فكرة التبعية في الالتزام (دراسة مقارنة)

أ.م.د. منصور حاتم محسن الفتلاوي وهب حاكم هاشم الحجيمي

جامعة بابل / كلية القانون

The idea of dependency in commitment (A Comparatve Study)

P.Dr.Mansour Hatem Muhsin AL-Fatlaw
Wahab Hakem Hashem al hujiami
College of law University of Babylon

Abstract

The transmission of the idea of dependency in the obligation includes the prominent image that this idea is in the commitment, when the obligation is related to another obligation based on its inception, therefore its fate is to move from one person to another based on the original commitment as well according to the bond that binds them, which is the dependency. The idea of dependency in the obligation is also governed by the rule of the follower and the follower between the obligations, and that the expiration of the asset leads to the expiration of the dependency as well .
Key words: dependency, commitment, idea

الملخص:

يتضمن انتقال فكرة التبعية في الالتزام الصورة البارزة التي تكون عليها هذه الفكرة في الالتزام, فعندما يكون الالتزام مرتبطاً بالالتزام آخر مستندً في نشوءه عليه بالتالي يكون مصيره في الانتقال من شخص الى آخر مستنداً الى الالتزام الأصلي كذلك بموجب الرابطة التي تربط بينهما وهي التبعية, أما انقضاء فكرة التبعية في الالتزام فهي أيضاً تحكمها قاعدة التابع والمتبوع بين الالتزامات, وأن انقضاء الأصل يؤدي الى انقضاء التبعية كذلك .

الكلمات مفتاحية: تبعية، الالتزام، فكرة

المقدمة

إن من الأمور التي يكون فيها تأثير واضح لحالة التبعية في الالتزام هي الأحكام المتعلقة بالانتقال والانقضاء, فمن المعروف وطبقاً لحالة التلازم والارتباط بين الالتزامات التي تكون أحداها أصيلة والأخرى تابعة هو أن الاخيرة تتأثر بما يرد على الأولى من أحكام, فعندا يتم انتقال الالتزام الأصلي من شخص لآخر فإن ذلك يستتبعه بالضرورة انتقال الالتزام الذي يتبعه, فالدين وهو التزام أصلي عندما يتم انتقاله بموجب الأحكام المنظمة لذلك (حوالة الدين) فأن ذلك يؤدي الى انتقال توابع ذلك الالتزام (كالكفالة) التي تكفل الوفاء بالالتزام الأصلي وهو الدين كما ذكرنا, لأنها متعلقة به ومن لوازمه, فالكفالة عقد به يكون تنفيذ الالتزام, الأصلي مؤكداً, فطبيعي والحالة هذه أن تنتقل معه الى أي شخص ينتقل اليه الدين . وهذا ينطبق على حالات الانقضاء التي تنقضي بها الالتزامات بالتبعية, فبقاء التبعية منوط ببقاء الالتزام الذي قامت بالاستناد عليه ومن أجل الوفاء به وهو الالتزام الأصلي . وأذا كان الكلام الذي ذكرناه يشكل قاعدة أساسية لحكم حالة فكرة انتقال وانقضاء فكرة التبعية, فإن لهذه استثناء يتمثل بانتقال وانقضاء فكرة التبعية بغض النظر عن الالتزام الأصلي, فقد يحصل وان تنتقل فكرة التبعية من دون الالتزام الأصلي كما سنوضح ذلك من خلال البحث, وينطبق هذا على انقضاء فكرة التبعية من دون الالتزام الأصلي الذي يبقى قائماً بعد ذلك كما في حالة تحديد مدة للكفالة تنتهي بانتهائها . الا أن ذلك لا يزيل صفة التبعية عنها بوصفها حالة خاصة تتمتع بها كباقي الالتزامات الأخرى . وذلك سنقسم البحث على مبحثين, نتناول في المبحث الأول انتقال فكرة التبعية في الالتزام, وفي المبحث الثاني سنبحث انقضاء فكرة التبعية في الالتزام .

وما توفيقي الا بالله

المبحث الاول

انتقال فكرة التبعية في الالتزام

فاذا ما نقل الالتزام الى شخص اخر وكان متبوعا فما هو حكم التابع في هذه الحالة, وهذا ما سيكون عنوان المطلب الأول . ثم هل من الممكن ان ينتقل التابع دون المتبوع ؟ هذا ما سنحاول البحث فيه من خلال المطلب الثاني .

المطلب الأول

انتقال الالتزام بالتبعية

وفي هذا الصدد نجد خلافاً بين القوانين المدنية والفقه الاسلامي نرى من الاهمية أن نناقش آراء كلاً منهما على انفراد . وعلى ذلك سنخصص للكلام عن انتقال التبعية في الفقه الإسلامي مستقلاً عن انتقال التبعية في القانون المدني من خلال الآتي:

الفرع الأول

الانتقال بالتبعية في الفقه الإسلامي

لما كان من مقتضى تطبيق القواعد الفقهية (التابع تابع) و (التابع لا يفرد بالحكم) إنها تجعل من نقل الالتزام التبعي بالتبعية مرتبطاً بانتقال الاصل, لكن فيما يتعلق بهذا الخصوص نجد إن الفقهاء المسلمون قد اختلفوا بهذا الشأن, ومرجع الاختلاف هو مدى هذا الانتقال وما يمكن ان تتأثر به التبعية نتيجة لانتقال المتبوع, فقد ذهب المشهور عند الحنفية [1044].

الى ان الحوالة تبرى المحيل والكفيل معاً, فهي لا تسقط الدين وإنما تنقل المطالبة به الى ذمة المحيل عليه [1045], وبهذه الحالة تبرأ ذمة المحيل والكفيل . أما زفر منهم فيذهب الى إنها – أي الحوالة – لا تبرئ المحيل والكفيل حتى من المطالبة, فالحوالة تفيد نقل الدين وتحويله من ذمة الى أخرى [1046] . أما المالكية فأنهم لم يخالفوا الجمهور في ذلك [1047] من خلال أن الحوالة عندهم تبرأ صاحبها في حالة تم إشتراط ذلك من قبل المحيل [1048] . أما الفقه الحنبلي فهو أيضا ذهب الى ما سار عليه الفقهاء المسلمين, فمن الثابت عندهم أن المحيل يبرأ من الدين بمجرد التراضي بين الطرفين, ((ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق, فرضي, فقد برئ المحيل أبداً)) [1049]. أما الشافعية [1050] فأنهم خالفوا بقية الفقهاء في تبعية الانتقال من خلال ما جاء بأحاديثهم, فبقاء وأنتقال التابع بالتبعية عندهم مرتبطاً بالاطلاق وعدمه, فأن أطلق المحيل في الحوالة ولم يبين حال التوابع من رهن أو ضمان لم ينتقلا بالحوالة ويؤدي ذلك الى فك الرهن وبراءة الضامن, أما خلاف ذلك وهو عدم الاطلاق فأن ذلك يؤدي الى أنتقال الرهن والضمان لكن هذا لا يعني أنتقالهما بصفة توابع الدين وأنما حصل هذا الانتقال كون أن الوارث خليفة المورث .

أما فقهاء الامامية [1051] فانهم أخذو بمبدأ جمهور الفقهاء, فأننا نجد من خلال ما ذهبوا اليه من براءة المحيل عن الدين, كونه يحول ذلك الدين الى ذمة المحيل عليه . وأيضاً فيما يتعلق بالرهن وسقوطه – فك الرهن – حيث أن من أسباب فك الرهن هي الحوالة, فالحوالة والضمان يقومان مقام اداء الحق وخروجه من الذمة .

ونخلص الى القول بأن جمهور الفقهاء لم يأخذ بأنتقال التبعية عن طريق الحوالة, وأنما جعلها مما يبرأ به الأصيل من المطالبة ومن ثم أنقضاء التبعية بأعتبار إن (التابع تابع) و (التابع لا يفرد بالحكم) و (براءة الاصيل توجب براءة الكفيل),

---

(1044) أنظر د. محمود عباس السامرائي, انتقال الالتزام بين الأحياء, مطبعة جامعة بغداد, 1980, ص 83 .

(1045) أنظر في ذلك د. محمد بن إبراهيم الموسى, نظرية الضمان الشخصي – الكفالة – الجزء الاول, طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية على نفقة شركة لاكي للتنمية المحدودة, 1411هـ, 1991م, ص 502 .

(1046) نصت المادة (662) من المجلة (براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) وكذلك المادة (690) (حكم الحوالة هو أنه يبرأ المحيل من الدين وكفيله من الكفالة أن كان له كفيل ...) .

(1047) أنظر عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي, المصدر السابق, ص 206 .

(1048) أنظر في ذلك ابي الوليد محمد بن أحمد أبن رشد القرطبي الأندلسي, مصدر سابق, ص 291 .

(1049) أنظر في ذلك الحبيب بن طاهر, الفقه المالكي وأدلته, ص 459 .

(1050) أنظر في ذلك شمس الدين محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير, ج 4, مصدر سابق, ص 426.

(1051) أنظر بهذا الصدد السيد علي السيستاني, مصدر سابق, المسألة 1182, ص 320 .

خصوصاً وان هذا الامر مقرر بشكل صريح كما سبق أن بينا من خلال ما جاء بنصوصهم ولم يخالفهم في ذلك الا زفر من الحنفية وفقهاء المالكية .

الفرع الثاني

الانتقال بالتبعية في القانون المدني

ان التابع يلحق متبوعه في الحكم بحيث ان تأثر التابع ببعض الاحكام نتيجة لتأثر المتبوع بها, ومن هذه الاحكام هو الانتقال, فاذا ما نقل الالتزام الاصلي وكان له التزام يتبعه فانه ومن مقتضى قاعدة (التابع تابع) يتبعه في الانتقال لأنه حكما يكون مرتبطا به [1052] . وهذه الفكرة هي التي أملت على القوانين المدنية بضرورة النص على ذلك وبيان كيفية أن تنتقل التبعية تبعاً للالتزام التي تستند اليه, ويبدو ذلك من خلال ضمانات الالتزام كالكفالة والرهن بصفتها التزامات تبعية بعد ان تتم حوالة ذلك الدين على شخص اخر[1053].

اما الحكم في القانون المدني الفرنسي فيعطي المعنى المراد من ذلك [1054] فانتقال الرهن مرتبط بانتقال العقار وهو تجسيد لفكرة التبعية بينهما . فانتقال الالتزام بالتبعية كما يصورها البعض من الفقهاء[1055] عبارة عن اثر طبيعي يترتب على انتقال الالتزام الأصلي كما في بعض التأمينات كالكفالة .

وخلاصة القول أن المبدأ العام في الانتقال بالتبعية هو أنها لا تخالف الالتزام الالتزام الاصلي في ذلك بل تتأثر بهذا الانتقال بشكل يكاد يكون مطلقاً نظراً لعدم تصور بقاءها من دونه وهذا استقرار لمضمون القاعدة (التابع تابع) و (التابع لا يفرد بالحكم) فالتبعية هنا لايقيدها في الانتقال كما رأينا الا في حالة كون الكفيل أو الراهن غير المدين, أما غير ذلك فهي تلازم الاصل في الانتقال .

المطلب الثاني

أحكام انتقال فكرة التبعية بصورة مستقلة

أن فكرة التبعية في الالتزام وبما تملكه من جوانب الاستقلال بما في ذلك انتقالها من التزام الى آخر يستدعي ذلك أن نناقش هذه الفكرة أيضاً من خلال الفقه الاسلامي والقانون المدني, وذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول

انتقال التبعية بصفة استقلالية في الفقه الإسلامي

قد نستنتج ومن خلال ما ذهب اليه الفقه من تصور الانتقال للتبعية مستقلة عن متبوعها, وأن كانت في حدود ضيقة وجوانب محددة [1056].

فالأمامية يرى المشهور عندهم [1057] الى عدم جعل الثمن مرهونا مكان العين المرهونة في حالة بيعها قبل حلول الاجل ولو كان ذلك بأذن المرتهن, الا في حالة اشتراطه ذلك – أي المرتهن – فأن ذلك معناه انتقال حق الرهن الى الثمن, أما القول الاخر فهو الشيخ حيث يرى بانتقال الرهن الى الثمن اذا كان بعد حلول الأجل . فموت الكفيل لا يترتب عليه انتقال الكفالة الى الوارث وأنما تبطل بموته [1058] .

(1052) أنظر في ذلك محمود أحمد مروح مصطفى, الكفالة أنواعها وطرق الابراء منها, ط 1, دار النفائس, الاردن, 2003, ص 113 .
(1053) أنظر د. نبيل أبراهيم سعد, التنازل عن العقد, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2004, ص 145 .
(1054) أنظر نص المواد (2393 - 2424) من القانون المدني الفرنسي .
(1055) أنظر د . عبد الودود يحيى, حوالة الدين, دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الالماني والمصري, دار النهضة العربية, القاهرة, 1992, ص 261 .
(1056) وذلك من خلال الرهن وانتقاله مستقلاً عن متبوعه .
(1057) أنظر في ذلك السيد محمد حسن العاملي, مصدر سابق, ص 92 – 93. كذلك أنظر في ذلك السيد علي السيستاني, مصدر سابق, مسألة 1049, ص 292 .
(1058) أنظر في تفصيل ذلك السيد محمد حسن العاملي, المصدر السابق, ص 75 .

فالفقهاء ينظرون في جواز بيع الرهن وحلول الثمن محله لوجود المسوغ الشرعي من ذلك وبالتالي جواز التصرف بالبيع في العين المرهون بالبيع بحالات معينة وضعها الفقه [1059] وهذا التصرف الذي من شأنه أن ينقل الرهن دون الدين المضمون الى الثمن ما هو الا تطبيق لانتقال التبعية دون الاصل . والحالة الثانية التي نستنتج منها انتقال التبعية بغض النظر عن المتبوع هي حالة وضع المرهون تحت يد عدل باتفاق الفقهاء[1060] فيجوز بعد ذلك انتقاله الى أخر باتفاق الطرفين مع بقاء الدين على حاله واستقلال التبعية بحالها مع وجود الأسباب التي تدعو الى ذلك, وهو ما ذهب اليه الأمامية [1061] والحنابلة [1062] والحنفية [1063] والشافعية [1064] أما المالكية[1065] فلهم تفصيل في ذلك, فأن باع المرتهن العين قبل القبض ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أبن أبي زيد القيرواني الذي يجعل البيع صحيحاً ويحل الثمن محل الرهن .

الثاني: لابن القصار الذي يرى عدم صحة البيع وبقاء العين مرهونة أذا لم يفت بيد المشتري والا يصبح الثمن مكانه رهناً .

الثالث: لابن رشد الذي يرى فسخ البيع .

الفرع الثاني

انتقال التبعية استقلالاً في القانون المدني

فالفقه يجسد بعض الحالات التي تبدو في منطقها انها تنقل التابع بصفة مستقلة عن متبوعه, فانقضاء الدين بالتجديد قد يرتب أثرا وهو استمرار الرهن المقرر على الدين القديم وانتقاله الى الدين الجديد لضمانه باتفاق الطرفين[1066] . فعندما يتنازل المرتهن عن حقه المقرر على عقار معين لصالح شخص اقرضه مبلغا من المال فعندها يمكن ان نقول بانتقال الرهن دون الدين المضمون[1067].

ويبدو ذلك واضحاً من خلال تجديد الالتزام[1068] الذي يرتب أثره في انتقال التبعية مستقلة عن الالتزام الاصلي بعد انقضاءه ويكون ذلك بالاتفاق سواء بين الدائن والمدين. وأيضاً النتيجة المترتبة على قسمة العقار المرهون في القانون المدني المصري[1069] التي تقرر انتقال الرهن الى العين التي وقعت في نصيب الشريك الراهن .

وهناك من يذهب من الفقه[1070] الى تسمية هذا الانتقال (بالحلول العيني) كما هو الحال في الرهن, وطبقاً لذلك يكون المال الذي يحل محل العين المرهونة أذا هلكت مرهوناً مكانها وتنتقل اليها حقوق الدائن المرتهن . وقبل أن نختم الحديث عن بخصوص مضمون هذا الفرع واستنادً الى ما قدمناه نرى إن البعض[1071] لم يكن موفقاً عندما ذهب الى إلى القول بأن المشرع العراقي لم يعترف لفكرة للتبعية في الإنتقال بصورة مستقلة, صحيح إنها محكومة بقاعدة (التابع تابع) وتتأثر بها لكن ذلك التأثر نسبياً, كما مر من جوانب الاستقلال التي تحظى بها . فأننا نرى بأن المشرع العراقي قد أورد التطبيقات التي تدل على الانتقال بصورة مستقلة – وكما رأينا – وبالتالي فأنه أقر بصورة غير مباشرة لفكرة التبعية في الانتقال بغض النظر عن الالتزام الأصلي.

([1059]) أنظر في ذلك المواد (747) و (759) من مجلة الأحكام العدلية .

([1060]) أنظر في ذلك فرج توفيق الوليد, الرهن في الشريعة الإسلامية – بحث مقارن الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي, مطبعة القضاء, النجف, 1393هـ - 1973م, ص 342 .

([1061]) أنظر في ذلك الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي – الشهيد الأول – الدروس الشرعية في فقه الامامية, ط 1, ج3, تحقيق مؤسسة النشر الإسلامية, ص 395 .

([1062]) أنظر في ذلك الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسي, ج 4, مصدر سابق, ص 388 .

([1063]) أنظر المادة (908) وكذلك المادة (747) من مجلة الأحكام العدلية .

([1064]) أنظر في ذلك أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي, مصدر سابق, ص 644 .

([1065]) أنظر للمزيد من التفصيل الحبيب بن طاهر, ط1,ج 5, مؤسسة المعارف, بيروت, ص 363.

([1066]) أنظر في ذلك د. عبد المنعم البدراوي, التأمينات العينية, بلا مطبعة, 1997, ص 20 .

([1067]) انظر في ذلك د. احمد سلامة, التأمينات المدنية, مصدر سابق, ص 360 .

([1068]) التجديد طريق من طرق انقضاء الالتزام قديم ونشوء آخر محله .

([1069]) أنظر في ذلك المادة (2/1039) من القانون المدني المصري . ولا يوجد مقابل لها في القانون المدني العراقي.

([1070]) أنظر في ذلك د. السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, ج 6, المجلد الاول, ص 802 .

([1071]) أنظر في ذلك د . عقيل فاضل حمد الدهان, تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني, ص 138 .

الفرع الثالث

الاستثناءات التي ترد على الانتقال بصفة تبعية

لما كان لكل قاعدة استثناء واذا كنا قد بحثنا في الفرع السابق حالة يكون فيها التابع قد خالف متبوعه من خلال انتقاله بصورة مستقلة عنه, فهنا ايضا سنجد ان التابع لا يوافق متبوعه حكما ولكن من خلال انه لا ينتقل بانتقال المتبوع, وهذه الحالة جسدها القانون المدني العراقي[1072] فالكفالة لا تنتقل الى المحال عليه في حالة حوالة الحق أو حوالة الدين – الا برضاء الكفيل كما سنرى – وكذلك القانون المدني المصري[1073]. والحالة الاخرى التي اشار اليها المشرع العراقي وهي الحوالة بدون عوض, فلا يضمن المحيل وجود الحق, من ذلك نستنتج ان الحوالة اذا كانت بطريق التبرع فليس من شان ذلك ان يلزم المحيل بضمان الحوالة قبل المحال له, وهذ واضح من تعبير المشرع العراقي الذي استخدم مصطلح (الضمان) وهو التزام تابع[1074] . وهو مطابق لما جاء بالقانون المدني المصري في المادة (2/308) التي اشارت الى نفس الحكم .

ويعلل البعض من الفقه[1075] مسلك المشرع العراقي في هذا الصدد هو أنه لما كانت هذا التوابع غير مملوكة للمدين فلا تنتقل بانتقاله, هذا اذا كانت الالتزامات التبعية مصدرها الاتفاق, اما اذا كان هذه الالتزامات مصدرها القانون بان يكون القانون انشاها فهل يسري عليها حكم الالتزامات الاتفاقية وتسقط عند انتقال الالتزامات الاصلية ام ان لها حكما اخر ؟

يجيب الفقه[1076] على ذلك بعدم سقوط تلك الالتزامات أذا كان مصدرها القانون معللا ذلك بأن القانون عندما يكون مصدراً لنشوء تلك الالتزامات – ومنها الالتزامات التي تضمن الوفاء بذلك الحق – فأنه يكون بذلك قد راعى الدين المضمون بها تاركاً إرادة المتعاقدين التي لا أثر لها في أسقاط تلك الالتزامات .

المبحث الثاني

انقضاء فكرة التبعية في الالتزام

نتناول في هذا المبحث الحالات التي ينقضي فيها الالتزام التابع فنقول بانه لا يختلف عن الالتزام الاصلي بهذا الصدد اي ان هناك حالات ينقضي بها بصفة اصلية واخرى تبعا لانقضاء الالتزام الاصلي . وبعد فأننا سنقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول الانقضاء بصفة تبعية ونتناول في المطلب الثاني الانقضاء بصفة أصلية أما في المطلب الثالث نتناول الاستثناءات التي ترد على انقضاء الالتزامات التبعية .

المطلب الأول

الانقضاء بصفة تبعية

ولعل من جملة الاحكام التي تسري عليها فكرة التبعية بين الالتزامات هي حالات الانقضاء, فقد ينقضي الالتزام بتنفيذه وقد ينقضي بدون ذلك وهذا ما سنبحثه من خلال الآتي:

الفرع الأول

انقضاء فكرة التبعية في الالتزام بدون تنفيذه

أن من الاحكام التي تترتب على الالتزامات بصورة عامة ومنها التبعية هي حالة الانقضاء, فالالتزام لابد وأن ينقضي في النهاية وذلك لان طبيعتها تأبى التأبيد, والطرق التي تنقضي بها التبعية هي طرق انقضاء الالتزامات بصورة عامة وهو ما سنتناوله في هذا الفرع .

(1072) أنظر نص المواد (348 - 780) من القانون المدني العراقي .

(1073) نصت المادة (318) من القانون المدني المصري بان" 2 - ومع ذلك لا يبقي الكفيل، عينيا كان أو شخصيا ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة ".

(1074) نصت المادة (368) والتي جاء فيها (2- اما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق) .

(1075) أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, مصدر سابق, 271 . انظر في ذلك د. سمير عبد السيد تناغو, مصدر سابق, ص 362 .

(1076) انظر د. عبد الودود يحيى, مصدر سابق, ص 269 و ص 271 .

أولاً: الابراء:

لعل من اهم الحالات التي تؤدي الى سقوط الالتزامات ومنها التبعية هي حالة الابراء[1077] وهو حالة أسقاط الحق من قبل الدائن قبل مدينه, ولا يشترط شكل خاص لذلك ولا يتوقف على ذلك قبول المدين[1078] فالإبراء الحاصل لصالح المدين يستفاد منه الكفيل والراهن بالتبعية وبالتالي تسقط التزاماتهم استنادا الى سقوط الالتزامات الاصلية[1079]. الا ان هذا الكلام لا يجد له تطبيقا عند فقهاء الامامية, حيث يقول العلامة الحلي (رحمه الله) ((ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن)) [1080]، الا اذا اريد ذلك بان وقع عليه القصد بحيث يفهم من ابراء المضمون له المضمون عنه اريد به ابراء الاثنان معا (الضامن والمضمون عنه) وهو ما ذهب اليه محمد من الحنفية على خلاف الجمهور[1081] .

ومن الجدير بالذكر هنا ان الإبراء يقسم حسب وجهة نظر الفقه الإسلامي الى إبراء إسقاط وإبراء وفاء, فإذا أسقط الطالب دينه أو وهبه نكون أمام براءة إسقاط أي سقوط الالتزام دون أن يكون هناك وفاء, وهذا يستتبع سقوط الالتزام الذي يكون تابع له (كالكفالة), أما براءة الاستيفاء فهي تحصل بعد أن يتم وفاء الالتزام من قبل المدين وبالتالي تبرأ ذمته من الالتزام وكذلك براءة الالتزامات التبعية[1082] .

وقبل أن ننتهي من هذا الفرع نود أن نبين أن هناك حالة بينها الفقه الإسلامي يسقط فيها المتبوع ولا يسقط التابع, وهي حالة الاقرار القاصر على الكفيل مع إنكار المدين وعجز الدائن عن إثبات حقه, ففي هذه الحالة يسقط الأصل ويبقى الفرع وهو الكفالة, لكن ذلك مشروط بيمين المدين الأصلي[1083] .

ثانياً: الاستحالة في تنفيذ الالتزام

من المعلوم إنّ الالتزام العقدي لكي يكون بمقدور الأطراف المتعاقدة القيام بتنفيذه يجب أن يكون ممكناً[1084] .أما إذا كانت الاستحالة بسبب خطأ الأصيل, فتتحقق مسؤوليته عن هذا الخطأ ويبقى التزام الفرع قائماً كالكفيل لضمان الوفاء بهذا الالتزام[1085]. أذْ لا التزام بمستحيل وهذا الأمر لا تختلف بشأنه القوانين المدنية والفقه الإسلامي, فالفقه الإسلامي يرتب على زوال العقد سقوط الالتزامات التي يتضمنها طبقاً للقاعدة الفقهية التي تقول (إذا سقط الأصل سقط الفرع) [1086]. ولعل سقوط التبعية بالاستحالة نتيجة للسبب الأجنبي, لأنّ الالتزام يبقى قائماً ومرتباً آثاره في ذمة المدين إذا لم تكن الاستحالة راجعة الى السبب الأجنبي[1087] . لأنّ الالتزام لا ينقضي بغير ذلك وأنما يتحول الى المطالبة بالتعويض ويكون من ضرورات التبعية – الكفالة – ضمان الوفاء به[1088] .

([1077]) نصت المادة (420) من القانون المدني العراقي على " اذا ابرا الدائن المدين سقط الدين". تقابلها المواد (782) مدني مصري والمادة (1287) مدني فرنسي .

([1078]) لكن يمكن للمدين اذا ما رأي بان في ذلك مساس بكرامته ان يرده في المجلس اي مجلس الابراء . انظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق, ص 361 .

([1079]) أنظر المواد (760 – 761 - 905) من مرشد الحيران و المادة (662) من مجلة الاحكام العدلية.

([1080]) أنظر في ذلك شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام للمحقق الحلي الشيخ ابي القاسم نجم الدين محمد بن الحسن الهذلي, ج 3, دار الزهراء للطباعة والنشر, بيروت, ص 250 .

([1081]) أنظر في ذلك د. أحمد محمد إسماعيل, مصدر سابق, ص 134 .

([1082]) وهو احد قولي الحنفية وهو محمد انظر في ذلك بدائع الصنائع للكاساني, مصدر سابق, ص 407 .

([1083]) انظر في ذلك القواعد الفقهية للندوي, المصدر السابق, ص 391 .

([1084]) أنظر في ذلك المواد (425 - 168) من القانون المدني العراقي.

([1085]) انظر هامش د. محمود جمال الدين زكي, مصدر سابق, ص 94

([1086]) انظر في ذلك الاقناع في فقه الامام احمد ابن حنبل للشيخ المقدسي, مصدر سابق, ص 186 .

([1087]) أنظر في ذلك حامد شاكر محمود الطائي, إستحالة التنفيذ و أثرها على الالتزام العقدي – دراسة مقارنة – رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص, 2002 م, ص 127 .

([1088]) أنظر في ذلك د. سليمان مرقس, عقد الكفالة, مصدر سابق, ص 155 .

ثالثاً: التقادم المسقط

وإذا أردنا أن نبين أهم الملاحظات على هذا النص الذي استوحاه المشرع العراقي من الفقه الإسلامي نقول أنّه قد وقع في تناقض, فهو من جهة قد نص على عدم سماع الدعوى ولم ينص على سقوط الحق ايمانا منه بمبادئ الفقه الإسلامي (لا يسقط حق امرئ وإن قدم) ومن جهة أخرى إنه قد أورد هذا النص ضمن الفصل الخاص بانقضاء الالتزامات, هذا يعني أنه قد مزج بين الفكرة المأخوذة من الفقه الإسلامي وبين ما هو مستقر في الفقه الغربي . أما موقف القانون المدني المصري فهو على النقيض من ذلك تماما, فقد نص القانون المدني المصري في المادة (374) على " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص ..." أي أنه أخذ بصورة مباشرة بانقضاء الالتزام بصورة مباشرة على خلاف القانون المدني العراقي[1089] .

فالالتزام التابع يسقط بالتقادم إذا كانت مددته محددة ابتداءً, أما في حالة عدم تحديد المدة فسريان التقادم وترتيب أثره لا يكون إلّا عندما يكون الالتزام الأصلي مستحقاً, فمتى ما أصبح الدين مستحقا بدأت مدة التقادم بالسريان[1090] .

الفرع الثاني

الانقضاء بالتنفيذ

يمكن أن يسقط الالتزام التبعي بالتبعية دون أن ينفذ ذلك الالتزام ومن الحالات التي ينقضي بها الالتزام التبعي بصورة تبعية ولكن عن طريق تنفيذ الالتزام الأصلي وهذه الحالات هي ..

أولاً: الوفاء

إنّ الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزامات عموما هو قيام المدين بتنفيذ ما التزم به عينا, وهذا الوفاء الذي ينقضي به الالتزام التبعي يشترط به أن يكون صحيحاً وكاملاً[1091] . فالالتزام الأصلي إذا نفذ وكان ذلك التنفيذ ممن هو أهلاً لذلك ينقضي به ذلك الالتزام ويتبعه أيضاً انقضاء الالتزامات التي تتبعه[1092] وهذا موقف تتفق عليه القوانين المدنية المقارنة[1093] .

ثانياً: الوفاء بمقابل

فقد يتفق الطرفان على أن يقوم المدين بوفاء شيئاً آخر غير الشيء الذي تم التعاقد عليه ويحصل الوفاء عن طريق هذا الشيء وينقضي به الالتزام[1094] . ومتى ما حصل الوفاء بمقابل فإنه يؤدي الى انقضاء الالتزامات التبعية كالرهن والكفالة, لأنّ الالتزام الأصلي قد انقضى فيتبعه التابع بذلك, وهو ذو طبيعة مركبة – أي الوفاء بمقابل – فهو من جهة تجديد لمحل الالتزام ووفاء له أيضاً أي عن طريق نقل ملكية ذلك الشيء[1095].

ثالثاً: الانقضاء بسبب التجديد

والانقضاء بصفة تبعية بطريق التجديد يحصل إذا اتفق الدائن والمديين على استبدال التزام قائم بآخر جديد, فيترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي والالتزامات التبعية كالرهن والكفالة[1096], وقد يحصل أن يتم بتغيير المدين أو تغيير محل الالتزام أو

(1089) أنظر نص المادة (429) من القانون المدني العراقي
(1090) نقض مدني فرنسي 1, 20/تموز / يوليو 1981: نشرة مدنية 1, رقم 266, ص 49 .
(1091) أنظر في ذلك د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه, مصدر سابق, ص 475 .
(1092) أنظر في ذلك د. عبد المنعم البدراوي, مصدر سابق, ص 18 .
(1093) أنظر المادة (1315) من القانون المدني العراقي والمادة (1082) من القانون المدني المصري .
(1094) انظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم واخرون, مصدر سابق, ص 328 .
(1095) انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص 623 . وايضا بنفس المعنى د. عبد المجيد الحكيم, المصدر السابق, ص 330 .
(1096) وان كانت هناك استثناءات من شانها ان تبقي الالتزامات التبعية بعد التجديد سنشير اليها في محلها في المطلب الثالث من هذا المبحث .

مصدره فيترتب عليه ذات الأثر وهو انقضاء الالتزام الأصلي وتوابعه[1097], وهذا الحكم نجده في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة[1098] .

ونحن لا نتفق مع البعض من الفقهاء[1099] الذين ذهبوا بأن الانقضاء بسبب التجديد لا يختلف كثيراً عن الحوالة (حوالة الحق وحوالة الدين) فالتجديد بتغيير المدين يكون حوالة دين والتجديد بتغيير الدائن حوالة حق.

والفرق بينهما واضحا, فحوالة الدين تتم من خلال قيام المدين بنقل الدين الذي عليه الى أجنبي[1100] أي هي عملية إحالة الدائن على مدين للمدين[1101] .أما التجديد فهو على العكس من ذلك يتم من خلال قضاء دين قديم وإنشاء دين جديد[1102] .

رابعاً: اتحاد الذمة

قد تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمديين فينقضي الالتزام وتوابعه كالرهن والكفالة وغيرها[1103] وهذا ما هو عليه في الفقه الإسلامي[1104] لأنّ الذمة بعدما كانت مشغولة بالالتزام أصبحت مالكة فجمعت صفة الدائن والمدين بشخص واحد فتنقضي الالتزامات التبعية استناداً الى ذلك بالتبعية (بالقدر الذي اتحدت فيه) كما عبر عنه القانون المدني العراقي والمصري[1105] وإن اختلفا عن بعضهما في مسألة الصياغة التشريعية في ذلك, فقد نصت المادة (418) من القانون المدني العراقي " في الدين الواحد إذا أجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه " إلّا أن القانون المدني المصري جاء بالشكل التالي في المادة (370) التي نصت "1- إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضي هذا الدين بالقدر الذي أتحدث فيه الذمة " . إلّا أننا لا نجد اختلافا جوهريا في ذلك, لأنّ القانون المدني العراقي قد أردف ذلك بعبارة (بالقدر الذي اتحدت فيه)[1106].

المطلب الثاني

انقضاء فكرة التبعية في الالتزام بصفة أصلية

بعدما كنا قد تناولنا في المطلب السابق الحالات التي ينقضي بها الالتزام التبعي بصفة تبعية استناداً لقاعدة (إذا سقط الأصل سقط الفرع) وكيف رأينا إنّ هذه الحالة – أي التبعية – تفرض حكمها بطريقة تكاد تكون مطلقة . وعلى ذلك سنتناول في هذا المطلب الحالات التي يسقط فيها الالتزام التبعي دون الأصلي, كانتهاء المدة والتقادم والابراء.

الفرع الأول

انتهاء المدة

إذا حددت مدة للتبعية تنتهي بانتهائها فمن دون شك أنه ينقضي بصفة أصلية أي مع بقاء الالتزام الأصلي, فالمدة هنا هي التي تحكم بقاء وزوال الالتزام التابع[1107] .وهذا الامر واضحا فيما يتعلق بالقانون المدني العراقي الذي جعل بعض الالتزامات التبعية محددة بمدة معينة تنتهي بانتهائها [1108] ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني المصري . فاذا كان الكفيل في عقد

(1097) أنظر في ذلك د. سمير عبد السيد تناغو, مصدر سابق, ص 407 .
(1098) أنظر نص المواد (401 - 402) من القانون المدني العراقي. تقابلها المادة (1334) مدني فرنسي و المادة (356) مدني مصري.
(1099) أنظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, مصدر سابق, ص 332 .
(4) نصت المادة (339) من القانون المدني العراقي على " 1 – حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه " .

(1101) ونستدل على ذلك من خلال نص الفقرة (2) من المادة (339) من القانون المدني العراقي .
(1102) انظر نص المادة (401) مدني عراقي .
(1103) نصت المادة (418) على " في الدين الواحد اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمديين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه " .
(1104) أنظر نص المادة (667) من مجلة الاحكام العدلية . وكذلك نص المادة (763) من مرشد الحيران .
(1105) أنظر نص المادة (418) من القانون المدني العراقي .
(1106) اما في حالة الثانية التي نصت عليها المجلة وهي المادة (667) (..... وان كان للدائن وارث اخر يبرا الكفيل من حصة المديون فقط ولا يبرا من حصة الوارث الاخر) .
(1107) ويستفاد ذلك من خلال المفهوم المخالف لنص المادة (1210) من القانون المدني الفرنسي حيث تنص " تحضر الالتزامات الدائمة ".
(1108) أنظر المواد (1046 - 780) من القانون المدني العراقي والمادة (310) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

الكفالة قد حدد مدة معينة لضمان التزام المدين يترتب على انقضاءها زوال التزامه وان لم يكن اجل الدين قد حل, فاستقلالية التابع هنا تحددها المدة المعينة من قبله[1109].

أما في الفقه الإسلامي فأننا نجده هناك دور مهم للمدة في التبعية وفيما يخص انتهاء الالتزامات التبعية بانتهاء مددتها اذا عينت لها مدة[1110] . فالفقه الاسلامي تحدث عن الالتزامات التبعية التي تحدد بمدة معينة' ومن منطق القول ان هذه الالتزامات تنقضي بصفة اصلية بانتهاء مدتها . يقول البهوتي في كشف القناع (اذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان شهر . صح)[1111] .

ومما تجدر الاشارة اليه انهم انقسموا فيما يخص توقيت بعض الالتزامات التبعية كالكفالة على قسمين الاول يرى جواز ذلك بان يكون التزام الكفيل مؤقتاً وبنوا ذلك على اساس القياس بأنها ضم ذمة الى ذمة وهذا ما اخذ به الحنفية[1112] .

ومما جاء عندهم[1113] ((أذا قال: أنا كفيل بنفسي فلان من اليوم الى عشرة أيام صار كفيلاً في الحال, فأن مضت العشرة خرج عنها)), اما القسم الثاني ويمثله الامامية والمالكية والشافعية والراي الثاني من الحنفية والذين اقروا بعدم جواز توقيت الكفالة قياسا على انها نقل للدين وليس كما جاء في الراي الاول[1114].

ولكن الشافعية ذهبوا الى عدم صحة توقيت الضمان بمدة معينة بشكل مطلق, باعتبار أن الضمان الغاية منه استيفاء الحق من المدين وهذا لا يحصل الا بأدائه أو بالإبراء منه, وفي قصره على مدة معينة تنتفي هذه الغاية[1115]

الفرع الثاني

التقادم

تنقضي التبعية في الالتزام بالتقادم[1116] منفصلاً عن الالتزام الاصلي متى ما تحقق له الشروط اللازمة لذلك[1117] فالرهن اذا كان مقررا على دين معين ممكن ان ينقضي هذا الرهن بالتقادم مستقلا عن الدين, أي يكون سقوطه بمعزل عن الالتزام الاصلي الذي يبقى قائما بعد ذلك[1118]. حيث يرى الفقه[1119] بأن من الممكن أن ينقضي التزام الكفيل بصورة مستقلة وبغض النظر عن الالتزام المكفول بالتقادم متى ما كتب له الظروف المناسبة لذلك, فعندما تنقطع مدة التقادم بالنسبة الى الالتزام الأصلي وبقاءها بالنسبة الى الكفيل هذا يعني انقضاء التزام الاخير قبل الأول, لان مدة التقادم مستمرة في السريان أي أنها ترتب أثرها قبل الالتزام الاصلي وبالتالي انفصال التبعية واستقلالها بالانقضاء عن طريق التقادم وبقاء الالتزام الاصلي قائماً . ويتحقق ذلك بعدة صور منها وهذا الحكم نجده في القانون المدني العراقي[1120] الذي بين حكم هذه الحالة بصورة واضحة فيما يخص الرهن, وكذلك نصه بصدد الضمان في عقد المقاولة (الضمان العشري)[1121] .

وايضا حكم القانون المدني الفرنسي الذي ذهب بذات الاتجاه[1122] من خلال سقوط التابع بالتقادم بصورة مستقلة عن متبوعه شأنه في ذلك شأن باقي الالتزامات التي تسقط بهذا .

(1109) انظر في ذلك د. منصور مصطفى منصور, مصدر سابق, ص 37 .
(1110) أنظر نص المادة (639) من مجلة الاحكام العدلية .
(1111) انظر في ذلك كشاف القناع على متن الاقناع للبهوتي, مصدر سابق, ص 377 .
(1112) انظر في ذلك البدائع للكاساني, ج 6, مصدر سابق ص 3 .
(1113) أنظر في ذلك المحقق عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي, مصدر سابق, ص 176 .
(1114) أنظر في ذلك د. محمد بن أبراهيم الموسى, مصدر سابق, ص 254 .
(1115) انظر في ذلك د. عبد الناصر توفيق العطار, الاجل في الالتزام, مصدر سابق, ص 154 .
(1116) أنظر في ذلك د. حسني محمود عبد الدايم, التقادم وأسقاطه للحقوق, مصدر سابق, ص 26 .
(1117) انظر في ذلك المستشار انور طلبة, المطول في شرح القانون المدني, مصدر سابق, ص 771.
(1118) انظر في ذلك د. قدري عبد الفتاح الشهاوي, مصدر سابق, ص 221 .
(1119) أنظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم و آخرون, مصدر سابق, ص 379 .
(1120) نصت المادة (1319) من القانون المدني العراقي بان " اذا انقضت مدة التقادم على الدين الموثق بالرهن جاز للراهن ان يطلب الحكم بفك الرهن " .
(1121) نصت المادة (870) من القانون المدني العراقي على " 4 – تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب " . تقابلها المادة (654) مدني مصري .
(1122) وذلك من خلال المادة (2488) من القانون المدني التي تنص على " تسقط الامتيازات والرهونات العقارية: 4 – بالتقادم " .

أما فيما يخص الرهن فأن الفقه نظر اليه في هذا الصدد نظرة خاصة, ومرجع ذلك هو الاختلاف في حكم القانون المدني الفرنسي[1123] والقانونين العراقي والمصري بهذا الصدد, ففيما يقرر الاول بأن الرهن يمكن أن ينفصل عن الدين المضمون وبالتالي سقوطه بالتقادم أذا أنتقل الى شخص ثالث – حائز – يستطيع أن يتمسك بالتقادم في مواجهة المرتهن . وهو الحكم ذاته في قانوننا المدني[1124] الذي قرر فصل الرهن عن الدين المضمون بالانقضاء عن طريق التقادم الذي أعتبرها الفقه[1125] في هذه الحال دلالة على النزول عن الحق رأوا إن صاحب الحق غير جدير بالحماية لإهماله بالمطالبة بحقه مدة طويلة .

والجدير بالذكر أن رأي الفقه العراقي[1126] يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى بمعنى أن الحق لا يسقط بالتقادم والدليل في ذلك هو بتحول الالتزام المدني الى التزام طبيعي لفقدان قوته بسقوط الدعوى.

أما القانون المدني المصري فأنه خلا من نص مقابل لما جاء به القانون العراقي والقانون الفرنسي, الا إن البعض من الشراح[1127] عندهم يذهبون الى عدم الاخذ بما جاء بالقانون المدني الفرنسي وأن الرهن لا يمكن أن يسقط بالتقادم منفصلا عن الدين المضمون وذلك لأنه لا يتفق وأنواع التقادم التي يقررها التشريع المدني المصري . وهذا الرأي أقرته أحكام القضاء عندهم بشكل قاطع ولا يحتمل التأويل وذلك للنقد الذي تعرض له حكم القانون المدني الفرنسي عندهم. أما البعض الآخر[1128] فأنه يرى من الممكن أن تنقضي الكفالة بصورة مستقلة عن الالتزام المكفول إذا استمرت المدة اللازمة له ولم تتأثر بما يقطع تقادم الالتزام الأصلي بأعتبارها كسائر الالتزامات الاخرى .

أما الفقه الاسلامي[1129] فقد ذهب جمهور الفقهاء الى الأخذ بعدم ساع الدعوى, لان الحقوق لاتسقط أستناداً الى الحديث الشريف (لا يبطل حق أمرئ مسلم وأن قدم)[1130] والمقصود بذلك هو عدم قبول بينة المدعي أذا مضت المدة في حالة أنكار المدعي عليه, بخلاف مالو أقر بذلك فتسمع الدعوى ضده, لان الامر يتعلق بالإثبات .

ونستنتج مما تقدم أن التقادم يكون سبباً لسقوط التبعية دون الالتزام الاصلي أي بصورة مستقلة وذلك حسب ما أورده المشرع العراقي والفرنسي بخصوص الرهن – كما بينا – أذا تمسك به الراهن بعد أكتمال مدته, أما بخصوص الكفالة فأن القانون المدني العراقي يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى لمرور الزمان بشكل عام في الالتزامات . هذا خلاف القانون المدني المصري الذي لم يرد به مقابل للقانونين العراقي والفرنسي .

الفرع الثالث

الابراء

قد يتم الابراء من قبل الدائن ويترتب عليه انقضاء التبعية فقط, أي يكون موجه نحو التابع فحسب ويبقى المتبوع قائما[1131]. فقد نصت المادة (660) من المجلة (لو قال المكفول له ابرات الكفيل او ليس لي عند الكفيل حق يبرا الكفيل)[1132] . حيث مما جاء عند البعض[1133] بأن ((أما الكفيل بالمال فأنما يخرج عن الكفالة بأد أمرين أحدهما أداء المال الى الطالب ... وكذا أذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل)) أي أذا وهب صاحب المال ماله الى الكفيل فأنه يخرج من الكفالة .

(1123) أنظر الفقيه الفرنسي مازو, نقلاً عن د. سمير عبد السيد تناغو, مصدر سابق, ص 206 .
(1124) حيث تنص المادة (1319) من القانون المدني العراقي بأنه " 2- أذا أنتقل العقار المرهون الى حائز فله أن يحتج بالتقادم أذا سكت المرتهن دون عذر عن رفع دعوى الرهن عليه مدة خمس عشرة سنة " .
(1125) أنظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, مصدر سابق, ص 367 .
(1126) أنظر في ذلك د. حسن علي الذنون, أحكام الالتزام, مصدر سابق, ص 351 .
(1127) أنظر المستشار أنور طلبة, انتقال و انقضاء الحقوق والالتزامات, مصدر سابق, ص 330 .
(1128) أنظر في ذلك د. سليمان مرقس, عقد الكفالة, مصدر سابق, ص 157 .
(1129) أنظر في ذلك د. حسني محمود عبد الدايم, التقادم وأسقاطه للحقوق, مصدر سابق, ص 297 – 298 .
(1130) أنظر الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي, ج 4, مصدر سابق, 236 .
(1131) ينظر د. محمد علي عبدة, مصدر سابق, ص 200 .
(1132) انظر مجلة الاحكام العدلية . وايضا المادة (762) من مرشد الحيران .
(1133) أنظر في ذلك علاء الدين بن أبي بكر الكاساني, مصدر سابق, ص 11 .

وبالرجوع الى موقف التشريع العراقي والقوانين المدنية نجدها قد أعترفت للتبعية كالرهن والكفالة بذلك, من خلال النص على تلك الحالات فيما يتعلق بالكفالة والرهن, فمن حيث الكفالة فأن الكفيل يبرأ من الالتزام بصورة مستقلة من خلال الحوالة, فأذا أشترط الكفيل في عقد الحوالة أن يبرأ هو فقط برأ وحده دون الأصيل, أي أشتراطه البراءة دون الاصيل فأنه يبرأ بصورة مستقلة عن الاصيل[1134] . أما فيما يتعلق بالرهن فأنه يسقط وبصورة مستقلة عن طريق التطهير[1135], فعندما يتم تطهير العقار من الرهن من قبل الحائز يتخلص نهائياً من الحقوق التي تثقله ولو بقى مقابله دين في ذلك لم يستوفي أصحابه شيئاً منه, ويسقط الرهن كذلك مستقلاً عن الدين المضمون بالتنازل من قبل الدائن المرتهن, فيترتب عليه أن يسقط وحده دون الدين المضمون[1136] .

أما القانون المدني المصري فأنه وأن لم ينص على الحالات التي جاء بها التشريع المدني العراقي, الا أنه جاء بالات اخرى تسقط فيها الكفالة بصورة أصلية, من ذلك مثلاً براءة ذمة الكفيل أذا تسبب الدائن بخطأه بإضاعة التأمينات, أو لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات اللازمة ضد المدين لاستيفاء الدين وخلال ستة من تاريخ إنذار الكفيل للدائن, إذا لم يقدم المدين تأميناً كافياً له[1137]. ويطابق ذلك ما جاء في القانون المدني الفرنسي, حيث نستنتج من خلاله ان التبعية يسقط بصورة اصلية في بعض الحالات الواردة فيه[1138] كالامتياز والرهن العقاري والكفالة .

المطلب الثالث

الاستثناءات الواردة على انقضاء فكرة التبعية في الالتزامات

اذا كان من شان نتائج رابطة التبعية بين الالتزامات ان يكون هناك تلازما في الانقضاء بينها وان ذلك يستلزم من سقوط الاصل سقوط الفرع فان هذا الكلام ليس على اطلاقه وانما ترد عليه بعض الاستثناءات التي سنوردها في هذا المطلب .

الفرع الأول

الاستثناءات القانونية

ولعل الصورة البارزة من تلك الاستثناءات هي حالة الوفاء مع الحلول, فعندما يقرر القانون حلول الكفيل محل الدائن بعد انقضاء الدين فأنه يقضي بذلك إعطاء هذا الحلول صفة الاستثناء على انقضاء التبعية[1139] وأيضاً نجد ذات الحكم من خلال التشريع المدني المصري[1140].والقانون المدني الفرنسي[1141].

ومما يتبين من ذلك إن القانون هو أساس هذه الاستثناءات من خلال الحلول للموفي محل الموفى له, فعندما يقوم الموفي – قد يكون كفيلا – بوفاء الدين يترتب على ذلك النتيجة القانونية وهي انقضاء ذلك ولكن التبعية لا تنقضي – وهي الكفالة – لأنه سوف يحل محل الدائن بالرجوع على المدين[1142].

(1134) أنظر في ذلك المواد (2/1043) و (1045) و (1044) من القانون المدني العراقي .

(1135) التطهير أجراء يعرض فيه الحائز على الدائنين المسجلين قبل انتقال سند ملكيته قيمة العقار فأن قبلوا دفع لهم القيمة حسب ترتيب استحقاقهم وأن لم يقبلوا وجب عليهم طلب بيع العقار . أنظر د. غني حسون طه, محمد طه البشير, مصدر سابق, ص 456 .

(1136) أنظر المواد (1312) و (1318) من القانون المدني العراقي .

(1137) أنظر المواد (1/784) و (2/785) من القانون المدني المصري .

(1138) تنص المادة (2488) من القانون المدني الفرنسي على " تسقط الامتيازات والرهونات العقارية: 2- بتنازل الدائن عن الرهن العقاري ..." . والمادة (2311) منه أيضاً " يسقط الالتزام الناتج عن الكفالة للأسباب ذاتها التي تسقط بها الالتزامات الاخرى ".

(1139) نصت المادة (1033) من القانون المدني العراقي على " 2 – ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق ...".

(1140) نصت المادة (799) من القانون المدني المصري على " إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين".

(1141) اما المادة (1250) من القانون المدني الفرنسي فقد فصلت الموضوع اذ نصت " يكون هذا الحلول اتفاقيا: 1 – عندما يتلقى الدائن ايفاءه من شخص ثالث فيحله محله في الحقوق والدعاوي والامتيازات والرهونات العقارية ضد المدين, ويجب ان يكون هذا الحلول صريحا ومتزامنا مع الايفاء " . والمادة (1342). اما المادة (1249) من القانون المدني الفرنسي تنص " يكون الحلول في حقوق الدائن لصالح شخص ثالث يسدد له الدين اما اتفاقيا واما قانونيا " والمادة (2306) التي نصت " يحل الكفيل الذي اوفى الدين محل الدائن في جميع الحقوق التي كالنت لهذا الاخير ضد المدين ".

(1142) أنظر في ذلك صائب صالح أبراهيم آل عبودة الربيعي, الالتزام التضامني والالتزام التضاممي ومدى أهمية التمييز بينهما, بلا دار طبع, بلا مكان طبع, ص 64 .

فقد يتم التنازل عن مطالبة الاصل ويبقى التزام الفرع قائما, أي بمعنى اخر عندما لاينوي الدائن استيفاء حقه من المدين الاصلي والمطالبة به قبل الكفيل فهنا نكون اما قوط الالتزام الاصلي وبقاء الالتزام التبعي[1143] والجدير بالذكر ان القانون المدني الفرنسي قد رتب اثرا في حال تخلف الحلول, فالمادة (2314) منه تنص " يعفى الكفيل عندما لا يعود الحلول في حقوق الدائن ورهوناته العقارية وامتيازاته ممكنا ان يتم لمصلحة هذا الكفيل بفعل الدائن . كل بند مخالف يعتبر كانه غير مكتوب "[1144] .

وهناك جانبا من الفقه يرى بان انقضاء الالتزام عن طريق قيام شخص اخر غير المدين بإيفاء حق الدائن ويحل محله في حقوقه هو انتقال للالتزام الاصلي وليس انقضاء له, على اعتبار ان الدين لم ينقضي حقيقة اذ كل الذي حصل هو انتقاله الى شخص الموفي[1145] . وان كان هذا الراي قد اصاب في جانب الا انه جانب الصواب في الجانب الاخر, فصحيح ان الالتزام انتقل الى بتوابعه الى من قام بالوفاء عن شخص المدين الا انه انقضاء للدين من جانب اخر وبالنسبة للدائن, فالدائن الذي يعتبر الاساس في العملية التعاقدية قد استوفى حقه وان كان من شخص اخر ويؤيد كلامنا هذا جانبا من الفقه[1146] .

والامر الاخر الذي يقرر بقاء توابع الالتزام بعد سقوط الالتزام الأصلي هو ما نستنتجه من خلال موقف المشرع المصري بصدد التجديد[1147] اي انه قضى بتفسير ارادة المتعاقدين على نقل تلك التأمينات الى الالتزام الجديد ولا شك بان ذلك يمثل خروجا على مبدا التبعية . أما موقف المشرع العراقي بهذا الصدد فأنه يشوبه الغموض ويعتريه اللبس, فهو عندما ينص في باب انقضاء الالتزام بالتجديد, أذ نصت المادة (404) منه بأن " أذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات إلا إذا جددت هي أيضاً " . فلم يبين المقصود بتجديد التأمينات هل يلزم لذلك اتفاق ارادة الاطراف مجدداً ؟ أم أنه بدون الحاجة الى ذلك, وأذا كان الامر لا يحتاج الى الاتفاق فما هي الكيفية التي تنتقل بها تلك التأمينات ؟

ولا شك بأن هذا الموقف من المشرع العراقي مما يؤخذ عليه, ونرى من الأولى لو أنه أخذ بما جاء بالتشريع المصري تجنباً للوقوع في حالات التأويل في النص في غير الغرض الذي وضع من أجله .

الفرع الثاني

الاستثناءات الاتفاقية

وقد تكون هذه الاستثناءات بمقتضى اتفاق الطرفين (العقد شريعة المتعاقدين)[1148]، وطبقا لذلك فان بإمكان الاطراف المتعاقدة ان يضمنوا عقودهم ما يشاؤوا من الامور التي تعود بالنفع عليهم وبصدد عدم سقوط الالتزام التبعي بالرغم من انقضاء الاصل فان هذه الحالة تشكل المثال الابرز لاستقلال حكم التبعية استنادا الى الاتفاق كما بينا[1149] . فالقوانين المدنية متفقة على هذا المبدأ وان اختلفت فيما بينها بشان ذلك في صياغتها, ومنها القانون المدني العراقي الذي, فهو يقرر يتفق الدائن والشخص الذ أوفاه ليحل مله في حقه, شرط أن يتم هذا الاتفاق في ورقة رسمية ويتزامن تاريخها مع تاريخ الوفاء[1150] . اما القانون المدني الفرنسي فهو جاء مطابقاً للتشريع العراقي وأن لم يشترط أن يتم الاتفاق في ورقة رسمية, لكنه جاء مطابقاً من حيث المضمون . اما

(1143) نقض تجاري فرنسي 22/ ايار / 2007 نشرة مدنية Iv, رقم 136, د 2007 . وهذا لا يتفق مع حكم المادة (1021) التي تنص" 1- يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين ... ".

(1144) انظر القانون المدني الفرنسي .

(1145) انظر في ذلك د. حسام الدين كامل الاهواني, مصدر سابق, ص 121 .

(1146) انظر في ذلك د. السنهوري, مصدر سابق, ص 619 . كما ينظر أيضاً د. منصور مصطفى منصور, مصدر سابق, ص 105 .

(1147) فهو يقرر في المادة (356) بانه " 2- ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك" .

(1148) انظر المادة (147) من القانون المدني المصري .

(1149) لان الاصل يكون بمثابة المحل الذي يرد عليه الفرع .

(1150) نصت المادة (380) من القانون المدني العراقي على " للدائن الذي أستوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك, ويكون الاتفاق بورقة رسمية ..." .

القانون المدني المصري فهو الاخر سار على نهج القوانين السابقة في تجسيد ذلك الامر الذي يقرر بقاء التابع او الفرع بالرغم من انقضاء الاصل[1151] .

ونرى بان ذلك الامر وان كان يستند الى ارادة المتعاقدين طبقا لمبدا الحرية التعاقدية الا انه في نفس الوقت يشكل خروجا على رابطة التابع للمتبوع . ويجب أن يلاحظ أن التبعية هنا لا تنقضي وتبقى قائمة أذا كان الوفاء الحاصل جزئياً, بمعنى أنه يشترط لذلك أن الوفاء للالتزام الاصلي كاملاً [1152] . وهذا ما أخذ به الفقه والقانون المدني المصري . أما التشريع المدني العراقي[1153] فأنه على خلاف ذلك, أي لم يشترط في الوفاء أن يكون كاملاً مثلما ذهب اليه المشرع المصري, فرجوع الكفيل على المدين يكون بالقدر الذي أوفاه, أي أجاز الوفاء الجزئي للالتزام بدليل أنه خلا من نص مقابل لما جاء به حكم القانون المصري . ويذهب الفقه[1154] الى الاخذ بالمفهوم الواسع للوفاء ولا يجب الاقتصار على المعنى الضيق له, وإنما اعتبار أي طريق يبرئ ذمة المدين ويترتب عليه حلول الكفيل محل الدائن, من ذلك المقاصة التي تتوافر شروطها بين الدائن والكفيل, وكذلك التجديد الذي يجعل الكفيل مديناً وتتم براءة المدين .

والحقيقة ان هذا الحلول الذي تحل فيه التبعية محل الاصيل بعد انقضاء التزامه يعتبر في مضمونه استثناءً من الاصل وهو ان التبعية يجب أن تستند على التزام اصلي أي بمعنى أنه أحد جوانب الاستقلال التي تمتلكها التبعية في حكمها[1155] وهو أن (التابع تابع) و (اذا سقط الاصل سقط الفرع) و (التابع لا يفرد بالحكم) وهذا الاستثناء الذي نحن بصدده نجده مقرراً كذلك في نصوص الفقه الاسلامي, فالتبعية على هذا الحال أي بقاءها بعد انقضاء الالتزام الأصلي وما تتضمنه هذه الفكرة يجد له تبريراً تحت قاعدة (قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل)[1156].

الخاتمة

بعد أن انتهينا من البحث ببيان الأحكام المتعلقة بانتقال وانقضاء فكرة التبعية في الالتزام, نحاول ان نبين هنا أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها من خلاله وهي كالآتي:

1. إنّ فكرة التبعية في الالتزام تطابق وتلازم الالتزام الأصلي في الانتقال الى الشخص الذي ينتقل إليه الالتزام الأصلي طبقاً للفكرة الأساسية التي تقوم عليه وهي حالة التبعية بينهما.
2. قد تستقل التبعية بالالتزامات بانتقالها بغض النظر عن انتقال أو عدم انتقال الالتزام الأصلي وذلك في الحالات التي تناولناها كما في الرهن, وذلك أنما يكون بموجب حالة المرونة التي تضفي على التبعية بالالتزام .
3. تنقضي التبعية بالالتزام بانقضاء الالتزام الأصلي الذي تقوم عليه, وأنها كذلك قد تنقضي مستقلة عنه في حالات معين كما في مدة الكفالة والتقادم .
4. ان القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري قد اختلفا في مسألة انقضاء فكرة التبعية بصورة مستقلة عن طريق التقادم, فالثاني يرى عدم تصور ذلك على العكس من الفقه الذي أخذ بها, أما الأول فهو أقر بالأخذ بهذا الطريق من طرق انقضاء فكرة التبعية بصورة مستقلة وكما بحثنا ذلك مفصلاً .

والحمد لله رب العالمين

([1151]) انظر القانون المدني الفرنسي فهو يقرر في المادة (1249) بان " يكون الحلول في حقوق الدائن لصالح شخص ثالث يسدد له الدين اما اتفاقيا واما قانونيا " (4). كما تنظر المادة (1334) من القانون نفسه .

([1152]) أنظر في ذلك د. حسن علي الذنون, أحكام الالتزام, مصدر سابق, ص 285 – 286 .

([1153]) أنظر في ذلك د. مصطفى عبد الجواد حجازي, مصدر سابق, ص 148 .

([1154]) أنظر في ذلك د. سليمان مرقس, عقد الكفالة, مصدر سابق, ص 121.

([1155]) أنظر بمعنى قريب من ذلك د. رمضان أبو السعود, مصدر سابق, ص 177 .

([1156]) أنظر في ذلك محمد صدقي البورنو, ج 8, مصدر سابق, ص 154, وكذلك أنظر سعود أزهر الحياني, مصدر سابق, ص 216 .

المصادر:

1. د. أحمد سلامة, دروس في التأمينات المدنية (الكفالة – الرهن – الاختصاص – الامتيازات) دار النهضة العربية, 1968 .
2. د. حسام الدين كامل الاهواني, الوجيز في التأمينات العينية .
3. د. حسن علي الذنون, احكام الالتزام, ط 2, 2007 .
4. د. حسني محمود عبد الدايم, التقادم و أسقاطه للحقوق, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية .
5. د. حسني محمود عبد الدايم, الكفالة كتأمين شخصي, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية.
6. د. رمضان أبو السعود, أحكام الالتزام, دار الجامعة الجديدة, الازاريطة, 2004 .
7. د. رمضان أبو السعود, التأمينات الشخصية والعينية, دار الجامعة الجديدة, الازاريطة, 2007 .
8. د. سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني,ج4, الحقوق التبعية, ط3, 1995 .
9. د. سليمان مرقس, عقد الكفالة, دار النشر للجامعات المصرية, القاهرة .
10. د. سمير تناغو, التأمينات الشخصية والعينية, منشأة المعارف, 1986 .
11. د. سمير عبد السيد تناغو, أحكام الالتزام والاثبات, ط 1, مكتبة الوفاق القانونية, الاسكندرية, 2009 .
12. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .ج10, التأمينات الشخصية والعينية .
13. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, الاوصاف – الحوالة– الانقضاء, ج3, ط3 منشورات الحلبي .
14. د. عبد المجيد الحكيم, د. عبد الباقي البكري, د. محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني, ج1 (مصادر الالتزام) .
15. د. عبد المنعم البدراوي, التأمينات العينية, 1997 .
16. د. عبد الناصر توفيق العطار, الاجل في الالتزام .
17. د.عبد الودود يحيى, حوالة الدين (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية, القاهرة, 1992
18. د. عبد الودود يحيى, عقد الكفالة, مطبعة مصطفى البابي الحلبي, مصر, 1961 .
19. د. عقيل فاضل حمد الدهان, تبعية التأمينات للالتزام الاصلي في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) .
20. د. محمود عباس السامرائي, أنتقال الالتزام بين الأحياء, مطبعة جامعة بغداد, 1980 .
21. د. محمد علي عبده,عقد الكفالة (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية, لبنان, 2005
22. د. مصطفى عبد الجواد حجازي, عقد الكفالة في القانون المدني, دار الكتب القانونية, مصر, 2006 .
23. د. منصور مصطفى منصور, عقد الكفالة, 1960.
24. د. نبيل ابراهيم سعد, التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة –الانابة الناقصة – الضمان بمجرد الطلب) دار الجامعة الجديدة, 2005.
25. د. نبيل ابراهيم سعد, التأمينات العينية والشخصية, دار الجامعة الجديدة, 2007.
26. د. نبيل إبراهيم سعد, التنازل عن العقد, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية . 2004 .
27. صائب صالح إبراهيم آل عبودة الربيعي, الالتزام التضامني والالتزام التضاممي ومدى أهمية التمييز بينهما .
28. المستشار أنور طلبة, المطول في شرح القانون المدني, ط 1, ج 10, المكتب الجامعي الحديث, الازاريطة, 2004 .
29. المستشار أنور طلبة, إنتقال وإنقضاء الحقوق والالتزامات, المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, 2006 .

مصادر الفقه الاسلامي:

أولاً / الفقه الامامي:

1. السيد علي الحسيني السيستاني, منهاج الصالحين – المعاملات, القسم الاول – الجزء الثاني, دار المؤرخ العربي, بيروت .
2. السيد محمد جواد الحسيني العاملي, مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة, ج5 .
3. السيد محمد جواد العاملي, مفتاح الكرامة, ج11,ط1.
4. السيد محمد جواد العاملي, مفتاح الكرامة, ج5,ط1 .
5. الشخ نجم الدين جعفر حسن الحلي, المختصر النافع في فقه الامامية .

ثانياً: الفقه الحنفي:

1. أنظر في ذلك د. أحمد محمد إسماعيل, الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2004, ص 134.
2. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ط 2, ج 6, دار الكتب العلمية, بيروت, 1406هـ – 1986م .
3. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي, مجمع الأنهر ومعه شرح ملتقى الابحر للامام أبراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي, ط 1, ج 3, منشورات محمد علي بيضوي, دار الكتب العلمية, بيروت, 1419هـ – 1998م .
4. د. محمد بن أبراهيم الموسى, نظرية الضمان الشخصي (الكفالة), ج 1, طباعة شركة لاكي للتنمية المحدودة, السعودية, 1411هـ – 1991 م .
5. محمد بن علي بن محمد بن علي الحصكفي الحنفي, الدر المختار ومعه شرح تنوير الأبصار للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي التمرتاشي, ط 1, منشورات محمد علي بيضوي, دار الكتب العلمية, بيروت, 1423هـ – 2002م .
6. ينظر في ذلك محمود أحمد مروح مصطفى, الكفالة أنواعها وطرق الابراء منها, ط 1, دار النفائس, الاردن, 2003, ص 113.
7. فرج توفيق الوليد, الرهن في الشريعة الإسلامية – بحث مقارن الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي, مطبعة القضاء, النجف, 1393هـ – 1973م .

ثالثا: الفقه المالكي:

1. القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي الاندلسي, بداية المجتهد ونهاية المقتصد, ط 1, ج 5, دار الكتب العلمية, بيروت, 1416هـ – 1996م .
2. الحبيب بن طاهر , الفقه المالكي وادلته, ط1, ج5, مؤسسة المعارف, بيروت, 1430هـ – 2009م .
3. شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي, حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , ج 3, دار إحياء الكتب العربية .

رابعاً: الفقه الشافعي:

1. شمس الدين محمد الرملي الشهير بالشافعي الصغير, نهاية المحتاج الى شرح المنهاج, ط3,ج3, ج4, دار الكتب العلمية, بيروت, 1424هـ – 2002م.
2. أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي, روضة الطالبين, ط 1, دار إبن حزم, بيروت, 1423هـ – 2002م .
3. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني, مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج, ط 1, ج 2, دار المعرفة, بيروت, 1418هـ – 1997م .

خامساً: الفقه الحنبلي:

1. موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي, الكافي في فقه الامام أحمد إبن حنبل, ط 1, ج 2, دار الكتب العلمية, بيروت, 1414هـ – 1994 م .
2. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة, المغني ويليه الشرح الكبير, ج 4, دار الكتاب العربي .
3. أبن قدامة المقدسي, المغني, ج 1, بيت الافكار الدولية, لبنان, 2004 .
4. علي أحمد الندوي, القواعد الفقهية, ط 3, دار القلم, دمشق, 1414هـ – 1994 م.
5. محمد صدقي بن أحمد البورنو, القواعد الفقهية, القسم الأول – حرف الهمزة – المجلد الأول .

القوانين المدنية:

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته .
2. القانون المدني المصري .
3. القانون المدني الفرنسي .
4. قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1973 المعدل .