انقضاء الإلتزام بالإبراء من الدين في التقنين المدني

576 – كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار : الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو ت صرف تبرعي حتما . وإذا ا ستوفي الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، وإذا استوفي مقابلا في حقه كان هذا وفاء بمقابل [1] ، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عينا ولا بمقابل كان هذا إبراء .

والإبراء ت صرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن [2] ، ومتي صدر متوافرة شروطه انقضي به الدين وبرئت ذمة المدين .

فنتكلم إذن في مسألتين : (1) كيف يتم الإباء (2) الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

كيف يتم الإبراء

577 – النصوص القانونية : تنص المادة 371 من التقنين المدني علي ما يأتي :

$ 963 $

" ينقضـــي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينة مختاراً . ويتم الإبراء متي وصـــل إلي علم المدين ، ويرتد برده " .

وتنص المادة 372 علي ما يأتي :

" 1 – يسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع " .

" 2 – ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع علي التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المعاقدان " [3] .

---

(1) ومن قبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء التجديد والمقاصـــة واتحاد الذمة ، وقد تقدم بيان ذلك .

(2) أما الوفاء فقد قدمنا أنه تصـــرف قانوني صـــادر من الجانبين ، وقد يصـــدر من جانب واحد إذا أخذ صـــورة العرض الحقيقي مع الإيداع . وذكرنا أيضـــا أن كلا من الوفاء بمقابل (dation en paiement) والتجديد ت صرف قانوني صادر من الجانبين ، وأن كلا من المقا صة واتحاد الذمة واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا .

(3) تاريخ النصوص : م 371 : ورد هذا النص في المادة 510 من المشروع التمهيدي علي الوجه الآتي : " ينق ضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متي و صل إلي علم الدين ولم يعترض عليه " . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة " ولم يعترض عليه " بعبارة " ويرتد برده " ، وذكر في اللجنة أن هذا النص مق صود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذا بأحكام الـ شريعة الإ سلامية ، وفيها يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين ، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع فلا يقبل ممن لا

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة 180 / 243 [4].

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخري : في التقنين المدني السوري المادتين 369 – 370 – وفي التقنين المدني الليبي المادتين 358 – 359 – $ 964 $ وفي التقنين المدني العراقي المواد 421 – 423 – وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد 338 – 340 [5].

تتوافر فيه أهلية التبرع . وأصبحت المادة رقمها 384 في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم وافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ ، علي أن يكون المفهوم من كلمة " مختاراً " ألا يكون الإبراء مظنة الغش أو الإكراه لأن الاختيار في الإبراء هو العنصر البارز . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم 371 (مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 295 – ص 296) .

م 372 : ورد هذا النص في المادة 511 من المشروع التمهيدي علي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 385 في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم 372 (مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 297 – ص 298) .

(4) التقنين المدني السابق م 180 / 243 : يسقط الدين عن المدين بإبراء ذمته من الدائن إبراء اختياريا إذا كان في الدائن أهلية التبرع . (أحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا أن الإبراء في التقنين الجديد يتم بإرادة الدائن المنفردة ، أما في التقنين السابق فان لا يتم إلا باتفاق بين الدائن والمدين : الموجز للمؤلف فقرة 597 – فقرة 598 – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 827 – فقرة 829 – وانظر أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 294) .

(5) التقنينات المدنية العربية الأخري :

التقنين المدني السوري م 369 – 370 (مطابقتان للمادتين 371 – 372 من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م 358 – 359 (مطابقتان للمادتين 371 – 372 من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م 421 : يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبريء أهلا للتبرع .

م 422 : 1 – لا يتوقف الإبراء علي قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . 2 – ويصح إبراء الميت من دينه .

م 423 : يصح تعليق الإبراء . فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه الدين بريء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقي عليه الدين كله .

(وهذه الأحكام بعضها يتفق وبعضها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة 367 – فقرة 371) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

ويخلص من هذه النصـــوص أن للإبراء مميزات ، هي أن يتم بإرادة منفردة من جانب الدائن ، وأنه تصـــرف قانوني تبرعي . ثم أنه يشـــترط لصـــحة الإبراء شـــروط ترجع إلي الموضوع لا إلي الشكل .

فنبحث إذن : (1) مميزات الإبراء (2) الشروط الواجب توافرها فيه .

$ 965 $ المبحث الأول

مميزات الإبراء

578 – الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن : الإبراء تصـــرف قانوني (acte juridique) . وقد كان في التقنين المدنس السابق ، ولا يزال في التقنين المدني الفرنسي ، اتفاقا (convention) يتم بين الدائن والمدين علي قضـــاء الدين دون مقابل [6] . فكان لا يكفي في الإبراء إرادة الدائن ، بل لا بد أيضا من قبول المدين حتي يتم ، وقبل هذا القبول كان الدائن يســـتطيع أن يعدل عن الإبراء وفقا للقواعد العامة . وقد قيل في توجيه هذا التكييف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين ، فلا بد في قضائها من تدخل هذين الشخصين معا ، وهذا بخلاف الحق العيني فإنه سلطة علي شيء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بإرادته المنفردة [7] .

م 338 : إن الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديون لا يكون إلا بمقتضي اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن .

م 339 : إن الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية منفعة تقابله ، لكنه يخضع في هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع ، وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن .

م 340 : يكون عقد الإبراء صريحا أو ضمنيا ، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تتبين منهما جليا عند الدائن نية التنازل عن حقوقه ، وعند المديون نية الاســـتفادة من هذا التنازل . إن التســـليم الاختياري للسند الأصلي الذي كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلي أن يثبت العكس . ولا يكفي رد الدائن للشيء المودع علي سبيل التأمين (donnee en nantissement) ليبني عليه مثل هذا التقدير . (وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري ، إلا في أمرين : (1) الإباء في التقنين اللبناني اتفاق لا إرادة واحدة . (2) جعل التقنين اللبناني التسليم الاختياري للسند الأصلي قرينة قانونية علي الإبراء ، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجودة في التقنين المصري السابق – م 2198 – 220 / 284 – 285 – ولم ينقلها التقنين الجديد .

(6) وهو أيضا اتفاق لا إرادة واحدة في التقنين المدني الألماني : انظر المادة 397 / 1 من هذا التقنين .

(7) بودري وبارد 3 فقرة 1767 – دي باج 3 فقرة 674 .

وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا التكييف التقليدي ، وصـــرح في المادة 371 مدني ، كما رأينا ، بأن الإبرام يتم " متي و صل إلي علم المدين ، ويرتد برده " . ومعني ذلك أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر في التقنين المدني الســـابق [8] . وقد اقتبس التقنين المدني الجديد هذا التكييف المســـتحدث من الفقه الإســـلامي ، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد . وقد غلب في هذا التكييف الطابع المادي للالتزام علي الطابع الذاتي ، فالالتزام قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العنا صر الإيجابية التي تشتمل عليها ذمته المالية ، فيستطيع النزول عنه بإرادته المنفردة كما يستطيع النزول عن $ 966 $ الحق العيني [9] . ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض علي المدين هذا النزول ، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن ، وقد يصر علي الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه ، فقد أعطي القانون الحق للمدين في أن يرد الإبراء متي وصل إلي علمه ، وذلك أن الإبراء يرتد بالرد [10] .

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين ، نذكر منها ما يأتي :

1- في التقنين المدني الجديد حيث يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، يكفي أن تـ صل هذه الإرادة إلي علم المدين حتي يتم الإبراء ، ويتم من وقت هذا العلم . أما في التقنين المدني السابق فهذا لا يكفي بل يجب أيضا أن يصدر قبول من المدين للإبراء ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول .

2- ويترتب علي ما تقدم أنه إذا أعلن إرادته في إبراء المدين ووصل هذا الإعلان إلي علم المدين ، لم يســـتطع الدائن ، في التقنين المدني الجديد ، أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم . وإذ مات أو فقد أهليته قبل أن يـ صل الإعلان إلي علم المدين ، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتـصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقده لأهليته (م 92 مدني) . أما في التقنين المدني الســـابق ، فما دام المدين ، حتي بعد علمه بإرادة الدائن في الإبراء ، لم يصـــدر منه قبول ، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء . وإذا مات الدائن أو فقد

---

(8) الأستاذ عبد الحي حجازي 3 ص 309 – ص 310 – وتكفي إرادة الدائن المنفردة في الإبراء ، حتي لو كان الالتزام الذي يبريء الدائن منه التزاما من عقد ملزما للجانبين .

(9) الموجز للمؤلف ص 618 هامش رقم 1 .

(10) المذكرة الإيـ ضاحية للمـ شروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحـ ضيرية 3 ص 295 – وانظر المادة 253 من التقنين التونسي – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة 299 .

أهليته قبل صدور القبول ، فقد كان الإيجاب يسقط [11] ، ولا يجوز للمدين أن يقبل $ 967 $ الإبراء بعد ذلك [12] .

3- إذا رد المدين الإبراء في التقنين المدني الجديد ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلي علمه ، فبرده للإبراء يعود إلي ذمته بعد أن كان قد انقضي . ومن ثم لابد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع حتي يستطيع رد الإبراء [13] ، وكذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوي البولصية لأن هذا الرد زاد في التزاماته إذ عاد الدين بالرد بد انقضائه . أما في التقنين المدني السابق ، فإن رد المدين للإبراء لا يعتبر افتقاراً ، إذ الإبراء لا يتم إلا بقبوله . فهو برده للإبراء لم يفقر نفسه ، والدين لا يعود بالرد بعد انق ضائه ، إذا هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء . وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يثري ، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع ، ولا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوي البولصية .

من أجل هذه الفروق وغيرها تجب معرفة متي تسري أحكام التقنين المدني الجديد في الإبراء . والعبرة في ذلك بوقت علم المدين بالإبراء . فإن كان قبل 15 أكتوبر سنة 1949 – موعد سريان التقنين الجديد – فإن الإبراء تسري عليه أحاكم التقنين المدني السابق ، فلا يتم

---

(11) وينبني علي ذلك أنه إذا مات الدائن ، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين به ، لم يجز في التقنين المدني السابق أن يقبل هذا الإبراء بعد موت الدائن ، وكان لتركة الدائن الحق في مطالبة المدين بالدين (بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1304 ص 715 هامش رقم 2) . وهذا ما لم يثبت المدين أنه يعلم بهذا التأشير وأنه صدار من الدائن علي سبيل الإقرار بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء قد تم وقبله المدين ، أو يثبت أن التأشير صادر من الدائن علي سبيل الوصية . أما في التقنين المدني الجديد ، فهذا التأشير علي سند الدين كاف متي وصل إلي علم المدين .

(12) وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء ، فإن الإبراء لا يتم في التقنين المدني السابق ، ويؤخذ الدين من تركة المدين . أما في التقنين المدني الجديد ، فإنه إذا مات المدين دون أن يرد الإبراء ، تم الإبراء ولم يؤخذ الدين من تركة المدين . وينص التقنين العراقي (م 422 / 1) علي هذا الحكم صراحة ، إذ يقول : " وإن مات قبل القبول ، فلا يؤخذ الدين من تركته " . ونص هذا التقنين (م 422 / 2) أيضا علي أنه " يصح إبراء الميت من دينه " ، أي أن الدائن يبريء تركة المدين من الدين . وهذا جائز أيضا في القانون المصري .

(13) والرد كالإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، ولكنه يصدر من المدين ، أما الإبراء فيصدر من الدائن . وهو كالإبراء أيضا في أنه تصرف تبرعي ، فلا يقبل من المدين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 295 وانظر تاريخ المادة 371 آنفا فقرة 577 في الهامش – الأستاذ عبد الحي حجازي 3 ص 317) .

إلا بقبول المدين [14] . وإلا فأن أحكام التقنين المدني الجديد هي التي تســـري ، فيكفي علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتي يتم .

$ 968 $ الإبراء تـ صرف تبرعي : وقد قدمنا أن الإبراء يـ صدر من الدائن اختياراً دون مقابل ، فهو ينزل عن حقه دون عوض . ومن ثم يكون الإبراء تصرفا تبرعيا محضا من جانب الدائن .

وهذا هو الذي يميز الإبراء عن غيره من التصـــرفات القانونية المشـــابهة ، كالتجديد والصلح .

فيجب تمييز الإبراء عن التجديد . ففي التجديد يبري الدائن ذمة المدين من الدين ، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء . ولكن الطرفين في التجديد يتفقان علي إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصلي فليس الإبراء من الدين الأصلي تبرعاً ، بل يقابله إنشاء دين جديد .

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح . فقد يتضمن الصلح إبراء ، ولكنه إبراء بمقابل . فإن كلا من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه ، في مقابل التسليم له بالبعض الآخر [15] .

ويجب تمييز الإبراء أخيرا عن صـــلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) فالدائنون عندما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحـ صلوا علي أكبر حـ صة ممكنة من حقوقهم ، وهم يسـ سرون علي المدين الســـبل التي تؤدي إلي ذلك ومنها إبراؤه من جزء من ديونه . ويخالف الصـــلح مع المفلس الإبراء ، لا في انعدام نية التبرع فحـ سب ، بل أيـ ضا من وجوه أخري . منها أن ليس من الضروري في الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح ، بل يكفي أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه علي الأقلية ، أما الإبراء فلا بد من رضاء الدائن به مختاراً .ومنها أن الدائنين في الصـــلح مع المفلس لا يبرئون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء $ 969 $ الحصـــول علي الباقي [16] ، أما في الإبراء فإن الدائن ينزل غالبا عن كل حقه وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً علي جزء من الدين ، ومنها أن الصلح مع المفلس

---

(14) حتي لو صدر القبول بعد سريان التقنين المدني الجديد .

(15) بودري وبارد 3 فقرة 1768 – بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1304 ص 715 – ص 716 – بيدان ولاجارد 9 فقرة 1205 – دي باج 3 فقرة 671 – كولان وكابيتان 2 فقرة 580 – الأســـتاذ عبد الحي حجازي 3 ص 310 – وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 1990 – جوســـران 2 فقرة 951 .

(16) وإذا لم يف المدين المفلس بما تعهد به انفسخ الصلح ، لأن الصلح مع المفلس معلق دائما علي شرط فاسخ هو وفاء المفلس بما تعهد به لدائنيه ، فإن تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملا في ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مختلط 26 يونية سنة 1926 م 38 ص 498) .

يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين بالجزء من الديون الذي أبريء منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين ، أما في الإبراء فقد رضي الدائن بالنزول عن حقه مختاراً فتبرأ ذمة المدين أصلا ولا يتخلف عن الإبراء أي التزام طبيعي في ذمته (17).

فمنطقة الإبراء تتحدد إذن بما قدمناه من أنه نزول اختياري من الدائن عن حقه علي سبيل التبرع ، أما التصرفات الأخري التي تقاربه فهي ليست تصرفات تبرعية ولا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف (18).

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الإبراء

580 – ليست هناك شروط من ناحية الشكل : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 372 مدني تقضي بأنه لا يشترط في الإبراء " شكل خاص ، ولو وقع علي التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان " . فالإبراء إذن تصرف قانوني رضائي (consensual) وليس بشكلي $ 970 $ (solennel) ، ينعقد بإرادة الدائن دون حاجة إلي أن تفرغ هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أي شكل خاص .

وهذا صحيح ، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعي كما قدمنا ، لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة ، والهبات غير المباشرة لا تشترط في انعقادها الرسمية التي في الهبات المباشرة (19) وهذا صحيح أيضا ، ولو وقع الإبراء علي التزام مصدره عقد شكلي ، سواء كان الشكل مفروضا بحكم القانون أو متفقا عليه من المتعاقدين . فلو وعد شخص آخر بأن يهبه مبلغا من النقود ، فإنه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً في ورقة رسمية بمقتضي حكم القانون (م 490 مدني) . فإذا فرضنا أن الوعد كتب في ورقة رسمية ، وترتب عليه التزام الواعد بإعطاء هذا المبلغ من النقود للموعود له ، فإن الموعود له وهو الدائن يستطيع أن يبريء الواعد وهو المدين من التزامه ، دون حاجة إلي أن يفرغ الإبراء في ورقة رسمية ، فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، ولكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلي هذه الورقة . كذلك إذا اتفق المتبايعان علي أن يكتبا عقد البيع في ورقة رسمية ، فإن التزام المشتري بدفع الثمن ، ومصدره عقد شكلي ، والشكلية هنا بمقتضي الاتفاق ، يمكن البائع إبراءه منه دون حاجة إلي أن يكون الإبراء في ورقة رسمية (20).

---

(17) بودري وبارد 3 فقرة 1774 – بيدان ولاجارد 9 فقرة 1033 – دي باج 3 فقرة 672 – ردوان في أنسيكلوبيدي داللوز 4 لفظ Remise de dette فقرة 48 .

(18) بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1036 ص 717 .

(19) بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1305 .

(20) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 297 .

وهذا كله لو صدر الإبراء من الدائن تصرفا قانونيا حال الحياة . أما إذا كان الدائن قد أوصي بإبراء مدينة ، فالإبراء هنا يكون وصية ، وتسري أحكام الوصية في الشكل وفي الموضوع . فلا بد من إفراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانونا ، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة ، ويجوز للموصي الرجوع فيه قبل موته ، ويسقط إذا مات الموصي له قبل موت الموصي [21] . علي أن الإبراء إذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت ، لم يشترط فيه أن يكون في شكل الوصية ، ولكن يسري عليه حكم الوصية من حيث الموضوع ، إذ أن المادة 916 مدني $ 971 $ تقضي بأنه كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلي ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف .

هذا وإذا كان لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، فان ذلك لا يمنع من أن المدين الذي يدعي أن دائنه أبراه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين ، وتسري في ذلك القواعد العامة في الإثبات . فإذا كان الالتزام الذي يدعي المدين أن الدائن أبراه منه تزيد قيمته علي عشرة جنيهات ، لم يجز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولو أن الإبراء تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة ، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسري علي جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بإرادة منفردة [22] . أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد علي عشرة جنيهات ، جاز للمدين إثبات الإبراء بالبينة أو بالقرائن . وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل علي نصوص تقيم قرينة قانونية لإثبات التخلص من الدين ، إما من طريق الإبراء أو من طريق الوفاء . فكانت المادة 219 / 284 تنص علي أن " إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلي المدين " . وكانت المادة 220 / 285 تنص علي ما يأتي : " ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين " . فكان تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ قرينة قانونية ، قابلة لإثبات العكس ، علي براءة ذمة المدين من الدين ، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء [23] . ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذه النصوص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلي مرتبة القرينة القضائية [24] . والعبرة بتاريخ تسليم السند أو

---

(21) بودري وبارد 3 فقرة 1775 .

(22) الوسيط جزء 2 فقرة 193 .

(23) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 829 .

(24) الوسيط جزء 2 فقرة 180 ص 338 – ص 339 – هذا وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي علي نصين ، الأول منهما (م 1282) يقضي بأن تسليم الدائن السند الأصلي العرفي تسليما اختياريا إلي المدين يستدل به علي تخلص المدين من الدين . ويعتبر الفقه الفرنسي هذه القرينة القانونية قاطعة لا

صورته الواجبة التنفيذ ، وهي $ 972 $ الواقعة المادة التي تستخلص منها القرينة . فإن كان ذلك قبل 15 أكتوبر سنة 1949 ، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، تطبيقا لأحكام التقنين المدني الســـابق ، وإلا فهي قرينة قضـــائية تطبيقا لأحكام التقنين المدني الجديد .

581 – الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء : وقد رأينا أن الفقرة الأولي من المادة 372 مدني تنص علي أنه " يسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع " .

ومن ثم فالإبراء لابد فيه من صدور إرادة من الدائن ، ليس لها شكل خاص كما قدمنا ، للنزول عن حقه دون مقابل . وأي تعبير عن هذه الإرادة يكفي ، سواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا [25] . إلا أن الإبراء لا يفترض ، لأنه نزول عن الحق ، فعند الشك لا يكون هناك محل لتفســـير إرادة الدائن بأنه قد الإبراء [26] . وهذه الإرادة يجب أن تصـــدر من دائن ذي

تقبل إثبات العكس ، وهي قرينة إما علي الوفاء وإما علي الإبراء والنص الثاني (م 1283) يقضي بأن التسليم الاختياري للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمي يكون قرينة إما علي الإبراء وإما علي الوفاء ، إلا إذا قام دليل العكس . والقرنية القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص . وفي منا سبة هاتين القرينتين القانونيتين يسهب الفقه الفرنسي فيما يسميه بالإبراء الضمني (remise tacite de dette) . أنظر في هذه المسألة : بوردي وبارد 3 فقرة 1776 – فقرة 1788 – بلانيول وردوان 7 فقرة 1307 – فقرة 1312 دي باج 3 فقرة 676 – فقرة 683 .

أما في مصر فكل هذه القرائن تعتبر قرائن قضائية موكولة إلي تقدير القاضي .

وقد نقل تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م 340 / 2) عن التقنين المدني الفرنســـي القرينة القانونية التي اشتملت عليها المادة 1282 من هذا التقنين (أنظر آنفا فقرة 577 في الهامش) .

(25) انظر المادة 340 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني – ولا يشترط في التعبير الصريح أن ينصب مباشرة علي الإبراء ، فالمخالصة الصورية التي يعطيها الدائن للمدين تكون تعبيراً صريحا عن الإبراء (بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1305 – دي باج 3 فقرة 675 ص 634) . ويكون تعبيراً ضمنيا عن الإبراء ، في عقد ملزم للجانبين لم يبدأ تنفيذه ، أن ينزل أحد المتعاقدين عن حقه النا شيء من هذا العقد ، فيعتبر هذا النزول إبراء ضمنيا من جانب المتعاقد الآخر عن حقه المقابل ، ويرجع في ذلك إلي نيه المتعاقدين (بودري وبارد 3 فقرة 1772) .

(26) استئناف وطني 30 نوفمبر سنة 1893 الحقوق 8 ص 353 – 17 أغسطس سنة 1897 الحقوق 12 ص 287 – استئناف مختلط 2 ديسمبر سنة 1930 م 43 ص 52 – 8 مايو سنة 1940 م 52 ص 249 – انظر أيضا المادة 424 من التقنين المدني العراقي فقرة 582 فيما يلي في الهامش .

فلا تبرأ ذمة الكفيل بحصول الدائن علي تأمين عيني ، لأن الإبراء يفسر في أضيق الحدود (استئناف وطنى 27 نوفمبر سنة 1921 المحاماة رقم 67 ص 218) . وإذا رد الدائن التأمين الذي أخذه لضمان دينه إلي المدين لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين ، وإن كان قد يستفاد منه أنه نزل عن التأمين (انظر

أهلية كاملة ، والأهلية $ 973 $ هنا هي أهلية التبرع ، لأن الإبراء تصرف تبرعي كما قدمنا [27] . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين ، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما . ولا يجوز للولي ولا للوصي ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين ، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال محجوريهم . بل لا يجوز لهم ذلك حتي بإذن من المحكمة ، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع في مال المحجور ، والإبراء في جميع هذه الأحوال يكون باطلا . فيجب إذن أن يكون الدائن بالغا سن الرشد غير محجور عليه ، حتي يصدر منه الإبراء صحيحا [28] . كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلا للإبطال . وأكثر ما يشوب الإبراء هو الإكراه ، لأن الدائن لا يبريء مدينه عادة ، وإنما هو في الكثير من الأحوال يكون مكرها علي ذلك . ومن ثم عنيت المادة 371 مدني في صدرها أن تبرز وجوب خلو الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة ، فنصت علي أن $ 974 $ " ينقضي الالتزام إذا إبرا الدائن مدينة مختاراً [29] .

المادة 340 / 3 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني) . وتأجير الداين المرتهن العين المرهونة للمشتري ، وتعهد هذا المشتري بدفع الدين للدائن المرتهن ، لا يعتبر إبراء للمدين الأصلي (المحلة 21 فبراير سنة 1933 المحاماة 13 رقم 658 ص 1313) وإذا أوصي الدائن لمدينة بعين في تركته لم يفد ذلك أنه أبراه من الدين (بودري و بارد 3 فقرة 1775 ص 101 – ردوان في أنسيكلوبيدي داللوز 4 لفظ Remise de dette فقرة 18) .

(27) انظر المادة 421 من التقنين المدني العراقي (آنفا فقرة 577 في الهامش) .

(28) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 297 – ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله في الإبراء . فإذا كان هناك دائنون متضامنون ، وأبرأ أحدهم المدين ، وقع هذا الإبراء علي حصة الدائن الذي صدر منه الإبراء ، وجاز لكل من باقي الدائنين المتضامنين أن يرجع علي المدين بالدين بعد استنزال حصة هذا الدائن (انظر آنفا فقرة 141) .

(29) مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 296 – وانظر آنفا فقرة 577 في الهامش . ويصح أن يكون الإبراء معلقا علي شرط فإذا كان الشرط فاسخا أصبح الدين نفسه معلقا علي شرط واقف ، وإذا كان الشرط واقفا أصبح الدين معلقا علي شرط فاسخ (ديمولومب 28 فقرة 381 – بودري وبارد 3 فقرة 1767 ص 96 – الأستاذ عبد الحي حجازي 3 ص 314) وقد ورد في التقنين المدني العراقي نص صريح يجيز تعليق الإبراء علي الشرط ، مخالفا في ذلك الفقه الإسلامي (انظر م 243 من مشرد الحيران) ، فنصت المادة 423 من هذا التقنين علي أنه " يصح تعليق الإبراء ، فإن علق الدائن إبراء مدينة من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه المدين بريء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقي عليه الدين كله " وبقرب هذا الفرض من فرض الصلح مع المفلس ، فنيه التبرع هنا غير واضح ، إذا أن الدائن إنما أبرأ المدين من بعض الدين ليضمن استيفاء البعض الآخر .

وللإبراء ككل تصـــرف قانوني ، محل . ومحل الإبراء هو الالتزام الذي يبريء الدائن منه المدين . ويـ صح أن يقع الإبراء علي أي التزام (30) ، ما لم يكن ذلك مخالفا للنظام العام (31) .

$ 975 $ وللإبراء أخيرا ، ككل تصرف قانوني ، سبب . والسبب هو الباعث الدافع إلي الإبراء . فإن كان هذا الباعث مشروعا ، صح الإبراء ، وإلا كان باطلا (32) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب علي الإبراء

---

(30) والغالب أن يقع الإبراء علي التزام بمنقول غير معين ، وبخا صة علي التزام بدفع مبلغ من النقود ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يقع علي التزام بعين معينة بالذات . ولكن إذا كانت ملكية هذه العين تنتقل في الحال بمجرد قيام الالتزام ، لم ينفســـح المجال للإبراء من التزام تم تنفيذه . وكل ما يمكن عمله في هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلي صاحبها الأ صلي ، ولكن لا عن طريق الإبراء بل بعقد جديد ، وتعود الملكية مشتغلة بالحقوق العينية التي ترتيت للغير (بودري وبارد 3 فقرة 1771 وفقرة 1773 – بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1306 ص 717) .

ولا يجوز النزول عن حق قبل كسبه ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضي بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكســـبها ، إذا الإنســـان إنما يتنازل عما يثبت له (29 مايو ســـنة 1893 الحقوق 9 ص 225) . وقضت بأنه لا يجوز لأحد فريقي الخصوم التنازل عن حق أكسبه إياه حكم ، إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الفريق الثاني ، بأن يكون ذلك الحكم نفسه قاضيا لهذا الفريق الثاني بحق آخر مقابل للحق الذي قضي به للفريض الأول (4 ديسمبر سنة 1902 الحقوق 18 ص 156) .

ويصـــح للدائن في التزام طبيعي أن يبريء ذمة مدينة من هذا الالتزام ، فإذا وفي المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحي حجازي 3 ص 312 – ص 313) .

(31) فلا يجوز النزول عن حقوق الولاية والنســـب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام . كما لا يجوز النزول عن الحق في النفقة ، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجمدة في ذمته (أوبري ودو 4 فقرة 323 ص 307 – بودري وبارد 3 فقرة 1771) .

(32) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين ، ثم تخلف هذا الباعث ، سقط الإبراء – والإبراء في القانون الألماني تصـــرف مجرد (acte adstrait) ، فلا يتأثر بالباعث . فإذا أبرأ الدائن مدينة ، انقضي الدين وزالت التأمينات التي كانت تكلفه . وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث علي الإبراء قد تخلف ، لم يسقط الإبراء ، ولم تعد التأمينات ، وإنما يرجع الدائن علي المدين بدعوي الإثراء بلا سبب (أنظر في هذه المسألة التعليقات علي التقنين المدني الألماني 1 م 397 ص 563 – ص 564 – جوسران 2 فقرة 951) .

582 – الإبراء يقضي الدين : الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فإذا أبرأ الدائن مدينة من الدين الذي في ذمته ، فقد انقضي به صدر المادة 371 مدني ، إذ يقول : " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينة مختاراً [33] .

علي أن الإبراء يرتد بالرد ، وفي هذا يقول عجز المادة 371 مدني : " ويتم الإبراء متي وصل إلي علم المدين ، ويرتد برده " . فإذا وصل الإبراء إلي علم $ 976 $ المدين ، ولم يرده في المجلس الذي علم فيه [34] ، لم يستطع أن يرده بعد ذلك . أما إذا رده في المجلس ، فإنه يرتد ويزول أثره ، ويعود الدين إلي ذمة المدين بعد أن كان قد انقضي بالإبراء ، وقد سبقت الإشارة إلي ذلك .

ونري مما تقدم أن الإبراء ، وهو يقضي الدين ، تصرف قانوني يفقر الدائن إذ ينقص من حقوقه . وكذلك الرد ، وهو يعيد الدين إلي ذمة المدين بعد انقضائه ، تصرف قانوني يفقر المدين إذ يزيد في التزاماته [35] .

---

(33) وينص التقنين المدني العراقي في المادة 420 علي ما يأتي : " إذا أبرأ الدائن المدين ، سقط الدين " . ثم جاء في المادة 424 من نفس التقنين : " 1 – إذا اتصل إبراء خاص بالمصالح عنه ، فلا تسمع الدعوي في خصوص ذلك وتسمع في غيره . وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعاوي كافة ، فلا تسمع علي المبرأ دعوي في أي حق كان قبل الصلح ، وتسمع علي الحق الحادث بعده . 2 – وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم " .
وهذا النص ليس إلا تطبيقيا لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تقضي بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يفسر في أضيق الحدود (انظر آنفا فقرة 581 – وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة 730 ص 327) .

(34) ولما كان تكييف الإبراء بأنه تصرف قانوني من جانب واحد يرتد بالرد مأخوذا من الفقه الإسلامي ، وجب الرجوع إلي الفقه الإسلامي لتحديد الوقت الذي يجوز فيه رد الإبراء . فالرد يكون في مجلس الإبراء ، أي في المجلس الذي يعلم فيه المدين بالإبراء ، فلو رد المدين الإبراء بعد انقضاض هذا المجلس بقي الإبراء نافذاً ولا يرتد . كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه لا يرتد ، والقبول إذا لم يكن ضروريا لقيام الإبراء يجعله مع ذلك غير قابل للرد . وقد نصت المادة 1568 من المحلة علي أنه " لا يتوقف الإبراء علي القبول . ولكن يرتد بالرد . فإذا أبرأ واحد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله لا أقبل ، ارتد ذلك الإبراء ، يعني فلا يبقي له حكم . ولكن لو رد الإبراء بعد قبوله ، فلا يرتد " ويقول الأستاذ سليم باز في التعليق علي هذا النص : " مفاده أنه يشترط أن يكون الرد في مجلس الإبراء ، فلو رده بعد التفرق لا يصح الرد ، ويبقي الإبراء نافذاً " (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م 1568 ص 853 – ص 854) .

(35) انظر آنفا فقرة 578 – والرد يعيد الدين كما كان ، بجميع مقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته .

ولما كان يسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع ، فإن أحكام الدعوي البولصية تسري علي الإبراء كما تسري علي أي تبرع [36] . $ 977 $

ويترتب علي ذلك أمران : (أولا) يجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوي البولصية ، كما يطعنون في أي تبرع صادر من مدينهم . فليسوا في حاجة إلي إثبات إعسار الدائن الذي صدر منه الإبراء أو زيادة إعساره بسبب هذا الإبراء ، ولا ضرورة لإثبات تواطؤ المدين معه ، بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه ، وذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 238 مدني ، وهي تقضي بأنه " إذا كان التصرف تبرعا فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا " . (ثانيا) وكذلك إذا رد المدين الإبراء ، فإن هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد في التزاماته كما تقدم القول . فيجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيه بالدعوي البولصية كما سبق أن بينا [37] ، إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، دون حاجة إلي إثبات تواطؤ الدائن معه ، بل ولا سوء نية المدين .

583 – وتنقضي مع الدين تأميناته : وإذ ينقضي الدين بالإبراء ، فإنه ينقضي معه ما كان يكفله من تأمينات ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أو كفالة . وحتي يكون زوال التأمينات ساريا في حق الغير ، يجب شطب القيد طبقا للقواعد المقررة .

---

(36) م 372 / 1 مدني – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 297 – ومن الأحكام الموضوعية التي تسري علي التبرعات جواز الرجوع في الهبة لعذر مقبول (م 500 مدني) ما لم يوجد مانع من الرجوع (م 502 مدني) . ويعتبر عذراً مقبولا للرجوع في الهبة جحود الموهوب له ، وصيرورة الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة ، وأن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً أو أن يكون له ولد يظنة ميتا وقت الهبة فإذا به حي (م 501 مدني) . والظاهر أن هذه الأحكام الموضوعية تسري علي الإبراء كما تسري علي الهبة (الموجز للمؤلف فقرة 597 ص 619 – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 827 ص 633 – الأستاذ عبد الحي حجازي 3 ص 313 – وانظر أيضا في القانون الفرنسي حيث يجوز الرجوع في الهبة لجحود المرهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولداً وسريان هذه الأحكام علي الإبراء . بودري وبارد 3 فقرة 1769 ص 98 – بلانيول وريبير وردان 7 فقرة 306 ص 717 – بيدان ولاجارد 9 فقرة 1026 – دي باج 3 فقرة 675) . وقد يقال إن الإبراء في الفقه الإسلامي إسقاط ، والساقط لا يعود (انظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز م 51 ص 40 و م 1562 ص 848 – 849 و م 1568 ص 853) ولكن لما كان نص الفقرة الأولي من المادة 372 مدني صريحا في أنه " يسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع " ، فالظاهر أن هذا النص يقضي بسريان أحكام الرجوع في الهبة علي الإبراء .

(37) انظر آنفا فقرة 578 .

وقد أورد التقنين المدني السابق ، في شأن الكفالة الشخصية ، سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدني الجديد ، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسري أحكامها دون حاجة إلي نص . من ذلك أن نصت المادة 181 / 244 $ 978 $ علي أن " إبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضا " فتبرأ ذمة الكفيل الشخصي ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع الالتزام المدين ، فإذا زال الأصل زال التبع [38] . ويستثني من ذلك الإبراء الذي يتضمنه الصلح مع المفلس ، فإنه لا يبريء ذمة الكفلاء كما رأينا ، بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك [39] . أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرىء ذمة المدين الأصلي ، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل ، وفى هذا الصدد تنص المادة 184 / 247 من التقنين المدني السابق على أنه " لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه " . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين ، بل يجوز له مطالبة باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذي أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين [40] . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذي أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتدوا على كفالته ، فإذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أى منهم $ 979 $ بكل الدين إذا كانوا متضامنين . فرجوع الكفلاء علي الكفيل الذي أبراه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانه هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها . وفي هذا الصدد تنص المادة 185 / 248 من التقنين المدني السابق علي أنه " إذا تعدد الضامنون في دين ، وأبرأ الدائن ذمة

---

(38) ولا يجوز للدائن أن يبريء ذمة المدين الأصلي مع استبقائه الكفيل ملتزما بالدين ، فإن حق التجريد المعطي للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلا متضامنا مع المدين أو كان كفيلا عينيا ، مع إبراء ذمة المدين الأصلي (بيدان ولاجارد 9 فقرة 1032) .

(39) استئناف مختلط 25 مايو سنة 1932 م 44 ص 341 – بودرى وبارد 3 فقرة 1794 – بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1312 – ويذهب بودرى وبارد (3 فقرة 1794 (إلى أن الجزء من الديون الذى أبرىء منه المفلس يبقى التزاماً طبيعياً فى ذمته ، ويصلح هذا الالتزام الطبيعى أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة . وقد رأينا أن الالتزام الطبيعى لا تمكن كفالته إلا بالتزام طبيعى مثله (انظر الوسيط جزء 2 فقرة 403) . على أننا لسنا فى حاجة إلى تأصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع ديون المفلس حتى ما أبرىء منه بالصلح مع الدائنين ، فإن هذا هو الوضع الطبيعى للكفيل ، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات ، فإذا تحقق الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل .

(40) بودرى وبارد 3 فقرة 1797 – بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1312 .

أحدهم ، جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة علي ضمانتهم أو مقارنة لها (41) " .

(41) لاروميير 5 م 1287 فقرة 4 – ديمولومب 28 فقرة 468 – ديرانتون 12 فقرة 375 – ماركاديه 4 فقرة 809 – بودري و بارد 3 فقرة 1797 مكررة – المؤجز للمؤلف فقرة 598 – انظر عكس ذلك لوران 18 فقرة 373 – هيك 8 فقرة 140 .

وتنص المادة 1288 من التقنين المدني الفرنســـي علي أن " ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستنزل من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلي وذمة الباقي من الكفلاء " . وهذا هو النص في أصله الفرنسي Art . 1288 : ce que le creancier a recu d'une caution pout la decharge de son cautionnement doit etre impute sur la dette et tourner a la decharge du debiteur principal et des autres cautios . وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسى لمخالفته للقواعد العامة ، إذ أن نية الطرفين – الدائن الكفيل – قد انصرفت في هذه الحالة إلي أن الكفيل دفع مقابلا لإبراء ذمته من الكفالة ، وقد رضي الدائن بذلك معرضا نفسه لخطر ألا يستوفي الدين كله أو بعضه من المدين الأصلي . فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمالي ، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفي كل حقه من المدن الأصلي ، وقد ينتهي به إلي الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه ، فما أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذي عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون 12 فقرة 379 – لاومبيير 5 م 1288 فقرة 2 – ديمولومب 28 فقرة 469 – فقرة 471 – لوران 18 فقرة 374 – هيك 8 فقرة 141 – بلانيول وريبير وردوان 7 فقرة 1312 ص 724 – ص 725) . ولم يذقل التقنين المصـــري هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضي تطبيقها أن تكون العبرة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصدا أن يفتدي الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع علي المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو علي المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع علي الدائن حتي لو استوفي هذا كل حقه من المدين . وإن قصدا أن يستنزل المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقي الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقي من حقه ، ويرجع هو علي المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه في الرجوع بكل الدين علي المدين ، إذا لو أراد استنزال المقابل من الدين ، لا ستبقي الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه .