(تطبيقات الالتزام المجرد في المعاملات المدنية) دراسة مقارنة

م.م. حسن داخل عبد راضي الجعيفري
كلية القانون/ جامعة واسط

المقدمة:

القانون المدني بصورة عامة في مختلف التشريعات لا يعتبر قانونا تفصيليا على رأي جانب من الفقه[١]، ومن ثم اذا سلمنا بهذا الرأي فمن الممكن القول أن وجود مبدأ معين منصوص عليه في القانون المدني سوف يشجع الفقه والقضاء على القياس عليه في الحالات المتشابهة لوجود العلة نفسها أو الحكمة بين الحالة المنصوص عليها والحالة الأخرى غير المنصوص عليها فاذا كأنت الحكمة من تجريد التزام أحد أطراف العلاقة القانونية من دفوع يمكن استخدامها قانونا أو عقلا تجاه الطرف الآخر في العلاقة القانونية، هي المحافظة على استقرار المعاملات وحماية الدائن من دفوع لم يكن يعلم بها ناشئة عن علاقة أخرى هو اجنبي بالنسبة لها فما المانع من الناحية المنطقية اذا وجدت الحكمة نفسها من تجريد الالتزامات الأخرى حتى وأن لم ينصّ عليها المشرع مادام المغزى الرئيس من التجريد متوفراً. بالإضافة الى ذلك أن المشرع نصّ على حالات أخرى لتجريد التزامات المدين من الدفوع التي يمكن أن يتمسك بها هذا الأخير تجاه الدائن أمّا لأن الدائن كأن حسن النية في العلاقات المباشرة أو أن الدائن أو صاحب الحق كان اجنبيا ولا صلة له بوجود الدفوع التي يتمسك بها المدين، كما هو الحال في الكفالة. ومرة أخرى المشرع قد يستخدم خاصية تجريد التزام المحال عليه في حوالة الدين لأغراض الاستقرار وكذلك لأغراض تنظيم العلاقات القانونية في حوالة الدين، وفي الإنابة في الوفاء جرد المشرع أيضا التزام المناب من أي دفوع تجاه المناب له وذهب المشرع في التجريد الى اقصى حد له بحيث حتى البطلان الذي لا أثر له من الناحية القانونية لا يستطيع المناب الدفع به تجاه المناب له.

هذه التطبيقات ستكون مدار بحثنا في هذا المبحث الذي سوف نقسمه الى مطلبين نتناول في المطلب الأول تطبيقات التجريد في عقد الكفالة وحوالة الدين، أمّا في المطلب الثاني فسنخصصه الى تطبيق الالتزام المجرد في الإنابة في الوفاء وكما يأتي:

المبحث الأول- تطبيقات التجريد في عقد الكفالة وحوالة الدين

الكفالة من التأمينات الشخصية[٢]، وهي من العقود التي تضيف ضمانات أخرى لوفاء المدين الأصلي بالدين، والكفيل بحسب الأصل ليس له أي صلة في العلاقة القانونية بين المدين والدائن. فالكفالة عقد يتم إبرامه بين الدائن والكفيل دون أن يكون المدين طرفا فيه ولكن التزام الكفيل يكون تابعا لالتزام المدين وجوداً وعدماً[٣]، من حيث أن التزام الكفيل يكون تابعا لالتزام المدين وفي ذات الوقت جميع الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين الأصلي تجاه الدائن يكون من مصلحة الكفيل التمسك بها بناءً على صفة التبعية لالتزام الكفيل، سنحاول هنا أن نوضح ماهية هذه الدفوع ومدى إمكانية الكفيل التمسك بدفوع ليس بناءً على تبعية التزامه للالتزام الأصلي، وكذلك الحال بالنسبة لحوالة الدين في القانون المدني التي تؤدي الى انتقال التزام معين من مدين الى آخر ومدى إمكانية تجريد التزام المحال عليه تجاه المستفيد حسب نصوص القانون المدني وعليه

سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الأول تطبيق التجريد في عقد الكفالة، وأمّا في الثاني فسنخصصه الى خاصية تجريد الالتزام في حوالة الدين كما يلي.

المطلب الأول- تجريد التزام الكفيل قبل الدائن في الكفالة

تنصّ المادة (٧٧٢) مدني مصري على (الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام معين أن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه)، ونصت المادة (١٠٠٨) مدني عراقي في تعريفها لعقد الكفالة (الكفالة ضمّ ذمة الى ذمة أخرى في المطالبة بتنفيذ التزام). وفي النصوص أعلاه يتبين بأن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين كما نصّت على ذلك المادة (١٠٠٩) مدني عراقي (تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له). بل أنه لا يشترط في القانون المصري موافقة المدين الأصلي على عقد الكفالة أو رضاه بل يمكن أن يبرم العقد دون علمه ورغم معارضته كما نصّت على ذلك المادة (٥٧٥) مدني مصري، وعلى الرغم من عدم وجود نصّ يقابل النصّ المصري في القانون المدني العراقي ولكن لا مانع من الاخذ بذلك الحكم أيضا في عقد الكفالة حسب المفهوم العام للقانون المدني العراقي لعقد الكفالة وبالتحديد نصّ المادة (١٠٠٩) مدني عراقي. ومع ذلك في الواقع فأن المدين ليس بالغريب تماماً عن عقد الكفالة، حيث أن هذا العقد ما تم الا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه وبالتالي ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه ويمنح هذا الأخير الامن والأمّان[٤].

ويبين التعريفان السابقان أيضا أن الكفالة ترتكز على التزام اصلي وتعمل على ضمان الوفاء به فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يَفِ به المدين، والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه بل وحتى في أوصافه[٥]، ويستطيع الكفيل أن يدفع بكلّ الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من الالتزام المكفول ولكنه يجوز أن يكون أخف كما أن الكفيل يستفيد من كلّ تغيير طارئ في الالتزام المكفول لكنه لا يضار من هذا التغيير[٦].

والكفالة كتأمين شخصي تختلف عن التأمين العيني الذي بموجبه يتم تخصيص مال معين لضمان الوفاء بالدين[٧]. وتشترك التأمينات الشخصية مع التأمينات العينية في أنها تضمن الوفاء بحق شخصي سواء كأن هذا الحق الشخصي ناشئا عن الإرادة (العقد والإرادة المنفردة) أو عن العمل غير المشروع أو عن الاثراء بلا سبب أو القانون وسواء كان محل هذا الحق الشخصي إعطاء شيء أو قيام بعمل أو الامتناع عن عملّ[٨]. وتعد الكفالة من أهمّ نظم التأمينات الشخصية التي تحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين. فهي تحقق مصلحة المدين في تسهيل عملية ائتمانه وبالتالي يستطيع أن يحصل على ما يحتاجه من قروض كما أنها تحقق امنا وطمأنينة للدائن لوجود شخص ثاني يمكن الرجوع عليه لغرض الوفاء عند تخلف المدين عن أداء التزامه[٩]. واذا كان لنظم التأمين العيني دوراً متزايداً في الأهمية يغلب الدور الذي تلعبه نظم التأمينات الشخصية[١٠]، مع ذلك فأن الكفالة لها أهمية واضحة في العمل فهي تحقق للدائن:

١- ثقة غير محدودة بمال معين كما هو الحال في التأمين العيني.

٢- لا يلقى على عاتق الدائن أعباء معينة كتلك التي تلقى على عاتقه في التامين العيني كما في الرهن مثلاً أو غيره من نظم التأمينات العينية (كالمحافظة على الشيء المرهون وصيانته واستغلاله ... الخ).

وكذلك فأنه نظرا لتزايد المعاملات المالية في المواد الاستهلاكية عن طريق نظام البيع بالتقسيط فأنه قد زادت أهمية الكفالة حيث تعد هي الوسيلة المتاحة لجمهور المستهلكين في حصولهم على الائتمان بالنسبة لما يحتاجونه من هذه المواد[١١]. والكفالة هي عقد رضائي بحسب الأصل كما نصّت على ذلك المادة (١/١٠٠٩) مدني عراقي[١٢]، وكذلك تعتبر الكفالة عقداً تبعياً كما اشرنا[١٣]، والكفالة أيضا عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل أمّا الدائن وهو الطرف الاخر في العقد فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل[١٤]. ولا يغير من طبيعة عقد الكفالة باعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد بحسب الأصل ما يتحمله المدين قبل الكفيل من التزامات؛ لأن مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة [١٥]. ولا يغير أيضا من طبيعة الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد ما قد يتحمل به الدائن من التزامات جراء عقد الكفالة وذلك؛ لأن هذه الالتزامات لا تتولد عن عقد الكفالة ذاته وإنما تترتب على وفاء الدين، وهذا يعتبر واقعة لاحقة لأبرام العقد، ولذلك ليس من المتصور أن يصف عقد الكفالة بأنه عقد ملزم لجانبين بما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة وخارجية عنه، والدليل على ذلك أن الالتزام بتسليم المستندات ونقل التأمين يقع على عاتق كلّ دائن حينما يدفع له مدينه الدين ولو لم نكن أمّام عقد كفالة، ويظهر هذا الالتزام بصفه خاصة عندما يكون للموفي حق الحلول محلّ دائنه[١٦]، وعقد الكفالة حسب الرأي السائد هو عقد تبرع[١٧]. ولكن في الحقيقة يحيط هذه الخاصية بعض الغموض يرجع في الواقع الى عدم التفرقة بين عقد الكفالة بالمعنى الدقيق وبين الكفالة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية الأطراف كما أن الفقه والقضاء لم يلتزما المعيار المعتمد في القواعد العامة للتفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع[١٨]. فطبقا للقواعد العامة فأن عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه احد المتعاقدين مقابلا لما يعطي مع انصراف النية الى ذلك، ولذلك فأن معيار التفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرع هو معيار ذو شقين:

الأول:- انتفاء المقابل أو العوض المعادل أي أن أحد المتعاقدين يعطي دون أن يأخذ عوضاً أو مقابلاً.

الثاني:- هو نية التبرع أي انصراف نية احد المتعاقدين الى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها[١٩].

ويذهب الفقه الى التمييز في عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل ففي الهبة يخرج المال من ذمة الواهب بغير مقابل، أمّا في عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج مالا من ذمته[٢٠].

وعلى ضوء ما تقدم يجب بحث الامر على مرحلتين:

١- على مستوى عقد الكفالة: هو الذي يترجم العلاقة بين الكفيل والدائن في هذه العلاقة التعاقدية نجد أن الكفيل يقدم خدمة بدون مقابل فهو يلتزم بالضمان دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن لقاء التزامه هذا. لكن لا يمكن أن نعتمد على ذلك فقط لاعتبار عقد الكفالة عقد تبرع حيث يبقى الشق الثاني وهو وجود نية التبرع، وفي هذا الصدد نجد أن الكفيل ليس لديه من حيث المبدأ نية للتبرع[٢١].

٢- على مستوى العلاقة بين الكفيل والمدين: هذه العلاقة تمثل أحد الاضلاع الرئيسة في عملية الكفالة ولها انعكاساتها الواضحة على عقد الكفالة لذلك تعتبر الكفالة من حيث المبدأ من عقود التفضل أي من عقود التبرع حيث أن الكفيل من حيث الأصل لا يتلقى أي مقابل من المدين أو الدائن كما أنه لديه نية التبرع نحو المدين حيث يقصد أنه يؤدي له خدمة معينة[٢٢].

ومما تجدر ملاحظته أن الكفالة لا تعدّ من الهبات؛ لأنها تفتقد الى العنصر المادي في الهبة، وهو خروج مال من ذمة الواهب بغير مقابل، فالكفيل له حقّ الرجوع على المدين بما قام بالوفاء به للدائن[٢٣]. وعلى الرغم من أن الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع، إلا أن صفة المجانية ليست من مستلزماته أو بمعنى آخر أنه اذ كانت صفة التبرع من طبيعة عقد الكفالة إلا أنها ليست من جوهرها[٢٤]، فليس هناك ما يمنع أن يشترط الكفيل مقابلا عادلا في نظير المخاطر التي يتعرض لها والصعاب التي يمكن أن يلاقيها عند رجوعه، وهذا ما يحدث غالبا عندما يكون أحد المصارف كفيلا لأحد عملائه[٢٥]، ويلاحظ أن الواقع حاليا قد أثر على صفة المجانية في الكفالة الى حدّ كبير. فقد أصبحت بعض الكفالات لا تقدم إلا نظيراً مقابل يدفع للكفيل[٢٦]، وهذا ما يحدث في الكفالات التي تقدمها المصارف كما أشرنا حيث تعد هذه الكفالات من العمليات التي تدخل في نشاط المصرف، بل أصبحت وظيفة من وظائف المصارف، وهذا التطور في الحقيقة قد أصاب أيضا الكفالات التي تتم بين الافراد ففقدت الكفالة بفعل هذا التطور طابعها المجاني[٢٧]. وعليه فالكفالة في مواجهة المدين قد تكون كفالة تبرعيه وقد تكون كفالة بعوض، وهذه الصورة الأخيرة هي التي تسود غالبا في المعاملات المالية. وهذا الامر يدفعنا الى البحث في ركن السبب في عقد الكفالة فاذا كانت الكفالة وتدخل الكفيل قد تمخض لمصلحة الدائن بأن ضمن الكفيل للدائن سداد دين سابق لم يحل اجله بعد دون أن يحصل منه مقابل الكفالة على اية مزية جديدة لمصلحة المدين، هنا تكون الكفالة عملاً تبرعيا ويكون سبب التزام الكفيل في هذه الحالة نية التبرع للدائن، ويكفي هذا السبب لصحة الكفالة[٢٨]. وفي حقيقة الامر لقد أنقسم الفقه حول طبيعة السبب في عقد الكفالة الى قسمين:

القسم الأول:- يرى أصحابه أن التزام الكفيل نحو الدائن هو التزام غير مجرد، فهم لا يأخذون بنظرية الالتزام المجرد في عقد الكفالة[٢٩]، وذلك؛ لأنه يجب البحث عن السبب في الكفالة في العلاقة بين الدائن والكفيل لأنهما طرفا العقد وليس البحث في علاقة الكفيل بالمدين[٣٠].

القسم الثاني:- من الفقه يرى أنه وأن كأن الأصل في القوانين اللاتينية أن كلّ تصرف قانوني لابدّ له من سبب، وأن يكون السبب مشروعاً إلا أن التزام الكفيل نحو الدائن يعد التزاماً مجرداً، أي أنه لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين، فلا أثر لهذه العلاقة على صحة عقد الكفالة، ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له أن يتمسك بها ضد المدين[٣١].

وفي الحقيقة لا خلاف بين الرأيين من الناحية العملية فمن يعتبر التزام الكفيل التزاماً مجرداً يقصد بذلك أنه لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين، وهذا هو نفس ما يقول به من يرون أن التزام الكفيل هو ليس مجرداً[٣٢]؛ إلا أنهم يقولون أنه اذا كان السبب بمعنى الغرض المباشر خارجاً عن نطاق عقد الكفالة يكون التزام

الكفيل مجردً بهذا المعنى، فاذا كان الغرض المباشر الذي دفع الكفيل الى الكفالة هو تعهد المدين للكفيل بأن يعطيه شيئا ثم اتضح أن تعهد المدين باطل فلا أثر لهذا على عقد الكفالة ذاته؛ لأن السبب الذي يشترط فيه بأن يكون موجودا وهو الغرض المباشر بحيث أن يكون داخلا في العقد، وهنا نجد أن سبب التزام الكفيل خارج عن عقد الكفالة إذ يوجد في علاقة الكفيل بالمدين ولهذا يكون التزام الكفيل تجاه الدائن التزاما مجردا [٣٣]. ويختلف سبب التزام الكفيل باختلاف صور الكفالة فقد تكون الكفالة تبرعيه وقد تكون بمقابل، وفي الحالتين قد يكون السبب على اختلاف معناه داخلا أو غير داخل في نطاق العقد. فإذا كانت الكفالة تبرعيه أي لم يحصل الكفيل على مقابل سواء من قبل الدائن أو من قبل المدين فإن سبب التزام الكفيل كما اسلفنا هو نية التبرع، وهذا هو الغرض المباشر لعقد الكفالة، فإذا كان الباعث الذي دفع الكفيل الى التبرع غير مشروع وكان الدائن على علم به كانت الكفالة باطلة حسب القواعد العامة، ومثال ذلك أن يكفل الكفيل دينا على شخص ما لامرأة بقصد الحصول على رضاها بإقامة علاقة غير مشروعة معها أو استمرار هذه العلاقة وتكون المرآة على علم بهذا الباعث على التعاقد وكذلك اذا كفل شخص امرأة لدى دائن معين للحصول على رضاها بمعاشرتها معاشرة غير مشروعة وهي على علم بذلك[٣٤]. أمّا اذا كانت الكفالة بمقابل فأمّا أن يكون المقابل من الدائن أو أن يكون من المدين، فاذا حصل الكفيل على المقابل من قبل الدائن فتكون الكفالة حينئذ عقداً ملزماً للجانبين وعقد معاوضة بالنسبة للطرفين ويكون سبب التزام الكفيل بمعنى الغرض المباشر هو التزام الدائن بالمقابل الذي تعهد به بموجب عقد الكفالة. فإذا كان محل التزام الدائن مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام فتبطل الكفالة لانعدام السبب كما تبطل الكفالة أيضا أذا كان الباعث الدافع الى الكفالة غير مشروع وكان الدائن على علم بذلك، أمّا اذا حصل الكفيل على المقابل من المدين فأن سبب التزام الكفيل بمعنى الغرض المباشر وهو الحصول على المقابل من المدين يكون خارجا عن نطاق عقد الكفالة، ومن ثم فالكفالة تبقى صحيحة ونافذة في حق الكفيل حتى لو كان محل التزام المدين مستحيلاً أو غير مشروع؛ لأن السبب الذي يشترط فيه أن يكون موجوداً وهو الغرض المباشر يجب أن يكون داخلا في العقد. وهنا نجد سبب التزام الكفيل خارجاً عن نطاق عقد الكفالة حيث يوجد في نطاق علاقة الكفيل بالمدين ولهذا يكون التزام الكفيل تجاه الدائن في هذه الحالة مجرداً[٣٥].

يلاحظ على الآراء السابقة أنها تبحث في تجريد التزام الكفيل تجاه الدائن وفقا للنظرية التقليدية للالتزام المجرد وهو الالتزام المجرد من السبب ونحن سبق وأن تجاوزنا هذه النظرية ورجحنا المفهوم الحديث للالتزام المجرد وهو تجريد الالتزام من الدفوع على الرغم من أن اغلب الآراء السابقة تقر وبصورة غير مباشرة أن تجريد التزام الكفيل تجاه الدائن قد يأخذ عدة صور وأن كانت تبرز تجريده من السبب. وهنا نود أن نبين أن الفقه التقليدي قد استقر زمننا طويلا على اعتبار سبب الكفالة هو وجود الدين الأصلي[٣٦].

وهذا الرأي في الواقع صحيح لمجموعة من عقود الكفالة اذا كأن وجود الدين الأصلي هو داخل في مضمون إرادة الكفيل وله أثر حاسم على صحتها ولقد نصّت المادة (١/١٠٢١) مدني عراقي على (يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كأن قد تضامن مع المدين).

لكن من ناحية أخرى الراي أعلاه ليس صحيحا بالنسبة لطائفة أخرى من عقود الكفالة؛ لأن وجود الدين الأصلي لا يستقل لوحده بدفع إرادة الكفيل للالتزام بموجب عقد الكفالة بل يشترك في ذلك مع العلاقة الاصلية بين الكفيل والمدين فاذا تساءلنا لماذا يجعل الكفيل نفسه مسؤولا إضافيا عن الدين الأصلي فلا يكفي أن يقال: أن السبب في ذلك هو مجرد وجود الدين الأصلي، بل يجب لتفسير التزامه أن نرجع الى علاقته بالمدين والبحث فيها عن الغرض الشخصي الذي يرمي اليه الكفيل[٣٧]. وفي هذه الناحية الأخيرة يتعهد الكفيل أمّا بقصد الوفاء بدين قائم أو بقصد إدانة المدين - أي مع نية الرجوع عليه - أو بقصد التبرع للمدين[٣٨]، وهذه الفروض الثلاثة لا تفسر إرادة الكفيل تفسيراً كاملاً إلا أذا ربطت بالبواعث الخاصة وهي لا يمكن حصرها في الحقيقة، والقاعدة أن هذه العلاقة – علاقة الكفيل بالمدين – بكل ما تتضمنه من ظروف واقعية لا أثر لها على صحة عقد الكفالة.

فالتعبير عن الإرادة الصادرة من الكفيل يكون صحيحا بحد ذاته بصرف النظر عما قد يكون هناك من عيوب في الإرادة من شأنها أن تؤدي – حسب القواعد العامة – الى بطلان الالتزام، فمن هذه الناحية يعتبر تعهد الكفيل تجاه الدائن مجرداً من أي دفوع يمكن أن تكون نابعة من علاقة الكفيل بالمدين ويترتب على ذلك عدم السماح للكفيل بأن يوجه للدائن الدفوع المستمدة من علاقته بالمدين مادامت هذه الدفوع غير داخلة في مضمون عقد الكفالة. ولعلّ عدم اهتمام الفقه بهذا المبدأ هو لندرة آثاره أمّام القضاء، إلا أنّنا عثرنا على حكم مهم صادر من محكمة النقض المصرية / الدائرة المدنية في جلستها المنعقدة في يوم الاثنين الموافق ٢٠ ربيع الآخر سنة ١٤٣٦ هـ الموافق ٩/ فبراير / ٢٠١٥[٣٩]، ووقائعه هي:

كفل شخص أباه وإخوانه بدين بقصد الحصول على موافقة الدائن على تأجيل الوفاء بالنسبة للمدينين، وكأن غرض الابن من الكفالة هو تمكين المدينين من بيع جزء من أطيانهم في فترة الاجل وكأنت مفاوضات البيع قد بدأت فعلا، حتى يستعملوا الثمن لسداد دين آخر للدائن نفسه تضمنه اختصاصات عقارية تحوي (٤٢) فداناً منها خمسة مملوكة للكفيل، ولكن البيع لم يتم ولم يسدد المدينون هذا الدين الأخير في الاجل المحدد فرفع الدائن دعواه يطالب الكفيل والمدينين متضامنين بمبلغ الدين المكفول حيث جاء في قرار المحكمة: (من حيث أن الكفيل يدعي أنه لم يقبل التعهد إلا بسبب الميزة المزدوجة التي تعود عليه من شطب الاختصاص، وهي تحسين حالته الخاصة وتحسين حالة والده وهو من ورثته، أي أن تحقيق النتائج التي كأن يرجوها الكفيل من وراء تنفيذ الاتفاق تنفيذا كاملا تعتبر سببا لالتزامه في مواجهة الدائن.

ومن حيث أن القاعدة قانونا هي أن سبب التزام الكفيل لا يجب أن يبحث عنه في الالتزام نفسه وإنما في العلاقة القانونية القائمة بين الكفيل والمدين وهي علاقة الدائن اجنبي عنها عادة، ومن حيث أنه يمكن أذن أن يقال أن التعهد يعتبر مجردا على وجه ما. ومن حيث أن التزام الكفيل – في القضية – لم يكن له سبب ظاهر ولم يكن مقيداً باي شرط وأن شطب الاختصاصات العقارية – كما يتضح من الاتفاق – أنما يتعلق بدين مستقل تماماً عن الدين الذي أتفق على تأجيله، ومن حيث أنه ينبني على ذلك أنه مع التسليم بأن الكفيل قد تعهد لكي

يصل الى المزايا التي يحصل عليها من شطب القيود العقارية فأن هذه البواعث لا يمكن أن تكون لها أثر على صحة التزامه لأنها لا تعتبر سبباً مباشراً لهذا الالتزام).

يلاحظ أن للحكم السابق قيمة مهمة في موضوع دراستنا فوفقا لوقائع القضية تعهد الكفيل بقصد الحصول على مزايا معينة لم تتحقق له، وليس هناك شك في أن هذه المزايا كانت الغرض الحقيقي الذي دفعه الى التعاقد وأن تخلف هذا الغرض من شأنه أن يجعل ارادته معيبة. فقد رأينا أن المحكمة قررت أنه ما دام التزام الكفيل لا يحمل سببا ظاهراً يدخل في مضمون التعبير عن الإرادة فلا محل للاهتمام بأغراضه الحقيقية، وهي بهذا أصابت ما يكشف عن خاصية التجريد في الكفالة. فعقد الكفالة مجرد بناءً على أن الكفيل يلتزم أمّام الدائن بموجب العقد المبرم بينهما ولا يحق له أن يتمسك باي دفع نابع من علاقته بالمدين إلا تلك الدفوع النابعة من عقد الكفالة ذاته أو الدفوع النابعة من علاقة المدين بالدائن. فإذا كان في علاقته بالمدين قد تعهد بناءً على غلط أو اكراه أو لتحقيق غرض غير مشروع فأن التزامه يظل صحيحا أمّام الدائن ما دام هذا الأخير لا يعلم سبب عدم صحة التزام المدين تجاه الدائن[٤٠].

المطلب الثاني- تجريد التزام المحال عليه قبل المحال له في حوالة الدين

تتمثل حوالة الدين في نقل دين معين في ذمة المحيل (المدين الأصلي) أو المدين القديم الى ذمة (المحال عليه) وهو – المدين الجديد – بحيث يحل هذا الأخير محل الأول في الدين ذاته بمقتضى الاتفاق بينهما أو بين الدائن – المحال له – وبين المحال عليه[٤١]. وتنص المادة (٣٣٩) مدني عراقي على (١- هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه). حيث يفهم من هذا التعريف أن حوالة الدين هي عبارة عن حلول مدين جديد محل مدين قديم في ذات الدين نحو الدائن الذي لم يتغير ويسمى المدين الأصلي (محيل) والمدين الجديد (محال عليه) والدائن الذي لم يتغير (محال له)[٤٢]. وتقضي الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (٣٣٩) مدني عراقي بأنه (٢- وتكون مطلقة أذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه، أو من العين التي له عنده وديعة أو مغصوبة، أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده، ٣- وتكون مقيدة اذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه أو من العين التي له عنده أمّانة أو مغصوبة). وتشير هاتين الفقرتين الى تقسيم فقهاء الشريعة الإسلامية لحوالة الدين الى مطلقة ومقيدة فالحوالة المطلقة هي أن يحيل المدين دائنه على اخر بحوالة لا يشترط فيها أن يحصل الوفاء للمحال له من المال الذي قد يكون للمحيل في ذمة المحال عليه، وأمّا الحوالة المقيدة فأنهم يريدون بها الحوالة التي يشترط فيها أن يحصل الوفاء للمحال له من المال الذي يكون للمحيل في ذمة المحال عليه أو تحت يده أمّانة كأن أو مغصوبا[٤٣]، ولا يوجد ما يقابل هاتين الفقرتين في القانون المدني المصري.

ودون شك في أن تنظيم المشرع لحوالة الحق[٤٤]، قد استدعى تنظيمه لحوالة الدين على أساس أن كلا منهما يتفق مع ما يعتنقه المشرع المدني من النظرة المادية للالتزام[٤٥]. وذلك أيضا أن الحق والدين وجهان متقابلان لكلّ التزام حيث أنه ما دام من الممكن نقل صفة الدائنية عن طريق حواله الحق فأنه من المنطقي إمكان

نقل صفة المديونية عن طريق حوالة الدين وهو نقل يتم في الحالتين دون تغيير في موضوع الالتزام نظرا؛ لأن التغيير فيهما ينصب على اشخاص الالتزام مع بقاء موضوعه كما هو[٤٦].

وتبدو الأهمية العملية لحوالة الدين في أنها تعمل على سهولة تداول الأموال عن طريق نقل ذات الالتزام من ذمة المدين الأصلي (المحيل) الى ذمة شخص آخر (المحال عليه) وذلك ما يحقق فائدة عملية لكل من المحيل والمحال عليه والمحال له. فلو اشترى شخص منزلا أو سيارة بثمن مقسط ورغب في بيعها قبل سداد باقي الثمن فأن المشتري الجديد يلتزم تجاه البائع الأصلي بنفس التزامات المشتري الأول[٤٧]. وبذلك تحقق حوالة الدين مصلحة للمدين الأصلي بتخلصه من الدين[٤٨]، كما أنها تحقق مصلحة للمحال عليه بتمتعه بما كان يتمتع به المدين الأصلي من ائتمان قبل البائع وذلك فضلا عن إقامة علاقة مباشرة بين المحال عليه وبين البائع وهو الدائن وذلك ما يجنب المحال عليه مخاطر سلوك المدين الأصلي – المحيل - ، بالإضافة الى ذلك فأن المحال له ربما يستفاد من تحمل مدين جديد مليء للدين الذي كأن في ذمة المدين الأصلي وبذلك يتوافر للدائن – المحال له – فرصة اكبر للحصول على حقه[٤٩]. وفي حقيقة الامر أن ما يهمنا من دراسة حوالة الدين في هذا المورد هو العلاقات القانونية التي تنشأ بعد انعقاد الحوالة وأنواع الدفوع التي يمكن أن يتمسك بها المحال عليه تجاه المحال له في حال رجوع هذا الأخير عليه.

قلنا في تعريف حوالة الدين أنها عبارة عن نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ويترتب على ذلك أن ذمة المدين الأصلي (المحيل) تبرأ متى أقرّ الدائن الحوالة المنعقدة بين هذا المدين والمحال عليه[٥٠]. ولا يشترط في إقرار الدائن للحوالة أن يكون صريحا فقد يكون ضمنيا وللإقرار أثر رجعي، فيعتبر المدين الجديد خلفا للأصيل على الدين من تاريخ انعقاد الحوالة ومعنى ذلك أن الدين الذي يلتزم المحال عليه بأدائه قبل الدائن هو عين الدين الذي كان مترتبا في ذمة الأصيل وبرئت منه ذمته بالحوالة[٥١]، وهذا ما تقضي به المادة (٣٤٦) بنصها (اذا قبل المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها، برئ المحيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه). ومن مقتضيات حوالة الدين أن ينتقل الدين الى المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفوعه ويترتب على هذا أنه اذا كأن الدين حالا أو مؤجلا فأن التزام المحال عليه يعتبر كذلك ويعتبر التزام المحال عليه تجاريا متى كان هذا الوصف ثابتا للدين القديم وهذا ما نصّت عليه المادة (٣٤٧) مدني عراقي (يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فأن كأن حالا تكون الحوالة به حالة وأن كان مؤجلا تكون مؤجلة) ويلتزم المحال عليه بالفوائد ولو كان يجهل اشتراطها في الدين القديم[٥٢]، وبالسياق نفسه جاء نصّ المادة (٣١٨) مدني مصري حيث نصت (١- تبقى للدين المحال به ضماناته).

هذا مع بقاء التأمينات العينية أمّا التأمينات الشخصية فأن الفقرة الثانية من المادة (٣٤٨) تقرر بأنه (على أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه إلا أذا رضى الكفيل بالحوالة) وتقابل هذه المادة نصّ الفقرة الثانية من المادة (٣١٨) مدني مصري حيث نصّت (ومع ذلك لا يبقى الكفيل، عينيا كان أو شخصا ملتزما قبل الدائن إلا أذا رضي بالحوالة). فكفيل المدين الأصلي قد لا يرضى كفالة المدين الجديد، كما لو كان اقل ملائة، ولهذا قرر المشرع براءة ذمته في هذه الحالة، ويستوي في هذا الحكم أن يكون

الكفيل عادياً أو متضامناً مع المدين ولا يعترض على الكفيل أن تضامنه مع المدين يفيد سقوط حقه في التجريد، وأن سقوط هذا الحق يفيد أنه ارتضى أن توجه اليه المطالبة قبل توجيهها الى المدين وأنه بهذا لا يعلق أهمية خاصة على شخص المدين أو ملائته وبهذا تنتفي ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لتبقى كفالة[٥٣]، لأنه يجب ألا يغيب عن الذهن أن الكفيل لا يكفل معتمداً على ثقته في وفاء مدينه من ماله فحسب بل وعلى ثقته في قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الاجل وانتفاء الحاجة الى الرجوع عليه بناءً على ذلك. فعلة الكفالة، هي الثقة الشخصية وهي لا تتأثر بالنزول عن حق التجريد، ومعنى هذا أن التزام الكفيل لا يظل قائما في جميع الأحوال، إلا إذا رضى بالحوالة[٥٤].

وتقضي المادة (٣٤٩) مدني عراقي بأنه (للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتمسك بما كأن من الدفوع خاصا بشخص المحيل، وإنما يجوز له أن يتمسك بما كأن خاصا بشخصه هو). وهنا نقول لما كان الدين ينتقل من المدين الأصلي الى المحال عليه بذاته فأنه يجوز للمحال عليه أن يتمسك بما كان للأصيل من دفوع[٥٥]. فللمحال عليه أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين المحال به مطلقا، ومن ذلك مثلا الدفع بالبطلان والغبن مع التغرير وعيوب الرضا الأخرى، والتقادم المسقط والامتناع عن الوفاء بالالتزام المقابل في عقد من العقود التبادلية. وعلى نقيض ذلك تماما لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص المحيل[٥٦]، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق بالحبس، وهنا تكمن خاصية تجريد التزام المحال عليه قبل المحال له من الدفوع التي يمكن أن يتمسك بها بناءً على علاقته بالمدين الأصلي – المحيل -.

وللمحال عليه أن يتمسك من ناحية أخرى بالدفوع الخاصة بشخصه هو كالمقاصة والدفوع المتفرعة عن تعاقده مع الدائن كنقص الاهلية أو انعدامها والغلط والغبن مع التغرير.

ويلاحظ على النص الآتي:

١- أن الحكم في تجريد التزام المحال عليه من الدفوع لا يسري على الدفوع المتعلقة بذات الدين، لأنها تبقى ملازمة له، ولا يتم تجريدها منه، ويحق للمحال عليه أن يتمسك بها في مواجهة المحال له.
٢- أمّا الدفوع المتعلقة بشخص المحيل نفسه فهذه هي الدفوع التي يتم تجريد التزام المحال عليه منها، بحيث لا يستطيع المحال عليه أن يتمسك بالدفع بالحبس أو الدفع بعدم التنفيذ الثابتين للمحيل، وغير ذلك من الدفوع التي لا تتعلق بالدين.
٣- تقرر المادة (٣٤٩) سابقة الذكر أيضا القاعدة العامة في تجريد الالتزام بالنسبة للمحال عليه، حيث أنه في العلاقة القانونية المباشرة بينه وبين المحيل بحيث يستطيع المدين المحال عليه أن يتمسك بالدفوع التي تتعلق بشخصيته فقط دون الدفوع التي تتعلق بشخص المحيل.
٤- هذا النوع من التجريد والمذكور في المادة (٣٤٩) كما هو واضح ليس تجريدا مطلقا إذ أن المشرع فضل أن يقصر التجريد على الدفوع التي تتعلق بذات المدين، واستبعد منها ذات الدفوع التي تكون متعلقة

بشخص المحيل، وابقى المشرع للمحال عليه الحق في أن يحتج في مواجهة المحال له بالدفوع التي تتعلق بشخصيته هو.

وهذا الموقف من المشرع هو دليل على أن تجريد الالتزام قد يكون تجريداً نسبياً وتجريداً مطلقاً كما بينا سابقا وهذه الصورة هي تطبيق للتجريد النسبي، اذ لو كان التجريد مطلقا لمنع المشرع المحال عليه من أن يحتج قبل المحال له بكافة الدفوع سواء كانت متعلقة بذات الدين أو بأشخاص الدين. ويلاحظ على موقف المشرع المصري في القانون المدني الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ أنه لم يورد نصّاً مطابقاً لنصّ المادة (٣٤٩) مدني عراقي حيث نصّت المادة (٣٢٠) مدني مصري المقابلة للمادة (٣٤٩) على (للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة). وبذلك يكون المشرع المصري لم يورد تجريد التزام المحال عليه قبل المحال له على الرغم من أن جانبا من الفقه يقول: أن حكم تجريد التزام المحال عليه يستفاد ضمنا فيما يخص الدفوع المستمدة من شخص المدين[٥٧]. حيث قد يحدث في الواقع العملي أن يكون سبب الحوالة موجودا في العلاقة التي تقوم ما بين المدين الأصلي والمحال عليه، مثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرهوناً رهناً تأمينياً الى شخص آخر، وفي عقد البيع ذاته يحول البائع الى المشتري الدين المضمون بالرهن التأميني حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون كما نصّت على ذلك الفقرة أولا من المادة (٣٤٨) مدني عراقي (تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين، فاذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع...). ومثال ذلك أيضا أن يبيع صاحب المتجر متجره، ويحول الى المشتري في عقد البيع ذاته الديون التي على المتجر. فالمحال عليه في المثالين أعلاه هو المشتري (مشتري العقار المرهون ومشتري المتجر) وعلاقته بالمدين الأصلي وهو البائع يحددها عقد البيع (بيع العقار وبيع المتجر) وفي هذه العلاقة بالذات يقوم سبب الحوالة فلولا البيع، لما كانت الحوالة[٥٨]. فاذا افترضنا أن البيع قد فسخ لسبب من أسباب الفسخ المعروفة عن طريق اخلال البائع بأحد التزاماته مثلا، فهل يستطيع المشتري المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن – المحال له – بفسخ البيع ويمتنع بذلك عن دفع المحال به الذي ما كان ليقبل نقله الى ذمته لولا أنه اشترى العقار المرهون أو المتجر في المثال المذكور؟ الإجابة على هذا السؤال واضحة طبقا لنصّ المادة (٣٤٩) مدني عراقي وهي أنه المحال عليه لا يستطيع التمسك تجاه الدائن المحال له بهذا الدفع إلا أذا أثبت سوء نية المحال له.

بمعنى آخر أذا أستطاع المحال عليه أن يثبت بأن الدائن - المحال له - كان يعلم أن المحال عليه ما كان ليقبل أن يضيف الدين الى ذمته المالية إلا لأنه أبرم عقد بيع العقار المرهون أو اشترى المتجر وتحمل أن تحال عليه ديونه، ومفهوم المخالفة أذا لم يثبت علم المحال له وقت الحوالة بهذا السبب لم يجز للمحال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع بل يبقى ملتزما بأن يفي بالدين المحال على بالرغم من هذا الفسخ وله الرجوع على المدين الأصلي بما يدفع للدائن بموجب دعوى شخصية[٥٩].

وبالإجابة نفسها جاء نصّ الفقرة الثانية من المادة (٤٥٣) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، حيث نصّت على (وله (أي للمحال عليه) أيضا أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت تربطه بالمدين الأصلي، اذا كانت تلك الرابطة هي السبب في حوالة الدين وكان الدائن يعلم بذلك)[٦٠].

وهذا الحكم هو الذي كان يجب الاخذ به في القانون المدني المصري إلا أن المادة المذكورة قد حذفت من قبل لجنة مراجعة القانون المدني[٦١]. وهي في الحقيقة لم تحذف كما يقول الدكتور السنهوري (لأن الحكم المستمد منها غير صحيح بل لعدم ضرورتها)[٦٢]، اذ يغني عنها تطبيق القواعد العامة. وإذا رجعنا للقواعد العامة في نظرية السبب رأينا أن سبب الحوالة في الأمثلة السابقة، أي الباعث الذي دفع المحال عليه الى قبول الحوالة هو شراؤه للعقار المرهون أو المتجر وهو سبب افترضنا أن الدائن يعلم به فإذا فسخ عقد البيع أنعدم السبب وبطلت الحوالة. ولا يمكن أن نجرد التزام المحال عليه فيكون التزاما مجرداً إلا بنصّ صريح.

وهذا النصّ موجود في القانون المدني العراقي وهو نصّ المادة (٣٤٩) سالف الذكر لذلك نعتقد في هذا الخصوص أن المشرع العراقي كان متقدماً على المشرع المصري في النص على تجريد التزام المحال عليه قبل المحال له من ناحية وكان أكثر وضوحاً بالنصّ على ذلك صراحة، وهذا السبب الذي جعل الفقهاء المصريين متذبذبين بين وجود التجريد من عدمه في علاقة المحال عليه بالمحال له.

المبحث الثاني- تجريد التزام المناب قبل المناب اليه

الإنابة في الوفاء طريقة من طرق انقضاء الالتزام وعلى الرغم من تداخل مفهوم الإنابة في الوفاء مع المقاصة في جانب منها إلا أن لها كيانها الخاص وعالجها المشرع في نصوص خاصة لأهميتها بعد أن كانت لا تنفرد بنصوص خاصة في التشريعات[٦٣]، بعد أن أصبحت من التطبيقات المهمة في المعاملات المدنية. وهناك اجماع من قبل فقهاء القانون المدني على أن نظام الإنابة في الوفاء يعتبر من ابرز التطبيقات للالتزام المجرد. وعليه ولأهمية الإنابة في الوفاء بالنسبة لموضوع دراستنا سنتولى تفصيلا بيان مفهومها وخاصية التجريد فيها وذلك على فرعين نتناول في الأول منهما مفهوم الإنابة في الوفاء أمّا الفرع الثاني فسنتولى فيه بيان خاصية التجريد في الإنابة وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول- مفهوم الإنابة في الوفاء

تنصّ المادة (٤٠٥) من القانون المدني العراقي على (١- تتم الإنابة أذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي بوفاء الدين مكان المدين، ٢- ولا تقتضي الإنابة أن يكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والاجنبي)[٦٤]. فالإنابة عملية قانونية تتضمن اتفاقين متتاليين:

الاتفاق الأول:- ومقتضاه أن شخصا (المناب) يتعهد لشخص آخر (المنيب) بأن يبرم اتفاقا مع شخص ثالث (المناب اليه) يلتزم بمقتضاه بأن يقوم بأداء معين لمصلحة ذلك الشخص الثالث.

الاتفاق الثاني:- وهو الاتفاق الذي يبرمه المناب مع المناب اليه.

أذن فثمة اتفاقان وثلاثة اشخاص[٦٥]، حيث يحصل الاتفاق الأول بين المنيب والمناب، أمّا الاتفاق الثاني فيحصل بين المناب والمناب اليه، فيحقق التعهد الناشئ من الاتفاق الأول. ويقول جانب من الفقه[٦٦]: أن الإنابة هي وكالة صادرة من المنيب الى المناب بالوفاء الى المناب إليه. لكن في الحقيقة أن هذا التعريف للإنابة غير دقيق لعدة أسباب منها:

١- لا يصدق هذا التعريف إلا على الاتفاق الأول حيث بينا أن الإنابة تتضمن اتفاقين، فإذا لم ينعقد الاتفاق الثاني بسبب عدم قبول المناب إليه يسقط الاتفاق الأول ولا تقوم الإنابة في هذا الوضع[٦٧].

٢- أن الاتفاق الأول في ذاته لا يعتبر وكالة، ذلك لأنه عندما تكون هناك وكالة محلها إبرام تصرف قانوني ويقوم الوكيل بأبرام ذلك التصرف باسم الموكل فأن اثار ذلك التصرف تنصرف الى الموكل[٦٨]. أمّا في الإنابة فأن المناب هو الذي يلتزم شخصيا في مواجهة المناب إليه فهو لا يتصرف باسم المنيب[٦٩].

٣- ثم أن الإنابة لا تعتبر وفاء[٧٠]، فاذا وكل شخص شخصا أخر بأن يدفع مبلغاً معيناً الى شخص ثالث فهذا الامر لا يعتبر أنابه، حيث أن الوفاء يفترض وجود دين معين وفي الإنابة في الوفاء يستطيع المنيب أن يأمر المناب بأن يلتزم في مواجهة المناب إليه دون أن يكون المنيب مدينا للمناب إليه كما نصّت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٤٠٥) مدني عراقي.

ففي الإنابة في الوفاء لا نكون بصدد اتفاق يتعهد بموجبه المناب بأن يقوم بأداء معين لمصلحة المناب إليه وعليه ففي الإنابة ليس هناك دين يدفعه المناب حتى لو كان المنيب مدينا للمناب إليه، بل هناك التزام جديد يتحمل به المناب تجاه المناب إليه ولهذا الأخير الحرية الكاملة في أن يقبل أو لا يقبل إبرام الاتفاق[٧١]. وتعمل الإنابة في أحد الفرضيتين الاتيتين:

أ- عدم وجود علاقة قانونية سابقة على الإنابة بين المنيب والمناب إليه.

ب- أن تكون هناك علاقة قانونية سابقة على الإنابة بين المنيب والمناب إليه.

ففي الفرض الأول مثلا أنّك تريد أن تسافر الى الخارج ولكنك لا تريد أن تحمل معك نقودا لذلك تذهب الى شخص معين لكي يكلف شخصا أخر (في الخارج) بأن يدفع لك الأموال التي أنت بحاجة اليها أثناء سفرك. ففي هذا المثال لم تكن هناك علاقات قانونية سابقة بين الأشخاص الثلاثة المنيب والمناب و المناب إليه، وبهذا الفرض يقترب مفهوم الإنابة من مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير[٧٢]. فعندما اتفق مع (زيد) على أن يدفع لك أو أن يقرضك مبلغا من المال، كأنت هذه العملية قريبة من الإنابة حيث امرك بأن تلتزم في مواجهة زيد بأن تدفع له أو تقرضه مبلغا من المال، كلا العمليتين تفضيان الى النتيجة نفسها إلا أن التكوين القانوني ليس واحداً في الحالتين[٧٣].

ففي الاشتراط لمصلحة الغير نجد أن المستفيد وهو يقابل (المناب إليه) يكون اجنبيا عن العقد الذي يستفيد منه دون أن يكون هو طرفا فيه[٧٤]. أمّا في الإنابة فأن المناب إليه يتدخل في العقد فهو ليس اجنبيا عنه[٧٥]. وينتج عن ذلك فروق بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة من حيث الآثار القانونية، أهمها أنه في

الإنابة لا يكون لقبول المستفيد (المناب إليه) أثر رجعي، أمّا في الاشتراط لمصلحة الغير فحق المستفيد ينشأ من وقت إبرام العقد لا من وقت قبوله الاستفادة من ذلك العقد[٧٦].

أمّا الفرض الثاني وهو وجود علاقات قانونية سابقة على الإنابة بين المنيب والمناب إليه. وهذا الفرض هو الغالب في العمل[٧٧]، هذه الآثار القانونية قد تكون بين المنيب والمناب إليه، أو بين المنيب والمناب أو بين المنيب والمناب والمناب إليه. فإذا اشتريت منك عقاراً بمبلغ معين يدفع بعد سنة وكنت في الوقت نفسها دائنا بنفس المبلغ لشخص آخر وكان هذا المبلغ واجب الأداء بعد سنة فأني عندئذ اكلف هذا الشخص الآخر بأن يلتزم في مواجهتك بدفع المبلغ. وفي هذا المثال كان المنيب مدينا للمناب إليه ودائنا للمناب وكل ما فعله المنيب هو أنه في الإنابة قد جمع بين المناب والمناب اليه. والإنابة لها صورتان كاملة وناقصة حيث نصّت المادة (٤٠٦) مدني عراقي على (١- اذا اتفق المتعاقدان في الإنابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول كانت الإنابة تجديدا للالتزام بتغير المدين ٢- والاصل أن الإنابة لا يفترض فيها التجديد فاذا لم يكن هناك اتفاق عليه، قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول)[٧٨].

فالإنابة الكاملة هي تلك التي تنطوي على تجديد للدين بتغير المدين أو تغير الدائن والمدين[٧٩]، وتكون الإنابة الكاملة منطوية على تجديد للدين بتغير المدين اذا اتفق المنيب – وهو المدين القديم – والمناب لديه وهو – الدائن – والمناب وهو الشخص الأجنبي - على أن يفي هذا الأخير بدين المنيب الى دائنه. وتكون الإنابة الكاملة منطوية على تجديد للدين بتغيير الدائن والمدين، اذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الاخر دينه فجعل دائنه هو المناب إليه بدلا من المنيب، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغير المدين ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغير الدائن[٨٠].

وتتمثل وظيفة الإنابة الكاملة في أنها تعمل على تيسير الوفاء بأسلوب مبسط، حيث ينقضي التزام المنيب بمجرد التجديد بتغير المدين في الوقت الذي يلتزم فيه المدين الجديد – وهو المناب – الى الدائن وهو المناب إليه – وفور الاتفاق ينقضي التزامان فوراً، وهما التزام المدين الجديد – المناب – تجاه المدين القديم – المنيب – والتزام المدين الجديد تجاه الدائن وهو المناب[٨١]. والصورة الثانية من صور الإنابة هي الإنابة الناقصة أو الإنابة (القاصرة) وهذه الصورة من الإنابة هي الأصل في الإنابة في الوفاء والأكثر وقوعا في الحياة العملية[٨٢]. وبموجب هذا النوع من الإنابة يبقى المناب مدينا في مواجهة المناب إليه الى جانب التزام المنيب بمقتضى الاتفاق بينهم على ذلك. ولكون الإنابة الناقصة لا تتضمن تجديداً للالتزام فأنه لا يلزم وجود التزام قديم بين المنيب والمناب إليه[٨٣].

تستهدف الإنابة الناقصة العمل على ضم المناب الى المنيب في الالتزام بالدين في مواجهة المناب إليه وبالتالي فهي تدعم ضمانات هذا الأخير لكونها تعادل الكفالة الشخصية بدورها[٨٤]، مع فرق هو أن الكفيل يلتزم التزاماً تبعياً فهو يلتزم بالوفاء عندما لا يوفي المدين الأصلي، أمّا المناب فيلتزم بصفة اصلية في مواجهة المناب اليه[٨٥]. والإنابة الناقصة كثيرة الوقوع في العمل كما أشرنا فهي تمكن المدين أن يبرأ ؟ من دينه بتكليف مدينه بالوفاء عنه وفي هذا تقترب الإنابة الناقصة من الكمبيالة[٨٦].

وليس للدائن الذي تفرض عليه الإنابة الناقصة سبب معقول في الحقيقة لرفض هذه الإنابة ما دام أنه لن يخسر شيئا إذ لا يترتب على الإنابة الناقصة انقضاء الالتزام القديم فبالعكس يكون للدائن في هذه الحالة بالإضافة لمدينه القديم مدين جديد يلتزم أمامه بأداء الدين وعلى ذلك نصّت الفقرة الثانية من المادة (٤٠٦) مدني عراقي (والأصل أن الإنابة لا يفترض فيها التجديد فاذا لم يكن هناك اتفاق عليه، قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول).

المطلب الثاني- خاصية التجريد في الإنابة

نصّت المادة (٤٠٧) من القانون المدني العراقي على (يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلا أو خاضعا لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره)[٨٧]. والتجريد في الإنابة يتناول أحدى العلاقتين الاساسيتين دون الأخرى[٨٨]، ويتناول علاقة المنيب بالمناب، فلا يجوز توجيه أي دفع ناشئ عن هذه العلاقة الى المناب اليه[٨٩]. ومع ذلك فأننا لا نتردد في القول: أن المناب إليه أذا كان يعلم ببطلان سبب هذه العلاقة أو بوجود عيوب في إرادة المناب عند أبرام الاتفاق فأنه سيكون سَيِّئ النية ولا يستفيد من التجريد على الرغم من أن النصّ جاء مطلقا ولكن هذا الحكم يستفاد من القواعد العامة.

أمّا العلاقة الأخرى التي بين المنيب والمناب لديه فأنه لا يشملها التجريد[٩٠]، ويجوز للمناب كما يجوز للمنيب الاحتجاج ضد المناب إليه بدفوع هذه العلاقة طبقا للقواعد العامة وهذا التجريد في النصّ يسري على صورتي الإنابة سواء الناقصة أو الكاملة فهو لا يميز في عموم عبارته بين هاتين الصورتين كما هو واضح. ولا يقتصر التجريد في الإنابة على دفوع السبب وعيوب الإرادة أنما يمتد الى دفوع الانقضاء أيضا واي دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام[٩١]. وهذا الأثر لا تستطيع أي من النظريات التقليدية التي قيلت في التصرف المجرد أن تفسره بينما تفسره ببساطة الفكرة التي سقناها عنه وهي تجريد الالتزام من الدفوع كما فصلنا سابقا، نتيجة ربط هذه الدفوع بالحكمة من التجريد وهي المحافظة على استقرار التعامل ودعم الائتمان وأدوات الوفاء.

وعلى المناب أن يفي الى المناب إليه، وأن يرجع بدفوع علاقته بالمنيب على هذا الأخير بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب على حسب الحال[٩٢]. والإنابة كما هو واضح من عرضنا السابق لا تشترط أن تفرغ في قالب كتابي وإنما يكفي لانعقادها وترتيب آثارها مجرد التراضي وهذا في الحقيقة ابلغ رد على التصرف الشكلي الذي كأن يتخذ معيارا للتجريد[٩٣].

ولنا ملاحظة مهمة على صياغة المادة (٤٠٧) مدني عراقي بنصها على تجريد الالتزام (ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً)[٩٤]، فنحن نعلم أن الالتزام الباطل يكون كذلك لأسباب متعددة منها انعدام الاهلية عند المدين وانعدام الرضا وعدم تطابق الايجاب والقبول، وعدم مشروعية المحل واستحالته أو عدم تعيينه أو عدم مشروعية السبب، فهل يكون التزام المناب صحيحا رغم وجود أي سبب من أسباب البطلان المذكورة؟ فمثلا هل يكون التزام المناب صحيحا رغم كونه مجنونا أو يقل سنه مثلا عن سبع سنوات أو رغم أنه التزم بمحل غير مشروع أو رغم عدم تطابق الايجاب والقبول؟

في الحقيقة نعتقد أن المشرعين عند وضعهم للنصّ لم يقصدوا مثل هذه النتائج[٩٥]، ولم يكن في ذهنهم الا حالات عدم مشروعية السبب أو وجود عيب في الإرادة بالإضافة الى دفوع الانقضاء وعدم التنفيذ. ولكن عموم عبارة (ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً) يشمل الأوجه المتقدمة كلها فالمطلق يجري على اطلاقة (انعدام الاهلية وعدم مشروعية المحل واستحالته وعدم تعينه وعدم تطابق الايجاب والقبول وغيرها)، فكيف يمكن تطبيق ذلك النصّ تطبيقا لا يصطدم مع المبادئ الأساسية في نظرية العقد ومع النظام العام والآداب؟ أن العقد الباطل قد يرجع وجه بطلانه الى طبيعة الأشياء، وقد يرجع الى عدم توافر شرط قانوني يشترط لمصلحة عامة يحميها المشرع[٩٦].

فالبطلان لعدم الأهلية ولانعدام التراضي ولعدم تطابق الايجاب والقبول ولانعدام المحل، كلّ ذلك يرجع الى طبيعة الأشياء لأن عديم الاهلية ليست لديه الإرادة التي يعبر عنها، وعدم الرضا يجعل الإرادة غير متعلقة بشيء، يمكن أن ينشأ عنه آثر قانوني، وعدم تطابق الايجاب والقبول أيضا ينفي تعلق الإرادة بمحل، وانعدام المحل يؤدي الى استحالة مادية تنشأ عنها استحالة قانونية فانعدام العقد في هذه الحالات يرجع الى سبب طبيعي، أمّا في غير تلك الحالات فيرجع الى سبب شرعي أو قانوني أي الى سبب يراه المشرع حماية لمصالح عامة مثل عدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل وعدم سلامة الإرادة من العيوب[٩٧].

بناءً على ذلك يرجح أن تفسر عبارة المادة (٤٠٧) مدني عراقي والعبارات المماثلة في النصوص المذكورة سابقا بمعنى البطلان الذي يرجع الى سبب شرعي أو قانوني لا للبطلان الذي يرجح الى طبيعة الشيء أو الى السبب الطبيعي، وبذلك نستبعد انعدام الإرادة وانعدام الاهلية وعدم تطابق الايجاب والقبول وانعدام المحل واستحالته أو عدم تعيينه، فيجوز الاحتجاج بها ضد المناب اليه. ونستبعد عدم مشروعية المحل أيضا لا بسبب كونه راجع الى طبيعة الأشياء ولكن؛ لأن رضا المناب لديه سوف ينصب على هذا المحل غير المشروع الامر الذي يجعله سَيّئ النية وسوء نيته هنا غير قابل لأثبات العكس وهذا سيجعله لا يستفيد من التجريد لتلوثه بعدم المشروعية. ويبقى بعد ذلك الدفع بعدم مشروعية السبب وبعيوب الإرادة وبقية الدفوع الخاصة بالانقضاء وبعدم التنفيذ وهذه يجوز الاحتجاج بها كما هو الحال في كل تصرف مجرد، بهذا التفسير يستقيم نصّ المادة (٤٠٧) مع القواعد العامة في نظرية العقد.

نلاحظ من العرض السابق بصورة عامة أنه ينبني على تجريد الإنابة، وأن المناب لا يمتلك أن يوجه الى المستفيد ما يملكه الأول من دفوع في مواجهة المنيب لذلك يكون التزام المناب بعيداً عن كل ما يمكن أن يؤثر بمصير الالتزام الأخر، بمعنى أن المستفيد يحتفظ بحقوقه رغم كلّ ما قد يصيب حقوق المنيب[٩٨]. لذلك فأن صحة التزام المناب في مواجهة المناب إليه لا يتأثر بعيوب الإرادة أو تخلف الغرض الشخصي أو عدم مشروعيته ولا شيء يسعف المناب بعد تنفيذه للالتزام سوى الرجوع على المنيب بدعوى الكسب دون سبب[٩٩]. لذلك يمكن القول أن التزام المناب تجاه المناب لديه تم تجريده من الدفوع التي يمكن أن تلحق به، والتي تنشأ بسبب العلاقة السابقة بين المناب والمنيب فهو مجرد من الدفوع التي يكون بإمكان المناب التمسك بها تجاه المناب اليه فلو أن الدين الذي كان في ذمة المناب للمنيب كان باطلا أو أنه كان قد أنقضى بسبب من الأسباب أو

أنه لم يكن مدينا أصلا أو كان الباعث الدافع لقبول المناب للإنابة غير مشروع فأن ذلك كله لا يؤثر على التزام المناب تجاه المناب لديه مع الاخذ بنظر الاعتبار ما قد بيناه حول البطلان. ولكن قد يتفق الطرفان على خلاف ذلك أي أن المناب والمنيب يقيمان اتفاقهما على الإنابة على أساس عدم التجريد ففي هذه الحالة اتفاقهما هو الذي يسري[١٠٠]. وذلك استنادا الى صراحة نصّ المادة (٤٠٧) مدني عراقي والذي أجاز أن يتم التراضي بين الأطراف على حكم يخالف نصّ المادة المفسرة الى قضت بالتجريد، ولذلك إذا لم يحتفظ المناب بحقه في التمسك في مواجهة المناب لديه بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المنيب، فلا يكون له الا تنفيذ ما التزم به، ثم الرجوع بعد ذلك على المنيب وفق دعاوى معينة وحسب الأحوال كما اسلفنا. والسبب في هذا الحكم هو أن المناب قد ارتضى أن يلتزم قبل دائن المنيب، أمّا لأنه يريد ذلك أو أنه يبتغي تنفيذ دين في ذمته ناشئ عن علاقة سابقة تربطه مع المنيب وأمّا بقصد القرض أو التبرع، وأيّاً كان السبب فأنه وعلى خلاف القواعد العامة لا آثر له في صحة التزام المناب قبل المناب إليه فهو التزام يتجرد من دفوع نشأت بموجب علاقة أخرى سابقة، ويظهر هذا التجريد بصورة اكثر وضوحا عندما يقرر المشرع بأن يكون التزام المناب صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً، فاذا كان للمناب دفع يستطيع أن يدفع به مطالبة المنيب، كطلب ابطال الالتزام لوجود سبب من أسباب البطلان، أو انقضاء الالتزام لأي سبب من أسباب الانقضاء، فليس للمناب أن يتمسك باي دفع من هذه الدفوع في مواجهة المناب إليه، خصوصا أذا كانت هذه الدفوع ناشئة أصلاً قبل قبول المناب للإنابة، إلا أذا احتفظ هذا الأخير بحقه في التمسك تجاه المناب لديه بالدفوع التي كان بإمكانه أن يتمسك بها تجاه المنيب[١٠١]، وإلا لا يبقى أمّامه سوى الرجوع الى المنيب وفق القواعد العامة.

والسبب الذي دعا المشرع الى إقرار هذا الحكم، هو أن التزام المناب قبل المناب إليه التزاماً نشأ أصلا عند قبول المناب للإنابة، وهو بذلك التزام مستقل عن التزام المناب قبل المنيب وهو السبب في الالتزام الجديد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أذا كان المناب قد قصد بقبوله الإنابة التبرع للمنيب، وكان الباعث على هذا التبرع غير مشروع فلا يجوز للمناب أن يحتج ببطلان التزامه قبل المناب إليه على أساس عدم مشروعية السبب؛ لأنه هنا يكون الالتزام مجرد عن سببه بحكم القانون. وهذا ما يميز الإنابة عن الكفالة وعن الحوالة ويقيم لها الخصوصية التي تتطلبها للقيام بوظيفتها كوسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء[١٠٢].

والحكمة من التجريد في الإنابة على النحو السابق الذكر هو المحافظة على استقرار المعاملات وسرعتها ودعم الائتمان وأدوات الوفاء من جهة، ومن جهة أخرى لكي لا يكون عدم إقرار التجريد مدعاة؛ لأن يبحث المناب عن دفع يمكن من خلاله تعطيل الإنابة في الوفاء التي اتفق في أنشائها مع المنيب عن أداء التزامه تجاه المناب إليه ولكي لا يكون هذا الأخير في موقف صعب عندما يفاجأ حين مطالبته للمناب بتنفيذ الالتزام أن المناب قد هيأ دفعا يمكن أن يؤدي الى عدم تنفيذه للالتزام في مواجهة المناب إليه، على الرغم من أن هذا الدفع ناشئ عن علاقة لم يكن المناب إليه طرفا فيها ولم يكن له دور في أنشاء هذا الدفع.

ولذلك فأن التجريد في الإنابة له فوائده المهمة في تحقيق غاية الائتمان والسرعة والاستقرار الذي تتطلبه المعاملات القانونية لذلك ظهرت الحاجة الملحة لحماية المناب إليه وهو الأجنبي عن علاقة المنيب

والمناب لذلك يكون من حقه التنازل عن هذه الحماية، فلا يوجد سبب يمنع المناب والمناب إليه من الاتفاق على أن يكون للمناب التمسك بالدفوع التي كانت له قبل المنيب تجاه المناب اليه[١٠٣].

الخاتمة:

نستخلص مما تقدم أن العلاقات القانونية تبقى كما هي بمحاسنها وعيوبها فيما بين أطرافها، فإذا ما تعلق الامر بشخص حسن النية انتقل إليه الحق بطريقة قانونية، فإن القانون يبعد عنه دفوع تلك العلاقات ويمنع مفاجآته بها ولكن إذا ثبت أنه كان يعلم بتلك الدفوع فانه ليست هناك مفاجأة له، وعليه ان يتحمل نتيجة خطاه وسوء نيته. ومع ذلك فأن حسن النية مفترض وهو الأصل، وعلى من يدعي عكسه أن يثبت ما يدعيه.

يعرف تجريد الالتزام بأنه تعطيل أثر الدفوع الملحقة بالالتزام وحجب التمسك بها في مواجهة الدائن الذي يتلقى بطريق قانوني حقا من احد أطراف العلاقة القانونية سواء كان طرفا فيها أو أجنبيا عنها، مالم يكن قد علم بتلك الدفوع أو توفرت له سبل العلم بها وذلك حفاظا على استقرار التعامل وتسهيل تداول الحقوق وتيسير انتقالها من ذمة الى ذمة أخرى.

ولقد توصلنا من خلال ما تقدم ذكره الى جملة من النتائج والمقترحات هي:

أولا: - النتائج

١- يعد تجريد الالتزام وسيلة فعالة لحماية الدائنين في العلاقات العقدية خصوصا والعلاقات القانونية بشكل عام، إلا أن هذا التجريد ليس بالأمر السهل تعميمه في اطار المعاملات المدنية، لما ينطويه ذلك من خطورة كبيرة، إذ لو فتح الباب على مصراعيه امام تجريد الالتزامات من دفوعها فأننا سنشهد اضطرابا وعدم استقرار في المعاملات يمكن أن يؤدي في النهاية الى انهيار النظام القانوني الذي يحكم العقود بالكلية، لما سيؤول إليه من عدم استقرار في التعامل وسيكون مدعاة للعزوف عن العقد كوسيلة للتعامل والتبادل على مر العصور. فالمتعاقد قد يبتعد قدر المستطاع عن الوسيلة التي لا توفر له الحماية المعتادة في التعامل لأنه سيفاجأ بالتأكيد في اطار تنفيذه للالتزامات العقدية بأن الطرف الآخر يختبىء وراء دفع لا يستطيع هو التمسك به؛ لأنه ارتبط بالتزام قانوني تم تجريده من الدفوع ابتداءً.

٢- التجريد هو استثناء على قاعدة عامة، هي جواز توجيه الدفوع الى الدائن تحقيقا للعدالة، وهو استثناء قد ينصّ عليه القانون أو يأتي عن طريق قاعدة عرفية أو حتى من اتفاق الأطراف ما لم يخالف هذا الاتفاق قاعدة قانونية أو عرفية امرة أو يخالف قواعد النظام العام أو الآداب العامة، والمشرع قد يعطي للأفراد الفرصة للتخلص من آثر التجريد كما فعل في الانابة في الوفاء. إذ سمح للمناب ان يشترط عدم تجريد التزامه بقوله في نهاية نصّ المادة (٤٠٧) مدني عراقي (... كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره)، وفي الكمبيالة يجوز للساحب الذي قدم مقابل وفاء الكمبيالة ان يشترط عدم الضمان، أي عدم ضمان الوفاء بشرط صريح يدرج في الكمبيالة وفي هذه الحالة يخفف تجريد التزامه ويهبط التزامه الصرفي الى مستوى الضمان المقرر في حوالة الحق المدنية.

٣- أغلب الالتزامات المجردة تشترط فيها الكتابة كالأوراق التجارية والكفالة وحتى الانابة التي لم يشترط القانون فيها ذلك، تؤدي قواعد الاثبات الى أعداد دليل كتابي بها أذا زادت قيمتها عن مبلغ معين، ولكن الشكل بصيغة عامة ليس معيارا للتجريد؛ لأنه الكتابة توجد في الالتزامات المجردة كما توجد في الالتزامات، المقيدة ولأن بعض التصرفات المجردة تستغني عنه.

٤- يعرف الفقه الإسلامي العقد المجرد في حالات خاصة محدودة ومن ذلك في الفقه الإسلامي عقد الكفالة.

فهذا العقد عقد مجرد في الفقه الغربي الحديث وفي الفقه الإسلامي، ولكنه في الفقه الإسلامي أكثر تجريداً منه في الفقه الغربي فإذا كان للكفيل أن يتمسك بجميع أوجه الدفوع التي يحتج بها المدين، فان التزامه نحو الدائن لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين كما اشرنا، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي يمكنه التمسك بها ضد المدين، فانه في الفقه الإسلامي يعتبر التزام الكفيل مجرداً الى مدى أبعد من ذلك (فلا يستطيع الكفيل ان يحتج على الدائن بالأوجه التي يحتج بها المدين كذلك) حيث جاء في المبسوط للسرخسي(١٠٤)، بهذا الخصوص: (اذا كفل رجل من رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الأصيل فادعى الكفيل ان الالف من ثمن خمر فانه ليس بخصم في ذلك لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة، والمال يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة وان لم يكن واجبا على الأصيل). ونرى من ذلك ان التزام الكفيل مجرد، الى حدّ أن الكفيل لا يستطيع أن يحتج على الدائن بأن الدين غير مشروع لأنه -ثمن خمر- وقد كان المدين الاصلي يستطيع أن يحتج بذلك على الدائن.

ثانيا:- **المقترحات**:

١- يبدو لنا من المناسب أن يتعقب المشرع الحالات التي ينتقل فيها الحق الى الغير أو ينشأ في ذمة الغير منذ قيام التصرف ويجعل التزام المدين فيها مجردا كما فعل في الانابة. فمثلا يبدو ذلك مناسبا في الاشتراط لمصلحة الغير، أو في حوالة الحق، لكن الانطباع الغالب في شأن الاشتراط هو أن له صفة تبرعية في أكثر الأحيان، خاصة وأن التأمين على الحياة من تطبيقاته الرئيسة الشائعة في العصر الحالي، وهو عادة ما يكون على سبيل التبرع خاصة في المحيط العائلي كالتأمين على حياة رب الاسرة لمصلحة زوجته وأولاده، أو على حياة الطفل لصالح أبويه، ولكن يجب إلا نغفل أنه الى جانب ذلك يكون الاشتراط في علاقة المشترط بالمنتفع معاوضة في بعض الأحيان، أن هذه الحالة يمكن أن تنهض فيها حكمة التجريد ويسوغ تقريره. أمّا بالنسبة لحوالة الحق فأن إضفاء التجريد على التزام المدين فيها من شأنه أن يقربها من وظيفة الأوراق التجارية، وفي هذه الحالة فأن الالتجاء الى الأوراق التجارية بداية هو أولى، خصوصا وأنها أوراق تنشأ بمناسبة الديون التجارية والديون المدنية على حد سواء.

٢- نقترح على المحاكم وهي تتولى تطبيق أحكام النصوص القانونية على ما يعرض أمامها من وقائع، وهي أقرب ما تكون منها وأكثر أتصالا بها وأدراكا لمقتضياتها، والمحاكم إذ تتوخى من أحكامها العدالة والانصاف وتلتمس الحلول العملية بعيداً عن المجردات النظرية والابنية الفكرية ذات القالب الفني الذهني الخالص.

أن تضع نصب عينيها مبدأ التوفيق والمواءمة بين الحقيقة الواقعية والنظام القانوني، فكما يعتني المشرع بأحكام الصنعة التشريعية، لابدّ أن يعتني القاضي بأحكام الصنعة القضائية، وكما سجلنا في مضامين بحثنا في اكثر من مناسبة تقدم المشرع العراقي على المشرع المصري في النص على التجريد، لكننا هنا نسجل تقدم القضاء

المصري على القضاء العراقي في عدم تردده بالأخذ في التجريد في علاقة الكفيل بالدائن كما أشرنا في قرار قضائي صادر من محكمة النقض المصرية الذي سبق الإشارة له. ولا ننسى دور المشرع القانوني وهو بيده عنان التجريد، لما له من المقدرة والسلطة في الحد من الآثار المترتبة على بعض الأوضاع القانونية ولا سيّما الدفوع ما دامت مصلحة الجماعة تتحقق في تفعيل هذه السلطة، لكن ضمن حدود معلومة ومعروفة الغايات؛ لأننا بخلاف ذلك وبدون هذا التوافق والانسجام بين ما هو تشريعي وقضائي سنجد المحاكم والمشرع كليهما قد ابتعداً عن تحقيق التوازن والانسجام بين اعتبارات العدالة واعتبارات المحافظة على استقرار التعامل، ولا شكّ في أن النظام القانوني سيكون مثاليا كلما كان هذا التوافق والانسجام متحققا بدرجات عالية.

الهوامش

(١) - د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٥ – ص ٦.

(٢) - يقصد بالتأمينات الشخصية بصفة عامة الالتزامات الشخصية التي تضاف الى التزام المدين، على سبيل الضمان فهي عبارة عن ضم ذمة الغير الى ذمة المدين لضمان حق الدائن، هذا التعدد في الضمان العام يقلل من تعرض الدائن الى مخاطر اعسار أو افلاس المدين.

فاذا كان التزام هذا الغير تابعا للالتزام الأصلي كان الامر يتعلق بكفالة، واذا كان التزام الغير مستقلا فان الامر يتعلق بضمان مستقل كالانابة.

ينظر د. نبيل إبراهيم سعد – التامينات الشخصية التبعية وغير التبعية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٥ – ص ٣، وكذلك د. مصطفى عبد الجواد حجازي – عقد الكفالة في القانون المدني – دار الكتب القانونية – مصر – المحلة الكبرى – ٢٠٠٦ – ص ٧٦.

(٣) - د. منصور مصطفى منصور – عقد الكفالة – المطبعة العالمية – ١٩٦٠ – ص١٣.

(٤) - د. توفيق حسن فرج – التامينات الشخصية والعينية – مؤسسة الثقافة الجامعية – الإسكندرية – ١٩٨٤ – ص ٣٨.

(٥) - د. منصور مصطفى منصور – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ٣٨.

(٦) - د. محمد لبيب شنب – دروس في التامينات الشخصية العينية – دار النهضة العربية – مصر – ١٩٧٥ – ص ١١٢.

(٧) - د. محي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية – ط٢ – النسر الذهبي للطباعة – ١٩٩٥ – ص ٢٦٩

وطبقا لهذه التفرقة بين التامينات الشخصية والتامينات العينية فان الكفيل العيني يقدم تامينا عينيا لا شخصيا، لأنه يخصص مالا مملوك له لضمان دين معين دون ان يكون هو ملزم بهذا الدين، أي انه يقدم ماله ضمانا لدين على غيره، ويترتب على ذلك اذا تصرف الكفيل في ماله الذي قدمه ضمانا للدين انتقل هذا المال مثقلا بالتامين العيني الى المتصرف اليه.

ينظر د. عبد الفتاح عبد الباقي – التامينات الشخصية والعينية – دار نشر الثقافة – الإسكندرية – ١٩٩٥ – ص ١١٣ وما بعدها.

(٨) - د. مصطفى عبد الجواد حجازي – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ١٥٤.

(٩) - د. توفيق حسن فرج – التامينات الشخصية والعينية – مصدر سابق – ص ٤٥.

(١٠) - السنهوري – الوسيط _ ج ١٠ – التأمينات الشخصية والعينية – ط٣ – نهضة مصر – ٢٠١١ – ص١٤.

(١١) - د. رمضان أبو السعود – التامينات الشخصية والعينية – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية – ٢٠١٣ – ص ٣٣.

(١٢) - نصت المادة المذكورة على (تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له) في حين نصت المادة (٧٧٣) مدني مصري على (لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ....) والكتابة هنا ليست لفرض الشكل وانما للاثبات فالكفالة في القانون المصري هي عقد رضائي أيضا، ينظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة – مصدر سابق – ص ٢٦٨.

(١٣) - لاحظ نصوص المواد (١/١٠٢١) والمادة (١٠١٣) و (١٠١٤) مدني عراقي والمواد (٧٧٦) و (١/٧٨٠) مدني مصري.

(١٤) - عبد الودود يحيى – عقد الكفالة – مطبعة مصطفى الحلبي – ١٩٦١ – ص ٦٢، وعكس هذا الراي د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الثالث – (عقد الكفالة) – دون مكان طبع – ١٩٩٣ – ص ١١ – ١٢.

(١٥) - ينظر نصوص المواد من (١٠٣٣ – ١٠٣٩) مدني عراقي والمواد (٧٧٩ – ٨٠١) مدني مصري.

(١٦) - د. محمود جمال الدين زكي – دروس في التامينات الشخصية والعينية – مطابع الاهرام – القاهرة – ١٩٧٤ – ص ١١٣، وينظر نص المادة (١٠٢٦) مدني عراقي والمادة (٧٨٧) مدني مصري.

(١٧) - السنهوري – الوسيط – الجزء العاشر – مصدر سابق – ص ٢٦.

(١٨) - د. نبيل إبراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – ج١ – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – بيروت – ١٩٩٥ – ص ٦٧.

(١٩) - د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام – العاتك لصناعة الكتاب – توزيع المكتبة القانونية – بغداد – ٢٠١٢ – ص ٣٢.

(٢٠) - د. جابر محجوب علي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – المصادر الارادية العقد والإرادة المنفردة – مصدر سابق – ص ٦٤.

(٢١) - د. صابرة محمد محمد سيد – رجوع الدائن على الكفيل – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات – مصر – ٢٠١٠ – ص ٤١.

(٢٢) - د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – ج٣ – المجلد الثالث – في العقود المسماة – دون مكان نشر – ١٩٩٤ – ص ٢١.

(٢٣) - د. محمود جمال الدين زكي – دروس في التامينات الشخصية والعينية – مصدر سابق – ص١٣٢.

(٢٤) - د. عبد الفتاح عبد الباقي – موسوعة القانون المدني المصري – نظرية العقد والإرادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة في الفقه الإسلامي – ١٩٨٤، ص ٣١٢.

(٢٥) - د. نبيل إبراهيم سعد – الضمانات غير المسماة في القانون الخاص – منشأة المعارف – ١٩٩١ – ص ٤ وما بعدها.

(٢٦) - د. رمضان أبو سعود – التامينات الشخصية والعينية – مصدر سابق – ص ٣٦.

(٢٧) - د. علي جمال الدين عوض – خطابات الضمان المصرفية – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٧ – ص ٢٥.

(٢٨) - د. محي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة – مصدر سابق – ص ٢٨٣.

(٢٩) - د. عبد الفتاح عبد الباقي – موسوعة القانون المدني المصري – نظرية العقد والإرادة المنفردة – مصدر سابق – ص ٦٧، ود. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – مصدر سابق – ص٤٥، ود. محمد علي امام – التامينات الشخصية والعينية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٧ – ص ١٠٦.

(٣٠) - د. مصطفى عبد الجواد حجازي – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ١٢٥.

(٣١) - السنهوري – الوسيط – الجزء العاشر – مصدر سابق – ص ١٠٧، ود. احمد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام في القانون المدني – مصادر الالتزام – ص ٢٢، ود. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – مصدر سابق – ص ١٩٤.

(٣٢) - د. عبد الودود يحيى – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ٣٨.

(٣٣) - د. منصور مصطفى منصور – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ٤٨.

(٣٤) - د. منصور مصطفى منصور – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ٤٨، و د. عبد الودود يحيى – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ٣٨.

(٣٥) - د. منصور مصطفى منصور – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ٤٨، و د. عبد الودود يحيى – عقد الكفالة – مصدر سابق – ص ٣٧ - ٣٨، و د. توفيق حسن فرج – التامينات الشخصية والعينية – مصدر سابق – ص ٤٠.

(٣٦) - د. محمد علي امام – التامينات الشخصية والعينية – مصدر سابق – ص ٦٣.

(٣٧) - د. احمد محمود سعد - التامينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني (الكفالة – الرهن الحيازي) – دراسة مقارنة – ط١ – ١٩٩٠ – ص ٩٢.

(٣٨) - د. نبيل إبراهيم سعد – التامينات الشخصية والعينية – مصدر سابق – ص ٢٥.

(٣٩) - منشور على موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية على الموقع الاليكتروني:

www.cc.gov.eg/madny.aspx

(٤٠) - د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي – فكرة العقد المجرد – دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي – بحث منشور في مجلة القانون المقارن – العدد ٣٩ – لسنة ٢٠٠٦ – ص ٧٧-٧٨.

(٤١) - ينظر في تعريف حوالة الدين د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير – نظرية الالتزام في القانون المدني المصري – دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي – ج٢ – احكام الالتزام – دار أبو المجد للطباعة – ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧م – ص ٤١٦.

د. عبد الودود يحيى – حوالة الدين – دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والمصري – اطروحة دكتوراه – دون مكان طبع – ١٩٦٠ – ص٣٦٩.

د. ايمن سعد – احكام الالتزام – دراسة مقارنة – مصدر سابق – ص ٣٤٢.

د. حسن علي ذنون – شرح القانون المدني العراقي – احكام الالتزام – العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة – ط٢ – ٢٠٠٧ – ص ٢٠٨.

(٤٢) - د. درع حماد – النظرية العامة للالتزامات – القسم الثاني – احكام الالتزام – دار السنهوري – بيروت – ٢٠١٦ ، ص١٩٩.

(٤٣) - د. عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ،الأستاذ المساعد محمد طه البشير – القانون المدني واحكام الالتزام – ج٢ – مكتبة السنهوري – بغداد – ٢٠١٢ – ص ٢٢١-٢٢٢.

(٤٤) - ينظر نصوص المواد (٣٦٢ – ٣٧٤) مدني عراقي والمواد (٣٠٣ – ٣١٤) مدني مصري.

(٤٥) - د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه – النظرية العامة للالتزام – الجزء الثاني – احكام الالتزام – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – ١٩٩٣ – ص ٣٢٢.

(٤٦) - د. حسام الدين كامل الاهواني – النظرية العامة للالتزام – ج٢ – احكام رابطة الالتزام – ط٣ – ٢٠٠٠ – ص ٤٧٣.

(٤٧) - د. أنور سلطان – العقود المسماة – عقدي البيع والمقايضة – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٥ – ص ٤١٢.

(٤٨) - ينظر نص المادة (٣٤٦) مدني عراقي.

(٤٩) - د. محمد حسام محمود لطفي – النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام – ط٢ – النسر الذهبي للطباعة – ٢٠٠٢ – ص ٤٠١.

(٥٠) - د. حسام الدين كامل الاهواني – النظرية العامة للالتزام – ج١ – المجلد الأول – المصادر الارادية للالتزام – ط٣ – ٢٠٠٠، ص٢٦٠.

(٥١) - د. عبد الرشيد مأمون – احكام الالتزام – دار النهضة العربية – دون سنة طبع – ص ٢٧١.

(٥٢) - د. محمد عبد القادر محمد – النظرية العامة للالتزام – ج٢ – احكام الالتزام – المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية – ط١ – ٢٠٠٠ – ص ٣٩٥.

(٥٣) - د. عايد فايد عبد الفتاح فايد – احكام رابطة الالتزام – ط١ – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠١٠ – ص ٢٩٥.

(٥٤) - المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري – مشار اليه في د. عايد فايد عبد الفتاح فايد – المصدر نفسه – ص ٢٩٧.

(٥٥) - د. محمد حسن عبد الرحمن – احكام الالتزام – دراسة مقارنة – ط٢ – دار النهضة العربية – ٢٠١٠ – ص ٣٠٧.

(٥٦) - د. عبد المجيد الحكيم واخرون – القانون المدني واحكام الالتزام – مصدر سابق – ص ٢٣٠.

(٥٧) - د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – ج٣ – احكام الالتزام – مطبعة الفجالة الجديدة – ١٩٥٤ – ص ٢٨٤ – ٢٨٥، حيث يقول المؤلف (لا يجوز للمحال عليه ان يتمكسك بالدفوع الخاصة بشخص الأصيل ومثالها المقاصة عن حق الأصيل قبل المحال له اذ لو جاز للمحال عليه ان يحتج على المحال له بحق للمحيل في مواجهته لكان معنى ذلك ان يجوز للمحال عليه الا يدفع الدين وان يضطر المحيل الى الوفاء بدلا منه من طريق الحق الذي له في مواجهة المحال له ولتمكن المحال عليه بذلك من عدم تنفيذ الالتزام الذي التزم به في مواجهة المحيل بمقتضى عقد الحوالة، من اجل ذلك امتنع على المحال عليه ان يدفع في مواجهة المحال له بالمقاصة عن حق الأصيل في مواجهته).

ينظر عكس هذا الراي د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية – الكتاب الثاني – احكام الالتزام – دار النهضة العربية – ١٩٨٨ – ص ٣١٥.

ولعل هذا التباين في اراء الفقهاء المصريين راجع لعدم وجود نص صريح في القانون المدني المصري يقر تجريد التزام المحال عليه قبل المحال له كما هو الحال في القانون المدني العراقي.

(٥٨) - السنهوري – الوسيط – ج٣ – نظرية الالتزام – بوجه عام – الأوصاف – الحوالة – الانقضاء – نهضة مصر – ٢٠١١ – ص٦٠٢.

(٥٩) - السنهوري – الوسيط – المصدر نفسه – ص ٦٠٣.

(٦٠) - ينظر د. ايمن سعد – احكام الالتزام – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠١٦، ص ٣٤٩.

(وقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يأتي ((وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة (٤٥٣) لحكم حوالة الدين من حيث اعتبارها تصرفا قانونيا مجردا ينعزل عن سببه، كما هو الشأن في حوالة الحق، ويراعى ان وجه الحكم بين لا سبيل الى الشك فيه متى انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن الأصيل.

فالواقع ان الحوالة تكون في هذه الحالة مستقلة كل الاستقلال عن رابطة المدين الأصلي بالمدين الجديد ولا يكون للمحال عليه ان يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت تربطه بالمدين الأصلي، ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب في الحوالة كما هو الشأن في بيع محل تجاري أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشتري فان الحوالة تعتبر شقا من البيع، غني عن البيان ان هذه الحالة تختلف كل الاختلاف عن حالة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة، اذ ان هذا التعاقد مستقل من كل وجه عن علاقة المحال عليه بالمدين الأصيل، اما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب فعلاقات المدينين هي التي تعتبر سببا قانونيا لالتزام المحال عليه قبل الدائن ، ولو قيل بغير ذلك لندران يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص اخر في هذه الحالة، وللمحال عليه طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة (٤٥٣) ان يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء استنادا الى تخلف الأصيل بالتزامه في بيع قد عقد بينهما وله كذلك ان يحتج عليه بالتقايل في هذا البيع.

على انه يشترط للتمسك في مثل هذه الدفوع ان يكون الدائن والمفروض انه يظل بمعزل عن الحوالة قد علم بشروطها وليس ينبغي ان يغيب عن البال ان هذه القاعدة مفسرة أو متممة فللمتعاقدين ملىء الخيار في الخروج عليها ويراعى من ناحية أخرى انه اذا خصص دين كان المحال عليه ملزما به قبل المدين الأصلي، وكان الدين باطلا فلا يكون المحال عليه ملزما قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الأصيل، ويكون له التمسك قبل الدائن ببطلان دينه قبل المدين الأصيل.

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري –ج٣ –ص ١٥٤ – ١٥٥ نقلا عن د. ايمن سعد – احكام الالتزام –دراسة مقارنة –مصدر سابق –ص ٣٥٠ – ٣٥١.

(٦١) - السنهوري – الوسيط –ج٣ –مصدر سابق –ص ٦٠٤.

(٦٢) - السنهوري – المصدر نفسه –ص ٦٠٤.

(٦٣) - السنهوري – الوسيط –ج٣ –مصدر سابق –ص ٨٥٠.

(٦٤) - يطابق نص هذه المادة نص المادة (٣٥٩) من القانون المدني المصري ونص المادة (٣٥٧) من القانون المدني السوري ونص المادة (٣٤٦) من القانون المدني الليبي.

(٦٥) -د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير –نظرية الالتزام في القانون المدني المصري –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي –ج٢ – احكام الالتزام –دار أبو المجد للطباعة – ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧م، ص٤٤٩.

(٦٦) - د. عبد الرشيد مأمون – احكام الالتزام – دار النهضة العربية – دون سنة طبع، ص ٣٣٨.

(٦٧) - د. جميل الشرقاوي –نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري –مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٥٦ .

(٦٨) - ينظر نص المادة (٩٤٢) و (٩٤٤) مدني عراقي.

(٦٩) - د. عايد فايد عبد الفتاح فايد – احكام رابطة الالتزام –مصدر سابق –ص ٢٤٨.

(٧٠) - د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام –ج٣ – احكام الالتزام –مطبعة الفجالة الجديدة – ١٩٥٤، ص٨٩.

(٧١) -د. محمد عبد القادر محمد – النظرية العامة للالتزام –ج٢ – احكام الالتزام – المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية –ط١ – ٢٠٠٠، ص ٤٦٤.

(٧٢) -د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه – النظرية العامة للالتزام – الجزء الثاني – احكام الالتزام –مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – ١٩٩٣، ص ٣٤٦.

(٧٣) - د. عبد الرشيد مأمون –مصدر سابق –ص ٣٢٠.

(٧٤) -د. عصمت عبد المجيد بكر –مصادر الالتزام في القانون المدني –دراسة مقارنة – المكتبة القانونية –بغداد –ط١ – ٢٠٠٧ ، ص ١٩١.

(٧٥) - د. عبد الرشيد مأمون – المصدر نفسه –ص ٣٣٩.

(٧٦) - د. عصمت عبد المجيد بكر – المصدر نفسه –ص ١٩١.

(٧٧) - د. ايمن سعد – احكام الالتزام –دراسة مقارنة –مصدر سابق –ص ٧٧.

(٧٨) - يقابل نص هذه المادة نص المادة (٣٦٠) مدني مصري التي تنص على (١- اذا اتفق المتعاقدان في الانابة على ان يستبدلوا بالالتزام سابق التزاما جديدا، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها ان تبرا ذمة المنيب قبل المناب لديه، على ان يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا، والا يكون المناب معسرا وقت الانابة، ٢- ومع ذلك لا يفترض التجديد في الانابة فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول).

حيث يلاحظ ان المادة اعلاه جاءت اكثر تفصيلا في فقرتها الأولى من المادة (٤٠٦) مدني عراقي حيث اشترطت انه اذا كانت الانابة كاملة يشترط فيها ثلاث شروط لكي تعتبر صحيحة وهي:

١- ان تبرا ذمة المنيب تجاه المناب اليه.

٢- ان يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا أي لا يحتوي على سبب من أسباب البطلان أو ان يكون معيبا بعيب من عيوب الإرادة.

٣- الا يكون المناب معسرا وقت الانابة =

= ولعل هذه الشروط الثلاثة للانابة الكاملة يمكن العمل بها في القانون العراقي كونها تعتبر ضمن القواعد العامة ولعل الأفضل للمشرع العراقي ان ينص عليها ليسهل عمل القضاء من جهة ويزيد الائتمان لاطراف الانابة من جهة اخرى.

(٧٩) -د. حسن علي ذنون –شرح القانون المدني العراقي – احكام الالتزام – العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة –ط٢ – ٢٠٠٧ ، ص ٣٠٨.

(٨٠) - د. حسام الدين كامل الاهواني – النظرية العامة للالتزام –ج٢ – احكام الالتزام –مصدر سابق –ص ٦٣٤.

(٨١) - د. عبد المجيد الحكيم واخرون – القانون المدني واحكام الالتزام –مصدر سابق –ص ٢٣٠.

(٨٢) - د. ايمن سعد – احكام الالتزام –دراسة مقارنة –مصدر سابق –ص ٧٨.

(٨٣) - د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير – احكام الالتزام –مصدر سابق –ص٤٥٣.

(٨٤) - د. جميل الشرقاوي –نظرية بطلان التصرف القانوني –مصدر سابق –ص٤٠٣.

(٨٥) - د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – ج٣ – احكام الالتزام –مصدر سابق –ص٩٢.

(٨٦) - د. عبد الرشيد مأمون –مصدر سابق –ص ٣٣٩.

(٨٧) - تطابق هذه المادة نص المادة (٣٦١) مدني مصري.

(٨٨) - ومع ذلك فقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ان (الفكرة الجوهرية في الانابة هي ان تعهد المناب قبل المناب له تعهد مجرد).

واهم ما يتفرع عن هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المناب على المناب له بالدفوع التي كان له ان يتمسك بها قبل المنيب أو بالدفوع التي كان للمنيب ان يتمسك بها قبل المناب له).

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – ج٣ –ص ٢٦٥ - السنهوري – الوسيط – ج٣ - مصدر سابق –ص ٨٧٣.

(٨٩) - د. ايمن سعد – احكام الالتزام –دراسة مقارنة –مصدر سابق –ص ٨٧.

(٩٠) - السنهوري – الوسيط – ج٣ - مصدر سابق –ص ٨٧٠.

(٩١) - د. جميل الشرقاوي –نظرية بطلان التصرف القانوني –مصدر سابق –ص٢٨٢.

(٩٢) - د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – ج٣ – احكام الالتزام –مصدر سابق –ص٩٧.

(٩٣) -د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي –فكرة العقد المجرد –دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي –بحث منشور في مجلة القانون المقارن – العدد ٣٩ – لسنة ٢٠٠٦ ، ص٧٠.

(٩٤) - المشكلة التي نعرضها بخصوص هذا النص قائمة في قوانين البلدان العربية المماثلة في المادة (٣٦١) مدني مصري والمادة (٢٥٩) مدني سوري والمادة (٣٤٨) مدني ليبي.

(٩٥) - ومع ذلك فان الدكتور السنهوري يرى ان التزم المناب نحو المناب لديه يبقى في الانابة الكاملة (ولو ثبت ان التزامه نحو المنيب باطل لاي سبب من أسباب البطلان أو ان هذا الالتزام قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء أو ان هناك أي دفع اخر، يمكن ان يدفع به هذا الالتزام).

السنهوري – الوسيط، ج٣ – مصدر سابق –ص ٨٧٠.

(٩٦) -د. وليم سليمان قلادة – التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري –دراسة مقارنة – المطبعة التجارية الحديثة – القاهرة –ط١ – ١٩٥٥، ص ٢٩١.

(٩٧) - د. جميل الشرقاوي –نظرية بطلان التصرف القانوني –مصدر سابق –ص١٨٣.

(٩٨) -د. ٢١٢-محمود أبو عافية – التصرف القانوني المجرد – اطروحة دكتوراه –كلية الحقوق –جامعة فؤاد الأول – القاهرة – مطبعة جامعة فؤاد الأول – ١٩٤٧، ص ٢٢٢.

(٩٩) -د. ياسين محمد الجبوري – الوجيز في شرح القانون المدني الأردني – ج٢ –في اثار الحقوق الشخصية – احكام الالتزام –ط١ – اربد – الأردن – ١٩٩٧ –ص١١٣.

(١٠٠) -د. صدام فيصل كوكز و د. اسعد عبيد الجميلي –تجريد الالتزام من الدفوع -دراسة مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية –بحث منشور في مجلة العلوم القانونية – العدد الثاني – ٢٠١٣ ، ص٢٨.

(١٠١) - د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – ج٣ – احكام الالتزام –مصدر سابق –ص٩٧.

(١٠٢) - د. جميل الشرقاوي –نظرية بطلان التصرف القانوني –مصدر سابق –ص٤٠٤.

(١٠٣) -د. إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – ج٢ – احكام الالتزام –مطبعة عبد الله وهبة – عابدين –مصر – ١٩٦٧ – ف ٢٤٩ –ص ٤١١ وما بعدها.

(١٠٤) - المبسوط للسرخسي – ج٢ –ص ٨٥ نقلا عن د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي –فكرة العقد المجرد –مصدر سابق – ص ٧٨.