الإبراء من الالتزام وآثاره

Discharge from the obligation and its effects

صهيب عامر سالم

Suhaib Amer Salem

مدرس مساعد

Assistant Lecturer

كلية الحدباء الجامعة

Al-Hadba University College

suhib@hcu.edu.iq

تاريخ تسلم البحث 2022/5/27 قبل للنشر في: 2022/7/5

تعد الالتزامات جزءاً هاما من موضوعات القانون المدني وعلى قدر تلك الاهمية يحتل موضوع انقضاء تلك الالتزامات بطرق عدة ومنها الإبراء كما ان الإبراء وبوصفه مسقط للدين. وتتوزع احكامه بين موضوعات انقضاء الالتزام وعقد الصلح والدين المشترك والتأمينات الشخصية والعينية كما ان النظرة الى تكييفه القانوني لم يكن محل اتفاق بين الفقه والتشريعات المقارنة حيث اظهرت الدراسة مدى التقارب بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي، ولا يصدر الدائن أبرأهُ للمدين اعتباطاً بل لأسباب شخصية حملته على اسقاط دينه الذي بذمة المدين واذا كانت الارادة التي انشئت الدين ابتداءً صدرت من صاحبه وهو مكتمل الأهلية فلا بد ايضا من أن تكون ذات الارادة بنفس كمال الأهلية متجهة نحو اسقاط الدين عن المدين وتمليكه اياه، وبحثت الدراسة تعريف الإبراء وتمييزه وخصائصه وخلصت الى انه تصرف قانوني منفرد وان تتوافر فيه اركان التصرف القانوني من رضا ومحل وسبب، كما عرضت الخلاف الفقهي والتشريعي في لزوم او عدم لزوم اقتران الإبراء الدائن بقبول المدين ثم لرد المدين الإبراء واثاره وبعد ذلك تم البحث في اثار الإبراء بالنسبة للدائن والمدين والغير واثر الإبراء في الدين والتأمينات ثم لإثبات الإبراء والدفع به.

اسباب اختيار البحث:

1- تكييفه. بين وصفه بأن اسقاط وبين وصفه بأنه تمليك وبين وصفه بأنه تمليك من جهة واسقاط من جهة أخرى.

2- تمامه. إذ تباينت الآراء حول تمامه بإرادة منفردة وهي إرادة الدائن، وبين لزوم الاتفاق عليه باشتراط قبوله من المدين.

منهجية البحث: وهي المقارنة بين المذاهب الفقهية الاسلامية واراء شراح القانون وموقف التشريعات المقارنة العراقي والمصري وهي قوانين مقارنة رئيسية، ومدى تأثرها بمدرسة فقهية معينة والاستشهاد بأحكام القضاء العراقي.

هيكلية البحث

المقدمة.

المستخلص.

المبحث الأول: التعريف بالإبراء واركانه.

المطلب الأول: التعريف بالإبراء.

المطلب الثاني: اركان الإبراء.

المبحث الثاني: احكام الإبراء.
المطلب الأول: اثار الإبراء فيما بين الدائن والمدين.
المطلب الثاني: اثار الإبراء بالنسبة للغير.
المطلب الثالث: اثار الإبراء بالنسبة للتأمينات.
المطلب الرابع: اثبات الإبراء وتنظيمه الاجرائي.
الخاتمة
المصادر

المستخلص

الإبراء هو اتجاه ارادة الدائن نحو اسقاط الدين عن ذمة المدين تبرعا ودون مقابل ويجب ان يصدر الإبراء عن الدائن وهو بكامل اهلية الاداء فلا يقبل صدوره عن القاصرين واخذ المشرع العراقي برأي الفقهاء الحنفية حيث انه اعتبروهُ اسقاط من جهة وتمليك جهة اخرى لذلك لا عبرة بقبول المدين من حيث كونه اسقاط ورتبوا اثاراً على ذلك منها جواز الإبراء الدائن للمدين الميت ولكن الإبراء يرتد برد المدين له باعتباره تمليك وقد يتصل الإبراء بالصلح وقد يكون مجردا عنه كما قد يكون الإبراء عاما لكل الدين أو خاصاً لجزء منه ويؤدي الإبراء الى انقضاء الدين عن ذمة المدين وقد يتخذ عدة صور في الدين المشترك وخاصة التضامن ما بين المدينين فقد يكون الإبراء عن الدين لكل المدينين او لمدين معين او الإبراء عن المطالبة أو الإبراء عن التضامن.

Abstract

The discharge is the direction of the creditor's intention to drop the debt from the debtor's debt, a donation and without payment, and must release the creditor, which is the full eligibility of performance is not acceptable for minors and take the Iraqi legislator opinion of the jurisprudents Hanafi as they considered him to drop on one hand and ownership of another party so the player accept the debtor in terms of As it is permissible for the debtor to repay the debt to the deceased debtor, but the debtor returns to repay the debtor to him as a property and may be related to the reform and may be divorced from him as it may be a year for all the religion or private part of it leads to the discharge of debt owed by the debtor may take several photo In the

common religion, especially the solidarity among the debtors, it may be a divorce from the debt to all debtors or to a particular debtor or a discharge from the claim or release from solidarity.

المبحث الأول

التعريف بالإبراء واركانه

سنبين من خلال هذا المبحث تعريف الإبراء من خلال التصدي لمفهومه وخصائصه وتمييزه عن غيره، ثم بعد ذلك نعرض لأركانه بوصفه تصرف قانوني، وفي المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

التعريف بالإبراء

ويتضمن تعريف الإبراء لغة واصطلاحا ثم بيان خصائصه وتمييزه عن غيره ثم لنطاقه واطلاقه وتقييده وذلك في الفروع الاتية:

الفرع الأول

تعريف الإبراء

اولا/ التعريف اللغوي. وهو من الفعل الثلاثي برأَ والباري اسم الله تعالى وبرئَ من الدين والعيب والتهمة أي خَلَصَ وخلا فهو بارئ[1].

ثانياً/ التعريف الاصطلاحي. ذكرت هنالك العديد من التعريفات عن الإبراء اذ يُعرف "بأنه تصرف الدائن بالنزول عن حقه تجاه المدين من دون مقابل"[2] او هو نزول الدائن عن حقه تجاه المدين بدون مقابل[3] ويعرفه "د. حسن الذنون بأنه ترك الدائن حقه لدى مدينه بلا مقابل"[4] كما يعرف "بأنه تخلي الدائن طوعا وباختياره عن حقوقه لمصلحة المدين"[5]. او هو

---

(1) ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 1425هـ-2004م، ص46.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص962.

(3) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج2- احكام الالتزام، ط3، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977، ص508.

(4) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2- احكام الالتزام، ط1، دار وائل، عمان الاردن ، 2004، ص287.

(5) المحامي، موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص314.

"تصرف على سبيل التبرع يتنازل به الدائن عن حقه قبل مدينه من دون مقابل"[1]، كما تم تعريفه ايضاً "بأنه اسقاط شخص ما له من حق قبل شخص اخر"[2]. والملاحظ على هذه التعاريف اتفاقها من حيث المضمون باتجاه ارادة الدائن نحو صرف النظر عن تنفيذ الالتزام في مواجهة مدينه بلا مقابل. والملاحظات على هذه التعاريف اتفاقها من حيث المضمون باتجاه ارادة الدائن نحو قضاء الالتزام في مواجهة مدينه بلا مقابل.

أما التعريف الذي نقترحه للإبراء فهو: اسقاط الدائن دينه تبرعا عن ذمة المدين اختيارا.

الفرع الثاني

خصائص الإبراء

يختص الإبراء بعدد من الصفات بكونه تصرفاً تبرعياً وهي:

اولاً/ تصرف ارادي منفرد: يقع الإبراء بإرادة الدائن المنفردة[3] وسنأتي على شرح الارادة المنفردة للدائن في أركان الإبراء.

ثانياً/ تصرف تبرعي: تبين من خلال تعريف الإبراء بأنه اسقاط الدائن لحق له بذمة المدين من دون مقابل وهو يعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً وهذا ما يتميز به عن التجديد والصلح[4]. كما يتميز من الوفاء الذي يأخذ فيه الدائن حقه من المدين وكذلك من الوفاء بمقابل حيث يعوض الدائن ما يقابل حقه[5] لذلك يشترط في الدائن ان تكون له اهلية التبرع كما تنص المادة "421" من القانون المدني العراقي "يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلا للتبرع".

ثالثا/ تصرف رضائي. الإبراء تصرف رضائي يتكون برضا الدائن وليس شكلي حتى ولو كان الالتزام شكلياً سواء أكان الشكل مصدره القانون او الاتفاق كإبراء بائع العقار المشتري

(1) د. سمير عبدالسيد تناغو، احكام الالتزام والاثبات، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص430.

(2) د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، احكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة طبع، ص305 ؛ اما مجلة الاحكام العدلية فقد عرفته في المادة "1536" منها بأنه "أما إبراء الاسقاط فهو أن يبرء واحد الآخر بإسقاط كل حقه قبل ذلك الآخر أو بحط بعضه". ينظر: سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة طبع، ص828.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص965.

(4) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص965 ؛ د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل، 2006، ص674. د. عصام انور سعيد، أداة النزول المسقط للحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص44.

(5) د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص430.

من دفع الثمن أو إبراء الدائن لمدينه بدين مضمون برهن تأميني[1] وتنص المادة "372" مدني مصري "2- ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل خاص القانون او اتفق عليه المتعاقدان". ولا مقابل لهذا النص في تشريعنا المدني لكن لايمنع من الاخذ به[2] امام سكوت مشرعنا ولأن الإبراء هو تصرف مستقل عن الالتزام الذي وقع عليه كما أن الشكلية لا تفترض في القانون إنما يجب النص عليها في المتن.

رابعاً/ تصرف ملزم لجانب واحد. وهو جانب الدائن متى اعلن الإبراء مدينه كان ملزماً له ولا يجوز له الرجوع عنه وتقيد بعض التشريعات كالقانون المصري التزام الدائن بالإبراء عند وصوله الى علم المدين، اما بالنسبة للمدين فهو غير ملزم له ويرتد الإبراء برده[3].

الفرع الثالث

تمييز الإبراء مما يشتبه به

يشتبه الإبراء مع غيره لذا وجب بنا الامر التمييز بينها وبينه في النقاط الاتية:

اولاً/ تمييز الإبراء من الصلح. الصلح هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة[4] والصلح قد يتضمن الإبراء بمقابل لان كل من طرفي الصلح ينزل عن بعض ما يدعي به مقابل تسلم الجزء الآخر وكذلك الامر في صلح الدائنين مع مدينهم المفلس فعندما يتم إبرائه من بعض الديون فإن القصد من نزولهم عن جزء صغير هو الحصول على جزء اكبر لذا يختلف الصلح بانعدام نية التبرع لدى الدائنين وليس كما في الإبراء[5] ومن ناحية اخرى فإن الصلح التجاري الذي يتضمن إبراء المدين هو اجراء جماعي من جماعة الدائنين[6] والإبراء في الصلح التجاري لا يؤدي الى براءة ذمة المدين انما يتخلف عن جزء الدين المتنازل عنه التزاماً طبيعياً بخلاف الإبراء الذي يؤدي الى انقضاء الدين[7] إذن فالصلح معاوضة اما الإبراء فهو تبرع ومن جانب اخر فإن الصلح عقد اما الإبراء كما سيأتينا شرحه- تصرف صادر من

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص969-970 ؛ د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص675-676؛ د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص431-432.

(2) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، مصدر سابق، ص288 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، دون سنة طبع، ص530.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص966.

(4) المادة (698) من القانون المدني العراقي.

(5) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص968.

(6) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- احكام الالتزام، مصدر سابق، ص514.

(7) د. عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد- احكام الافلاس، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973، ص332.

جانب واحد مع ذلك يقترب مفهوم الصلح مع معنى الإبراء عندما يكون معلقا على شرط واقف او يتصل به[1].

ثانيا/ تمييز الإبراء من الإقرار[2]. والإبراء عند الفقهاء المسلمين إما إبراء اسقاط "وهو موضوع بحثنا" أو إبراء استيفاء الذي هو نوع من الإقرار وورد في المادة "1536" من المجلة – التي سبقت الاشارة اليها– "أما إبراء الاستيفاء فهو اعترافه بقبض واستيفاء حقه من آخر وهو نوع من الإقرار" ويقترب الإبراء من الإقرار في أنّ نفاذهما لايتوقف على قبول الطرف الآخر ولكنهما يرتدان برده[3] وكلاهما يخرجان مخرج الوصية إذا صدرا عن المبرئ[4] والمقر[5] وهو في مرض الموت. وقد يقع الإبراء في صورة إقرار إذا اخبر به الدائن أمام القاضي بسبق إبرائه للمدين والعكس أن يقع الإقرار في صورة الإبراء اذا ابرئَ الدائن مورث المدين الذي أقر له بالدين حال حياته.

لكنهما يختلفان من حيث الموضوع فالإبراء اسقاط للدين من دون العين أما الإقرار فيرد على استيفاء العين والدين[6]. وزيادة على ذلك نرى أنّ الإبراء هو تصرف منشِئ للحق إذ يتملك المدين للدين الذي بذمتهِ أما الإقرار فهو تصرف كاشف لما استقر أو وجب في الذمة، كما الإبراء يصدر عن الدائن دائماً اما الإقرار فقد يصدر عن الدائن او عن المدين بحسب مايخبر به المُقِر.

ثالثاً/ تمييز الإبراء من هبة الدين[7]. يذهب البعض الى تكييف الإبراء على أنه هبة ولكنه هبة غير مباشرة[8] ومع أن كلا من الهبة والإبراء من التبرعات إلا ان الهبة هي عقد[9] وتنعقد بإيجاب وقبول الواهب والموهوب له اما الإبراء فهو تصرف انفرادي لا يتوقف على قبول

(1) ينظر: المادتين "423–424" من القانون المدني العراقي.

(2) تنص المادة "59" من قانون الاثبات ذي الرقم "107" لسنة 1979 بأنه "الإقرار القضائي هو إخبار الخصم امام المحكمة بحق عليه لآخر، والإقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة".

(3) ينظر: المادة "422" من القانون المدني أما المادة "65" من قانون الاثبات فتنص على أنه "اولا – لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ولكن يرتد برده. ثانيا – اذا رد المقر له جزاء من المقر به فلا يبقى حكم الإقرار في الجزء المردود ويصح الإقرار في الجزء الباقي".

(4) ينظر: الفقرة "2" من المادة "1109" من القانون المدني.

(5) ينظر: المادة "1111" من القانون المدني.

(6) سليم رستم باز، مصدر سابق، ص829.

(7) تعرف الفقرة "1" من المادة "601" من القانون المدني الهبة بأنها "تمليك مال لآخر بلا عوض".

(8) د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص431 ؛ موريس نخله، مصدر سابق، ص315.

(9) د. عصام أنور سليم، مصدر سابق، ص45.

المدين[1] ومبعث تكييف القائلين أنّ الإبراء كالهبة إلى أن الإبراء تبرع وبما أنه يشتمل على إعطاء فذهبوا إلى القول بأنه هبة.

وتنص على هبة الدين المادة "607" مدني عراقي "1- إذا وهب الدائن الدين للمدين أو الإبراء ذمته منه ولم يرده المدين تتم الهبة ويسقط الدين في الحال". وهذا النص مقتبس من المجلة[2] ولم يكن مفضلاً من المشرع العراقي الدمج في الحكم بين الإبراء وهبة الدين في نص واحد واختلف الفقهاء الحنفية في تمام هبة الدين قبل قبول المدين فعند بعضهم هبة الدين إبراء للمدين وهي- أي هبة الدين كالإبراء تتم بلا قبول من المدين[3] وبذا تكون هبة الدين إبراء مجازا وافترقت عنه لأن الهبة يلزم فيها القبول عند التعريف بها[4] أما عند الفريق الآخر من الحنفية فإن هبة الدين لاتتم إلا بقبول المدين بخلاف الإبراء يتم بلا قبول ويتساوى حكم هبة الدين من الإبراء بسقوط الدين عن المدين في الحال[5] ثم يجتمعان بالأثر عند هبة الدائن للميت فيسقط الدين عنه بلا قبوله[6] والإبراء أيضا يقع ولو كان المدين ميتاً[7] ثم يفترقا في أن الهبة تكون حال حياة المدين ومات قبل القبول أما الإبراء فيصدر ولو بعد موت المدين.

رابعاً/ تمييز الإبراء من الوصية[8]. الوصية تصرف ينعقد بالإرادة المنفردة للموصي وايجابه هو فقط المعتبر عند صدورها[1] وهي بذلك تتشابه مع الإبراء كما انهما مقصودان به التمليك

---

(1) المادة "837" من مجلة الأحكام العدلية.

(2) إذ تنص المادة "847" منها على أنه "اذا وهب احد دينه للمديون أو أبرأ ذمته عن الدين ولم يرده المديون صح ذلك وسقط عنه الدين في الحال"

(3) شمس الدين ابو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين بن جمال الدين البابرتي، العناية شرح البداية، ج9، دار الفكر، دون مكان او سنة طبع، ص54 ؛ وهو رأي المجلة هبة الدين حكمها كالإبراء تتم بلا قبول من المدين وهي أيضا كالإبراء ترتد برد المدين في مجلس الهبة لأن فيها معنى التمليك. ينظر: سليم رستم باز، مصدر سابق، ص466.

(4) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني، دار عالم الكتب، السعودية، 1423- 2003، ص414.

(5) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الائمة السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م، ص83.

(6) علي حيدر، المصدر السابق، المجلد الثاني، ص415.

(7) ينظر: الفقرة "2" من المادة "422" من القانون المدني العراقي.

(8) عرفت المادة "الرابعة والستون" من قانون الأحوال الشخصية العراقي ذي الرقم 188 لسنة 1959 الوصية بأنها "تصرف في التركة مضاف الى مابعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض".

وانهما من التبرعات ولكن يفترق الإبراء عن الوصية في أن المُوصَى له غير مدين للموصي بخلاف الإبراء فإن المُبرَئ له مدين للمُبرِئ.

مع ذلك قد يأخذ الإبراء شكل الوصية في فرضين الأول اذا اوصى الدائن بإبراء ورثته عند وفاته وهنا تسري احكام الوصية على الإبراء شكلاً ومضموناً فلا بد من ثبوته بالكتابة مالم ينهض هنالك مانع من اثبات الوصية[2] وعندئذ لا يكون الإبراء نافذاً إلا بحدود الثلث ويجوز للموصي الرجوع عن وصيته بالإبراء كما تسقط الوصية بموت المدين الموصى له قبل موت الموصي[3] وتبطل الوصية بالإبراء بأسباب البطلان[4] وهي رجوع الدائن الموصي عن الإبراء وهذا بخلاف الإبراء فيما لو كان مجرداً وليس بشكل وصية وكذلك تبطل الوصية بالإبراء بفقدان أهلية الموصي او بتصرف الموصي بالدين بهبته للغير أو حوالته حوالة حق.

أما الفرض الثاني فإن إبراء الدائن للمدين وهو في مرض موته إذ يخرج الإبراء مخرج الوصية[5] وعلى عد الإبراء وصية تنص المادة "1109" مدني عراقي على أنه "2- ويعتبر في حكم الوصية الإبراء المريض في مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث" والإبراء في الفرض الأول وصية بينما في الفرض الثاني فهو إبراء مجرد وليس وصية ولكنه في حكم الوصية كي لاينفذ إلا في حدود الثلث.

خامساً/ تمييز الإبراء من بعض أسباب انقضاء الالتزام.

1- التجديد. والتجديد يقصد به استبدال التزام قديم بآخر جديد يكون سبباً في انقضاء الالتزام القديم[6] وفي التجديد يقوم الدائن بإبراء مدينه ليحل مكانه الدين الجديد فليس يقصد من الإبراء التبرع انما ليحل عنه التزام جديد[7].

2- استحالة التنفيذ. يختلف الإبراء عن انقضاء الالتزام باستحالة التنفيذ في عدم حصول الدائن على دينه اضطراراً أما الإبراء فأنه ينزل عن حقه برضاه.

---

(1) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج2، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دون ذكر مكان او سنة طبع، ص22.

(2) ينظر: المادة "الخامسة والستون" من قانون الاحوال الشخصية.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص970.

(4) ينظر: المادة "الثانية والسبعون" من قانون الاحوال الشخصية.

(5) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص37.

(6) د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص661.

(7) د. عبدالرزاق السنهوري، مصر سابق، ص968.

3- التقادم. يؤدي التقادم الى عدم تمكن الدائن من المطالبة بحقه لأن القانون يمنعه من المطالبة[1] وإذا كان الالتزام ينقضي بكلٍّ من الإبراء والتقادم إلا ان الحق لا يسقط بمرور الزمان[2] أمّا الإبراء فيؤدي الى سقوط الدين وبراءة ذمة المدين- كما سيأتي في الشرح.

الفرع الرابع

نطاق الإبراء

قد يكون الإبراء بحسب ما يقيد به الدائن عاماً او خاصاً. اذ تنص المادة "424" مدني عراقي على أنه "2- وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم".

أولا/ الإبراء الخاص. هو الإبراء الذي يقع على جزء من الدين وحكمه بقاء ذمة المدين لجزء آخر لم يكن محلاً للإبراء مع بقاء كل التأمين حتى انقضاء الدين بعمومه[3].

ثانياً/ الإبراء العام. ويكون بأن يبرئ الدائن مدينه من كل ديونه وبعد ذلك لا تسمع على المدين أي دعوى عن هذا الدين وتسمع عن الحق الناشئ بعد الإبراء العام[4]. وهو ما قضت به محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة تبين أن ما بينه وبين وكيل صاحب التصحيح من أسباب التصحيح القرار التمييزي لا يمكن قبولها قانوناً ذلك أن الإبراء قد نص على حكمه في القانون المدني باعتباره طريقاً من طرق انقضاء الالتزام وقد جاء في المادة 420 مدني "إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين" وجاء في المادة 421 مدني "يشترط لصحة الإبراء ان يكون المبرئ أهلاً للتبرع"، والإبراء قد قام على أساس أنه إسقاط من جهة وتبرع من جهة أخرى فهو مأخوذ من الأحكام الشرعية ولما كان الساقط لا يعود "م51 مجلة الاحكام" وأن أبرأ أحد آخر من حق يسقط حقه ذلك وليس له دعوى عن ذلك الحق "م1562

---

(1) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – أحكام الالتزام ، مصدر سابق، ص508.

(2) ينظر: المادة "440" من القانون المدني العراقي.

(3) وفي المجلة تنص المادة "1564" "إذا أبرأ واحد آخر من دعوى متعلقة بأمر كان ذلك الإبراء خاصاً فلا تسمع بعد ذلك دعواه التي تتعلق بذلك الأمر ولكن له ان يدعي بما يتعلق بغير ذلك من الحقوق. مثلا اذا أبرأ خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه بتلك الدار بعد الإبراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالأراضي والضياع وسائر الامور".

(4) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، مصدر سابق، ص288 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – احكام الالتزام، مصدر سابق، ص511 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في شرح القانون المدني – أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص306 ؛ د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص676 ؛ وعلى الإبراء العام تنص المادة "1565" من المجلة "اذا قال واحد أبرأت فلاناً من جميع الدعاوى او ليس لي عنده حق أبداً كان ذلك الإبراء عاما فليس له ان يدعي بحق قبل الإبراء".

مجلة الأحكام" ولما كان الإبراء من جهة أخرى تبرعا والتبرع يبقى معتبراً ما لم يرتد بالرد ولما كان الإبراء الذي أعطاه طالب التصحيح قد حصل بعد استيفائه ماله بذمة الدائرة وقد أبرأها من كافة الحقوق والامتيازات التي قد تترتب له في الحال أو في الاستقبال من المقاومة وأعطى ورقة التنازل والإبراء الى منطقة الطرق والجسور الشرقية بكركوك لتكون بيدها مداراً للعمل وبمثابة إنهاء للمقاولة المذكورة ولما كان هذا الإبراء يعد الإبراء عاماً باستعمال المبرئ عبارة "الإبراء من كافة الحقوق والامتيازات" وهو الإبراء اسقاط من جهة وإبراء استيفاء من جهة اخرى فيجوز للمدين في هذه الحالة أن ينزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ فالإبراء لهذا الحق بعد تحقيقه ليس في القانون ما يمنعه كما أن الإبراء ليس اتفاقاً بين طرفين بحسب النصوص القانونية النافذة فقد نص في المادة 421 مدني أن يكون المبرئ أهلاً للتبرع وعلى ذلك فالإبراء العام لم يقع باطلاً لأن المبرئ كامل الأهلية وأهل للتبرع وعلى ذلك فالإبراء العام لم يقع باطلاً لأن المبرئ كامل الأهلية وأهل للتبرع حينما الإبراء الدوائر المعنية من كل حق أما التمسك بأن الدائرة قد أعادت لطالب التصحيح بعض حقه بعد الإبراء وهذا دليل على أحقيته بالمبلغ المدعي به فلا يفيد دفعاً للتمسك بالإبراء ذلك أن دفع هذا الجزء يعد من باب الرد لقسم من الدين وهذا جائز أيضاً فلا يرتب حقوقاً للمبرئ في الباقي"[1].

الفرع الخامس

اطلاق الإبراء وتقييده

اولا/ الإبراء المطلق. او المنجز[2] وهو ان يبرء الدائن مدينه من دون ان يقيده بشيء او بظرف معين وهو الأصل ويقع صحيحاً.

ثانياً/ قد يكون الإبراء مقيداً أو معلقا على شرط واقف[3] من الدائن بحصول أمر معين، ولم يجز الفقهاء الحنابلة تعليق الإبراء على شرط وعدّوا الإبراء باطلاً لأنه تمليك ولا يجوز تعليق التمليك على شرط باستثناء تعليق الإبراء على موت الدائن أجازوه لأنه يخرج مخرج الوصية ومثلوا لذلك بقول الدائن للمدين "إِنْ مُتَّ فَأَنْتَ فِي حِلٍّ" "بفتح التاء" لم يبرأ المدين بخلاف ما لو

(1) قرار محكمة التمييز بالعدد/225/ استئنافية/569 في 1969/9/18، منشور في النشرة القضائية، المجلد 6، 1969، ص80.

(2) علي حيدر، مصدر سابق، ص69.

(3) يكون الشرط واقفاً إذا علق عليه نشوء الالتزام. ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام – أحكام الالتزام، ج2، مصدر سابق، ص160.

قال "إِنْ مُتُّ فَأَنْتَ فِي حِلٍّ" "بضم التاء"[1] صح الإبراء بهذا اللفظ وكان وصية. اما الفقهاء الحنفية[2] فلهم كلام في جواز وقوع الإبراء مقيداً او معلقاً على شرط، بالتفصيل وبالفروض والألفاظ الاتية:

1- اذا قال الدائن للمدين أدِ إليّ جزءاً من الدين الذي بذمتك غداً وأُبرئك من كذا الباقي منه أو يقول إذا لم تؤدِ لي نصف ديني تكون مديناً بكل الدين والتقييد بهذا الشرط صحيح فإذا وفى المدين في الميعاد الذي اشترطه الدائن برئ من الجزء الذي قيد به الدائن الوفاء بجزئه الآخر.

2- لو قال الدائن للمدين انت بريء من نصف الدين على أن تؤدي النصف الآخر من الدين غداً فيكون حصل الإبراء الدائن من نصف الدين سواء قد أدى المدين الدين أو لا وتسببهم حكم الإبراء في هذا الفرض ان الدائن قدم كلام الإبراء على الوفاء فيكون الإبراء هنا مطلقاً ولو اراد الدائن ان يكون الإبراء شرط الاداء لقدم كلام الاداء على الإبراء.

3- اذا قال الدائن للمدين اعطني نصف ديني تكون بريئاً من النصف الآخر ولم يقيد الدائن الوفاء بموعد معين كان هذا الإبراء مطلقا سواء أدى أو لا لأن الأداء واجب بالذمة في كل الازمان ولم يقيد به الدائن زمناً معيناً.

4- تعليق الإبراء على شرط قد لا يتحقق وهو ما يراه الحنفية باطلا لان التمليك عندهم لا يجوز أن يكون معلقاً على شرط او كقولهم اذا اديت لي ديني فانت بريء من نصفه.

ومن تحليلنا لمذهب الحنفية نلاحظ أنهم يجزئون الإبراء للقول بإطلاقه ومن ثم الحكم بصحته قدر الإمكان ومن جانب يرون بطلان الإبراء إذا تم تعليقه على شرط واقف وكذلك لو تم تعليق الإبراء على شرط إرادي محظ والملاحظ على ألفاظ الإبراء في الفروض السابقة أنه مقيد وليس معلق كتقييده بالوفاء بموعد معين باستثناء تعليقه على شرط واقف فيرون بطلان الإبراء لبطلان التعليق.

أما موقف القانون المدني العراقي وفي المادة "423" نصها "يصح تعليق الإبراء فإن علق الدائن الإبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه المدين برئ وان لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله" فلم يأخذ بآراء الفقه الحنبلي انما نجده قد وافق الفقه الحنفي في

---

(1) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1418هـ - 1997م،ص196 ؛ علاء الدين ابو الحسن علي سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج7، ط2، دون سنة طبع، ص129.

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،ج5، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ - 1992م ،ص640 ؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الانهر في ملتقى الابحر،ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وتاريخ طبع، ص316 ؛ شمس الدين البابرتي، مصدر سابق، ج8، ص429-431، سليم رستم باز، مصدر سابق، ص850 ؛ علي حيدر، مصدر سابق، ص70.

تعليق الإبراء من جزء من الدين في مقابل الوفاء بالجزء الآخر لكن هذه الموافقة جاءت بشكل مطلق وليس بالتفصيل الذي تكلم به أهل المذهب لذلك فإن أي تعليق للإبراء مهما كان لفظه من الدائن لا يكون نافذا الا بتحقق الشرط.

إنّ المشرع العراقي أراد بهذا النص التأكيد على جواز تعليق الإبراء على شرط[1] ويرى جانب من الفقه القانوني[2] بحق أن الإبراء المعلق على شرط هو أقرب للصلح منه إلى الإبراء ونية الدائن بالتبرع ليست واضحة.

وبدورنا نؤيد هذا الراي فتعليق الإبراء على شرط هو اقرب الى الصلح ومن جانب اخر يكون الصلح المعلق شرط باتفاق بين الدائن والمدين أما الإبراء فيكون وليد الإرادة المنفردة للدائن فإذا لم يتحقق الشرط فيقع الإبراء باطلاً أو بالأحرى لاينفذ أصلاً وهو ماقضت به محكمة بداءة الكاظمية في حكم جاء فيه "وحيث أن المعترض قد تناقض في دفوعه واعتراضه حيث أدعى في عريضة اعتراضه بأنه لا صحة لدعوى المدعي وأن لديه بينات تكذب ادعاء المدعي وهي بينات تحريرية وأنه مستعد لأداء اليمين ثم عاد في أقواله المدونة في محاضر الجلسات وفي لوائح وكيله بأن ذمته مشغولة للمعترض بمبلغ مليون دينار وأتفق مع المعترض أن يسدد له مبلغ ستمائة الف دينار بتاريخ 1996/4/10 ويبرئ ذمته من المبلغ المتبقي وأنه سدد للمعترض عليه مبلغ أربعمائة وخمسة وثلاثون الف دينار ولم يسدد المبلغ المتبقي بحجة أن المعترض عليه لم يسجل المبالغ التي يسلمها له على ظهر العقد ولإقرار وكيل المعترض عليه بأن المعترض قد سدد لموكله مبلغ أربعمائة وخمسة وثلاثون الف دينار ولم يسدد المتبقي من مبلغ الستمائة الف دينار التي أتفق الطرف على تسديدها بتاريخ 1996/4/10 وحيث تجد هذه المحكمة أن المعترض قد تناقض في دعواه ودفوعه وأن التناقض مانع من سماع الدعوى أو الدفع من جهة ومن جهة أخرى أنه يجوز للدائن تعليق الإبراء المدين من بعض الدين بشرط أداء البعض الآخر وبما أن المدين "المعترض" لم يسدد كامل الدين الذي أتفق على تسديده بالتاريخ أعلاه والمتفق عليه بين الطرفين بما يجعل الدين كله باطل عليه ولا تبرئ ذمته وأن دفع المعترض بأنه لم يسدد بقيه الدين المتفق على تسديده للمعترض عليه بالتاريخ المتفق عليه كان سبب عدم تسجيل المعترض عليه مبالغ التسديد في العقد لا سند له من القانون إذ كان بإمكانه إيداعه لدى الكاتب العدل عليه"[3].

المطلب الثاني

(1) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص470.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، هامش رقم "1" ص974.

(3) حكم محكمة بداءة الكاظمية بالعدد348/اعتراضية/1996 في 1996/8/28 ، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية www.iraqld.iq.

اركان الإبراء

لما كان الإبراء تصرفاً بالمعنى القانوني للتصرف فلا بد اذن من توافر أركانه من رضا ومحل وسبب وهو تصرف رضائي ولا حاجة لتمامه شكلاً معيناً حتى وإن ورد على التزام شكلي لكن مع كونه تصرفاً رضائياً يجب كتابته، لذا سنبحث أركان الإبراء كل في فرع.

الفرع الأول

التراضي

طرفا الإبراء الدائن والمدين ولكن هل يشترط للإبراء تلاقي ارادتي طرفي الإبراء؟ وهو ما سنبين ارادة كل طرف على حدة.

اولا/ رضا الدائن. يقع الإبراء بشكل صريح بكل لفظ يدل عليه كقول الدائن أبرأتك واسقطت دينك او انت بريء من الدين الذي لي بذمتك[1] كما قد يكون باتخاذ اجراء معين كتنازل المحكوم له الدائن عن الحكم الصادر لمصلحته اذ تعد المادة "90" من قانون المرافعات المدنية[2] بأنه "يترتب على التنازل عن الحكم التنازل عن الحق الثابت فيه" وهو ما قررته محكمة التمييز بقرارها جاء فيه "ان المميز المدعى عليه قد اقر بصحة اقراره المثبت على سند إبراء الذمة ولعجزه عن اثبات دفعه بأن المميز عليه المدعي لا يزال مشغول الذمة بجزء من مبلغ الدين الوارد في الحكم البدائي المنفذ رقم 2651/ب/2011 في الاضبارة التنفيذية رقم 2011/94 مديرية تنفيذ الكرخ ورفضه توجيه اليمين الحاسمة للمدعي وحيث ان المميز المدعى عليه يلتزم بإقراره ولا يجوز الرجوع عنه عملاً بأحكام المادة "68" من قانون الاثبات وحيث يترتب على التنازل عن الحكم التنازل عن الحق الثابت منه تطبيقاً للمادة "90" مرافعات وإذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين كما تنص على ذلك المادة "420" من القانون المدني لذا يكون من حق المدعي ان يطلب الحكم بمنع مطالبة المدعى عليه بمبلغ الحكم المنفذ بعد ان تم الإبراء ذمته لاحقاً"[3].

---

(1) د. عبدالمجيد الحكيم واخرون، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص305 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص529.

(2) رقم "83" لسنة 1969.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد1448/هيئة مدنية منقول/2013 في 2013/8/15، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية.

ولكن هل يقع إبراء ضمنياً كتسليم سند الدين للمدين؟ ويرى الشراح[1] ان خروج سند الدين من يد الدائن لاتعد دليلاً على الإبراء ويبقى على الدائن اثبات خروج السند كان لسبب آخر غير الإبراء كالسرقة مثلاً ويقع تقدير حصول الإبراء ضمناً للسلطة التقديرية للمحكمة. والقانون العراقي فقد أورد قرينة قانونية على الإبراء إذا حاز المدين سند الدين كما تنص المادة "119" من قانون الاثبات بأن "وجود سند الدين في حوزة المدين قرينة على براءة ذمته من الدين حتى يثبت خلاف ذلك" وبهذا النص يقرر المشرع قرينة قانونية بسيطة مقتضاها ان حيازة المدين لسند الدين قرينة على الإبراء مالم يثبت الدائن وصول السند الى يد المدين لسبب آخر غير الإبراء او الوفاء، وبمقتضى هذه القرينة قضت محكمة التمييز بأنه "ان المميز المدعى عليه قد دفع الدعوى بأنه سدد مبلغاً قدره ثمانون مليون دينار من مبلغ الدين الوارد في الكمبيالات الثلاثة موضوع الدعوى صلحاً وقد أبرأ المميز المدعي ذمة المدعى عليه ببقية الدين البالغ 50 مليون دينار وان المدعي قد سلمه الكمبيالات الثلاثة بما يفيد الإبراء وحيث ان المادة 19 من قانون الاثبات تنص على "ان وجود سند الدين في حوزة المدين قرينة على براءة ذمته من الدين حتى يثبت خلاف ذلك" وحيث ان المدعي يدعي بمشغولية ذمة المدعى عليه بالمبلغ المدعى به البالغ 130 مليون دينار فكان يقتضي تكليفه بأثبات مديونية المدعى عليه ببينة تحريرية وفي حالة عجزه عن الاثبات تمنحه حق تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة"[2]. أما القانون المدني الفرنسي فلم يعدّ التسليم للمدين الإبراء كما تنص المادة "1286" منه بأنه "لايعني الإبراء تسليم الاشياء المسلمة كالرهن أو الحيازة لافتراض الإبراء المدين" وبموجب حكم النص الفرنسي يضمن الدائن حقه في الرجوع بإثبات خروج الشيء بسبب آخر غير الإبراء.

ويلزم ان يكون الإبراء صحيحا حيث تنص المادة "421" مدني عراقي بأنه "يشترط لصحة الإبراء ان يكون المبرئ اهلاً للتبرع" ووفقا لهذا النص فإن الإبراء تصرف ارادي ولابد من صدوره من دائن له الأهلية الكاملة ببلوغه سن الرشد عاقلاً ولما كان الإبراء تصرف قانونياً تبرعياً وبِعَدِّهِ تصرفا ضاراً ضرراً محضاً لذلك لا عبرة بالإبراء الذي يصدر عن الدائن وهو

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق،ص971 ؛ موريس نخله، مصدر سابق، ص317-318.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد201/200/ هيئة مدنية/2014 في 2014/2/9، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية www.iraqld.iq ؛ ولا تقتصر قرينة الإبراء على خروج السند بل وخروج الاشياء الأخرى من يد الدائن برضاه كخروج المحبوس او المرهون كما تنص بذلك المادة "1349" مدني عراقي "ج– اذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلا عن الدين ويجوز ان يستفاد التنازل دلالة من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون او موافقته على التصرف فيه دون تحفظ".

ناقص الأهلية[1]، فإذا صدر كان باطلاً وإن أذن وليه او وصيه لنص المادة "97" مدني عراقي بأنه "ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإذن بذلك وليه أو أجازه". ويجب أن تكون الإرادة واتجاهها نحو إبراء المدين واضحة لا لبس فيها ومن جانب اخر يجب ان تكون تلك الإرادة خالية من العيوب كالاكراه والغلط والتغرير مع الغبن واكثر مايصيب من عيوب لإرادة الدائن المبرئ هو الاكراه[2] وهو ماعنت به المادة "371" مدني مصري فنصت بأنه "ينقضي الالتزام إذا الإبراء الدائن مدينه مختاراً" ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني العراقي ولكن القواعد العامة في صحة التراضي تؤدي اليه.

ولكن متى ينتج أثر الإبراء الصادر عن الدائن ؟ تجيب المادة "371" مدني مصري بأنه "ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين" فالإبراء تصرف تبرعي انفرادي لاينتج اثره ببراءة ذمة المدين الا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم المدين وإذا علم المدين بالإبراء لم يكن للدائن العدول عنه واذا مات الدائن أو فقد اهليته قبل وصول الإبراء إلى علم المدين مع ذلك يتم الإبراء بمجرد علم المدين[3].

أمّا في القانون المدني العراقي فلا حاجة لعلم المدين لترتيب أثر الإبراء فالأثر ينتج بمجرد صدوره من الدائن[4] وليس له الرجوع عنه سواء اتصل بعلم المدين او لا او مات بعد اسقاط الدين ودليل قولنا ان المشرع العراقي قال في المادة "420" بأنه "اذا أبرأ الدائن المدين سقط

---

(1) د. عبدالمجيد الحكيم واخرون، احكام الالتزام- مصدر سابق، ص306 ؛ منذر الفضل، مصدر سابق، ص674 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص543 ؛ تنص المادة "106" مدني عراقي "سن الرشد هي ثماني عشر سنة" وناقصو الأهلية هم من يبلغ هذه السن والمجنون والمعتوه وذي الغفلة والسفيه ومن اجتمعت فيه عاهتين مزدوجتين كما تنص على ذلك المواد "104 و107 و108 و109" فضلاً عن ما تنص على عدّهم ناقصي الأهلية المادة "3" من قانون رعاية القاصرين ذي الرقم "78" لسنة 1980 بأنه "اولا – يسري هذا القانون على: أ- الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية. ب- الجنين ج- المحجور الذي تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها د- الغائب والمفقود؛ كما نصت المجلة في مادتها "1541" بأنه "لا يصح الإبراء الصبي او المجنون مطلقاً".

ثانيا- يقصد بالقاصر لاغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها والغائب والمفقود، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك".

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص972-973 ؛ د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، احكام الالتزام – مصدر سابق، ص287 ؛ د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص431.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص966 ؛ د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص430 ؛ د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص46.

(4) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – احكام الالتزام، مصدر سابق، ص510.

الدين" ونحن نعلم أن القاعدة تقول "الساقط لايعود"[1] كما أن الأصل التاريخي للقانون المدني العراقي وهو الفقه الحنفي يعتبر الإبراء اسقاط من وجه وتمليك من وجه – كما سنأتي على شرحه – ويترتب على هذا الحكم ثلاث نتائج.

الاولى: اذا مات الدائن قبل علم المدين أو بعده لم يكن لورثته نقض الإبراء مالم يكن الإبراء وصية تجاوزت حدود الثلث او صدر الإبراء في مرض موت الدائن وتجاوز الدين ثلث تركته[2]. أو أبرأ الدائن المريض مدينه وكانت تركته مستغرقة بالدين فلا ينفذ لان وفاء الدين مقدم على تنفيذ الوصايا[3].

الثانية/ اجاز قانوننا المدني في الفقرة "2" من المادة "422" بقولها "ويجوز إبراء الميت من دينه"[4] ويستفيد الورثة جميعهم من هذا الإبراء وتعفى التركة من هذا الدين كما للدائن إبراء بعض الورثة من دون الآخرين عندئذ يكون الإبراء في حدود حصة الوارث المبرأ بينما يطالب الورثة الآخرون بالوفاء بالدين[5] ولو كان لعلم المدين قيمة وأثر في انتاج الإبراء لما جاز إبراء الميت من دينه.

الثالثة/ موت المدين قبل القبول سواء علم بالإبراء ام لم يعلم. تنص عليه الفقرة "1" من المادة "422" مدني عراقي بقولها "لا يتوقف الإبراء على قبول المدين... وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته" لان الحق في قبول الإبراء قد سقط[6]. وجوز الفقه الإبراء هنا بجواز الإبراء الميت ابتداءً[7].

وقد يصدر الإبراء من الدائن نفسه او قد يصدر عن شخص آخر في ثلاث صور يكون نائباً عنه كما في حالات إبراء الولي أو الوصي والقيم أو إبراء الوكيل أو إبراء الفضولي. وهو ما سنبحثها تباعاً.

1- إبراء الولي أو الوصي والقيم. ليس للولي أو الوصي والقيم إبراء المدين من مال القاصرين اذ لا يملكون ولاية التبرع من اموال القاصرين[8] وعند معاينة نص المادة "43" من قانون رعاية القاصرين نراها لم تدرج الإبراء ضمن التصرفات التي يمكن للولي أو الوصي

(1) المادة "51" من المجلة.

(2) ينظر: الفقرة "2" من المادة "1111" من القانون المدني العراقي.

(3) المادة "1571" من المجلة.

(4) المادة "1569" من المجلة.

(5) علي حيدر، مصدر سابق، ص77.

(6) علي حيدر، مصدر سابق، ص76.

(7) د. حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو – احكام الالتزام، مصدر سابق، ص289.

(8) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص973.

أبرامها بموافقة دائرة رعاية القاصرين مما يفهم منه بعدم الجواز مطلقا للولي أو الوصي ولا لدائرة رعاية القاصرين ولا حتى المحكمة إبراء المدين من ديون القاصر وإن وقع كان لزاماً الحكم ببطلانه. بل ان المادة "42" من هذا القانون حضرت التبرع من اموال القاصر بقولها "لا يجوز للولي او الوصي او القيم التبرع من مال القاصر الا لإداء واجب عائلي انساني وذلك بموافقة دائرة رعاية القاصرين" وينص قانون التسجيل العقاري رقم "43" لسنة 1971 في المادة "194" "للولي او الوصي اجراء التصرفات النافعة نفعا محضا للصغير نيابة بدون اذن من المحكمة اما التصرفات الضارة ضررا محضا كالهبة والابراء والاسقاط فلا يجوز لهما مباشرتها مطلقا".

2- إبراء الوكيل. تنص المادة "52" من قانون المرافعات المدنية بأنه "2- الوكالة العامة المطلقة لاتخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الإقرار بحق او التنازل عنه ... ولا أي تصرف اخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً" من هذا النص يتضح ان وكيل الدائن مالم يكن مفوضاً بالإبراء لايقع إبرائه ويتحدد التفويض بالإبراء بالصيغة المتفق عليها بين الدائن ووكيله فقد يكون الإبراء مطلقاً كما قد يكون مقيداً لمدين معين دون غيره او بمقدار معين من الدين من دون ان يكون للوكيل تجاوز قيود الوكالة، وبهذا الصدد تقرر محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في قرار لها جاء فيه "ان التنازل عن القرار البدائي الصادر من الوكيل عن الدائن امام المنفذ العدل والمصدق من المنفذ العدل باطل قانونا لأنه صدر من شخص غير مخول قانونا بالتنازل حيث ان الوكيل المذكور قد عزل من الوكالة في 2010/6/23 المصدقة من كاتب عدل الموصل بالإنذار العدد 32285 في 2010/7/11 الموجه من الموكل الى الوكيل والمبلغ به الوكيل بتاريخ 2010/9/29 قبل محضر التنازل عن القرار اعلاه وان عزل الوكيل عن الوكالة انتهاء للوكالة حسب المادة "947" من القانون المدني"[1].

3- إبراء الفضولي. لم يتعرض مشرعنا بنص خاص لهذا الفرض ونصت عليه مجلة الاحكام العدلية في باب الصلح المنطوي على الإبراء بالمادة "1544"[2].

---

(1) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالعدد206/ت.ب/2011 في 2017/11/17، غير منشور.

(2) سليم رستم باز، مصدر سابق، ص833 ؛ بأنه "اذا صالح الفضولي يعني لو صالح واحد بلا أمر عن دعوى واقعة بين اثنين وضمن بدل الصلح أو أضافه إلى ماله بقوله على مالي الفلاني أو اشار إلى نقود أو عروض حاضرة وقال عليّ هذا المبلغ أو هذه الساعة أو اطلق بقوله عليّ كذا ولم يضمن ولم يضف إلى ماله ولم يشر إلى شيء ولكنه سلم بدل الصلح ففي هذه الصور الأربعة يصح الصلح ويكون المصالح متبرعاً". فإذا لم يضمن الفضولي ولم يضف إلى ماله ولم يشر ولم يسلم فصلحه المتضمن إبراء لدين الدائن كان موقوفاً على اجازة الدائن".

ويذهب البعض إلى عدّ تصرف الفضولي باطلا فلا يملك سلطة التصرف في حق الدائن ومن ثم لايقع أبراءه[1] والذي نعتقده ينعقد تصرف الفضولي بإبراء المدين موقوفا على إجازة الدائن استناداً الى نصي المادتين "135 و136" مدني عراقي[2] وتطبيقاً لأحكام تصرف الفضولي مع خصوصية التطبيق بالنسبة للإبراء فيكون للدائن خياري الإجازة والنقض فإن أجاز صح الإبراء ونفذ حكمه وكان الفضولي حكمه حكم الوكيل لأن الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة[3] اما اذا نقض إبراء الفضولي بَطُلَ الإبراء وظل المدين ملزما بالدين ولو كان يجهل بالمبرئ انه فضولي ولا رجوع للدائن على الفضولي لان رجوع المالك على الفضولي يكون عند تسليم الحق للمتصرف له وهلاكه بعد التسليم او عند قبض الفضولي للبدل، اما في الإبراء فخيارات رجوع الدائن على الفضولي مفتقدة إما من حيث عدم قبض الفضولي لأي بدل فهو إبراء لايقابله شيء او لان الفضولي لم يسلم المدين أي شيء اصلاً. ويجب على الدائن استعمال حقه بالإجازة او النقض خلال ثلاثة أشهر من علمه بالإبراء.

وصور إبراء الفضولي اما مطلقة عندما لاتكون هنالك أية رابطة أو صلة بين الدائن والفضولي أو إذا كان الفضولي وكيلا بالإبراء ولكنه تجاوز حدود تفويضه المقيد بإبراء مدين اخر او أبرأ بمقدار يزيد عن القدر الموكل به، أما لو كان المبرئ وليا أو وصيا وأبرأ المدين من مال القاصر وقع تصرف الولي أو الوصي الفضولي بالإبراء باطلاً لا موقوفاً.

ثانياً/ رضا المدين يتوجه الدائن بإرادته نحو إعفاء المدين من دينه ولكن هل يشترط رضاء المدين وقبوله لكي يرتب اثاره القانونية؟ بمعنى آخر هل يعد الإبراء تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد أم من جانبين؟ وبهذا الصدد قِيلَ رأيان:

1- قبول المدين.

---

(1) د. توفيق رمضان البوطي و عبدالحميد عبدالمحسن هنيني، حكم الإبراء من غير صاحب الحق، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، المجلد28، 2012، ص643-644.

(2) تنص المادة "135" "1 – من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك 2- فإذا جاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر 3- واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الآخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به فان هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد اداه عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه 4- واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء فإذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الآخر".

(3) ينظر: المادة "928" من القانون المدني العراقي.

أ- الرأي الأول/ يشترط لوقوع الإبراء رضاء المدين وقبوله به. وبهذا أخذ المشرع الفرنسي والتشريعات العربية المتأثرة به[1] اذ يعدّ الإبراء عقداً ويجب فيه ارتباط الايجاب بالقبول وعلى ذلك إذا لم يرضَ المدين بإبراء الدين لا ينعقد الإبراء ولا تبرأ ذمة المدين بينما اذا رضي المدين انعقد الإبراء وسقط الدين ويبنى على عدّ الإبراء عقداً أنه يجوز للدائن أن يرجع عن إيجابه إذا لم يرتبط بقبول المدين أو مات الاخير قبل القبول[2]. وحجة هذا الرأي ان الدين هو رابطة بين شخصين تنشأ بتدخلهما واذا انقضت فلابد ايضاً من تدخل هذين الشخصين أطراف الالتزام[3].

وأصل هذا الرأي فقهاء المالكية فعندهم الإبراء لابد من أن يرتبط بقبول المدين لأنه تمليك وليس اسقاط وهذا ما ذهب اليه الخرشي في شرح المختصر "فلو مات صاحب الدين قبل أن يقبل من هو عليه فإن الإبراء يبطل ويرجع للورثة"[4].

ب- الرأي الثاني/ انه لا يشترط للإبراء قبول المدين له. وهو رأي عدد من الشراح وأغلب التشريعات العربية[5] ولكن أوضحها صياغةً القانون المدني العراقي وهو ماعليه مذهب جمهور الفقه الاسلامي، فإرادة المدين غير لازمة ويتم الإبراء بإرادة الدائن فقط لا بالاتفاق فهو ليس

---

(1) كالقانون المدني المصري القديم وقانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932 التي تنص المادة "338" منه "ان الإبراء من الدينٌ او تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديونٌ الا بمقتضى اتفاق اذ يفْترض في الإبراء اتفاق اصحاب الشأن". وكذلك نص الفصل "341" من قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة 1913 "يمكن أن يحصل الإبراء صراحة، بأن ينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن تحلل المدين من الدين أو هبته إياه" ؛ والفصل "351" من مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1906 "يحصل الإبراء بالإسقاط الصريح الناشئ عن اتفاق أو أي عقد تضمن إبراء المدين من الدين أو هبته إليه".

(2) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في نظرية الالتزام- أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص508-509 ؛ موريس نخله، مصدر سابق، ص315.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص965.

(4) محمد بن عبدالله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، ج7، دار الفكر، دار الفكر للطباعة، بيروت، من دون سنة طبع، ص103 ؛ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة طبع، ص199 ؛ ابو العباس احمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لاقرب المسالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج4، دار المعارف، من دون مكان او سنة طبع، ص142.

(5) تنص المادة "371" مدني مصري بأنه "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً. ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده" وبالصياغة نفسها عن التشريع المصري القانون المدني الاردني ذو الرقم "43" لسنة 1976 تنص المادة "369" منه "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً. ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده". والقانون المدني الكويتي ذو الرقم "67" لسنة 1980 المادة "435" "1- ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده. 2- ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات، وما يضمنه من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع".

بعقد لان دين الدائن من العناصر الايجابية في ذمته وله وحده التنازل عنها بإرادته المنفردة من دون ان يعلق نزوله على إرادة أحد[1] لكن جانباً من الفقه يكيف سكوت المدين عن الإبراء قبوله من دون أن يشترط القبول الصريح منه[2] ولكن يرد على هذا القول إن المشرع العراقي بعبارة صريحة نص بالمادة "422" على أنّ "1- لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ... وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته 2- ويصح إبراء الميت من تركته" فموت المدين قبل قبوله او تم الإبراء له وهو ميت ينفذ الإبراء ولا يعلق على قبول المدين.

"وفي الفقه الاسلامي ذهب الفقه الحنفي مذهباً وسطاً بين الحنابلة والقول المختار من المذهب الشافعي وبين المالكية واعتبروا الإبراء اسقاطاً مبدئياً فلا يتوقف على قبول المدين ولكنهم اضافوا أنّ في الإبراء أيضاً معنى التمليك وأوجبوا ان يرتد بالرد أي لا يتم عند رفضه من جانب المدين"[3] وهو رأي المذهب الحنفي فعندهم الإبراء اسقاط من وجه وتمليك من وجه، "جاء في العناية والإبراء تمليك من وجه لارتداده بالرد واسقاط من وجه لأنه لايتوقف على القبول يتم من غير قبول"[4] لأنه اسقاط والساقط لايعود والإسقاط لايتوقف على القبول[5] ويذهب الحنابلة[6] والشافعية[7] إلى عدم اشتراط الإبراء قبول المدين لان الإبراء عندهم اسقاط حق وليس تمليك ولا يجوز فيه للمدين رده.

2- رد المدين للإبراء. إنّ توجه إرادة الدائن بالإبراء لاينزع حرية المدين في رفضه كما ذهب إلى خلافه الشافعية والحنابلة، بل يملك المدين دفعا للحرج والى تفضل لا يتمناه من الدائن ان يرفض الإبراء وإصراره على بقاء ذمته مشغولة بالوفاء ثم أن المدين اذا رفض عاد الدين كما

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص965 ؛ د. منذر الفضل، م*در سابق، ص674 ؛ د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص431 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني – أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص509 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص533 ؛ د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص47-48.

(2) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، احكام الالتزام – مصدر سابق، ص288.

(3) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني.

(4) محمد البابرتي، مصدر سابق، ص54 ؛ السرخسي، مصدر سابق، ص84 ؛ ونصت المادة "1568" من مجلة الاحكام العدلية بأنه "لايتوقف الإبراء على القبول".

(5) علي حيدر، مصدر سابق، ص76 ؛ سليم رستم باز، مصدر سابق، ص853.

(6) منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، كشاف القناه عن متن الاقناع، ج4، دار الكتب العملية، من دون سنة طبع، ص304 ؛ علاء الدين المرداوي، مصدر سابق، ج7، ص127.

(7) أبو زكريا محي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المتقين، ج5، ط3، المكتب الاسلامي، بيروت، 1991م-1412هـ ،ص374وص380.

هو إلى ذمته بمقداره وأوصافه[1]. وطالما ان رد الإبراء هو تعبير المدين عن ارادته برفض خلو ذمته من الدين فيجب ان يشترط في الرد ما يشترط في إرادة المدين نفسه وهو ان يكون المدين بالغاً سن الرشد فالرد تصرف تبرعي اما إن كان المدين ناقص الأهلية فليس له الرد لأنه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً وإن أذن وليه أو وصيه برد الإبراء[2]. ورد الإبراء لا يثبت للمدين إلا بوصول العلم اليه أما قبل وصول علم المدين بالإبراء فلا يكون له حق القبول وإن كان الإبراء نفسه منتجاً لإثره في براءة ذمة المدين- كما اسلفنا القول- أما لو علم المدين به فلا تتقيد ارادته بِرَد الإبراء مالم يكن هنالك مانعاً من الرد وموانع الرد هي:

أ- قبول المدين او طلبه الإبراء. اذا قَبِلَ المدين الإبراء فليس له بعد ذلك رده وهو حكم المجلة لأنه يكون قد أسقط حقه بالرد بقبوله الإبراء[3] وهو ماعليه نص القانون المدني العراقي في المادة "422" "لكن اذا رده قبل القبول" فعُدَّ القبول مانعاً للرد وهو أيضاً الحكم في المجلة التونسية للالتزامات والعقود إذ جاء في الفصل "353" "إسقاط الالتزام لا يترتب عليه شيء إذا امتنع المدين من قبوله امتناعا صريحا وليس له أن يمتنع في حالتين أولا – إن سبق منه القبول. ثانيا –إن كان مبنيا على طلب منه".

ب- وفاة المدين. إذا توفي المدين قبل قبوله أو توفى قبل رد الإبراء تبرأ ذمته ولايؤخذ الدين من تركته[4] وهو ماتنص عليه المادة "422" مدني عراقي "وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته". وعلى ذلك نستنتج ان خيار رد الإبراء للمدين لايورث اذ لربما عجلت وفاته قبل اعلان قبوله للإبراء او كان بإمكان المدين رد الإبراء حال حياته ولم يفعل فَرَدْ الإبراء رخصة لصيقة بشخص المدين فلا تنتقل بموته.

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص966 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم، الوجيز، أحكام الالتزام- مصدر سابق، ص510 ؛ د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو – أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص298 ؛ د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص675- 676 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص534 ؛ د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص431.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص967 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم، أحكام الالتزام- مصدر سابق، ص511 ؛ د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص675 ؛ كما تنص المجلة في المادة "1568" "ولكن يرتد بالرد فاذا أبرأ واحد اخر فلا يشترط قبوله ولكن اذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله لا اقبل ارتد ذلك الإبراء يعني فلا يبقى له حكم لكن لو رده بعد قبول الإبراء فلا يرتد الإبراء...".

(3) علي حيدر، مصدر سابق، ص76.

(4) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – أحكام الالتزام- مصدر سابق، ص510 ؛ د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، أحكام الالتزام – مصدر سابق، ص289 ؛ علي حيدر، مصدر سابق، ص76- 77.

ج- عدم صدور الرد في مجلس الإبراء. اختلف الحنفية في جواز رد المدين في المجلس أو خارجه بينما تشترط مجلة الأحكام العدلية ان يصدر الرد في مجلس الإبراء إن كان حاضراً ويقول: ارفض الإبراء أما لو كان غائباً فيرد في المجلس الذي يعلم فيه بالإبراء ويعدّ المجلس قيداً احترازيا للرد[1] بينما يذهب رأي آخر بأنه يرد سواء في المجلس أو خارجه، جاء في بحر الدقائق لابن نجيم "هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس"[2]. ولم يشترط القانون المدني العراقي الرد في مجلس الإبراء فدل ذلك على مخالفة المجلة عليه يجوز للمدين رد الإبراء في مجلسه او خارجه.

ء- إبراء المحال له للمحال عليه في حوالة الدين[3]. ذهب الامام محمد من الحنفية ان المحال له "الدائن" اذا أبرأ المحال عليه "المدين" فليس له ان يرد الإبراء لان الحوالة في نظره نقل للمطالبة بالدين فقط اما الدين فباقٍ بذمة المحيل والإبراء الصادر من المحال له في هذا الفرض هو مجرد اسقاط محض للمطالبة بالدين تجاه المحال عليه ولاتتضمن تمليكاً له لذا فإن أبرأه أي المحال لايرد برد المحال عليه وأخذت المجلة بهذا الرأي[4] وفي القانون المدني العراقي نجد ان المادة "350" منه تنص على أنه "تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به أو بحوالته اياه على الآخر أو بالإبراء أو الهبة أو باتحاد الذمة أو بأي سبب آخر يقضي الالتزام" وهذا النص مأخوذ عن المجلة[5] لكن ليست فيه أية إشارة إلى عدم جواز الرد من المحال عليه. لذلك نقترح تعديل المادة "350" من قانوننا بالإضافة اليها لتكون كما يلي "ولا يعتد برد للمحال عليه الإبراء الصادر عن المحال له".

ه- إبراء الكفيل من الدائن المكفول له. إذا أبرأ المكفول له الكفيل برئت ذمة الكفيل لكن إبراء الكفيل لا يوجب براءة ذمة المدين الأصيل ولا براءة ذمة باقي الكفلاء لان الاصل لايسقط بسقوط الفرع[6] وهو مانصت به المادة "1041" مدني عراقي "إبراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل ولكن أبرأه الكفيل لايوجب براءة المدين" ويكون للدائن مطالبة بقية الكفلاء كلٌ بقدر

(1) علي حيدر، مصدر سابق، ص76.

(2) زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ط2، دار الكتاب الاسلامي، من دون سنة طبع، ص296.

(3) الحوالة هي نقل الدين من ذمة إلى أخرى والمطالبة به. ينظر "م673 من المجلة وم329" مدني عراقي.

(4) ابن نجيم، مصدر سابق، ج6، ص266 ؛ سليم رستم باز، مصدر سابق، ص371 ؛ علي حيدر، مصدر سابق، ج2، ص5-6.

(5) وتنص المادة "699" من المجلة "كما أن المحال عليه يبرأ من الدين إذا أدى المحال به أو أحاله على آخر أو أبرأه المحال له منهُ من الدين لو وهبه المحال له المحال به أو تصدق به عليه وقبل الهبة او الصدقة".

(6) علي حيدر، مصدر سابق، ج1، ص836.

حصته بعد خصم حصة الكفيل الذي تم إبراؤه[1]. وعند الحنفية ليس للكفيل رد إبراء الدائن لأن الدين في حق الكفيل مجرد مطالبة وهي تسقط كسائر الاسقاطات والإبراء هنا هو اسقاط محض وليس كالمدين الاصلي الذي له رد الإبراء لان فيه تمليكاً بخلاف الكفيل فالإبراء له اسقاط ولايرتد برده[2]. الذي نراه في تشريعنا في هذا الفرض هو اسقاط للكفالة وانقضاؤها على الرغم من رد المدين للإبراء ويحسن بمشرعنا لو نص على عدم جواز رد الإبراء من الكفيل.

واذا كنا قد بحثنا رد الإبراء فحري بنا ان نبحث اثار الرد سواء بالنسبة للمدين وبالنسبة لدائني المدين او كفيل المدين.

1- بالنسبة للمدين. إذا رد الإبراء عادت ذمته مشغولة بالدين كما كانت بنفس صفاته وتأميناته ودفوعه[3] باستثناء الكفالة.

2- بالنسبة لدائني المدين. لهم الطعن برد المدين للإبراء بدعوى عدم نفاذ التصرف لكن الطعن بموجب هذه الدعوى لم تكن محل اتفاق في الفقه. وتوزعوا في اتجاهين:

الأول: وهو رأي "العلامة الدكتور عبدالرزاق السنهوري" ويرى بحق دائني المدين الطعن برد الإبراء لان الرد هو تصرف تبرعي يؤدي الى افتقار الدائن والزيادة في التزاماته وأدى الى اعادة الدين الى ذمته بعد انقضائه[4].

الثاني: لايجيز لدائني المدين الطعن عليه بدعوى عدم نفاذ التصرف لأن في إجازة الطعن إجبار المدين على قبول تفضل من الدائن لا يريده هذا من جانب ومن جانب آخر فيلزم في التصرف المطعون به على وفق دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون تبرعا ورفض التبرع لايعد تبرعاً[5].

ومع جُل تقديرنا للرأي الثاني لكننا نؤيد ماذهب إليه الاتجاه الأول لوجاهته لأن الرد هو تبرع بحد ذاته ويؤدي إلى إعسار المدين والإضرار بدائنيه ولو لم يقصد الإضرار بهم.

---

(1) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص422.

(2) السرخسي، مصدر سابق، ج2، ص92.

(3) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، احكام الالتزام – مصدر سابق، ص289 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح نظرية الالتزام – أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص510 ؛ د. عصمت عبدالمجيد، مصدر سابق، ص534.

(4) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص967.

(5) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح نظرية الالتزام- أحكام الالتزام، مصدر سابق،ص511-512.

3- كفيل المدين. إذا قلنا بأن رد المدين للإبراء يؤدي إلى إعادة انشغال ذمة المدين بالدين فهل يقال الحكم نفسه وذلك بأن يعود الالتزام الى ذمة الكفيل على الرغم من ان رد الإبراء صدر من المدين وليس من الكفيل؟

ابتداءً لم يتفق الفقهاء الحنفية على مصير الكفالة في حال الرد فمنهم من أسقط الضمان عن الكفيل برد الإبراء بينما ذهب آخرون بعودة الالتزام على الكفيل[1] وعلى الرأي الاخير جاء موقف القانون المدني الكويتي وبالمادة "435" إذ تنص "2- ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات، وما يضمنه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع" ويرى جانب من الفقه[2] بانقضاء الكفالة ولو رد المدين الإبراء فلا تسري بحقه الكفالة استناداً إلى دعوى عدم نفاذ التصرف لأن الكفيل هو دائن للمدين ويتضرر من هذا الرد اما في القانون المدني العراقي فلم يورد حكماً في الكفالة عند رد الإبراء من المدين لا في نصوص الإبراء ولا في النصوص المتعلقة في الكفالة. ورأينا ان الكفيل ليس في حاجة الى دعوى الطعن في تصرفات المدين بل تسقط الكفالة عن الكفيل ولو رد المدين الإبراء لسببين:

الأول: ان الإبراء هو تصرف منفصل عن الرد ومن ثم لايتجدد ضمان الكفيل في التصرف بالرد الا بإذن الكفيل هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الدائن الذي يختار التنازل عن الدين لايعنيه رجوع الدين اليه مجردا عن التأمينات.

الثاني: رجوع الكفيل على الدائن بدعوى انقضاء الكفالة واساسها إقالة عقد الكفالة بين طرفيها الكفيل والمكفول له لان الدائن يرتبط بالكفيل برابطة التزام تختلف عن التي يرتبط معها بالمدين وإذ إن الكفالة هي عقد بين الدائن المكفول له والكفيل لذلك تنقضي بإبراء الدائن واسقاطه للدين المكفول. لذلك نرى حرياً بالمشرع ان يتدخل بنص يقضي بانقضاء الكفالة عند رد الإبراء من المدين. لذلك نقترح تعديل نص المادة "1041" من القانون المدني العراقي بإضافة هذه الصيغة اليها لتكون بالشكل الآتي " وينقضي التزام الكفيل ولو رد المدين الإبراء مالم يرض الكفيل بذلك".

الفرع الثاني

ركنا المحل والسبب في الإبراء

(1) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ - 1986م، ص11.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج10، ص228.

اولاً/ المحل في الإبراء. كأي تصرف قانوني له محل ويتمثل بالدين الذي أبرأ الدائن مدينه منه[1]. ويشترط في محل الإبراء من ان يكون موجوداً ومعيناً ومشروعاً، ولكن لشروط محل الإبراء أحكاماً خاصة تختلف عن القواعد العامة في التصرف القانوني وهي كما يأتي:

1- ان يكون موجوداً وممكناً. يجب ان يكون الدين قائماً وثابتاً بذمة المدين كما يجب ان يكون محل الإبراء ممكناً وعدم الامكان إما لأن الدين ليس موجوداً اصلاً وإن كان بالإمكان ان يكون موجوداً مستقبلاً[2] او ان الالتزام تم تنفيذه فعلاً[3] فلا يسع الدائن في هذين الفرضين إبراء المدين، وفي ذلك مخالفة للقواعد العامة لما في جواز ان يكون المحل بالإمكان وجوده مستقبلاً[4].

2- ان يكون الدين معلوماً. على وفق القواعد العامة التي توجب ان يكون محل الالتزام معلوما ونافياً للجهالة الفاحشة[5]

3- . ويرى شراح المجلة بعدم وجوب ان يكون الحق المبرأ منه المدين مقداره معلوما فيصح الإبراء مع جهالة مقدار الدين لان الإبراء اسقاط وجهالة الساقط لا تمنع صحة الإسقاط[6].

4- ان يكون مشروعاً بعدم مخالفته للنظام العام[7].

ثانياً/ السبب في الإبراء. وهو الباعث الدافع على الإبراء فإن كان مشروعاً وقع الإبراء صحيحاً[8] وهو ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بأنه "ولدى النظر في الحكم المميز فقد

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص974.

(2) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، أحكام الالتزام – مصدر سابق، ص288 ؛ د. عبد المجيد الحكيم واخرون، احكام الالتزام – مصدر سابق، ص306.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج2، هامش رقم "2" ص974.

(4) ينظر: المادة "129" من القانون المدني العراقي ؛ وذكر المرداوي من الحنابلة في الإنصاف بأنه "لايصح الإبراء من الدين قبل وجوبه" علاء الدين المرداوي، مصدر سابق، ص130.

(5) ينظر: المادة "128" من القانون المدني العراقي ؛ وتنص المادة "1567" من المجلة على أنه "يجب ان يكون المبرأون معلومين ومعينين بناء عليه لو قال احد أبرأت كافة مديني او ليس لي عند احد حق لا يصح ابرأؤه واما لو قال أبرأت اهالي المحلة الفلانية وكان اهل تلك المحلة معينين وعبارة عن اشخاص معدودين فيصح الإبراء".

(6) سليم رستم، مصدر سابق، ص853 ؛ علي حيدر، مصدر سابق، ص75. وهو ما عليه الحكم في المجلة التونسية حيث إذ ورد في الفصل "356" منها بأن "الإسقاط أو الإبراء المطلق لا رجوع فيه وتبرأ به ذمة المدين ولو جهل الدائن حقيقة مقدار دينه أو وجد بعد ذلك حججا لم يعلم بها إلا إذا كان الإسقاط من الوارث في دين موروث وثبت تحيل أو تغرير من المدين أو ممن كان متواطئا معه".

(7) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج2، هامش رقم "2" ص974.

(8) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج2، ص975.

وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك لان المميز/ المدعي ادعى في عريضة الدعوى انه أبرأ المميز عليه/ المدعى عليه عن بقية دين وأن هذا الإبراء باطل ودون سبب قانوني ومخالف لنص المادتين "132" و "2/137" مدني وحيث لم يتايد وجود سبب لبطلان الالتزام بالإبراء وحيث إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين استناداً للمادة "420" من القانون المدني"[1] اما اذا كان الباعث غير مشروع حكمت المحكمة ببطلانه[2].

المبحث الثاني

احكام الإبراء

بعد ان فصلنا في مفهوم الإبراء بقي نبين الاثار المترتبة على الإبراء سواء بالنسبة للدائن والمدين او الغير واحكامه بالنسبة للتأمينات الضامنة للوفاء بالدين ثم للإثبات في الإبراء والتمسك والدفع به، وذلك في المطالب الاتية:

المطلب الأول

اثار الإبراء فيما بين الدائن والمدين

بما ان الإبراء هو اسقاط من جانب وتمليك من جانب لذا نرى انه يرتب اثرين باعتبار الإبراء سبباً لانقضاء الالتزام.

الفرع الأول

الإبراء اسقاطاً

قلنا بسقوط الدين عند الإبراء وهو ما تنص عليه المادة "420" من القانون المدني العراقي بأنه "اذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين" والمقابلة لها في القانون المصري المادة "371" إذ تقول "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً". ويسقط مع الدين حق الدائن بالمطالبة[3]. والإبراء بِعدّه سبباً من اسباب انقضاء الالتزام يؤدي الى سقوط الدين وبراءة ذمة المدين[4]

---

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد1044/ الهيئة المدنية / منقول/2012 في 2012/6/20، منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الرابعة، 2012، ص209.

(2) وجاء في مجمع الضمانات للحنفية "لو أبرأه على الدين ليصلح مهمة عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة" غياث الدين ابي محمد غانم البغدادي، مجمع الضمانات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1426هـ - 2005م، ص797.

(3) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص289.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج2، ص975 ؛ د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات - مصدر سابق، ص470 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، أحكام الالتزام - مصدر سابق، ص306 ؛ د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص676.

واذا مات المدين لا يؤخذ الدين من تركته[1] ويرى بعض الشراح المصريين ان الإبراء لا يؤدي الى زوال عنصر المديونية في الالتزام بل الى انقضاء عنصر المسؤولية وحده غاية ما في الامر ان الدائن في الإبراء ينزل عن حق اللجوء الى القضاء عند امتناع المدين عن الوفاء لان المدين قد يتحرج من قبول إبرائهِ من الدين فلا يفرض عليه جبراً[2] ولكن رُدَ على هذا الرأي بالقول ان المشرع احتفظ للمدين برغبته في رد الإبراء[3] ومن جانب آخر ان حكم الإبراء لو كان مقصوراً على النزول على عنصر المسؤولية لاكتفى الدائن بعدم مطالبة المدين بالدين لينقضي الالتزام بالتقادم ولكن في الإبراء نية الدائن تتحرك نحو اسقاط الدين[4]. على انه وبرأينا لا يمنع الدائن من أن ينزل عن عنصر المسؤولية من دون المديونية كقوله "لو شئت وفيت لي ديني ولن اجبرك" ولكن ينبغي ملاحظة ان الإبراء اذا كان خاصاً اقتصر اثره في ذمة المدين بخصوص ما اقتصر عليه الإبراء.

الفرع الثاني

الاثر التمليكي للإبراء

على الرغم من الإبراء مسقطاً للحق إلا أن الوجه الآخر له اتجاه ارادة الدائن نحو تمليك المدين للدين ويثبت حكمه بتملك المدين[5] لذا لا نؤيد الرأي الذي يجيز للدائن الرجوع عن الإبراء قياساً على جواز الرجوع في الهبة وسائر التبرعات[6] وحجتهم في اجازة الرجوع للدائن نص المادة "372" مدني مصري بأنه "يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع" وامام عدم وجود نص مقابل لهذا النص في تشريعنا المدني لذا لا يمكن الاخذ به لدينا، ولان الساقط لا يعود[7]. هذا من جانب ومن جانب فإن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض لذلك لا يملك الدائن التعرض للمدين برجوعه عن ابرائهِ.

المطلب الثاني

اثار الإبراء بالنسبة للغير

(1) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص510.

(2) اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، القاهرة،1967، ص429.

(3) ينظر: المادة "1/422" السالف شرح احكامها.

(4) د. عصام أنور سعيد، مصدر سابق، ص44.

(5) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات – مصدر سابق، ص469 ؛ د. عبدالمجيد الحكيم واخرون، – احكام الالتزام، مصدر سابق، ص305 ؛ د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2001، ص29.

(6) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج2، ص977 ؛ موريس نخله، مصدر سابق، ص320.

(7) المادة "51" من مجلة الأحكام العدلية.

ونبحث فيه الآثار التي يؤدي اليها الإبراء في علاقة الدائن بالغير والمقصود بالغير هنا دائن الدائن والمدينين المتضامنين وعلاقتهم بالمدين المبرأ والدائنين المتضامنين وعلاقتهم بالدائن المُبرِئ.

الفرع الأول

أثر الإبراء في علاقة الدائن المبرئ بدائنه

في الفرض الذي يكون فيه الدائن مدين لدائن آخر فيكون للأخير الطعن بالإبراء الصادر من مدينه الدائن بموجب دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص على شروطها في تشريعنا المدني[1] من حيث توفر شروط هذه الدعوى فيما صدر عن الدائن المدين من إبراء فهو تبرع كما أسلفنا القول ومن ثم ليس لدائني المدين المتبرع بالإبراء إثبات إعسار الدائن المبرِئ أو التواطئ بينه وبين المدين المبرأ[2]. وعلى ذلك ووفقاً لاحكام دعوى عدم نفاذ التصرف يكون بإمكان الدائن المدين التخلص من هذه الدعوى اذا كانت له أموال تكفي لسداد ديون الدائنين أو إذا رد المدين الإبراء أو قام بدفع حقوق دائني الدائن المبرِئ، أما إذا لم يرد المدين الإبراء وتمسك به وكان الدائن معسراً ولم تكن له أموال كافية للوفاء بديون الدائنين الطاعنين بالإبراء فيكون حكم الإبراء غير نافذ في حق الدائنين ولهم استعمال حقوقهم تجاه المدين ومطالبته بالدين. لكن التساؤل الذي يثار بما يرجع المدين المبرأ اذا نفذ دائنو الدائن للوفاء بحقوقهم؟ نقول في هذا الفرض ان الدائن المبرِئ ضامن تجاه المدين لما في الإبراء من اثر تمليكي – كما اسلفنا ويتحول المدين هو الآخر الى دائن بقيمة ما أداه للدائنين من دينه المبرَئ منه.

الفرع الثاني

أثر الإبراء في الدين المشترك

والكلام عن الإبراء في نوعي التضامن السلبي والايجابي، وكما يلي:

اولاً/ إبراء الدائن في التضامن السلبي. عالجت ثلاث مواد من القانون المدني العراقي حالات إبراء الدائن للمدين في حالة التضامن السلبي[3] والنصوص هي:

المادة "326" "1– اذا أبرأ الدائن احد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ولا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك. 2– فإذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له ان يطالب باقي المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه".

---

(1) ينظر: المواد "من 263 الى 269" من القانون المدني العراقي.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج2، ص977 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص536.

(3) يعرف الفقه التضامن السلبي بأنه "تعدد المدينين بدين منقسم بطبيعته ويكون كلٌ منهم ملزما بأداء الدين كله"، ينظر: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات – مصدر سابق، ص413.

المادة "327" "اذا أبرأ الدائن احد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقين بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك".

المادة "328" "1- في جميع الاحوال التي يبرئ فيها الدائن احد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين ام من التضامن يكون لباقي المدينين ان يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه من حصة المعسر وفقاً للمادة 334. 2- على انه اذا ثبت ان الدائن اراد ان يخلي المدين الذي أبرأه من اية مسؤولية عن الدين فان الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة العسر".

وإبراء الدائن للمدين ليس على شاكلة واحدة بل يأخذ ثلاث صور أقواها الإبراء من الدين ثم الإبراء من المطالبة من الدين ثم لإبراء المدين من التضامن.

1- الإبراء من الدين. وفيه نوعان الاولى ان يخص الدائن بالإبراء للمدين من دون بقية المدينيين وبعد ذلك تبرء ذمة المدين مما اسقط الدائن عنه من الدين وتكون له مطالبة المدينين بما تبقى من الدين بعد خصم حصة المدين المبرأ فإذا كان المدينين ثلاثة وكان الدين ستة ملايين دينار فلا يرجع الدائن على المدينين الباقين الا باربعة ملايين دينار فاذا كان المدين الثاني معسرا وطالب الدائن المدين الثالث بكل الدين فتشير الفقرة "2" من المادة "328" بالتطبيق مع المادة "334"[1] بأنه اذا دفع احد المدينين زيادة عن حصته تحمل المدين الآخر تبعة هذا الاعسار فيرجع المدين الموفي بحصة الاعسار على المدين المبرأ وهي مليون دينار مالم يكن الدائن عند إبرائهِ للمدين اراد اعفاءهُ من أية مسؤولية عندئذٍ لايرجع الدائن المبرِئ على المدين الثالث سوى بثلاث ملايين دينار بعد خصم مليون عن حصة المدين الثاني المعسر، أما الصورة الثانية أن يبرِئ الدائن كل المدينين فعندئذٍ تبرأ ذمة المدينين جميعهم وتنتهي حالة التضامن ولايكون له الرجوع على احد بما اسقط من الدين وإبراء كل المدينين لايكون بافتراض إبراء مدين واحد بل يلزم ان يصدر الإبراء للجميع صراحة، وهو ماتنص عليه الفقرة "2" من المادة "1287" من القانون المدني الفرنسي بقولها "لايؤدي الإبراء الممنوح لاحد الضامنين على الإبراء الآخرين".

2- الإبراء من المطالبة. قد يستثني الدائن لنفسه عند المطالبة مدين معين ليتوجه بالمطالبة والتنفيذ الى بقية المدينين المتضامنين وهو مايفسر على انه ليس بإبراء كامل انما ناقص يقتصر على تنازل الدائن عن عنصر المسؤولية في الدين تجاه المدين الذي أبرأهُ اذ يحتفظ

(1) تنص المادة "334" على أنه "1 – لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه بقدر حصته. 2 – فان كان احد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين كل بقدر حصته".

الدائن بحق الرجوع بكل الدين على أيٍّ من المدينين فاذا دفع احدهم كل الدين كان للاخير حق الرجوع على بقية المدينين كلٌ بقدر حصته بما في ذلك المدين الذي أبرأهُ الدائن وهذا الحكم نص عليه المشرع المصري في مادته "289" بأنه "وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته من الدين" ولم ينص على المشرع العراقي على حق المدين الموفي بالرجوع على المدين المُبرَئ لكن لامانع من الاخذ به وفقاً للقواعد العامة.

3- الإبراء من التضامن. قد يكون إبراء الدائن للمدين عن التضامن فقط والى هذا الحكم اشارت الفقرة "1" من المادة "328" مدني عراقي وله صورتان الاولى ان يختص الدائن بالإبراء عن حالة التضامن لمدين معين فيعفيه من المطالبة بكل الدين ويقتصر التزامه على حصته من الدين فقط على ان يحتفظ الدائن بحقه بالمطالبة بكل الدين من أي مدين اخر بالتضامن فإذا وفى احدهم الدين رجع على الباقين كلٌ بحسب حصته من الدين بما فيهم المدين المُبرَئ من التضامن اما الصورة الثانية فهو ان يبرِئ الدائن كل المدينين من حالة التضامن فقط من دون الدين وعند ذاك ليس له مطالبة أي مدين الا بحصته من الدين[1] وإن كان المدين الآخر معسراً.

ثانياً/ إبراء الدائن في التضامن الايجابي. قياساً على حالة الإبراء في التضامن السلبي يكون لأي دائن ان يبرِئ ذمة المدين على أن الإبراء الصادر من الدائن يكون في حدود حصته من دينه ولايجوز له ان يزيد على ذلك ويبرِئ من ديون بقية الدائنين الآخرين فاذا فعل لم يكن أبراؤهُ نافذا في حق بقية الشركاء الآخرين لأنه عمل مضر بالنسبة للدائنين ويقتصر اثر الإبراء على حصة الدائن الصادر منه التصرف بالإبراء ولكل منهم ان يرجع بالدين بعد ان يخصم منها حصة الدائن المُبرِئ[2] وهو ماتنص عليه المادة "312" مدني عراقي بالقول "اذا وهب احد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين او أبرأ ذمته منها فهبته وإبراؤه صحيحان ولايضمن نصيب شركائه فيما وهب أو أبرأ".

المطلب الثالث

اثار الإبراء بالنسبة للتأمينات

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج3، ص319 ومابعدها ؛ د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات – مصدر سابق، ص417 ؛ د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، أحكام الالتزام – مصدر سابق، ص238– 239 ؛ د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص591.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج3، ص224 ؛ د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، أحكام الالتزام – مصدر سابق،ص227.

يتعدى الإبراء الى اسقاط التأمينات الضامنة لأدائه وهي الكفالة والرهن[1] وسقوطها بالإبراء اما ان يكون اصلياً او تبعياً وهو ما سنبحث كل منها في فرع.

الفرع الأول

انقضاء الكفالة

تنص المادة "1041" من القانون المدني بأن "إبراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل ولكن إبراءه الكفيل لا يوجب براءة المدين". ومن هذا النص يتضح ان الكفالة بسبب الإبراء تنقضي بطريقين الأول اصلي والثاني تبعي.

اولاً/ انقضاء الكفالة بالإبراء بطريق تبعي. يكون بانقضاء الدين بالإبراء لان الكفالة هي التزام تبعي تنتهي بانقضاء الالتزام الاصلي وإن تعددوا ولكن لا يجوز للدائن التمسك بالكفالة بعد إبراء المدين المكفول[2] لان الفرع يسقط بسقوط الاصل[3] وهو ما تنص عليه ايضاً المادة "1287" من القانون المدني الفرنسي بأنه "يؤدي الإبراء الممنوح للمدين الاصلي على إبراء الكفيل"، كل هذا مالم يكن الإبراء باطلاً عندئذ يعود الالتزام الى ذمة المدين وتعود معه الكفالة الضامنة له[4].

ثانياً/ انقضاء الكفالة بطريق اصلي. يتضح من نص المادة "1041" مدني عراقي ان ارادة الدائن قد تتجه الى التنازل عن مسؤولية الكفيل في المطالبة بالدين ولكن لايترتب على الإبراء الممنوح للكفيل إبراء المدين وعند الحنفية إبراء الكفيل لايبرِئ الاصيل والكفالة ليست الا مطالبة تسقط بسقوط الاصول كما ان الاصول لاتتبع الفروع في الوصف لان الدين على المدين وبقاءِه بذمته بلا كفيل جائز[5] وهو ماتنص به ايضاً المادة "1287" من القانون الفرنسي على أنه "الإبراء الممنوح للكفيل لايعمل على إبراء المدين الاصلي كما لايؤدي الإبراء الممنوح لاحد الكفلاء على إبراء الآخرين" أما عن حكم العلاقة بين الكفيل المُبرَئ مع

---

(1) د. عبدالمجيد الحكيم واخرون، احكام الالتزام – مصدر سابق، ص306 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص536 ؛ د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص432.

(2) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، احكام الالتزام – مصدر سابق، ص289 ؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص536 ؛ د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص422.

(3) سليم رستم، مصدر سابق، ص365 ؛ وتنص المادة "662" من المجلة على أنه "براءة الاصيل توجب براءة الكفيل"

(4) د. سمير عبدالسيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص107 ؛ د.نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص417.

(5) عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ – 1937م، ص169.

بقية الكفلاء فبمقتضى هذا النص اذا تعدد الكفلاء وصدر إبراء من الدائن لكفيل معين فلا ينصرف حكم الإبراء الى الكفلاء الآخرين هذا من جانب ومن جانب يختلف حكم الكفلاء غير المتضامنين عما اذا كانت كفالتهم ضامنة كما يختلف حكم رجوع الدائن عليهم اذا كانت كفالة الكفيل المُبرَأ لاحقة ومتأخرة لكفالتهم بخلاف ما اذا كانت كفالة الاخير سابقة او معاصرة لبقية الكفلاء فإذا كانت الكفالة المسقطة بالإبراء لاحقة او معاصرة عن بقية الكفلاء وكانت كفالتهم غير ضامنة فيكون للدائن مطالبة بقية الكفلاء كلٌ بالمقدار الذي كفل به المدين او له ان يطالب أي منهم بكل الدين بعد خصم حصة ماسيلتزم به الكفيل الذي تم إبراؤهُ اذا كانوا متضامنين اما اذا كانت الكفالة المُسقطَة متأخرة عن بقية الكفلاء فيكون للدائن المطالبة بكل الدين متضامنين أو يقسم كل الدين على الكفلاء كل بحسب حصته من دون خصم حصة الكفيل المُبرَأ لأنه بتأخره عن الكفالة لايكون الكفلاء قد اعتمدوا عليه عند كفالتهم للدين وهذا الحكم الذي قال به بعض الفقه في كيفية رجوع الدائن على الكفلاء عند الإبراء أحدهم مستندين به إلى نص في القانون المصري الملغي[1].

أما في القانون المدني العراقي فلم نجد نصاً في عقد الكفالة يقول بهذا الحل بل عند تطبيق أحكام العلاقة بين الكفلاء عند إبراء احدهم من الدائن فيجب الرجوع الى احكام التضامن بين المدينين ولدى الرجوع اليها نجد ان نص المادة "326" الذي سبق بحثها وعلى ذلك لا يمكن في القانون العراقي الحكم بالتفرقة عند الرجوع بين الكفيل المبُرَأ وغيره سواء كانت سابقة او لاحقة على بقية الكفلاء وعليه فإذا أبرأ الدائن احد الكفلاء فليس له عند المطالبة الا بعد خصم حصة الكفيل المُبرأ اذا كانوا متضامنين اما ان كانوا غير متضامنين طولب كل كفيل بحسب حصته الا الكفيل المُبرَأ[2].

الفرع الثاني

انقضاء الرهن

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج10، ص229–230 ؛ د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص422 ؛ موريس نخله، مصدر سابق، ص320.

(2) تنص المادة "1024" من القانون المدني العراقي بأنه "اذا تعدد الكفلاء فإن كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طولب كل منهم بجميع الدين، وإن كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا اذا اشترط التضامن".

والرهن إما تأميني[1] أو حيازي[2]. وتنقضي الرهون بسبب الإبراء إما بطريق تبعي أو اصلي وكما يلي:

اولاً/ انقضاء الرهن بطريق تبعي. ومن آثار الإبراء انقضاء التأمينات العينية بانقضاء الدين نفسه[3] لكن اذا ظهر بطلان الإبراء كما لو كان بالإكراه عادت ذمة المدين مشغولة بالدين وعاد الرهن كما كان[4] وهو مانصت به المادة "1315" مدني عراقي على أنه "1- ينقضي حق الرهن التأميني بانقضاء الدين الموثق ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الديون وعودته"[5]. ويلزم عندئذ شطب إشارة الرهن في دائرة التسجيل العقاري ويُرد

(1) ينظر: المادة "1285" التي تعرف الرهن التأميني بأنه "الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون".

(2) ينظر: المادة "1421" التي تعرف الرهن الحيازي بأنه "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال".

(3) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، أحكام الالتزام – مصدر سابق، ص306.

(4) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية، ج2، مطبعة العاتك، القاهرة، من دون سنة طبع، ص476.

(5) وبهذا الصدد قررت محكمة بداءة الرصافة في حكم لها جاء فيه "ومن كل ما تقدم فقد وجدت المحكمة ان المدعي يطلب رفع اشارة الحجز المؤشرة على حصته في العقار تحت مبرر براءة ذمة المكفول من اي التزامات مالية وعدم استلام المكفول شاحنة او بحيازته بالوقت الحاضر وتبين ان المدعي الكفيل قد ابرم مع الدائن شركة المدعى عليه عقد كفالة عينية بحصته في العقار المرقم اعلاه تكفل بموجبه ضمان عدم التزام المكفول بالعمل في شركة المدعى عليه او تسببه باي اضرار او نواقص او سرقة او اختلاس يصيب اموال شركة المدعى عليه واي اضرار تظهر مستقبلاً ووضعه حصته العقارية ضماناً لذلك الالتزام العيني وهو الذي يعنينا في هذه المطالبة وبذلك يكون المدعي كفيلاً عينيا للمكفول الذي يعمل سائق لدى دائرة المدعى عليه ولا يزال وهذه الكفالة في الالتزام يكون مصدرها او سببها اي عمل غير مشروع قد يأتي به المدين المكفول ويكون التزام الكفيل التزام عيني تبعي بتأدية التعويض والضمان في حالة عدم ايفاء المدين المكفول بما ترتب عليه وان القانون اجاز ضمان وكفالة الالتزام المستقبلي كما اجاز كفالة اي التزام احتمالي مصدره العمل غير المشروع الذي قد يصدر عن المدين الاحتمالي وحتى يتحرر الكفيل من ذلك الالتزام فيجب على المدين او الكفيل المذكور تقديم ضمان موازي للدائن دائرة المدعى عليه طالما ان المكفول لايزال يعمل لدى المدعى عليه او مستمر باداء عمله مما يعني استمرار التزام الكفيل بضمان اي ضرر يصدر عن المكفول حالياً ومستقبلاً ولايغني براءة ذمة المكفول حالياً او عدم وجود سيارة لديه من الالتزام موضوع الكفالة طالما ان الالتزام انصب على النشاط والعمل وضمان ما يتولد عليه من ضرر وان هذا العمل مايزال قائم لحد الان وبذلك تبقى الكفالة ضامنه وتبقى العين المكفولة محبوسة لضمان ذلك الالتزام وهذه الكفالة العينية بمجرد

المرهون للمدين المُبرَأ العقار[1] ولكن ينبغي ذكر امرين في هذا الصدد الاول هو وجوب اثبات الإبراء لدى دائرة التسجيل العقاري ويكون بإقرار الدائن بإبراء المدين عن دينه أما لو تعذر حضور الدائن لدى دائرة التسجيل العقاري لموته او فقده اهليته او غيبته بعد الإبراء فعلى الرغم من ان الإبراء كما ذكرنا لايشترط فيه شكل خاص الا انه يتوجب على المدين اقامة الدعوى بالإبراء لدى محكمة البداءة وهي لإثبات الإبراء وليس لان القانون يتطلب فيه شكلاً خاصاً، اما الامر الثاني فهو حقوق حَسني النية على المرهون فلو تصرف الراهن ببيع العقار بعد إبرائهِ من الدائن ثم تبين بطلان الإبراء فليس للدائن انذاك المطالبة بإعادة العقار مرهوناً متى كان المتصرف له حسن النية أي لايعلم بسبب بطلان الإبراء ويفترض هنا حسن نية من تلقى الحق في العقار ويبقى على الدائن اثبات سوء نيته ويكفي علم الاول للقول بسوء النية، في مقابل ذلك يكون التنازل عن الرهن حجة على الغير متى كان سابقاً على التصرف وثابت التاريخ أو لاحقاً على حقوق الغير الحسن النية ولكن التنازل تم بإذن الأخير.

ثانياً/ انقضاء الرهن بطريق اصلي. طالما ان الرهن هو التزام على الراهن[2] فمن الوارد ان يقع الإبراء على التزامه من الرهن فحسب كما تنص المادة "1318" مدني عراقي "يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين" ومن هذا النص يتضح جواز ان يُبرِئ الدائن مدينه عن التامين العيني مع بقاء ذمته مشغولة بالدين والإبراء من الرهن شأنه شأن الإبراء تصرف قانوني منفرد يصدر من الدائن المرتهن دون الحاجة الى قبول المدين او

تأشيرها في سجل العقار فهي اصبحت بمثابة رهن رسمي او رهن تأميني لما ينشا من ضرر وحالات انقضاء ذلك الرهن قد حددها القانون بالانقضاء التبعي مع انقضاء الالتزام الاصلي باحد اسباب الانقضاء كالوفاة والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم والبطلان او ينقضي ذلك الالتزام بصفة اصلية لتحرير العقار او اتحاد الذمة او التنازل عن الرهن التأميني من قبل الدائن المرتهن ولم يتحقق للمحكمة وجود اي حالة من الحالات المذكورة وان الدائن المرتهن "المدعى عليه" لم يبرء المدين كما يترتب عليه من التزام وهو لايزال مستمر بالعمل المكفول ولم يبرء الكفيل من الكفالة المذكورة لحد الان ولم يوافق على تحرير العقار من التامين العيني المقرر لمصلحته او يتنازل عنه لذا يبقى التزام المدعي الكفيل قائم مالم يقدم المذكور او المدين المكفول الضمانات او الرهن الذي يحظى بقبول وموافقه الدائن دائرة المدعى عليه او ينقضي الالتزام بانتهاء عمل السائق المكفول وانقطاع صلته بدائرته نهائياً وحصوله على براءة ذمة من اي حقوق للدائرة المذكورة لذلك تكون مطالبة المدعي لاسند لها من القانون"، حكم محكمة بداءة الرصافة بالعدد 1011/ب/2014 في 2014/9/22، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية.

(1) د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص536.

(2) ينظر: التزامات الراهن في المواد "1296– 1297" مدني عراقي ؛ سواء أكان الراهن مديناً او كفيلاً عينياً المادة "1287" مدني عراقي.

كفيله الراهن ويكون دين الدائن بعد تنازله عن الرهن ديناً عادياً خاليا من التامين العيني[1] وقد يكون الإبراء من الرهن صراحة او دلالةً كما تنص المادة "1349" مدني عراقي بقولها "ج – اذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلا عن الدين، ويجوز ان يستفاد التنازل دلالة من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون او موافقته على التصرف فيه دون تحفظ". وهنا ذكر المشرع صورتين للتنازل عن الرهن الحيازي الاولى هي بتخلي الدائن المرتهن عن حيازة المال المرهون على ان التخلي هنا يعد قرينة بسيطة يمكن للدائن اثبات خلافها اما الصورة الثانية فهي بموافقة الدائن على قيام المدين بالتصرف بالمال المرهون[2]. وتنص المادة "1113" من القانون المدني المصري "أ– على انه اذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير فإن تنازل الدائن لاينفذ في حق هذا الغير الا اذا أقره" فلو ان الدائن المرتهن رهن دينه المضمون بالمرهون فلا يجوز النزول عنه وقد تعلق حق الدائن المرتهن بالدين المضمون بالمرهون[3] ولا مقابل لهذا النص في القانون العراقي ولكن القواعد العامة تؤدي اليه كما في دعوى عدم نفاذ التصرف.

واخيراً فإنه يشترط في اهلية الدائن للتنازل عن الرهن اهلية الإبراء والاداء كاملة ولا يقبل التنازل من القاصرين لعدّه تصرفاً من التصرفات الضارة ضرراً محضاً والا عُدَ الإبراء باطلا ويُحكَم بإعادة الرهن[4]. وبالخلاصة فإننا نقترح بهذا الخصوص تعديل نص المادة "422" من القانون المدني العراقي بإضافة فقرة "3" ويكون نصها بالآتي " ويؤدي الإبراء الى انقضاء التأمينات الشخصية والعينية الضامنة للوفاء بالدين".

المطلب الرابع

اثبات الإبراء وتنظيمه الاجرائي

ونقسمه إلى فرعين الاول للإثبات والثاني للتنظيم الاجرائي.

الفرع الاول

اثبات الإبراء

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج10، ص644 ؛ د. غني حسون طه و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص479 ؛ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج3، مطبعة العاتك، القاهرة، من دون سنة طبع، ص428.

(2) د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص250 ؛ د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص279 ؛ د. غني حسون طه و ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص479.

(3) د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص250–251.

(4) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص479 ؛ د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص250.

يخضع اثبات الإبراء بعدّه تصرفاً قانونياً يؤدي الى انقضاء الالتزام في القانون العراقي الى القواعد العامة في اثبات التصرف القانوني[1].

(1) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الاثبات العراقي، ط2، طبع جامعة الموصل، 1997، ص205 ؛ وتنص المادة "77" من قانون الاثبات العراقي على أنه "أولا- يجوز اثبات وجود التصرف القانوني او انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تزيد على 5000 خمسة الاف دينار.

ثانيا- اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 5000 خمسة الاف دينار او كان غير محدد القيمة فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك". وبموجب القواعد العامة للإثبات يثبت الإبراء بأربع طرائق اثبات وهي:

اولا/ الإقرار. اذا اقر الدائن بإبرائه للمدين ثبت الإبراء واعفي المدين من عبء اثباته للمحكمة او للورثة وهو ما يسمى إبراء استيفاء – وقد سبق الحديث عنه في معرض التمييز بين الإبراء والإقرار، ولو طالب الدائن المدين بأداء الدين له ثم قال المدين اقر بمشغولية ذمتي منه ولكن الدائن أبرأني منه كان ذلك اقراراً مركباً من المدين لتصرفي الدين والإبراء فيحق للدائن تجزئة الإقرار فله التمسك بمشغولية ذمة المدين وتكليفه بإثبات الإبراء.

ثانيا/ الكتابة. واثبات الإبراء بالكتابة هي الطريقة الاصل اذا انكر الدائن إبرأه للمدين او مات وصدر الانكار من ورثته او فقده لأهليته او غيبته بعد الإبراء فليس امام المدين الاثبات الا بالكتابة اذا زادت قيمة الإبراء على مبلغ "5000" دينار.

ثالثا/ الشهادة. اذا لم يكن الإبراء محرراً كتابة فمسعى اثباته بالشهادة يكون على سبيل الاستثناء وفي ثلاثة فروض حددتها القواعد العامة في الاثبات وهي:

1- اذا فقد المحرر الكتابي المدون إبراء الدائن للمدين.

2- اذا وجد مانع ادبي بين الدائن والمدين وأبرأ الاول الثاني جاز للأخير عند النزاع الاثبات بالشهادة[1].

3- اذا وجد مبدأ الاثبات بالكتابة وهي هنا كل كتابة تصدر من الدائن تجعل اتجاه نيته بإبراء المدين قريب الاحتمال.

4- اذا كانت قيمة ما أبرأهُ لاتزيد عن خمسة الالاف دينار، وهذا الفرض نادر جدا ان لم نقل انه معدوم في ظل انخفاض قيمة النقود.

رابعاً/ النكول عن اليمين. اذا انكر الدائن او ورثته الإبراء ولازال المدين متمسكاً به وليس بيده محرر كتابي او بوصفه حالة من الاثبات بالشهادة استثناءً لم يكن امامه سوى اليمين ويثبت الإبراء بالنكول عن اليمين في فرضين.

1- النكول عن اليمين الحاسمة. اذا وجه المدين اليمين الى الدائن فإما ان يحلف ويخسر المدين دعواه بالإبراء او ينكل عن حلف اليمين فاذا نكل ثبت الإبراء الذي يدعيه ويمين الدائن تكون بأن يقسم بالله انه لم يُبرِئ المدين المبلغ المدعى به ولا اقل منه، اما ورثة الدائن فيحلفون يميناً عدم العلم وتكون بأن يقسموا بالله بعدم علمهم بإبراء مورثهم الدائن المبلغ المدعى به ولا اقل من ذلك. لان الخصم اذا حلف عن فعل غيره فيحلف على عدم العلم والورثة يعدون من الغير بالنسبة لتصرف مورثهم لانه بثبوته سيقع ضررٌ بهم.

الفرع الثاني

التنظيم الاجرائي للإبراء

ويشمل كيفية صدوره من الدائن من الناحية الاجرائية وتمسك المدين والدفع به.

اولا: الصيغ الاجرائية للإبراء. يقع الإبراء اجرائياً بأشكال عديدة منها أثناء سير المرافعة إما بالتنازل عن الحق موضوع الدعوى أو يكون ضمن عقد صلح كأن يبرِئ المؤجر المستأجر لبدلات الاجرة المدين بها لقاء تخلية العقار المأجور قبل انتهاء مدته الاتفاقية او القانونية أو أن يرسل الدائن اخطاراً بواسطة الكاتب العدل يتنازل فيه عن حقه والصيغة الاكثر شيوعاً في الإبراء الاجرائي هو التنازل عن الحكم في مديرية التنفيذ[1] اما مجرد ترك الدعوى من دون السير بإجراءاتها لاتعد الإبراء.

ثانياً/ التمسك والدفع بالإبراء. الدفع بالإبراء دفع موضوعي[2] يكون للمدين التمسك به في مرحلتي البداءة والاستئناف وليس له التمسك به في مرحلة الطعن التمييزي وعادة مايثار الإبراء بصيغة دفع لان دعوى الدائن تأتي تعرضاً من الدائن لمدينه ولكن من الممكن ان يكون بصيغة دعوى كأن تعرض الزوجة لزوجها إبراءه من الدين الذي لها بذمته لقاء الموافقة على تطليقها خلعاً.

الخاتمة

في خاتمة بحثنا فقد توصلنا الى النتائج والتوصيات الاتية.

أ- النتائج:

1- الإبراء يقصد به اسقاط الدين عن ذمة المدين تبرعاً له وهو تصرف ارادي وتبرعي ورضائي ويكون باختيار الدائن.

2- يتميز الإبراء عن بعض التصرفات القانونية كالصلح فهو وإن كان من المعاوضات وقد يتضمن الإبراء الا انه تصرف قانوني يصدر من جانبين، اما اختلافه عن الإقرار فيرد

2- النكول عن يمين الاستظهار. وهي اليمين التي يحلفها الدائن بعد ان يكون قد اثبت بوسائل الاثبات الأخرى حقه في تركة المدين فيحلف يميناً بأنه لم يستوفِ حقه من المدين بوجه لابنفسه ولابواسطة غيره ولا أبرأهُ ولا احاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابلة هذا الحق رهن فإذا حلف الدائن خسر ورثة المدين ما ادعوا به من الإبراء لمورثهم او ان ينكل عن اليمين فيثبت الإبراء بالنكول.

(1) ينظر: المادة "90" من قانون المرافعات المدنية المشار اليها انفاً.

(2) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، أحكام الالتزام – مصدر سابق، ص290.

الاخير على العين والدين اما الإبراء فيرد على الدين فقط والإبراء تصرف منشئ لحق المدين بالدين الذي يشغل ذمته اما الإقرار فهو كاشف لما استقر من حق بذمة المقر، اما بالنسبة لهبة الدين فهي عقد بخلاف الإبراء تصرف منفرد ولايحتاج الى قبول من المدين بخلاف هبة الدين.

3- يقسم الإبراء بحسب مقدار مايبرئ به الدائن المدين الى إبراء عام وإبراء خاص فإن كان عن كل الدين فالإبراء عام وان كان عن جزء فهو إبراء خاص ومن جانب اخر قد يكون الإبراء مطلقا او معلقاً على شرط والقانون العراقي بخلاف الفقه الاسلامي اجاز ان يكون الإبراء معلقا على شرط عند ذاك يقترب الإبراء من الصلح.

4- الإبراء كأي تصرف قانوني له أركان ثلاثة رضا ومحل وسبب وركن الرضا المتعلق بإرادة الدائن فقد اوجب القانون العراقي والتشريعات المقارنة ان تتوافر فيه اهلية الاداء الكاملة ومن ثم لايجوز للقاصرين ومن في حكمهم الإبراء المدين من الدين حتى بوجود الاذن أيا كان مَن أذن بالإبراء كما يجب ان تكون اهلية الدائن خالية من عيوب الارادة وخاصة الاكراه اذ يلزم ان يقع اختيارا وليس اجباراً، والإبراء اما ان يكون صريحاً او ضمنيا كتسليم سند الدين للمدين.

5- اما بالنسبة لرضا وقبول الدائن فقد اختلفت بصدده التشريعات المقارنة والمذاهب الفقهية فالمالكية اوجبوا صدور قبول من المدين لان الإبراء عندهم عقد تمليك وعلى مذهبهم حكم القانون الفرنسي والتشريعات التي اخذت عنه كقانون الموجبات والعقود اللبناني والمجلة التونسية والقانون المغربي أما الحنابلة والشافعية فلم يوجبوا قبوله كما لم يعتدوا برد المدين للإبراء لأنه عندهم اسقاط بخلاف الحنفية الذين لم يوجبوا قبول المدين لوقوع الإبراء ولكن يجوز له رد الإبراء لانه عندهم تمليك من وجه واسقاط من وجه اخر وعلى مذهب الحنفية حكم القانون العراقي والمصري والاردني.

6- يترتب على رد المدين للإبراء عودة الدين إلى ذمته والتأمينات التي تضمنه في بعض التشريعات ويحق لدائني المدين الطعن بتصرف مدينهم بالرد بدعوى عدم نفاذ التصرف.

7- ويجوز إبراء الميت من دينه كما ان الإبراء يرتب اثره من يوم صدوره من الدائن ولاحاجة لعلم المدين به اما إبراء الدائن وهو في مرض الموت فيعتبر في حكم الوصية.

8- اذا أبرأ الدائن المدين سقطت الكفالة عن المدين ولا يجوز للكفيل رد الإبراء لان الدين بحقه هو مجرد مطالبة ويجوز للدائن إبراء الكفيل وحده دون المدين عندئذ يرجع الدائن على المدين وحده وإذا كان هنالك عدة كفلاء قسم الدين بينهم كلٌ بحسب نصيبه من الدين أما لو كانوا متضامنين رجع الدائن على احدهم بكل الدين بعد خصم حصة الكفيل الذي أبرأه.

9- يترتب على الإبراء براءة ذمة المدين وانقضاء التأمينات الشخصية والعينية ويحق لدائني الدائن الطعن بتصرف الاخير بعدّه تبرعا متى توافرت شروط دعوى عدم نفاذ التصرف.

10- قد يكون إبراء الدائن إما من الدين أو إذا كان الدين مشتركاً بين عدة دائنين فيكون للدائن إبراء المدين بحدود حصته أما في التضامن السلبي فإما ان يكون الإبراء لمدين معين فيرجع الدائن على احد المدينين بكل الدين بعد خصم حصة المدين الذي تم أبراؤه واذا وجد احدهم معسرا رجع المدين الموفي لأكثر من حصته على المدين المبرَئ بحصته من الاعسار، كما قد يتخذ الإبراء صور الإبراء من المطالبة او الإبراء من التضامن.

11- يؤدي الإبراء من الدين الى انقضاء التأمينات الشخصية والعينية بطريق تبعي كما قد يرد الإبراء على التأمينات نفسها مع بقاء الدين بذمة المدين.

ب- التوصيات:

1- ضرورة النص في احكام حوالة الدين على عدم جواز رد المحال عليه للإبراء الصادر له من المحال له لان حوالة الدين بالنسبة للمحال عليه مجرد مطالبة والمطالبة تسقط بالإبراء. ونقترح تعديل المادة "350" من قانوننا بالإضافة اليها لتكون كما يلي "ولا يعتد برد للمحال عليه الإبراء الصادر عن المحال له".

2- ضرورة النص ايضاً بعدم الجواز للكفيل رد الإبراء لان الدين بالنسبة له هو مجرد مطالبة والمطالبة عند الإبراء تسقط. ونقترح تعديل نص المادة "1041" من القانون المدني العراقي بإضافة هذه الصيغة اليها لتكون بالشكل الآتي " وينقضي التزام الكفيل ولو رد المدين الإبراء مالم يرض الكفيل بذلك".

3- تعديل نص المادة "422" من القانون بإضافة فقرة ثالثة لها بأن رد المدين الإبراء لايؤدي الى عودة التأمينات الضامنة للدين بعد ابرائه مالم يرضَ الضامن. نقترح بهذا الخصوص تعديل نص المادة "422" من القانون المدني العراقي بإضافة فقرة "3" ويكون نصها بالآتي " ويؤدي الإبراء الى انقضاء التأمينات الشخصية والعينية الضامنة للوفاء بالدين".

المصادر

اولاً/ المصادر اللغوية:

1- إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 1425هـ-2004م.

ثانياً/ المصادر القانونية:

1- د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج2، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، من دون ذكر مكان او سنة طبع.
2- اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، القاهرة،1967.
3- د. توفيق رمضان البوطي و عبدالحميد عبدالمحسن هنيني، حكم الإبراء من غير صاحب الحق، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، المجلد28، 2012.
4- د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2- أحكام الالتزام، ط1، دار وائل، عمان الاردن ، 2004.
5- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012.
6- د.سمير عبدالسيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009.
7- د. سمير عبدالسيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
8- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط2، طبع جامعة الموصل، 1997.
9- د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
10- د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق،ج2.
11- د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق،ج10.
12- د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج2- أحكام الالتزام، ط3، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977.
13- د.عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، احكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، من دون سنة طبع.
14- د. عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد- أحكام الافلاس، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973.
15- د. عصام أنور سعيد، أداة النزول المسقط للحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
16- د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، دون سنة طبع.
17- د. غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية، ج2، مطبعة العاتك، القاهرة، من دون سنة طبع.
18- د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2001.
19- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج3، مطبعة العاتك، القاهرة، من دون سنة طبع.
20- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، 2006.
21- المحامي، موريس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

ثالثاً/ مصادر الفقه الاسلامي:

1- ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1418هـ - 1997م.
2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،ج5، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ - 1992م.

3- أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المتقين، ج5، ط3، المكتب الاسلامي، بيروت، 1991م-1412هـ.
4- أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج4، دار المعارف، من دون مكان او سنة طبع.
5- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ط2، دار الكتاب الاسلامي، من دون سنة طبع.
6- سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة طبع.
7- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر،ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وتاريخ طبع.
8- عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ - 1937م.
9- علاء الدين أبو الحسن علي سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج7، ط2، من دون سنة طبع.
10- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ - 1986م.
11- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الثاني، دار عالم الكتب، السعودية، 1423- 2003.
12- غياث الدين ابي محمد غانم البغدادي، مجمع الضمانات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1426هـ - 2005م.
13- محمد أكمل الدين ابو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين بن جمال الدين البابرتي ، العناية شرح البداية، ج9، دار الفكر، من دون مكان او سنة طبع.
14- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الائمة السرخسي، المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م.
15- ==========، ======، ج2، ====، ====، ==========.
16- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة طبع.
17- محمد بن عبدالله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، ج7، دار الفكر، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة طبع.
18- منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج4، دار الكتب العملية، دون سنة طبع.

رابعاً/ القوانين:

1- القوانين العراقية.
أ. القانون المدني رقم "40" لسنة 1951.
ب. قانون الاحوال الشخصية رقم "188" لسنة 1959.
ج. قانون التسجيل العقاري رقم "43" لسنة 1971.
د. قانون المرافعات المدنية رقم "83" لسنة 1969.

ه. قانون الاثبات رقم "107" لسنة 1979.
و. قانون رعاية القاصرين رقم "78" لسنة 1980.
2- القوانين الاجنبية والعربية.
أ. القانون المدني الفرنسي.
ب. مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1906.
ج. قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة 1913.
د. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
ه. القانون المدني الاردني رقم "43" لسنة 1976.
و. القانون المدني الكويتي رقم "67" لسنة 1980.

خامساً/ القرارات القضائية:

1- قرار محكمة التمييز بالعدد/225/ استئنافية/569 في 1969/9/18، منشور في النشرة القضائية، المجلد 6، 1969.
2- حكم محكمة بداءة الكاظمية بالعدد348/اعتراضية/1996 في 1996/8/28 ، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية www.iraqld.iq.
3- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالعدد206/ت.ب/2011 في 2017/11/17، غير منشور.
4- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد1044/ الهيئة المدنية / منقول/2012 في 2012/6/20، منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الرابعة، 2012.
5- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد1448/هيئة مدنية منقول/2013 في 2013/8/15، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقيةwww.iraqld.iq.
6- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد201/200/ هيئة مدنية/2014 في 2014/2/9، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية www.iraqld.iq.
7- حكم محكمة بداءة الرصافة بالعدد 1011/ب/2014 في 2014/9/22، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية www.iraqld.iq.

سادساً/ الدوريات والمجلات:

1- النشرة القضائية، المجلد 6، 1969 ، تصدر عن وزارة العدل.
2- مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الرابعة، 2012، تصدر عن جمعية القضاء العراقي.
3- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، المجلد28، 2012. تصدر عن جامعة دمشق.

سابعاً/ المواقع الالكترونية:

1- الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية www.iraqld.iq.