامن السلبي بين المدينين فتطبق قاعدة (وحدة المحل) فكل مدين من هذين الشخصين ملزم بوفاء الدين كله لبائع البقرة واذا دفعه كاملاً رجع على الآخر بحصته من الثمن الا اذا تبين من الظروف غير ذلك بأن يظهر الشخص الآخر ليس مشترياً بل كفيل يكفل للبائع دفع المشتري ثمن البقرة له .

وأذا كان المشتريين أكثر من اثنين وظهر أن أحدهم معسر لا يستطيع دفع حصته من الثمن تحمل كذلك يعتبر كل مدين نائباً عن الآخر في ما ينفع ما لا يضر وكل مدين يرتبط بالدائن برابطة خاصة يستطيع وحده الاستفادة منها .

وبموجب (م/٣٣٣) اذا صدر حكم ضد أحد المدينين فلا يسري ذلك على بقية المدينين لكن أن اصدر حكماً لصالح احد المدينين أستفاد منه البقية ألا اذا كان الحكم مبنياً على اسباب خاصة بهذا المدين .

ثانياً : الفرق بين الالتزام غير المنقسم وتضامن المدينين السلبي :-

١- في الالتزام غير المنقسم يكون المحل غير منقسم بطبيعته كبيع البقرة أو الحصان فإذا زالت هذه طبيعته أنقلب المحل الى منقسم كما لو هلكت البقرة ودفع من أهلكتها التعويض أما التعويض منقسم بطبيعته فإذا تعدد الأشخاص الذين أهلکوا البقرة قسم التعويض عليهم كلاً حسب درجة خطاه ، أما في التضامن السلبي فيبقى كل مدين ملزم بكل الدين ولو كان الدين منقسم بطبيعته او حتى لو تحول الى تعويض فالتضامن السلبي يشمل المحل الاصل والتعويض .

٢- الالتزام غير قابل للانقسام لا ينقسم كذلك على الورثة فلو أقرض شخص مبلغ من المال لثلاثة مقترضين ومات القرض عن عدد من الورثة فلكل وارث منهم مطالبة أي حدين (مقترض) بكل الدين (مبلغ القرض) لكن لو مات المقترضين الثلاثة كلهم فليس للمقرض مطالبة أي وارث من ورثة هؤلاء المقترضين يكل مبلغ القرض لتعارض ذلك مع قاعدة (لا تركه الا بعد سداد الديون) فالورثة لا يرثون شيء الا بعد سداد كل الديون ومن ضمنها مبلغ القرض .

المحاضرة التاسعة والعشرون ((انتقال الالتزام/حوالة الدين))

الباب الثالث

(انتقال الالتزام)

قد يتغير المدين عند انتقال الدين من ذمة مدين الى اخر وهذا هو ... حوالة الدين
وقد يتغير الدائن عند انتقال الحق من ذمة مدين الى اخر وهذا هوحوالة الحق...

الفصل الاول

(حوالة الدين)

أولاً – التعريف : عرفت (ف ١ م / ٣٣٩مدني عراقي) حوالة الدين : -
نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه .

أي أنه يتول شخص مدين لشخص آخر ادفع الدين مكاني الى الدائن، فالمدين الاول يسمى (محيل) و الشخص الثاني المدين الجديد يسمى (محال عليه) والدائن لم يتغير يسمى (محال له). هذا ويقرر الفقه الاسلامي بكل حوالة الدين .

ثانياً : الانواع :

بموجب (ف ٢ و ٣ م/٣٣٩) حوالة الدين نوعان :-

أ- حوالة الدين مطلقة :- وتكون حوالة الدين مطلقة بموجب (ف ٢ م/٣٣٩) عندما يحول المدين دينه من ذمته المالية الى الذمة المالية الاخر كلها وبصورة مطلقة دون ان يشترط عليه ان يدفع الدين للدائن من مال معين في هذه الذمة فيتعلق الدين بذمة المدين الجديد كلها

ب- حوالة الدين المقيدة : وتكون حوالة الدين مقيدة بموجب (ف ٣ م/٣٣٩) اذا اشترط المدين القديم على المدين الجديد ان يدفع الدين الى الدائن لا من ذمته المالية كلها بل من مال معين فيها فيتعلق الدين بهذا المال لا بذمة المدين كلها كأن يبيع شخص سيارته الى المشتري ويشترط عليه ان يدفع الدين مكانه من ثمن السيارة الى الدائن فالدين هنا يتعلق بالسيارة وثمنها لا بكل ذمة المشتري المالية .

ثالثاً - طرق انعقاد حوالة الدين :-

وهي طريقتان :-

١) اتفاق المدين الجديد (المحال عليه) مع المدين القديم (المحيل) على الحوالة وهذا الاتفاق بين المحيل والمحال عليه ينعقد صحيحاً لكن يكون موقوفاً على اجازة المحال له (الدائن) فأذا رفض الحوالة وان يتحمل المدين الجديد الدين بدل المدين القديم لم تنفذ الحوالة واذا حددت له مدة معقولة لقبول الحوالة ومرت المدة وبقي ساكناً عد سكوته رفضاً للحواله (م/٣٤٠ مدني عراقي)، لكن اذا اقر الحوالة وقبل بشخصية المدين الجديد فإن الحوالة تنفذ بأثر رجعي من وقت الاتفاق على الحوالة لا من وقت اقرار الدائن على هذا اذا اصبح الدائن الذي أقر الحوالة مديناً للمدين القديم بعد الحوالة لكن قبل تاريخ الاقرار فليس للمدين الجديد الاحتجاج بسقوط الدين بالمقاصة لان الدين يعتبر قد نشأ بعد براءة ذمة المدين الاصيلي من الدين لأن الاقرار يكون بأثر رجعي فكأن المدين القديم لم يعد قط مديناً للدائن في الفترة الواقعة من تاريخ الحوالة الى تاريخ الاقرار .

٢) اتفاق الدائن مع المدين الجديد على الحوالة دون حاجة لأخذ موافقة المحيل المدين القديم لكن اذا لم يقر المدين القديم (المحيل) الحوالة فإن المحال عليه المدين الجديد يعتبر متبرعاً ولا يرجع بشيء على المدين القديم (م/٣٤١).

رابعاً- الديون التي تصح حوالتها :-

تصح حوالة جميع الديون شرط ان تكون معلومة وتجوز كفالتها (م/٤٤٣) فإذا كانت الديون غير معلومة فلا يجوز حوالتها فلا يستطيع المدين ان يحيل ما حل عليه دون ان يحدد الدين كما لا يجوز ان يحيل المودع لديه صاحب الوديعة على شخص اخر ليأخذ منه الشيء المودع لان الدين هنا لا يجوز كفالته اذافه الى ان اطواله تجوز في الديون لا في الاعيان كما هو الحال لو احال شخص باع سيارته المشتري الى اخذ السيارة من شخص اخر.

خامساً - أحكام حوالة الدين :-

تختلف هذه الاحكام باختلاف العلاقة بين أشخاص الحوالة (المدين القديم المحيل) والمدين الجديد (المحال عليه) والدائن (المحال له) تبعاً لعلاقة المحال عليه بالمحال له وعلاقة المحيل بالمحال عليه.

١) علاقة المحال عليه (المدين الجديد) بالمحال له (الدائن) :-

تختلف احكام هذه العلاقة باختلاف نوع الحوالة فيما اذا كانت مطلقة أم مقيدة :-

أ/ اذا كانت الحوالة مطلقة :-

ينتقل الدين هنا من ذمة المدين القديم الى ذمة المدين الجديد بكل صفاته وتأميناته العينية ودفوعه فأذا كان الدين مضاف الى اجل أو مضمون برهن انتقل بصفته هذه الى المدين الجديد لكن لو كان مضمون بتأمين شخصي لا عيني كالكفالة العينية أو الشخصية فأنها لا تنتقل مع الدين الى المدين الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك (م/٣٤٨ف٢)، وللمدين الجديد التمسك بالدفوع المتعلقة بالدين المحال كالدفع بالتقادم وبالبطلان وبعيوب الارادة وله التمسك بالدفوع الخاصة بعقد الحوالة كالدفع بعيوب الارادة او بنقص الاهلية وله التمسك بالدفوع الخاصة به كالمقاصة لكن ليس له التمسك بدفع يتعلق بشخص المدين القديم كالدفع باتحاد ذمة المدين القديم مع الدائن او سقوط دينه بالمقاصة مع دين الدائن...

ب/ اذا كانت الحوالة مقيدة :-

اذا كانت الحوالة مقيدة بعين كما لو ان صاحب الوديعة احال دائن له على الشخص الذي يحتفظ بالوديعة ليعطيه دينه من هذه الوديعة فالدين لم يتعلق هنا بذمة المحال عليه (الودع لديه) بل بالعين المودعة لذا لا المحال عليه (المودع لديه) بدفع الدين وانما يجبر على بيع العين المودعة وتسديد الدين من ثمنها (م/٣٥٢) فإذا هلكت العين المودعة قبل تسديد الدين لسبب اجنبي ولا بد للمودع لديه بهلاك العين فإن الحوالة تبطل ويعود الدين الى ذمة المدين القديم لكن اذا كان الهلاك بيد المودع لديه فالحوالة تبقى صحيحة ويحل مبلغ التعويض محل ثمن العين المودعة ليأخذ الدائن منه دينه (م/٣٥٥).

هذا اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مودعه أما اذا كانت مقيدة بعين مغصوبة مسروقة مثلاً فإن هلاكها سواء بسبب اجنبي أم بيد الغاصب (السارق) لا يبطل الحوالة بل تبقى صحيحة لأن يده يد ضمان لا يد امانه كيد المودع لديه فيسأل عن التعويض في كل احوال الهلاك ويحل مبلغ التعويضات محل ثمن العين المغصوبة ليأخذ الدائن منه حقه (م/٣٥٦).

*أما اذا قيدت الحوالة بدين كما لو أحال البائع دائن له على المشتري ليدفع له دينه من ثمن المبيع، فالدائن (المحال له) ان يأخذ دينه من هذا الثمن، لكن اذا سقط الدين عن المشتري فينظر اذا :-

-كان سقوط الدين بأمر سابق على الحوالة كأن يظهر ان المبيع لم يكن مملوك للبائع بل لشخص اخر فيأخذ المبيع من المشتري فأن الحوالة هنا تبطل ويعود الدين الى ذمة المحيل(البائع)ولا يلزم المشتري بشيء.

-أما اذا كان سقوط الدين عن المشتري نتيجة امر لاحق على الحوالة كان تهلك العين المبيعه عند البائع وقبل تسليمها للمشتري فأن الحوالة هنا تبقى صحيحة وملزمة للمشتري المحال عليه لكن يحق للمشتري الرجوع على المحيل (البائع) بما دفعه للدائن(م/٣٥٣).

لكن لو فرضنا أن الدين سقط عن المشتري لأمر سابق على الحوالة أي نتيجة لظهور المبيع غير مملوك للبائع بل لشخص اخر وأن المشتري (المحال عليه) قد دفع الدين من ثمن المبيع الدائن البائع فأن في هذه الحالة الخيار في الرجوع أما يرجع على البائع بدعوى البيع (دعوى استحقاق المبيع) أو ان يرجع على الدائن (المحال له) بدعوى ما دفع له دون حق (م/٣٥٤)؟

٢)العلاقة بين الدائن (المحال له) والمدين القديم (المحيل):-

اذا تعقدت الحوالة الصحيحة ونافذة فأن المحال له (الدائن) يأخذ دينه من المحال عليه(المدين الجديد)وتنتهي علاقته بالمدين القديم (المحيل) حتى لو وجد الدائن (المحال له) ان المدين الجديد معسر لا يمكنه دفع الدين حتى لو اشهر أفلاسه بأمر المحكمة، ويستثنى من ذلك حالتين يستطيع فيها الدائن(المحال له) الرجوع على المحيل (المدين القديم) حالة اشتراط الدائن لحق الرجوع في احواله أو حالة بطلان الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين العين أو استفاقها كما عرفنا أنفاً،وقد نصت على هذه الاحكام(م/٣٥٧مدني عراقي)بينما تنص (م/٣٥٨)على ان الحوالة التي يشترط فيها عدم براءة المحيل وحق الدائن(المحال له)الرجوع عليه تكون كفالة مجردة من هنا التجريد أي ان المدين الجديد يعتبر كفيل للدائن المحال له ان شاء طالبه بالدين وان شاء طالب المدين الجديد به لكن لو رجع على المدين الجديد فليس لهذا الشخص ان يقول له اذهب أولاً الى المدين القديم ثم ان لم يدفع لك الدين ارجع عليّ فليس له حق التجريد..

وهذا الحكم الذي اخذ به القانون العراقي يخالف ماذهب اليه الفقه الحنفي الذي يعطي للمحال له (الدائن) حق الرجوع على المحيل(المدين القديم)اذا ترى (هلك)الدين لأي سبب كان،ويقول السنهوري هنا ان الحوالة صورة من الكفالة فاللدائن (المحال له) يرجع أولاً على الكفيل المدين الجديد أي المحال عليه فإذا هلك الين رجع على المدين القديم (المحيل)أي الكفالة هنا مع حق تجريد وليس كفالته عادية كما اخذ بها القانون العراقي .

٣)العلاقة بين المدين القديم (المحيل)والمدين الجديد (المحال عليه)في هذه العلاقة نميز بين الحوالة المطلقة و المقيدة :-

أ/اذا كانت الحوالة مطلقة :-

بموجب (م/٣٥٩) إذا كانت الحوالة مطلقة ولم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعه أو مغصوبة فأن المدين الجديد (المحال عليه) يرجع على المحيل (المدين القديم) بالحال فقط لا بما دفعه فعلاً للدائن ويرجع عليه بعد دفع الدين لأقبل ذلك، أما إذا كان عند الحال عليه (المدين الجديد) دين أو عين مغصوبة أو مودعه للمحيل (المدين القديم) فللمدين القديم ان يطالب المحال عليه (المدين الجديد) الى ان يؤدي الدين الى الدائن فأن اداة سقط ما عليه من دين أو عين مغصوبة أو مودعه بقدر ما دفع للدائن (م/٣٦٠).

ب/إذا كانت الحوالة مقيدة :-

بموجب (م/٣٦١ مدني عراقي) الفقرة (١ و ٢) فأن الحوالة المقيدة بدفع الدين من دين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعه أو مغصوبه فأنه بمجرد انعقاد هذه الحوالة لم يكن للمدين القديم (المحيل) الرجوع على المحال عليه (المدين الجديد) بالدين أو العين التي قيدت بها الحوالة لأنه التزام بضمان الدين للدائن ومن التزم بضمان امتنع عليه التعرض وبموجب (ف ٢ م/٣٦٠) لو فرضنا ان المحيل (المدين القديم) له أكثر من دائن حال احدهم على المحال عليه لياخذ دينه من دين له بذمة هذا الشخص أو من ثمن عين مودعه او مغصوبه وكان هذا المحيل قد أعسر او أفلس قبل ان يقوم المحال عليه بدفع للدائن فليس لبقية دائني المحيل ان يشاركوا الدائن المحال له في الدين أو العين لأنه بمجرد انعقاد الحوالة تعلق صفة بهذا الدين او بهذه العين .

المحاضرة الثلاثون ((انتقال الالتزام/حوالة الحق))

الفصل الثاني

حوالة الحق

أولاً :- التعريف

هي عبارة عن نقل الحق من دائن الى دائن جديد يحل محله في ذات الحق، فصاحب الحق القديم أي الدائم القديم يسمى (المحيل) يتنازل من حقه أي دينه في ذمة المدين الى دائن اخر جديد يسمى (المحال له) امام المدين الذي لم يتغير فيسمى (المحال عليه) ..

ولم يأخذ الفقه الاسلامي بحوالة الحق في حين انه اخذ بحوالة الدين ذلك ان تنازل الدائن عن حقه الى دائن جديد (اخر) حتما سيكون بفائدة ، كأن يكون شخص له دين في ذمة المدين مقداره (١٠٠) دينار

لشخص اخر اخذ هذا الدين (١٠٠٠) واعطيني بدله (٧٥٠)دينار فالفائدة أو الفرق بين الحقين هو الربا المحرم في الشريعة الاسلاميه .

ثانياً /نطاق حوالة الحق

بموجب (م/٣٦٢)يجوز للدائن ان يمول جميع ماله من حق ، على مدينه الا اذا نص القانون او الاتفاق او طبيعة الالتزام،على عدم جواز حوالة الحق ،فكل الحقوق تجوز حوالتها الا اذا اتفق الطرفان على عدم جواز حوالة هذه الحقوق ا وان طبيعة الحق تمنع حوالتة كالحقوق التي تقوم على الاعتبار الشخصي ،اذا منح القانون حوالة الحق كما نصت (م/٣٦٤)على عدم جواز حوالة الحقوق التي لا يجوز حوالتها كحق النفقة ومرتب الموظف.

ثالثاً / شروط الحوالة

هذه الشروط أما شروط انعقاد او شروط صحة الحوالة وهي شروط انعقاد العقود جميعا من رضا ومحل وسبب.

والنوع الثاني من الشروط هي شروط نفاذ حوالة الحق يحق الغير ويعتبر من الغير محال له التالي للمحال له الاول والدائن المرهن الذي ترتب له حق رخن على الحق المحال او الحاجز الذي ترتب له حق حجز على الحق المحال فمن مصلحة المحال له الاول ان تنفذ الحوالة بموجب هؤلاء وحسب (م/٣٦٣)بأحد امرين او بأحد الطريقتين الاتيين :-

١) اما اعلان الحوالة للمدين المحال عليه بكتاب يوجه اليه من قبل الكاتب العدل يطلب منه توصيه هذا الكتاب أما الدائن القديم (المحيل)حتى يتخلص من الضمان أي من رجوع المحال عليه أو الدائن الجديد المحال له حتى يحصل على حقه قبل الغير .

٢) أو قبول المدين المحال عليه للحوالة شرط ان يكون قبوله ثابت التاريخ حتى لا يتلاعب اطراف الحوالة بالتواطؤ مع المدين ويقدموا أو يؤخروا التاريخ ليضروا بالغير .

رابعاً : احكام حوالة الحق

تتناول الاحكام الاتية :-

١- علاقة المحال له(الدائن الجديد) والمحال عليه(المدين):-

يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم في مطالبة المدين وبموجب(م/٣٦٥)فإن حق الدائن القديم ينتقل الى الدائن الجديد بكافة صفاته سواء كان معلق على شرط ام مضاف الى اجل وبكافة تأميناته كالرهن والكفالة وسواء كان له فائدة جارية ام مقسط فإنه ينتقل بهذه الصفة للدائن الجديد.

وبموجب (م/٣٦٦) يستطيع المدين المحال عليه ان يتمسك عند رجوع الدائن الجديد (المحال له) عليه بكل الدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة الدائن القديم كأن يدفع بانقضاء الحق بالابراء او التقادم وله الاحتجاج بالدفع التي بعقد الحوالة ذاته كأن يدفع ببطلانه لكن ليس للمدين ان يتمسك في مواجهة المحال له بالمقاصة فلو ان المدين اصبح دائناً للدائن القديم لكنه قبل الحوالة دون تحفظ فإنه لا يستطيع الدفع عن رجوع الدائن الجديد عليه بسقوط الحق بالمقاصة فهو عندما قبل الحوالة دون تحفظ يكون قد تنازل عن التمسك بالمقاصة .

* والقاعدة ان الدائن الجديد يرجع على المدين بقيمة الحق الاسمية بغض النظر عما دفعه للدائن القديم كمقابل للحق المحال يستثنى من ذلك حوالة الحق المتنازع به الذي ينازعه فيه شخص اخر يقول ان هذا الحق له وقام الشخص الاول بالتنازل عن هذا الحق بمقابل عن طرق الجوالة او البيع للمحال له (الدائن الجديد) فإن المحال عليه المدين يستطيع التخلص من مطالبتة بالحق اذا هو دفع للدائن الجديد او المشتري الحق الثمن الحقيقي الذي دفعه الدائن الجديد للدائن القديم مع الفوائد عن القيمة الاسمية للحق (م/٥٩٣) وذلك لمحاربة المضاربة والربا فحوالة الحق المتنازع فيه تعتبر نوع من المضاربه...

٢- علاقة المحال له (الدائن الجديد) بالمحيل (الدائن القديم) :-

العلاقة بين الدائن الجديد والدائن القديم يحكمها عقد الحوالة بين الطرفين فقد يتنازل الدائن القديم عن حقه للدائن الجديد بدون مقابل فيعتبر العقد هبه وقديم التنازل فيعتبلا العقد معاوضة تطبق عليه القواعد العامة في الائترانات ، وفي كل الاحوال يلزم المحيل (الدائن القديم) بتسليم الحق الى الدائن الجديد وذلك ان يسلمه سند الحق الرسمي ووسائل اثبات هذا الحق (م/٣٦٧ مدني عراقي) لكن اذا

كانت الحوالة ناقصة أي ان التنازل وقع بجزء من الحق لا كله الحق كان (١٠٠٠) دينار ثم حوالة (٧٥٠) منه فكيف يسلم الدائن القديم سند الحق الى الدائن الجديد وهو نفسه يريد هذا السند حته يأخذ الباقي من الحق (٢٥٠) به؟ هنا تسليم السند اما ان يسلم بيد طرف ثالث (عدل) يرجع اليه الطرفان عند الحاجة ، وان يلغى السند الرسمي الاصلي الذي يثبت (١٠٠٠) دينار ويحل محله سندان الاول بـ (٧٥٠) دينار يعطي للدائن الجديد والاخر بـ (٢٥٠) دينار يعطي للدائن القديم وهذه هي الطريقة الافضل .

* كما يلزم الدائن القديم (المحيل) بضمان الحق للمحال له (الدائن الجديد) فإذا كانت الحوالة بدون مقابل عدت الحوالة (هبه) وطبق الضمان في عقد الهبه ، واذا كانت الحوالة بمقابل عدت (عقد بيع) والضمان هنا أما يكون قانوني او اتفاقي .

الضمان القانوني :-

وهنا يضمن الدائن القديم للدائن الجديد وجود الحق وملكيته فإذا وجد الدائن الجديد ان الحق غير موجود لبطلان الحوالة او وجد ان الدائن القديم لا يملك الحق رجع على الدائن القديم بمقدار ما دفعه له فلو كان الحق (١٠٠٠) دينار واشتراه بـ (٧٥٠) دينار فإنه يرجع على الدائن القديم بـ (٧٥٠) دينار وهذه الاحكام

من النظام التي لا يجوز مخالفتها ، إضافة الى الدائن القديم هنا يضمن وجود الحق ذاته زائداً توابعه وملحقاته.

الضمان الاتفاقي :-

يخضع هذا الضمان لاتفاق الطرفين فقد يتفق الطرفان الدائن القديم والجديد على تخفيف الضمان بأن الدائن القديم لا يضمن للدائن الجديد وجود الحق وتوابعه ولا يضمن له ملكيته له فلو ظهر ان الحق غير موجود او غير مملوك لا يستطيع الدائن الجديد الرجوع على الدائن القديم لكن اه حق استرداد مادفعه .

وقد يتفق الدائن القديم مع الدائن الجديد على تشديد الضمان بأن يضمن الدائن القديم للدائن الجديد يسار (المحال عليه) وقدرته على دفع الحق لكن الضمان هنا ينصرف الى اليسار وقت الحوالة ولا يضمن له استمرار يسار المدين وقدرته على الدفع الى وقت الوفاء الا باتفاق صريح (م/ ٣٦٩ مدني).

٣) علاقة المحيل (الدائن القديم) بالمحيل عليه (المدين) :-

بمجرد قبول المدين للحوالة أو اعلانها اليه انتهت علاقته بالدائن القديم وارتبط مباشرة بالدائن الجديد فعليه دفع الدين لهذا الدائن لكن اذا لم يقبل الحوالة أو لم نقلت اليه بقى المدين مرتبطاً بالدائن القديم فأوفى الدين له ذمته الا اذا كان يعلم بصدور الحوالة من المدين القديم عند دفع الدين له فيكون وفائه هنا بسوء نيه وجزاءً له اذا جاء المحال له الدائن الجديد وطالبه بالدين فعليه ان يدفعه له مره ثانية فسيء النية يدفع مرتين (م/ ٣٧٢).

٤) العلاقة بين المحال (الدائن الجديد) والغير :-

الغير هنا كل من يتضرر من الحوالة ويكون له حق الطعن بها وهم (المحال له الثاني) كأن يقوم الدائن القديم بأحالة حقه مره ثانية الى دائن جديد ثاني ، ومن الغير أيضاً دائن المحيل (الدائن القديم) اذا اشهر افلاس الاخير ، إضافة الى الدائن الحاجز الذي يحجز على حق بيد المدين المحيل ، واذا تعدد الدائنون الحاجزون فإنه :-

أ) لا عبره بالحجز الواقع بعد نفاذ الحوالة ،

ب) الحوالة بعد الحجز حجز ثان.

ج) لا يفضل حاجز على حاجز اخر بسبب الاسبقية في تاريخ الحجز.

*مشكلة قانونية (حكم الحوالة بين حزين)

فلو كان هناك دائن للدائن القديم حجز على الحق الذي بذمة المدين ثم قام الدائن القديم بأصالة الحق الى الدائن جديد ثم جاء دائن اخر غير الدائن الاول وحجز على الحق فما حكم الحوالة ؟

فلو فرضنا ان الدائن القديم له بذمة المدين (١,٥٠٠) دينار جاء دائن اول لهذا الدائن القديم يطالبه بدين مقداره (٥٠٠) دينار وحجز على الحق (١٥٠٠) دينار الذي بذمة المدين ثم قام الدائن القديم بحوالاته الحق (١٥٠٠) دينار الى الدائن الجديد، ثم جاء دائن ثاني للدائن القديم يطالبه بدين مقداره (١٠٠٠) دينار وقام بأيقاع الحجز على الحق (١٥٠٠) دينار فما مصير حكم الحوالة أي ما يستحق لكل طرف ؟ تعددت

الاراء لكن المشرع العراقي في (م/٣٧٤ف٢مدني عراقي)قرر ان الدين يقسم بين الحاجز الاول (صاحب ٥٠٠دينار)في المثال السابق والحال له الدائن الجديد والحاجز الثاني (صاحب ١٠٠٠دينار) على تكون القسمة تناسيبية أي قسمة ثم يأخذ من حصة الحاجز الثاني ما يكمل به حق المجال له الدائن الجديد،فيما ان الحاجز الاول (٥٠٠)دينار وحق الدائن الجديد المحال له هو قيمة الحوالة (١٥٠٠)دينار وحق الحاجز الثاني (١٠٠٠)دينار فأن الحق الذي هو (١٥٠٠)دينار يقسم بين الثلاثة قسمة غرماء أي كلاً حسب حصته فتكون حصة كل (٥٠٠)دينار (٢٥٠)دينار فالحاجز الاول يحصل على (٢٥٠)دينار لأن له (٥٠٠)دينار والمحال له (٧٥٠)دينار لأن حقه (١٥٠٠)دينار أي ثلاثة (٥٠٠) اما الحاجز الثاني فيأخذ (٥٠٠)دينار لأن حصته (١٠٠٠)أي خمسمائتي دينار وبما ان المشرع قد نص على ان يأخذ من حصة الحاجز الثاني ما يكمل حصة الدائن الجديد المحال له ،وحصة المحال له (١٥٠٠) وقد اخذ(٧٥٠)فيأخذ ما حصل عليه الحاجز الثاني (٥٠٠)وتعطي للمحال له ليصبح حقه (١٢٥٠=٥٠٠+٧٥٠)الحصة النهائية للمحال له في حين لا يأخذ الحاجز الثاني شيء .

وهذا يثور التساؤل عن القيمة القانونية لاشراك الحاجز الثالث في قسمة الغرماء ان كان لم يحصل على شيء؟وهنا ان كانت الحوالة تشمل الحق كاملاً فلن يحصل الحاجز الثالث على شيء لكن لو قام المحيل بأحالة جزءاً من الحق كما لو كان الحق (٩)ملايين احال (٦)ملايين فقط للمحال له وكان حصة الحاجز الاول (٣)ملايين والحاجز الثالث (٣)ملايين أيضاً فأن حصة الحاجز الاول ستكون (٢٢٥٠٠٠)والمحال له (٤٥٠الف) والحاجز الثالث (٢٢٥)فتكمل حصة المحال له من حصة الحاجز الثالث ليحصل للمحال له على (٦٠٠الف)الحاجز الثالث على (٧٥الف)دينار .

المحاضرة الحادية والثلاثون ((إنقضاء الالتزام/الوفاء))

الباب الرابع

إنقضاء الالتزام

ينقضي الالتزام انقضاءً طبيعياً بالوفاء .

وقد ينقضي الالتزام بما يقوم مقام الوفاء وذلك بالوفاء بمقابل والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة ، وقد ينقضي الالتزام دون وفاء وذلك بالابراء واستحالة التنفيذ والتقادم .

وسنخصص لكل طريقة من طرق الانقضاء فصلاً مستقلاً....

الفصل الاول

الوفاء

الوفاء :عبارة عن عمل قانوني ينقضي به الالتزام الاصلي انقضاءً طبيعياً فأذا كان هذا الالتزام نقدي فإن الوفاء يتمثل بدفع النقود واذا كان التزاماً بعمل فإن الوفاء يتمثل بتنفيذ العمل .

والوفاء كتصرف قانوني لابد أن يكون له طرفان ومحل وسبب .وسنبحث طرفا الوفاء ومحله ومكانه وزمانه ونفقاته اضافة الى العرض مع الايداع والوفاء مع الحلول واثبات الوفاء في المباحث الآتية :-

المبحث الاول : الوفاء

طرفا الوفاء هما المدين الوفي والدائن الموفى له :-

أولاً - المدين الموفى : الاصل ان يقوم المدين نفسه بوفاء التزامه لأنه هو الملتزم الاصلي حتى لو كان المدين الموفى ناقص الاهلية فإن وفائه يعتبر صحيحاً إذا لم يضر به في حيث انه قلنا ان الوفاء تصرف وتصرفان ناقص الاهلية موقوفة على من له حق الاجازة، لكن المشرع قرر عدم صحة وفاء المدين اذا كان في مرض الموت وادى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين م/٣٧٨ وقد يكون هناك من ينوب عن المدين في الوفاء كأولي أو الوصي وقد يأتي شخص أجنبي فيوفي الالتزام بدل عن المدين قد تكون له مصلحة في الوفاء كالكفيل وقد لا تكون له مصلحة وليس للدائن رفض الوفاء من الضرر الا اذا كان التزام المدين قائم على الاعتبار الشخصي كالتزام الطبيب، ويحق للغير الرجوع على المدين الموفى عنه بقدر ما دفعه اذا كان نصت عليهم المادة (٣٧٩) ولم تتصرف نيته الى

التبرع للمدين الموفى له واخيراً يشترط أن يكون الموفى مالكاً لما دفعه فأن ظهر ان ما دفعه الموفى غير مملوك له أو انه هلك واخذ الموفى بدلاً عنه فأن الوفاء لا يكون صحيحاً ورجع الدائن على المدين (م/٣٧٦).

ثانياً : الموفى له (الدائن):-

الاصل أن يكون الوفاء للدائن لكن يصح الوفاء لنائبه كأولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل والوفاء بأعباره تصرف قانوني فلايجوز الوفاء الناقص الاهلية الا اذا اجاز وليه ذلك وللولي عند عدم اجازة الوفاء حق مطالبة الدائن بالدين رغم انه دفع هذا الدين الناقص الاهلية (م/) .

والوفاء للغير أي لغير الدائن أو نائبه باطل لافي حالتين نصت عليها م(٣٨٤):.

(١) اذا اقر الدائن الوفاء لهذا الغير كما لو قام المدين بدفع الدين لوكيل الدائن الذي انتهت وكالته واقر الدائن الموكل هذا الوفاء فيبعد الوفاء صحيحاً لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

(٢) الوفاء للدائن الظاهر وهو الدائن غير الحقيقي لكنه يظهر امام الناس كأنه دائن حقيقي ، وكما لو مات الدائن عن ثلاث اخوة ورثة وقام المدين بدفع الدائن لهم ثم ظهر ان للدائن ابناءهم الورثة الحقيقيون

ويجبون الارث عن أخوة الدائن وهم اصحاب الحق بدين و رثهم ،فوفاء المدين رغم انه تم لغير اصحابه الا انه يكون وفاء صحيحاً اذا كان المدين حسن النية لا يعلم بانه يدفع الدين لاشخاص لا يستحقون .

المبحث الثاني :- محل الوفاء

الاصل ان يكون الوفاء بنفس الشيء الذي التزم به المدين الا اذا رقى الدائن بوفاء شيء اخر غير الالتزام الاصيلي او رضي يأخذ جزء من الدين لا كله هذه هي القاعدة العامة لكن الدائن ملزم بالوفاء الجزئي حتى دون موافقة وذلك في حالات استثنائية :-

١- في المقاصة اذا كان المتقابلين مختلفي المقدار وقعت المقاصة بمقدار الاقل منها وهنا يلتزم الدائن بالوفاء الجزئي .

٢- اذا تعدد الكفلاء وكانوا غير متضامين القسم الدين عليهم والزم كل كفيل بدفع الجزء الذي كفه وليس للدائن الرجوع على أي أحد منهم الا بقدر نصبه في الدين .

٣- اذا تعددت ديون المدين وكانت كلها من جنس واحد وكان المبلغ الذي عند المدين لا يكفي لسد هذه الديون صحيحاً ولم يتخذ أي دين يجب وفائه أو لا واختلفت الدائن والمدين في أي دين يجب أن يدفعه المدين والا فإن (م/٣٩٣) تقرر اذا كان هناك دينين واجبيين في ذمة المدين وكان الدينان بوجه من الوجه كأن يكون احدهما مشمول بكفالة أو هذا الاخير غير مضمون واختلف الطرفان في جهة الدفع فإن قول المدين هو المعتبر في تعيين جهة الدفع أي ان المدين هنا هو الذي يحدد الدين الذي يدفعه أملاً ونظيف هنا قاعدة (احتساب الخصم) أي عند الاختلاف في تعيين جهة الدفع فإن المدين هو الذي يحدد الدين الذي يدفعه واذا لم يحدد فإنه يدفع من الدين الاشد وطأة أي انه المدين هنا يدفع المدين الا ثقل عليه سواء كان الا لكبر مقدار او غير مضموين .

*ويلاحظ اذا كان التزام المدين نقل ملكية شيء فينظر اذا كان هذا الشيء معين بالذات كالبقرة او الحصان فإن المدين لا يجوز ان يعطي الدائن غير هذا الشيء بدون رضا الدائن حتى ولو كان هذا الشيء مساوياً للمحل الاصيلي او كانت قيمته اعلى من قيمة هذا المحل (م/٣٩٠) واذا كان هذا الشيء معين بالنوع كالحنطة او الشعير فإن المدين ملزم بأعطاء الدائن المقدار المتفق عليه من الصنف المتوسط حتى لا يتضرر احد أما اذا كان التزام المدين بدفع النصف عمل او اتباع عن عمل فعلى المدين تنفيذه . أما اذا كان التزام المدين مبلغ من النقود فإن على المدين الوفاء بالنقد من العمله المتفق عليها واذا كانت هذه العملة اجنبية وتعذر الحصول عليها فإن الوفاء يكون بالعملة العراقية اما اذا كان الدفع بالذهب فشرط الذهب هنا شرط باطل في المعاملات الداخلية والخارجية لأنه يتعارض مع المصلحة المقررة في فرض السعر الالزامي للعمل الوطنية .

المبحث الثالث : مكان الوفاء وزمانه ونفقاته

١-مكان الوفاء :

يقوم المدين بالوفاء في مكان المتفق عليه واذا لم يتفق على هذا المكان فينتظر اذا كان الحل يتطلب حمل مؤنه أي يتطلب كيل وزن فأنه الوفاء يكون المكان الموجود فيه هذا الحل اما اذا كان لا يتطلب ذلك فالوفاء يكون في محل اقامة الدين ومركز اعماله الرئيسي(م/٣٩٦) اذا كان هذا الالتزام متعلق بأعمال المدين .

٢-زمان الوفاء :

يكون الوفاء في الوقت المتفق عليه اذا كان الالتزام مؤجل من اجل الوفاء الى الوقت المحدد اذا لم يعطي القاضي المدين المعسر مهلة قضائية .

٣-نفقات الوفاء :

مصاريف الوفاء بالالتزام اذا يتطلب وزن أو قياس أو زرع تكون على المدين (م/٣٩٨) الا اذا اتفق المدين مع الدائن على ان يتحمل الدائن هذه المصاريف .

المبحث الرابع : العرض والايدياع

قد يمتنع الدائن عن أخذ الشيء محل الالتزام من المدين رغم تقدم الاخير للوفاء به اذا كان الدائن ناقص الاهلية وليس له وليه اذا كان غائب ا وان المدين لا يعلم بمقر اقامته فأن القانون المدني وقانون المرافعات المدينة اعطيا هذا المدين حق التخلص من مسؤولية عدم الوفاء والتخلص من تبعه لهلاك الشيء عنده اذا هو قام باجراءات العرض والايدياع كالاتي :-

١-ان يعرض المدين على الدائن الوفاء عن طرق كاتب العدل ويقوم كاتب العدل بدعوة الدائن للحصول عليه ان يفتح محضر بشتى العروض يوقع عليه هو والمدين والدائن يعطي كل منهما نسخة منه ويمكن ان يكون العرض امام المحكمة واثناء الجلسة .

٢-اذا رفض الدائن أخذ الشيء المعروض فعلى المدين ان يودع هذا الشيء في صندوق المحكمة واذا كان لا يمكنه ايداعه في هذا الصندوق بأن كان عقار مثلاً تحت عدل ليحافظ عليه وللدائن الاعتراض على العرض والايدياع خلال ايام من تاريخ تلبية اما اذا سكن فيعتبر انه قبل بها .

٣-للمدين حتى يقطع النزاع نهائياً ان يطلب من المحكمة اصدار حكم بصحبه الايدياع والعرض فأذا صدر حكم برئت ذمة المدين واعتبر انه موفياً بالتزامه من وللدائن الذي رفض العرض والايدياع الرجوع الى قبولها ما لم يكن المدين قد سحبها وللمدين الرجوع عن عرض الوفاء وعن الايدياع ما لم

يكن الدائن قد قبلها واذا تم العرض والايدياع فأن المدين يتخلص من المسؤولية هلاك الشيء فيحمل الدائن هذا المسؤولية .

المحاضرة الثانية والثلاثون ((إنقضاء الالتزام/ الوفاء-الوفاء مع الحلول))

المبحث الخامس : الوفاء مع الحلول

قد لا يقوم المدين بالوفاء بالتزامه وان يوفي مكانه شخص اخر واذا لم يكن هذا الغير الموفي متبرعاً للمدين فإنه له حق الرجوع على هذا المدين بما دفع عنه وهو يرجع عليه أما بدعوى الرجوع على هذا المدين بما دفع عنه وهو يرجع عليه اما بدعوى شخصية وهي دعوى الوكالة بأن يدفع الديم كوكيل عن المدين او دعوى الفضاله بأن يدفع الدين عن المدين بأعتباره شخص فضولي لكن هذه الدعاوي تعرض الغير الموفي لمزاحمة بقية دائني المدين ولا تعطي الموفي التأمينات العينة أو الشخصية لذا يلجأ الغير الى دعوى الوفاء مع الحلول لكي يحصل على هذه التأمينات .

المطلب الاول :- حالات الحلول

الحلول اما قانوني او اتفاقي ولكل نوع منهما حالات :-

أولاً:-حالات الحلول القانوني :- وهي أربع حالات :-

١- اذا كان الغير الموفي ملزم بالوفاء (مع) المدين او ملزم بالوفاء (عن) المدين فيموجب (م/٣٧٩)مدني يحل لغير الموفي محل الدائن بالدين اذا كان الغير الموفي عنه او اذا كان ملزم بالوفاء مع المدين كالمدين التضامن مع المدين الموفي عنه او اذا كان ملزم بالوفاء عن المدين كالكفيل .

٢- اذا كان للمدين دائنين وكان احدهما اسبق من الاخر فيقوم الدائن المتأخر بدفع الدين الدائن المتقدم ليحل محله وهو هنا تكون له مصلحة من ذلك كان يوجد دائنين للمدين كل واحد منهما (١٠٠٠)دينار على المدين وكان لها رهن على بيت المدين يضمن لهما وفاء ديونها وكان الدائن الاول اسبق من الثاني وأراد بيع البيت العائد للمدين ليأخذ دينه لكن الدائن الثاني المتأخر رأى ان البيت سيباع بوقت غير ملائم وبسعر لا يفي جميع ديونها فيدفع للدائن الاول ويحل محله في الرهن لينتظر وقت ملائم لبيع البيت بسعر اعلى يقي بكل الديون ،وقد يكون للدائن المتقدم رهن اخر اضافة الى الرهن مع الدائن المتأخر فيقوم الدائن المتأخر بدفع دين الدائن المقدم يحل محله بالرهنين معاً .

٣- اذا كان هناك عقار للمدين رهنه للدائنين كتأمين لهم للوفاء بديونهم ثم باع المدين هذا العقار ليتخلص من اجراءات الدائنين لنزع ملكيته دفع ديون هؤلاء الدائنين فيحل محلهم وبالتالي يخلص عقاره من الرهن ومصلحته في ذلك تظهر عندما يرهن المدين عقار لثلاثة دائنين الاول له (٣٠٠٠) دينار والثاني (٢٠٠٠)دينار والثالث (١٠٠٠)دينار فأن مشتري هذا العقار المرهون اذا كانت قيمته تساوي (٥٠٠٠) دينار من مصلحته دفع الدينين الاول والثاني أي (٢٠٠٠+٣٠٠٠)فلن يخسر شيء وبالتالي يتخلص من رجوع الدائن الثالث الذي لا له مصلحة في بيع العقار المرهون .

٤- اذا نص القانون على حلول الموفي محل الموفي عنه تجاه المدين كنص (م/١٠٠١)الذي يقضي بحلول المؤمن له بما يدفعه من تعويض له عن حرق داره تجاه من تسبب بالفعل الضار (الحرق).

ثانياً:-حالات الحلول الاتفاقي :-وهي حالتين بالاتفاق مع الدائن و الاتفاق مع المدين .

١-اتفاق الدائن مع الغير الموفي :

فحسب نص (م/٣٨٠)للدائن الذي أخذ حقه من الغير ان يتفق مع هذا الغير بورقة رسمية على حلول الغير محله في مطالبة المدين حتى لو لم يوافق المدين على ذلك على ان يكون تاريخ الورقة التي ثبتت هذا الاتفاق سابق على تاريخ ، فيشترط لصحة هذا الاتفاق ان يكون بورقة رسمية . وهذا مالم تنص عليه القوانين العربية والقانون الفرنسي وان لا يتاخر تاريخ الاتفاق عن تاريخ الوفاء فيجب أن يكون له سابق أو على الاقل معاصراً له ،وذلك لمنع التحايل المضر بالغير فلولا هذا الشرط لكان بالامكان تواطؤ الدائن مع المدين الذي أخذ حقه على حلول شخص اخر محل الدائن للاضرار بحق دائن مرتين ثاني ارتفع الى المرتبة الاولى .

٢-اتفاق المدين مع الوفي :- حسب نص (م/٣٨٠ف٢) اذ اقترض المدين مالاً عن شخص سدد به دين الدائن فللمدين ان يتفق مع الشخص المقرض على ان يجعل هذا الشخص محل الدائن حتى لو لم يوافق على ذلك بشروط :

أ-ان يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية بين المدين والمقرض وبهذا يكون عقد القرض رسمياً الى جانبه كونه عينياً .

ب-ان يذكر في عقد القرض ان المال المقرض قد خصص للوفاء بدين الدائن .

ج-وان يذكر في المخالصة ان الوفاء كان من هذا المبلغ الذي اقترضه المدين من هذا الدائن الجديد.

على ان يلاحظ ان الحكمة من اشتراط الرسمية والشكلية في عقد القرض هو منع تواطؤ المدين المقترض مع القرض على الاضرار بالغير فلو كان للمدين عقار قيمته (١٠٠,٠٠٠) دينار رهينة لدائنين الاول دينه (٦٠٠) الف دينار والثاني (٦٠٠) الف دينار ايضاً قام المدين بدفع دين الدائن الاول وبالتالي ينقضي الالتزام ويخرج هذا الدائن من الرهن ويبقى الدائن الاخر هو صاحب الرهن في المرتبة الاولى فلو قام المدين باقتراض (٦٠٠) الف دينار من القرض ليدفعها لاجراء عمليه جراحية لهذا المدين واتفق مع القرض على تقديم تاريخ القرض ليكون سابق على تاريخ الدائن الثاني حتى يتقدم عليه القرض في الرهن ويصبح هو في المرتبة الاولى والدائن في المدينه الثانية فهنا تواطؤ المدين مع المقرض على الاضرار بالدائن لذا اشترط القانون الرسمي والشكلي في عقد القرض هذا التواطؤ.

المطلب الثاني : احكام الحلول وتكييفه القانوني

أولاً : أحكام الحلول : تحكم الحلول ثلاث قواعد هي :-

١- حلول الموفي محل الدائن في ذات الحق :-

بموجب(م/٣٨١)انه اذا تم الحلول اتفاقاً او قانوناً حل الموفي محل الدائن في مواجهة المدين بما لحق هذا الدائن من صفات وما يلحقه من دفعات وتوابع وتأمينات فلو كان ديناً مدنياً أو تجارياً أو مضمون برهن او كفاله او ناشيء عن عقد باطل او موقوف او مقترن بحق او منتج لفوائد انتقل هذا الحق بكل هذه الصفات للموفي .

٢-يقع الحلول بمناسبة الوفاء ونتيجة له :

وعلى هذا يختلف الحلول عن حواله الحق فأذا كان الحق في كل من الحوالة والحلول ينتقل من الى الدائن الجديد الا ان بينها العروق الاتية :-

أ)الحلول قد يكون اتفاقي او قانوني اما الحوالة فلا تكون الا اتفاقية .

ب)في الوفاء الحلول لا حاجه الى رضاء المدين الا اذا كان الحلول باتفاق معه اما في حواله الحق فلا بد من رضاء المدين واعلانه .

ج)في حوالة الحق لا بد من رضاء الدائن اما في الوفاء مع الحلول فلا حاجة لرضاء الدائن الا اذا وقع الحلول باتفاق معه .

د)في حوالة الحق يضمن الحيل وجود الحق المحال به للدائن الجديد المحال له اما في الوفاء مع الحلول فإن الدائن الموفى له لا يلتزم بوجود اكف للدائن الموفي واذا كان الدائن الموفى له قد اخذ الدين دون

حق فمن حق الموفي استرداده بموجب دعوى استرداد لا دعوى الضمان لذا فلا يلزم بدفع الفوائد من تأريخ تسليم المبلغ الا اذا كان سيء النية .

هـ) في حواله الحق يأخذ الدائن الجديد (المحال له) من المدين (المحال عليه) فقط القيمة الاسمية للحق المحال به ولا يأخذ منه ما دفعه للدائن القديم أما في الوفاء مع الحلول فأن الدائن الموفي يطالب المدين بأقل المبلغين مبلغ الدين ومقدار ما دفعه بالفعل .

ز) في الوفاء مع الحلول اذا كان الموفي قد دفع جزء من دين الموفي له لا كله فأن الموفي له يرجع اولاً على المدين بالجزء او في حواله الحق اذا باع المحيل للدائن القديم جزء من حقه لا كله للدائن الجديد المحال له فاذا اراد الرجوع على المحال عليه المدين فانه في الرجوع .

ن) في حواله الحق يرجع الدائن الجديد المحال له على المحال عليه المدين بدعوى واحدة وهي دعوى الحق الذي انتقل اليه ، اما في الوفاء مع الحلول فأن الدائن الموفي يرجع على المدين بأحد الدعويين دعوى عينيه هي دعوى الحلول، ودعوى شخصية وهي اذا دعوى الوكاله او الفضاله .

و) في مع الحلول اذا كان الموفي هو أحد المتضامين فأنه يرجع على الباقيين كلاً بقدر حصته ، اما في حواله الحق اذا كان المحال له الدائن الجديد هو أحد المتضامين فأنه يستطيع مطالبة كل واحد منهم بكل الدين .

ي) الوفاء مع الحلول لا يقع الا على دين حال بينما تقع حوالة الحق على دين حال أو مؤجل .

٣- لا يشترط الحلول ان يكون كاملاً :

فكما مر بنا بموجب (٣٢٨ف١) فأن الوفاء الجزئي مع الحلول امر جائز فمن الممكن ان يوفي شخص غير المدين بجزء من حق الدائن فيحل محله الجزء الذي قام بوفاته لكن هنا كما مر بنا يتقدم الدائن الموفي له بالرجوع على المدين أي يتقدم على الموفي ومن حالات الحلول الجزئي كما مر بنا اذا اقام المدين المتضامن عدة مدنين بدفع كل الدين للدائن فأنه لا يرجع على الباقيين بكل الدين وانما يرجع على كل واحد بحصته .

ثالثاً: التكيف القانوني للحلول :-

كيف تكون قانوناً ان الوفاء مع الحلول يقضي على المدين او يتهمه لكن يبقي على صفاته وتوابعه وتأميناته :-

قيل في ذلك ثلاث اراء :-

١- رأي قال ان الوفاء مع الحلول بينهما الدين فقط ويبقى التأمينات والصفات والدفع ، لكن هذا الرأي مرفوض فكيف ان الاصل وهو الدين ينتهي بالوفاء بينما يبقي وهو التوابع والتأمينات والدفع اليس ان الفرع يتبع الاصل .

٢- رأي قال الافتراض القانوني او المجاز فالحق او الدين يزول لكن تبقى التأمينات والدفع مجازاً افتراضياً لا حقيقي ويرد على ذلك بأن فكرة الافتراض والمجاز القانوني مرفوضة فهي فكرة كاذبة لا يلجأ اليها الا عند الاحتجاج الى دليل لينير قاعدة قانونية .

٣- هناك رأي حديث وهو الرأي الراجح يقول ان الوفاء مع الحلول طبيعة مركبه من شقين فهو اولاً وفاء بالنسبة للدائن وثانياً نقل للحق بالنسبة الى المدين وكل دفعه وتوابعه وتأميناته فالمدين لم يدفع الدين لذا ينتقل الدين الى من اوفاه .

المحاضرة الثالثة والثلاثون ((انقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء/الوفاء بمقابل والتجديد والانابة))

الفصل الثاني :انقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء

قد لا يحصل الدائن على دينه وانما على شيء اخر هذا هو الوفاء بمقابل وقد يرضى الدائن بالتنازل عن دينه مقابل دين جديد يحل محله وهذا هو التجديد.وقد يستوفي الدائن دينه بدين عليه للمدين وهذا هو المقاصه، وقد يستوفي الدائن دينه بنفس هذا الدين بعد ان اصبح مديناً به وهذا هو اتحاد وسنبحث هذه المباحث :-

المبحث الاول / الوفاء بالمقابل

هو ان يقبل الدائن ان يعطه المدين لا دينه بل شيء اخر ينقل ملكيته اليه ففي بمقابل ينقل المدين للدائن ملكية شيء ولا يكفي ان ينشأ المدين التزام جديد بذمته لمصلحة الدائن لان هذا هو التجديد لا الوفاء بمقابل .

*وقد اختلف الفقهاء في تكييف الوفاء بمقابل لكن الرأي الراجح هو ما أخذ به القانون المدني العراقي في (م/٤٠٠) من ان الوفاء بمقابل هو عمل قانوني مركب فهو :-

١- بيع ينقل ملكية الشيء الى الدائن فيكون المدين بائع والدائن فشتري فيطبق على الوفاء بمقابل هنا احكام عقد البيع فاذا كان الشيء عقار وجب تسجيله في التسجيل العقاري، ويرجع الدائن بوصفه مشتري على المدين بوصفه بائع بضمان الاستحقاق اذا اظهر الشيء غير مملوك للمدين وبضمان العيب الخفي .

٢- هو ايضاً (وفاء) من حيث انه يقضي الدين فتطبق على الوفاء بمقابل احكام الوفاء ايضاً فينقضي الالتزام الاصلي بما له من تأمينات شخصية او عينية أي انها لا تبقى كما نطبق هنا قاعدة (تعين جهة الدفع)، فاذا كان على المدين عدة ديون ولم يتفق على الدين الذي ينقضي بالوفاء بمقابل فان المدين هو من يحدد هذا الدين اذا كانت متساوية في شدتها على المدين ، واذا كان بعضها اشد من بعض طيف الوفاء بمقابل على المدين الاشد فينقضي هذا الدين بالوفاء بمقابل.

المبحث الثاني : التجديد والانابة

اعتبر المشرع العراقي التجديد والانابه نظامين متشابهين على ما بينهما من فروق كما يأتي :-

المطلب الاول /التجديد:-

هو انتهاء الالتزام بين الدائن والمدين وانشاء التزام جديد مكانه يختلف عن الالتزام الاول بأحد عناصره الجوهرية ويسعى الالتزام المنقضي بالالتزام القديم . ويسعى الالتزام الذي يحل محله الالتزام التجديد .

وكان القانون الروماني لا يجيز تغير الالتزام بتغيير المدين عن طريق حواله ولا بتغير الدائن عن طريق حواله الحق فهو لم يأخذ بحوالتي الدين والحق لذا كان للتجديد سواء بتغير الدائن او المدين او محل او مصدر الالتزام اهمية كبيرة في القانون الروماني .

اما في القانون العراقي فقد اخذ بحوالتي الدين والحق لذا لا أهمية لتجديد الالتزام فيه من حيث تغير الدائن او المدين لان هذا التغيير يكون عن طريق حواله الحق والدين وتكاد اهمية التجديد في القانون العراقي تنحصر في تغير محل او مصدر الالتزام لذا نصت (م/٤٣٠) على ان التجديد هو استبدال التزام محل التزام يختلف عنه في محله ومصدره .

شروط التجديد :- وهي (٥) شروط :-

١- وجود دين او التزام قديم :

فالتجديد ينصب على انشاء التزام بدل التزام قديم اخر فأذا كان الالتزام القديم غير موجود او باطل او كان قد انقضي قبل التجديد فلا يمكن ان يكون هناك تجديد لكن لو كان هناك الالتزام القديم موقوف فإنه يصح تجديده بالالتزام جديد ويعتبر التجديد اجازة له كما يصح ان يكون الالتزام القديم طبيعي فيجدد بالالتزام مدني .

٢-نشوء التزام جديد :

فلا بد ان يؤدي التجديد الى انشاء التزام جديد فأذا لم يؤدي الى ذلك او كان الالتزام باطلاً فلا تكون امام تجديد الالتزام اذ انشأ عن التجديد التزام موقوف فإن صحة التجديد تعتمد على صدور الاجازة فإن أجز كان التجديد صحيحاً من وقت التعاقد لا من وقت صدور الاجازة .

٣-أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم :-

ويجب ان يكون هو الاختلاف بتغير عنصر جوهري من عناصر الالتزام الجديد كتغير الدائن أو المدين او محل الالتزام او مصدره اذا كان الالتزام القديم بسيطاً والالتزام الجديد معلق على شرط او اذا كان الالتزام القديم معلق على شرط والالتزام الجديد بسيط اما اذا كان الالتزام الجديد لا يختلف عن القديم اختلافاً جوهرياً فلا يكون هناك تجديد كما لو أضيف الالتزام الجديد الى أجل أو دخل عليه شرط جزائي أو فائدة.

٤-نيه التجديد :

يجب أن تكون هناك نيه واضحة لدى الدائن و المدين فهو لا يقترض فأذا لم تتصرف نيه واضحة اليه لا يكون موجوداً فأبداله بدل لايعتبر تجديد.

٥-أهلية خاصة لدى الطرفين :

فالتجديد وانشاء التزام جديد بدل التزام قديم هو عمل من اعمال النصرف لا بد ان تتوفر الطرفين اهلية ابرام هذا التصرف فالمدين المتضامن لا يستطيع تجديد الالتزام لأنه لا يملك اهلية التصرف .

ثانياً :احكام التجديد : وهي حكمان

١)انهاء الالتزام القديم :

التجديد ينقضي على الالتزام القديم ويستبدله بأخر جديد أما ما يكون الالتزام القديم من تأمينات فأنها تنتقل الى الالتزام الجديد على النحو الاتي :-

اذا كانت هذه التأمينات شخصية كالكفالة او مدين متضامن فأنها لا تنتقل الى الالتزام الجديد الا بموافقة المدين المتضامن والكفيل .

واذا كانت هذه التأمينات عينية كالرهن ووقع التجديد يتغير المدين القديم لمدين جديد فان الرهن ينتقل الى الالتزام الجديد باتفاق الدائن والمدين الجديد دون حاجة لموافقة المدين القديم الي يكون بمثابة كفيل

عيني للدين الجديد، اما اذا وقع التجديد بتغير محل الدين أو مصدره دون تغيير الدائن او المدين في المثل السابق فإن الرهن ينتقل الى الالتزام الجديد بشرط ان لا يضر بالغير كما في المثال الاتي :

كان للدائن دين على المدين قدره (٣٠٠٠) دينار قدم المدين للدائن عقار كرهن قيمته (٥٠٠٠) دينار ثم صار على المدين دين اخر لشخص اخر مقداره (٣٠٠٠) دينار واتفق المدين مع الدائن الاول على تجديد الدين بتغير مقداره من (٣٠٠٠٠) الى (٤٠٠٠) فان الرهن هنا لا يغطي الالتزام الجديد (٤٠٠٠) دينار وانما يغطي (٣٠٠٠) دينار فقط حتى لا يتضرر الدائن الاخر .

٢) انشاء التزام جديد : يؤدي التجديد الى نشوء التزام جديد له دفعه الخاصة وتأميناته وصفاته وتوابعه فقد يكون الالتزام القديم غير مضمون برهن او كفاله بينما يكون الالتزام الجديد مضمون باحدها .

المطلب الثاني - الانابه في الوفاء

أولاً :تعريف الانابه وأنواعها :-

بموجب المادة (٤٠٥) تكون الانابه بقيام المدين بعد موافقة الدائن على تكليف شخص اخر يدفع الدين الى الدائن فيسمى الدائن (مناب لديه) والمدين (منيب) والشخص الاجنبي (مناب) ولا يشترط الانابه ان تكون بين المدين (المنيب) والاجنبي (المناب) علاقة دين سابق بل قد ياتي الاجنبي ليدفع الدين دون سابق علاقة .

أنواعها : (١) كاملة (٢) ناقصة :-

١) الانابه الكاملة : تكون عندما يرضى الدائن بدفع الدين من الاجنبي المناب ويبرأ ذمة المنيب وهنا تكون الانابه تجديد للدين يتغير المدين فبدل ان يكون المدين هو المنيب يكون الشخص المناب ، وقد تكون الانابه تجديد للدين بتغير الدائن والمدين معاً ، اذا كانت هناك علاقة بين الدائن والمدين كما لو باع شخص سيارة بمبلغ مليون دينار للمشتري يدفعه لاحقاً وكان البائع في نفس الوقت دائن يطالب بمليون دينار ايضاً اتفق البائع مع هذا الدائن على ان يأخذ الدائن حقه من ثمن السيارة فالبائع هنا منيب كلف المشتري وجعله مناب بدفع الثمن للدائن المناب لديه الانابه هنا على التزام المدين المشتري بدفع الثمن للسيارة للبائع والتزام البائع بدفع الدين للدائن واحلت بدلها التزام واحد وهو التزام المشتري بدفع الثمن .

وعلى هذا تكون الانابه في المثل السابق قد جددت الدين بتميز المدين والدائن فهي قد غيرت المدين فنجد ان كان مدين الدائن هو البائع أصبح المشتري وقد غيرت ايضاً الدائن فبعد ان كان دائن المشتري هو البائع اصبح دائن المشتري هو دائن البائع .

٢) الانابه الناقصة تكون عندما لا يسرى الدائن (المناب لديه) ذمه مدينه (المنيب) رغم قبوله الانابه فيصبح له مدينان هما المدين الاصلي والشخص المناب الذي كلفه الدائن دفع الدين فيحق للدائن الرجوع اعلى ايهما اراد لكن لا يكونان متضامين معاً فالتضامن لا يفترض .

ثانياً - صفة التزام المناب في مواجهة الدائن المناب لديه

صفة التزام المناب بموجب (م/٤٠٧) انه التزام مجرد عن سببه فسواء كانت الانابه ناقصة أم كاملة فأن اهم ما يميزها هو أن التزام المناب عندما يرجع عليه الدائن المناب لديه ليأخذ دينه هو التزام مجرد عن علاقة المناب بالمدين المنيب ومعنى ذلك لو كانت علاقة المناب بالمنيب باطله وموقوفة او فسخ العقد بينهما فانه لا يستطيع الاحتجاج بذلك أي المناب عندما يرجع عليه الدائن فالمناب لا يمكنه التمسك بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة المدين عندما يرجع عليه الدائن وقد اراد المشرع بهذه الصفة على استقرار المعاملات لذا فقد زادت أهمية الانابه في المعاملات التجارية لكن يلاحظ أنه من حق الدائن الذي قررت له هذه الصفة ضماناً لمصلحته ان يتنازل عنها ويقبل ان يتمسك المناب بوجهه بالدفع التي كان يمكنه التمسك بها بوجه المدين .

ثالثاً- الفرق بين الانابه والاشتراط لمصلحة الغير

قد يلغي الاشتراط مع الانابه في نفس النتيجة كما لو اشترط البائع على المشتري دفع الثمن الدائن البائع فكانه هنا اناب البائع المشتري في دفع الدين لدائنه ،فيكون الدائن البائع مدينا هما البائع والمشتري كما هو الحال في الانابه الناقصة لكن يلاحظ بينها الفروق الاتية -

١-يختلف الاشتراط عن الانابه الناقصة في ان الاشتراط لا يحتاج لوفاء المنتفع وهو في المثل دائن البائع لكن الانابه الناقصة لا تعتمد الا برضاء المناب لديه وهو في المثل دائن البائع .

٢-في الاشتراط يمكن للمتعهد أن يدفع يوجه المنتفع بالدفع الخاصة بعلاقته مع المشتري أما المناب فلا يستطيع ذلك لأن التزامه مجرد عن سببه .

المحاضرة الرابعة والثلاثون ((إنقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء/المقاصة واتحاد الذمة))

المبحث الثالث : المقاصة

تعرف (م/٤٠٨) المقاصة بأنها : (اسقاط دين مطلوب لشخص على غريمه في مقابل دين مطلوب من هذا الشخص لغريمه) .

أي انها هناك دين على المدين الدائن معين وهناك في نفس الوقت دين لهذا المدين على نفس الدائن ويكون الدينان متمثلان فيسقطان بالمقاصة أي دين يسقط مقابل سقط دين اخر وذلك لتجنب الوفاء المزدوج بأن المدين يوفي دينه للدائن ثم يأخذ دينه من نفس المقدار من هذا الدائن كما ان المقاصة هنا ضمان للطرفين يشبه الحبس والدفع بعدم التنفيذ وذلك اذا كان للمدين دائنين متعددين وله دين وله دين

على احدثهم فان هذا الدين يسقط بالمقاصة فيكون المدين كأنه اخذ حقه من الدائن بأسقاط احد الديون عنه دون ان يزاحمه احد فيه .

-والمقاصة انواع :-

١-مقاصة قضائية : يحكم فيها القاضي عندما لا تتوفر شروط المقاصة القانونية وعندما لا يتفق الدائن والمدين على المقاصة كما لو جاء المؤجر على المستأجر ليطالبه بالاجرة فيقول له المستأجر ان لا ادفعها لأنني دفعت مقدارها كنفقات لحفظ المأجور من الهلاك فالقاضي عندما ترفع اليه الدعوى بحكم بسقوط دين الاجر بمقابل سقوط دين ما انفق على المأجور .

٢-مقاصة اتفافية :يتفق الدائن والمدين على اجراء المقاصة عندما لا تتوفر الشروط القانونية لوقع المقاصة قانوناً.

٣-المقاصة القانونية : وهي اهم أنواع المقاصة تقع عندما تتوفر شروطها أي تقع مباشرة ومن ذاتها بمجرد توافر الشروط دون حاجة لاتفاق الدائن والمدين او الحكم القاضي وسنبحث هذه الشروط اضافة الى اثار المقاصة.

أولاً - شروط المقاصة وهي (٥)شروط:-

١-تقابل الدينين :-

أي ان يكون كل من الطرفين دائن ومدين في نفس الوقت وبنفس الصف هان يكون الدائن مدين في نفس الوقت والمدين دائن وفي الوقت ذاته فلا تقع المقاصة بين دين الولي نفسه وحق للقاصر .

٢-تماثل محل الدينين :-

فيجب ان يكون محل دين كل طرف من النقود او من الاشياء المثلية من النوع ونفس درجة الجودة، فلا تقع المقاصة اذا كان احد الدينين طن حنطة والآخر طن شعير ولا تقع المقاصة اذا كان محل الدين عمل او امتناع عن عمل .

٣-ان يكون الدينان خاليين من النزاع ومقدرين :-

فأذا كان احد الدينين متنازع فيه شرط ان يكون النزاع جدياً ويقدر ذلك قاضي الموضوع فلا تقع المقاصة كذلك لا تقع المقاصة اذا كان احد الدائنين غير محدد المقدار فهي لا تقع الا بعد تحديده قضاء او رضاء .

٤-ان يكون الدينان مستحقي الاداء

لان المقاصة وفاء والوفاء لا يقع الا اذا كان احد الدينين غير مساحق فلا تقع المقاصة بين دين مدني ودين طبيعي لان الدين الطبيعي غير مستحق الاداء ولا تقع المقاصة اذا كان احد الدينين معلقاً على شرط او مضافاً الى اجل لكن اذا كان الدين قد اعطى مهلة قضائية للوفاء به فإنه لا يمتنع وقوع المقاصة .

٥- ان يكون الدينان للحجز ولم يتعلق بواحد منها حق للغير :-

فإذا كان احد الدينين غير قابل للحجز كحق النفقة فلا تقع المقاصة واذا تعلق حق الغير بالدين فلا تقع المقاصة كما لو افلس المدين وتعلق حق بقية الدائنين بأمواله فلا تقع المقاصة بعد الافلاس.

حالتان استثنائيتان :-

اذا توفرت هذه هذه الشروط وقعت المقاصة القانونية بين الدينين دون حاجة لحكم قاضي او اتفاق الطرفين ويستثنى من ذلك حالتان لا تقع فيها المقاصة رغم توفر الشروط المذكورة الا اذا اتفق الطرفين رضاءً على ايقاع المقاصة وهذه الحالتين بموجب (م/٤٠١) مدني هنا :-

١- اذا كان للوديع (المودع لديه الشيء) دين على صاحب هذا الشيء او الوديعة وكان الدين والوديعة من جنس واحد فلا تقع المقاصة بين الوديعة والدين كما لو كانت الوديعة طن من حنطة عراقية اودعت عند شخص معين وفيما بعد اصبح هذا الشخص دائن لصاحب الوديعة بطن من الحنطة العراقية ايضاً فلا تقع المقاصة بين الطرفين أي صاحب الوديعة يأخذ طن الشخص المودع عليه والمودع اليه يأخذ طن الوديعة ،والعلة ان الوديعه قائمه على الائتقان ولو سمح للشخص المودع لديه ان يمتنع عن اداء الوديعه بحجة المقاصة فانه يكون اخل بالثقة وضمان الامانه .

٢- اذا كان للغاصب دين على صاحب العين من نفس جنسها كما لو ان شخص سرق من الاخر طن حنطة ثم اصبح السارق دائن لصاحبه الحنطة بطن من الحنطة ومن نفس النوع والجودة فلا تقع المقاصة بين الطرفين ولا يحق للغاصب السارق ان يمتنع عن رد طن الحنطة بحجة المقاصة والعلة ان المقاصة كما قلنا في البداية هي نوع من الضمان يشبه الحبس والغاصب كالسارق المعتدي لا يستحق الضمان .

ثانياً-اثار المقاصة : (اثرها بين طرفين ،اثرها بحق الغير)

(١) اثار المقاصة بين الطرفين :-نلخص هذه الاثار بثلاث مسائل :-

أ-المقاصة وفاء مزدوج للطرفين أي كل من الدائن والمدين سيحصل على وفاء لحقه واذا تعددت الديون للمدين واختلف في أي دين يقع به المقاصه فإنه ينطبق (م/٣٩٣) الخاصة بتعيين جهة الدفع أي ان المدين هو الذي يحدد الدين الذي تقع به المقاصة واذا لم يحدد وقع المقاصة بالدين الاشد وطأة وكلفة .

ب-لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها احد الطرفين الدائن و المدين (م/٤١٣)فالقاضي لا يستطيع ان يحكم بها من تلقاء نفسه فلا بد ان يتمسك الكفيل بالمقاصة بين ذلك الدائن والدين المكفول ولا بد ان يتمسك المدين المتضامن .

ج-انقضاء الدينين من وقت توافر شروط المقاصة أي ان المقاصة تقع بأثر رجعي فقد نصت (م/٤١٤) اذا كان الدين لا يسمح فيه الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماح الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي اصبحت فيه المقاصة ممكنه .

فلو كان المؤجر اجرة على المستأجر ومرة اربع سنوات ولم يطالب بها ثم بعد ذلك اصبح المؤجر دائم بدين على المؤجر بنفس مقدار الاجرة وطالب المستأجر المؤجر بهذا الدين بعد سنين من وقت نشوء هذا الدين أي بعد مضي ٦ سنوات على دين الاجرة فالمؤجر هنا يمكنه ان يطالب بوقوع القاصة رغم سقوط دين الاجرة بالتقادم فهو يسقط بمرور ٥ سنوات ذلك ان للمقاصة اثر رجعي من يوم توفر شروطها واليوم الذي توافرت فيه شروط المقاصة كان قد مضى على دين الاجرة ٤ سنوات وليس ٥ سنوات أي لم يسقط بالتقادم.

٢- اثر المقاصة بالنسبة للغير :

لا يجوز ان تقع المقاصة اضراراً بالغير فأذا حجز الغير على مال المدين فلا يحق للمدين بان يطالب المقاصة مع دين الدائم حتى يتضرر الغير الحاجز (م/٤١٥) واذا قبل المدين الحق الحوالة دون تحفظ فلا يجوز له التمسك على المحال له بالمقاصة حتى لو كان يحق له التمسك بها قبل الحوالة ولا يحق له الا الرجوع على المحيل وذلك حتى لا يتضرر الغير (المحال له) (م/٤١٧ف١) .

واذا كان المدين له دين على الدائن يمكن ان يقع بالمقاصة لكنه لا يطالب بذلك وذهب واوحى للدائن بدينه فان المقاصة تكون قد وقعت ولا يمكنه الا الرجوع الى الدائن لياخذ دينه هو على ذلك تبرءه ذمة كفيل الدائن ضمن للمدين دفع الدين للدائن تنقضي هنا التأمينات بشرط ان يكون المدين وقت يقع دين الدائن يعلم انه له دين على الدائن ويمكن ان يسقط الدينان بالمقاصة اما اذا كان لا يعلم بهذا الدين بلان المقاصة ممكنه فانه لا يستطيع الاستفادة من التأمينات ويمكنه الرجوع على الكفيل وقاضي الموضوع هو الذي يقرر وجود علم المدين من علمه في كل قضية على حده .

المبحث الرابع : اتحاد الذمه

عالج المشرع العراقي اتحاد الذمة في مادتين هم(٤١٨-٤١٩) وبموجب(م/٤١)فأن اتحاد الذمة ان يجتمع في شخص واحد صفتان الدائن والمدين في نفس الدين فيتقاضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي نتحدث فيه وبموجب(م/٤١٩) اذا زال السبب الذي اوى الى اتحاد الذمة فانه يزول باثر رجعي فيعود الدين هو وملحقاته لجميع ذوي العلاقة ويعتبر اتحاد الذمة كانه لم يكن .

فاتحاد الذمة هو ان يصبح الشخص دائن ومدين في دين واحد فينقضي هذا الدين كما لو كان الابن له دين على ابيه فمات الاب وهو الوارث الوحيد فيكون الابن دائن ومدين في نفس الوقت فينقضي الدين ولا يقتصر اتحاد الذمة على الحقوق الشخصية أي الديون بل يشمل الحقوق العينية ايضاً كمن يكون له حق اتفاق على عقار ابنه فيموت الاب صاحب حق لاتفاق عن وارث وحيد وهو العقار .

اولاً- صور اتحاد الذمة : لاتحاد الذمة صورتان :

- ١- ان يصبح المدين دائن في نفس الدين كأن يقرض اب ابنه مبلغ نقدي ثم يموت الاب وارث وحيد هو الابن فالابن المقترض هو المدين اصبح دائن بالتركة وحده .
- ٢- ان يصبح الدائن مدين بنفس الدين كأن يقرض الابن اباه مبلغ نقدي ثم الاب ويرثه ابنه فالابن هو دائن بمبلغ القرض بعد موت ابيه تلغى التركة واصبح مديناً بدينها أي مدين لنفسه ، وهذه الصورة لا تتحقق الا في القوانين الغريبه كالقانون الفرنسي التي ينتقل فيها الالتزام الى الخلف العام اما في الشريعة الاسلامية لا تركه الا بعد سداد الديون فيجب سداد الديون اولاً ثم يوزع الباقي على الورثة فلا تتحد ذمة الوارث مع ذمة الموروث .

ثانياً - احكام اتحاد الذمة

اذا اصبح المدين دائن او الدائن مدين بنفس الدين انقضى هذا الدين لانه لا يستطيع الانسان نفسه بالدين ولكن اذا زال سبب اتحاد الذمة كان لزواله اثر رجعي فيعود الدين وتوابعه الى الوجود كما لو اوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له على هذا المدين فالدين ينقضي لان المدين يصبح بالوصية دائن لنفسه فتحدد الذمة لكن بطللة الوصية زال اتحاد الذمة ورجع الدين الموصى به كما كان .

المحاضرة الخامسة والثلاثون ((انقضاء الالتزام دون وفاء))

الفصل الثالث (انقضاء الالتزام دون وفاء)

قد يزول الالتزام دون ان يقوم المدين بالوفاء به وذلك اما عن طريق تنازل الدائن عن الدين او لان تنفيذ الالتزام اصبح مستحيلاً او لان القانون قرر عدم سماع تنفيذ هذا الالتزام اذا مرن مدة معينة وسنبحث اولاً تنازل المدين.

المبحث الاول :- تنازل الدائن عن الدين (الابراء)

بموجب (م/٤٢٠) الابراء:- هو ترك الدائن دينه وتنازله عنه دون مقابل وبالتالي يسقط الدين .

وفي القوانين الغربية يعتبر الابراء من عقود المتبرع لا بد فيه من ايجاب وقبول ومجرد سكوت المدين عن الابراء يعتبر قبول لان الايجاب المعروض عليه نافع نفعاً محضاً.

أما المشرع العراقي :- فقد أخذ بموقف الفقه الاسلامي وعدد الابراء عمل قانوني مزدوج فهو من جهة اسقاط الدين لذا فهو لا يعتبر عقد ولا يحتاج الى قبول المدين وانما يقع بارادة الدائن المنفردة وهو من جهة تمليك لذا اذا اراد أو رفض المدين الابراء فقد سقط على هذا الابراء من جهة الدائن اسقاط للدين ومن جهة المدين تمليك للدين وعلى ذلك نصت (م/٤٢٢) على ان الابراء لا يحتاج الى قبول المدين لكن اذا رفضه او رده قبل القبول فقد ارتد وسقط وبموجب (م/٤٢٢ف٢) يصح ابراء المبت من تركته فأذا مات المدين وقد بقي ساكناً لم يقبل الابراء او يرفضه اعتبر سكوته قبولاً ولا يأخذ الدين من تركته .

وقد أجاز المشرع العراقي في (م/ ٤٢٣) تعليق الابراء على شرط فأذا كان الدين (١٠٠٠) دينار قال الدائن للمدين اذا تعطيني (٥٠٠) دينار ابرئك من الباقي صح الابراء على شرط لما فيه من معنى التمليك وعند الفقهاء المسلمين الابراء نوعين عام يعفي المدين من كل دين فلا تسمع الدعوى عليه بأي حق ناشيء قبل الابراء وقد يكون الابراء خاصاً يعفي الدائن فيه المدين من دين معين بذاته فلا تسمع الدعوى بهذا الدين .

المبحث الثاني : استحالة التنفيذ

تنص المادة (٤٢٥ مدني عراقي) على انه اذا اثبت المدين ان الوفاء بالالتزام صار مستحيل لسبب لا بد له في أي لسبب اجنبي كالقوة القاهرة فأن الالتزام ينقضي أيأ كان محله ذلك اذا توفرت الشروط الاتية :-

١- ان تكون استحالة التنفيذ مطلقة بحيث يعجز المدين نهائياً عن الوفاء بالالتزام لكن اذا اصبح الالتزام من حيث تنفيذه مرهقاً على المدين فأن الالتزام لا ينقضي بل يتم ازالة الارهاق بموجب نظرية الظروف الطارئة.

٢- ان يكون سبب الاستحالة سبب اجنبي لا بد للمدين فيه اما اذا كانت الاستحالة سبب المدين فالالتزام لا ينقضي بل يتحول الى دفع التعويض .

٣- ان لا يكون المدين قد رضى بأن يتحمل تبعه استحالة التنفيذ اذا تجيز (م/٢٥٩) مدني الاتفاق على تحمل المدين تبعه القوة القاهرة والحادث الفجائي فلا ينقضي الالتزام طالما ان المدين رضى بتنفيذه عن طريق التعويض .

وعلى المدين اثبات استحالة التنفيذ بكل طرق الاثبات وبموجب (م/٤٢٦) اذا كانت يد الشخص على الشيء يد ضمان لا يد امانه كالسارق فإنه يتحمل دفع التعويض حتى ولو هلك الشيء بسبب اجنبي لا يد له فيه أما اذا كانت يده يد امانه كالشخص المودع لديه الشيء فأن هلاك الوديعة على صاحبها ولا يتحمل المودع اليه التعويض الا اذا كان الهلاك بسببه على ان يد الضمان هي حيازة الشخص للشيء لا يقصد تملكه وانما لحفظه مثلاً كالمودع لديه (م/٤٢٧).

المبحث الثالث : التقادم المسقط

التقادم نوعان : مكسب خاص بالحقوق العينية ، وتقادم مسقط يسقط جميع الحقوق الشخصية والعينية ما عدا حق الملكية .

وما يهمننا هنا هو التقادم الذي يسقط الحقوق الشخصية او الالتزامات او الديون .

فالتقادم : عبارة عن نظام قانوني يستند على مرور الزمن ينصب على مطالبة الدائن بالالتزام لاعلى الالتزام نفسه أي ان مرور الزمن يسقط دعوى التنفيذ الالتزام لكن لا يسقط الالتزام نفسه اذ يبقى هذا الالتزام لكن لا تحميه دعوى أي التزام طبيعي ، فسكوت الدائن مدة طويلة على انه اما قد اخذ حقه او على انه مهل في اخذ حقه وفي كلتا الحالتين ترفض الدعوى بالتقادم المسقط وسنبحث :-

١-انواع التقادم المسقط ٢-كيفية احتساب لمدة والاثار بالتقادم

المطلب الاول - انواع التقادم المسقط

التقادم المسقط من حيث مدته ثلاث انواع :

(١) تقادم طويل

(٢) تقادم خمسي (٣) تقادم قصير

١-التقادم الطويل : ومدته (١٥) سنة وهو القاعدة العامة في التقادم فحسب (م/٤٢٩) مدني اذا ترك المدني دعواه دون عذر شرعي لمدة (١٥) سنة فإنه لا تسمع على المدني (المنكر).

والقانون المدني العراقي أخذ هذا الحكم من الفقه الاسلامي الذي يجعل التقادم سبب لعدم سماع الدعوى أي ان الدين باقي مع ذلك فإذا أفتقر به المدعي عليه بعد الإنكار وجب عليه دفعه وهذا هو موقف الفقه الحنفي والمالكي وان كنت القاعدة العامة في السنة النبويه التشريعية هي عدم سقوط حق المسلم مهما قدم لكن هؤلاء الفقهاء لضرورات عمليه قالوا بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن قال بعضها ٣٠ سنة وقال الاخرون ٣٦ سنة وقسم قال ٣٣ سنة وحددتها مجلة الاحكام العدلية ١٥ سنة وبه اخذ المشرع العراقي . في حين ان القانون الفرنسي جعلها ٣٠ سنة .

أما القوانين الغربية وبعض القوانين العربية فانها جعلت التقادم سبب لسقوط الدين ذاته لا مجرد مانع من سماع الدعوى لذا اذا مرت مدة التقادم سقط الدين حتى لو اقر المدين به بعد ذلك .

٢-التقادم الخمسي :

ومدته ٥ سنوات وهو قاصر بموجب (م/٤٣٠) على الديون الدورية المتجدده كالاجره والفوائد والرواتب والايرادات المدينه فاذا لم يطالب بها الدائن لمدة ٥ سنوات من غير عذر شرعي فان الدعوى

تسقط عن المدين ولا يشترط على المدين ان ينكر وجود الدين كما في التقادم الدين الطويل الاجل بل حتى لو اقر المدين بالدين الدوري لكن مرت مدة ٥ سنوات مع هذا الاقرار فان الدعوى تسقط والعلة في ذلك شعور انساني متسامح مع هذا المدين فلو اجبر على دفع كل ما يتجمع بذمته من الديون الدورية لادى ذلك الى ارهاقه .

ويشترط لهذا التقادم ان يكون الدين :

أ-دوري أي يستحق في مواعيد دوريه كالاسبوع او الشهر او السنه.

ب-متجدد أي يتجدد دون انقطاع ،فاذا لم يكن الدين دوري وان كان متقطع غير متجدد فلا ينطبق عليه التقادم الخمسي بل التقادم الطويل ١٥ سنة .

ومن امثلة هذه الديون :

أ-الاجرة كاجرة المباني والاراضي الزراعية والمسكن الا اذا كانت الاجرة تدفع فلا ينطبق التقادم الخمسي بل التقادم الطويل .

ب-الفوائد سواء كانت قانونية او اتفاقية ما لم تدرج هذه الفوائد وتتحول الى رأس مال فانها لا تكون بذلك دورية متجددة فتسقط ب١٥ سنة .

ج-الرواتب والايرادات أي رواتب الموظفين والمستخدمين والايرادات التي تدفع لشخص مدى حياته بموجب عقد او وصية ويستثنى من هذا التقادم الربع المستحق بذمة الحائز سيء النية والربع المستحق بذمة متولي الوقف بالدعوى بها لا تسقط الا بمضي ١٥ سنة لا ٥ سنوات فالربع بذمة الحائز سيء النية هو دين دوري متجدد ولكن مع ذلك يخضع للتقادم الطويل لا الخمسي لان المدين سيء النية لا يستحق باسقاط الدين عنه بدمه قصيره هي ٥ سنوات بل يبقى الدين بذمته لمدة اطول وهي ١٥ سنة ، اما بالنسبة لمتولي الوقف فانه يقبض الربع نيابة عن بقية المتولين فاذا لم تملك والربع فانها تبقى مملوكة للمستحقين فلا تسقط بالتقادم ، اما اذا استهلك الربع يتعدى او تقصير المتولي فان عليه التعويض لانه ليس دين دوري لذا يسقط بالتقادم الطويل لا الخمسي .

(٣)التقادم القصير :

ومدته سنة واحدة وبموجب(م/٤٣١مدني)لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من دون عذر شرعي سنة واحدة في حقوق الاطباء والصيدالة والمحامين والاساتذة والسماصرة وكل من يمارس مهنة حرة يكون الحق واجباً له لما ادات من عمل وما تكبده من مصاريف اضافة الى حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها الاشخاص لا يأجرون بهذه الاشياء وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجرة الاقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم وحقوق العملة والخدم والاجراء عن اجور يومية وغير يومية وعن ما قاموا به من توريدات .

وبموجب (م/٤٣٠)ف٢ لا تسمع الدعوى من هذه الحقوق حتى ولو بقلى اصحابها مستمرين في ما يقومون به من خدمات او اعمال او اشغال او توريدات وبموجب(م/٤٣٠)ف٣ ان على المحكمة ان توجد من تلقاء نفسها يميناً الى المدين بهذا الحقوق يحلف بها بأنه غير مدين بهذه الحقوق وتوجد بهذا

اليمن الى ورثة المدين عند موته ا والى وليه اذا كان محجوراً ذلك ان هذا التقدم السنوي قائم على قرينة ضعيفة هي ان مرور سنة دليل على ان المدين اعطى للدائن حقه فهذه القرينة الضعيفة تتم بيمين يحلف بها المدين بأنه غير مدين بهذه الحقوق وهي اجباريه يجب على المحكمة توجيهها واذا احلف بها المدين كسب الدعوى ويسقط عنه الدين وبموجب (م/٤٣٠)ف٤ اذا كان أي حق من الحقوق المذكورة مثبت فيه أي سند مكتوب فان هذا الحق لا يتقدم الا بمرور(١٥)سنة .

المطلب الثاني : احتساب مدة التقدم

نحسب مدة التقدم سواء (١٥ سنة ، ٥ سنة،سنة واحدة)بالايام لا بالساعات وبالتقويم الميلادي لا الهجري ولا يحتسب اليوم الاول لكن يحتسب اليوم الاخير واذا كان يوم الاخير عطلة او عيد امتدنت المدة الى بعد العيد او العطلة ويبدأ الحساب من اليوم الذي يكون الحق مستحق الاداء واذا مات الدائن فان الورثة يورثون مدة التقدم هذا التقدم اليهم فاذا مات الدائن وكانت قد مضت ١٠ سنوات فان للورثة لم يبقه لهم الا ٥ سنوات اذا كان التقدم ١٥ سنة .

-وقف التقدم :

يقصد بوقف التقدم ان المدة المحددة للتقدم توقف عن السريان اذا حدث سبب من الاسباب المحددة في (م/٤٣٥)واذا ازال السبب عادت المدة للسريان فتحسب المدة قبل التوقف وبعده وهذه الاسباب هي :

١-القصد او الصغر أي اذا كان من يسري التقدم بحقه صغيراً وليس له ولي فالتقدم يوقف حقه حتى يكبر او يعين له وصي او ضمن هذا الوقت يبدأ السريان بالتقدم .

٢-الغيبة في بلاد اجنبيه نائيه اذا كان من يسري التقدم بحقه غائباً في بلاد بعيدة لا يعلم بالتقدم ولا يمكنه المطالبة بحقه .

٣-وجود مانع ادبي او مادي يمنع سريان التقدم ومثل المانع الادبي هي العلاقة بين الاصول والفروع والعلاقة بين الزوجين فاذا كان الدائن والمدين ابن وابيه او زوج وزوجته فان الدائن يخجل من المطالبة بحقه من المدين فيوقف تقدم متى يزول هذا المانع الادبي عندما يزول الحياء والخجل كان يطلق الزوج زوجته او يطيء الاب ابنه العلاقة هنا لم تعد تصلح كمانع ادبي يسري التقدم بعد توقفه ، اما المانع المادي حصول مانع مادي يمنع الدائن بعد المطالبة بحقه كحصول حرب والتقدم يوقف حتى تنتهي الحرب .

*انقطاع التقدم ويقصد به : ان مدة التقدم المحددة تنقطع عند حصول امر معين وتبدأ مدة التقدم جديدة ولا تحسب المدة السابقة على الانقطاع خلافاً لوقف التقدم كما اشرنا وينقطع التقدم باحد امرين :

١)لسبب صادر من الدائن وهو حسب (م/٤٣٧)المطالبة القضائية عندما يطالب الدائن بحقه قضائياً ويرفع دعوى فالتقدم ينقطع وتبدأ مدة جديدة ويشترط ان تكون المطالبة قضائية أي ترفع دعوى امام المحكمة حتى ولو لم تكن مختصة ولا تكفي المطالبة الودية بان يطالب الدائن بحقه اثناء جلسة ودية مع المدين لا عن طريق القضاء،ويقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقدم أي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في أي دعوى مرفوعه ضد المدين كذلك طلب الدائن لقبول حقه في تفليس المدين او توزيع امواله .

(الفرق بين التقادم ومواعيد السقوط)

قد يحدد القانون مواعيد او مدد للقيام بعمل معين خلالها فأذا وقع العمل بعد مضيها كان باطلاً وقد تكون هذه المدد(سنة واحدة) كما في حالة الاستغلال (م/١٢٥) فيجب رفع الدعوى لازالة الغبن او نقض العقد خلال سنة وقد تكون (١٥)يوم او(٣٠)او (٣)اشهر او (٦) اشهر في حالات نص عليها القانون ، والفرق بين مدة التقادم ومدة السقوط يبرز ما ياتي :

١-مدة التقادم يجري عليها وقف وانقطاع اما مدة السقوط فلا تتوقف ولا تنقطع فهي تسري حتى بحق والغائبين .

٢-لا يجوز التنازل عن مدة السقوط بينما يجوز التنازل عن التقادم .

٣-يحكم القاضي بمدة السقوط من تلقاء نفسه ولا يستطيع الحكم بالتقادم من تلقاء نفسه ما لم يتمسك به الدائن او المدين او من له مصلحه .

المطلب الثالث: اثار التقادم

١) اذا مرة مدة التقادم فأنها تؤدي الى عدم سماع الدعوى بالدين امام المحكمة فقط ولا تؤدي الى سقوط الدين ذاته على هذا اذا أفتقر المدين بالدين بعد مرور مدة التقادم بأخذ ما افتراه ويلزم بدفع الدين (م/٤٤٠).

٢) لا يمكن للقاضي ان يحكم بعدم سماع الدعوى لمرور مدة التقادم من تلقاء نفسه بل لابد ان يدفع بالتقادم امام القاضي اما المدين او الدائن او من له مصلحه حتى يحكم به القاضي خلافاً لمدة السقوط كما اشرنا والدفع بالتقادم دفع موضوعي يجوز التمسك به على أي حالة تكون عليها الدعوى فيجوز التمسك به لأول مرة امام محكمة الاستئناف لكن لا يجوز التمسك به لأول مرة امام محكمة التمييز (م/٤٤٢).