مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (١١)

الالتزام المدني المجرد
دراسة في القانونين المدنيين العراقي والمصري

م. د. نورس عباس العبودي
الجامعة العراقية ـ كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

على خلاف القناعة السائدة بشأن كون الالتزامات المجردة من الموضوعات الخاصة بالقانون التجاري يسعى البحث الى اثبات وجود تطبيقات قانونية للالتزام المجرد في القانون المدني. ويرصد فكرة التجريد في الالتزامات ويحدد موقعها في القانونين المدنيين العراقي والمصري- لاتينيي العقيدة- ويحصر تطبيقاتها.

Abstract

In contrast of the common conviction about the Abstractive obligations which reverts them to the commercial law. This research aims to proof the existence of legal applications of the civil Abstractive obligations with the focus on their position in the Iraqi and Egyptian civil law and collecting their application.

المقدمة

أدى تطور الفكر القانوني والذي انعكس على القانون ذاته الى الانتقال بالتصرفات القانونية من عهد الشكلية الرمزية في القانون الروماني الى مرحلة اصبح فيها مبدأ الرضائية هو عماد التصرفات القانونية. والرضائية في القانون المدني العراقي الذي ينتمي للمدرسة اللاتينية هي فكرة عملاقة. وهي مستمدة من فكرة العدالة وحقيقة كون التصرف القانوني قائم على ارادة اطرافه. لذا من البداهة ان تنفر القوانين التي تعتبر الرضائية فيها هي الاصل في التصرفات من اي فرض يمكن ان يلتزم الانسان فيه على نحو مغاير لإرادته الحقيقية. وعلى هذا الاساس وجدت نظريات السبب وعيوب الارادة؛ من أجل تقرير بطلان او وقف التصرفات القانونية التي وجدت مغايرة لإرادة صاحبها.

لذا فإن الأصل في الالتزامات سواء أكان مصدرها العقد او الإرادة المنفردة ان تتوافر لها اركان صحتها حتى تقوم كحقيقة قانونية معترف بها ومرتبة لآثارها. وسواء أكانت تلك الاثار هي انشاء الالتزام او نقله او تعديله او حتى انهاءه. ومع ذلك فإن اطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة الى اقصى مدياته لن يوفر الاستقرار اللازم للعلاقات القانونية الخاصة بين الافراد. فلم ينفك الفكر القانوني عن التساؤل حول مدى امكانية نهوض تصرف قانوني او التزام ما دون أحد أركانه. وإن كانت الاجابة البدهية –في ظل مبدا الرضائية– ستكون بالنفي, فإن تتبع احكام القانون المدني ذاته سيفرض علينا التوقف عند جملة من الالتزامات التي نجد أن القانون يقر بصحتها بمعزل عن بعض عناصرها. وما اقرار صحة العقد الذي عيب رضا احد عاقديه بعيب الغلط او التغرير مع الغبن او الاكراه , والذي لم يتصل بعلم العاقد الآخر, الا دليل على ذلك, فضلا عن وجود التزامات اخرى تنهض بمعزل عن ركن من اركانها بحكم القانون. فنكون امام ما يدعى بالالتزام المجرد. واذا كان الأصل أن هذا التصرف هو القاعدة العامة في الالتزامات الصرفية على صعيد التعامل بالأوراق التجارية. فإن القانون المدني يعرف هذه التصرفات على سبيل الاستثناء؛ لأن فيها خروجا صارخا على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد رائد الالتزامات فيه. الا ان تسرب بعض الافكار القانونية التابعة للمدرسة الجرمانية للقوانين ذات النهج اللاتيني ومنها القانون العراقي جعل المشرع ذاته يخرج عن منطق مبدأ سلطان الإرادة ليقر الالتزامات المدنية المجردة في أحوال معينة.

أهمية الموضوع

إن موضوع الالتزام المجرد لم يحظَ باهتمام فقه القانون المدني في العراق؛ بسبب النظرة السائدة بشأنه والتي تصوره على أنه من الموضوعات الحصرية للقانون التجاري. فلم يظفر بنصيبه من البحث على الرغم من ثبوت وجوده كفكرة مدنية في احكام قانونية عدة. ومن أجل الوقوف على اسباب تبنّي المشرع لمثل تلك الالتزامات ينبغي دراستها على انها أمر واقع وبعيدا عن التشكيك في صحتها بسبب قيامها على حقيقة مغايرة للأصل العام في سيادة ارادة الاطراف وإلزامهم بمضمونها دون سواه؛ لأنها وجدت في ظل

القانون وينبغي تقصّي الحكمة من وراء تبني المشرع لها وغضِّه الطرف عن اثر تخلف بعض اركان العقود وتقرير صحتها او نفاذها –بحسب الأحوال– بمعزل عن بعض اركانها من جهة ودراسة ابعادها وتأصيلها من جهة ثانية وجدنا المجال رحبا للبحث في الالتزام المجرد على الرغم من اقرارنا بخطورة الالتزامات المجردة.

منهج البحث

في محاولة للبحث في نظرية الالتزام المجرد على صعيد القانون المدني وحصر مفهوم التجريد ونطاقه سنتّبع المنهج الوصفي في عرض الآراء التي عنيت بفكرة تجريد الالتزامات كخطوة لازمة للوقوف على مظاهر التجريد في الالتزامات المدنية وبالاستعانة بالمنهج التحليلي المقارن من خلال عرضنا لأحكام القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م .

خطة البحث

من اجل إعطاء البحث بُعده سيكون لزاما علينا البحث في مفهوم الالتزام المدني المجرد وهو ما يستدعي البحث في فكرة التجريد وحصر نطاقها, وهذا ما سيكون مادة المبحث الاول. ومن ثم التعرض لبعض اهم تطبيقات فكرة التجريد في القانون المدني العراقي والتي سنفصل فيها بين التجريد من عيوب مضمون الإرادة والتعبير فنبحث تطبيقات كل منهما في المبحث الثاني.

المبحث الأول
مفهوم الالتزام المدني المجرد

اذا كان الالتزام عموما هو رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها اولهما بالقيام بعمل او الامتناع عنه لمصلحة الثاني. فإن هذا الالتزام لا يكون صالحا لترتيب اثره القانوني الا اذا استوفى اركانه وشروط صحتها, من وجود الرضا وصحته وتوافر محله وسببه. فهذا هو اصل الالتزام الصحيح في القانون المدني. الا ان دراسة طوائف معينة من الالتزامات المدنية تجعل من مانعية الحقيقة اعلاه محل شك. اذ نجد ان ثمة التزامات عقدية تقوم بمعزل عن اهم اركانها ومع ذلك يعترف بها القانون ويقر بصلاحيتها لترتيب الاثار القانونية بل ويفرض هو بنفسه عنصر الالزام بشأنها, ما دفع بعض الفقه[١] الى تقسيم الالتزامات الارادية الى التزامات مقيدة يشترط فيها توافر واستيفاء اركانها حتى يحترمها القانون ويحرص على تأكيد عنصر الالزام بها بوسائله. والتزامات مجردة تعد صحيحة ولو لم تستوفِ بعض اركانها او وجد شك حول صحة احدها, وتكون لديها صلاحية احداث الاثر القانوني بمجرد وجودها على النحو الذي يعترف به القانون دون ان تخضع لما يمكن ان يهدم هذا الوجود في العلاقة بين الدائن والملتزم.

ومن أجل البحث في مفهوم هذا الالتزام المجرد يتعين علينا البحث في فكرة التجريد في الالتزامات بتعريف الالتزام المجرد في اطار العلاقات القانونية المدنية ليتسنى لنا بعد ذلك الوقوف عند نطاق هذا التجريد فيما يتعلق بالالتزامات المدنية , وذلك بمطلبين آتيين.

المطلب الأول: التعريف بالالتزام المدني المجرد

تتعدد التعريفات المطروحة بصدد الالتزامات المجردة بحسب المعيار الذي ينظر اليه كأساس للتجريد, فبين من يربطه بالشكل او يجرده عن السبب او يربطه بعنصر الافصاح عن الإرادة دون سواه تباينت التعريفات التي تتعرض لمفهوم وحقيقة الالتزام المجرد.

ووفقا لمعيار الشكل يعرف الالتزام المجرد على انه «الالتزام الذي يستمد صحته وقوته الالزامية من الشكل بصرف النظر عن ارادة اطرافه»[٢]. ومن الناحية التاريخية ارتبطت فكرة الالتزامات المجردة او الصحيحة (بحد ذاتها) بفكرة الشكلية الرمزية في القانون الروماني. وفي اطار عقود القانون الضيق كانت التصرفات القانونية جميعها شكلية ومجردة[٣]. فالقانون الروماني حتى عصر جستنيان لم يعرف من العقود الا ما كان مظهره يبديه كذلك باتخاذه الشكل الذي يعترف به هذا القانون[٤]. فالفصل بين الإرادة والتصرف مرموزا اليه بشكل معين هو ما يجسد فكرة التجريد عند الرومان[٥]. فمفهوم

(١) د. محمود ابو عافية ,التصرف القانوني المجرد , دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة,١٩٤٧م, ص٢٨٠.
(٢) ينظر د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٩٦.
(٣) ينظر: د. صدام كوكز المحمدي ود. أسعد عبيد عزيز الجميلي, تجريد الالتزام من الدفوع دراسة قانونية مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية, مجلة جامعة الانبار, كلية القانون,٢٠١٣, ص٤. وينظر ايضا د. محمود ابو عافية, مصدر سابق,ص٢٧, ٢٨.
(٤) ينظر: د. صبيح مسكوني, القانون الروماني, مطبعة شفيق, بغداد ,١٩٧١م,ص ١٦١ هامش رقم(١)
(٥) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٨-١٠.

الالتزام المجرد عند الرومان يتمحور حول فكرة ان وجود التصرف القانوني وقوته الملزمة لا يستندان الى ارادة اطرافه ولا حتى للإفصاح عنها او التعبير, بل الى الشكل الذي اشترطه القانون مباشرة. فالأثر القانوني بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية على سبيل المثال كانت تترتب مباشرة على الاشهاد او الدعوى الصورية او التسليم وليس على امر داخلي اخر او حتى خارجي(٦).

لكن هذا المفهوم للالتزام المجرد على وفق معيار الشكل لا يمكن قبوله لاسيما وانه لا يعد معيار خاصا بالالتزامات المجردة دون سواها. اذ انه من المعلوم ان جميع التصرفات في القانون الروماني كانت تتسم بميزة الشكلية والرمزية ومن ثم يصعب القول باختصاص الشكلية بالتصرفات المجردة. ولا تصلح بعد ذلك هذه الفكرة لتأسيس فكرة تجريد الالتزامات. لذا لا يمكن التعويل على الطرح اعلاه ؛ لأنه لا يعطي دلالة واضحة للالتزام المجرد.

طرح بعد ذلك معيار اخر اكثر واقعية ويعود في جذوره الى المدرسة الجرمانية, فالفكر الالماني واراء الفقه والابحاث والدراسات التي اثرت بالتقنين المدني الالماني (١٩٠٠م) فصار من ابرز سماته اعترافه بشكل اساسي بالتصرفات المجردة, ويعرف الالتزام المجرد وفقا للمفهوم الجرماني على انه «الالتزام الصحيح بصرف النظر عن سببه او بمعزل عن سببه»(٧). وهذا المعنى هو الاساس النظري الأول للالتزامات المجردة وهو معيار موضوعي (٨), وهو اساس نظرية التجريد في الالتزامات والذي لا يمكن مغادرته الى سواه من الاسس دون ان تتغير ملامح النظرية لكنه يحتاج الى تحديد. فما هو السبب الذي يتجرد عنه الالتزام او ينفصل عنه ؟ فالسبب له اكثر من مدلول على صعيد الالتزامات في القانون المدني. فهو قد يكون منشئا او قصديا او سببا باعثا.

والسبب المنشئ هو المصدر الذي أوجد الالتزام من عقد او ارادة منفردة او كسب دون سبب او عمل غير مشروع او حتى القانون(٩). ونستبعد هذا المعنى من مفهوم الالتزام المجرد؛ لأنه من المسلم به ان العقود تتجرد من مصادرها المنشئة حتى فيما يتعلق بالعقود التي لا تقوم لها قائمة دون وجود مصدر منشئ كعقد الكفالة او الإنابة بالوفاء , فهذه العقود رغم كونها تابعة للعلاقة الاولى (الدين الاصلي) من حيث الوجود والعدم الا ان لها كيانا مستقلا قائما بذاته من ناحية اطرافها ومراكزهم العقدية في كل علاقة, ومن ناحية ثانية فإن اثارها تترتب استنادا اليها لا الى العقد او المصدر الاول.

أما السبب القصدي(١٠) فهو السبب وفق مفهوم النظرية التقليدية, ويعني الغرض

(٦) ينظر: د. صبيح مسكوني, مصدر سابق, ص ١٦٠- ١٦٩.

(٧) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٩٥.وايضا د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ١٨.

(٨) ينظر: د. علي فوزي الموسوي ,التصرف القانوني المجرد في الاوراق التجارية, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, كلية القانون, جامعة بغداد, المجلد الرابع والعشرون, العدد الثاني,٢٠٠٩م,ص ٢١٩.

(٩) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, الموجز في شرح القانون المدني, مصادر الالتزام, المكتبة القانونية, بغداد,٢٠٠٧م, ص٢١٧.وايضا د. سليمان مرقس ,شرح القانون المدني, في الالتزامات, المطبعة العالمية,القاهرة,١٩٦٤,ص١٠٢, ١٠٣.

(١٠) يطلق عليه السبب الفني. ينظر بهذا الشأن: د. عبد الحي حجازي, موجز النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, الجزء الاول, المطبعة العالمية,القاهرة,١٩٥٥,ص ٩٢.وللمزيد بشأنه ينظر: للمؤلف ذاته, النظرية العامة للالتزام, الجزء

المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول اليه من وراء التزامه[١١], وهو ركن بالعقد يشترط توافره بجانب الرضا والمحل. وهو عنصر غير متغير في النوع الواحد من العقود , ففي العقود الملزمة لجانبين يكون سبب التزام كل طرف هو التزام نظيره, اما العقود الملزمة لجانب واحد فأنها لا تخرج عن كونها اما رضائية كعقد الكفالة ويكون السبب فيها–وفقا للنظرية التقليدية– ابرام العقد الاصلي. او عينية يكون السبب فيها هو واقعة التسليم. اما في عقود التبرع فيكون السبب هو نية التبرع[١٢] .

وهذا المعنى في السبب لا يمكن ان يكون هو معيار التجريد في الالتزامات المجردة, لأن التصرفات القانونية جميعها سواء كانت مسببة او مجردة لابد ان يكون لها سبب بالمعنى التقليدي (قصدي)؛اما عن بطلان السبب المصرح به بالعقد او عدم مشروعيته فهذا من شأنه ان يبطل الالتزام برمته سواء كان مقيدا (مسبب) او مجردا.

يبقى المعنى الأخير للسبب اي السبب بمعنى الباعث الدافع للتعاقد[١٣] , وهو السبب وفقا لمفهوم النظرية الحديثة , المتمثل بغاية كل متعاقد او غرضه غير المباشر من التعاقد. وهو يختلف في النوع الواحد من العقود ويختلف فضلا عن ذلك من شخص لآخر؛ لأنه عنصر نفسي متغير[١٤].

ونالت نظرية السبب اكبر الحظوظ وشغلت الفقه لوقت طويل ولا تزال تفعل, فكان ازدواجية معناه محل جدل بين كبار الفقهاء في فرنسا[١٥]. وهذه الازدواجية في مفهوم السبب انتقلت الى التشريع ذاته ففي القانون الفرنسي يتراوح مفهوم السبب بين النظريتين التقليدية والحديثة على تفصيل لا مجال لذكره في هذا البحث[١٦] وانعكس ذلك على احكام القضاء في فرنسا[١٧]. وفي ايطاليا يقصد به الغرض الاقتصادي القانوني الذي يعترف به القانون ويحميه وهو عنصر مادي خارجي يرتبط بإرادة القانون ويخرج من منطقة النوايا او المحيط النفسي لأطراف العقد[١٨]. فالسبب في الهبة هو النية القاطعة في التخلي عن مال خاص بلا مقابل بقصد التبرع, اما في البيع فهو تبادل الشيء بالثمن اي تبادل المنافع الاقتصادية القانونية المتقابلة[١٩]. أما في المانيا فيقترب مفهوم السبب من مفهومه في النظرية التقليدية اعلاه, لكنه يعرف فيما يتعلق بالتصرفات المجردة عن السبب بأنه

الأول, الالتزام في ذاته, مطبعة نهضة مصر,١٩٥٤, ص١٢٩–١٦٧.

(١١) ينظر: د. سليمان مرقس, المصدر السابق, ص ٩٠.

(١٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق,ص٢١٧– ٢١٩.

(١٣) يطلق عليه السبب المصلحي. ينظر بهذا الشأن د. عبد الحي حجازي, مصدر سابق,ص١١٩.

(١٤) ينظر: د. جميل الشرقاوي, نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري, دار النهضة العربية,القاهرة,١٩٩٩,ص ١٩.

(١٥) ينظر: بشأن هذا الاختلاف: د. عبد الحي حجازي, مصدر سابق, ص ٩٢ وما بعدها. وايضا: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق,ج١, ص٢٦٣ وما بعدها.

(١٦) ينظر بشان ذلك: د. جميل الشرقاوي, نظرية بطلان التصرف القانوني , مصدر سابق, ص ٢٦٦. وايضا د. محمود أبو عافية, مصدر سابق, ص١٠٨–١١٠.

(١٧) ينظر: د. جميل الشرقاوي, طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني, بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد الاول, السنة الرابعة والثلاثين,١٩٦٤, ص ٤٠–٤٥.وايضا د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص٩٨– ١٠٩.

(١٨) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق,ص١٣٦. وايضا د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ١٨.

(١٩) ينظر د.محمود ابو عافية, المصدر ذاته,ص١٣٧.

سبب الاضافة الى الذمة والذي يعني الغرض المباشر في العمل المادي لكن بمفهوم نظرية الكسب دون سبب[٢٠]. الامر الذي دفع بعض الفقه [٢١] الى الدعوة بهذا الشأن الى الأخذ بنتائج النظريتين الحديثة والتقليدية في السبب, لأنه في كل الفروض يدخل في نطاق الرضا ويمثل مصلحة الملتزم, فاذا اريد تبين وجود السبب ينظر اليه نظرة اجمالية عن كثب بمنظور النظرية التقليدية. اما اذا اريد تبين مشروعيته من عدمها فينظر اليه من زاوية نفسية وبمنظور النظرية الحديثة[٢٢]. فالسبب متلازم مع الإرادة في النظريتين ولكنه في النظرية الحديثة اوثق اتصالا بها بل هو مختلط معها. اذ لا يتصور انعدامه دون ان نتصور انعدام الرضا. ومهما تعددت البواعث فالإرادة هي التي تحركها. اما السبب في النظرية التقليدية فهو متلازم مع الإرادة على نحو مفترض ومحدد, ولكنه متصل بها[٢٣].

وتماشيا مع منهج المشرع في القانون العراقي والذي كرسته المادة (١٣٢) من القانون المدني بنصها: «١. يكون العقد باطلا اذا التزام المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام والآداب . ٢. ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٣. اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك» نرى ان هذا الرأي الأخير –المزدوج– فيما يتعلق بمعنى السبب هو الراجح[٢٤].

ولكن مع ذلك فنعتقد ان معيار السبب كأساس للتجريد وان كان الاساس الاول لنظرية التصرف المجرد في القانون الالماني الذي يعد المصدر التاريخي المباشر لهذا النوع من التصرفات. غير كاف لتأسيس معيار التجريد, على الاقل في القوانين اللاتينية ومنها القانونين المدني العراقي والمصري[٢٥]. فهذا المعيار فضلا عن انه يحمل في ذاته عدم وضوحه فانه يضيق عن مواكبة الغاية من ايجاد هذا النظام في الالتزامات عموما؛ لأن القيمة العملية لتجريد الالتزامات ترتبط بغاية الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية المراكز القانونية قدر الامكان. وتظهر الحاجة الجدية لها في احوال انتقال الالتزام بين الذمم او دخول ملتزم جديد لالتزام قائم –على نحو ما سنرى في موضع لاحق– وهذه الغاية لا يمكن تحقيقها بفصل التصرف او الالتزام عن سببه حتى وفقا للنظريتين اعلاه معا, بل لا بد من فصله عن كل الظروف الشخصية التي يمكن ان تهدد مصير الالتزام اذا لم يكن العاقد الاخر او المستفيد من الالتزام على علم بها او

(٢٠) ينظر: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق,ص١٨.

(٢١) د. محي الدين اسماعيل علم الدين, نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد , مذكور لدى: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ٩, هامش (١٢)

(٢٢) ينظر: د. صدام المحمدي, مصدر سابق,ص٩.

(٢٣) ينظر بهذا الشأن: د. محمد صديق عبد الله, موضوعية الإرادة التعاقدية, دار الكتب القانونية,مصر,٢٠١٢م, ص ١٢٩, ١٣٠.

(٢٤) وتنص المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م على انه «اذا لم يكن للالتزام سبب, او كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب, كان العقد باطلا». وينظر بشأن ازدواجية معنى السبب في القانون العراقي: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق,ص٢٤٩-٢٥٣. وفي القانون المصري: د. سليمان مرقس, مصدر سابق, ص ١٣٥.

(٢٥) قارن عكس ذلك: د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام,ج١, مصدر سابق, ص١٦٨.اذ يذهب الى ان الالتزام المجرد هو الالتزام المجرد عن السبب في معناه المزدوج.

كانت عائدة الى جهته؛ وذلك لتسهيل اكتساب الحقوق واستقرارها وتداولها بشكل يجعلها في مأمن من تأثير الظروف الشخصية عليها[٢٦]. ونقتبس فكرة يطرحها بعض الفقه[٢٧] فيما يتعلق بعناصر التصرف القانوني والذي يرى انها تتحلل الى أمور ثلاثة هي «الإرادة والتعبير ومطابقة التعبير للإرادة». ونقول ان الالتزام لا يتجرد عن اثر السبب فحسب وان كان هذا الأخير بمعناه الدافع يستوعب عيوب الارادة[٢٨]. لكنه فضلا عن ذلك يتجرد عن عنصر التطابق بين الإرادة والتعبير, فنجد المشرع في احوال معينة يعترف بالتصرفات الصورية مع حقيقة كون هذا العنصر منعدم[٢٩].

لذا نتفق مع جانب من الفقه[٣٠] ممن يرى ان معيار التجريد ينبغي ان يكون على اساس الاعتداد بالإرادة المعلن عنها (التعبير). ويعرفه وفقا لهذا المعنى بأنه « التصرف القانوني الذي تتوقف صحته على التعبير عن الإرادة بغض النظر عن الإرادة الحقيقية». بمعنى انه بالجمع بين الفكرتين اعلاه ينتج لدينا اساس التجريد في قانوننا المدني وهو اعتداد المشرع بعنصر التعبير وحده دون العنصرين الاخرين, وتعليلنا لذلك انه مادام عماد التصرفات القانونية في المدرسة اللاتينية هو ارادة اطرافها وفكرة الرضائية هي القاعدة فيها[٣١], وعمادها في المدرسة الجرمانية هو التعبير عن الارادة[٣٢]. فينبغي معاملة الافكار الجرمانية ومنها الالتزامات المجردة في التشريع اللاتيني على وفق ما يخدم العقيدة العامة لهذا التشريع. لذا علينا الابتعاد عن الاساس الجرماني للتجريد ونعني به السبب؛ لأنه لا يخدم تعليل وجوده في القانونين العراقي والمصري , والانطلاق من غايته في القوانين الجرمانية والتي اثرت ببعض القوانين لاتينية العقيدة كمصر والعراق ودفع المشرع فيها الى تبينها, وهذه الغاية كما قدمنا هي حماية المراكز القانونية في احوال انتقال الالتزام. فمتى ما وجدت هذه الغاية في التزام ما في القانون المدني العراقي او المصري نكون امام التزام مجرد. وبتتبعنا لهذه الفروض وجدنا ان المشرع يربطها بالتعبير عن الإرادة منفصلا عن الإرادة الحقيقية الباطنة. وانطلاقا من هذه الفكرة سيتسع نطاق الالتزامات المجردة من حيث الموضوع فيدخل فيها فضلا عن التزام المناب والكفيل و المحال عليه في حوالة الدين التصرفات الصورية وتصحيح العقد المعيب بعيب لم يتصل بعلم العاقد الاخر. وهذا من شأنه تبرير اوضاع قانونية وجدت على خلاف عقيدة المشرع كاعترافه بالعقد الصوري في بعض الاحوال رغم ثبوت كونه مخالفا لإرادة عاقديه. ولا يعني هذا ان الالتزام المجرد يبقى صحيحا في كل الاحوال, ولا يوجد ما يمكن ان يتسبب ببطلانه, على العكس من ذلك فهو يبطل اذا كان محله غير مشروع او كان السبب

(٢٦) بالمعنى ذاته ينظر: المصدر السابق , ص ١٦٩.

(٢٧) د. وليم سليمان قلادة, التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري دراسة مقارنة, المطبعة التجارية الحديثة, القاهرة ,الطبعة الاولى ١٩٧-١٩٨.

(٢٨) د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء الاول, نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام, منشأة المعارف,الاسكندرية,٢٠٠٤, ص ٣٧٦.

(٢٩) ينظر المادة (١٤٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣٠) د. محمود ابو عافية, مصدر سابق,ص٢٧٢. وأيضا د. احمد حشمت ابو ستيت , نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد, الكتاب الاول, القاهرة, ١٩٥٤,ص٢١٨.

(٣١) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة, اصول القانون, دار النهضة العربية, بيروت, بلاسنة,٥٥٧.

(٣٢) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ٣٧٧.

المصرح به غير مشروع او باطل(٣٣).

فيمكننا بعد ذلك تعريف الالتزام المجرد بأنه الالتزام الذي لا يتأثر حق المستفيد فيه بمضمون الإرادة الباطنة للملتزم والدفوع المتعلقة بها ويقوم مستندا على التعبير عن الإرادة متى كان هذا صحيحا.

المطلب الثاني: نطاق التجريد في الالتزامات المدنية

اذا كنا قد انتهينا بأن التجريد في الالتزامات يعني فصلها عن كل اثر للإرادة الباطنة للملتزم, سيكون لزاما علينا ان نحدد مجال او نطاق هذا التجريد في الالتزامات المدنية. ومن نافلة القول ننوه الى ان التجريد وفقا للمعنى المتقدم لا تكون له قيمة تذكر الا بالتزامن مع وجود سبب او امر يؤدي الى بطلان الالتزام في ذاته في الاحوال الاعتيادية. اي وجود ما يهدد الالتزام في ذاته وسواء كان اثره بطلان العقد او وقفه وعدم نفاذه. او كان هذا الامر عائدا الى السبب في ذاته او الى عيوب الارادة(٣٤), من اكراه وغلط وغبن مع تغرير واستغلال, فهذه العيوب مندمجة مع الباعث الدافع(٣٥). او انه كان عائدا الى عدم التطابق بين الإرادة والتعبير(٣٦). فكلها امور نفسية تتقاطع مع الحكمة من نظرية التجريد في الالتزامات التي وجدت لحماية التصرفات القانونية من المؤثرات الداخلية للإرادة فيها(٣٧).

وبشأن مساحة التجريد في الالتزامات المدنية نؤكد على حقيقة ان المشرع وبقدر تأثره بالمدرسة الجرمانية او اللاتينية سيزيد او ينتقص من مساحة الالتزامات المدنية المجردة (٣٨). وفي القانون العراقي وفي ظل وجود القاعدة الكلية الام القاضية بأن «العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»(٣٩). يكون حريا بنا ان نتساءل عن مدى حدود هذا التجريد في الالتزامات المدنية.

وان كانت الاجابة انه في ظل القانون العراقي يتمتع مبدأ سلطان الإرادة بالسيادة

---

(٣٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق,ص٢٥٤, ٢٥٥. وايضا: د. علي فوزي الموسوي, مصدر سابق, ص ٢٢٠,٢٢١.

(٣٤) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ٣٧٥.

(٣٥) كان القضاء الفرنسي وراء اندماج عيوب الإرادة مع الباعث الدافع وذلك من خلال تطور احكامه التي استبعدت التفرقة بين السبب والباعث وربطت عيوب الإرادة بالباعث الدافع للتعاقد , وعلى الاخص بعيب الغلط وباتت تلك العيوب تندرج جميعها تحت معنى الباعث. ينظر بهذا الشأن: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ١٠٩. وهذه الفكرة موجودة حتى في القوانين الجرمانية اذ يذكر د. احمد حشمت ابو ستيت أن هذه القوانين التي تغلب الإرادة الظاهرة جردت الإرادة في حالات كثيرة من سببها بل ومن عيوبها , بحيث لا يكون بالإمكان الطعن في العقد بالبطلان على اساس انعدام السبب ولا بالإبطال على اساس عيب في الارادة, ولا يملك المدين ان هو زعم شيئا من ذلك الا ان يرجع على دائنه بدعوى الاثراء بلا سبب. ينظر مؤلفه, مصدر سابق,ص٢١٨.

(٣٦) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص٢٠٨ وايضا د. وليم سليمان قلادة, مصدر سابق,ص٢٩٠.

(٣٧) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ١٥٠.

(٣٨) ننوه الى ان التجريد في القانون المدني لا ينحصر بالالتزامات (الحقوق الشخصية) بل يمتد ايضا للحقوق العينية, وما عقد بيع العقار كمثال عن العقود الشكلية في القانون العراقي الا تجسيدا لفكرة التجريد. اذ يعترف القانون بالعقد بصورته المعلن عنها (الشكل) دون أي اعتبار لإرادة اطرافه. واعرضنا عن البحث فيها تقيدا بالفكرة محل البحث والتي تقتصر على الحقوق الشخصية.

(٣٩) ينظر المادة (١/١٥٥) من القانون المدني العراقي.

في ظل القانون العراقي بدلالة الكثير من الاحكام سواء أكانت متعلقة بانعقاد العقد[٤٠] أو بطلانه[٤١] فإن هذا القانون حاول من ناحية ثانية تأمين قدر من الاستقرار للتصرفات القانونية[٤٢] سواء على صعيد الحقوق الشخصية او حتى العينية. وكان دافعه من وراء ايجاد هذه الموازنة بين مبدا الرضائية وفكرة استقرار المعاملات اعتبارات عملية كثيرة اشرنا اليها فوفّر نوعا من الحماية للمتعاملين في عدد من التصرفات القانونية في مواجهة من يتمسك بدفوع من شأنها ان تزعزع الثقة في التعامل. فعمد الى حجب قدرة الملتزم (المدين) على التمسك بدفوع من شأنها التشكيك بوجود الالتزام او نفاذه في مواجهة المستفيد سواء أكان طرفا في التصرف القانوني او كان اجنبيا عنه[٤٣].

وبشأن نطاق هذا التجريد يرى جانب من الفقه[٤٤] ان فكرة تجريد الالتزام من الدفوع تختلف عن فكرة التصرف القانوني المجرد. ويرون ان التصرف المجرد هو التصرف الصحيح بصرف النظر عن سببه, اي التجريد على وفق المعيار الموضوعي السابق بحثه. بينما يعتبرون ان تجريد الالتزام من الدفوع يعني ان الدفع موجود وصحيح لكن المشرع اسقط التمسك بشأنه بدفوع معينة تتصل بشخص الملتزم[٤٥].

والحق ان الرأي اعلاه دقيق الى درجة كبيرة اذا نظرنا اليه من حيث ماهية التجريد في التصرفات القانونية. لاسيما وان التصرف القانوني المجرد بالمعنى الذي رجحناه والذي ينهض صحيحا بمعزل عن اثر مضمون الإرادة مستندا الى التعبير عنها, يقترن من الناحية العملية بعملية نقل الحقوق بين الذمم المالية سواء كان ذلك بالنسبة لحوالة الدين او الانابة بالوفاء او حتى بالنسبة للكفالة, وان كانت هذه الاخيرة تتضمن مفهوم اضافة ذمة الى ذمة الملتزم الاصلي, لكن الفكرة واحدة وهي وجود مستفيد من الالتزام لا ينبغي ان يتأثر حقه بدفوع لم يكن ليعلم بها او لم تكن راجعة لجهته. وهذا المنطق ينسجم مع المدرسة الجرمانية التي تنظر للالتزام على انه قيمة مالية يمكن تداولها[٤٦]. فالغاية من تجريد هذه الالتزامات –التي تنتقل بكيفيات مختلفة– من الدفوع هو حماية حق المستفيد من اثر البطلان .

لكن اذا نظرنا الى اثر التجريد سواء بالنسبة للتصرف المجرد بالمعنى المتقدم او بما يصطلحون على تسميته «تجريد الالتزام من الدفوع» سنجد ان وسيلة المشرع لتحقيق الغاية اعلاه هو تعطيل اثر الدفوع التي يمكن ان تنال من صحة العقد او نفاذه او حتى تنفيذه في مواجهة المستفيد حسن النية او الدائن. فما حاجة المستفيد بعقد صحيح نافذ اذا كان لا يمكن تنفيذه جبرا على المدين. فأينما وجدت هذه الملابسات مقترنة بغاية حماية الحقوق بين الذمم المالية يكون الالتزام مجردا بقدر ما. نعم يمكن ان يكون التجريد ليس

(٤٠) نظر المواد (٧٧– ١٢٥) من القانون المدني تحت عنوان التراضي كركن اول بالعقد.
(٤١) ينظر المادة ٩٦ فيما يتعلق ببطلان تصرفات الصغير غير المميز لانعدام ارادته, والمادة ١٣٧ /٢ بشأن بطلان العقد لأسباب البطلان المختلفة ومنها عدم مشروعية الباعث وهو جزء من الإرادة .
(٤٢) ينظر: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ١٦.
(٤٣) ينظر: د. صدام المحمدي, مصدر سابق, ص ٤.
(٤٤) المصدر ذاته, ص٨–١٠.
(٤٥) المصدر ذاته , ص ٩.
(٤٦) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق, ص ١٥.

من مرتبة واحدة. ففكرة التجريد تتدرج[٤٧], لكنها قائمة جميعا على حقيقة تعطيل اثر دفوع لا يعلم بها المستفيد من الالتزام او لم يكن بإمكانه ذلك. سواء كان هذا الدفع هو دفع بعدم التنفيذ او بحق الحبس او بانقضاء التزام الملتزم تجاه دائنه الاول بالفسخ او الاسباب الاخرى[٤٨]. ودليلنا على ذلك ان القانون المدني العراقي ذاته في المادة (٤٠٧) والتي تعد سند التجريد في هذا القانون ساوى في الانابة بالوفاء بين هاتين الفكرتين[٤٩] . ونرى ان المشرع نظر الى المسألة من حيث اثرها وغايتها على وفق المعنى الذي رجحناه. صحيح ان الفكرتين متمايزتين من الناحية المنطقية من حيث اتصالهما بالبطلان. فالالتزام المجرد يفترض تجريده من اسباب البطلان او الوقف على اختلاف معيار هذا التجريد كما مر بنا. اما التجريد من الدفوع فلا يشترط فيه التجريد من اسباب البطلان, بل قد يوجد تجريد في التزام صحيح يراد الامتناع عن تنفيذه لسبب يستدعي ذلك, او بشأن التزام يستعمل فيه حق الحبس. ومسلك المشرع في المادة اعلاه صحيح من حيث نتيجة الحكم والغايات العملية التي يرمي لتحقيقها اذا سلمنا بحقيقة ان التجريد يتدرج. لكن تبقى المسألة المهمة هي تلازمه بالمعنى الضيق مع اسباب الوقف او البطلان ليكون التزاما مجردا منها اما التجريد على عمومه فلا يشترط هذا التلازم ويعمل حتى بالنسبة للدفوع التي لا تؤثر على صحة العقد او مصيره.

٤٧ ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ٣٧٨.

٤٨ للمزيد بشأنها ينظر: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص٢٥, ٢٦.

٤٩ تنص المادة (٤٠٧) على انه : « يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلا او خاضعا لدفع من الدفوع, ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب, كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

المبحث الثاني
تطبيقات الالتزام المدني المجرد

من خلال تتبعنا لأحكام القانون المدني العراقي والمصري وجدنا ان فكرة تجريد الالتزامات ليست من مرتبة واحدة بل تتدرج على حد تعبير جانب من الفقه(٥٠). بحسب قيمة واهمية الامر الذي ينفصل عنه الالتزام ليتجرد. لكن من الناحية الفنية فاثره واحد هو فصله في صورته المعلن عنها عن كل ما يهدد وجوده في ذاته او بقاءه في مواجهة المستفيد. ومن ثم بقاؤه صحيحا رغم ما يثبت وجوده فيه من عيوب تتعلق بمضمون الإرادة او في تطابقها مع التعبير. وللوقوف على مظاهر التجريد في الالتزامات المدنية وتتبع التطبيقات سنعمل على تقسيم هذا المبحث الى مطلبين آتيين.

المطلب الاول: الالتزام المجرد من عيوب مضمون الارادة

يقصد بعيوب مضمون الإرادة هي عيوب الإرادة المألوفة مضافٌ اليها السبب وفقا لمفهوم النظريتين التقليدية والحديثة. فهذا الأخير حسب الرأي الذي نرجحه هو عنصر في الإرادة ذاتها سواء قصد به سبب الالتزام او سبب العقد(٥١). اما بالنسبة لعيوب الإرادة فنقصد بها الظروف التي توافرت فيها شروط عيوب الإرادة وليست الظروف التي تعدم الإرادة فهذه لا يتجرد عنها الالتزام المدني لأنها تمس الرابطة العقدية في ذاتها وتعدم العقد(٥٢). اما اذا توافرت شروط العيوب كشرط استعمال وسائل الاكراه والرهبة التي تحمل على التعاقد في عيب الاكراه. وشرط كون الغلط المؤثر مشتركا وقع فيه العاقدان كلاهما او على الاقل كان العاقد الآخر يعلم به او من السهل ان يعلم به(٥٣) فيكون أثرها وقف العقد لمصلحة العاقد الذي عيبت إرادته. وسنبحث في الالتزامات المدنية التي تتجرد عن عيوب مضمون الإرادة في فروع ثلاثة, نخصص الاول للبحث في التزام المناب وفي الثاني نبحث مدى التجريد في التزام الكفيل والثالث للبحث في التزام المحال عليه في حوالة الدين.

الفرع الاول: التزام المناب

نقصد بالمناب الملتزم في الانابة بالوفاء. او المتعهد بالوفاء بالتزام الغير. والانابة بالوفاء عقد بين المدين والدائن وشخص اخر يتعهد فيه الاخير بالوفاء بدين على المدين فيكون هو المدين الجديد ويدعى المناب, اما المدين فيدعى المنيب والدائن هو المناب لديه. وهي من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء(٥٤). وسواء كانت هذه الانابة كاملة بحلول المناب محل المنيب وسقوط التزام الاخير, او ناقصة بقيام التزام المناب بجانب

(٥٠) د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق,ص٣٧٨.

(٥١) ينظر: د. جميل الشرقاوي, طبيعة المحل والسبب , مصدر سابق, ص ٤٠.

(٥٢) ينظر: استاذنا د. جليل الساعدي, العنصر النفسي في العقد دراسة في القانونين العراقي والانكليزي, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, كلية القانون, جامعة بغداد, المجلد السابع والعشرون, العدد الثاني,٢٠١٢م,ص٨٣.

(٥٣) ينظر المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١٢٠) من القانون المصري. وينظر فيما يتعلق بالغبن مع التغرير المادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١٢٥ و١٢٦)من القانون المصري الذي اسماه التدليس.

(٥٤) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم, الموجز , مصدر سابق,ج٢,ص٤٢٢.

التزام المنيب ليكونا معا مدينين بالتضامم[٥٥] فأنها تتضمن تجريد التزام المناب تجاه المستفيد.

بمعنى ان التزام المناب تجاه المناب لديه (المستفيد) هو التزام مجرد عن العلاقة السابقة بين المناب والمنيب ولا تتأثر بالدفوع التي كان يمكن للمناب التمسك بها تجاه المنيب[٥٦]. وهذا ما تقضي به المادة (٤٠٧) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه « يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلا او خاضعا لدفع من الدفوع . ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره»[٥٧].

ويلاحظ ان هذا الحكم قد جاء بقاعدة مفسرة مفادها انه اذا لم يوجد اتفاق مخالف فإن علاقة المناب (الملتزم) قبل المستفيد هي علاقة مجردة من كل الدفوع المتعلقة بعلاقة الاول في مواجهة المدين, سواء كانت متعلقة ببطلان التزام الاول تجاهه او متعلقة بدفع اخر لا يؤثر على صحة التزامه لكن يعيق تنفيذه كحق الحبس او الدفع بعدم التنفيذ. فلا يتأثر التزام المناب تجاه المستفيد بعيوب الإرادة التي شابت ارادة الملتزم تجاه المنيب ولا بانعدام السبب او عدم مشروعيته. فلو تبين للمناب ان سبب التزامه تجاه المنيب لم يكن له وجود وانه ليس مدينا للأخير من الاساس لسبب او لآخر كانقضاء الالتزام او فسخ الرابطة العقدية او غيرها فلا يمكنه استعمال هذه الظروف للتملص من التزامه تجاه المستفيد [٥٨]. لكن يستطيع المناب بعد وفاء الدين للمستفيد ان يرجع على المنيب وفقا لأحكام المدفوع دون وجه حق اي على اساس الكسب دون سبب[٥٩].

ولابد من الاشارة في هذا السياق ان المناب يستطيع مع ذلك ان يتمسك بأسباب البطلان او الدفوع حتى تلك المتعلقة بمضمون ارادته في علاقته بالمستفيد والنابعة من عقد الانابة بالوفاء. فاذا كان في هذا العقد قد شاب ارادته عيب من العيوب او كان سبب التزامه او عقده ليس صحيحا او غير مشروع فله ان يتمسك بهذه الاسباب التي قد توقف العقد او تبطله بحسب الاحوال.

اذن فالتجريد الذي يمكن ان يفيد منه الدائن في الانابة بالوفاء هو ذلك المتعلق بعلاقة المدين الاصلي بالمدين الجديد ؛لأن الدائن (المستفيد) يعد اجنبيا عنها, هذا من جهة. ومن جهة ثانية حتى لا تتزعزع قيمة الانابة كوسيلة لانقضاء الالتزام فيعزف الدائنون عن قبول التعهد بالوفاء من قبل اشخاص غير المدين خوفا من مفاجأتهم بدفوع او اسباب بطلان الالتزام التي لم تكن لتتصل بعلمهم ولا تعود لجهتهم. حتى لا تهيأ للمناب الفرصة للبحث عن دفوع ممكن ان تعطل التزامه في عقد الانابة. فالتجريد بهذا المعنى يوفر السرعة ويؤمن الاستقرار الذي تحتاجه عملية نقل الالتزامات بين الاشخاص[٦٠]. لاسيما وان الانابة هي اداة وفاء مزدوجة تقضي على التزامين في الوقت

(٥٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, المصدر ذاته, ص ٤٤٢– ٤٤٥.
(٥٦) ينظر: المصدر ذاته,ص٤٤٥.
(٥٧) تقابلها المادة (٣٦١) من القانون المدني المصري.
(٥٨) ينظر: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ٢٨.
(٥٩) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٢٢٠.
(٦٠) ينظر: د. صدام المحمدي, مصدر سابق,ص٢٩.

ذاته–في اغلب الفروض– التزام المنيب تجاه الدائن (المستفيد) وهي علاقة سابقة اولى. والتزام المناب تجاه المنيب–ان وجد– وهذه علاقة سابقة ثانية. وتأتي الانابة بين اطراف هذه العلاقات لتقضي عليها من حيث الاصل[٦١].

الفرع الثاني: التزام الكفيل

الكفالة هي «ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام»[٦٢]. وهي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يفِ به المدين نفسه[٦٣]. وهو عقد ملزم للكفيل وحده دون المستفيد[٦٤] والكفالة قائمة على حقيقة وجود التزام سابق ناشئ عن علاقة قانونية أيا كان مصدرها, يتلوه عقد اخر هو عقد الكفالة بين الكفيل والدائن مضمونه التزام الكفيل بوفاء الدين اذا لم يفِ المدين الاصلي, ما لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين او كان قد نزل عن حقه في التجريد[٦٥]. وهي تفترض بقاء الدين في ذمة المدين الاصلي واضافة مدين جديد اليه. اما اذا اشترط المدين براءته فيعتبر حوالة دين ولا يستطيع الدائن مطالبتهما معا او مطالبة احدهما دون الاخر, بل يقتصر حقه بمطالبة الكفيل وحده[٦٦]. وهذا يضعنا امام حقيقتين مختلفتين في الوقت ذاته:

الأولى: ان عقد الكفالة هو عقد تابع للالتزام الاول. ومن ثم فهو يرتبط به من حيث وجود الدين الاصلي ويلحق به ولا يوجد الا مستندا اليه[٦٧]. وهذا امر منطقي لاسيما وان التابع هو تابع بالحكم ولا ينفرد به[٦٨]. ويترتب على ذلك انه اذا انقضى الدين الاصلي او حكم ببطلانه بعد انعقاد عقد الكفالة فهذا الاخير ينقضي او يبطل كذلك. واذا كان الدين الاصلي غير موجود اصلا وقت انعقاد الكفالة فتبطل الكفالة لأنها غير مستندة الى سبب في هذه الحالة[٦٩].

الثانية: ان العلاقة بين المدين والكفيل هي علاقة منفصلة عن الدين الاصلي من جهة وعن عقد الكفالة من جهة ثانية, لكن في المسألة بعض التفصيل لتأطير حدود هذا

---

(٦١) اذا كانت انابة كاملة , ينظر للمزيد بشأنها: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق, ج٢, ص٤٤١–٤٤٥.

(٦٢) المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٦٣) المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري.

(64) See: G.H. Treitel , an outline of the law of the contract, Butterworths , London,2nd edition, p. 19.

(٦٥) ينظر المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي . وللمزيد بشان ذلك ينظر: د. نبيل ابراهيم سعد, التضامم ومبدا عدم افتراض التضامن, منشأة المعارف, الاسكندرية, الطبعة الثانية, بلا سنة, ص ٥٥.

(٦٦) ينظر: القاضي عبد الغفور محمد البياتي, القواعد الفقهية الكبرى واثرها في المعاملات المدنية والاحوال الشخصية, المكتبة القانونية, بغداد الطبعة الاولى,,٢٠١٠,ص ٧١.

(٦٧) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ٢١٣.

(٦٨) سبق لمحكمة النقض المصرية ان اكدت هذا المعنى بقرارها رقم (٤٧٤٦/ ٦١ق) لعام ١٩٦٢ مفاده ان التزام الكفيل سواء كان متضامنا او غير متضامن وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض هو التزام تابع لالتزام المدين الاصلي فلا يقوم الا بقيامه اذ لا يسوغ النظر في اعمال احكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الاصلي وللكفيل ان يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع ان يتمسك به المدين, وكل ما يؤثر في الالتزام الاصلي يؤثر في التزام الكفيل. مذكور لدى د. محمد كامل مرسي, شرح القانون المدني, التأمينات الشخصية والعينية, منشأة المعارف, الاسكندرية,٢٠٠٥,ص٦٣,هامش رقم(١).

(٦٩) ينظر للمزيد: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٢١٣, ٢١٤.

الاستقلال او الانفصال, فهذه الحقيقة ليست مطلقة كالحقيقة الاولى؛ لأن دخول الكفيل بصفته مدينا جديدا في عقد الكفالة اما ان يكون بغرض الوفاء بدين قائم بذمته للمدين او بنية السداد عنه مع الرجوع عليه او بدونه(٧٠). وفي كل الاحوال ينشأ التزامه تجاه المدين والذي دفعه لقبول الدخول مع الدائن في عقد الكفالة مستندا الى مصدر من مصادر الالتزام المعروفة. وهذا الالتزام مهما كانت اغراضه المباشرة فهي تندمج مع بواعثها وتكون بمجموعها ركن السبب في التزام الكفيل في عقد الكفالة. ومن هذه الناحية يتضح كيف ان القول باستقلال علاقة الكفيل بالمدين ليس صحيحا على اطلاقه.

ومع التسليم بأن عقد الكفالة له كيانه المستقل واثره المترتب على توافر اركانه الذاتية. فإن استقلاله من الناحية المنطقية عن علاقة الكفيل بالمدين تعكره حقيقة كون التزام الكفيل في مواجهة الدائن كان بسبب علاقة الكفيل بالمدين(٧١). ومن هذا المنطق يكون ركن السبب في عقد الكفالة–من جانب الكفيل– هو علاقته بالمدين. فاذا تبين بطلان هذه العلاقة لانعدام السبب او باقي عيوب مضمون الإرادة يمكن ان يتأثر التزام الكفيل في مواجهة المستفيد (الدائن) ويتوقف مصير عقد الكفالة على علاقة سابقة يكون المستفيد اجنبيا عنها. ما يعني ان عقد الكفالة سيتأثر في هذا الفرض فضلا عن تأثره بوجود الدين الاصلي والظروف الواقعية والشخصية الخاصة بعقد الكفالة, بالظروف الشخصية المتعلقة بعلاقة الكفيل بالمدين, مع حقيقة كونها علاقة منفصلة عن عقد الكفالة.

لذا يناقش الفقه(٧٢) مدى امكانية تجريد التزام الكفيل من هذه الناحية عن علاقة المدين بالكفيل والدفوع المتعلقة بها. والحق ان القانون المدني العراقي والمصري لم يتعرضا لهذا النوع من التجريد, فالقانون ذاته لم يتعرض اثناء تنظيمه لأحكام العلاقة بين الكفيل والمدين سوى لأثر حلول الكفيل محل الدائن في مواجهة المدين ورجوعه عليه(٧٣), ويتساءل الفقه عن مدى امكانية افتراض التجريد في الالتزامات المدنية في حالة غياب النص القانوني الصريح. وبعيدا عن الجدل حول هذه الفكرة(٧٤) نعتقد بعد تسليمنا بأن التجريد في الالتزامات المدنية في القوانين اللاتينية قد تقرر خلافا للأصل في ان الرضائية هي القاعدة في العقود. وان الالتزام المقيد هو الاصل, الا ان ذلك لا يمنع من الاعتراف بوجود التزامات مجردة بطبيعتها دون توقف على نص. والمثال الواضح على هذه الالتزامات هو التزام الكفيل في مواجهة المستفيد مجردا عن الدفوع المتعلقة بعلاقته بالمدين. لاسيما وان الالتزام في الكفالة قائم على الفكرة ذاتها التي يقوم عليها التزام المناب وهي فكرة ان الالتزام ينتقل بين الذمم او يضاف لذمة اخرى. حتى لا تتجرد الكفالة من قيمتها كعقد من عقود الضمان. ولا يبقى التزام الكفيل ركيكا في مواجهة الدائن الى الحد الذي يمكن ان تبطله اسباب البطلان الخاصة بعلاقته بشخص

(٧٠) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٢١٥.
(٧١) ينظر: د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام , ج١, مصدر سابق, ص ٥٣.
(٧٢) د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص٢١٥.و ينظر: د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام,ج١,مصدر سابق, ص١٦٩. وايضا د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق,ص.١٤
(٧٣) ينظر المواد (١٠٣٣– ١٠٣٩) من القانون المدني العراقي والمواد (٧٩٨–٨٠١) من القانون المدني المصري.
(٧٤) يراجع بشأنها: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ١٢ وما بعدها.

اخر غير المتعاقد معه في عقد الكفالة وهو هنا الدائن او المستفيد. فهذا من شأنه أن يكون مدعاة لعدم الثقة بعقد الكفالة والعزوف عن قبولها كوسيلة لحماية حق الدائن وضمانه(٧٥). وقد اعترف الفقه الفرنسي والالماني بتجريد التزام الكفيل في الكفالة من العلاقة بين المدين والكفيل اكتفاءً بالتعبير عن الإرادة الصادر عن الكفيل والذي يقوم من هذا الجانب بذاته غير متوقف على ارادة الكفيل الحقيقية ومضمونها وما يمكن ان يكون اعتراها من عيوب حتى تلك المتصلة بالسبب. فلا يسمح للكفيل بأن يحتج بالدفوع المستمدة من علاقته بالمدين في مواجهة الدائن ما دامت لم تؤثر على صحة تعبيره(٧٦).

وكان القضاء الفرنسي قد ارسى مبدأ التجريد على النحو المتقدم(٧٧). ويعترف الفقه في مصر بهذا التجريد(٧٨). والحق ان القول بوجود التجريد في التزام الكفيل دون وجود نص صريح ينبغي الا يفسر بأنه تطاول على مبدأ الرضائية؛ لأن طبيعة العقد تفترض ذلك التجريد في مواجهة الدائن حسن النية والذي لا مسوغ لتضرر مصالحه بسبب وجود دفوع في علاقة لم يكن طرفا فيها, فلا يتأثر التزام الكفيل حسب اعتقادنا سوى بالدفوع واسباب البطلان المتعلقة بعلاقته في عقد الكفالة في مواجهة الدائن, فإن كان قد وقع في غلط اتصل بعلم الدائن او تغرير عائد لجهته ومقترن بغبن فاحش او غيرها من عيوب الارادة, او كان الدين الاصلي قد انقضى او حكم ببطلانه او فسخ العقد الاصلي , فإن التزامه يتأثر بطبيعة الحال ويبطل, دون ان يتأثر بأسباب اخرى خارجة عن المعاني المتقدمة. ولا يبقى للكفيل في هذا الفرض سوى الرجوع على المدين وفقا لقواعد الكسب دون سبب.

الفرع الثالث: التزام المحال عليه في حوالة الدين

تُعرف حوالة الدين على انها « نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه»(٧٩). وهي تختلف عن الكفالة في ان هذه الاخيرة يبقى فيها المدين الاصلي هو الملتزم من حيث المبدأ. اما في حوالة الدين فالأصل فيها براءة ذمة المحيل بعد انعقاد الحوالة(٨٠). وهي من ابداعات المذهب المادي في الالتزام والذي يعترف بإمكانية نقل الالتزام؛ لأنه ينظر اليه على انه قيمة مالية يمكن تداولها(٨١). وسواء انعقدت حوالة

(٧٥) ينظر: د. صدام المحمدي, مصدر سابق, ص ١٤.

(٧٦) ينظر بهذا الشأن د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٢١٥.

(٧٧) قرار محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ نيسان ١٩٣٠ جاء فيه « ان سبب التزام الكفيل لا يجب ان يبحث عنه في الالتزام نفسه وانما في العلاقة القانونية بين الكفيل والمدين وهي علاقة الدائن اجنبي عنها, ومن حيث انه يمكن ان يقال ان التعهد يعتبر مجردا على وجه ما, اي مستقلا عن السبب الذي لا يدخل في التعبير عن الإرادة ... ينبني على ذلك انه مع التسليم بأن الكفيل قد تعهد ليصل الى المزايا التي يحصل عليها من شطب القيود العقارية فان هذه البواعث لا يمكن ان يكون لها اثر على صحة التزامه؛ لأنها لا تعتبر سببا مباشرا لهذا الالتزام «. مذكور لدى: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص٢١٦, ٢١٧.

(٧٨) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص٢١٢– ٢١٩. وايضا د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ٣٧٩, ٣٨٠.

(٧٩) المادة ٣٣٩ من القانون المدني العراقي. اما القانون المدني المصري فلم يأتِ بتعريف لها لكنه نظم احكامها في المواد (٣١٥– ٣٢٢) منه.

(٨٠) ينظر: عبد الغفور محمد البياتي, مصدر سابق,ص٧١.

(٨١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق,ج٢, ص ١٤.

الدين باتفاق بين المحيل والمحال عليه والدائن. او انها انعقدت بين الدائن والمحال عليه. فإن القانون قد اعترف فيها بالنسبة للعلاقة بين المحال عليه والدائن بقدر من التجريد قررته المادة (٣٤٩) من القانون المدني والتي تقضي بأنه « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين وليس له ان يتمسك بما كان من الدفوع خاصا بشخص المحيل وانما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصا به هو» . ولا يوجد مثل هذا التجريد في القانون المدني المصري بالنسبة لحوالة الدين؛ لأن المادة (٣٢٠) لم تستثن الدفوع الخاصة بالمحيل من الانتقال مع الالتزام(٨٢).

وابتداءً ننوه الى أن التجريد الذي يعنينا هو الذي يتعلق بصحة او بطلان التصرف القانوني بحد ذاته وليس بتنفيذه او عدم تنفيذه كما اوضحنا. وهذا النوع من التجريد في حوالة الدين يختلف عما بحثناه في التزام المناب؛ لأن التجريد في هذا الفرض يتعلق بأسباب الوقف او البطلان الخاصة بشخص المحيل دون غيرها. وان كان المشرع في المادة (٤٠٧) المذكورة قد جرد التزام المناب من كل اسباب البطلان , فأنه في حوالة الدين قد جرد التزام المحال عليه من الدفوع الشخصية المتعلقة بالمحيل, دون تلك المتعلقة بشخصه هو. ومعنى ذلك ان الدفوع التي تتعلق بشخص المحيل ذاته ستؤثر على التزامه قبل الدائن لو أنه وفاه بنفسه. لكن عملية نقل هذا الالتزام الى شخص اخر حرمت هذا الاخير من الافادة منها بحكم المشرع ذاته. اذ عمل على تعطيل اثر الدفوع الشخصية المتعلقة بالمحيل في علاقة المحال عليه بالدائن رغم انها من حيث الاصل يمكن ان توقف التزام المحيل (المدين الاصلي). ومن هذه الدفوع التي يتعطل اثرها هو عيب نقص الاهلية وعيوب الإرادة في علاقة المحيل بالمحال له. رغم حقيقة كونها متعلقة بالدين ذاته الذي انتقل الى المحال عليه الا ان القانون لم يسمح باستعمالها اضرارا بمصالح المحال له (الدائن). وهذا المسلك ايضا يمكن ان تبرره الغاية من نظام انتقال الالتزام بحد ذاته. فهو كما هو الحال في الانابة بالوفاء يفترض ان الالتزامات التي تنتقل بين الذمم المالية ينبغي حمايتها من اثر البطلان الذي يتعلق بالإرادة الباطنة للملتزم الجديد, الا انه يختلف عن الفرض في الإنابة بالوفاء في انه في الانابة بالوفاء يتجرد التزام الملتزم (المناب) في مواجهة المستفيد من الدفوع المتعلقة بالأول في مواجهة المدين. اما في الحوالة فيتجرد الالتزام ذاته (الحوالة) من مضمون ارادة المحيل (المدين الاصلي). لكن بالنتيجة فإن نظامي حوالة الدين والانابة بالوفاء –اذا كانت كاملة– يقومان على فكرة نقل الالتزام ويكون لهما الاثر ذاته وهو انقضاء الالتزام على نحو ما, اما الانابة الناقصة فتختلف عن حوالة الدين في ان الالتزام لا يسقط من ذمة المنيب بل يبقى وينهض الى جانبه التزام المناب(٨٣) فيكون اقرب للكفالة من الحوالة.

ويترتب على ذلك ان المحال عليه اذا كان يمكنه ان يتمسك بأسباب البطلان المتعلقة بالدين كالفسخ والمقاصة والتقادم والابراء وغيرها(٨٤),فضلا عن استطاعته

(٨٢) تنص المادة (٣٢٠) من القانون المدني المصري على انه «للمحال عليه ان يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الاصلي ان يتمسك بها, كما يجوز له ان يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة».

(٨٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق, ج٢,ص٩٣.

(٨٤) ينظر: المادة (٣٥٠) من القانون المدني العراقي.

التمسك بعيوب مضمون ارادته هو في مواجهة الدائن كعيوب الإرادة من اكراه وغلط وغيرها, وعدم وجود السبب او عدم مشروعيته, فلا يستطيع من ناحية ثانية التمسك بالدفوع الشخصية للمحيل لأنها لا تنتقل مع الالتزام بل ينفصل عنها لتقوية حوالة الدين كطريقة لنقل الالتزام(٨٥).

يتضح مما تقدم كيف ان التجريد في الالتزامات المدنية ليس من مرتبة واحدة بل انه يتدرج ويكون في اعلى مرتبة في التزام المناب حيث يتجرد من مضمون الإرادة الحقيقية بفصله عن السبب وعيوب الإرادة المتعلقة بالملتزم. اما في حوالة الدين فلا يوجد تجريد بهذا المعنى بل يوجد تعطيل لأثر دفوع شخصية لا تنتقل مع الالتزام لأنها متعلقة بصاحبها وهو من يستطيع التمسك بها دون غيرها. لكن لاتصالها بالالتزام في الوقت ذاته وكونها مؤثرة من حيث الاصل اذا كانت تتسبب ببطلان الالتزام الاصلي فإن فيها قدر من التجريد باعتقادنا لكنه مختلف عن التجريد بالمعنى الذي وقفنا عليه في الانابة بالوفاء.

ننتهي بعد العرض المتقدم الى نتيجة مفادها ان القانون بقدر قبوله بنقل الالتزامات بين الذمم المالية فأنه يسعى لتأمين قدر من الاستقرار لمثل هذه التصرفات فعمل في سبيل ذلك الى تعطيل الدفوع واسباب البطلان التي للملتزم في مواجهة المستفيد.

المطلب الثاني:تجريد الالتزام من اثر عدم التطابق بين الإرادة والتعبير

اذا كان الاصل في القانون المدني ان التعبير عن الإرادة لا تكون له قيمة قانونية ولا يجوز ان يُرتب عليه أثر قانوني الا بالقدر الذي يطابق الإرادة بحيث لو ثبت اختلافه عنها فلا يجوز التعويل عليه ويتيعن طرحه(٨٦) وأن القانون ذاته كفل هذا المعنى عندما تبنى نظرية عيوب الارادة(٨٧) وعول على الإرادة الحقيقية في مسائل كثيرة منها تفسير العقد(٨٨) وانتقاص العقد (٨٩) وتحوله(٩٠) وبطلانه(٩١). الا ان العلاقات القانونية بحاجة الى حد ادنى من الاستقرار والثبات فكان ان دعم المشرع الاصل اعلاه بما يجعله يكفل صيانة الثقة بالمعاملات وحاول ان يكمل دور الإرادة او يحدده بقاعدة حماية الظاهر والثقة في المعاملات فاعترف بدور التعبير عن الإرادة او الإرادة المعلن عنها حتى لو لم يكن مطابقا للإرادة صانعة العقد واثاره في حالة كون من اعتمد على هذا التعبير (الظاهر) حسن النية. ونحن لسنا بصدد الدفاع عن سياسة المشرع هذه بل سنبحث في المسألة على انها امر واقع كما قدمنا, لأننا في اثناء تتبعنا لمظاهر التجريد في الالتزامات المدنية استطعنا حصر بعض التطبيقات التي تتجرد فيها الالتزامات من عنصر التطابق بين

(٨٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, الموجز, مصدر سابق,ج٢, ص ٣٠٧ ,٣٠٨.
(٨٦) ينظر: أستاذنا د. جليل الساعدي, العنصر النفسي في العقد ,مصدر سابق, ص ٥٧.
(٨٧) ينظر: المواد (١١٢– ١٢٥) من القانون المدني العراقي.
(٨٨) ينظر المادة (١/١٥٥) من القانون المدني العراقي
(٨٩) ينظر المادة (١٣٩) من القانون المدني.
(٩٠) ينظر المادة (١٤٠) من القانون ذاته.
(٩١) ينظر المادة (٩٦) من القانون المدني بشأن بطلان التزام ناقص الاهلية لانعدام ارادته, وايضا المادة (١٣٧) من القانون المدني.

الإرادة والتعبير. وسنعمل على البحث فيها في فرعين آتيين:

الفرع الاول: التصرفات الصورية

الصورية تعني وضع قانوني ظاهر غير حقيقي يستر موقفا حقيقيا خفيا يقوم على اتفاق مستتر اما ان يمحو كل اثر للوضع الظاهر او يعدل من احكامه, وتكون تبعا لذلك اما مطلقة او نسبية(٩٢). والاصل ان العقد الحقيقي هو النافذ بين المتعاقدين اعمالا لمبدأ سلطان الارادة, فالعبرة بالعقد الحقيقي وهو موجود ولا يبطل بسبب الصورية(٩٣). وهذا ما تقضي به المادة (١٤٨ /٢)(٩٤). فاذا كان العقد الظاهر بيعا صوريا كهبة في صورة بيع يكون العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهما العام هو الهبة(٩٥).

الا ان المشرع اذا كان قد اعترف للمتعاقدين بدور ارادتهما في حكمهما بالعقد الذي اختارته تلك الارادة. فأنه عاد ووقف موقفا اخر من تلك الإرادة في مواجهة دائني المتعاقدين والخلف الخاص؛ لأنها ارادة مضللة لاسيما وان عدم التطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية في هذا الفرض هو عدم تطابق مقصود او خلاف ارادي بين الإرادة والتعبير على حد تعبير بعض الفقه(٩٦) . فسوء نية المتعاقدين هو ما دفع المشرع لتقرير وضع مزدوج في الصورية. فلا يمكن لإرادتهما السيئة ان ترجح على من اعتمد على الظاهر وكان حسن النية. فنلاحظ ان المشرع قد قرر في المادة (١٤٧) حكما مغايرا للمادة ١٤٨ جاء فيه « اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري كما ان لهم ان يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢. واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الاخرون بالعقد المستتر كانت الافضلية للأولين».

ويستفاد من حكم هذه المادة ان المشرع قد راعى مصالح الغير حسني النية وهؤلاء هم اما دائنو المتعاقدين او خلفهما الخاص. فأجاز لهم وفقا لحكم الفقرة الاولى اعلاه ان يتمسكوا بالعقد الذي يكون بصالحهم سواء كان الحقيقي او الصوري. لكنه في الوقت ذاته تنبه لاحتمال تمسك احد هؤلاء بالعقد الصوري وتمسك الاخرين بالعقد الحقيقي. كأن يتمسك الدائنون بالعقد المستتر ويتمسك الخلف الخاص بالعقد الصوري. فقام المشرع بترجيح فكرة حماية الظاهر ووقف بجانب من يتمسك بالعقد الصوري (الظاهر) وفقا للفقرة الثانية من المادة ١٤٧ اعلاه.

وان تساءلنا عن موقع التجريد من هذه الفروض فسيكون علينا استبعاد الفرض الثاني من القفرة الاولى من المادة ١٤٧ ليبقى امامنا الفرضين الاخرين في المادة وهما فرض تمسك الغير بالعقد الصوري رغم اقامة الدليل على وجود عقد حقيقي يترجم ارادة الطرفين الحقيقية. والثاني حالة تعارض مصالح الغير حسني النية وترجيح المشرع للعقد

(٩٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير, القانون المدني واحكام الالتزام, الجزء الثاني, المكتبة القانونية, بغداد, ص١٢٠.

(٩٣) ينظر: د. عبد الحي حجازي, مصدر سابق, ص ١٠٩.

(٩٤) تنص هذه المادة على انه « ..واذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شرائط صحته».

(٩٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, مصدر سابق, ص ١٢٧.

(٩٦) د. وليم سليمان قلادة, مصدر سابق,ص٢٣٧.

الصوري؛ لأن هذا يعني ان القانون قد فصل الالتزام او العقد بصورته الخارجية عن ارادة العاقدين. وفي هذه الحالة يتخلف عنصر التطابق بين الإرادة والتعبير[٩٧]. وخلافا للأصل في عدم الاعتداد بالعقد اذا انعدم هذا التطابق فإن المشرع جعل من العقد الظاهر هو النافذ فيما يتعلق بالغير حسن النية الذي عول على العقد الظاهر[٩٨].

ويعد من قبيل التصرفات الصورية ما يدعى بسند المجاملة اذ يكون السبب فيه غير موجود. ومضمون هذا التصرف ان يكون هناك شخص بحاجة الى مبلغ من النقود فيلجأ الى شخص اخر لإقراضه. فاذا كان هذا الاخير لا يملك نقودا فيقوم بتحرير سند له حتى يبيعه (يخصمه الاول لدى اخر). وعند استحقاق الدين يقوم الدائن الصوري بدفع المبلغ الى صديقه الذي يقوم بدوره بدفعه الى حامل السند الاخير. وفي هذا الفرض يكون الشخص الذي وقع السند ليس مدينا من الاساس واذا طالبه المستفيد منه بالدين يستطيع دفع مطالبته ببطلان السند لانعدام السبب لكنه لا يستطيع توجيه الدفع ضد الحامل حسن النية[٩٩]. وفي الفرضين السابقين (العقد الصوري وسند المجاملة) يكون التصرف الصوري لا اثر له في العلاقة بين الاطراف المباشرين. لكن لا يمكن الاحتجاج بالوضع الحقيقي في مواجهة الغير الذي عوّل على الوضع الذي اظهره اطراف التصرف الصوري ويحمي القانون هذا الغير ويجعل التصرف النافذ في مواجهته هو التصرف الظاهر رغم كونه من حيث الاصل تصرف باطل لمغايرته للإرادة الحقيقية للعاقدين.

الفرع الثاني: تصحيح العقد المعيب بعيب لم يتصل بعلم العاقد الآخر

قدمنا فيما سبق انه عندما يقرر المشرع تجريد الالتزام من عيوب مضمون الإرادة فإن التزام المدين الجديد (الملتزم) في مواجهة المستفيد يبقى قائما ولا يتأثر بالدفوع التي له قِبل المدين الاصلي. وحددنا هذه الفروض في احوال نقل الالتزام وتعديله فيما يتعلق بأطرافه. عندها لن يكون لعيوب المضمون –سواء أكانت متعلقة بالسبب او بعيوب الرضا– تأثيرها المعتاد في وقف العقد او بطلانه بل يبقى العقد صحيحا. اما في هذا الموضع فنناقش عدم تأثير عيوب الرضا في مواجهة العاقد الآخر نفسه. ويحدث هذا الفرض عندما يتخلف شرط من شروط حماية الظاهر التي قررها المشرع فيعمل على تصحيح العقد في مواجهة العاقد الاخر حسن النية. ومثالها عدم اتصال التغرير بجهة العاقد الاخر وصدوره من غيره وعدم علمه بذلك وقت التعاقد[١٠٠] وحالة عدم اتصال الغلط بعلم العاقد الاخر او عدم كونه غلطا مشتركا بين العاقدين كما اشترط القانون المدني[١٠١].

(٩٧) ينظر: د. وليم سليمان قلادة, مصدر سابق, ص ١٥٩.

(٩٨) ينظر د. عبد المجيد الحكيم واخرون, مصدر سابق,ج٢,ص١٢٩.

(٩٩) ينظر للمزيد: د. عبد المجيد الحكيم, مصادر الالتزام, مصدر سابق,ج٢,ص ٢٢١.

(١٠٠) تنص المادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي على انه « اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الاخر كان يعلم او كان من السهل ان يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد». والمادة (١٢٦) من القانون المدني المصري جاءت بالمعنى ذاته لما اسمته بالتدليس. وهو ما يفهم من مفهوم المخالفة للمادة (١٢٥ /١) منه ايضا.

(١٠١) تنص المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي على انه « لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط ان يتمسك به الا اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع في نفس الغلط او كان على علم به او كان من السهل عليه ان يتبين وجوده». يراجع من اجل المزيد: منير القاضي, ملتقى البحرين, الشرح الموجز للقانون المدني العراقي, المجلد الاول, مطبعة العاني,بغداد,١٩٥٢. ص١٩٤, ١٩٥.

كلية القانون و العلوم السياسية

او صدور الاكراه من شخص اخر غير المتعاقد مع المكره وعدم علم المتعاقد بذلك[١٠٢].

ويتساءل الفقه[١٠٣] بهذا الشأن عن الاساس القانوني لتصحيح العقد في هذه الحالة رغم ما شابه من عيوب. ويطرحون بهذا الشأن اساسين قانونيين:

الاول: ان احكام المواد (١١٩ و ١٢٢) لا علاقة لهما بالإرادة ولا بالتعبير عنها في العقد, لان العاقد الذي وقع في الغلط او التغرير لا يرتب على غلطه او التغرير به ان يكون هناك فرق بين ارادته وتعبيره. حيث ان الإرادة المعيبة هي التي حصل التعبير عنها وجاء مطابقا لتلك الارادة.

الثانـي: ان التعبير عن الإرادة هو الاساس القانوني لهذا التصحيح, فالعقد هنا يكون صحيحا لا على اساس العنصر النفسي للعاقد الاول . فهذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها معيبة, ولكن على اساس الإرادة الظاهرة التي اطمأن اليها العاقد الاخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه[١٠٤].

ونعتقد ان الأساس القانوني الاخير هو الأساس المناسب لتبرير هذا التصحيح. وهو القاسم المشترك بين تطبيقات الالتزام المجرد جميعها. لكنه في هذا الفرض كما في الصورية يتجرد عن عنصر التطابق بين الإرادة والتعبير كما قدمنا. ويشترط لحدوث هذا التصحيح حسن نية العاقد الاخر وإلا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد الذي عيبت ارادته ولا تجريد فيه. والذي يميز التجريد في هذه الطائفة من الالتزامات عن الذي بحثنا فيه في المطلب الاول, انه تقرر لحماية العاقد الاخر حسن النية شخصيا, اما في التجريد من عيوب المضمون فلا يكون المستفيد منه هو الطرف الاخر المباشر مع الملتزم. بل يكون المستفيد هو الشخص الذي انتقل الالتزام او تعدل لصالحه (الدائن في الانابة بالوفاء والكفالة وحوالة الدين).

(١٠٢) تنص المادة (١٢٨) من القانون المدني المصري على انه « اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين, فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطال العقد, ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض ان يعلم بهذه الاكراه». ولا يوجد حكم مماثل لهذه المادة في القانون العراقي لكنه لم يأت بما يدل على مخالفته ولا ادل على ذلك من انه في المادة (٢/١٣٤) جعل للمكره الخيار بين الرجوع بالضمان على العاقد الاخر او على المجبر وهو خيار لا يستقيم منطقيا الا اذا افترضنا في العاقد الاخر سوء النية والتقصير, لأنه لو كان يجهل الاكراه الحاصل للغير لما جاز الرجوع عليه. للمزيد يراجع: د. عبد المجيد الحكيم واخرون, مصدر سابق, ج١, ص٨٠.

(١٠٣) استاذنا د. جليل الساعدي, الإرادة الباطنة في العقد دراسة في القانون المدني العراقي, مكتب نور العين للطباعة, بغداد,٢٠١١م , ص ٨٥, ٨٦.

(١٠٤) ينظر للمزيد: د. جليل الساعدي, المصدر ذاته.

الخاتمة

بعد ان وصل البحث الى نهايته لابد ان يسجل أهم ما توصل اليه من استنتاجات وتوصيات وذلك في نقطتين رئيستين:

أولا: الاستنتاجات.

١. ان الالتزام المدني المجرد هو الالتزام الذي لا يتأثر حق المستفيد فيه بمضمون ارادة الملتزم والدفوع المتعلقة به ويقوم مستندا على التعبير متى كان صحيحا.
٢. الاصل في الالتزامات في القانون المدني العراقي ان تكون مقيدة, الا ان المشرع بقدر اعترافه بإمكانية نقل الالتزامات او تعديلها فيما يتعلق بأطرافها يقرر تجريد التزامات معينة حماية لحق المستفيد فيها من دفوع لا تعود لجهته وصيانة منه لاستقرار المعاملات والمراكز القانونية.
٣. يعد مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية هو الأصل العام في القوانين لاتينية العقيدة كالقانون المدني العراقي والمصري, لكن هذه القوانين لا تجهل الافكار القانونية الجرمانية ولا تنفر منها, بل تعترف بعدد منها في الاحوال التي يسعى فيها المشرع الى غاية تتطابق مع غايات المذهب الجرماني كغاية حماية الظاهر واستقرار المعاملات, فتجريد التزام المناب والكفيل والاعتراف بالتصرفات الصورية وتصحيح العقد, كلها اوضاع وجدت لحماية هذه الغايات.
٤. ان معيار التجريد في الالتزامات المدنية لا يمكن ان يستند الى السبب لوحده حتى وفقا لمعناه المزدوج والذي يتضمن سبب العقد وسبب الالتزام؛ لأن القانون يجرد الالتزامات عن السبب وفقا للمعنى الاخير في مواضع معينة وعن التطابق بين الإرادة والتعبير في مواضع اخرى. فكان معيار السبب معيارا قاصرا –على الاقل– وفقا للقانون العراقي, اما في الفكر الجرماني فيمكن قبول القول بتجريد الالتزامات عن سببها بمعناه المزدوج.
٥. تتدرج فكرة التجريد في القانون المدني. وتكون في أعلى مراتبها في التزام المناب اذ لا يشترط اي شروط لإفادة الدائن منها, على خلاف احوال التجريد من اثر التطابق بين الإرادة والتعبير اذ يشترط فيها حسن نية المستفيد. وان كان المنطق يفترض اقتران التجريد بفكرة بطلان العقود الا ان العقود الصحيحة تحتمل هذه الفكرة وذلك بتعطيل اثر دفوع معينة في مرحلة تنفيذ العقد كالحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ. لكن الالتزام المجرد يقترن بأسباب بطلان التصرفات القانونية او وقفها بحسب الاحوال وهذا يستلزم بالغالب حركة بالالتزامات بين الذمم المالية غالبا.
٦. ينتقل الالتزام في حوالة الدين مجردا من الدفوع الخاصة بالمحيل في ظل القانون المدني العراقي, ولا يتعطل اثر الدفوع الشخصية للمحال عليه في مواجهة المحال له بل ان الالتزام ذاته يتطهر من دفوع المحيل, وفي هذا اقتراب من قاعدة التطهير من الدفوع المعروفة على صعيد القانون التجاري.
٧. ان المستفيد من تطبيقات الالتزام المدني المجرد من عيوب مضمون الإرادة

ليس ذاته من قام الدفع بالبطلان او الوقف في مواجهته (المدين) بل هو شخص اخر يكون الدائن في الالتزام الجديد. في حين ان هذا المستفيد يكون في التصرفات الصورية شخصا من الغير, وفي تصحيح العقد المعيب –بعيب لم يتصل بعلم العاقد الاخر– يكون العاقد الاخر شخصيا.

ثانيا: التوصيات.

١. استحداث قاعدة قانونية عامة في مستهل الباب الرابع من القسم الأول من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المخصص للحقوق الشخصية وتحت عنوان (انتقال الالتزام) مفادها تجريد التزام المدين في مواجهة الدائن من أية دفوع شخصية قد تكون موجودة بين الأول وأي طرف في رابطة عقدية سابقة. ونقترح ان يكون نصها الاتي:

٢. (اذا انتقل الالتزام بين مدينين بأية طريقة انتقال مذكورة في هذا الباب فإنه ينتقل مجردا من اي دفع يتعلق بالظروف الشخصية للمدين ولا يضار بها من انتقل الالتزام لمصلحته ما دام التعبير عن الارادة قد وجد صحيحا).

٣. النص صراحة على تجريد التزام الكفيل من التأثر بالدفوع الشخصية التي للكفيل في مواجهة المدين. ونقترح ان يكون النص كالآتي:

٤. (يكون التزام الكفيل صحيحا في مواجهة الدائن ولو استند الى التزام باطل مع المدين او كان خاضعا لدفع من الدفوع, ويبقى له الرجوع على المدين. ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك).