

الإبراء

أعقد هوام تصرف بإرادة منفردة

الدكتور بدر جاسم اليعقوب
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

١ - تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيمها ٣ - نطاق البحث ٤ - خطة البحث

١ - تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيمها : ينشأ الالتزام أو الحق الشخصي كما هو معروف، من مصادر متعددة ومتنوعة، هي العقد، والارادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع أو الاثراء دون سبب على حساب الغير، ونص القانون، ومضى نشأ الالتزام ثبت الحق للدائن في اقتضاء موضوعه، وتعين على المدين، في المقابل، الوفاء به، ولكن هناك حالات معينة يضطر فيها الدائن أن يقتصر على الحصول على مقابل لما التزم به المدين، فيسمى التنفيذ في هذه الحالة تنفيذا بمقابل أو تنفيذا بطريق التعويض يقتصر فيه الدائن على تقاضى تعويض من المدين (١). وذلك لن يكون الا إذا أصبح التنفيذ العيني في ذاته غير ممكن بخطأ المدين، وكذلك اذا كان التنفيذ العيني، رغم كونه ممكنا في ذاته، مرهقا للمدين، وطلب المدين قصر حقه على التعويض، ووافقت المحكمة على طلبه، وكذلك اذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم، الا اذا قام به المدين نفسه وطالب الدائن

(١) اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والاثبات ١٩٦٧، ص ٤.

ابتداء بالتعويض ، أو طالب بالزام المدين بالتنفيذ العيني و بدفع غرامة تهديدية وامتنع المدين، ولم تجد الغرامة نفعا في حث المدين على التنفيذ العيني (٢). وللدائن الحق ايضا في اتخاذ كافة الوسائل التى يحافظ بموجبها على أموال مدينه باعتبارها ضمانا عاما للوفاء بما عليه من ديون.

والالتزام أو الحق الشخصى لا بد وأن يؤول الى الزوال فى لحظة ما، فلا يجوز أن يبقى مشقلا كاهل المدين الى الأبد لان ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية، و يعتبر قيذا على الحرية الفردية، ومن ثم، يتعارض مع اعتبارات النظام العام (٣). وذلك بخلاف الحق العينى الذى يمكن أن يكون مؤبدا بطبيعته كحق الملكية، أما الحقوق المتفرعة عن حق الملكية فقد تكون مؤبدة أو موقوتة بحسب ظروف الاحوال.

٢ - والاسباب التى ينقضى بها الالتزام متعددة، وهى فى القانون المدنى الكويتى منصوص عليها فى المواد (م ٣٩١ - ٤٥٣) : الوفاء، والوفاء بمقابل، والتجديد، والانابة فى الوفاء، والمقاصة، واتحاد الذمة، والابراء، واستحالة التنفيذ، ومرور الزمان المانع من سماع الدعوى (٤).

٣ - نطاق البحث : هذه هى اسباب انقضاء الالتزام فى التقنين المدنى الكويتى بوجه عام، وسنقتصر موضوع البحث على الابراء كسبب من اسباب انقضاء الالتزام، ولن نتناول

(٢) منصور مصطفى منصور، آثار الالتزام، والأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، مذكرات على «الرونيو» ١٩٨٠ - ١٩٨١، ص ١٣١.

(٣) محمود جمال الدين زكى، نظرية الالتزام، فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، فى أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٤، فقرة ١٨٦، ص ١٩٩.

(٤) ويلتقى القانون المدنى الكويتى، فى اعتبار مرور الزمن مانعا من سماع الدعوى، مع الفقه الاسلامى، بأنه لم يجعل مرور الزمن مسقطا للحق، كما ذهب اغلب التقنينات المدنية، وعلى رأسها التقنين المدنى الفرنسى، والتقنين المدنى المصرى، وانما جعل مرور الزمن عند انكار المدعى عليه بما يدعى به قرينة على الوفاء بالدين، أما اذا اقر المدعى عليه بالحق المدعى به فتسمع الدعوى حينئذ ولا مبرر لعدم سماعها، ولان الحق فى الفقه الاسلامى لا يسقط بالتقادم أو بمرور الزمان فالديون باقية فى ذمة المدين حتى يتم انقضاؤها بأحد اسباب انقضاء الالتزام. وقد نصت المادة ١٩٥ من مرشد الحيران على اسباب انقضاء الالتزام بقولها: «تقضى الديون بايفائها أو قضاها أو ببراء الغريم ذمة المدين أو بتجديد عقد الدين أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام، ولا تسمع دعوى الدين على المدين بعد مضي خمس عشرة سنة بلا عذر وان لم يسقط الحق بمرور الزمان».

بطبيعة الحال، دراسة كل أحكام الإبراء بالتفصيل ولكننا نقتصر فقط كما يدل عنوان البحث على كيفية اتمام الإبراء، وستكون دراستنا في هذا المقام دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي.

وقبل ان ننتقل الى بيان خطة البحث التي نعالج بموجبها كيفية إتمام الإبراء، نورد تعريفا موجزا للإبراء، يسهل علينا بعده الانتقال الى موضوع البحث.

فالإبراء، بوجه عام في فقه التقنيات المدنية تصرف قانوني بموجبه ينزل الدائن عن حقه قبل المدين مختارا، بغير مقابل، وبتمامه ينقضي الالتزام(٥).

و يوافق جمهور فقهاء المسلمين على هذا التعريف ويرون أن الإبراء هو اسقاط الشخص حقا له في ذمة آخر(٦) بغير عوض، و يعتبر الإبراء صورة من صور الاسقاط في الفقه الاسلامي الا أنه يتميز عن صور الاسقاط الاخرى في أن الحق الذي يسقطه المبريء يكون ثابتا في ذمة شخص آخر، وهو ما نطلق عليه في لغة الفقه المعاصر، الحقوق الشخصية، في حين أن الاسقاط بالمعنى الواسع يقع على حق في ذمة آخر (كالإبراء) كما قد يرد على حق ثابت بالشرع لم تشغل به الذمة كحق الشفعة، وكذلك على حق السكنى الموصى بها، ويكون بعوض أو على سبيل التبرع، فالإبراء إذن أخص من الاسقاط، حيث يمكن القول إن كل إبراء اسقاط وليس كل اسقاط إبراء.

(٥) انظر في ذلك

Planiol et Ripert: Traité de droit civil Français, 2e édition. T. 7. no: 1104. Gazette du Palais, Répertoire Encyclopédique du Droit Français V. Rimise de dette P. 8.

وانظر ايضا: عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، في احكام الالتزام، ١٩٦٧، ص ٤٧٦ — ٤٧٧. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، في أحكام الالتزام، ص ٢٥١، فقرة ٢٤٢. عبد المنعم البدر اوى، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، احكام الالتزام، ص ٤١٤ فقرة ٣٩٤. جيل الشرفاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، احكام الالتزام ١٩٨١، ص ٣٢٤.

(٦) انظر : الموسوعة الفقهية، الجزء الاول، تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، دولة الكويت، الطبعة الاولى، ١٩٨٠م، فقرة ١، ص ١٤٢.

ولكن هل يعتبر الإبراء تصرف قانوني من جانب واحد أم أنه تصرفاً قانونياً من جانبين؟ وبعبارة أخرى كيف يتم الإبراء؟

اختلف موقف التقنينات المدنية في كيفية معالجة اتمام الإبراء، فالبعض منها نص صراحة على أن الإبراء تصرف من جانبين كالقانون المدني الفرنسي، وقانون الموجبات والعقود اللبناني، واعتبر الفقهاء في مصر ماورد في القانون المدني المصري القديم بشأن كيفية اتمام الإبراء متفقاً مع ماورد في القانون المدني الفرنسي، والبعض الآخر من هذه التقنينات كالقانون المدني المصري الجديد، والقانون المدني الكويتي، ذهبت إلى صياغة النص المتعلق بكيفية اتمام الإبراء بطريقة استشف منها الفقه بأن الإبراء تصرف من جانب واحد، ودعم البعض موقفهم بمقولة «وقد اقتبس القانون المدني الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامي، ففيه يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد...» (٧).

وليس الأخذ بأحد الرأيين مسألة نظرية فحسب وإنما يترتب على تبني أحد الرأيين نتائج تختلف عن تلك التي تترتب على اعتناق الآخر، وسوف نشير إلى هذه النتائج في حينه.

ولقد اختلف الفقهاء المسلمون في بيان كيفية اتمام الإبراء، فنجد هناك رأيين متنازعين، الأول يعتبر الإبراء تصرفاً من جانب واحد يتم بارادة الدائن وحدها، بينما يذهب الآخر إلى اعتباره تصرفاً من جانبين يتم بإيجاب من الدائن وقبول من المدين.

٤ - خطة البحث : نتبع في عرض موقف الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة من كيفية اتمام الإبراء، الخطة الآتية.

المبحث الأول : كيفية اتمام الإبراء في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : كيفية اتمام الإبراء في التقنينات المدنية

المطلب الأول : الإبراء تصرف من جانبين

المطلب الثاني : الإبراء تصرف من جانب واحد.

الخاتمة :

(٧) السهوري، الوسيط، جزء (٣)، فقرة رقم ٥٧٨، ص ٩٦٥.

المبحث الاول

كيفية اتمام الابرء فى الفقه الاسلامى

٥ — كيفية اتمام الابرء فى الفقه الاسلامى: صيغة الابرء (٨) هى ما يتم به من قول أو ما يقوم مقامه، والاصل فى الصيغة أنها الايجاب والقبول فى العقد وهى كذلك فى الابرء عند من يرون توقف الابرء على القبول، اما من لا يرون ذلك فالصيغة عندهم هى الايجاب.

وبحال البحث، هنا، ينحصر فى بيان أهمية القبول لتمام الابرء، وموقف الفقهاء منه. أما فيما يتعلق بالايجاب فهو يخضع للقواعد العامة (٩)، من حيث وجوب ان يكون فى عبارة واضحة ومحددة بصرف النظر عن الطريقة التى تمت فيها العبارة سواء كانت بالكلام أو بالكتابة أو بالاشارة حتى من غير الاخرس، مع مراعاة وجوب ان يكون على سبيل التبرع، ومن ثم، ينتفى فيه احتمال المعاوضة.

أما بالنسبة الى القبول فقد تمخض اختلاف الفقهاء فى مدى توقف تمام الابرء عليه عن اتجاهين :

(٨) اركان الابرء عند جمهور الفقهاء الاربعة: الصيغة، والمبرىء (صاحب الحق أو الدائن) والمبرأ (المدين)، والمبرأ منه (محل الابرء من دين أو عين أو حق) ويرى الاحناف ان ركن الابرء هو الصيغة فقط، اما المتعاقدان والمحل فليست من اركان العقد. انظر فى ذلك: الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، فقرة ١٨، ص ١٤٩.

(٩) انظر فى ذلك: حاشية ابن عابدين، جزء (٤)، ص ٤٥٦. الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة دار الفكر، جزء (٤)، ص ٩٩.

٦ — الاتجاه الاول : يرى أن الأبراء تصرف من جانبين أى اتفاق بين الدائن والمدين يتم بإيجاب من الدائن وقبول من المدين، وهذا هو الراجح في مذهب المالكية (١٠)، والقول الآخر للشافعية (١١)، وذلك على اعتبار أن الأبراء نقل للملك أى تملك ما في ذمة المدين له، فيكون من هذه الناحية من قبيل الهبة والصدقة، ولا يملك أحد بإرادته المنفردة أن يدخل في ملك غيره شيئاً بدون رضاه، وخاصة أن الأبراء من الدائن قد يكون مئة لا يرضاها المدين على نفسه (١٢)، ومن ثم، لزم توافر قبوله لتتمام الأبراء .

و يرى هؤلاء الفقهاء أن الإيجاب بالأبراء يرتد بالرد «فيبطل الإيجاب برد المدين لقلبة بمعنى التملك فيه» (١٣)، ومعنى ذلك أنه إذا أبرأ الدائن مدينه ووصل الإيجاب إلى علم هذا الأخير كان له أن يردده، ومن ثم يسقط الإيجاب الموجه إليه . وله أيضاً أن يقبله قبولاً صريحاً، وهنا ينقضى الدين، أما إذا سكت ولم يردده، واقتربت بهذا السكوت ملائمة لتجعل دلالة تنصرف إلى الرضا، فإن الفقه، استناداً إلى فكرة السكوت الملايس (١٤)،

(١٠) انظر في ذلك: الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص ٩٩. شرح الخرشي على المختصر الجليل، الطبعة الثانية، المطبعة الاميرية ١٣١٧هـ، جزء (٧)، ص ١٠٣ .

وتعذر الإشارة إلى أنه ورد في الشرح الصغير للدردير، جزء (٣)، ص ١٧٤ عبارة تخالف ما في المواطن السابقة منها وغيرهما من المراجع المالكية المشهورة لتضمنه أن الأبراء لا يحتاج إلى قبول، ولعل هذه العبارة تتعلق، فقط، باب الصلح الذي جاءت بمناسبته .

(١١) انظر في ذلك: السيوطي، الاشياء والنظائر، طبعة ١٣٧٨هـ، ١٩٥٩م، مطبعة الحلبي، ص ١٧١. الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، جزء (٢)، ص ١٧٩ .

(١٢) انظر في ذلك: القرافي، الفروق، جزء (٢)، ص ١١٠ — ١١١ .

(١٣) انظر في ذلك : حاشية : الدسوقي على الشرح الكبيرة، ج (٤) ص ٩٩ . وقال القرافي، في هذه المناسبة، «يتأكد ذلك، أى الافتقار للقبول، بأن المدة قد تعظم في الأبراء، وذوو المروءات والأنفات يضربون ذلك.. فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده نقيلاً للضرر الحاصل من المن من غير أهلها، أو من غير حاجة» انظر الفروق، جزء (٢)، ص ١١٠ .

(١٤) انظر في تفاصيل هذا الموضوع، وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، ١٩٦٠، فقرة ٢٦٤، ص ٢٦٤ ولقد أكدت المادة ٦٧ من مجلة الاحكام العدلية هذا الرأي بقولها: «لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان» .

اعتبر هذا السكوت قبولا للإيجاب بالابراء، ذلك ان الايجاب بالابراء يتمخض لمنفعة المدين (١٥).

وهذا الاتجاه لاشك، له منطقته ووجاهته، وهو أن الالتزام، باعتباره علاقة بين طرفين لا يصح ان يتقضى بارادة أحدهما دون الآخر، لاسيما، وكما أشرنا، ان المدين قد لا يقبل مئة من الدائن.

٧ - الاتجاه الثاني: يرى ان الابراء تصرف من جانب واحد يترتب اثره بارادة الدائن وحده، دون حاجة الى قبول المدين (١٦)، وذلك على اساس أن الابراء اسقاط للحق كالشفعة (١٧)، والقصاص، والخيار، والطلاق، وليس تمليكا لعين كالهبة، والاسقاطات لا تحتاج الى قبول لأنها انتهاء للحق لانقله من مالك الى آخر، وهذا ماذهب اليه الجمهور وهم

(١٥) ولقد أورد الفقهاء المسلمون عدة صور للسكوت الملابس، فبالإضافة الى حالة ما اذا كان الايجاب يتضمن منفعة محضة لمن وجه اليه، فسكت هذا الأخير فان سكوته يعتبر قبولا، حالة ما اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، وصدر ايجاب من احدهما للآخر بشأن هذا التعامل، فعلى من وجه اليه الايجاب ان يرفض، والا اعتبر سكوته قبولا، وكذلك حالة ما اذا استلزم فيها مبدأ العدالة اعتبار السكوت رضاء، كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى فانه يجعل اذا له في التجارة دفعا للغرور عمن يعامل العبد. انظر في ذلك: ابن ملك، شرح المنار، ص ٢٤٠، اشار اليه وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ٢٦٦. وحالة ما اذا استلزم العرف اعتبار السكوت رضاء كحالة اعتبار سكوت البكر قبولا للخطاب، مع الاشارة الى أن هذا الاعتبار يتغير حسب تغير العرف. انظر في ذلك: عبد الرزاق حسن فرج، الابراء من الالتزام (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، ١٩٧٦، فقرة ٣٧، ص ٦٣ الكاساني، البدائع، الطبعة الاولى، ١٣٢٨ هـ، جزء (٥)، ص ٢٠٣. والقانون المدني الكويتي (م ٤٤) لا يختلف في مضمونه عما ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية في موضوع السكوت، فكل سكوت تلازمه ملابس تدل على الرضا فهو سكوت ملابس أو موصوف يعتبر قبولا.

(١٦) انظر في ذلك: محمد زكي عبد البر، التصرفات الشرعية الانفرادية في الفقه الاسلامي، مجلة ادارة قضايا الحكومة، السنة التاسعة، العدد الاول، يناير/مارس، ١٩٦٥، ص ٧٨.

(١٧) فالشفيع اذا اسقط حقه في الاخذ بالشفعة بقوله تركت هذا الحق أو اسقطته مثلا ينتهي حقه في الشفعة، بارادته المنفردة، فلا يملك بعد ذلك ان يطالب بالشفعة. استنادا اليه، ولم ينتقل به هذا الحق الى غيره، وعلى ذلك كان هذا اسقاطا لحق الشفعة. انظر في ذلك: علي الخفيف، التصرف الانفرادي والارادة المنفردة، بحث مقارن، محاضرات القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٤٥.

الحنفية (١٨)، والشافعية في الاصح (١٩)، والحنابلة (٢٠)، وقول شاذ لأشهب من المالكية (٢١).

٨ — وأنصار هذا الاتجاه، فيما عدا الحنفية يرون، أنه انسجاماً مع ما توصلوا اليه في كيفية اتمام الابرء باعتباره إسقاطاً من الاسقاطات، ويتم بارادة الدائن المنفردة، ان الابرء لا يرتد بالرد وذلك لأن الالتزام بعد ان انقضى لا يمكن أن يعود، ذلك أن العودة تعني انشاء الالتزام من جديد ولا يكون ذلك الا باتفاق، ومن ثم، لا يجوز الرد بارادة واحدة (٢٢).

أما الحنفية، فعلى الرغم من أنهم يرون أن الابرء تصرف من جانب واحد، إلا أنه يرتد عندهم بالرد (٢٣).

ومذهب الحنفية هذا، فيما نرى محاولة للتوفيق بين الرأي القائل بأن الابرء إسقاط، فقالوا أنه يتم بارادة واحدة، وبين عدم جواز فرض مئة على المدين فقالوا بجواز الرد، لأنه ليس من المناسب عندهم أن يفرض الابرء على المدين فرضاً فقد يكون غير راغب في هذا الابرء أو قد يكون فيه تفضلاً من الدائن أو مئة منه يأبأها المدين، أو قد يكون فيها مساس بكرامته، وقد يصير المدين على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه.

(١٨) انظر في ذلك: ابن قاضي سماوه، جامع الفصولين، المطبعة الاميرية، ١٣٠٠هـ، جزء (٢)، ص ١٢٦. البابرى، العناية شرح الهداية وتكملة فتح القدير، جزء (٧)، ص ٤٤. تكملة حاشية ابن عابدين، مطبعة الحلبي، جزء (٢)، ص ٥٠١. المادة ١٥٦٨ من مجلة الاحكام العدلية، وانظر أيضاً: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي، الطبعة الثالثة، ١٩٦٦، دار النهضة العربية، مصر، ص ٧١٤، وانظر المراجع التي اشار اليها في ص ٧١٤ هامش (٢). عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص (٥٢).

(١٩) انظر في ذلك: السيوطي، الاشباه والنظائر، طبعة ١٣٧٨هـ، ١٩٥٩م، مطبعة الحلبي تحت عنوان (الابرء هل هو اسقاط أو تملك) ص ١٧١. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، جزء (٢)، ص ١٧٩. ويقول في هذا الشأن: وهو المذهب سواء اقلنا الابرء اسقاط أو تملك.

(٢٠) انظر في ذلك: منصور بن ادریس، كشف القناع شرح متن الاقناع، الطبعة الاولى، ١٣١٩هـ، جزء (٢)، ص ٤٧٧.

(٢١) انظر في ذلك: القرافي، الفروق، جزء (٢)، ص ١١٠، ١١١.

(٢٢) انظر في تفصيل هذا الموضوع: الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ١٥٢.

(٢٣) انظر: الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ١٥٢.

ويعتبر رد الابرء فى هذه الحالة تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد هو المدين، ويتشابه مع الابرء فى أنه تصرف تبرعى ومن ثم لا يقبل من المدين اذا لم تتوافر فيه اهلية التبرع.

والرد هنا يعتبر بمثابة نزول من المدين عن براءة ذمته التى ترتبت على تمام الابرء وفى الوقت نفسه اتجاء ارادته إلى شغل ذمته من جديد بدین كان قد انقضى وذلك بدون عوض.

و يلاحظ أن رد الابرء بعد حصوله لا يعتبر رفضاً له يحول دون قيامه أصلاً، ذلك أن الابرء يعتبر قد تم بمجرد الرضا به من الدائن، ووصول هذا الرضا الى علم المدين، فاذا رده المدين بعد ذلك فإن هذا الرد يعتبر بدوره تصرفاً صادراً بارادة منفردة هي ارادة المدين فيعود الدين كما كان من جديد.

٩ - وفى تقديرنا أن الحنفية لم يلتزموا اعتبارات المنطق التى التزم بها الجمهور ونفضل الرأى القائل بأنه اذا قلنا بانقضاء الالتزام بارادة منفردة فلا يصح بعد ذلك انسجاماً مع المنطق رد الابرء.

وبعد الموازنة بين الآراء المختلفة يبدو لنا أن الاولى بالقبول من الناحية المنطقية هو الرأى القائل بأن الابرء عقد، تمشياً مع الاصل العام الذى يقضى بأن العلاقات القانونية بين الافراد لا يصح أن تنقضى الا باتفاق اطرافها وخاصة أن المدين قد لا يقبل، كما اشرنا، مئة من الدائن.

المبحث الثانى

كيفية اتمام الابرء فى التقنيات المدنية

١٠ - تقسيم : بعد أن عرضنا موقف الفقه الاسلامى فى شأن كيفية اتمام الابرء، ورأينا ان هناك اتجاهين مختلفين فى هذا الشأن، حيث يذهب البعض الى أن الابرء يتم بارادة الدائن المنفردة، بينما يذهب البعض الآخر الى أن الابرء لا يتم الابتلاقي ارادتين، ارادة الدائن وارادة المدين، ننتقل بعد ذلك الى بيان موقف التقنيات المدنية من كيفية اتمام الابرء، حيث ذهب بعض منها الى النص صراحة على أن الابرء تصرف من جانبين أى عقد، فى حين أن البعض الآخر اعتمد صياغة النص المتعلق بالابرء بطريقة استشعر منها الفقه بأن الابرء تصرف من جانب واحد.

ونقسم هذا المبحث الى مطلبين، فى الأول نتعرض الى الابرء باعتباره تصرفا من جانبين، أما المطلب الثانى فنكرسه للحديث عن الابرء باعتباره تصرفا من جانب واحد.

المطلب الاول

الابرء تصرف من جانبين

١١ - تمهيد: ١٢- فى التقنين المدنى الفرنسى. ١٦ - التمييز بين الابرء وبعض التصرفات القانونية المقاربة. ٢٠ - فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى. ٢١ - فى التقنين المدنى المصرى القديم. ٢٢ - فى مجلة الالتزامات والعقود التونسية. ٢٣ - القرينة القانونية على الابرء المبنية على ارجاع الدائن السند الاصلى الى مدينة. ٢٤ - فى تقنين الالتزامات والعقود المغربى.

١١ - تمهيد : نتعرض فى هذا المطلب الى بعض التقنيات التى نصت على اعتبار الابرء تصرفا من جانبين، كالتقنين المدنى الفرنسى، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى، وكذلك

الى التقنين المدني المصري القديم على اعتبار ان اجماع الفقه في مصر تحت ظل هذا القانون، استنتج أن الابراء تصرف من جانبيين، وأخيرا نتعرض الى بعض التقنيات التي يمكن أن نستنتج منها أنها تعتنق هذا التحديد لكيفية اتمام الابراء كمجلة الالتزامات والعقود التونسية، وتقنين الالتزامات والعقود المغربي.

١٢ - في التقنين المدني الفرنسي : يتضح من التقنين المدني الفرنسي أن الابراء، وهو نزول الدائن عن حقه قبل المدين، يتميز بكونه اتفاقا يتم بارادة الدائن والمدين معا، كما أنه يتم على سبيل التبرع دون عوض، ولا يشترط فيه شكل خاص. ونتناول بيان ذلك فيما يأتي:

١ - الابراء تصرف قانوني صادر من جانبيين : الابراء، وفقا للتقنين المدني الفرنسي، يعتبر اتفاقا أو عقدا كباقي العقود يشترط لنشوئه توافر العقد، وفقا للقواعد العامة، وخصوصا ارتباط الايجاب بالقبول، وهو ما يهمننا في هذا المقام.

وتعرفه المادتان ١٢٨٥، ١٢٨٧ من التقنين المشار اليه بأنه اعفاء اتفاقي

Décharge conventionnelle

اي اتفاق بين الدائن والمدين على انقضاء الدين دون مقابل، اي على سبيل التبرع.

و يترتب على هذا التصور أن القبول اذا لم يرتبط بالايجاب، وفقا للقواعد العامة، فالابراء لا يتم ولا تبرأ ذمة المدين، و يستطيع الدائن أن يرجع قبل قبول المدين، و يترتب على ذلك ايضا أن الابراء لا يتم اذا مات الدائن أو المدين قبل القبول (٢٤).

هذا هو التصور التقليدي للابراء الذي قال به الرومان (٢٥)، وسار على خطاه القانون

(٢٤) انظر في ذلك موسوعة دالوز تحت عنوان (Remise de Dette) فقرة ٣ - ٤ . وانظر كذلك:

Mazeaud: (H.L. et Jean) leçons de droit civil. T. 2. V. 1. 1978. no: 1195

Planiol et Ripert; op. cit. no: 1304. Starck: Droit civil obligations 1972. P. 745

No: 2465

Marty et Raynaud: Droit civil. T. 2.1 er vol. 1962. no: 847.

(٢٥) عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام في القانون الكويتي، ١٩٧٥، مذكرات على الاله الكاتبة كلية الحقوق، جامعة الكويت، فقرة ٢١٦، ص ١٨٥.

الفرنسي ، كما أشرنا، والقوانين الاوربية الاخرى، حتى الجرمانية منها (٢٦) وبعض القوانين العربية (٢٧).

فالابراء لا يكون الا اتفاقيا لأنه ينطوي على هبة غير مباشرة والهبة لا تكون بالاتفاق، ولما كان حق الدائنية رابطة ثنائية بين شخصين فان طبيعته لا تقبل خروج الدائن من هذه الرابطة بارادته المنفردة يضاف الى ذلك أن نزول الدائن عن حقه بارادته المنفردة ماساسا بالمدين الذي قد تكون له مصلحة مادية أو أدبية في عدم فض رابطة الالتزام، ولهذا لا يتم الابراء الا بموافقته (٢٨).

والابراء لا يكون اتفاقا الا اذا كان بين الاحياء، أما اذا تم بطريق الوصية، فانه يعتبر تصرفا انفراديا صادرا من صاحب الحق ويتم بوفاة الموصي مصرا على وصيته (٢٩).

٢ – الابراء تصرف قانوني على سبيل التبرع (٣٠): يتضمن الابراء نزول الدائن عن حقه الشخصي قبل المدين بدون مقابل، وتسرى عليه بالاضافة الى الاحكام الموضوعية في

(٢٦) انظر في ذلك: Engel (pierre): Traite des obligations en droit suisse, no: 233. وانظر كذلك المادة ٢٠٨ من المشروع المدني الايطالي الفرنسي. المادة ٣٩٧ من القانون المدني الالمانى، المادة ٢٧٠ من القانون المدني البولندى، والمادة ١٥٩ من القانون المدني اليابانى .
(٢٧) انظر في ذلك : المادة ٣٣٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٢٨) انظر في ذلك : جلال العدوى، النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص . بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية، السنة الثالثة عشرة، ١٩٦٣ / ١٩٦٤، العددان الثالث والرابع، فقرة ٣٢، ص ٣٣. وانظر ايضا :

Raynaud: La renonciations à un droit, Rev. Trim de droit civil. 1957. P. 763 ets.

(٢٩) انظر في ذلك : Planiol et Ripert: op.cit. T. 5. par Trasbot no: 620

(٣٠) انظر في ذلك :

Collin et capitant: Traité de droit: civil. par léon Julliot de la morandière. T. 2. 1959. no. 1576. Darisot (léon): nouveau formlaire d'actes sous seing privé. 4 éd. 1957. no: 976.

ومع ذلك فقد ذهب بعض من الشراح، الى أن الابراء قد يكون من المعاوضات وذلك في حالة ما اذا تضمن الاتفاق مقابلا للابراء انظر في ذلك.

Marty et Raynaud: Droit civil. T. 2 1 er vol. 1962. no: 848. Planiol et Ripert: op. cit. no: 1304. starck: Droit civil. obligations. 1972. P. 745. no: 2465. ets.

الهبة، كل الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني، من ارادة سليمة وغاية لا تخالف الاحكام الآمرة في القانون، وشروط صحة التبرع من حيث الاهلية اللازمة له أو الولاية في ذلك، اذا كان المبرىء نائبا عن الدائن، ويجوز كذلك الطعن في الابرء بالدعوى البوليصة دون حاجة لاثبات غش الدائن، كذلك يأخذ الابرء حكم الوصية اذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت مثله كمثل سائر التبرعات. والابرء ولو أنه تصرف على سبيل التبرع، فانه يعتبر من قبيل الهبات غير المباشرة التي لا تتطلب الرسمية لانعقادها، وهي تتم بنقل الحق من الواهب الى الموهوب له، أما الابرء فليس ناقلا للحق وانما هو سبب لانقضائه (٣١). وعلى ذلك يصح الابرء بغير ورقة رسمية أو اتخاذ اى شكل خاص حتى لو وقع على التزام يشترط لقيامه شكليات معينة (م ٩٣١) بصرف النظر عما اذا كان الشكل مفروضا بحكم القانون أو متفقاً عليه بين المتعاقدين (٣٢) ومؤدى ذلك أنه اذا ابرأ الموهوب له، وهو دائن بمقتضى عقد الهبة، الواهب وهو المدين من التزامه الناشئ عن عقد الهبة، فبالرغم من أن الرسمية تعتبر ركناً في الهبة، فانه لا يشترط في الابرء الصادر من الموهوب له شكل خاص.

وكذلك أيضاً اذا وعد شخص آخر بان يهب له مالا، فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد الا اذا كان الوعد مدوناً في ورقة رسمية فاذا كان الوعد قد كتب في ورقة رسمية فان الموعد له وهو الدائن يستطيع أن يبرىء الواعد وهو المدين من التزامه دون حاجة إلى أن يفرغ الابرء في ورقة رسمية .

١٣ — والارادة التي تصدر من الدائن، ليس لها شكل خاص، كما اشرنا، للنزول عن حقه دون مقابل، وأى تعبير عنها يكون مقبولا، سواء كان التعبير صريحا فينتج عن اتفاق أو أى

ويؤخذ على هذا الزأى أنه حيث يتم نزول الدائن عن حقه للمدين بمقابل لا يكون بصدد ابراء وانما وفاء بمقابل أو تجديد للدين بتغيير المحل، أو مقاصة حسب ما اذا كان مقابل النزول شيئا آخر تم الوفاء به أو تمهدا من المدين بالوفاء به أو دينا في ذمته، فالإبراء، اذن عمل من أعمال التبرع ولذلك وجب لقيامه أن ينتفى المقابل وان يتم النزول بقصد التبرع . انظر في ذلك ايضا: عبد المنعم البدر اوى، المرجع السابق، فقرة ٣٩٤، ص ٤١٤. عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ص ٥٠ هامش (٢).

Marty et Raynaud: op. cit., no: 850. p. 854.

(٣١) انظر في ذلك:

Mazeaud : op. cit. no: 1199. P. 1187

(٣٢) انظر في ذلك :

سند آخر يتضمن تحليل المدين من الدين أو هبته اياه، ففى مثل هذه الحالة من الابرء الصريح تقوم البينه عليه بسهولة عن طريق اثبات الاتفاق أو السند المتضمن تصريح الدائن بالنزول عن الحق الذى له فى ذمة مدينه، أو بصورة ضمنية، بان يستدل من كل فعل بوضوح على رغبة الدائن فى التنازل عن حقه، مثل ذلك ما لو أقدم مستأجر رغم عدم انقضاء مدة إيجاره ورغم دفعه أجرة هذه المدة بكاملها، على اخلاء العين المأجورة ووضعها خالية تحت تصرف المؤجر، فمثل هذا العمل يعتبر نزولا عن حقوق المستأجر المستمدة من عقد الايجار، ومن ثم، فهو ابراء ضمني للمؤجر من الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى هذا العقد، و يعود بطبيعة الحال، تقدير حصول الابرء أو عدم حصوله الى الفعل الذى يستند اليه المدين لاستخلاص الابرء الضمنى منه مع مراعاة أن الابرء لا يفترض، لأنه نزول عن الحق، فمعد الشك لا يكون هناك محل لتفسير ارادة الدائن بأنه قصد الابرء، وهذه الارادة يجب أن تصدر من دائن يتمتع بأهلية كاملة، والاهلية هنا، اهلية التبرع، لأن الابرء، كما ذكرنا، تصرف تبرعى. فلا يجوز، إذن، للقاصر، ولا للمحجور ابراء المدين من الدين لأن اهلية التبرع غير متوافرة ولأن ابراء المدين يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا بهما، ولا يجوز للولى ولا للوصى ولا للقيّم ابراء مدين الصغير أو المحجور من الدين لانهم لا يملكون ولاية التبرع فى مال المحجور عليهم، بل لا يجوز لهم ذلك حتى باذن من المحكمة، لأن المحكمة نفسها لا تملك الاذن بالتبرع بأموال القاصر والمحجور عليه، والابرء فى جميع هذه الاحوال يكون باطلا (٣٣).

وعلى هذا النحو يجب أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه كى يصدر منه الابرء صحيحا، بالإضافة الى ضرورة أن تكون ارادة المتعاقدين خالية من العيوب التى يمكن أن تشوبها وتؤثر عليها، فيجب الا يشوبها غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال والّا كان الابرء، وفقا للقواعد العامة، قابلا للإبطال.

١٤ — والابرء كغيره من التصرفات القانونية لا بد أن يكون له محل وهو دين فى الذمة، وأن يكون المحل ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مشروعا، وهو الالتزام الذى يبرىء الدائن منه المدين، ويجوز أن يقع الابرء على أى التزام. أما لو شمل الابرء حقوقا يمنع

(٣٣) انظر فى ذلك : السهورى، الوسيط : المرجع السابق، فقرة ٥٨١ ص ٩٧٣.

القانون التصرف فيها كحقوق الولاية والنسب وحقوق الدائنيه العامة كالضرائب، فان الابرء يقع باطلا تطبيقا للقواعد العامة.

١٥- وللابرء اخيرا سبب، والسبب هو الباعث المستحث الذى يدفع المبرىء الى الابرء، فيجب ان يكون مشروعا (٣٤)، والآ كان الابرء باطلا.

١٦- التمييز بين الابرء وبعض التصرفات القانونية المقاربة: لقد فرق الفقه الفرنسى بين الابرء باعتباره تصرفا تبرعيا محضا من جانب الدائن وبين بعض صور التصرفات القانونية المقاربة الاخرى، كالتجديد والصلح، أو النزول عن الحق.

١٧- الابرء والتجديد: التجديد ينزل فيه الدائن عن الدين، وهنا يتلاقى الابرء مع التجديد. ولكن الخلاف يبرز بعد ذلك فى أن الطرفين فى التجديد يتفقان على انشاء دين جديد يحل محل الدين الاصلى، ولا يكون الابرء من الدين الاصلى تبرعا، وانما يقابله انشاء دين جديد.

١٨- الابرء والصلح: يتضمن الصلح فى الغالب نزولا عن الدين (٣٥)، ولكن النزول هنا لا يتم على سبيل التبرع، وانما بعوض حيث أن كلا من المتصلحين ينزل عن بعض مايدعيه فى مقابل التسليم له بالبعض الآخر.

ويتميز الابرء كذلك عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس، اذا لا يقصد الدائنون منه تقرير رهبة للمفلس وانما يهدفون الى ضمان الحصول على الاجزاء الباقية، فهم ينتظرون الى الامر على اساس الواقع و يقدررون ان التشبث بكامل ديونهم لا يجديهم نفعا وان بيع أموال المفلس لا يحقق لهم الا الحصول على أنصبة ضئيلة فيفضلون التخلي عن جزء من ديونهم وتمكين المفلس من استئناف حياته التجارية واستعادة مركزه المالى ليستطيع الوفاء بالاجزاء الباقية،

Planiol et Ripert: op. cit. no: 262

(٣٤) انظر فى ذلك :

(٣٥) قلنا أن الصلح يتضمن فى الغالب نزولا عن الدين لانه قد يتضمن الى جانب النزول عن الدين، اتفاق الدائنين على امهال المفلس لمدة يعينوها فى عقد الصلح، مع أخذ تعهد عليه بالوفاء بالديون اذ ايسر خلال هذه المدة، أو قد يمنحون المفلس اجلا، ويقسطون الديون خلال هذا الاجل.

بمعنى انهم يهدفون بالصلح الى تحقيق مصالحهم الشخصية قبل أن يفكروا في معاونة المفلس أو الاخذ بيده (٣٦).

ولا يختلف الصلح مع المفلس و الابرء في انعدام نية التبرع فحسب، وانما ايضا من وجوه اخرى، منها أن ليس حتما في الصلح مع المفلس ان يقبله جميع الدائنين، بل يكفي أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين يحددها القانون، لتلزم به الاقلية التي تتحمل خسارة لم ترض، اصلا، بها، في حين أن الابرء يجب أن يرضى به الدائن مختارا. ومنها أيضا أن الدائنين في الصلح مع المفلس لا يبرئون المدين الا من جزء من الدين رغبة في الحصول على الباقي، أما الابرء فان الاصل فيه أن ينزل الدائن عن حقه كله في مواجهة مدينه، وان كان لا يوجد ثمة مانع من ان يكون الابرء مقصورا على جزء من الدين .

ومنها كذلك أن الصلح يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين بما أبرء منه من الدين، لان الدائنين لم يرضوا مختارين بهذا الابرء، اما في الابرء فان الدائن قد رضى بالنزول عن حقه باختياره، ومن ثم فان ذمة المدين تبرأ تماما من الدين ولا يتخلف عن الابرء اى التزام طبيعي في ذمته.

١٩ — الابرء والنزول عن الحق : اختلف الفقه الفرنسى حول تحديد طبيعة الابرء وطبيعة النزول عن الحق، فذهب البعض الى أن النزول تصرف انفرادى، في حين ان الابرء اتفاق ينطوى على هبة غير مباشرة، ومن ثم، فان الهبة لا تكون الا باتفاق (٣٧)، كما أن النزول لا يكون في الغالب تبرعيا، بينما الابرء لا يكون الاتبرعيا.

(٣٦) انظر في ذلك

Plantol et Ripert: Op. Cit. no: 1304 colin et capitant op. cit. no: 1579. Mazeaud: op. cit. no: 1195.

وانظر ايضا، السهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٧٩، ص ٩٦٨، والمراجع التى أشار اليها ص ٩٦٨. والمراجع التى أشار اليها ص ٩٦٨، هامش (١). عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق فقرة ١٩، ص ٢٧. محسن شفيق، القانون التجارى، ١٩٧٢، فقرة ١٠٢٩، ص ٤٨٨.

(٣٧) انظر في ذلك : جلال العدوى، البحث السابق، فقرة ٣٠، ص ١٨٦ ومابعدھا.

وذهب البعض الآخر الى أن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتم النزول بغير الارادة المنفردة (٣٨) كما يمكن أن يكون على سبيل التبرع.

والذى نراه بصرف النظر عن الدخول فى تفاصيل الآراء المشار اليها (٣٩). أن مرد الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة الابرء والنزول عن الحق يرجع الى أن التقنين المدنى الفرنسى الذى أورد تعريفا محددًا للابرء واعتبره كما اشرنا اعفاء اتفاقيا، لم يورد تعريفا مماثلا للنزول عن الحق مما جعل جانبا من الفقهاء، يعتقد أن عدم ايراد مثل هذا التعريف من قبل المشرع يقتضى المغايرة فى الطبيعة، وهذا ما لانسلم به حيث ان النزول قد يكون تبرعا، كما قد يكون اتفاقيا.

وعلى ضوء ما سبق نقول أن الابرء صورة من صور النزول عن الحق بلا مقابل، يتم باتفاق الارادتين، وان كان الابرء لا يرد الا على الحقوق الشخصية.

٢٠ - فى تقنين الموجبات والعقود اللبناني : تنص المادة ٢٣٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن «الابرء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدينون لا يكون الا بمقتضى اتفاق اذ يفترض فى الابرء اتفاق أصحاب الشأن» وازافت المادة ٤٣٩ قائلة «ان الابرء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن دون أية منفعة تقابله. لكنه يخضع فى هذه الحالة لقواعد الاساس المختصة بالتبرع لاسيما مايتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن».

والنص المشار اليه واضح الدلالة فى أنه يسير على الخطى نفسها التى سار عليها التقنين المدنى الفرنسى فى اعتبار الابرء اتفاقا بين الدائن والمدين على أن يتنازل الاول عن حقه لمصلحة الآخر دون مقابل. وهذا الاتفاق لا يخضع للشروط الشكلية للهبة، أى أنه من التصرفات الرضائية التى تتم بمجرد حصول التراضى دون حاجة لأن يجرى التعبير عن هذه الارادة فى قالب شكلى معين، وأن كان لابد أن تتوافر فيه قواعد الاساس (الشروط الموضوعية) المختصة بالتبرع ومنها مايتعلق بأهلية اطراف التصرف (٤٠).

(٣٨) انظر فى ذلك Raynaud: La renonciation à un droit. op. cit P. 763 etc.

(٣٩) انظر فى تفاصيل هذا الخلاف : جلال العدوى، البحث السابق، فقرة ٣٠ ومابعداها. وانظر كذلك، المراجع المشار اليها فى البحث نفسه فى المواقف عند عرض هذا الخلاف.

(٤٠) انظر فى ذلك : زهدى يكن، المرجع السابق، فقرة ١٤٤، ص ٣١٨ ومابعداها.

ولعل هذا التقنين هو التقنين العربي الوحيد الذى حدد بوضوح ماهية الابرء، وبذلك يكون النص المشار اليه قد قطع الطريق امام أى خلاف يمكن ان يثور، تحت ظلال هذا التقنين، في كيفية اتمام الابرء.

٢١ - في التقنين المدني المصري القديم : تنص المادة ١٨٠ / ٢٤٣ من التقنين المدني المصري القديم على أن : «يسقط الدين عن المدين بابرء ذمته من الدائن ابراء اختياريا اذا كان في الدائن أهلية التبرع».

يذهب الفقه في مصر (٤١)، وقد يكون متأثرا بشرح القانون المدني الفرنسي، الى أن الابرء وفقا للنص المشار اليه، اتفاق يتم بتلاقي ارادتين، ارادة الدائن و ارادة المدين دون مقابل، ومن ثم فانه لا يكفي حتى يتم الابرء في ظل هذا القانون ارادة الدائن وحدها بل لابد من قبول المدين، وقبل ان يصدر هذا القبول يكون للدائن، طبقا للقواعد العامة، الحق في أن يعدل عن الابرء لانها رابطة شخصية لابد لانقضائها من تدخل ارادة الدائن والمدين معاً، بخلاف الحق العيني الذى هو سلطة على شئ معين يجوز لصاحبها أن ينزل عنها بارادته المنفردة، ويشترط في الابرء ما يشترط في سائر العقود من شروط وبصفة خاصة توافق الارادتين اى اقتران القبول بالايجاب .

والحقيقة أن هذا الفقه لم يوضح الاساس الذى استند اليه في التكييف المشار اليه وهنا يبرز تساؤل عن الاساس الحقيقي لهذا التكييف ؟

فاذا كان استنادهم الى النص المشار اليه هو الاساس فالنص بالصيغة التى أوردها المشرع ليس واضح الدلالة في اعتبار الابرء اتفاقا وانما يمكن أن يفهم منه عكس ماذهب اليه الفقه، أن الابرء تصرف من جانب واحد لا يشترط لتمامه قبول المدين.

(٤١) وليس في الفقه المصري على حد علمنا، رأى مخالف.

انظر على سبيل المثال: احمد فتحى زغلول، شرح القانون المدني، المطبعة الاميرية، مصر، ١٩١٣، ص ١٩٣. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ١٩٥٨، فقرة ٥٧٨ ص ٩٦٥. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٢. سليمان مرقس، شرح القانون المدني (٢) في الالتزامات، ١٩٦٤، فقرة ٨٨٧، ص ٨٥٢. عبد الرزاق حسن فرج، الابرء من الالتزام، دراسة مقارنة الطبعة الاولى، ١٩٧٦، فقرة ٨ ص ١٦. حسين النورى، نظرية الالتزام، ص ١١٠. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، احكام الالتزام، ١٩٧٠، فقرة ٢ ص ٤٧٧. زهير المازيني، الوجيز في نظرية الالتزام، جامعة حلب، ١٩٦٧، فقرة ٣٢٦، ص ٣٧١.

فالنص المذكور كما نرى اقتصر فقط على بيان دور الدائن في الإبراء دون أن يشير، صراحة ولا ضمناً، كما فعل في التقنين الحالي إلى دور المدين فيه، واعتبر أن الدين ينقضي بإرادة الدائن المنفردة، ولو أراد المشرع المصري أن يعتبر الإبراء اتفاقاً، كما ذهب الفقه، لنص على ذلك، كما فعل التقنين المدني اللبناني، واشترط قبول المدين صراحة أو ضمناً.

ولعل أولئك الفقهاء استندوا في تكييف الإبراء المشار إليه إلى الأصل العام الذي يقضي بأن تكون الالتزامات الإرادية باتفاق بين إرادتين ولا يكون الالتزام بإرادة منفردة إلا استثناء وفي الحالات التي يرد نص بشأنها، ومادام المشرع لم يورد مثل هذا النص فإنهم رجوعاً إلى الأصل العام اعتبروا أن الإبراء اتفاق لا ينعقد إلا بإرادة الطرفين.

٢٢ - في مجلة الالتزامات والعقود التونسية: تنص المادة ٣٥٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أن: «ينقضي الالتزام باسقاط اختياري من الدائن الذي له التبرع والاسقاط ماضى إلا إذا لم يقبله المدين قبولاً صريحاً» .

ونرى، على الرغم من أن النص المشار إليه لم يحسم كيفية إتمام الإبراء بشكل واضح كما فعل التقنين المدني الفرنسي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني، أن التفسير السليم للمادة المشار إليها، هو اعتبار الإبراء اتفاقاً بمقتضاه ينزل الدائن عن حقه في مواجهة المدين دون مقابل، والمشرع التونسي في هذا الاتجاه يسير على خطى التقنينين المدني الفرنسي والموجبات والعقود اللبناني، حيث أنه في المادة المشار إليها يرى أن الإبراء ينتج أثره في انقضاء الالتزام طالما أن المدين لم يرفضه رفضاً صريحاً أى «إلا إذا لم يقبله المدين قبولاً صريحاً» كما جاء في عبارة النص. أي أنه يوقف أثر الإبراء على ما يظهر من إرادة المدين، فإن رفضه رفضاً صريحاً، سقط الإيجاب، أما إذا سكت المدين ولم يرفضه رفضاً صريحاً وكذلك إذا قبله، فإن القانون يرتب على هذا السكوت أو القبول انقضاء الالتزام.

فالإبراء، كما نرى، في ظل مجلة الالتزامات والعقود التونسية يتم باتفاق بين الدائن والمدين ولا ينقضي الالتزام إلا إذا تم هذا الاتفاق، كل ما هنالك أن المشرع اعتبر هذا الاتفاق قد تم إذا لم يرفض المدين الإيجاب الموجه إليه رفضاً صريحاً، أي أن المشرع اشترط طريقة معينة في التعبير عن الإرادة لرفض الإيجاب.

وما يدعّم وجهة نظرنا ما أورده المشرع التونسي من تطبيقات في المادة ٣٥٢، حيث نص

هذه المادة على أن : «تحصل البراءة بالاسقاط الصريح الناشئ عن اتفاق أو أي مد تضمن إبراء المدين من الدين أو هبته اليه وقد تكون بالسكوت بناء على كل ما يدل نة صريحة على أن مراد الدائن ترك حقه وترجيع رسم الاصل اختيارا من الدائن للمدين ن على اسقاط الدين».

والمشرع التونسي، في المادة المشار اليها، قد اعتبر أن الإبراء قد تم بالاسقاط الصريح شيء عن اتفاق بين الدائن والمدين، وإذا كان هذا الاسقاط متضمنا في عقد آخر أو أن ائن قد قام بهمة الدين الى مدينه، أو يسكوت الدائن بما يدل دلالة صريحة على أنه يرغب النزول عن حقه وترجيع رسم الأصل (السند الاصلى) اختيارا الى المدين.

٢٣ - القرينة القانونية على الإبراء المبينة على ارجاع الدائن السند الاصلى الى مدينه:

يرى بعض الشراح أن المشرع التونسي اعتبر إعادة سند الدين الاصلى الى المدين سواء كان هذا السند ورقة عرقية أم كان الصورة الاصلية للسند الرسمي، قرينة قانونية على وقوع الإبراء، وهذه القرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس (٤٢). مع مراعاة أن هذه القرينة رهيئة بأن يقع ارجاع الدائن سند الدين الاصلى الى المدين باختياره، أما إذا كان الدائن قد جرد من السند الاصلى نتيجة الاكراه أو السرقة أو أى عمل آخر غير مشروع فلا يترتب على ذلك أثر، وكذلك فإن القرينة المذكورة تتعلق بارجاع سند الدين الى المدين، أما إعادة التأمينات التى قدمت اليه ضمانا لاستيفاء الدين، فانه لايعتبر بحد ذاته تنازلا عن هذا الدين وإبراء للمدين منه، ونبه المشرع التونسي إلى هذا الحكم في المادة ٣٥٢ «رد الدائن توثقة الدين لا يكفى فى الحمل على اسقاط الدين».

ويختلف الحكم الذى اعتنقه المشرع التونسى والمغربى (٤٣) بشأن القرينة القانونية، مع الحكم الذى اخذ به المشرع الفرنسى من جهة، والمشرع اللبناني من جهة أخرى، وكل من المشرع المصرى والسورى، ومن هذا حذوهما من جهة ثالثة.

(٤٢) انظر في ذلك : مأمون الكزبرى، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربى، الجزء الثانى، اوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، فقرة ٣٥٧، ص ٤٨٥.

(٤٣) المادة ٤٥٣ من قانون الالتزامات والعقود المغربى.

ففى ظل القانون المدني الفرنسي (٤٤) يفرق المشرع بين أن يكون السند الاصلى الذى تخلى عنه الدائن للمدين هو سند عادى أو سند رسمى، فالتخلى عن السند الاصلى العادى يعتبر قرينة قاطعة على الابراء من الدين لايجوز اثبات عكسها، أما التخلى عن الصورة الاصلية للسند الرسمى فانه يعتبر قرينة بسيطة على الابراء من الدين قابلة لاثبات العكس (٤٥).

و يبرر الفقهاء هذا الفارق فى الحكم بين صورتين بان السند العادى هو الدليل الوحيد فى يد الدائن، فتخليه عن هذا السند يدل على استيفائه الدين، أو على ابراء المدين منه، لذ كان من الطبيعى الاتسمع أى وسيلة اثبات تدحض هذا الدليل.

أما صورة السند التنفيذى فهى الى جانب كونها دليلا فى يد الدائن على حقه قبل المدين، تعطى الدائن الحق فى التنفيذ المباشر على أموال مدينه، فتخلي الدائن عنها قد يكون الهدف منه التنازل عن حقه فى هذا التنفيذ المباشر.

لذا كان من الطبيعى، أيضا، أن يعطى الدائن الحق فى دحض قرينة براءة الذمة التى رتبها القانون على تخليه عن هذه الصورة الى مدينه واقامة الدليل على العكس (٤٦).

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد اعتبر تسليم الدائن السند الاصلى للمدين، عرفيا كان هذا السند أورسميا، بمثابة قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس فى كل الاحوال (٤٧).

واما القانون المدني المصرى والقانون المدني السورى، ومن سارحذوهما، فقد استبعدا اعتبار تسليم الدائن الى مدينه السند العرفى أو صورة السند الرسمى القابلة للتنفيذ بمثابة قرينة قانونية واقتصرا على اعتبار ذلك مجرد قرينة قضائية يترك أمر تقدير قيمتها فى الاثبات لقاضي الموضوع. فقد يرى القاضي أنها تكفى لكي تكون دليلا على الابراء، وقد لا يرى فيها شيئا من ذلك، وإذا رتب عليها الابراء لمصلحة المدين، جاز للدائن أن يثبت العكس.

(٤٤) المادة ١٢٨٢ من القانون المدني الفرنسى.

(٤٥) المادة ١٢٨٣ من القانون المدني الفرنسى.

(٤٦) انظر فى ذلك : Colin et Capitant: op. cit. no: 355.

(٤٧) انظر فى ذلك : المادة ٣٤٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

٢٤ - موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي من ماهية الالبراء: نورد فيما يأتي النصوص المتعلقة بالالبراء الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي. تنص المادة ٣٤٠ على أن «ينقضى الالتزام بالالبراء الاختيارى الحاصل من الدائن الذى له أهلية التبرع. والالبراء من الالتزام ينتج أثره مادام المدين لم يرفضه صراحة».

وتقضي المادة ٣٤١ بان «يمكن أن يحصل الالبراء صراحة، بان ينتج عن اتفاق.... يتضمن تحليل المدين من الدين أو هبته له». وتضيف المادة ٣٤٣ قائلة «لا يكون للالبراء من الالتزام اى اثر إذا رفض المدين صراحة قبوله ولا يجوز له رفضه

١ - اذا كان قد سبق له ان قبله

٢ - اذا كان قد تم بناء على طلبه».

ولقد ذهب بعض شراح قانون الالتزامات والعقود المغربي (٤٨)، عند تحديد كيفية اتمام الالبراء، الى اعتباره، وفقا للنصوص المشار اليها، تصرفا قانونيا يتم بارادة الدائن المنفردة ينتج أثره بمجرد اتصاله بعلم المدين ودون حاجة لاقترائه بقبول من وجه اليه، واستند هذا الرأى في تدعيم موقفه الى مقتضيات المبادئ العامة التى وردت في المادة ١٨ من القانون المشار اليه والتى تقضي بان «الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت عنه بمجرد وصولها الى علم الملتزم له».

ونحن وان كنا نتفق مع الرأى المذكور في اعتبار الالبراء تصرفا قانونيا تبرعيا محضا من جانب الدائن، الا أننا لانرى ذلك بالنسبة لاعتباره تصرفا يتم بارادة الدائن المنفردة.

والسبب في ذلك يعود الى أن عبارة نص المادة ٣٤٠ وبالذات الفقرة الثانية منها خاصة يمكن أن يستنتج منها عكس ماذهب اليه الرأى المذكور وهو أن الالبراء تصرف قانوني من جانبين لا من جانب واحد، اى اتفاق بين الدائن والمدين على انقضاء الالتزام. وما يؤيدنا في ذلك ورود عبارة «مادام المدين لم يرفضه صراحة» لأن المشرع اشترط كى ينتج الالبراء اثره، الا يرفض المدين ابراء الدائن له رفضا صريحا، ومن الطبيعى أنه اذا رفضه رفضا صريحا

(٤٨) انظر في ذلك : مأمون الكزبرى، المرجع السابق، فقرة ٣٥٧، ص ٤٨٥.

فان الابرء لاينتج اثره، ومن ثم لاينقضي الالتزام (م ٣٤٣)، أما اذا سكت ولم يرفضه فان المشرع رتب على هذا الموقف انقضاء الالتزام، وليس معنى ذلك أن المشرع جعل الابرء بارادة واحدة وهي ارادة الدائن، وانما لأنه اعتبر سكوت المدين وعدم رفضه رفضا صريحا بمثابة موافقة على الابرء اى قبولاً له، وهذه صورة كما أشرنا، من صور السكوت الملابس.

والاعتماد على المادة ١٨ من القانون المذكور لتبرير أن الابرء، ماهو الا تطبيق للمبادئ العامة التى تقضى بأن الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت عنه بمجرد وصولها الى علم الملتزم له. ليس له وجه في هذا المقام، فلسنا هنا بصدد تطبيق من تطبيقات الارادة المنفردة، وانما نحن بصدد تحديد ما اذا كان الابرء يعتبر تصرفا صادرا من جانب واحد أو صادرا من جانبيين.

نضيف الى ذلك أن المشرع لو أراد أن يكون الابرء تطبيقا من تطبيقات المبادئ العامة في الارادة المنفردة، كما ذهب الفقه المذكور، لما اشترط، كى ينتج الابرء أثره، الا يرفضه المدين رفضا صريحا، ولاكتفى بترتيب الابرء لاثره بمجرد علم المدين به.

المطلب الثاني

الابرء تصرف من جانب واحد

٢٥ - تمهيد . ٢٦ - النصوص التشريعية المتعلقة بالابرء في التقنين المدني المصرى والكويتى. ٢٧ - كيف يتم الابرء في التقنين المدني المصرى والمدنى الكويتى.

٢٥ - تمهيد : ذهب بعض التقنينات، كما أشرنا، الى صياغة عبارة النص الذى يحدد كيفية اتمام الابرء بطريقة شعر منها الفقه بانه تصرف من جانب واحد.

ولعل أبرز هذه التقنينات هو التقنين المدني المصرى الذى انتقل النص الوارد فيه بشأن ماهية الابرء الى أغلب التقنينات العربية.

ونقتصر في هذا المقام على عرض نصوص القانون المدني المصري، والقانون المدني الكويتي، المتعلقة بالابراء مكثفين في الوقت نفسه بالاشارة الى النصوص المقابلة في التقنينات المدنية العربية الاخرى، مع مراعاة أن مانورده من شرح للنصوص المصرية والكويتية يمتد الى التقنينات الاخرى التي سارت على خطاه.

٢٦ - النصوص التشريعية المتعلقة بالابراء في التقنين المدني المصري والكويتي:

نعرض أولاً نصوص التقنين المدني المصري، ونعرض ثانياً نصوص القانون المدني الكويتي.

أولاً : نصوص التقنين المدني المصري:

تنص المادة ٣٧١ على أن : «ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين، ويرتد برده». وتنص المادة ٣٧٢ على أن «١ - يسرى على الابراء الاحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع. ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان».

ثانياً: نصوص التقنين المدني الكويتي:

تنص المادة ٤٣٥ على أن «ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده . ويترتب على الرد اعادة الالتزام بما يلحقه من صفات وما يتضمنه من تأمينات ومايرد عليه من دفع». وتنص المادة ٤٣٦ على أن «تسرى على الابراء الاحكام الموضوعية للتبرع، ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان».

وتكاد العبارات الواردة في المادتين المشار اليهما من التقنين المدني المصري قد نقلت حرفياً الى التقنينات العربية الاخرى، كالمادة ٣٥٨ من التقنين المدني الليبي، والمادتين ٣٤١ - ٣٤٢ من التقنين المدني السوداني والمواد ٤٢٠ - ٤٢١ - ٤٢٢ من التقنين المدني

العراقي، والمادتين ٣٦٩ — ٣٧٠ من التقنين المدني السوري، والمواد ٤٤٤ الى ٤٤٧ من التقنين المدني الاردني .

٢٧ — كيفية حصول البراء في التقنين المدني المصري والمدني الكويتي: يرى شراح التقنين المدني المصري (٤٩)، والتقنين المدني الكويتي (٥٠)، ومن قبله تقنين التجارة الكويتي الملغي (٥١)، والتقنينات التي حذت حذوه (٥٢)، من النصوص المشار إليها، أن البراء تصرف من جانب واحد يتم بارادة الدائن المنفردة، و يكون على سبيل التبرع.

ونتحدث فيما يأتي عن البراء باعتباره تصرفا من جانب واحد أما بالنسبة الى كونه على سبيل التبرع، فنحيل إلى ماسبق شرحه عند عرض موقف التقنين المدني الفرنسي (٥٣).

٢٨ — البراء تصرف من جانب واحد: يتم الإبراء، وينتضي به الالتزام، وفقا للتقنينات المشار إليها، بإعلان الدائن عن أرادته بالنزول عن حقه، دون حاجة الى قبول المدين، ولكن ليس معنى ذلك أن الإبراء يلزم المدين فلا يستطيع منه فكاكا بعد تمامه، بل يجوز له أن يرد البراء إذا وجد فيه ما لا يرضيه من الناحية الادبية، فيرتد برده، أي يزول أثر

(٤٩) انظر في ذلك : السهوري، المرجع السابق، فقرة ٥٧٨، ص ٩٦٥. محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ١٩٧٤ — ١٩٧٥، فقرة ٣٩٤، ص ٣٩٤ — ٣٩٥. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤، ص ٢٥٢. سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٨٨٧، ص ٨٥٢. عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٢٣ ص ٣٤. حسين النوري، المرجع السابق ص ١١٠. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٤٧٧. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، ١٩٨١، دار النهضة العربية، ص ٣٢٤. سمير تناعو، نظرية الالتزام، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية فقرة ٤٠٩، ص ٥٤٣ وما بعدها.

(٥٠) منصور مصطفى منصور: التزامات (٣)، انتقال الالتزام وانقضاء الالتزام، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٥١) عبد الفتاح عبد الباقي: أحكام الالتزام في القانون الكويتي، ١٩٧٥، مذكرات على الروني، كلية الحقوق، جامعة الكويت، فقرة ٢٣٦، ص ١٨٥.

(٥٢) في القانون المدني السوري : انظر: مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة

(٢)، أحكام الالتزام في ذاته، دمشق، ١٩٦٤، فقرة ٢٩٤، ص ٤٤٥. زهير الماريني، المرجع السابق، ص ٣٧١. في القانون المدني العراقي : انظر: عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي: الجزء الثاني، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، ١٩٦٧، فقرة ٩١٦ وما بعدها، ص ٤٧٦ وما بعدها.

(٥٣) أنظر سابقا، فقرة ١٢.

نزول الدائن عن حقه قبل المدين ويعود الالتزام على عاتقه كما كان (٥٤)، بما يلحقه من صفات وما يضمنه من تأمينات، سواء كانت شخصية كالكفالة أو عينية كرهن، وما يرد عليه من دفع.

ويذهب جانب من الفقهاء عند تفسير النصوص المشار إليها، وتدعيما لموقفهم، الى القول إن التصور الذي أخذ به القانون الوضعي للإبراء، وهو تصرف من إرادة واحدة، يتفق تماما مع التصور الذي رسمته أحكام الشريعة الإسلامية (٥٥). وهذا ماقرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي حيث قالت «وقد أخذ المشرع بماهية الإبراء من الفقه الإسلامي».

ولقد ورد أيضا الاتجاه نفسه في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري حين قالت: «يتم الإبراء في أحكام المشروع بارادة منفردة وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية، ويستكمل حكمه متى وصل الى علم المدين ولم يعترض عليه» واقتراح الاستاذ الدكتور السهوري عندما كان المشروع في لجنة المراجعة ابدال عبارة ويرتد برده بعبارة ولم يعترض عليه، وذكر السهوري «ان هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بارادة منفردة أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية وفيها يتم الإبراء بارادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين» (٥٦).

٢٩ - والحقيقة، كما نرى، على ضوء ماتم عرضه بشأن موقف الفقه الإسلامي من كيفية اتمام الإبراء، أن التقنين المدني المصري الجديد، ومن بعده التقنين المدني الكويتي، ومن هذا حنوها من تقنينات أخرى، قد اعتنقت جميعها موقف الجمهور الذي يرى أن الإبراء تصرف من جانب الدائن وحده، ويرتب أثره في انقضاء الدين بمجرد وصول

(٥٤) انظر في ذلك: جيل الشرفاوى، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٥٥) انظر في ذلك: السهوري، المرجع السابق، فقرة ٥٧٨ ص ٩٦٥. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، الطبعة الأولى، ص ١٠٣٦. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام في القانون الكويتي، المرجع السابق فقرة ٢٣٦، ١٨٥. حسنى نصار، القانون المدني مع شرح نصوصه، دار الكتب الجامعية، ص ١٤٩ تعليقا على المادة ٣٧١ - ٣٧٢. جمال الدين العطفي، التقنين المدني المصري، الجزء الثاني، ١٩٤٩، ص ٣٥٥.

(٥٦) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جزء (٣)، ٢٩٥.

الإبراء إلى علم المدين ولم تشترط ضرورة قبوله. ولكن التقنيات المشار إليها لم تلتزم منطق رأي الجمهور إلى آخر مدى فيه ولم ترمثلهم عدم رد الإبراء، وإنما شاعت أن تتبع رأي الأحناف الذين يرون، وعلى الرغم من أن الإبراء عندهم، كما ذهب الجمهور، يتم بارادة الدائن وحده، أنه يرتد بالرد بعد تمامه. ونخلص من ذلك أن التقنيات المشار إليها قد اعتنقت مذهب الحنفية في جملة. أي سواء فيما يتعلق بتمام الإبراء أو برده.

الخاتمة

٣٠ - ولايسعنا وقد انتهينا من هذا البحث، إلا أن نورد بعض الملاحظات التي توصلنا إليها:

٣١ - أولاً: ان موقف الفقه الاسلامي من كيفية إتمام الإبراء ينقسم إلى اتجاهين مختلفين، اتجاه يرى أن الإبراء تصرف من جانب الدائن وحده، وهذا هو رأي الجمهور ويتم الإبراء عندهم بمجرد وصول الإبراء إلى علم المدين دون حاجة إلى قبول هذا الأخير، ويرى أنصار هذا الاتجاه، فيما عدا الأحناف، واستناداً إلى أن الإبراء من التصرفات الاسقاطية، أن الإبراء لا يرتد بالرد.

والاتجاه الآخر يذهب إلى أن الإبراء اتفاق بين الدائن والمدين ينزل بمقتضاه الأول عن الدين بدون مقابل لمصلحة المدين ومن ثم لزم، في منطق هذا الاتجاه، صدور قبول من المدين لتمام الإبراء.

٣٢ - ثانياً: وانقسمت التقنيات الوضعية بين الاتجاهين المشار إليهما، فذهب بعضها إلى اعتبار الإبراء تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد، ويتم بمجرد وصول الإبراء إلى علم المدين، ولم تقف هذه التقنيات عند هذا الحد لتنسجم مع موقف جمهور الفقهاء المسلمين الذي يقول بعدم رد الإبراء بعد تمامه وإنما اتبعت في ذلك مسلك الحنفية، فأجازت رد الإبراء والبعض الآخر من التقنيات اعتبر الإبراء اتفاقاً بين الدائن والمدين لا يتم إلا بصدور قبول من المدين، إما صراحة أو ضمناً ويتم في هذه الحالة من وقت هذا القبول، ويعتبر كذلك السكوت الملابس، وفقاً للقواعد العامة، قبولاً للإبراء (٥٧).

(٥٧) انظر في ذلك: عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٦٦.

٣٣ - ثالثاً: ويترتب على القول بأن الإبراء يتم بإرادة الدائن المنفردة أو أنه يتم بالاتفاق بين الدائن والمدين عدة نتائج نوردتها فيما يأتي (٥٨):

١ - إذا أعلن الدائن إرادته في إبراء المدين ووصل هذا الإعلان الى علم المدين، فلا يستطيع الدائن، في التقنيات التي ذهبت الى إتمام الإبراء بأرادة منفردة، العدول عن الإبراء بعد أن تم، وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل أن يصل الاعلان الى علم المدين، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند وصول الاعلان الى علم المدين.

أما في التقنيات التي تعتبر الإبراء اتفاقاً، فمادام لم يصدر من المدين قبول، بعد علمه بالايجاب الموجه اليه من الدائن بالإبراء، فإنه يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء، وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول فإن الايجاب يسقط، ومن ثم، لا يجوز للمدين بعد ذلك أن يقبل الإبراء.

وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء، فإن الإبراء لا يتم ويظل الدين قائماً، عند من يعتبره تصرفاً من جانبين، ويتم الإبراء، عند من يرى أنه تصرف من جانب واحد، ومن ثم لا يؤخذ من تركه المدين بعد موته (٥٩).

وفي تقديرنا أن الرأي الذي يعتبر الإبراء تصرفاً من جانبين، ويشترط، ومن ثم، موافقة المدين لتماحه، هو الأولى بالقبول، لان الدائن عندما يبرئ مدينه يكون عادة لا اعتبار خاص بهذا الاخير، فلزم قبوله لتماح الإبراء، فاذا مات ولم يقبل سقط الايجاب الموجه اليه ومن ثم لا ينتقل الى الورثة.

ولانسلم، هنا، بالرأي القائل إن الإبراء تصرف من جانب واحد، لانه يصل بنا الى نتيجة قد لا تكون مقبولة أحياناً، وهي أن ذمة المدين، ومن ثم تركته، تبرأ من الدين بمجرد علمه بأرادة الدائن القاضية بإبراءه من الدين، حتى لو مات المدين قبل قبوله للإبراء، لأن هذا القول يجعل ورثة المدين يبرؤون من الدين، بالرغم من أن نية الدائن الحقيقية قد لا تكون متجهة الى مثل هذا الإبراء وإنما كان يسعى فقط ولا اعتبارات خاصة إلى إبراء المدين

(٥٨) انظر في ذلك: السهوري، الوسيط، المرجع السابق، فقرة ٥٧٨، ٥٨٢.

(٥٩) ولقد نص القانون المدني العراقي على هذا الحكم صراحة في المادة ٤٤٢ منه.

في ذاته. ولذا كانت النتيجة التي وصل إليها انصار الاتجاه الاول وهو اشتراط قبول المدين للابراء، ومن ثم، لا يتم الإبراء إذا مات قبل القبول، هي الأكثر اتفاقاً مع المنطق.

٢- إذا رد المدين الإبراء، تحت ظل التقنيات التي تعتبر الإبراء تصرفاً من جانب واحد، فإن هذا الرد يعتبر تصرفاً مفقراً لذمته، حيث إن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه فإذا رد الإبراء يعود الدين إلى ذمته مرة أخرى بعد أن كان قد انقضى، وعلى ذلك فإنه يشترط توافر أهلية التبرع فيه، حتى يستطيع رد الإبراء، ويترتب على الرد، كما رأينا، عودة الدين كما كان بجميع صفاته ومقوماته ودفعه وتأميناته.

والرد يعتبر بمثابة نزول من المدين عن براءة ذمته بعد تمام الإبراء، واتجاه ارادته إلى شغل ذمته بالدين من جديد دون عوض، وبهذا فإن الرد يعتبر عملاً قانونياً من أعمال التبرع، ولا يقبل إلا ممن له هذه الأهلية.

ولما كان يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع، فإن أحكام الدعوى البوليصة تسرى على الإبراء كسريانها على أي تبرع.

فيجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء الطعن في تصرفه بالدعوى البوليصة، كما هو الحال في حقهم بالطعن في أي تبرع صادر من مدينهم، إذا اثبتوا إعسار الدائن، أو أن الإبراء يزيد في إعساره. ودون حاجة لاثبات تواطؤ المدين معه بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه.

وإذا رد المدين الإبراء فإن هذا التصرف من جانبه، يكون مفقراً، كما رأينا، ويزيد من التزاماته. فيجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده بالدعوى البوليصة، إذا اثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين، أو زاد في إعساره، ودون حاجة أيضاً إلى اثبات سوء نية المدين أو قصد الأضرار بدائنيه.

أما بالنسبة للتقنيات التي تعتبر أن الإبراء تصرف من جانبين فإن رفض المدين الإيجاب لا يعتبر افتقاراً إذا الإبراء لم يتم إلا بقبوله، فهو يرفضه لم يفقر نفسه، وإنما امتنع عن الإثراء، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع، ولا يجوز من ثم لدائنيه أن يطعنوا في رده بالدعوى البوليصة.

٣٤ - والحقيقة أننا نؤيد الاتجاه الذي يقضي بأن الإبراء اتفاق بين الدائن والمدين على أن ينزل الأول عن دينه للآخر بدون مقابل، ومن ثم لا يتم الإبراء ولا ينتج أثره إلا بموافقة المدين أما صراحة أو ضمناً. لأن حق الدائنية، كما هو معروف، رابطة ثنائية بين شخصين، وطبيعته تحول دون أن يخرج الدائن من هذه الرابطة بإرادته المنفردة، أضف إلى ذلك أن نزول الدائن عن حقه بإرادته المنفردة فيه مساس بالمدين الذي قد تكون له مصلحة مادية أو أدبية في عدم التحلل من رابطة الالتزام، ولهذا لا يتم الإبراء إلا بموافقة.

وإذا قيل أن الاتجاه الذي يرى أن الإبراء تصرف من جانب واحد قد وضع ذلك في اعتباره وأجاز رد الإبراء بعد تمامه، فإن هذا يعني أن أنصار هذا الاتجاه استشعروا ما في الإبراء من مئة أو تفضل يلحق المدين، ولذلك أعطوه حق رده بعد تمامه.

وكان يمكن في الحقيقة الوصول إلى الغاية نفسها بتطبيق القواعد العامة باعتبار الإبراء اتفاقاً بين الدائن والمدين، دون حاجة إلى الخروج على هذه القواعد واعتبار الإبراء تصرفاً من جانب واحد، لأنه لا يوجد أي مبرر منطقي لهذا الخروج.

«وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين»