MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research

Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies

Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index
ISSN 2710-2211 (Print)
ISSN 2788-4694 (Online)

مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

أثر هبة الدين في الاسقاط والتمليك

بثينة عودة حمادي الدليمي
طالبة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق
د. حبيب ادريس عيسى المزوري
استاذ القانون المدني المساعد، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق

استلام البحث: 19/05/2022 مراجعة البحث: 08/08/2021 قبول البحث:12/08/2021

ملخص الدراسة :

ان اثر هبة الدين في الاسقاط والتمليك يتضح في ان كل من الاسقاط والتمليك، يعتبر تصرف انفرادي يصدر بإرادة الدائن المنفردة دون ان يتوقف نشوئه على قبول المدين، حيث ان الدائن يقوم بالتبرع بدينه وابراء ذمة مدينه منه، وبذلك فأن ذمة المدين تتحول من عناصر سالبة الى عناصر موجبة..ويأتي بمعنى السقوط والازالة وهذا يؤدي الى التنازل عن الحقوق الثابتة في الذمة وهو رضائي يكفي فيه رضا الدائن ولا يحتاج الى شكلية وان وجدت هذه الشكلية فهي للإثبات، ويصدر من الدائن بلفظ صريح او مجازي، المهم في ذلك انه يعطي معنى التنازل عن الحق ويصل الى علم المدين .وألاسقاط بمحض ارادة الدائن ليس كالإسقاط الاجباري الذي يسقط فيه حق الدائن نتيجة لعدم المطالبة بحقه مدة معينة من الزمان حددها القانون . اما التمليك فهو ايضا تصرف انفرادي ينقل به الدائن ملكية شيء معين الى شخص اخر بمحض ارادته ولا يحتاج الى شكلية معينة الا في حال نص القانون على ذلك .ويعني ايضا الثبات والرسوخ وتترتب اثاره اذا ما نشأ صحيحا ، وهو ملزما للدائن المتبرع دون المدين. وأهتم الفقه الاسلامي بشكل كبير بموضوع الملكية والتملك ونظمها ووضح اسبابها وانواعه، وعلى الرغم من اهمية الاسقاط والتملك في المجتمع المدني الا ان المشرع لم ينظم احكامه ضمن نصوص قانونية خاصة مستقلة. بينما نرى ان القانون المدني الاردني فعل ذلك بالرجوع الى الفقه الاسلامي واراء الفقهاء المسلمين لذلك نرجو من المشرع العراقي ان يشير اليه في قانونه الحالي.

الكلمات المفتاحية: هبة الدين، التمليك، الاسقاط، الابراء، قبض المدين لهبة الدين.

Abstract

Attitude of debt regarding abandoning or possession is an individual behaviour without returning to indebted ،the owner attributes his debt and clears the financial obligation of indebted and the financial obligation turns from negative to positive deleting means falling and omission. this leads to abandoning stable rights. its consentual that doesn't need a form and if there was a form it would be for verification. as long as the content is free of any will flaws its correct and abandon is a volunteraly free behaviour happens directly or indirectly the most important is that it implies abandoning and the indebted is acknowledged. consentual abandon differs from obligatory where the right of owner is abandoned if he didn't claim it within a certain duration set by law. Possession is also an individual behaviour where the ower transferes by his own will the possessin of smething to another without a form unless obliged by law to indicate stability with certain effects it is fulfill law conditions obligatory for ower not indebted islamic laws paid a lot of attention with this subject regulated ،cleared reasons ،types ،kinds and divided into complete and incomplete. despite importance of possession in civil society ،law makers didn't regulate rules within special independent legal texts unlike jordanian law. researcher urges iraqi lawmaker to mention this case in current law.

Keywords: debt ،collecting ،extinguishing ،forgiving ،collecting debts

مقدمـــــــــــة

إن هبة الدين هي تصرف ينشأ بالإرادة المنفردة ، حيث يسقط الدائن حقه الذي في ذمة مدينه دون المطالبة به . ولهبة الدين وجهان ، الوجه الاول يشمل بالإسقاط أي اسقاط الدائن حقه بإرادته، والوجه الثاني هو التمليك أي ان المدين يتملك هذا الدين بعد ان كان عنصرا سلبا في ذمته وبهذا الاسقاط تصبح ذمته مبرأة غير مشغولة . فالإسقاط له عدة معاني وابرزها هو ان يأتي بمعنى وقوع الشيء ، وكذلك ما ذهب اليه الفقه الاسلامي ان الاسقاط هو ازالة الحق دون نقله الى مستحق ، وتكون ازالته نهائيا بتلاشيه في ذمة المدين به . اما للتمليك فقد عرفه الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة ولكن خلاصة هذه التعاريف تذهب الى ان التمليك هو تصرف ارادي ينشأ بين المالك والمملوك بموجبه ينقل المالك حق من حقوقه الى غيره بعوض او بغير عوض ينتج اثره بتمليك هذا الحق للملوك له .

اهمية البحث:

تكمن اهمية البحث في توضيح معنى الاسقاط والتمليك ، وما تمخضت عنه هبة الدين من أثار حيث انهما يعتبران اثر ونتيجة لهبة الدين ، فالدائن عندما يقوم بهبة دينه لمدينه فهو بذلك اسقط حقه بالمطالبة ، وبين هذا البحث اهمية التصرف الانفرادي ومدى قابليته على انشاء او انقضاء الالتزام . وعلى الرغم من اهمية الاسقاط والتمليك الا انهما لم يحضيان بإهتمام المشرع او تنظيمهما بشكل خاص ، فكان تنظيم المشرع لهما بصورة ضمنية ليست صريحة .

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في ان المشرع العراقي لم ينظم اثار هبة الدين تنظيما مستقلاً ، فهبة الدين بما فيها من تصرف ارادي يُسقط به الدائن حقه ويُملكه للمدين فهذان تصرفان بمنتهى الاهمية ، فضلاً عن ان المشرع العراقي لم ينظم الاسقاط بنوعيه الاسقاط المحض و الاسقاط الذي فيه تميلك و كذلك لم ينظم التمليك ألتبرعي و تمليك المعاوضة ،انما اكتفى بتنظيم هذه التصرفات القانونية بشكل ضمني من خلال نصوص قانونية بشكل عام ، بخلاف المشرع الاردني الذي نظم هذه التصرفات القانونية بشكل صريح .

منهجية البحث:

اعتمد البحث في منهجيته على المنهج المقارن ، حيث قارنا بين اراء الفقه الاسلامي الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية ، والقوانين المقارنة القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني والمصري ، وكذلك اعتمدنا المنهج التحليلي في دراسة بعض الامور التي اعتراها الغموض والتجاهل .

المبحث الاول

اسقاط حق الدائن (الواهب)

المطلب الاول : تعريف الاسقاط .

المطلب الثاني : الاسقاط في القانون العراقي والقوانين المقارنة .

المطلب الثالث : انواع الاسقاط.

CC BY

المطلب الاول

تعريف الاسقاط

لغرض تعريف الاسقاط علينا ان نوضح ذلك من خلال الفروع الاتية :

الفرع الاول: تعريف الاسقاط في اللغة .

الفرع الثاني: تعريف الاسقاط في الفقه الاسلامي .

الفرع الثالث: تعريف الاسقاط في القانون .

الفرع الاول

تعريف الاسقاط لغة

الاسقاط : مصدره الفعل اسقط على وزن افعل[1]، و اسقط يسقط اسقاط فهو مسقط و اسقط الشيء اوقعه[2]، والاسقاط في اللغة يفيد عدة معاني:

المعنى الاول: فقد يأتي بمعنى الندم كما في الآية الكريمة (ولما سُقط في ايديهم) [3] أي اضمر الندم.

المعنى الثاني: يأتي احيانا بمعنى الوهم والغلط فيقال (اوهم من صلاته ركعة او اوهم في الحساب أي اسقط)[4].

المعنى الثالث: قد يأتي الاسقاط بمعنى الاجهاض كقول اسقطت الحامل جنينها.

المعنى الرابع: قد يأتي بمعنى الوضع و الحط كالقول (من انظر معسرا او وضع عنه أي اسقط عنه)[5].

الفرع الثاني

تعريف الاسقاط في الفقه الإسلامي

ذهب جمهور الفقه الاسلامي الى ان الاسقاط ازالة الحق دون نقله الى مستحق ، وتكون ازالته نهائيا بتلاشيه في ذمة المدين به[6]. والاسقاط في الفقه الاسلامي كانت تحت عدة اصطلاحات و هذه الاصطلاحات و التعابير تدل على زوال الحق، منها:

---

[1] د. احمد مختار عبدالحميد عمر، معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي،ج1، ط1، عالم الكتب، القاهرة ، 2008 ، ص42.

[2] د. احمد مختار عبدالحميد عمر ،معجم اللغة العربية المعاصرة ، ج2 ، ط1 ، عالم الكتب القاهرة ، 2008، ص1177.

[3] سورة الاعراف ، الآية (149) .

[4] معدي ابو جيب ،القاموس الفقهي ، ط1 ، دار الفكر ، دمشق – سوريا ، 1988 ، ص391.

[5] عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي ابو الفضل ، مشارف الانوار في صحاح الاثار، ج2 ، المكتبة العتيقة، دار التراث ، القاهرة ، 1333هـ ، ص 290.

[6] زين العابدين بن نجيم ، الاشباه و النظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، ج2 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1999 ، ص 316 ؛ ابي البركات احمد بن محمد بن احمد الدرديري ، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، دار المعارف ، مصر ، القاهرة ، ج4 ، ص364 ؛ ابو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين (العبادات و المعاملات) ، ط1 ، مطبعة النجف ، النجف ، 1972 ، ص40، موسوعة جمال عبدالناصر، مرجع سابق ، ج2 ، ص233.

CC BY

1. العفو : بمعنى اعفاء الدائن مدينه من اداء حقه بدون مقابل يعتبر اسقاطا[7] لها كقوله تعالى (و ان تعفوا اقرب للتقوى)[8].
2. النزول : يعني الترك . النزول عن الحق بمعنى تركه[9] ، او كقول اسقط حقه أي تنازل عنه و اسقط الدعاوى او القضايا التي توقف عن متابعتها و تنازل عنها [10].
3. الوضع او الحط : أي عندما يضع الدائن او يحط بعض دينه يسقط متنازلا عنه و هذا ما يسمى عن فقهاء الشافعية بصلح الحطيطة[11].
4. الصدقة : قوله تعالى (ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا) [12].
5. عدم المطابة او الامر بالشيء : كقول الفقهاء سقط الفرض أي سقط طلبه ، و الامر به[13].

الفرع الثالث

تعريف الاسقاط في القانون

ان تعريف اسقاط الالتزام في الاصطلاح القانوني[14] هو زوال الملك او الحق لا الى شخص مالك او لا الى مستحق و قد يكون بعوض او بدون عوض مما يؤدي الى عدم المطالبة به ،لان الساقط من الملك او الحق لا يمكن المطالبة به و ينتهي و يتلاشى كما في اسقاط العامل لأجرته التي تترتب في ذمة الشخص الذي استأجره الاسقاط في هذه الحالة يكون بإزالة الالتزامات التي يلتزم بأدائها .

وهناك من عرف الاسقاط[15] : بأنه التنازل عن الحقوق الثابتة في ذمة شخص او قبله او هو العفو عن الحقوق الثابتة في ذمة الاشخاص او قبله و ان الاسقاط وفقا لهذا التعريف يشمل جميع الحقوق سواء كانت متعلقة او غير متعلقة بالذمة أي في مجال الالتزامات و الحقوق كما في حالة الدين عندما يتم اسقاطه و الذي يكون فيه معنى التمليك و هذا مثال على الاسقاط الذي يرد على الالتزامات اما اسقاط الحقوق غير المتعلقة بالذمة كما في حال التنازل من قبل البائع عن حق حبس المبيع قبل استلام الثمن من المشتري .

---

[7] د. احمد فتحي بهنسي ، القصاص في الفقه الاسلامي ، 5ط ، دار الشروق ، بيروت ، 1989، ص 176 .

[8] سورة البقرة ، الآية (237) .

[9] محمد رواس قلعه جي ؛ حامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء،ط1،دار النفائس،بيروت،1985 ، ص 246 .

[10] د. احمد مختار عبد الحميد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص1077.

[11] شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، ج1 ، ط الاخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده ، مصر ، 1939 ، ص 281.

[12] سورة النساء ، الآية (92) .

[13] احمد بن محمد علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج1 ، بدون طبعة ، المكتبة العلمية بيروت ، ص280.

[14] ينظر :باسم اعناد سلطان الجبوري ، اسقاط الالتزام دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى القانون الخاص، قسم القانون كلية الحقوق جامعة الموصل سنة 2021، ص17،18.

[15] صايل احمد حسن الحاج يونس ، نظرية الابراء و الاسقاط في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، قسم الفقه و القانون ، جامعة النجاح الوطنية سنة 2000، ص3، 4 .

CC BY

أما الاسقاط في القانون العراقي فلم ينص القانون المدني العراقي على تعريف الاسقاط الا ان بعض شراح القانون المدني العراقي وجدوا تعريفا للإسقاط على انه (جزاء قرره المشرع على عدم استعماله حقا او رفضه من قبل صاحبهما خلال مدة معينة فإذا لم يستعملها خلالها سقط حقه نهائي)[16].

ونرى ان القانون المدني الاردني قد اشار له بالمادة (253\3) والتي نظمت احكام و اثار التصرف الانفرادي الذي بموجبه يسقط الحق ، فقد نظمت المذكرة الايضاحية لهذا القانون ان الاسقاط يعني (الاسقاط هو الانهاء لا الى مالك اخر أي ازالته ازالة تامة و تلاشيه نهائيا)[17]. إن شراح القانون لم يتفقوا على استعمال مصطلح يدل على زوال الحق .فشراح القانون المدني المصري استعملوا مصطلح النزول مستندين[18] الى نص المادة (871) من القانون المدني المصري التي جاء فيها (يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول على ملكيته)، البعض الاخر من شراح القانون استخدم مصطلح النزول و البعض الاخر استخدموا مصطلح السقوط واختلفوا في تعريفهما[19] فقد عرفها شراح القانون الفرنسي (بأنها تصرف به يتخلى شخص عن حق او يترك حقا يخصه).

وهناك من يؤكد بأن الاسقاط تصرف انفرادي مسقط للحق او هو عملية قانونية تحقق غاية معينة بوسيلة معينة[20] غير ان البعض الاخر يرى انه تصرف يراد به انقضاء حق دون نقله الى اخر . هناك من عبر عن الاسقاط بالتنازل أي هو عمل بواسطته يستطيع شخص ان يضع حد نهائيا لوجود حق كان له سابقا . ومن خلال ما تقدم و من التعاريف يمكن الوصول الى تعريف الاسقاط حسب وجه نظرنا بأنه (تصرف ارادي ينشأ بالإرادة المنفردة للدائن به يسقط حقه من مدينه بإرادته المحضة ولا يتوقف على قبول المدين ، ولا يحق للدائن الرجوع فيه لأن الساقط لا يعود).

برزت لنا من خلال التعاريف خصائص للإسقاط تتمثل بالتالي :

1- الإسقاط لا يكون بمقابل فهو تصرف قانوني تبرعي. فالدائن لا يأخذ مقابل لما تنازل عنه واسقطه، وهو بذلك من اعمال البر.
2- ان الاسقاط لا يمس حقوق المدين فالتزام الدائن بما اسقطه عن دائنه هو تصرف ارادي انفرادي و بذلك لا يرتب التزاما على المدين ولا يتوقف نشوئه على قبوله .
3- بما ان الاسقاط تصرف رضائي يكفي فيه ان يكون الرضا صحيحا لذلك لا يتطلب هذا الاسقاط شكلية معينة و اذا تطلبت هذه الشكلية فهي ليست ركنا انما للأثبات[21].
4- للإسقاط صور عديدة وهذه الصور أما ان تكون بالقول بإستعمال الالفاظ الصريحة او المجازية او بأفعال تصدر من الدائن و كذلك لهبة الدين انواع تتمثل بهبة الدين للمدين وهبة الدين للغير.

---

[16] د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ج1،مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي،1963، ص 530.

[17] المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج1 ، ص 263 .

[18] د.عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني و نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية و العالمية ، جامعة الدول العربية ، مصر، 1959، ج2، ص80 ؛ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص246.

[19] د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع والايجار والمقاولة)، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد، 1989 ، ص310 ؛ عبدالمجيد الحكيم، احكام الالتزام، ط2، بغداد ، ص 530 ؛ صلاح الدين الناهي ، مصادر الحقوق الشخصية ، مطبعة البيت العربي ، عمان ، الاردن ، 1984 ، ص685.

[20] ينظر هذه التعاريف لدى عبدالرزاق حسن فرج ، الابراء من الالتزام ، ط1 ، دار الفكر ،مصر، 1979، ص30 وما بعدها .

[21] مثل تصالح دائن مع مدينه عن جزء من دينه حيث يعتبر الاول مستوفيا للجزء المصالح عنه و مسقطا للباقي، فيجب على الطرفين تثبيت هذا الاتفاق بكتابة او بمحظر رسمي استنادا الى نص المادة (709 \ 711) من القانون لمدني العراقي التي جاء في الاخيرة (... لا يثبت الصلح الا بالكتابة او بمحظر رسمي).

CC BY

إن سكوت الدائن عن حقه مدة طويلة دون المطالبة به دون عذر مشروع . فأن هذا يدل على اسقاط حقه فالقانون حدد مدد معينة يسقط فيها الحق ."الدعوى بالالتزام اياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة "[22].

نرى إن الاسقاط هو تصرف قانوني انفرادي ينشأ بالإرادة المحضة للدائن فهو يقوم على الاعتبار الشخصي لذلك نرى ان يتخذ هذا الاسقاط شكلية معينة لضمان حق المدين و تجنبا للإشكاليات التي قد تحدث بين ورثة الدائن و المدين في حال وفاة الدائن[23]. ان المسقط للنفقة بعد صيرورتها دينا في الذمة مأمور منها الابراء عن النفقة الماضية لأنها صارت دينا في ذمته[24]، كأن الابراء اسقاط لدين واجب ، فيصبح كما في سائر الديون ، ولو ابرئه عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء لأنها تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان ، فكان الابراء اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب ايضا. وهو حق الحبس لأنه يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح.

وكذلك تصح هبة النفقة الماضية ، لان هبة الابراء تكون ابراء عنه فيكون اسقاط دين واجب، فيصح ، ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا[25]. أي أن هبة الدين تصح اذا كان المحل (الدين) موجودا ، وممكنا وقت الابراء ، وتصح هبة دين ماضي، لكن لا تصح هبة شيئا مستقبليا لأنه لم يكن بعد .لان من شروط المحل ان يكون موجودا. ان المشرع العراقي لم ينص صراحة على الوعد بالهبة ، ولكن يمكن تطبيق احكام المادة (91/ فقرة 2) والتي تنص على " اذا اشترط للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بأبرام هذا العقد .

المطلب الثاني

الاسقاط في القانون العراقي والقوانين المقارنة

إن القانون المدني العراقي لم ينص على تعريف الاسقاط ، لكن جاء في الفصل الثالث منه ان انقضاء الالتزام دون الوفاء يكون اما بالإبراء او بإستحالة التنفيذ او بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم المسقط) . أما القانون المدني الاردني فقد اشار اليه في المادة (3/253) منه التي نظمت احكام التصرف الانفرادي المسقط للحق، وجاء تعريف الاسقاط في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني على انه (الاسقاط هو الانهاء لا الى مالك اخر أي ازالته ازالة تامه وتلاشيه نهائيا) . الا ان شراح القانون لم يتفقوا على مصطلح واحد يدل على زوال الحق ، فقد استعمل معظم شراح القانون المدني المصري مصطلح (النزول) [26] مستندين في ذلك الى نص المادة (871) التي جاء فيها (يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول على ملكيته) .

---

[22] ينظر: المادة (429) من القانون المدني العراقي .

[23] ينظر: المادة (19) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.التي جاء فيها " وجود سند الدين في حوزة المدين قرينة على براءة ذمته من الدين حتى يثبت خلاف ذلك .

[24] الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج5 ،دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، 1997،ص164.

[25] ينظر المواد (126وما بعدها) من القانون المدني العراقي .

[26] د.عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني ونظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص80 ؛ توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص246.

CC BY

واختلف شراح القانون في استعمال مصطلح السقوط والنزول وفي تعريفهما[27] فبعض شراح القانون الفرنسي ذهبوا الى تعريف النزول او السقوط على انه (تصرف به يتخلى شخص عن حق او يترك حقا يخصه ، والبعض الاخر يرى انه انقضاء حق دون نقله الى اخر او هو منع نشوء الحق ، ويؤكد اخرون انه تصرف انفرادي مسقط للحق. البعض الاخر يرى بأن الاسقاط تنازلا وهو عمل يستطيع بواسطته ان يضع حدا نهائيا لوجود حق كان له سابقا[28]. وقد يعني عند البعض انه عملية قانونية تحقق غاية معينة بوسيلة معينة [29] وهناك من شراح القانون المدني العراقي من يرى ان الاسقاط هو جزاء قرره المشرع على عدم استعمال حقا او رفضه من قبل صاحبهما خلال مده معينه فاذا لم يستعملها خلالها سقط حقه نهائيا[30].

عرفه بعض الباحثين[31] ، بأنه تصرف قانوني ينشئ بإرادة الدائن المنفردة بموجبه يزيل ما له من حقوق ثابتة في ذمة مدينه فيلتزم بما اسقطه من حقوق ولا يحق له المطالبة بها نهائيا[32]. من خلال هذه التعاريف السابقة يمكن تعريف الاسقاط حسب رأينا بأن الاسقاط هو تصرف يصدر من جانب واحد بإرادة الدائن به يبرء ذمة مدينه ويسقط التزامه وليس له الرجوع عن هذا الاسقاط .

إذن فالإسقاط هو تصرف قانوني يصدر بالإرادة المنفردة وهذه الارادة تصدر من جانب واحد، وترتب اثار قانونية وليس له الرجوع فيه و هو بذلك سبب انقضاء رابطة عقدية ، ولا يتوقف على قبول المدين ، وهذا ما اكده القانون المدني الاردني حيث تضمن القانون (يجوز ان يتم التصرف القانوني بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه الزام الغير بشيء وذلك طبقا لما يقتضي به القانون). وبهذا نفهم ان العلاقة العقدية قد تبدأ برابطة مشتركة متكونة من ارادتين، وتنتهي هذه العلاقة بإرادة واحدة تنهي الالتزام وتحيل الذمة من ذمة مثقلة الى ذمة مبرئه. والكثير من التعاريف وردت في الاسقاط فذهب البعض الى تعريفه بانه عبارة عن تصرف قانوني بمقتضاه التنازل من قبل الدائن الى المدين اختيارا منه وبدون مقابل عن دينه سواء بشكل كلي او جزئي بشرط ان لا يكون المدين قد رفضه صراحة كما لا يجوز للمدين ان يرفض الاسقاط اذا سبق منه القبول او كان الاسقاط بناء على طلبه[33].

ان اسقاط الالتزام كما يصدر بإرادة الدائن لذلك فلا يجب ان يكون مكرها او مجبرا عليه كما لا يجوز للمدين ان يرد الاسقاط بعد ان طلبه من الدائن ان يسقطه ،وهكذا فأن الاسقاط يسقط التزام المدين تجاه دائنه ويكون هذا الاسقاط بلا عوض من جانب الدائن وقد يكون كلي او جزئي.

وهنا نتساءل هل يعتبر الاسقاط هو ابراء ام لا ؟ للإجابة على هذا السؤال نرى ان هناك رأيان:

---

[27] د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع الايجار المقاولة) ، مرجع سابق ، ص310 ؛ عبدالمجيد الحكيم، احكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص530 ؛ صلاح الدين الناهي، مصادر الحقوق الشخصية ، مرجع سابق ، ص685.

[28] يسرى وليد ابراهيم، إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة ، اطروحة دكتورا مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل ، 2003 ، ص65.

[29] ينظر: هذه التعاريف لدى عبدالرزاق حسن فرج، الابراء من الالتزام ، مرجع سابق ، ص30 وما بعدها وكذلك ؛ د. يسرى وليد ابراهيم ، مصدر سابق، ص65.

[30] ينظر : المادة (429) من القانون المدني العراقي " الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تُسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت في احكام خاصة" .

[31] محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان ، دار الفكر العربي ،ط1 ،مصر ،1980 ، ص5 وما بعدها.

[32] د. عبد المجيد الحكيم ؛ والاستاذ عبدالباقي البكري ؛ والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980 ، ص530.

[33] ينظر : باسم عناد سلطان ، اسقاط الالتزام ، مرجع سابق ، جامعة الموصل ، ص24.

CC BY

الرأي الاول : يرى ان الابراء يختلف عن الاسقاط لأن الاسقاط هو تصرف انفرادي في حين الابراء يعتبر هبة غير مباشرة تنشئ بإتفاق الدائن مع مدينه[34].

اما الراي الثاني : فيرى ان الابراء يشبه الاسقاط[35].

والابراء هو صورة لاحد انواع الاسقاط وهو الاسقاط الذي فيه تمليك مثلما يسقط الحق بالإبراء منه يمكن ان يسقط اسقاطا محضا (التنازل) .

عليه فيعتبر الاسقاط قاعدة عامة ينطوي ضمنها الابراء لأنه اخص من الاسقاط فكل ابراء هو اسقاط لكن ليس كل اسقاط هو ابراء ، فضلا عن ذلك ان الابراء من الحق يختلف عن اسقاط الحق بالتنازل عنه . ففي الابراء يتحول حق الدائن بوصفه عنصر سلبي مكون لعناصر ذمة المدين السالب الى عنصر ايجابي يستقر الى جانب عناصرها الموجبة فلا يصبح ملزما بإيدائه ، في حين يزول الحق ويتلاشى من ذمة المدين السالبة بمجرد اسقاطه .والقانون المدني العراقي.

نظم الابراء في باب (انقضاء الالتزام) فنظر اليه من جهة المدين فقط واغفل جهة الدائن باعتباره المصدر المنشئ له ، فلولا الدائن ما انقضى الالتزام فهو يبرء الدائن بإرادته المنفردة. لذلك فالإسقاط سواء تم بالإبراء او بأي صورة اخرى يعتبر تصرف قانوني ينشئ بالإرادة المنفردة، واهم اثاره هي تبرئة ذمة المدين . ومكانه هو ضمن النصوص المنظمة للإرادة المنفردة التي تعتبر مصدر من مصادر الالتزام .

بعض القوانين العربية[36] عرفت الاسقاط على انه (ينقضي الالتزام بإسقاط اختياري من الدائن الذي له التبرع والاسقاط ماض الا اذا لم يتقبله المدين قبولا صريحا "وكذلك يحصل الابراء بالإسقاط الصريح الناشئ عن اتفاق او أي عقد تضمن ابراء المدين من الدين او هبته اليه ، وقد يكون السكوت بناء على كل ما يدل دلالة صريحة على ان مراد الدائن ترك حقه و ارجاع اصل الرسم[37] اختيارا من الدائن الى المدين يحمل على اسقاط الدين . هناك من القوانين من يرى بأن الاسقاط هو عقد اتفاقي بين الدائن والمدين[38]، وهذا يعني انه يلتزم ان يكون هناك ايجاب وقبول طبقا للقواعد العامة للعقد . وعليه تكون ذمة المدين مشغولة مالم يكن هناك قبول يطابق الايجاب الصادر من الدائن[39]. اما المشرع العراقي فقد كيف الابراء على انه اسقاط وعبر عن اسقاط الدين أي اسقاط الالتزام بأنه .

" اذا ابرء الدائن المدين سقط الدين" ، وذهبت محكمة التمييز في العراق (ان الابراء إسقاط من جهة وتبرع من جهة اخرى وان ابراء احد اخر من حقه يسقط حقه وهو غير ممنوع بالمادة 146 من القانون المدني التي منعت الاتفاق مقدما على اسقاط حق المدين في طلب نقص الالتزام بسبب الظروف الطارئة)[40].

---

[34] د.عبدالقادر الفار، احكام الالتزام واثار الحق في القانون المدني العراقي ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،1991 ، ص207.

[35] د.عبد الرزاق حسن فرج ، الابراء من الالتزام ، مرجع سابق ، ص33-34.

[36] مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، الصادرة ،1960 ، المواد 350-351 .

[37] عني بعبارة اصل الرسم : السند الاصلي .؛ ينظر : د.السنهوري ، الوسيط ،ج5 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، 2000 ، ص 65.

[38] القانون المدني الفرنسي المادة (1285-1287)، قانون الموجبات اللبناني ، المادة (360)،لسنة 1932.

[39] د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزام في القوانين العربية ، ط1 ، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت ، لبنان ، 2019 ، ص498 .

[40] القرار ذي العدد 225 / استئنافية / 569 في 9/18 ، 1969 قضاء محكمة تمييز العراق المجلد السادس، 1969 ، ص180، نقلا عن د. عصمت عبدالمجيد بكر ، المصدر نفسه ، ص497 .

CC BY

وما جاء في القانون المدني العراقي انه اذا طرأت حوادث استثنائية على وجه العموم لم تكن موجودة اثناء انعقاد العقد وهذه الظروف جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين لكن ليس مستحيلا ، ومن شان هذه الظروف الطارئة ان تثقل كاهل المدين او تهدده بإعسار اكيد ،فيجوز للمحكمة ان تقوم بموازنة بين الطرفين فتنقص التزام المدين (المرهق) الى الحد المعقول الذي تقتضيه العدالة ، وهذا ما تحققه هبة الدين من هدف في ظل ظروف متذبذبة قد يمر بها المدين بحيث يتعذر عليه الوفاء بإلتزامه ولو في الوقت المتفق عليه كحد ادنى . خصوصا وان الدين اذا استحق تبدأ الفوائد القانونية التي تزيد كاهل المدين ارهاقا . فهنا تظهر اهمية هبة الدين حيث يقوم الدائن بإبراء ذمة مدينه، وهذا من شأنه ان يزيل عن كاهل المدين بأسقاط دينه وقد يواجه هذا التنازل من قبل الدائن قد يرفض هذا التنازل لاعتبارات قد تمس كرامته وحريته ولا يقبل التفضل عليه من قبل الدائن.

إن الدائن يستطيع ان يرجع عن الاسقاط قبل ان يبدي المدين قبوله بالإيجاب ويترتب على ذلك ان اسقاط الالتزام لا يتم اذا توفى احد الاطراف قبل ان يصدر القبول ، ان المشرع العراقي قد كيف الابراء على انه اسقاط وعبر عن اسقاط الالتزام[41] (الدين) بالإبراء اذ نص على انه " اذا ابرء الدائن المدين سقط الدين " [42] اي ان الدائن متى ما ابرأ ذمة مدينه فليس له الرجوع عنه. وقد نص القانون المدني الاردني في المادة 253 بالقول 1- "اذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه الا بقوله . 2- اذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك او كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرتد برده في المجلس 3- اذا كان اسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد 4- كل ذلك مالم ينص القانون على خلافه.

المطلب الثالث

أنواع الاسقاط

إن الاسقاط [43] يتنوع بحسب اثره الى اسقاط محض واسقاط فيه تمليك وسنقسم هذا المطلب الى الفروع الاتية :

الفرع الاول

الاسقاط المحض

الكلام عن الاسقاط المحض من خلال الاتي :-

أولاً- الاسقاط المحض في الفقه الاسلامي: إن الاسقاط المحض في الفقه الاسلامي هو تصرف شرعي بسبب شرعي فيه يزيل ما له الدائن من حقوق ثابتة في ذمة مدينه تتلاشى نهائيا دون ان تنتقل الى ذمة شخص اخر . فالإسقاط المحض هو تصرف انفرادي يصدر بالإرادة المنفردة للدائن حيث يعبر الدائن بإزالة حقوقه من خلال وسائل التعبير عن الارادة كالقول والسكوت

[41] د. عصمت عبدالمجيد بكر ، النظرية العامة للالتزام في القوانين العربية ، مرجع سابق ، ص 298.

[42] القانون المدني العراقي المادة 420 "اذا ابرأ لدائن المدين سقط الدّين"

[43] انواع الاسقاط كثيرة فهناك اسقاط يقتضي البراءة من كل وجه فيسقط الحق قضاء وديانة كالإسقاط الحاصل بالصلح او ضمنه سواء كان عن اقرار او انكار صاحبه ابراء عام ، وهناك اسقاط لا يقتضي البراءة اطلاقا فيسقط الحق قضاء لا ديانة اذا لم يصاحبه ابراء عام ، وكذلك يتنوع الاسقاط حسب نطاقه الى اسقاط عام وخاص وهناك اسقاط بحسب العوض فهنا اسقاط بعوض او بغير عوض وهناك المزيد من الانواع انظر : موسوعة جمال عبدالناصر في الفقه الاسلامي ، ج8، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ،1386هـ، ص138-235 ؛ وكذلك انظر : د. يسرى وليد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص71.

CC BY

والاشارة. فيتلفظ الدائن بألفاظ تدل على اسقاط حقه صراحة كأن يقول اسقطت ، وابطلت ، تركت، وقد يكون التعبير مجازي يدل على الاسقاط ويقترن بنية دالة على الاسقاط وبثبوت نية الاسقاط .

وتتضح نية المسقط عندما يترك ما يطلبه من دين ويهبه لمدينه وعندما يسقط حقه في هذا الدين فأنه لا يحق بعدها الرجوع عن هذا الاسقاط لان الساقط لا يعود، وكثيرا ما يقع وكثيرا ما يقع الاسقاط عندما يسكت الدائن عن حقه و عدم المطالبة طيلة الفترة المحددة شرعا او اتفاقا او عرفا، ولكي ينتج اثر الاسقاط هو ان يكون الدائن عالما بحقه ومع ذلك لم يطالبه به[44].

والاسقاط المحض ينشئ بإيجاب الدائن فقط دون ان يتوقف على قبول المدين[45] لأنه تعبير عن ارادة الدائن ولا شان له بنية او رضا المدين لذلك سمي بالإسقاط المحض. ومن المؤكد ان يكون هذا الحق المسقط من الحقوق القابلة للإسقاط من ناحية كونه موجودا او قائما وقت الاسقاط. فلا يتصور اسقاط مع حق غير موجود .

ثانياً- الاسقاط المحض في القانون: لم ينص القانون المدني العراقي على الاسقاط المحض. لكن نرى القانون المدني الاردني اشار في المادة (3/253) الخاصة بأحكام واثار التصرف الانفرادي، وورد تعريف الاسقاط المحض على انه " في الاسقاط المحض يزول الحق ويتلاشى نهائيا بإرادة الدائن المنفردة دون حاجة الى قبول.."[46].

ومن خلال ما تعرفنا على الاسقاط المحض يمكن تعريفه حسب رأينا : بانه تصرف انفرادي يصدر بإيجاب الدائن بصيغة صريحة او مجازية وتثبت فيه نية الاسقاط ولا يتوقف على قبول المدين. وقد تكون بعض القوانين لم تذكر الاسقاط في قوانينها صراحة الا انها طبقته في العديد من نصوصها، فمثلا في القانون المدني العراقي خيار التجربة في المادة (524) يعتبر اسقاط محض أي حق الخيار المقترن بالعقد . كذلك المادة (566) التي جاء فيها " اذا اطلع المشتري على بيع قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك ، سقط خياره ." واسقاط حق الشفعة في المادة (1134/فقرة د) التي نصت على " اذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة او دلالة ولو قبل البيع " فهنا لا تسمع دعوى الشفعة . اما في القانون المدني المصري فنص في المادة (421/ فقرة 1) على اسقاط حق خيار التجربة التي نصت على " في البيع بشرط التجزئة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه، وعلى البائع ان يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه لتجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا".

الفرع الثاني

الاسقاط الذي فيه تمليك

أولاً- الاسقاط الذي فيه تمليك في الفقه الاسلامي: كما يراه الحنفية[47] والشافعية[48] والحنابلة[49] والمالكية[50]

---

[44] موسوعة جمال عبدالناصر في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ج8 ، ص249 .

[45] زين العابدين بن نجيم، مرجع سابق، ص137-316 ؛وكذلك ينظر د. يسرى وليد، مرجع سابق، ص72.

[46] المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج1 ، ص264 .

[47] ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الراشدني الميرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ،ج3، ط الاخيرة، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ص198-199.

[48] ينظر: ابو الحسين بن سالم العمراني اليمني الشافعي ، البيان في مذهب الامام الشافعي ، ط1،دار المنهاج ، جدة ، 2000، ص130.

CC BY

والجعفرية[51] ان هذا النوع من الاسقاط هو تصرف بسبب شرعي ينشئ بإيجاب الدائن دون ان يتوقف على قبول المدين ينتج عنه ازالة ما له من حقوق ثابتة في ذمة المدين بتمليكه له فلا يعتبر ملزما بوفائه وهذا يعتبر اسقاط وتمليك في ان واحد . اسقاط فيه تمليك يعتبر بالنسبة للدائن لان حقه يزول بإيجابه فقط ويعتبر تمليك بالنسبة للمدين كون ان هذا الحق صادر من ضمن العناصر الموجبة المكونة لذمته بعد ان كانت عناصر سالبة قبل تحول هذا الحق الى ملكهم ويترتب على الاسقاط الذي فيه تمليك اثر مهم هو اثراء ذمة المدين بمقدار الحق الذي دخل واستقر وبذلك تكون ذمته بريئة ولا يلتزم بشيء تجاه الدائن .

ثانياً– الاسقاط الذي فيه تمليك في القانون: لم ينص القانون المدني العراقي على الاسقاط الذي فيه تمليك الا انه نص على الابراء من الدين في المواد (420،422) منه ونص على هبة الدائن لمدينه في المادة (607) وكذلك نص على صلح الدائن مع مدينه عن جزء من دينة في المادة (709) منه " اذا صالح المدعي خصمه على بعض المدعى به ، كان هذا اخذا لبعض حقه واسقاطا لباقيه ". كذلك جاء في القانون المدني الاردني " الاسقاط الذي فيه تمليك يكون للإسقاط شبهان ، شبه بالإسقاط وشبه بالتمليك ، وينشئ بإيجاب الدائن ولا يتوقف على قبول المدين".

أما ما جاء في القانون المدني المصري في المادة (371) ، ذكرت الاعمال التحضيرية لهذا القانون تعليقا على تلك المادة بقولها " يتم الابراء ... بإرادة منفردة وفقا لما تقتضي به الشريعة الاسلامية ، ويستكمل حكمه متى وصل الى المدين ولم يعترض عليه "[52]. إن هذه المادة مفادها ان الابراء يتم بإرادة الدائن المنفردة اما اثاره فلا تترتب الا بعد علم المدين وعدم رده اياه خشية منة الدائن وتفضله عليه. لكن القانون المدني المصري لم ينص على هبة الدين لمدينه كما نص القانون المدني العراقي عليها فدعى البعض من الشراح المصريين المشرع الى تنظيم هبة الدين لأن الدين الذي للواهب في ذمة المدين هو حق من الحقوق القابلة للتداول فيجوز ان يكون محلا للهبة[53].

وجاء في القانون المصري ايضا ، اذا كان المنقول نقودا[54] او مجوهرات او اثاث او أي شيء من هذا القبيل ، واذا كان الشيء الموهوب حقا شخصيا حوله الواهب للموهوب له على سبيل التبرع ، فهنا القبض يكون بتسليم سند الحق للموهوب له أي سند الدين او الكمبيالة ليمكن من استعماله في مواجهة المحال عليه[55]. إن القبض في المنقول في التقنين المدني المصري الحديث يُغني عن الشكلية المتمثلة بالورقة الرسمية حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة(488) انه " ومع ذلك يجوز في المنقول ان تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة الى ورقة رسمية "[56]. والقانون المدني الفرنسي لم ينص على تصالح الدائن مع مدينه على بعض

---

[49] ينظر : موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المقنع في فقه السنة احمد بن احمد حنبل، ج2، المطبعة السلفية، ص350.

[50] محمد الخرشي ، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج7، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت،لبنان،1979، ص177.

[51] ابو القاسم الموسوي الخوئي، المسائل المنتخبة في العبادات والمعاملات، ط10، مطبعة الآداب، النجف، 1397، ص268، أبو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين (العبادات والمعاملات)، ط1، مطبعة النجف، النجف، 1972، ص300.

[52] محمد كمال عبدالعزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1963 ، ص371 .

[53] ينظر: جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، مصر، 1978، ص258.

[54] يصح ان يتم تسليم النقود بتحويل مبلغ من الحساب الجاري للواهب الى الحساب الجاري للموهوب له ، ينظر: د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ، مرجع سابق ، ج5 ، ص58 .

[55] قضت محكمة استئناف مصر، بأن اعطاء الواهب مبلغ من النقود لأمين عن القصر ، وايداع الامين هذا المبلغ خزانة المجلس الحسبي لحساب القصر يعتبر قبضا كاملا لتصح الهبة (29 نوفمبر 1927'المحاماة 8 رقم 308 ص475 . ؛ انظر السنهوري، مرجع سابق ، ص58.

[56] متى تمت الهبة اليدوية بالقبض، فكل الشروط التي تتضمنها هذه الهبة والاتفاقات الملحقة من التزامات وعوض ونحو ذلك تكون صحيحة ، فيجوز في الهبة اليدوية ان يحتفظ الواهب بحق الانتفاع، او بملك الرقبة ، وان يقرن الهبة بشروط او التزامات اخرى، ينظر : محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، دار الفكر الجامعي، مصر ،2014،ص80.

CC BY

دينه ومع ذلك يمكن الاخذ به بالرجوع الى المادة (2052) [57] التي نظمت الصلح قاعدة عامة[58]. نستخلص مما سبق ان هبة الدين والابراء وتصالح الدائن عن جزء من دينه كلها تصرفات قانونية ارادية تصدر بالإرادة المنفردة للدائن دون ان يتوقف قبولها على المدين ، لكن اثارها ونتائجها لا تترتب الا بإرادة المدين. فهو من يحدد قبولها والاستفادة منها او رفضها لإعتبارات قد تمس حريته وكرامته.

المبحث الثاني

تمليك المدين للدين

بإسقاط الدين يتملكه المدين ، وسنوضح في هذا المطلب تمليك المدين للدين ونقسمه الى المطلبين:

المطلب الاول : تمليك المدين الدين في الفقه الاسلامي .

المطلب الثاني : تمليك المدين الدين في القانون .

المطلب الاول

تمليك المدين للدين في الفقه الاسلامي

للكلام عن التملك في الفقه الاسلامي سنقسم هذا الفرع الى الفروع الاتية :

الفرع الاول : تعريف التملك في اللغة وفي الفقه الاسلامي .

الفرع الثاني : قابلية المال للتملك .

الفرع الثالث : انواع الملكية .

الفرع الرابع : اسباب الملكية .

الفرع الاول

تعريف التملك في اللغة وفي الفقه الاسلامي

التملك لغة: ملك الشيء ملكا حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك[59]. تعريف التملك فقها : عرف الحنفية[60] التمليك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف الا لمانع كالمحجور ، فأنه مالك ولا قدرة له على التصرف .

---

[57] القانون المرسوم رقم 131 لسنة 2016 .

[58] ينظر : شيماء محمد سعيد خضر البدراني ، احكام عقد الصلح ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، 2001 ، ص64.

[59] المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة ،ج2 ، باب الميم ، مادة ملك ،ص921.

[60] زين العابدين بن نجيم الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، مؤسسة الحلبي وشركائه للنشر والتوزيع ، القاهرة 1968، ص346 .

CC BY

أما الشافعية[61] والجعفرية[62] عرفوا الملك : على انه حكم شرعي يقدر في عين او منفعة يقتضي تمكن من ينسب اليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك أما المالكية فيرون ان الملك هو : تمكن الانسان شرعا بنفسه او بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ومن اخذ العوض وتمكنه من الانتفاع الخاص[63]. أما الفقهاء المحدثين فقد عرفوا الملك : بانه اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي[64] وذهب اخر الى تعريف الملك بأنه اختصاص بالشيء. والتصرف فيه ابتداء والانتفاع به منفردا ومنع الغير منه على الوجه الذي اذن فيه الشارع إلا إذا منع مانع من التصرف والانتفاع كما في المحجور عليه[65].

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن تعريف التمليك على انه تصرف ارادي ينشئ بين المالك والمملوك بموجبه ينقل المالك حق من حقوقه الى غيره بعوض او بغير عوض ينتج اثره بتمليك هذا الحق للمملوك له . إن التمليك يعتبر انشاء او اثبات حق للأخر أي يثبت، والاثبات هو أن يكون الشيء راسخاً غير مائل والبعض يرى ان الاثبات من معاني الحق فيقال اثبات الحق وايجابه استنادا الى قوله تعالى (ليحق الحق ويبطل الباطل) [66] والتمليك من حيث مضمونه يمكن ان يأتي بمعنى الصبر والقوة[67] استنادا لقوله تعالى (يثبت الله الذين امنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا ويضل الله الظالمين ويفعل الله ما يشاء)[68]. والتمليك يترتب عليه نتيجة هي انشغال الذمة فبنشؤه صحيحا مستوفيا شروطه واركانه ولم يرجع فيه المتصرف فأن ذمته تنشغل بما اوجبه على نفسه من حق بحيث يمكن للأخير ان يطالبه بالوفاء واذا عبر عن رغبته بقبول التمليك او على مرده له ذلك انه لا احد يجبر شخص على تملك شيء لا يريده. وبهذا يختلف عن الاوضاع الشرعية المشابهة كالإذن بالانتفاع وغيرها . والتمليك لو نظرنا اليه من جهة المالك الذي صدر عنه يعتبر تصرف بسبب شرعي، اما من جهة الشخص الذي سيؤول اليه محله يعتبر اثر يرتب نتيجة للتصرف. ويتعبر تملكا الاختصاص بمال او حق معين من خلال استعماله واستغلاله على وجه الانفراد والاستقلال، فالتمليك هو جعل الشيء لآخر يحوزه ويستقل بالتصرف به بشرط ان تكون هذه الحيازة صحيحة وشروعه فالتمليك لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن مالكه الاصلي.

وهناك نوعان للتمليك في الفقه الاسلامي وهذه الانواع منه تتنوع بتنوع الاركان الواجب توافرها لنشوئه وهوا تمليك معاوضة ، وتمليك تبرع ، فيكون تمليك معاوضة في حال اذا فعل شخص شيء طلب منه فعله او فعله وطلب عليه عوض ، اما في حال فعل شخص فعل دون ان يطلب اليه فعله او فعله دون ان يطلب عليه عوضا ففي هذه الحالة يعتبر فعله تبرعا[69] فالمعاوضة تنشأ بإيجاب وقبول كالبيع والايجار وغيرها من العقود ،اما التبرع فانه ينشأ بإيجاب فقط صادرا من المتبرع ولا يتوقف نشؤه على قبول المستفيد مثل الهبة او الوصية او العارية او الصدقة ... وغيرها.

---

[61] جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار إحياء الكتب العربية، ص342.

[62] ينظر: المحقق الحلي، شرائع الإسلام، منشورات مكتبة الحياة ،بيروت ،1980، ص255.

[63] ابو العباس شهاب الدين القرافي، الفروق، بدون طبعة ،عالم الكتب ،مصر،بدون تاريخ ، ص7.

[64] بدران ابو العينين بدران ، الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية ، ص380

[65] احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الدار الجامعية ،لبنان ، بيروت 1988 ص31.

[66] سورة الانفال ، الآية (8).

[67] محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الاسلامي، ط2،دار النهضة العربية، مصر ، 1963 ص419.

[68] سورة ابراهيم ، الآية (27) .

[69] احمد ابراهيم ابراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، يصدرها أساتذة كلية الحقوق، السنة الثانية، العدد الخامس، 1932، ص605.

CC BY

نستخلص مما سبق نتيجة مهمة هي لزوم التمليك . فالتمليك اذا كان معاوضة يعتبر ملزم لجانبين اما اذا كان تبرع فيكون ملزم لجانب واحد وهو المتبرع لا ملزما للمستفيد من هذا التبرع الا في حال قبوله او ما يدل على القبول ، لان الارادة هي اسا س الالتزام في الفقه الاسلامي فلا يمكن الزام شخص بشيء دون رضاه وارادته . اما بالنسبة لمحل التمليك في الفقه الاسلامي فقد يرد على عين سواء اكان عقار او منقول وقد يرد على منفعة .

أو على حق من الحقوق المالية ام غير المالية[70]. أي كل ما يقبل الملك والتمليك ، ان الحنفية لا يتعبرون المنافع والحقوق اموال ومع ذلك اجازوا تملكها[71] باستثناء الاموال المخصصة للمنفعة العامة فهي لا تملك ما لم يزل عنها التخصيص بزوال صفتها او ان يكون هناك ضرورة ملحة تقتضي تملكها للغير[72]. ولا يغيب علينا ان نذكر ان التمليك هو تصرف رضائي فأساس التصرفات هي الرضائية وتنشأ صحيحة بتوافر اركانها و شروطها متى عبر المتصرف عن ارادته تمليك غيره حقا من الحقوق بأي وسيلة للتعبير عن الارادة قولا او فعلا او بالسكوت. ولا يتطلب استيفاء شكلية معينة ما لم ينص القانون خلاف ذلك في حال اثبات حقوق الدائن. فمثلا تتطلب الشكلية في انشاء الوصية من اجل اثباتها فهي التزام ينشأ بالإرادة المنفردة[73].

وعليه ونتيجة لما سبق ان التمليك اذا صدر بالإرادة المنفردة فهو تصرف تبرعي ينشأ بإيجاب المتصرف و بموجبه ينشئ حقا لآخر من خلال تمليكه مالا معينا دون عوض و دون ان يتطلب ارادة الطرف الثاني (المستفيد). فالمدين يتملك الين اسقطه الدائن.

ثانياً– قابلية المال للتملك:

المال قابل بطبيعته للتملك ، لكن قد يوجد ما يجعله غير قابل لذلك احيانا من هنا ينقسم المال بهذا الاعتبار الى ثلاثة انواع :

1– ما لا يقبل التمليك ولا التملك بمال : وهذا يشمل كل ما خصص للمصلحة العامة والنفع العام كالطرق العامة والحصون والسكك الحديد والانهار ونحوها ، فاذا زالت عنها صفة التخصيص عادت الى حالتها الاصلية وامكن تملكها[74].

2– ما لا يقبل التملك الا بمسوغ شرعي كالأموال الموقوفة ، واملاك بيت المال ، واموال الدولة ، فكل ذلك لا يجوز بيعه ولا هبته الا لمصلحة راجحة اقتضت ذلك[75].

---

[70] ينظر تفصيل ذلك لدى علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ،ط3،دار الفكر العربي ، ص386؛ بدران ابو العينين بدران ، الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية، ص309.

[71] ينظر:د. مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد نظرية الالتزام العامة ، المصادر الارادية (العقد الارادة المنفردة) دمشق،ج3،ط4، 1964 ، ص136 وما بعدها .

[72] محمد ابو زهرة ، مرجع سابق ، ص73.

[73] المادة (65) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 .

[74] ينظر أ. د. الحسين بن محمد شواط ؛ د. عبدالحق حميش نظرية التملك في الفقه الاسلامي ، شبكة الالوكة افاق شرعية ، مقالات شرعية ، فقه واصوله تاريخ الاضافة 2014/9/3 .

[75] يعتبر الحنفية الاموال الموقوفة ملكا لله تعالى ، لان الوقف خرَجت على ان تكون ملكا لاحد من الناس ، وبعض العلماء يرى من غيرهم ملكا لواقفها ، ويراها اخرون ملكا للمستحقين فيها، وهي لاتقبل ان تملك لاحد بطريق بيعها له الا بمسوغ شرعي ، **فاذا بيعت من غير مسوغ كان البيع باطلا ، وتفصيل ذلك كله** في كتاب الوقف . انظر: علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 ، ص44.

CC BY

3- ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقا : كل ما عدا النوعين السابقين من انواع المال[76].

الفرع الثالث

أنواع الملكية

ينقسم الملك الى ملك تام وملك ناقص[77]:

1- الملك التام هو ملك ذات الشيء ومنفعته معا ، فثبت لمالكه جميع الحقوق الشرعية والاثار المترتبة عليها من خصائصه :

أ- الاطلاق والدوام في الملك مادام محل الملك قائما .

ب-لا يقبل الاسقاط .

ج- يقبل النقل من ذمة لأخرى ، وذلك بالعقد الناقل للملكية كالبيع او الميراث او بالوصية .

د- لصاحبه فيه كامل صلاحيات التصرف ، من حرية الاستخدام والاستثمار والبيع والهبة والوقف والوصية والاجارة ، ونحوها .

هـ - اذا اتلف المالك ماله فلا ضمان عليه ، لكنه يؤاخذ على ذلك ديانة ، لأن اتلاف المال حرام، وقد يؤاخذ قضائا فيحجر عليه اذا ثبت سفهه .

2- الملك الناقص : هو ملك العين وحدها ، او ملك المنفعة وحدها ، أي : ملك حق الانتفاع وهو على انواع :

الملك الناقص ثلاث انواع[78] :

أ- ملك العين فقط : وذلك بأن تكون العين مملوكة لجهة معينة ، وتكون منافعها مملوكة لجهة اخرى ، مثل ان يوصي شخص لأخر بسكنى دراه مدة حياته فأذا مات الموصى قبل الموصى له كانت عين الدار ملكا للورثة ، اما الانتفاع بها فهو من حق الموصى له فاذا مات او انتهت مدة الانتفاع عادت المنفعة للورثة ، واصبحت ملكيتهم تامة . كانت عين الدار ملكا للورثة ، اما الانتفاع بها فهو من حق الموصى له فاذا مات او انتهت مدة الانتفاع عادت المنفعة للورثة ، واصبحت ملكيتهم تامة .

ب- ملك المنفعة : وله خمسة اسباب، وهي الاعارة، الاجارة، الوقف، الوصية، الاباحة.

3- ملك المنفعة العيني او حق الارتفاق : وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار اخر مملوك لشخص اخر، مثل حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق الجوار، وحق العلو، ويقصد بحق الشرب ما يحتاج اليه من ماء لسقي الزرع ونوبة الانتفاع من الماء لمدة معينة للسقي ويلحق به شرب الانسان واستعمالاته المنزلية والدواء[79].

الفرع الرابع

أسباب الملكية

---

[76] ينظر علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ،دار الفكر العربي ،القاهرة ، 2014، ص45 .

[77] ينظر ابن نجيم ، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ،ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 1999، ص422.

[78] ينظر : الشيخ علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ، ص74 .

[79] د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج5 ، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر، سوريا ، دمشق،1985، ص520 .

إن الاسباب الاساسية للملكية التامة في الشريعة الاسلامية هي : الاستيلاء على المباح، والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك[80].

الاستيلاء على المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه والاشجار والكلأ ، وصيد البر والبحر .

اما العقود الناقلة للملكية: كعقود البيع والهبة والوصية ونحوها وهي من اهم مصادر الملكية واكثرها شيوعا و وقوعا في الحياة المدنية لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس عن طريق التعامل[81].

الخلفية: وهي ان يخلف الشخص غيره فيما كان يملكه ، او يحل محل شيء اخر فهي نوعان: خلفية شخص من شخص مثل الارث ، وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين ، والارث هو سبب جذري للتملك اما التضمين فهو التعويض عن من اتلف شيء لغيره . التولد من المملوك هو ان يتولد من شيء مملوك يكون مملوك لصاحب الاصل ، لأن مالك الاصل هو مالك الفرع .

المطلب الثاني

تمليك المدين الدين في القانون

إن القانون المدني العراقي لم ينص على تعريف التملك الا ان هذا لا يمنعه من ايراد العديد من تطبيقاته المحددة بنصوص قانونية . فجاء في المادة (185) في فقرتها الاولى على الوعد بجائزة التي نصت على " من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بأعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر الى وعد " كما جاء في المادة (84) التي نصت على الايجاب الملزم (اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد). وما جاء في المادة (1306) في فقرتها الاولى على التزام حائز العقار بتحريره من الرهونات "يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون رهنا تأمينيا في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين ، الا اذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن " . اما القانون الاردني فقد انفرد بنصه على التمليك في المادة (253) منه الخاصة بتنظيم احكام واثار التصرف الانفرادي ، (1- اذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه إلا بقبوله. 2- اذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك او كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرتد برده الى المجلس) [82].

واشارت المذكرة الايضاحية لهذا القانون الى التمليك (التصرفات في الفقه الاسلامي تكون اثباتا او اسقاطا ، والاثبات هو اثبات حق لأخر كالهبة استحسانا ، اذ الهبة في الاستحسان هي ايجاب من الواهب فقط، اما القبول من الموهوب له فليس بركن الصدقة والوصية . ان شراح القانون لم يضعوا تعريفا للتمليك ، ولم يتطرقوا الى احكامه ، واستخلصنا من خلال ما قدمناه تعريفا للتمليك هو انه تصرف قانوني ينشأ بالإرادة المنفردة يثبت فيه حقا لأخر من خلال تمليكه مالا معينا بلا عوض و دون ان يتوقف نشوئه على قبول المستفيد .

[80] ينظر احمد حسن فراج ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الدار الجامعية ، لبنان ،بيروت ، 1988، ص37.

[81] ينظر علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ، ص 70.

[82] المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج1 ص263 .

ان القانون الاردني نظم التمليك ونص على الاسقاط الذي فيه معنى التمليك (اذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك او كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرتد برده في المجلس). اما اذا كان اسقاطا محضا فيثبت حكمها ولا يرتد بالرد. وكونه لا يرتد حتى إذا رده المدين ولم يقبله فانه يثبت حكمه لأنه اسقاطا محضا يعبر عن ارادة الدائن ولا شأن له بنية او رضا المدين. اما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (162) في الفصل الثاني من قانونه المدني فيما يتعلق بالإرادة المنفردة الفقرة (1) من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر الي الوعد بالجائزة او دون علم بها . كما بيننا ان القانون المدني العراقي لم يرد ذكر تعريف التملك بشكل مستقل في نصوصه لذلك نقترح ان يحذوا حذو القانون المدني الاردني وينظمه بنصوص واضحة . ويمكن تلخيص خصائص التمليك في القانون كما يأتي :

1- ان التمليك هو تصرف رضائي ينشأ برضا المعبر عنه بوسائل التعبير عن الارادة المعروفة كالكتابة او اللفظ او الاشارة الشائعة الاستعمال . دون ان يتطلب شكليه معينة للإنشاء. وان تطلبتها فهي لأثبات حق الدائن وليس ركنا لإنشائه ونرى ان تكون الشكلية ركنا فيه لأنه تصرف قانوني يحمل الكثير من الاهمية لكلا الطرفين[83].
2- ان التمليك هو تصرف قانوني ينشأ بالإرادة المنفردة وركنه الوحيد هو الايجاب دون ان يتطلب ارادة المستفيد وينشأ صحيحا سواء أكان المستفيد غائباً أم حاضراً .
3- إن يكون صاحب الارادة متمتعا بالأهلية وهذه الاهلية القانونية خالية من عيوب الارادة تكون الارادة صحيحة وسليمة .
4- التمليك تصرف قانوني والتصرفات القانونية كما هو معلوم اساسها الإرادة. لذا فإرادة المدين تعتبر محور هذا التصرف مما يؤدي الى القول بإمكانية هذا المدين ان ينشئ من التصرفات ما يشاء يثبت فيها حقوقا للغير (تمليكا) على ان تكون هذه التصرفات القانونية مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب والقواعد القانونية الامرة ، ومن جهة اخرى فهي لا تتطلب ارادة المستفيد لتمامها.
5- التمليك يعتبر تصرف قانوني ارادي تبرعي أي بلا مقابل فالملتزم به او المتبرع لا ينتظر من المقابل عوض لما اعطى ، فهو اثبت حقا للمستفيد لأنه ملكه مالا او قام بعمل او امتنع عن عمل دون ان يكون مجبرا او يطلب منه ذلك . ولا تساهم ارادة الدائن في هذا الانشاء . وهذا الالتزام يكون ملزما لمنشئه وحده ولا يرتب على المستفيد أي التزام لكن اذا اشتركت ارادة الدائن فيه يصبح ملزما له ايضا لأنه في هذه الحالة سيكون الالتزام ماسا بحقوق الدائن او متضمنا تكليفا له بشيء او يمس كرامته فلا يجبر على الانتفاع بشيء.

من خلال ما سبق من توضيح للتمليك فقها وقانونا نقترح ضرورة تنظيم التملك في القانون المدني العراقي ويحذوا حذو القانون الاردني الى جانب نصوص الارادة المنفردة التي نضمها في المادة (184) لأهمية هذا التصرف القانوني كونه تصرف تبرعي يصدر بركن الايجاب وحده دون ان يتوقف نشوئه على ارادة المستفيد . وان ينص عليه صراحة بشكل منفصل ومستقل لا من خلال بعض النصوص وتطبيقاتها . وان يتملك المدين الدين بإسقاط الدائن حقه منه.

الخاتمة

تتضمن الخاتمة النتائج والتوصيات الاتية :

[83] ينظر د. يسرى وليد ابراهيم، انشاء الالتزام بالإرادة المنفردة مرجع سابق ، ص61 .

النتائج:

1- ان الفقه الاسلامي عرّف الاسقاط ونظم انواعه (الاسقاط المحض ، والاسقاط الذي فيه تمليك) فالإسقاط المحض هو تصرف تبرعي فيه يزيل ماله الدائن من حقوق ثابتة في ذمة مدينه فتتلاشى نهائيا دون ان تنتقل الى ذمة شخص اخر ، ويكون بوسائل التعبير فقد يتلفظ الدائن به وقد يشير اليه وقد يسكت عنه المهم ان المدين يفهم ويصل الى علمه ان هذا اسقاط ناتج بمحض ارادة الدائن . فإذا ما قال الدائن اسقطت ، تركت ،وغيرها من الالفاظ الصريحة الدالة على الاسقاط ، او قد يكون التعبير تعبير مجازي يدل على الاسقاط ، وتثبت فيه نية الاسقاط . وفي حال اسقط الدائن دينه فليس له الرجوع فيه لان الساقط لا يعود ، وان هذا الاسقاط المحض لا يتوقف على قبول المدين أي انه ينشأ بإيجاب الدائن فقط ، لأنه يعبر عن ارادة الدائن وحده ولا شأن له بنية او رضا المدين ومن هنا سمي بالإسقاط المحض اما الاسقاط الذي فيه تمليك فيراه الفقها المسلمين ، بانه تصرف شرعي تبرعي ينشا بإيجاب الدائن وحده دون ان يتوقف على قبول المدين، ينتج عنه ازاله ما على المدين من حقوق ثابتة في ذمة المدين وتمليك الدين له ، فهذا النوع من الاسقاط هو اسقاط الدين وفي نفس الوقت تمليك الدين للمدين، وبهذا التمليك تتحول العناصر السالبة التي كانت بذمته نتيجة للدين الى عناصر موجبة في ذمته، وبهذا تبرأ ذمته ولا يكون ملزما بشيء تجاه دائنه.

2- اما بالنسبة للتمليك فأن التمليك فهو تصرف ينشأ بين المالك والمملوك له بموجبه ينقل المالك حق من حقوقه الى غيره بعوض او بغير عوض ينتج اثره بتمليك هذا الحق للملوك له . وله نوعان (تمليك معاوضة ، تمليك تبرع) فيكون تمليك معاوضة في حال اذا طلب شخص او فعل شيء مقابل عوض . اما اذا كان تبرع فأنه ينشأ بإيجاب صادر من المتبرع فقط ولا يتوقف على نشوءه على قبول المستفيد مثل الهبة والوصية ...وغيرها . وينشأ التمليك صحيحا اذا توافرت فيه شروط واركان التصرفات الرضائية . ولا يتطلب شكلية معينة مالم ينص القانون على خلاف ذلك في حال اثبات حقوق الدائن ، فمثلا الوصية هي تصرف انفرادي ينشأ بإرادة الموصي الا انها تتطلب شكلية لأثباتها. نتيجة لما سبق يتضح لدينا ان التمليك اذا صدر بالإرادة المنفردة فهو تصرف تبرعي ينشأ بإيجاب المتصرف وبموجبه ينشأ حقا لأخر من خلال تمليكه مالا معينا دون عوض ودون ان يتطلب ارادة الطرف الثاني .

التوصيات:

1- على الرغم من اهمية الاسقاط باعتباره تصرفا تنقضي به الحقوق الا ان المشرع العراقي لم ينص على الاسقاط (الاسقاط المحض) . بينما نرى القانون المدني الاردني اشار اليه في المادة (253/ الفقرة 3) الخاصة بأحكام واثار التصرف الانفرادي حيث جاء نص المادة " في الاسقاط المحض يزول الحق ويتلاشى نهائيا بإرادة الدائن المنفردة دون حاجة الى قبول " . لكن نرى المشرع العراقي نص على الاسقاط المحض ضمنيا فمثلا ما جاء في خيار التجربة في المادة (566) التي جاء فيها " اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ، ثم تصرف فيه الملاك سقط خياره " . لذلك نرى ان ينص المشرع العراقي على الاسقاط المحض بشكل صريح ضمن نصوص قانونية واضحة كما فعل القانون المدني الاردني . اما الاسقاط الذي فيه تمليك فان المشرع العراقي لم يعرفه ولم ينص عليه الا انه نص على الابراء من الدين في المواد (422،402) . اما القانون الاردني فقد جاء فيه " الاسقاط الذي فيه تمليك يكون للإسقاط

شبهان، شبه بالإسقاط وشبه بالتمليك ، وينشأ بإيجاب الدائن ولا يتوقف على قبول المدين " وكان الاجدر بالمشرع العراقي ان ينظم الاسقاط الذي فيه تمليك ويحدد ضوابطه لما له اهمية في تنظيم المعاملات بين افراد المجتمع .

2- ان المشرع العراقي لم يعرف ولم ينص على التمليك بشكل مسقل، الا ان هذا لا يمنع من ايراد تطبيقات محددة بنصوص قانونية ، كما جاء في المادة 185في الوعد بجائزة او الايجاب الملزم وغيرها الكثير . بينما نرى المشرع الاردني انفرد في نصه على التمليك " اذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه الا بقبوله " . واورد العديد من النصوص الواضحة الصريحة التي تدل على التمليك . لذلك نقترح ان ينظم المشرع العراقي التمليك ضمن نصوص قانونية واضحة وصريحة . خصوصا والتمليك فيه نقل ملكية شيء من شخص لأخر . وعليه يجب ان تكون هناك ما يوضح حقوق والتزامات الطرفين.

المصادر اللغوية :

(1) د. احمد مختار عبد الحميد عمر معجم اللغة العربية المعاصرة ، ج2 ، ط1 ،عالم الكتب، القاهرة ، 2008.
(2) عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي ابو الفضل ، مشارف الانوار في صحاح الاثار ، ج2 ، المكتبة العتيقة دار التراث ، القاهرة ، 1333هـ .
(3) محمد رواس قلعه جي ، حامد صادق قنيبي ، دار النفائس ، ط1،بيروت ، لبنان،1985.
(4) المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة ،ج2 ، باب الميم ، مادة ملك.
(5) معدي ابو جيب ،القاموس الفقهي ، ط1 ، دار الفكر ، دمشق – سوريا ، 1988 .

المصادر الفقهية:

(6) زين العابدين ابن نجيم ، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1 ، 1999.
(7) ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الراشدني الميرغيناني ، الهد اية شرح بداية ألمبتدى ، ج3،ط الاخيرة ، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده ، مصر .
(8) ابو الحسين بن سالم العمراني اليمني الشافعي ، البيان في مذهب الامام الشافعي ،ط1، دار المنهاج ، جدة ، 2000 .
(9) ابو القاسم الموسوي الخوئي، المسائل المنتخبة في العبادات والمعاملات ، ط10، مطبعة الآداب ، النجف، 1397.
(10) ابو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين (العبادات و المعاملات) ، ط1 ، مطبعة النجف ، النجف ، 1972.
(11) أبي البركات احمد بن محمد بن احمد الدرديري ، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ،ج4، دار المعارف ، مصر ، القاهرة .
(12) احمد بن محمد علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، المكتبة العلمية، بيروت بدون تاريخ
(13) جلال الدين عبدالرحمن السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، دار احياء الكتب العربية،1999.
(14) أحمد فتحي بهنسي ، القصاص في الفقه الاسلامي ، ط5 ، دار الشروق ، بيروت ، 1989.
(15) شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب ، الاقناع في حل الفاض ابي شجاع ،ج1، ط الاخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، مصر ،1939 .
(16) الإمام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج5 ،دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، 1997.
(17) القرافي ، الفروق ، عالم الكتب ، مصر ، بدون تاريخ.
(18) المحقق الحلي ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ،منشورات مكتبة الحياة، بيروت،1985.
(19) محمد الخرشي ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ج7، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1979.

(20) موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، المقنع في فقه السنة احمد بن احمد حنبل ،ج2 ، المطبعة السلفية.

(21) وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج5 ، دار الفكر للطباعة والنشر ،سوريا ، دمشق ،1985.

المصادر القانونية:

(22) ابراهيم احمد ابراهيم ، التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد ، يصدرها اساتذة كلية الحقوق، السنة الثانية، العدد الخامس، 1932.

(23) احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الدار الجامعية بيروت 1988.

(24) بدران ابو العينين بدران ، الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، مؤسسة شباب الجامعة ، مصر، الاسكندرية ، 1998.

(25) توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1988.

(26) جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع و الايجار والمقاولة) ، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ، جامعة الموصل ، بغداد ، 1989.

(27) جمال الدين طه العاقل ، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الهدى للطباعة ، مصر، 1978.

(28) الحسين بن محمد شواط ، د. عبدالحق حميش نظرية التملك في الفقه الاسلامي ، شبكة الالوكة افاق شرعية ، مقالات شرعية ، فقه واصوله تاريخ الاضافة 2014/9/3.

(29) صلاح الدين الناهي ، مصادر الحقوق الشخصية ، مطبعة البيت العربي، عمان، الاردن، 1984.

(30) عبد القادر الفار ، احكام الالتزام واثار الحق في القانون المدني العراقي ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،1991.

(31) عبد المجيد الحكيم ، القانون المدني واحكام الالتزام ، ج2 ،مكتبة العاتك ، بغداد ، بدون تاريخ .

(32) عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ج1،مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي،1963.

(33) عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد 1980 .

(34) عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ونظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ج2،معهد البحوث والدراسات العربية والعالمية ، جامعة الدول العربية، مصر، 1959.

(35) عبدالرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج5 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، 2000.

(36) عبدالرزاق حسن فرج ، الابراء من الالتزام ، دار الفكر العربي ، ط1، مصر، 1979.

(37) عصمت عبدالمجيد بكر ، النظرية العامة للالتزام في القوانين العربية ، ط1 ، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت – لبنان ، 2019.

(38) علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية دار الفكر العربي، مصر ، القاهرة ،2008 ط3.

(39) محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامي دار النهضة العربية ، مصر ، 1963 ط2.

(40) محمد شكري سرور ، سقوط الحق في الضمان ، دار الفكر العربي ،ط1 ،مصر ،1980، 5 وما بعدها.

(41) محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، دار الفكر الجامعي، مصر ،2014.

(42) محمد كمال عبدالعزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، 1963.
(43) مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد نظرية الالتزام العامة ، المصادر الارادية (العقد الارادة المنفردة) دمشق 1964 ط4 ج3.
(44) موسوعة جمال عبدالناصر في الفقه الاسلامي ، المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ، ج8 ، 1972.

الرسائل والأطاريح :

(45) يسرى وليد ابراهيم ، انشاء الالتزام بالإرادة المنفردة ، اطروحة دكتورا مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل ، 2003.
(46) صايل احمد حسن الحاج يونس ، نظرية الابراء و الاسقاط في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا ، قسم الفقه و القانون ، جامعة النجاح الوطنية سنة 2000.
(47) شيماء محمد سعيد خضر البدراني ، احكام عقد الصلح ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، 2001.
(48) باسم اعناد سلطان الجبوري ، اسقاط الالتزام دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى القانون الخاص، قسم القانون كلية الحقوق جامعة الموصل سنة 2021 .

القوانين:

(49) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 .
(50) القانون المرسوم رقم 131 لسنة 2016 .
(51) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
(52) قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.
(53) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ج1.
(54) القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.
(55) القانون المدني المصري رقم (133) لسنة 1948 .