



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة النهرين : كلية الحقوق

موضوع البحث

اتهاء الالتزام بالوفاء وما يعادل الوفاء

بحث تتقدم به الطالبة

(اميرة ثاني شهاب)

الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بأشراف

(أ.م.د. محمد علي حسين)

٢٠٢٣-٢٠٢٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا

وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْلَمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ

اللَّهَ بِعَمَلِكُمْ بَصِيرٌ)) إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا))

صدق الله العظيم

سورة النساء: الآية ٥٨

الاهداء...

لم تكن الرحلة قصيرة ، ولا ينبغي لها ان تكون

لم يكن الحلم قريبا ، ولا الطريق سهلاً

لكن فعلتها

الى من وضعني على الدرجة الاولى من الحلم واراد أن أكمل الطريق

والذي العزيز (رحمه الله)

الى مصدر قوتي وثباتي وداعمي الاولى

امرضي الصلبة وجد امري المتين المؤمنة بشجاعي مهما ضعفت

مرفيقة بروحي وشريكة بنجاحاتي ومسيرتي

الى من انزلت من امامي اشواك الطريق

الى التي لا امرى الا مل الا من عينها

حبيبي الاولى أمي

الشكر والتقدير.....

الحمد لله رب العالمين وفضل الصلاة والسلام

على سيد المرسلين وسيد الكونين نبينا محمد واله وصحبه اجمعين

بعد الحمد لرب العالمين على فضله وكرمه واحسانه أن وفقني في كتابة بحثي هذا

أود أن أتقدم بالشكر الجزيل الى أستاذي ومثري في

(أ.م.د. محمد علاي حسين)

الذي لم يتركني وحدي في كتابة البحث

حيث كان نعم الأستاذ الموجه

فأسأل الله العليّ القدير الكريم أن يكرمهم كراماً يتعجب به أهل السموات والأرض

واتوجه بالشكر الى جامعة النهرين وعلى وجه الخصوص مجلس عمادة كلية الحقوق

والى كل الاساتذة الأفاضل الذين تعلمت منهم الكثير

ولولا جهدهم لما كنت توصلت الى ما أنا عليه الآن من موقف

وايضاً أتوجه بالشكر الكثير الى جميع الذين ساهموا في وصولي الى هذه المرحلة

والى كل من علمني حرفاً وأنا من طريقتي

المحتويات

ص ٦

المقدمة

ص ٧-٢٦

المبحث الاول: اقتضاء الالتزام بما يُعادل الوفاء.

ص ٧-١٠

المطلب الاول : الوفاء بمقابل

ص ١٠-١٥

المطلب الثاني : التجديد

ص ١٥-١٧

المطلب الثالث : الانابة في الوفاء

ص ١٧-٢٢

المطلب الرابع : المقاصة

ص ٢٢-٢٦

المطلب الخامس : اتحاد الذمة

ص ٢٧-٣٩

المبحث الثاني: اقتضاء الالتزام دون الوفاء.

ص ٢٧-٢٩

المطلب الاول : الابرء

ص ٢٩-٣٣

المطلب الثاني : استحالة التنفيذ

ص ٣٤-٣٩

المطلب الثالث : التقادم او مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

ص ٣٩-٤١

الخاتمة

ص ٤١-٤٤

المصادر

المقدمة

الالتزام او الحق الشخصي هو مؤقت اذ لا يجوز ان يبقى المدين ملزماً الى الابد لأن هذا يتعارض مع ما يسمى بالحرية الشخصية لذا فمصير الالتزام الى الزوال ، والالتزام أصلاً ينقضي بالوفاء وهو الطريق الطبيعي المألوف في هذا الصدد از به يقوم المدين بأداء ما عليه من التزام نحو الدائن ، غير أن الالتزام قد ينقضي بمقابل وليس بالوفاء عينا ان على الدائن أن يقبل استيفاء حقه شيئاً آخر يقدمه له المدين عوضاً عن الشيء المستحق أصلاً اذا كان ذلك الشيء غير ممكن.

إن الأثر الطبيعي للالتزام الذي ينشأ في ذمة مدين ما هو الوفاء بهذا الالتزام، فالأثر الأصلي هو وجوب الوفاء به، أما في حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالالتزام من تلقاء نفسه، فإن القانون يضع السلطة في خدمة الدائن لإجبار المدين على تنفيذ التزامه.

ينقضي الالتزام وتنتهي آثاره بحصول صاحب الحق على حقه ويكون انقضاء الالتزام بعدة أسباب فقد ينقضي الالتزام بتنفيذه أي بالوفاء به أو ينقضي باستيفاء ما يعادله أي بما يقابله أو يساويه وفي حالات أخرى قد ينقضي الالتزام دون الوفاء به .

وبذلك فتوجد عدة اسباب لانقضاء الالتزام او ما يعادله منها (الوفاء بمقابل - التجديد - الانابة - المقاصة - براءة الذمة - البراء - استحالة الذمة - التقادم)

منهجية البحث

فيما يخص منهجية البحث اعتمدنا في كتابة بحثنا على منهج تحليلي مقارنة للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ من جهة و القوانين العربية مثل القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني الاردني رقم سن القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ من جهة اخرى.

مبداية البحث

تناولنا بحثنا الموسوم على مبحثين ، خصص المبحث الاول منها لبيان انقضاء الالتزام بما يُعادل الوفاء ، وقد قسم الى خمس مطالب ، بينا فيهم الوفاء بمقابل والتجديد والانابة والمقاصة واتحاد الذمة ، ففي حين خصصا المبحث الثاني لبيان انقضاء الالتزام دون الوفاء ، وهو ايضا تقسم الى ثلاث مطالب ، هما البراء واستحالة التنفيذ ومرور الزمان المانع من سماع الدعوى ، وفي الاخير قمنا بأدراج خاتمة لبحثنا هذا متضمنه اهم النتائج والمقترحات.

المبحث الأول

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

وهناك طرق عديدة لانقضاء الالتزام اولها الوفاء وهو الطريق الاعتيادي لانقضائه اما الطريق غير الاعتيادي لأسقاط الالتزام بما يعادل الوفاء فهي خمس طرق اولها الوفاء بمقابل ثم التجديد والإنابة و المقاصة واخيرا اتحاد الذمة ، ففي الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشيء يعادله. وفي التجديد يستوفي الدائن الأصلي بدين جديد ومن صور التجديد الإنابة في الوفاء وفي المقاصة يستوفي الدائن الدين الذي له بدين مقابل في ذمته للمدين وفي اتحاد الذمة يستوفي الدائن الدين الذي له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً. سنتناول هذي مصطلحات بشكل تفصيلي في هذا المبحث من خلال خمس مطالب هما كالتالي :-

المطلب الاول

الوفاء بمقابل

في هذا المطلب سنوضح الوفاء بمقابل مع بيان موقف المشرع العراقي منه وشروط واركاز واثار الوفاء بالمقابل وهما على ثلاثة افرع وكالتالي :-

الفرع الاول

موقف المشرع العراقي منه

افرد القانون المذكور المادتين ٣٩٩ و ٤٠٠ للوفاء بمقابل ضمن طرق انقضاء الالتزام تأثر بالتقليد اللاتيني الذي سارت عليه كثير من التشريعات المدنية العربية كالقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري وغيرها. فنصت المادة ٣٣٩ منه ما يلي: (اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء) ، ويتضح من هذا النص أن الوفاء بمقابل هو اتفاق الدائن والمدين على أن يوفي المدين للدائن بشيء آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلاً . فالدائن يستعيض في الوفاء بمقابل بشيء آخر غير الشيء محل الالتزام.^١

ثم نصت المادة ٤٠٠ منه على ما يلي: (يسري على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطي في الدين أحكام البيع وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما يتعلق منها بتعين جهة الدفع وانقضاء التأمينات) ويقابلها المادة ٣٥١ من القانون المدني المصري.^٢

^١ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، القانون المدني (احكام الالتزام) ، ج ٢ ، شركة العاتك بيروت ، طبعة جديدة ٢٠١٨ ، ص ٣٢٧

^٢ منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار نارس للطباعة والنشر ، ط ١ ، ٢٠٠٦ ، ٦٥٨

الفرع الثاني

اركان او شروط الوفاء بمقابل

يتضح من النصوص المتقدمة أن للوفاء بمقابل ركنان او شرطان هما :

١- اتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي ينقل ملكية آخر بدلا منه (وجود اتفاق على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضاً عن المحل الأصلي من تنفيذ الالتزام) : يفترض للوفاء بمقابل وجود اتفاق بين الدائن والمدين، إذ إن الدائن، لا يمكن جبره على قبول وفاء بشيء غير المستحق له أصلاً، وقد يقع قبول الدائن، صراحة كما قد يستفاد دلالة .

ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقاً، وجب أن تتوافر في طرفيه الأهلية فيجب أن يتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين ويجب أن يتوافر في المدين، ليس فقط أهلية وفاء الدين بل أيضاً أهلية التصرف في الشيء الذي يقدمه وفاء للدين ، ذلك أن الوفاء بمقابل ينطوي على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية في نفس الوقت. ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب المعروفة كما يلزم أن يكون للاتفاق محل و سبب مستوفيان شرائطهما القانونية .

وبالنسبة للمحل بالذات يجب أن يتوافر فيه شرطان: الأول أن يكون شيئاً جديداً أي لم يدخل منذ البداية ضمن الالتزام الأصلي. وبهذا يفترق الوفاء بمقابل عن الالتزام الذي يتعدد فيه المحل عند نشوئه أو وفائه (أي الالتزام التخييري والالتزام البدلي). فتقديم أحد الشئيين في الالتزام البدلي أو التخييري لا يعد وفاء بمقابل لأن الشيء داخل أصلاً في نطاق الالتزام الأصلي^١.

والشرط الثاني أن يكون نقل ملكية أو تقرير حق عيني كالانتفاع فلا يصح ان يكون البديل التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو حتى نقل حق شخصي ، فإذا قدم المدين لدائنه ديناً له في ذمة الغير عوضاً عن حقه، لم تكن بصدد وفاء بمقابل بل كنا أمام حوالة حق أو عملية أخرى كإثابة في الوفاء) ، وذلك ما لم يكن هذا الحق الشخصي قد اندمج في سند لحامله ، إذ يعتبر تسليم السند بمثابة نقل الملكية، نظراً لأن الحق المثبت في سند لحامله يصبح أقرب ما يكون إلى الشيء المادي، أو كما يقولون أن الحق هنا يندمج في الصك.

وإذا قدم المدين عوضاً عن الدين عملاً (لا نقل ملكية)، كنا أمام تجديد للدين بتغيير محله لا أمام وفاء بمقابل. فإذا قدم المقرض للمقترض عملاً مقابل قيمة القرض، كان معنى هذا انقضاء الدين الأصلي بالاتفاق ثم نشوء دين جديد باتفاق جديد، محله هذا العمل الذي تعهد به ، يجب إذن أن يكون محل البديل في الوفاء بمقابل هو نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني في مقابل الدين.

ويرى الاستاذ الجليل السنهاوري بعدم وجود ما يمنع من ان يتفق الدائن مع شخص اخر غير المدين على أن يستوفي منه الدين بمقابل فينقل الغير الى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين ثم يرجع الغير على المدين اذا لم يكن هناك اتفاق بينهما بدعوى الفضالة أو الاثراء بلا سبب بحسب الاحوال^٢.

^١ الاستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٢٨ – ٣٢٩

^٢ عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث (دار الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨)، ص ٧٩٩

والوفاء بمقابل سواء بحصوله بفعل اتفاق الدائن والمدين أو الدائن مع الغير، إنما هو اتفاق ولا بد له من قيام أركان العقد من التراضي والمحل والسبب إلا أن الوفاء بمقابل ليس عقداً لأن العقد ينشأ الالتزام وإنما هو اتفاق على انتهاء الالتزام يستوجب الأهلية والرضا الصحيح الخالي من الاكراه أو الغلط أو الغبن مع الاستغلال إلى جانب المحل والسبب .

٢- تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن (تنفيذ هذا الاتفاق فوراً بنقل ملكية هذا الشيء والحق العيني) : ولا يكفي الاتفاق على مقابل الوفاء بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً من المدين إلى الدائن ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية بأن يوصي المدين الدائنة بمال للوفاء بالدين وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ولا تنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصي ، كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذي سلمه وفاء لدينه.^١

أي أن الالتزام الجديد على المدين وجب تنفيذه فعلاً فلو اتفقا على تسليم علف الدواجن بدلاً من الدين الأصلي البالغ قدره ٢٠٠٠ دينار وجب افراز أكياس العلف المقترض ولم يحصل الفرز الأكياس العلف كان ذلك (تجديداً للالتزام) وليس وفاء بمقابل .^٢

فلكي يتحقق الوفاء بمقابل يجب أن ينفذ الاتفاق فوراً بنقل الملكية من المدين إلى الدائن ، فإذا تم الاتفاق ولكن اتفق على تأجيل تنفيذه لم تكن بصدد وفاء بمقابل إذ لا تكون هنا أمام وفاء الالتزام وإنما أمام اتفاق يستبدل به الدائن والمدين التزاماً جديداً بالالتزام الأصلي، وهذا هو التجديد .^٣

الفرع الثالث

آثار الوفاء بمقابل

تنص المادة (٤٠٠) مدني على أنه يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطى في الدين أحكام البيع وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمن الاستحقاق وضمن العيوب الخفية ، ويسري من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

يتضح أن أحكام الوفاء بمقابل مزودة : فهو باعتباره ناقلاً للملكية تسري عليه أحكام البيع. ثم هو باعتباره وفاء تسري عليه أحكام الوفاء.^٤

١ - آثار الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية : يترتب على هذا التكيف الآثار التالية :

- إذا استحق المقابل في يد الدائن بأن كان غير مملوك للمدين و استرده مالكة . فإن الدين الأصلي لا يعود إذ إن الدين يكون قد انقضى بالوفاء ولكن يكون للدائن الرجوع على المدين طبقاً لأحكام ضمان الاستحقاق المقررة في عقد البيع، كما يرجع المشتري على البائع .

^١ <http://elan.gov.sy/?node=٢٠١٧&cat=٥٥٩/site/arabic/index.php>

^٢ منذر الفضل ، مصدر سابق، ٦٥٩

^٣ د . عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات - ج ٢ أحكام الالتزام ، طبعة ١٩٨٦، ص. ٣٧٩-٣٩٨

^٤ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ٣٣٠- ٣٣١

يقصد بالتجديد استبدال دين قديم بدين آخر فيكون سبباً في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد ولهذا فالتجديد هو اتفاق على انه قضاء الالتزام القديم وعقد على انشاء الالتزام الجديد وهو في الحالتين (تصرف قانوني) يستوجب توافر أركانه وشروط صحته، كأهلية القانونية اللازمة وخلو الرضا من عيوب الارادة ولا يقوم التجديد الا يتوافر شروطه فإن قام رتب الاثار القانونية على قيامه ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير الدين في محله أو (مصدره)، أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن.^١

والتجديد كنظام قانوني أصبح اليوم محدد الأهمية. فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغني عنه الوفاء بمقابل وتغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن. وقد اختفى التجديد فعلاً في بعض التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني.^٢

الفرع الثاني

شروط التجديد

يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على استبدال الالتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في محله في مصدره كما يجوز الجديد الالتزام أيضاً بتغير الدائن أو بتغيير المدين وذلك بأن يتفق الدائن والمدين وشخص آخر على أن يكون هذا الشخص هو الدائن أو المدين الجديد.

وعلى ذلك نصت المادتان (١-٤-٤) من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ وتبين منهما أن للتجديد كطريق من طرق انقضاء الالتزام ثلاثة شروط هي: (١) وجود التزام قديم (٢) التزام جديد يحل محله (٣) إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم (وهذا هو ما يعبر عنه بنية التجديد).

١- وجود التزام قديم : من البديهي أن لتمام التجديد يجب أن يكون ثمة التزام موجود وقائم يراد انقضاؤه عن طريق التجديد. ولهذا يجب أن يكون هذا الالتزام قد نشأ عن عقد صحيح، فإن كان باطلاً، أو كان قد انقضى بسبب سابق على التجديد لم يكن قائماً لا يجوز تجديده .

أما إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد موقوف واتفق على تجديده، فإنه يجوز تفسير هذا التجديد على أنه إجازة ضمنية للعقد. وقد سبق أن بينا أن الالتزام الطبيعي يصح أن يكون سبباً للالتزام مدني وذلك عن طريق التجديد .

ويرا بهذا الشروط أن يوجد التزام أصلي الالتزام القديم مهما كان مصدره التصرف القانوني أو الواقعة القانونية أو القانون (ويستبدل بالالتزام آخر جديد يحل محل الالتزام الأصلي فينقضي بفعل الاتفاق وينشأ التزام جديد يختلف عنه في أحد عناصره (محل الالتزام أو المصدر أو أحد الاطراف) ويكون خالياً من أسباب البطلان.^٣

والالتزام الأصلي يجب أن يكون موجوداً ووجوده صحيحاً وقائماً فلو كان قد انقضى لأي سبب قبل التجديد فلا تكون أمام حالة التجديد لعدم وجود الالتزام القديم او اذا وجد ولكن

^١ منذر الفضل ، مصدر سابق، ٦٦١

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ٣٣٢

^٣ الأستاذ حسن الذنون النظرية العامة للالتزامات ، بغداد ، ١٩٧٦ ، من ٤٥٦ ٤٥٧

وجوده كان باطلاً لعدم مشروعية المحل أو لنقص الاهلية أو لعب في الارادة فلا يقع التجديد. وقد جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية القانون المدني المصري بهذا الخصوص ما يلي:

(يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين القديم أو الجديد مطلق البطلان فإذا كان الالتزام القديم باطلاً استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد التخلّف سببه، وإذا كان الالتزام الجديد باطلاً بقي الالتزام القديم قائماً، لامتناع أثر التجديد).

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً فلا يكون الالتزام الطبيعي محلاً للتجديد وإنما يكون سبباً يقوم عليه الالتزام الجديد والتجديد ينشأ عنه يفعل الاتفاق التزام جديد مصدره (العقد) يحل بدلاً من الالتزام القديم فلو كان (عقد التجديد) موقوفاً (قابلاً للابطال في القانون المدني المصري) هل مصير العقد الجديد مهتداً أما بالبطلان أو الاجازة والى هذا ذهب الفقه في فرنسا ومصر.^١

٢- نشوء التزام جديد : لا بد في التجديد أن ينشأ التزام جديد وإلا فلن ينقضي الالتزام القديم. فإذا كان الاتفاق على إنشاء الالتزام الجديد باطلاً فلا تجديد ويظل المدين ملتزماً بالالتزام القديم . وكذلك الحال إذا علق وجود الالتزام الجديد على شرط واقف وتخلّف الشرط، أو علق زواله على شرط فاسخ وتحقق الشرط.

وإذا كان الالتزام الجديد موقوفاً تعلق مصير التجديد على مصير هذا العقد الموقوف فإذا نقض لم يتم التجديد وبقي القديم على حاله، وإذا أجزى تم التجديد من يوم إبرام العقد لا من يوم الإجازة تطبيقاً لفكرة الأثر الرجعي.^٢

ويجب المغايرة بين الالتزام القديم والالتزام الجديد في بعض العناصر ، ذلك أن مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في أحد عناصره الهامة أمر ضروري لقيام الالتزام فادخال تعديل غير جوهري على الالتزام القديم لا يعد تجديداً كتمين طريقة الوفاء أو توثيق التصرف القانوني أو اضافة أجل للالتزام القديم أو اضافة شرط جزائي أو تقديم تأمين عيني أو شخصي أو غيرها لعدم وجود المخالفة ما بين الالتزامين في العاقدين أو المحل أو السبب القانوني.^٣

٣- نية التجديد: ويلزم لتمام التجديد أن توجد لدى الطرفين نية التجديد، وأن تثبت هذه النية بشكل واضح. وفي هذا تنص المادة (٣٤٥ / ١) من القانون المدني المصري على أن التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة، وأن يستخلص بوضوح من الظروف ولم يتضمن القانون المدني العراقي مثل هذا النص، ولكن يمكن الأخذ به لأنه تطبيق للقواعد العامة.

واشترط وجود نية وقصد التجديد أمر طبيعي . فكل اتفاق يفترض بالضرورة انصراف النية إلى مضمونه، وعليه فلكي يكون هناك تجديد بالمعنى القانوني لا بد من إقامة الدليل على أن إنشاء الالتزام الجديد كان سببه والغرض الدافع إليه هو إسقاط الالتزام القائم.

وإثبات هذا الأمر قد يكون عسيراً في كثير من الأحوال. ولهذا حرص المشرع على النص على عدم جواز افتراض وقوع التجديد، بل يجب إثبات وجود القصد إليه إما بالنص صراحة وإما باستخلاصه من

^١ السنهاوري ، مصدر سابق ، ص ٨٢٠

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٣٣

^٣ منذر الفضل ، مصدر سابق ، ٦٦٢

ظروف تقطع في الدلالة عليه. وعند الشك يجب ترجيح أن الإرادة لم تتجه إلى التجديد ، فإضافة أجل إلى الالتزام أو شرط جزائي له، أو تقديم تأمين شخصي أو عيني أو تغيير مكان الوفاء، أو سعر الفائدة، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد إلا إذا وجدت هذه النية بشكل صريح أو واضح.

وكذلك كتابة سند بدين كان غير مكتوب أو تحرير كمبيالة أو شيك أو سند إذني لا يعد شيئاً من ذلك تجديداً. فإذا حرر المشتري سنداً بالثمن مثلاً أو حرر المستأجر سنداً بمتجمد الأجرة، لم يكن ذلك تجديداً، فيظل للبائع امتيازاه بالثمن على الشيء المبيع حتى بعد تحرير السند ويظل دين المستأجر المحرر به السند دين اجرة يتمتع بامتياز المؤجر، ويسقط بالتقادم المقرر لسقوط دين الأجرة خمس سنوات).^١

ومادام جوهر التجديد هو انصراف الإرادة إلى إنشاء التزام جديد وانقضاء الالتزام القديم وجب أن يكون كل من أطرافه أهلاً لعقده، لأن الإرادة لا تكون صحيحة إلا إذا صدرت عن ذي أهلية والأهلية اللازمة أهلية التصرف. إذ إن التجديد من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن ومادام التجديد من أعمال التصرف فإن ولاية الإدارة لا تكفي فلا يجوز للوصي على القاصر الاتفاق على التجديد إلا بإذن المحكمة . كذلك لا يجوز التجديد للدائن المتضامن رغم أن له استيفاء الدين كله فلا يترتب على التجديد الذي يعقده أحد الدائنين انقضاء الدين القديم إلا بالنسبة إليه وحده .

و ذهبت المشرع المصري في المادة ٣٥٤ من القانون المدني إلى النص على نية التجديد إذ جاء فيه ما يلي: (التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف ...)

وليس لهذا النص مقابل في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ ويكمن العمل بذلك دون الحاجة الى النص على نية التجديد وليس هذا الا تطبيقاً للقواعد العامة لأن التجديد هو (عقد) والعقد لا يقوم الا بقيام أركانه وشروط صحته التي تختلف عن الاتفاق الذي يقضي الالتزام القديم، وهو عين الموقف في القانون المدني الأردني^٢.

والخلاصة فان المقصود بنية التجديد الوضوح في الموقف بأنها الالتزام القديم يفعل الاتفاق وقيام التجديد في الالتزام بإبرام العقد صراحة لأن التجديد لا يفترض وانما تقوم النية الواضحة على احلال الالتزام الجديد بدلاً من التزام القديم الذي يختلف عنه في أحد طرفيه أو محله أو السبب الذي أنشأ الالتزام

الفرع الثالث

آثار التجديد

يترتب على التجديد سقوط الالتزام القديم، أي انقضاؤه، ذلك أن التجديد سبب من اسباب انقضاء الالتزام معادل للوفاء. وفي نفس الوقت ينشأ التزام جديد يحل محل ذلك الالتزام المنقضي، وعليه فالتجديد أثران ، أثر مسقط وأثر منشئ ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٣) مدني بقولها «إذا جدد الالتزام سقط الالتزام الأصلي وحل محله التزام (جديد)».

١- الأثر المسقط للتجديد : قلنا أنه يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم، وهو يسقط بأصله وتوابعه جميعاً .

^١ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٣٥- ٣٣٦

^٢ منذر الفضل ، مصدر سابق، ٦٦٤

ويترتب على ذلك سقوط التأمينات الضامنة له، فيبرأ الكفلاء وتسقط الرهون والامتيازات الضامنة له. ويكون هذا السقوط نهائياً بغير عودة، بمعنى أنه إذا لم يقيم المدين بوفاء الدين الجديد لم يكن للدائن أن يرجع على كفلاء المدين الأصلي ولا على الأموال التي كانت ضامنة له. وإذا اتفق مثلاً على استبدال قرض بدين الثمن ولم يقيم المشتري بدفع الدين، لم يكن للبائع طلب فسخ البيع، ولا التنفيذ على البيع بما له من حق امتياز، وإنما يصبح دائناً عادياً.

٢- الأثر المنشئ للتجديد : ويترتب على التجديد من ناحية أخرى نشوء دين، جديد له خصائصه الذاتية. فقد لا يكون مضموناً بتأمين في حين أن الدين الأصلي كان كذلك. وقد تكون مدة تقادمه أطول أو أقصر من مدة تقادم الدين القديم، ويلاحظ أن الالتزام الجديد يكون دائماً التزاماً تعاقدياً، مصدره عقد التجديد، في حين أن الالتزام القديم قد يكون مصدره غير العقد (كالعمل غير المشروع أو الكسب بلا سبب أو القانون)، ويترتب على الأثر المنشئ للتجديد - على الخصوص حيث يكون التجديد بتغيير الدائن - أن المدين لا يستطيع أن يحتج على الدائن الجديد بالدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي.^١

ولم ينص القانون المدني العراقي على ذلك على العكس من المدني المصري المادة (٣٥٧)، ويمكن تلخيص هذه الآثار المترتبة عن التجديد على النحو الآتي:

١- انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد.

٢- الاتفاق على مصير الضمانات في انقالها أو عدم انتقالها.

٣- انتقال الضمانات مع الالتزام الجديد في الحالات الآتية:

أ- عند عدم الاتفاق على خلاف ذلك.

ب ألا يؤثر على حقوق الغير حسن النية التي اكتسبها قبل التجديد.

ج- موافقة الكفيل على الالتزام ببقائه ملتزماً بالكفالة قبل الدائن في الالتزام الجديد.^٢

موقف القضاء العراقي : ذهب القضاء العراقي في أكثر من قضية إلى تطبيق أحكام التجديد الواردة في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ نذكر من قرارات القضاء ما يلي:

١- أن عناصر تجديد الالتزام لا تتوافر باقرار المدين بالدين لدى الكاتب العدل حسبما نصت عليه المادة ٤٠١ من القانون المدني.^٣

٢ - اذا عقدت مصالححة بعد تاريخ سند الكمبيالة فقد تجدد الالتزام وسقط الالتزام الاصلي في سند الكمبيالة وسقطت الكفالة الضامنة للدين الأصلي موجب الكمبيالة المذكور).^٤

^١ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٣٨- ٣٣٧

^٢ منذر الفضل ، مصدر سابق، ٦٦٥

^٣ رقم القرار ١٣٩ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ في ٢٨/٩/١٩٧٤ - النشرة القضائية - العدد الثالث ٩٧٤ ص ٣٠.

^٤ رقم القرار ١٠٠ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ في ١٤/٩/١٩٧٤ - النشرة القضائية العدد الثالث ٩٧٤ ص ٦٣ .

أخيراً ملخص لما سبق ذكره ان الوفاء بالتجديد يكون باتفاق الطرفين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره، كالاتفاق على إبقاء الأجر المتجمد قرصاً بذمة المستأجر، وبذلك يتغير الدين، كما يصح الوفاء بالتجديد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون مديناً مكان المدين الأصلي، وكذلك بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، ويشترط في التجديد بكل أنواعه أن يخلو الالتزامان القديم والجديد من أسباب البطلان، ويترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه فينشأ مكانه التزام جديد.

المطلب الثالث

الإناثة في الوفاء

أخذ المشرع العراقي - كغيره من التشريعات المدنية العربية والأجنبية - بنظام الإناثة في الوفاء، فخصص لها المواد من ٤٠٥ إلى ٤٠٧ من القانون المدني وأدرجها ضمن أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وعلى الرغم من أهمية نظام الإناثة في الوفاء ، فإن الفقه لم يتناولها بالتعريف، وإنما تطرق إلى كيفية قيامها وإلى العناصر التي تدخل في مفهومها بصفة عامة، وبهذا يكون الفقه قد انتهج فيما يخص الإناثة منهجا مخالفاً لما هو متعارف عليه في منطق ومنهج التعريف بالمفاهيم القانونية.

تناولت كل من المادة ٣٥٩ / ١ من القانون المدني المصري والمادة ٣٩١ / ١ من مشروع القانون المدني الفلسطيني مفهوم الإناثة في الوفاء حيث جاء فيهما "تتم الإناثة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين".

وتؤدي التعريفات جميعها إلى أنّ الإناثة تتحقق عندما يتفق المدين الأصلي "المنيب" مع الشخص الأجنبي "المناب" على أن يقوم ذلك الأخير بأداء الالتزام في مواجهة الدائن.^١

ولقد تناول المشرع العراقي الإناثة بالوفاء في الفصل الخاص بالتجديد، فهي في إحدى صورتها تؤدي إلى تجديد الالتزام بتغيير المدين ، والإناثة عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص ، فهي تتم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين . المادة (١/٤٠٥ مدني) فالمدين قد أناب الأجنبي في وفاء الدين للدائن . لذلك كان المدين منيباً والأجنبي مناباً، والدائن مناباً لديه.

والغالب أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي(المناب) وبسبب هذه المديونية يرتضي المناب الإناثة ليقضي عن طريقها دينه قبل المنيب ، كما لو أناب البائع المشتري في أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع ، غير أن ذلك ليس شرطاً في الإناثة، المادة (٤٠٥/٢) مدني. فقد لا يكون المناب مديناً للمنيب ومع ذلك يرتضي الإناثة بقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب، أو بقصد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك.

^١ ريم عدنان عبد الرحمن الشنطي ، الإناثة في الوفاء ، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٢

إن الإنابة في الوفاء تشتمل على نظم ومعاملات أفرد لها أنظمة خاصة بها وخصوصا المشرع العراقي، وهي وضع استثنائي عن هدف المشرع الذي يسعى إلى ضمان تنفيذ الالتزام وضمن استقرار المعاملات العقدية و الذي لا يكون إلا بتنفيذ المتعاقد لالتزامه، إذن فهي تعد وسيلة تعفي المدين من تنفيذ التزامه، وينقضي بها التزامه (إنابة كاملة) ، ذلك ما يجعلها من النظم ذات الأهمية البالغة و خاصة في مجال الالتزامات والعقود الكبيرة التي تضم أطرافا عديدة.

إن الأخذ بالإنابة في الوفاء على نطاق واسع في القوانين التي أفردت لها مكانة كبيرة في تقنياتها ، كالتقنيات اللاتينية، يعد إشارة إلى أهميتها في المجال العلمي وعدم الاستغناء عنها كذلك في المجال التطبيقي على الرغم من تنظيمها للحوالتين، والتجديد، وهي نظم تتشابه مع الإنابة إلى حد بعيد، كما أن ما ذهب إليه التقنيات الجرمانية الحديثة من الاهتمام جزئيا بهذا النظام لدليل آخر على هذه الأهمية والفعالية وبخاصة في مجال تجديد محل الالتزام أو مصدره.

الفرع الاول

الإنابة الكاملة

أهمية الإنابة في الوفاء تكمن بأنها أداة وفاء مختصرة حيث أنها تختصر الطريق في عمليات الوفاء وذلك عندما يكون المدين الأصلي " دائما للشخص الأجنبي حيث ينوبه في أداء الالتزام بدلا منه، هذا فضلا عن أن الإنابة هي سبب من أسباب انقضاء الالتزام.

قسمت الإنابة في الوفاء في القوانين التي عالجتها إلى نوعين الإنابة الناقصة والإنابة الكاملة. والإنابة أيًا كان نوعها هي عقد لا بد لانعقادها من توافر الأركان العامة لأي عقد وهم الرضاء والمحل والسبب.

ففي الإنابة الكاملة يتضح أنها تنعقد برضاء الأطراف الثلاثة المنيب " المدين الأصلي "والمناوب " المدين الجديد " والمناوب لديه " الدائن " ، و ينقضي التزام المدين القديم تجاه الدائن بمجرد انعقاد الإنابة، حيث يصبح المدين الجديد ملتزما بأداء الالتزام بدلا منه تتضمن الإنابة في إحدى صورتها تجديداً للمدين وذلك إذا اتفق على إبراء ذمة المنيب ففي هذه الحالة يكون الدائن المناوب لديه قد استبدل بمدين قديم المنيب مديناً جديداً هو المناوب وهذه هي الإنابة الكاملة وقد تتضمن في الوقت نفسه تغيير الدائن إذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناوب.

الفرع الثاني

الإنابة الناقصة

وهي النوع الثاني من الإنابة – تنعقد برضاء الطرفين وهما المنيب " المدين الأصلي "والمناوب " المدين الجديد" ، و تعد وسيلة من وسائل تدعيم الضمان للدائن، بمعنى أدق تعد ضمانا تضاف إلى الضمانات المقدمة للدائن، فوفقا لها يصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ويحق له أن يطالب أي منهما بأداء الالتزام دون أن يتقيد بترتيب معين، ودون أن يكون لأي منهما الدفع بالتجريد.^١

^١ <https://law.uokufa.edu.iq/archives/13098>

بذلك تتضمن الإنابة في إحدى صورتها تجديداً المدين ، بمعنى إذا اتفق على ابراء ذمة المنيب ففي هذه الحالة يكون الدائن المناب لديه، قد استبدل بمدين ،قديم المنيب، مديناً جديداً هو المناب. وهذه هي الإنابة الكاملة ، وقد تتضمن في الوقت نفسه تغيير الدائن إذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب.

وقد اشترطت المادة (١٣٦٠) من القانون المدني المصري البراءة ذمة المنيب المدين الأصلي قبل المناب لديه، الدائن، أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب، الأجنبي، صحيحاً، وليس في ذلك إلا تطبيق لقواعد التجديد حيث يشترط أن ينشأ التزام جديد لكي ينقضي الالتزام القديم. كما اشترطت أيضاً ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة وتعليل ذلك أنه في حالة إعسار المناب وقت الإنابة لا يتصور أن يقبل الدائن إبراء ذمة مدينه الأصلي إلا نتيجة لجهله بحالة المناب، فيكون التجديد قابلاً للنقض بسبب الغلط.^١

ومادامت الإنابة الكاملة تنطوي على تجديد، ولما كان التجديد لا يفترض، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد، قام التزام المناب بجانب التزام المنيب . المادة (٤٠٦/٢) مدني . وهذه هي الإنابة الناقصة، وهي الغالب في الإنابة، إذ قل أن يرتضي الدائن أن ينقضي الالتزام القديم.

وفي هذه الحالة تؤدي الإنابة وظيفة التأمين الشخصي إذ يصبح للدائن مدينان : المدين الأصلي المنيب والمدين ،الجديد المناب، فيستطيع الدائن أن يطالب أيهما بأداء دينه ، فإذا وفى المناب الدين انقضى دينه قبل المناب لديه، وانقضى أيضاً دين المنيب قبل المناب لديه، وإذا كان هناك دين على المناب قبل المنيب (مديونية سابقة) انقضى هذا الدين كذلك.^٢

اخيراً وملخص لما سبق ذكره ، الوفاء بالإنابة يتم برضاء الدائن بأن يلتزم شخص أجنبي وفاء الدين عن المدين ، وإذا كان للمدين ما هو مستحق عند الدائن فله حق التقاص بين المطلوبين وبذلك يوفي مطلوب دائنه كلاً أو جزءاً بمقدار مطلوبه منه. وكثيراً ما يقع التقاص بالدعوى المتقابلة التي يدعي بها المدين على دائنه في دعوى هذا الأخير عليه بمطلوبه.

على أنه يشترط مبدئياً لجواز المقاصة بين المطلوبين المستحقين أن يكون الدينان بين الدائن والمدين نفسيهما ويكون موضوعهما من نوع واحد، والغالب فيهما أن يكونا من النقود، وأن يكونا دينين مدنيين ثابتين مقدرين في قوة واحدة مستحقين الأداء، قابلين للحجز عليهما، فإذا كان أحد الدينين مدنياً والآخر طبيعياً، أو كان أحدهما ثابتاً والآخر موضوع نزاع، أو كان أحدهما مقدراً والآخر غير مقدر كالتعويض قبل تقديره، أو كان أحدهما مستحقاً والآخر معلقاً على أجل أو شرط، أو كان أحدهما قابلاً للحجز عليه والآخر غير قابل له، امتنعت المقاصة القانونية.

المطلب الرابع

المقاصة

سنبين في هذا المطلب تعريف المقاصة وأهم أنواعها وهي على فرعين وكما يلي :-

^١ ريم عدنان عبد الرحمن الشنطي ، مصدر سابق ، ص ٨٣

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ٣٤٢-٣٤١

الفرع الاول

تعريفها

خصص القانون المدني العراقي للمقاصة المواد (٤٠٨-٤١٧) باعتبارها من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، حيث تقضي المادة (٤٠٨) مدني بأن المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه ، فهي انقضاء دينين متقابلين بمقدار الأقل منهما ، وتقع بحكم القانون او باتفاق الطرفين .

كما عرفها المشرع المغربي في إطار الفصل ٣٥٧ من قانون الالتزامات والعقود بالقول :”تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية”.

كذلك قامت بعض التشريعات المقارنة بتعريف المقاصة كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الأردني ضمن المادة ٣٤٣ بأن ”المقاصة دين مطلوب لدائن بدين مطلوب عنه لمدينه” كما عرفت المادة ٤٠٨ من القانون المدني العراقي ”المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه”.

أما التشريع المدني المصري فقد نص في مادته ٣٦٢ على أن ”للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين، اذا كان موضوع كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء”^١.

ويتضح من خلال هذه التعريفات أنها كلها تتقاطع في اعتبار المقاصة وفاء بدين عبر إسقاط مقابل له فيما بين دائنين، فهي اقتطاع دين كل من الدائن والمدين بشكل يجعل كل ذي حق يأخذ حقه.

فالمقاصة طريق من انقضاء الالتزام يفترض أن هناك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، أي أن بين هذين الشخصين التزامين المدين في أحدهما دائن في الثاني. فبدلاً من أن يوفي كل منهما بدينه للآخر، ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما ، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفي دينه ببعض حقه، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفي بعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاءً عادياً . فالمقاصة من هذا الوجه أداة وفاء والمقاصة أيضاً أداة ضمان. فالدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته يختص وحده بهذا الدين دون غيره من دائني المدين فيستوفي حقه منه متقدماً عليهم جميعاً^٢.

والمقاصة كأداة للضمان على الوجه الذي بينا، تقرب من مهمتهما من نظامين قانونيين آخرين هما الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. فقد رأينا أن أي طرف في العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفي ما له من حق مقابل ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفي حقاً مرتبطاً بالشئ المحبوس ففي هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده والمقاصة تؤدي نفس الغرض، فالدائن لا يدفع الدين الذي عليه استيفاء للحق الذي له بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد في

^١ محمد بن احمد ابن جزي الغرناطي. القوانين الفقهية. تحقيق عبد الكريم الفيضلي. دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء ٢٠٠٦ .

^٢ منذر الفضل ، مصدر سابق، ٦٦٦

تأدية هذا الغرض، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذي عليه، بل هو يقضي الدين عليه قضاء تاماً بالحق الذي له في ذمة دائنه.^١

ويجب في ختام التعريف أن نؤكد أن المقاصة تؤدي نفس الغرض الذي يقوم به الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، وهو الحق الذي منحه القانون للدائن باعتبار هذه المؤسسات أداة ضمان بالنسبة له من أجل الوفاء بحقه، فالدائن يمتنع عن التنفيذ إلى حين تنفيذ المدين لالتزامه، كذلك له الحق في حبس ما يكون تحت يده لإجبار المدين على التنفيذ، وأيضاً المقاصة تلعب نفس الدور بحيث تقضي الدين مع مقابله الذي يكون في ذمة المدين.^٢

الفرع الثاني

أنواع المقاصة

المقاصة على أنواع ثلاثة : مقاصة قانونية وتقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها ، كما ويصطلح عليها القانون المدني العراقي بالمقاصة الجبرية. وهي التي عني المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان المقاصة وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية (الجبرية) دون غيرها ومقاصة اختيارية وتقع باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما ، إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان مقصوداً به مصلحة الطرفين معاً أو مصلحة أحدهما فقط. وأخيراً مقاصة قضائية وتقع بحكم القضاء إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك .^٣

أولاً : المقاصة القانونية : انتقلت المقاصة القانونية إلى القانون المدني الفرنسي نتيجة تفسير خاطئ للقانون الروماني والذي ورد فيه بأن المقاصة تقع حكماً أي بحكم القانون، لكن لا بد من الإدلاء بها أمام القضاء ليحكم بها أو لا حسب الظروف ،^٤ ولكن نص القانون المدني العراقي في المادة ٤٠٩ على المقاصة الجبرية الخالصة بقوة القانون ويشترط وقوعها كطريق من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث جاء (١- المقاصة اما جبرية تحصل بقوة القانون او اختيارية تحصل بتراضي المتدائنين ٢-ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلواً وقوة وضعفاً . ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي المتدائنين سواء اتحد سببهما أو اختلف.

يتضح من هذا النص أن شروط المقاصة هي:

١ - التقابل ما بين الدينين

٢ - التماثل في المحل ما بين الدينين

٣ - صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء.

^١ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. ٥، تنمة العقود، الملكية وتوابعها، دار الفكر الطبعة الثانية، ١٩٨٥.

^٢ توفيق عبد العزيز، د. سعيد الفكهاني، د. حسن الفكهاني، التعليق على قانون الالتزامات والعقود، ج. ٢، الدار العربية للموسوعات القاهرة ط. ١.

^٣ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٤٣-٣٤٤

^٤ المختار بن احمد العطار، الوسيط في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.

٤ - خلو الدينين من النزاع.

٥ - أن يكون الدينان مستحقي الأداء.

٦ - أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز.

و تنص المادة (٤١٣) مدني على انه " تقع المقاصة بقدر الاقل من الدينين ولا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها " ، حيث يتضح من هذا النص أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، وأنه يجوز التنازل عنها بعد توافر شروطها وأن المقاصة ليست من النظام العام.

ولا تقع المقاصة حتماً بمجرد توافر شروطها، وإنما يلزم لذلك أن يتمسك بها من له مصلحة فيها . فإن لم يحصل هذا التمسك بقي الدينان المتقابلان دون انقضاء. ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه، حتى لو علم من وقائع الدعوى أن شروطها متوافرة فالمقاصة ليست من النظام العام، بل هي مقررة لصالح ذوي الشأن والذي له مصلحة في وقوع المقاصة هو أولاً المدين في كل من الدينين المتقابلين وكذلك يحق للكفيل أن يتمسك بها ولو كان متضامناً المدين. ولكن لا يجوز للمدين أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن الكفيل. كما يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، ولكن بقدر حصة هذا المدين التضامني فقط، المادة (٣٢٤) مدني.^١

ثانياً : المقاصة الاختيارية: سبق أن بينا أن المادة ٤٠٩/٢ مدني عراقي أجازت وقوع المقاصة بالاتفاق حتى عند عدم توافر شروط المقاصة سألقة الذكر احراماً لمبدأ سلطان الارادة ولأن ذلك ليس من النظام العام وبالتالي لا تجوز مخالفته الا في بعض الحالات التي تعد من النظام العام حيث يقيد دور الارادة منها لا يجوز وقوع المقاصة حتى ولو كانت اتفاقية بعد اشهار الافلاس أو اشهار الاعسار.^٢

فالمقاصة الاختيارية جائزة بين دين مستحق وآخر مؤجل اذا وقعت بفعل الاتفاق لأن المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد الطرفين أو كليهما فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الاحوال .

وقد خصص لها المشروع المدني العراقي المادة ٦١٥ التي نصت على (اذا تخلف اح الشروط المنصوص عليها في المادة ٦١٤ من هذا القانون فلا يحول ذلك دون اتفاق الطرفين على إجراء المقاصة) .^٣

فقد يتخلف أحد الشروط التي نص عليها القانون لوقوع المقاصة، فلا تقع المقاصة بحكم القانون ولكنها قد تقع بالاختيار، إما بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معاً .

فإن كان عدم وقوع المقاصة بحكم القانون قد قصدت به مصلحة أحد الطرفين، جاز له أن يوقع المقاصة بإرادته وحدها . مثل ذلك شرط تلاقي الدينين بأن يكون لدائن دين على قاصر، وعليه دين لوصيه فيجوز للوصي أن يتمسك بالمقاصة بين دين القاصر والدين الذي له (أي للموصي) في ذمة الدائن. وقد يتخلف شرط استحقاق الأداء أو شرط الصلاحية للمطالبة أمام القضاء بالنسبة لأحد الدينين، بأن كان أحد

^١ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩-٣٥٠

^٢ الستهوري ، مرجع سابق ، ص ٩٣٦

^٣ منذر الفضل ، مصدر سابق، ٦٦٧

الدينين مؤجلاً أو مجرد أو مجرد التزام طبيعي، فيجوز للمدين به أن يتمسك بالمقاصة. وقد يتخلف شرط القابلية للحجز بالنسبة لأحد الحقين فيجوز للدائن به أن يتمسك بالمقاصة .

أما إذا كان عدم وقوع المقاصة القانونية قد قصدت به مصلحة الطرفين معاً، كما لو اختلف موضوع الدينين، فلا تقع المقاصة إلا بإرادة الطرفين فتكون المقاصة في هذه الحالة اتفاقية .

وسواء تمت المقاصة الاختيارية بإرادة أحد الطرفين أو كانت مقاصة اتفاقية، فهي لا تقضي الدينين إلا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها ، ولا يجوز على أي الأحوال أن تقع المقاصة الاختيارية إضراراً بحقوق كسبها الغير .

وتترتب عن المقاصة الإرادية نفس الآثار المترتبة عن المقاصة القانونية مع وجود فارق مهم يتجلى في أن المقاصة القانونية تنتج أثارها ليس من وقت التمسك بها، لكن من الوقت الذي يصبح فيه الدينان المتقابلين صالحين للمقاصة، أما المقاصة الاتفاقية فلا تنتج أثارها إلا من وقت التمسك بها إذا كانت قد وقعت بإرادة أحد الطرفين أو من وقت الاتفاق عليها إذا كانت حصلت نتيجة اتفاق الطرفين.^١

ثالثاً : المقاصة القضائية: هي المقاصة التي يجريها القاضي حيث يتخلف شرط من شروط المقاصة القانونية مما يستطيع القضاء استكمالها. وذلك هو شرط الخلو من النزاع. فإذا طالب دائن مدينه بالوفاء عليه، فتقدم المدعى عليه بطلب عارض يدعي فيه بحق ينازعه خصمه في وجوده أو مقداره فلن تقع المقاصة القانونية لأن أحد الدينين متنازع عليه . ولكن للمحكمة أن تفصل هذا النزاع فإن قضت بوجود الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الحقين .

ويلاحظ أن المقاصة القضائية ليست في الحقيقة سوى مقاصة قانونية تقع متى توافرت شروطها . فالقاضي عندما يفصل في النزاع حول وجود الحق أو مقداره ، إنما يقتصر على مجرد استكمال شروط المقاصة القانونية . ومتى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون، ولا يريد حكم القاضي بإيقاعها عن أن يكون تقريراً، لا إنشاء للمقاصة.^٢

ولكن المقاصة لا تقع إلا من وقت الحكم، فمنذ ذلك الوقت فقط تكون شروط المقاصة القانونية قد توافرت بحسم النزاع الذي كان يمنع من وقوعها .

وتجري المقاصة القضائية أمام القضاء بدعوى يرفعها المدعي عليه ولا بد أن تكون في دينين متقابلين وهي تكون في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية وللقاضي حرية واسعة في تقدير طلب المدعي عليه في إجراء المقاصة المرفوعة بالدعوى العارضة، فإذا قبل القاضي كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة بعد أن فض النزاع في شأن الدين الذي يدعيه المدعي عليه يذمة المدعي أو المدين ديناً عليه وكان له يطلب المقاصة فيه يحق له فلا يجوز أن يتمسك بضمانات هذا الحق أضراراً بالغير إلا إذا كان يجهل وجوده وكان له في ذلك عذر مقبول .^٣

^١ د. مأمون الكزبري. نظريه في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي الجزء الثاني. أوصاف الإلتزام وانتقاله وانقضاؤه

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ٣٥٧ - ٣٥٦

^٣ منذر الفضل ، مصدر سابق، ٦٦٩

اخيراً إذا كانت المقاصة القانونية والاتفاقية تقعان تلقائياً دون مراجعة المحكمة، فإن المقاصة القضائية تكون بناء على طلب مضاد يتقدم به المدعى عليه من خلاله يلتزم بمقتضاه التقاوس من الدين المترتب في ذمة المدعي ودينه الذي له في ذمة هذا الأخير.

ويتبين أن المقاصة القضائية لا يمكن إجرائها إلا عن طريق حكم قضائي صادر عن المحكمة وهي في تكون في غالب الأحيان عندما لا يستطيع الأطراف القيام بالمقاصة الاتفاقية وذلك بسبب تشبث كل طرف بالشروط المقررة لمصلحته.

وتترتب نفس الآثار على المقاصة سواء كانت قضائية أو قانونية، بحيث أن الدينين المتقابلين ينقضيان في حدود الأقل منهما قدراً، كما تنقضي جميع توابع الالتزام.^١

والخلاصة فإن المقاصة ينبغي أن لا تضر بحقوق الغير التي كسبها وهو حسن النية ومن تطبيقاتها توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين قبل وقوع المقاصة يمنع وقوعها حماية للغير الذي أوقع الحجز وهو حسن النية وحوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ.

موقف القضاء العراقي : ذهبت محكمة التمييز في العراق الى تطبيق نصوص المقاصة باعتبارها من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفا من خلال أكثر من قضية نذكر منها مايلي:

- يشترط في المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوة وضعفاً (المادة ٤٠٩ مدني عراقي).^٢

- (من شروط المقاصة أن يكون كل طرف دائناً ومديناً للطرف الآخر نفسه م / ٤٠٨ مدني عراقي).^٣

- (١- القاعدة أن الوديعة واجبة الرد لأن المودع قد أئتمن الوديع على وديعته ووضع ثقته فيه فلا يجوز الاخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة وانما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي في ذمته ٢- المقرر في فقه القانون أن المقاصة لا تقع بعد صدور حكم اشهار الافلاس اذا كان المفلس دائناً للغير ومديناً له وذلك نتيجة لغل يده عن التصرف وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين).^٤

المطلب الخامس

اتحاد الذمة

سنتناول في هذا المطلب تعريف اتحاد الذمة مبينين اهم حالاته واثاره وهما على ثلاث افرع وكما يلي :-

^١ عبد العزيز توفيق. التعليق على قانون الالتزامات والعقود. ج ١ مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى ١٩٩٩

^٢ رقم القرار ٣ / ١١ / ٩٧٠ في ١٠/٥/٩٧٠ النشرة القضائية ٩٧١ ص ١٥٣.

^٣ رقم القرار ٢٩٩ / هيئة عامة أولى / ٩٧١ في ٢٦/٨/١٩٧٢ النشرة القضائية ١٩٧٤ ص ٦٥

^٤ رقم القرار ٢٤٧٦ / حقوقية / ١٩٦٦ في ٣٠/١/١٩٦٦ مجلة القانون المقارن العدد ٢ ١٩٦٨ ص ٢٣١.

الفرع الاول

تعريف اتحاد الذمة

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد. وهو يفترق عن المقاصة من حيث أن المقاصة تفترض وجود شخصين بينهما التزامان المدين في أحدهما دائن في الآخر. أما اتحاد الذمة فهو يفترض وجود دين واحد ثم خلف أحد طرفيه الطرف الآخر. كما إذا توفي الدائن مثلاً فورث المدين .

وقد خصص المشرع العراقي في القانون المدني لسنة ١٩٥١ مادتين فقط لاتحاد الذمة كطريق من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث نصت **المادة (٤١٨)** مدني على ما يلي : (في الدين الواحد إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه) ونصت **المادة (٤١٩)** مدني منه على ما يلي : (إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن) .

ان اتحاد الذمة قد يحصل في نطاق الديون ويمكن ان يتحقق في مجال الحقوق العينية و يطلق عليه (التجمع او الادغام) كأن ينتهي حق الارتفاع باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد .^١

الفرع الثاني

حالات اتحاد الذمة

ان الاتحاد ذمة يمكن ان يحصل في حالات متعددة منها ان يرث الدائن المدين او ان يرث المدين الدائن ولأي سبب قانوني اخر نقل الى الدائن صفة المدين او الى المدين صفة الدائن فاجتمع بذلك في شخص واحد صفتا دائن ومدين فينقضي الدين .^٢

بشكل عام يقع اتحاد الذمة إما بسبب الوفاة وإما بين الأحياء ، فقد يقع اتحاد الذمة بسبب الميراث ، فإذا توفي الدائن فورثه المدين، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ معين. فإذا كان المدين هو الوارث الوحيد فإنه يرث كل الدين الذي للتركة في ذمته، فيصبح دائناً في هذا الدين نفسه، وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين فينقضي الدين عن طريق اتحاد الذمة. فإذا ورث نصف الدين مثلاً لوجود وارث تقاسم معه التركة انقضى نصف الدين باتحاد الذمة، وبقي ملتزماً بالنصف الآخر نحو الوارث الآخر .

فإذا توفي المدين وورثه الدائن كانت التركة مدينة للوارث واستطاع أن يستوفي دينه منها . إذ القاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين ، وبذلك ينقضي حق الوارث الدائن بالوفاء (لا باتحاد الذمة) ثم يؤول إليه نصيب في التركة خالياً من الديون .^٣

^١ الأستاذ السنهاوري ، مصدر سابق ، ص ٩٤٤ وما بعدها

^٢ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ح ٣ ، ص ٢٩١ .

^٣ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٥٣

بذلك فإن اتحاد الذمة تتحقق في اجلى صورها عن طريق الميراث فلو مات المورث وكان له ورثة يستحقون سهاماً في التركة واحد احد الورثة مديناً للورثة فإن كان هو الوارث الوحيد ورث الدين كله وانقضى الالتزام باتحاد الذمة لأنه تجتمع فيه صفتا الدائن والمدين .

كما يمكن ان تتحقق **عن طريق الوصية** فيكون الموصى له اما خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً ، يتحقق إتحاد الذمة عن طريق الوصية كأن يوصي الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته كله أو جزء منه - أو كأن يوصي الدائن بجزء شائع من التركة إلى مدينه .

فإذا أوصى الدائن بدينه كله أو بجزء منه إلى مدينه فإن المدين الموصى له يصبح دائناً في نفس الدين بحكم الوصية وتتجمع في شخصه صفتا الدائن والمدين وينقضي بذلك الدين كله أو في حدود الجزء الموصى به عن طريق إتحاد الذمة . ولا يتصور أن يوصي المدين بدينه للدائن لأن ما يمكن أن يوصى به هو الحق لا الالتزام .

وإذا أوصى الدائن بجزء شائع من التركة إلى مدينه كأن يكون أوصى له برقع تركته مثلاً ، فإن المدين الموصى له يصبح بحكم الوصية دائناً برقع الدين الذي كان مترتباً عليه للموصي ، فتتجمع صفتا الدائن والمدين في حدود ربع الدين ، ويؤول ذلك إلى إنقضاء هذا الربع بإتحاد الذمة ويبقى مديناً بثلاثة أرباع الدين الباقية للتركة .

أما إذا كان المدين هو الذي أوصى بجزء شائع من التركة إلى دائنه كربعها مثلاً ، فإن الدائن الموصى له يكون دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له يكون دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له برقع التركة فطبقاً لقواعد الشريعة في الميراث يستوفي الدائن تمام الدين من التركة أولاً ثم يأخذ ربع صافي التركة ، فالدين هنا ينقضي إذن عن طريق الوفاء لا عن طريق إتحاد الذمة.

ويمكن ان تتحقق اتحاد الذمة **عن طريق التصرف القانوني** ما بين الاحياء بشتري المستأجر العين المؤجرة فيصبح دائناً ومديناً بالأجرة ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الذمة بتصرف قانوني ما بين الاحياء ما قضت به محكمة استئناف مصر من انه اذا حصل البيع للمسؤول عن الضمان اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع حقي دائن بحق الضمان ومدين به في شخصه ، وان اتحاد الذمة حال الحياة فرضاً قليل الوقوع في العمل، ومن أمثلته أن تشتري شركة السندات التي أصدرتها ^١.

وكان تشتري شركة سندات قرض كانت أصدرتها حيث تتحد صفتا الدائن والمدين في شخص الشركة وتنطفي هذه السندات عن طريق اتحاد الذمة مثل ذلك أيضاً أن يعتمد المسحوب عليه الذي قبل الكمبيالة قبل استحقاقها فتصبح ملكه ، وبذلك يضحى دائناً لنفسه وينقضي الدين باتحاد الأمة.

الفرع الثالث

أثار اتحاد الذمة

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة . فقد يقع اتحاد الدين بتمامه كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن، وقد يقع اتحاد الذمة في جزء من الدين كما لو ورث المدين نصف تركة الدائن.

^١ منذر الفضل ، مصدر سابق، ص ٦٧١-٦٧٢

والعلة في انقضاء الدين باتحاد الذمة هي استحالة أن يطالب الإنسان نفسه فاتحاد الذمة هو مانع طبيعي من اقتضاء الدين. ولذلك إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ، فلو أوصى الدائن للمدين بالدين مثلاً ثم تبين أن الوصية باطلة عاد الدين إلى الوجود بجميع توابعه، وذلك بأثر رجعي، وكأن اتحاد الذمة لم يقع.^١

ويلاحظ أن اتحاد الذمة لا يقتصر على الحقوق الشخصية وحدها بل هو يرد أيضاً على الحقوق العينية، مثال ذلك ما إذا توفي مالك الرقبة فورثة المنتفع ، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به أو بالعكس، أو إذا وفى حائز العقار المرهون الدين المضمون بالرهن فهو يحل محل الدائن في الرهن الوارد على عقاره.^٢

ويمكن جمع الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة حول القواعد التالية :

أولاً : اتحاد الذمة يقضي الدين كلياً أو جزئياً : إذا اتحدت الذمة في دين ما انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة ، ويسوغ أن يكون اتحاد الأمة كلياً أو جزئياً، حسبما يكون متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه . فإذا توفي المدين مثلاً وألت تركته بمجموعها إلى دائنه أو إذا أوصى الدائن بكامل الدين إلى مدينه كان اتحاد الذمة كلياً وآل ذلك إلى انقضاء الدين كله. أما إذا توفي المدين عن عدة ورثة وكان دائنه من بين هؤلاء الورثة أو إذا أوصى الدائن بحصة شائعة من التركة إلى دائنه، فإن اتحاد الذمة يصير جزئياً ويقتصر على انقضاء الدين بقدر نصيب الوارث في التركة أو بقدر الحصة الشائعة التي أوصى له بها.

ثانياً : انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة أقرب إلى شل طلب التنفيذ منه إلى انقضاء حقيقي :- إن انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة هو أقرب إلى شل طلب تنفيذ هذا الدين منه إلى انقضاء حقيقي فالدين الذي يطاله اتحاد الذمة لا ينقضي كما ينقضي عن طريق الوفاء أو التجديد أو المقاصة حيث يزول الدين حقيقة ولا يعود له وجود ، وإنما هو يصبح غير قابل للنفاذ لقيام عقبة طبيعية تقف في وجه هذا النفاذ ، إذ اتحدت صفتا الدائن والمدين في شخص واحد وأصح من المستحيل أن يطالب هذا الشخص نفسه بالدين.

ثالثاً : زوال سبب اتحاد الذمة يعيد الدين إلى الوجود : إن الأثر الذي يترتب على اتحاد الذمة من حيث انقضاء الدين أو على الأصح من حيث شل تنفيذه يبقى مستمرا مادام السبب الذي أدى إلى هذا الاتحاد قائماً. أما إذا زال السبب المذكور فإن الدين الذي كان قد انقضى وأصبح بح تنفيذه مشلولاً يعود إلى الظهور ، ولا بد من التمييز بين أن يكون السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة قد زال بأثر رجعي أم زال بأثر غير رجعي ، فإذا زال السبب بأثر رجعي ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بالنسبة للكافة وعاد الدين إلى الوجود والنفاذ بجميع مقوماته وخصائصه ، وعادت معه جميع التأمينات التي كانت تضمن تنفيذه ، فإذا ما أوصى الدائن بدينه للمدين وأدى موت الدائن إلى انقضاء الدين باتحاد الذمة ثم ظهر بعد ذلك أن الوصية باطلة أو قابلة للإبطال وتقرر فعلاً بطلانها أو إبطالها ، فإن الدين الذي انقضى باتحاد الأمة يعود إلى الوجود بصفاته وتوابعه وضمائنه، ويكون للورثة الحق في مطالبة المدين بأداء هذا الدين كما يكون لهم الاستفادة عند الاقتضاء من سائر التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به.

^١ مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري ج ٣، المذكرة الإيضاحية ص. ٢٩٢

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩-٣٦٠

أما إذا زال السبب بأثر غير رجعي كأن يبيع الوارث التركة بما لها من ديون ومن ضمن هذه الديون الدين الذي كان مترتباً عليه للمورث ، فإن الدين يعود إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويكون للمشتري الحق في مطالبته بأداء هذا الدين . ولكن الغير لا يضار بعودة الدين إلى الوجود على هذه الصورة. فلو كتّن الدين الذي انقضى باتحاد الذمة مضموناً بالكفالة مثلاً . فإن هذه الكفالة التي انقضت بانقضاء الدين الأصلي تبقى منقضية ولا تعود بعودة الدين مجدداً بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى انقضائه وعليه لا يستطيع مشتري التركة الرجوع على الكفيل لأن هذا الكفيل قد برأت ذمته من الكفالة ولا يمكن أن يتأثر بالاتفاق الذي تم بين الوريث المدين وبين مشتري التركة والذي ينحصر أثره بالطرفين المتعاقدين ولا يتعداه إلى الغير.^١

اخيراً ملخص لما سبق ذكره ، قد يقع الوفاء باتحاد الذمة إذا اجتمعت صفة الدائن والمدين في شخص واحد بدين واحد، لأنه لا يمكن للشخص أن يطالب نفسه، كما لو ورث المدين دائنه، ومن هنا يبدو الفرق جلياً بين المقاصة واتحاد الذمة، لأن المقاصة تفترض وجود دينين متقابلين بين شخصين كل منهما دائن للآخر في أحد الدينين ومدين له في الدين الآخر. أما اتحاد الذمة فلا يفترض إلا ديناً واحداً نشأ بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، ثم انتقل حق الدائن إلى المدين فينقضي الدين باجتماع الدائنية والمديونية في شخص المدين ، ولكن إذا زال سبب اتحاد الذمة، وكان له أثر رجعي، عاد الدين بملحقاته إلى الوجود، ويعد اتحاد الذمة كأنه لم يكن، كما لو كان اتحاد الذمة بسبب الوصية ثم تقرر إبطالها.

^١ <https://www.droitblog.me/٤/٢٠٢٣/blog-post.html>

المبحث الثاني

انقضاء الالتزام دون الوفاء

قد ينقضي الالتزام دون الوفاء به أصلاً، ويقع ذلك بأسباب ثلاثة : (١) الإبراء (٢) استحالة التنفيذ . (٣)

وقد وردت هذه الأسباب في القانون المدني العراقي في الفصل الثالث من الباب الخاص بانقضاء الالتزام في المواد من ٤٢٠ إلى ٤٤٣ وسنفرد لكل من هذه الأسباب الثلاثة مطلباً خاصاً وكما يلي :-

المطلب الاول

الابراء

في هذا المطلب سنتعرف على مفهوم الابراء وموقف القضاء العراقي منه وهما على فرعين وكالتالي :-

الفرع الاول

مفهوم الابراء

يقصد بالإبراء نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف تبرعي لأنه لم يستوف لا عيناً ولا مقابلاً لأصل الدين ويقع بإرادة الدائن وحده .^١

ولهذا فالإبراء من الدين بعد سبباً لانقضاء الالتزام دون الوفاء له اذ يسقط الالتزام وينقضي تبعاً لذلك جميع التأمينات الضامنة للدين كالكفالة الشخصية والرهن لان التأمين لتابع للالتزام لاصلي فاذا سقط التابع تبعاً لسقوط الاصل.

ويقصد بالإبراء ايضاً هو إسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر كإسقاط الدائن دينه . ويكون بكل لفظ يدل على ذلك، كأبرأت وأسقطت، وأنت بريء من الدين ولا يتوقف على قبول المدين، ولكن يترد برده في مجلس الإبراء لما فيه من معنى التملك، فإنه قد يصور بأنه تملك الدين لمن عليه الدين ، ولأن من الأشخاص من لا يرضون لكرامتهم أن يتفضل عليهم غيرهم.^٢

وإن مات المدين قبل القبول فلا يؤخذ من تركته ويصح إبراء الميت عن دينه وهذا ما نصت عليه المادة (٢٢٢ / ١ / ٢) مدني .^٣

^١ السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٩٦٢

^٢ إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام ، ج ١، فقرة ٩١ ، ص ٢٠٠

^٣ المادة (٢٢٢ / ١ / ٢) مدني عراقي .

وقد يكون الإبراء عاماً، كأبرأتك من كل حق هو لي قبلك، وقد يكون خاصاً ، كما في أبرأتك من هذا الحق. ويصح تعليق الإبراء، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداء المدين برئ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله نص المادة (٤٢٣) مدني عراقي ^١.

وإذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره. وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعاوي كافة فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده نص المادة (٤٢٤ / ١) مدني ^٢.

ويشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلاً للتبرع، فلا يصح إلا من العاقل البالغ غير المحجور عليه لسفه نص المادة (٤٢١) مدني عراقي ^٣. وإذا كان في مرض الموت كان حكمه حكم الوصي المادة (٢/١١٠٩) مدني عراقي ^٤.

الإبراء من حق لم يوجد ولا الإبراء من الأعيان ولكن يصح الإبراء من حق الادعاء بالأعيان، فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك الإبراء، لأنه حق وهو يقبل السقوط. ^٥ وإذا أبرأ الدائن المدين وكان الإبراء صحيحاً سقط الدين، وبسقوط الدين ينقضي الرهن تبعاً له كما تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله .

وقد نص القانون المدني الاردني على الابراء في المادة ٤٤٤ على ما يأتي: (إذا أبرأ الدائن مدينة مختاراً من حق له عليه سقط الحق او نقضى الالتزام) كما نصت المادة ٤٤٥ ايضاً على ان الابراء لا يتوقف على قبول المدين الا انه يرد برده وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته

كما نصت المادة ٤٢٠ من القانون المدني العراقي الى انه اذا أبرأ الدائن مدينة سقط الدين واشترطت المادة ٤٢١ اهلية التبرع عند الدائن لصحة الابراء حيث نصت على ما يلي:

(يشترط الابراء لصحة ان يكون اهلاً للتبرع والسبب في ذلك ان التبرع والابراء من المدين من التصرفات القانونية الضارة بالدائن ضرراً محضاً) ، ولا يتوقف الابراء على قبول المدين ولكن اذا رده قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته ويصح ابراء الميت من دينه المادة (٤٢٢) مدني عراقي و (المادة ٤٤٥ مدني اردني).

الفرع الثاني

موقف القضاء العراقي

وقد ذهب القضاء العراقي في مجال الابراء الى القول بأن الابراء اسقاط من جهة اخرى وان ابراء احد اخر من حقه يسقط حقه وهو غير ممنوع بالمادة ١٤٦ مدني التي منعت الاتفاق مقدماً على اسقاط حق المدين في طلب نقص الالتزام بسبب الظروف الطارئة ^٦.

^١ المادة (٤٢٣) مدني عراقي .

^٢ المادة (٤٢٤ / ١) مدني عراقي .

^٣ المادة (٤٢١) مدني عراقي .

^٤ المادة (٢/١١٠٩) مدني عراقي

^٥ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٣٦١-٣٦٢

^٦ رقم القرار / ٥١٩ / حقوقية ٩٦٩ في ٢٧/٩/١٩٦٩ - مجلة ٦/ ص ١٨٤

والى ان (الابراء المطلق يسري على كل دين نشأ قبله)،^١ والى انه (١- اذا انتهى الحكم الجزائي بالامتناع عن تصدقه فلا يعتبر قرينة قانونية - التوقيع على ورقة البراء في تاريخ تال التاريخ التوقيع على ورقة القبض لا يطعن في صحة أي منهما لان منهما ليس الا تأكيداً للقبض).^٢

وفي قرار اخر الا يجوز للمحكمة ان تهدر دليلاً كتابياً الا بدليل يرجحه قوة، فاذا لم يبرز المدعى دليلاً تحريراً ينقض ورقة البراء فما على المحكمة الا ان تأخذ بها ولا يجوز لها أن تخوض في موضوع شملته ورقة البراء) .

ويلاحظ ان القانون المدني الفرنسي يعتبر البراء اتفاقاً او عقداً كباقي العقود لا بد له من الايجاب والقبول وتعرفه المادتان ١٩٢٨٥ و ١٢٨٧ من القانون المدني الفرنسي على انه (اعفاء اتفاقاً بدون مقابل) .

بينما يقع البراء في كثير من القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني بالإرادة المنفردة للدائن اخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية الا انه يرتد بالرد من المدين.

والرد من المدين عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المدين وهو تصرف تبرعي ايضاً لا يقبل من المدين الا اذا كان كاملاً في اهليته لأنه يضر ضرراً محضاً.^٣

فالإبراء من الدائن والرد من المدين هو تصرف قانوني رضائي تبرعي لا يحتاج الى شكلية معينة لهذا التعبير عن الارادة لأنه مباشرة واذا ما وجدت شكلية فإنما هي للأثبات.

كما ان اول اثر يترتب على حصول البراء هو انقضاء الدين وزواله من ذمة المدين وانتهاء تأميناته وهو اما ان يكون عاماً شاملاً لكل الدين المستحق أو جزئياً ير على جزء منه وقد يرد على الديون المدنية او الديون التجارية ويمكن ان يقع في مجال الصلح جزئياً مع بقاء التأمين دون انقضائه حتى زوال الدين بوفاته من المدين. وقد يبرأ الدائن احد المدينين المتضامنين دون المدينين الآخرين على انه من الدين قيمة ما كان يلتزم به المدين الذي جرى ابرأؤه من الدين.^٤

المطلب الثاني

اسئالة الشفيع

سنوضح في هذا المطلب معناه وشروطه واثاره وموقف القضاء العراقي منه وهما على ثلاث افرع وكما يلي :-

^١ رقم القرار ٥٦ / مدنية اولى / ١٩٧٢ في ٦/٤/٩٧٢ - النشرة القضائية ١٩٧٤ ص ٧٣-٧٢

^٢ رقم القرار ٢٢٢ مدنية اولى / ٩٧٢ في ١٠/٣٠ / ٩٧٢ النشرة القضائية ١٩٧٤ ص ١١

^٣ محمد تقي - الارادة المنفردة كمصدر للالتزام المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ١٩٨٤ ص ١٧٥

^٤ د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ٦٧٤-٦٧٦

الفرع الاول

معناه وشروطه

نص القانون المدني الاردني في المادة ٤٤٨ على استحالة التنفيذ فجاء فيها ما يلي: (ينقضى الالتزام اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه).

والاصل ان لا التزام بمستحيل فاذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام انقضى الالتزام دون الوفاء ولا بما يعادل الوفاء. وقد خصص المشرع المدني العراقي المواد من (٤٢٥ - ٤٢٨) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة (٣٧٣).

ان استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي لمرض او للقوة القاهرة تقضي التزام المدين لسبب لا يعود للوفاء به وعادة يتم بحث الموضوع ضمن اثار العقد الملزم للجانبين وضمن احكام للفسخ للعقد وسوف نبين احكام القضاء العراقي والاردني من هذا الأمر فيما بعد.

ان النصوص المدنية التي نصت على استحالة تنفيذ الالتزام المشار اليها تتماثل في الحكم ولا بد من توافر الشروط التالية لكي الالتزام لانقطاع علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الحاصل بدخول السبب الاجنبي وهي:

الشرط الاول : ان تنفيذ الالتزام اصبح مستحيلاً بصورة دائمة وليس مؤقتاً فان كانت الاستحالة مؤقتة فلا ينقضي الالتزام وانما يتوقف حتى تزول الاستحالة ويتم تنفيذه من المدين.

ولا شك ان المقصود بالاستحالة هي استحالة تنفيذ الالتزام بعد نشونه فان نشأ الالتزام مستحيلاً منذ البداية كان الالتزام باطلاً ان كانت الاستحالة مطلقة مهما كان نوعها طبيعة ام قانونية.

الشرط الثاني : سبب اجنبي يجعل تنفيذه مستحيلاً من المدين ولا يكون هناك خطأ من المدين ينسب اليه. فلو كانت الاستحالة في التنفيذ راجعة لخطأ المدين لم ينقض الالتزام وانما يصار الى الحكم بالتعويض على المدين

الشرط الثالث : ان يكون هناك اتفاق على التشديد من المسؤولية على المدين بقبوله تحمل التبعة ونتائج السبب الاجنبي فان كان متفقاً على ذلك فلا يكون استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي الانقضاء الالتزام ولكن يصار الى طريق اخر هو التعويض.^١

ولهذا فلو تعاقدت جامعة بغداد مع طالب دراسات عليا للحصول على شهادة الدكتوراه في تخصص معين ووضع شرط اتفاقي عند علم الحصول على الشهادة او الاخلال بالالتزام العقدي مع تشديد المسؤولية بأن يكون مسؤولاً عن التعويض والنفقات حتى عند حصول السبب الاجنبي كالمرض الذي حال بينه تأدية الالتزام العقدي فالشرط صحيح لأنه يشدد المسؤولية العقدية ويحمل الطرف المتعاقد نتائج السبب الاجنبي.

^١ د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ٦٧٧

و تنص المادة (٤٢٥) مدني على أنه " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه " ، ويرجع هذا الحكم الى قاعدة طبيعية مؤداها أنه لا تكليف بمستحيل. ولذلك فإن استحالة تنفيذ الالتزام سبب من أسباب انقضائه ولكن يشترط لذلك ما يلي :

١ - يجب أن يكون الالتزام قد نشأ ممكناً، أما إذا كان الالتزام مستحيلاً قبل نشأته كالالتزام بنقل ملكية منزل انهدم قبل إبرام العقد، فإنه يكون التزاماً باطلاً لا ينشأ أصلاً وبالتالي لا يتصور بشأنه الانقضاء لأن ما لم يوجد لا يكون هناك مجال لانقضائه .

٢ - يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشأته مستحيلاً وليس فقط مرهقاً أو صعباً بالنسبة للمدين فالالتزام المرهق يظل قائماً بالنسبة للمدين وإن جاز تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه إذا توافرت شروطها . أما الالتزام المستحيل فإنه ينقضي.^١

٣ - الاستحالة المؤدية إلى انقضاء الالتزام إما أن تكون مادية أو قانونية ومن الأمثلة على الاستحالة المادية أن ينهدم المنزل المطلوب نقل ملكيته أو تنفق الماشية المطلوب تسليمها أو أن تبتتر يد الفنان الذي التزم برسم لوحة، أو أن يضطر المدين إلى القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به ولكن يلاحظ أن الالتزام الذي محله شيء مثلي كالنقود لا يتصور أن مستحيلاً لأن المثليات لا تهلك. ومن الأمثلة على الاستحالة القانونية أن يلتزم شخص بنقل ملكية عقار فتتزع ملكية هذا العقار للمنفعة العامة والاستحالة بنوعها المادي والقانوني تؤدي إلى انقضاء الالتزام.

٤ - يجب أن ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، أما إذا رجعت استحالة التنفيذ إلى خطأ المدين، فإن الالتزام لا ينقضي بل يصبح من حق الدائن الرجوع على المدين بالتنفيذ بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير. وعلى المدين يقع عبء إثبات السبب الأجنبي.

الفرع الثاني

آثار استحالة التنفيذ

اما عن اهم الآثار المترتبة على استحالة تنفيذ الالتزام فهو انقضاء الالتزام الأصلي وتوابعه كالكفالة والرهن لأنها تابعة للالتزام الأصلي في الوجود والزوال على نحو ما تقدم.

بناء عليه فإن المادة ٤٤٨ من القانون المدني الاردني تناولت استحالة التنفيذ كسب لانقضاء الحق متى اثبت المدين ان الوفاء به قد اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه وهو حكم تقضييه طبيعة الاشياء. كما يتضح من النص انه يتعين ان يثبت ان التنفيذ قد اصبح مستحيلاً وان هذه الاستحالة ترجع الى سبب لا يد للمدين فيه.

ويجب اولا ان ينشأ الحق ممكناً لان الاستحالة لا ترد على شيء ليس موجوداً وإذا كان تنفيذه منذ البداية مستحيلاً فلا ينشأ اصلاً ويكون العقد الذي رتبته باطلاً لانعدام محله ويجب ان تكون الاستحالة فعلية او قانونية ومن المقرر ان التعهد بنقل حق عيني اذا وقع على عين ثم هلكت العين فان التنفيذ يصبح

^١ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٣٦٣

مستحيلاً وكذلك اذا وقع العقد على منفعة وهلك وتطبيق للأثار المترتبة على انقضاء الحق وللقاعدة التي تضمنها المشروع، ويتحول الحق الى عوض.

أهم أثر لاستحالة التنفيذ بغير خطأ هو انقضاء الالتزام وملحقاته وتأميناته. وإذا كان هذا الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين فإن الالتزام المقابل له ينقضي أيضاً وينفسخ العقد المادة نص (١٧٩) مدني عراقي^١.

وبالتالي فإن المدين يتحمل تبعه استحالة التنفيذ لأنه لا يستطيع أن يطالب الدائن بالالتزام المقابل للالتزامه الذي استحاله تنفيذه. أما إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم لجانب واحد. فإن هذا الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه، ويتحمل الدائن في هذه الحالة تبعه استحالة التنفيذ لأن ذمة المدين تبرأ في مواجهته ولا يقابل ذلك سقوط التزام عليه هو قبل المدين إذ لا وجود لمثل هذا الالتزام في العقد الملزم لجانب واحد.^٢

وهناك إلى جانب تحمل التبعة في العقد تحمل التبعة في الملك ، وقد انفرد التقنين المدني العراقي بالنص على تحمل التبعة في الملك، عقب النص الذي أورده في خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي .

فنصت المادة (٤٢٦) مدني على أنه إذا انتقل الشيء إلى يد غير يد صاحبه، بعقد أو بغير عقد، وهلك دون تعد أو تقصير، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه " ونصت المادة (٤٢٧) مدني على أنه :

١ - تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك.

٢ - تنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد، ولو بغير قصد التملك، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه.

و تفترض هذه النصوص ان شيئاً قد انتقل من يد مالكة إلى يد غير المالك، سواء انتقل بغير عقد كعارية أو وديعة أو إيجار، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب، ثم يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب أجنبي .

وهنا يميز القانون المدني العراقي - أخذاً بأحكام الفقه الإسلامي - بين يد الضمان ويد الأمانة. فإن كانت يد غير المالك يد ضمان، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك لا ينقضي باستحالة تنفيذه، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعويض، ويتحمل هو تبعه هلاك الشيء. أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك ينقضي باستحالة تنفيذه، ويتحمل المالك إذن تبعه هلاك الشيء وإن كان قد هلك في غير يده، لأنه هلك في يد هي يد أمانة .

وتكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه كالغاصب والحائز بقصد التملك ولا سيما إذا كان سيئ النية، ومن أخذ الشيء على سوم الشراء، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان. وتكون

^١ نص (١٧٩) مدني عراقي

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٣٦٤

اليد يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك كالمستعير والمودع والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظر، فهو لاء يدهم يد أمانة^١.

ومع ذلك فإن يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان فتكون تبعة الهلاك في هذه الحالة على الحائز لا على المالك، إذا كان الحائز، ويده قد بدأت يد أمانة، قد الشيء عن صاحبه دون حق، أو أخذه بغير إذنه، في هاتين الحالتين، يكون بمثابة المدين المعذر الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي.

وإذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس ، وهو نص المادة (٤٢٨) مدني عراقي^٢.

ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك، إذ لا يزال مترتباً في ذمته واجب التسليم ولم يحم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية. أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع في يده بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء، فامتنع واجب التسليم قيام. سبب الحبس، فإن يد البائع، وقد كانت يد ضمان كما رأينا تنقلب إلى يد أمانة. فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي وهو محبوس في يده بسبب عدم استيفاء الثمن، لم يهلك عليه بل يهلك على المشتري^٣.

الفرع الثالث

موقف القضاء العراقي

ذهب القضاء العراقي تطبيقاً لاستحالة التنفيذ كطريق من طرق انقضاء الالتزام في أكثر من قرار الى انه (اذا ثبت أن مرض الطالب -احتشاء العضلة القلبية- قد منعه من اكمال دراسته فقد انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه) .^٤

وعلى هذا الاساس فان العقد يفسخ بحكم القانون (الانفساخ ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ اي دون الوفاء به .

وذهب مجلس شورى الدولة ايضاً الى القول: (ينقضي التزام المدين اذا اصبح الوفاء به مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه).^٥

وقد جاء في قرار المجلس الموقر ما يلي: (وحيث ان احكام القانون العامة تقضي بانقضاء الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه وحيث ان التقارير الطبية المصدقة وفق الاصول قد اثبتت ان طالب المساعدة المالية موضوع البحث، قد اصيب بمرض عقلي يمنعه من متابعة الدراسة، لذلك، واستناداً لاحكام المادة ٤٢٥ من القانون المدني لا يحق لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي مطالبته بتنفيذه التزاماته التعاقدية واسترداد انفاقته عليه خلال مدة الدراسة).^٦

^١ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٣٦٥-٣٦٦

^٢ المادة (٤٢٨) مدني عراقي

^٣ السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٩٩١ - ٩٩٢

^٤ رقم القرار ٣٩٤ مدينة اولى ٩٧٤ في ١٩/٢/٩٧٥ - مجموعة الاحكام العدلية ، السنة ٦ ، ص ١٧-١٨

^٥ رقم القرار ١٩٨٠ /٥٤ منشور في (فتاوى مجلس شورى الدولة منشورات مركز البحوث القانونية اعداد الدكتور عبدالرسول - الجصاني بغداد ١٩٨٧ ص ٢٤

^٦ د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ٦٧٩

المطلب الثالث

التقادم او مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

وهو الذي لا يؤدي الى كسب الحق ولا الى سقوطه وانما هو دفع يمنع القاضي من سماع الدعوى يستفيد منه الحائز المنكر لحق دائنه التقادم المانع من سماع الدعوى يساعد على التوفيق ما بين حكم الشريعة الاسلامية بعدم سقوط الحق او كسبه بالتقادم وبين الضرورات العملية التي ادت الى ظهور نظام التقادم كنظام قانوني تقتضيه المصلحة العامة. في هذا المطلب سنوضح تعريفه واثاره وموقف القضاء العراقي منه وهما كما يلي :-

الفرع الاول

التعريف بالتقادم وأساسه القانوني

يقصد بالتقادم المانع من سماع الدعوى (مرور الزمان) مرور مدة معينة على الحق دون ان يدعى به زاعم ان ذلك الحق له ، وحكمه ان يدفع استماع الدعوى . فهو يصلح سببا للدفع لا سببا للتملك . ولهذا لو اقر المدعي عليه بالدعوى ودفع مرور الزمان لا يلتفت إلى دفعه لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، عملا بالحديث النبوي الشريف (لا يسقط حق امرئ مسلم وان قدم)^١.

ان مرور الزمان في اصطلاح الفقهاء منع القاضي من سماع الدعوى بعد ان تركت دون عذر شرعي مدة معلومة وهذا المنع غير قياسي بل هو استحسان^٢ ، ووجهه منع التزوير و التحايل لان ترك الدعوى زمنا مع التمكن من اقامتها يدل على عدم الحق ظاهرا فمتى انتفعت هذه العلة وجب سماع الدعوى مهما طالت المدة.

وقد جاء في تنقيح الحامدية ان عدم سماع الدعوى بعد مضي ثلاثين سنة او بعد الاطلاع على التصرف ليس مبنيا على بطلان الحق في ذلك وانما هو مجرد منع للقضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه لو قربه الخصم يلزمه من الدفع بالحيازة المقترنة بمرور الزمان انما يعتبر اذا كان الحائز يتصرف تصرف الملاك المستقل في ملكه^٣ ، اما اذا كان التصرف الواقع بغير هذه الصورة فانه لا يعتبر كما لو ادعى احد على بملكه دار واذكر المدعى عليه ذلك ودفع بالتصرف فيها مده مرور الزمان فادعى المدعى بالتصرف المذكور انه كان بطريق استجار المدعى عليه منه تلك الدار وانه ما زال يقبض الأجرة من المدعى عليه فاذا اثبت ذلك تسمع دعواه ولا يعتبر تصرف المدعي عليه بالوجه المذكور مرور الزمان^٤.

^١ شرح الخطاب ج ١، ص ٢٢٤ ، على الخفيف ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، ص ١٦٦ وما بعدها ، منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٤ مطبعة العاني ، ١٩٤٨ م ، ص ٥٦ .

^٢ مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، ج ١ ، المدخل الفقهي العام ، طبعة دار الفكر بيروت ، ص ٤٨

^٣ سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ج ٢ ، بيروت المطبعة الادبية ، ١٩٣٣ م ، ص ٩٨٣

^٤ منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٤ ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٤٨ ، ص ٥ .

ان منع القاضي من سماع الدعوى لمرور الزمان يستند الى مبدأ جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان ونوع القضايا والخصومة^١، وبمعنى انه يجوز لولى الأمر ان يخصص القاضي الذي يعينه بسماع قضايا مخصومه في ازمان معينه بين اهالى جهة محدده فاذا حصل ذلك فليس للقاضي ان يحكم في غير ما خصصه به ولى الامر لان القاضي وكيل ولى الأمر والوكيل يستمد التصرف من موكله .

وان تعريف التقادم المسقط عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيتربط على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه والفكرة الأساسية التي يقوم عليها التقادم المسقط هي استقرار المعاملات، فالحق الذي يسكت صاحبه عن المطالبة به مدة طويلة لا يكون له أن يطالب به بعد انقضاء هذه المدة وإلى أجل غير محدود. لأن سكوت الدائن عن المطالبة مدة طويلة فيه دلالة على أنه استوفى حقه أو على أنه قد نزل عنه للمدين، أو أن الدائن شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولى. وفي جميع الأحوال فإنه من غير المقبول من ناحية استقرار المعاملات أن يطالب المدين بالاحتفاظ بمخالصة الوفاء مهما طال الأجل، وأن يسمح للدائن أو ورثته بمطالبة المدين أو ورثته بعد مرور عدة أجيال. ولذلك فإن كل التشريعات تجعل مرور مدة معينة من الوقت سبباً من أسباب تقادم الالتزام ، وهذه المدة هي بحسب الأصل ثلاثون عاماً في القانون الفرنسي وخمسة عشر عاماً مأخوذ من الفقه الإسلامي لا من القانون الفرنسي الذي يجعل المدة ثلاثين عاماً .

ويلاحظ أن أثر التقادم لا يقتصر على الحقوق الشخصية. فالحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية تسقط بالتقادم . فيسقط حق الانتفاع وحق الارتفاق مثلاً بعدم استعماله مدة خمسة عشر عاماً. كما أن التقادم قد يكون سبباً لاكتساب الحقوق العينية بما ذلك حق الملكية، وذلك هو التقادم المكسب وأساسه الحيابة ودراسة هذين النوعين عن التقادم، التقادم المسقط للحقوق العينية والتقادم المكسب لها، لا محل لها في دراسة نظرية الالتزام فهي من موضوعات نظرية الحقوق العينية الأصلية.^٢

وعالج القانون المدني الاردني مرور الزمان المسقط للدعوى في المواد (٤٤٩ - ٤٦٤) باعتباره من طرق انقضاء الحق وهذا هو الباب المقابل لانقضاء الحق بالتقادم في القوانين الحديث.

وقد ذهبت الكثير من التشريعات المدنية العربية ومنها القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي لسنة ٩٥١ والقانون المدني الجزائري وغيرها الى الفصل بين نوعين من انواع التقادم ، التقادم المسقط كطريق من طرق انقضاء الالتزام دون الوفاء به والتقادم المكسب الملكية بفعل الحيابة في مجال الحقوق العينية.

فالاساس الذي يركز عليه التقادم المسقط هو مبدأ استقرار المعاملات الذي توجبه المصلحة العامة اذ لا يجوز ان يبقى الدين في ذمة المدين الى مالا نهاية لانه يضر بالاستقرار المطلوب في المعاملات ويؤثر على حرية الشخص ولا يحقق العدالة اذ كيف يمكن تفسير اهمال الدائن بالمطالبة بالدين؟ اليس هذا دليلاً منه على استيفائه او تنازله عن الدين؟ فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء أكثر مما يقوم على مجوب احترام الاوضاع المستقرة التي معني عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان اليها واحاطتها بسياس من الثقة المشروعة)^٣ .

^١ حاشية ابن عابدين ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، ج٤ ، ١٩٦٦ ، ص ٥٣١ .

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص٣٦٧-٣٦٨

^٣ د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ٦٨٤-٦٨٦

لقد اخذت بفكرة التقادم جميع الشرائع غير ان بعضها لم تأخذ بطريق مباشر وانما بصورة غير مباشرة فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم ، والمدة المانعة من سماع الدعوى تختلف باختلاف الحقوق والتشريعات المدنية العربية والاجنبية ، فهي اما ان تكون تقادم طويل او تقادم خمسي او حولي اي سنة واحدة وتحسب حساب المدد بالايام لا بالساعات وبالتقويم الميلادي لا الهجري وبعدا التقادم من تاريخ استحقاق الدين.

وهذه المواعيد من النظام لا يجوز الاتفاق على اطالتها او تقصيرها، عدا بعضها التي أجاز القانون الاتفاق على ما يخالفها حصراً^١.

اما وقف التقادم فيقصد به ان يكون سريانه قد بدأ ولكن طرأ طارئ، يوقفه فلا تعتبر المدة التي تمر في اثناء قيام الطارئ منقضاء الاهلية وما في حكمها أو انعدام الاهلية وما في حكمها فان زال الطاري عاد السريان في المدة. وقد نصت المادة ٤٥٧ من القانون المدني الاردني على ما يلي: (١- يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق).

على ان التقادم قد يقطع من المدين بإقراره بالدين وهو حجة قاصرة على المقر او من الدائن بالمطالبة القضائية. وهذا ما نصت عليه المادتان ٤٥٩ و ٤٦٠ من القانون المدني الاردني

الفرع الثاني

آثار التقادم

تنص المادة (٤٤٠) مدني على أنه (لا يسقط الحق بمرور الزمن فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك). وتنص المادة (٤٤١) مدني على أنه (إذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان فلا تسمع الدعوى بالفوائد وغيرها من الملحقات حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات). وتنص المادة (٤٤٢) مدني على أنه :

١ - لا يجوز للمحكمة أن : تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص آخر له مصلحة في. هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين.

٢ - ويجوز التمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية إلا إذا تبين من الظروف أن المدعى عليه قد تنازل عن الدفع^٢.

ظاهر من هذه النصوص أن اكتمال مدة التقادم لا يترتب عليها سقوط الحق، فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره، كما أنه ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، لأن التقادم ليس سبباً حقيقياً من أسباب انقضاء الالتزام، بل هو مجرد وسيلة لقطع حق المطالبة به، ولذا وجب أن يتمسك به ذوو الشأن.

والتمسك بالتقادم يكون أساساً للمدين، ويجب أن يدفع به بعبارة واضحة لا تحتمل الإبهام، ولا يكفي في ذلك مجرد طلبه رفض الدعوى.

^١ السنهاوري ، المصدر سابق ، ص ١٠٠٥
^٢ نصوص مواد ٤٤٠-٤٤١-٤٤٢ مدني عراقي

وإذا تعدد المدينون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لأحدهم فلباقى المدينين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين. المادة (١/٣٢٩) مدني عراقي .

كذلك يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم باسمه شخصياً فحائز العقار المرهون، له أن يدفع بتقادم الالتزام المضمون بالرهن ومصلحته في هذا هو منع الدائن المرتهن من التنفيذ على عقاره والكفيل إذا ما طالبه الدائن بالوفاء له أن يدفع بتقادم الالتزام المكفول، ومصلحته في هذا أنه بانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم ينقضي التزامه التبعية^١.

والتمسك بالتقادم لا يعتبر دفعاً شكلياً بل دفعاً موضوعياً، ولذا يجب إبدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية .

وإذا اكتملت مدة ،التقادم وتمسك به المدين، سقط الدين بأثر رجعي، بمعنى أن الدين يعتبر منقضياً لا من وقت تمام مدة التقادم، بل من وقت بدء سريانه. وقد أتى المشرع بتطبيق لهذا الحكم في المادة (٤٤١) مدني السالفة الذكر. ولولا هذا الأثر الرجعي للتقادم، أي لو اعتبر الدين منقضياً من وقت تمام مدة التقادم فحسب، لوجب على المدين دفع فوائد السنوات الخمس الأخيرة، باعتبار أن أصل الدين كان قائماً في هذه الفترة وهو ما استبعده المشرع بالتطبيق للأثر الرجعي للتقادم^٢.

اخيراً ولأجل ان ينتج مرور الزمان اثاره لابد من تحقيق الشروط التالية :-

١. اقامة الدعوى بالملك او بالتزام بعد المدة المقررة لسماع الدعوى دون عذر لان مرور الزمان المانع من سماع الدعوى لا يصلح الا ان يكون دفع الدين والدفع لا يرد قبل الدعوى^٣.

وبشأن ذلك قررت محكمة التمييز ما يلي (لا تسمع دعوى المدعى لأثبات ملكية عقار استنادا الى تصرفه به مدة الزمان لان ذلك يكون كدفع للدعوى التي تقام عليه بعد انكاره لها وعدم تسجيل العقار لدى دائرة التسجيل شريطة ان يستند الدفع بالتقادم على سبب صحيح وعلى حسن نيه ولا يعد سببا صحيحا لشراء العقار خارج الدائرة المختصة من شخص لا علاقه بالعقار^٤.

٢. انكار المدعى عليه دعوى المدعى وذلك لان مرور الزمان قرينه على الوفاء وعلى كون المدعى مبطلاً فيما يظهر^٥، وهذه القرينة تنتفي بالإقرار ،حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز (اقرار المدين بالحق يسقط الدفع بمرور الزمان ولو احتفظ المدين بهذا الدفع بادى ذي بدء)^٦.

٣ . دفع المدعى عليه الدعوى بمرور الزمان لانه لا يجوز للمحكمة ان تمتنع من تلقاء نفسها عن سماع الدعوى لمرور الزمان) ، اذا اكتملت شروط الدفع بمرور الزمان وتمسك به الخصم او من له مصلحة في ذلك يكون اثره منع سماع الدعوى بالحق وملحقاته حتى ولو لم تكتمل منذ مرور الزمان في هذه

^١ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٣٨٢

^٢ الأستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٣٨٣

^٣ نص المادتين ٤٢٩ و ١١٥٨ مدني عراقي

^٤ قرار محكمة التمييز المرقم ١٤٤ / هيئة عامه أولى ٩٧٥ في ٢٥/١٠/٩٧٥ مجموعة الاحكام العدلية السنة السابعة العدد الرابع ، ص ٨٥ .

^٥ مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي ، ص ٢٥٨

^٦ قرار محكمة التمييز ٢٧٢ متنبه أولى / ١٩٧٣ في ٢١/١١/٩٧٣ ، النشرة القضائية السنة الرابعة العدد الرابع ، ص ١٤٧٠ وما بعدها.

الملحقات والتوابع ان منع سماع الدعوى بالعين او بالحق امام القضاء لمرور الزمان لا يعنى سقوط الحق عن المدعى عليه ولا تملكه الشئ بالتقادم ولا براءة نمته دينيا فيجب على المدين وفاء دينه.^١

ورد الملك الى صاحبه بحكم الديانه وتأصيلا لفكرة الحلال و الحرام لان الحلال لا يصبح حراما والحرام لا يصبح حلالا الا بطرق مشروعه اذا كان القضاء فى الاسلام يعتمد ظواهر الامور فيقضى بمقتضى الادله المعروضه لديه فان فكرة الحلال والحرام تبقى مناصله في صميم النفس الانسانية المسلمة فتجعلها لا تحل حراما ولا تحرم حلالا فعندما يقضى القاضي بحكم ولا يكون المقضي به حقا تكون تبعته الدينيه على المقضي له المبطل.^٢

وقد يختلف حكم الفعل الواحد او الواقع الواحد فى القضاء عنه فى الديانه تبعا لاختلاف الظاهر عن الواقع فالعبره تكون للواقع ديانته ومرور الزمان من الناحيه الدينيه لا يغير من الواقع من حيث كسب الحقوق او سقوطها فاذا رد القاضى الدعوى بسبب وقوع مرور الزمان لا يعنى ذلك براءة ذمة المدين من دينه.^٣

الفرع الثالث

موقف القضاء العراقي

ذهب القضاء العراقي الى اقرار المبدأ القانوني التالي: (١) - الاصل يقضي بعدم تعرض المحكمة الى الناحية الموضوعية فيما اذا اتجهت الى ناحية مرور الزمان.

٢- التقادم يبتدأ من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الارجاء.

٣- راتب تقاعد العيال لا يجوز حجزه ولا تجوز مطالبة الوارث بتسديد دين على المتوفى اذا لم يترك مالا^٤.

وفي قضية اخرى الى ما يلي :- (١) - الاصل في الحق انه لا يسقط بمرور الزمان فلو اقر المدعى امام المحكمة اخذ باقراره (م ٤٤٠ مدني)

٢- اجر المثل لا يتغير حقاً دورياً متجدداً لأنه ليس مقدراً ابتداءً.^٥

كما جاء في قرار اخر الى ان (الاقرار بحق الدائن صراحة أو دلالة تنقطع به مدة مرور الزمان).^٦

وفي قضية اخرى الى انه (لا تتقادم الدعوى بأجر مثل دكان هدمته امانة العاصمة وضمته الى شارع الا بخمس عشرة سنة لان اجر مثل الدكان في مثل هذه الحالة ليس كسباً دون سبب وليس تعويضاً عن فعل غير مشروع بل هو ربع في ذمة الحائز سيء النية).^٧

^١ قرار محكمة التمييز المرقم ٢٠٠ / مدنية ثالثة / ٩٧٢ في ٢٧/٤/٩٧٢. النشرة القضائية السنة الثالثة، العدد الثاني ، ص ٨٢ وما بعدها .

^٢ م . م عضيد عزت حمد ، مفهوم التقادم مع بعض التطبيقات القضائية في العراق ، كلية المأمون الجامعة ، ص ٢١٤-٢١٦

^٣ علي حيدر ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، المجلد الرابع ، دار الجبل ، بيروت ، ط ١ ، ص ٢٥٩ .

^٤ رقم القرار ٣/٩٦٩ في ١٧/٢/٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز مجلة / ٦ ، ١٩٦٩ ص ٣٤٨ .

^٥ رقم القرار / ٥٣ استئنافية ٦٩٦ في ١٦/١٠/٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز مجلة ١٩٦٩ ص ٢٤٩

^٦ رقم القرار ٥٣ استئنافية ٦٩٦ في ١٦/١٠/٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز مجلة ١٩٦٩ ص ٢٤٩ .

^٧ رقم القرار / ٥٢ استئنافية ٦٩٦ في ١٦/١٠/٩٦٩ - قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٤٩

وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر الى ما يلي: تصرف الشريك في العقار المشترك المسجل في مديرية التسجيل العقاري لا يسري عليه مرور الزمان تجاه شريكه) .

والى انه: (ليس للمحكمة ان تمنع من تلقاء نفسها عن نظر الدعوى المروور الزمان بل يجب ان يطلب المدعى عليه ذلك المادة (٤٤٢ مدني) ^١.

الخاتمة

النتائج

١- انقضاء الالتزام بما يُعادل الوفاء يقوم على خمس حالات هما (الوفاء بمقابل - التجديد - الإنابة - المقاصة - براءة الذمة)

٢- انقضاء الالتزام دون الوفاء يقوم على ثلاث حالات هما (الابرء - استحالة التنفيذ - التقادم او مرور الزمان المانع من سماع الدعوى) .

٣- افرد القانون المذكور المادتين ٣٩٩ و ٤٠٠ للوفاء بمقابل ضمن طرق انقضاء الالتزام .

٤- يقصد بالتجديد استبدال دين قديم بدين آخر فيكون سبباً في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد ولهذا فالتجديد هو اتفاق على انه قضاء الالتزام القديم وعقد على انشاء الالتزام الجديد وهو في الحالتين (تصرف قانوني) يستوجب توافر أركانه وشروط صحته، كأهلية القانونية اللازمة وخلو الرضا من عيوب الارادة ولا يقوم التجديد الا يتوافر شروطه فإن قام رتب الاثار القانونية على قيامه ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير الدين في محله أو (مصدره)، أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن.

٥- أخذ المشرع العراقي - كغيره من التشريعات المدنية العربية والأجنبية - بنظام الإنابة في الوفاء، فخصص لها المواد من ٤٠٥ إلى ٤٠٧ من القانون المدني وأدرجها ضمن أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء .

٦- تكون الانابة علة نوعين (الانابة الكاملة والانابة الناقصة) .

٧- خصص القانون المدني العراقي للمقاصة المواد (٤٠٨-٤١٧) باعتبارها من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، حيث تقضي المادة (٤٠٨) مدني بأن المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه ، فهي انقضاء دينين متقابلين بمقدار الاقل منهما ، وتقع بحكم القانون او باتفاق الطرفين.

٨- تكون المقاصة على ثلاث انواع (قانونية واختيارية وقضائية)

٩- اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد. وهو يفترق عن المقاصة من حيث أن المقاصة تفترض وجود شخصين بينهما التزامان المدين في أحدهما دائن في

^١ رقم القرار ٥٣ استئنافية ٦٩٦ في ١٦/١٠/٩٦٩ قضاء محكمة التمييز مجلة ٦ ، ١٩٦٩ ص ٢٤٩.

الآخر. أما اتحاد الذمة فهو يفترض وجود دين واحد ثم خلف أحد طرفيه الطرف الآخر. كما إذا توفي الدائن مثلاً فورث المدين .

١٠- يقصد بالإبراء نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف تبرعى لأنه لم يستوف لا عيناً ولا مقابلاً لأصل الدين ويقع بإرادة الدائن وحده .

١١- ان استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي لمرض او للقوة القاهرة تقضي التزام المدين لسبب لا يعود للوفاء به وعادة يتم بحث الموضوع ضمن اثار العقد الملزم للجانبين وضمن احكام للفسخ للعقد

١٢- يقصد بالتقادم المانع من سماع الدعوى (مرور الزمان) مرور مدة معينة على الحق دون ان يدعى به زاعم ان ذلك الحق له ، وحكمه ان يدفع استماع الدعوى . فهو يصلح سببا للدفع لا سببا للتملك . ولهذا لو اقر المدعي عليه بالدعوى ودفع مرور الزمان لا يلتفت إلى دفعه لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، عملاً بالحديث النبوي الشريف (لا يسقط حق امرئ مسلم وان قدم) .

التوصيات

١- ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بأحكام قاعدة القبض والحياة-فكرة اليد- في الفقه الإسلامي في كل القضايا المتعلقة بتبعية الهلاك في القانون المدني، وذلك لبساطتها وسهولة تطبيقها وشموليتها لاحكام تبعة الهلاك في نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بدلا من إقامتها على طبيعة العقد الملزم للجانبين ومن ثم رفع المادة (٧٠٤) من مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ والإبقاء على حكم المادة (٥٤٧) من القانون المدني النافذ والتي تؤكد حكم الفقه الإسلامي بجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسلم على البائع وحده.

٢- ضرورة النص على استحالة تنفيذ الالتزام في نطاق العقود بصورة صريحة، وذكر أسبابها، وخصوصا أسباب وقفها لاستحالة تنفيذه.

٣- ولإعطاء نص المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي الجانب الأكبر من الشمول والعموم في مجال العمل القضائي ، يتعدى المعالجة القانونية للاستحالة النهائية -انفساخ العقد- ليشمل الاستحالة الوقتية -وقف تنفيذ العقد -وذلك بالنظر الى طبيعة دراسة المانع الذي أدى إلى الاستحالة والذي يجمع دائماً بين كلا نوعي الاستحالة ولاعطاء مسألة التوافق بين الدراسة النظرية والدراسة العلمية دورها الفاعل في هذا المجال ، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بضرورة معالجة حكم الاستحالة الوقتية -وقف تنفيذ العقد - إلى جانب حكم الاستحالة النهائية وجعل المادة القانونية بالشكل الآتي:

(٤٢٥) " ١- ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه. ٢- إذا كانت الاستحالة مؤقتة فيوقف تنفيذ العقد ، ومع ذلك ينقضي الالتزام اذا استمرت الاستحالة إلى الوقت الذي تؤدي فيه إلى فوات جدوى التنفيذ وحسب طبيعة ومحل التعاقد.

٤- نقترح على المشرع العراقي وضع تعريفا لاستحالة تنفيذ الالتزام ، كأن يكون : "عدم إمكانية طرفي عقد أو أحدهما تنفيذ التزاماته، لسبب أجنبي خارج عن إرادته، يترتب عليه انتهاء العقد أو وقفه"

٥- ولتحقيق الفائدة العملية من وراء إحالة الحقوق والدعاوى من المدين الى دائنه في حالة هلاك الشيء محل الالتزام بسبب أجنبي كأثر من آثار الانفساخ ، فإننا نقترح على المشرع العراقي استحداث مادة قانونية تعالج هذا الأمر وتكون كذلك أساسا مباشرا للأثر السابع للانفساخ بدلا من الاعتماد على نصوص القانون المدني الأخرى والتي لا تعالج هذا الأثر بصورة مباشرة ، ولكي تعزز نظرية الحلول العيني في نطاق استحالة التنفيذ ، على ان تكون هذه المادة المقترحة بالشكل الآتي : " إذا أنشأ الالتزام حقوقاً أو دعاوى تعويض ثم إستحال تنفيذه بسبب أجنبي إنتقلت هذه الحقوق بقوة القانون إلى الدائن بهذا الالتزام"

٦- كما وجدنا ان المشرع العراقي بعد أن نفى الضمان عن المدين إذا كانت يده يد أمانة عند إثبات السبب الأجنبي، وأوجب الضمان عندما تكون يده يد ضمان حتى عند إثبات السبب الأجنبي، عاد في المادة (١١٦٨) استثنى الحائز سيء النية من الضمان إذا استطاع أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف لو انه بقي في يد مستحقه، وبالتالي فالمشرع كان له توجه جديد نحو إعطاء فرصة للحائز سيء النية ان يفلت من الضمان عند إثبات الهلاك الذاتي، حتى لو انه بقي في يد مستحقه، ونرى في ذلك إجحاف للعدالة وخروج عن القواعد المعروفة للضمان، لذا كان من الأولى ان يكون موقفه مشابها لما نصت عليه المادة (١١٩٦) من القانون المدني الأردني، التي تنص على انه "إذا كان الحائز سيئ النية فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء او كلفه ولو وقع ذلك بسبب لا يد له فيه " والذي نقترح على المشرع العراقي الأخذ به .

المصادر

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : الكتب

- ١- الاستاذ الدكتور عبد المجيد و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، القانون المدني (احكام الالتزام) ، ج ٢ ، شركة العاتك بيروت ، طبعة جديدة ٢٠١٨
- ٢- منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار نارس للطباعة والنشر ، ط ١ ، ٢٠٠٦
- ٣- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث (دار الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨)
- ٤- عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات - ج ٢ أحكام الالتزام ، طبعة ١٩٨٦ .
- ٥- محمد بن احمد ابن جزي الغرناطي. القوانين الفقهية، تحقيق عبد الكريم الفضيلى ، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء ، ٢٠٠٦ .

- ٦- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، العقود الملكية وتوابعها. دار الفكر الطبعة الثانية. ١٩٨٥
- ٧- توفيق عبد العزيز و د. سعيد الفكهاني، التعليق على قانون الالتزامات والعقود. ج٢، ط١ الدار العربية للموسوعات ، القاهرة
- ٨- المختار بن احمد العطار. الوسيط في القانون المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣
- ٩- مأمون الكزبري. نظريه في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي الجزء الثاني. أوصاف الإلتزام وانتقاله وانقضاؤه
- ١٠- عبد العزيز توفيق. التعليق على قانون الإلتزامات والعقود. ج ١ مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى ١٩٩٩
- ١١- إسماعيل غانم، في النظرية العامة للإلتزام ، ج ١، فقرة ٩١
- ١٢- محمد تقيه - الارادة المنفردة كمصدر للإلتزام المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ١٩٨٤
- ١٣- شرح الخطاب ج ١، على الخفيف ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، من دون سنة نشر
- ١٤- منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ٤ مطبعة العاني ، ١٩٤٨م
- ١٥- مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، ج ١، المدخل الفقهي العام ، طبعة دار الفكر ، بيروت
- ١٦- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ج ٢، بيروت المطبعة الادبية ، ١٩٣٣ م
- ١٧- منير القاضي ، شرح المجلة ، ج٤ ، ط١ ، مطبعة العاني ،بغداد ، ١٩٤٨
- ١٨- حاشية ابن عابدين ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، ج٤ ، ١٩٦٦
- ١٩- عضيد عزت حمد ، مفهوم التقادم مع بعض التطبيقات القضائية في العراق ، كلية المأمون الجامعة
- ٢٠- علي حيدر ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، المجلد الرابع ، دار الجبل ، بيروت ، ط١

ثالثا : الرسائل والاطاريح

- ريم عدنان عبد الرحمن الشنطي ، الإنابة في الوفاء ، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٢

رابعاً : القوانين

القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

خامساً : القرارات القضائية

١- رقم القرار ١٣٩ / هيئة عامة أولى ١٩٧٤ في ٢٨/٩/١٩٧٤ - النشرة القضائية - العدد الثالث ٩٧٤

٢- رقم القرار ١٠٠ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ في ١٤/٩/١٩٧٤ - النشرة القضائية العدد الثالث ٩٧٤

٣- رقم القرار ١١ / ٣ / ٩٧٠ في ١٠/٥/٩٧٠ النشرة القضائية ٩٧١

٤- رقم القرار ٢٩٩ / هيئة عامة أولى / ٩٧١ في ٢٦/٨/١٩٧٢ النشرة القضائية ١٩٧٤

٥- رقم القرار ٢٤٧٦ / حقوقية / ١٩٦٦ في ٣٠/١/١٩٦٦ مجلة القانون المقارن العدد ٢ ، ١٩٦٨

٦- رقم القرار ٥١٩ / حقوقية ٩٦٩ في ٢٧/٩/١٩٦٩ - مجلة ٦/ ص ١٨٤

٧- رقم القرار ٥٦ / مدنية أولى / ١٩٧٢ في ٦/٤/٩٧٢ - النشرة القضائية ١٩٧٤

٨- رقم القرار ٢٢٢ مدينة أولى / ٩٧٢ في ١٠/٣/٩٧٢ النشرة القضائية ١٩٧٤

٩- رقم القرار ٣٩٤ مدينة أولى ٩٧٤ في ١٩/٢/٩٧٥ - مجموعة الاحكام العدلية ، السنة ٦

١٠- رقم القرار ٥٤ / ١٩٨٠ منشور في (فتاوى مجلس شورى الدولة منشورات مركز البحوث القانونية اعداد الدكتور عبدالرسول - الجصاني بغداد ١٩٨٧

١١- قرار محكمة التمييز المرقم ١٤٤ / هيئه عامه أولى ٩٧٥ في ٢٥/١٠/٩٧٥ مجموعة الاحكام العدلية السنة السابعة العدد الرابع

١٢- قرار محكمة التمييز ٢٧٢ متنبه أولى / ١٩٧٣ في ٢١/١١/٩٧٣، النشرة القضائية السنة الرابعة العدد الرابع

١٣- قرار محكمة التمييز المرقم ٢٠٠ / مدنية ثالثة / ٩٧٢ في ٢٧/٤/٩٧٢. النشرة القضائية السنة الثالثة، العدد الثاني

١٤- رقم القرار ٣/٩٦٩ في ١٧/٢/٩٦٩- قضاء محكمة التمييز مجلة / ٦ ، ١٩٦٩

