

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

الوفاء بمقابل

دراسة مقارنة

إعداد
سناء سعيد محمد طه

إشراف
د. علي السرطاوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون
الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2011م

الوفاء بمقابل

دراسة مقارنة

إعداد

سناء سعيد محمد طه

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2011/7/10م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة

1. د. علي السرطاوي / مشرفاً ورئيساً

2. د. خالد التلاحمة / ممتحناً خارجياً

3. د. غسان خالد / ممتحناً داخلياً

التوقيع

.....

.....

.....

الإهداء

إلى أمي الحنون.....

إلى رفيق دربي..... زوجي العزيز منير.....

إلى عيوني التي أبصر بها إلى أبنائي الأحباء

شيماء و فادي و راضي

إلى أمي التي لم تلدني.....الغالية أم منير.....

إلى كل من مد لي يد العون و شاركني المشقة والعناء.....

وأخيرا أقدم هذا الجهد المتواضع إلى كل من أحبني بصدق

وإخلاص .

الشكر والتقدير

بداية الشكر والحمد لله رب العالمين الذي أنعم علي بالصحة والعلم

أتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور علي السرطاوي لقبوله الإشراف على هذه الرسالة ،ولما قدمه لي من النصع والإرشاد الذي أوصلني إلى إتمام هذه الدراسة .

كما و أتقدم بالشكر والتقدير إلى جميع أساتذتي في كلية القانون في جامعة النجاح الوطنية .

الإقرار

أنا الموقعة أدناه مقدمة الرسالة التي تحمل العنوان:

الوفاء بمقابل

دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:

اسم الطالبة:

Signature:

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	فهرس المحتويات
ح	الملخص
1	المقدمة
2	منهجية البحث
2	إشكالية البحث
3	أهداف البحث
4	نطاق البحث
4	الدراسات السابقة حول الموضوع
4	خطة البحث
6	الفصل الأول: ماهية الوفاء بمقابل
7	المبحث الأول: الوفاء بمقابل وبيان أركانه
7	المطلب الأول: التعريف بالوفاء بمقابل
12	المطلب الثاني: أركان الوفاء بمقابل
12	الفرع الأول: الاتفاق ما بين الدائن والمدين
20	الفرع الثاني: تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن
24	المبحث الثاني: تمييز الوفاء بمقابل عن بعض النظم القانونية المشابهة
24	المطلب الأول: الوفاء بمقابل وتجديد الالتزام
26	المطلب الثاني: الوفاء بمقابل والالتزام التخييري
28	المطلب الثالث: الوفاء بمقابل والالتزام البدلي
31	الفصل الثاني: طبيعة الوفاء بمقابل
32	المبحث الأول: الوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية
33	المطلب الأول : الصلح في حكم البيع
35	المطلب الثاني: الصلح في حكم الإجارة

الصفحة	الموضوع
38	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل
38	المطلب الأول: الوفاء بمقابل مقايضة أو بيع تليه مقاصة
41	المطلب الثاني: الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصلي
42	المطلب الثالث : الوفاء بمقابل تجديد للالتزام بتغيير المحل
43	المطلب الرابع: الوفاء بمقابل عقد خاص
44	المطلب الخامس : الوفاء بمقابل عمل مركب من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية
48	الفصل الثالث: آثار الوفاء بمقابل
49	المبحث الأول: الوفاء بمقابل كناقل للملكية
51	المطلب الأول : الأحكام الخاصة بضمان الاستحقاق
54	الفرع الأول :أثر ضمان الاستحقاق ما بين المدين والمستحق
55	الفرع الثاني :أثر ضمان الإستحقاق ما بين الدائن والمستحق
57	الفرع الثالث :آثار الاستحقاق ما بين الدائن والمدين
62	المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بضمان العيوب الخفية
62	الفرع الأول : وجوب تحقق الدائن من حالة مقابل الوفاء
63	الفرع الثاني :أثر وجود العيب الخفي في مقابل الوفاء
66	المبحث الثاني: الوفاء بمقابل كمبرئ لذمة المدين
67	المطلب الأول: الأحكام الخاصة بانقضاء التأمينات
68	المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بتعدد الديون
70	الفرع الأول : تحديد الدين الموفى به بواسطة المدين
71	الفرع الثاني :تحديد الدين الموفى به بواسطة القانون
72	الفرع الثالث:تحديد الدين الموفى به بواسطة الدائن
73	المطلب الثالث :مدى جواز الطعن في الوفاء بمقابل من قبل دائني المدين
76	الخاتمة
83	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

الوفاء بمقابل

"دراسة مقارنة"

إعداد

سناء سعيد محمد طه

إشراف

الدكتور علي السرطاوي

الملخص

تبحث هذه الدراسة في نظام الوفاء بمقابل، وبمعنى أدق الدور الذي يلعبه الوفاء بمقابل باعتباره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام، ويتحدد هذا الدور من خلال تحديد النطاق القانوني للوفاء بمقابل بداية، ثم تحديد الطبيعة القانونية له، وصولاً إلى أبرز وأهم الآثار المترتبة عليه، كل ذلك يأتي ضمن دراسة مقارنة ما بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية، مع الإشارة إلى نصوص المواد في مشروع القانون المدني الفلسطيني ذات الصلة بموضوع الدراسة.

تتضمن هذه الدراسة ثلاثة فصول: يبحث الفصل الأول في ماهية الوفاء بمقابل وتحديد النظام القانوني له، من خلال التعريف به وبيان لمدى جواز إجبار الدائن على قبول شيء بديل عما التزم به المدين في الأصل، بهدف التوصل إلى المضمون الحقيقي لعملية الوفاء بمقابل، مع توضيح أركان هذه العملية، وبيان لمدى اختلافها فيما بين القوانين المقارنة محل الدراسة والتي تختلف بحسب المفهوم الذي أخذت به تلك التشريعات، فهل أخذت بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل، أم بالمفهوم الضيق الذي يعمل على التضييق من نطاق هذه العملية وقصرها على حالات معينة دون الأخرى، كذلك بيان ما يتميز به الوفاء بمقابل عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له كنظام التجديد والذي يعد أبرزها، بالإضافة إلى كل من الالتزام البدلي و الالتزام التخييري .

يبحث الفصل الثاني في الوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية من جهة، والتي جاء فيها الوفاء بمقابل تحت مسمى "الصلح" والذي تتحدد طبيعته بحسب نوع المصالح عنه، ومن جهة أخرى يبحث هذا الفصل في طبيعة الوفاء بمقابل في التشريعات المدنية، ولتحديد طبيعة هذه

العملية عما إذا كانت تجديد للالتزام، أم بيع، أم وفاء، أم أن الوفاء بمقابل يعد نظاماً مستقلاً بذاته وله فلسفته القانونية التي يقوم عليها، لا بد من إجراء دراسة قانونية قائمة على أساس المقارنة بين هذه القوانين، وبيان أبرز الاتجاهات المطروحة في هذا المجال، وأسانيد كل منها، وأهم الانتقادات الموجهة لها، وصولاً إلى التكيف القانوني السليم للوفاء بمقابل .

أما الفصل الثالث فقد خصص للبحث في الآثار المزدوجة للوفاء بمقابل والتي جاءت نتاجاً لتراكب طبيعته، فمن ناحية هناك آثاراً للوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية، ويخضع في ذلك لأحكام عقد البيع، وأبرزها أحكام ضمان الاستحقاق وأحكام ضمان العيوب الخفية، ومن ناحية أخرى هناك آثار باعتباره قاضياً على الالتزام الأصلي ومبرئاً لزمة المدين، ويخضع حينها لأحكام الوفاء، وأبرزها انقضاء التأمينات الضامنة للدين الأصلي، والأحكام الخاصة بتعدد الديون، بالإضافة إلى السماح لدائني المدين بالطعن في الوفاء بمقابل عن طريق الدعوى البوليصية .

ثم تلا ذلك خاتمة تضمنت نتائج البحث وتوصياته .

المقدمة

عند نشوء التزام ما في ذمة المدين لا بد وأن ينقضي هذا الالتزام بإحدى الأسباب التي نص عليها القانون وهي : الوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الحقوق الشخصية أو بما يعادل الوفاء والذي يشمل كلا من (الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة والمقاصة وإتحاد الذمة) أو بدون وفاء ، ذلك أن تأييد الالتزامات يعد مخالفا للنظام العام .

فالوفاء بمقابل أو ما يعرف بالوفاء الاعتيادي هو نظام عرفته التشريعات المدنية الحديثة كما عرفه الفقه الإسلامي كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، ولكن تحت مسميات مختلفة كالصلح والاستبدال وغير ذلك.

ولعل أهم ما يميز الوفاء بمقابل انه يأتي على خلاف الأصل فهو يتيح للدائن أن يقبل شيئا آخر بدلا من الشيء الذي التزم به المدين مع الاحتفاظ بحقه برفض هذا البديل مهما بلغت قيمته .

وتظهر أهمية الوفاء بمقابل كنظام قانوني من خلال استخدامه في إطار المعاملات التجارية والمدنية ، الأمر الذي يدعو للتساؤل حول الدور الذي يلعبه نظام الوفاء بمقابل باعتباره سببا من أسباب انقضاء الالتزام .

وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من معرفة أي المفاهيم التي تم اعتناقها من قبل القوانين محل الدراسة ، فهل أخذت بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل ؟ بمعنى أن كل التزام يتفق الدائن والمدين على استبداله بمحل آخر يعد وفاء بمقابل بغض النظر عن نوعه سواء أكان عينا معينة أو ديناً أو قياماً بعمل أو امتناعاً عن عمل ، أم أنها عملت على التضييق من نطاقه وقصره على حالات معينة فقط والتي تتمثل في تنفيذ الاتفاق فورا بنقل ملكية المقابل إلى الدائن .

ولبيان ذلك فمن جهة لا بد من تحديد النطاق الفني والقانوني للوفاء بمقابل من خلال التعريف به وبيان أركانه وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له ، ومن جهة أخرى لا بد من

تحديد الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل بدراسة الاتجاهات المختلفة في ذلك، وأسانيد كل منها والانتقادات الموجهة لها ، وصولاً إلى تحديد الآثار المترتبة على الوفاء بمقابل، وما ينجم عنها من إشكاليات عملية تكاد تختفي عند وجود الفهم القانوني السليم لأحكام الوفاء بمقابل .

منهجية البحث

1. اعتمدت هذه الدراسة على منهج البحث المقارن، بالمقارنة بين التشريعات محل الدراسة، وهي القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري ومجلة الأحكام العدلية، مع الإشارة إلى النصوص ذات الصلة بموضوع الدراسة في مشروع القانون المدني الفلسطيني، ببيان موقف هذه التشريعات من الوفاء بمقابل، وتوضيح أوجه التشابه والإختلاف بينها، وما يميز أحدها عن الآخر، ولا ننسى السلبات والحلول المقترحة لها ، مع الاستعانة ببعض التشريعات الأخرى كقانون المعاملات المدنية الإماراتي و قانون العقود والموجبات اللبناني وذلك بالقدر اللازم .

2. كما اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي و ذلك بتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع ، بالإضافة إلى قرارات كل من محكمة التمييز الأردنية و محكمة النقض المصرية ذات الصلة واستخلاص المبادئ القانونية التي تضمنتها .

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في التساؤل حول الدور الذي يحققه نظام الوفاء بمقابل في انقضاء الالتزام، خاصة في ظل الجوانب التي تعددت بشأنها وجهات النظر وأهمها الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل والتي أدى الاختلاف بشأنها إلى ازدواج الآثار المترتبة عليه .

ومن هذه الجوانب والتي تعتبر بحد ذاتها إشكالية في البحث :

الجانب الأول : يتعلق بالأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل ومدى الاختلاف حولها في ظل القوانين محل الدراسة والتي أوقعت شراح القانون بالخلط فيما بينها حتى نخلص منها إلى

التمييز بين الوفاء بمقابل وما يختلط به من الأنظمة المشابهة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام أو نقله، حتى نصل في النهاية إلى نطاق محدد للوفاء بمقابل كنظام قائم بذاته .

الجانب الثاني : يتعلق بطبيعة الوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها تحت مسمى الصلح، بالإضافة إلى التكيف القانوني للوفاء بمقابل في ظل التشريعات المدنية وتضارب هذه التكيفات .

الجانب الثالث : يتعلق بآثار الوفاء بمقابل والتي تتسم بأنها مزدوجة الأحكام، فمن جهة تسري عليه أحكام الوفاء باعتباره مبرئاً لذمة المدين وقاضياً على الدين، ومن جهة أخرى تسري عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية .

أهداف البحث

تهدف هذه الدراسة بشكل أساسي إلى :

- 1 . دراسة نظام الوفاء بمقابل والنطاق الفني والقانوني له دراسة تفصيلية متكاملة في ظل القوانين محل الدراسة وهي: القانون المدني المصري ومثيله الأردني ومجلة الأحكام العدلية وذلك من خلال تعريفه، وبيان أركانه، وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له، لإزالة أي لبس أو غموض يكتنف تفسير النصوص المنظمة له .
- 2 . بيان الاتجاهات المختلفة حول الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل، وأسناد كل منها والانتقادات الموجهة لها ، بهدف تحديد الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل بشكل جلي وواضح .
3. بيان الآثار المزدوجة الناتجة عن تراكم طبيعة الوفاء بمقابل، والإشكاليات العملية التي تبرز معها .
4. دراسة نصوص مجلة الأحكام العدلية ذات الصلة بموضوع الدراسة باعتبارها المطبقة حالياً في فلسطين، مع الإشارة إلى نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني المنظمة للوفاء بمقابل، وإبراز مزايا وعيوب هذه الصياغة بمقارنتها مع القوانين الأخرى .

نطاق البحث

سيتم العمل على تحقيق الأهداف المرجوة من البحث في ظل القانون المدني الأردني والمصري ومجلة الأحكام العدلية، والتعرض إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني، مع الاستفادة من بعض التشريعات الأخرى كقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون العقود والموجبات اللبناني، كذلك سيتم الاستناد إلى شروحات مجلة الأحكام العدلية وإلى العديد من الكتب القانونية والمراجع المتخصصة، عدا عن بعض قرارات محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز الأردنية ذات الصلة، مع الاستعانة بالمواقع القانونية المتخصصة على شبكة الانترنت .

الدراسات السابقة حول الموضوع

يعد موضوع الدراسة (الوفاء بمقابل) من المواضيع التي لم تحظ بالاهتمام الكبير، فبعد البحث والدراسة تبين عدم وجود أية دراسة شاملة ومستقلة لنظام الوفاء بمقابل أو أية دراسة مقارنة تفصيلية له، عدا عن أن العديد من الأدبيات التي تم الاطلاع عليها كانت منصبة على دراسة الوفاء بمقابل باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام، وتناولتها بشكل موجز وبذكر عموميات فقط، أو تم تناولها وفق قانون معين فقط كالقانون المدني المصري أو الأردني بالرغم من تسميتها في بعض الأحيان بدراسات مقارنة، إلا أنها تقتصر على ذكر نصوص المواد فقط، مما أوقعها بالخلط وعدم القدرة على المقارنة فيما بينها بشكل جلي وواضح .

فهناك دراسة للباحث الدكتور رشدي شحاتة أبو زيد، وهي عبارة عن رسالة دكتوراه تحت عنوان (انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء) تكاد تكون الأكثر توسعا في دراسة الموضوع، ولكنها ركزت على الجانب الفقهي بالإضافة إلى القانون المدني المصري فقط، عدا أنها تناولت آثار الوفاء بمقابل بشكل موجز وليس تفصيلي .

خطة البحث

لتحقيق أكبر قدر من الفائدة تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول يسبقها مقدمة على

النحو الآتي :

الفصل الأول : أتناول فيه ماهية الوفاء بمقابل، وتحديد النطاق القانوني له في ظل القوانين المقارنة محل الدراسة، وذلك من خلال تعريف الوفاء بمقابل وبيان أركانه، بالإضافة إلى تمييز الوفاء بمقابل عن غيره من النظم القانونية المشابهة له كالتجديد والذي يعد أبرزها، والالتزام البدلي والالتزام التخيري .

الفصل الثاني : أتناول فيه طبيعة الوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية، وذلك لإبراز مدى اختلافها عما هو موجود في التشريعات المدنية، والذي استكملة في الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل في التشريعات الحديثة، ببيان أبرز هذه الاتجاهات، وأسناد كل منها والانتقادات الموجهة لها، بهدف تحديد الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل بشكل واضح .

الفصل الثالث : أتناول فيه آثار الوفاء بمقابل والتي تكاد تكون نتاجاً لتراكب طبيعته، فانقسمت هذه الآثار إلى قسمين : القسم الأول أتناول فيه الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية، وما ينتج عن ذلك من الخضوع لأحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، أما القسم الثاني أتناول فيه الوفاء بمقابل كمبرئ لزمة المدين، وما يترتب على ذلك من أحكام كإنقضاء التأمينات والأحكام الخاصة بتعدد الديون، بالإضافة إلى بيان مدى جواز الطعن في الوفاء بمقابل من قبل دائني المدين .

الخاتمة : أورد فيها الملاحظات والنتائج التي يتم التوصل إليها من خلال دراسة الموضوع وفقاً للقوانين المقارنة محل الدراسة .

الفصل الأول

ماهية الوفاء بمقابل

يعد الوفاء بمقابل أحد أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء بالتشريع المصري، وأحد صور التنفيذ الاختياري بما يعادل الوفاء بالتشريع الأردني، فهو يعطي المدين فرصة لإبراء ذمته دون الوفاء بما التزم به عيناً، وليبيان ماهية الوفاء بمقابل باعتباره نظاماً قانونياً مستقلاً وفق ما نظمته كلاً من المشرع المصري والأردني فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: تناول المبحث الأول منه مفهوم الوفاء بمقابل بالتعريف به وبيان أركانه، أما المبحث الثاني: تناول تمييز الوفاء بمقابل عن غيره من النظم القانونية المشابهة.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل وبيان لأركانه

لدراسة مفهوم الوفاء بمقابل لا بد من التعريف به، وبيان مدى جواز إجبار الدائن على قبول شيء بديل عما التزم به المدين في الأصل، وهذا ما سيكون محل الدراسة في المطلب الأول، عدا عن ضرورة دراسة أركان الوفاء بمقابل في المطلب الثاني على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف بالوفاء بمقابل

الأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به، وذلك طبقاً لعلاقة المديونية التي تربطه بالدائن¹. فإذا عرض المدين شيئاً آخر غير ما التزم به، عندئذ للدائن أن يرفض هذا الوفاء، بمعنى أن المدين لا يستطيع أن يجبر الدائن على قبول غير المتفق عليه حتى لو كان مساوياً له في القيمة أو أكبر منه قيمة، لكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يقدم المدين شيئاً غير الشيء الذي في ذمته، ويقبل الدائن بهذا الشيء، كما لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول شيء غير الشيء المتفق عليه بينهما، فإنه لا يجوز للدائن أن يطلب من المدين شيئاً آخر غير المتفق عليه، حتى لو كان هذا الشيء أقل قيمة من قيمة الشيء محل الاتفاق الأصلي².

وعند قبول الدائن استيفاء شيء آخر من المدين مقابل دينه، ينقضي الدين وتبرأ ذمة المدين عن طريق الوفاء بمقابل وليس عن طريق الوفاء³.

¹ الكسواني، عامر محمود : أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2008. ص 82 .

² الجبوري، ياسين محمد: المبسوط في شرح القانون المدني/ آثار الحقوق الشخصية/ أحكام الالتزامات. الجزء الثاني - المجلد الأول - الكتاب الأول - القسم الثاني. الإصدار الأول. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006. ص 323-324. ويحيى، عبد الودود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر - الأحكام - الإثبات)، القسم الأول/ مصادر الالتزام. بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1994. ص 701-702 . والاهواني، حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتزام. الجزء الثاني/ أحكام الالتزام. بدون طبعة. دار أبو المجد للطباعة، 1996. ص 449.

³ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني (انقضاء الالتزام). الطبعة الثانية. القاهرة: دار النهضة العربية. 1984. ص 936.

وفي ذلك نصت المادة(350) من القانون المدني المصري حيث جاء فيها: "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء"¹.

كذلك نصت المادة(340) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها: "يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئاً آخر أو حقاً يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشرائط العقد العامة"².

يلاحظ من خلال هذين النصين وجود إختلاف من حيث المضمون، فالنص الأردني يتفق مع الفقه الإسلامي في أن الوفاء بمقابل يمكن أن يكون حقاً أو التزاماً على خلاف ما ورد في النص المصري، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعليقاً على نص المادة (340) منه ما يلي: " وقد ذكر الوفاء بمقابل في كتب الفقه في البيع أو الصلح و يتميز الفقه الإسلامي بان مقابل الوفاء قد يكون التزاما، بينما تشترط القوانين الحديثة أن يكون مقابل الوفاء عيناً معينة. ولذا فقد تضمنت المادة الأولى من المشروع النص على أن مقابل الوفاء قد يكون التزاماً أيضاً "³.

هذا وقد عالجت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1548)⁴ منها الصلح حيث جاء فيها "إذا وقع الصلح عن الاقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط كذلك تجري دعوى الشفعة أيضا إن كان المصالحح عليه أو

¹ القانون المدني المصري رقم(131). نشر هذا القانون في الوقائع المصرية في العدد(108) بتاريخ 29 تموز لسنة1948 م. ويطابق نص هذه المادة كل من المادة (348) من القانون المدني السوري والمادة (399) من القانون المدني العراقي والمادة (337) من القانون المدني الليبي والمادة (381) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² القانون المدني الأردني رقم (43) نشر هذا القانون في العدد (2645) من الجريدة الرسمية بتاريخ (1) آب لسنة 1976 م . الصفحة رقم (2). ويطابق هذا النص المادة (365) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 م .

³ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني .الصادرة عن المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين.الجزء الاول.عمان.مطبعة التوفيق.ص383.

⁴مجلة الأحكام العدلية.الطبعة الاولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.1999.صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286هجري الموافق 1869م وتوطد نفاذها في عام 1293هجري الموافق 1876.ص183-184

المصالح عنه عقاراً ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلاً أو بعضاً ولو استحق بدل كله أو بعضه يطلب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلاً أو بعضاً...." وصورة الصلح على الوجه الوارد في النص تنطبق على صورة الوفاء الاعتيادي وتتفق مع ما جاء في القوانين الحديثة، وعُرف الوفاء بمقابل في الفقه الإسلامي تحت مسمى الاستبدال أيضاً "استبدال الدين بشيء حال أو بدين آخر".¹

وعليه نجد أن الفقه الإسلامي قد عرف الوفاء بمقابل، ولكن تحت مسميات مختلفة كالصلح والاستبدال، والتي سيتم دراستها عند الحديث عن طبيعة الوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

أما بالنسبة للفقه فقد تعددت التعريفات الفقهية التي تناولت الوفاء بمقابل فعُرف بأنه " اتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفي المدين للدائن بشيء آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلاً"².

وفي تعريف آخر أنه " وفاء من المدين لا بذات ما التزم به، بل بمحل آخر يتسلمه الدائن ويقبله وفاء لالتزام المدين "³.

وهناك من عرفه "هو أن يقدم المدين لدائنه مقابلاً يرتضيه عوضاً عن الشيء المستحق"⁴.

¹ مثال ذلك ان يكون شخص مديناً لشخص آخر بمقدار معين من الارز ويتفق كل من المدين والدائن على ان يقبل الدائن حالاً بمثل قيمتها قمحا ،نقلا عن ابو زيد ،رشدي شحاتة : **انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة "**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية .2009.ص523.

² تناعو، سمير عبد السيد: **المبادئ الأساسية في نظرية العقد واحكام الالتزام** . بدون طبعة. الاسكندرية. منشأة المعارف. بدون سنة نشر.ص 345 .

³ الجبوري، ياسين محمد: **المبسوط في شرح القانون المدني**. مرجع سابق . ص 324 . والشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام/ الكتاب الثاني / أحكام الالتزام** . بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية . 1995 . ص 320 .

⁴ طلبة، أنور: **الوسيط في شرح القانون المدني** .الجزء الثاني (المسؤولية عن الأشياء/الإثراء بلا سبب /دفع غير المستحق /الفضالة /آثار الالتزام /انقضاء الالتزام). الطبعة الأولى. الإسكندرية :دار الفكر الجامعي.1998.ص849.

وفي تعريف آخر جاء فيه العديد من الفقهاء بأنه " قبول الدائن من المدين في استيفاء حقه شيئاً آخر خلاف الشيء المستحق أصلاً"¹.

وعُرف أيضاً بأنه " الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يقوم المدين بتقديم شيء أو حق آخر بدل محل الالتزام الأصلي وعوضاً عنه، ويكون ذلك مبرئاً لزمته"².

يتضح من مجمل التعريفات الأربعة الأولى سابقة الذكر أنها متفقة من حيث المعنى وإن اختلفت في الفاظها، ويفهم من خلالها أن الوفاء بمقابل عبارة عن الاتفاق الذي من شأنه أن يؤدي إلى إبراء ذمة المدين، عن طريق تقديم المدين لشيء آخر بدلاً من محل الالتزام الأصلي وعوضاً عنه، بالإضافة إلى أن هذه التعريفات تكاد تكون متفقة مع القانون المدني المصري والذي عمل على التضييق من نطاق الوفاء بمقابل، حيث يشترط أن يقوم المدين بنقل ملكية شيء ما إلى الدائن حتى تتم عملية الوفاء بمقابل .

استناداً على ما سبق ترى الباحثة أن هذه التعريفات كانت قاصرة عن توضيح المضمون الحقيقي لعملية الوفاء بمقابل، فإذا كان الأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به، فإن قيام هذا الأخير بعرض شيء آخر أي بمحل آخر غير المتفق عليه أصلاً، عندئذ نكون أمام وفاء بمقابل بغض النظر عن طبيعة المقابل سواء أكان عيناً معينة قيمة كانت أم مثالية، أو كان المقابل عبارة عن الالتزام بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين .

¹ العدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات: بدون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1996. ص 42، وسلطان ، أنور: أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. بدون طبعة. بيروت: دار النهضة العربية للطباعة. 1980. ص 396. والفار، عبد لقادر: أحكام الالتزام. الطبعة السادسة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001. ص 40، وقاسم، محمد حسن: الوجيز في نظرية الالتزام (المصادر - والأحكام) بدون طبعة. الإسكندرية- دار الجامعة الجديدة للنشر. 1994. ص 247، وحسن، سوزان علي: الوجيز في القانون المدني (النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق - النظرية العامة للالتزام) . بدون طبعة . الإسكندرية: منشأة المعارف. 2004. ص 302.

² دواس ،أمين: القانون المدني/ أحكام الالتزام " دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. رام الله. دار الشروق للنشر والتوزيع. 2005. ص 37 .

أما التعريف الأخير والذي أورده الدكتور أمين دواس للوفاء بمقابل يتضح من خلاله أنه كان الأكثر دقة وانسجاماً مع ما جاء في القانون المدني الأردني، ويواجه كافة الفروض المقترحة لعملية الوفاء بمقابل مقارنة مع التعريفات السابقة له، من حيث أن الوفاء بمقابل يمكن أن يكون حقاً أو التزاماً، بينما تشترط التشريعات الحديثة أن يكون مقابل الوفاء عيناً معينة . وحسناً فعل المشرع الأردني حينما أخذ بما جاء في الفقه الإسلامي، أي بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل بغض النظر عن طبيعة المقابل الذي تم تقديمه في الوفاء بمقابل، فسواء أكان المدين ملتزماً بمبلغ من النقود وقام بتسليم بضاعة أو عقار ، أو كان ملتزماً بتسليم بضاعة وقام بالوفاء بمبلغ من النقود، أو كان ملتزماً بتسليم شيء وقام بتسليم شيء آخر فإنها تبرأ ذمة المدين على أساس الوفاء بمقابل¹.

ومن الناحية العملية فإن الوفاء بمقابل يتخذ صوراً متعددة، فقد يكون الالتزام الأصلي متعلقاً بنقل ملكية عقار معين كأرض مثلاً، ويقبل الدائن وفاء لهذا الالتزام بمبلغ من النقود أو بعقار آخر كمنزل، ولكن الصورة الغالبة للوفاء بمقابل هي تقديم المدين لدائنة ملكية عقار أو منقول بدلاً من النقود².

ويرى البعض أن المهم في كافة صور الوفاء بمقابل أن ينقل المدين حق الملك للدائن حيث لا يكفي مجرد إنشاء التزام ما³ ، وهذا القول محل نظر لأن الأمر في الوفاء بمقابل لا يتعلق بنقل ملكية شيء فقط، وإنما أي التزام بشكل عام إذا عرض المدين به على الدائن محل آخر غير المحل الأصلي عندئذ يتحقق الوفاء بمقابل كما تم توضيحه سابقاً .

¹ هذا وقد اختلف الفقه الفرنسي حول مفهوم الوفاء بمقابل فظهر هناك اتجاهين: الاتجاه الأول يستند إلى الأصول الرومانية للوفاء بمقابل وهو يأخذ بالمفهوم الضيق والذي يقصر الوفاء بمقابل على نقل ملكية شيء بدلاً من الأداء الأصلي فإذا كان محل الأداء الأصلي الوفاء بمبلغ من النقود فالوفاء بمقابل يكون بنقل ملكية شيء بدلاً من النقود أما العكس فلا يعد وفاء بمقابل (مازو وشاباس رقم 889 ص 1001). والاتجاه الثاني يأخذ بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل (ما لوري واينيس رقم 1060 ص 592) نقلاً عن الاهواني، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق ص 449-450 .

² سلطان، أنور: أحكام الالتزام. مرجع سابق . ص 396. والعدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات. مرجع سابق. ص 42.

³ أبو ستيت، أحمد حشمت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري. بدون طبعة. مصر: مكتبة عبد الله وهبة . 1945. ص 606.

المطلب الثاني: أركان الوفاء بمقابل

تختلف أركان الوفاء بمقابل حسب المفهوم الذي تم الأخذ به، فبالنسبة للتشريعات التي أخذت بالمفهوم الضيق للوفاء بمقابل¹، فحتى يقوم الوفاء بمقابل لا بد من توافر ركنيه الأساسيين مجتمعين، فإذا تخلف أحدها فلا يمكن تصوّر قيامه، ويتمثل الركن الأول في الاتفاق على التزام المدين بإعطاء شيء عوضاً عن الشيء المستحق في الأصل، وهو ما سيكون محلاً للدراسة في الفرع الأول من هذا المطلب، أما الركن الثاني فهو تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن والذي سيكون محلاً للدراسة في الفرع الثاني. أما من اخذ بالمفهوم الواسع²، فيقتصر الوفاء بمقابل لديه على الركن الأول، حيث يعد كافياً لقيامه مجرد الاتفاق ما بين المدين والدائن وقبول هذا الأخير محل آخر غير المحل الأصلي، وليس بالضرورة لقيام الوفاء بمقابل تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن كما في التشريعات التي أخذت بالمفهوم الضيق للوفاء بمقابل كالقانون المدني المصري .

الفرع الأول: الاتفاق ما بين الدائن والمدين³

إذا كان من غير المتصور إجبار الدائن على قبول الوفاء بشيء آخر غير المستحق أصلاً، إلا أن الدائن يستطيع أن يقبل ما يعرضه المدين من الوفاء بشيء آخر غير المستحق في الأصل.⁴

¹ ومن هذه التشريعات العربية القانون المدني المصري والسوري والعراقي والليبي، كذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني .

² ومن هذه التشريعات العربية القانون المدني الاردني ويتفق معه في الحكم قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

³ يرى الأستاذ السنهوري أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين على استيفاء الدين منه بمقابل كان ينقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين ومن ثم يرجع الغير على المدين إذا لم يكن بينهما اتفاق وبحسب الحالة اما بدعوى الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وفي حالة إذا رجع بدعوى الإثراء بلا سبب فإن الغير يستطيع أن يطالب المدين بأقل القيمتين وهما مقدار الدين وقيمة الشيء الذي أعطاه للدائن مقابلاً للوفاء. السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث . المجلد الثاني . مرجع سابق. هامش ص 938.

⁴ تناغو، سمير عبد السيد: المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام. مرجع سابق. ص 345.

وهذا ما يفهم من نص المادة(350) من القانون المدني المصري والمادة(340) من القانون المدني الأردني، حيث لا بد من الاستعاضة عن محل الالتزام الأصلي بمحل آخر .

وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بأن " وفاء الديون بغير طريقة دفعها نقداً يجب أن يكون حاصلًا باتفاق الطرفين (الدائن والمدين المتعاقدين) وأن يكون فوق ذلك منجزاً نافذاً غير قابل للعدول عنه"¹.

كذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه " أن العبرة في تكييف الدعوى هي للوقائع الواردة فيها وللقواعد القانونية المنطبقة عليها وليس للتسمية التي يطلقها الخصوم عليها. وعليه فإذا كانت الوقائع الواردة في صحيفة الدعوى تفيد أن المدعي استلم القطيع الأخير من الصيصان من باب التعويض عن نفوق القطيع الأول، وهو أمر جائز عملاً بالمادة(340) من القانون المدني التي أجازت للدائن أن يقبل وفاء لدينه عوضاً آخر، ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشروط العقد العامة، وتسري عليه أحكام البيع وينقضي به الدين الأول مع ضماناته...² . و في قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه " إذا نصت الاتفاقية الثانية المعقودة بين ذات الطرفين اللذين أبرما الاتفاقية الأولى على إلغاء الاتفاقية الأولى كما تضمنت الاتفاقية الثانية حقوقاً والتزامات جديدة بديلة عن الحقوق والالتزامات التي تضمنتها الاتفاقية السابقة دفعه المدعي في العقد الأول قد استبدل بالالتزامات الواردة في الاتفاقية البديلة على سبيل الوفاء الاعتياضي وفق أحكام المادة (340) من القانون المدني التي تنص على (يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئاً آخر أو حقاً يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشروط العقد العامة) " ³.

¹ نقض مدني، جلسة 1943/4/1، مجموعة 25 سنة، ص 280، ق 139. نقلاً عن يحيى، عبد الودود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات. مرجع سابق. ص 702 .

² تمييز حقوق رقم 91/744، مجلة نقابة المحامين، لسنة 1993، ص 945، نقلاً عن الجبوري، ياسين محمد: المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق ص 328 .

³ تمييز حقوق رقم 281 / 1987 المشار إليه على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات الأردنية http://www.lob.gov.jo/ui/laws/principlesarticle_descr.jsp?no=43&year=1976&article_no=340 &article_no_s=0 اخذ بتاريخ 2010/3/2 الساعة 22:20 .

ولا يعد الوفاء بمقابل عقداً وإنما اتفاقاً كالوفاء، فهو لا ينشئ التزاماً، وإنما يقضي على هذا الالتزام، وهذا الاتفاق يكون لاحقاً لنشوء الدين وغالباً ما يكون لاحقاً لميعاد استحقاقه أيضاً¹.

أما بالنسبة لقبول الدائن فقد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً، مثال ذلك عدم اعتراض الدائن عند وفاء المدين بشيء آخر غير المستحق أصلاً، أو إذا لم يبد أي تحفظ على هذا الوفاء².

هذا وقد تناولت الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مسألة إثبات الاتفاق على الوفاء بمقابل حيث جاء فيها "أما فيما يتعلق بالإثبات فيفرض في الدائن إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المدين إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة"³.

¹ السنهوري ، عبد الرزاق احمد : الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث .المجلد الثاني .مرجع سابق . ص 399 ، والجوري ، ياسين محمد:المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق . ص 328 ، والفكاهي ، حسن وآخرون : الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. الجزء الخامس . القاهرة : الدار العربية للموسوعات . 2001. ص 263 ، والفضل ، منذر : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية . الجزء الثاني . أحكام الالتزام . عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع 1995. ص 272 . هذا ويرى البعض أن اتفاق الدائن والمدين على الوفاء بمقابل غالباً ما يبرم بعد نشوء الالتزام لكن ليس هناك ما يمنع من وقوعه قبل ذلك . الحلالشة ، عبد الرحمن احمد جمعة:الوجيز في شرح القانون المدني الأردني /آثار الحق الشخصي /أحكام الالتزام .الطبعة الأولى.عمان:دار وائل للنشر .2006.ص522.

² سلطان ، أنور : أحكام الالتزام .مرجع سابق . ص 397. والحلالشة ، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني. مرجع سابق . ص 522. والفار ، عبد القادر: أحكام الالتزام. مرجع سابق. ص 40. هذا وقد تناولت الفقرة الثانية من المادة (318) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني قبول الضمني فنصت بأنه "إذا بدا شك ما، ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الإيفاء بأداء العوض، فالدائن يعد إلى أن يقوم برهان على العكس، قابلاً لذلك الإيفاء ومعتراً بكونه مبرراً لزمة المدين" نقلاً عن يكن ،زهدي : شرح قانون الموجبات والعقود (انتقال الموجبات وسقوطها).الجزء السادس .بدون طبعة .بيروت :نشر وتوزيع دار الثقافة .بدون سنة .ص233. انظر أيضاً السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني.الجزء الثالث .المجلد الثاني . مرجع سابق. هامش ص941. والجوري، ياسين محمد:المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق. هامش ص 331 .

³ مدونة القانون المدني المصري: المحامي عمار نصار .الإصدار الاول .2007.ص708.

والاتفاق الحاصل مابين الدائن والمدين لا بد أن تتوافر فيه الأركان العامة لكل اتفاق وهي الرضا والمحل والسبب والتي ستكون محلاً للدراسة على النحو الآتي:

المسألة الأولى: الرضا

على اعتبار أن الوفاء بمقابل هو اتفاق فلا بد وان تتوافر فيه أركانه وشروط صحته

وفي مقدمتها ثبوت الرضا وخلوه من العيوب وان تتوافر أهلية التصرف لدى الطرفين¹.

ويتحقق الرضا في الوفاء بمقابل بتوافق إرادتي الدائن والمدين عليه، مع خلوها من العيوب التي يمكن أن تشوبها²، بالإضافة إلى توافر الأهلية اللازمة في كلا الطرفين، والتي تتطلبها طبيعة الوفاء بمقابل باعتباره تصرفاً قانونياً ووفاء في نفس الوقت³.

فبالنسبة للمدين يجب أن تتوافر فيه أهلية وفاء الدين وأهلية التصرف في الشيء المتفق على تقديمه للدائن بدلاً من الشيء الأصلي، لأن الوفاء بمقابل بالنسبة للمدين يحمل معنى الوفاء، ومعنى نقل ملكية الشيء البديل إلى الدائن بذات الوقت، أما الدائن فيجب أن تتوافر فيه أهلية استيفاء الحق، لأن الوفاء بمقابل بالنسبة له يحمل معنى استيفاء الدين ومعنى التنازل عن الشيء المستحق أيضاً⁴.

¹ عبد الله، فتحي عبد الرحيم وعبد الرحمن، احمد شوقي: شرح النظرية العامة للالتزام (الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء - الإثبات) الكتاب الثاني. بدون طبعة . الإسكندرية: منشأة المعارف. 2000-2001. ص 275. انظر المادة (175) من مجلة الحكام العدلية .

² عيوب الارادة في التشريع المصري هي: الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال، أما في التشريع الأردني فعيوب الارادة هي: الغلط أو التغرير مع الغبن أو الإكراه .

³ شرف الدين، أحمد: نظرية الالتزام. الجزء الثاني / أحكام الالتزام. بدون طبعة. 2002 . ص 403 .

⁴ مأمون، عبد الرشيد: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات/ الكتاب الثاني/ أحكام الالتزام. القاهرة: دار النهضة العربية . 1997. ص 322 . و الحلالشة، عبدالرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني الاردني. مرجع سابق. ص 522. والجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق. ص 329 والسنهوري، عبدالرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث . المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 939_ 940. والفكاهاني، حسن وأخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976. مرجع سابق. ص 263 .

وعلى اعتبار أن الوفاء بمقابل من التصرفات الدائرة ما بين النفع والضرر، فإن تصرف المدين أو الدائن ناقص الأهلية بحسب القانون المدني الأردني ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي، فإذا لم يجزه لا تبرأ ذمة المدين من الدين¹، أما وفق القانون المدني المصري فالحكم مختلف حيث يأخذ هذا القانون بالعقد القابل للإبطال (الباطل بطلان نسبي)²، بحيث يجوز لمن تقرر البطلان النسبي لمصلحته الحق في إبطال العقد أو الإبقاء عليه .

المسألة الثانية: خصوصية المحل في الوفاء بمقابل

يقصد بمحل الاتفاق على الوفاء بمقابل: " الاستعاضة عن المحل الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن "³، وذلك حسب ما جاء في القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني، بينما الأمر يختلف عنه في القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية، فمحل الاتفاق يقصد به الاستعاضة عن المحل الأصلي بمحل آخر جديد، وليس بالضرورة أن يكون عن طريق نقل الملكية من المدين إلى الدائن .

وهذا المحل عدا عن ضرورة توافر شروط القواعد العامة في محل الالتزام، فإنه يمتاز بخصوصية معينة، وهذه الخصوصية يمكن أن تترجم إلى شروط وهي:

الشرط الأول: أن يكون الشيء المقابل غير داخل في محل الالتزام، بمعنى أن يكون شيئاً جديداً يستعاض به عن محل الالتزام الأصلي، وبناء عليه فإن كلاً من الالتزام التخييري والالتزام البدلي لا يعتبران وفاء بمقابل، لأن اختيار المدين أحد محال الالتزام في الالتزام التخييري، أو اختياره للبدل في الالتزام البدلي وتأديته، إنما يؤدي محلاً داخلياً في نطاق الالتزام الأصلي ومتفقاً

¹ ذلك بحسب المادة (171 و 172) من القانون المدني الأردني، أنظر المادة (111) من مجلة الأحكام العدلية .

² ذلك بحسب المادة (111) من القانون المدني المصري. الجبوري، ياسين محمد: **المبسوط في شرح القانون المدني**. مرجع سابق، ص 329 .

³ السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 940. و الحلاشة، عبد الرحمن: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** . مرجع سابق. ص 522. والفكاهاني، حسن وآخرون: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976**. مرجع سابق. ص 264 والجبوري، ياسين: **المبسوط في شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص 329 .

عليه عند نشوء الالتزام، بينما الوفاء بمقابل يكون المحل شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلي، عدا عن أن الاتفاق عليه يكون وقت الوفاء بالالتزام لا وقت نشوءه¹.

الشرط الثاني: هذا الشرط خاص بمن أخذ بالمفهوم الضيق للوفاء بمقابل، حيث يشترط أن يتم نقل الملكية (بإعطاء شيء أو نقل حق عيني) من المدين إلى الدائن بدلاً من الشيء المستحق في الأصل، كنقل ملكية سيارة أو منزل أو أرض أو دفع مبلغ معين من النقود، وبمعنى آخر أن لا يكون محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل²، أما إذا كان محل الالتزام الناشئ عن العقد الجديد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، عندئذ نكون أمام تجديد للالتزام بتغيير محل الدين و ليس أمام وفاء بمقابل³.

هذا ويرى بعض الفقه انه من غير المتصور أن يكون المقابل الذي يتم الوفاء به عملاً يقوم به المدين، لأن القيام بالعمل في العادة يستغرق وقتاً، والتفسير الوحيد لهذه الحالة هو في نطاق تجديد الالتزام بتغيير محله، لأن الوفاء بمقابل يقتضي تسليم الموفى به فوراً والقضاء على الالتزام⁴.

ولكن هناك سؤال يدور حول شرط نقل الملكية وهو هل يجوز الوفاء بمقابل عن طريق الشيك أو الكمبيالة ؟ إعمالاً لشرط نقل الملكية، فإن قبول الدائن استيفاء الدين بشيك أو كمبيالة أو أية ورقة مماثلة أخرى لا يبرئ ذمة المدين من الدين إلا إذا قبض الدائن قيمة الشيك أو الكمبيالة

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 940. ودواس، أمين: القانون المدني / أحكام الالتزام . مرجع سابق. ص 39. والحلثة، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني. مرجع سابق. ص 523. والجوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق. ص 329. والفكاهي، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني رقم 43 لسنة 1976. مرجع سابق. ص 264. يحيى، عبد الودود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات . مرجع سابق. ص 703. والعدوي، جلال: أصول أحكام الالتزام والإثبات. مرجع سابق. ص 42-43. ومأمون، عبد الرشيد: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات . مرجع سابق. ص 322.

² الجوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص 329-330 والسنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 940.

³ تناعو، سمير: المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام . مرجع سابق. ص 346. والسنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 940.

⁴ الشراقوي، جميل: النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. هامش، ص 320.

أو الورقة التجارية فعلاً، حينها ينقضي الدين بالوفاء وليس بالوفاء بمقابل¹. أما بالنسبة للمشرع الأردني فإنه استناداً لنص المادة (273) من قانون التجارة الأردني لسنة 1966 والتي تنص على أنه "لا يتجدد الدين بقبول الدائن تسلم شيك استيفاء لدينه فيبقى الدين الأصلي قائماً بكل ما له من ضمانات إلى أن توفى قيمة هذا الشيك " وعليه فإن مجرد تسلم الورقة التجارية لا يؤدي إلى انقضاء الدين الأصلي، ولا يعد تجديداً للدين، بالتالي لا ينقضي الالتزام الأصلي وإنما يبقى قائماً ولا تبرأ ذمة المدين منه، أما في حال إذا كان الشيك مؤشراً عليه² وفق نص المادة (232) من قانون التجارة الأردني السابق ذكره والتي تنص على أنه "1- لا قبول في الشيك و إذا كتبت على الشيك عبارة القبول عدت كأن لم تكن 2- على أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك، وهذه الإشارة تفيد وجود مقابل الوفاء في تاريخ التأشير " ، عندئذ يعتبر هذا وفاء وليس وفاء بمقابل .

أما بخصوص هذا الشرط فقد أخذ المشرع الأردني منحى آخر جارى فيه الفقه الإسلامي بأن العوض قد يكون التزاماً أيضاً، وذلك وفق ما نص عليه في المادة (340) من القانون المدني الأردني واستخدامه لتعبير (شيئاً آخر أو حقاً)، فمن الواضح أن هذا التعبير يستوعب كل أنواع الالتزامات من قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو أداء شيء معين. بالإضافة إلى أن ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (341) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها "إذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين" تفيد أنه من الممكن أن يكون العوض شيئاً آخر، وليس بالضرورة أن يكون عيناً معينة ، أما إذا كان العوض عيناً معينة فلا بد من قيام المدين بنقل ملكية هذه العين للدائن بدلاً من التزامه الأصلي³.

ولكن يؤخذ على المشرع الأردني عدم الأخذ بالتجديد، والذي يبرر ذلك بأن الوفاء بمقابل عبارة عن تجديد بتغيير محل الدين، وأنه لا حاجة للنص على التجديد، مما تسبب في إحداث فجوة في صياغة المشرع الأردني، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين التجديد والوفاء بمقابل

¹ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. هامش ص 940 .

² أما العرف المصرفي الفلسطيني فقد استقر على ما يسمى بالشيكات المعتمدة أو المصدقة .

³ دواس، أمين: القانون المدني / أحكام الالتزام . مرجع سابق، ص 38.

لا يمكن تجاهله، فالتجديد هو نظام اشمل واعم من الوفاء بمقابل، حيث أن التغيير من الممكن أن يكون بأي عنصر من عناصر الالتزام: فقد يكون التغيير في محل الالتزام أو في مصدره، أو قد يكون بشخص المدين أو بشخص الدائن، بينما في الوفاء بمقابل يقتصر التغيير على محل الالتزام فقط، وعليه فإن النص على الوفاء بمقابل وتنظيم أحكامه لا يغني عن التجديد كنظام قائم بذاته ولا يغطي جميع حالاته .

وعلى الرغم من أن المشرع الأردني لم يأخذ بالتجديد، إلا أنه وفي المادة (429) من القانون المدني الأردني والتي جاءت تحت عنوان التضامن بين المدينين تحدثت عن تجديد الدين حيث جاء فيها " إذا اتفق الدائن مع احد المدينين المتضامنين على تجديد الدين برئت ذمة الباقيين إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم جميعا " . مع الإشارة إلى أن هذه المادة جاءت متماشية مع ما جاءت به غالبية التشريعات العربية¹ ، وكان من الأولى أن تستبدل عبارة (تجديد الدين) بعبارة (الوفاء الاعتياضي) تحاشياً للنقد، وبهذا أخذت المادة (453) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث جاء فيها " إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على الوفاء الاعتياضي برئت ذمة الباقيين إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم جميعا " .

المسألة الثالثة: السبب

كل اتفاق لا بد وأن يكون له سبباً فإذا انعدم السبب يقع الاتفاق باطلاً، أما سبب الوفاء بمقابل فهو الوفاء بالالتزام الأصلي، فإذا انعدم السبب فالوفاء بمقابل يقع باطلاً لانعدام سببه، مثال ذلك أن يثبت فيما بعد أن الالتزام الأصلي لم يكن معلقاً في ذمة المدين².

¹ كالمادة (286) من القانون المدني المصري و المادة (286) من القانون المدني السوري والمادة (307) من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

² الحلاشة، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص522. والسنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص940.

الفرع الثاني: تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن

يتجلى الفرق ما بين الوفاء بمقابل في التشريع المصري عنه في التشريع الأردني ومجلة الأحكام العدلية عند الحديث عن الركن الثاني من أركان الوفاء بمقابل، ففي التشريع المصري لا بد لقيام الوفاء بمقابل من توافر ركنه مجتمعان، فلا يكفي مجرد الاتفاق على الوفاء بمقابل، وإنما يجب تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً من المدين إلى الدائن، ويعني ذلك ببساطة ضرورة إتمام الوفاء بمقابل بتسليم الشيء المقابل فور انتقال الملكية، أما إذا لم يتسلم الدائن الشيء الواجب الوفاء به، عندئذ نكون أمام وعد بالوفاء بمقابل وليس وفاء¹.

أما في التشريع الأردني ومجلة الأحكام العدلية فالحكم مختلف، حيث لا يشترط التنفيذ لقيام الوفاء بمقابل، وإنما يعد الاتفاق كافياً لإتمام عملية الوفاء بمقابل وإبراء ذمة المدين من الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد يحتاج إلى ضمانات جديدة .

وفيما يخص الركن الثاني المتمثل في تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن والذي ينص عليه القانون المدني المصري، فيكون ذلك طبقاً للقواعد العامة فإذا اتفق الطرفان على نقل ملكية شيء معين بذاته، عندئذ على المدين أن ينقل ملكية نفس الشيء المتفق عليه كسيارة معينة مثلاً إلى الدائن، أما إذا كان المقابل شيئاً معيناً بالنوع ككمية من الحبوب مثلاً فعلى المدين إفرازها لكي تنتقل ملكيتها، أما إذا كان المقابل عقاراً عندئذ على المدين أن يقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية هذا العقار كالتسجيل، كذلك قد يكون المقابل تقديم مبلغ معين من النقود فعلى المدين أن يسلم هذا المبلغ إلى الدائن، وفي المقابل على الدائن أن يقبل ما يقدمه المدين طالما أنه الشيء المتفق عليه².

¹ الاهواني، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. ص.452. نقلاً عن (ماز وشابا رقم 890 ص 1001) .
² مأمون، عبد الرشيد: الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. ص 322-323. والسنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص.941. وطلبة، أنور: الوسيط في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص.850. والحلاشة، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص.523. والفكاهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني رقم 43 لسنة 1976. مرجع سابق. ص.264-265 .

وتطبيقاً لما سبق فقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأن " وفاء الديون بغير طريقة دفعها نقداً يجب أن يكون حاصلًا باتفاق الطرفين (الدائن والمدين المتعاقدين) وأن يكون فوق ذلك منجزاً نافذاً غير قابل للعدول عنه، فإذا كان الوفاء المدعى به هو من طريق الوصية بغير اتفاق بين الموصي والموصى له الذي يدعي الدين فإن هذا التصرف الذي هو بطبيعته قابل للعدول عنه في حياة الموصى، لا يتحقق به شرط الوفاء بالدين قانوناً، وعلى ذلك فإذا دفع الوارث الموصى له دعوى بطلان الوصية بأن الوصية لم تكن تبرعاً بل كانت بمقابل هو وفاء الديون التي كانت له على الموصي واستخلصت محكمة الموضوع من عبارات التصرف ذاته ومن الظروف والملابسات التي حرر فيه أنه كان مقصوداً به تملك المضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع فقط ببطلانه وحفظت للموصى له حقه في مطالبة التركة بدينه المتنازع عليه إذا شاء بدعوى مستقلة فليس في قضائها بذلك خطأ في تطبيق القانون¹.

وبهذا القرار فقد أقر القضاء المصري مبادئ قانونية هامة فيما يتعلق بالوفاء بمقابل، من حيث أن الوفاء بمقابل يجب أن يكون حاصلًا باتفاق الطرفين الدائن والمدين، كذلك أن يكون الاتفاق منجزاً نافذاً غير قابل للعدول عنه، وعليه فلا يتم الوفاء بمقابل عن طريق الوصية، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فهي لا ترتب أثرها بنقل ملكية الشيء الموصى به إلا بعد وفاة الموصي، كذلك أن الموصي يستطيع الرجوع عن وصيته، وبالتالي لا يتم الوفاء بمقابل عن طريق الوصية لعدم تحقق الركن الثاني من أركان الوفاء بمقابل².

ويرى شراح القانون المدني المصري أن تنفيذ الاتفاق فعلاً هو ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد، ففي حالة التجديد يحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم فينقضي الالتزام القديم

¹ نقض مدني 1943/4/1 مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة ص 280 نقلاً عن معوض، عبد التواب: المرجع في التعليقات على نصوص القانون المصري معلقاً عليها بالمذكرة الإيضاحية والأعمال التحضيرية وأحكام النقض من 1931 إلى 1997 بالمقارنة مع التشريعات العربية / الجزء الثاني " أوصاف الالتزام. انتقال الالتزام. انقضاء الالتزام. العقود المسماة". الطبعة الرابعة. الاسكندرية : منشأة المعارف . 1998 . ص 206 .

² شرف الدين، أحمد: نظرية الالتزام /الجزء الثاني/ أحكام الالتزام. مرجع سابق. هامش ص 403 .

بقيام الالتزام الجديد، أما في حالة الوفاء بمقابل فلا بد من تنفيذ ما اتفق عليه الدائن و المدين فعلاً و ذلك بنقل ملكية المقابل إلى الدائن بدلاً من الشيء المستحق في الالتزام الأصلي¹.

وعليه "فإذا سلم المدين بالأجرة محصولات للمؤجر كضمان فإن هذا لا يعد وفاء، ولا يكون للأخير التمسك ببطلان حجز أوقعه أحد دائني المستأجر على المحصولات بدعوى أن ملكيتها انتقلت إليه"². بمعنى أن المدين إذا قام بتقديم شيء ما كضمان للدائن المترتب في ذمته للدائن، فإن هذا لا يمكن اعتباره وفاء ولا وفاء بمقابل، لأن الشيء الذي قدم كضمان لا تنتقل ملكيته إلى الدائن، حتى لو لم يوف المدين بما هو مترتب في ذمته تجاه الدائن، ولهذا الأخير في تلك الحالة الرجوع إلى الجهات المختصة لتقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة كيبيع الشيء المقدم كضمان بالمزاد، مع الإشارة إلى أن المشرع الأردني يتفق مع المشرع المصري بهذا الخصوص، فلا يمكن اعتبار ما تم تقديمه من المدين للدائن كضمان وفاء بمقابل .

هذا وترى الباحثة في اعتبار تنفيذ الاتفاق فعلاً هو الفارق الجوهرى ما بين الوفاء بمقابل والتجديد فيه خلط ومجانبة للصواب، حيث أن مجال الوفاء بمقابل حقيقة أوسع من أن يتم حصره وتضييق نطاقه بضرورة التنفيذ بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن، عدا أن الفارق الأساسي ما بين التجديد والوفاء بمقابل يتمثل في أن التجديد يكون بتغيير أي عنصر من عناصر الالتزام، بينما في الوفاء بمقابل فلا يكون التغيير إلا على عنصر واحد فقط ألا وهو محل الالتزام.

وبهذا ترى الباحثة تأييداً لما جاء به الفقه الإسلامي من وضع السياج الآمن لكافة المعاملات المالية، حيث يعطي الوصف بحسب المفهوم الذي تمت به، فإذا كان الوفاء بمقابل على شكل صرف، عندئذ يشترط أن يتم التقابض في مجلس العقد، أما إذا أخذ صيغة البيع فلا بد

¹ السنهوري ، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 941_942. و الحلالشة، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني. مرجع سابق. هامش ص 523. و شرف الدين، احمد: نظرية الالتزام /الجزء الثاني /أحكام الالتزام. مرجع سابق. ص 403_ 404. و يحيى، عبد الودود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات. مرجع سابق. ص 703 .

² طلبة، أنور: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. مرجع سابق. 850 .

حينها من قدرة المدين على التسليم، أما إذا كان في الوفاء بمقابل زيادة أو إنقاص، عندئذ لا بد من الهبة أو الإبراء وذلك حسب الحالة¹.

^{1 1} وهدان، رضا متولي: النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارناً بالفقه الإسلامي (النطاق الفني للتجديد - الأثر المسقط والمنشي للتجديد تأصيل سريان التجديد من حيث التزامن والتغاير). بدون طبعة . المنصورة : دار الفكر والقانون. 2007. ص75-76.

المبحث الثاني

تمييز الوفاء بمقابل عن بعض النظم القانونية المشابهة

تناول هذا المبحث التمييز بين الوفاء بمقابل وما يختلط به من الأنظمة القانونية التي تقضي على الالتزام أو تنقله، حتى يخرج كنظام مستقل قائم بذاته تناولته التشريعات المدنية بنصوص خاصة به، وعليه فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تناول المطلب الأول منه: تمييز الوفاء بمقابل عن تجديد الالتزام، أما المطلب الثاني: تناول تمييز الوفاء بمقابل عن الالتزام التخييري، وفي المطلب الثالث فقد تم تمييز الوفاء بمقابل عن الالتزام البدلي على النحو الآتي:

المطلب الأول: الوفاء بمقابل وتجديد الالتزام

يقصد بالتجديد: الاتفاق على استبدال التزام جديد بالالتزام القديم بعد تغيير عنصر من عناصره، كالتجديد بتغيير الدين سواء في محله أو مصدره، أو كالتجديد بتغيير المدين، أو كالتجديد بتغيير الدائن¹.

وعليه يمكن القول أن للتجديد نوعان هما: التجديد الموضوعي ويحصل عندما يكون التغيير بأحد عناصر الرابطة القانونية التي تقوم عليها كالمحل أو السبب، والتجديد الشخصي ويحصل عندما يكون التغيير لأحد أطراف العلاقة القانونية كالمدين أو الدائن أو كلاهما معا².

¹ شرف الدين، احمد: نظرية الالتزام /الجزء الثاني /أحكام الالتزام. مرجع سابق. ص 406_407. و ابو زيد، رشدي شحاته: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 357_358. ومحمود، همام محمد ومنصور، محمد حسين: مبادئ القانون/المدخل الى القانون/الالتزامات. بدون طبعة. الاسكندرية: منشأة المعارف. بدون سنة نشر. ص 470. و حسن، سوزان: الوجيز في القانون المدني (النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق - النظرية العامة للالتزام). مرجع سابق. ص 303. و شنب، محمد ليبي: مبادئ القانون/المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام. بدون طبعة. بيروت/لبنان: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1970. ص 468.

² الشنطي، ريم عدنان عبد الرحمن: الإجابة في الوفاء (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و القانون المدني الأردني وشروع القانون المدني الفلسطيني) رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا- القانون الخاص. نابلس. فلسطين. 2007. ص 14.

وبالتالي فإن التجديد يعد سبباً لانقضاء الالتزام الأصلي وبذات الوقت مصدراً لنشوء التزام آخر يقوم المدين بالوفاء به فيما بعد وذلك بحسب الاتفاق ما بين المدين والدائن.

ومن هنا نجد أن كلاً من الوفاء بمقابل وتجديد الالتزام يعدا من أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، عدى عن أن الوفاء بمقابل من النظم التي تتشابه تشابهاً كبيراً مع التجديد وخاصة تجديد الالتزام بتغيير محله.

وكما تناولته في السابق فهناك العديد من شراح القانون المدني المصري وبعض شراح القانون المدني الأردني يرون أن الفرق الجوهرى ما بين الوفاء بمقابل وتجديد الالتزام يكمن في تنفيذ الاتفاق في الوفاء بمقابل على الفور، حيث يقدم المدين المحل الجديد الذي يقبله الدائن بدلاً من المحل الأصلي وينقضي الالتزام، وبالتالي تنتهي علاقة المديونية بين الدائن والمدين وتبرأ ذمة هذا الأخير، بينما في التجديد يحل التزام جديد محل الالتزام القديم، ولا يتم تنفيذ الاتفاق على تغيير محل الدين فوراً، وبالتالي تبقى العلاقة قائمة ما بين المدين والدائن¹.

هذا وترى الباحثة مخالفة لأصحاب الرأي السابق، لأن عملية الوفاء بمقابل تتلخص في أن كل التزام ينقصد يصبح المحل بعد انعقاده واجب الأداء، فإذا عرض المدين عند الاستحقاق محلاً آخر على الدائن وقبل به هذا الأخير، عندئذ يكون هذا وفاء بمقابل بغض النظر عن نوع المحل سواء أكان عين أو دين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بينما في التجديد يكون التغيير في أي عنصر من عناصر الالتزام، وبالتالي نجد أن الفرق واضح بين كل من نظام الوفاء بمقابل كنظام قائم بذاته، وبين التجديد كنظام آخر له أحكامه الخاصة به .

¹ وهذان، رضا متولي: النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارناً بالفقه الإسلامي. مرجع سابق. ص 66. وابوزيد، رشدي شحاته: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة". مرجع سابق. ص 527. والاهواني، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. ص 452. والجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق : 326. والسنهوري، عبدالرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق . ص 941-942 .

هذا وقد تراجعت الأهمية العملية للتجديد بعد أن أخذت غالبية التشريعات الحديثة بحوالة الدين عند تغيير المدين وحوالة الحق عند تغيير الدائن، أما تجديد الالتزام بتغيير الدين أو محل الالتزام ففي الكثير من الأحيان يتحقق التجديد بهذه الصورة عن طريق الوفاء بمقابل¹.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت للتجديد إلا أنه لا يمكن الاستغناء عنه كنظام، خاصة وأن الأنظمة البديلة المطروحة للاستغناء عنه لا تشمل كافة حالات التجديد كما في التجديد بتغيير مصدر الالتزام .

المطلب الثاني: الوفاء بمقابل والالتزام التخييري

يعد الالتزام التخييري من الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، فليس بالضرورة أن يكون محل الالتزام واجباً واحداً معيناً، وإنما قد يتعدد شريطة أن يكون الوفاء بواحد من هذه المحال، أما إذا تعدد المحل وبذات الوقت قابله تعدد بالوفاء حينئذ لا يكون الالتزام تخييرياً².

¹ الشرقاوي، جميل: *النظرية العامة للالتزام* . مرجع سابق. ص 323. ومأمون، عبدالرشيد: *الوجيز في النظرية العامة للالتزام*. مرجع سابق. ص 326-327 . هذا و يرى البعض أن من الأمور التي ساعدت تناقص أهمية التجديد " أن انعقاده في بعض الصور قد يسلتزم من الشروط ما هو أكثر من شروط انعقاد الحوالة، كما أنه يفقد الدائن الجديد من المزايا ما يظل باقياً للمحال له في حوالة الحق " نقلاً عن سرور، محمد شكري: *موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري* . الطبعة الأولى. القاهرة: دار الفكر العربي. 1958. ص 295 . ويرى البعض أيضاً أن السبب وراء تراجع أهمية التجديد عن ذي قبل يكمن " فيما يتعرض له الدائن من خطر هو فقدان ما قد يكون لدينه الأول من تأمينات أو ميزات، فضلاً عن إمكان تحقيق أكثر نتائجه بوسائل قانونية أخرى تفضله فحوالة الحق اغنت عن تجديد الدين بتغيير الدائن وحوالة الدين عن تجديد الدين بتغيير المدين وإذا كانت حوالة الدين لم تنظم في القانون المصري فإن الاشتراط لمصلحة الغير قد مكن من تحقيق نتيجة متقاربة " نقلاً عن ابو استيت، حشمت: *نظرية الالتزام في القانون المدني المصري* . مرجع سابق. ص 608-609 .

² دواس، أمين : *القانون المدني / أحكام الالتزام* . مرجع سابق، ص 134. و مرقس، سليمان: *الوافي في شرح القانون المدني. الجزء الثاني/ الالتزامات* . المجلد الرابع/ أحكام الالتزام. الطبعة الثانية .لبنان: المنشورات الحقوقية. 1992 . ص 556 .

وعليه فالالتزام التخييري¹ : هو الالتزام الذي يشمل محله عدة أشياء بحيث تبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها فقط² . مثال ذلك أن يشتري شخص ما شقة ويلتزم بدفع ثمنها إما مبلغاً من النقود أو قطعة أرض معينة .

يتضح مما سبق أن الالتزام التخييري لا ينطوي على وفاء بمقابل ويرجع ذلك إلى:

أولاً: أن المدين عند اختياره أحد محال الالتزام في الالتزام التخييري وتأديته يكون قد أدى محلاً داخلياً في نطاق الالتزام الأصلي، بينما في الوفاء بمقابل يكون المقابل شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلي يستعاض به عن المحل الأصلي لهذا الالتزام³.

¹ نظم القانون المدني المصري الالتزام التخييري حيث تنص المادة(275) منه على انه " يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك " نقلاً عن موقع <http://ar.jurispedia.org> يوم الجمعة بتاريخ 2010 /3/19 الساعة 12.35. وهذا و يطلق على الالتزام التخييري في القانون المدني الأردني مصطلح " التخيير في المحل " حيث تنص المادة (407) منه على " يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحدا منها . ويكون الخيار للمدين إذا كان مطلقاً إلا إذا قضى الاتفاق أو القانون بغير ذلك " . نقلاً عن موقع <http://alqudsalaw.com/vb/showthread.php?t=8238> يوم الجمعة بتاريخ 2010/3/19 الساعة 13:00.

كذلك لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الأردني بالرغم من انه قد عالج الالتزام التخييري في المواد (407-410) متأثراً بالفقه الغربي الا انه قد عالجها أيضاً في المواد (189-192) تحت عنوان خيار التعيين مستوحياً هذه المواد من الفقه الاسلامي مع ان كلا من الالتزام التخييري وخيار التعيين لهما نفس المعنى فهذا لا يدل الا على سوء في السياسة التشريعية وكان من الاولى تناول الموضوع مرة واحدة لان احكام خيار التعيين والالتزام التخييري تعد من القواعد العامة التي تسري على كل الالتزامات الناتجة عن التصرف القانوني و بالتالي فان احكام احدهما تغني عن احكام الاخر. دواس، امين: القانون المدني / احكام الالتزام . مرجع سابق، ص 134-135 .

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الاول (انقضاء الالتزام والحوالة)، بدون طبعة . القاهرة: دار النهضة العربية. 1983. ص 160. و. الفار، عبد القادر: احكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)، بدون طبعة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005. ص 154. ومأمون، عبدالرشيد: الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق . ص 223.

³ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 940. والحالشة، عبدالرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص 523. ومأمون، عبدالرشيد: : الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. وعبدالله، فتحي عبد الرحيم وآخر: شرح النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. ص 276. والجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص 331.

ثانياً: أن الاتفاق على الالتزام التخييري يكون وقت نشوء الالتزام، بينما الاتفاق على الوفاء بمقابل يكون وقت الوفاء بالالتزام¹.

المطلب الثالث: الوفاء بمقابل والالتزام البديلي

يعد الالتزام البديلي² من الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، فهو الالتزام الذي يقع على محل واحد، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر، مثال ذلك أن يقترض شخص مبلغاً من النقود ويتفق مع المقرض على أن يرد له سيارة بدلاً من النقود³.

من خلال التعريف السابق يتضح لنا الفارق الجوهرى ما بين الالتزام التخييري والالتزام البديلي، والذي يتمثل بتعدد المحل في الالتزام التخييري، بينما في الالتزام البديلي فإن محل الالتزام واحد لا يتعدد وهو المحل الأصلي وليس البديل، على خلاف الالتزام التخييري الذي لا تحدد طبيعة الالتزام فيه إذا كان عقاراً أو منقولاً إلا بعد استعمال صاحب الخيار لحقه في الخيار⁴.

ويترتب على ذلك ما يلي :

¹ دواس، أمين: القانون المدني/ أحكام الالتزام "دراسة مقارنة. مرجع سابق، ص 39 .
² نظم القانون المدني المصري الالتزام البديلي حيث تنص المادة (278) منه على انه " 1- يكون الالتزام بديلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر . 2- والشيء الذي يشمل محل الالتزام لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته". نقلاً عن الموقع الإلكتروني <http://ar.jurispedia.org> يوم الجمعة بتاريخ 2010/3/19 الساعة 12.40. هذا ويطلق على الالتزام البديلي في القانون المدني الأردني مصطلح " إبدال المحل " حيث تنص المادة 411 منه على " 1- يكون التصرف بديلياً إذا كان محله شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر . 2- والأصل، لا البديل ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته " نقلاً عن الموقع الإلكتروني <http://alqudsaw.com/vb/showthread.php?t=8238> يوم الجمعة بتاريخ 2010/3/19 الساعة 13:00 .

³ شرف الدين، أحمد: نظرية الالتزام /الجزء الثاني/ أحكام الالتزام . مرجع سابق. ص 254-255. والفار، عبد القادر: أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني) . 2005 . مرجع سابق. ص 159. ومأمون، عبد الرشيد: الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. ص 226 .

⁴ لا بد من الإشارة إلى أن إدراج المشرع الأردني كلا من الالتزام التخييري والالتزام البديلي تحت عنوان تعدد المحل كان غير دقيق لأن المحل في الالتزام البديلي هو محل فرد لا يتعدد حقيقة و إنما يجوز الوفاء بغيره .دواس ،أمين : القانون المدني /أحكام الالتزام . مرجع سابق، ص139 .

أولاً - بالنسبة للحق في الخيار: ففي الالتزام البدلي يكون الخيار للمدين دائماً، فله أن يعرض على الدائن إما المحل الأصلي أو البدلي، أما الدائن فلا يطالب إلا بالمحل الأصلي فقط، بينما في الالتزام التخييري يكون الخيار للمدين أو للدائن، فإذا كان الخيار للمدين فله أن يعرض على الدائن أيّاً من المحال المتعددة ، أما إذا كان الخيار للدائن فله عندئذ أن يطالب المدين بأي من محال الالتزام ¹ .

ثانياً - في حال استحالة الوفاء : ففي الالتزام البدلي إذا استحال الوفاء بالمحل الأصلي بسبب أجنبي، عندئذ تبرأ ذمة المدين حتى لو كان الوفاء بالالتزام البدلي ممكناً ، ولكن في حال استحالة الوفاء بالالتزام البدلي فأن الالتزام الأصلي يبقى قائماً ، بينما في الالتزام التخييري فهلاك أحد المحال لسبب أجنبي لا يبرئ ذمة المدين ويتركز الالتزام في المحال الباقية ² .

ثالثاً - إذا كان المحل الأصلي في الالتزام البدلي غير مشروعاً: عندئذ يكون العقد باطلاً لعيب في المحل، ولا يستطيع المدين تصحيح هذا العقد بتسليم البديل، بينما في الالتزام التخييري إذا كان أحد المحال المتعددة باطلاً حينها لا يبطل العقد لمشروعية المحال الأخرى ³ .

وعليه يبدو جلياً أن الالتزام البدلي لا يعد وفاء بمقابل وذلك يرجع إلى :

أولاً : أن المدين عند اختياره للبديل في الالتزام البدلي وتأديته يكون قد أدى محلاً داخلياً في نطاق الالتزام الأصلي، بينما في الوفاء بمقابل فإن المقابل يكون شيء جديد خارج عن نطاق الالتزام الأصلي استعويض به عن المحل الأصلي لهذا الالتزام ⁴.

¹ الحلاشة ، عبد الرحمن أحمد جمعة : الوجيز في شرح القانون المدني . مرجع سابق . ص 332 . و شرف الدين ، أحمد : نظرية الالتزام / الجزء الثاني / أحكام الالتزام . مرجع سابق . ص 256- ص 257 .

² مأمون ، عبد الرشيد : الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق . ص 226 . و الفار ، عبد القادر : أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني) . مرجع سابق . ص 161 . و شرف الدين ، أحمد : نظرية الالتزام / الجزء الثاني / أحكام الالتزام . مرجع سابق . ص 257 .

³ الفار ، عبد القادر : أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني) . مرجع سابق . ص 161 . و مأمون ، عبد الرشيد : الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق . ص 227 .

⁴ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 940. والحلاشة، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص 523. ومأمون، عبد الرشيد: : الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. وعبد الله، فتحي عبد الرحيم وآخر: شرح النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 276. والجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص 331.

ثانياً : أن الاتفاق على الالتزام البدلي يكون وقت نشوء الالتزام، بينما في الاتفاق على الوفاء بمقابل يكون وقت الوفاء بالالتزام¹.

ثالثاً : أن المدين في الالتزام البدلي له الحرية في أن يعرض على الدائن المحل الأصلي أو البدلي، بمعنى أنه يملك الخيار بفعل أحد الالتزامين، بينما الدائن لا يطالب إلا بالمحل الأصلي فقط، أما في الوفاء بمقابل حيث يعرض المدين على الدائن المقابل ولهذا الأخير قبول هذا الوفاء أو رفضه، بمعنى أن الدائن لا يجبر على قبول غير المتفق عليه في الأصل .

¹ دواس، أمين: القانون المدني/ أحكام الالتزام "دراسة مقارنة". مرجع سابق، ص 39 .

الفصل الثاني

طبيعة الوفاء بمقابل

غالباً ما ينقضي الالتزام بالطريقة العادية وهي الوفاء، لكن قد يتفق الدائن والمدين على إنهائه بطريقة خاصة في الوفاء وذلك عن طريق الوفاء بمقابل، فما هي طبيعة هذه العملية، فهل هي شبيهة بإحدى النظم القانونية الأخرى، أم أنها عملية قانونية مستقلة بذاتها ؟ كذلك ما هي الآلية التي يتم فيها انقضاء الالتزام الأصلي للمدين في الوفاء بمقابل، وبذات الوقت يتم تطبيق قواعد البيع والوفاء عليه ؟ . للإجابة على هذه الأسئلة فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين : تناول الأول منهما الوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية ، أما المبحث الثاني: تناول الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل، مع بيان لأهم الاتجاهات المختلفة في هذا السياق والنقد الموجه لكل منها.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية

يمتاز الفقه الإسلامي بمصطلحاته الخاصة به والتي تميزه عن التشريعات الحديثة، حيث عرف الفقه الإسلامي الوفاء بمقابل كسبب لانقضاء الالتزام، ولكن اختلفت المذاهب الفقهية في الشروط الواجب توافرها لقيامه، وما يهمننا في هذا السياق هو الفقه الحنفي ممثلاً بمجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها الوفاء بمقابل تحت مسمى الصلح: وهو " عقد يرفع النزاع بالتراضي، وينعقد بالإيجاب والقبول " ¹ . والصلح في مجلة الأحكام العدلية تتحدد طبيعته بحسب نوع المصالح عنه أي (الشيء المدعى به) فهو يأتي على أربعة أنواع هي :

النوع الأول : دعوى المال ويكون الصلح فيها بيعاً أو إجارة أو افتداء لليمين وقطعاً للخصومة بمعنى انه إذا حصل الصلح على مال عن إقرار يكون الصلح فيه حق المدعي والمدعى عليه بيعاً، أما إذا وقع عن إنكار أو سكوت عندئذ يكون في حق المدعي بمعنى البيع وفي حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطعاً للخصومة ، أما إذا وقع الصلح على منفعة عندئذ يكون إجارة .

النوع الثاني : دعوى المنفعة .

النوع الثالث : دعوى الشرب أو حق الشفعة أو حق المرور وما شابه ذلك .

النوع الرابع : الجناية القتل ² .

وما يهمننا في هذه الدراسة هو الصلح في دعوى المال خاصة عندما يأخذ الصلح حكم البيع أو حكم الإجارة، ولتوضيح ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: تناول الأول الصلح في حكم البيع، أما الثاني فقد تناول الصلح في حكم الإجارة .

¹ المادة (1531) من مجلة الأحكام العدلية . مرجع سابق . ص 181 .

² حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . المجلد الرابع . الطبعة الأولى . بيروت/لبنان . دار الجيل . 1991 . ص

المطلب الأول: الصلح في حكم البيع

تنص المادة (1548) من مجلة الأحكام العدلية على انه "إن وقع الصلح عن الإقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع، فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط. كذلك تجري دعوى الشفعة أيضاً إن كان المصالح عليه أو المصالح عنه عقاراً ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلاً أو بعضاً ولو استحق بدل الصلح كله أو بعضه يطلب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلاً أو بعضاً . مثلاً لو ادعى احد على آخر دار وتصلح على أن يعطيه كذا دراهم مع أن المدعى عليه اقر بكون الدار له يكون كأن المدعي باع تلك الدار للمدعى عليه وتجري في هذا أحكام البيع على ما ذكر آنفاً " ¹. وصورة الصلح وفق ما جاء في نص المادة (1548) يتطابق مع صورة الوفاء بمقابل وينفق مع ما جاءت به التشريعات الحديثة، فإذا كان المدعى به عيناً معينة كأرض أو عقار أو عوض وأقر المدعى عليه للمدعي بذلك، ثم صالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم أو بعوض معلوم يصح الصلح ويأخذ حكم البيع سواء كان أكثر منه أو اقل منه، عدا عن أن مذهب الحنفية لا يشترط التقابض في مجلس العقد ² .

ومن أحكام البيع والتي تم تناولها في المادة (1548) من المجلة ثبوت كل من خيار العيب والرؤية والشرط، ودعوى الشفعة في حال كان المصالح عليه أو المصالح عنه عقاراً ، بالإضافة إلى أحكام الاستحقاق سواء كان الاستحقاق في كل المصالح عنه أو في بعضه، مثال ذلك " فلو ادعى زيد داراً في يد عمرو فأقر عمرو وصالح زيداً على مائة درهم فصارت المائة في يد زيد والدار في يد عمرو ثم استحق نصف الدار أو كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهماً في الأولى و بمائة في الثانية، أما لو استحققت المائة درهم أو نصفها من زيد فإنه يرجع

¹ مجلة الأحكام العدلية : مرجع سابق ص.183-184.

²² الكاساني ، علاء الدين ابي بكر بن مسعود : كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . الجزء السادس. الطبعة الثانية بيروت - لبنان : دار الكتب العلمية . 1986. ص43-45. وهذا على خلاف رأي جمهور الفقهاء المسلمين والذي يشترط التقابض في مجلس العقد . وهذان ، رضا متولي : النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارنة بالفقه الإسلامي . مرجع سابق ص. 65-66 .

على عمرو بمائة درهم في الصورة الأولى وبخمسین في الصورة الثانية، لأن هذا الصلح بمعنى المعاوضة، ومقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن إن مثلياً رجع بمثله وإن قيمياً فبقيته ولا يفسد العقد فالصلح يجري على هذا¹.

ومما تجدر الإشارة إليه أن لفظ المال الوارد في المادة (1548) من المجلة قد جاء على إطلاقه، بما يفيد أن المال المصالح عليه سواء أكان قيمياً أو مثلياً من غير جنس المدعى به يأخذ حكم البيع². أما إن كان من جنس المدعى به فهنا نفرق بين ثلاث صور هي :

الصورة الأولى: إذا كان الصلح على أقل من المدعى به فهو حط وإبراء .

الصورة الثانية : إذا كان الصلح بمثله فهو قبض واستيفاء . مثال ذلك أن يصالح شخص آخر له في ذمته عشرة دنانير على عشرة دنانير .

الصورة الثالثة : إذا كان الصلح على أكثر من المدعى به فهو ربا . مثال ذلك أن يصالح شخص آخر له في ذمته عشرة دنانير على اثني عشر ديناراً فهذا الصلح غير جائز لأن فيه ربا محرم³.

ومما يترتب على كون الصلح يأخذ حكم البيع وفق ما سبق بيانه، أنه إذا قبل الدائن عيناً معينة بدلاً من دينه وقبضها، عندئذ يكون هذا الدين ثمناً لهذه العين ويثبت في هذا الصلح كل من خيار العيب والرؤيا والشرط، بالإضافة إلى دعوى الشفعة في حال كان المصالح عليه أو المصالح عنه عقاراً، كذلك في حال استحقاق المصالح عنه كله أو بعضه تطبق أحكام البيع بهذا الخصوص .

¹ نقلاً عن الباز اللبناني ، سليم رستم : شرح المجلة . الطبعة الثالثة ، بيروت - لبنان : دار إحياء التراث العربي . بدون سنة . ص 837 .

² حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . مرجع سابق . ص 35 .

³ الباز اللبناني ، سليم رستم : شرح المجلة . مرجع سابق . ص 836 . وحيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . مرجع سابق . ص 35-36 .

الاستثناء : قاعدة أن الصلح إذا وقع عن إقرار على مال عن دعوى مال معين يكون في حكم البيع ورد عليها استثناء، والذي يتمثل في حال ادعى المدعي أن له ديناً بذمة المدعى عليه، وأقر هذا الأخير بالدين وتصالحا على عين معينة، ثم بعد ذلك اتفقا على عدم وجود الدين أصلاً، ففي تلك الحالة يكون الصلح باطلاً وعلى المدعي إعادة العين للمدعى عليه ¹.

المطلب الثاني: الصلح في حكم الإجارة

تنص المادة (1549) من مجلة الأحكام العدلية على أنه " إن وقع الصلح عن الإقرار على المنفعة في دعوى المال فهو في حكم الإجارة، مثلاً لو صالح أحد آخر عن دعوى حديقة على أن يسكن مدة كذا في داره يكون قد استأجر تلك الدار في مقابلة الحديقة تلك المدة " ². ومن أحكام الإجارة اشتراط التوقيت مثلاً إذا كان هناك حاجة إليه كما السكن في الدار، أما إذا لم يكن هناك حاجة إليه كركوب الدابة، فلا ضرورة للتوقيت مثال ذلك إذا ادعى أحد على آخر شيء، وبعد إقرار المدعى عليه تصالح مع المدعي على أن يسكن داره، حينئذ يجب بيان المدة كسنة مثلاً أو غير ذلك ³.

ومن أحكام الإجارة أيضاً بطلان الصلح بموت أحد أطرافه وبهلاك المحل في المدة المعينة كما " لو مات أحد المتصالحين عن مال على منفعة في المدة أو هلك المحل الذي قامت به تلك المنفعة بطل الصلح لأنه إجارة وهي تبطل بذلك إن كانت في كل المدة وإن كان في بعضها فبقدره من حين الموت أو الهلاك ويرجع المدعي بقدر ما لم يستوف من المنفعة " ⁴. مثال ذلك إذا حصل الصلح على سكنى دار مدة معينة فإذا احترقت هذه الدار فالحكم هو بطلان

¹ مثال ذلك إذا ادعى المدعي ديناً ألف درهم، وبعد أن أقر المدعى عليه صالح المدعي على فرس ثم تصادق المدعي والمدعى عليه على عدم وجود الدين بطل الصلح ولزم المدعي إعادة الفرس للمدعى عليه "نقلاً عن حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام .مرجع سابق .ص40-41.

² مجلة الاحكام العدلية : مرجع سابق .المادة (1549) .

³ حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام .مرجع سابق .ص41 .

⁴ نقلاً عن الباز اللبناني، سليم رستم : شرح المجلة . مرجع سابق . ص838 .

الصلح، أما في حال وفاة المدعي أو المدعى عليه قبل استيفاء المنفعة، فالحكم هو انفساخ الصلح لأنه يأخذ حكم الإجارة عند موت المؤجر أو المستأجر¹.

استناداً إلى نص المادة السابق ذكره نجد أن الفقه الإسلامي أتاح أن يكون مقابل الوفاء التزاماً أيضاً، بينما غالبية التشريعات الحديثة تشترط أن يكون مقابل الوفاء عيناً معينة². فإذا وقع الصلح عن الإقرار على المنفعة في دعوى المال يأخذ حكم الإجارة، ويكون الصلح في حكم الإجارة في ثلاث صور هي:

1- إذا وقع الصلح عن الإقرار على المنفعة في دعوى المال³.

2- إذا وقع الصلح بمال عن دعوى المنفعة⁴.

3- إذا وقع الصلح عن إقرار عن دعوى المنفعة على منفعة من جنس آخر، مثال ذلك كخدمة عبد في سكنى دار، أما ببيع المنفعة بالمنفعة مع اتحاد الجنس فلا يجوز، مثال ذلك إذا صالح عن سكنى دار على سكنى دار أو الركوب بالركوب⁵.

وعليه فإذا وقع الصلح في أي من هذه الصور يأخذ حكم الإجارة، وذلك حسب القاعدة الفقهية التي تقول "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".....⁶. لأنه من الواجب حمل الصلح إلى أقرب العقود إليه وهو الإجارة، فكل منفعة يجوز التعاقد عليها في

¹ حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام .مرجع سابق .ص41-42 .

² المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص 383 . هذا ويتفق نص المادة (340) من القانون المدني الاردني مع الفقه الاسلامي في ان الوفاء بمقابل يمكن ان يكون حقا او التزاما .

³ حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام .مرجع سابق .ص 41 . و الباز اللبناني، سليم رستم :شرح المجلة .مرجع سابق . ص 838 .

⁴ حيدر ، علي :المرجع السابق .ص 41 .والباز اللبناني، سليم رستم :المرجع السابق . ص 838 .

⁵ الباز اللبناني، سليم رستم : شرح المجلة .مرجع سابق . ص 838 .و حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام .مرجع سابق .ص 41 .

⁶ مجلة الاحكام العدلية :مرجع سابق . المادة رقم (3) .

الإجارة يمكن أن تكون بدلاً في الصلح، وبمفهوم المخالفة كل منفعة لا يجوز التعاقد عليها في الإجارة لا تصلح بدلاً في عقد الصلح¹.

فإذا كان شخص ما مدينًا بأجر منفعة أو عمل، واتفق مع صاحب الدين على أن يبقى ماله من أجر في ذمة المدين على سبيل القرض، بذلك يكون المدين قد أوفى ما عليه من أجر في ذمته إلى الدائن على سبيل القرض، وبمعنى آخر قُضي على الالتزام الأصلي المتمثل بالوفاء بالأجرة بإنشاء التزام جديد هو القرض، وهذا ما يطلق عليه مصطلح تجديد الالتزام في القوانين المقارنة². ومن الأمثلة على ذلك والتي يجري التعامل عليها في حياتنا العملية أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يكتب المستأجر سند دين بقيمة الأجرة، على أن يأخذه المؤجر مقابل أن يبرئ هذا الأخير ذمة المستأجر من الأجرة بسند مقابل أي مخالصة³.

وعليه يمكن القول أن مجلة الأحكام العدلية قد أخذت بالوفاء بمقابل تحت مسمى الصلح، ولكن في نطاق أوسع مما أخذت به التشريعات الحديثة، فالوفاء بمقابل لدى المجلة جاء ليشمل أي محل بغض النظر عن نوعه سواء أكان ديناً أو عيناً مثلية كانت أم قيمية، أو كان المحل عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، و بالتالي أخذ الوفاء بمقابل لديها طبيعة مزدوجة، فهو من جهة ينهي الالتزام الأصلي بجميع ضماناته و يخضع هذا الالتزام الأخير لإحكام الوفاء، ومن جهة أخرى فهو ينشئ التزاماً جديداً بمعنى علاقة قانونية جديدة تحتاج إلى ضمانات جديدة . وبذلك لم تعمل المجلة على التضييق من نطاق الوفاء بمقابل، وإنما أخذت به كنظام واسع يؤدي إلى انقضاء الالتزام من خلال هذه الطبيعة المزدوجة من الوفاء والتجديد، عدا عن أنها لا تشترط التسليم أو نقل الملكية حتى تتم عملية الوفاء بمقابل وإنما تشمل كل محل بغض النظر عن نوعه.

¹ حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام .مرجع سابق .ص 41 .

² أبو زيد ،رشدي شحاتة :انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني .مرجع سابق .ص529.

³ مذكور ،محمد سلام :مدخل الفقه الإسلامي .بدون طبعة .القاهرة :الدار القومية للطباعة والنشر .1964. ص705-

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل عملية قانونية مركبة أثارت طبيعته خلافاً بين فقهاء القانون، فظهرت عدة اتجاهات في هذا السياق لا بد من دراستها وتحليلها وبيان لأبرز المعايير التي استندت عليها، بهدف ترجيح إحداها والذي يكون قادراً على تفسير عملية الوفاء بمقابل وما تخضع إليه من أحكام، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى خمسة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول : الوفاء بمقابل مقايضة أو بيع تليه مقاصة

يرى أصحاب هذا الاتجاه ومنهم الفقيه الفرنسي بوتيه أن الوفاء بمقابل ما هو إلا عقد بيع¹، بمعنى أن المدين يبيع للدائن الشيء الذي يقدمه بدلاً عن الدين الأصلي وذلك مقابل ثمن يعادل قيمة هذا الدين، ثم تقع مقاصة قانونية ما بين الدين والثن².

يترتب على الأخذ بهذا الاتجاه أنه إذا استحق مقابل الوفاء الذي تم الوفاء به، عندئذ يحق للدائن الرجوع على المدين الموفي بضمان الاستحقاق³، كما يعود المشتري على البائع وفقاً لأحكام عقد البيع .

هذا وقد أخذ القضاء المصري بهذا الاتجاه في ظل القانون القديم والذي كان يخلو من تنظيم الوفاء بمقابل، حيث قضت محكمة النقض " إن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف في تكليفه . ففي رأي اعتبر استبدالاً للدين بإعطاء شيء في مقابله . وفي رأي آخر اعتبر كالبيع تسري عليه جميع أحكامه . ومحكمة النقض ترى أنه في حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه، وهي الرضاء والشيء المبيع والثن . فالشيء الذي أعطي للوفاء يقوم مقام المبيع،

¹ نقلاً عن الذنون، حسن علي : شرح القانون المدني العراقي (احكام الالتزام) . الطبعة الاولى . بغداد : مطبعة المعارف 1952 . ص 339 .

² السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . المجلد الثاني . مرجع سابق . ص 942-943 . والشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق . ص 322 . والجبوري، ياسين : المبسوط في شرح القانون المدني . مرجع سابق . ص 333 .

³ الجبوري، ياسين : المرجع السابق . ص 333 .

والمبلغ الذي أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذي يتم دفعه في هذه الحالة بطريق المقاصة، ومن ثم يجب أن يسري على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع . فإذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن الدائن ومدينه إتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما، كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبي، وتعهد الدائن بإحضار مخالصة من ذلك الأجنبي، عند التصديق على عقد البيع، وحرر بين الطرفين في تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائي ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبي، بل إن هذا الأخير استمر في إجراءات التنفيذ بالنسبة لباقي الدين ونزع ملكية المدين من أطيان أخرى بيعت بالمزاد، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبي بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقي الدين تكون الأطيان المباعة للدائن تحت يده من غير مقابل، وعلى هذا الأساس قضت بفسخ العقد، فإنها تكون قد أصابت، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذي هو في مركز البائع - الحق في فسخ العقد إذا حال الدائن الذي اخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن ¹ .

من الواضح أن القول بأن الوفاء بمقابل عبارة عن بيع يعقبه مقاصة يواجه عدة مآخذ هي:

أولاً- أن هناك فرقاً جوهرياً بين البيع والوفاء بالمقابل يتمثل في أن البيع هو عقد قائم بذاته، بينما في الوفاء بمقابل لا بد من وجود التزام قديم وسابق².

¹ (الطعن رقم 123 لسنة 13ق - جلسة 1944/5/18) . نقلا عن عبد التواب ، معوض : المرجع في التعليقات على نصوص القانون المصري. مرجع سابق.ص206-207.

² أبو زيد ، رشدي شحاتة : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني .مرجع سابق .ص 542 . و العنوي ، جلال : أصول أحكام الالتزام والإثبات. مرجع سابق . ص 96 . و سلطان ، انور : أحكام الالتزام .مرجع سابق. ص 398 .

ثانياً- أن اعتبار الوفاء بمقابل عقد بيع أو مقايضة لا يواجه كافة فروض الوفاء بمقابل، لأن الالتزام الأصلي لا يكون دائماً محله مبلغ من النقود أو تسليم شيء، وإنما قد يكون الالتزام الأصلي عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل¹.

ثالثاً- إن هذا الاتجاه يقف بالوفاء بمقابل عند إتمام صفقة البيع، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلاً من المدين إلى الدائن، غير أن الوفاء بمقابل لا بد وأن تنتقل الملكية فيه إلى الدائن حتى تبرأ ذمة المدين، أما إذا وقفنا عند إتمام صفقة البيع فقط، عندئذ نكون أمام تجديد بتغيير محل الدين وليس أمام الوفاء بمقابل².

رابعاً- أن هناك بعض الأحكام لعقد البيع لا تنطبق على الوفاء بمقابل، مثال ذلك أنه ليس بالضرورة أن يكون تسليم الشيء المبيع أو انتقال الملكية في البيع فوري عند التراضي بل من الممكن أن يكون تسليم المبيع في المستقبل، بينما في الوفاء بمقابل لا بد وأن يكون انتقال ملكية الشيء المقابل وتسليمه للدائن مصاحباً لقبول الدائن لمبدأ الوفاء بمقابل³.

¹ مثال ذلك إذا كان المدين ملتزماً بتمثيل مسرحية وبعد ذلك تم الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يسلمه لوحة زيتية بدلاً من تمثيل المسرحية، ففي هذه الحالة لا يمكن القول أن الدائن اشترى اللوحة الزيتية أو قابض عليها حيث أن المدين لم يكن مديناً للدائن بمبلغ من النقود ولا بتسليم شيء وإنما كان مديناً له بالترامه بالقيام بعمل وهو تمثيل المسرحية. الجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق. ص. 333-334. و سرور، محمد شكري: موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص. 291. هذا ويرى الفقيه الفرنسي بوتييه انه اذا كان من السهل مقارنة الوفاء بمقابل بالبيع او المقايضة اذا كان الالتزام الأصلي دفع مبلغ معين من النقود او نقل ملكية شيء آخر، فإن المقايضة تصبح مستحيلة اذا كان محل الالتزام الأصلي عمل شيء واتفق على القيام بعمل آخر. فالبيع يستلزم دفع الثمن، و المقايضة تستلزم نقل ملكية شيء (اعطاء) من جانب كل من الطرفين، ولا يتوفر ذلك في الوفاء بمقابل اذا كان محل الالتزام الأصلي عمل شيء. نقلاً عن النوري، حسين: مصادر الالتزام و احكامه. بدون طبعة. القاهرة: مكتبة عين شمس. 1973. ص. 337.

² السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص. 943. والفكاهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. مرجع سابق. ص. 267. و هدان، رضا متولي: النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارنةً بالفقه الاسلامي. مرجع سابق. ص. 69. و ابو زيد، رشدي شحاتة: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة". مرجع سابق. ص. 542.

³ سرور، محمد شكري: موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص. 291. و نخلة، مورييس: الكامل في شرح القانون المدني "دراسة مقارنة". الجزء الرابع. بدون طبعة. بيروت/لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2001. ص. 264.

خامساً- أن اعتبار الوفاء بمقابل عقد بيع (بيع للشيء البديل) ينتج عنه إذا ما تبين للمدين أي الموفي بعد الوفاء أن الدين الذي أراد سداده للدائن غير موجود، أو أنه نشأ عن تصرف باطل، حينئذ لا يجوز للمدين أن يسترد المقابل، بل يعتبر أنه باعه وإن كان له أن يطالب بثمنه، بينما في الوفاء بمقابل يجوز للمدين الموفي أن يسترد عين ما دفع بدعوى رد غير المستحق¹ .

سادساً- أما من اعتبر الوفاء بمقابل عقد مقايضة فيؤخذ على هذا الرأي أنه في عقد المقايضة لا بد وأن ينقل كل طرف إلى الآخر ملكية مال ليس من النقود، بينما في الوفاء بمقابل قد يقوم المدين الموفي بنقل ملكية مال ليس من النقود إلى الدائن المستوفي ، إلا أن الدائن لا ينقل إلى المدين ملكية المال غير النقدي الذي كان مستحق له في الأصل والذي لا يكون قد خرج من ملكية المدين الموفي² .

المطلب الثاني: الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصلي

بداية لا شك في أن الوفاء بمقابل هو وفاء غير عادي، لأنه لا يمكن إجبار الدائن على استيفاء شيء آخر غير ما يفرضه الالتزام الأصلي، ولكن في حال قبل الدائن بذلك تصح العملية وتصبح شبيهة بالوفاء³ . ففي الوفاء بالمقابل يقضى على الدين ذاته بطريق مباشر، ولكن ليس كما يحصل في الوفاء بالشيء المستحق نفسه وإنما بمقابل الشيء المستحق⁴ .

وعليه فقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى تقريب الوفاء بمقابل من الوفاء واعتباره صورة عنه، حيث كان هذا الاتجاه سائداً في القانون الفرنسي القديم ولازال بعض فقهاء القانون الفرنسي الحديث يأخذون به⁵ .

¹ مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني . مرجع سابق .ص901 . و سرور، محمد شكري:المرجع السابق ص.291-292 . والفكاهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.مرجع سابق .ص.267-268 .

² العدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات: مرجع سابق .ص.96 . و الجبوري، ياسين : المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق .ص.333 .

³ نخلة ، مرس : الكامل في شرح القانون المدني . مرجع سابق . ص 263 .

⁴ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث.المجلد الثاني. مرجع سابق.ص.943.

⁵ السنهوري، عبد الرزاق: المرجع السابق.ص.943 . و الفكاهاني ، حسن وآخرون : الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.مرجع سابق ص 268 .

ومن الواضح أن هذا الاتجاه قد أخذ بالتفسير المبسط لطبيعة الوفاء بمقابل مما جعله غير كافي نظراً لوجود اختلاف ما بين عملية الوفاء وعملية الوفاء بمقابل، لذا يؤخذ على هذا التكيف عدة مآخذ هي:

أولاً - إن هذا الاتجاه قد تجاهل وجوب اتفاق الدائن مع المدين على الوفاء بمقابل¹.

ثانياً - إذا اعتبرنا أن الوفاء بمقابل صورة عن الوفاء يترتب على ذلك السماح للدائن بطلب إبطال الوفاء إذا ما استحق المقابل الذي تم الوفاء به، ويعود الالتزام الأصلي بما يتبعه من تأمينات، ولكن هذا التحليل لا يتفق مع ما هو مقرر في نظام الوفاء بمقابل من أنه إذا استحق المقابل في يد الدائن فلا يعود الدين الأصلي إلى الوجود، وللدائن أن يطالب مدينه بالتعويض عن استحقاق المقابل للغير².

المطلب الثالث: الوفاء بمقابل تجديد للالتزام بتغيير المحل

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الوفاء بمقابل عبارة عن تجديد للالتزام بتغيير محله، بمعنى أن الدائن يقبل انقضاء الالتزام القديم بنشوء التزام جديد يختلف عنه في المحل، وينقضي هذا الالتزام الأخير فور نشوئه بالوفاء به³. ويأخذ بهذا الاتجاه على إطلاقه القانون الألماني، بالإضافة إلى القانون الفرنسي القديم والبعض في الفقه الحديث⁴.

¹ العدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات: مرجع سابق. ص 95. و نخلة ، مرس : الكامل في شرح القانون المدني . مرجع سابق . ص 263 و سلطان ، أنور : أحكام الالتزام . مرجع سابق . ص 397 .

² السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق . ص 944 و العدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات: مرجع سابق. ص 95 . و مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني . مرجع سابق. ص 901 و سرور، محمد شكري: موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري . مرجع سابق. ص 290 و الفكاهي ، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 . مرجع سابق. ص 268 - 269 .

³ الجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني. مرجع سابق. ص 332 ، و مأمون، عبد الرشيد: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات . مرجع سابق. ص 323 . و سلطان ، أنور : أحكام الالتزام . مرجع سابق . ص 397 . و وهدان ، رضا متولي : النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارنا بالفقه الإسلامي . مرجع سابق . ص 68 .

⁴ نقلاً عن وهدان ، رضا متولي : المرجع السابق. ص 68 .

وتظهر أهمية تأسيس الوفاء بمقابل على فكرة التجديد في حالة إذا ما استحق المقابل الذي تم الوفاء به بناء على الالتزام الجديد، حينئذ لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالالتزام القديم أو الاستفادة من التأمينات الضامنة له، لأن التجديد أدى إلى انقضاء الالتزام القديم مع ما يتبعه من تأمينات¹ .

ومع أهمية هذا التكيف إلا أنه لا يمكن التسليم بما جاء به نظراً لوجود اختلاف جوهري ما بين الوفاء بمقابل والتجديد بتغيير المحل والذي يتمثل بما يلي:

أولاً – إن التجديد يقضي على الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد يحل محله، بينما في الوفاء بمقابل لا يقصد المدين والدائن إنشاء التزام جديد² .

ثانياً – أن الوفاء بمقابل ليس مجرد تجديد للالتزام يقف عند نشوء الالتزام الجديد وعند انقضاء الالتزام الأصلي فقط، وإنما يترتب على الوفاء بمقابل ضرورة حصول التنفيذ وقت الاتفاق مباشرة، فهناك شرط جوهري لوجود الوفاء بمقابل والذي يتمثل بنقل المدين للدائن حق الملك فيه حالاً ولا يكفي مجرد الالتزام بذلك³ .

المطلب الرابع: الوفاء بمقابل عقد خاص

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الوفاء بمقابل عبارة عن عقد خاص يهدف إلى تمليك عين في مقابل دين فهو عقد غير مسمى، وحسب القاعدة في العقود غير المسماة فإنها تخضع لأحكام

¹ سلطان ، أنور: أحكام الالتزام .مرجع سابق .ص397 . و العدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات: مرجع سابق. ص95 – 96 . و الجبوري، ياسين : المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق .ص332. و ابو زيد ،رشدي شحاتة : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني .مرجع سابق. ص 543 .
² سرور، محمد شكري: موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري .مرجع سابق .ص290-291 . و النوري ،حسين: مصادر الالتزام و احكامه.مرجع سابق. ص 336 .

³ ابو زيد ،رشدي شحاتة: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني. مرجع سابق .ص 543 . و الجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق .ص333 . و العدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات: مرجع سابق .ص96 .

العقود المسماة التي تشاركها خصائصها الجوهرية¹، ويستتدون في ذلك إلى نص المادة(351)من القانون المدني المصري².

ويهدف أصحاب هذا الاتجاه إلى تفسير نقل الملكية إلى الدائن وانقضاء دين المدين دون حاجة إلى الأخذ بفكرتي البيع والتجديد، فهو صورة معدلة من الاتجاه القائل بأن الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية، بحيث يجعل من الوفاء عقداً غير مسمى، مع ملاحظة أن الوفاء بمقابل هو اتفاق وليس عقداً ، لأنه لا ينشئ التزاماً وإنما يقضي على التزام قائم³.

المطلب الخامس: الوفاء بمقابل عمل مركب من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الوفاء بمقابل عبارة عن عملية قانونية مزدوجة أو مركبة، تتضمن اتفاقاً على تجديد الدين بتغير محله مع الوفاء بالمحل الجديد على الفور، بحيث تتلاقى فيها عناصر كل من الوفاء والتجديد وأحكامهما⁴.

فأما التجديد فيكون باتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة عن المحل الأصلي بمحل جديد وهو المقابل، مما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي وتنقضي معه تأميناته عن طريق التجديد وليس عن طريق الوفاء أو المقاصة كما ورد في التكييفات الأخرى للوفاء بمقابل⁵.

¹ وهدان ، رضا متولي: النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارنة بالفقه الإسلامي . مرجع سابق. ص 71 . و ابو زيد، رشدي شحاتة: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني. مرجع سابق. ص545 .

² تنص المادة (351) من القانون المدني المصري على انه "يسري على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين و ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية.....".

³ وهدان ، رضا متولي: المرجع السابق. ص 71 . و ابو زيد ،رشدي شحاتة : المرجع السابق. ص546 .

⁴ الحلالشة، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص 524 . و الجبوري، ياسين : المبسوط في شرح القانون المدني .مرجع سابق .ص335 .

⁵ السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص946 . و ابو زيد ،رشدي شحاتة: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني. مرجع سابق. ص544 . و

وهدان ، رضا متولي :النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارنة بالفقه الإسلامي. مرجع سابق. ص 70 .

ويترتب على التجديد نشوء دين جديد في ذمة المدين، وهذا الدين هو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل إلى الدائن، ويتم تنفيذه على طريق نقل ملكية المقابل فعلاً إلى الدائن، وبالتالي تتم عملية الوفاء بمقابل¹.

ونخلص من ذلك أن الالتزام بنقل الملكية يحمل معنيين هما :

أولاً - معنى الوفاء: أي أن الدين الجديد يتم الوفاء به وينقضي بالوفاء .

ثانياً - معنى نقل الملكية: أي نقل ملكية المقابل إلى الدائن².

وجدير بالملاحظة أن عملية الاتفاق على التجديد وعملية الوفاء بالالتزام الجديد يجب أن تنم في آن واحد، وبمعنى آخر أن الوفاء بمقابل لا يحصل بمجرد عرض المدين للوفاء بمقابل وقبول الدائن لهذا العرض، وإنما يجب أن يفتتن قبول الدائن للمقابل بالحصول عليه فعلاً³.

وعلى اعتبار أن الوفاء بمقابل يتضمن تجديداً للالتزام، فإذا كان المقابل عين معينة ثم استحققت كما لو تبين أن المدين غير مالك للمقابل الذي قدمه للدائن، عندئذ لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين مطالباً بإياه بالدين القديم أو بتأميناته - سواء كانت هذه التأمينات عينية كالرهن أو شخصية كالكفالة - وله أن يرجع على المدين وفق قواعد ضمان الاستحقاق فقط⁴.

¹ يحيى، عبد الودود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات . مرجع سابق . ص 704 . و وهدان ، رضا متولي : النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارناً بالفقه الإسلامي. مرجع سابق . ص 70 . و أبو زيد ، رشدي شحاتة : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني. مرجع سابق . ص 544 .

² السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق . ص 946 . و أبو زيد ، رشدي شحاتة : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني. مرجع سابق . ص 544 . و وهدان ، رضا متولي : النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارناً بالفقه الإسلامي. مرجع سابق . ص 70 .

³ الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق ص 322-323 . و سرور، محمد شكري: موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري . مرجع سابق . ص 292 .

⁴ الفكهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. مرجع سابق. ص 270-

ومن ميزات هذا الاتجاه حسب ما يراه مؤيدوه أنه يفسر أحكام الوفاء بمقابل تفسيراً مقبولاً، ويبرر تطبيق أحكام كل من الوفاء والبيع على الوفاء بمقابل، فعلى أساس هذا الاتجاه يمكن تفسير انقضاء الدين بالتجديد وسقوط تأميناته، كذلك يفسر أيضاً تطبيق أحكام الوفاء بخصوص إبراء ذمة المدين من الدين و تطبيق أحكام البيع عند نقل ملكية المقابل¹ .

ونظراً لتجنب هذا الاتجاه للانتقادات التي وجهت للاتجاهات السابقة، نجد أن هذا الاتجاه قد أصبح سائداً في الفقه الحديث والقانون الفرنسي² ، عدا أنه يساير النصوص التشريعية في غالبية القوانين العربية كالقانون المدني الأردني في حال كان مقابل الوفاء عيناً معينة³ ، والقانون المدني المصري⁴ ، ويتفق أيضاً مع توجه المشرع الفلسطيني⁵.

هذا وترى الباحثة من خلال الاتجاهات التي أوردتها فقهاء القانون أن أياً منها لا يعد بحد ذاته كافياً للكشف عن حقيقة الوفاء بمقابل، فهو ذو طبيعة مركبة، حيث تتلخص عملية الوفاء بمقابل في إنهاء للالتزام الأصلي بالتزام جديد بغض النظر عن نوعه فهو ينهي الالتزام الأول بجميع ضماناته ويخضع هذا الالتزام لأحكام الوفاء ، وبذات الوقت ينشئ التزاماً جديداً يحتاج إلى ضمانات جديدة، ويخضع للأحكام القانونية التي يتم تحديدها بحسب نوع العلاقة القانونية

¹ الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق. ص 322 . و الحلاشة ، عبد الرحمن : الوجيز في شرح القانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص 524 .

² السنهاوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 945 . و الحلاشة ، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: مرجع سابق. ص 524 .

³ فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن " الاتفاق على العوض ينقل ملكية ما يؤدي مقابل الوفاء وعندئذ تطبق احكام البيع كما أن اداء العوض يهيئ للمدين وسيلة لاداء دينه وابراء ذمته منه ولذا تطبق احكام الوفاء وقد يأخذ الاعتياض صورة من صور تجديد الدين التي يعقبها الوفاء " . نقلا عن المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني . الجزء الاول . مرجع سابق. ص 382 .

⁴ فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " أن الادلاء بالعوض ينقل ملكية ما يؤدي في مقابل الوفاء ، وفي هذه الحدود تطبق احكام البيع . ويراعى من ناحية اخرى انه يهيئ للمدين طريقا بابراء ذمته من الدين ، و في هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء . وقد يقال اخيرا أن الاعتياض ينتهي امره الى تجديد الدين تجديدا يعقبه الوفاء مباشرة " . نقلا عن مدونة القانون المدني المصري . مرجع سابق . ص 708 .

⁵ حيث جاء في المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني " أن طبيعة الوفاء بمقابل مركبة حيث يختلط فيها البيع ، مع الوفاء مع التجديد " نقلا عن المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني : ديوان الفتوى والتشريع . 2003 . ص 443 .

الجديدة، فعلى سبيل المثال إذا كان الالتزام الجديد عبارة عن نقل ملكية عين معينة عندئذ تخضع لأحكام عقد البيع ، أما إذا كان المقابل عبارة عن تأجير الدائن لسيارة لفترة معينة عندئذ تخضع لأحكام عقد الإيجار، وعلى الرغم من هذا التشابه الموجود بين الوفاء بمقابل وبين هذه النظم السابقة إلا أنه أي الوفاء بمقابل يبقى نظاماً مستقلاً قائماً بذاته .

الفصل الثالث

آثار الوفاء بمقابل

تكمن الأهمية العملية للخلاف الفقهي حول طبيعة الوفاء بمقابل في تحديد أهم الآثار المترتبة عليه، خاصة عندما يكون مقابل الوفاء عيناً معينة، فنظراً لازدواج طبيعته نتج عن ذلك ازدواج في أثره، فالوفاء بمقابل يرتب في تلك الحالة أثرين هامين هما: الأول يتمثل في أنه ينقل إلى ذمة الدائن المقابل الذي تم الاتفاق عليه بدلاً من الشيء محل الالتزام الأصلي، أما الأثر الثاني فيتمثل في انقضاء الالتزام الأصلي، وعليه تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: تناول الأول منه الوفاء بمقابل كناقل للملكية، ويخضع في ذلك لأحكام عقد البيع، أما المبحث الثاني فقد تناول الوفاء بمقابل باعتباره مبرئاً لذمة المدين ويخضع حينها لأحكام الوفاء .

المبحث الأول

الوفاء بمقابل كناقل للملكية

تناولت المادة (351) من القانون المدني المصري آثار الوفاء بمقابل حيث جاء فيها " يسري على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابله الدين، أحكام البيع وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية " ويقابلها في القانون المدني الأردني المادة (1/341) والتي تنص على أنه " 1- تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتياضي إذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين " ¹.

يفهم من خلال النصين السابقين أن أحكام عقد البيع تسري على الوفاء بمقابل فيما يتعلق بنقل ملكية الشيء في مقابل الدين، هذا ويرى البعض أن المادة (1/341) من القانون المدني الأردني محل نظر، وتثير التساؤل التالي حولها وهو: لماذا تطبق أحكام عقد البيع على الوفاء الاعتياضي في حالة إذا كان العوض عيناً معينة فقط ولا تطبق إذا كان العوض حقاً من الحقوق؟ ويستند هذا الرأي على ما يلي :

أولاً - أن نص المادة (1/341) قد جاء فيها "تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتياضي إذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين " ، بمعنى أن العوض من الممكن أن يكون شيئاً آخر، وليس بالضرورة أن يكون عيناً معينة .

ثانياً - أن نص المادة (340) أيضاً من نفس القانون ² جاءت لتقر صراحة أن العوض قد يكون شيئاً آخر أو حقاً يؤديه المدين للدائن بدلاً من محل التزامه الأصلي .

¹ تقابل المادة (1/341) من القانون المدني الاردني المادة (1/382) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على انه " 1. تسري أحكام البيع على الوفاء بمقابل إذا كان مقابل الوفاء شيئاً معيناً أعطي في مقابل الدين " . نقلاً عن المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني . مرجع سابق ص 442 .

² تنص المادة (340) من القانون المدني الاردني على انه " يجوز للدائن ان يقبل وفاء لدينه شيئاً آخر أو حقاً يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشروط العقد العامة " .

ثالثاً - أن المادة (465) من القانون المدني الأردني¹ تقر أربعة صور لعقد البيع وهي:

- 1- البيع المطلق (عيناً لقاء نقد) .
- 2- بيع السلم (عيناً مؤجلة بثمن معجل) .
- 3- عقد الصرف (مبادلة نقد بنقد) .
- 4- المقايضة (مبادلة مال بمال من غير النقود) .

وعليه فمن الواجب تطبيق أحكام عقد البيع على الوفاء الاعتياضي في جميع الحالات التي يكون فيها محل الالتزام الأصلي أو العوض عيناً أو نقداً ، أما الحالات التي يكون فيها محل الالتزام الأصلي أو العوض القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فلا تنطبق عليها أحكام عقد البيع، لأنها لا تصلح كمقابل في عقد البيع² .

هذا وترى الباحثة تأييداً لرأي الدكتور أمين دواس في الجانب الخاص بضرورة تطبيق أحكام البيع على الوفاء الاعتياضي في جميع الحالات التي يكون فيها محل العوض عين معينة أو نقد، أما الحالات الأخرى والتي يكون فيها العوض عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فإنها تخضع لأحكام العقود بحسب نوع العلاقة القانونية التي تم إنشاؤها .

¹ تنص المادة (465) من القانون المدني الاردني على أن " البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض " وبذلك يختلف القانون الاردني عما اخذت به قوانين بعض الدول العربية كالقانون المدني المصري والسوري والتي لا تعتد إلا بالبيع المطلق ، وانما جاء متأثراً بما نصت عليه مجلة الاحكام العدلية في المادة (105) حيث عرفت البيع بأنه " البيع مبادلة مال بمال " والمادة (120) منها أيضاً والتي قسمت البيع الى اربع انواع هي 1- بيع المال بالثمن 2- الصرف 3- السلم 4- المقايضة . نقلاً عن الضمور ، احمد خليف : الوجيز في شرح العقود المسماة في القانون المدني الاردني (البيع - الاجار - قانون المالكين والمستأجرين رقم (30)) . الطبعة الاولى . الكرك : المؤلف . 2006 . هامش ص 3 .

² هذا الرأي للدكتور دواس ، أمين : احكام الالتزام . مرجع سابق . ص 40 .

أما بالنسبة لنص المادة (351) من القانون المدني المصري فقد ذكرت وعلى سبيل التمثيل والتخصيص لا الحصر ثلاثة أحكام من أحكام البيع¹ وهي : أهلية المتعاقدين²، وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، والتي ستكون محلاً للدراسة على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأحكام الخاصة بضمان الاستحقاق³

يترتب على تطبيق أحكام البيع على الوفاء بمقابل أنه إذا استحق المقابل للغير وهو في يد الدائن بأن كان غير مملوك للمدين واسترده مالكة، فلا يعود الدين الأصلي لانقضائه، ولا

¹ لا بد من الإشارة الى أن هناك احكاما اخرى لعقد البيع قد تسري على الوفاء بمقابل مثال على ذلك كحق امتياز البائع ، فإذا ما اتفق على معدل نقدي يدفعه الدائن للمدين بقدر الزيادة في الشيء الذي قدمه ، عندئذ يكون حق المدين في هذا المعدل مضمونا بامتياز على هذا الشيء تماما كما في امتياز البائع على المبيع ضمانا لحقه في الثمن . كذلك حق تكملة الثمن للغبين فيما اذا كان الدائن قاصرا وكان المقابل عقارا تقل قيمته عن اربع اخماس الدين . السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . المجلد الثاني (انقضاء الالتزام) . ص 951 . و عبد الله ، فتحي وآخر : شرح النظرية العامة للالتزام . مرجع سابق . ص 278 . ومن احكام عقد البيع الواجبة التطبيق فيما يتعلق بانتقال الملكية ايضا انه اذا كان المقابل عقارا فان العقد لا ينعقد الا اذا تم تسجيله في دائرة التسجيل . الذنون ، حسن : شرح القانون المدني العراقي (احكام الالتزام) . مرجع سابق . ص 340 ، و مأمون ، عبد الرشيد : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات/ الكتاب الثاني/ احكام الالتزام . مرجع سابق . ص 325 . و عبدالله ، فتحي وآخر : مرجع سابق . ص 278 .

² منعا للتكرار فقد تم تناول الاهلية عند الحديث عن الاتفاق على الوفاء بمقابل وذلك في الفصل الأول من هذه الدراسة .

³ ضمان الاستحقاق: هو أحد الإلتزامات التي يرتبها عقد البيع على عاتق البائع، فالإستحقاق يعني حرمان المشتري من كل أو بعض حقوقه على المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري، أو كسبه على المبيع أي حق من الحقوق العينية أو الشخصية أو المعنوية والتي يعد إدعاؤها تعرضا . أما الضمان يعني أن البائع ملتزم بدفع التعويض عن الأضرار التي تلحق المشتري نتيجة نجاح الغير في استحقاق المبيع . الشرفاوي ، جميل : شرح العقود المدنية . البيع والمقايضة . بدون طبعة . القاهرة : دار النهضة العربية . 1991 . ص 285 . أما في الفقه الإسلامي فهناك ما يعرف بالعهد أو ضمان الدرك ، ويقصد بالعهد : ضمان الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع أو وجود عيب فيه . والعهد أعم من الدرك لأن العهد من الممكن أن نطلقها على الصك القديم ، أو على العقد وعلى حقوقه أو على الدرك وعلى الخيار ، بينما الدرك فإنه يستعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ، وعليه فالحنفية يرون بطلان ضمان العهد للجهالة أما ضمان الدرك فهو جائز عند جمهور الفقهاء ومنعه بعض الشافعية على اعتبار انه ضمان ما لا يجب ، ويختص ضمان الدرك عند الحنفية و الملكية بالكفالة بأداء ثمن المبيع إلى المشتري وتسليمه لهذا الأخير وذلك إذا ما استحق المبيع وضبط من يده ، ومن الجدير بالذكر أن من آثار ضمان الدرك حق المشتري بالرجوع بالثمن والمطالبة به عند استحقاق المبيع يكون على الضامن والأصيل به . نقلا عن الموسوعة الفقهية . الجزء الثامن والعشرون . انظر الموقع الالكتروني <http://www.badlah.com/page-40.html> . اخذ بتاريخ 2010/6/15 . الساعة 22:00 .

يكون أمام الدائن إلا الرجوع على المدين وفقاً لأحكام استحقاق الشيء المبيع المقررة في عقد البيع¹.

وحق الدائن في الرجوع بضمان الاستحقاق يكون مثلما يرجع المشتري على البائع بهذا الضمان، فالدائن يطعن في تصرف المدين الخاص بنقل ملكية المقابل وليس بالتصرف الخاص بالتجديد، لأن هذا التصرف الأخير أصبح باتاً لا يمكن الرجوع فيه، وهو الذي أدى إلى انقضاء الدين الأصلي وضمائنه وأوجد الدين الجديد الواجب تنفيذه عن طريق نقل الملكية².

ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن بهذا الخصوص هو ما الذي يترتب لو طبقنا أحكام الوفاء بدلاً من أحكام البيع في تلك الحالة؟ لو افترضنا أن أحكام الوفاء هي المطبقة في حال استحقاق الشيء المقابل الموجود بيد الدائن، عندئذ للدائن مطالبة المدين بالالتزام الأصلي لعدم انقضائه، وذلك وفقاً لأحكام الوفاء والتي توجب أن يكون الشيء المقابل مملوكاً للمدين حتى يُقضى على الدين³.

هذا وقد ثار خلاف بين فقهاء القانون حول إمكانية تطبيق أحكام ضمان الاستحقاق على الوفاء بمقابل فظهر هناك رأيان هما :

الرأي الأول: يرى البعض أنه لا يمكن تطبيق أحكام ضمان الاستحقاق على الوفاء بمقابل، بمعنى أن الدائن لا يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق، وإنما يرجع عليه بدعوى دينه القديم، ويستند أصحاب هذا الرأي على نية الطرفين المتعاقدين، بمعنى أن الدائن رضي بالتخلي

¹ مأمون، عبد الرشيد: *الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات* / الكتاب الثاني / أحكام الإلتزام. مرجع سابق. ص 325. و. الحلاشة، عبدالرحمن: *الوجيز في شرح القانون المدني الاردني*. مرجع سابق. ص 525.

² السنهاوري، عبد الرزاق: *الوسيط في شرح القانون المدني*. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص 949-950. والذنون، حسن : *شرح القانون المدني العراقي (أحكام الإلتزام)*. مرجع سابق. ص 340. مثال ذلك إذا قام المدين بنقل ملكية عين معينة إلى الدائن، وكانت العين غير مملوكة للمدين ثم استحققت العين للغير (مالك العين) وهي في يد الدائن، فإنه يجوز للدائن أن يرجع بضمان الاستحقاق على المدين تماماً كما يرجع المشتري على البائع بموجب عقد البيع لأنه يقع على عاتق المدين التزام بتسليم العين محل الوفاء بالإضافة إلى ضمان تعرضها واستحقاقها. نقلاً عن الجبوري ، ياسين محمد: *المبسوط في شرح القانون المدني/ أثار الحقوق الشخصية/ أحكام الإلتزامات*. مرجع سابق. ص 338.

³ سرور ،محمد شكري: *موجز الاحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري*. مرجع سابق. ص 293.

عن دينه القديم مقابل أن تخلص له ملكية العين التي قدمها له المدين بدلاً من محل الالتزام الأصلي، وفي حال عدم تحقق الشرط - والذي لا يتحقق بالتأكيد في حالة استحقاق الغير لهذه العين - وعليه يرى أصحاب هذا الرأي أن الدين القديم يبقى قائماً هو وما يتبعه من تأمينات وصفات ودفع¹.

ويرى الأستاذ السنهاوري ناقداً لهذا الرأي أن "القول برجوع الدين الأصلي عن طريق فسخ الوفاء بمقابل في مجموعه، يقتضي أن يرجع مع الدين الأصلي تأميناته التي كانت تكفله وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تتقضي".²

الرأي الثاني : يرى وجوب تطبيق بعض أحكام عقد البيع ومنها ضمان الاستحقاق، فإذا ما استحق المقابل الذي قدمه المدين بدلاً من محل التزامه الأصلي، فإن الدين القديم لا يعود ولا تعود تأميناته أيضاً، ويستطيع الدائن أن يرجع على المدين بدعوى الاستحقاق.³

ونظراً لتطبيق أحكام ضمان الاستحقاق على الوفاء بمقابل لأبد من دراسة أحكام هذا الضمان بشيء من التفصيل لفهم الآثار المترتبة على ذلك، وإزالة أي غموض حول هذا

¹ وبهذا الرأي أخذ القانون البرازيلي في المادة (998) منه. الذنون، حسن : شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتزام). مرجع سابق. ص. 340. والسنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. هامش ص. 950.

² والسنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. هامش ص. 950.

³ وبهذا الرأي أخذت غالبية التشريعات العربية ومنها القانون المدني المصري في المادة (351) منه والقانون المدني العراقي في المادة (400) منه. وقانون العقود والموجبات اللبناني في المادة (319) منه. الذنون ، حسن : شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتزام). مرجع سابق. ص. 340. والسنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. ص. 948-949. والجمال، مصطفى و آخرون : مصادر وأحكام الالتزام "دراسة مقارنة". بدون طبعة. بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية. 2003. ص. 582 ، أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فقد جاءت المادة (341/ 1) منه لتتنص على سريان أحكام البيع على الوفاء الاعتياضي إذا كان المقابل عيناً معينة إلا أنها لم تأت بتخصيص لبعض أحكام البيع كما فعلت غالبية التشريعات العربية في نصوصها ، إلا أن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني قد تناولت ذلك بذكر بعض أحكام البيع على سبيل التمثيل والتخصيص كما فعلت التشريعات الأخرى . المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . الجزء الأول . مرجع سابق . ص 382 . وبالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني فقد جرى المشرع الأردني بهذا الخصوص في المادة (1/382) منه وتم ذكر بعض أحكام البيع في المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني . مرجع سابق . ص 442 - ص 443 .

الموضوع . وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، تناول الأول منه أثر ضمان الاستحقاق في العلاقة ما بين المدين والمستحق، أما الفرع الثاني تناول أثر ضمان الاستحقاق في العلاقة ما بين الدائن والمستحق، أما الفرع الثالث فقد تناول أثر ضمان الاستحقاق في العلاقة ما بين الدائن والمدين .

الفرع الأول: أثر ضمان الاستحقاق ما بين المدين والمستحق

تنص المادة (505) من القانون المدني الأردني على أنه "1- إذا قضي باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشتري 2- فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن 3- ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدراً بقيمته يوم التسليم للمستحق 4- ويضمن البائع أيضاً للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع ."

يفهم من النص الوارد أعلاه أنه إذا ثبت استحقاق المبيع للغير بصور حكم قضائي بذلك، عندئذ يكون أمام المستحق أحد خيارين هما:

الخيار الأول: إجازة البيع

إذا أجاز المستحق البيع يصبح الدائن (المشتري) مالكاً للمقابل أي (المبيع) من وقت التصرف، ويستطيع المستحق الرجوع على المدين (البائع) بالثمن على اعتبار أن المدين كان وكيلاً عن المستحق في إتمام البيع، بمعنى أن العلاقة ما بين المدين والمستحق تخضع لأحكام الوكالة، على اعتبار أن المدين وكيلاً والمستحق أصيلاً في عقد الوكالة¹.

¹ الزعبي، محمد يوسف: "العقود المسماة". شرح عقد البيع في القانون الأردني. الطبعة الأولى. عمان: المكتبة الوطنية. 1993 ص 351.

الخيار الثاني :عدم إجازة البيع

يتمثل الخيار الثاني للمستحق بعدم إجازة البيع مما يؤدي إلى انفساخ العقد¹ بمعنى أن يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بأن يعيد الدائن المقابل (المبيع) إلى مالكة المستحق، أما إذا استحال ذلك لأي سبب من الأسباب كهلاكه مثلاً، عندئذ يحكم للمستحق بالتعويض وفق عناصر التعويض التي يقررها القانون .

أما بالنسبة للدائن فيستطيع الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق، وذلك على اعتبار أن المقابل قد استحق منه والمدين يعد ضامناً لهذا الاستحقاق².

الفرع الثاني: أثر ضمان الاستحقاق ما بين الدائن والمستحق

للحديث عن أثر الاستحقاق في العلاقة ما بين الدائن والمستحق لا بد من التمييز بين احتمالين هما : بقاء المقابل عيناً لدى الدائن أو هلاكه وهو في يد الدائن، وعليه ستنتم دراسة هذان الاحتمالان وما يترتب عليهما من آثار على النحو الآتي :

الاحتمال الأول: وجود المقابل عيناً لدى المشتري

إذا ثبت استحقاق المقابل للغير وهو في يد الدائن، عندئذ على هذا الأخير أن يقوم برد المقابل عيناً للمستحق بالإضافة إلى الغلة الناتجة عنه، وعلى هذا نصت المادة (511) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها " للمستحق مطالبة المشتري بما أفاده من ريع المبيع أو غلته بعد حسم ما احتاج إليه الإنتاج من النفقات ويرجع المشتري على البائع بما أداه للمستحق".

¹ يرى البعض أن كلمة " انفسخ العقد الواردة في نص المادة (505) من القانون المدني الأردني قد جاءت في غير محلها والصواب "يفسخ العقد" ذلك أن الإنفساخ يكون في حالة القوة القاهرة إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بينما الفسخ يكون في غير تلك الحالة، ومن خلال نص المادة نجد أن المشرع قد قصد الفسخ وليس الإنفساخ مع الإشارة إلى أن الأثر واحد في كلا الحالتين ألا وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. الزعبي ، محمد يوسف : "العقود المسماة". شرح عقد البيع في القانون الأردني .مرجع سابق. هامش ص352.

² الضمور ، احمد خليف : الوجيز في شرح العقود المسماة في القانون المدني الاردني .مرجع سابق .ص114.

كذلك يفهم من النص السابق ذكره أن من حق الدائن أن يحسم من غلة المقابل ما يحتاج إليه الإنتاج من نفقات فقط ، أما التحسينات النافعة والكمالية فلا يشملها النص، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن عدم إجراء التحسينات النافعة لا يؤدي إلى تلف المقابل وإنما يزيد من إنتاجه فقط، كذلك إن ترك التحسينات الكمالية لا يلحق ضرراً بالمقابل ولا يزيد من قيمته¹.

الاحتمال الثاني: هلاك المقابل بيد الدائن

إذا ثبت استحقاق المقابل للغير بعد هلاكه وهو بيد الدائن، عندئذ يلتزم هذا الأخير بأن يدفع قيمة هذا المقابل وقت الشراء، وعلى هذا نصت المادة (510) من القانون المدني الأردني "1_ إذا وقع الادعاء بالاستحقاق بعد هلاك المبيع بيد المشتري ضمن للمستحق قيمته يوم الشراء ورجع على البائع بالثمن 2_ وإذا كانت القيمة التي ضمنها المشتري أكثر من الثمن المسمى كان له الرجوع بالفرق مع ضمان الأضرار التي يستحقها وفقاً للفقرة (4) من المادة (505)"².

يلاحظ على الفقرة الأولى من المادة (510) من القانون المدني الأردني أنها أعطت المستحق حق الرجوع على الدائن بقيمة المقابل وقت الشراء في حال هلاك المقابل وهو تحت يده، بينما في القانون المدني المصري فقد أعطى الدائن حق الرجوع على المدين بقيمة المقابل وقت الاستحقاق وذلك في حالة الاستحقاق الكلي للمقابل، وعليه نجد أن المشرع الأردني كان أكثر دقة وصواباً من نظيره المصري لأن قيمة المقابل قد تختلف من وقت الشراء إلى وقت الاستحقاق، وغالباً ما تكون قيمة المقابل أقل وقت الاستحقاق، عدى عن أن الدائن يكون حائزاً للمقابل من وقت الشراء إلى وقت ثبوت الاستحقاق، لذا فلا بد وأن يلتزم الدائن بدفع قيمة المقابل وقت الشراء لأن تقدير الضرر اللاحق بمالك المقابل الحقيقي يكون وقت الشراء أكثر دقة منه وقت الاستحقاق³.

¹ الحلائشة، عبد الرحمن احمد جمعة : الوجيز في شرح القانون المدني الاردني .عقد البيع .الطبعة الأولى. عمان :دار وائل للنشر والتوزيع.2005.ص432-433.

² المادة (510) من القانون المدني الاردني لا يوجد مطابق لها في القانون المدني المصري .

³ هزيم ،ربحي محمد احمد :ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع "دراسة مقارنة".(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية . نابلس ،فلسطين .2007.ص86.

الفرع الثالث: آثار الاستحقاق ما بين الدائن والمدين

إذا ثبت استحقاق المقابل للغير فإن ذلك يترتب آثاراً في العلاقة ما بين الدائن والمدين، وتختلف هذه الآثار بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أم كان الاستحقاق جزئياً، ولتوضيح ذلك سيتم تناول كل منهما في بند مستقل على النحو الآتي:

البند الأول: أثر الاستحقاق الكلي للمقابل

بداية يقصد بالاستحقاق الكلي: أن يستحق المقابل (المبيع) بأكمله من الدائن (المشتري) والذي يتوجب عليه حينها أن يعيده إلى المستحق كاملاً، ولا يكون أمامه سوى الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق ومطالبته بالتعويض وفق القواعد القانونية المتعلقة بضمان الاستحقاق¹.

وهذا ما جاءت به المادة (443) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع :

- 1_ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .
- 2- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
- 3- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية.
- 4- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة (440).

¹ الزعبي، محمد يوسف: "العقود المسماة". شرح عقد البيع في القانون الأردني. مرجع سابق ص367. والسنهوري، عبدالرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية). المجلد الأول. البيع والمقايضة. بدون طبعة. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية. 1960. ص674-675.

5- وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بالفسخ أو إبطاله¹.

يتضح من النص الوارد أعلاه انه في حال استحقاق المقابل استحقاقاً كلياً للغير، يحق للدائن الرجوع على المدين ومطالبته بالتعويض، وذلك وفق ما هو مبين في المادة (443) من القانون المدني المصري والتي تشتمل على عدة عناصر للتعويض وهي:

أولاً _ قيمة المقابل وقت الاستحقاق والفوائد القانونية، أما المشرع الأردني فقد أخذ بقيمة المقابل وقت الشراء وليس وقت الاستحقاق .

ثانياً _ قيمة الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل له .

ثالثاً _ المصروفات النافعة التي ليس بإمكان الدائن إلزام من استحق له المقابل بها والمصروفات الكمالية بشرط تحقق سوء النية من قبل المدين، هذا على خلاف المشرع الأردني والذي لم يميز إذا كان المدين حسن النية أم سيء النية حتى يستطيع الدائن الرجوع عليه بقيمة المصروفات الكمالية، وهذا يعد مأخذاً على الفقرة رقم(3) من المادة (505) من القانون المدني الأردني والتي تحتاج الى تعديل .

رابعاً _ المصروفات القضائية: ويقصد بها مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء المصروفات التي كان من الممكن أن يتجنبها الدائن لو اخطر المدين بالدعوى، وذلك وفق نص المادة (440) من القانون المدني المصري، بينما لا يوجد نص صريح لهذا البند في القانون المدني الأردني، والذي ينص على التزام المدين بدفع مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق الى الدائن، ولكن يمكن اعتبار نص الفقرة (4) من المادة (505) شامل لمصروفات

¹ يقابلها نص المادة (505) من القانون المدني الاردني والتي تنص على انه "1- اذا قضي باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن، اذا اجاز البيع ويخلص المبيع للمشتري 2- فاذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد و للمشتري ان يرجع على البائع بالثمن 3- ويضمن البائع للمشتري ما احدثه في المبيع من تحسين نافع مقدراً بقيمته يوم التسليم للمستحق 4- ويضمن البائع ايضاً للمشتري الاضرار التي نشأت باستحقاق المبيع "ويقابلها ايضاً نص المادة (465) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، أنظر المادة (72) من مجلة الأحكام العدلية .

دعوى الضمان والاستحقاق والتي تنص على أنه "يلتزم البائع بتعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به جراء استحقاق المبيع للغير". ولكن مع ذلك يبقى النص الأردني منقوصاً مقارنة مع النص المصري، والذي يستثني المصاريف التي بإمكان الدائن تجنبها في حال إخطاره للمدين بالدعوى، وعليه نجد أن النص المصري أكثر اعتدالاً من نظيره الأردني.

خامساً _ تعويض الدائن عن كل ضرر لحق به سواء أكان هذا الضرر ناتجاً عن خسارة لحقت به أو كسب فاتته بسبب استحقاق المقابل¹.

البند الثاني: أثر الاستحقاق الجزئي للمقابل

يقصد بالاستحقاق الجزئي للمقابل: هو أن يستحق جزءاً من المقابل وليس كله كما في الاستحقاق الكلي، وقد نظمت أحكام الاستحقاق الجزئي في المادة (444) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "1- إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة (443) على أن يرد له المبيع وما أفاده منه. 2- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق"².

¹ هذا على خلاف القانون المدني الأردني والذي لم ينص صراحة على حق الدائن في الرجوع على المدين بما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب وإنما أعطاه الحق بالرجوع بالأضرار الناشئة عن استحقاق المقابل للغير دون ما فاتته من كسب نتيجة ذلك، لكن يمكن الرجوع بما فاتته من كسب استناداً إلى نص المادة (266) من القانون المدني الأردني والذي ينص على "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

² يقابلها نص المادة (509) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه "1- إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق. 2- وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وحدث الاستحقاق عيباً في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقي في حصته من الثمن وإن لم يحدث عيباً وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق". ويطابقها نص المادة (466) من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

يتضح من خلال النص السابق ذكره أن المشرع المصري قد ميز ما بين الاستحقاق الجزئي الجسيم والاستحقاق الجزئي غير الجسيم من حيث الآثار وذلك على النحو الآتي :

أولاً - الاستحقاق الجزئي الجسيم : بمعنى أن الخسارة التي لحقت بالمشتري نتيجة استحقاق المقابل قد بلغت قدرًا لو علم به هذا الأخير لما أقدم على الشراء، ويخضع ذلك إلى تقدير قاضي الموضوع وفق الوقائع والظروف مع الاستعانة بأهل الخبرة إذا لزم الأمر¹.

أما بالنسبة للأثر المترتب على الاستحقاق الجزئي إذا كان جسيمًا فيتمثل في تخيير الدائن بين أحد أمرين هما:

الخيار الأول: الاحتفاظ بالمقابل مع المطالبة بالتعويض

إذا اختار الدائن الاحتفاظ بالمقابل رغم استحقاقه بشكل جزئي للغير وكان هذا الاستحقاق جسيمًا، فله عندئذ حق الرجوع على المدين بالتعويض عما لحق به من ضرر نتيجة هذا الاستحقاق وذلك وفق قواعد المسؤولية العقدية².

الخيار الثاني: رد المقابل والمطالبة بالتعويض

قد يختار الدائن رد المقابل إلى المدين واسترداد الثمن مع المطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي للمقابل .

ثانيًا - الاستحقاق الجزئي غير الجسيم (اليسير): في حال كان الاستحقاق الجزئي يسيرًا، فإنه وبحسب نص المادة (444) من القانون المدني المصري لا يسمح للدائن برد المقابل، وإنما له

¹ سلطان، انور: العقود المسماة (شرح عقدي البيع والمقايضة) بدون طبعة. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر 2005. ص 316. وابو السعود، رمضان: شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة. الطبعة الثانية. الاسكندرية : دار الجامعة الجديدة. 2003. ص 338 .

² الشرقاوي، جميل : شرح العقود المسماة .(البيع والمقايضة). مرجع سابق . ص 303. والسنهوري ،عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني .الجزء الرابع .المجلد الاول .مرجع سابق .ص 689.

الحق بالرجوع على المدين بالتعويض فقط عما لحق به من خسارة ناتجة عن استحقاق المقابل جزئياً مع الاحتفاظ بالمقابل .

أما بالنسبة للمشرع الأردني فإنه وبحسب نص المادة (509) من القانون المدني الأردني قد جعل الاستحقاق الجزئي في ثلاث حالات هي :
أولاً: استحقاق بعض المقابل قبل أن يقبضه الدائن كله .

بمعنى أن المقابل قد استحق جزءاً منه للغير بعد أن تسلم الدائن جزءاً آخر منه، وفي هذه الحالة للدائن أن يختار بين رد الجزء الذي تسلمه مع استرداد الثمن، أو أن يقبل الدائن بالمبيع في الجزء غير المستحق ويرجع على المدين بحصة الجزء المستحق¹.

ثانياً: استحقاق بعض المقابل بعد قبضه كله .

بمعنى أن المقابل قد استحق جزءاً منه بعد تسلم الدائن للمقابل بأكمله، وفي هذه الحالة فقد فرقت المادة (2/509) من القانون المدني الأردني بين ما إذا حدث الاستحقاق عيباً في الجزء غير المستحق، فللدائن حينها الخيار بين رد المقابل وفسخ العقد مع الرجوع على المدين بالثمن، أو بين قبول المقابل بالجزء الباقي. أما إذا لم يحدث الاستحقاق عيباً في الجزء غير المستحق وكان الجزء المستحق هو الأقل، عندئذ ليس أمام الدائن سوى الرجوع بحصة الجزء المستحق².

ثالثاً: ظهور حق للغير على العين (المقابل) بعد إتمام عملية الوفاء بمقابل .

بمعنى ظهور أي حق من الحقوق للغير سواء أكانت شخصية أو عينية أو معنوية بعد إتمام الوفاء بمقابل، وهنا للدائن الخيار بين انتظار رفع هذا الحق عن المقابل، وبين فسخ العقد والرجوع على المدين بالدين³.

¹ الضمور، احمد خليف : الوجيز في شرح العقود المسماة في القانون المدني الاردني .مرجع سابق .ص115.

² الزعبي، محمد يوسف : "العقود المسماة" .شرح عقد البيع في القانون الأردني .مرجع سابق ص 360-363.و الضمور، احمد خليف :المرجع السابق .ص116-117.

³ الزعبي، محمد يوسف :المرجع السابق .ص357-367.والجبوري ، ياسين محمد :المبسوط في شرح القانون المدني .الجزء الثاني .مرجع سابق .ص338-339.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بضمان العيوب الخفية¹

استناداً لما جاء في نص المادة (351) من القانون المدني المصري والمادة (341) من القانون المدني الأردني فإن أحكام عقد البيع ومنها أحكام ضمان العيوب الخفية تسري على الوفاء بمقابل، بمعنى أنه إذا اكتشف الدائن عيباً من العيوب الخفية في المقابل، فللدائن عندئذ أن يرجع على المدين بضمان هذا العيب كما يرجع المشتري على البائع .

ولدراسة أحكام ضمان العيوب الخفية فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: تناول الأول منه وجوب تحقق الدائن من حالة مقابل الوفاء، و أما الفرع الثاني تناول الأثر المترتب على وجود العيب الخفي في مقابل الوفاء .

الفرع الأول: وجوب تحقق الدائن من حالة مقابل الوفاء

تنص المادة (449) من القانون المدني المصري على أنه "1- إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .2- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب"².

يتضح من خلال النص السابق ذكره أن مجرد توافر شروط قيام ضمان العيوب الخفية لا يعد كافياً لثبوت التزام المدين بالضمان، وإنما لا بد من قيام الدائن بفحص المقابل والتحقق من حالته عند استلامه، كذلك أوجب على الدائن أيضاً أن يقوم بإخطار المدين عند ظهور أي عيب

¹ يتحقق الالتزام بضمان العيوب الخفية إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له . المادة (447) من القانون المدني المصري .

² ليس لهذه المادة مقابل في القانون المدني الأردني ولكن نص المادة (514) منه يفهم منها عدم مسؤولية المدين إذا علم الدائن بالعيب والتي تنص على أنه "لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية 3- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر".

يوجب الضمان وإلا اعتبر قابلاً للمقابل بحالته تلك، وبالتالي يسقط حقه في الرجوع على المدين بضمان العيوب الخفية.

الفرع الثاني: أثر وجود العيب الخفي في مقابل الوفاء

تنص المادة (450) من القانون المدني المصري على أنه " إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة (444) .

يفهم من خلال النص السابق انه إذا ثبت وجود عيب في المقابل، وتوافرت شروطه التي أوجبها القانون، وقام الدائن بإخطار المدين في الوقت المطلوب، عندئذ يحق له الرجوع على المدين بالضمان وفق ما هو مقرر في المادة (444) من القانون المدني المصري الخاصة بضمان الاستحقاق، بمعنى أنه في حال وجد العيب وكان جسيماً - أي بلغ قدراً لو علمه الدائن لما أتم العقد - عندئذ للدائن الخيار بين الفسخ وبين الاحتفاظ بالمقابل مع المطالبة بالتعويض عما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب، أما في حال العيب اليسير فليس أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض¹.

نستنتج مما سبق أن المشرع المصري قد وحد الأحكام الخاصة بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ولعل السبب في ذلك يكمن في أن كلا الضمانين ترد إلى أصول واحدة في القواعد القانونية العامة².

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فإن الأثر الرئيس لوجود العيب الخفي في مقابل الوفاء فقد تناولته المادة (513) منه والتي تنص على انه "1-إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان

¹ سلطان، انور: العقود المسماة (شرح عقدي البيع والمقايضة) .مرجع سابق .ص.331 . وللتوضيح أكثر يمكن الرجوع الى اثر الاستحقاق الجزئي للمقابل والذي تم تناوله في البند الثاني التابع للفرع الثالث من هذا الفصل .

² الشرقاوي، جميل: شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، مرجع سابق .ص.325. و ابو السعود، رمضان: شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة . مرجع سابق .ص.359. و سلطان، انور: العقود المسماة (شرح عقدي البيع والمقايضة) . مرجع سابق .ص.331.

المشتري مخيراً إن شاء رده أو شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن " .

يستفاد من النص السابق أن وجود العيب القديم في المقابل يعطي الدائن الخيار بين رد المبيع واسترداد الثمن من المدين، وبين قبول المقابل بالعيب الموجود فيه وبنفس الثمن المتفق عليه، ولعل السبب الذي جعل المشرع الأردني يمنع الدائن من التمسك بالمقابل مع المطالبة بإنقاص الثمن يكمن في أن النص المتعلق بهذا الموضوع قد أخذ عن الفقه الحنفي¹.

ولكن قاعدة عدم السماح للدائن بالتمسك بالمقابل مع المطالبة بإنقاص الثمن في القانون الأردني ورد عليها الاستثناءات التالية :

أولاً- في حال هلاك المقابل حيث نصت المادة (516) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا هلك المبيع المعيب بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن"².

ثانياً- في حال حدوث عيب جديد في المقابل عند الدائن : وعلى ذلك نصت المادة (517) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها " 1- إذا حدث في المبيع لدى المشتري عيب جديد فليس له أن يرده بالعيب القديم وإنما له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه الجديد. 2- إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع على البائع بالعيب القديم " .

ثالثاً- في حال حدوث زيادة في المقابل مانعة من الرد: حيث نصت المادة (518) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم ظهر للمشتري عيب قديم فيه فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب وليس للبائع الحق في استرداد المبيع. 2- والزيادة المانعة هي كل شيء من مال المشتري يتصل بالمبيع " .

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . الجزء الثاني . مرجع سابق . ص 510 .

² هذا وقد اتخذ المشرع المصري اتجاهًا آخر في مثل هذه الحالة حيث أبقي على دعوى الضمان بأكملها في حال هلاك المقابل مهما كان السبب وعلى ذلك نصت المادة (451) من القانون المدني المصري بأنه " تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان " .

وهناك آثاراً أخرى تترتب في حال وجود العيب المعتبر والموجب للضمان قانوناً وفق القانون الأردني وهي: حق الدائن في احتباس الثمن والذي نصت عليه المادة (528) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها " 1-إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع مستندة إلى حق سابق على البيع أو آل إليه من البائع جاز للمشتري أن يحتبس الثمن حتى يقدم البائع كفيلاً ملئاً يضمن المشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق وللبيع أن يطلب إلى المحكمة تكليف المشتري إيداع الثمن لديها بدلاً من تقديم الكفيل . 2-ويسري حكم الفقرة السابقة إذا تبين المشتري في المبيع عيباً قديماً مضموناً على البائع " .

كذلك من الآثار أيضاً والتي تترتب على وجود العيب المؤثر في المقابل عدم لزوم العقد في حق الدائن، والتي نظمت أحكامها المادتان (195) و(196) من القانون المدني الأردني والمحسوبتان على خيار العيب، والذي تسري قواعده على عقد البيع استناداً إلى نص المادة (2/512) من القانون المدني الأردني مع عدم الإخلال بقواعد عقد البيع حيث نصت المادة(195)على أنه " 1-إذا توافرت في العيب الشروط المبينة في المادة السابقة كان العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار قبل القبض قابلاً للفسخ بعده . 2-ويتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة إلى تراض أو تقاض بشرط علم العاقد الآخر به. وأما بعد القبض فإنما يتم بالتراضي أو التقاضي " .

كذلك نصت المادة (196) من القانون المدني الأردني على أنه " يترتب على فسخ العقد للعيب رد محله إلى صاحبه و استرداد ما دفع " .

المبحث الثاني

الوفاء بمقابل كمبرئ لزمة المدين

تناولت المادة (351) من القانون المدني المصري آثار الوفاء بمقابل باعتباره مبرراً لزمة المدين وقاضياً على الدين حيث نصت على أنه ".....و يسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع أو انقضاء التأمينات "

أما في القانون المدني الأردني، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة(341)على أنه"

2-وتسري عليه أحكام الوفاء في قضاء الدين "1.

كذلك فقد نصت المادة (342) منه أيضاً على انه " ينقضي الدين الأول مع ضماناته في الوفاء الاعتيادي وينتقل حق الدائن إلى العوض "2.

يفهم من خلال النصوص السابقة أن أحكام الوفاء تسري على الوفاء بمقابل فيما يتعلق بالقضاء على الدين، هذا وقد ذكرت المادة (351) من القانون المدني المصري وعلى سبيل التمثيل والتخصيص لا الحصر الأحكام الخاصة بتعيين جهة الدفع عند تعدد الدائنين، بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بانقضاء التأمينات والتي ستكون محلاً للدراسة في هذا المبحث، عدا عن ضرورة تناول مدى جواز الطعن بالوفاء بمقابل من قبل دائني المدين من عدمه، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: تناول الأول منها الأحكام الخاصة بانقضاء التأمينات، أما

¹ يقابلها الفقرة الثانية من المادة (382) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على أنه " 2. وتسري عليه أحكام وفاء الالتزام من حيث أنه يترتب عليه انقضاء الدين "

² لا يوجد مقابل لنص هذه المادة في التشريعات العربية المقارنة، ومع ذلك نجد أن هذه التشريعات تتفق مع موقف المشرع الاردني من حيث النتيجة بخصوص انقضاء التأمينات .الكسواني ،عامر محمود : **احكام الالتزام** .مرجع سابق .هامش ص85. ويقابلها نص المادة (383) من مشروع القانون المدني الفلسطيني . حيث يؤخذ على نص هذه المادة التكرار والذي يعد من قبيل العيب في الصياغة فهو يعطي نفس الحكم الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة السابقة لها اي المادة (2\341)من القانون المدني الاردني وهو انقضاء الدين بالوفاء بمقابل وهذا النقد موجه ايضا للمادة (383)من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني بضرورة تعديل نص هذه المادة ليصبح كالتالي "يترتب على وفاء الدين بمقابل انقضاء ضمانات هذا الدين " وذلك تلافياً للعيب في صياغتها .المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني .ديوان الفتوى والتشريع .2003.ص443-444.

المطلب الثاني تناول الأحكام الخاصة بتعيين جهة الدفع، أما المطلب الثالث فقد تناول مدى جواز الطعن بالوفاء بمقابل من قبل دائني المدين .

المطلب الأول: الأحكام الخاصة بانقضاء التأمينات

يترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الالتزام الأصلي مع كافة ضماناته وتأميناته، لأن التابع تابع ولا يقرر بالحكم¹، وينتقل حق الدائن إلى المقابل الذي تم الاتفاق عليه، بمعنى أنه إذا كان الالتزام الأصلي للمدين ممثلاً بدفع مبلغ من النقود وكان هذا المبلغ مضموناً بكفالة، فإذا تم الوفاء بمقابل بنقل ملكية أرض بدلاً من النقود، حينها ينقضي ضمان الكفالة بانقضاء التزام المدين بدفع النقود .

ويتضح من خلال نص المادة (351) من القانون المدني المصري أن زوال التأمينات التي كانت للدين الأصلي قائم حتى لو استحق المقابل في يد الدائن، بمعنى أن ذمة الكفيل تبرأ في حال الوفاء بمقابل حتى لو استحق الشيء المقابل للغير وهو في يد الدائن، وتأكيداً على ذلك فقد نصت المادة (783) من القانون ذاته على هذا الأثر صراحة في خصوص الكفالة، حيث جاء فيها "إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء"².

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني، فإنه استناداً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة (341) والتي سبق ذكرها ولنص المادة (342) من القانون نفسه³، فإن الضمانات في الوفاء الاعتيادي تنقضي بانقضاء الدين الأصلي ولا تعود، ولكن يبدو أن مضمون هذه المواد يتعارض مع ما جاء في المادة (977) من القانون ذاته والتي تنص على أنه "إذا استوفى الدائن

¹ مجلة الأحكام العدلية : مرجع سابق .المادتان رقم (47) و (48).

² النوري ، حسين : مصادر الالتزام وأحكامه.مرجع سابق ص339. هذا وقد جاءت المادة (2038) من القانون المدني الفرنسي بنفس الحكم . نقلاً عن سرور ،محمد شكري: موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري. مرجع سابق . هامش ص294.

³ تنص المادة (342) على أنه " ينقضي الدين الأول مع ضماناته في الوفاء الاعتيادي وينتقل حق الدائن إلى العوض " .

في مقابل دينه شيئاً آخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق ذلك الشيء ". وبالتالي يفهم من ذلك أن نص المادة (977) جاء باستثناء على قاعدة انقضاء ضمانات الدين بانقضائه، بمعنى أن ذمة الأصيل والكفيل لا تبرأ إذا ما استحق المقابل في يد الدائن، ويبقى الكفيل ضامناً مع المدين في حال استحقاق المقابل للغير¹.

ولكن لا بد من الإشارة إلى أنه إذا كان الدائن لا يستطيع الرجوع على المدين إلا بدعوى ضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية، نظراً لخضوع الوفاء بمقابل لأحكام عقد البيع، إلا أن الدائن يستطيع أيضاً فسخ الاتفاق على الوفاء بمقابل لوجود حق للغير فيه أو لعيب في المقابل، وبالتالي يرجع الدين الأصلي ومعه كافة التأمينات والضمانات التي كانت تضمنه².

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بتعدد الديون

في حال تعددت الديون التي للدائن في ذمة المدين، ولا يعرف أي من هذه الديون قد تم الوفاء بمقابلها، عندئذ تتبع أحكام الوفاء الخاصة بتعيين جهة الدفع³ عند تعدد الديون، والتي نصت عليها كل من المادة (344) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "إذا تعددت

¹ الجبوري، ياسين محمد: المبسوط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. مرجع سابق. ص 340.

² وهذا ما جاءت به المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني حيث جاء فيها " ويرتب على الاعتياض إذا كان نقل ملكية بمقابل أن تسري عليه أحكام البيع ومن ثم فإنه يشترط توافر أهلية التصرف في الموفي وتسري الأحكام المتعلقة بضمان الاستحقاق وضمان العيب في العوض، ويتبع ذلك انقضاء الدين وما يتبعه من ضمانات أن وجدت ولا يكون للدائن إلا حق الرجوع بدعوى الضمان ما لم يطلب الحكم بفسخ الاتفاق لعب في العوض وعندئذ يعود الدين القديم إلى حاله ". المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني : الجزء الأول. مرجع سابق. ص 382. كذلك فقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري أنه " ويرتب الاعتياض أمرين فهو ينطوي من ناحية نقل الملك بمقابل وتتنطبق عليه أحكام البيع من هذا الوجه وعلى ذلك يشترط توافر أهلية التصرف في الموفي وتسري الأحكام المتعلقة بضمان الاستحقاق وضمان العيب فيما يتعلق بالعوض وهو يستتبع انقضاء الالتزام من ناحية أخرى . وتسري عليه أحكام الوفاء من هذا الوجه وعلى ذلك ينقضي الدين وما يتبعه من الملحقات (كتأمينات مثلا) ولو استحق العوض ولا يكون للدائن في هذه الحالة إلا حق الرجوع بدعوى الضمان ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته وتتنطبق القواعد المتعلقة باحتساب الخصم في الوفاء عند الاعتياض عن ديوان متعددة " . مدونة القانون المدني المصري . مرجع سابق . ص 709 . مع الإشارة إلى أن المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني لم يرد فيها إعطاء الحق للدائن بفسخ الاتفاق على الوفاء بمقابل كما في التشريعات الأخرى .

³ يقصد بجهة الدفع أي (احتساب الخصم) فهو مصطلح فقهي إسلامي يراد به تعيين الدين الذي يراد الوفاء به . الذنون ، حسن على : شرح القانون المدني العراقي. مرجع سابق . ص 341.

الديون في ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين" ¹.

وكذلك المادة (345) من القانون ذاته والتي جاء فيها " إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة، كان الخصم من حساب الدين الذي حل، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين، فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن" ².

يتضح من النصوص السابقة أن الأحكام الخاصة بتعدد الديون - والتي تناولها كل من المشرع المصري والأردني بذات الأحكام - تثور الحاجة إليها بهدف تحديد الدين الذي أوفى به المدين عن طريق الوفاء بمقابل، ولكن هناك شروط لا بد من توافرها من أجل سريان هذه الأحكام، والتي تتمثل في أن تكون الديون المتعددة في ذمة المدين من جنس واحد ومستحقة الأداء لنفس الدائن .

أما إذا كانت الديون المتعددة في ذمة المدين من أجناس مختلفة ولو لدائن واحد، فلا تطبق الأحكام الخاصة بتعدد الديون ³ ، لأن كل دين في هذه الحالة يعد مستقلاً عن الآخر في العلاقة بين المدين والدائن وواجب الوفاء به، أما إذا كانت أحد الديون التي أداها المدين غير كافية للوفاء بالدين مع المصروفات والفوائد، عندئذ نحسم المصروفات من الدين أولاً ثم من

¹ المادة (344) من القانون المدني المصري تتطابق مع نص المادة (332) من القانون المدني الأردني فلا داعي لذكرها تحاشياً للتكرار. هذا وقد أقرت محكمة التمييز الأردنية بهذا الخصوص المبدأ رقم (825) لسنة 1987 والذي ينص على أنه "إذا تعددت الديون وكانت لدائن واحد من جنس واحد فإن قيام المدين بدفع ما يفي بقسم منها جاز له عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به، فإذا لم يعينه كان الوفاء للدين الأشد كلفة على المدين وإن تساوت الديون في الكلفة فمن الحساب الذي يعينه المدين". نقلاً عن الموقع الإلكتروني http://www.lob.gov.jo/ui/principles/search_no.jsp?no=825&year=1987&PrincType=7&PrincPa ge=000921 يوم الأحد بتاريخ 2010\3\21 الساعة 14:30 .

² المادة (345) من القانون المدني المصري تتطابق مع نص المادة (333) من القانون المدني الأردني وتختلف فقط باستخدام كلمة (الحسم) بدلاً من كلمة (الخصم) الواردة في النص المصري .

³ الفار ، عبد القادر : احكام الالتزام .مرجع سابق. ص35.

أصل الدين، وعلى هذا فقد نصت المادة (331) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان المدين ملزماً بأن يوفي مع الدين أية نفقات، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع تلك النفقات حُسم ما أدى من حساب النفقات ثم من أصل الدين، هذا ما لم يتفق على غيره"، كذلك في حال تعدد الدائنون وتزاحمهم على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أي منهم بالفعل، ففي تلك الحالة يخضعون لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء، وذلك تبعاً لاختلاف درجاتهم أو تساوي مراتبهم¹.

واستناداً للنصوص السابقة نجد أن كلاً من المشرع المصري والأردني قد أعطى بداية الحق للمدين بتحديد الدين الموفى به بمقابل، ثم للقانون ووضع ضابطين بهذا الخصوص، وأخيراً أعطى هذا الحق للدائن، ولتوضيح ذلك فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: تناول الأول منها تحديد الدين الموفى به بواسطة المدين، أما الفرع الثاني تناول تحديد الدين الموفى به بواسطة القانون، ثم الفرع الثالث والذي تناول تحديد الدين الموفى به بواسطة الدائن .

الفرع الأول: تحديد الدين الموفى به بواسطة المدين

إذا كان المدين يستطيع أن يجبر الدائن على استيفاء الدين في حال كان الوفاء صحيحاً، فمن الطبيعي إذاً عند تعدد الديون أن يملك تحديد الدين المراد الوفاء بمقابلته، ولكن بشروط تضمنتها المادة (344) من القانون المدني المصري، والمادة (332) من القانون المدني الأردني وهي:

أولاً - أن يتم تعيين الدين وقت الوفاء وإلا يسقط حقه فيه .

ثانياً - عدم وجود أي مانع اتفاقي أو قانوني يحول دون هذا التعيين .

¹ وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بأن " الأحكام الخاصة باستئصال الديون لا تسري الا في حال تعدد الديون التي تكون مستحقة لدائن واحد . اما اذا تزامم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل ان يحصل عليه احدهم فعلا فالامر في ذلك يخضع لإحكام التوزيع بين الدائنين او قسمة الغرماء " . نقض مدني . 28 ابريل لسنة 1938. مجموعة عمر 2 رقم 117. ص 333 نقلا عن السنهاوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثالث. المجلد الثاني. مرجع سابق. هامش ص 901.

ويقصد بالمانع الاتفاقي : أن يكون هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تحديد دين معين للوفاء به، أو كان بينهما اتفاق قبل الوفاء على طريقة معينة لترتيب الديون من أجل دفعها، عندئذ لا يستطيع أي من المدين أو الدائن أن يعين ديناً آخر بإرادته المنفردة.¹

أما المانع القانوني : فهو المانع الذي يحول بين الدائن وبين تعيين الدين المراد الوفاء به، فالمدين لا يستطيع أن يعين ديناً لم يحل أجله للوفاء به، ولا أن يجبر الدائن على استيفاء هذا الدين، طالما أن الأجل قد شرع لمصلحة الدائن ولم يتنازل عنه، وعليه فإذا توافرت الشروط السابقة يكون للمدين كامل الحرية في تعيين الدين المراد الوفاء مقابله، حتى أنه غير مقيد بمراعاة مصلحة الغير، كأن يعين ديناً غير قابل للتجزئة أو ديناً له فيه كفيل.²

ولكن الضابط الوحيد للمدين في ذلك هو: عدم تعسفه في استعمال حقه عند تعيينه للمدين بقصد الإضرار بحقوق الغير كالكفيل الشخصي أو العيني.³

الفرع الثاني: تحديد الدين الموفى به بواسطة القانون

إذا لم يقم المدين بتحديد الدين الموفى به، أو إذا قامت إحدى الموانع الاتفاقية أو القانونية دون ذلك، عندئذ يتم تحديد الدين الموفى به عن طريق القانون، وعلى ذلك فقد نصت كل من المادة (345) من القانون المدني المصري، والمادة (333) من القانون المدني الأردني، حيث وضعت ضابطان في هذا الخصوص هما:

الأول: الوفاء بالدين الحال

وبمعنى آخر الوفاء بالدين المستحق لأن الوفاء بالدين المؤجل سوف يؤدي إلى إسقاط حق من تقرر الأجل لمصلحته بالاستفادة منه.⁴ ومن ميزات هذا الضابط أنه يتماشى مع الإرادة

¹ السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . المجلد الثاني . مرجع سابق . ص 902 . و دواس ، أمين : أحكام الالتزام . مرجع سابق . ص 28 .

² السنهوري ، عبد الرزاق : المرجع السابق . ص 902-903 .

³ السنهوري ، عبد الرزاق : المرجع السابق . هامش ص 904 نقلا عن (بلانيول وريبير وردوان . 7 . فقرة 1203 . ص 610) .

⁴ دواس ، أمين : أحكام الالتزام . مرجع سابق . ص 28 .

الضمنية لكلا الطرفين الدائن والمدين، ولا يميز بين ما إذا كان الأجل لمصلحة أحد الأطراف دون الآخر¹.

الثاني: الوفاء بالدين الأشد كلفة

في حال تعددت الديون الحالة أو كانت الديون جميعها لم تستحق بعد، عندئذ يقر القانون ضابطاً آخر وهو الدين الأشد كلفة على المدين كالدين المكفول، أو الدين الذي يؤدي عدم سداده إلى حبس المدين كدين النفقة مثلاً، أو الدين الذي يتبعه نفقات أو فوائد، أما بخصوص تحديد أي من هذه الديون هو الأكثر كلفة، فهذه مسألة واقع يرجع تقديرها لقاضي الموضوع².

الفرع الثالث: تحديد الدين الموفى به بواسطة الدائن

في المرحلة الأخيرة أعطى القانون الحق للدائن بتحديد الدين الموفى به، وذلك عندما لا يتم تعيين الدين الموفى به من قبل المدين، أو إذا قام أحد الموانع الاتفاقية أو القانونية دون ذلك، أو إذا لم تتجح الضوابط التي وضعها القانون في ذلك، عندئذ لإرادة الدائن الحق في تعيين هذا الدين .

أما بالنسبة للوقت الذي يقوم فيه الدائن بتعيين الدين الموفى به، فلا يكون وقت الوفاء وإنما بعد ذلك، لأن المدين هو الذي يعين وقت الوفاء³.

وتبدو حكمة المشرع من إعطاء الدائن الحق بتعيين الدين الموفى به في نهاية المطاف، حتى لا يلحق الضرر بالمدين، لأنه في تلك المرحلة سوف تكون الديون جميعها قد استحققت وأصبحت متساوية في الكلفة بالنسبة للمدين .

¹ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . المجلد الثاني . مرجع سابق . ص 905.

² السنهوري، عبد الرزاق : المرجع السابق . ص 905-906 . ودواس، أمين : أحكام الالتزام . مرجع سابق . ص 28 و مرقس، سليمان : الوافي في شرح القانون المدني . الجزء الثاني . المجلد الرابع . مرجع سابق . ص 721 .

³ السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . المجلد الثاني . مرجع سابق . ص 908 .

المطلب الثالث: مدى جواز الطعن في الوفاء بمقابل من قبل دائني المدين

من الآثار الناتجة على اعتبار الوفاء بمقابل وفاء جواز الطعن بالدعوى البوليصية¹ في الوفاء بمقابل من قبل دائني المدين، وذلك استناداً لنص المادة (237) من القانون المدني المصري²، والمادة (371) من القانون المدني الأردني³. فإذا قام المدين المعسر بالوفاء بمقابل لأحد الدائنين قبل حلول أجل الدين الذي عين أصلاً للوفاء، وطالب الدائنون بعدم نفاذ تصرف المدين في حقهم، عندئذ لا يسري هذا الوفاء بحق بقية الدائنين وذلك منذ مطالبتهم بديونهم . ونفس الحكم ينطبق في حال تم الوفاء بمقابل بعد حلول أجل الدين وكان هذا أي (الوفاء بمقابل) حاصلًا نتيجة لتواطؤ ما بين المدين والدائن الذي استوفى المقابل⁴.

ويرى الأستاذ السنهاوري أن مصدر هذا الحق والذي بموجبه يستطيع دائنو المدين المعسر أن يطعنوا بالدعوى البوليصية في الوفاء بمقابل هو القياس على نص المادة (2/242) من القانون المدني المصري، والتي وردت في خصوص الطعن بالدعوى البوليصية في الوفاء، وبالتالي يمكن قياس الوفاء بمقابل عليها⁵.

¹ الدعوى البوليصية اي (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بحق الدائن) وهي طريق يسلكه الدائن لينال حكماً من القضاء فهي دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن . السنهاوري ، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني . تطرية الالتزام بوجه عام / الإثبات - أثر الالتزام . الإسكندرية : منشأة المعارف . 2004 . ص 925- ص 926 .

² تنص المادة (237) من القانون المدني المصري على انه " لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية " . وبطابقها نص المادة (249) من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

³ تنص المادة (371) من القانون المدني الاردني على انه " إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقا لأحكام القانون " .

⁴ أبو زيد، رشدي شحاتة: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني . مرجع سابق ص565. والنوري ، حسين: مصادر الالتزام واحكامه . مرجع سابق. ص339. والجوري ، ياسين محمد: المبسوط في شرح القانون المدني . الجزء الثاني. مرجع سابق . ص341.

⁵ بنفس المعنى استئناف مختلط 17 ابريل سنة 1912م. ك24. ص287. نقلا عن السنهاوري ، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . المجلد الثاني . مرجع سابق . هامش ص953.

فإذا تقرر عدم نفاذ التصرف فانه وبحسب المادة (240) من القانون المدني المصري¹ يستفيد من ذلك جميع الدائنين الذين لحق بهم الضرر من جراء هذا التصرف، وليس فقط الدائن الذي أقام الدعوى البوليصية .

لا بد من الإشارة إلى أن هناك أحكاماً أخرى من أحكام الوفاء تسري على الوفاء بمقابل، ومنها أن المدين يستطيع أن يسترد المقابل من الدائن بأن يرجع عليه بدعوى استرداد غير المستحق في حال ثبت انه قد دفع مقابلاً لدين لا وجود له².

هذا ويرى الأستاذ السنهاوري تعقيباً على ما سبق أنه يمكن القول أيضاً أن الذي أعطى المقابل، وقد تبين أنه غير مدين، يكون بمثابة البائع الذي لم يستوف الثمن من المشتري، فيفسخ البيع ويسترد المبيع، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأنه "إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبي، وتعهد الدائن بإحضار مخالصة من ذلك الأجنبي عند التصديق على عقد البيع وحرر بين الطرفين في تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع الأطيان الواردة به ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائي، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبي، بل هذا الأخير استمر في إجراءات التنفيذ بالنسبة إلي باقي الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد، فرأت المحكمة من هذا انه مع قيام الأجنبي بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقي الدين تكون الأطيان المباعة للدائن تحت يده من غير مقابل، وعلى هذا قضت بفسخ العقد، فإنها تكون قد أصابت، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذي هو في مركز البائع - الحق في فسخ العقد إذا حال الدائن الذي اخذ الأطيان وفاء لدينه

¹ تنص المادة (240) من القانون المدني المصري على انه "متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضراراً بهم" ويقابلها في القانون المدني الاردني المادة(373)، والمادة (254) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² مأمون، عبدالرشيد: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (الكتاب الثاني). أحكام الالتزام. مرجع سابق ص326. والحلاش، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني الاردني (أحكام الالتزام). مرجع سابق ص526. وعبد الله، فتحي عبد الرحيم وآخر: النظرية العامة للالتزام. الكتاب الثاني. مرجع سابق ص278. ويحيى، عبد الوود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات. القسم الاول. مرجع سابق ص705 .

دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن¹.

كذلك من الأحكام الأخرى للوفاء والتي تسري على الوفاء بمقابل القواعد الخاصة بتحديد مكان وزمان الوفاء ونفقات الوفاء، بالإضافة إلى قواعد إثبات الوفاء، كل ذلك ما لم تتعارض أحكام الوفاء مع الأحكام الخاصة بالوفاء بمقابل²، فعلى المدين أن يطالب الدائن بتقديم مخالصة عندما يقوم بالوفاء بما عليه من التزام أو بأي جزء منه، حتى لا يطالب الدائن بهذا الدين مرة أخرى، أما في حال رفض الدائن تقديم هذه المخالصة، عندئذ على المدين إيداع مقابل الوفاء إيداعاً قضائياً، وذلك استناداً إلى نص المادة (339) من القانون المدني الأردني "لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة بما وفاه، فإذا رفض الدائن ذلك جاز للمدين أن يودع الدين المستحق إيداعاً قضائياً"³.

¹ (نقض مدني 18م سنة 1944 مجموعة عمر 4 رقم 139ص385)،نقلأعن السنهوري عبد الرزاق احمد :الوسيط في شرح القانون المدني .الجزء الثالث .المجلد الثاني .هامش ص952-953.

² الجبوري ،ياسين محمد :المبسوط في شرح القانون المدني .الجزء الثاني .مرجع سابق .ص342.

³ نقلاً عن الحلاش، عبد الرحمن: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني. مرجع سابق.هامش ص518 . كذلك فقد نصت المادة (349) من القانون المدني المصري بخصوص إثبات الوفاء على أنه "1- لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين لحصول هذا الوفاء فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة ضياع السند فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً"، ويطابقها نص المادة (364) من قانون المعاملات الإماراتي .

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث تم التوصل إلى العديد من النتائج والتوصيات

وفق الآتي:

أولاً- النتائج

1. بالإضافة إلى الأركان العامة الواجب توافرها لكل اتفاق، هناك أركان خاصة للوفاء بمقابل والتي تتحدد بحسب المفهوم الذي تم الأخذ به ، فالمرشع الأردني جاء متأثراً بالفقه الإسلامي في هذا المجال، وأخذ بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل، والذي يعتبر مجرد الاتفاق على تغيير محل الالتزام بمحل آخر جديد بغض النظر عن نوعه وفاء بمقابل ، ولا يشترط التنفيذ الفوري للالتزام الجديد ، أما بالنسبة للمرشع المصري والذي يتفق معه مشروع القانون المدني الفلسطيني بهذا الخصوص فقد أخذ بالمفهوم الضيق للوفاء بمقابل، وبالتالي فإن أركان الوفاء بمقابل لديهم تشمل الاتفاق بين الدائن والمدين، عدا عن ضرورة تنفيذ هذا الاتفاق على الفور عن طريق نقل ملكية شيء ما إلى الدائن، وهذا التضيق من نطاق الوفاء بمقابل غير مبرر، ومحل نظر لأن الوفاء بمقابل في حقيقته لا يتعلق بنقل ملكية شيء فقط، وإنما أي التزام بشكل عام عندما يعرض المدين على الدائن محلاً آخر غير المحل الأصلي المنفق عليه بينهما يحقق الوفاء بمقابل، أما مجلة الأحكام العدلية فلم يذكر فيها أي من المصطلحين (الوفاء بمقابل أو الوفاء الاعتياضي) وإنما جاءت فحوى العملية ذاتها تحت مسمى آخر وهو الصلح، والذي أخذ بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل، حيث عرفت المجلة الصلح في المادة (1531) منها بأنه " عقد يرفع النزاع بالتراضي ، وينعقد بالإيجاب والقبول " .

2. أنه على الرغم من أن المرشع الأردني قد أخذ بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل كقاعدة عامة، إلا أنه ومن خلال النصوص الأخرى المنظمة له قد جاء متأثراً بما جاءت به التشريعات المدنية الأخرى كالقانون المدني المصري، مما أوقع شراح القانون المدني الأردني في اللبس والخلط، وعدم مواجهة كافة الفروض المقترحة لعملية الوفاء بمقابل .

3. أن الوفاء بمقابل وإن كان يشترك مع بعض الأنظمة القانونية كالتجديد والالتزام البدلي والالتزام التخييري في أحد عناصره ، أو إذا كان يشترك مع عقد البيع أو الوفاء في بعض أحكامها، أو فيما ينتجه من آثار، إلا أنه يبقى نظاماً قانونياً قائماً بذاته ومستقلاً عن تلك النظم القانونية الأخرى، والذي يعد أبرزها التجديد، فعلى الرغم من وجود تشابه كبير بينهما إلا أن هناك فرقاً جوهرياً بينهما، فنظام التجديد يعد النظام الأعم والأشمل، ذلك أن التغيير قد يكون بأي عنصر من عناصر الالتزام فيه، فمن الممكن أن يكون في عنصر محل الالتزام أو في مصدره، وقد يكون التغيير في شخص المدين أو الدائن، بينما في الوفاء بمقابل فإن التغيير يقتصر على محل الالتزام فقط .

4. أن الوفاء بمقابل عن طريق الشيك أو الكمبيالة أو أي ورقة مماثلة غير متصور في كلا التشريعين المصري والأردني، كذلك بحسب مشروع القانون المدني الفلسطيني، لأنه لا بد من قبض قيمة الورقة التجارية فعلاً حتى تبرأ ذمة المدين، وفي تلك الحالة نكون أمام وفاء وليس أمام وفاء بمقابل .

5. يتم تحديد طبيعة الصلح في مجلة الأحكام العدلية بحسب نوع المصالح عنه (الشيء المدعى به) وهو بحسب شروحات المجلة على أربعة أنواع على رأسها دعوى المال، والتي يكون الصلح فيها إما بيعاً أو إجارة أو افتداء لليمين وقطعاً للخصومة ، ويمكن القول أن للوفاء بمقابل في مجلة الأحكام العدلية طبيعة مزدوجة من وفاء وتجديد : فمن جهة يعمل على إنهاء الالتزام الأصلي بجميع ضماناته ويخضعه لأحكام الوفاء ، ومن جهة أخرى يعمل على إنشاء التزام جديد بضمانات جديدة .

6. إن كافة الاتجاهات التي أوردها فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل، لا يُعد أي منها بحد ذاته كافياً للكشف عن الجوهر الحقيقي لعملية الوفاء بمقابل، ولعل أقرب هذه الاتجاهات، والذي يتفق مع موقف القانون المدني المصري، والذي أصبح سائداً في الفقه الحديث الاتجاه القائل بأن الوفاء بمقابل عبارة عن عملية مركبة من تجديد ووفاء عن طريق

نقل الملكية، إلا أنه يبقى قاصراً، لأنه يوضح طبيعة الوفاء بمقابل في حالة معينة فقط، وهي كون مقابل الوفاء عيناً معينة ولا يفسر غيرها من الحالات .

7. إن تراكم طبيعة الوفاء بمقابل نتج عنها ازدواج في أثره، فهو ينقل إلى ذمة الدائن المقابل الذي تم الاتفاق عليه بدلاً من محل الالتزام الأصلي، ويخضع حينها لأحكام عقد البيع ، وبذات الوقت يقضي على هذا الالتزام الأخير، ويبرئ ذمة المدين خاضعاً في ذلك لأحكام الوفاء، مع الإشارة إلى أن هذه الأحكام الخاصة بعقد البيع والوفاء، والتي أوردها كل من المشرع الأردني والمصري والفلسطيني قد جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، وأن هناك أحكاماً أخرى لعقد البيع والوفاء تسري على الوفاء بمقابل، والضابط في ذلك هو عدم تعارضها مع الأحكام الخاصة بالوفاء بمقابل .

8. أن المشرع المصري قد عمل على توحيد الأحكام الخاصة بكل من ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية، على اعتبار أن كلاهما يرجع إلى أصول واحدة في القواعد القانونية العامة ، أما المشرع الأردني فقد عمل على الفصل بينهما بوضع نصوص مستقلة عند تنظيم كل منها .

9. نتيجة للمقارنة بين التشريعات محل الدراسة فقد وجدت الباحثة أن النصوص الخاصة بضمان الاستحقاق في القانون المدني المصري كانت أكثر اعتدالاً من النصوص الخاصة بضمان الاستحقاق في القانون المدني الأردني وذلك في أكثر من جانب منها :

أ. أن المشرع الأردني وعلى خلاف المشرع المصري لم يميز بين ما إذا كان المدين حسن النية أم سيء النية، حتى يستطيع الدائن الرجوع عليه بقيمة المصروفات الكمالية .

ب. أن المشرع الأردني وعلى خلاف نظيره المصري لم ينص صراحة على حق الدائن بالرجوع على المدين بما فاتته من كسب .

ت. أن المشرع المصري يستثني المصاريف التي بإمكان الدائن تجنبها في حال اخطر المدين بالدعوى، مقارنة مع المشرع الأردني الذي لم ينص على ذلك .

10 . حتى يقوم التزام المدين بضمان العيوب الخفية فلا يعد كافياً مجرد توافر شروط قيام هذا الضمان، وإنما لابد و أن يقوم الدائن بفحص المقابل والتحقق منه عند استلامه، بالإضافة إلى إخبار المدين عند ظهور أي عيب يوجب الضمان، وإلا يسقط حقه بالرجوع بضمان العيوب الخفية .

11 . إن من آثار الوفاء بمقابل سواء في القانون المصري أو القانون الأردني انقضاء الالتزام الأصلي وما يتبعه من ضمانات وتأمينات، حتى في حال استحقاق المقابل للغير ، إلا أن المشرع الأردني قد أوجد استثناء على هذه القاعدة وذلك في المادة (977) من القانون المدني الأردني والمتعلقة بالكفالة، حيث يبقى الكفيل ضامناً مع المدين إلا في حال استحقاق المقابل للغير، عندئذ لا تبرأ ذمة الأصيل والكفيل ويبقى الكفيل ضامناً مع المدين في حال استحقاق المقابل للغير . .

12 . الأحكام الخاصة بتعدد الديون في كل من القانون المدني المصري ونظيره الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني قد جاءت بذات الأحكام، والتي تثار الحاجة إليها بهدف تحديد الدين الذي أوفى به المدين عن طريق الوفاء بمقابل .

13 . أن من آثار الوفاء بمقابل باعتباره وفاء إعطاء الحق لدائني المدين بالطعن في الوفاء بمقابل، وذلك بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البوليصية) ، وعند صدور قرار بعدم نفاذ هذه التصرفات يستفيد من ذلك جميع الدائنين الذين لحق بهم الضرر من ذلك التصرف، وليس فقط الدائن مقيم الدعوى .

ثانيا - التوصيات:

من خلال هذه الدراسة فأنتني أتمنى على المشرع الأردني في أول تعديل للقانون المدني الأردني القيام بما يلي :

1. أن يعمل على تقنين نظام التجديد وبشكل تفصيلي لما يلعبه هذا النظام من دور هام باعتباره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام، وذلك في إطار المعاملات المدنية والتجارية ، عدا عن أن نظام الوفاء بمقابل لا يغني عن التجديد كنظام قائم بذاته ولا يغطي جميع حالاته .

2. تعديل نص المادة (429) من القانون المدني الأردني والنص المقترح هو " إذا اتفق الدائن مع احد المدينين المتضامنين على الوفاء الاعتياضي برئت ذمة الباقيين إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم " بمعنى استبدال مصطلح (تجديد الدين) بمصطلح (الوفاء الاعتياضي) وذلك كما فعل المشرع الإماراتي في المادة (453) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 .

3. تعديل نص المادة (342) من القانون المدني الأردني فهي تعطي نفس الحكم الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة (341) السابقة لها وهو انقضاء الدين عن طريق الوفاء بمقابل والنص المقترح هو " يترتب على وفاء الدين بمقابل انقضاء ضمانات هذا الدين " وذلك تلافياً للعييب الموجود في صياغتها من حيث التكرار ، مع الإشارة إلى أن هذا التعديل مقترح أيضاً على مشروع القانون المدني الفلسطيني بتعديل نص المادة (383) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، لأنه من باب التكرار الذي لا فائدة منه فهو يعطي نفس الحكم الموجود في الفقرة الثانية من المادة (382) السابقة لها .

4. تعديل الفقرة الأولى من المادة (341) من القانون المدني الأردني والتي تنص على انه " 1- تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتياضي إذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين " ذلك أن النص يقصر تطبيق أحكام عقد البيع على الوفاء الاعتياضي في حالة إذا ما كان العوض عيناً معينة فقط، مع أن المشرع الأردني وفي المادة (465) من

القانون المدني الأردني قد نص على أن " البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض " وبذلك يختلف عن التشريع المصري والذي لا يأخذ إلا بالبيع المطلق الذي هو بيع عين لقاء نقد، وبالتالي لا بد وأن يطبق المشرع الأردني أحكام عقد البيع على الوفاء الاعتيادي في جميع الحالات التي يكون فيها محل الالتزام الأصلي أو العوض عيناً أو نقداً، وعليه فالنص المقترح هو " 1- تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتيادي إذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة أو نقداً عوضاً عن الدين " .

5. تعديل الفقرة الثالثة من المادة (505) من القانون المدني الأردني، وذلك لعدم تمييزها بين حالة ما إذا كان المدين حسن النية أو سيء النية، للسماح للدائن بالرجوع على المدين بقيمة المصروفات الكمالية كما فعل المشرع المصري في الفقرة الثالثة من المادة (443) من القانون المدني المصري .

ومن خلال دراستي للقانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني، فإنني اقترح على المشرع المصري في أول تعديل لهذا القانون والمشرع الفلسطيني قبل إقراره لهذا المشروع القيام بما يلي :

1. تعديل نص المادة (350) من القانون المدني المصري والذي جاء مطابقاً لها نص المادة (381) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وذلك لتضييقها من نطاق الوفاء بمقابل وربطها إتمام هذه العملية بضرورة نقل ملكية شيء معين من المدين إلى الدائن . وهذا التضييق غير مبرر لأن الوفاء بمقابل كنظام أوسع من ذلك، ويشمل كافة أنواع الالتزامات، والنص المقترح هو " إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر أو حقاً يؤديه المدين قام هذا مقام الوفاء " .

2. تعديل نص المادة (443) من القانون المدني المصري والمادة (465) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والتي تعطي الدائن في حال الاستحقاق الكلي للمقابل حق الرجوع على المدين بقيمة المقابل وقت الاستحقاق، لتصبح قيمة المقابل وقت الشراء بدلاً من وقت

الاستحقاق، لأنه من الممكن أن تختلف قيمة المقابل من وقت الشراء إلى وقت الاستحقاق، والتي عادة ما تكون أقل وقت الاستحقاق ، بالإضافة إلى أن الدائن يجب أن يدفع قيمة المقابل وقت الشراء لأن تقدير الضرر الذي لحق بمالك المقابل الحقيقي يكون أكثر دقة وقت الشراء من وقت الاستحقاق .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976. نشر هذا القانون في الصفحة (2) من العدد (2645) في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1/8/1976.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367هـ (16 يوليو سنة 1948).

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ط3. ج1. إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين. عمان: مطبعة التوفيق. 1992.

المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني. ديوان الفتوى والتشريع. 2003 .

قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (5) لسنة 1985.

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932 .

مجلة الأحكام العدلية. صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286هـ — الموافق 1869م وتوطد نفاذها في عام 1293هـ الموافق 1876م.

نصار، محمد: مدونة القانون المدني المصري. الإصدار الأول. القاهرة . 2007 .

ثانياً : المراجع

أبو السعود، رمضان: شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة . الطبعة الثانية. الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة . 2003.

أبو زيد ،رشدي شحاتة : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني
"دراسة مقارنة ".الطبعة الأولى.الإسكندرية:مكتبة الوفاء القانونية .2009.

أبو سنيت، أحمد حشمت: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري. بدون طبعة. مصر:
مكتبة عبد الله وهبة . 1945.

الاهواني، حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتزام. الجزء الثاني/ أحكام الالتزام. بدون طبعة.
دار أبو المجد للطباعة، 1996.

الباز اللبناني ، سليم رستم : شرح المجلة .الطبعة الثالثة .بيروت- لبنان: دار أحياء التراث
العربي .بدون سنة.

تتاغو، سمير عبد السيد: المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام . بدون طبعة.
الإسكندرية. منشأة المعارف. بدون سنة نشر .

الجبوري، ياسين محمد: المبسوط في شرح القانون المدني/ أثار الحقوق الشخصية/ أحكام
الالتزامات. الجزء الثاني- المجلد الأول - الكتاب الأول- القسم الثاني. الإصدار الأول.
الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006.

حسن، سوزان علي: الوجيز في القانون المدني(النظرية العامة للقانون - النظرية العامة
للحق - النظرية العامة للالتزام) . بدون طبعة . الإسكندرية: منشأة المعارف. 2004.

الحلالشة ، عبد الرحمن احمد جمعة:الوجيز في شرح القانون المدني الأردني /آثار الحق
الشخصي /أحكام الالتزام .الطبعة الأولى.عمان:دار وائل للنشر .2006.

الحلالشة ،عبد الرحمن احمد جمعة : الوجيز في شرح القانون المدني الأردني .عقد البيع.
الطبعة الأولى. عمان :دار وائل للنشر والتوزيع.2005.

حيدر، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام .المجلد الرابع .الطبعة الأولى .بيروت/لبنان .دار
الجيل .1991.

دواس ،أمين: القانون المدني/ أحكام الالتزام" دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. رام الله. دار
الشروق للنشر والتوزيع. 2005.

الذنون ،حسن علي : شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتزام) .الطبعة الأولى .بغداد
:مطبعة المعارف . 1952 .

الزعبي، محمد يوسف:"العقود المسماة " . شرح عقد البيع في القانون الأردني .الطبعة
الأولى.عمان:المكتبة الوطنية.1993.

سرور، محمد شكري: موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري . الطبعة
الأولى. القاهرة: دار الفكر العربي. 1958.

سلطان ، أنور: أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، دراسة مقارنة في
القانونين المصري واللبناني.بدون طبعة. بيروت: دار النهضة العربية للطباعة. 1980.

سلطان، أنور:العقود المسماة (شرح عقدي البيع والمقايضة) .بدون طبعة. الإسكندرية: دار
الجامعة الجديدة للنشر. 2005.

السنهوري ،عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني . تطرية الالتزام
بوجه عام / الإثبات - أثر الالتزام . الإسكندرية : منشأة المعارف . 2004 .

السنهوري ،عبد الرزاق احمد :الوسيط في شرح القانون المدني.الجزء الرابع (العقود التي تقع
على الملكية) .المجلد الأول .البيع والمقايضة.بدون طبعة .القاهرة: دار النشر للجامعات
المصرية .1960.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الاول
(انقضاء الالتزام والحوالة).بدون طبعة . القاهرة: دار النهضة العربية.1983.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث. المجلد الثاني (انقضاء الالتزام). الطبعة الثانية. القاهرة: دار النهضة العربية. 1984.

شرف الدين، أحمد: نظرية الالتزام. الجزء الثاني / أحكام الالتزام. بدون طبعة. 2002.

الشرقاوي، جميل: شرح العقود المدنية. البيع والمقايضة. بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1991.

الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام/ الكتاب الثاني / أحكام الالتزام . بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية . 1995 .

شنب، محمد لبيب: مبادئ القانون/ المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام. بدون طبعة. بيروت/ لبنان: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1970.

طلبة، أنور: الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثاني (المسؤولية عن الأشياء/ الإثراء بلا سبب / دفع غير المستحق / الفضالة / آثار الالتزام / انقضاء الالتزام). الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 1998.

عبد التواب: المرجع في التعليقات على نصوص القانون المصري معلقاً عليها بالمشكلة الإيضاحية والأعمال التحضيرية وأحكام النقص من 1931 إلى 1997 بالمقارنة مع التشريعات العربية / الجزء الثاني " أوصاف الالتزام. انتقال الالتزام. انقضاء الالتزام. العقود المسماة". الطبعة الرابعة. الإسكندرية : منشأة المعارف . 1998 .

عبد الله، فتحي عبد الرحيم وعبد الرحمن ، أحمد شوقي: شرح النظرية العامة للالتزام (الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء - الإثبات) الكتاب الثاني. بدون طبعة . الإسكندرية: منشأة المعارف. 2000-2001.

العدوي، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات: بدون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1996.

- الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام. الطبعة السادسة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001.
- الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني). بدون طبعة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005.
- الفضل، منذر: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية. الجزء الثاني. أحكام الالتزام. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1995.
- الفكهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. الجزء الخامس. القاهرة: الدار العربية للموسوعات. 2001.
- قاسم، محمد حسن: الوجيز في نظرية الالتزام (المصادر والأحكام) بدون طبعة. الإسكندرية- دار الجامعة الجديدة للنشر. 1994.
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء السادس. الطبعة الثانية. بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية. 1986.
- الكسواني، عامر محمود: أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2008.
- مأمون، عبد الرشيد: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات/ الكتاب الثاني/ أحكام الالتزام. القاهرة: دار النهضة العربية. 1997.
- محمود، همام محمد ومنصور، محمد حسين: مبادئ القانون/ المدخل إلى القانون/ الالتزامات. بدون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. بدون سنة نشر.
- مذكور، محمد سلام: مدخل الفقه الإسلامي. بدون طبعة. القاهرة: الدار القومية للطباعة والنشر. 1964.

مرقس ، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني. الجزء الثاني/ الالتزامات .المجلد الرابع/ أحكام الالتزام. الطبعة الثانية .لبنان:المنشورات الحقوقية. 1992.

نخلة ، موريس: الكامل في شرح القانون المدني "دراسة مقارنة ".الجزء الرابع . بدون طبعة .بيروت/لبنان :منشورات الحلبي الحقوقية . 2001 .

النوري ، حسين :مصادر الالتزام و أحكامه. بدون طبعة.القاهرة :مكتبة عين شمس.1973.

وهدان ، رضا متولي: النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارناً بالفقه الإسلامي(النطاق الفني للتجديد - الأثر المسقط والمنشي للتجديد تأصيل سريان التجديد من حيث التزام والتغير). بدون طبعة . المنصورة : دار الفكر والقانون.2007.

يحيى ، عبد الودود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر - الأحكام - الإثبات)، القسم الأول/ مصادر الالتزام. بدون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1994.

يكن ، زهدي : شرح قانون الموجبات والعقود (انتقال الموجبات وسقوطها).الجزء السادس .بدون طبعة .بيروت :نشر وتوزيع دار الثقافة .بدون سنة.

ثالثاً : رسائل الماجستير

الشنطي ، ريم عدنان عبد الرحمن :الإجابة في الوفاء (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و القانون المدني الأردني وشروع القانون المدني الفلسطيني) رسالة ماجستير غير منشورة .جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا- القانون الخاص. نابلس . فلسطين .2007.

هزيم ، ربحي محمد أحمد :ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع "دراسة مقارنة ".(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية . نابلس .فلسطين .2007.

رابعاً: المواقع الالكترونية

<http://alqudslaw.com/vb/showthread.php?t=8238>

<http://ar.jurispedia.org>

<http://www.badlah.com/page-40.html> .

http://www.lob.gov.jo/ui/laws/principlesarticle_descr.jsp?no=43&year=1976&article_no=340&article_no_s=0

An-Najah National. University
Faculty of Graduate Studies

Payment by an insolvent
"Comparative Study"

By
Sana' Muhammad Said Taha

Supervised by
Dr. Ali Sartawi

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master in private Law, Faculty of Graduate Studies,
An-Najah National University, Nablus, Palestine.

2011

**Payment by an insolvent
"Comparative Study"
By
Sana' Muhammad Said Taha
Supervised by
Dr. Ali Sartawi**

Abstract

This study discusses the issue of payment with return, more precisely the role that the payment in return plays as being one of the reasons that lead to the payment of the commitment. This role is determined through determining first the legal frame of the payment with return, then determining the legal nature of this idea so as to reach the most significant implications of it. All of this comes within a comparative study between the Egyptian civil law and the Jordanian civil law as well as the Journal of the Judicial Provisions in addition to the materials' texts of the Palestinian civil law project that is related to this study.

This study consists of three chapters. The first chapter discusses the definition of the payment in return and determined the legal frame of this concept through defining this idea and explaining to what extent it is allowed to force the creditor to accept something that is alternative to what the debtor has already promised to offer in order to reach the real meaning of the idea of payment with a return. The chapter also explains the elements of this process and how it differs depending on the types of laws under comparison in this study which differ according to the definition by which these regulations have been taken. So, was the wide definition of the payment with return considered or was it the narrow definition that was

considered which works on narrowing the scope of this process and confining it to specific cases only.

In chapter one also, the researcher explained what distinguishes the payment with return from other similar legal systems such as the renewing system which is considered the most important one, as well as the substitutional commitment and optional commitment.

The second chapter addresses the issue of payment with return in the judicial provisions journal on one hand in which this concept was named “Reconciliation” whose nature is defined according to the type of interests. On the other hand, this chapter discusses the nature of payment with return in the civil legislations. In order to determine the nature of this process as whether a renewing of the commitment, selling or whether the payment with return is considered an independent system that has its own legal philosophy; therefore, it is necessary to carry out a legal study that is based on the comparison between these laws. The study should also explain the major trends that are presented in this respect, the most important critical ideas of it in order to reach the correct legal adaptation to the payment with return.

In the third chapter, the researcher talked about the double impacts of the payment with return which came as result of the combined nature of this concept. There are some implications of the payment with return being a transporter of ownership and is subject to the provisions of the selling

contract such as the provisions of the ensuring eligibility and the provisions of assuring the concealed deficits.

On the other hand, there are impacts of this concept whereby we consider it as an eliminator of the original commitment which also exempts the debtor. In this case, it is subject to the provisions of the payment such as the expiration of the guarantor insurances of the original debt, the special provisions of debt multiplicity, as well as the possibility to let the creditor to present an appeal in the payment with return through the policy case.

After that, the researcher included a conclusion that consisted of the research's results and recommendations.