

جامعة الأزهر

كلية الشريعة والقانون

مكتبة الدكتور بالقاهرة
رقم ١٢٤

أولوية إستيفاء الديون

دراسة تطبيقية مقارنة في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

رسالة دكتوراه

إعداد

عبدالله مبروك محمد عبدالعزيز النجار

المدرس المساعد بقسم القانون الخاص بالكلية

إشراف

الأستاذ الدكتور:

عبدالرازق حسن فرج

أستاذ القانون المدني

بكلية الشريعة والقانون

الأستاذ الدكتور:

رضان حافظ عبدالرحمن

أستاذ الفقه المقارن المساعد

بكلية الشريعة والقانون

٢١٩٨٣

عبدالقادر



أشهداء
إلى ابن الزمراء
بطل كربلاء
وسيد الشهداء
وحفيد سيد الأنبياء
الفضيه ابن الفقيه
الإمام الحسين بن علي
رضي الله عنه

تقديم

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ،
والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيد العلماء الفاهمين ، سيدنا
محمد بن عبد الله ، خير مبعوث وأفضل رسول اصطفاه ربه واجتباها ، وهدانا
به الى أئمة دين ، وأتم تشريع ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه ، ومن اتبع
سنتها شريعته الى يوم الدين .

أما بعد ، فان الشريعة الاسلامية ، هى شريعة الله الكاملة ، ونعمته
التامة ، أودع فيها كل عناصر الحق والخير ، لتكون منطلقا لخير البشر ، ومصدرا
لسعادتهم فى الدنيا والآخرة ، وهى بما حوته من مبادئ تشريعية فذة ،
وبما شرع الله فيها من أحكام عادلة ، جديرة بأن تحكم تصرفات الناس ،
وتضمن استقرار معاملاتهم ، ورعاية مصالحهم ، وازدهار أحوالهم فى كل
زمان ومكان والى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

وفى هذا الاطار ، أتى موضوع دراستنا : " أولوية استيفاء الديون -
دراسة تطبيقية مقارنة فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى " ، الذى يحتل أهمية بالغة
فى كل من الشريعة والقانون ، لما يفصح عنه من مبادئ تهدف الى أساسها الى
تحقيق الضمان الكافى للتعامل ، وخلق جو من الثقة يأمن فيه أرباب الأموال
على مالهم عند مدّ يدهم ، وبالتالي ينشط تبادل المال ، ويرتقى نظام المعاملات
ليكون كما شرعه الله أداة للخير ، تنشد الرخاء ، وتدعم الحق فى أهم مراحلها
العملية ، وهى الاستيفاء ، ومن المؤكد أن تلك المقاصد الغالية من أهداف
النظام القانونى فى أى مجتمع متقدم ، يحرس على رعايتها ، ووضع الضوابط
لها لتحقيق الغاية المرجوة منها على أكمل وجه .

ولا يخفى على أحد مدى الارتباط بين أولوية الاستيفاء ، وترشيد تداول
المال فى المجتمع على النحو الذى يحقق آماله وأهدافه ، فالصلة بين الأمرين
وبينة ، كالصلة بين النتيجة والمتدسة ، ولهذا كان أمره محل اهتمام القانون ،
وموضع عناية الباحثين ، فحظى بالقواعد القانونية والنصوص التشريعية ،

بما يكشف عن ماهيته ، ويسمح بتنوع أسبابه ، وتعدد مصادره ، وبالقدر الذى الذى يشير الى أهمية آثاره ويعكس خطورته ، تلك التى اجتذبت تفكيرنا وكانت - بلاشك - واحدة من الأسباب التى جعلته موضوعا تتناوله تلك الدراسة بالتحليل والتأصيل ، وتلقى الضوء على كثير من جوانبه .

ولقد كانت الشريعة الاسلامية سباقا فى تقدير أهمية الموضوع ، وحسن معالجة أحكامه ، فوجدت لها أساسا فى نصوص تلك الشريعة ، تستند فى مشروعيتها الى كتاب الله الكريم ، وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، واجماع الفقهاء ، وأشار الصحابة ، والمعقول ، يلتمس هذا من يستقرى آراء الفقهاء ، ويطلع أتوالهم التى تتصلق به فى شتى مذاهب الفقه الاسلامى ، حيث تناول الفقهاء دراسته ، وتحدثوا فى أدق مسائله ، كما تعمقوا فى بيان تفصيلاته الى حد ساعدنا على تلمس نظرية لهم ، تتعلق به ، وتتفوق على كل ما يقابلها فى هذا الخصوص ، صحيح أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يعنوا بعرض فكرته فى إطار دراسة موحدة تختص به وتختصر عليه ، ولكنهم كشفوا عن الكثير من مسائله ، وبينوا أحكامه ، فى مواطن متعددة من أبواب الفقه الاسلامى ، وذلك جريا على عادتهم فى بيان الاحكام الفقهية من خلال منهج تميزوا به وتفوقوا فيه ، يتمثل فى معالجة أحكام كل عقد على حدة ، فصدا للاهتمام بأدق تفصيلاته ، وبيانا لكل جوانبه ، وتلك غايات يحاول منهج البحث الحديث أن يصل اليها ، من خلال اقراره لنظام التخصص العلمى الدقيق .

وعلى هذا النحو يكون القانون قد تلاقى مع الشريعة الاسلامية ، فى تقدير أهمية الموضوع ، وادراك آثاره ، وان اختلفت عنه فى بعض وجوه ترجع الى تلك الاصلية التى تنسم بها مبادئ الشريعة الاسلامية الغراء ، والتى تبرز جانبا من جوانب الدقة والاستقلال لقواعد الفقه الاسلامى ، وهذا ما يبدو واضحا فى اختلافات المسميات ، والمنهج الذى عالج به كل اتجاه غايته ، وعلى النحو الذى سنراه خلال تلك الدراسة ، ويهمنى فى هذه المقدمة أن أوضح أهم الأسباب التى دفعتنى الى اختيار دراسة هذا الموضوع ، ومنهج

البحث فيه وخطته .

أولا : الأسباب التي دفعتني الى اختيار هذا الموضوع:

وقد دفعتني الى اختيار هذا الموضوع للدراسة أمور منها :

١ - الأهمية العملية التي يتسم بها في كل من الشريعة والقانون ، والتي لا تقتصر على الموضوع في حد ذاته ، ولتعدد أسبابه ، وتنوع مسأله وتشابك علاقاته ، بل يتعدى ذلك الى أهمية الوضع الناجم عن تفريره في مختلف جوانبه النظرية والتطبيقية ، حيث يتم وفقا لنظامه ، تقديم دين على آخر ، في أخطر مرحلة من عملية التعامل ، وهي الاستيفاء ، وليس هذا بالأمر الهين ، لأنه يتضمن خروجاً على قاعدة مستقرة في الفقه الاسلامي والقانون ، ويمثل استثناءً عليها إلا أن تلك القاعدة هي مساواة جميع الدائنين في الضمان العام المفروض على أموال المدين ، والتي تستأهل نسمة المال كما يقرر فقهاء الشريعة الاسلامية ، نسمة غراماً بالخصم .

ولما كان كذلك ، ومن شأن أي خروج على مبدأ أن يدعم بالدراسة الوافية التي تكشف عن مبررات وجوده وتوضيح الضوابط التي توضح حقيقته وترسم نظامه وحدوده ، خاصة وأن الموضوع في كثير من جوانبه النظرية والتطبيقية لم يأخذ بعد حظه من الدراسة الوافية والتحليل الكافي في كتب الفقه لكثرة مسأله ، وتطور النظرة اليه في الفقه الحديث ، وظهور بعض الموضوعات الحديثة التي تتصل به كما في أولوية استيفاء الديون الناشئة عن طبيعة وضع الدائن ، وهي التي يسميها بعض الفقهاء بالراكر القانونية الممتازة .

كما أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد عالجوا فكرة الموضوع في مواطن متعددة من مصنفاتهم الفقهية دون اختصاصه بنظرية موحدة ، الأمر الذي أدى الى اشتباه النظر بين بعض مسأله ، والخلط في فهم كثير من أحكامه ، وهو بهذا يحتاج الى تفريد وتأصيل ودراسة .

٢- والموضوع على أهميته تلك ، لم يسبق أن تناوله أحد الباحثين ففى مجال الفقه المقارن بالدراسة المستقلة والمتخصصة رغم أن المكتبة العربية والاسلامية فى مسيس الحاجة اليه ، ورغم أن فقهاء الشريعة قد وضعوا الأساس لموضوع متكامل فيه ، وقد انتابتنى رغبة جارفة فى تدعيمه للباحثين على النحو الذى يظهر ذلك التكاملا بين عناصره وابعازه مؤصلا ، ايماننا منى بأن استكمال دراسة الموضوع على مثل هذا المنهج يمثل أهمية خاصة لأنه يعكس مرونة الفقه الاسلامى ، وراثته بالكثير من القواعد التشريعية الراقية التى تستطيع أن تقدم للناس فكرا يتعاملون به ، وتخطبهم بأحكام الله فى موضوع الدراسة من منطلق يسوا على ما استقرنى الأذهان من الفهم القانونى له ، ولو تولت هذه القواعد وتلك الأحكام يد الصياغة الواعية الفاهمة لأخرجت منها قوانين تفوق كل ما عداها ، ومن المؤكد أن الوصول الى تلك النتائج لا بد أن يدعم بمثل هذا النوع من الدراسات المقارنة على النحو الذى يتسنى معه إبراز فندرة الشريعة الاسلامية على حكم المشاكل القانونية فى حياتنا المعاصرة .

٣- وقد أشدت الحاجة فى وقتنا الحالى الى مثل تلك الدراسة لاستكمال صياغة حياتنا التشريعية وفق أحكام شريعة الله ، وتلك أمنية ظالمنا دعوت الله أن يجعلنى أهلا لشرف المشاركة فيها ، ولعل الله يوفقتى لتحقيق هذا الأمل من خلال تلك الدراسة المتواضعة ، التى تضطلع البادى فى الموضوع للوصول الى صياغة تشريعية له يمكن العمل بها فى مجال التطبيق بعد أن أصبح ذلك يمثل أمنية غالية بات الجميع يحرصون على تحقيقها ، ايماننا منهم بأن ما ينشدونه من خير فى هذا المضمار موجود فى شريعة الله الخالدة ، وأرجو الله أن يوفقتى مع هذا الأمل لأن أضيف الى ما أكتبه فقهاؤنا الأفاضل جديدا يفتح الباب أمام غيرى ، لواصله التعمق فى دراسة المسائل المتعلقة به ، وما ذلك على الله بعزيز .

ثانياً : منهج البحث :

وقد اتسم منهج بحثي للموضوع بأسلوب يقوم على استقراء المسائل فيه وتحليلها ، ثم تناولها بالتأصيل والدراسة ، مع المقارنة التفصيلية بين الشريعة والقانون ، فاستعرضت وجهة نظر القانون ، ورأى فقهاءه في مسائله المختلفة ، مستأنسا برأى الفقه في كل من مصر وفرنسا وإنجلترا ، ومراعياً في الدراسة جانبيها النظري والتطبيقي ، ثم قارنت ذلك وعلى نفس النسق المنهجي ، بما أراه راجحاً من آراء فقهاء مذاهب الفقه الاسلامي بعد عرض رأي جميع المذاهب من خلال أقوال فقهاءها ، من مصنفاتهم الفقهية ، متوخياً منها أوضحها فهماً ، وأسلسها عبارة في بيان المسألة محل البحث ، بعد تدعيم تلك العبارة الواضحة بما قرره المراجع الأخرى في المذهب ، مع الأمانة الدقيقة في ذكر كل رأي ودليله من مراجعه الأصلية ، ثم مناقشة الأدلة ، ملتزماً جانب الحقيقة التامة ، وعدم التعصب لمذهب معين ، مع الترجيح بين الآراء ، وفقاً لقوة الدليل من الناحية الأصولية وسلامته من الاعتراضات الواردة عليه ثم موافقته لسروح الشريعة العامة والمصالح التي أقرتها ، ثم بيان أثر الخلاف ، ومدى ما بين الشريعة والقانون من اتفاق أو اختلاف يعكس أوجه التمايز بينهما ، مع ابداء وجهة نظري مدعمة بما يبررها ، ملتزماً جانب الموضوعية ، والتجرد من روح التعصب وعرض المسائل متصلة دون فصل بين الشريعة والقانون .

ثالثاً : خطة البحث :

وقد قسمت خطة البحث بعد هذا التقدير إلى باب تمهيدى وتسميين وخاتمة .

أما الباب التمهيدي :

فقد تكلمت فيه عن الضمان العام للدائنين ، ونطاق المسؤولية فيه فسي الشريعة والقانون ، وقد قسمته إلى فصلين ، أولهما لبيان حقيقة

الذمة وتعلق الديون بها ، وثانيهما ، للكلام عن نطاق مسؤولية المدين عن الديون ، قد انقسم الفصل الأول الى مبحثين ، الأول ، لبيان حقيفة الذمة والثاني ، للكلام عن تعلق الديون بها ، وأما الفصل الثاني فقد نسمته أيضا الى مبحثين ، الأول لبيان طبيعة مسؤولية المدين عن الديون ، والثاني للكلام عن مبدأ التساوي في الضمان العام للدائنين مع المقارنة بين كل من الفقه الاسلامي والقانون .

أما القسم الأول :

فقد خصصته للكلام عن المبادئ العامة لأولوية استيفاء الديون ، وقد نسمته الى بابين :

في الباب الأول :

تكلت عن حقيفة أولوية استيفاء الديون ، ولهذا نسمته الى فصلين ، أولهما للتعريف بأولوية استيفاء الديون ، وبيان خصائصها ، وثانيهما ، لبيان أساس الأولوية وأوعيتها ومراتبها ، وقد نسمت الفصل الأول الى مبحثين : خصصت الأول منهما لتعريف الأولوية ، وتمييزها عن غيرها من النظم التي تختلط بها ، والثاني لبيان خصائص الأولوية وكذلك نسمت الفصل الثاني الى مبحثين : الأول لبيان أساس الأولوية والثاني لبيان أوعيتها ومراتبها وذلك مع المقارنة التفصيلية بين المسائل في المباحث المختلفة بين الفقه الاسلامي والقانون .

وفي الباب الثاني :

بينت نطاق أولوية استيفاء الديون ، وحدودها ، وقد نسمته الى فصلين أولهما : لبيان نطاق الأولوية ، وثانيهما : لبيان حدودها ، وقد نسمت الفصل الأول منهما الى مبحثين ، وتكلت في المبحث الأول منهما عن حق التقدم ، وفي الثاني عن حق التبجح ، كما نسمت الفصل الثاني الى مبحثين : تكلت في المبحث الأول عن حيازة المنقول ، وأثرها على الأولوية ، أما الثاني فقد تكلت فيه عن انقضاء أولوية استيفاء الديون ، وذلك في كل من الفقه الاسلامي والقانون .

وأما القسم الثاني :

فقد خصصته لبيان تطبيقات أولوية استيفاء الديون ، في كل من
الشرعية والقانون ، وقد قسمته الى بابين :

في الباب الأول :

تكلت عن تطبيقات أولوية استيفاء الديون المتعلقة بالصالح العام وقد قسمته
الى فصلين ، خصصت الأول منهما لبيان تطبيقات الأولوية في الديون المتعلقة
بمصلحة حفظ النفس ، وأما الثاني ، فقد تكلت فيه عن تطبيقات أولوية استيفاء
الديون المتعلقة بالمال العام ، وقد قسمت الفصل الأول الى بحثين ، تكلت في
أولهما عن الأولوية المقررة لديون النفقات ، وفي ثانيهما عن الأولوية المقررة للتجهيز ،
أما الفصل الثاني فقد بينت فيه تطبيقات الأولوية المتعلقة بحقوق الله تعالى وما يقابلها
في القانون .

وفي الباب الثاني :

بينت تطبيقات أولوية استيفاء الديون المتعلقة بمصالح الأفراد ، وقد قسمته
الى فصلين ، الأول منهما لبيان تطبيقات الأولوية المتعلقة بالديون العينية ، والثاني
لبيان تطبيقات الأولوية المتعلقة بالديون المطلقة ، وقد قسمت الفصل الأول الى
مبحثين ، تكلت في أولهما عن الأولوية المقررة للرهن ، وفي ثانيهما للديون الملحقة
بالرهن ، كما قسمت الفصل الثاني الى مبحثين تكلت في أولهما عن تطبيقات أولوية
ديون الصحة وديون المرض ، أما الثاني فقد خصصته للكلام عن الأولوية المقررة للوصية
مع مراعاة عرض المسائل متارنة في كل من الشرعية والقانون .

وفي الخاتمة :

ذكرت بعض المقترحات والتوصيات ، كما بينت النتائج التي توصلت اليها
وأهم ما يذكر منها في هذا المجال ، أن دراسة الموضوع قد كشفت عن اصالة ومرونة
وسخاء تزخر بهم كتب الفقه الاسلامي ، ولقد نوهت الى ضرورة الاهتمام
بهذا التراث الخصب ، والمكثف على دراسته ، بغية الوصول الى صياغة

موضوعية ، تستمد أساسها من هذا التراث العظيم ، وليتسنى وضع تقنيات واضحة ، تحكم سلوك الناس وتجد سبيلها للتطبيق فى شتى جوانب حياتهم .

وإيماننا منى بذلك فقد نمت بصياغة تقنين اقترحتة ، لأولوية استيفاء الديون فى الفقه الإسلامى على ضوء دراسة الموضوع ، وسوف أقوم بوضعه تحت تصرف لجان تقنين الشريعة الإسلامية ، وجميع الجهات العاملة فى هذا الشأن ، وأدعوا الله أن يوفىنى فى المستقبل لشرحه بالقدر الذى يعمق دراسته ، ويغوم أفكاره ، على النحو الذى يضاعف النفع به .

هذا ولا أدعى أن عملى هذا قد تجرد من النقص ، أو بلغ حد الكمال ، فسبحان من له الكمال وحده ، وحسى أنسى قد بذلت ما فى الجهد من طائفة وفكر ووقت ، ويعلم الله مدى ما عانيته فى تحقيق تلك الغاية ، فإن مسائل الأولوية ، متعددة فى فقه القانون ، وقد تناثرت فى أبواب الفقه الإسلامى على طوله وتنوعه ، ووفرة بحوثه ، مما اقتضى الاطلاع على أكثر أبوابه فى المذاهب المختلفة ، ولقد كنت أطلب المسألة فى مظانها من كتب الفقه ، فيمىنى البحث عنها ، حتى اذا يئست فى طلبها أوكدت ، وقعت عليها حيث لم أكن أتوقع ، فإن أكن قد وفقت وذلك ما أرجو ، فهذا من فضل رسى وإن تكن الأخرى فلى عذر الباحث عن الحقيقة اذا أعجزه الوصول إليها ، وحسى أن الله لا يضيع أجر عامل فى هذا الميدان ، ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة ، انك أنت الوهاب ، وما توفىنى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب .

بَابُ تَمْهِيدِي

الضَّمَانُ (عَامٌ لِلدَّائِنِينَ
وَنُطَاقُ الْمَسْئُولِيَّةِ فِيهِ.

لا يرتبط مفهوم الضمان العام للداثنين بالتصوير الفقهي للذمة عند فقهاء القانون بقدر يرتب كثيرا من اتجاه الفقه الاسلامي والارتباط بيد وفي الفقهاء وشيق الصلة لذلك ان الداثن حين يسمى نحو مد ينة لاستيفاء حقه، انما يخضع لقاعدة عامة نصت عليها التقنيات المدنية المختلفة ومنها التقنين المدني المصري الذي يبيح في المادة ٢٣٤ منه على ان اموال الد بين جميعها ضامنة للرفاء بد يونه وان جميع الد اثنيين متساون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم وفقا للقانون (١) .

وهي ضوء تلك المادة وما يقابلها في التقنيات المدنية الاخرى تتحدد معالم العلاقة بين الضمان العام للداثنيين والذمة المالية للشخص كما يبرز نطاق مسئولية الد بين فيتسلط على ذمته في جانبها الايجابي وتقتصر على ما يملكه من اموال وقت التنفيذ عليه .

ومع ما لبدا التساوي من اهمية بالغدة تستمد مقوماتها من عدة مبادئ تاريخية وقانونية واقتصادية الا ان له مخاطر كثيرا ما تمثل مساوي خاصة لبعض الد اثنيين حين لا يستطيعون مع هذا البدا الوصول الى حقيهم كاملا الامر الذي يضي على فكرة الاولوية اهمية خاصة ويبرر وجودها كأداة يثق بها الد اثن تلك المخاطر ويتحقق له معها ما يرجوه من افضلية وتقدم في الاستيفاء .

والفقه الاسلامي يتفهم الفقه الرضعي في اقرار ببدأ المساواة في استيفاء الد يون وان كانت نظرة كل من الفقهاء الى الذمة مختلفة . اذ يربط الفقهاء الاسلامي بينها وبين اموال الد بين ربطا يتدرج معه التوثيق في القوة وبأسلوب يجعله اكثر مرونة وفعاليتها ونطاق التوثيق وان كان يختلف في كلا الفقهاء الا ان

(١) يقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٧ ، وهذه المواد مطابقة للتقنين المدني المصري ، وتقابل هذه المادة في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٦٨ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ ، راجع : الوسيط للسنيهوري - ج٢ ص ٩٣٣ هامش (٢) .

لفكرة الالوية فيهما ما يبررها ، فالغاية المرجوة من تقريرها ، وهي تحقيق الضمان الكافي وخلق نوع من الثقة يأمن فيه ارباب الاموال على مالهم عند الغرماء ، فينشط التعامل ويرق نظام المعاملات ذاتها وتلك امور تفيق عليها فقهاء الشريعة مع رجال القانون ، وعلى هذا النحو فان خطة دراسة هذا الباب تنحصر في فصولين كالآتي :

الفصل الاول

حقيقة الذمة وتعلق الد يمينون بها .

الفصل الثاني

نطاق مسؤولية الد يمين عن الد يمين .

الفصل الاول

حقيقة الذمة وتعلق الدين بها

٢ - وسوف نقوم بدراسة مسائل هذا الفصل من خلال بحثين ، نخصص الاول منها لبيان حقيقة الذمة اما الثاني فنخصصه لبيان تعلق الدين بالذمة في كل من الشريعة والقانون .

المبحث الاول

حقيقة الذمة المالية

٣ - اتخذ فقهاء القانون من نظرية الذمة المالية حقلا خصيبا لجدل طويلا جعلها من اكثر مسائل القانون الدين تمقيدا رغم ان فكرتها قد نشأت في الاصل لتيسير فهم احكام يصعب الاخذ بها دون الالتجاء الى تعبير "الذمة المالية" . فاذا تجمعت الحقوق المالية لشخص معين يمكن ان تصور لهذا التجميع كيانا مستقلا يربط بين الحقوق والالتزامات ، اي يبين ما يستطيع الشخص ان يقتضيه وبين ما يجب عليه ان يوفيه ، هذا الكيان المالي لنشاط الشخص القانوني هو ما يجسد في الفقه الرضوي فكرة الذمة المالية ويجعل منها مجموع المال^(١) .

وهذا يختلف الفقه الاسلامي في نظريته لفهم الذمة ، حيث ينظر اليها من زاوية تتجرد عن التحديد في مجموع المال للشخص او عليه ، ويعتبرها وصفا يصير به الشخص اهلا لاله ولما عليه كما سترى .

وقد ادى اختلاف النظرة الى تفاوت كبير في النتائج يظهر من خلال بيان حقيقة الذمة في كلا الفقهين ، وتوخيا لهذا المقصد فاننا سوف نقوم بدراسة الموضوع على نسق منهجي ، يتحدد في نقطتين اولها : لبيان حقيقة الذمة في الفقه الرضوي وثانيها : لبيان حقيقتها في الفقه الاسلامي ، ثم نمهد في النهاية موزانة بين كذا الفقهين لبيان اوجه الاتفاق والافتراق بينهما .

(١) دكتور شمس الدين الوكيل - نظرية الحق في القانون المدني ص ١١٣ ، سيد

٤ - حقيقة الذمة المالية في الفقه الرضوي :

يقصد باصطلاح الذمة المالية في الفقه الرضوي السائد التعبير عن ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات . وذلك تتكون الذمة من جانبين ، جانب ايجابي وهو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي وهو مجموع التزامات الشخص المالية وقد ر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تصير ذمته ائنة ، وقد ر ما تنقصه التزاماته على حقوقه تصير ذمته بديسنة .

والذمة المالية كما يد عليها اسمها لا تتكون في جانبها الايجابي والسلبي الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها فلا يد خل فيها الحقوق غير المالية وهذا وان كان يمثل الرأى السائد لجمهور الفقهاء فشم قلة تذهب الى ان الذمة يجسب ان تتسع للمناظر المالية وغير المالية على السواء ، لان هذه العناصر مجتمعة التعلق والتخصص بشخص صاحب الذمة (١) .

لهذا وعلى رأى جمهور الفقهاء لا يد خلف الجانب الايجابي للذمة المالية حتى الانسان على اسمه او الحق الممنوى للموئلف على مصنفة مثلا ، لانها حقان غير ماليتين ، وان كان الاعتداء على اى منهما يولد للمعتد عليه حقا ماليا في التمويض هو الذي يد خل وحده في ذمته المالية كمنصر ايجابى .

وكذلك فالالتزام السلبي العام الواقع على الكافة باحترام الحقوق لا يد خل في ذمة احد الاشخاص كمنصر سلبي ، ان ليس لمثل هذا الالتزام قيمة مالية ، وان كان الاعتداء عليه يولد التزاما ماليا بالتمويض يد خل حين الاعتداء في ذمة الممتد كمنصر سلبي بحيث يثاقبله في ذمة الممتد عليه كمنصر ايجابى ، الحق في اقتفاء هذا التمويض (٢) اذا اظهر الشخص ارادته في اقتفائه (٣) .

-
- (١) دكتور حسن كبره - الحقوق المهنية الاصلية - ج١ ص١ هاش (١) طبعة ١٩٥٨ . ودكتور سليمان مرقس - المدخل للمعلوم القانونية - ص٦٢٢ .
- (٢) دكتور حسن كبره - نفس المرجع السابق - ودكتور عبد المنعم السيد روى - المدخل للمعلوم القانونية - ص٤٦٢ - طبعة ١٩٦٦ دار النهضة العربية بيروت - ودكتور نعمان جمعة - المدخل للمعلوم القانونية ص٤١ .
- (٣) دكتور محمد سامي دكتور - نظرية الحق - ص١١٩ - طبعة ١٩٥٧ .

٥ - تأصيل فكرة الذمة المالية في الفقه الوضعي :

يشير الفقهاء^١ وهم بصد د تأصيل فكرة الذمة المالية الى نظريتين متقابلتين نظرية تقليدية ظلت لها السيادة في الفقه الفرنسي طوال القرن الماضي تربط بين الذمة المالية وبين الشخصية رباطاً وثيقاً محكماً ، حتى لتدمجها فيها وتعطيها كل خصائصها ولذا لك عرفت باسم نظرية الشخصية^(١) ، ونظرية راجت في الفقه الالمانى خاصة ترتبط بين الذمة المالية وبين الغرض الذي تخصص له مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية ، دون استلزام وجود شخص معين تستند اليه هذه الذمة او تلك المجموعة ولذا لك عرفت باسم نظرية التخصيص^(٢) ، وينبغي الاشارة الى هاتين النظريتين بالقدر الذي يتفق وموضوع بحثنا .

٦ - اولا : النظرية الشخصية :

تسب هذه النظرية الى الفقهاء الفرنسيين " اوبرى Aubry " و " رو " Rau^١ وهي تقوم على اساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعثت منها ، فهما يذكران ان فكرة الذمة المالية تستخلص مباشرة من فكرة الشخصية وان الذمة هي انبعثت من الشخصية وتعتبر عين القدرة القانونية التي يخولها الشخص باعتباره لذلك^(٣) ، وهى بهذا الوضع اثر من آثار الشخصية القانونية ، وبعبارة اخرى هي القيمة المالية لاهلية الشخص في الوجوب ، فذمة كل شخص لا تقدر بالحاضر من امواله وواجباته المالية وانما يدخل في تقديرها صلاحيته لا كساب الحقوق وتحمل الالتزامات^(٤) .

فالذمة اذن هي احدى خصائص الشخصية ، بل هي الشخصية ذاتها منظورا اليها من جانبها المالي ولم يكن بد ، وهذا الاساس هو نقطة البدء من ان تخلع هذه النظرية على الذمة المالىصفات الشخصية كاملة فترتب عليها عدة نتائج .

من هذه النتائج ، ان لكل شخص ذمة مالية حتى لو كان لقيطا عاريا ، كما ان لكل ذمة مالية شخص تستند اليه وتثبت له سواء كان شخصا طبيعيا او اعتباريا كالعومسات والشركات ولا تثبت فيما وراء ذلك ، وان الذمة المالية واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ ، كما انها تمثل وحدة او مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها

(١) Théorie de la personnalité

(٢) Théorie de la affectation

(٣) دكتور حسن كيرة - نفس المرجع السابق ص ١٢٠ - ودكتور نعمان جمعة - نفس المرجع

السابق ص ٤٢٧ .

(٤) دكتور محمد سامي مدكور - نفس المرجع السابق ص ١٢٠ وما بعد ها وقارن دكتور شفيق شحاته - محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٦٣ طبعة ١٩٤٩ دار النشر للجامعات .

ولا تزول الذمة المالية الا بانتهاج الشخصية الطبيعية بالموت ، فالغائب الذي لم يحكم بموته او لم يتحقق موته لا يفقد اى منهما ذمته (١)

فالذمة المالية اذن في منطبق هذه النظرية تصور قانونى مجرد يعبر عن مجموعة او وحدة معينة تمثل الصلاحية المستمرة لدى الشخص في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، دون نظر الى الوجود الفعلى في وقت معين لهذه الحقوق ، وتلك الالتزامات ، وهذا لك تكون الذمة فيما يقال كاللواء (٢) ، يستقل في وجوده عن محتوياته ، فهو يوجد في ذاته ولو خلا يوما من محتوياته ، ويظل موجودا ليلتقى ما قد يدخل فيه مستقلا من محتوياته او هي اشبه بكيس النقود تدخل فيه النقود وتخرج منه دون ان يتأثر الكيس ذاته بشئ من ذلك فهو يظل موجودا ولو كان خاليا ، ويظل هو رغم تغير ما فيه (٣) .

ومادامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة ومستقلة في وجودها عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف في الذمة او التنازل عنها لوحدة وانما يتصور التصرف او التنازل اذا كان واردا على ما يوجد من عناصرها في وقت معين ، دون ان يمس ذلك وجود الذمة نفسها ، وهذه نتيجة جسيمة لتصوير الذمة على انها هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالى ، اذ كما يستحيل التصرف في الشخصية او التنازل عنها فكذلك يستحيل التصرف او التنازل عن الذمة المالية لوحدة قانونية .

(١) راجع: دكتور حسن كبرة - نفس المرجع السابق ص ١٢ وما بعد ها ، ودكتور عبد المنعم البدر راوى - نفس المرجع السابق ص ٤٢٢ وما بعد ها ، ودكتور محمد سامى بكور - نفس المرجع السابق ص ١٢١ وما بعد ها ، ودكتور سليمان مرقس نفس المرجع السابق ص ٦٢٣ وما بعد ها ، دكتور شفيق شحاتة - نفس المرجع السابق ص ٦٤ ، ودكتور محمد لبيب شنب مبادئ القانون ص ١٩٨ - طبعة ١٩٧٠م .

(٢) دكتور شفيق شحاتة - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ص ١٩١ فقرة ٢٦٣

(٣) دكتور عبد المنعم البدر راوى - نفس المرجع السابق ص ٤٦ .

(١)

٧ - ثانياً : نظرية التخصيص :

وترجع هذه النظرية الى بعض فقهاء القانون الالمان الذين ارادوا هدم النظرية التقليدية بما قامت عليه من اساس اندماج الذمة المالية في الشخصية وما استتبعه هذا الاساس من نتائج غير مقبولة ، فالذمة ليست مجموعة من الحقوق والواجبات ترتبط فيما بينها بسبب انتمائها الى شخص معين ، بل بسبب تخصيصها بغرض اقتصادي معلوم (٢) ويقول انصار هذه النظرية بياناً لاهميتها : ان الراسخ بين الحقوق والواجبات على اساس انتمائها لشخص معين لا يستقيم من ناحية الحصول المعنى ، فاذا فرضنا ان شخصاً معيناً اختلفت احواله مخصصاً لاستغلال صناعي ، فان مبلغ التعويض يحل محل المال التالف ، وفقاً لنظرية تخصيص الذمة فلا يشارك دائنوا صاحب المصنع في اشروع الاقتصاد في اقتضاء حقوقهم منه ، وهذا نتيجة المعادلة لا تتحقق وفقاً لنظرية الذمة التقليدية ، لان مقتضى هذه النظرية ان يدخل كل حق يكسبه الشخص في ضمان جميع دائنيه ، سواء كان هذا الحق قد حل محل حق آخر ام لا ، وان يخرج من هذا الضمان كل حق يتصرف فيه الدائن - سواء كان هذا الحق قد خرج بمقابل محل محله ام لا ، وهكذا لا يكون لفكرة الذمة المالية التقليدية اي معنى مفيد (٣)

وقد انتقد اصحاب هذه النظرية ما ذهب اليه النظرية التقليدية على اساس انها تقيم حق الضمان العام وحرية الدين في التصرف في امواله على افتراض قانوني هو فكرة الذمة باعتبارها وحدة قانونية قائمة بذاتها تتميز عن الحقوق والواجبات الداخلة في تكوينها ، وهذا السلك محل نظر لان الذمة لا تتنظم الحقوق وحدها بل تتنظم الحقوق والواجبات معاً ، فحق الدائن يدخل في الذمة ، ومن ثم لا يجوز

-
- (١) تسمى هذه النظرية بالنظرية الواقعية ، راجع دكتور عبد الحى حجازى - نظرية الحق من ٢٢٢ ، والنظرية الجديدة راجع دكتور محمد سامى بدكور - نظرية الحق من ١٢٤ ، او ذمة التعرض ، راجع : دكتور نعمان جمعة - المدخل للمعلوم القانونية من ٤٣٣ .
- (٢) دكتور حسن كبرة - نفس المرجع السابق ص ١٦ .
- (٣) دكتور محمد سامى بدكور - نفس المرجع السابق من ١٢٣ .

ان يقال انه حق يقع عليها ، بل يجب ان يقال انه حـق يقع دائما على عـمل المسـدين (١) ، فاذا امتنع الدين عن تنفيذ العمل الذي تمهد به فان حـق الدائن يتحول الى مبلغ من النقود ، اذا لم تستطع السلطة العامة ان تتدخل لجبر الدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، ولكن هذا التحول لا يرجع الى فكرة ان الذمة ضامنة لجميع الحقوق ، وانما الى فكرة ان الامتناع عن التنفيذ يعتبر فعلاً خاطئاً موجبا لمسئولية فاعله بتمويض الضرر، والضرر الناشئ عن عدم التنفيذ يرجع سببه الى الدين ويلزمه تمويض الدائن عنه (٢) ، وعلى هذا فحق الدائن الذي يطالب بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، لا يقع على مجموع اموال الدين ، بل على العمل الذي يطلبه الدائن ، اما اذا كان تنفيذ الالتزام عن طريق التمويض فان موضوعه المطالبة بمبلغ من النقود ، والسلطة العامة تحل محل الدين في تنفيذ التزامه جبراً عليه ببيع اى مال من امواله بطرق المزاد العلني وتدفع للدائن من الثمن المتحصل من البيع الجبري ما يفوق رد دينه .

وهذه النتائج يمكن الوصول اليها من خلال تحليل الحق الشخصي تحليلاً صحيحاً (٣) ان الاصل في كل التزام ان يستجيب الدين الى عنصر الدينونية ، فينفذ الاداء الملقى على عاتقه ، وحق الدائن يتعلق بهذا الاداء ، فاذا امتنع الدين عن تنفيذه تحرك عنصر المسؤولية الذي يمثل في سلطة الدائن التي تمكنه من قهره بدينه على تنفيذ ما التزم به ، او تقديم ما يقابل لهذا التنفيذ ، ومسئولية الدين هنا شخصية غير محددة ومن ثم تقتصر على ما يملك الدين من اموال وقت التنفيذ عليه ، ولا تمتد الى اى مال تصرف فيه الى الغير ، وعلى هذا النحو تمثل مسؤولية الدين عنصر الاجبار فسي الالتزام ، ذلك الاجبار الذي يوجه نحو ما يمتلكه الدين من اموال (٤) .

(١) نفس المرجع السابق ، وراجع : دكتور شفيق شحاته - محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٦٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٦٦ .

(٣) دكتور محمد سامي دكور - نفس المرجع السابق ص ١٢٤ .

(٤) دكتور شمس الدين الوكيل - نظرية التأمينات في القانون المدني - ص ١٩ الطبعة الثانية - دكتور مختار القاضي - اصول الحق ص ١٨٤ .

كما ان النظرية التقليدية قد خلطت بين الذمة واهلية الوجوب وهي بهذا الخلط لم تجعل للذمة أى معنى مفيد ، الأمر الذى يجعلها غير ذات معنى فى نظر انصار النظرية الحديثة (١) .

٨ - نقد نظرية التخصيص فى الذمة المالية :

قد رد انصار النظرية التقليدية على ما اخذ عليهم بأن الربط بين الذمة واهلية الوجوب لا يرمي الى الخلط بينهما لان اهلية الوجوب صفة فى الشخص اما الذمة فانها اثر لهذه الصفة ، وهي تصوير لحقوق الشخص والتزاماته المالية على انها وحدة قائمة بذاتها متميزة عن ذات الحقوق والالتزامات المكونة لها (٢)

كما اخذوا على النظرية الحديثة فى الذمة انها تخلط بين الحق الاصلى المقرر للدائن فى مواجهة مدينة وبين حقه التبعى فى الضمان ، حقيقة ان الحق الاصلى للدائن لا يقع على ذمة المدين بل يدخل فى ذمة المدين ويحملها كمنصر من عناصرها (٣) ، ولكن للدائن حق اضاى هو حقه فى ان يقتضى مبلغا من النقود من اى مال من اموال مدينه اذا لم يقم المدين بتنفيذ الالتزام فالنظرية الحديثة تقر للدائن هذا الحق ، ولكنها لا تحاول ان ترد به الى اسناد فى القانون (٤) ، اما النظرية التقليدية فقد خلقت نظرية الذمة المالية لتصور هذا الحق الاضاى على انه حق ضمان يرد على مجموع اموال المدين دون ان يستقر اثناء حياة هذا المدين على اى مال من امواله .

٩ - النتائج التى تترتب على نظرية التخصيص :

وقد تترتب على نظرية التخصيص فى الذمة عكس النتائج التى رتبها عليها النظرية التقليدية ونوجز الاشارة الى تلك النتائج فيما يلى :

- (١) دكتور محمد سامى مذكور - نفس المرجع والمكان السابقين .
- (٢) دكتور عبد الحى حجازى - نفس المرجع السابق - ص ٢٢٥ ، ودكتور سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية ر ٦٢٠ هامش (٢)
- (٣) دكتور شفيق شحاته - نفس المرجع السابق ص ٦٦ .
- (٤) دكتور محمد سامى مذكور - نفس المرجع والمكان السابقين .

أولاً : تقرّر النظرية التقليدية أن كل ذمة يجب أن تستند إلى شخص ، ولا يشترط أنصار النظرية الحديثة ذلك ، بل يوجد من أنصارها من يقول " أن الذمة مستقلة وجدت خلقت هي الشخصية القانونية ، فالمؤسسات ليست إلا مجموعة من الأشخاص رصدت لتحقيق غرض خيري فهي ذمة لا تستند في قيامها إلى شخص ، بل هي نفسها الشخص المعنوي " .

ويمكن الرد على هذا القول بأن شخصية المؤسسات ليست شخصية طبيعية بل هي شخصية من خلق القانون وصنفته ، فالشرع وهو يعترف للمؤسسة بالشخصية يعرّف لها في الوقت ذاته شخصيتها وذمتها ، ولولا اعتراف التأسيس ، الشخصية المعنوية للمؤسسة لما كان للمال المرصود أي اعتبار في القانون (١) .

ثانياً : وتقرّر النظرية التقليدية أن كل شخص لابد أن تكون له ذمة ، ويقرّر أنصار النظرية الحديثة أن الذمة لا تثبت إلا إذا كان للشخص حق واحد على الأقل ، لأن الذمة في نظرهم هي مجموعة من حقوق وواجبات قائمة فعلاً لمجموعة معنوية (٢) .

ويمكن الرد على أنصار النظرية الحديثة أن أي شخص مهما قلت حقوقه ، فهو يملك ما يستتر به عورته وما يحد به رقبته ، فلا يتصور إذن أن يكون هناك شخص بدون ذمة

ثالثاً : وتقرّر النظرية التقليدية أن الذمة واحدة لا تتعدد ولا تنجز ، ويقرّر أنصار النظرية الحديثة أن الذمة تتعدد وتنجز ، وهذا هو ما يجري عليه المبدأ عملاً كما يقولون فالقانون الوضعي تجبر أن يكون للشخص الواحد مجموعتان متميزتان

-
- (١) دكتور محمد سليم مدكور - نفس المرجع السابق ص ١٢٩ ، ودكتور حسن كبيرة - نفس المرجع ص ١٦ ، ودكتور نعمان جمعة - نفس المرجع ص ٤٣٣ ، وقارن دكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٠٩ وما بعد ها حيث يقرّر " أن الذمة قد تقوم في القانون المصري ، ولا تستند إلى شخص معين كما في نظام الوقف ، ومركز الشركة قبل سداد الديون " .
- (٢) دكتور محمد سليم مدكور - نفس المرجع والمكان السابقين .

- من الاموال او اكثر يخصص كل منها لغرض معين ويضربون لذلك عدة أمثلة كالآتي :
- ١ - يجيز القانون التجارى للشخص ان يخصص بعض ماله لتأسيس مشروع تجارى لمصلحة متعددة ، بحيث لا يكون لدائى المشروع التجارى أى سلطان على بقية أموال التاجر .
 - ٢ - ويجيز القانون التجارى البحرى ، لمالك السفينة ان يتركها وحولتها للدائنين الذين نشأت ديونهم بسبب السفينة أو سفرها ، فالسفينة اذ ان هى ذمة خاصة مخصصة لمشروع معين لا يمتد سلطان دائى هذا المشروع الى بقية أموال المدين .
 - ٣ - يقرر القانون ان لاتركة إلا بعد سداد الديون ، ويقول أصحاب النظرية الحديثة ان الوارث له اذ ان ذمتان ، ذمته الخاصة ، وذمته باعتباره وارثا بحيث ينسبط سلطان دائى المورث على الاموال التى ورثها لا يمتد ها الى أمواله الخاصة .
 - ٤ - وقرر القانون المدنى " ان من بلغ سن السادسة عشره من عمره يجوز له ان يتصرف فى كسب عمله ، فالاموال التى يكسبها من عمله اذ ان ذمة خاصة يقوم القاصر على ادارتها والتصرف فيها بحيث لا يمتد سلطان دائى هذه الذمة الى بقية أموال القاصر الداخلة فى ذمته العاديه (١) .

هذا ما يقوله أصحاب النظرية الحديثة لاثبات ان القوانين تجرى على ان الذمة تقبل التمسد أو الانقسام ، وهو قول يمكن الرد عليه لان القانون وهو يقصر حق بعض الدائنين على بعض أموال المدين ، وعلى السهم أو اصول المحل التجارى أو السفينة أو اصول الشركة أو كسب العمل ، لا يقصد تجزئة ذمة الشخص بل حمايته من هولاء الدائنين ، والحماية التى يقرها القانون هنا حماية اختيارية ، ان شاء تسك بها فلا يستطيع دائنيه ان يستوفوا حقوقهم من سائر أمواله وان شاء تنازل عنها ودفع ديون دائنيه من جميع أمواله فاذا استوفى دائنوا الشركة أو السفينة حقوقهم من هذه الاموال بقيت بعد ذلك فصلة من نمنها كانت للشخص ومن ثم امتد اليها سلطان دائنيه الآخرين وهذا لا يستقيم مع القول بتجزئة الذمة (١)

(١) دكتور عبد المنعم البدرارى - المدخل للمعلم القانونيه ص ٤٧٥ ، ودكتور محمد سامى مذكور - نفس المرجع ص ١٢٢ ، وأنظر فى هذا المعنى : دكتور احمد سلامة - نظرية الحق - ص ٢٤٢ - طبعة ١٩٥٩ ، ودكتور عبد الحى حجازى - نظرية الحق - ص ٢٢٩ .

رابعاً: وتقرر النظرية التقليدية ان الذمة المالية لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها ويقول انصار النظرية الحديثة " انه يجوز التصرف في الذمة والتنازل عنها بل ويقولون ان العمل قد جرى على ذلك ، ويستندون الى احكام متعددة من القضاء الفرنسي تقضى بأنه اذا وهب شخص لآخر جميع امواله أو معظمها فان الموهوب له يصبح مسئولاً عن ديونه فكأن الواهب قد نقل الى الموهوب له ذمته بأصولها وخصوصها (١) وهذا القول غير دقيق لان الواهب وهو ينقل الى الموهوب له حقوقه وديونه ينقل اليه حقوقاً وديوناً معينة بمقدارها (٢) ومن ثم لا يجوز القول هنا بالتنازل أو بالتصرف في الذمة ذاتها ، الامر الذي يقطع بأن المشرع المصري لم يأخذ بنظرية التخصيص على النحو الذي يعرفه التشريع الالمانى والذي يتنافى مع تصوير التشريع الفرنسي للذمة ذلك التشريع الذى تأثر به القانون المصرى دون شك والذي يقترب كثيراً من اتجاه الفقه الا سلامى في تصويره للذمة على نحو ما سنرى (٣)

-
- (١) دكتور محمد سامى مذكور - نفس المرجع والمكان السابقين .
(٢) راجع : دكتور عبد الحى حجازى - نفس المرجع السابق ص ٢٣١ حيث يقرر أنه :
" حتى مع تصرف الشخص في ذمته تشأ من هذا التصرف حقوق وواجبات منها تتكون الذمة " .
(٣) دكتور عبد النعم البدواوى - نفس المرجع السابق ص ٤٦٩ ، ودكتور احمد سلامة - نفس المرجع السابق ص ٢٤٣ حيث يقرر انه : " لا يمكن القول في تشريحنا بفكرة ذممة التخصيص على فرض صحتها من الناحية الفقهية ذلك ان مشرعنا اصح عن اعتناقه للنظرية الشخصية حين افترض ان الشخص تكون له ذمة واحدة كما نصت المادة ٢٣٤ مسن التقنين المدنى ، ولربما يقال ان فكرة التخصيص لازمة لتبرير الحالات التى اباح المشرع فيها ان يخصص جزء من مال الشخص للوفاء بجزء من ديونه ، وهذه الفكرة ليست ضرورية لتبرير تلك الحالات ، بل يمكن ان نجد لها تبريراً في رحاب النظرية الشخصية فلمس هناك ما يمنع قانوننا ولا منطقاً من مثل هذا الرصد والتخصيص باذ ان من القانون فتكون نفس الذمة الواحدة عدة مجموعات " .

١٠ - جوهر فكرة الذمة المالية في الفقه الوضعي الحديث :

ينجذ الفقه الحديث في مجموعه الى الابقاء على فكرة الذمة المالية بهرأة مما خلعتة عليها النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها وبذلك أصبحت النظرة اليوم الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل في تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، اي باعتبارها وحدة تفتى وتتألف فيها عناصرها مع الاخذ في الاعتبار ان تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها لا ينيى ان يجمل من الذمة تصورا فكريا لالعلاقة له بالواقع بحيث يمكن ان توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجابي او سلبي ، ان لم يمثّل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها الاصدى للخلط بين الذمة والشخصية ومن شأنه ان يقلب مدلولها من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق مالية والتزامات الى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية ، وقرى كبر بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية وموجودة وهن مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها (١) .

فالذمة المالية ينيى اذن ان تفهم على انها وحدة متماككة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة ، مادامت لم تخل من عناصرها قط رغم تغير ذاتية العناصر المولفة لها ، فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص وقد تدخل فيها

(١) دكتور حسن كبره - نفس المرجع السابق ص ٢٣ .

بعض عناصر جديدة ، إذ حقوق الشخص والتزاماته المالية في تغير مستمر ودائم ، لا يثبت على حال واحدة ، دون أن ينفي ذلك وجود وحدة دائمة تنظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة فالذمة ان وان كان لا وجود لها بتغير عناصر تكوينها لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر في ذاتية افرادها يموت من يموت منهم وميلاذ من يولد .
وهذه الوحدة التي تنظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية في ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الحقوق وتلك الالتزامات من تغير مستمر هي جوهر فكرة الذمة المالية (١).

١١ - حقيقة الذمة في الشريعة الاسلامية :

يقضى بيان حقيقة الذمة في الشريعة الاسلامية تعريفها لغة واصطلاحا مع بيان رأى الفقهاء في متعلق الذمة ، ثم بيان بداية الذمة ونهايتها .

١٢ - تعريف الذمة ، وبيان متعلقها :

أولا : تعريف الذمة لغة واصطلاحا :

الذمة لغة : هي العهد ، قال صاحب القاموس : والذمة بالكسر ، العهد (٢) ونفى اصطلاح الفقهاء :

١ - عرفها الحنفية :

بأنها : " صرف شرعى يصير به الانسان اهلا لماله ولما عليه " (٣)

(١) نفس المربع والمكان السليقين ، وقارن دكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ١٣٥ - طبعة ١٩٦٦ حيث يقرر أن : " الذمة ليست سوى لفظ تخصص فائدته في اختصاره فبدلا من ان نقول : مجموع مال للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في وقت معين ، يكفي ان نقول : الذمة المالية للشخص " .

(٢) القاموس المحيط - ج ٤ ص ١١٧ ، وراجع : المعجم الوسيط - ج ١ ص ٣١ ، وأساس البلاغة - للزمخشري - ص ٢٧٠ - طبعة ١٩٦٥ - بيروت .

(٣) التوضيح - لصدر الشريعة - ج ٢ ص ١٦١ ، والتلويح للتفتازاني عليه - نفس المكان ، وحاشية ابن عابد بن علي الدر المختار - ج ٤ ص ٢٤٦ ، وسليم باز - شرح مجلة الاحكام العدلية - المجلد الاول - ص ٣١٠ - الطبعة الثانية .

٢ - عرفها الشافعية :

يقولهم " الذمة هي تدبير امر في الانسان يصلح للالتزام والالتزام من غسيير تحقق له " (١) . كما عرفها الشريفي الخطيب بقوله : " الذمة شرعا معنى قائم بالذات يصلح للالتزام والالتزام " (٢) .

٣ - عرفها الحنابلة :

بأنها " وصف يميز به المكلف اهلا للالتزام والالتزام " (٣)

٤ - رئد المالكية :

ورد للذمة تعريفان :

اولها : لصاحب شرح منح الجليل نقلنا عن القرائي حيث عرف الذمة بقوله :
" انها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللتزم " (٤) وقد شرح الشيخ علي بن رحمه الله هذا التعريف بقوله : معنى ك جنس في التعريف ، شرعي ، فصل مخرج كل معنى غير شرعي ، مقدر فصل مخرج كل معنى شرعي موجود في المكلف فصل مخرج كل معنى شرعي في غير مكلف ، قابل للالتزام واللتزم ، فصل مخرج المعنى الشرعي المقدر في المكلف الذي لا يقبل الالتزام واللتزم (٥) .

ثانيها : لا يسن الشاط ، حيث عرفها بقوله : والاولى عندى انها قبول الانسان لللتزم الحقوق دون التزامها " فعلى هذا للصبي ذمة لانه تلزمه اروض الجنائيات وتقسيم المتلفات وعلى انه لا ذمة له نقول هي قبول الانسان شرعا لللتزم الحقوق والتزامها (٦) .

(١) قولعد الاحكام - للمزين عبد السلام - ج٢ - ص١٦ - مطبعة الاستقامة .

(٢) الاقتناع - ج٢ - ص٢٠ .

(٣) كشف القناع - ج٢ ص١١٧ - طبعة ١٣٥١ هـ ، وشرح منتهى الارادات ج٢ -

ص٢١٤ - مطبعة انصار السنة المحمدية سنة ١٤٢٧ م .

(٤) الفرق - ج٣ ص٢٣٠ ، ٢٣١ - دار المعرفة بيروت - وشرح منح الجليل

ج٣ ص٢٧ - وشرح الخرشى - ج٥ ص٢١٧ ، وحاشية العدوى عليه - نفس المكسان السابق - ص٢١٧ ، ٢١٨ .

(٥) تسهيل منح الجليل ، حاشية للشيخ علي بن علي الشرح المذكور - ج٣ ص٢٧ .

(٦) شرح منح الجليل - ج٣ ص٢٧ ، ٢٨ ، وتهذيب الفرق - ج٣ ص٢٣٧ .

١٣- أقول: ويتضح لنا من خلال تعريفات الذميمة ، انهم متفقون على ان اللسان ذممة ، ولكنهم اختلفوا في طبيعتها ، هل هي امر وجودي ، بمعنى انه وصف قائم بالشخص او امر اعتباري يعتبره العقل ولا وجود له في الخارج ؟ .

قال بالأول الحنفية والحنابلة ومضى المالكية حيث عرفوا الذمة بأنها وصف شرعي وقال بالثاني الشافعية والمالكية ، حيث عرفوها بأنها معنى مقدر .

١٤- الرأى الراجح ومبررات الترجيح :

والرأى الراجح في نظري هو رأى الحنفية ومن معهم وذلك لاعتبارين :
اولهما : القول بأن الذمة امر لا وجود له ، لا يتفق مع الاحكام الشرعية التي بنيت على وجودها ، والتي لا يستطيع احد ان ينكرها .
ثانيهما : ان الادلة الشرعية قد تضافرت على وجود الذمة ، كما استدل الحنفية لذلك من القرآن الكريم والعقل .

١- من القرآن الكريم :

١ - يقول الله تعالى : " واذ اخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على انفسهم المت بربكم قالوا بلى شهدنا على انفسنا " (١)

وجه الدلالة في هذه الآية :

يقول صدر الشريعة : " إن الله سبحانه وتعالى قد أخبر فيها عن عهد جرى بينه وبين بنى آدم بعد ان اخرجهم بعضهم من بعض ثم استنطقهم وأقروا بوحدانيته وروبوته ، ثم اشهدهم على ذلك العهد ، فبالاشهاد دليل على انهم موافقون بموجب اقرارهم عن حقوق تجب للرب تعالى على عباد ، فمدل هذا على ان لهم وصفا يكونون به أهلا للوجوب عليهم ، وهذا الوصف هو الذمة " (٢)

(١) الاعراف - آية ١٧٢ .

(٢) التوضيح - مصدر الشريعة - ج ٢ ص ١٦٢ .

ب- وقول الله تعالى : " وكل انسان الزمناه طائره في عنقه " (١) .
ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة :

يقول صدر الشريعة : " كان العرب ينسبون الخير والشر الى الطائر فان مرس سائحا ينسبون به وان مر بارحيا ينشامون به فاستعير الطائر لما هو نسي الحقيقة سب للخير والشر وهو قضاء الله تعالى وقدره وما قدر للعبيد بمنزلة طائر يطير اليه من عش الغيب ووكر القدر (٢) والمعنى الزمناه ما قضى له من خير وشر والزمناه عمله لزم القلادة او القفل للعنق اى لا ينفك عنه ابدا ، قدلت الآية على لزم العمل للانسان وحمل ذلك اللزم هو الذممة بقوله تعالى : " في عنقه " استعمار العنق لذم لك الوصف المعنوى الذى به يلزم التكليف لزم القلادة او القفل للعنق (٣) .

ج- وقول الله تعالى : " وحملها الانسان " (٤) ، فهذه الآية تعدل على خصوصية الانسان بحمل اعياها التكليف اى وجهها عليه فيثبت بهذه الآيات الثلاثة ان للانسان صفا هو به يصير اهلا لهاله ولعليه (٤) .

وانا كان معنى الآيات يقتصر في دلالة على ما يشغل ذممة الانسان فان الدلائل الدالة على ما للانسان كسيرة بهذا الوصف كقوله تعالى : " وما من دابة في الارض الا على الله رزقها " (٦) وقوله تعالى : " خلق لكم ما فى الارض جمعا " (٧) .

٢- وسن العقول :

ان وجود الذمة في الانسان امر موافق مقتضى العقل فليس يصرف بالنسبة لطفل او مجنون لانه اهلا لان يكلف ولا لأن يطالب وبخاصة اذا لم يكن له

(١) الاسراء - آية: ١٣

(٢) التوضيح لصدر الشريعة والتلويح عليه - ج٢ ص ١٦٣ .

(٣) نفس المرحومين السابقين .

(٤) الاحزاب - آية: ٧٢

(٥) صدر الشريعة - التوضيح - ج٢ ص ١٦٣ .

(٦) هود - آية: ٦

(٧) البقرة - آية: ٢٩ ، وراجع في الاستدلال بهاتين الآيتين ، التوضيح - ج٢ ص ١٦٣

ولى الا يكون له ذمة تكون محلا لما يلزم به فهو مخذ من ماله ولا يتصور عدم وجود الذمة فيه في الوقت الذي يطالب في ماله بكسير من الحقوق والنفقات وغيرها مما شئت في ذمته بعقد وليمه او ينص الشارع ان توجيه المطالبة اليه يجيز عقلا وجود هذا المني فيه .
تلك هي ادلة الحنفية ومن معهم على وجود الذمة ولهذا فاننى ارجح رأيهم .

١٥ - حقيقة الخلاف بين الفقهاء :

ومما تجدر الاشارة اليه ان الخلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بوجود الذمة انما هو خلاف لفظي لا اثر له في شغل الذمة بالحقوق لسزوما والتزاما .

١٦ - ثانيا : بيان متعلق الذمة :

اتفق الفقهاء على ان للانسان ذمة ولكنهم اختلفوا في ترتب آثار الذمة لسزوما والتزاما في كل انسان سواء كان مكلفا ام غير مكلف او انها لا تتعلق الا بالمكلف ؟

خلاف بين الفقهاء يتضح لنا من خلال الاحالة على نصوصهم في تعريف الذمة ومن هذه النصوص يتضح لنا انهم مختلفون الى قولين :

اولهما : للمالكية والحنابلة : وحاصل قولهم ان متعلق الذمة لا يشبه الا للمكلف حيث عرفوها بأنها : " وصف بصير به المكلف . . الخ " وعلى هذا يكون غير المكلف وهو الصبي ومن في حكمه لا ذمة له .

ثانيهما : للحنفية والشافعية وابن الشاطن المالكية ، وحاصل قولهم ان متعلق الذمة هو الانسان مطلقا سواء كان مكلفا ام غير مكلف ، وعلى هذا يثبت للصبي ومن في حكمه ذمة .

دليل القول الاول :

استدل اصحاب القول الاول على ما ذهبوا اليه بالاجماع :

حيث اجمع الفقهاء على أن شرط الذمة البلوغ ، قال صاحب منح الجليل ، شرطها البلوغ من غير خلاف اعلمه (١) فدل ذلك على أن الصبي لاذمة له ، ويأخذ حكم الصبي السفيه والمحجور عليه للفلس (٢) .

دليل القول الثاني :

واستدل اصحاب القول الثاني على ما ذهبوا اليه بالمعقول فقالوا :
مما لا خلاف عليه بين الفقهاء ان للجنين والصبي المميز ومن في حكمه اهلية لزوم الحقوق دون التزامها ، وأن وجود الاهلية لهم يكشف عن وجود الذمة ، ان يوضح وجود الاهلية دون وجود الذمة ، لما صح الاستدلال بثبوت العلة على ثبوت الحكم ولهبطل عرض الشارع من وضع العلة للاحكام (٣) فثبوت الاهلية للجنين والصبي ومن في حكمهم دليل على وجود الذمة لهم .

١٧ - الرأي الراجح وببررات الترجيح :

وأنتى أرجح قول الحنفية والشافعية وابن الشاط من فقهاء المالكية لاعتبارين :
أولهما : ان ما استدل به اصحاب القول الاول من الاجماع ، متفوض برأى مخالفهم وعلى هذا مدعوى الاجماع غير صحيحة ، وبالتالي لا تقوم به حجة .
ثانيهما : ان القول بوجود الذمة للصبي ومن في حكمه يتفق مع الزامة بأبواب الجناسات وتيم المتلفات ، ان لا يصح الزامه بها الا اذا صح ثبوت الذمة له ، ولهذا فأنتى أرجح ما ذهب اليه الحنفية ومن معهم .

١٨ - بداية الذمة ونهايتها :

يظهر من خلال بيان آراء الفقهاء في بيان متعلق الذمة أنهم مختلفون في الوقت الذي يبدأ فيه ثبوت الذمة كوصف للانسان ، كما أنهم مختلفون في الوقت الذي ينتهي فيه ذلك الثبوت وسوف نبين آراء الفقهاء وما استدلوا به في كل مسألة على حدة .

١٩ - أولا : آراء الفقهاء في وقت بداية الذمة :

اختلف الفقهاء في وقت بداية الذمة للانسان على قولين :
أولهما : للحنفية والشافعية وابن الشاط من المالكية ، وحاصل قولهم ان وقت ثبوت الذمة للانسان يبدأ مع بدء حياته ، وعلى هذا يكون للصبي ذمة ، بل ان وصف الذمة يثبت للانسان وهو جنين في بطن أمه ، يقول القاضي صدر الشريعة : " فقبل الولادة له

(١) شرح منح الجليل - ج ٣ - ص ٢٧

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) مرآة الاصول - لمنالهدى - ج ٢ ص ٤٠٠ ، وحاشيته الازميري عليه - نفس المكان

نمسة من وجه يخلع ليجب له لا ليجب عليه ، فاذا ولد تصير ذمته مطلقاً (١) .
ثانيهما : لجمهور فقهاء المالكية ، والحنابلة ، وحاصل توليهم ، أن وقت ثبوت الذمة
للإنسان يبدأ من وقت التكليف ، حيث تعتبر الذمة عندهم وصفاً للمكلف (٢) ، وعلى
هذا فقيل التكليف لا يثبت وصف الذمة للإنسان ، لوكل دليله .

دليل القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بالمعقول :

وهو أن ثبوت الذمة للجنين ، يتفق مع طبيعة الذمة ، وتلازمها مع الأهلية تلازم العلة
مع معلولها ، ولما كان للجنين أهلية ثبوت بمحض الحقوق له ، اقتضى ذلك ثبوت الذمة له
أن يوصح وجود الأهلية دون وجود الذمة للجنين ، لما صح الاستدلال بثبوت العلة
على ثبوت الحكم ، ولجمل غرض الشارع من وضع الملل للاحكام (٣) ، وذلك لأن غرضه
نسبة الاحكام الى الملل ، والنوجب في الحقيقة هو الله تعالى ولكن ايجابه لما كان خفياً
لنا لمجزئنا عن ادراكه ، شرح الملل ونسب الاحكام اليها فصارت موجبة للاحكام ففى
حق العباد ولو جاز التخلف ليبتل هذا القرض (٤) .

أقول : واذا صح ثبوت الذمة للجنين ، يكون ثبوتها للصبي ومن في حكمه من غير
المكلفين من باب أولى .

دليل القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا اليه بالاجماع والمعقول :

١ - من الاجماع :

فقد اجمع الفقهاء على ان شرط الذمة هو البلوغ ، وقد حكى الاجماع صاحب منح الجليل
حيث يقول " شرطها البلوغ من غير خلاف أعلمه " (٥) ، فدل ذلك على أن وقت ثبوت الذمة
يبدأ بالتكليف .

(١) التوضيح - ج١ ص ١٦٣ ، وكشف الاسرار - للجزدوى - ج٤ ص ١٣٥٩ ، ١٣٦٠ ،
والتفريز والتحرير - ج٢ ص ١٦٥ ، وراجع في قواعد الاحكام - للمعز بن عبد السلام
ج٢ ص ٩٦ - وتهذيب الفروق - ج٣ ص ٢٢٣ .

(٢) راجع : كشف القناع - نفس المكان السابق ، وشرح منتهى الارادات - نفس المكان
السابق ، وشرح منح الجليل - ج٣ ص ٢٧ .

(٣) راجع امرأة الاصول - لمن لا يخفى - ج٢ ص ٤٠٠ .

(٤) حاشية الأزميرى - على مرآة الاصول - نفس المكان السابق .

(٥) شرح منح الجليل - نفس المكان السابق .

مناقشة دليل القول الثاني من الاجماع :

أقول : ويمكن أن يناقش دليل القول الثاني من الاجماع ، أنه منقوض برأى مخالفهم بل وسأذهب إليه ابن الشاطب من فقهاء المالكية ، حيث يقرر وفقاً لما ذهب إليه نسي تعريف الذمة بأنها تثبت للصبي ومن في حكمة (١) ، وعلى هذا فدعوى الاجماع غير صحيحة وبالتالي لاتقوم به حجة .

٢ - ومن المعقول :

أقول : يمكن أن يستدل لأصحاب القول الثاني من المعقول ، بأن مايتحقق به قيام الذمة هو صلاحية الانسان بها للالتزام ، ولما كان الجنين والصبي ومن في حكمهم ، تميز أهمل للالتزام ، والالتزام هو المنصر الذي يظهر حقيقة الذمة ، وكان مايبث لهم من الحقوق التزام في ذم الآخرين لهم ، فقد دل ذلك على أنهم لاذمة لهم ، لانهم ليسوا أهلاً للالتزام ، فلا تشغل ذمهم به ، ومايبث لهم من الحقوق التزام في ذم أخرى وبالتالي لايبث لهم وصف الذمة .

٢٠ - القول الراجح ومبررات الترجيح :

وأنتى أرجح القول الاول لاعتبارين :

الاول : لقوة دليله وسلامته من المناقشة .

الثاني : ان مااستدل به أصحاب القول الثاني من الاجماع منقوض ، فلايقوم به حجة ومايمكن أن يستدل لهم به من المعقول ، يمكن أن يناقش بأن الجنين والصبي ومن نسي حكمهما وأن كانوا غير أهل للالتزام ، فهم أهل للالتزام من الشارع ، فقد الزمهم بأروش الجنائيات وقيم المتلفات ، ولايصح الزامهم بهذه الامور الا اذا صح ثبوت الذمة لهم ولهذا فأننى أرجح ماذهب إليه أصحاب القول الاول .

٢١ - ثانيا : آراء الفقهاء في وقت نهاية الذمة :

وكما اختلف الفقهاء في الوقت الذي يبدأ به ثبوت الذمة للانسان ، اختلفوا أيضا نسي الوقت الذي ينتهى فيه اثر ثبوت الذمة له وذلك على قولين :

أولهما : للمالكية ، وجمهور الشافعية ، والظاهرية ، وحاصل قولهم ان وقت الموت ينتهى اثر ثبوت الذمة للانسان ، حيث تنتهى به وتخرّب تماما ، وقد جعل المالكية الفلوس كالموت في خراب الذمة ، يقول الخرشي : " وحل بالفلس وبالموت ماأجل لان الذمة نسي

(١) تهذيب الفروق - ج ٣ ص ٢٧٢ - وتآرن ماذهب إليه احمد الخطيب - في رسالته الحجر على المدين لحق الغرباء - ص ١٣ و ١٤ ، وهي مطبوعة سنة ١٩٦٤ ، حيث يقرر : أن الذمة لاتثبت للجنين قبل انفصاله عن بطن أمه "

الحالتين قد خربت^(١) ويقول المدوى في حاشيته على شرح الخرشى : " أما خسرأب
الذمة بالموت فظاهر ، وأما في الفلأ فباعتبار ما يبده أى من حيث عدم التصرف فيما بهما^(٢)
ثانتهما : للحنفية ، والحنابلة ، والشهاب الرىلى من الشافعية ، وحاصل قولهم
أن الموت لا ينهى الذمة ، ولكنها تنف بعد ، لثبوت بعض الحقوق للميت كتجهيزته وتكفينه
وتنفيذ وصاياه وقهاام واجبات بتركته كسداد ديونه^(٣) ويقول ابن قدامة : " الموت ما جعل
مبطلا للحقوق ولهذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ، ويتعلق بعين ماله^(٤) " ويقول
الشهاب الرىلى : " ذمة الميت صحيحة ، وقد صح أن ذمته مرتبته بدينه حتى يقضى
عنه ، ومعنى قولهم أن الذمة قد خربت أى أنها قد خرجت عن صلاحية المطالبة بهما
فى الدنيا ، لا أنها ليست صالحة للشغل بالديون ، الا ترى أنه يتجدد لها الشغل
بنحورده مبيع يحميه ، وتروى بهيمة فى بشر خفرها فى محل عدوان ، بعد موته^(٥) .. " ،
وقد استدل كل فريق لقوله :

٢٢ - دليل القول الاول :

استدل أصحاب القول الاول على ما ذهبوا اليه بالسنة والقياس :

١ - من السننة :

بإرواه البخارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من ترك مالا فلورثته^(٦) " ،
وجه الدلالة فى هذا الحديث :

(١) شرح الخرشى - ج٥ ص ٢٦٦ .

(٢) حاشية المدوى - على شرح الخرشى - نفس المكان السابق ، وراجع : شرح منق
الجليل - ج٣ ص ١٢٤ وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير - ج٣ ص ٢٦٦ ، وجواهر الاكليل
ج٢ ص ٨٨ ، وراجع تكملة المجموع للنووى ج١٣ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ومعنى المحتاج ج٢ ص ١٤٤ ،
١٤٥ ، وشرح الجلال المحلى على المنهاج ج٢ ص ٢٨٢ حيث يقرر أن بالموت يتعلق الدين
بالتركة ، وراجع المحلى ج٨ ص ٨٤ ، ٨٥ مسألة ١٢٠٦ .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج٤ ص ٤٨٦ .

(٤) حاشية الشهاب الرىلى - على اسنى المطالب - ج٢ ص ٢٣٥ .

(٦) صحيح البخارى - ج٨ ص ٨٧ وفى رواية لمسلم : " ومن ترك مالا فلاهله " راجع : صحيح

مسلم - ج٢ ص ٩٢ ، ونصب الراية - ج٤ ص ٥٨ وما بعد ها .

انه قد افاد انتقال التركة الى الورثة بعد الموت مباشرة ، وبالتالي يكون بقاء ذمة الميت لا معنى له ، حيث انتهت بموته ولهذا قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بانتقال المال الى ورثته وفي هذا دليل على ان الذمة تنتهي بالموت .

مناقشة دليل القول الاول من السنة :

وقد نقض استدلال اصحاب هذا القول بهذا الحديث من وجهين :
اولهما : قال صاحب سبل السلام : حديث من ترك مالا فلورثته ، فيسـهـروا متروك وصيبتهم (١) .

ثانيهما : اتول : وعلى فرض صحة هذا الحديث فان انتقال المال الى الورثة لا يكون الا بعد سداد الديون وتفويض الوصايا ، يقول الله تعالى : " من بعد وصيته يوصى فيها اولاديين " (٢) ، فهو عام قد خصصته الآية الكرهمية والاحاديث الاخرى التي استدلت بها اصحاب القول الثاني على نحو ما سنرى . . .
وبالتالى فالحديث لا يدل لاصحاب هذا القول على ما ذهبوا اليه .

٢- ومن القياس :

قالوا : ان تعلق الدين بالتركة لا يمنع ملكية الورثة لها ، قياساً على المال المرهون حيث ان تعلق الدين به لا يمنع ملكية الدين للمال (٣) ، واذا صح ان الدين لا يمنع ملكية الورثة للمال ، صح عدم بقاء ذمة الميت لانتقال المال الى ذمة الورثة .

مناقشة دليل القول الثاني من القياس :

اتول : قياس ملكية الورثة للتركة مع تعلق الدين بها ، على ملكية الدين

(١) سبل السلام - ج٣ - ص٦٣ .

(٢) النساء - آية: ١٢ .

(٣) مئسنى المحتاج - ج٢ ص١٤٤ ، ١٤٥ ونهاية المحتاج - ج٣ ص٣٠٤ ،

وحاشيتي قلهوبى وعصيرة على شرح الجلال المحلى للمنهاج - ج٢ ص٢٨٣ .

لماله المرهون مع تعلق دين الرهن به ، تيار مع الفارق لان الشارع قصد حكم بعدم انتقال المال الى الورثة الا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا واذ اصح ذلك كانت ذممة الميت مبقاة لهذا ، وهو نقيض ما ذهب اليه أصحاب القول الاول ، وبالتالي فالقياس لا يقوم به حجة .

٢٣ - دليل القول الثاني :

وقد استدلت أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا اليه بالكتاب والسنة والمعقول .

١- من الكتاب :

يقول الله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها او دين " (١)

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة :

انها قد دلت على ان انتقال المال الى الورثة لا يكون الا بعد سداد الديون الامر الذي يفيد بقاء ذممة الميت الى حين هذا السداد ، ويكون حال المدينون بعد الموت ، كحال حياته في بقاء الذممة معنى ، ان تبقى ملكوته في ماله حكما لبقائه حاجته (٢)

٢- من السنة :

١ - بما رواه ابن ماجه عن سعد الاطول ، ان اخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عميالا قال : فأردت ان اتفقها على عياله فقال صلى الله عليه وسلم : " ان اخاك محتسب يدبته حتى يردى عنه " (٣)

وجه الدلالة في هذا الحديث :

انه قد افاد ان نفس المدين محتسبة يدبته حتى يقضى ، الامر الذي يستدل على ابقائه ذممة ان لا معنى لاحتباس النفس الا ببقاء الذممة مشغولة بالدين الى ان يسوي .

(١) النساء - آية ١٢ .

(٢) الميعوط - للمرخس - ج ٢٩ ص ١٣٧

(٣) نيل الاوطار - للشوكاني - ج ٦ ص ٥٩ .

ب- وما روى عن جابر قال : " توى رجل فمحلناه وحنطناه ، وكفناه ، ثم اتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ، فقلنا : نصلى عليه ، فخطا خطوة ثم قال : لعليه دين ؟ قلنا : ديناران ، فانصرف فتحملهما ابوقنادة ، فقال صلى الله عليه وسلم : قد اوى الله حق الغريم ، ويرى منه الميت ، فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟ قال : اتما مات امس ، فعاد اليه من القدر فقال : قد قضيتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الآن يردت عليه جلداه (١) "

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

قال الشوكاني : فيه دليل على ان خلوص الميت من ورطة الدين وبرائة ذمته على الحقيقة لا يكون الا بالأداء (٢) وقال صاحب كشاف القناع : فيه دليل على ان الدين باق في ذمة الميت ، حال كون الدين متعلقا بالتركة الى ان يومي منها (٣) وفي هذا دليل على بقاء ذمة الميت .

٣- ومن الممقول :

ان بقاء ذمة الميت بعد الوفاة امر ضروري لتصفية مركزه المالي بعد وفاته ولذالك يقدر وجودها محدودا بتلك الغاية (٤)

٢٤- القول الراجح :

وعلى ضوء بيان كل قول وما استدلل به فاننى ارجح القول الثانى لقسوة ادلته وسلانها من المناقشات ، فضلا عن ان العمل به يتفق مع طبيعة الذمة كوصف يصلح للقيام بالانسان حال الحياة ، كما يصلح بعد ها لتصفية امواله وبرائة ذمته على نحو ما رأينا ولهذا فاننى ارجح ما ذهب اليه اصحاب هذا القول .

(١) رواه احمد ، راجع : نيل الأوطار للشوكاني - ج٥ ص٢٦٩ وما بعدها ، وسبل السلام - ج٣ ص٦٢ .

(٢) نيل الاوطار - نفس المكان السابق .

(٣) كشاف القناع - ج٣ ص٤٣٩

(٤) محمد ابو زهرة - احكام التركات والموارث - ص١٧

٢٥ - شروط بقاء الذمة بعد الموت :

وقد اشترط الحنفية لبقاء ذمة الميت بعد وفاته ان يكون له مالا او يترك كهيلا بما عليه من الدين ، فاذا مات من غير مال ولا كفيل ، فان الدين يثبت في ميت المال ، وذلك لان الذمة لا تثبت بعد الموت الا لحاجة تدعو اليها ، وما يدعوا الي ثبوتها ان الدين بعد الموت مع وجود المال يتعلق بالتركة لضعف الذمة بالموت عن احتمال الدين وحدها ، فانتضى وجودها بعد الموت ، وجود المال معها وكذلك الامر اذا كان هناك كفيل قد كفل الميت قبيل ان يموت ، لان المطالبة لا تسقط بموت الاصيل ، لان الدين واجب في الذمة والموت لم يدرع لاسقاط الحقوقي (١) ، ولما كانت مطالبة الكفيل فرع مطالبة الاصيل ، فلو سقط حق المطالبة عن الاصيل يسقط لامحالة عن الكفيل ، كان لا بد من فرض وجوب الاداء على الاصيل ، الامر الذي يقتضى ثبوت الذمة لسه ليتعلق بها الوجوب (٢) .

٢٦ - مقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بحقيقة الذمة :

وعلى ضوء بيان حقيقة الذمة في كلا الفقهين الاسلي والوضعي ، نجد ان الفقهاء متفقان على ثبوت الذمة للإنسان ، وان كانت حقيقتها تختلف في كلا الفقهين من عدة امور :

أولها : ان مفهوم الذمة في القانون يتخذ طابعا ماديا بحتا ، يظهر ذلك من تعريفها بأنها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية بينما هي في الشريعة الاسلامية وصف شرعي يصير به الانسان اهلا لماله ولما عليه ، ومن المؤكد ان الوصف الشرعي وان كان يمثل حقيقة شرعية الا انه يتجرد عن ذلك الطابع المادي الواضح في القانون .

(١) المغني- لابن قدامه - ج٤ ص٤٨٦ .

(٢) التوضيح - لصدر الشريعة - ج٢ ص١٧٨ ، وحاشية الشناراني عليه - نفس المكان السابق ، والقرير والنحسبير - ج٢ ص١٨٩ ، ومرتة الاصول - ج٢ ص٤٤٩ ، وكشف الاسرار - ج٤ ص١٤٣٤ .

ثانيهما : ان نطاق الذمة في الشريعة الاسلامية يتسع ليشمل كافة الحقوق والالتزامات المالية وغير المالية ، كالصلاة والصيام ، والحج ، وديون العباد وغير ذلك وكذلك الالتزامات المالية ذات الصبغة التعبدية كالزكاة وصدقة الفطر اما نطاق الذمة في القانون فقاصر على الحقوق والالتزامات المالية فقط .

ثالثها : ان الذمة في الشريعة الاسلامية تبدأ بالانسان ، ثم تنتهي الى ما يملكه من المال اما في القانون الوضعي فانها تبدأ بالمال ثم تنتهي الى الشخص .

رابعها : ان القانون يجعل من محتوى الذمة مجموعا تفتى عناصره بالقدر الذي يحدد ضوابط الضمان العام في الفقه الوضعي ، بينما الشريعة الاسلامية تفرق بين الذمة وما يتعلق بها من مال على يجعل التوثيق متدرجا مع مسؤولية المدعى حيث تبدأ الشخصية ثم تنتهي الى امواله وعلى هذا النحو تظهر جوانب التفرقة بين حقيقة الذمة في كل من الشريعة والقانون (١) .

(١) راجع في هذا المعنى : الدكتور عبد الرازق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج١ ص ٢١ وما بعد هامش (١) - طبعة ١٩٥٤ .

" المبحث الثاني -
تمليك الديون بالذمة "

٢٧- يعتبر الدين في فقه القانون التزاما محله أداء شيء يقوم به المدين للدائن فهو صورة من صور الحق الشخصي (١) يتعلق بالذمة ويمثل الجانب السلبي منها ، أو هو " التزام بسداد قيمة قرض أو لمقابل واجب السداد " (٢) وقد رأينا أن الذمة في القانون الوضعي ، مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية فالذمة بجانبها الإيجابي والسلبي تشكل وحدة متكاملة ، يضمن فيها مجموع ما للشخص أى حقوقه وأمواله التي تشكل الجانب الإيجابي ، مجموع ما على الشخص من التزامات ، وذلك وفقا لما ورد في المادة ١/٢٣٤ من التقنين المدني المصري ، والتي تنص على أن " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه " .

وعلى هذا فارتباط الدين بالذمة في الفقه الوضعي ، يمثل مع ما للشخص من حقوق وأموال وحدة تكون ما يسمى بالضمان العام للدائنين ، الذي يعطى لجميع الدائنين توثقا محدودا قد لا يستطيعون معه الوصول الى استيفاء حقوقهم كاملة ، لانهم محكومون بقاعدة المساواة في هذا الضمان العام على نحو ما سنرى .

وسوف نعالج مسائل هذا الموضوع في كل من الشريعة والقانون .

٢٨ - ارتباط الضمان العام بالذمة في القانون :

تشكل الذمة المالية في القانون وحدة قائمة بذاتها ، مستقلة عن مفردات ذاتية العناصر المكونة لها ، وهذا الكيان الذاتي للذمة يجعل الجانب الإيجابي فيها مستوعبا للجانب السلبي دون تحديد لمفردات كل منهما ، أو اعتبارا لما قد يطرأ على هذه المفردات ، وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامنا لمجموع التزاماته ، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بذاته من حقوق المدين أو أمواله بل يقع على الجانب الإيجابي من ذمة المدين برئته ، باعتباره ذاك كيان ذاتي مستقل عن ذاتية مفرداته أو محتوياته ، ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عام على جميع أموال المدين .

وقد أحسن المشرع المصري التعبير عن فكرة الضمان العام على النحو الذي أشارت اليه المادة ١/٢٣٤ من التقنين المدني ، والتي سلفت الإشارة اليهما ، حيث تفادى ما يشيع لدى الكثيرين من الفقهاء والكتابيين من مقولة أن الضمان العام للدائنين يقع على ذمة المدين وهو خطأ واضح ، إذ كيف تعتبر الذمة ضامنة للوفاء بديونه ، والذمة هي مجموع الحقوق

(١) دكتور عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ١ ص ١٨ .
(٢) H. K. Black & D.J. Latham Brown, An Out line of English law, P. 209. London, 1963 " A debt is of course simply an obligation to pay or repay money which is owed either because a sum has been borrowed or because something has been done for which payment is outstanding..."

والديون معا ، انما يضمن الجانب الايجابى من الذمة الجانب السلمى منها (١) .
ومثل هذا الضمان العام المقرر للدائنين يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق
الدائنية ، ذلك ان الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم سلطة مباشرة على شئ
أو عين معينة من أعيان المدين ، وانما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين ،
فاذا لم يف المدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع ديون هؤلاء الدائنين بدعوى
عدم ورودها مباشرة على عين معينة من اعيانه ، ذلك أن حقوقهم باعتبارها داخله نفسى
الجانب السلمى من ذمة المدين ، وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب ايجابى ،
انما تكون مضمونه الوفاء ، مجموع أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الدين بل يمتد الضمان الى
أمواله المستقبله غير أن هذا الضمان العام ، وأن كان يفيد الدائنين من هذه الناحية
فانه يجعل يد المدين حرة التصرف فى أمواله ، باعتباره ضمانا لا يثقل احد هذه الاموال
بالذات ، وانما يرد عليها كمجموع ذاتى مستقل (٢) .

واذا كانت فكرة الضمان العام ترد عند جمهور الفقهاء الى فكرة الذمة المالية وما تولده من
تقابل بين مجموع حقوق الشخص والتزاماته ، فتمه محاولات حديثة من جانب بعض الفقهاء
تتكررم ذلك الحاجة الى فكرة الذمة المالية لتبرير ضمان الدائنين العام .

فهذا الضمان عند هم لا معنى شيئا اكثر من حق الدائنين فى استيفاء حقوقهم جبرا على
المدين بالتنفيذ على أمواله ، فهو مجرد وسيلة فنية لاقتضاء وفاء المدين التزامه عند
امتناعه عن هذا الوفاء ، تحتسبها طبيعة مال للدائنين من حق شخص لا يجعل لهم سلطة
قانونية مباشرة على مال معين من أمواله ، بحيث يظل المدين محتفظا - كقاعدة عامة -
بحرية التصرف فى أمواله وبحيث يكون للدائنين التنفيذ على أموال المدين ، حتى ولو كان
دخولها فى ذمته لاحقا لتاريخ نشوء حقوقهم قبله ، ففى طبيعة الحق الشخصى اذا ما يقضى
فى تأصيل الضمان العام للدائنين عن فكرة الذمة المالية انه هو يشرع فى وجه المدين عند
عدم الوفاء عنصر المسؤولية غير المحدودة بمال معين من أمواله ، والتمتد الى ما تملكه

(١) دكتور حسن كيرة - نفس المرجع السابق - ص ٢٢ ، والدكتور شمس الدين الوكيل -
نفس المرجع السابق - ص ١٨ .

(٢) دكتور حسن كيرة - نفس المرجع السابق - ص ٢٤ ، والدكتور احمد سلامة - نظرية
الحق فى القانون المدنى - ص ٢٢٩ - طبعة ١٩٥٩ - والدكتور عبد الحى حجازى - نظرية
الحق - ص ٢٢٦ الطبعة الثانية ، والدكتور شفيق شحاته - محاضرات فى النظرية العامة
للحق - ص ٦٥ طبعة ١٩٤٩ ، والدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدنى - ص ٦٢
طبعة ١٩٦٧ ، والدكتور محمد لبيب شنب - مبادئ القانون - ص ١٩٨ طبعة ١٩٧٠ .

من مال وقت التنفيذ (١) ، ويتجه الفكر المنكر لفائدة هذا التصوير الى امكانية تفسير الضمان العام بوسائل أخرى ، تستجيب الى الواقع ، وتعفى عن الافتراض ، وتمثل في تحليل الالتزام الى عنصرى المديونية والمسئولية والاصل في كل التزام أن يستجيب المدين الى عنصر المديونية ، فينفذ الاداء الملقى على عاتقه وحق الدائن يتعلق بهذا الاداء فاذا امتنع المدين عن تنفيذ ، تحرك عنصر المسؤولية ويتمثل في سلطة الدائن في قهر المدين على تنفيذ ما التزم به ، أو تقديم مقابل لهذا التنفيذ ومسئولية المدين هنا مسئولية شخصية غير محددة ، ومن ثم تقتصر على ما يمتلك من أموال وقت التنفيذ عليه ، ولا تمتد الى أى مال تصرف فيه الى الغير ، وعلى هذا النحو تمثل مسئولية المدين عنصر الاجبار نفسى الالتزام ، ذلك الاجبار الذى لا ينصب على المدين في شخصه ، وانما يوجه نحو ما يمتلك من أموال . (٢)

٢٩ - خلاصة القول في هذا الاتجاه الفقهى الحديث :

ان الضمان العام يترجم عن مسئولية المدين عن الرئاء بالتزاماته مسئولية شخصية غير محددة بحال معين بالذات ، وانما ينصب على كافة الاموال التى يمتلكها المدين وقت التنفيذ عليه ولعل اخص ما يميز هذا الاتجاه أنه محاولة موفقه لتخليص القانون المدنى من تصوير افتراضى كاد أن يكتسب طابع القدسية ، يجعل من العسير بعدها التخلص من بعض النتائج الفاسدة التى تفضى اليها . (٣)

٣٠ - تعلق الديون بالذمة في الشريعة الاسلامية :

التوثق الذى يتحقق من خلال تقرير فكرة الضمان العام في فقه القانون يمكن حصوله من خلال تعلق الديون بالذمة في الفقه الاسلامى ، ولهذا يؤثر مقابلته به ، ليمسئ لنا عقد المقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بهذا الخصوص ، وبيان تعلق الديون بالذمة ينهى معه التعريف بالدين ، وبيان ما يصلح من الاموال أن يكون ديناً .

(١) انظر في بسط هذا الرأى : دكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ١١٩ ، ١٢٠ .

(٢) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ١٩ ، وأصول الحق - للدكتور مختار القاضى - ص ١٨٤ .

(٣) دكتور مختار القاضى - نفس المرجع والمكان السابقين .

٣١ - تعريف الدين لغة واصطلاحاً :

أولاً : تعريف الدين لغة :

الدين لغة : هو ماله اجل ، جاء في القاموس أن الدين ماله اجل ، وجمعه أديون وديون ، ورجل مدين ومديون ، ومدان عليه دين أو أكثر^(١) وفي لسان العرب " الدين في اللغة كل شيء غير حاضر"^(٢) والدائن يطلق على أخذ الدين وعلى المعطى له والأكثر استعماله في الثاني^(٣) والمدين والمديون من عليه الدين ، وقيل المديون كثير الدين وهي لغة بني تميم ، والحجازيون لا يقولون مديونا ، وإنما يقولون مدينا^(٤) .

ثانياً : تعريف الدين اصطلاحاً :

وفي اصطلاح الفقهاء تعددت تعريفاتهم للدين ، وسوف نشير الى عباراتهم في تعريفه في المذاهب المختلفة .

١- عند الحنفية :

عرفه الكمال ابن الهمام : " بأنه اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن شيء آخره كبذل المتلف والترض والمبيع وغير ذلك "^(٥) .
وعرفه أبو حنيفة بأنه : هو الفعل حقيقة ، أي فعل تملك المال أو تسليمه ، أي أن المقصود منه هو فعل الاداء^(٦) كما عرفه الحوي بأنه : " ما ثبت في الذمة من المال بسبب من الاسباب الموجهة له"^(٧) وعرفه الزيلعي : " بأنه وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة بما يقتضيه "^(٨) .

٢- وعند المالكية :

عرفه صاحب شرح منح الجليل بأنه : " الشيء الموصوف المتعلق بالذمة "^(٩) .

(١) القاموس المحيط - ج ٤ ص ٢٦ .

(٢) لسان العرب - ج ١٧ ص ٢٤ .

(٣) محيط المحيط - ج ١ ص ٧٠٢ .

(٤) لسان العرب - نفس المكان السابق .

(٥) فتح القدير - ج ٥ ص ٤٣١ .

(٦) نفس المرجع السابق - ص ٤١٩ ، والكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ ص ٦ والعناية

على فتح القدير - ج ٥ ص ٤١٩ .

(٧) الحوي - غمز عيون البصائر - ج ٢ ص ٢٠٩ ، وقد عرفه صاحب مرشد الحيران في العادة

١٦٨ بقوله " هو ماوجب في ذمة المديون بمقتد استهلاك مال أو ضمان نصب " .

(٨) تبيين الحقائق - ج ٤ ص ١٧١ ، وكشف الاسرار - للبيروني - ج ٤ ص ١٤٣٤ .

(٩) شرح منح الجليل - ج ٣ ص ٢٦ .

٣ - وعند الشافعية :

عرفه المطيعي شارح مهذب الشيرازي بقوله : " الدين عبارة عن معاملة احد الموضوعيين فيها نقدا ، والاخر نسيته " (١) .

٤ - وعند الحنابلة :

عرفه صاحب كشاف القناع بأنه الشيء الموصوف في الذمة الى اجل " (٢) .

٣٢ - موازنة بين هذه التعريفات :

وبالنظر في هذه التعريفات نجد أن عبارات الفقهاء في تعريف الدين ، وإن اختلفت في معناها ، إلى أنها تتفق في معنى الدين على حقيقتين :

الحقيقة الأولى :

أن الدين مال حكما ، وقد صرح بعض الفقهاء في تعريفهم له بما يفيد ذلك ومن لم يصرح منهم بما يفيد المالية في تعريف الدين ، عرفه بأنه شيء موصوف في الذمة . الخ ، أو ما يثبت في الذمة ، وهذه الأمور مال في الحكم ، ولها ما للأموال من أحكام ، وهذا يقتضي التعريف بالمال لغة واصطلاحاً .

والمال لغة :

هو ما ملكته من كل شيء ، قال صاحب القاموس : " المال ما ملكته من كل شيء " (٣) ، وجاء في لسان العرب ، كل ما يقبل الملك فهو مال عينا كان أو منفعة (٤) ، وقال ابن الأثير نسي النهاية " المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يمتن ويملك من الأعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الأبل لأنها كانت أكثر أموالهم " (٥) .

وفي اصطلاح الفقهاء :

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف المال ، ولكنها مع هذا الاختلاف تتقارب في مفهومها ويمكن رد تعريفات الفقهاء للمال إلى اتجاهين :

(١) كتاب المجموع - للمطيعي - ج ١٢ ص ١١٠ .

(٢) كشاف القناع - ج ٣ ص ٢٨٩ والفقهي لابن قدامة - ج ٤ ص ٣١٢ ، والشرح الكبير عليه - نفس المكان السابق .

(٣) القاموس المحيط - ج ٤ ص ٥٢ ، ومختار الصحاح - مادة مال - ص ٦٦ .

(٤) لسان العرب - ج ١٤ ص ١٥٨ .

(٥) النهاية - في غريب الحديث - لابن الأثير - ج ٤ ص ١١٤ - طبعة دار الكتب .

أولهما : لفظها الخنفيه :

وعندهم عرفه ابن عابدين بقوله : " المال ما يبيل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ^(١) وهذا التعريف يربط بين معنى المال في الشرع ، واشتقاقه اللغوي ، وان كان غير جامع لكل افراد المال ، فمن المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هي كالحضرات مثلا ولا يدخل في هذا التعريف كما لا يدخل فيه بعض الاموال التي لا يبيل اليها الطبع ، بسبب يحاقها ، كبعض الادوية والسوم ، مع انها أموال ، وقد عرفه صاحب مرشد الخيران في المادة ^(٢) بأنه : " ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة " وقيل " المال اسم لغير الادبي ، خلق للمصالح الآدمي ، وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ^(٣) .

ثانيهما : لجمهور الفقهاء غير الخنفيه :

وهم لا يشترطون في تعريف المال امكان احرازه وادخاره ، ولذلك يعرف عندهم بأنه " كل ماله قيمة مالية ، ويمكن الانتفاع به " ^(٤) يقول الامام الشافعي " لا يقع اسم مال الا على ماله قيمة يباع بها ، ويلزم تملكه ، وان قلت ^(٥) . ومن خلال تعريفات الفقهاء للمال ، نجد انهم متفقون على ان المال لا بد ان يكون متقوما شرعا ، وبالتالي فغير المتقوم ، كالميتة والدم ، وحفنة التراب ، لا يصدرق عليها اسم المال ، وهذا ظاهر في تعريف الخنفيه له بأنه ما يبيل اليه الطبع ، وتعريف الجمهور له ، بأنه ماله قيمة ، الخ ، والخنفيه يذكرون في تعريفه أنه ما يمكن حيازته وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تنسلح بطبيعتها للدخار والحيازة فلا تعتبر اموالا عند الخنفيه ، ولما كان الجمهور لا يذكرون ذلك في تعريفهم للمال ، بل يعرفونه بأنه ما يمكن الانتفاع به ، فتكون المنافع أموالا عندهم .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٤ ص ٣٥٥ البحر الرائق - شرح كز الدقائق - ج ٢ ص ٢١٧ ، وراجع رسالة الشيخ احمد أبو سنه - العرف والمادة في رأى الفقهاء - ص ١٣٦ ، ١٣٧ - مطبعة الازهر سنة ١٩٤٨ ، ومختصر احكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف - ص ٣ .

(٢) الحوى - غز عيون البصائر - ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٣) دكتور محمد زكريا البرديسي - الميراث - ص ٢٠ .

(٤) عن الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧ ، وراجع : الوانفقات للشاطبي - ج ١ ص ١٠ ، حيث عرفه بأنه ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره اذا أخذ من وجهه ، ويعرفه الحنابلة بأنه ماله منفعة مباحة لغير حاجه ، راجع ومنتهى الارادات - ج ١ ص ٨١٤ وكشاف القناع - ج ٢ ص ٧ ، والتمحيق - ج ٥ ص ٢١٧ .

وما تجدر الاشارة اليه أن فقهاء القانون يعرفون المال بما هو قريب من رأى جمهور الفقهاء حيث يعرف المال عندهم " بأنه كل شئ نافع للإنسان يصح أن يستأثر به دون غيره هو يكون محلاً للحقوق ، فالأموال بالمعنى القانوني هي الأشياء التي لها قيمة اقتصادية " (١)

الحقيقة الثانية :

تتمثل في صلاحية المال للثبوت في الذمة ، فإذا لم يكن المال صالحاً للثبوت في الذمة لا يعتبر ديناً ، وإنما يعتبر عيناً ، وذلك مثل الأشجار والجواهر والحيوان عند من يرون عدم صلاحية هذه الأموال للثبوت في الذمة .

وهذا تتحدد العلاقة بين الدين والمال ، فكل دين يعتبر مالا ، وليس كل مال يعتبر ديناً واختلاف الفقهاء في غير هذين الأمرين لا يعنيننا ، وإنما الذي يعنيننا هو ثبوت الدين نفسى ذمة المدين على وجه يمكن مطالبته به .

٢٣ - ما يصلح من الأموال أن يكون ديناً :

لم يعتقد فقهاء الشريعة الإسلامية مبحثاً خاصاً يبينون فيه ما يصلح من الأموال أن يكون ديناً وما لا يصلح وكل ما نجد في الكتب الفقهية المختلفة ، مسائل منثورة في أبواب متعددة كالبيع والسلم والقرض ويمكن للباحث من خلالها أن يستنتج ذلك .

ويظهر من خلال ما نراه الفقهاء أنهم يتفقون على أن ما يصلح أن يكون ديناً هو المال المنقسم الصالح للثبوت في الذمة ، إلا أنهم اختلفوا في بعض الأموال من ناحية صلاحيتها للثبوت في الذمة ديناً بكل سبب من أسباب الديون ، أم أن صلاحيتها للثبوت في الذمة تنصرف على بعض الأسباب دون البعض الآخر ؟ ، كما اختلفوا حول ماليتها بعض الأشياء ، وبالتالي صلاحيتها للثبوت في الذمة فقال بعضهم بماليتها ، وقالهم البعض الآخر وينبغي أن نذكر عبارات الفقهاء ، لنقف على آرائهم من خلالها :

١- عند الحنفية :

المال إن كان مثلياً ، وهو ما يضمن بمثله عند الهلاك ، كالكيل والموزون (٢) ، فهو صالح لأن يثبت في الذمة ديناً بكل سبب من أسباب الديون ، تعاقداً كان كالبيع والسلم والقرض والنكاح ، أم غير تعاقدي كالغصب والاتلاف ، وإن كان تبعياً فإن كان حيواناً فإنه يثبت

(١) دكتور محمد كامل مرسى - الأموال - ص ٥ الطبعة الثالثة سنة ١٤٤٣م والسهبورى -

الموسيط - ج ٨ ص ١٨١ ، ودكتور محمد عرفه - حق الملكية - ج ٥ ص ٥٥ ، وقد جاء نفسى المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني : " ان المال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية " ، راجع ج ١ ص ١٢٦ .

(٢) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٦ ص ٢٠٨ ، وحاشية ابن عابدين - ج ٤ ص ١٨٠ .

في الذمة ديننا اذا قيل بغير المال ، وذلك كان يكون مهرا أو بدل خلع^(١) ، وأما نسي
المعاوضات المحضة فإنه لا يثبت في الذمة فلا يجوز أن يكون مساماً فيه^(٢) ، وان كان
عقاراً ونحوه مما لا ينضب بالصفات الظاهرة كالجواهر واللآلئ ، والاشجار وغير ذلك ، فإنه
لا يصلح للثبوت في الذمة بأي حال من الأحوال^(٣) ، وأما المنافع فإنها لا تثبت في الذمة
ديننا الا اذا جعلت مهرا أو بدل خلع^(٤) .

٢ - وعند المالكية :

المكيل والموزون والعددي المتقارب^(٥) ، والمعرض التي تنضب بالصفة ، كالعددي
المتفاوت والمزروع والحيوان كل ذلك يصلح أن يكون ديننا في الذمة بكل سبب من أسباب
الديون^(٦) ، وأما العتار وما لا يمكن ضبطه بالصفة كالجواهر النفيسة ، وكل ما لا يقدر على
وفائه يمثله كالاشجار ، فلا يصلح أن يكون ديننا في الذمة ، وأما المنافع فإنها يصح أن تثبت
في الذمة ديننا في المهر وغيره^(٧) .

٣ - وعند الشافعية :

كل مال يملك بالبيع ويضبط بالصفة ، كالكيل والموزون والعددي والحيوان ، والمعرض
والمنافع يصلح أن يثبت ديننا في الذمة ، وأما ما يصلح للبيع ولا يضبط بالصفة ، كالعتار
والجواهر والاشجار وغير ذلك فإنه لا يصلح أن يكون ديننا^(٨) ، وقد حكى عن ابن الرفعة

(١) فتح القدير - ج ٥ ص ٣٣٠ ، " حيث يقرر ان ثبوت الحيوان في الذمة في المهر ونحوه
فلأن الحيوان فيه ليس مقابلاً بمال ، وهو ظاهر نتجى فيه المساهلة ، بخلاف ما اذا قيل
بمال ، فإنه تجرى فيه المشاحة فمملنا بذلك ، وقلنا ماوجب في الذمة بدل مال فيه كالبيع
ونحوه لا يجوز " ، وراجع حاشية الشلبي على التبيين - ج ٤ ص ١١٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين - ج ٤ ص ٢١٣ ، فتح القدير - ج ٥ ص ٢٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع - ج ٦ ص ٢٠٩ .

(٤) فتح القدير - ج ٣ ص ٢٠٧ ، والبحر الرائق - ج ٤ ص ٨٣ وما بعدها .

(٥) الفواكه الدواني - للشيخ احمد بن غنيم النفراوى المالكي - المتوفى سنة ١١٢٥ هـ - ج ٢ ص ٢٤٢ .

مطبعة السعادة سنة ١٣٣١ هـ .

(٦) المدونه الكبرى - ج ٩ ص ٢٥ ، ص ١٣٨ ، والخرشي - ج ٥ ص ٢٢٩ .

(٧) الفواكه الدواني - نفس المكان السابق .

(٨) المهذب للشيرازي - ج ١ ص ٢٩٦ ، ونهاية المحتاج - ج ٣ ص ٢١٩ .

انه يجوز اقراض جزء من داره وحمله السبكي على ما اذا لم يزد الجزء على النصف وقال :
لانه حينئذ يكون له مثل فيجوز اقراضه (١) .

٤ - وعند الحناابلة :

كل متعول يضبط بالصفة التي يختلف الثمن باختلافها ، كالمكيل والموزون والمزروع والحيوان
والمتاع يصلح للثبوت في الذمة ، أما مالا يضبط بالصفة ، كالمقار والاشجار وغير ذلك
فانه لا يثبت في الذمة دينا بأى سبب من أسباب الديون (٢) .

٥ - عند الظاهرية :

ذهب الظاهرية الى ان كل مال يحل تملكه وتمليكه بهيبة أو غيرها ، سواء جاز بيعه أو لم يجز
يصلح أن يثبت في الذمة اذا كان بدل قرض (٣) ، فيجوز ترص الكيل والموزون والمسددي
المتقارب والمتفاوت والمزروع والدور والارضين والاشجار والجواهر والمبيد والجوارى وغير
ذلك (٤) ويكون الواجب في ذمة المستقرض هو المثل حقيقة ، ان كان للشئ المقرض مثل حقيقة
كالمكيل والموزون والمثل خلقه بصورة ، ان لم يكن له مثل حقيقة كالحيوان ، والدور ولا يسلم
عندهم في شيء من الاموال الا الكيل والموزون (٥) .

٣٤ - رأى الفقهاء في تعلق بعض الاموال بالذمة :

أقول : وعن خلال بيان أقوال الفقهاء فيما يصلح أن يكون دينا ، وما يصلح ، إن الذمة
يتعلق بها كثير من الاموال ، وأن بعض هذه الاموال محل اتفاق من جميع الفقهاء كالمكيل
والموزون والعدد المتقارب ، وأن البعض الاخر منهما محل اختلاف من ناحية تعلقه
بالذمة ، وذلك كالحيوان والمقار والمتاع .

واختلاف الفقهاء حول تعلق هذه الاموال بالذمة يقوم على أساس أن بعضها ، قد لا يمكن
ضبطه بالصفات الظاهرة ، لتفاوت احادها على نحو يؤدي الى التنازع ، كما هو الشأن
في الحيوان والمقار ، وأن البعض الاخر منها مختلف في ماليته كالتناع .
وسوف نقوم ببيان آراء الفقهاء في تعلق كل نوع من هذه الاموال بالذمة ، وما استد لوا بسه
على قولهم في كل مسألة ، والمناقشات التي وردت عليهم ، وبيان الرأي الراجح .

(١) بغنى المحتاج - ج ٢ ص ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١٩ ، والمهذب بنفس المكان السابق .

ونهاية المحتاج - ج ٣ ص ٢٣١ .

(٢) الغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣١٣ - ٣١٧ ، ص ٣٥٦ وما بعد ها .

(٣) المحلى - ج ٨ ص ٧٧ .

(٤) نفس المرجع السابق - ص ٨٢ .

(٥) نفس المرجع السابق - ص ٥٠٢ .

٣٥ - أولا : تعلق الحيوان بالذمة :

يظهر لنا من عبارات الفقهاء ، أنهم مختلفون في تعلق الحيوان بالذمة على تولين :
أولهما : للحنفية والزهدية ، وحاصل توليمهم : " ان الحيوان لا يجوز ان يعلق بالذمة ولا يصلح للثبوت فيها اذا قيل بمال ، بأن كان مبيعا أو مسلما فيه أو قرضا " (١) ووافقهم الظاهرية في السلم حيث يقتصر عند هم على ماورد بشأنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم " من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم " ولما كان الحيوان غير مكيل ولا موزون فقد ابطالوا السلم فيه (٢) .

ثانيهما : لجمهور فقهاء المالكية والشافعية ، والحنابلة (٣) وحاصل توليمهم : أن الحيوان يجوز أن يعلق بالذمة ويصلح للثبوت فيها ، ولكل قول ادلتسه .

٣٦ - ادلة القبول الاول :

استدل اصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه بالسنة والاثار :
من السنة :

١- بما رواه الحسن عن سمرة قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة " (٤) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد افاد النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، وبالتالي فلا يصح ثبوته في الذمة لأن الثبوت في الذمة من احكام البيع ، ومثل البيع كل تصرف بمعاوضه ، لانه يقوم على المشاحسة .
مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

وتد نوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه :

الاول : قال صاحب نصب الرأية " قال البيهقي ، حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت " ، ثم قال البيهقي : " والحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة (٥) .

(١) فتح القدير - ج ٥ ص ٣٢٧ ، والروض النضير - ج ٣ ص ٣٣٢ .

(٢) المحلى - ج ٨ ص ٥٠٢ .

(٣) شرح الخريشى - ج ٥ ص ٢٠٣ ، وأسنى المطالب - ج ٢ ص ١٢١ ، وحاشية الشهاب الرطلى عليه - نفس المكان السابق ، ومعنى المحتاج - ج ٢ ص ١١٠ ، وتكملة المجموع - ج ١٣ ص ٣٠٤ ، وشرح منتهى الارادات - ج ٢ ص ٢١٥ .

(٤) رواه الخمسة ، وصححه الرمزي ، راجع فيل الاوطار للشوكاني - ج ٥ ص ٦٢٣١ ، صيل السلام

ج ٣ ص ٤٠ ، وما بعد ها ، وسنن ابن داود - ج ٢ ص ٢٢٤ .

(٥) نصب الرأية في تخریج أحاديث الهداية - ج ٤ ص ٤٩ .

وقد اجاب الحنفية على ذلك :

بأن الثقات ومنهم عبد الرازق قد صرحوا بشيئته ، ورواه الدارقطني في سنته ، والسبزار في سنده وقال البرزاري ليس في الباب ٣ اجل اسنادا من هذا كما صرح ابن عباس (١) غايصة مائة تمارض الوصل والارسال من الثقة ، والمعروف انهما اذا تمارضا كان الحكم للأول فيجب العمل به (٢) .

الثاني : قال النووي ٢ * والجواب عن الحديث من وجهين ، احدهما جواب الشافعي : أنه حديث ضعيف ، وثانيهما ، أنه محمول على أن الاجل في العوضين ، فيكون بيع دين بدين ، وقد نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الكالئ بالكالئ - أي الدين بالدين (٣) .

وقد أجاب الحنفية على ذلك :

بما قاله الكمال بن الهملم ، " ان حمل الحديث على بيع الكالئ بالكالئ ، تفيد له بلا موجب فلا يجوز الصير اليه (٤) .

الثالث : قال الحافظ بن حجر ، " ومنع الكوفيين واحد مطلقا لحديث سمرة المخسر في السنن ورجاله ثقات ، الا أنه اختلف في سماع الحسن من سمرة (٥) .

الجواب على ما نقله الحافظ بن حجر :

قال صاحب الجواهر الثني : " حسن الترمذي هذا الحديث ، وصححه ، وقال العمل عليه عند أكثر أهل العلم من الصحابة وغيرهم ، وهو قول الثوري ، وأهل الكوفة واحد ، ثم قال : " وسامع الحسن من سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني ، ثم قال : " ونسب الاستذكار ، قال ، قلت للبخاري في قولهم لم يسمع الحسن من سمرة الا حديث العتيقة قال : سمع منه احاديث كثيرة وجعل روايته عنه سماعا (٦) .

مناقشة كلام صاحب الجواهر النقسي :

وقد ورد على كلام صاحب الجواهر الثني اعتراضات ثلاثة : (٧)

- (١) نفس المرجع السابق - ص ٤٨ .
- (٢) فتح القدير - ج ٥ ص ٣٢٩ .
- (٣) المجموع - للنووي - ج ٩ - ص ٤٠٢ ، والحديث رواه الدارقطني ، وصححه الحاكم على شرط مسلم - راجع نيل الاوطار ، للشوكاني - ج ٥ ص ١٧٦ .
- (٤) فتح القدير - نفس المكان السابق .
- (٥) فتح الباري - ج ٤ ص ٢٨٥ .
- (٦) الجواهر الثني - مع السنن الكبرى للبيهقي - ج ٦ ص ٢٨٨ .
- (٧) راجع استاذنا الدكتور رمضان حافظ عبد الرحمن - الربا ، اصوله وعلته في الشريعة الاسلامية - ص ٩٩ وما بعدها - الطبعة الاولى - دار الكتاب الجامعي .

الاعتراض الاول :

قوله : صحح الترمذى هذا الحديث لا يلزم منه أن يكون صحيحاً عند غيره ، والناعدة أنه عند التعارض في الصحة والضعف يقدم قول الاحتفاظ والاعلم بالحديث ، ومن قال بالضعف الشافعى ، وهو نفيه فتقدم روايته على غيره ، وأن استويا حفظاً .

الاعتراض الثانى :

قوله : سماع الحسن من سمرة صحيح ، هكذا قال ابن المدينى ، مردود لان اكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة ، وقول الاكثرى تقدم على الواحد .

الاعتراض الثالث :

رواية البخارى تفيد ان الحسن سمع من سمرة أحاديث كثيرة ، ومن المحتمل الا يكون قد سمع منه حديث " نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة " اذ عبارة البخارى لا تفيد عموم السماع فى كل حديث ، واذا ثبت ان الحسن لم يسمع من سمرة هذا الحديث ، كما قال بذلك اكثر الحفاظ كان الحديث ضعيفاً (١) .

بشور أقول : هذا الحديث لا يدل على اثبات المدعى بشامه ، اذ المدعى عدم ثبوت الحيوان فى الذمة ، اذا تويل بمال ، أعصم من أن يكون ذلك المال المقابل له حيواناً مثله ، أو غيره من النفود وسائر العروض ، والحديث لا يفيد الا منع ثبوته فى الذمة اذا تويل بحيوان مثله فتكون الدعوى عامة والدليل خاص .

٢- واستدل الحنفية بما رواه الترمذى عن الحجاج بن ارطاة عن أبى الزبير عن جابر قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ، ولا باس به يدا بيد " (٢) .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث :

أنه قد دل على منع بيع الحيوان بالحيوان نسيئة مع التفاضل ، وابطاحته عند التقابض ، وفى هذا دليل على أنه لا يجوز ان يثبت فى الذمة ، والا لجاز بيعة نسيئة ، والسلم والقرض مثل البيع فى الثبوت فى الذمة أو عدمه .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث : بأنه من رواية الحجاج بن ارطاة ، وقد قال صاحب المغنى : قال ابو عبد الله - يعنى احمد بن حنبل - هذا حجاج زاد فيه نساء ، وليت بسن سمد سمعه من أبى الزبير ولا يذكر فيه نساء ، وحجاج هذا هو حجاج بن ارطاة فقال يعقوب بن شيبة : هو واھى الحديث وهو صدوق (٣) .

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) فتح القدير - ج ٥ ص ٣٢٩ .

(٣) المغنى - لابن قدامة - ج ٤ ص ١٣٢ .

ومن الأنبياء :

استدل أصحاب القول الاول بما روى عن الصحابة من الآثار التي تدل على عدم جواز ثبوت الحيوان في الذمة .

ومنها : ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : ان من الربا أبوابا لا تفي وان منها السلم في السن (١) .

ومنها : ما رواه أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال : دفع عبد الله بن مسعود الى زيد من خويلة الكبرى مالا مضاربة ، فاسلم زيد الى عتريس ابن عرتوب الشيماني في ثلاثين (٢) فلما احلت اخذ بعضها ، وبقي بعض ، فأعسر عتريس وبلغه ان المال لمبيد الله ، فأناه يسترفقه فقال عبد الله : أفعل زيد ؟ قال : نعم ، فأرسل اليه فسأله ، فقال عبد الله : اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ، ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان (٣) .

ووجه الدلالة في هذه الآثار :

ان الآثار الاول قد دل على أن السلم في الحيوان من أبواب الربا ، فهو غير جائز ، وبالتالي لا يصح أن يثبت الحيوان في الذمة ، وأما الآثار الثاني ، فقد ورد فيه النهي عن السلم في الحيوان ، فلا يصح ثبوته في الذمة ، ومثل السلم كل تصرف يترتب عليه مثل هذا الحكم .

مناقشة الاستدلال بهذه الآثار :

و قد نوقش الاستدلال بهذه الآثار من وجهين :

الوجه الاول :

قال صاحب التتبع : ^٤ إن فيها انقطاعا (٤) .

الوجه الثاني :

أقول : على فرض صحة الاستدلال بهذه الآثار ، فهي آراء صحابة ، وقد عارضت بالأحاديث الصحيحة التي تدل على خلافها ، وهي لا ترقى الى معارضتها ، فلا يصح الاحتجاج بها في مقابلتها .

٣٧ - أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه من السنة والقياس والآثر :

- (١) الجوهر النقي - مع السنن الكبرى للبيهقي - ج ٦ ص ٢٢ .
- (٢) الثلاثين - جمع قلوص ، وهي الناقصة الشابة .
- (٣) نفس المرجع السابق - ص ٢٣ ، ونصب الراية - ج ٤ ص ٤٦ .
- (٤) نصب الراية - نفس المكان السابق .

من السننة :

١- بما روى عن عبد الله بن عمر انه قال : أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم أن ابعت جيشا على ابل كانت عندي ، قال : فحملت الناس عليها ، حتى نفذت الابل وقد بقيت بقية من الناس لاظهر لهم ، فقال : ابتع ابلا بقلائن من ابل الصدقة السبي محلها ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة . (١)

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان رسول الله - صلى الله عليه وسلم ، قد امر عبد الله ، ان يشتري ابلا بأبل موجله في الذمة وقد نفذ عبد الله ذلك ، فدل هذا على جواز ثبوت الحيوان في الذمة .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

قال صاحب نصب الراية : " هذا الحديث ضعيف مضطرب الاسناد كما قال ابن القطان في كتابه (٢) ، أما ضعفه ، فلان فيه مجهولين ، هما عمر بن خريس ، ومسلم بن جبير ، وأما اضطرابه فقد جاء من أنه تارة يذكر في سند يزيد بن أبي حبيب ، وتارة لا يذكر مرة يقدم فيه أحد الرواة على الاخر ، وتارة يؤخره ، فمن اجل ذلك وقع فيه الاضطراب (٣) فلا تقوم به حجة .

رد مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

اجاب الجمهور عن ذلك بأن ابن حجر العسقلاني وهو ممن يعتد به توى اسناد هذا الحديث ، وأن البيهقي قد اخرجه عن طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، وهي طرق صحيحة تقوم بها الحجة (٤) .

٢- بساوي عن ابن رافع قال : " استلف النبي - صلى الله عليه وسلم - بكرا فجاءته ابل الصدقة وأمرني أن أقضى الرجل بكرة ، فقلت أني لم أجد في الابل الاجلأخيارا راعيا فقال : اعطه اياه فان من خير الناس احسنهم قضاء " (٥) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد دل على ان الحيوان مما يثبت في الذمة ، والحديث وان كان نصا في القرض ، فالسلم والبيع مثله في الثبوت في الذمة نياخذ حكمه .

(١) نيل الاوطار - للشوكاني - ج ٥ ص ٣٠٤ .

(٢) نصب الراية - ج ٤ ص ٤٧ .

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي - ج ٥ ص ٢٢٨ .

(٥) السنن الكبرى - ج ٦ ص ٢١ ، ونيل الاوطار - ج ٥ ص ٢٥٩ ، وسبل السلام - ج ٣ ص ٥٢ .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

ويتجه على هذا الحديث والذي قبله ، انهما معارضان بحديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وهما مباحان ، وهو محرم ، والقاعدة أنه اذا اجتمع المحرم مع المباح قدم المحرم عند التعارض لانه احوط فيكون حديث المنع أقوى (١) .

رد مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

يقول الشوكاني : " الاحاديث وان كانت متعارضة في المنع من بيع الحيوان بالحيوان ، والجواز ، وعلى تسليم ان المنع هو الراجح ، الا أن حديث أبي رافع ، قد ورد برواية اخرى عن أبي هريرة ، والمراس ابن سارية ، وهذه الروايات مخصصة لمعوم النهي (٢) .

ومسن القياس :

تالسوا : بأن الحيوان يصير معلوما ببيان جنسه وسنه وصفته ، ويصير التفاوت مفتقرا كما يفتقر في المثل ، فيصح أن يثبت في الذمة كالمكيل ، وقد ثبت في الذمة صداقنا فيثبت في غيره كالثياب (٣) .

مناقشة الاستدلال بهذا القياس :

يقول ابن الهمام : " هذا قياس مع الفارق ، لان الكيل يمكن ضبطه على وجه يتفق معه التفاوت المتقضى الى النزاع ، وليس الحيوان كذلك ، فانه بعد ذكر جنسه ، ونوعه وصفته ونسبه يبقى هناك تفاوت فاحش بين افراد ، في المعاني الباطنة بحيث لا يمكن ضبطه ضبطا يرفع ذلك التفاوت عنه ، وكذلك الثياب اذا التفاوت بينها يصير فاقترقت عن الحيوان ، ويبقى أن يكون مرد ذلك الى السنة (٤) ؟

واستدلوا من الاثني عشر :

- ١ - بما روى عن علي كرم الله وجهه أنه باع جملا يدعى عصيفيرا بأربعة ابعرة ، أو بعشرين بعيرا الى اجل .
- ٢ - وما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أنه باع بعيرا له بأربعة الى اجل (٥) .

(١) فتح القدير - ج ٥ ص ٣٢٨ وما بعد ها .

(٢) نيل الاوطار - ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٣) الروض النضير - ج ٣ ص ٣٣٢ وما بعد ها ، والمفتي لابن قدامة - ج ٤ ص ٣١٥ .

(٤) فتح القدير - ج ٥ ص ٣٢٨ .

(٥) المفتي لابن قدامة - ج ٤ ص ٣١٥ .

وجه الدلالة من هذين الاثرين :

ان فعل على وابن عمر قد دل على أن الحيوان ما يثبت في الذمة ، وصدور هذا الفعسل
منها ، يرجع جانب العمل بالاحاديث الواردة في هذا الباب ، فالأثران يدلان على
ماتدل عليه تلك الاحاديث ، وهو ثبوت الحيوان في الذمة .

مناقشة الاستدلال بالاثـر :

أقول : ويمكن أن يتناقض استدلال الجمهور بهذين الاثرين ، بماورد من مناقشات
على الآثار التي استدلت بها اصحاب القول ، من أنها آراء لأصحابها ، معارضة بغيرها
وبالاحاديث التي تدل على خلاف ماتدل عليه فلا تقوم بهما حجة .

٣٨ - الرأي الراجح - ومبررات الترجيح :

وعلى ضوء بيان كل قول وما استدلت به ، فأنتى ارجح القول الثاني الذي يقرر جواز ثبوت
الحيوان في الذمة للاعتبارات الآتية :

الاعتبار الاول :

ان اصحاب القول الاول قد استدلوا لقولهم بأدلة نوقشت من اصحاب القول الثاني وتسد
ردوا على بعض هذه المناقشات بينما سكتوا عن البعض الآخر ، بينما رد أصحاب القول الثاني
ماورد على ادلتهم من مناقشات ، الامر الذي يترجح معه جانب القوة فيما أوردوه من ادلته .

الاعتبار الثاني :

ان الأحاديث التي استدلت بها اصحاب القول الاول ، والتي فهموا منها أنها تدل على
عدم ثبوت الحيوان في الذمة ، يمكن حيلها على ما اذا كان النساء من الجانبين ، أى يبيح
الدين بالدين وهو منهي عنه ، والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال .

الاعتبار الثالث :

ان القول بثبوت الحيوان في الذمة ، من شأنه أن يوسع من نطاق فكرتها لتشمل انواعا كثيرة
من الاموال لتعلق بها وتطلب من خلالها ، وفي هذا تسهيل لأهتصاء حقوق الناس وتأكيد
لمبدأ المسؤولية الشخصية عن الديون .
ولهذا الاعتبارات فأنتى ارجح ماذهب اليه أصحاب القول الثاني .

٣٩ - ثانيا : تعلق المقار بالذمة :

وعلى ضوء نصوص الفقهاء فيما يصلح ديننا وما يصلح ، نجد أنهم يختلفون في ثبوت المقار وتعلقه بالذمة على قولين :

أولهما : للظاهرية ، وحاصل قولهم : ان المقار يجوز أن يتعلق بالذمة وثبت فيها لانه يصح تملكه ، وكل مال يصح تملكه يجوز ان يثبت في الذمة في سبب القرض يقول ابن حزم : " والقرض جائز في الجوارى والمبيد والدواب ، والدور والارضين وغير ذلك " (١) .

ثانيهما : لجمهور الفقهاء غير ابن حزم ، وحاصل قولهم : ان المقار ونحوه لا يجوز ان يتعلق بالذمة أو يثبت فيها ، لانه لا يمكن ضبطه بالصفات الظاهرة ، وبالتالي فان تعلقه بالذمة أمر متعذر الحصول (٢) ، ولكل دليله .

٤٠ - دليل القبول الاول :

استدل اصحاب القول الاول لماذ هبوا اليه من الكتاب :

يقول اللقائي : " يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه (٣) وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة :

ان الله سبحانه وتعالى قد عم الدين ولم يخص مثليا أو غيره ، وتخصيص الدين بالمسئى وبالتالي ثبوته في الذمة دون المقار ونحوه ، تخصيص بالرأى الفاسد بخير قرآن ولا منه فلا يجوز (٤) واذا ثبت عدم جواز التخصيص ، دخلت كل أنواع المال في جنس الدين وبالتالي يجوز تعلقها بالذمة ، والمقار من بين هذه الاموال .

مناقشة استدلال اصحاب القول الاول بالآية :

أقول : ويمكن أن يناقش استدلال اصحاب هذا القول بعموم الآية على جواز القرض في جميع الاموال ومنها المقار وبالتالي ثبوتها في الذمة ، بأن الآية ليس فيها ما يستدل على ذلك ، ان ليس فيها الا امر بكتابة الدين والاعهاد عليه اذا كان موجلا سنواه كان الدين صغيرا أم كبيرا ، والآية لم تشر من قريب أبو يعيد الى ما يصلح من الاموال ان يكون ديننا وما يصلح ، ويكون ما فهمه اصحاب هذا القول ، من الآية الكريمة لا يوجد ما ذهوا اليه .

(١) المجلسي - ج ٨ ص ٨٢ - مسألة : ١٢٠١ .

(٢) معنى المحتاج - ج ٢ ص ١١٩ ، عوائد الصنائع - ج ٢ ص ٣٩٤ ، والخرشى ج ٢ ص ٦٢٩ ، وكشاف القناع - ج ٣ ص ٢١٩ .

(٣) البقرة - آية : ٢٨٢ .

(٤) المجلسي - ج ٨ ص ٨٢ .

٤١ - دليل القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه :
بأن الثبوت في الذمة مختص بماله مثل حقيقة أو صورة ، والعتار وما يشبهه من الاموال
التي لا تنضبط بالصفات الظاهرة ، لا مثل لها لا في الحقيقة ولا في الصورة ، أما الاول
فظاهر ، وأما الثاني ، فلان هذه الاموال تختلف افرادها اختلافاً جديداً يتعذر معه
التماثل في الصورة ، فالعتار مثلاً تختلف افرادها باختلاف البقاع والهيئات ، وقوة البنساء
وجودة الأرض وغير ذلك ، واذا ثبت ان هذه الاموال لا مثل لها حقيقة أو صورة فان ذلك
يجعل ثبوتها في الذمة أمراً مستحيلاً ، ومن ثم لا يجوز (١)

الرأى الراجح :

ونظراً لقوة الحجة التي يستند عليها القول الثاني فأنتى أرجح ما ذهب اليه .

٤٢ - ثالثاً : مالية المنافع وتملقها بالذمة :

اختلف الفقهاء في مالية المنافع وبالتالي ثبوتها في الذمة على تولين :

أولهما : لجمهور الفقهاء غير الحنفية ، وحاصل قولهم ، إن المنافع مال فيجوز
ثبوتها في الذمة ديناً في المهر والخلع وغيرها ، يقول الشيخ زكريا الانصارى : " المنافع
المتقومة تضمن بالتفويت " (٢) ويقول صاحب شرح منتهى الارادات " وهن ، أي المنافع
مال يجوز اخذ العوض عنه " (٣) وورد في حاشية الدسوقي : " لو غصب المنفعة لذات من
دار أو دابة أو غيرها فإنه يضمن قيمة المنفعة التي استولى عليها " (٤) .

ثانيهما : للحنفية ، وحاصل قولهم ان المنافع ليست مالا ، وانما هي ملحقه بالاموال
في باب المهر والخلع فقط فيجوز ان تثبت في الذمة فيهما دون غيرها (٥) ولكل دليله .

- (١) تكملة المجموع للمطيمي - ج١٢ ص١٤٦ ، وشرح منتهى الارادات - ج٢ ص٢١٤
وتبيين الحقائق للزليعي - ج٤ ص١١١ ، والخرشي - نفس المكان السابق
- (٢) السني المطالب - ج١ ص٣٤٣ وحاشية الشهاب الربلي عليه - نفس المكان السابق .
- (٣) شرح منتهى الارادات - ج٢ ص٤٠١ .
- (٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج٣ ص٤٥٢ .
- (٥) التوضيح - لصدر الشريعة مع ملاحسرو - ج٢ ص٩٨ وما بعد ها .

٤٣ - دليل القسول الاول :

استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا اليه من الكتاب ؛
يقول الله تعالى : " وأحل لكم ماوراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم محضين غير مسافحين
فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة " (١)
وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة :

أنها قد أفادت بأن المهر لا يكون الا مالا ، لانه هو الذي يبتغى به العرض ، ولما كانت
المنافع يجوز ان تقع مهرا فتكون مالا وفقا لنص الآية الكريمة ، وقد صح أن المنافع ونعمت
مهرا في قصة نبي الله موسى ، قال تعالى : " قال إني أريد أن اتكحك احدي ابنتي
هاتين على ان تأجرني ثمانى حجج ، فان اتمت عشرا فمن عندك " (٢) ، وشرع من قبلنا
شرح لنا ما لم يرد دليل ناسخ ، واذا صح ان المنافع تقع مهرا فتكون مالا ، واذا كانت
مالا فيجوز أن تثبت في الذمة ، ولهذا تضمن بالتفويت والغصب وفي الاجارة (٣) .

مناقشة استدلال الجمهور من الكتاب :

وقد ناقش الحنفية استدلال الجمهور على مالية المنافع بالاية الكريمة من وجهين :

الوجه الاول :

ان تقوم المنافع في عقد النكاح ، ليس لانها متقومة في ذاتها ، فتجرى في غيره ، لان ما ليس
بمستقوم في ذاته لا يصير بمورود العقد عليه متقوما ، وانما تقومها في عقد النكاح ثبت بالرضا
فصارت متقومة به على خلاف الاصل ، اذ لا تقوم بلا احراز ، واذا كان تقومها على خلاف
الاصل فلا يقاس عليه (٤) .

الوجه الثاني :

ان المنافع في عقد النكاح غير مقابلة بمال ، فيجرى التساهل فيها ، بخلاف غير النكاح
لانطوح تقومها في غيره فأنها تتقابل بالمال وتكون مبنية على المشاحة ، فلا يجرى التساهل
فيها في غير النكاح ومنع تقومها فيه لذلك (٥) .

(١) النساء - آية : ٢٤ .

(٢) القصص - آية : ٢٧ .

(٣) مفتى المحتاج - ج ٢ ص ٣٣٩ ، وكشاف النواع - ج ٣ ص ٥٦١ ، وجواهر الاكليل -
ج ٢ ص ١٥١ .

(٤) التوضيح ، مع ملاحظه - ج ٢ ص ٩٩ .

(٥) فتح القدير - ج ٥ ص ٤٦١ .

٤٤ - دليل القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بأن وصف المالية انما يثبت للاشياء التي يمكن احرازها وادخارها لوقت الحاجة ، اذ المال كما رأينا - هو ما يحيل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة^(١) والمنافع لا يمكن ادخارها لانها من الاعراض التي لا تبقى زمانين فصاعدا ، وانما تكتسب شيئا فشيئا ، وبعد الاكتساب تفنى ولا يبقى لها اثر ، وكما يقول صدر الشريعة : " هي غير متقومة الا لتقوم بلا احراز ولا احراز بلا بقاء ، ولا بقاء للاعراض^(٢) ، واذا ثبت ان المنافع ليست مالا فلا يجوز ان تثبت في الذمة ، الا في المهر لتقومها فيه بالمعنى استثناء خلافا للاصل^(٣) .

مناقشة استدلال القول الثاني :

أقول : ويمكن ان يناقش استدلال الحنفية على قولهم ، بأن المالية لا تثبت الا بالاحراز والادخار بأن ذلك لم يتم عليه دليل من كتاب أو سنن أو لغة ، ولو صح فليس يلزم في المسال ان يحجز ويحاز بنفسه ، بل يكفي ان يحاز بحيازة أصله وبعده ، ولا شك ان المنافع تحاز بحيازة محالها ومصادرها .

واترار الحنفية بجواز وقوع المنافع مهنرا بعد اعترافا منهم بماليتها ، لان المالية ووصف لا يتجزأ ، ولا يستقيم بعد ذلك القول بأن المنافع ليست مالا ، واذا ثبت ماليتها المنافع فانها يصح أن تثبت في الذمة دينا ، وتكون مما يدخل فيها ويتعلق بها .

الرأى الراجح :

والقول الراجح في نظري هو الاول ، لقوة ادلته ، وموافقته لما جرى عليه تعامل الناس .

٤٥ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بارتباط الديون بالذمة نجد أن القانون يربط بين ديون الشخص وحقوقه ، في وحدة تتكون منها ذمته ، بحيث يضمن ماله من حقوق وأموال ، ماعليه من ديون والتزامات ، وينشأ من ذلك ما يعرف بالضمان العام للدائنين على أموال البديين .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج٤ ص ٣ .

(٢) التوضيح - مع من لا يخشون - ج ٢ ص ١٨ .

(٣) نفس المرجع السابق - ص ١١ .

فالضمان العام في فقه القانون ينسب الى الذمة كجموع من المال بحيث تتحدد مسؤولية المدين عن ديونه بمقدار هذا المجموع ، فاذا لم يوجد لا يتحقق الضمان ، وهكذا فالفقه الوضعي يربط بين مسؤولية المدين ، ومجموع ما عقده من اموال ، ولا ينظر الى شخص المدين الا من خلال هذا المجموع .

أما الشريعة الاسلامية فأنها تؤكد مسؤولية المدين من خلال ذاته كشخص شرفه اللبسه بالتكليف ، وحياة بالعقل ، وجعله بما قدر فيه من ذمة ، اخلا بذاته لتحقيق التوثيق ، والواضح أن الفقه الاسلامي بهذا ، قد تلاشى منذ البداية الاثار الضارة التي يمانى منها الفقه الوضعي بسبب التركيز على اموال الشخص وانقال ذاته في الضمان العام ، حيث أكد بذلك مبدأ المسؤولية الشخصية ، ودعمه ، ليواجه بالحزم من يقوم بتهريب امواله من المدينين ليفوت على دائته فرصة استيفاء حقه منها ، وهو بهذا قد وفر على المتعاملين كثيرا من الدعاوى والاجراءات التي تفرها القانون الوضعي للوصول الى تلك الغاية ، فاكتمل التوثيق طابعا عمليا سليما يحقق الغاية من تعلق الديون بالذمة ، ويسلم ما قد يترتب على تطبيق القانون من مخاوف لبعض الدائنين .

الفصل الثاني

نطاق مسؤولية المدين عن الديون

٤٦ - يتحدد نطاق مسؤولية المدين عن ديونه في القانون ، وفقا لما تنص عليه المادة (٢٣٤) من التقنين المدني المصري وما يقابلها من التقنينات الاخرى وقد جاء فيها : " ان اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وان جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم وفقا للقانون " .

وعلى ضوء تلك المادة تتحدد مسؤولية المدين بفكرة الضمان العام حيث تقتصر على ما يملكه المدين من اموال وقت التنفيذ عليه . فقد قرر القانون ان مجموع اموال الشخص بضمن ما عليه من ديون . والتوثق الذي يتحقق من خلال هذا الضمان العام يمكن تحصيله من خلال مسؤولية المدين عن ديونه في الشريعة الاسلامية حيث لا تقتصر المسؤولية على مال المدين بل تمتداه الى شخصيته فيبدأ بمطالبته بالدين أولا .

والدائن حين يمارس حقه في مواجهه مدينه لا تقتضاه دينه محكوم بمبدأ التساوى في الضمان العام مع غيره من الدائنين ، حتى لا يستأثر بأخذ حقه دون دائن آخر اذا لم تكف اموال المدين لسداد كل الديون . ما دام لا يملك حق التقدم عليه وفقا للقانون .

فلمسؤولية - اذن - شأن ، اولهما يتعلق بالمدين ، ويجعل نطاق المسؤولية محدودا بالضمان العام اي بما يملكه من اموال وقت التنفيذ عليه ، وثانيهما ، يتعلق بالدائنين ويجعل حقم في ممارسة المسؤولية تجاه المدين محكوم بمبدأ المساواة نسي الضمان العام .

وسوف تعالج نطاق مسؤولية المدين عن الديون من خلال مبحثين . نخصص اولهما لبيان طبيعة مسؤولية المدين عن الديون ، وثانيهما ، لبيان مبدأ التساوى في الضمان العام وذلك في كل من الشريعة والقانون .

البحث الأول

طبيعة مسؤولية المدين عن الديون

٤٧ - يتخذ شكل المسؤولية في فقرة القانون طابعا ماديا ، يمكن ادراكه من خلال تحديد المسؤولية بما يملكه المدين من مال وقت التنفيذ عليه ، فيما يعرف بالضممان الحام . الذي يحقق للدائنين نوعا من التوثق قد يستطيحون من خلاله ان يصلوا الى كامل حقوقهم أو بعضها . وهذه الدرجة من التوثق يمكن الوصول اليها من خلال مسؤولية المدين عن ديونه في الشريعة الاسلامية .

والضمان العام . اصطلاح قانوني يقابل في الشريعة الاسلامية التوثق العام . حيث تتقارب فكرة التوثق العام مع ما يرمى القانون الى تحقيقه من خلال الضمان . وان كانت طبيعة المسؤولية تختلف في كلا الاتجاهين ، وسوف نبين طبيعة المسؤولية في كل اتجاه ثم نعتقد في النهاية موازنة بين الشريعة والقانون لبيان أوجه الاتفاق والافتراق بينهما .

٤٨ - طبيعة المسؤولية عن الديون في القانون :

إذا تحقق الالتزام بالدين وشغلت ذمة المدين به فمن المفروض ان يلتزم بأداء الواجب الملقى على عاتقه استجابة الى عنصر المديونية اداء اختياريا دون جبر أو اكراه . فإذا ما أحجم المدين عن الاداء الاختياري تحرك عنصر المسؤولية ، الالتزام حيث هيا القانون (١) للدائن أن يستعين بالتنفيذ الجبري ليجبر مدينه على الاداء اذا لم ينفذ ما التزم به باختياره وهذا ما عبرت عنه المادة ١ / ١٩٩ من التقنين المدني المصري بقولها : " ينفذ الالتزام جبرا على المدين " .
ولما كانت المسؤولية في الضمان العام محددة بما يملكه المدين من أموال وقت التنفيذ عليه ، فان الدائن حين يباشر سلطاته في مواجهة مدينه ، انما يرمى الى الحصول على حقه من مال المدين ، وذلك عن طريق التنفيذ العيني للالتزام (١) .

- (١) دكتور شمس الدين الوكيل - نظرية التأمينات في القانون المدني - ص ٩٠ ، ١٠٠ -
الطبعة الثانية ، دكتور اسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ص ٩ طبعة ١٩٦٢ م .
(٢) وقد جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية - ص ٢٠ ، ٥١ " أن التمويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخيري أو بدلي ، فهو ليس موكولا للتخيير لان رخصة العدول عن الوفاء عينا الى الوفاء بمقابل غير ثابتة لاى من المتعاقدتين سواء في ذلك الدائن أو المدين ، فمن واجب الثاني أن يعرض الوفاء عينا ومسن واجب الاول قبول هذا الوفاء ، وهو ليس بالبدليل لان المدين لا يملك عرض الموضوع النقدي ما بقى الوفاء العيني ممكنا " .

كهد فدرئيسى يسمى الدائن اليه .

وذلك أن الدائن لا يحصل على ارضاء كامل الا بقيام المدين بتنفيذ الاداء الذى التزم به فعلا ، ومن هنا انصرف جهد المشرع الى تمكين الدائن من هذا التنفيذ المعينى كلما تيسر ذلك ، وادراك هذه الغاية لا يتحقق على أتم وجه الا اذا أقبل المدين على التنفيذ طائعا مختارا ، ولكن الامر يتعمد حينما يحجم المدين عن التنفيذ ، هنا يتحرك عنصر الاجبار فيستمين الدائن بما هيا القانون من وسائل ينتصر بها على ارادة المدين الذى عقد العزم على عدم التنفيذ^(١) .

وأول ما ينهض مراعاته في هذا الشأن ان سلطة الاجبار التى تمثل عنصر المسئولية في الالتزام لا تخول للدائن أن يستخدم العنف في مواجهة المدين ، وذلك أن المشرع الحديث حرم كقاعدة عامة استخدام جسد المدين كوسيلة للضغط عليه وحمل ارادته على تنفيذ الالتزام ، ومن هذا فقد اصطنع المشرع أدواغا اخرى لا تسلم المدين في شخصه ، من شأنها تمكين الدائن من التنفيذ المعينى ، وهذه الادوات تتفاوت في قدرتها على ادراك الهدف منها وتباين بحسب اختلاف طبيعة محل الالتزام .

ولما كان حق الدائن في الضمان العام . حقا شخصيا ، لا يتسلط على عين معينة من أموال المدين ، وانما يأتي على مجموعها كوحدة تكون عناصر هذا الضمان العام ، فان عنصر الاجبار في هذا النوع من التزام المدين يتمثل في بيع ما يملك لسداد الدين من مال المدين عن طريق المزاد العلنى اذا لم يتم المدين بتنفيذ ما التزم باختياره ، ولهذا يقر الفقهاء ان الالتزام يدفع مبلغ من النقود يحتمر مكننا دائما ، ولا يحتمر التنفيذ المعينى لهذا الالتزام مستحيلا ، طالما يملك المدين ما^(٢) اذ التزم من تكون لديه هذه المبالغ أن يؤدي منها للدائن قدر مساويا لدينه مع ملحقاته ، وبذلك يتم التنفيذ الجبرى للالتزام^(٣) اما اذا كانت الاشياء المحجوزة من غير النقود كسيارة او بقرة او قطعة ارض فانه يتبع

(١) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ١١

(٢) دكتور اسماعيل غانم - احكام الالتزام - ص ١١ - فقرة (٧) ، والسنهورى الوسيط - ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) دكتور محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - ص ٢٤٧ .

الحجز، وبيع الشيء المحجوز بالمزاد العلني، وفقاً للإجراءات التي يقرها قانون المرافعات، وتتخذ هذه الإجراءات بواسطة المحضرين تحت إشراف القضاء، ويقوم الراس عليه المزاد بالوفاء بالثمن الذي اشترى به ويودع هذا الثمن خزانة المحكمة، ويقوم الدائن الحاجز باستيفاء حقه من هذا الثمن (١) .
وتختلف طرق الحجز باختلاف طبيعة المال المراد الحجز عليه وباختلاف كونه نفس حيازة غيره، فإذا كان المال منقولاً مادياً في حيازة المدين حصل التنفيذ بطريق حجز المنقول لدى المدين، وإذا كان ديناً في ذمة الغير أو منقولاً في حيازته حصل التنفيذ بطريق حجز ما للمدين لدى الغير، وإذا كان عقاراً حصل التنفيذ بطريق التنفيذ على العقار مع ملاحظة أن طريق التنفيذ لا يؤثر في ذات الحق أو الالتزام (٢) .
إن الالتزام لم يتغير وإنما التغيير قد أصاب طريقة التنفيذ، فيعد أن كان عينياً أصبح بمقابل وبعبارة أخرى عدم إمكانية التنفيذ المعنى المباشر للالتزام لا يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ونشأة التزام آخر على عاتق المدين (٣).

وقد يتحقق عنصر الاجبار عن طريق الاكراه المالي أو التهديد المالي (٤) ، وذلك في حالة ما إذا حاول المدين بأية وسيلة أن يتهرب من تنفيذ التزامه باختياره، وقد نظم المشرع أحكام التهديد المالي في المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني المصري حيث يبرئ إلى حيل المدين على تنفيذ الاداء الملقى على عاتقه عن طريق حكم يلزم المدين بالتنفيذ المعيني، وبدفع مبالغ معينة من النقود يحكم باستحقاقها في الغالب من الامر على فترات متلاحقة كلما استمر المدين في امتناعه عن التنفيذ وللقاض أن يزيد من تسدر هذه المبلغ إذا أصر المدين على رفض التنفيذ، وهذه المبالغ تتميز بأن تدفورها جزائياً وان الحكم بهما تهديدي مؤقت، وقد جاء في المذكرة الايضاحية أنه يجب التحرز من الخلط بين اعتبار الحكم بقرامة تهديدي حكماً مؤقتاً، على المعنى الوارد في النص، وبين الاحكام الوقتية في معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات، فان احتواءه على غرامة

-
- (١) نفس المرجع والمكان السابقين، ودكتور أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - ص ١٤ - طبعة ١٩٦٦ - منشأة المعارف بالاسكندرية .
(٢) دكتور أحمد أبو الوفا - نفس المرجع السابق .
(٣) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٥٥، ودكتور اسماعيل غانم - نفس المرجع - ص ٥٧، ودكتور حشمت أبو سنيت - نظرية الالتزام - فقرة ٥١٠ - طبعة ١٩٤٥ .
(٤) السهنوري - الموجز - ص ٣٣٤ - طبعة ١٩٤٠ . ودكتور حشمت أبو سنيت - نفس المرجع - ص ٤٣١ .

تهد يدية لا يجعل منه حكما وقتيا في معنى هذه الغرامة^(١) والشهد يد المالى على هذا النحو ليس من قبيل التعميضا ة بل هو بالنسبة الى الد ين بمثابة تحذ ير يستحقه على التنفيذ المينى ة ونذ ير يهينه بماقبة أصراره على الامتناع ة ولذلك فهو كثيرا ما يحقق الهد ف الذى من أجله تقرير^(٢) .

وقد يتحقق عنصر الاجبار عن طريق التعميضا عن تأخير التنفيذ المينى ة اذا تأخر الد ين في تنفيذ التزامه ة أو امتنع عن تنفيذ ة ة وهذا النوع من التعميضا يستحقه الد ايين لهجزيه عما فاته من اد راك غايته الاساسية^(٣) ة ويستحق التعميضا اذا طلبه الد اثن دون أن يتمسك بالتنفيذ المينى ولم يعرض الد ين التنفيذ من جانبه ة ان يعتبر ذلك بمثابة اتفاق ضمنى على الرضا بذلك^(٤) .

٤٩ - خلاصة هذه الدراسة :

ونخلص من هذه الدراسة الى أن مسؤولية الد ين في مواجهة الد اثن في الضمان العام ة محكمة بما يملكه الد ين من أموال ة ومن المفروض أن الد ين ينفذ التزامه طواعية واختيارا ة

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية - حد ٢ ص ٥٤٠ .

(٢) د كور شمس الد ين الوكيل - نفس المرجع - ص ١٤ .

(٣) يسمى الد كور عبد الحى حجازى هذا النوع من التعميضا بالتعميضا الجزائية - راجع النظرية العامة للالتزام - حد ٣ ص ١١٦ طبعة ١٩٥٤ ة ويرى الد كور اسماعيل غانم في كتابة أحكام الالتزام - ص ٧ هامش^(١) ة أن تلك التسمية غير دقيقة لان التعميضا عن التأخير فيه معنى الجزاء وقد جرى أغلب الفقه على تسميتها بالتعميضا عن عدم التنفيذ .

(٤) السهنورى - الوسيط - حد ٢ ص ٧٦٢ ة وقارن " نقص يد نى في ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ (مجموعة أحكام النقص ص ٣ حد ٣ ص ١١٨٧ رقم ١٨٧) حيث قضت محكمة النقص بأن للزوجة الحق في أن تطالب زوجها برد المنقولات المملوكة لها في حياتها ة ولها أن تطالب بقيمة هذه المنقولات اذا لم توجد فلان اكتفت الزوجة بان طلبت من أول الامر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ة فانه يجب رفض عواها " وانظر أيضا : نقص يد نى في ١٦ ديسمبر سنة ١١٤٨ (مجموعة عمر حد ص ٦٨٢ رقم ٣٥٢) وفي هذه القضية كانت الادارة قد استولت على عقار دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية للمنافع العامة فقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار ولكن الادارة ابدت أثناء سير الدعوى استمداها أن ترد الارض المغتصبة ة ولكن محكمة الموضوع بالرغم من ذلك حكمت للد عى بقيمة الارض ة وقد نقضت محكمة النقص هذا الحكم .

فإذا ما أحجم عن ذلك ، فقد مكن القانون الدائن من إرغام مدينه على التنفيذ ، عن طريق التنفيذ العيني الجبري ، أو التهديد المالي ، والتمويض عن التأخير ، وهذه النظم كلها أدوات قانونية يتمكن الدائن من خلالها أن يصل إلى غايته ، وأن يحرك عنصر المسؤولية في مواجهة المدين وأيا ما كان الأمر ، فإن الدائن لا يستطيع انتزاع التنفيذ من شخص المدين ، لأن المسؤولية في الضمان العام تتحدد بما يملكه من مال ، ومن ثم أجاز للدائنين السعى إليها لاستيفاء حقوقهم من هذه الأموال ، وهم في هذا السعى محكومون بقاعدة المساواة كما سنرى .

••• طبيعة المسؤولية في الشريعة الإسلامية :

ترتبط المسؤولية عن الديون في الشريعة الإسلامية بالذمة ارتباطاً وثيقاً الصلة ، لأن الدين يتعلق بها ، ولما كانت الذمة خاصة من خواص الإنسان^(١) ، فإن تعلق الديون بها يؤكد مبدأ مسؤولية الدين الشخصية عنها ، حيث يطالب الإنسان من خلال تعلقها بهذا الوصف الذي اثبته الشارع له ، فهو مسئول عن ما يثبت في ذمته من ديون بأشياء أسبابها ، أو ترتب الشارع وجودها على سبب شرعي يتحقق به شغل الذمة بها ، ومسئولية الدين لا تقتصر على ثبوت الدين في ذمته ومطالبته به من خلالها ، وإنما تتعلق الديون مع الذمة بما يملكه من أموال ، تعلق استيفاء^(٢) يقتصر على المالية ولا يتعداه إلى أعيان هذه الأموال ، ويسمى بعض الفقهاء تعلق الديون بأموال المدين مع الذمة بأنه تعلق معني ، وليس تعلقاً بصورة هذه الأموال^(٣) .

المسئولية - إذن - شخصية تبدأ بالمدين فيطالب بالدين ، ويتعلق الاستيفاء بما يملكه من مال فيستوفى الدين منه ، إلا أن الديون قد تتعلق بأعيان مال الدين ، حينئذ لا تصلح الذمة لتوجيه المطالبة إليها ، وذلك لفلس صاحبها أو موته ، وقد اختلف الفقهاء في الوقت الذي يبدأ فيه تعلق الديون بأموال الدين ، ومن خلال ما ذكره نلمس أن طبيعة المسؤولية عن الديون تختلف في حال الحياة عنه بعد ها ، وينتهي بها أن ذلك .

(١) من أخصرو - مرقاة الوصول - ج٣ ص ٤٥ .

(٢) فتح القدير - ج٧ - ص ٣ .

(٣) صد ر الشريعة - التوضيح - ج٢ ص ١٧٧ ، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج٥ - ص ٢٤ .

٥١ - تعلق الدينون بالذمة والمال حال الحياة :

الدين حال حياته له ذمة تتعلق بها الدينون ، وله صحة يقدر بها على الاكساب لتنمية ماله واستثماره ، وهنا تتعلق الدينون بذمته ، لكنه قد يكون محجوزا عليه للفلس وفي هذه الحالة تتعلق الدينون بماله ، وعلى هذا فمسئولية المدين عن دينه حال حياته قد تكون في الذمة ، وقد تكون في المال وسوف نبين طبيعتها وآراء الفقهاء فيها في كل حالة .

٥٢ - أولا : تعلق الدينون بالذمة حال حياة المدين :

اتفق الفقهاء على أن الدينون حال الحياة تتعلق بالذمة مادام الدين غير محجوز عليه للفلس ولكنهم اختلفوا في الوقت الذي ينتهي فيه تعلق الدينون بالذمة ويبدأ بانتهاه نقلها بمال المدين ، ويظهر هذا من خلال ذكر أقوالهم كالتالي :

١- في المذهب الحنفي :

يقول الكاساني : " مادام المدين صحيحا فالدين في ذمته " وجاء في العناينة :
" محل الوجوب هو الذمة ، وذلك قبل الموت ، ولما كان المرض سببا للموت ، فإنه يقوم مقامه ويتعلق الدين بالمال من أول المرض (٢) " وجاء في تكملة فتح القدير : " وفي حالة المرض يعجز عن الاكساب فيتعلق حق الغرما بماله " .

٢ - في المذهب المالكي :

ورد في بداية المجتهد : " تكون الدينون بعد الموت متعلقة بالتركة خاصة لا في الذمة بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان في الذمة (٤) " ويقول الخرشي : " الذمة قبل الموت موجودة في الجملة وتتعلق بها جميع الدينون ، وبعد لا يتعلق بها شيء ، بسلا يتعلق الدين بالتركة (٥) " .

(١) بدائع الصنائع - ج٧ ص ٢٢٤ .

(٢) حاشية سعد جليبي على هامش تكملة فتح القدير - ج٧ ص ٣ ، وراجع: تبیین الحقائق

للمزيلعي - ج٥ ص ٢٣ .

(٣) قاض زاد - تكملة فتح القدير - ج٧ ص ٥ .

(٤) بداية المجتهد - ج٧ ص ٢٨٢ .

(٥) شرح الخرشي - ج٥ ص ٢٨١ .

٣- في المذهب الشافعي :

ورد في تكملة المجموع للطبعي : " ومن مات وعليه ديون تعلقت بماله ، قال الشافعي : لما كانت ديون الغرما تعلق بذمته ، وكانوا احمق بماله حال حياته ، كانوا احمق بماله بعد وفاته من ورثته (١) وجاء في معنى المحتاج : " اذا لم تكن الايوال مرهونة رهننا اختياريا ، لم تعلق الديون المرسلة بها وانما تعلق بالذمة (٢) " .

٤- في المذهب الحنبللي :

جاء في شرح منتهى الارادات : " يبقى اشتغال الذمة بالدين حتى يؤدي (٣) " ويقول ابن قدامة : " الموت ما جعل ميظلا للحقوق ، وانما هو ميقات للخلافة وعلامة على الورثة ، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بمعين ماله (٤) " .

٥- وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : " حقوق الغرما في ذمة الدين لاني شئ يعينه من ماله (٥) ويقول " كل من مات وله على الناس ديون مؤجلة ، او للناس عليه ديون مؤجلة فكل ذلك سواء ، وقد بطلت الآجال كلها وصار كل ما عليه من دين حالا ، لان الانسان يموت بيطل حكمه عن ماله لتعلق حقوق الغرما والهوى لهم والورثة به (٦) " .

٥٣- أقول : ويظهر من خلال عبارات الفقهاء في المذاهب المختلفة ، انهم متفقون على ان الدين يتعلق بذمة الدين حال حياته ، اذا لم يكن محجورا عليه للفلس ان بالحجر عليه تتعلق الديون بماله على نحو ما سنرى ، ولكنهم اختلفوا في مدى تعلق الديون بالذمة هل تتعلق بها حال الحياة مطلقا؟ أم تتعلق بها حال الحياة مع الصحة ، أي حال حياة الانسان مع كونه غير مريض مرض الموت؟ وذلك على قولين :

(١) تكملة المجموع - للطبعي - ج ١٣ ص ٣٣٩

(٢) معنى المحتاج - ج ٢ ص ١٤٥ .

(٣) شرح منتهى الارادات - ج ٢ ص ٥٤٤ .

(٤) المغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٤٨٦ .

(٥) الحللى - ج ٨ ص ١٧٤ مسألة ١٢٧٩ .

(٦) نفس المرجع السابق - ص ٨٤ وما بعد ها مسألة : ١٢٠٦ .

اولهما : للحنفية : وحاصل قولهم ان الذين تتعلق بالذمة مادام العدويون صحيحا فاذا مرض مرض الموت فان الذين تتعلق بماله^(١) ومرض الموت : " هو ما يكون فيه الهلاك غالبا^(٢) بشرط ان يحدث الموت بالفعل متصلا به^(٣) وان يكون غير محجور عليه للفلس .

ثانيهما : لجمهور الفقهاء غير الحنفية ، وحاصل قولهم ان الذين تتعلق بالذمة مادام الانسان حيا غير محجور عليه للفلس ، فاذا مات او حجر عليه للفلس فان الذين تتعلق بماله ، ولكل دليله .

٥٤ - دليل القول الاول :

استدل اصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه بالمعقول من وجهين :
الاول : يقول صاحب تكملة فتح القدير : الدين لا يتعلق بالمال حال الصحة وانما يتعلق بالذمة ، وذلك لقدرة الانسان مع الصحة على تنمية المال وتشهيره وتكثيره ، فلم تقم الحاجة الى تملس حق الغرما^(٤) بالمال .
اقول : اى كان حال الصحة مع قدرة الانسان على السعى والاكتساب وتنمية ماله من شأنها انها تقوى التوثق ، وتجعل الذمة وحدها مع هذه الحالة كافية لتحقيق الائتمان الكافى .

يقول قاضى زادة : " وفي حالة المرض يعجز عن الكسب فيتعلق حق الغرما^(٥) بماله حذرا عن التوى^(٥) .

الثاني : يقول سعد جلى : " لما كان المرض سببا للموت فانه يقوم مقامه ويتعلق الدين بالمال من اول المريض^(٦) .

-
- (١) راجع : الكاسانى - نفس المرجع والمكان السابقين ، وتكملة فتح القدير - ج ٧ ص ٩ وكشف الاسرار - للبيزدوى - ج ٤ ص ١٤٣١ - حيث يقول : " وحق الغرما^(٥) عند المرض لا يتعلق بالذمة ، وانما يتعلق بها يمكن استيفاءه منه " .
(٢) حاشية الطحطاوى على الدر المختار - ج ٤ ص ٣٦٨ .
(٣) راجع : رسالة الدكتور محمود شوكت المدوى - المقدمة لكلية الشريعة - نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ص ٦٧ و ٦٨ .
(٤) تكملة الفتح - نفس المكان السابق .
(٥) نفس المرجع والمكان السابقين .
(٦) حاشية سعد جلى على تكملة الفتح - نفس المكان السابق .

٥٥ - د ليل القول الثاني :

واستدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالمعقول :
يقول الأبي : " الذمة لا تخرب الا بالفلس والموت ^(١) " فقبل الموت والفلس الذمة
موجودة تتعلق بها جميع الديون ، فلا حاجة الى تعلق الديون بالمال قبلهما .

القول الراجح ومبررات الترجيح :

وانتى أرجح القول الثاني ، لان الموت هو السبب المؤكد الذى تنتهى به الذمة
ولان المرض لا يتحقق به خراب الذمة على النحو الذى يوقعه الدين عن التصرف فى
أمواله ، فالذمة قائمة مع المرض ، وهى صالحة لان تتعلق بها الديون ، ولهذا فاننى
أرجح القول الثانى .

٥٦ - ثانياً : تعلق الديون بالمال حال حياة الدين :

الدين اذا حجر عليه بسبب الدين فان ديون الغرما تتعلق بماله ، وللفقهاء
في هذا خلاف يمكن اظهاره من خلال بيان عباراتهم في ذلك :

١ - في المذهب الحنفى :

جاء في الهداية : " قال ابو حنيفة : اذا وجبت ديون على رجل ، وطلب غرماؤه
الحجر عليه لم أحجر عليه ، ولكن يحبس ابدا حتى يبيعه في دينه ايّما لحق الغرما
ودفعا للظلمة ^(٢) وقال ابو يوسف ومحمد : اذا طلب غرماؤ الفليس الحجر عليه حجر
القاض عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار ، حتى لا يهضر بالغرما ، ولانه عساه
يلجئ ماله فيفوت حقهم عليه ^(٣) ."

أقول : ويظهر من عبارة صاحب الهداية ان ابا حنيفة لا يرى تعلق الدين بمال
الدين حال حياته لانه لا يرى الحجر عليه ، وخالفه في هذا صاحبان ، حيث يرى ان
ان الدين يتعلق بالمال حال حياة الدين بسبب الحجر عليه للدين .

(١) جواهر الاكليل - ج٢ ص ٨٨ .

(٢) الهداية - للميرفتاني - ج٣ ص ٢٨٥ ، وتكملة فتح القدير - ج٧ ص ٣٢٤ وما بعد ها ،
وحاشية الشلبى عليه - نفس المكان السابق .

(٣) تكملة فتح القدير - ج٧ ص ٣٢٨ .

٢- في المذهب المالكي :

ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : " اذا حجر على الفلّس فانه يمنع من التصرف المالي كبيع وشراء واكراه وكراه ولو بغير محاباة ، فان وقع التصرف المالي بوقف على نظر الحاكم والغرامة لان دينهم باق عليه وقد تعلق بماله فلهم منعه حتى يوفيه دينهم ، ولا يمنع من التصرفات غير المالية (١) " .

٣- في المذهب الشافعي :

يقول صاحب مغنى المحتاج : " اذا حجر على الدين تعلق حقوق الغرما بماله ، اذا الحجر بوجوب تعلق الدين بالمال (٢) " ويقول الجلال المحلى : " اذا حجر على الدين تعلق حق الغرما بماله ، حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم ، ولاتزاحمهم فيه الذين الحادثة (٣) " .

٤- في المذهب الحنبلّي :

يقول ابن قدامة : " اذا حجر على الدين فان حقوق الغرما تعلق بعين المال (٤) " ويقول صاحب كشف القناع : " اذا حجر على الفلّس تعلق حق الغرما بماله ، لانه لو لم يكن كذلك لم يكن في الحجر عليه فائدة ، ولانه يباع في ديونهم ، فكانت حقوقهم متعلقة به كالرهن (٥) " .

٥٧- اقول : ويظهر لنا من خلال ذكر عبارات الفقهاء ، انهم مختلفون في تعلق الدين بمال الدين حال حياته بسبب الحجر عليه ، على قولين :

اولهما : لابي حنيفة رضى الله عنه ، وحاصل قوله ان الدين حال حياة الدين لا تعلق بماله لانه لا يجوز الحجر عليه ، وبالتالي فانها تعلق بدمه الى مرض موته كما رأينا .

وثانيهما : لجمهور الفقهاء غير ابي حنيفة ، وحاصل قولهم ان الدين تعلق بأموال الدين اذا حجر عليه للفلّس ، ولكل دليله :

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج٣ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

(٢) مغنى المحتاج - ج٢ ص ١٤٧ .

(٣) شرح الجلال المحلى على المشهاج - ج٢ ص ٢٨٦ .

(٤) المغنى - ج٤ ص ٤٥٦ .

(٥) كشف القناع - ج٣ ص ٤٢٣ .

٥٨ - دليل القول الاول :

استدل أبو حنيفة لما ذهب اليه بالكتاب والمعقول :

من الكتاب :

يقول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم^(١) ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة : ان الله سبحانه وتعالى قد نهى عن اكل اموال الناس بالباطل ، واستثنى التجارة عن تراض ، فاذا عدم التراض يكون التصرف باطلا والحجر على مال الدين فيه تصرف في المال بدون رضا صاحبه فيكون باطلا بالنص^(٢) " واذا ثبت ان الحجر عليه لا يجوز ، فلا يصح تعلق الدين بماله ، بل يظل في ذمته الى ان يمرض مرض الموت أو يموت .

ومن المعقول :

ان في الحجر على الدين وتعلق الدين بماله ، اهدارا لاهليته والحاظ له بالبهائم فلا يجوز له دفع ضرر خاص^(٣) واذا صح ان الحجر عليه لا يجوز ، فلا يصح تعلق الدين بماله ، بل يبقى في ذمته .

٥٩ - دليل القول الثاني :

استدل اصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالسنة والآثر :

من السنة :

١- ما رواه الدارقطني عن كعب بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم " حجر على معاذ ماله وباعه في دين^(٤) " وقال الشوكاني : " حديث كعب اخرج البيهقي وصححه الحاكم ، وفي رواية الحاكم انه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله وقسمه بين غرماثه فاصابهم خمسة اسباع حقوقهم ، فقال عليه السلام : ليس لكم الا ذلك .

(١) النساء - آية : ٢٩ .

(٢) العناية على تكملة الفتح - ج ٧ ص ٣٢٤ .

(٣) الهداية - مع تكملة الفتح - نفس المكان السابق .

(٤) نيل الاوطار - للشوكاني - ج ٥ ص ٢٤٥ .

(٥) نفس المرجع والكان السابقين .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد أفاد أن النبي صلى الله عليه وسلم قد حجر على معاذ وقسم ماله بين الاثنين ، وهذا يدل صراحة على جواز الحجر ، وتملق ديون الغرما بمال الدين .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين :

الأول : من حيث السند :

قال ابن حزم : " ما روى أنه عليه السلام باع لهم مال معاذ ، هذا الحديث لم يصح مسن طريق السند لأنه مرسل (١) . "

رد هذه المناقشة :

أقول : الحديث وان كان مرسلا إلا أنه قد روى من طرق يقوى بعضها بعضا ، وقد عمل به عمر (٢) ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون ثابتا .

الثاني : من حيث وجه الدلالة :

يقول صاحب تكملة الفتح : " أن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه ، استعان بالنبي عليه الصلاة والسلام قالوا : والد ليل عليه أن يبيع ماله لايحوز ، حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رض الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال في البدائع : " مع ما روى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته (٣) . "

رد هذه المناقشة :

وقد رد هذه المناقشة الامام الشوكاني بقوله : قال الحافظ إنه خلاف - يعني البيع باذن النبي صلى الله عليه وسلم لينال بركته - ما صح من الروايات المشهورة ، ففي المراسيل لابن داود ، التصريح بأن الغرما التمسوا ذلك ، يعني الحجر وتقسيم ماله (٤) .

(١) المحلى - لابن حزم - ج٨ ص ١٢٢ .

(٢) بداية المجتهد - ج٢ ص ٢٣٦ .

(٣) تكملة شرح فتح القدير - ج٧ ص ٣٢٦ .

(٤) نيل الاوطار - ج٥ ص ٢٤٥ .

٢- وما رواه الجماعة عن ابي سعيد قال : " اصيب رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال : تصدقوا عليه ، فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال صلى الله عليه وسلم لفرمائه : خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك "

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم قد حجر على مال المدين واعطاه لفرمائه يتصرفون فيه وفي هذا دليل على ان ديونهم تعلقت به .

ومن الأثر :

استدلوا بفعل عمر بن الخطاب ، فقد جاء في سبيل السلام ، اخرج مالك في الموطأ بسند منقطع ورواه الدارقطني في غرائب مالك باسناد متصل : " ان رجلا من جهينة كان يشتري الرواحل فيبالي فيها ، فيسرع السير ، فيسبق الحاج ، فأفلس ، ففزع أمره الى عمر بن الخطاب ، فقال : اما بعد ايها الناس ، فان اسيقع جهينة قد رضى من دينه واماته ان يقال سبق الحاج ، وفيه : الا كانه ان مُعْرِضًا ، فأصبح وقد دين به اى احاط الدين به ، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالقدارة فنقسم ماله بين غرمائمه ، وايامك والدين ، فان اوله هم وآخره حَرْبٌ (٢) "

ووجه الدلالة في هذا الأثر :

ان عمر بن الخطاب قد حجر على الاسيقع لاحاطة الدين بماله ، وقسم ماله بين غرمائمه ، وكان ذلك يجمع من الضحية من غير ان ينكر عليه أحد ، والا لنقل ، وفي هذا دليل على الحجر ، واذا ثبت ، صح تعلق الدين بالمال .

٦٠ - السراى الراجح ومبررات الترجيح :

واعنى ارجح القول الثاني للاخبارات الاتية :

أولا : لقوة ادلته ورد المناقشات التى وردت عليها .

(١) نيل الاوطار - للشوكاني - ج ٥ ص ٢٤٤ وما بعد ها .

(٢) سبيل السلام للضعاني - ج ٣ ص ٥٦ وما بعد ها ، وصرضا من الاعراض وهو

الامتاع عن الدين ، والحرب بفتحيتين ، الفقر .

ثانياً : ان ما استدل به القول الاول من الكتاب يمكن ردّه بان الرضا شرط في البيع اذا كان المال ملكاً لصاحبه ، أما مال الدين ، فانه ملوك للدائنين ، لان ديونهم متعلقة به فيشترط رضاهم لا رضا الدين وهم قد رضوا بالبيع فسقط الاعتراض (١) كما ان ما استدلوا به من المعقول يمكن ردّه أيضاً : بان الضرر الواقع على الدين يهدد اركانه ميتة امر موهوم أو هو عمل مؤقت في مصلحته فكان تحقيقاً لادميته لان الدين اسير دينه حتى يوفيه (٢) ، ولهذا فأننى أرجح القول الثانى .

٦١ - تعلق الدين بالمال بعد الموت :

اذا كانت المسؤولية عن الدين في حال حياة الدين تتخذ طابعاً شخصياً وعينياً في وقت واحد معاً ، وذلك لوجود الذمة وتعلق الدين بها ، فان المسؤولية بعد الحياة تتحول من الذمة وتتمين في أموال التركة ، فالتعلق بالتركة انما يحدث بعد طرأ اسباب العدول عن التعلق في الذمة ، فتصرف المسؤولية الى المال ، وتتسلط على ما هو داخل ملك الدين من عار ومقول (٣) ، وذلك لان المال انما هو خلف عن الذمة في الحقوق التي تقضى بالمال (٤) ، ولان الذمة ثابتة للانسان بكونه مخاطباً متحملاً لآمانة التكليف من الله عز وجل ، وبالموت خرج عن أهلية الخطاب والتحمل ، فلم تبقى ذمته صالحة لوجوب الحقوق في أحكام الدنيا ، كما ان ثبوت الدين ، وعدم جواز مطالبة غيره ، فلم يبق الا ان ينصرف الضمان الى أمواله (٥) وتعلق الدين بالمال بعد الموت واضح في عبارات فقهاء المذاهب المختلفة .

١- في الذهب الحنفي :

يقول سعد جلبي : " يتعلق الدين بالمال عند الموت لخراب الذمة (٦) .

٢- وفي الذهب المالكي :

يقول ابن رشد : " الدين بعد الموت تكون مضمونة في التركة خاصة لاني الذم (٧) .

(١) راجع : رسالة استاذنا الدكتور رضوان حافظ - موقف علماء الشريعة من المكره في

الولايات العامة والتصرفات المالية - ص ٤١٨ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٤١٤ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني - ج ٧ ص ٢٢٦ .

(٤) كشف الاسرار - للبيزدي - ج ٤ ص ١٤٣١ .

(٥) نفس المرجع السابق - ص ١٤٣٤ .

(٦) شرح المنية على هامش تكملة الفتح - ج ٧ ص ٣٠٣ .

(٧) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٢٨٢ .

٣- وفي الذهب الشائع :

ورد في معنى المحتاج : " ومن مات وعليه دين يتعلق بتركه " (١) .

٤- وفي المذهب الحنبلية :

يقول ابن قدامة : " بالموت يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله (٢) .

٥- وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : " الانسان بالموت يبطل حكمه على ماله لتعلق حقوق الغرما به (٣) .

أقول : ويظهر من خلال عبارات الفقهاء في المذاهب المختلفة ، ان الدين بعد

الموت تتعلق بمال المدين ، وتستوفى منه ، وان هذا متفق عليه من جميع الفقهاء .

٦٢ - تعلق الدين بمال المدين تعلق بالمالية :

تعلق دين الغرما بمال المدين في حال للحياة وبعد ها انما هو تعلق بالمالية فقط ، فالدين لا يتعلق بذوات الاموال ، ولكن بمقدار ما فيها من مالية ، وهو قيمتها التي يقومها بها المقومون وان الغرض من هذا التعلق انما هو التمكين من الاستيفاء ، ولذلك فهو يتعلق بالاموال معنى ان ينصرف الى القيمة المالية وليس الى اعيان الاموال (٤) .
يقول صاحب تكملة الفتح : " الدين يتعلق بمالية الاحوال لا بالصورة ، والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة ، وان فانت الصورة ، فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شئ من حقهم ، بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعد له ، وللبدل حكم المبدل (٥) " .
ولما كان تعلق دين الغرما بالمال انما هو تعلق بالمالية لضعف الاستيفاء ، فانه يزول بقضاء الدين ، وهو يختلف عن تعلق حقوق الورثة بالتركة بعد موت مورثهم ، لانها تتعلق بالاعيان لا بالمالية ، ولهذا فللمدين اسما كعين ماله وسداد الدين للوارث اسما كعين التركة وقضاء الدين من ماله ، وقد اجمع الفقهاء على ذلك ، وحتى الاجماع الشريفي الخطيب فقال : لا خلاف ان للوارث اسما كعين التركة وقضاء الدين من ماله لانه خليفة المورث ، والمورث كان له ذلك (٦) .

(١) معنى المحتاج - ج ٧ ص ١٤٤ .

(٢) المعنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٤٨٦ .

(٣) المحلى - ج ٨ ص ١٢٤ .

(٤) تبیین الحقائق للزيلعي - ج ٥ ص ٢٤ .

(٥) تكملة الفتح - ج ٧ ص ٥ .

(٦) معنى المحتاج - ج ٢ ص ١٤٥ .

٦٣ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون ، فيما يتعلق بنطاق المسؤولية عمن
الديون في الضمان العام ، نجد ان هناك جانب اتفاق وجانب اختلاف .

أولا : بالنسبة لجانب الاتفاق :

يقرر فقهاء القانون ان اموال المدين في مجموعها تكون وحدة تنتم من
حقوق الدائنين في الضمان العام ولهذا فحق الدائن فيه لا يرد على مال
معين بذاته وانما يتقرر على هذا المجموع من المال دون تحديد لمقرراته .

وهذا المعنى يقترب مما تشره فقهاء الشريعة ، بخصوص تعلق الديون
بمال المدين ، حيث تبين لنا ان هذا التعلق كما عبر الفقهاء تعلق بالمال
اي لا يرد على عين معينة بذاتها وانما يرد على مجموع الاموال تعلق ضمان
وتوشق وهو بهذا يختلف عن الضمان الخاص الذي يتقرر الدين فيه على عين
معينة بذاتها ويستوي منها وهذا المعنى قريب مما قرره الفقه الوضعي .

ثانيا : بالنسبة لجانب الاختلاف :

يختلف نطاق مسؤولية المدين عن الدين في كلا الاتجاهين وهو في فقهاء
القانون يتحدد بمال المدين فيبدأ به وينتهي اليه وقد ترتب على ذلك ان هذا
الضمان يكون عدوم الجدوى اذا لم يكن للمدين مال ، الامر الذي يدفع المدينين
الى تهريب اموالهم تضييكا لحقوق دائنيهم .

اما ان الشريعة الاسلامية فقد وسعت نطاق المسؤولية لتشمل شخص المدين وما
يملكه من مال ولذا لك يكتسب التوثق فيها طابعا عمليا يحفظ للدائنين حقوقهم
وهذا يظهر جانبا للاتفاق والاختلاف بين الشريعة والقانون فيما يتعلق
بهذا الخصوص .

المبحث الثاني
تساوي الدين في الضمان العام

٦٤- مسئولية الدين عن ديونه في الضمان العام تتحدد بما يملكه من مال . وقت التنفيذ عليه . كما أن الدين في سميهم نحو مد ينهم لاستيفاء ديونهم بما يملكه الدين من مال محكومون بمبدأ المساواة في السمس نحو أموال الدين للتنفيذ عليها .
ولمبدأ تساوي الدين في الضمان العام . اسمه التي تبرر وجوده . وهو في نفس الوقت ورغم قيام تلك الأسس ينطوي على مخاطرة من خلالها . قد لا يستطيع الدين أن يحصل على كامل حقه إذا تراحم مع غيره من الدين على ما يملكه الدين من مال . وكان لا يكتفى لسداد كل ديون الضمان .
والغريمة الإسلامية تقر مبدأ مساواة الدين في السمس نحو أموال مد ينهم . بالقدر الذي يحقق التوفيق العام لكل دائن عند اجتماعهم على مال الدين لاستيفاء ديونهم منه . وقد اقتصر إقرار المبدأ بطرق متعددة لبيان تطبيقه على أكل وجه . فاقسم منهج الغريمة الإسلامية في معالجة فكرته بالتكامل في الجانبين النظري والتطبيقي .
ولما كانت فكرة الضمان العام في فقه القانون . تعنى التوفيق العام في فقه الغريمة الإسلامية الذي يمكن أن يتحقق من خلال تعلق حقوق الدين بمالية أموال الدين . فأنتا سوف نقابل بين التساوي في الضمان العام في فقه القانون . والتساوي في التعلق بأموال الدين في الغريمة الإسلامية .

٦٥- تساوي الدين في القانون :

الدينون حين يسمون نحو مال مد ينهم لاستيفاء ديونهم منه . بالوسائل التي حددتها القانون سواء كان ذلك السمس بالتنفيذ المينى المباخره أو البدائل التي رسمها القانون للوصول اليه^(١) بحكمهم في هذا السمس مبدأ التساوي في الضمان العام وفقاً للمادة ١/٢٣٤ من التقنين المدني المصري كما رأينا .
وقد قد رالشرع الوضع . ان العدالة تولى توزيع الخسارة على قدم المساواة . وطسوة هذا النحو حكم بأن الدين يقتسمون أموال مد ينهم قسمه فيها . أي بحسب قيمة كسل دين . بيد أنه إذا كان تخصيص جميع أموال الدين لرضا مجموع الدين على قسدم

(١) السندوري - الوسيط - ج٢ ص ١٣٣ وما بعد ها . ودكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٢٠ وما بعد ها .

المساواة هو القاعدة المأذلة السلبية التي استجاب اليها المشرع ه فقد يبدو لاول وهله أنها ليست من سلطات الفكر القانوني .
فقد يتبادر الى الذهن مثلاً أنه يمكن وضع قاعدة تفضيل بين د اثن وأخر حسب تاريخ نهمه
حق كل د اثن مثلاً ه وقد يتصور أن الد اثن السابق يفضل الد اثن اللاحق بالنسبة للاموال
التي وجدت ه لدى مدينه يوم أن تعامل معه ه وقد يفترض المكسب فيقال أن الد اثن
اللاحق يتمتع بأفضلية على من سبقه فيما يتعلق بالاموال التي اكتسبها مدينه بعد نشأة
حقوق الد اثنين الاولين ه ولكن مبدأ المساواة بين الد اثنين في المسمى نحو أموال مدينهم
يقوم مستنداً على أسس قوية تبرز وجوده ه وأصول ثابتة تجعل تلك الحلول المفترضة غير
سرمان ما تستوجب للنقد .

٦٦- أسس تساوي الد اثنين في الضمان العام :

يقوم مبدأ تساوي الد اثنين في الضمان العام ه على أسس قوية تبرز وجوده ه وأصول ثابتة
يقوم عليها كيانه ه وهذه الاصول وتلك الاسس ه يمكن ارجاعها الى أسس ثلاثه
تاريخية وقانونية ه واقتصادية ه ونشير الى كل منها بالقدر الذي تقتضيه د راسئنا
وذلك على التوالى :

٦٧- أولاً : الاساس التاريخى :

يقوم المبدأ على أسس تنضرب بجذورها في التاريخ ه وتمتد الى المراحل الاولى لتطور
نظرية الألتزام ه وأن كان المبدأ في تلك المرحلة ه لا يمكن الجزم بأنه قد لمسبب
دورا فعالاً في تقرير احكام التساوي في الضمان العام للد اثنين^(١) ه وقد جاءت نواة فكرته
من الطريقة التي كانت تتبعه في التنفيذ على أموال الدين في القانون الرومانى القديم ه
الذى كان يجهل التنفيذ المباشر .
في ذلك الوقت لم يكن الربط مباشراً بين حقوق الد اثنين وأموال مدينهم ه بل كانت هذه
الاموال تصفى ه ويظهر مدين جديد ه هو الذى يلتزم في مواجهة الد اثنين بسداد نسب
معينه من ديونهم^(٢) ه وكانت علاقة هذا الدين الوسيط تتحدد بالنسبة لجميع الد اثنين
في لحظة واحدة .

على نحو لم يجمال من المتصور أن يدهس أى د اثن الأسبقية على غيره من الد اثنين ه
وقد شرع هذا النظام لمحاولة من المشرع الرومانى للتخفيف من حدة وسائل ضمان حقوق

(١) دكتور شمس الدين الركيل - نفس المرجع السابق - ص ٢١ .

(٢) راجع : مذكرات في تاريخ القانون الرومانى - للدكتور عبد العزيز البديوى - ص ١٧ .
ورسالة احيوط الخياط للدكتوراه - الحجز على الدين لحق الضمان - ص ٣٢٨ - بكلية
حقوق القاهرة .

الدائنين بعد أن حرم استرقاق الدين مبقياً حق الدائن من القبض على الدين وجره إلى بيته الخاص ليحبسه فيه ، وبقية من هذا الحبس مدة ستين يوماً (٢) فإذا انقضى الستون يوماً لم يتقدم أحد للدفع عنه بالزيمه ، فإن من حق الدائن حينئذ قتله أو الاحتفاظ به لنفسه وتسخيره في مصالحه مع الانتفاع بشركات جهده ، وفي حالة تمدد الدائنين يكون من حقهم تقطيع جثته وتقسيمها بينهم ، وفقاً لنصوص قانون الألواح الاثني عشر (٢) وفي تطور لاحق سلب المشرع الروماني الدائن حقه من استعمال الاكراه البدني على مدينه دون الحصول على حكم مسبق بذلك (٣)

فلما جاء قانون جوليا *de iudicis* الصادر سنة ١٠٠ ق م ، قرر نظام تخلي المدين على سن أمواله عامة لذائمه ، كوسيلة يتقاضي بها المدين الحبس ، إذا عجز عن الوفاء بالتزاماته وللمدين بعد التخلي أن يدفع بقضاة اخوهم إذا دافاه ، بوجه الدفع المستفاد من تخليه عن أمواله (٤) .

وبجرد التخلي نقل يد المدين عن ادارة أمواله ، وتنتقل حيازتها للدائنين ، كما ينتقل اليهم حق ادارتها ، وهم لا يباشرون هذا الحق بأنفسهم ، وإنما يباشرونه بواسطة دائن جديد يمين لادارة هذه الاموال (٥) وحتى يتم تعيين وكيل عن الدائنين بصفه نهائية فإن هذا الدائن الجديد يقوم مقام المدين ، وتتحدد مسئوليته امام جميع الدائنين من لحظة واحدة على قدم المساواة لافرق في ذلك لتعيين تاجر وغيره (٦) وبالتالي فلا يستطيع احدهم أن يدعي الاولوية ، في استيفاء مدينه على أي دائن آخر .

(١) دكتور صوفي أبو طالب - القانون الروماني - احكام الالتزام - ص ٥٥ ، ودكتور عبد المنعم بدر - القانون الروماني ، الكتاب الاول - ص ٢٦٦ فقرة ٣٨ - طبعة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٤٦ م ودكتور محمد معروف الدواليبي - المدخل الى الحقوق الرومانية - ص ٩ - طبعة جامعة دمشق .

(٢) دكتور محمد معروف الدواليبي - نفس المرجع السابق - ص ١٥ وما بعد ها .

(٣) دكتور عبد السلام ذهني - مذكرات في القانون الروماني - الكتاب الاول - ص ٦٣ طبعة سنة ١٩٢٢ م .

(٤) مدونة جوستينيان في القانون الروماني - تصريب المرحوم الأستاذ : عبد العزيز فهمي ص ٢٨٤ و ٣٠٤ - دار الكتاب المصري سنة ١٩٤٦ م

(٥) الدكتورين عبد المنعم بدر ، وعبد المنعم البدر - مواد القانون الروماني فقرة ١٠١ ص ١١٩ وما بعد ها مطابع دار الكتاب العربي بصر سنة ١٩٥٤ م .

(٦) دكتور محسن شفيق - بحث بعنوان " في الافلاس المدني " - منشور في مجلة القانون والاقتصاد - السنة الثامنة - العدد الاول - ص ٦٨ .

وعلى هذا النحو يعتبر كثير من الباحثين تلك القواعد التي تنظم تنازل المدين الممسر عن أمواله ، وتصفيته من القانون الروماني ، هي السند التاريخي البعيد لهدأ التساوى بين الدائنين في الضمان العام (١) .

٦٨ - ثانياً : الأسس القانونية :

يتجه رأى كثير من الفقهاء في سبيل تأصيل ههدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام وبين أسسه الى الاستمانة بالتصوير الافتراضى لفكرة الذمة المالية ، فحق الدائنين العادى لا يتعلق بمال معين بالذات ، بل ينصب على وحدة مجردة ، بصرف النظر عما تحويه من عناصر (٢) .

فاذا تراحم عدة دائنين فلا يتمتع احد هم بحق أقوى من الآخر ، لانهم جميعاً يرتبطون بحقوقهم بوحدة تصويرية لا ينظر فيها الى ما تضمنه من أموال ومن هنا كانت المساواة هي القاعدة التي ينبغى أن تحكم تراحمهم (٣) ، ويذكر بعض الفقهاء تفسيراً قانونياً آخر و لهدأ المساواة في الضمان العام ، قواعد الاستمانة بالفكرة متقدمة الذكر ، والتي تنظر الى عنصرى الديونية والمسئولية في كل التزام ، فالدين حين يلتزم في مواجهة عدة دائنين تلحقه صفة الديونية في مواجهتهم جميعاً بطريقة متساوية ، وهو إذ يتمتع من ادائه بالتزام به ، لا يستطيع أى دائن أن يمس في شخصه ، بل يتحرك عنصر المسؤولية ويتسلط على أموال المدين ، فيجبره على الوفاء منها (٤) .

بمسئولية المدين شخصية تتحدد بما يملكه من مال ، والاجبار فيها لا يصيب شخص المدين ولكنه يرد على أمواله ، ومن هنا اذا تحرك عدة دائنين في وقت واحد لاجبار المدين على التنفيذ ، واتجه سعيهم نحو مال معين ، فلا يتصور والمسئولية شخصية غير محددة بمال معين ، إلا أن يكون هذا السعى محكوماً بهدهأ المساواة ، لتساوى المسؤولية في مواجهتهم جميعاً ، فلا يستطيع دائن أن يدعى السابق في نشوء حقه ، لان المسؤولية التي يستند اليها هذا الحق المدعى اسبقته ، غير مرتبطة بمال معين من أموال المدين

(١) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق ، ودكتور صوفى أبوطالب - نفس المرجع السابق - ص ٥٤ ، ٥٧ ودكتور محسن شفيق - نفس المرجع السابق - ص ٦٨ وما بعدها .

(٢) السنهورى - الوسيط - ج ٢ ص ١٣٥ هامش (١) .

(٣) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق .

(٤) دكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ١١١ وما بعدها ، وقانون دكتور حسن كيرة - الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - ص ٢٧٧ هامش (١) ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥٨ م .

٦٩- ثالثاً : الاساس الاقتصادي :

لا شك أن مبدأ المساواة كقاعدة عامة ، يدعم ائتمان الدين لان الدائن يقبل طلبي التعامل في ظلّه وهو في القليل يطمئن الى قدرتيّن سيحصل عليه ، فهو يعلم أنه خاضع للمساواة في الختم والنعم مع سائر الدائنين .
أما إذا أطلقت القاعدة التي تمنح أفضلية للدائن السابق ، فإن ذلك يؤدي الى إفساد الدين باستفاد ائتمانه ، على نحو يصرف عنه كافة الدائنين الذين قد يتعاملون معه في المستقبل ، لذلك فإن مبدأ المساواة يضمن للدائن على الأقل أن يحظ في الحصول على حقه لن يقل عن حظ الآخرين (١) .

وهكذا . . . يتأكد مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام ، ويتقرر وجوبه ، ويقضى الرأي الذي يرمى الى وضع افضليته مطلقه يستند الى تقديم حق الدائن الاسبق في التايخ ، إذ فضلاً عن ضعف هذا الرأي من ناحية فنيه ، ترتد الى طبيعة حق الدائنين في ذاته ، فهو يستلزم وجود تايخ يقيني محدد لحق كل دائن ، ولا يتواءم ذلك الا بنظام علانية لشهر جميع حقوق الدائنين ، وهو أمر بعيد المنال تمتدرا لتحقيقه (٢) .

٧٠- تقدير مبدأ مساواة الدائنين في الضمان العام :

ورغم تلك الأسراف في تطبيق المبدأ ، قد يسفر عن ضرر ببعض الدائنين الذين يرغبون في استيفاء ديونهم كاملة ، حيث لا يستطيعون الوصول الى ذلك من خلال المبدأ ، كما أن فكرة الضمان العام لا ترفع يد الدين عن التصرف في أمواله أو الزيادة في التزاماته ، وتلك نتيجة منطقيه لطبيعته لانه لا يربط حق الدائن العادي بمال معين بذاته ، ومن شأنه أيضاً أنه لا يزود هذا الدائن بأي رقابة قانونية ، يستطيع فرضها على الدين فيمنعه من التعامل مع أي دائن جديد ، والمسئولية محددة بما يملكه من مال ، فهو لا تتجسم الا من وقت مباشرة اجراءات التنفيذ ، فتقرر على ما يجده الدائن لدى الدين من أموال (٣)

ومن هنا أطلقت يد الدين في التصرف في أمواله وفي عقد ديون جديدة بضعف به الضمان العام باضافة دائنين جدد يشاركون السابقين فيما تبقى لديه من مال ، وتلك حالة لا ترضى من يريد الوصول الى كامل حقه من الدائنين ، ولهذا درجت التقنيات المختلفة على الموازنة بين المبدأ ووجبات هذا البعض من الدائنين ، وقررت الأولوية كاستثناء عليه ولما كانت الأولوية كذلك ، فقد احاطها المشرع بالضمانات التي تمنح الأتذال فسي استخدمها ، ومن أهم تلك الضمانات أنها لا تتقرر الا بنصوص القانون في اغلب احوالها .

(١) دكتور شمس الدين الوركيل - نفس المرجع السابق ص ٢٣

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) نفس المرجع السابق - ص ٢٦ ، والسنبوري - الوسيط - ج ٢ ص ١٣٥

٧١ - تساوى حقوق الدائنين فى التملك بمال المدين فى الشريعة الاسلامية :

حقوق الدائنين تتعلق بذمة المدين وأمواله حال حياته ، وبعد موته تتعلق الذين بأمواله ، وتعلق الديون بأموال المدين حال حياته ومدتها يقتصر على القيمة المالية لتلك الاموال ، ولا يمتداه الى اعيانها وذواتها ، فهو تعلق بمعنى يستهدف التوسيق العام ، لان حق أى دائن لا يتعلق بعين معينه ، وإنما يرد على مجموع أموال المدين ولهذا يفترت مضمونه من فكرة الضمان العام ، والدائنون متساوون فى هذا التملك العام بأموال المدين ، ويمتنع هذا التساوى يقسم مال المدين الموجود عليهم بالحصص وهذا واضح فى عبارات الفقهاء فى المذاهب المختلفة على النحو الآتى :

١ - فى المذهب الحنفى :

يقول صاحب تكملة الفتح : " للحاكم بيع مال المفلس ان امتنع عن بيعه وقسمه ثلثه بغير غرامته بالحصص" (١) ويقول الزيلعى : " حقوق الغرماة متساوية فى التملك بالمال ولهكذا يتساوون فى سبب الاستحقاق ، فلا يجوز للمدين أن يقضى دين بعض الغرماة دون البعض لان فيه ابطال حق الباقين" (٢) :

٢ - فى المذهب المالكي :

ورد فى شرح منحة الجليل : " وقسم مال المفلس المجتمع من ناحيته ، وثلث بيعه على غرامته بنسبة الديون" (٣) :

٣ - فى المذهب الشافعى :

ورد فى نهاية المحتاج : " ويصدر القاضى الى بيع مال المفلس ، وقسمه ثلثه بين الغرماة على تسوية الحصص" (٤) :

٤ - فى المذهب الحنبلى :

ورد فى شرح منتهى الارادات : " ثم يقسم الحاكم مال المدين على قدر ديون غرماة تسوية لهم ، ومراعاة لكمية حقوقهم ، فان قضى حاكم أو مفسد بعضهم لم يصح لانهم شركاء ، فلم يصح اختصاصهم دونه" (٥) :

(١) قاضى زاد تكملة الفتح - ج ٧ ص ٣٢٧ .

(٢) تبين الحقائق للزيلعى - ج ٥ ص ٥٤ ، والمرجع السابق - ص ٧ .

(٣) شرح منحة الجليل - ج ٣ ص ١٣٣ .

(٤) نهاية المحتاج - ج ٣ ص ٣١٥ ، ٣١٦ ، ومغنى المحتاج - ج ٢ ص ١٥٠ .

(٥) شرح منتهى الارادات - ج ٢ ص ٢٨٥ ، وكشاف القناع - ج ٣ ص ٤٣٢ .

٥ - وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم " ويتسم مال الفلوس الذي يوجد له بين الغرماء بالحصص بالقيمة كما ينقسم الميراث على الحاضرين الطالبين الذين حلت آجال حقوقهم " (١) .

٦ - وعند الشيعة :

يقول الصنعاني " وتجب المبادرة بتخليص الذمة ، وذلك بقسمة ما يوجد للمدين بسبب الغرماء ، وظاهره سواء وجد الوفاء أو دونه ، إلا أنه إذا كان دونه ، فاللازم أن يكون تقسيمه على مقدار الحصص أسوة بينهم " (٢) .

٧٢ - أقول : ويظهر لنا من عبارات الفقهاء في المذاهب المختلفة أنهم متفقون جميعاً على مبدأ تساوي الدائنين في التعلق بمال المدين ، ولهذا يجب قسمة ما يوجد له من مال بالحصص ، وذلك بنسبة ديونهم ، وقد بين الفقهاء أساس المبدأ ، كما وضحوا الحلول المتعددة لتطبيقه ونشير إلى هذين الأمرين :

٧٣ - أولاً : أساس مبدأ المساواة بين الدائنين :

يستمد مبدأ تساوي الدائنين في التعلق بمال المدين أساسه من المصادر التي تدل عليه وهي من السنة والمقول :

١ - من السنة :

ما رواه الحاكم " أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ، وباع ماله ، وتسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : ليس لكم الا ذلك " (٣) ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد دل على أن مال المدين ينقسم بين غرمائه بنسبة ديونهم ، وقد قسم مال معاذ فقال كل دائن من حقه خمسة أسباعه ، وفي هذا دليل على مشروعية التساوي ، يقول ابن حزم : " فيه دلالة على أنه إنما يقتضى لهم بحمين ماله ، ثم يباع لهم وينقسم عليهم بالحصص لانه لا يسبيل الى انصافهم بغير هذا " (٤) .

٢ - ومن المقول :

ان حقوق الغرماء متساوية في قوة السبب ، وهو التعلق بالمال ، وهذا يقتضى التساوي في الحكم وهو قسمة المال بينهم بنسبة ديونهم يقول قاضي زاده : " استواء حقوق الغرماء

(١) المحلى - ج ٨ - ص ١٧٤ .

(٢) الروض النضير - ج ٣ - ص ٤٤٧ وما بعد ها .

(٣) نيل الاوطار - للشوكاني - ج ٥ - ص ٢٤٥ .

(٤) المحلى - ج ٨ - ص ١٧٥ .

في التعلق بمال المدين يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الاخره وايتار بعضهم بشئ منه بلا مخصص لان في هذا ايتار بعض الغرما بماله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لمافيه من ابطال حق الباقيين^(١) ثم يقول: وهذا يعني أن يتم المسال بينهم بالحصص أي بنسبة دين كل واحد منهم^(٢) وفي هذا دليل على التساوي.

٧٤- ثانيا : الحلول التي وضعها الفقهاء لتطبيق مبدأ المساواة :

قام الفقهاء بوضع حلول عملية تساعد على تطبيق مبدأ مساواة الدائنين في التعلق بأموال مدينهم في مجال العمل و بينوا كيفية اقتسام الدائنين لاموال المدين نسمة غرما حيث يخرم كل واحد منهم جزءا من حقه في سبيل الحصول على الجزء الاخر على النحو الذي يضمن تحقيق التساوي بينهم و وفي هذا الصدد ذكروا ثلاث طرق للمحاكمة تؤدي كلها الى نتيجة حسابية واحدة يتوصل بها الى تعيين حصة كل غريم في مال المدين بمقدار ما يتقابل دينه بالنسبة لديون الغرما الاخرين و تشير الى هذه الطرق الثلاث على التوالي :

الطريقة الاولى :

وفيهما ينسب مال المدين الموجود الى مجموع ما عليه من ديون و يعطى لكل دائن مسن دينه بمثل تلك النسبة (٣).

- (١) تكملة فتح القدير - ج ٧ ص ١٠ .
(٢) نفس المرجع السابق - ص ٣٢٠ وما بعد ها .
(٣) شرح منج الجليل - ج ٣ ص ١٣٣ ، وسن اتملصة حللول تلك الطريقة ان يكون مال المدين ١٢٠٠ جنيها و عليه دين لاربعة اشخاص :
- | | | |
|---------|-----|-------|
| للأول | ٢٤٠ | جنيها |
| للتاني | ٤٠٠ | جنيها |
| للتالث | ٨٠٠ | جنيها |
| لللرابع | ١٦٠ | جنيها |
- نسبة مال المدين الى مجموع ما عليه من ديون هي $\frac{1200}{2400} = \frac{1}{2}$ فيكون

فيأخذ كل غريم بمقدار دينه و وعلى هذا تكون الحصص كالآتي :

- | | | | | | |
|-----|------------|--------------------------|---|-----|-------|
| ١ - | حصة الأول | $240 \times \frac{1}{2}$ | = | ١٢٠ | جنيها |
| ٢ - | حصة الثاني | $400 \times \frac{1}{2}$ | = | ٢٠٠ | جنيها |
| ٣ - | حصة الثالث | $800 \times \frac{1}{2}$ | = | ٤٠٠ | جنيها |
| ٤ - | حصة الرابع | $160 \times \frac{1}{2}$ | = | ٨٠ | جنيها |

الطريقة الثانية :

وفيها ينسب دين كل غريم الى مجموع ما على المدين من ديون ، وتأخذ كل واحد منهم من مال المدين بهذه النسبة (١) .

الطريقة الثالثة :

ان تستخرج حصة كل غريم بعملية حسابية واحدة ، وذلك بضرب دين كل غريم في مال المدين وقسمة حاصل الضرب على مجموع الديون (٢) وعلى هذا النحو وضع الفقهاء الحلول

(١) شرح الخرشي - ج٥ ص ٢٧١ ، وعلى هذا فان طريقة محاصتهم بالنسبة للمثال السابق تكون كالآتي :

١ - نسبة دين الغريم الاول الى مجموع الديون هي : $\frac{1}{10} = \frac{240}{2400}$

فتكون حصته $\frac{1}{10}$ مال المدين أي $= \frac{1200}{10} = 120$ جنيها .

٢ - ونسبة ومن الغريم الثاني الى مجموع الديون هي : $\frac{1}{7} = \frac{400}{2400}$

فتكون حصته $\frac{1}{7}$ مال المدين أي $= \frac{1200}{7} = 200$ جنيها .

٣ - ونسبة دين الغريم الثالث الى مجموع الديون هي $\frac{1}{3} = \frac{800}{2400}$

فتكون حصته $\frac{1}{3}$ مال المدين ، أي $= \frac{1200}{3} = 400$ جنيها .

٤ - ونسبة دين الغريم الرابع الى مجموع الديون هي $\frac{2}{5} = \frac{960}{2400}$

فتكون حصته $\frac{2}{5}$ مال المدين ، أي $= \frac{1200}{5} = 480$ جنيها .

(٢) اشار الى هذه الطريقة - الجبري في حاشيته على شرح منهج الطلاب - ج١ ص ٤١٣ طبعة دار الكتب العربية سنة ١٣٣٠ هـ ، وذكر ان بعضهم نظمها بهذين البيتين من الشعر فقال : اذا عن ديون قل مال الفلوس نفى المال فاضرب دين كل غريم وحاصله فأقسم على الدين كله تفز بنصيب الشخص عند عليم

وعلى هذا تكون طريقة محاصتهم بالنسبة للمثال المذكور كالآتي :

١ - حصة الغريم الاول هي : $\frac{1200 \times 240}{2400} = 120$ جنيها .

٢ - حصة الغريم الثاني هي : $\frac{1200 \times 400}{2400} = 200$ جنيها .

التي تساعد على تطبيق مبدأ المساواة في التعلق بمال الدين وقسمته على اكل وجه .

٧٥ - مقارنة بين الشريعة والتانسون :

وبالمقارنة بين الشريعة والتانسون فيما يتعلق بمبدأ تساوي الدائنين في الضمان العام نجد أن الفقهاء متفقان على اقرار المبدأ ولكنهما يختلفان في أمرين :
أولهما : يتعلق بأساس المبدأ ، وهو في الفقه الوضعي يقوم على اعتبارات تاريخية وقانونية ، واقتصادية بينما هو في الفقه الاسلامي يقوم على أساس من السنة والمقتول وأساسه من المعقول فيمكن أن يستوعب مضمون الاسس القانونية والاقتصادية التي قال بها فقهاء التانسون .

ثانيهما : يتعلق بطريقة اقرار المبدأ ، وفقهاء الشريعة بعد اقراره وضمو له الحلول التي تضمن تطبيقه والتي يمكن سرعانها عليه في الفقه الوضعي ، بينما قرره فقهاء القانون خاليا من تلك الحلول ، وبهذا يختلفان في هذين الأمرين .

٧٦ - ضرورة تقرير الاولوية وأهمية دراستها في الشريعة والتانسون :

من خلال بيان طبيعة الضمان العام في الفقه الوضعي ، وتعلق الديون بمال المدين في الفقه الاسلامي ، نجد أن فكرته تقوم على مبدأ المساواة بين الدائنين في السعي نحو أموال مدينهم في كلا الفقهاء ، ومبدأ التساوي وأن كان يقوم على اعتبارات قوية ومعقولة في كلا الفقهاء ، إلا أنه قد لا يحقق أمنية دائن يريد توثيق دينه بالقدر الذي يمكنه الحصول عليه كاملا بالتقدم على الدائنين اصحاب هذا الضمان العام ، ودون خضوع لمبدأ التساوي في السعي نحو أموال المدينين سالف الذكر ، حيث لا يستطيع من خلال هذا المبدأ أن يحصل على كامل حقه اذا كان محتوي الضمان العام لا يكفي لسداد ديون جميع الدائنين .

كما أن بعض الديون قد تكون على درجة كبيرة من الاهمية ، ويرغب اصحابها في التقدم على غيرهم من أصحاب الديون التي تقل اهميتها ، أما لان تلك الديون ذات طابع عملي ، كما لو كانت مقررة على عين معيشة بذاتها ، كالدیون المعينية في الفقه الاسلامي أو لانها ديون شخصية لكنها تحظى بأهمية من الشارع مراعاة للأسباب القوية التي تقوم عليها ، كديون النفقات ، والديون التي تتعلق بالصالح العام ، وديون الصحة وغيرها .

$$٣ - حصة الغريم الثالث هي : $\frac{١٢٠٠ \times ٨٠٠}{٢٤٠٠} = ٤٠٠$ جنيها .$$

$$٤ - حصة الغريم الرابع هي : $\frac{١٢٠٠ \times ١٦٠}{٢٤٠٠} = ٨٠$.$$

وتقرير أولوية استيفاء الديون وان كان أمراً ضرورياً ، إلا أنه يتضمن خروجاً على مبدأ التساوى بين الدائنين في الضمان العام ، ويمثل استثناءً عليه ، ومبدأً شأن أى خروج على مبدأ أو استثناء على تسامحاً ، ان يدعم بالدراسة الوافية ، التي تضبط حقيقته ، وترسم حدوده ، ولهذا تظهر أهمية دراسة موضوع أولوية استيفاء الديون في كلا الفقهين الاسلامي والوضعي وسوف نقوم بدراسته من خلال القسمين الآتيين :

القسم الاول :

المبادئ العامة لأولوية استيفاء الديون .

القسم الثاني :

تطبيقات أولوية استيفاء الديون .

القسم الأول
المبادئ العامة
لأولوية استيفاء الديون.

القسم الأول

المبادئ العامة لأولوية استيفاء الديون

٧٧ - يقتضى الكلام عن المبادئ العامة لأولوية استيفاء الديون بيان حقيقتها من ناحية التعريف بها ، وتوضيح نطاقها وحدودها في كل من الشريعة والقانون ، وعلى هذا فإن خطة دراسة هذا القسم سوف تنقسم الى بابين :

الباب الأول :

- حقيقة أولوية استيفاء الديون

الباب الثانى :

- نطاق الأولوية وحدودها

الباب الأول

حقيقة أولوية استيفاء الديون

٧٨ - ينهض لبيان حقيقة الأولوية أن نعريفها على النحو الذي يتسنى معه تفردها وتمييزها عن غيرها من النظم التي قد تشتبه بها أو تختلط معها ثم توضيح خصائصها والاساس الذي تقوم عليه مع بيان اوجيتها ومراتبها وذلك من خلال قصلين :

الفصل الاول :

• للتعريف بأولوية استيفاء الديون ، وبيان خصائصها .

الفصل الثاني :

• لبيان أسس أولوية استيفاء الديون وأوجيتها ومراتبها .

الفصل الأول

تعريف أولوية استيفاء الديون وبيان خصائصها

٧٦ - حظيت أولوية استيفاء الديون في القانون باهتمام كبير من فقهاءه وبمناشئيه حيث تناولوا موضوعاتها بالدراسة الوافية وشرحوا مسائلها بالقدر الذي يجعل التعريف بها قريب الغفال سهل الصياغة بحيث تتميز عن غيرها من النظم التي قد ترتبط بها أو تشبه معها في الآثار وتوضح خصائصها كما بين قديها المبرمة أحكامها وأفاضوا في ذكر مسائلها ، وإن كانوا لم يضموا لها تعريفا يصدق على هذه المسائل وتلك الأحكام ، وسوف نتناول دراسة هذا الفصل من خلال مبحثين نخصص أولهما للتعريف بالأولوية وثانيهما لبيان خصائصها في كل من الشريعة والقانون .

المبحث الأول

تعريف أولوية استيفاء الديون

٨٠ - أضحى القانون على بعض الديون صفة خاصة مراعاة فيه لاعتبارات قدرها فيها ، ومن شأن تلك الصفة أنها تجعل الدين ذو طبيعة متميزة يتقدم بها صاحبه في استيفاء ذلك الدين من مال المدين على غيره من الدائنين دون أن يخضع لمبدأ المساواة في الضمان العام والذي يحكم التفويض على أموال المدين كقاعدة عامة (١) .

وقد عالج المشرع المصري الاعتبارات التي تقوم عليها الأولوية من خلال النصوص التي وردت في التأمينات العينية (الرهن الرسي ، والرهن الحيازي ، وحق الاختصاص وحقوق الامتياز) كما مهد التفنين المدني الفرنسي لتعريف الأولوية من خلال تعريفه

(١) دكتور شمس الوكيل - نظرية التأمينات - ص ٥٦٧ .

لحق الامتياز في المادة ٢٠٩٥ ، والتي نعرضه كما يقول بعض الفقهاء :
" بصفته حق يكتسبه الدائن ، ويكون مميّزا على الدائنين الآخرين " (١)
ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري المادة (١١٣٠) وقد جاء فيها :
١ - الامتياز اولوية يقررها القانون لحق معين مراداة منه لصفته ٢٠ - ولا يكون للحق
امتياز الا بمقتضى نص القانون . حيث جاء في مذكرة المشروع التمهيدى بخصوص تسلك
المادة : " وان الممتاز هو الحق وليس الدائن به ، وذلك لان الامتياز مرجع
الى طبيعة الحق " (٢) ، وينبنى على ذلك ان الدين يظل ممتازا ولو انتقل
الى دائن آخر (٣)

ولما كانت الأولوية اثرا للتأمين العيني فانها تنشأ بنشوءه مستندا الى الأسباب
التي يقوم عليها ، وهى قد تكون الارادة او القضاء او نص القانون ، والحالة الأخيرة
لا يجوز للطرفين أن يقررا الاولوية بارادتهما (٤) .

Michel de Juglart, Cours de Droit civil., T.1er.P,383 (١)
No. 664., R.Beudant et pierre voirin, Cours de Droit Civil
Francais, T., 13,P.300, No. 292,lib. Arther Rousseau, Paris,
1948.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٢٨٦ ، وراجع :
Beudant, et Pierre Voirion, Op.cito., No.292.
وقد خالف بعض الفقهاء الفرنسيين ذلك ، وذهبوا الى ان الامتياز ما هو الا صفة أو خصيصة
وسيقة الصلة بالاستحقاق ، راجع :
Baudry. lacantinerie, T.,2,1.437.

(٣) السهوى - الوسيط - ج ١٠ ص ٩٢٠ ، ومحمد على امام - التأمينات ص ٥٤٠ .
وعبد السلام زهنى - التأمينات - ص ٢٣٨ ، وعبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات
العينية - ص ٣٣٤ . ومحمد كامل مرسى - التأمينات - ص ٤١٤ .
(٤) راجع حكم محكمة النقض المدني المصري ٥ مايو سنة ١٩٥٥ (مجموعة احكام النقض -
ص ٦٤٠ ص ١١١٠) ، وفي ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ (مجموعة احكام النقض ص ١٥٠ ص ٢٤ -
ص ٢٠٦) ، وقد جاء في الحكم الأخير : " ان الامتياز لا يتقرر الا بمقتضى نص فى
القانون ، ومن ثم فاشتراط المتعاقد امتياز الحق فى التعويض لا يعتد به . "

ولما كانت الأولوية تعنى تقديم دين لذاته على غيره الاستيفاء دون خضوع لمبدأ المساواة في التفضيل على أموال المدين • فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها :
صفة تلحق ببعض الديون تتكفل الاخلال لقاعدة المساواة بين الدائنين (١) أو هي صفة تلحق ببعض الديون فتكفل لها أفضلية في الاستيفاء على غيرها من الديون (٢)

كما عرفها البعض بأنها سلطة مباشرة يقررها القانون لمصلحة فئات معينة من الدائنين مراعاة لصفات ديونهم على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على منقول معين أو على عقار معين منها ، وتحول الدائن ان يتقدم دائنين غيره في استيفاء حقه من ثمن تلك الأموال في أي يد تكون (٣)

٨١ - وثى الشريعة الإسلامية :

للأولوية معنى لغوي يقترب كثيرا من معناها الاصطلاحي • الذي تناول الفقهاء دراستها من خلاله • وتعريف الأولوية في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية ينبغي معه بيان حكمها ودليل مشروعيتها • وسوف نعرف الأولوية لغة وفي اصطلاح الفقهاء ، ثم نبين حكمها ودليل مشروعيتها •

- (١) د / شمس الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٥٦٨ • هامش (١) والمنهوي - نفس المرجع السابق - ص ٩٢٣ هامش (٢) •
(٢) د / شمس الوكيل - نفس المرجع - ص ٥٦٧ هامش (١) •
(٣) د / سليمان مرقس - حقوق الامتياز ١٩٥٢ - ص ٤٦٨ • وقارن محمد كامل مرسى - التأمينات العينية ص ٤١٢ فقرة ٣٧٧ ، حيث يحرف الأولوية بأنها الحق السذبي خوله القانون بعض الدائنين بسبب صفة ديونهم ، ومقتضاه يستوفون ديونهم بالأسبقية على غيرهم ، وراجع : عبد السلام ذهني في التأمينات - ص ٣٣٧ ، وسير تاغسو التأمينات العينية - ص ٢٨٩ وما بعدهما ، حيث يقرر أنه : " اذا اريد اعطاء تعريف موجسد لمضمون فكرة الامتياز وجب تحاشي الاشارة الى الخصائص المختلفة لكل حق مزود به ، والاكتفاء بالصفة الوحيدة التي تفصل الامتياز عن بقية التأمينات الأخرى ، وهي مصدر الحق ، وعليه فالامتياز يتميز اساسا بأنه تأمين قانوني • ينشأ بمقتضى نص في القانون " •

٨٢ - أولا : تعريف الأولوية :

الأولوية في اللغة : مصدر من ألقى فعله . ولى من الولى . أى القرب والدنو (١) .
وسنه الولي . اسم الله تعالى . أى الناصر وقيل المتولى لأمر العالم والخلائق القائم بها
قال ابن الأثير : كان الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفلسل (٢) .

وانعمل التفضيل منه أولسى ، أى الأحق والأجدر والأقرب من الحديث . الحقوا القرائن
بأعلىها فما بقى فلأولى رجل ذكر أى أقرب بالنسب (٣) .

وفي اصطلاح الفقهاء : تناول فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع الأولوية بالدراسة

المستفوضة ، وبينوا فكرتها وهم بصدد بيان توزيع مال المد بين عند الحيز عليهم
أو بعد موته حيث وضعوا ترتيبا للديون في الاستيفاء ، كما تناولوا تصنيف الديون في ذاتها
إلى ديون عينية تتعلق بعين معينة بالذات ، وديون شخصية تتعلق بصفة المدعى (٤)
على نحو ما سنرى من خلال دراسة الموضوع والديون الشخصية تفاوت فيما بينها قوة وضعفا

(١) المعجم الوسيط - لمجمع اللغة العربية - ج ٢ ص ١٠٧٠ ، ولسان العرب - ج ٢٠ ص
- ٢٨٧ ، وتاج العروس - للزبيدي - المجلد العاشر - ص ٤٠٠ ، ٤٠١ ، وأساس البلاغة
- طبعة الشعب - ص ١٠٤٢ ، والقاموس المحيط - ج ٤ ص ٢٩٤ .

(٢) لسان العرب - نفس المكان السابق .

(٣) المعجم الوسيط - نفس المكان السابق .

(٤) راجع : حاشية الظحطاوى على الدر المختار ج ٤ ص ٣٦٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعى
ج ٦ ص ٢٣٠ ، وجواهر الأكل للآبى - ج ٢ ص ٢٢٧ وشرح منج الجليل ج ٤ ص ٦٩٨ -
وحاشية عمسيرة على الجلال المحلى - ج ٣ ص ١٢٨ وما بعدها ، والمعنى لابن قدامس -
ج ٤ ص ٤٥٢ ، والاتقان في فقه الإمام أحمد بن حنبل - لشرف الدين موسى الحجاوى المقدس -
المتوفى سنة ٩٦٨ هـ - ج ٣ ص ٨٢ ، وأحكام التركات والموارث - للشيخ محمد ابوزهريرة
طبعة ١٩٤٩ - ص ٢٩ وما بعدها ، والميراث المقارن - للكشكى - ص ٩١ وما بعدها ،
والميراث - لمحمد زكريا البرومسى طبعة ١٩٦٩ م - ص ٢٩

بالقدر الذي يجعل لبعضها الأولوية على حساب البعض الآخر في الاستيفاء .

ورغم ان الفقهاء قد بينوا احكام الاولوية بالتفصيل في مواضع دراستها المتفرقة من كتب
الفقه الاسلامي الا أنهم - ربما لوضوح فكرتها عند هم - لم يضعوا لها تعريفاً بصور ماهيتها
ويمكن تعريفها :

بأنها حق يثبت للدائن سبقيته على غيره في استيفاء دينه من مال المدين
لوهي حق الدائن في استيفاء دينه قبل غيره من الغرماء (١)

٨٢ - ثانياً : حكم الاولوية ودليل مشروعيتها :

الاولوية حق يثبت للدائن التبدأة باستيفاء دينه من مال المدين قبل بقية الغرماء وهي
اثر لخطاب الشارع سبحانه ، حيث يتعلق الخطاب فيها بفعل المكلف على مييل الجواز
ولذلك فهي جائزة .

وقد قامت الأدلة على جواز الأولوية من الكتاب ، والسنة ، والأجماع .

أولاً : من الكتاب :

قول الله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " (٢) .
فقد نلت الآيه الكريمة على ان استحقاق الورثة للتركة يأتي في المرتبة بعد الوصية والدين
وي هذا اقرار للاولوية فيهما عنسه . والوصية وان كانت مقدمة على الدين في الآيـــــــــــــــــه
الا ان اجماع الامة من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم منعقد على ان الدين يقدم على
الوصية . وقد روي في هذا الشأن عن علي رضي الله عنه انه قال : " قض محمد صلى
الله عليه وسلم ان الدين قبل الوصية ، وانتم تقرؤون الوصية قبل الدين (٣)

(١) راجع في هذا المعنى - حاشية الطحطاوي على الدر المختار - ج٤ ص ٣٦٦ ، وشرح

منح الجليل - ج٤ ص ٦٩٨ .

(٢) النساء - آية : ١١

(٣) نيل الاوطار للشوكاني - ج٦ - ص ٥٣ ، وسبل السلام للصنعاني - ج٣ ص ١٠٧ ، وما بعدهما

ويقول الشوكاني : " يقدم الدين على الوصية ولا أعلم في ذلك خلافاً (١) ، وأما تقديم الوصية على الدين في الآيسة إنما هو تقديم في الذكر ، وهو لا يستلزم التقديم في الحكم ، وإنما قدمت في الذكر لامتياز الاهتمام بتقديمها فيه ، وذلك لكونها قسرية ، والدين مذموم غالباً ، ولحث الورثة على إخراجها لأنها مأخوذة بلا عوض ، فكانت منطفة لاهمال الورثة بخلاف الدين فإن في مقابلة عوض وقد يكون موجوداً في التركة ، فيسهل أدائه ، ولأنها حظ فقير ومسكين غالباً ، والدين هق غريم يطلبه بقوة ، كما صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ان لصاحب الحق مقالا (٢) ، ولأنها يشتمها الوصي من قبل نفسه ، فقدمت تحريضا على العمل بها ، بخلاف الدين .

على ان آية الوارث ليست فيها صيغة ترتيب ، بل المراد ان الوارث إنما يح بعد أداء الدين وانفاذ الوصية ، والواو للإياحة ، وهي قولهم : جالس الحسن او ابن سيرين . اى لك مجالسة كل واحد منهما ، اجتمعا او اقترقا ، فتأبيها تدل عليه الآية ، تقديم جملة الوصية والدين على الأثر ، والا لو كان الدين راتيا لكان العطف بالواو (٣) وقد دل الحديث والاجماع والعقل على تقديم الدين على الوصية في الحكم (٤) .

(١) نيل الاوطار للشوكاني - نفس المكان السابق ، وسبل السلام - نفس المكان السابق .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني - نفس المكان السابق ، وسبل السلام - نفس المكان السابق . حيث يقول : قال الترمذي : العمل عليه عند اهل العلم ، ولم يختلف العلماء ان الدين يقدم على الوصية . وراجع : القرطبي - في الجامع لاحكام القرآن - ج٥ ص ٧٣ - مطبعة دار الكتب المصرية سنة ١٣٥٦ هـ .

(٣) القرطبي : نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) نيل الاوطار للشوكاني - نفس المكان السابق ، وسبل السلام - نفس المكان السابق ، وراجع : تفسير القرآن الكريم - للزمخشري - ج١ ، ص ٢٥١ ، واحكام القرآن للجصاص - ج١ ص ٦٢٦ وما بعد ها ، وجامع البيان - للطبري - ج٢ ص ٧٦ وما بعد ، ومختصر تفسير ابن كثير - ج١ - ص ٢٥٦ .

ثانيا : من السنة :

ما روى عن ابي هريرة " عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس " أو انسان قد افلس ، فهو أحق به من غيره " رواه الجلاء وفي لفظ قال : في الرجل الذي يعدم ، اذا وجد عنده المتاع ولم يفترقه ، انسه لصاحبه حتى الذي بلغه ، رواه مسلم والنسائي ، وفي لفظ : انما رجل أفلس فوجد رطله عند ماله ، ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له - رواه أحمد (١)

ووجه الدلالة في هذا الحد يث :

انه قد دل على ثبوت الاولوية ، لمن وجد عين ماله متاعه في مال الفليس ، فيستوفى حقه منه بالأسبقية على غيره من غرساء الفليس ، وهذا هو جوهر فكرة الاولوية نفس الحد يث دلالة واضحة على مشروعيةها .

ثالثا : من الاجماع :

فقد اجمع الفقهاء على ان الذين تختلف طبيعتها قوة وضعفا لاعتبارات شرعية الأمر الذي يجعل لبعضها الحق في اولوية الاستيفاء عن البعض الآخر وقد اجمعوا على تقديم الدين على الوصية كما سبق . (٢)

٨٤ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون في تعريف الأولوية ، نجد أن هناك وجه اتفاق ووجه اختلاف بين كلا الفقهين يمكن ابرازها على النحو التالي :

- (١) نيل الاوطار للشوكاني - ج ٥ ص ٢٤٢ ، وسيل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ٥٣ .
والحد يث رواه ابو داود في سننه عن الحسن بن سمره بن جندب - راجع : سفن ابي داود - ج ٢ ص ٢٥٩ ، والسنن الكبرى للبيهقي - ج ٦ ص ٤٥ ، والجواهر النقي عليه نفس المكان السابق .
- (٢) راجع : نيل الاوطار للشوكاني - نفس المكان السابق .

أولا: بالنسبة لجانب الأتساق :

يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية ، في تقرير أولوية الاستيفاء لبعض الديون على بعضها الآخر ، ووضوح هذا المعنى ملموس في كلا الفقهيين . فالأولوية نسي جملتها موجودة في الشريعة والقانون .

ثانيا: بالنسبة لجانب الاختلاف :

وإذا كان القانون يتفق مع الشريعة الإسلامية في تقرير فكرة الأولوية ، فأنهما يختلفان في طريقة تعريفها ، وبيان مصدرها .

١ - بالنسبة لتعريف الأولوية :

في القانون الوضعي عني المشرع بتعريفها من خلال بيانه لحقوق الامتياز ، ونسب قانوني محدد فأراح الباحثين من معاناة وضع تعريف لها . وقد سلك طريقا يقوم على تعريف الأولوية مع بيان امثلتها وانواعها ، حيث عرف الأولوية قيمادة . ثم بين التعريفات والأحكام في مواد أخرى . وهو بهذا يختلف عن الفقه الإسلامي اختلافا واضحا فالفقه الإسلامي قد يتناول التعريف بالأولوية من خلال بيان أحكامها في الفروع المختلفة ، ولما كانت الأولوية متفرعة ومختلفة الأنواع ، لم يجعل لها الفقهاء تعريفا عاما يحصرها ، وإنما بنوا أحكامها وفروعها مفصلة وفي هذا انهما عن بيان ما هيتهما .

٢ - بالنسبة لمصدر الأولوية :

في القانون الوضعي ، مصدر الأولوية ، قد يكون هو الإرادة أو القضاء أو نص القانون بينما مصدر الأولوية في الشريعة الإسلامية ، مستمد من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الإرادة فانها سبب للأولوية ، ذلك لان مصدر الحق فيه هو نصوص الشارع وقد رأينا أن نصوص الكتاب قد ايدت بها السنة ، وعضدها الاجماع على مشروعية الأولوية ، فمصدر الحق في الفقه الإسلامي هو نص الشارع . غير ان نص الشارع قد يفهم الحق مباشرة وقد يرتب وجود الحق على سبب معين .

وهنا يأتي دور الإرادة كسبب يرتب الشارع عليه أحكامه في اطار ما أمر به أو ورد دليل على مصدره .

وعلى ضوء ذلك يمكن القول ان مصدر الأولوية في الشريعة الإسلامية ، هو نص الشارع غير ان النص قد يكون هو مصدر الأولوية المباشر ، كما في أولوية الدين في الاستيفاء ، عن الوجهة ، وأولوية صاحب المتاع في مال المفلس ، هنا بصدد الأولوية هو نص الشارع مباشرة .

وقد يكون مصدر الأولوية هو نص الشارع لعل سبيل مباشر ، بل عن طريق سبب يرتب الشارع عليه أحكام الأولوية ، وهنا تقوم الإرادة بدور السبب الذي يرتب الشارع عليه أحكامها ، ومثال ذلك : الأولوية المقررة للديون العينية ، كما في الرهن فان مصدره نص الشارع ، وسببه إرادة المتعاقدين ، انه هو عقد ، ينعقد بالاجاب والقبول .

وعلى هذا النحو ، يتحدد دور الإرادة في إيجاد الأولوية ، ويتميز اتجاه الشريعة في جعل انشاء الأولوية للنص وللإرادة معا في كل صورها . وهذا القدر البسيط يختلف التأصيل في كل من الشريعة والقانون .

٨٥ - تمييز الأولوية عن ما يختلط بها من نظم :

الأولوية أداة قانونية تهدف الى تقديم دين على آخر في الاستيفاء ، ولما كانت كذلك فأنها قد تشبه بغيرها من النظم التي ترتبط بها في الوجود ، وذلك كالتأمينات العينية المختلفة او التي قد تشبه بها في الغاية مثل المراكز القانونية المتنازعة ، الامر الذي يتطلب الفاء الصوة على تلك النظم بالقدر الذي يميز الأولوية عنها .

٨٦ - أولا : صلة الأولوية بالتأمينات العينية :

التأمينات العينية ، هي حقوق عينية تبعية ترمي الى بعث الطمأنينة في نفس الدائن وتجعله في مركز يفضل به زملاءه في مواجهة خطرا ؛ مصار المدين ، حيث توهمه بضممان خاص يجعله في ملأ من هذا الأعباء وتزود به وسائل قانونية ليس في وضع غيره ان يشاركه فيها على نحو يكفل له استيفاء حقه كاملا (١) .

(١) دكتور شمس الوكيل - نفس المرجع السابق ص ٣٢ ، والدكتور عبد الفتاح عيسد الهاتس - التأمينات العينية - فقرة ١٢ .

وقد عمدت كافة التشريعات الوضعية الى تزويد الدائن بهذه الحقوق العينية واضفت عليها من الاحكام ما جعلها قابلة لتحقيق الائتمان على اكمل وجه ، ان تقوم على تخصيص اموال معينه مملوكة للمدين وتزود الدائن بسلطات خاصة على هذه الاموال يفضل بها غيره من الدائنين ، ان يستطيع ان يستوي حقه من المقابل النقدي لهذه الاموال (١) فيفسلت بذلك من مبدأ المساواة السالف الذكر ، وهذا ما يعبر عنه بحق التقدم أو الأفضلية .

وهذه الأفضلية في الغالب من الامر يتسع نطاقها فتتطلب آثارها ، حتى ولو انتقلت هذه الاموال من ذمة المدين الى ذمة شخص آخر ، فهذه الادوات العينية في أقوى مظاهرها تمنح الدائن الى جانب افضلية الاستيفاء من المقابل النقدي للاسئوال المخصصة ، القدرة على متابعة هذه الاموال في أي يد كانت وهو ما يعرف بحق التتبع .

والتأمينات العينية ، لا تنفرد الا بالطريقة التي بينها القانون فالخروج على مبدأ المساواة بين الدائنين ، لا ينبغي ان يسمح به الا في الحدود التي اجازها القانون ، وبالتالي فلا يجوز للافراد ان ينشئوا تأمينات عينية خاصة الا بالطريقة التي بينها القانون ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحقوق العينية ورثة على سبيل الحصر (٢)

ويتجه الفقه الى تبرير هذا المبدأ على اساس ان التأمين العيني يحول لصاحبه الافضلية والتتبع على نحو مصالح الغير ومن ثم فلا يجوز للافراد ان ينفردوا بتقديرات حقوق تطلق في سريانها فتمس الكافة فهم تلك التي يجيزها القانون .

وذلك امر منطقي ، فالتأمينات العينية ، تهدد قاعدة اساهية من قواعد القانون المدني وهي المساواة بين الدائنين ، ومن ثم فمن المحقول ان يحتكر المشرع طريقة تقريرها بل انه في الاحوال التي اجاز انشاءها بارادة الدائن والمدين وذلك في عقد الرهن وضع احكاما وقويدها تتعلق بالنظام العام ، ذلك ان النظم القانونية للتأمينات وثيقة

(١) وهذا يختلف الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) عن الحقوق العينية الاصلية حيث يتملظ فيها صاحب الحق على الكيان المادي للشيء محل الحق ويباشر سلطات تخوله الاستفادة المادية المباشرة من الشيء ، ومن ثم ترد سلطة صاحب الحق العيني التبعية على القيمة الاقتصادية للشيء ، والتي تتمثل بالمقابل النقدي له - الدكتور شمس الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٥٨ .

(٢) الدكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٥٥ ص ٥٥٤ ،

والدكتور حسن كيرة - الحقوق العينية الاصلية - ج١ حق الملكية - ص ٤٨ .

الصلة بالاثمان وهي على هذا النحو تمس الصالح العام (١)

وعلى هذا النحو يمكن تحديدهم العلاقة بين الاولوية والتأمينات المعنوية فالاولوية
حكم من احكامها ، واثمن اثار التأمينات ولهذا يمكن القول بأن الصلة بينهما
هي صلة المسبب بالمسبب .

٨٧- وفي الشريعة الاسلامية ، الغاية التي تروى التأمينات المعنوية الى تحقيقها
معتبر عنها بالتوثق ، الذي يحى الدين من مزاحمة غيره الاقل منه رتبة ليحصل
صاحبه عليه بالافضلية على غيره ، وقد سارع الرهن الجعلى والشريعى لتحقيق تلك
الغاية ولهذا ينبغي تعريفه :

تعريف الرهن لغة واصطلاحاً :

الرهن يفتح الرأء وسكون الهاء لغة : الاحتباس (٢) ومنه قوله تعالى : " كل نفس
بما كسبت رهينة " ويقال الخلق رهائن الموت (٣)

وفي اصطلاح الفقهاء :

١- عرفة الخنفة :

بأنه " حبس شئ ما لى بحسبى يمكن استيفاءة منه (٤) ؟

٢- وعند المالكية :

يطلق شرعاً : صد را بمعنى العقد ، واسما للشئ المرهون ، بالمعنى التالى عرفه
الخرشى بأنه : " مال قبض توثيقاً به دين " (٥) وبالمعنى الأول عرفه الألبى بأنه
" لفظاً مميّز شيئاً يحسب بوعده وثيقة بحسبى (٦) .

(١) نفس المرجعين السابقين .

(٢) ترتيب القاموس المحيط - طاهر احمد الزواوى ج ٢ ص ٣٧٦ طبعة ١٩٥٦ ، و اساس

البلافة للزمخشري ج ١ ص ٢٠٤ .

(٣) المعثر - آفة : ٣٨ ، وراجع أساس البلافة للزمخشري نفس المكان السابق .

(٤) الخرشى - ج ٥ ص ٢٣٦ .

(٥) حاشية ابن عابدين ، علسى الدر المختار ج ٥ ص ٣١٧ .

(٦) جواهر الأكليل - الألبى - ج ٢ ص ٧٧ .

٣ - وعرفه الشافعية :

بأنه : جمل مال وثيقة على دين ، ليستوفى منه الدين عند تعذره فمن عليه (١)
وعرفه قليوبى في حاشيته على شرح الجلال المحلى بقوله : " هو جمل عين ماليسة
وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذروفاشيه (٢) " .

٤ - وعند الحنابلة :

يعرف الرهن شرطا : بأن المالك الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر
استيفاءه من هو عليه (٣) :

٨٨ - ويبين لنا من خلال تعريفات الفقهاء للرهن ما يأتي :

أولا : ان الفقهاء متفقون على ان الرهن شرع للتوثق بالحسنى .
ثانيا : ان الرهن اما ان يكون عينا كالذهب والفضة أو عروضا أو عقارا فهو شامل لكل ما يتناول
ثالثا : ان بعض الفقهاء قد عرف الرهن بالمعنى المصدرى وهو العقد ، والبعض الآخر قد
عرفوه بالمال المرهون ، والمآل واحد ، لأنهم جميعا متفقون على أنه لا بد للمال
المرهون من صيغة وهى الايجاب والتبطل من العاقدين لانعقاد الرهن (٤) .

٨٩ - مقارنة بين طبيعة الرهن في الشريعة والقانون :

الرهن في الشريعة ، عقد يتم بالرضا من استوفى اهليته دون اشتراط لشكل خاص يصاغ العقد
فيه كما هو الشأن في الرهن الرسمى في القانون ، اذ لا ينعقد الرهن الا بورقة رسمية
وفقا لنص المادة ١٠٣١ / ١ من التشريع المدنى المصرى ، وهذه الرسمية ركن في العقد
لا يقوم بدونها (٥) وعلى هذا فمن كان له رهن في مال المدين فان لصاحبه حسنى
الأولية ولولم يكن مكتوبا في ورقة رسمية ، أما في القانون فلا ينعقد العقد اصلا .

وبهذا يختلف الرهن في الفقه الاسلامى عن الرهن الرسمى في فقه القانون أما الرهن
الحيازى ، فإنه يرد على المقار والتنقل ولا يشترط فيه الرسمية لانعقاده ، كما يشترط

-
- (١) المجموع - شرح مذهب الشيرازى - للمطيعى - ج ١٢ ص ١٨٩ - الطبعة الاولى .
(٢) حاشية قليوبى على شرح الجلال المحلى - ج ٢ ص ٢٦١ .
(٣) المعنى والشرح الكبير - ج ٤ ص ٣٦٦ .
(٤) الشرح الكبير - مع السفنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٦٧ . والمجموع شرح مذهب
الشيرازى للمطيعى - ج ١٢ ص ١٩١ . وشرح منح الجليل - ج ٣ ص ٥٦ وما بعدها
وحاشية امن عابدين - نفس المكان السابق .
(٥) الوسيط - للمنهورى - ج ١٠ ص ٢٧٩ .

فيه القبض (١) ولهذا فان معنى الرهن الحيازي في القانون الوضعي يقترب من معنى الرهن في الفقه الاسلامي .

١٠ - الاولوية والرهن في الشريعة الاسلامية :

والاولوية الاستيقا المقررة على المال المرهون لا تنفصل عنه ، وهي لا تختلط به على النحو الذي يجعلنا في حاجة الى التمييز بينهما لانها اثر من آثاره وحكم من احكامه الذي لا ينفك عنه أبدا ، ولهذا فليست هناك حاجة الى عقد مقارنة بينهما صلة الاولوية بالرهن في الشريعة الاسلامية تقترب كثيرا منها في القانون حيث تعتبر الاولوية اثرا للرهن فيهما أو مسببه عنه ، وان صح ان هناك خلافا بينهما ، فان منشوءه يرجع الى طبيعة الرهن في القانون ، حيث يمكن ان يكون رهنا حيازيا ، فلا تنفصل الاولوية عن المال ، أو يكون رهنا رسميا ، طليقا فينتقل بالاولوية ، واهي لم يكن فيه حيازة ، ومن ثم فان ممارسة التقدم على المال قد تختلف في كلا النوعين للرهن وتقدر اختلافها ، يظهر هذا الفرق البسيط بين الشريعة والقانون .

١١ - ثانيا : الاولوية والمراكز القانونية الممتازة .

تعتبر الاولوية استثناء قانونيا على المبدأ العام الذي يقرر مساواة الدائنين في الضمان العام المفروض على اموال مدينهم ، وفقا لنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري والتي تنص على ان : ١ - اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونها ٢ - وجميع الدائنين متساون في هذا الضمان الا ان كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون .

ولما كان المشرع المصري لم يبين على وجه الحصر والتحديد اسباب التقدم ، وذلك على خلاف غيره من بعض التقنينات الوضعية التي تفضل بعض المدينين ، ومنها على سبيل المثال التقنين المدني الفرنسي الذي تحدد المادة ٢٠٩٤ منه اسباب التقدم بأنها هي الرهن والامتيازات . (٢) .

فقد اوجت هذه الصياغة للفقه الوضعي باعتقاد حاصله ، ان اسباب التقدم لا تقتصر على الرهن والامتيازات ، حيث لم يحدد التقنين المدني المصري ، ومن هنا فان حصرها

(١) المجموع - ج ١٢ ص ١١٣ ، وابن عابدين - ج ٥ ص ٣١٧ ، والمغني لابن قدامه - ج ٤ ص ٣٦٨ ، وعند المالكية لا يتم الرهن الا بالقبض - راجع الخرشى - ج ٥ ص ٢٤٥ .
(٢) دكتور رمضان ابو السعود - التأمينات الشخصية والعينية - طبعة ٧٧ - ص ١٩ .

في هذين النوعين من أسباب الأولوية تقول عليه بما ليس منه ، كما ان الاقتصار على هذين النوعين ، وفقاً لما يوردى اليه منطوق النص الفرنسي لا يعدو في حقيقته أن يكون تمسكاً بحرفية النص ، وهو أمر لا يستقيم فهمه مع روح التشريع ، ولهذا يذهب جانب من الفقه الى أن أسباب التقدم المذكورة ، انما هي الاسباب المباشرة للتقدم ، وهناك اسباب اخرى يستطيع بها الدائن ان يتقدم على غيره من دائني المدين ، ولا يصدق (١) عليها وصف الرهن او الامتياز وهي التي يمكن ان يطلق عليها المراكز القانونية الممتازة ونشير الى حقيقة هذه المراكز وطبيعتها وتطبيقاتها في فقه القانون مع المقارنة بما يمكن ان يقابلها في الفقه الاسلامي .

٩٢ - طبيعة المراكز القانونية الممتازة وتطبيقاتها :

بدأت فكرة المراكز القانونية الممتازة تظهر في الفقه الحديث كوع من أسباب الأولوية لا يعتمد على نص مباشر ، وانما يعتمد على طبيعة مركز الدائن في الرابطة القانونية ، ففي اكثر الاحيان قد يكون وضع الدائن في الرابطة معينا له على المسيطرة على بعض اموال مدينه وحيازتها بالقدر الذي يمكنه من استيفاء دينه منها .

وهي على هذا النحو تستوعب وسائل كثيرة من الحالات التي تعطى بعض سمات الأولوية وتستجيب لبعض الجوانب العملية التي لا يمكن تجاهلها أو اغفالها في التعامل .

واذا كان المشرع هو الذي يسمع بالخروج على مبدأ المساواة بين الدائنين ، فانه عندما يقرر هذا الخروج ، ويعطى الافضلية لبعض الدائنين ، يلجأ الى وسيلة من عدة وسائل فقد يجعل في متناول الدائن ان يحصل على رهن يخلو له تلك الافضلية في استيفاء الدين ، وتلك هي الرهون الاتفاقيه (الرهن الرسمى والحيازي) والرهون القضائية (حق الاختصاص) وقد يمنح المشرع الدائن امتيازاً يحقق هذا المعنى المقصود . واذ كانت انواع التأمينات العينية هي الادوات القانونية التي تعطى الاولوية مباشرة ، فان هناك وسائل اخرى يمكن ان تعطى اولوية في الاستيفاء ، وان لم تكن من بين انواع التأمينات العينية ، والاولوية الناشئة عن تلك المراكز تشتمل بطريق غير مباشر ، حيث تستمد من طبيعة المركز الممتاز الذي يترتب عليها ، والذي يحظى بتطبيقات كثيرة في القانون .

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

تطبيقات المراكز القانونية الممتازة :

ونعرض فيما يلي لبعض تطبيقات المراكز القانونية الممتازة ، لنرى كيف يمكن أن تحقق للدائن الذود بها تأميناً كافياً ، وبالتالي تحقيق الأولوية له في استيفاء دينه .

١٣- أولاً : المركز القانوني الممتاز النامي عن حق الحبس :

حق الحبس (Droit de Retention) هو الحق الذي يمتنزه يكون للدائنين ان يمتنع من رد الشيء الذي لدينه والموجود تحت يده الى حين استيفاء دينه بتاممه ولأن الشيء الذي تحت يده لم يسلم اليه على سبيل رهن الحيازة^(١) .

وحق الحبس مبني على قواعد العدالة والمنطق التي تنفي بأنه لا يجوز لاحد أن يشرى على حساب غيره فاذا أنفق انسان مصاريف على الشيء الذي في حيازته ، فيجب على من لسه الحق في الشيء أن يدفع المصاريف التي صرفت عليه قبل أن يطالب برده اليه (لا) ويكون لمن أنفق هذه المصاريف الحق في أن يحبس الشيء لديه حتى تدفع له ، وليس لباقي الدائنين أن يعترضوا ، لان الدائن الذي له حق الحبس ممتاز عنهم بحيازته له ، ووجود الشيء في حيازته اعلام لهم بأن الشيء قد تحمل بحق أقوى من حقهم

in Puri causâPotior est causapossident- Toutes choses égales, la preference est au possesseur.

وقد يكون مبني حق الحبس ان من وجب عليه الوفاء بتسليم شيء مقابل وفاء الطرف الثاني متمهد اخر بسبب نفس الشيء يكون له أن يحبسه اذا رفض الثاني القيام بتعهد ، وليس

Planiol, T.,2, No., 2515. (١)

(٢) مكتوب محمد كامل مرسى - التأمينات الشخصية والعينية - ص ٥٨٨ - الطبعة

الثانية ١٩٣٠م وراجع: G. Marty et P. R aynaud, Droit Civil, T., 3, 1^{er}, Vol.,

Les Sûretés, P,28, Sirey, 1971.

لهذا الأخير أن يطلب رد الشيء إليه من غير أن يقوم هو بتنفيذ تعهد الملزم له بسبب الشيء، ويظهر ذلك في العقود الملزمة للطرفين مثل البيع (١)
وقد عالج المشرع المصري الحق في الحبس في المواد ٢٤٦ وما بعد ها من التقيين المدني وقد جاء في المادة المذكورة " لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين وموتبط به أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ويكون ذلك بوجه لحائز الشيء أو محسروه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع."
فالحق في الحبس بمثابة ضمان خاص اعطاء التقيين لكل دائن يكون مدينا في نفس الوتسنت لدائنه فيحبس الدين الذي عليه حتى يستوفى الذي له (٢)

٩٤ - طبيعة حق الحبس:

اختلف الراى في الفقة الفرنس بالنسبة لطبيعة حق الحبس، هل هو حق عيني أم لا فذهب

(١) راجع : حكم محكمة النقض في ١٠ فبراير سنة ١٩٨١ في الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٧ ق- الموسوعة الشاملة لاحكام محكمة النقض- عبد المنعم الشرييني - ج٩ - القاعدة ٣٧ ص ١٨٨، وقد جاء في هذا الحكم : " اجاز المشرع للمشتري حبس الثمن اذا تبين له سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، وعلم المشتري بهذا السبب وقت الشراء لا يفيد نزوله عن ذلك الحق لانه قد يكون معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقات الباقي في ذمته ولا يلزم لقيام هذا الحق وقت تعرض بالفعل ."

(٢) السنهورى - الوسيط - ج٢ ص ١٢٤ وما بعد ها ، دكتور أنور سلطان - احكام الالتزام - ج٢ فقرة ١٧٢ ، ودكتور اسماعيل غانم - احكام الالتزام - ص ٢٢٥ ، ودكتور لبيب هنيب في نظرية الالتزام - ص ٣٣٤ .

بعض الفقهاء الى انه حق عيني (١) وذهب البعض الاخر الى انه حق شخصي ، حيث إنسه لا يعطى حق التتبع وان كان هذا لا يمنع من الاحتجاج به على الغير (٢) .

ولا يستقيم القول بأن الحبس حق عيني ، مع تنص عليه المادة ٢٤٧ من القانون المدني المصري الجديد ، من أن : " مجرد الحق في الحبس لا يثبت حق امتياز عليه " وعليه فليس للحابس افضلية تشبه تلك التي تثبت للدائن المرتهن أو الممتاز ، فاذا قام الحابس بالتنفيذ على العيّن المحبوسه بحقه ، فإنه ينفذ عليها كدائن عادى ، وليس كدائن ممتاز فيزاحمه سائر الدائنين في الثمن ، ويقاسمونه فيه حفاصة الغرما ، ولا يستقيم في نظرنا ايضا القول بأنه حق شخصي ، تأسيسا على أنه لا يعطى حق التتبع ، فهناك بعض أنواع الحقوق العينية لا يمارس فيها حق التتبع ولا يمكن انكار صفة العينية عنها ، وذلك في حالة ما اذا احترق المال المثقل بالتأمين ، أو بيعت ملحقات العقار (٣) ، ويكون هذا المعنى أكثر وضوحا في حالة الاولوية المقررة على المنقول ، حيث يكون من المتعذر ممارسة التتبع الا بموجب اجراء محدد وتحت ظروف استثنائية (٤) .

ونرى مع الرأى الراجح في الفقه ان الحق في الحبس ليس هو بالحق العيني أو الشخصى وانما هو بمثابة ضمان خاص اعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في نفس الوئـــ

-
- (١) Beudant, Les sûretés personnelle et réelles, N^o, 251.
- (٢) Aubry et Rue, Cours de Droit civil Français, T., 3, N^o, (٢) 256, Note., 21 - 23, Paris, 1938.
- H. L. J. Mazeaud, leçons de Droit Civil, T., 3, Vol., 1^{er}., Sûretés - Publicité foncière , Par, F. Chabas, P. (٣) 458, N^o 462. 5^e, ed., 1977.
- Beudant, Op. cit., N^o, 295, P. 302, est. (٤)

لدائنه ، فيحبس الدين الذي عليه ، حتى يستوفى الذي له (١)

١٥- نطاق الاولوية في حق الحبس:

وحق الحبس يعطى حق التمتع لكن لا يترتب عليه حق التمتع بمعناه الحقيقي ، لان وجوده مبنى على شرط الحيازة ، فيزول بزوال الحيازة لاي سبب ، وبما ان حق التمتع لا يمكن استعماله الا اذا حاز الغير الشيء ، فعلى هذا لا يترتب حق التمتع الحقيقي على حبس الشيء .

والحبس لا يمنع الدائنين من الحجز وطلب بيع الشيء المحبوس ، ولكن الدائن الذي يكسبون له حق الحبس يحصل بطريقة غير مباشرة على دفع دينه اليه بالاولوية ، حتى ولو باع المالك المدين لآخر او نفذ احد الدائنين الاخرين بحقه عليها فباعها جبرا لمن رسا عليه المزاد ففي جميع هذه الاحوال يبقى حق الحائز في حبس المدين قائما في مواجهة المشتري من المالك ، ولبقى الاتوفية الحابس حقه كاملا ، اذا لم يكن هو الذي نقد على المدين ، وينتهي الحق في الحبس في هذه الحالة الى النتيجة الفعلية التي ينتهي اليها حق الامتياز فيكون للدائن حق التقدم وحق التمتع ، على الاقل بالنسبة للشيء الذي في حوزته (٢) .

وعلى هذا فالحق في الحبس يرضع الدائن في مركز يفضل به سائر المدينين من الناحية الواقعية ان هو يحبس للشيء تحت يده يحرم المدين من الاستفادة منه ، وان لم يكن له كل صفات الحق المعنى .

١٦- ثانيا : الاولوية الناشئة عن اللجوء المباشرة:

تعتبر الدعوى المباشرة من المراكز القانونية الممتازة ، حيث يحصل الدائن المزود بها على سعيه الى مدين المدين متفاديا الخضوع لقاعدة تسمية الغرماء ، عند عدم كفاية أموال المدين (٣) فهي تحقق ضمانا خاصا ، يتمثل في الاستئثار بنتائج سعيه لمدين مدينه

(١) د / محمد كامل مرسى - نفع المرجع السابق - ص ٥١١ . والنسبوري - نفس المرجع السابق واسماعيل غانم - نفس المرجع السابق ، ود / انور سلطان - نفس المرجع السابق ، ود / شمسة الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٤٢ . ود / جمال زكي - التاميمات الشخصية والعينية - ص ١٩ ، طبعه ١٩٧٩ . Marty et Reynaud, Op. cit, P. 28. (٢)

(٣) د / رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٢٥ .

فالمستأجر يستأثر بدين المستأجر الأصلي قبل المستأجر من الباطن مفضلاً بذلك على دائني المستأجر الأصلي الآخرين ، ويستأثر المصاب بدين المؤمن له قبل المؤمن مفضلاً على غيره من دائني المؤمن لهم الآخرين ، والعامل أو المقاول من الباطن يستأثر بدين المقاول الأصلي قبل رب العمل دون أن يشاركه في ذلك غيره من دائني المقاول الآخرين .

وهذه الأفضلية التي يتمتع بها الدائن المزود بالدعم -سوى المباشرة تماثل الأفضلية التي يتمتع بها الدائن المرتبهن أو الممتاز ، فتكون الدعوى المباشرة متساوية معها فسي تقرير التقدم للدائن المزود بها في الاستيفاء ، ولما كانت لا تعد من قبيل الامتياز فأنهما تعتبر من قبيل المراكز القانونية المتأخرة (١)

١٧ - ثالثاً : المركز الناشئ عن الالتزام بحمل والامتناع عن عمل :

إذا كان الدائن ، دائناً بحمل قبل المدين أو بالامتناع عن عمل ، فإن مثل هذا الدائن لا يتمتع بالترامح مع غيره من دائني المدين عندما يحسب بطلب هذا الدائن ، فالالتزام بحمل أو بالامتناع عن عمل لا يمكن أن يتعرض لقاعدة المساواة بين الدائنين ، فالدائن يحصل على العمل ، أو الامتناع الذي التزم به المدين دون أن يكون لغيره من دائني المدين الحق في مشاركته في الحصول على هذا العمل أو هذا الامتناع ومثال ذلك : المستأجر -ممن مالك مفلس ، فهو دائن للموَجِر المفلس بحمل ، وهذا العمل هو تكينه من الانتفاع بالعين الموجهة .

وهذا الالتزام لا يدخل في التفليسة ولا يشاركه دائنوا المفلس الآخرين في اقتسامه ، بل يكون له وحده الحق في الحصول على هذا العمل من المدين ولا يكون لغيره من الدائنين مشاركته فيه ، فهو يتمتع إذن بمركز ممتاز قبل الدائنين الآخرين للمفلس (٢)

(١) د / شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٤٢ ، والدكتور اسماعيل غانم - نفس المرجع والمكان السابقين والدكتور رمضان أبو السمود - نفس المرجع السابق - ص ٢٧ ، الوسيط للمسنهوري - ج ٢ ص ١٧٨ ، والدكتور أنور سلطان - نفس المرجع السابق فقرة ١٠٩ .
(٢) د / رمضان أبو السمود - نفس المرجع السابق - ص ٢١ .

٩٨ - رابعاً : المركز الممتاز الناشئ عن المقاصة القانونية :

تحقق المقاصة القانونية أيضا مركزا ممتازا للدائن ، ذلك انه اذا فرض ، وكان للمدين الممسرة عدة دائنين فانه اذا قام هؤلاء بالتنفيذ على امواله ، لهاخذ كل منهم حقه كاملا ، ولكن اذا اصبح دائن من بين اولئك مدينا للمدين الممسر يماوى حقه اويزيد فان هذا الدائن يحصل عن طريق وتويع المقاصة على كامل حقه متصلا مسن حيث الواقع على غيره من دائني المدين الممسر (١) .

٩٩ - خامسا : المركز الممتاز الناشئ عن فسخ العقد :

اذا كان هناك بائع لم يحصل على الثمن المستحق له ، ولم تتوافر الشروط الواجب مراعاتها لاعمال حقه في الامتياز فان يمكن ممرضا - اذا كان المشتري ممسرا - لعدم الحصول على حقه كاملا ، ولكن بماله من حق في فسخ البيع يستطيع هذا البائع ان يسترجع ويسترد الثمن المبهيح ، فلا يتعرض لخطر قاعدة المساواة بين الدائنين ولذلك يعد الفسخ ايضا من المراكز القانونية الممتازة (٢) .

١٠٠ - سادسا : المركز الممتاز لدائني السفينة :

تعتبر السفينة ذمة مالية مستقلة لصاحبها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة اجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة واجرتها مما يدخل في ذمته العامة من أسوال .
ولكن عند بيع السفينة تظهر الافضية التي يتمتع بها دائنوا مالك السفينة ، فالدائنون الماديون بديون برية لا يمكنهم بحال الحجز على السفينة لاستيفاء حقوقهم ، وانما تخصص حصيلة بيع السفينة لوفاء الديون البحرية ، ولذلك يوفى الدائنون البحريون بالافضية

(١) نفس المرجع والمكان السابقين ، والدكتور جمال زكى -

المرجع السابق - ص ١٩

(٢) دكتور رمضان ابو السعود - المرجع السابق - ص ٢٣

على فيهم من دائي مالك السفينة الاخيرىـــــــ (١٠)

١٠١- سابعا : المركز الممتاز لحامل الورقة التجارية على مقابل الوفاء :

مقابل الوفاء هو دين الساحب على المسحوب عليه في علاقة خارجة عن الكبيالة ه وقصد استقرار الفقه والقضاء على الاعتراف بحق الحامل لها على مقابل الوفاء (٢) ه حتى نفس بعض الحالات التي لا يكون فيها مقابل الوفاء مستوفيا لكل شروطه ه ولكن متى انتقل حق الساحب على مقابل الوفاء الى حامل الكبيالة فانه يختص به دون الساحب ودون الاخير (٣) فاذا قبل المسحوب عليه الكبيالة نفذ تأكد حق الحامل منذ ذلك القبول على مقابل الوفاء وامتنع على الساحب أن يسترد ه أو يطالب به وينقطع هذا المقابل عن أن يكون عنصرا نفسى ذمة الساحب ه بل يختص به المستفيد وحده دون دائي الساحب ه ولذلك فان الكبيالة تنشى للمستفيد مركزا قانونيا متازا على مقابل الوفاء (٤) .

ومن هذه التطبيقات يظهر ان المراكز القانونية الممتازة ليست واحدة من التأمينات المعينة أو الامتياز بمعناها القانوني المسهود ه وانما هي حالات قانونية تتطوى على نوع مسن الاولوية يتسم بالطابع الممل ويصترف بالامر الواقع اذا كان الدائن في وضع يتمكن معه من السيطرة المادية على النحو الذي يتسنى معه استيفاء دينه كما رأينا .

(١) دكتور عبد المنعم البدر اوى - المدخل للمعلوم القانونية ص ٤٦٨ ه ويلاحظ ان المادة ٢٠ من قانون التجارة البحرية تمتير السفينة ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكيها .

(٢) دكتور رمضان أبو السمود - نفس المرجع ص ٢٣ .

(٣) د / محسن شفيق - الوسيط في القانون التجارى - ج ٢ ص ٣١٤ ه ٣١٥ -

الطبعة الاولى والدكتور على البارودي - القانون التجارى - الاوراق التجارية - ص ١٣٥ ه ١٣٦ - طبعة ١٩٢٥ - منشأة المعارف بالاسكندرية ه والدكتور اكرم الخولى - الاوراق التجارية - ص ٢٦٠ - طبعة ١٩٢٠ سيد وهبه .

(٤) دكتور على المريف - شرح القانون التجارى المصرى - ج ٢ - الاوراق التجارية ص ٢٨٤ ه فقرة ٣٠٥ ه وقد نصت المادة ١١٥ تجارى مصرى بأنه " اذا افلس التاجر ولو قبل حلول ميعاد دفع الكبيالة يكون لحاملها دون غيره من دائي الساحب المذكور الحق نفسى الاستيلاء على مقابل الوفاء الممل للمسحوب عليه بالطرق المقررة " وراجع :

H.K. Black & Brown, An outline of English law, P.211, London,

وهذا النوع من الاولوية ، وان كان لا يعد واحدا من أنواع التأمينات العينية التي تكفل للدائن التقدم في استيفاء دينه ، فأنها تفتبه مع هذه التأمينات ، في الافضية التي تمنحها للدائن ، وان كانت تختلف عنها في المصدر والقيمة التي يمكن معها ضبط حالاتها والتعامل بها بانتظام كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات العينية .

١٠٢ - الاولوية والمراكز القانونية في الشريعة الاسلامية :

اذ نظرنا الى التطبيقات التي وردت كتأكيد لتقرير فكرة المراكز القانونية المتنازعة ووجودها لوجدنا انها لا تخرج عن امرين :

١ - فهي اما ديون عينية ، أي تتعلق بعين معينة ، وهي لهذا تحظى للدائن الحق في حبس العين لاستيفاء دينه المتعلق بها ، ويقابل هذا ماورد في الفقه الوضعي المركز الممتاز الناشئ عن الحق في الحبس ، والدعوى المباشرة ، والالتزام بمحمل أو الامتناع عن عمل ، وكذلك المركز الناشئ عن فسخ العقد ، والمقرر لدائى السفينة فهذه الديون تتعلق بعين معينة ، ومثل هذا النوع من الديون ، يسمى بالديون العينية وهي تحظى للدائن بها الحق في اولوية استيفائها ، قياسا على الرهن لانه من الديون العينية .

٢ - او هي ديون شخصية ، لا تتعلق بعين معينة وانما تتعلق بذمة الدين بها ، وذلك مثل المركز القانوني الناشئ في فقه القانون عن المناصاة ، والناشئ لحامل الورقة التجارية على مقابل الوفاء ، فهذه النوع من الديون لا يتعلق بعين معينة ، وانما يتعلق بالذمة ولهذا فان مرتبته في الاولوية تأتي بعد الديون العينية .

وعلى هذا ، فالشريعة الاسلامية لاتمنع الدائن بهذه الديون من استيفائها بالتقدم على غيره من الدائنين .

١٠٣ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون ، فيما يتعلق بالمراكز القانونية المتنازعة نجد ان القانون يتفق مع الشريعة في ان تلك الوسائل يترتب عليها تمتع الدائن الزود بها بالاولوية في استيفاء دينه ، وان اختلفت نظرة الشريعة عن القانون في الاساس الذي تقوم عليه تلك الوسائل .

وهي في القانون يغلب عليها طابع التأمين الخاص ، حيث ان بعضها ليس من قبيل التأمينات العينية ، وليس كذلك من قبيل الحقوق الشخصية على نحو ما رأينا بينما هي في الغرمة أسباب فرعية يترتب عليها ذلك الحق ، ومثلها نرى ذلك مثل غيرها من أنواع التأمين كالرهن ، حيث يجمعها عامل مشترك هو كونها من قبيل الديون العينية (١) .

(١) راجع في هذا المعنى - حاشية الطحاوي على الدر المختار - ج ٤ ص ٣٦٥ وما بعدها ، والميراث - لمحمد زكريا البرديسي - ص ٢٩ ، وأحكام التركات والموارث - للشيخ محمد أبو زهرة - طبعة ١٩٤٩ - ص ٢٩ .

خصائص أولوية استيفاء الديون

١٠٤ - الأولوية يميزه للدائن وحق له ، ينشأ على أسباب حددها القانون ، وعالجهما في باب التأمينات العينية ، وفي نصوص أخرى متفرقة في كثير من فروع التقنيات المختلفة وهي ترتبط بهذه الأسباب ارتباطاً يجعل خصائصها ، تنصرف إليها وتصدق عليها كما تنصرف سمات المقدمة الى النتيجة ، والسبب الى السبب .
وأسباب الأولوية في القانون ، هي الحقوق العينية التي يقوم عليها جوهر الأولوية ، وقد تكلم فقهاء القانون عن خصائص تلك الأسباب ، وتناولوها بالتأصيل ، حيث يرد بعضها الى المال الذي يتقرر عليه الحق العيني ، أو الى طبيعة الحق العيني في حد ذاته وعلى هذا الأساس اتفقوا حول بعض تلك الخصائص ، وثار الخلاف بينهم حول البعض الآخر ، وخصائص الحق العيني التأميني التي تنصرف الى آثاره ، هي ، العينية والتبعية وعدم القابلية للتجزئة ، وتناول هذه الخصائص بالتفصيل :

١٠٥ - الأولوية ذات طبيعة عينية :

من الأمور الواضحة التي استقر عليها رأي فقهاء القانون ، أن الأولوية اذا تثرت على عين معينة ، تكون ذات طبيعة عينية ، تأسيساً على أن سبب الأولوية ، كما يحدد بمصدره من نصوص القانون ، حق عيني ، ويظهر هذا أكثر وضوحاً في الأولوية التي تنشأ عن الرهن الرسي ، والرهن الحيازي ، وحق الاختصاص ، حيث يتسلط الحق على عين محددة بذاتها ومعينة سلفاً للتحمل به ، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لحقوق الامتياز ، وبعضها قد يتقرر على العقار ، فيأخذ بعض خصائص الرهن الرسي ، فيما يتعلق بنطاق الأولوية وممارسة الحق فيها ، والبعض الآخر قد يتقرر على المنقول ، فيختلف أساس الحق فيه وهو طاقسه عن الرهن الرسي ، خاصة فيما يتعلق بالحق في تتبع الموقوف لدى الحائز حسن النية كما أن بعضها ، قد يتقرر لبعض الديون ، مراعاة منه لصفتها ، وفقاً لما يستفاد من نص المادة ١/١١٣٠ من التقنين المدني المصري ، والتي تعرف الامتياز بأنه : " أولوية يفرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته " ، ولهذا فان الأمر فيما يتعلق بخصائص حقوق الامتياز مختلف ، حيث يكتسب بعض الحقوق المقازاة صفة العينية وبعضها الآخر ، قد يكتسب صفة الشخصية ، ولما كان القانون لم يتطع في المسألة برأى جرياً على عادته

بالنسبة لكل أنواع التأمينات الأخرى ، حيث ينص على أنها حقوق عينية^(١) ، فـنفسى الوقت الذى ينص فيه على أن الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته (المادة ١/١١٣٠ مدنى مصرى) ، ويقسم حقوق الامتياز وفقا لما جاء فى المسافة (١١٣٢ مدنى مصرى) ، الى حقوق امتياز عامة ، ترد على جميع أموال المدين - من عقار ومنقول ، وحقوق امتياز خاصة على منقول معين أو عقار معين ، ومن شأن ذلك أنه لايجمل خصائص الامتياز متطابقة تماما مع خصائص الحق العيني ، ولهذا فقد ونسج الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة تلك الحقوق .

١٠٦- ذهب بعض الفقهاء الى ترجيح جانب العينية ، وقرروا ان الامتياز حق عيني يمنح الدائى سلطة على الشيء المحمل به يمكنه من استيفاء دينه بالتقدم على غيره فـسـى أى يد يكون ، ولما كان الامتياز كذلك ، فانه يمنح صاحبه ميزاتى الحق العيني الاساسيتين وهما التقدم والتتبع ، والقاعدة فى الامتياز أنه يعطى حق التتبع ، ولكن القانون هو الذى يتولى حرمان بعض أنواع الامتياز منها ، وذلك كما فى حالة الامتيازات العامة^(٢) . ويتم هذا الرأى مستندا على أن القانون يمالج مسائل الامتيازات فى المكان الذى يتكلم فيه عن التأمينات العينية ، الامر الذى يرجح اعتبارها كذلك ، كما يؤيد ذلك الاعتبار

(١) P laniol, Ripert et Becquê, TraitéPartique de Droit Civil Froncais, 2^{ed}, ed, T., 12, P.274, N° 274., Lib. Gên. de Droit et de Juris prodence, Paris, 1953.,

وانظر المادتين : (١٠٣٠ ، ١٠٩٦) من التفتين المدنى المصرى ؛ وراجع رسالة الدكتور منصور مصطفى منصور - الحلول العيني - ص ٢٢٠ فقرة ١٢٨ هامش (١) .
(٢) Beudant et Voirin, OP. Cit., T., 13, N° 292, Marty et Raynaud, OP. Cit., P., 8. N° 8.

وراجع : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات - ص ٦٥٦ طبعة ١٩٥٠ ، وكامل مرسى التأمينات العينية - ص ٥٦٦ ، وسليمان مرسى - حقوق الامتياز - ص ٤٧٠ ومحمد عسلى امام - التأمينات الشخصية والعينية - ص ٥٦٦ والسنهورى - الوسيط ح - ص ١٢٢ وما بعد هلو عبد السلام زهنى - التأمينات - ص ٣٣٨ .

مادرجت عليه احكام القضاء في فرنسا (١).

وقد اعترض على ذلك الرأي بأنه ، حتى مع التسليم ، بأن حقوق الامتياز تعتبر حقوقاً معينة فان المسألة تبقى محللاً للنظر فيما يتعلق بمختلف أنواع الامتياز وخاصة الامتياز الوارد على العقول (لأنها كما يمكن ان يحترض عليها بأن النظر اليها على أساس انها حقوق معينة استناداً الى أن المشرع عالجها في باب الحقوق معينة محل نظره لان النص على حكم مسألة معينة في باب معين لا يحدو أن يكون شكلاً منهجياً بحتاً ، وظالماً أنه لم يتطرق الى طبيعة الموضوع يكون الحكم عليه بناء على هذا الشكل ضعيفاً ، خاصة اذا تمسارض الجوهر مع الشكل ، واحتمال هذا الضعف قائم لان المشرع ربما نص عليها من باب التغليب أولقربها من الحقوق معينة في النهاية ، وهي التقدم والتجوع ، كما أن الاستناد الى ذلك بناء على مادرجت عليه احكام المحاكم في فرنسا ، معارض بما صدر عن محاكم أخرى من احكام تنقض بخلافه على نحو ما سترى .

١٠٧ - وذهب البعض الاخر من الفقهاء الى أن الامتياز مبره يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ، وهو على هذا النحو لا تمدو أن يكون صفة خاصة تلحق بمخرفالديون فتكفل الاخلال بقاعدة المساواة (٣) ، وهي بهذا تختلف عن التأمينات العينية التي ترد على عين معينة بالذات ، يقتضى الدائن حقه منها بالانفضلية على ما سواه ، فهي على

(١) Planiol, Ripert et Becquê, OP., Cit., P. 275.

وراجع حكم محكمة بوردو في ١٥ أغسطس سنة ١٨٩٦ في القضية : D/ 97/2/400

وحكم محكمة شانور (Châteauroux) المدونة في ١٩ يونيو سنة ١٨٩٩ قضية : S/1900/2/217 والقضايا رقم : S/1900/2/232 و : D/1902/2/161 وقضية مدنية نظرتها محكمة السين في ٢ يوليو سنة ١٩٣١

اشارت اليها مجلة : (Rev. gén. ass. Lerr) القضائية حيث قضت المحكمة بان حق المجنى عليه في حادث هو حق عيني . (a la Victime d'un accident .

(٢) دكتور / منصور مصطفى منصور - التأمينات (Un Uêritoble driot reêl)

الشخصية والعينية - ص ٥٨٠ وما بعد ها وص ٢٦١ طبعة ١٩٦٣ .

(٣) شمس الدين الوكيل - نظرية التأمينات في القانون المدني المصري - ص ٥٦٧

هامش (١)

هذا النحو تعتبر حقوقا شخصية خاصة اذا باشرها الدائن على المنقول (١) ، وتسد
ورد في احكام بعض المحاكم الفرنسية ما يدل على هذا المعنى ، حيث رفضت هذه المحاكم
التتبع في حالة امتياز الدائنين على المنقول ، ومن المؤكد أن هذه الاحكام معارضة
باحكام اخرى ، والقول بأنها من الحقوق المينيقلا يجد له سندا من النص ، كما لا يستقيم
مع طبيعة حقوق الامتياز وصلاحياتها بالنسبة للتفريق على جميع الاموال ، ومنها العقارات .

١٠٨ - الرأى الراجح فى نظرنا :

من الواضح أن طبيعة الامتيازات متنوعة وفقا لتنوع أوعيتها ، وهى قد ترد على العقار وتسد
تد على المنقول ، وهى قد لا ينظر اليها على أنها حق عيني ، لانها ترد على جميع أموال
المدين ، كما أنها لا تخول صاحبها سلطة التتبع ، والحق العيني لا يتصور وجوده الا اذا
كان معيننا بالذات ، ثم أن من أهم مظاهر ورود الحق العيني على الشيء ذاته تملك
الميزة التى يستأثر بها ، وهى ميزة التتبع ، التى قد لا توجد دائما (٢) .
وهناك فريق من الفقهاء فى فرنسا يرى أنه من المستحيل أن تعرف للامتياز طبيعة واحدة
تسدق على جميع انواعه ، ويؤيد أيضا عدد غير قليل من أحكام القضاء (٣) .
ولهذا يترجح لدينا انها ذات طبيعة عينية وشخصية ، متنوعة ، وان هذا التنوع يتوقف
على وعاء الاولوية ، فاذا كان الامتياز خاصا على عقار أو منقول كان له خصائص الحسنى
العيني وان كان امتياز عاما ، كان له خصائص الحق الشخصى .

(١) Aubry et Rue, OP., Cit, P., 113.

(٢) Planiol Ripert et Becquê, OP. Cit, P.275.

(٣) ومن هذه الاحكام الحكم الصادر بتاريخ ١٩ فبراير سنة ١٨٩٤ فى القضية المدنية رقم
D/94/1/413 والحكم الصادر فى القصص المدنى الفرنسى ٢٧ يوليو سنة ١٨٩٢

فى القضية رقم : D/98/1/324 وحكم ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ فى

القضية رقم : D/1912/1/23 , S/1912/1/189 , والقضية المدنية

فى ١٠ يناير سنة ١٩٠٠ رقم : D/1901/1/89 ، وراجع :

Planiol, Ripert et Becquê, OP. Cit, P. 276 .

١٠٩- الاولوية حق تابع :

ومن خصائص أسباب الاولوية أنها حقوقاً بغير ان وجودها يستلزم وجود التزام أصلي تضمنه ، وأشأنها هي ذلك شأن الكفالة ، وهذا الالتزام الأصلي يصح أن يكون مبلغاً من النقود ، كما يصح أن يكون محله التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق عيني (١) كما يصح أن يكون الالتزام الأصلي مقروناً بأجل أو معلقاً على شرط ، والمهم أن تلك الحقوق توجد لضمان الالتزام الأصلي ، وينتهي على ذلك أنها لا توجد إلا إذا وجد الالتزام الأصلي كما ينقضى بانقضائه ، كما أنها تتبعه في البطلان أو القابلية له (٢) ، ولهذا فإن الاولوية تأخذ خصائص أسبابها وتكون كذلك .

١١٠- الاولوية حق لا يتقبل التجزئة :

ومن خصائص الاولوية أنها لا تقبل التجزئة ، بمعنى أنها تبقى على كل الشيء ما بقي جزء من الدين المزود بأسبابها ، وكل جزء من الشيء يبقى ضامناً لكل الدين الموصوف بها ، وكل جزء من الدين المزود بالاولوية ، مضمون بكل الشيء ، وعدم التجزئة من مستلزمات الاولوية فيجوز الاتفاق على تخصيص جزء من الشيء لوفاء بعض الدين (٣) . ويستوى في عدم قابلية الاولوية للتجزئة ما إذا كانت واردة على العقار أو المنقول ، وتسد اتفاق الفقه والقضاء بالنسبة لعدم تجزئة حق الاولوية على العقار (٤) ، وكذلك الامر بالنسبة

(١) السهوري - المرجع السابق - ص ١٢٤ .

(٢) محمد كامل مرسي - المرجع السابق - فقرة ٢٨٢ ، ود / عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فقرة ٥٣٤ . ومحمد علي امام - المرجع السابق - فقرة ٤١٤ .

(٣) السهوري - نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) Planiol, Ripert et Beccuê, OP. Cit, P., 276. Beudant et Voirin, OP. Cit., N° ., 307°

وقضية نظرتها محكمة Bourdeaux في ١٥ أغسطس سنة ١٨٩٦ برقم - : D/97/2/400 وقد نص الحكم فيها على: أن التأمين لا يتجزأ بطبيعته حتى ولو كان ناشئاً عن امتياز .

للمنقول الا اذا كانت الاولوية الواردة عليه ناشئة عن امتياز وتوفى المدين ، وعندئذ يقدر الاستاذان Planiol et Ripert ان للدائن ان يتبع ببيعة استحقاته بالكامل ، وليس فقط على جزء من التركة المقسمة ، وتضمن المنقولات الورورثة سداد مستحقات الامتياز ، فطبيعة الامتيازات على المنقول وعدم قابليتها للتجزئة الا في حالة وفاة المدين تجيز للدائن التمييز تتبع الدين بأكمله وليس الجزء الذي يخص الوارث الحائز للمنقولات المحملة بالامتياز (١) .
وعلى هذا النحو تظهر خصائص الاولوية في فقه القانون

١١١ - خصائص الاولوية في الشريعة الاسلامية :

من يتبع نطاق الاولوية في كتب الفقه الاسلامي ، يجد ان لها خصائص مميزة ، بعضها قد يتعلق بالمال الواردة عليه ، والبعض الاخر قد يتعلق بطبيعة الحق ، فهي من ناحية المال الواردة عليه يمكن القول انها ذات طبيعة عينية وشخصية في نفس الوقت ومن ناحية الاولوية وصفها حق ، نجد انها للتوثق ، وهذا يدل على انها حق تابع كما انها لا تتجزأ - ويمكن تفصيل تلك الخصائص على النحو الاتي :

١١٢ - أولا : الاولوية ، ذات طبيعة عينية ودينية :

اذا تأملنا الاولوية باعتبار الاموال التي تنفرد عليها ، نجد انها قد ترد على الاعيان والديون ، فهي قد ترد على المدين كما في الرهن ، حيث يقدر الفقهاء ان حق الراهن

(١) Planiol, Ripert et Becquê, OP., Cit., P., 276 D/52/1/70

وحكم محكمة النقض الفرنسية في ٩ مارس سنة ١٨٥٢ في القضية رقم : D/52/1/70

و : S/53/1/207 ، وكان الامتياز في هذه القضية خاصا برسوم مباشرة

مستحقة وفقا للامر الرسمى الصادر في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٢٩ . وقبل سنة ١٩٣٥ كانت

مصلحة التسجيل لها امتياز خاص يضمن استرداد حقوقها ، انظر Aubry et Rau

OP., Cit., N° 263.

على المدين المرهونه يقدم على غيره من الغرما^(١) وكما في حبس المبيع ، فلو باع شخص سلعة بثمن معلوم ولم يتقدم المشتري الثمن ، فحبس البائع السلعة عنده ، فان البائع يكون احق بالسلعة من الغرما^(٢) .

ويقول الآبي : " يخرج من تركه الميت ، أى من جميعها مبدى على غيره وجوبا وأن أتسى على جميعها حق تعلق بعين أى بذات معينة من التركة ، كالقسي المرهون^(٣) :

ويقول ابن قدامة : " من له رهن يخص بثمنه عن سائر الغرما لان حقه بتعلق بعين الرهن^(٤) " ويقول : ذكر القاسى أنه يقدم على الغرما لانه لم يرض بسجودا لذة فكان أولى^(٥) .

ويقول الجلال المحلى : " يقدم المرتهن بثمنه على سائر الغرما^(٦) .

أقول : ويوضح من هذه الأقوال ان الاولوية فى الرهن تتعلق بالمدين حيث يقدم المرتهن على غيره من الغرما فى استيفاء ذمته ، وهذا ما ذهب اليه الجمهور من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة وقد ترد الاولوية على الديون ، كما تكلم الفقهاء عنها فى مواضع متعددة يقول الطحاوى : " واعلم ان ديون العباد ثلاثة : قوى ووسط وضعيف ، أما القوى فهو كالحقوق المتعلقة بعين من اعيان التركة ، والوسط ما يثبت بالبيينة أو بالانصرار فى الصحة أو بالمعينة فى المرض ، والضعيف ما يثبت بالاقرار فى العرض ، والديون يرجح بعضها على بعض من هذه الوجوه^(٧) :

وقد نقل الشوكانى : " ان اجماع الامة من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم منعقد على ان الدين مقدم على الوصية^(٨) .

فحيثما من هذه الأقوال ان الاولوية قد تثبت على المدين ، وقد تكون على الدين على نحو ما سلف وان هذا لا يثير خلافا بين الفقهاء .
فالاولوية من ناحية تعلقها بالمال ذات طبيعة عينية ودينية فى نفس الوقت .

(١) حاشية الطحاوى - على الدر المختار - ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) جواهر الاكليل - ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٤) المغنى - ج ٤ ص ٤٥٢ .

(٥) نفس المرجع السابق - ص ٤٥٣ .

(٦) شرح الجلال المحلى على المنهاج - ج ٢ ص ٢٢٣ ، واسئى المطالب - ج ٢ ص ١٦٦ .

(٧) حاشية الطحاوى - ج ٤ ص ٣٦٢ .

(٨) راجع : نيسل الاوطار للشوكانى - ج ٦ ص ٥٣ .

١١٣- ثانياً: الأولوية حتى تابع، وهي عقد ارفاق :

تنشأ الأولوية ضماناً لدين موجود، وهي لهذا تتجه في وجوده فتحقق له الترتيب المطلوب الذي يجعله يتقدم على غيره في الاستيفاء، وقد عبر الفقهاء عن ذلك " بأن الرهن شرع وثيقه للدين" (١) ولهذا فإن الدين الأصلي إذا انقضى، انقضت الأولوية يقبل شارح مذهب الشرازي: " يجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، وهو ان يرهن بالتمسك بعد البيع" فبمعنى القرض بعد القرض ويجوز عقده مع المقدم على الدين، وهو ان يشترط الرهن في عقد القرض، وقد البيع، لان الحاجة تدعو الى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته، فاما شرطه قبل المقدم فلا يصح، لان الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله" (٢) ويقول ابن قدامة: " الرهن وثيقه بحق لا يلزم قبله، لان الرهن تابع للحق فلا يسبقه" (٣).

ويقول صاحب الهداية: " ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلوا الوجوب" (٤) ولهذا فان المرتهن يطالب بدينه أولاً (٥) فاذا قضاه بدينه قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (٦).
ويقول الخريفي: " الرهن وثيقه عند المرتهن على حقه الثابت في ذمة الراهن فله حقه الى ان يستوفي حقه منه" (٧).

وعند الظاهرية، لا يجوز اشتراط الرهن الا في البيع والسلم والقرض الى اجل مسمى فسي السفر خاصة، لقول الله تعالى: " اذا تداينتم بدين الا به - الرقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضه" والدين الى اجل مسمى لا يحد وان يكون بهما أو سلماً أو قرضاً، فهذا الوجه يجوز فيها اشتراط التأجيل (٨).

ويقول الصنعاني: " الرهن وثيقه بدين ليستفي منها عند تمذر استيفائه من عليه" (٩).
أقول: ويظهر من هذه الأقوال، ان الأولوية هي الدين تنشأ تابعة للالتزام أصلي تضمنه فاذا انقضى الالتزام الأصلي، انقضى موجب الأولوية وهو الرهن.

- (١) راجع هذا المعنى في: ابن عابدين - ج٣ ص ٣١٧، وجواهر الاكليل ج٢ ص ٢٧، حاشية قلوبى على شرح الجلال المحلى - ج٢ ص ٢٦١، والمغنى لابن قدامة - ج٣ ص ٣٦٦.
(٢) المجموع - للمطيعي - ج١٢ ص ١٩٦.
(٣) المغنى لابن قدامة - ج٣ ص ٣٦٨ (٤) الهداية مع تكملة الفتح - ج١ ص ١٩٦ وحاشيته الباهرقة عليه نفس المكان السابق. (٥) نفس المرجع - السابق - ص ١٩٨ (٦) نفس المرجع ص ٢٠٠ (٧) الخريفي - ج٥ ص ٢٣٦ (٨) المحلى - ج٨ ص ٨٧ مسألة ٨٢٠ (٩) الرضى النضير - ج٣ ص ٣٧٢.

أما الأولوية فمراد الدين الشخصية فانها تثبت تابعة لوجود الدين الاصلى ، لانها صفة تستوجب التقدم فى الدين ، ولا بد لوجود الصفة من وجود الموصوف ، فتقدم نفقات الاطار بمثلا تستوجب قيام الالتزام الاصلى وهو شغل ذمة الدين بنفقة اقراره ، الامر الذى يمكن معه القول : ان الاولوية تنشأ تابعة لضمان التزام اصيل .

١١٤ - ثالثا : الاولوية حق لا يقبل التجزأة :

يعنى ذلك ان الدين المزود بحق الاولوية - تستمر معه احكامها حتى يقضى جميعه فاذا وفى بعض الدين تظل الاولوية قائمة بالنسبة للجزء الباقى منه حتى يقضى جميع الدين . وقد صرح الفقهاء بتلك الخاصية فى الاولوية الثابتة للدين المعينة على الرهن ، ويقول صاحب الهداية : " ولو قضاه بعض الدين فله ان يجبس كل الرهن ، حتى يستوفى الحقبة (١) " ومعنى هذا ان الرهن لا يتجزأ ويقول الخرشي : " واذا قضى بعض الدين أو سقط فجميع الرهن فيما بقى " (٢) وفى المجموع شرح مذهب الشيرازى : " ولا ينفك شئ من الرهن حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لانه وثيقة محضه فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه " (٣) . ويقول ابن قدامة : " واذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقى ، وجعل ذلك ان حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه . فيصير محبوسا بكل الحق ، وبكل جزء منه لا ينفك منه شئ حتى يقضى جميع الدين ، سواء كان مما يمكن قسمته أم لا ، قال ابن المنذر : " اجمع كل من احتفظ عنه من اهل الملأ على أن من رهن شيئا بمال فساوى بعض المال ، وازاد اخراج بعض الرهن ، أن ذلك ليس له ، ولا يخرج شئ حتى يؤبه أخر حقه أو يبرئه من ذلك لان الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والقبضات " (٤) . ويقول ابن حزم : " ومن رهن رهنا صحيحا ، ثم انصف من بعض دينه أقله أو اكثره ، فإراد ان يخرج عن الرهن قدر ما أدى لم يكن له ذلك لان الرهن وقع فى جميعه بجميع الدين فلا يسقط عن بعض الرهن حكم الرهن من أجل سقوط بعض الدين ، إذ لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة " (٥) .

أقول : ويتضح من هذه الاقوال ان الاولوية حق كامل لا يقبل التجزأة ، وهذه التصريح وان كانت واردة فى الدين المعينة ، الا أنها ايضا واردة فى الدين الشخصية ، فلو وفى بعض ديون النفقة المستحقة عليه ، تظل الاولوية قائمة على ما بقى من ديون ، فهى لا تنزل الا بزوال سببها كاملا ، فاذا زال بعض السبب ، لا تنزل بعض الاولوية لانها لا تتجزأ .

(١) الهداية مع تكملة الفتح - ج ٨ ص ٢٠٠ .

(٢) الخرشي - ج ٥ ص ٥٩ .

(٣) المجموع للمطيمي - ج ١٢ ص ٢٠٨ .

(٤) المغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٩٩ .

(٥) المحلى - ج ٨ ص ١٠١ - مسألة : ١٢٢٠ .

١١٥ - مقارنته بين الشريعة والقانون :

وإذا قارنا بين الشريعة والقانون ، فيما يتعلق بخصوصيات الأولوية وجدنا ان هناك وجهه اتفاق ووجه اختلاف كالتالي :

أولا : بالنسبة لوجه الاتفاق :

يتفق القانون مع الشريعة الاسلامية بالنسبة لخصائص الأولوية في مجملها ، وهي خلاصه تعلق بالمال الواردة عليه الأولوية ، واخرى تتعلق بطبيعة حق الأولوية ، وفي هذا الصدد يقرر فقهاء القانون ان الأولوية ذات صبغة عينية تحصل بالدين ، فتكفل له الأولوية في الاستيفاء ، وانها حق تابع ولا يتجزأ ، يتقرر الشريعة الاسلامية ان الأولوية حق يسود على الاعيان والديون ، وانها حق تابع ولا يتجزأ أيضا .

ثانيا : بالنسبة لوجه الاختلاف :

يختلف القانون مع الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالنظر لطبيعة الأولوية وهل هي حق عيني أم لا ؟ وقد اثارت هذه المسألة خلافا كبيرا بين فقهاء القانون ، ولحمينا الى ترجيح أنها ليست حقا عينيا ، وليست حقا شخصا ، وانما هي ذات طبيعة منقولة ، لا تتخذ شكلا موحدا وهذه المسألة لا تثير خلافا في الشريعة الاسلامية لان الأولوية كما نود على الديون المينية ترد على الديون الشخصية دون خلاف يذكر .

ويتبين اتجاه الشريعة الاسلامية فضلا عن وضوح وجهتها وبعد ها عن الخلاف انها تضي على طبيعة الأولوية من المرونة ما يجعلها ملائمة لتحقيق أكبر قدر من الضمان ، حيث يتسع نطاقها ليشمل الاعيان والديون .

الفصل الثاني

اسم الاولية ، وأهيتها ، ومراتبها

١١٦- يتوخى القانون من تقرير الاولية حماية مصالح معينة ، تناولها الفقه بالتحليل والتأصيل بغية الوقوف على فلسفة القانون وحكمته من وراء العمل باحكامها ومن المؤكد أن الوقوف على مقصد المشرع وحكمته من وراء تقرير الاولية ، يفيد في اسباغ نظامها على كثير من أنواع المعاملات التي يقتضيها جو التعامل الحالي ، ولعل ذلك هو ما حدا بالمشرع الفرنسي الى اخذ مرسوم ٤ يناير سنة ١٩٥٥ و ٧ يناير سنة ١٩٥٩ ، وذلك كما يقصد بعض الفقهاء في فرنسا ، من باب حوصه على التوسع في حماية الدائن الممتاز ، ان يسدو هذا الحوص اكثر اهمية في الوقت الحاضر حيث نظام عملية تعديل الاقاليم ، الامر الذي يبرز اهمية الدور الذي تلعبه الاولية ، والذي لا يتوافر في حالة تهديدها (١) .

وهكذا نظام الاولية يفيد في مواجهة المتغيرات التي يتطلبها جو التعامل في وقتنا الحالي ولا يمكن الاستغادة بها كما انه لتنشيط الائتمان والتعامل الا من خلال الاسترشاد بحكمة المشرع والوقوف على فلسفته المستوحاه من تقريرها ، ولما كانت الاولية تتعلق بالمال لتمتد في منه ، فان ذلك يجعل دراسة اوجية الاولية على قدر كبير من الاهمية ، وقد دمج فقهاء القانون على ذلك ، وسوّت معالج اسمى الاولية في مبحث كل ، وتبين اوجية الاولية ومراتبها في مبحث ثان .

المبحث الاول

اسس اوجية استيفاء الدين

١١٧- من المؤكد أن هناك حكمة حدت بالمشرع أن ينظم الاولية ، ان النصوص لا تتقصد عبطا ، وانما لا بد من صلحة تستهدف بالحماية ، فيسن القانون لذلك ، والوقوف على حكمه التشريع يعتبر من صميم عمل الفقه ، الذي يتناول تلك النصوص بالتحليل والتأصيل والدراسة ، وقد قدم الفقهاء نوار دراستهم لهذا الموضوع ، والتي تكشف عن مراعاة اعتبارات ثلاثة ، هي اعتبار المدالة ، والاعتبارات الاجتماعية والصالح العام ، فتلك اسس رئيسية تقوم عليها الاولية ، ونشير اليها بشئ من التفصيل .

١١٨- أولا : اعتبارات المدالة :

تأتي المدالة في طلجة الاعتبارات التي أملت على المشرع أن يعقد الاولية لبعض الديون ، ذلك أن هناك من صور التعامل ما يظهر فيه هذا المعنى فقد يكون الدائن قد ادخل في

Juglart, Op., Cit., P., 383, N°, 664.

ذمة المدين أموالا جديدة ، أو حافظ له على أمواله ، وصانها من الهلاك ، وعندئذ
تقضى المعدالة أن الدين ، دين الثمن أو دين مصروفات الحفظ والصيانة تتمتع بأفضلية
في الاستيفاء على غيرها من الديون (١) .

١١٩ - ثانيا : الاعتبارات الاجتماعية :

وهناك اعتبارات اجتماعية تتسم بالطابع الانساني املت على المشرع اضافة الاولوية على
بعض الديون مراعاة منه لظروف اصحابها ، وتمشيا مع تلك الاعتبارات الانسانية
ومثال ذلك : الاولوية المقررة لديون الاجراء ، والاجسر هو مورد العامل الوحيد الذي
يواجه به اعباء الحياة ، ومن هنا تقضى الاعتبارات الاجتماعية ، فضلا عن الاعتبارات الانسانية
الى تمكين العمال استيفاء حقوقهم بأوفر الضمانات وأقواها ، ويدخل في هذا النطاق مرتبات
الخدمة والكتابة والعملة وغيرهم لانها لازمة لتعيشهم . (٢)

١٢٠ - ثالثا : اعتبارات الصالح العام :

وقد يكون أساس الاولوية راجعا الى اعتبارات تتعلق بالصالح العام ، وهذا الاعتبار ملحوظ
بصفة خاصة في الأولوية المقررة لأموال الدولة ، ضمانا للمستحق للخزانة العامة . (٣) ونفسى

(١) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع والمكان السابقين ، والسنيهورى - نفس المكان
السابق ، وكامل مرسى - المرجع السابق - ص ٥٧٦ ، وعبد الفتاح عبد الباقى - المرجع
السابق ص ٢٢٤ - ومحمد على امام - ص ٥٦٤ وعبد السلام ذهني - ص ٢٢٧ من مجموع :
Planiol, Ripert et Buqué, OP. cit, P. 268, NO 229. Aubry et
Rue, OP. cit, No, 263. Juglart, OP. cit, P., 398.

(٢) دكتور محمد كامل مرسى - التأمينات - نفس المكان السابق .

(٣) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع ص ٥٧٠ .

كثير من الديون التي تتعلق بالمصالح العامة أو القومية للشعب، والتي لا تقتصر على فرد بعينه، وإنما تتعدى المصلحة الفردية إلى المصلحة العامة.

هذه الاعتبارات الثلاثة: وهي العدالة والاعتبارات الاجتماعية، والمصالح العام - هي - الاسس الرئيسية التي تقوم عليها الأولوية، إلا أن هناك اعتبارات أخرى، يمكن تأسيس الأولوية عليها، وذلك مثل، الأولوية المقررة لصاحب الفندق على امتعة المستاجر تزيل الفندق، فإنها مبنية على فكرة الرهن الضمني^(١) وكما في الأولوية المقررة للمصرفات القضائية فإنها قائمة على اعتباران هذه المصرفات قد عجلت بالحف لمصلحة الدائنين.

هذه هي الاعتبارات التي تقوم عليها الأولوية في الفقه الوضعي.

(١) دكتور شمس الوكيل - نفس المرجع والمكان السابقين - السهوي - الوسيط - ج ١٠ - ص ١١٩، وكامل مرسى - نفس المرجع ص ٥٧٦، وراجع:

Josserand, Cours de Droit Civil, T.2, P., 847, No., 1563, et P. 858., No. 1585, Aubry, Ru et Barlin, T.3. P. 191, Colin, Capitant et de la Morandière, OP.Cit., P. 952, NO, 1509.

١٢١- أسس الاولوية في الشريعة الاسلامية :

تستهدف احكام الشريعة الاسلامية تحقيق مصالح الناس ودفع المفساد عنهم ، وقد استأثر الشارع وحده بتقدير ما يكفل تحقيق تلك الغاية من الاحكام ، فهو الذي يتقدر ما اذا كان عملا معيناً يحقق للناس مصلحة ، أى يجلب لهم نفعاً ، أو يدفع عنهم مفسد ، وفى هذا الصدد يقول صاحب قواعد الاحكام : " امر الله تعالى باقامة مصالح متجانسة ، وزجر عن مفسدات هتائلة ، وعبر عن المصالح والمفاسد ، بالخير والشر والنفع والضر ، والحسنات والسيئات لان المصالح كلها خيرون وانعمت حسنات ، والمفاسد بأسرها شرور مضرات سيئات وقد غلب في القرآن الكريم استعمال الحسنات في المصالح والسيئات في المفسد (١) " والمصالح المعتبرة التي اتجهت الشريعة الى تحقيقها وحفظها في الناس بواسطة التكليف تشمل ثلاثة أنواع :

١٢٢- أولها: المصالح الضرورية :

وهي التي يتوقف عليها حياة الناس في الدنيا والآخرة ، وبدونها لا تستقيم الحياة ، وهي تنحصر في خمسة أمور استهدفتها الشريعة بالحفظ ، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، ولهذا المصالح الضرورية تكاليف يحفظ بها كل نوع منها ، فحفظ الدين يتحقق بالايان ، مع اصول العبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج ، وما يتصل بالمحافظة على الدين كقتال المرتدين والمحاربين ، وحفظ النفس من الضروريات ، ويتحقق بما احتته الشارع من مأكول وملبس وسكن ، مما يحفظ الحياة ، والقصاص وما يتصل بذلك من ثواب وعقاب ، وحفظ النسل والمال يكون بالتعامل مع الناس على حسب ما قرره الشرع كقتل الملك بموؤ أو بفسيره واستحلال الزوجات ، وما يلحق بذلك من الجزاء على الاعتداء كحد الزنا والسرقة وضمان المتلفات والنصب (٢) .

١٢٣- ثانيها : المصالح الحاجية :

وهي التي لا تستهدف مصلحة ضرورية ولكنها تدفع الحرج عن الناس وتجري هذا فيما يلزم الله به عباد ، من العبادات وما يقع لهم من عادات ومعاملات وجنبايات ، حيث وقع التخفيف في العبادات ، بشرعه الرخص كقصر الصلاة الرباعية في السفر ، والفطر في رمضان بمعذر السفر أو المرض ، وفي المعاملات شرع الفرض مع تحقق علة ربا النساء فيه ، والسلم مع أنه

(١) المز بن عبد السلام - قواعد الاحكام - ج١ ص ٥ .

(٢) الشاطبي - الموافقات - ج٢ ص ٤٥ .

بيع معدوم وفي الجنایات بالتخفيف عن الجاني ما يمكن بلغرض الدية على العاقلة في القتل الخطأ ووزر الحد ومنسبها الشبهات .

١٦٤- ثالثها : المصالح التحسينية :

وهي لا تستهدف المحافظة على مصلحة ضرورية ، ولا رفع الحرج عن الناس ، ولكنها تستهدف الاخذ بمحاسن العادات ، والوصول بالمجتمع الى الكمال الاخلاقي ، ومنها سترالمسورة واخذ الزينة وغيرها (١) وهذه المصالح في رتب متفاوتة وعلى ضوء هذا التفاوت في الرتب تنقسم المصلحة ويترجح اعتبارها، فالمصالح الضرورية مقدمة على الحاجة والتحسينية والمصالح الحاجية مقدمة على التحسينية (٢) كما أن أنواع المصالح الضرورية متفاوتة فصلحة حفظ النفس مقدمه على مصلحة حفظ المال عند تحصيلها وهكذا .

وقد عبر العز بن عبد السلام عن هذا التفاوت بقوله : " مصالح العباد في رتب متفاوتة وعلى رتب المصالح تترتب الفضائل في الدنيا والاجور في المعنى ، وقد تستوى مصلحة الفاعلين من كل وجه ، فيوجب الربح تحصيل احدي المصلحتين ، نظرا لمن أوجبها لسه أو عليه ، ويجعل اجرها اتم من اجر التي لم يوجبها ، فان درهم النفل مساو لدرهم الزكاة ، لكنه أوجب له لأنه لو لم يوجب لتقاعد الاغنياء عن بر الفقراء ، فيهلك الفقراء وجعل الاجر عليه اكثر من الاجر على غيره ، ترغيبا في الترامه والقيام به ، فإنه قد يوجب على احد العاملين المتماثلين ما لا يوجب على نظيره ، مع أنه لا تفاوت بينهما الا بتحمل مشقة الايجاب ووجوب العقاب على الترك (٣) "

واذا كانت الشريعة الاسلامية تتوخى في احكامها جلب المصالح ودفع المفساد على هذا النحو ، فان فكرة الاولوية في استيفاء الديون ، وهي من موضوعات الفقه الاسلامي تقوم على تلك القاعدة وتعتبر تطبيقا لها ، فالمصالح لما كانت متفاوتة المنزلة في اعتبار الشارع ، وكانت المفساد على هذا النحو ، فقد اقتضت ذلك تقديم ارجح المصالح فارجحها ، ودرا افسد المفساد فأفسدها ، وذلك كما يقرر العز بن عبد السلام : أمر يقره العقل ويبيزه الشرع لانه محمود حسن (٤) ؟

وعلى ضوء ذلك يمكن القول ان الاولوية في استيفاء الديون في الفقه الاسلامي تستمد حكمتها ، وهي التي يمبر عنها بأساسها من المصلحة التي نشأ الدين لحمايتها فلما كان الدين ارجح في اعتبار المصلحة التي يقوم عليها ، كلما كانت له الاولوية في الاستيفاء .

(١) الشاطبي - نفس المرجع السابق - ص ٦

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٩

(٣) العز بن عبد السلام - نفس المرجع السابق - ص ٢٩

(٤) نفس المرجع السابق - ص ٥ .

ويمكن تصنيف الديون وفقاً لرجحان المصالح التي تتعلق بها الى الانواع الاتية :

١٢٥- أولاً : الديون المتعلقة بحق اللسه :

حق الله تعالى هو ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد (١) ، وهو منسوب الى الله تعالى لعظم خطورة وشمول نفعه ، وهو على هذا النحو يختلف عن حق العباد وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة كحصة مال الغير (٢) .

وحق الله تعالى أنواع ثمانية بحكم الاستقراء منها: الايمان وفروعه ، ولكل من الايمان وفروعه أصول ولواحق وزوائد ، فأصل الايمان التصديق ، ولاحقه الاقرار وزوائد الاعمال فالاعمال من مكملات الايمان الزائدة عليه (٣) .

والفروع اصلها الصلاة لانها عماد الدين ، وتالية الايمان ، شرعت شكراً للنعم الظاهرة والباطنة لما فيها من اعمال الجوارح واعمال القلب لكنها لما صارت قرينة بواسطة الكمبسة التي عظمها الله تعالى كانت دون الايمان الذي صار قرينة بلاواسطة ، فلذا صارت من فروع الايمان ، ولاحقها الزكاة .

فالزكاة من حقوق الله تعالى ، وهي دين يتعلق بالذمة ، وله مطالب من جهة مستحقه وهو الامام ، حيث أنه القائم على رعاية النفع العام ، وما يقتضيه ذلك من انفاق الزكاة نسي مصارفها الشرعية على المستحقين وفي سبيل الله .

فاذا مات شخص وعليه ديون للعباد وزكوات ، وأن كان في حالة يتراحم الاستيفاء فيها حتى الله ، وحق العباد ، فأى الحقين تقدم في الاستيفاء ؟ .

ان في المسألة تفصيلاً حكاه العز بن عبد السلام في بيان تقديم ما يختلف فيه من تقديم حقوق الله على حقوق عباد (٤) بقوله : " اذا مات وعليه ديون وزكوات ، فان كانت نصب الزكوات باقية ، قدمت الزكوات ، لان تعلقها بالنصب ، يشبه تعلق الديون بالرهسون (٥) ، وهذا المعنى يقترب من فكرة الرهن الضمني كاساس للأولوية المترتبة على منقولات التريل بالفندق نظير الاجرة المستحقه عليه (٦) ، والذي يقول به فقهاء القانون .

وان كانت تألقة فمن العلماء من قدم الديون نظراً الى رجحان المصلحة في حقوق العباد ، ومنهم من سوى بينها لتكافؤ المصلحتين عند ، ومنهم من قدم الزكوات نظراً الى رجحان المصلحة

(١) مرآة الاصول - لمنلاخسو - ج٢ ص ٤٢٩ ، والتلويح على التوضيح - للتفتازاني -

ج٢ ص ١٥١ .

(٢) مرآة الاصول - نفس المكان السابق ، والتلويح على التوضيح - نفس المكان السابق .

(٣) مرآة الاصول - ج٢ ص ٤٣٠ - والتوضيح لصدر الشريعة - ج٢ ص ١٥١ .

(٤) قواعد الاحكام للمز بن عبد السلام - ج١ ص ١٧٦ .

(٥) المز بن عبد السلام - نفس المرجع والمكان السابقين .

(٦) المسنهورى - الوسيط - ج١ ص ١٠٩ ، وكامل مرسى - التأمينات - ص ٥٧٦ .

في حقيق الله ، وقد رجع العزيز عبد السلام ذلك لوجهين :
احدهما : قوله عليه السلام : " فدين الله احق بالقضاء " ، فجعل دين الله احمق
بالقضاء من ديون العباد وثانيهما : ان الزكوات فيها حق لله وحق الفقراء والمساكين
فكانوا احق بالتقديم فلا يجوز تقديم واحد على حقين ، ولا سيما اذا كان الدين لغنى ،
اذ لاسية لحقه الى حق الفقراء مع ضرورتهم وخصاصتهم (١) .
اقول : ويظهر من رأى العزيز عبد السلام ، ان ترجيحه لتقديم الزكاة على ديون
العباد يقوم على اساس ترجيح المصلحة التي يتعلق بها حق الله ، وهي النفع العام
ولذلك قدمت الزكاة في هذه الحالة رعاية للمصلحة المستهدفة من ورائها ، والتي
ترجع على المصلحة الخاصة ، وقد عبر فقهاء الحنفية عن ذلك بقولهم ويتحتم
الضرر والخاص لاجل دفع الضرر العام (٢) ، والضرر الخاص هنا نوات استيفاء دين المبرد
لتزاحمه مع الزكاة وهي حق الرب ، لان في قوائها ضرر عام لجميع الناس .

١٢٦ - ثانيا : الديون المتعلقة بحفظ النفس :

ولا شك ان حفظ النفس مصلحة ضرورية توختها الشريعة ، وحرصت عليها ، ولذلك
فقد قرر الفقهاء الاولوية لبعض الديون المتعلقة بمؤن تلك المصلحة ، والتي لا يمد
منها لمعيشة الانسان وحاجاته الضرورية كمؤن معيشته من مأكول وشرب ، وملبس
وسكن ، ومؤن من يعول من زوجته وأولاده وأقاربه .
والواضح من أقوال الفقهاء ان هذه المؤن اذا تزاخت مع ديون الغرما ، وكانت
أموال المدين لا تفي بجميعها ، قدمت نفقات تلك المؤمن ، وقد علل الفقهاء ذلك
بأن حاجته الاصلية في حفظ نفسه ومن يعول مقدمة على حق الغرما .
يقول صاحب الهداية " وينفق على المفلترين ماله يعلى زوجته وولده الصغار
وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه ، لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرما " (٣) .

(١) العزيز عبد السلام - نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) الاشباه والنظائر - لابن نجيم ص ٨٧ - طبعة ١٩٦٨ - مؤسسة الحلبي ،

وقد ذكر السيوطي الشافعي في الاشباه والنظائر ص ٤٩٩ ، الزكاة كنوع أول للديون

التي تقدم في الاستيفاء ، قبل التجهيز - وراجع ص ٣٦٢ .

(٣) الهداية - مع تكملة الفتح - ج ٧ - ص ٣٢٩ .

ويقول صاحب شرح العناية على الهداية و تعليلا لذلك : " لأنه لا يجوز اهلاكه :
لئكان الدين و الايرى أنه لو توجه الهلال إليه بالخصه لكان له أن يدفعه بمسال
الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مسال الغير " (١) .
ويقول الآي : " وترك للفلس الذي أريد قسمة ماله قوته بالنفقة الواجبة عليه لفسيرة
كزوجته وولده ووالده وإمهات أولاده ، وترك له الى وقت يؤدي الاجتهاد أنسه
تتحصل له ليتأتى منه معيشته ، كما يترك له ولمن تلزمه نفقته ، كسوتهم و دستا
أى ملبوسا معتادا لمثله : و يقول قال الخطاب : يعنى بالدست القميص والعمامة
والسراويل والمكعب أى المداين و أما شباب الزينة فلا تترك له ولا لمن تلزمه نفقتهم " (٢) .
ويقول صاحب تكملة المجموع : " نفقة المدين مقدمه على الدين و فللحاكم أن يدفع
الى الفليس نفقته من ماله ونفقة من يحول لقبول الرسول صلى الله عليه وسلم : " ابدأ
بنفسك ثم بمن تحول " و فاذا كان للفليس من تلزمه نفقته كالزوجه والوالدين والمولود من
ترك لهم ما يحتاجون من نفقه وكسوة كما قلنا عن الفليس و لانهم يجرون مجرى نفسه " (٣) .
ويقول ابن قدامة : " و ينفق على الفليس من تلزمه نفقته بالمعروف من ماله لانهم
يجرون مجرى نفسه " (٤) .

أقول : و يوضح من هذه الاقوال و ان تقديم مؤن النفقات على ديون الغرما مبني
على ان مصلحة حفظ النفس اول من مصلحة حفظ المال وقد عبر العزيرين عيد السلام عن ذلك
بقوله : " ان حرمة مال الغير اخف من حرمة النفس و نفقات النفس اعظم من اتلاف مسال
الغير بيدل و وهذا من قاعدة الجمع بين احدي الصلحتين و بذل الصلحة الاخرى " (٥)

١٢٧- ثالثا : الديون المتعلقة بمصلحة حفظ المال :

ومن الصالح التي تتفرد الاولوية لاجلها و مصلحة حفظ المال و حيث وضعت الشريعة
من النظم ما يحقق للاموال تداولها و وضمن للناس حقوقهم و حتى يقلبون على التعامل

(١) شرح العناية - للبايرتي - مع تكملة الفتح - نفس المكان السابق

(٢) جواهر الاكليل - ج٢ ص ١٢

(٣) تكملة المجموع - للمطيمي - ج١٢ ص ٣٠٢ - ٣٠٣ و راجع اسئ المطالب -
ج١ ص ١١٢ .

(٤) المغنى لابن قدامة - ج٤ ص ٤١٢ .

(٥) قواعد الاحكام - ج١ ص ١٤ .

وهم في ما يخاصون على أموالهم من اخطار ، وقد شرع التوثيق لتحقيق تلك الغايات .
والتوثيق يكون بتخصيص مال معين من أموال الدين لسداد ديونه منها على نحو
ما رأينا في الرهن ، ومن أحكامه أن الدائن المرتهن يقدم على غيره من الغرماء في
استيفاء دينه من العين المرهونة فصاحب الدين العيني أقوى في الاستيفاء من
ذو الدين الشخصية وهكذا ، وتتدرج الأولوية في محل الاستيفاء تبعاً لقوة الصلحة
في حفظ المال ، فهي في الدين المبنية ، أقوى منها في الدين الشخصية ، وحق
في الدين الشخصية تتدرج الأولوية تبعاً لقوة الدين ، فدين الصحة أقوى من دين
المرض كما أن دين المرض يختلف في قوتها وفقاً لاختلاف طبيعتها وقوة الالبات فيها
وتبعاً لقوة الصلحة في حفظ المال ، وبالتالي تقدر الأولوية في استيفائه بقسم الفقهاء
الدين الى قسمين : الدين المبنية والدين الشخصية ويجوز في هذا المقام الإشارة
الى كل منهما بشئ من التضمين :

١ - الدين المبنية :

وهي الدين التي تتعلق بحمين معينه لاستيفاء الدين من ثمنها ، وذلك كما في الرهن
والمبيع المجهول بالثمن (١) وقد اطلق فقهاء الاحناف على هذا النوع من الديون
بأنه دين قوي ، وذلك تبعاً لقوة أولوية الاستيفاء فيه (٢) .
ويمثل التوثيق في الدين المبنية بأنه يتعلق بالمدين مع ذمة الدين في نفس الوقت
وبالتالي فوفات الرهن يبطل الدين معلقاً بذمة المدين ويتراحم به مع الغرماء
فالتوثيق زيادة له :

يقول الربلي : " حق المرتهن يتعلق بذمة الراهن والرقبة " (٣) وقيل الخراساني :
" الرهن وثقه عند المرتهن ، زيادة على حقه الذابت في ذمة الراهن فله بسببه "

(١) حاشية الطحاوي على الدر المختار - ج ٤ ص ٤٦٦ ، وحاشية ابن عابد بن طسي

الدر المختار - ج ٥ ص ٥٠٠ ، وراجع الاعباء والظائر - للسيوطي - ص ٣٦٢ .

(٢) حاشية الطحاوي - على الدر المختار - ج ٤ ص ٤٦٧ .

(٣) نهاية المحتاج - للربلي - ج ٣ ص ٢١٤ ، وراجع بقني المحتاج - ج ٢ ص ١٤٠ :

حيث يقرر أن حق المرتهن يتعلق بالمدين والرقبة ، فلا يفوت بقوات المدين وذلك
يقدم حق البعني عليه على المرتهن لان لاحق له في غير الرقبة - فوفات فاق حقه
اما حق المرتهن فصائر الى بدل .*

الى أن يـ ستوفى حقه منه" (١) .

ويقول اليهودي من فقهاء الحنابلة: "يبدأ الحاكم بمن عند رهن لازم من الغرما فيخصه بشئنه ان كان مقدار دينه أو أقل" لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن بخلاف بقية الغرما (٢) .

أقول : ويظهر من هذه الاقوال ان قوة الدين تأتي من قوة التوثيق له ، وهذا التوثيق يأتي من تعلق الدين بالذمة وبالعين معا ، ولذلك يقول ابن قدامة: "حق المرتهن يتعلق بذمة الراهن وعين الرهن معا" وغير المرتهن يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حق المرتهن أقوى (٣) ثم يأتي بعد من وجد عين ماله لنفس المعنى ، شتتسم باقي أموال المدين على الغرما .

ويقول ابن قدامة ترتيبها على ذلك : ان ارض الجناية يتعلق بالذمة دون المال فهو كبقية الديون ، بخلاف ارض جناية العبد فانها تتعلق برقبة العبد ، فلذلك كان احق به ممن تعلق حقه بمجرد الذمة ، ولا فرق بين كون الراهن حيا أو ميتا لان تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقا بعين المال ، وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت (٤) .
ولذلك فان قوة الدين تتأني من قوة التوثيق بتعلقه بعين المال ، ولهذا يقرر الفقهاء الاولوية للدين المعنى مراعاة لهذا المعنى ومبالغة في حفظ الاموال .

٢ - الديون الشخصية :

وهي الديون التي تتعلق بالذمة وحدها دون ارتباط بمال معين من أموال المدين ، وهذه الديون في المرتبة التالية للديون العينية ، حتى تستوفى بعدها ، ويسمى فقهاء الاحناف بالديون المتوسطة والضعيفة ، حيث يجمعها معا عدم التعلق بمال معين من أموال المدين .
وقد عرفها الطحاوي بقوله : الديون المتوسطة هي ما تثبت بالبينة أو بالاقرار في الصحة وما تثبت بالمعاينة في المرض (٥) . وهذا الديون تلبى الديون العينية في المرتبة ، وتتقدم على الدين الضعيف ، وهو ما تثبت بالاقرار في المرض (٦) .
وهذه الديون تتعلق بالذمة وحدها ، ولذلك فان التراحم يكون عليها ، ويتقسم الدائنون مابذمة مدينهم بعد سداد الديون العينية ، فسمية غرما .

(١) الخرشى - ج ٥ ص ٢٣٦

(٢) اليهودي - شرح مقتضى الارادات - ج ٢ ص ٢٨٤ وما بعد ها .

(٣) المعنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٤٥٢

(٤) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٥) حاشية الطحاوي - ج ٤ ص ٣٦٧ .

(٦) نفس المرجع والمكان السابقين .

فمرتبتها في الاولوية مستمدة من منزلة المصلحة التي تترى الى حفظها وهي المال ، والمدال
خادم للنفس ، فصلاحة حفظه يلهيها في المرتبة ، ولذلك قدمت بمصلحة حفظها عليه .

ويتضح من هذه الاتوال ان الاولوية تستمد حكمتها من المصلحة التي يحميها الديين
وفي هذا الصدد تقدم المصلحة المتعلقة بالنفع العام ، وذلك لعموم النفع بها على رأى من
يرى تقديم حق الله على حقوق العباد عند التمازض ، ثم تقدم الديون المتعلقة بمصلحة
حفظ النفس على الديون المتعلقة بمصلحة حفظ المال على نحو ماظهر لنا .

١٢٨ - تمازض بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بأسس الاولوية ، نجد أن للفقهاء الاسلامي
خطا واضحا في الموازنة بين الحقوق في القوة ، وفقا لقوة المصلحة المقصود بالحماية
وقد اقترب القانون من الشريعة الاسلامية في تقرير الاولوية للديون التي تعلق بالمصالح
العامه ، وهذا المعنى موجود على رأى من يرى تقديم حقوق الله على حقوق عباد ، وذلك
لعموم النفع بها لجميع العالم ، كما أن مايمبر عنه في هذه القوانين باعتبارات العدالة يمكن
ان يدخل تحت معنى النفع العام في الفقه الاسلامي ، لان العدالة أساس من أسس التعامل
فيه ، وكذلك الامر فيما يتعلق بالاولوية المقررة للمصروفات القضائية والاموال المستحقة للخزانة
العامه وذلك لتعلقها بالصالح العام .

وفما يتعلق بالاولوية المقررة للاقتدارات الاجتماعية في القانون ، كديون النفقات والديون
المستحقة للاجراء والخدمة والكتابة وراتبات الموظفين وغيرهم ، فان هذه المعاني يمكن
ان تدخل ضمن مجموعة الديون التي تترى الى مصلحة حفظ النفس في الشريعة الاسلامية
على نحو ما رأينا ، حيث يجمل الفقهاء للديون التي تحفظ حياة الناس ومعايشهم من مأكلا
ومشرب وملبس اولوية على ديون الغرما ، وهي تتفق مع اجور العاملين وغيرهم في تحفيق
هذا المعنى .

أما حفظ المال فهو مقصود عام في هذه القوانين بينما هو مصلحة مقصود بالحفظ في الفقه
الاسلامي (١)

والفقه الاسلامي على هذا النحو يضع تأصيلا للمصالح التي تنقرر لها الاولوية ، ويدخل
تحت جميع الاموال التي تناط بها ، ولهذا فان منهجه يتسم بالتكامل والشمول ، ويتقبل
العقل والمنطق لانه يرتب المصالح ترتيبا منطقييا يرضاه العقل وتنقله النفس .

يجب أن نذكر ان فقهاء القانون قد عبروا عن مقصود القانون بالاسس بينما يعبر عنها فسي
الشريعة الاسلامية بالحكمة ، وعلى هذا النحو يظهر مجال المقارنة بين الشريعة والقانون .

(١) راجع : ما فرقة العزيم عبدالسلام في الفقرة ١٢٤ من الرسالة

المبحث الثاني

اوعية الاولوية وراثتها

١٢٩ - تنقرر الاولوية على المال بأصوله المختلفة من عقار ومنقول ، كما انها تنقرر على هذا المال بد رجات متفاوتة تنخفض في نهايتها عن ائثار دائن باستيفاء دينه منه ، وسوف نتكلم عن اوعية الاولوية في مطالب اول ، وراثتها في مطلب ثان :

المطلب الاول

اوعية اولوية استيفاء الدين

١٣٠ - يتحدد وعاء الاولوية بالمال الذي تنقرر عليه ويرتبط به ، فإذا وردت على عقار معين او منقول معين ، فان وعاء الاولوية يتحدد به هذا العقار او ذاك المنقول ، وقد ترد الاولوية على جميع اموال المدين من عقارات ومنقولات ، وعلى هذا فان الاولوية من ناحية الوعاء الذي تنقرر عليه قد تكون ذات وعاء متغير ، وقد تكون ذات وعاء ثابت .

١٣١ - اولا : الاولوية ذات الوعاء المتغير :

ويقصد بالوعاء المتغير في فقه القانون ، ان الاولوية لا تتركز في مال محدد بذاته بصفة دائمة ولطما يختلف الوعاء ويتوسع ونقلا لاختلاف الدين ، فتارة يتسع ليشمل اموال المدين كلها ، وتارة اخرى يضيق ليقتصر على اموال معينة بالذات سواء كانت عقارا او منقولا ويدخل في هذا النوع من الاعية ، اوعية الاولوية المقررة للمصرفيات

القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة (١) .

والمصرفات القضائية ، هي المبالغ التي تتفق في المطالبة القضائية
او في اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة للمحافظة على اموال المدين او التفتيد
عليها بقصد بيعها او تصفيتها وتوزيع ثمنها بين الدائنين (٢) .

وقد اوردت مجموعة الاعمال التحضيرية امثلة للمصرفات القضائية ومنها نقتات
الحجز التحفظية والحراسة والحجز التفتيدى ، واجراءات نزاع الملكية
والتوزيع على ان تكون هذه المصرفات قد انفتحت لصلحة الدائنين المشتركة
اما ما يكون منها لصلحة خاصة بدائن معين ، كما في اجراءات تحقيق الديمن
لاحد الدائنين ، فلا يدخل في نطاق المصرفات القضائية (٣) .

وقد تكون هذه المصرفات مستحقة للمحكمة وقد يكون لحد الماورين القضائيين
هو الذي انفقها ويهد الرجوع بها كالحارس والسند يك ، وصق التركة
والخير والمحل قبل مد بين موكله ، وقد يكون احد الدائنين هو الذي انفقها
ويهد الرجوع بها (٤) .

والاولوية المقررة للمصرفات القضائية ليس لها واء يتحدد سلفا وإسمها
ترد على ثمن بيع اموال معينة للمدين قد تكون عقارات او منقولات او مجموعة
اموال تتضمن العقار والمنقول (٥)

(١) نكوتشمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٩٠. Planiol, Ripert et
Becqué, Op. cit, P. 267. Aubry et Rue, Op. cit, N, 263,
Juglent, OP. cit, N. 666. , Mazeaud et, Chabas,
OP. cit; N. 444,

(٢) نكوتشمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٥٩٠ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٢٩٩ وما بعد ها .

(٤) السنهوري - الوسيط ج ١٠ - ص ٦٤٤ ، ٦٤٥ .

(٥) نكوتشمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٥٩٢ .

فاذا وردت الاولوية على ثمن بيع الموال المدين الذى رسابة المزاد كانت الاولوية خاصة على منقول ، ولو كان مبيع من اموال المدين كله عقارا ، وقد تقع المصروفات القضائية على اعيان معينة ، عقارات كانت او منقولات فتمت بيعت تحولت كلها الى ائتمان ، وهى منقولات ، فتتقرر الاولوية عليها (١) ، وقل ان تقع المصروفات القضائية على جميع اموال المدين فان وقعت كانت الاولوية علمة لان ثمن جميع اموال المدين هو كل ما يملك المدين (٢) .

وقد جاء فى مجموعة الاعمال التحضيرية ان اولوية المصروفات القضائية تتقرر على الثمن الذى رسا به المزاد عن بيع اموال المدين فالاولوية (٣) اذن تقع على منقول ، وقد تكون الاولوية خاصة اذا كان التنفيذ على اعيان محددة عقارا . كانت او منقولا ، وقد تكون عامة اذا بيعت كل اموال المدين .

وهكذا نجد ان وعاء الاولوية فى المصروفات القضائية لا يتحدد فى مال محدد بذاته بصفة دائمة ولذلك كان متغيرا .

١٣٢ - ومن امثلة الاولوية ذات الوعاء المتغير ، اولوية مستحقات الخزانه العامة ، ذلك ان تلك المستحقات تعتبر عنصرا اساسيا من عناصر الايراد فى الدولة ولذا كان من الضرورى ان يعنى القانون بتقرير ضمانات فعالة لتحصيلها ومن هنا جاء النص فى المادة ١١٣٩ من التقنين المدنى المصرى بتقرير الاولوية للمبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق اخرى من اى نوع كان ، على ثمن الاموال المنقلة بها وقد

(١) الجمهورى - نفس المرجع السابق - ص ٢٤٧ .

(٢) محمد كامل مرسى - التأمينات - فقرة ٣٩٣ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٩٩ .

يشترك هذا النص لغيره من النصوص الخاصة تفصيل المبالغ ذات الاولوية
وتحدد اوجوبها (١).

ويعتبر من الديون المستحقة للخزانة العامة ذات الاولوية ضريبة الاطيان
الزراعية وعوائد الاملاك المبنية وضريبة ايرادات رؤوس الاموال المنقولة
وضريبة الارباح الصناعية والتجارية وضريبة ارباح المهن الحرة وضريبة كسب
العمل وضريبة الايراد العام ورسم الدسنة وضريبة التركات وغير ذلك من الضرائب
والرسوم التي نصت عليها القوانين المختلفة (٢).

ويتحدد نطاق الاولوية بالمبالغ التي تستحق للدولة او لاي شخص من
اشخاص القانون العام باعتباره سلطة عامة اما ما يستحق للدولة في نشاطها الخاص
فيخرج من نطاق تلك الاولوية ويخضع للقواعد العامة في استيفاء الديون
ما لم يرد نص خاص يكفلها له .

-
- (١) وقد قضت محكمة النقض بأن النص في الفقرة الاولى من المادة ١١٣٩ مدني
يدل على ان المبالغ المستحقة للخزانة العامة لا تكون مستأزاة الا بقوانين وأوامر
خاصة - (راجع نقض مدني في ١١ مايو سنة ١٩٦٦ - مجموعة احكام النقض بر ١٧ -
رقم ١٤٥ ص ١٠٧٠) .
- وانظر حكم محكمة السين في ١٢ ابريل سنة ١٩٧٣ مشار اليه في :
Recueil Dalloz Sirey, 45^e Cahier, 8 Janv. 1975, P.41.
- وحكم الدائرة التجارية في ١٥ ابريل سنة ١٩٧٥ - 14, Janu. 1975, P. 37.
- OP. Cit., P. 37.
- وراجع. Planiol, Ripert et Bichqué. OP. Cit N. 229. P.266.
- والدكتور شفيق شحاته - نظرية Aubry, Rue et Esmein T.3 N^o 263.
- التاسمين العيني - ص ٢٤٠ فقرة ٢٨٧
- (٢) السنيهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ١٥٠

ويلاحظ ان المبالغ المستحقة للخزانة العامة تتمتع بالاولوية سواء استحققت عن السنة الجارية او عن سنوات سابقة مادام حق الدولة في استيفائها لم يسقط وفقا للاحكام المقررة بشأن تقادم الضرائب والرسوم (١).

ويلاحظ على هذا النحو ان وعاء الاولوية في المبالغ المستحقة للخزانة العامة يتنوع وفقا لما تقتضيه القوانين الخاصة التي تضع الاحكام التفصيلية لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وعلى ضوء ذلك قد يكون وعاء الاولوية شاملا لجميع اموال المدين كما هو الحال بالنسبة لضريبة ايراد رؤوس الاموال المنقولة والارباح التجارية والصناعية والضريبة العامة على الاسراد .

وقد يتخصص وعاء الاولوية حين ترد على عقارات معينة كما في ضريبة الاطيان والعقارات المبنية او حين ترد على منقولات معينة وذلك كما هو الشأن بالنسبة للرسوم الجمركية المستحقة عن البضائع الصادرة والواردة (٢).

ولذلك كان وعاء الاولوية في المبالغ المستحقة للخزانة العامة متغيرا لان الاولوية فيها قد تكون على منقول وقد تنقرر على عقار وهي في كلتا الحالتين لا تهت على مال محدد بذاته سلفا (٣).

والاولوية ذات الوعاء المتغير تختلف عن الاولوية العامة الواردة في المادة ١١٤١ من القانون المدني المصري والتي تنص على ان : "للحقوق الآتية امتياز

(١) نكوتشيس الدين الوكيل - نفس المرجع - ص ٥٩٤ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٣٠١ وما بعد ها .

عام على جميع أموال المدين من منقول، وعقار ٢٠ - المبالغ المستحقة للخدم والكسبة والمعامل ، وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أي نوع عن الستة أشهر الأخيرة ب - المبالغ المستحقة عما تم توريد للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة . ج - النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة * .

فالاولوية في هذه الديون ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار الا ما كان منها لا يجوز الحجز عليه فهي محددة بجميع أموال المدين تحديدا عاما يشملها جميعا ، أما الاولوية ذات الوعاء المتغير فتتثل في قابلية جميع أموال المدين لورودها عليها ، دون أن تكون واردة على جميعها غالبا . فالاولوية العامة تتحدد بجميع أموال المدين ، أما الاولوية ذات الوعاء المتغير فهي قابلة لأن ترد على أي مال من أموال المدين جميعا ، وقد ترد على كل ماله في وقت واحد ، فاختلفا من هذه الناحية .

١٣٣ - ثانيا : الاولوية ذات الوعاء الثابت :

والاولوية ذات الوعاء الثابت هي التي ترد على مال معين للمدين ، ومحددة بذاته بصفة دائمة فتقتصر عليه ، دون أن تتعداه الى غيره من أموال المدين الاخرى كما في الاولوية الخاصة على المنقول ، والاولوية الخاصة على العقار . ومن أمثلة الاولوية الخاصة على المنقول : الاولوية المقررة لمصروفات حفظ المنقول وتربيته ، حيث وصف المشرع من هذه الاولوية تكون من قام بالمحافظة على منقولات مملوكة للمدين من التقدم على سائر الدائنين في استيفاء ما انفق من مصروفات ، فلولا هذا الدائن لهلكت المنقولات أو تلفت . ووفقا لنص المادة ١٦٤٠ من التهنين المدني المصري ، فان الاولوية تنقرر للمصروفات التي لولاها لهلك الشيء أو أصبح معيبا غير صالح لأداء الغاية منه ، من ذلك مثلا ما ينفق على حيوان لانقاذ حياته ، أو على سيارة للمحافظة عليها ، وتمكينها من متابعة السير ، أو ما يصرف على مفروشات كانت مهددة بالتلف (١) .

(١) السنهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ١٥٣ وما بعد ها ، والدكتور سليمان مرتضى حقوق الامتياز - ص ٥٤٣ .

وتطبيقا لهذا المعيار لا يدخل في نطاق الاولوية ، المصروفات النافعة التي قد ترفع من قيمة الشيء ، ولكنها لم تكن ضرورية لحفظه أو الإبقاء على صلاحيته للاستعمال مثال ذلك ما يتفق لطلاب الأثاث وتحسينه ، أو ما يصرف على سيارة بقصد رفع قيمتها (١) .

ويلاحظ أن وعاء الاولوية يتحدد بالمنقول الذي استأثر بالمصروفات لاجل حفظه وترميمه ويتقرر على هذا المنقول دون سواء من أموال المدين ، ولذلك كان وعاء الاولوية فيه ثابتا .

ومن أمثلة الاولوية الخاصة على العقار ، الاولوية المقررة لبائع العقار ، ويشأنها نصت المادة ١١٤٧ من التقنين المدني المصري على ما يأتي : " ١ - ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع ٢٠ - ويجب أن يفقد الامتياز ولو كان البيع مسجلا وتكون مرتبته من وقت القيد " فواء الاولوية فيسه يتقرر على العقار المبيع ، سواء كان بناء أو أرضا فضاء أو أرضا زراعية ، كما تشمل الاولوية الملحقات كالعقار بالتخصص ، والمنشآت والتحسينات والثمار ، كما تتقرر الاولوية على كل العقار ولو كان أكثر من الثمن (٢) .

ويتضح من ذلك أن وعاء الاولوية في كلتا الحالتين محدد بمال معين بذاته تتقرر عليه الاولوية وقد يكون هذا المال منقولا وقد يكون عقارا .

كما نخلص من خلال تلك الدراسة أن وعاء الاولوية في القانون قد يتخذ طابع التغيير فلا يتحدد بمال معين من أموال المدين ، وقد يتخذ طابع الثبات ، فيرد على مال معين ومحدد بذاته وهذا المال قد يكون عقارا وقد يكون منقولا ، وذلك على نحو ما سلفت الإشارة اليه ، وكما سترى عند دراستنا لأحكام أولوية استيفاء الديون .

(١) قد تفرق التفرقة بين المصروفات الضرورية والنافعة والأمر في تحددها متبوع لتقدير

القاضي - راجع : د / شمس الوكيل - نفس المرجع ص ٦١٦ .

(٢) السنهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ١٠٠٠

١٣٤ - اوعية الاولوية في الشريعة الاسلامية :

لما كانت الاولوية حقا ، كان لا بد لها من محل تتعلق به شأنها في ذلك شأن
أي حق من الحقوق حيث لا يمكن استيفاء الحق وتحقيق مقصده الا بواسطة المحل الذي
يتعلق به ، ويظهر أثر المحل واضحا عند استيفاء الديون ، لانه هو الذي يحدد لنا
جهة الاستيفاء في أي حق ، كما يتحدد من خلاله وطا الاولوية في استيفاء الديون .
والاولوية من ناحية تتعلقها بمحل الاستيفاء ، وهو ما يمبر عنه في فقه القانون بالروا
قد تتعلق بيمين معينة من أموال المدين ، فتقرر عليها وتتحدد بها ، وقد تتعلق
بالذمة دون أن تتحدد سلفا بمال معين من أموال المدين ،
فاذا كانت الاولوية متعلقة بيمين معينة ، كان لمن تقررت الاولوية لديه أخذ من
تلك المين بالافضلية على غيره من الدائنين ، اما اذا كانت الاولوية غير متعلقة
بيمين معينة فان محلها عند الاستيفاء يتعلق بكل مال للمدين من الدين أو المين (١) ؛
وعلى هذا النحو فان محل الاولوية في الشريعة الاسلامية قد يتسم بطابع الثبات
تارة ، وقد يتخذ طابع التغير تارة أخرى بحيث تكون أموال المدين جميعا قابلة لسرود
الاولوية عليها وينبغي أن نعالج ذلك بشي من التفصيل :

١٣٥ - اولا : الاولوية ذات المحل الثابت :

يظهر ثبات المحل واضحا في الديون العينية ، حيث تتحدد الاولوية فيها بمال معين
من أموال الدين ، وهذا المال قد يكون عقارا وقد يكون منقولا ، وقد عبر الفقهاء
عن ذلك بقولهم : " ان كل ما يصح بيعه يصح رهنه وبالعكس (٢) " ، وفي الشرح الكبير :
" يصح الرهن في كل عين يجوز بيعها ، لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ليتوصل
الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاءه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق في كل
ما يجوز بيعه ، ولان كل ما كان محلا للبيع ، كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشئ محلا
حذنه الا ان يمنع من ثبوته مانع أو يفوت بشرط فينبغي الحكم به (٣) " .
وترتبا على ذلك : يقرر المالكية ، أنه لا يجوز رهن جلد ميتة ولا جلد اضية ولا قلب
على المشهور من منع بيعه ولا يجوز رهن سمك في بحر وطير في هوا ، ولؤلؤ غير موصوف ولا يجوز
ارتها ما في بطون الاناث كما لا يجوز رهن الخمر حتى ولو كانت ملكا لغد من ورهنها

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٧ ص ٢٦٦ .

(٢) المجموع للمطيعي - ج ١٤ ص ١٩٤ ، ومغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢٤ حيث يقول :
" وشرط المرهون كونه عينا يصح بيعها " .

(٣) الشرح الكبير - مع المغني - ج ٤ ص ٣٦٨ ، والمغني لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٧٥ .

عند مسلم (١)؛

ويقول الزيلعي : " يتعين حق المرتهن عند الاستيفاء في الدين ، كما يتعين حق الراهن في الرهن ، تحقيقاً للتسوية بينهما ، كما في تسليم المبيع والتمن يحضر البائع المبيع ، ثم يسلم المشتري التمن (٢) . "

ويقول ابن حزم : " والرهن جائز في كل ما يجوز بيعه ولا يجوز فيما لا يجوز بيعه ، كالحروام الولد والثور والكلب ، والماء لانه وثيقة للمرتهن ليتصرف ان لمطل ولا يمكن الاتصاف للغير الا مما يجوز بيعه (٣) . "

ويقول الصنعاني : " يصح الرهن حيث يمكن القبض من المرتهن ، ويبطل حيث يمنع القبض كرهن المسجد والعهد المسلم من الكافر (٤) . "

أقول : ويظهر من أقوال الفقهاء أنه لما كان محل الرهن هو محل البيع ، وهو في الأخير لا يقتصر على مال بعينه بل يتعلق بكل عين من أعيان المال سواء كان عقاراً أو منقولاً ، فمعنى المبنية متعلق به حيث يتعلق بهما الاستيفاء ، فالعين كما يقرر النفذاني : " هي كل ما عينه حكم الشرع ، فاذا تعلق الحكم الشرعي بشيء كان ذلك له لئلا على أن ما تعلق به الحكم الشرعي عيناً ، وكل شيء تعلق به حكم شرعي لإيجاب حق ، كان هذا الشيء متعيناً لتعلق حكم الله به ، إذ لو كان مستحيل التعمين لما تعلق به الحكم الشرعي (٥) . "

وإذا كان الرهن لا يرد الا على عين معينة فقد قرر الفقهاء أنه لا يتم الا بالقبض فيه من وجهين : فان كان مما ينقل فقبض المرتهن له اخذها من رهنه منقولاً وان كان مما لا ينقل كالودور والارضون فقبضه تخلية رهنه بينه وبين مرتهنه لاحقاً لدونه (٦) .

-
- (١) شرح منح الجليل - ج ٣ - ص ٦٠ ، وجواهر الاكليل - ج ٢ ص ٢٨ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ ص ٢٣٤ .
(٢) تبين الحقائق للزيلعي - ج ٦ - ص ٦٦ ، وحاشية الشلبس عليه - ج ٦ ص ٦٣ ، حيث يقرر أن قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع ، فكان قبض المبيع قسمة يتكفئ بالتخلية فكذا هنا .
(٣) المحلى - ج ٨ ص ٨٩ مسألة : ١٢١٢ .
(٤) الروض الصغير - ج ٣ ص ٣٧٧ .
(٥) النفذاني - التلويح على التوضيح - ج ٢ ص ١٥٠ ، ١٥١ .
(٦) تبين الحقائق للزيلعي - ج ٦ ص ٦٣ والمغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٧١ ، ٣٧٢ .

١٢٦ - ولما كان الرهن لا يتم الا بالقبض، اشترط فقهاء الاحناف في المرهون ان يكون محوزا مفرغا متميزا (١) والمحوز كما يقول سعد جليبي في حاشيته على تكملة فتح القدير فان صدر الشريعة في شرحه للوقاية: " والمحوز المتوم غير الشائع ، والمفرغ غير المشغول بحق الراهن ، حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل (٢) اما التمييز فكما يتقوسول البابرتي في حاشيته على تكملة الفتح : " احراز عن الشيوخ في الرهن ايضا (٣) . "

وتد اختلف الفقهاء في جواز رهن الحصاة الشائعة الى قولين :

أولهما : للحنفية والزيدية وحاصل قولهم : أنه لا يجوز رهن الحصاة الشائعة يتقول الزيلعي : " ولا يجوز رهن المشاع (٤) " ويقول الصنعاني : " لم يجز رهن المشاع لتعذر القبض (٥) . "

وثانيهما : للمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، حيث ذهبوا الى خلاف هذا الرأي وقروا ان الحصاة الشائعة يجوز رهنها ، يقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير : " وصح مشاع أي رهنه من عار وعرض حيوان ، كما يصح بيعه وهبته ووقفه وسواه كان الباقي للراهن أو لغيره ، وحيز الجزء المشاع ليتم الرهن بجميعة (٦) " ويقول الرملي : " ويصح رهن المشاع وقبضه بقبض الجميع كما في البيع فيكون بالتخلية في غير المنقول وبالنقل في المنقول (٧) . "

ويقول ابن قدامة : ويصح رهن المشاع كما يصح بيعه (٨) ويقول ابن حزم " ورهن المره حصته من شئ مشاع مما ينقسم اولا ينقسم عند الشريك فيه وعند غيره جائز لان الله تعالى قال : فرهان مقبوضة ، ولم يخص تعالى مشاعا من مقبوم وما كان رهنه نسيبا (٩) . "

-
- (١) تكملة فتح القدير - ج ٨ ص ١٩٣ ، ١٩٤ - وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٦ ص ٦٣
 - (٢) حاشية سعد جليبي - على تكملة فتح القدير - ج ٨ ص ١٩٣ .
 - (٣) حاشية البابرتي على تكملة الفتح - ج ٨ ص ١٩٣ ، وحاشية ابن عابد بن علي السدر المختار - ج ٥ ص ٣١٨ .
 - (٤) الزيلعي - تبيين الحقائق - ج ٦ ص ٦٨ ، وتكملة الفتح - ج ٨ ص ٢٠٢ .
 - (٥) الروض النصير - ج ٣ ص ٣٧٧ .
 - (٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ ص ٢٣٩ وجواهر الاكليل - ج ٢ ص ٢٨ .
 - (٧) الرملي - نهاية المحتاج - ج ٣ ص ٢٥٧ ، ومغني المحتاج - ج ٢ ص ١٢٢ .
 - (٨) المغني لابن قدامة والشرح الكبير عليه - ج ٤ ص ٣٧٥ .
 - (٩) المحلبي - ج ٨ ص ٨٨ مسألة - ١٢١٠ .

وقد أستدل الحنفية ومن معهم على قولهم بعدم جواز رهن الحصة الشائعة ،
يقول الله تعالى : " فرها ن مقبوضة " (١) .

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة ، ان الله تعالى قد أوجب القبض في الرهن
لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة ، والمصدر المقنون بالعلماء في جواب الشرط
يراد به الامر ، والامر بالشئ ، الموصوف يقتضئ ان يكون ذلك الوصف شرطا فيه ، نظيره
قوله تعالى ، فتحير رقبة مؤمنة ، أى فليحرر رقبة مؤمنة ، وقوله تعالى : " ضرب الرقاب"
أى فأضربوها ، وقوله تعالى أفعدت من أيام أخز ، بتقدير يفصوم عدت من أيام أخز أى فليصم
عدت من أيام أخز ، فكان المصدر رهنا أيضا وهو قوله تعالى : فرها ن مقبوضة ، بمعنى
الامر أى فارهنوا وأرهنوا .

يقول قاضي زادة : " ثم لما كان بمعنى الأمر ، ولم يعمل بموجب الامر الذى هو
الوجوب في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على الديون بالاجماع ، وجب ان نعمل
به في شرطه وهو القبض كما قلنا (٢) ، وموجب ذلك ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس
الدائم لتحصيل مقصود ، وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيننا ، وذلك لا يحصل الا
بثبوت السيد عليه ، ولهذا شرط في النص ان يكون مقبوضا بخلاف حصته الاستيفاء
لان موجبه ملك العين المستوفاة فقط ، لان الحبس والملك يتصور في المشاع ، ولا يتصور
الحبس الدائم فيه لانه يبطل بالمهاياة ، فيصير كأنه رهنه يوما ، ويوما لا ، والرهن
يقتضى الحبس الدائم ، فكان الشروع منافيا لمقصوده ، ولان استدانة القبض شرط والشروع
ينافي ذلك فيبطل ، كما ان الشروع الطارئ يبطل الرهن (٤) .

كما يقرر الصنعاني : " ان القبض في الآية وصف يفيد التلييد ، وهو أيضا وصف
كاشف ان معناه فرها ن شأنها وصفتها ان تكون مقبوضة ، فيصح الرهن حيث يمكن القبض
من المرتهن ويبطل حيث يمتنع القبض ، ولذا لم يجز رهن المشاع لتعذر القبض (٥) .

(١) البقرة - آية - ٢٨٣ .

(٢) تكملة فتح القدير - ج ٨ ص ١٩١ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي - ج ٦ ص ٦٩ .

(٤) حاشية الشلبي على التبيين - نفس المكان السابق .

(٥) الروض النضير - ج ٣ ص ٣٢٧ .

١٣٨ - دليل القبول الثاني :

وقد استدل جمهور الفقهاء على رأيهم في جواز رهن المشاع بأن مقصود الرهن الاستئثار بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن أن تعذرا استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ، ولأن ما كان محلا للبيع محلا لحكمة الرهن ومحل الشيء محل لحكته الا أن يمنع مانع من موته أو يفوت شرط فينتفىسي الحكم لانتفائه فيصح رهن المشاع لذلك (١) لأنه يجوز بيعها في محل الحق فيصيح رهنها كالمفردة (٢) .
كفاننا نقواد لئسل الحنفية بأنه لا يمكن التسليم بأن مقصود الرهن هو الحبس ، بمسئل مقصود استيفاء الدين منه عند تملكه من غيره والمشاع قابل لذلك (٣) .

١٣٩ - المناقشة والترجيح :

ولاشك ان وجهه نظر الحنفية في عدم جواز رهن المشاع تتفق مع مقصود المقتد وهو التوثيق وقد غاب عن مخالفيهم أن تمام التوثيق يقتضى شرعه وصول الدائن الى حقه وهذاتم مع الافراز لان حالة الشروع قد يتعثر معها الدائن في الوصول الى غاية لمشاركة آخر من له نفس العين على نحو يجعل وصوله الى حقه معلقا على ارادة آخرين قد يتحسبون معه نفس تحديد حقه على العين .

وإذا كان الجمهور يقررون ان الحصة الشائعة يجوز بيعها وبالتالي يجوز رهنها فان جواز البيع هذا لن يكون ميسورا ابتداء اذا ما فكر الشركاء الآخرون في كيد المرتهن وحينئذ لن يكون البيع سهلا ، وكذا ذلك الامر اذا كان الشروع ورادا على عين لا تقبل القسمة بطبيعتها ، ولهذا فأننى ارجح وجهة نظر الاحناف ومن معهم .

الاولوية في الرهن تتحدد بعين معينة بذاتها : ويظهر من هذه الآراء ان الاولوية في الرهن تتحدد بعين معينة بذاتها من اموال المدين وقد يكون عقارا أو منقولا وبهذا يتخذ محل الاولوية هنا طابع الثبات على مال معين .

(١) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٧٥ والمجموع شرح المهذب للمطيعي ج ١٢ ص ٢١١

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) الشرح الكبير مع المغنى ج ٤ ص ٣٧٤ وشرح منحة الجليل ج ٢ ص ٦١ ، ٦٢ ، ٦٤

والمحلى لابن حزم ج ٨ ص ٨٨ .

١٤٠ - ثانيا : الاولوية ذات المحل التغيير :

اذا كانت الاولوية في الديون المعينة تتحدد بعين معينة بذاتها ، كما في الرهن وحسب العين البيعة ، فانها قد ترد على جميع اموال المدين دون ان تتحدد بمال معين من امواله وذلك كما في الاولوية المقررة للتجهيز ، حيث تقدم على الديون والوصايا ، وحقوق الورثة ، ويتحدد وطاقم الاولوية في التجهيز بشركة الميث جميعها .
والتركة كما يقول الطحاوي في حياشيته : " لغة بمعنى المتروك وفي اصطلاح الفقهاء هو ما تركه الميت من الاموال صافيا عن تعلق حق الغير بعين من الاصول (١) " .
وهي تشمل جميع ما يشركه الميت من امواله سواء كان ديناً او عيناً ، والاولوية المقررة لتجهيز الميت ترد على التركة جميعها ، وهي لا تتحدد بمال محدد سلفاً ، وانما يتحدد محلها بعد وفاة المورث وعند استيفائها من تركته .
ولذلك يمكن القول ان وطاقم الاولوية فيها متغيراً ، لانه لا يتحدد بمال معين سلفاً .

١٤١ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون ، فيما يتعلق بأوعية الاولوية ، نجد انها تتصور في كلا الفقهين على المال ، وهي في فقه القانون قد ترد على مال معين وتتحدد به فتكون ذات وطاقم ثابت وقد لا تتحدد بمال معين ، فتكون ذات وطاقم متغير .
وهذا المعنى يقترب من اتجاه الشريعة الاسلامية ، وان كان الفقه الاسلامي يعبر عن الوعاء بلفظ المحل ، لكن المعنى متقارب ، حيث تبين لنا ان محل الاولوية قد يكون ثابتاً على مال محدد بذاته كما في الديون المعينة ، وقد يكون المحل غير محدد بذاته فيكون ذو طبيعة متغيرة وبذلك يقترب مفهوم القانون من الشريعة في هذا الموضوع .

(١) حاشية الطحاوي على الدر المختار - ج ٤ ص ٣٦٧ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص ٥٠٠ ، وراجع : الميراث المقارن للكشكبي - ص ٦٦٠ وما بعد ها ، واحكام الشركات والمواثيق للشيخ أبو زهرة - ص ٤٧ وما بعد ها ، والميراث ، لتركيبا البرديسي - ص ٢٠ وما بعد ها .

المطلب الثاني

مراتب اولوية استيفاء الديون

١٤٢ - لاولوية استيفاء الديون مراتب تحدد درجة الدين في التقدم حين يتزاحم معه دين آخر مزود بالاولوية وتزاحم الديون ذات الاولوية قد يسرد على مال معين من اموال المدين ، وذلك كما في حالة الاولوية ذات الوعاء الثابت ، حيث يتحدد الوعاء فيها بمال معين من اموال المدين قد يكون عقارا وقد يكون منقولا كما قد يكون التزاحم على اموال المدين كلها ، وذلك في حالة الاولوية ذات الوعاء المتغير .

وفي الشريعة الاسلامية تختلف مرتبة الاولوية في الديون المختلفة ذات الاولوية في الاستيفاء بالتدرج الذي يحدد نطاق الدين عند تزاحمة مع غيره من الديون المتساوية له في الافضلية على المحل المحدد للاستيفاء .

١٤٣ - ولما كان حق الاولوية من مقتضاه ان يستوفى الدائن المزود به دينه قبل غيره من الدائنين العاديين فلا يتزاحم الدائن صاحب التاميين العيني مع الدائن العادي على ثمن العين المثقلة بالتلمين ، ولكنه قد يتزاحم مع غيره من اصحاب الديون ذات الاولوية ، وفي هذه الحالة يلزم تحديد مرتبة حق الاولوية .

كما ان الاولوية قد تتمدد على العين الواحدة وتكون من نوع واحد كما قد تتزاحم الاولويات المختلفة على العين الواحدة (١) . في نفس الوقت ، الامر الذي يجعل تدخل القانون بالتنظيم ووضع التواعد لحل المتنازع الذي يقوم بين الدائنين في هاتين الحالتين امرالزام ومن الواضح ان الحلول القانونية الواردة في هذا الخصوص يمكن ارجاعها الى اصول ثلاثة هي اسبقية التمسك ،

رأسيية التمسك مع الحياة ، ونسب التاميين .

(١) د . شفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٢٣٨ ، وراجع :

Mazeud et Chabas, Op. Cit., n° 451.

١٤٤ - أسبقية قيد الاولوية :

تحدد مرتبة الاولوية عن طريق اسبقية القيد وغالبا ما يحدث ذلك بالنسبة
للاولوية المقررة على العقارات كما في الاولوية الناشئة عن رهن رسي أو حق
أختصاص أو امتياز خاص على العقار ، ومن ثم يتحدد مرتبة الاولوية بين اصحاب
الديون المتيدة ، على العقار حسب الاسبقية في القيد .

وتحديد مرتبة الاولوية بأسبقية القيد مهذا املاء التطور الحديث للتشريعات
المعاصرة التي تتولى تنظيم التصرفات العقارية ، فهو نظام حديث نسبيا
وكان غير معروف في القانون الروماني (١) وهو أن كان اجراء شكليا الا أنه ينفذ
الى الجوهر فيليب دورا فعلا في ترتيبه أستيفاء الدين المزود بالاولوية (٢)
والقيد Inscription هو الاداة لشهر كافة الحقوق العينية
الا ما أستثنى منها ، ولهذا فهو يختلف عن التسجيل Transcription
الذي هو اداة لشهر الحقوق العينية الاصلية وهو الاداة لاعلام الغير بالحقوق
العينية التي تترتب على العقار ويجعله على بينة من أمره عندما يريد التعامل
بشأنه حيث لا يعتمد بهذه الحقوق أزا غير الا اذا تم قيدا ، ولا يغنى
عن القيد العلم بترتيب اى حق على العقار مهما بلغت درجة يقينية فهو
شرط لا يدممونه ويتصل بالنظام العام (٣) .

-
- (١) Planiol, Ripert et Socquet, Op. cit, T. 12p. 725
(٢) د / شمس الدين الوكيل المرجع السابق ص ٣٠٢ . N. 694. ets.
(٣) د / كامل مرسي المرجع السابق ص ١٠٨ ود / سليمان مرتس المرجع السابق
ص ١٤٩ ود / احمد سلامة التامينات العينية والشخصية ج ١ ص ٢٨٠ طبعة
١٩٧٠ دار النهضة العربية وقد قضت المحكمة النقض في ٩ يونيو ١٩٦٠ (مجموعة)
احكام النقض ص ١١ ع ٢ ص ٤٢٥ رقم ٦٨) أن المشرع هدف بالاحكام الواردة
بالمادتين ١١١٤ و ١١٥٤٠ مدني الى تنظيم شهر التصرفات العقارية
التي قررتها قواعد أمره وواجبة التطبيق حتما ولا يسوغ مخالفتها بمقولة
أن من شرعت لمصلحته قد تنازل عن التمسك بها ، ذلك ان هذا التنازل على
فرض وجوده لا يعتد به في هذه المجال إذ ليس للار اداة إعتبار في التصرف
فيما هو من شؤون النظام العام* .

ومنذ صدور القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى يجب أن يجرى القيد بمكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار المثل بالتأمين العينى فى دائرة اختصاصه ، فاذا تعددت المقارنات وقعت فى دائرة اختصاص مكاتب متعددة وجب اجراء الشهر فى كل مكتب منها ولا يكون للشهر الذى يتم فى احد هذه المكاتب اثره الا بالنسبة الى المقارنات أو اجزاء المقارنات التى تنفع فى دائرة اختصاصه (ماده ٥ من قانون الشهر) .

١٤٥ - وتنص المادة ١٦ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظم الشهر على أنه يعد بكل مكتب دفتر تثبيت فيه القوائم المقدمة للشهر بارقام تناهية حسب اسبعية تفديها مع ذكر اليوم والساعة ويكون هذا الدفتر مرتم الصفحات وموتعا على كل ورقة فيه من الامين العام أو من يندب لذلك بقرار من وزير العدل .

وعلى هذا نحيث يكون هناك أكثر من دائن مقيد فالقاعدة أن الاولوية تترجح للأسبقيه فى تاريخ القيد Prio Tempore Poliôr Jure
وهى قاعدة لانتهية تعنى ان الاسبق فى التاريخ يكون أسبق فى أستيفاء الحق (١) بشرط ان يكون قد حافظ على قيد به بتجديده فى الموعد القانونى وقد حرص قانون الشهر على الا يذكر فقط يوم اجراء القيد بل ساعة هذا الاجراء حتى يضمن سهولة تطبيق الحكم الذى ورد فى المادة ٥٦ من التقنين المدنى المصرى والتي تقول : " يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب مرتبه كلهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد " .

ووفقا لهذا النص فانه اذا قيدت عدة تأمينات فى يوم واحد يكون مرتبه الاسبق منها فى القيد ولو بساعة واحدة أو بعض الساعة وهنا يختلف القانون الفرنسى عن القانون المصرى

Mazeud et Chabas, OP.Cit, N. 451. (١)

ونفس القاعدة تقريبا يعرفها القانون الانجلىزى أستنادا الى أن العقيل ويرسداد الديون التى مضت عليها اطول فترة هندا التزام على مال الغارق فى الدين وتنص القاعدة : " أقدم الديون هى التى تسدد " .
(First debts are first Paid) S.B. Marsh & J.Saulsby-
aut line of English law - P. 134.

فالتأمينات التي تسجل في يوم واحد تعتبر في مرتبة واحدة حيث لا يؤخذ بساعة الايداع ورجل الشهر ليس ملزماً بتسجيلها ، لانه يقوم بتسجيل كسبل التصرفات في نهاية اليوم ، فيتجنب الصعوبات والمشاكل التي قد تحدث من دائنين يتقدمون سوية للتقديم في لحظة واحدة خاصة عند فتح المكتب (١) .

وقد انتقد هذا المسلك من جانب التقنين المدني الفرنسي لانه يجعل جنيح الديون المسجلة في نفس اليوم في سياتي ، وقد حاول ان يلتمس الحلول لمثل هذا التنازع بمرسوم سنة ١٩٥٥ الذي ادخل بعض التعديلات على المادة ٢١٣٤ مدني فرنسي فقرة ٢٠٦ حيث يميز بين :

- ١ - دائنين يجب ان يقدموا سنداً ، فتحدد المرتبة بتاريخ السند الاسبق ويجب ان يكون السند محدد التاريخ ويبقى الصراع على ما هو عليه بالنسبة للديون ذات السندات المتحددة في التاريخ .
- ٢ - بين دائنين معفون من تقديم سند ازواج او اشخاص تحت الوصاية بالنسبة لديونهم ضد محاسبينهم او دائنين قد طالبوا بتقسيم التركة (مادة ١٢٤٨ / ١) مدني فرنسي والقانون ليس لديه اجراء ازاء تحديد تاريخ تجديد المرتبة
- ٣ - بين دائن ملزم بتقديم سند ودائن معفى منه ودائماً يتقدم الدائن المعفى من السند (٢) .

(٣)

ومسلك القانون المدني الفرنسي وان كان ينتقدا في هذا الخصوص الا اننا نرى ان التجربة التي خاضها في تلك المسألة تستحق النظر فلو امكن العمل بها مع ايجاد الحلول للأثار الجانبية التي تترتب عليها لا يمكن بذلك تلافي كثير من المشاكل التي يحدثها ضغط العمل على رجال الشهر ، والتي كثيرا ما تأتي على مبدأ الاسبقية ذاته بالهدم خاصة في هذا الوقت القصير وقد لا تتوافر فيه الضوابط التي يحسم فيها صراع بين دائنين وفق معيار العدالة كما ينشد القانون .

(١) مازو - المرجع السابق فقرة ٤٥٢ .

(٢) المرجع السابق فقرة ٤٥٢ .

(٣)

وعلى هذا فإذا تزاحم دائنون مزودون بتأمينات على عفار والميرة بأسبقية القيد، فالسابق في تاريخه هو الذي يتفاضى حقه، ثم من يلية في تاريخ القيد وهكذا. وهذا الحكم يسرى على الدائن المزود برهن رسي أو حيازي أو حق اختصاص على عفار معين وأصحاب حقون امتيازات عقارية خاصة وإذا تقدم دائنسان لتسجيل طلبيهما في يوم واحد وفي ساعة واحدة تعسدا لا . ولا يتقدم احد هما على الاخر بل يكون الاثنان في مرتبة واحدة (١) .

١٤٦ - أسبقية القيد مع الحيازة :

وقد تفتن أسبقية القيد بالحيازة فتقدم الاولوية المقترنة بأسبقية القيد مع الحيازة على تلك التي تعزو عنها . فإذا تزاحم عدة دائنين اكتسب كل منهم رهنا حيازيا على عفار كانت الاولوية لمن سبق الآخرين في قيد حقه وحيازة العفار وهو على هذا النحو يسبق الدائن الذي كان سابقا عليه في القيد ولكن لم تنتقل اليه الحيازة اما اذا كان التزاحم بين أولوية ناشئة عن رهن حيازي واخرى ناشئة عن تأمين عيني أخور رهن رسي أو حق اختصاص أو امتياز عقارى خاص فالعبرة بالأسبقية في القيد ايضا فإذا انتقلت حيازة العفار الى الدائن المرتهن رهنا حيازيا مع القيد تكون مرتبة دينة اولى (٢) .

استثناءات مبدأ أسبقية القيد :

حيث يكون هناك أكثر من دائن مفيد فالقاعدة أن الاولوية تثبت للسابق في تاريخ القيد بشرط ان يكون قد حافظ على قيد متجدد في الموعد القانوني ، الا أن المبدأ تحلده مرتبة اولوية الاستيفاء بأسبقية القيد استثناءات ثلاثة أولها: أن الاستثناء قد يتقرر صراحة ينص في القانون وثانيها: باتفاق الاطراف (٣) كما في حالة التنازل عن مرتبة الاولوية وثالثها: مسندة من المبادئ العامة التي تفضى بان الغش يبطل كل التصرفات .

(١) د / شفيق شحاته - المرجع السابق - فقره ٢٨٠ وما بعدها .

(٢) المشهورى - الوسيط - ج١ ص ٤٩٩ .

(٣) د . شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٥٤٣ . وراجع :
Planiol, Rupert et Becqu  , OP. Cit, T.12., n. 217.

١٤٧ - أولا : تقييد قاعدة أسبقية القيد بنص في القانون :

وقد يتدخل المشرع لاعتبارات راجحه في نظره فيهدم قاعدة أسبقية القيد لصالح دائن معين ، مزود بالأولوية وهو في إطار تحقيق تلك الغاية قد يسلك طريقين :

الأول هو إعفاء صاحب التأمين ، والثاني أن يفترض أن قيدا معيناً له الأسبقية على قيد آخر بالرغم من أن الثاني قد وقع متقدماً على الأول ، وهنا لا يعنى المشرع الدائن الذي يحابيه من القيد بل يخصه له فاذا لم يقم به لا يستأهل أية حماية إذ الإعفاء يقتصر على أسبقية القيد فقط (١) .

١ - سلك القانون الطريق الأول بالنسبة لبعض الحقوق الممتازة فنص في المادة ١/١١٣٨ مدنى مصرى على أن " حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة وهذه الحقوق تكون أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر وأى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده . "

٢ - وسلك المشرع الطريق الثانى فى حالة كاداً رهن أحد الشركاء حصة شائعة أو جزءاً مغزلاً فى عقار مملوك على الشيوع ثم أنتقل هذا الرهن الى قدر من الاعيان التى وقعت فى نصيب الشريك الراهن بعد القسمة (٢) .

وقد ألزم القانون الدائنين المرتهينين فى هذه الحالة إجراء قيد جديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا فقد المرتبة التى كان يكفلها له القيد القديم ويتم هذا الإجراء عن طريق أمر على عريضة يحدد قدر الاعيان التى ينتقل إليها الرهن (مادة ١٠٣٩ من التفتين المدنى المصرى) .

(١) دكتور / أحمد سلامة المرجع السابق ص ٤٢٨ .

(٢) Aubry et Rue, OP., Cit, M%266,P.446 .Planiol,

Ripert et Becque, OP.Cit , n.423.

والدكتور منصور مصطفى منصور - التأمينات العينية فقرة ٢٠

وليس المقصود من اجراء هذا التيد اكتساب مرتبة جديدة بل انغاية منه هـسو
المحافظة على المرتبة القديمة ، وفي هذا المعنى تقول المذكرة الايضاحية للمشروع
التمهيدى يجوز رهـن العقار الشائع فاذا رهن المالك نصيبا شائعا كان الرهن
صحيحا حتى اذا افرز النصيب الشائع من ذلك انتقل الرهن الى النصيب المفـرز (١) .

وقد اختلف الفقهاء حول الاساس الذى يتم ذلك النقل بمقتضاه فذهب رأى السـى
أنه يعتبر من مقتضى القسمة (٢) وذهب رأى آخر الى أنه يقوم على اساس الحلول العينى (٣)
ونحن نرجح الرأى القائل بأنه من تبيل الحلول العينى لان النقل يتم وفقا لنص
القانون ويقتضيه وقد كشفت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي عن حقيقة اتجاه المشرع
فى هذا الخصوص ، وأوضحت أنه قد أستعان هنا بنظرية الحلول العينى (٤) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج٧ ص ٣٢ .

(٢) د محمد حسن كيرة الحقوق العينية الاصلية فقرة ١٢٣ ص ٣٤٣ هامش ٢ والسنهورى
الوسيط ج١٠ ص ٣٦٨ هامش (٤) ود / اسماعيل غانم الحقوق العينية الاصلية فقرة
٨٠ ص ٨٣ د / شمس الدين الوكيل المرجع السابق ص ١١٢ (١) وأحمد سلامة
المرجع السابق ص ١٨٢ وشفيق شحاته التأمينات العينية ص ٩٤ فقرة ١٠٧ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ج٧ ص ٣١ ود / منصور مصطفى منصور نسى
رسالتيه - الحلول العينى فقرة ١٣٨ حيث يقرره أن الرهن فى الجزء المفـرز
بموجب الحلول العينى فيحل الجزء المفـرز فى الحصة الشائعة*

وراجع فى تأييد هذا التوجيه: سمير تناغو - التأمينات - ص ٨٩ هامش (١)
وقارن ماقرره بعد ذلك دكتور مصطفى منصور فى كتابته التأمينات العينية
فـقرة ٢٠ ص ٥٢ هامش (١)؛ حيث يقرران أن تركيز الرهن الشائع لا يتم على
أساس فكرة الحلول العينى وإنما هو من مقتضى القسمة* .

(٤) مجموعة الاعمال - نفس المكان السابق .

١٤٨ - وقد اضاف المشرع حكما هاما وهو أن انتقال الرهن على النحو المتقدم لا ينبغي أن يضر برهن جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين (مادة ١٠٣٩ / ٢ مدنى مصرى) فهو من ناحية لا يضر الدائن الذى اكتسب حقه بمقتضى رهن من جميع الشركاء وانما يتقدم هذا الدائن على المرتهن من شريك رهن حصة مفرزة اذا انتقل هذا الرهن الى حصة أخرى آلت الى هذا الشريك حتى ولو أجرى هذا القيد الجديد فى الوعد الذى يحدده القانون * فلاحفاظ بمرتبة الرهن القديمة وفقا لاجراء القيد الجديد الواقع بعد القسمة وتحديد الاعيان الجديدة * لا يجوز أن يضر برهن تقرر على العقار وكان صادرا من جميع الشركاء ولذلك عند ما يتزاحم دائن مرتهن من شريك واحد مستقر حقه على العقار الذى انتقل اليه الرهن والدائن المرتهن من جميع الشركاء فضل هذا الدائن المرتهن من جميع الشركاء (١) ولا يعرض هذا التفصيل بالنسبة للمرتهن من كل الشركاء الا اذا كان قيد رهنه بعد القيد الاول الذى اجراه المرتهن من أحد الشركاء (٢) اما اذا كان العكس فإن المرتهن من كل الشركاء يفضل طبقا لقاعدة أسبقية القيد ذاتها ولكن هل يحتد هذا التفضيل حتى ولو قيد المرتهن من كل الشركاء أو قيد امتياز به بعد القيد الثانى الذى يجريه المرتهن من أحد الشركاء ؟ لقد لوحظ بحق أن المشرع اذا اراد ان يحسب كلا من المرتهن من كل الشركاء والمتقاسم من الرهن انصاه من أحد الشركاء فانما تقتصر حمايته على حالة ما اذا كان المرتهن من الكل او المتقاسم قد قيد حقه قبل القيد الجديد من جانب المرتهن من أحد الشركاء ان حينئذ يكون لهذا القيد الجديد اثر رجعى يضربهم * اما لو كان المرتهن من الكل او المتقاسم قد قيد حقه بعد اجراء المرتهن من أحد الشركاء قيد الحيد فان هذا المرتهن يتقدم تطبيقا للقواعد العامة أو هو لا يتيد من الاثر الرجعى بل يتيد فى مواجعتهم من القيد الجديد (٣) *

(١) السهوى - الوسيط - ج ١٠ ص ٥٠٠

(٢) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٧٢

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين وشمس الوكيل المرجع السابق - ص ٦٥٤ *

(١٤٩) ثانياً: تقييد مبدأ أسبقية الغياب بالارادة (النزول عن مرتبة الرهن):
من الواضح ان مركز الدائن في الاولوية يتحدد على ضوء المرتبة التي يحتلها
د ينده بالنسبة لغيره من الديون . ولذلك فان مراكز الدائنين في الاولوية
يختلف باختلاف مراتبهم وكلما كانت مرتبة الدين اقوى كلما كان مركز الدائن افضل
في درجة تقدمه في استيفاء دينه .

ولما كانت مرتبة الاولوية هي التي تحدد مركز الدائن وترسم نطاق تقدمه وامتياز
عن غيره وهذا في حد ذاته يعد مركزاً متساوياً يقترب في صورته من الحقول هذا
فقد اجاز القانوني للدائن ان يتنازل عن مرتبة دينه في الاولوية ، ايا كان سببها
وسواء كانت الاولوية ناشئة عن رهن رسمي او حيازي او حقاً اختصاص او امتياز (١)

ومن امثلة التنازل عن مرتبة الاولوية ما اجازه القانون للدائن المرتهن ان
يتنازل عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر ، على نحو ما تنص المادة ١٠٥٩
من التقنين المدني المصري وقد جاء فيها : " للدائن المرتهن ان يتنازل عن مرتبة
رهنة ، وفي حد ود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد
على نفس العقار ، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع اوجه الدفع التي
يجوز التمسك بها قبل الدائن الاول ، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حقيق
هذا الدائن الاول اذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة " .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بخصوص هذا النص : " ان
المشرع قد اجاز للدائن المرتهن ان يتنازل عن الرهن ذاته كما في الحلول الشخصى ،
كما اجاز له النزول عن مرتبة الرهن الى دائن آخر تال له في المرتبة ، فيصير
كل منهما في مرتبة الآخر وذلك بقيد ين :
١ - ان الدائن الذي يحل في المرتبة لا يحل في حق اكبر من الحق الذي كانت
له هذه المرتبة وعذا يد هي .

(١) راجع الوسيط - للسنبورى - ج١ ص ٥١٦ ، وعبد الفتاح عبد الباقي - التأمينات
الشخصية والمهنية - ص ٤٧١ ، ومنصور مصطفى منصور - التأمينات المهنية -
ص ١٢٢ ، والدكتور كامل مرسى - نفس المرجع ص ١٥٠ .

٢ - أن تقبل ضد الدائن الذي حل في المرتبة كل الدفع التي كانت تقبل ضد الدائن الذي كانت له هذه المرتبة ، الا اذا كان الدفع متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن في تاريخ لاحق للتزول عن المرتبة ، وهذا ايضا ظاهر (١) .

١٥٠ - الفسوق بيمين التزول عن الرهن والتزول عن مرتبته :

ويختلف التزول عن مرتبة الرهن عن التزول عن الرهن ذاته ، فالدائن المرتبه رهننا رسميا كما يجوز له التزول عن مرتبة الرهن ، يجوز له التزول عن الرهن ذاته وهذا مايجرى عليه العمل في الغالب (٢) فالدائن المرتبه رهننا رسميا يتزل عن الرهن عادة عن طريق حوالة الحق المضمون بالرهن ، فيتربط على حوالة هذا الحق أن ينتقل الحق الى المحال له ، ويتقبل معه الرهن ذاته الذي يضمن هذا الحق ، فيستفيد المحال له من الرهن بمرتبه (م ٣٠٧) من التقنين المدني المصري .
كذلك يجوز التزول عن الرهن ذاته عن طريق الوفاء مع الحلول ، فيحل الموفى محل الدائن المرتبه رهننا رسميا ، فيما له من رهن بنفس المرتبة .
وحتى يستفيد المحال له أو الموفى من مرتبة الرهن ، يجب أن يؤشر بالحوالة أو الحلول على هامش القيد الاصلى للرهن ، وقد نصت المادة ٢/١٠٥٣ مدني مصري في هذا الصدد على أنه : " لا يصح التمسك قبل الخير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر الا اذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الاصلى "

أما التزول عن مرتبة الرهن ، فهو دون ذلك ، ذلك أن الدائن المرتبه رهننا رسميا لا يتزل عن الرهن ذاته ، بل يتزل عن مرتبته فقط ، فاذا كان هو الدائن الاول ، وتزل عن مرتبة الرهن الى الدائن المرتبه الثالث ، لم يحرم الدائن الاول من حق رهنه ، ولكنه يصبح الدائن الثالث بعد الدائن الأول الذي أخذ مرتبته .

ويصح التزول عن المرتبة لا في الرهن الرسمي فحسب ، بل في حق الاختصاص ، وفي حق الرهن الحيازي وفي حقوق الامتياز ، وهذا ما يستفاد من نص المادة ٢/١٠٥٣ من التقنين المدني المصري إذ نصت على التنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر

(١) السنهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ٥١٥ . وعبد الناصر العطار - التأمينات العينية - نبرس ١١٣ - ود / جمال زكي - التأمينات الشخصية العينية - ص ٢٨٣ وجميل الشرفاوى وروسر في التأمينات الشخصية والعينية - ص ١٨٠ - ود / نعمان جمعة - الحفوق العينية - ص ١١٠ .

بعد ان ذكرت في اولها " حق مضمون يقيد (١) " والقيد يجرى على الامتيازات الخاصة على العقار .

والتنازل عن مرتبة الرهن يفترض تعدد الدائنين المرتبئين لذات العقار ، وينصيب الاتفاق على دعوة من جانب الدائن المتقدم الى دائن آخر متأخر ليحتل هذا الاخير مرتبة الاول ، كما تتعدد البواعث التي تدفع الى مثل هذا الاتفاق فقد يكون ذلك مقابل عوض معين وقد يقع بنية التبرع (٢) ، اعتمادا من الدائن المتنازل عن انتقاء مصلحته في الرهن لوجود تأمين آخر يضمن له استيفاء دينه .

والشرع حين اقر هذا الاتفاق حد من اطلاقه يقيد هام ، وهو وجود عدم الاضرار بالدائنين الذين يحتلون المراتب الوسطى ، التي تقع بين المرتبة الاولى ، والمرتبة المتأخرة (٣) ، ومثال ذلك : ان يكون ا ، ب ، ج دائنين مرتبئين ، يحتل كل منهم المرتبة الاولى والثانية والثالثة ، يجوز عند اتفاقه يتنازل ب بمقتضاها عن مرتبته الى ج ويشترط الا يقضى هذا التنازل الى الاضرار بمركز ب ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولا : لا يجوز النزول عن مرتبة الرهن الا في حدود قيمة دين المتنازل ، فلو كان دين الفجنيه ، ودين ج الفين ، فان هذا الاخير لا يحتل المرتبة الاولى الا في

(١) نفس المرجع السابق - ص ٥١٦ ، واحد سلامة - المرجع والمكان السابقين والدكتور كامل مرسى - المرجع السابق - ص ١٥٠ ، وقد قضت محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ١١ ابريل سنة ١٩٦٩ (مجموعة احكام النقض ص ٢٠ ع ١ رقم ٤٨ ص ٣٠٣) : بأنه مستحق كان الدائن المرتب قد تسلم الاطيان المرهونه ا ، وظلت في حيازته ، وكان هو الذي يتخلل عن حيازة هذه الاطيان باختياره فانه يكون هو المسئول وحده عن اضعاف التأمينات .

(٢) دكتور شمس الدين الوكيل - نظرية التأمينات - ص ٣٠٨ ، وقارن السهموري الوسيط ج ١٠ ص ٥١٦ حيث يقرر : " أن الدائن المرتب رهننا رسميا لا يتزلزل عنه عن مرتبة رهنه الا اذا كان هناك سبب يدعيه له للنزول عن هذه المرتبة والاكتفاء بمرتبة أقل ، فهو لا يتزلزل عن مرتبته على سبيل التبرع ودون ان يتقاضى عوضا " .

(٣) دكتور سليمان مرقس - في التأمينات المعهنة - ص ١١٧ ، والدكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٣٠٩ .

حدود مبلغ الففقط ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يبيح إلى مركز الدائن صاحب المرتبة الوسطى .

وغنى عن البيان أنه لو كان دين المتنازل مساويا لدين المتنازل له لم توجد صعوبة في المسألة ، وارتفع المتنازل به بجميع دينه إلى مرتبة المتنازل (١) .

ثانياً : يحق للدائن المتوسط بغير أن يتمسك في مواجهة المتنازل له بكافة الدفوع التي كان من حقه أن يحتج بها في مواجهة المتنازل لأن المتنازل ، إنما تنازل مخضعا تنازله لجميع الدفوع التي كانت تتجه ضد (٢) .

فيجوز لهذا الدائن التالي في المرتبة أن يدفع هذا الدين المتنازل عن مرتبته بأنه دين باطل لعدم مشوعية السبب أو لانعدام الرضا ، أو بأنه دين قابل للإبطال لنقص الأهلية أو لمعيب الرضا ، ويجوز الدفع بانقضاء الدين للوفاء به أو لتجديده أو للمقاصة أو للإبراء أو للتقادم أو لغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام .

كما يجوز الدفع بأن الرهن هو الباطل مع صحة الدين ، أو بأن الرهن قابل للإبطال وقد أبطل أو بأن الرهن قد انقضى بالتزول عنه أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء دون أن ينقض الدين ، كما يجوز الدفع بأن القيد باطل أو أنه قد زال لأي سبب من أسباب الزوال (٣) .

وقد استثنى القانون من ذلك الدفع المتصل بانقضاء دين المتنازل إذا عوارف سببه في تاريخ لاحق عن التنازل عن مرتبة الرهن ، إذ أن الدائن المتأخر إذ يحتل المرتبة الأولى يتكسب حقا عليها ، ولا يجوز التمسك قبله بأسباب انقضاء لاحق أصابت دين المتنازل (٤) .

(١) السنيهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ٥١٨ .

(٢) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) السنيهوري - المرجع السابق - ص ٥١٩ هامش (١) .

(٤) دكتور شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٣١٠ ، ودكتور عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق - ص ٤٨٢ ، دكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٦٦ ، ودكتور أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٣٤ وما بعد ها .

واخيرا يستفاد من المادة ١٠٥٦ مدنى مصرى ان التنازل عن مرتبة القيد
لمصلحة دائن آخر لا يمسرى فى مواجهة الغير الا اذا حصل التأشير فى هامش
القيد الصلى .

١٥١ - ثالثا: تقييد مبدأ أسبقية القيد بانتقاء الغش:

قد يحدث ان يقرر المدين اكثر من تأمين عينى على عقار معين من عقاراته ولاقتدار
اية صعوبات حيث يقوم كل دائن بقيد رهنه حسب المجرى العادى للامور
فيتقدم منهم من كان اسبق فى القيد حتى ولو كان تاريخ دينه لاحقا على تواريخ
الديون الاخرى ، وحتى لو علم يقيناً ان هناك رهونا اخرى قد أنشأها
المدين ، ولكنها لم تقيد بعد فتزاحم ارباب الرهون يحل على اسباب اسبقية
القيد فقط .

الا ان المدين قد يتواطأ مع المرتهن الثانى ويمكسه من ان يقيد رهنه قبل ان
يمكن الاول من هذا القيد ، وبالتالي يتوصل الى الاضرار بهذا الاخير وحينئذ
هل تظل قاعدة اسبقية القيد ام تسقط جزاء هذا الغش ؟ وقد ينطوى الامر
فى بعض الحالات على سوتية من الدائن الذى اكتشف تأميننا لاحقا ، ولا يبيح
الا ان يتدخل المشرع لمواجهة مثل تلك التصرفات اذا ثبت سوتية على وجه
اليقين ، وحينئذ تهدم قاعدة اسبقية القيد ، وذلك كما تدخل المشرع بالمادة
١٠٨٥ / ١ مدنى مصرى ، وهدم القاعدة مع صاحب حق الاختصاص الذى يزاحم
المرتهن بالمبدأ عن سوء نية (١) .

وسن هذا التصرف قد يقابل من الدائن الضرر ، بما يقابل بماى اجراء يخل
بسلامة الرهن واضعاف التأمين من طلب تطبيق الجزاءات المناسبة ، الا ان تلك
الجزاءات قد لا تحقق لهذا الدائن ما يفيى من مصلحة ويبقى البحث عن توقيع
الجزاء المناسبة ضروريا .

عرضت المسألة على القضاء الفرنسى بخصوص اسبقية فى التسجيل وبالرغم من ان
قانون الشهر هناك لم يورد فى نصوصه اى تحفظ بالنسبة لتفضيل الاسبقية فى
التسجيل .

(١) د / أحمد سلامة - نفس المرجع - ص ٤٢٩ هامش (١) دود / شمس الدين
الوكيل - المرجع السابق ص ٣٠٥ د / عبد المنعم البدر اوى - التأمينات الشخصية
والعينية - ص ١٥٦ د / لبيب شنب - السابق فقرة ٨٨ .

الا أن القضاء قد قيد هذه الاسبغية تطبيقها لقاعدة أن الغش يبطل التصرفات

Fraus omnia Corruptit.

وقضى بالالوية لمن سجل متأخرا متى ثبت أن المتقدم في التسجيل قد ارتكب غشا هيا له هذه الاسبغية (١).

وما قرره القضاء الفرنسي بالنسبة لأسبقية التسجيل يصلح بالنسبة لاسبغية القيد ، فالحكمة واحدة وقاعدة الغش يبطل كل التصرفات ولجبة التطبيق ولو لم يجرمها نص لانها من المبادئ العامة التي تحكم التنظيم القانوني للجماعة (٢) . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الغش يبطل التصرفات قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجرمها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية وإنسانية في محاربة الغش والخدعة والانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فسي المعاهدات والتصرفات والاجراءات عموما صيانة لصلحة الافراد والجماعات فإذا كان الحكم قد أتمد على هذه القاعدة في قضائه يبطلان رسو الزاد فإنه لا يكون قد خالف القانون (٣) .

١٥٢ - ونعتقد مع بعض الفقهاء أنه بالرغم من أن هذا الحكم قد قرر أن للقاضي سلطة تامة في استخلاص عناصر الغش من وقتها مع الدعوى وتقرير ما يثبت هذا الغش وما لا يثبت دون رقابة من محكمة النقض في ذلك مادامت الوقائع تسمح له بذلك فان الغش في القيد لا يعني فقط سوء النية ، وإنما يعني التدليس (٤) . وبناء على ما تقدم إذا ثبت أن من سبق في القيد لم يسبق الا أنه قد أتى بمساعدة الراهن ، من الحيل والخدعة تاممته من هذه الاسبغية فإن الدائن المتأخر في المرتبة يعتبر أنه الاسبق وتهدم قاعدة اسبقية القيد لصالحه جزاء وفانا لما أتاه الاول من تدليس أضربه (٥) ، وعلى هذا النحو تتحدد مراتب الالوية في القانون .

(١) راجع قضية مدنية في ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٨ : D. 1859/1/184.

وقضية ٢٧ نوفمبر ١٨٩٣. D. 1891/1/343. ٦٥ أبريل ١٩٢٥ ٧٥ ديسمبر ١٩٢٥

D. 1926/1/185 ١٠ مايو ١٩٤٩ . D. 1949/ 1 / 277.

(٢) Marty et Raynaud, OP. Cit., P. 218, N° 126.

(٣) أنظر : نقض مدني في ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ (مجموعة أحكام النقض ص ٨٥٦ رقم ١٣٨)

ونقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٥٦ (مجموعة أحكام النقض ص ٧٤١ رقم ٢٣)

(٤) د مر أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٣٧ .

(٥) نفس المرجع والمكان السابقين . وراجع : محمد لبيب شبيب - المرجع والمكان

السابقين وعبد الناصر الطار - السابقين - ص ١١٧ .

١٥٣ - مراتب الاولوية في الشريعة الاسلاميية :

مراتب الدين في الشريعة ليست كلها ، بمنزلة واحدة بل تختلف هذه المنزلة نسي القوة ، بما يجعل بعضها أقوى من بعض ، وبالتالي يقدم الدين الاقوى نسي الاخراج من مال الدين ثم الذي يليه في القوة وهكذا .

ومرتبة الدين هي درجته ، التي يقرها له الشارع وفقا لتقدير المصلحة الجديدة بالحماية من تقرير الاولوية وقد رأينا انها تقوم على أساس قوى يرمي الى حماية مصالح أعتبرها الشارع ، وتجعل الدين جديرا بالتقدم في الاستيفاء .

وأذا تتبعنا الدين من ناحية مراتبها في الاولوية لوجدنا أن مرتبة الدين في اولوية الاستيفاء تتحدد وفقا لما ورد عن الشارع من نصوص في الكتاب والسنة .

وفي هذا الصدد ورد قول الله تعالى " من بعد وصية يوصي بها أو دين " (١) ، حيث تتضمن هذه الآية الكريمة تحديدا لمراتب الدين في الاستيفاء ، حيث يتقدم الدين على الوصية والميراث كما تتقدم الوصية على الميراث وتقدم الدين على الوصية وان كان غير ظاهر من نص الآية لأن الاجماع قد استقر عليه على نحو ما سلكنا ^(٢) هب فقهاء الحنابلة والشيعة الزيدية الى أن التجهيز أي تجهيز الميت يقدم على الدين وأنه أول ما يهدأ باستيفائه من تركته يقول صاحب الشرح الكبير " وإذا مات الميت بديء بتكفينه وتجهيزه مدم ما على سواء كما يقدم المفلس بنفقة على ما سواه ثم تقضى ديونه " (٣) .

ونسد ورد في البحر الزخار : " يقدم كفن الميت وتجهيزه على دينه ان أستثنى له في حياته فكذا بعد ها " (٤) .

ويستفاد من رأى الحنابلة والزيدية أن تجهيز الميت وتكفينه يقدم في الاستيفاء من تركه الميت على ما سواه ، فإذا تراحم التجهيز مع الدين وكانت أموال الميت لا تكفي لسدادها مسعا يقدم التجهيز على الدين . لان مرتبته اقوى من الدين .

(١) النساء - آية : ١١ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني - ج٦ ص ٥٢ ما بعد ها .

(٣) الشرح الكبير مع المثنى - ج٧ ص ٤ .

(٤) البحر الزخار - ج٥ ص ٣٣٩ .

كما ورد حديث النبي صلى الله عليه وسلم " فيما رواه ابو هريره " أنه قال رجل يارسول الله عندى دينار قال نفقة على نفسك قال عندى آخر قال أنفقه على أهلك قال عندى آخر قال أنفقه على ولدك قال عندى آخر قال أنفقه على خادمك قال عندى آخر قال أنت به أبصر " (١)

فهذا الحديث يفيد فى أجماله أن الدين المتعلق بحفظ نفس المنفق ونفس من يعول يقدم على ما سواه كما يفيد فى تفصيله تقديم مرتبة الدين المتعلق بمصلحة حفظ النفس على مرتبة الدين المتعلق بحق الزوجة وتقديم مرتبة الأخير على مرتبة الدين المتعلق بنفقة الولد ثم الخادم وهكذا تختلف مراتب الديون وفقاً لنص الحديث اعتباراً لترجيح بعض المصالح على بعضها الآخر من جهة الشارع كما ورد حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أذرك ماله بعينة عند رجل قد أنلس فهو أحق به من غيره " (٢) .

فقد بين الحديث مرتبة الدين المتعلق بعين صاحب المال فتقدم على مرتبة ما سواه من الديون وقد ورد فى المختار: " بيداً من تركه الميت بتجهيزه يعم التكنين من غير تقييد ولا تبدير ككفن السنة أو قدر ما كان يلبسه فى حياته ثم تقدم ديونه التى لها مطالب من العياد ويقدم دين الصحة على دين المرض أن جهل سببه " (٣)

١٥٤ - أسس تحديد مرتبة الأولوية فى الشريعة الإسلامية :

وعلى ضوء تلك النصوص يمكن القول أن تحديد مرتبة الأولوية فى الفقه الإسلامى تتحدد وفقاً للأسس الآتية :

أولاً : أن مرتبة الأولوية تتحدد وفقاً لنص الشارع الذى يحدد منزلة الدين فى الاستيفاء إذا تراخى مع غيره من الديون وهذا النص قد يكون من كتاب الله أو من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، كما رأينا فى الأحاديث السابقة وكما فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " فدين الله أحق بالقضاء " (٤) .

(١) رواه أبو عبيد - فى الأموال ص ٦٦٤ وما بعد ها وراجع نيل الأوطار ج٦ ص ٣٦

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ج٥ ص ٢٤٢ وسبل السلام للصنعانى ج٣ ص ٥٣ والسنن

الكبرى للبيهقى ج٦ ص ٤٥ والجواهر النقى عليه نفس المكان السابق

(٣) الد المختار - مع حاشية الطحاوى عليه ج٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧

(٤) شرح الجلال المحلى - على المنهاج ج٢ ص ٤١

فهذا الحديث يحدد مرتبة دين الله ويجعلها في درجة تقدم بها على ديون العباد .

فتحديد مرتبة الدين في الفقه الاسلامي لا بد أن تقوم مستندة على مصادر الشريعة من الكتاب والسنة كما أن تحديد مرتبة الدين قد تستند إلى الاجماع والاجتهاد مع الكتاب والسنة ، ولذلك على نحو ما رأينا .

ثانياً : أن تحديد مرتبة الدين في الفقه الاسلامي تقوم على حكمة حاصلها تقديم الدين المتعلق بحفظ مصلحة جديرة بالحماية ، وقد يميز على العكس أن يفهم جانب تلك الحكمة .

ثالثاً : إذا كانت أموال الدين تكفي لسداد الديون جميعاً فإن أولوية الاستيفاء فيها تتحدد مرتبتها على نحو ما رأينا ، وعلى هذا النحو يبدأ بسداد الدين المقدم فإذا استوفى يسدد الدين الذي يليه ثم الذي يليه وهكذا حتى تسدد جميع الديون .

فإذا كانت أموال الدين تكفي لسداد بعض الديون دون البعض الآخر ، فإنه يبدأ بسداد الدين المتقدم أولاً ثم الذي يليه حتى ولو بقيت بعض الديون ذات الأولوية دون السداد ، وبالتالي فلا تتحقق المزاخمة بين دينين مختلفين في قوة المرتبة ، فالديون العينية لا تتزاحم مع الديون الشخصية لأن مرتبة الأولى مقدمة على الثانية ، ولا يتزاحم حق الله مع حق العبد على رأى من يرى تقدم ديون الله على ديون العباد ، وعلى نحو ما سنرى .

رابعاً : إذا تحددت الديون في المرتبة وكانت أموال الدين لا تكفي لسدادها فإن الديون ذات المرتبة الواحدة تستوفى نسبتها من مال الدين بعد تسمة نسمة غراماً وعلى هذا النحو يقرر الطحاوى في حاشيته: أن تجهيز من يلزم الميت نفقته يأخذ نفس مرتبة تجهيز الميت حيث يقول: " من يلزمه تجهيزه له حكمة كولد مات قبله ولو بلحظة وكزوجة ولو غصبيته على المعتمد" (١) .

(١) حاشية الطحاوى على الدر المختار... ج ٤ ص ٣٦٧ وقد نصت على ذلك

المادة الرابعة من قانون الموارث ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

ويقرر هذا المعنى الشافعية في قولهم عند مزاحمة حق الله لحق العبد فانهما يستويان في القوة وحينئذ يوزع المال عليهما • يقول الجلال المحلى : لو اجتمع زكاة ودين آدمى في تركة فان مات قبل اداء الزكاة قدمت بما لدين الله ، وفي حديث الصحيحين قد يسئ الله احقيا لقضاء وفي قولهم يستويان فيوزع المال عليهما لان الزكاة تعود فائدتها الى الادميين ايضا (١) .

ويقول قليوبي : وكالزكاة كل حق لله تعالى كالنذر والكفارة وجزاء الصيد والحج (٢) وعند الحنابلة يقرر صاحب الشرح الكبير : ان من عليه الزكاة اذا مات اخذت من تركته ولم تسقط بوفاته وهذا قول عطاء الحسن والزهرى وقتادة ومالك والشافعي واسحاق وابي ثور وابن المنذر لانهما حق تصح الوصية به .

فلم تسقط بالبوتك بين الادميين وعلى هذا اذا كان عليه دين وضاف ماله عن الدين والزكاة اقتسوا ماله بالحصص كما بين الادميين اذا ضاق عنها المال (٣) .

وعند فقهاء الحنفية : اذا اجتمعت الوصايا ولم يكن هناك سبيلتقد يم احداها على الاخرى فانها تراحم على الثلث وتستوفى منه بنسبتها ، اذا لم يرض الورثة ان تتجاوز ، يقول الكاساني : " اذا كانت الوصايا كلها للميت فانه لا تخلو من احد وجهين : اما ان كانت كلها في الثلث لم تتجاوز واحدة منها قدر الثلث ، واما ان جاوزت فان لم تتجاوز باكثر من اوصى لانه ان يثلث ماله ولا يخلو الربع ولا يخر بالسدس فانهم يتضاربون في الثلث بقدر حقوقهم ، فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث ، فيضرب كل واحد منهم بقدر فرضته من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض " (٤) .

(١) شرح الجلال المحلى على المنهاج - ج ٢ ص ٤١ .

(٢) حاشية قليوبي على شرح الجلال المحلى - نفس المكان السابق .

(٣) الشرح الكبير - مع المغنى ج ٢ ص ٤٦٦ وما بعد ها .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني - ج ٢ ص ٣٧٣ .

يقول الكاساني: ذلك بان عدم تقديم البعض على البعض لعدم وجود المرجح ولان الوصايا كلها استوت في سبب الاستحقاق لان سبب استحقاق لكل واحد منهم مثل سبب صاحبه والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم (١) .

وعلى هذا فاذا وجد ما يوجب تقديم احد الوصايا على الاخرى فانها تقدم وقد عبر ابن عابدين عن ذلك بقوله: " اعلم ان الوصايا اما ان تكون كلها لله تعالى او للعباد او يجمع بينهما وان اعتبار التقديم مخص بحقوقه تعالى لكون صاحب الحق واحدا واما اذا تعدد فلا يعتبره فما للعباد خاصة لا يعتبر فيه التقديم كما لو اوصى بثلثة لانسان ثم به لاخر الا ان ينص على التقديم وبالله تعالى فان كان كله فرائض كالزكاة والحج او واجبات كالكفارات والسندور وصدقة الفطر او تطوعات كالحج التطوع والصدقة للفقراء يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض ثم بالواجبات فان تساوت ففى الفريضة وغيرها قدم ما قدمه الميت (٢) وهكذا اذا وجد ما يوجب تقديم الوصايا فانها تقدم على بعضها ولا تزاحم كما رأينا .

وعند المالكية يقرر ابن رشد: من مات ولم يؤد الزكاة فان اوصى بها فانها تخرج من الثلث وتزاحم الوصايا يقول ابن رشد: " واذا وجبت الزكاة فمات وكان قد اوصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عند من الثلث (٣) .

وهكذا نرى ان الديون اذا تعددت وكانت مرتبتها واحدة فانها تتزاحم في الاستيفاء من مال المدين الموجود اذا كان لا يكتفى الديون ذات الاولوية كلها على نحو ما رأينا وتقسم بنسبتها .

١٥٥ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بمراعاة الاولوية نجد الاتى :
اولا : يقرر القانون ان مرتبة الاولوية تتحدد وفقا للنص التشريعى الذى يتولى تنظيمها والنظير الاول لتحديد المرتبة هو الرجوع الى النص لانه الاصل فى هذا التحديد ومسح نص القانون لا يكون للارادة دور فى تحديد مرتبة الدين .

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ ص ٤٣٧ وبيدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧٢ .

(٣) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٣٣١ وما بعدها وراجع شرح منح الجليل ج ١ ص ٣٤١ .

وقد رأينا من خلال ما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية أن تحديد مرتبة الدين تستند الى مصدر يحدد ماهيتها . وان هذا المصدر قد يكون هو الكتاب أو السنة أو الاجماع .

هذا مع الاخذ في الاعتبار أن للارادة في تقرير الاولوية أصلا دورا محدودا يتمثل في كونها سببا جعليا يرتب الشارع عليه أحكامه في نطاق ما أمر به أو ورد دليل بمشروعيته .

وفي حدود القدر الذي تسمح به الشريعة الاسلامية لدور الارادة يبقى مصدر تحديد مرتبة الاولوية في تلك الحالة هو نص من الكتاب والسنة والاجماع في الشريعة الاسلامية .

ثانيا : يقدر القانون أن تحديد مرتبة الاولوية الخاصة المقررة على العقارات في الامتياز والرهن يخضع لنظام الشهر عن طريق القيد في سجلات خاصة ينظمها قانون الشهر العقاري وان الاولوية في هذه الحالة تتحدد وفقا لاسبقية القيد وتحديد المرتبة بالقيد اجراء شكلي ينفذ الى الجوهر ويلمب دورا فعلا في تحديد مرتبة الاولوية ولا يوجد في الشريعة الاسلامية مثل هذا النظام لتحديد مرتبة الاولوية لان الارادة وحدها هي سبب الالتزام وان مصدر الالتزام هو نص الشارع وقد تكفل بأحكام التصرفات وترتيب آثارها ، ولا يحل المال الا بالتراضي وبالتالي فلا حاجة الى القيد ولا فرق في الشريعة بين الاولوية على العقار والمنقول حيث تجعها معا في نظر الشارع حكمة واحدة هي حفظ المال وقد اقترب القانون من الشريعة الاسلامية حين قرر أن الاولوية العامة المقررة على العقار والمنقول لاتخضع لنظام الشهر على اعتبار أن حق الدائنين لا يتركز في مال معين بالذات وانما يظهر حق الاولوية عند التنفيذ على أموال المدين .

ثالثا : يتفق القانون مع الشريعة الاسلامية في أن مرتبة الديون إذا كانت مختلفة في القوة فأن المزاحمة لاتنفع بينهما ، وانما يبدأ أولا باستيفاء الدين الانسوى ثم الذي يليه اذا كانت أموال المدين لا تكفي لسداد جميع الديون .

رابعاً : إذا كانت أموال المدين لا تكفي لسداد جميع الديون ذات الأولوية وكانت الديون متعددة وفي مرتبة واحدة ، فإنها تنقسم أموال المدين تنسباً غريباً ، فلو تعددت ديون من مرتبة واحدة كطلو تعدد الموصى لهم ، أو تعدد من يستحقون التجهيز من تركة الميت وكانت أمواله لا تكفي إلا للتجهيز فإن ما تركه يقتصر على هذا الجانب ، وهذا المعنى يقترب فيه رأى القانون مع الشريعة الإسلامية .

خامساً : يميز القانون بالنسبة للدائن المزود بالأولوية أن يتنازل عن مرتبته إلى دائن آخر يليه في الأفضلية ، كما يجوز له أن يتنازل عن حق الأولوية كله حين يكون ناشئاً عن رهن رسمى .

وقد رأينا من خلال بيان حكم الأولوية في الشريعة الإسلامية أنها جائزة

وبالتالي يجوز النزول عنها لأنها حق يملك صاحبه استأطه وكما يجوز النزول عن حق الأولوية ، يجوز النزول عن مرتبتها من باب أولى ، وبذلك يقترب حكم القانون من حكم الشريعة في تلك المسألة وبهذا يظهر جانب الغرسة بينهما .

الباب الثاني
نطاق الأولوية وحدودها

١٥٦ - يهدف الدائن من تقريره بالأولوية على المال ، الى غاية أساسية يقررها له القانون وتتمثل في استيفاء دينه بالتقدم على غيره من الدائنين بحسب مرتبة دينه التي يخولها له قيد اجراء او نص قانون او اتفاق ، وفي كل الاحوال يستم هذا الاستيفاء بالتقدم على سائر الدائنين العاديين ، وهذا ما يسمى بحقوق الأولوية او الافضلية او التقدم ، وقد يحدث حين يفتح طريق التنفيذ اسماء الدائن المزود بالأولوية ان يكون المال المثقل بها قد خرج من ذمة المدين فلم يعد مملوكا له كما يحدث ان يكون حق آخر من الحقوق المخفوعة على الملكية والتي يجوز التصرف فيها استقلالاً هو الذي خرج^(١) ، وحينئذ تعترض الدائن عقبة لا يتمكن معها من التنفيذ بحقه على المال ، ويكون من الواجب والحال كذلك ان ينفذ على المال المثقل بالأولوية بين يدي من آلت اليه الملكية او اي حقيق آخر متفرع عليها وهذا ما يسمى بحق التتبع ، او التنفيذ على المال في اي يسه يكون ، وعلى هذا فالالتبع يعتبر امتداداً للتقدم وحماية له^(٢) .

فالتقدم والتتبع يمثلان نطاق الأولوية المقررة على المال المثقل بها ، ولما كانت الأولوية تقوم مستندة على اسبابها التي حددها القانون فان ما يجري على تلك الاسباب يجري عليها ، كما ان نطاق الأولوية على المنقول مثلا ورغم تطور النظرة اليه في الفقه الحديث يتأثر الى حد كبير بحيازة ذلك المنقول ، حيث تعتبر الحيازة عقبة تحول دون ممارسة الأولوية عليه^(٣) ، كما تنتهي الأولوية بانتهاء اسبابها او تحقيق الغاية من ورائها وسوف نقسم هذا الباب الى قسمين نبيين في اولسهما نطاق الأولوية وفي الثاني حدودها وذلك في كل من الشريعة والقانون .

(١) دكتور احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣١٤ ودكتور نعمان جيه - التامنيات العينية - ص ٢٤٥ ودكتور جميل الشرفاوي - دروس في التامنيات الشخصية والمعنوية - ص ٢٣٣ طبعة ١٩٧٦

(٢) Planiol, Ripert et Becquê, OP. Cit., T. 12, P.372,

P. 328., Marty et Raynaud, OP. Cit., N^o, 8, P.5.

Morty et Raynaud, OP. Cit., P. 82, n.138. (٣)

١٥٧ - التقدم والتتبع يمثلان معا نطاق الاولوية ، والتقدم وان كان غاية في ذاته الا ان التتبع خادم له (١) ، حيث يناط به ازالة العقبات القانونية التي تعترض سبيله ، ونظر للاختلاف الواضح بين طبيعة التقدم والتتبع ، وسناتممارسة كل منهما . فقد درج فقه القانون على بيان الفرق بينهما ومدى التزامه بكل منهما .

١ - لما عن الفرق الاول فأمره واضح تكشف عنه التسمية ذاتها ، لان التتبع يفترض خروج المال من يد المدين خروجا لا يحتج به على الدائن المزيد بالاولوية ويمكن من ثم لهذا الاخير ان يتعقب المال بين يدي من آل اليه ونتيجة لهذا التعقب يستوفى حقه بالتقدم من المبلغ الذي يهرضه الحائز او من ثمن العقار بمجرد بيعه بالمزاد ، اما اذا بقي المال في يد المدين فان الدائن لا يتتبع المال بل يحجز عليه بين يدي المدين ويستوفى حقه من ثمنه ، وهكذا سواء خرج المال ام بقى في يد الراهن فان التقدم يقع .

ويبدو ان الفرق بين التتبع والتقدم يتأسس على الهدف الذي يرسيه كل منهما فالاول يحسن الدائن من خروج المال من ذمة مدينه ، فاذا لم يخرج لما كان هنالك هدف يتحرك من أجله ، واما الثاني فيحوى الدائن من مزاحمة غيره من الدائنين وهي تتحقق سواء خرج المال من يد المدين او بقى فيها .

٢ - واما الفرق الثاني فيبدو فيه الخروج على حكم القلعة العملة فلئن انبسط كل من التتبع والتقدم عن مصدر واحد هو الحق المعيني الذي تم قيده ولئن عسائت كل منهما معيشة واحدة ولقيا مصيرا واحدا الا انه قد يتفق ان يتفصل علسي ان هذا الانفصال يكون مبتورا ، بمعنى انه لا يتصور ان يبقى التتبع ولا يتسقى التقدم . ان حينئذ لن يكون للتأمين هدف يحققه ، والا فما

قيمة التمتع دون التقدم^(١) وبالعكس قد يتصور ان يبقى التقدم مع زوال التمتع او امتناعه ، فحينئذ يتحقق الهدف الاساسى للتأمين وهذا البقاء المنفرد للتقدم امر يملك المشرع تقريره بنص صريح ، وذلك كما قرره في نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة ، اذا التمتع يتنافى مع الحكمة التي تقرر النزاع لها^(٢) وكما لو بيع العقار المثقل بالأولوية بالمزاد العلني جبرا ورسا هزاده على شخص معين او كان العقار المثقل مما يدخل في القدر الزائد عن الحد الاقصى للملكية الفردية ووزع على صغار المزارعين (مادة ٧ من قانون الاصلاح الزراعي)^(٣) ، ففي كل هذه الاحوال لا يستطيع الدائن تتبع العقار ، ولا تعتبر الدولة او من رسي عليه المزداد او الموزع عليه حائزا ومن ثم لا يبقى امام الدائن الا التعويض بالثمن^(٤) .

وان كان بقاء التقدم منفردا امرا يملكه المشرع وقد قرره فعلا في القانون اعدني المصري^(٥) ، وفي بعض القوانين الخاصة على نحو ما رأينا ، فان التمتع قد يعتنع لامر آخر غير القانون كما لو احترق المال او بيعت ملحقات العقار ، حيث لا يمكن ممارسة التمتع^(٦) والقول ببقاء التقدم وحده لن يكون مستهجننا اذا لم يرد به نص يشرط ان يأتي بعد كثير من التأمل^(٧) ، وقد قيل بزوال حق التمتع وبقاء التقدم وحده في كل الصور التي يودع فيها الحائز ثمن بيع العقار بالمزاد في خزانة المحكمة عند رسو المزداد عليه او اذا عرض مبلغا يمثل قيمة العقار ولم يعارض احد من الدائنين في عرضه ثم اودع المبلغ المعروض في خزانة المحكمة

(١) دكتور احمد سلامة - نفس المرجع - ص ٤١٠ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٣٢١ هامش (٤) .

(٣) Planiol Ripert et Becquê, OP. Cit., P.438 .

(٤) Boudant et Voirin, OP. Cit., P.302.

ودكتور احمد سلامة - نفس المرجع - ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٥) وردت طائفة من هذه النصوص في باب الرهن الرسمى (المادتين ١٠٣٨ ،

١٠٤٩) وردت طائفة اخرى خارج هذا الباب (المادتين ٤٧ ، ١/١٧٦) هدى .

(٦) Mazeaud et Chabas, OP. Cit., P.479.

(٧) دكتور احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤١٧ .

او اذا قضى الدين بأن اودع خزانة المحكمة جميع الدين التي يضمنها العقار
المثقل بالاولوية (١) ، وبامعان النظر في كل هذه الصور يتبين ان التتبع ينقض
مع انقضاء التقدم ، وان انقضاء الاثنتين يرجع الى انقضاء الرهن في حد ذاته
اذ المسلم ان تطهير العقار هنا لا يكون الا بعد توزيع الثمن على الدائنين
حسب مراتبهم ، بحيث اذا لم يكن هناك شيء من ذلك كان للدائن ان يتتبع
العقار وان يبيعه لما حيث يوزع الثمن على الدائنين فان التأمين ينقض لانقضاء
الدين (٢)

وقد انتهى الاستاذان " بودري لاكتنري ودي لوان " من دراسة تلك
العلاقة وخلصا الى وضع معيارين هتاد هما ، ان التقدم يبقى بمعد زوال
التتبع في كل مرة لا يتوقف فيها حفظ الاول على اجراء شهر كما هو ضروري لحفظ
الثاني (٣) ، اما حيث يتطلب القانون ضرورة الشهر بالنسبة للتأمين فان سلطة التقدم
تزول اذا لم يمكن استعمال سلطة التتبع (٤) .
فاذا سكت المشرع بالنسبة لتأمين معين فسر سكوتة على ان يخضعه القاعدة

(١) دكتور شمس الوكيل - نفس المرجع ص ٣٢٢ .

Baudry, Laccantnerie et de loynes, OP. Cit., P. 479. (٢)

Baudry, lacantnerie et de loynes, OP. Cit., n. 2229. (٣)

"Ladroit de préférence survit au droit de Suite Touts les
fois que la Conservation du Pnemiér nést pas Subor donnée
à une inscription indis Pensable Pour la Conservation du
Secod"

(٤) المرجع السابق - فقرة ٢٢٢٢ .

"Lorsque l'efficacité du Privilege ou de l'hypothèque est
Subordonnée a la Condition d'une inscription l'impossibil-
ité ou Se Trouve le Créancier de remplir Cette Formalité
quant au droit de Suite entraîne la port du droit de pre-
ferancé".

وجوب الشهر فاذا لم يشهر لم يكن لصاحبه لا التقدم ولا التمتع (١).

ونظرا لاختلاف طبيعة كل من التقدم والتمتع على النحو الواضح في فقه القانون
ولتشعب المسائل فيهما في كل من الشريعة والقانون فاننى سوف اورد لكل منهما
مبحثا خلاصا .

(١) دكتور احمد سلامة - نفس المرجع - ص ٤١٨ .

المبحث الاول
حسب التقديم
DROIT DE PREFERANCE .

١٥٨ - يعتبر التقديم في حد ذاته هو السلطة الاساسية التي يتوخاها الدائن عند تقرير سبب الاولوية لدينه ، وتلك السلطة هي التي تؤمنه ضد خطر افسار مدينه كما تجنسه المخاطر التي قد تنجم عن خضوعه لقاعدة المساواة بين غيريه من الدائنين في الضمان العام (١) .

وهو يرد على المال المحمل بالاولوية ، فيتعلق بثمنه كما يرد بصفة احتياطية على كل مبلغ قد يستحق للدائن المزود بالاولوية مقابل ما قرر عليه كالحققات المال وتوابعه او بتعبير آخر يتقرر التقديم على الكيان الاقتصادي للمال ويمتد الى كل ترجمة نقدية لقيمته (٢) .

ولا تثار مشكلة بالنسبة لتراحم الدائن المزود بالاولوية مع دائن عادي حيث يقدم الاول على الثاني ، ولكن ممارسة التقديم على مال المدين قد يسفر عن تنازع عدد من الدائنين المزودين بالاولوية انفسهم ، وقد ينطوي ذلك على كثير من المشاكل التي لا يحسمها الا اللجوء الى القضاء فيترتب على ذلك البطء في اجراءات التوزيع ، بلاضافة الى نفاذ التقاضي (٣) .

وتلافيا لمثل تلك المشاكل فقد وضع المشرع الفرنسي تنظيمها لمعالجة هذا التنازع بموجب مرسوم اول مارس سنة ١٩٦٧ ، الخاص بتموية المنازعات على المال الذي يتنازع ثمنه اكثر من دائن مزود بالاولوية امام قاض مخصوص يعبرف " بقاضي الترتيب " " Le Juge des Ordres, " او قاضي التنظيم (٤) ، وهذا المرسوم صادر رسنا على المادة ٧٤٩ وما بعد ها

(١) دكتور شفيق شحاته - نظرية التأمين المعيني - ص ٢٣ ، ودكتور شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٥٨١ .

(٢) دكتور شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٨٢ و ٧٧ ، ودكتور حسن كيرة -

الملكية - ص ١٤ ، وما بعد ها ، مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٨٩ .
(٣) Mazeaud et Chabas, OP. Cit., P. 444, n. 446 .

(٤) Mazeaud et Chabas, OP. Cit., P. 444, n. 446 .

من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي (١) .

ووفقا لذلك المرسوم يجوز للدائنين الذين يتزاحمون على ثمن المال أن يتفقوا فيما بينهم بالاجماع على توزيع الثمن (٢) والا كان عليهم ان يرفعوا دعاواهم ، امام هذا القاضي الذي يعين من قبل رئيس محكمة الاستئناف الاول (٣) ، وعلى كل دائن صاحب اولوية ، وكان دينه مسجلا أن يتقدم للتنفيذ في مهلة يحددها القاضي (وفقا للمادة ١٩١ فقرة ٤ من مرسوم أول مارس سنة ١٩٦٧ ، ويتولى القاضي خلال تلك المدة تسوية الديون المتنازعة على نحو مؤقت ، ليتمكن جميع الدائنين حتى اللاحقين منهم من المعارضة في تلك التسوية امام القاضي ، وبعد أن تنتهي المعارضات ينطق القاضي بحكم الترتيب ولا يقوم بالتسوية النهائية للنزاع ، وبعد هذا الحكم يصرف الحاجب الاوراق للدائنين الحاضرين الذين سيتسلمون الثمن ، ويستطيع كل منهم أن يستخرج صورة من حكم القاضي بمرتبة دينه لينفذ به (٤) .

١٥٩ - وفقا لقواعد تحديد مرتبة الاولوية فان التزاحم اذا حدث بين دائنين مرتبهين رهنا رسميا تكون العبارة فيه اسبقية القيد (٥) وكذلك الامران اذا حدث التزاحم بين الرهن الرسمى واى تأمين عقارى خاص (٦) واذا حدث التزاحم بين رهن رسمى وامتياز عام على

(١) Marty et Raynaud, OP. Cit., P. 185, n. 295 .

(٢) Mazeaud et Chabas, OP. Cit., n. 446.

(٣) المرجع والمكان السابقين .

(٤) Mazeaud et Chabas, OP. Cit., P. 444

(٥) انظر ماتقدم ، فقرة ١٤٤ .

(٦) السنهورى الوسيط - ج ١٠ ص ٥٠١ وشمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٣٠٤

وراجع: Mazeaud et Chabas, OP. Cit., P. 446, n. 449.

عقار أو منقول قدم الامتياز العام حيث لا حاجة فيه الى الفيد (١) واذا تراحم دائنون مرتهنون رهنا حيازيا قدم الاسبق فيهما في التاريخ مع انتقال حيازة المال اليه أو الى عدل (٢) اما اذا كان تحديد مرتبة الاولوية ينظمه القانون فيجب الرجوع الى النص لفض هذا التنازع .

١٦٠ - ويمارس الدائن تقدمه على مال مدينه المثل بالاولوية حسب اوعيتها سواء كان عقارا أو منقولا ، أو مايحل محل المال ، كالشئ ويبلغ التعويض ، وعوض التأمين وما يستحق عن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة والصورة المألوفة لتحويل المال الى مقابل نقدي هي بيع المال بيما جبريا واستيفاء الحق من المال الذي رسا به المزاد (٣) ، والبيع قد يره على العقار وقد يرد على المنقول ، فهو طريق لتقويمهما معا بمبلغ من النقود ومعه طرق اخرى في الحالات التي يحل فيها مقابل المال .

فاذا تقدم الدائن على عقار مدينه فان حقه يتناول العقار في ذاته ، وملحقاته وما يحصل محله ، وبالتالي فينبغي أن يكون العقار معيننا بذاته تعييننا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يكون مما يصح فيه التعامل قانونا بحيث يجوز للدائن أن يتخذ اجراءات البيع ، والا فقدت الاولوية الحكمة من تفريرها ، فلا يجوز التقدم على المال العام لخروجه عن دائرة التعامل وقد اختلف الفقهاء حول شرط جواز بيع العقار بالمزاد العلني فذهب رأى الى أنه لا بد أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلني ، والا تجرد المال مسن قيمته بالنسبة الى الدائن (٤) وذهب رأى آخر الى أنه لا داعي لهذا الشرط ، وفي وجوب

(١) السنبورى - المرجع السابق - ص ٥٠٠ .

(٢) Planiol, Ripert, et Beccué, OP. Cit., P. 260 n. 223
13 Budant et Voirin, OP. Cit., n. 564. Colinet' Capitant,
T. 2 n. 1582. Iosserand, OP. Cit., n. 1615.

(٣) السنبورى - نفس المرجع - ص ٥٠٣ .

(٤) د / عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق - ص ٢٩٦ ، ود / شمس الوكيل
المرجع السابق - ص ١٥٧ والدكتور جمال زكى - التأمينات الشخصية والعينية - فقرة ١٠٤
والدكتور نعمان جمعة - التأمينات العينية - ص ١٣٠ ، والدكتور عبد الناصر الحارث -
التأمينات العينية - فقرة ٥٩ والدكتور جميل الشراوى - دور التأمينات الشخصية
والعينية - ص ١٢٨ .

أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه ما يعني عنه ، لان الأشياء التي لا يجوز بيعها بالمزاد العلني هي حتما من الأشياء التي لا يمكن التعامل فيها (١) .

ونحن نرجح الرأي القائل باشتراط أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلني ، بحيث لا تلازم بين الشرطين فحق الارتفاق مثلا لا يجوز بيعه بالمزاد ، ولكن صاحبه قد يتنازل عنه للغير مقابل مبلغ من المال ، وعلى ذلك فلولا اشتراط كون العقار ما يجوز بيعه بالمزاد لا يمكن تقرير التقدم عليه برهنه مثلا ، الا أنه يلاحظ أن عدم جواز تقرير الأولوية عليه مرده الى أنه يعتبر من توابع العقار بنص القانون ، ومن ثم فلا يجوز تقرير الأولوية عليه برهنه مستقلا عنه (٢) .

١٦٦ - كما تشمل الأولوية ملحقات العقار المثقل بها ، وقد ورد في الاعمال التحضيرية أنه : " يلحق بالعقار في الرهن فيكون مرهونا مثله في نفس الدين دون حاجة الى ذكره في العقد كل ما يكون من ملحقات العقار المرهون ويعتبر عقارا مثل ذلك ما يكون للعقار المرهون من حقوق الارتفاق والمقارنات بالتخصيص التي أعد ها المالك لخدمة العقار سواء كانت معدة قبل الرهن أو بعده ، ومثل ذلك ما دخل اخيرا على العقار ولو بعد الرهن من تحسينات مهما زادت في قيمته وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما اذا أقيم المالك على الارض المرهونة بناء فان الرهن يشملهما كان كبيرا ، كذلك لو أقيم الغير بناء على ارض مرهونة ، وملك الراهن البناء بالاتصاق فان الرهن يشمل البناء ، وتطبيقا لما تقدم اذا كان المرهون هو حق الرقبة ثم آل حق الانتفاع الى المالك يشمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعا للرقبة مع مراعاة حقوق الغير " (٣) .

وعلى هذا فالأولوية في الرهن تمتد الى كل ما يضاف الى العقار ويعتبر من ملحقاته بشرط أن يكون عقارا سواء بطبيعته أم بالتخصيص ، وأن يكون من توابع العقار

(١) د / شفيق شحاته - التامينات العينية - ص ٢٨ .

(٢) د / عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع والمكان السابقين ، ود / احمد سلامة

المرجع السابق - ص ١٠٨

(٣) الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٢٥ .

لان الذى يتبع الاصل هو التابع بشرط ان لا يتفق على عدم امتداد الرهن اليه (١) ،
فيدخل فى هذا النطاق حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص ، والتحسينات
والانشاءات ، والثمار والايرادات وتتكلم عليها تباعاً .

١٦٦ - حقوق الارتفاق :

وهى الارتفاقات التى تترتب لمصلحة العقار سواء كانت قائمة قبل تقرير الاولوية او بعد ها
ولما كانت تلك الحقوق ملحقة بالعقار لخدمته ، فلا يجوز ان تنفرد عليها الاولوية
منفردة ولكن ترد الاولوية على العقار ثم تمتد اليها ولايرد هنا
الارتفاقات السلبية ان تعتبر عبئاً على العقار ، لا يتحمله الدائن ، الا اذا
كانت قائمة وقت نشوء حقه وسجل مصدرها (٢) .

(١) د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٥ ، ود / عبد الفتاح عبد الباقى
المرجع السابق - ص ٣٥٢ ، ود / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٧٧ ، ود / احمد
سلامة المرجع السابق - ص ٢٠٣ ، وراجع فى الفقه الفرنسى :
Planiol, Ripert et Becquê, OP. Cit., P. 425, n. 309. Colin
Capitant et de la Moran dière, OP. Cit., P. 1037, n. 1678.
Josserand, OP. Cit., P. 993, n. 1859.

(٢) د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٣ ، والسنبورى - الوسيط -
ج ١٠ - ص ٣٥٧ ، ود / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٠٥ ، ود / عبد الناصر
العطار - ص ٣٢٤ ، ود / جمال زكى - المرجع السابق - ص ٤٠٤ ، وهود / نعمان جمعة - السابق
ص ١٧٢ حيث يقول : " ان سرمان الاولوية فى مئس تلك الحالة هو حكم غير آ مبر
بحوز الاتقان على شمس رتبة " .

١٦٢ - المقاررات بالتخصيص :

المقاررات بالتخصيص هي المنقولات التي يضمها صاحبها في عقار يملكه
رصدًا على خدمة المقارر أو استغلاله^(١) ، وهذه المقاررات
أما إن تكون نائمة عند الرهن وأما إن يتم تغييرها بمسند ذلك
وفي الحالتين تدخل في نطاق الأولوية ، وإن كان يلاحظ أنه
في الحالة الأولى تكون عنصرًا في المال المشتمل بالتأمين
وفي الحالة الثانية يمتد إليها نطاق التقدم ، ولا يهم ماذا كان السدى
يقوم بتغييرها ، هو مالك العقار بالتأمين أو شخصًا آخر اكتسب ملكيته . (٢)

(١) المادة ٨٢ / ٢ مدني مصري ، وانظر نقض ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ (مجموعة
القواعد القانونية ص ٥٤ ص ٤٢٠) وقد جاء فيه : " تعتبر المقاررات بالتخصيص
ضمن ملحقات العقار وتباع معه ، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع
عبء اثبات هذا الاتفاق على من يدعيه فالراهن هو المكلف بإثبات أن المنقولات
موضع النزاع لا يشملها عقد الرهن " .
(٢) Planiol, Ripert et Becqué, OP. Cit., P.425, n.389.

وراجع : دكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ١٢٠ ،
ودكتور حسن كبره - المرجع السابق - ص ٧٧ وما بعد ها ، دكتور منصور مصطفى
منصور - المرجع السابق - ص ٣٤ ، ود سيمير تناغو - المرجع السابق - ص ٤٩ ،
ودكتور سليمان مرتس - المرجع السابق - ص ٤٨ .

ويمتد نطاق الاولوية على العقارات بالتخصيص حتى ولو لم يكن المالك قد دفع الثمن للبائع المنقول وحينئذ قد يتزاحم بامتياز على الثمن ، مع الدائن صاحب الاولوية على العقار التي رصدت المنقولات لخدمته ، ولم يعالج التقنين المدني الجديد حكم هذا التزاحم بنص صريح يمنح الاولوية لدائن على آخر ، والمسألة لا تخلو من دقة لان امتياز بائع المنقول مقدر بنص في القانون وهو يظل قائما مادام الشيء محتفظا بذمته وحق الدائن المزاحم قد يستند الى نص آخر كولو كان مرتبها ، فيشمل حقه المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، التي تصبح عقارات حكومية يجرى عليها ، ما قرره المشرع بالنسبة الى العقار الاصلى (١) ولهذا فقد وقع الخلاف بين الفقهاء ، حول ترجيح كل من هذين الحقيقتين على الآخر ، ويمكن رد هذا الاختلاف الى تولين :

أولهما : لجمهور الفقهاء وحاصل رأيهم ، ان الدائن المرتبه له الاولوية على بائع المنقول (٢) ويضيف الاستاذان "بودان وفواران" مالم يثبت ان المرتبه كان يعلم بوجود الامتياز وقت امتداد الرهن ويفرض علم المرتبه بذلك اذا كان بائع المنقول قد اخطره بمجرد حصول البيع ، ان الثمن لم يدفع (٣) ويقوم هذا الرأي على الحجج الآتية :

أولا : ان المشرع قد نص صراحة على امتداد حق الرهن الى العقارات بالتخصيص بقول القانون ولا يصح اهدار ما يهرس اليه المشرع في سبيل مصلحة بائع المنقول .

ثانيا : حيث يتزاحم المرتبه مع البائع فانه يجب التسليم بثبوت الصفة العقارية للمنقولات

(١) دكتور شمس الوكيل - نفس المرجع - ص ٢٢٩ .

(٢) دكتور محمد كامل مرس - التأمينات العينية فقرة ٤٧٩ بروكنور سليمان مرس - المرجع

السابق - فقرة ٣٢٩ .

Beudan T et Voirion, OP. Cit., n.512.

(٣)

ودكتور حسن كبره - حق الملكية - ص ١٥ وشمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٢١ وما بعدها

ووككتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٢٢ .

وبذلك لا يستطيع البائع ان يحتج في مواجهة المرتهن بامتياز بائع المنقول ، وقد نوقش هذا القول ، بأنه قد قام على اساس تشبيه تلك الحال بحالة موجر العقار الذي يخطره صاحب الشأن بحقه على المنقول الذي يضعه المستأجر في العين الموجرة^(١) ، وهذه المناقشة محل نظر ، ان لا محل لتشبيه مرتهن العقار بالموجر ، اذ الموجر يكسب امتياز على أساس الحياة ، اما مرتهن العقار رهنا رسميا فلا يحوز المنقولات التي ترهن لخدمته ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية ، فامتياز بائع المنقول يسرى على مرتهن العقار الذي يلحق به سواء علم هذا الاخير بالامتياز أم لم يعلم^(٢) .

ثالثا : ان امتياز بائع المنقول يزول حيث يصطدم الابقاء عليه بحقوق اكتسبها الغير بحسن نية فهذا الامتياز وفقا لنص المادة ١١٤٥ مدني مصري غير مستقر ومعرض للزوال ومن ثم يكسبون المرتهن مزوايا ينص بتعدد الرهن الى العقار بالتخصيص ، بينما البائع مزور بامتياز لم يضمن اصطدامه بحقوق الغير حسنى النية ومن ثم تكون الغلبة للاول^(٣) .

وثانيهما : يتروان حق البائع في التقدم على المنقول باق ، وهو ببقائه يجب أن يسرى على الجميع مالم يقض القانون بخير ذلك ولا يوجد نص يقضى بعدم سريان الامتياز على مرتهن العقار الذي يلحق به المنقول ، ومن ثم فامتداد الرهن الى هذا المنقول يتم مع احتسرام الحقوق التي كانت تثقله قبل احائه بالعقار^(٤) ، وقد قطعت الاعمال التحضيرية ذلك الخلاف ، حيث جاء فيها ما يفيد ترجيح امتياز البائع " فيما لو اشترى مالك الارض المرهونه مواش لم يدفع ثمنها ، وخصصها لخدمة الارض فان الرهن يشملها ، ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى^(٥) .

وقد نوقش ما جاء في الاعمال التحضيرية بأنه لا يرتق الى مرتبه معارضة النص الصريح وأن النص

(١) دكتور عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق - ص ٢٥٥ هامش (١) .

(٢) Planiol, Ripert et Becqué OP. Cit., P. 220, n.193.

Colin Capitant et de la Mauandière, OP. Cit., P. 968, n.1547.

(٣) دكتور شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٧١ و ٢٨٢ ، دكتور حسن كيرة - المرجع السابق -

ج ١ - ص ١٤ هامش (١) ، دكتور جمال زكي - التأمينات الشخصية والعينية ص ٣٠٦ .

(٤) دكتور عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق - ص ٢٥٦ ، دكتور شفيق شحاته - التأمينات

العينية - ص ٢٥٠ هامش (١) ، ومحمد على امام - المرجع السابق - ص ٦٢٣ فقرة ٤٦٧ ،

دكتور احمد سلام - المرجع السابق - ص ٢٢٠ وما بعد ها

Josserand, OP. Cit., P.993. n. 1860.

(٥) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٣٤ .

المشار اليه قد جاء تعليقا على نص المشروع الاصلى ، وقد عدل هذا النص تعديلا جوهريا
لامجال بحد ، للنظر فيما جاء في المذكرة الايضاحية^(١) وفي تقديرتنا ، ان تلك المناقشة
محل نظر ، لانها لم تصف شيئا يصح الاستناد عليه ، فانها لا تترقى الى معارضة النص
اذا اختلفت معه ، وفي الواقع ما جاء بالمذكرة لم يختلف مع النص ، وانما المذكرة والنص
التي تسند له ممارسين بنص آخر يعطى للمرتبهن الحق على منقولات البائع ومن ثم يظل
التعارض قائما .

١٦٤- وجوب الرجوع الى المبادئ العامة لتحديد مرتبة الاولوية :

ورغم وجهة الاسس التي يقوم عليها الرأى الثانى ، خاصة اذا اخذنا فى الاعتبار ان الرأى
الاول يهدف الى حماية الدائن المرتبهن على حساب الغير الذى له حق مشروع ، وعلى
حساب القواعد القانونية^(٢) ، صحيح ان الرهن يمتد ولكن النص الذى يقرر هذا الامتداد
لم يقل أنه يطغى على حقوق الغير ، فإنه بالرغم من نص الماد ١٠٣٦٤ يبنى سائغا البحث
عن قوة الامتداد ومرتبته^(٣) ، وتلك مسألة تحل وفق القواعد العامة .

وفي تصورى ان ترجيح أى من الحقين على الاخر فى ظل الاسس التي يستند عليها كل رأى
يبدو أمرا بعيدا فى ظل النصوص القانونية المتعارضة ، ولهذا فان المفاضلة بين المرتبهن
وبائع المنقول ، باطلاق أمر ليس هينا ، ويجب لمعرفة المرتبة الا توى الرجوع الى المبادئ
العامة لتحديد مرتبة الاولوية .

ولما كانت اسبقية القيد هى الاساس ، ما لم تنم على غش أو بحد منها نص واتفاق فأننا باعمال
تلك القاعدة يمكن أن نستبين أى الحقين أ توى .

ولما كان الاتفاق غير وارد ، ونص القانون معارض بنص آخر ، على نحو ما سلف ، لم يبق
الا اعمال مبدأ الاسبقية فى التسجيل مع عدم الغش ، فاذا كان امتياز المنقول ما يجب فيه

(١) د / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٨١ هامش (٣)

(٢) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٢١ .

(٣) Planiol, Ripert et Becque, OP.Cit., P. 220, n.193.

Colin, Copitant et de la Morandiére, OP. Cit., P. 968,

n.1745. Jossierand. OP. Cit., P. 993, n.1860.

القيود كما لو كان المنقول مملوكاً لمهندس أو لمقاول لم يقيد حقه (١) أو يحدد القيود فان حق المرتبهن يتقدم عليه ، والا قدم حق مالك المنقول على المرتبهن ، واذا كان امتياز المنقول معالاً يجب فيه القيد ، فان حق المرتبهن يقدم على حق بائع المنقول ، لبقاء الاساس الذي يقوم عليه وهو التسجيل ولو في الحدود التي يمكن فيها اعمال هذا البند .

١٦٥- التحسينات والانشاءات :

اذا كان المال المثقل بالاولوية عقاراً فان نطاق التقدم عليه يتناول التحسينات والانشاءات والمقصود بالتحسينات هنا هي الاضافات التي تلحق بالعقار ، وهي قد تكون تحسينات معنوية كزيادة قيمة العقار نتيجة ارتفاع الاسعار أو نتيجة التصنيع ، فلا تعتبر من قبيل الملحقات ، وانما تعتبر من صميم المال المثقل بالتأمين ، ومن ثم يشملها نطاق التقدم (٢) ، أما الاضافات التي تستحدث بعد نشأة سبب الاولوية كالحرم مثلاً ، فانه يشملها سواء كانت بفعل الراهن أم بفعل الغير أو بفعل الحائز (٣) وسواء كانت طبيعية أو صناعية بشرط أن تكون من توابع العقار ، حيث تكون عقاراً بطبيعته ولما كانت هذه الزيادة لا تتميز بكيان خاص يمكن فصله عن العقار الاصل ، فان حق الدائن يتعلق بها مع العقار وقت التنفيذ عليه (٤) .

ويقصد بالتحسينات الطبيعية ، تلك التي تتحقق دون تدخل ايجابي من الشخص سواء كانت بفعل الطبيعة ذاتها ، أو نتيجة لضي الزمان ، كانهضاء الارض وانتهاء حق الانقضاء وما يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة يعتبر من التحسينات الطبيعية التي يتقدم التقدم اليها ، أما التحسينات الصناعية ، فهي التي تتم بفعل الانسان ، ويمكن تخصيصها بتسمية المنشآت ، وذلك كالبنايات والقراس ، والقاعدة فيها ان نطاق التقدم يشملها مالم يتفق على غير ذلك وذلك لتطبيقاً لبداً استجاب اليه المشرع ، وهو ان كل ما لصق بالارض يأخذ حكمها (٥) ، وقد استقر على ذلك القضاء الفرنسي وأخذ به الفقيه في كل من

- (١) راجع نقرض مدني مصري - في ١٩٦٩/٦/١٩ (مجموعة احكام النقض من ٢٠٠٢ ع ٢٠٠٦ ص ١٥٨) وقد جاء في هذا الحكم : الامتياز المقرر في المادة ١١٤٨ مدني للمقاولين لا يسرى على الغير الا اذا اشهر بالقيد .
- (٢) دكتور احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٠٦ وقارن دكتور عبد الفتاح عبد الهادي - المرجع السابق - ص ٢٥١ .
- (٣) انظر في القضاء الفرنسي قضية مدنية في ١ مايو سنة ١٩٠٩ رقم 345 . D.P. 1909.6
- (٤) السنهوري - الوسيط ج ١٠ - ص ٣٧٥ ، ولكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٣٣
- (٥) دكتور شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ١٦٢ .

فرنسا ومصر (١)

١٦٦- الثمار والايرادات :

ويلحق بالمقار في نطاق ممارسة التقدم كل ما يقبله من ثمار وايرادات ، ولا تشريب من الناحية العملية على اهمية التفرقة بين كل من الثمار والايرادات ، لان الاولى ثمار طبيعي مسمية كالكلأ والمزروعات والثانية ثمار مدنية يدخل فيها ما يقبله المقار من دخل نفدى ، وإنما الأهمية ترتب على التفرقة بين الثمار والمنتجات والرأى السائد في الفقه ان الثمار هي كل ما يتولد عن الشئ في مواعيد دورية دون مساس بجوهر الشئ ذاته غير أنه ليس معنى المواعيد الدورية ، هي المواعيد الثابتة المتساوية ، بل المواعيد المتقاربة^(٢) ، وهي تختلف عن المنتجات لانها تمثل الايراد المنتظم الذي يقبله المقار مع المساس بجوهره كالنجام والمحاجر فهي تمثل ايرادا منتظما لاصحابها لكن هذا الايراد يمس جوهر المقار بالنقص ، ولما كان حكمها حكم الثمار في سريان تقدم الدائن عليها ، فقد حرص البعض على تسميتها بالثمار الصناعية^(٣) .

ولا تتورصومية بالنسبة للثمار المدنية ، فهي قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية تكون للمدين^(٤)

-
- (١) راجع : حكم محكمة Aix في ٢٦ مارس سنة ١٨٨٥ رقم D. 89/1/102
Colin, Capitant, et de la Marandière, OP.Cit., P.1037, n.1678.
Josserand, OP. Cit., P. 992, n.1859. Planiol, Ripert et Becque,
OP.Cit., P.424, n.387. وراجع : مجموعة الاعمال التحضيرية - ج٧ ص٢٥٠
ود / عبد الفتاح عبد الهانى - المرجع السابق - ص٣٥٢ ، د / سليمان مرتس - المرجع السابق
ص٥١ ود / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص٣٤ ، ود / شمس الوكيل - المرجع السابق
ص ١٦٣ .
- (٢) د / اسماعيل غانم - حق الملكية - ص ٤٨ .
- (٣) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص٢٠٩ ، ود / شمس الوكيل - المرجع السابق ص١٦٦
- (٤) دكتور جمال زكى - المرجع السابق - ص٢٠٨ ودكتور نعمان جمعة - المرجع
السابق ص١٧ - ود / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص٤٦ .
- Planiol, Ripert et Becqué. OP. Cit., P.420. Josserand,
OP. Cit., P.891.

وبعد تلحق بالمعقار (ماد ٤٠٦٥ مرافعات) فيمتد اليها نطاق التقدم ، ولا يمتد الى اجرة وجبت عن مدة سابقة حتى ولو استحق ادائها بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (١) ، ولكن يثور الخلاف بشأن الثمار المستحدثة والطبعية كحصيلة الاراضى المزروعة ~~بمقتضى~~ نلمس للفقهاء فيها اتجاهان :

أولهما : يذهب الى القول بأن حق الدائن لا يتعلق بثمار الاراضى الزراعية الا فى نطاق المدة التى اعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويحتسب هذا منذ بدء زراعته الى يوم جنسه فاذا كانت الفترة الزراعية مثلا ستة شهور ، وتم تسجيل تنبيه نزع الملكية فى منتصف هذه الفترة لا يتعلق حق الدائن الا بنصف قيمة المحصول . ويستند هذا الرأى الى أن نص المادة ١٠٣٧ صريح فى ان الحاق الثمار بالمعقار بالنسبة لتقدم الدائن فى الاولوية الناشئة عن رهن رسمى ، لا يكون الا عن المدة التى اعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) .

ثانيهما : يذهب الى القول بأن المبرة بتاريخ جنى الثمار ، وبذلك اذا سجل تنبيه نزع الملكية قبل هذا التاريخ ، التحقت الثمار بالمعقار وتعلق بها حق الدائن فى التقدم

(١) د / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ١٦٦ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : السنهورى - الوسيط - ج ١٠ ص ٣٦٥ ، وعبد الفتاح عبد الباقي - فقرة ٢٢٨ ص ٣٤٦ ، ومحمد على امام - التأمينات - ص ٢٢٠ ، وجمال الدين زكى - نفس المرجع السابق - ص ٢٢٦ ، د / سليمان مرتس - نفس المرجع السابق - ص ٥٣ ، د / منصور مصطفى منصور - نفس المرجع - ص ٣٦ ، ٣٧ ، د / سمير تناغو - نفس المرجع - ص ٥٣ وما بعدها ، د / شمس الوكيل - نفس المرجع - ص ١٦٧ ، وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : " ولا يلحق بالمعقار من الثمار الا بقدر المدة التى اعقبت التسجيل " - راجع مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٢٧ ، وراجع د / احمد سلامة - نفس المرجع السابق ص ٢١٠ ، دكتور عبد النعم البدراوى - التأمينات العينية - ص ٥٦ - طبعة ١٩٧٢ .

عليها ، من غير استبعاد جزء منها يمثل الفترة السابقة التي بقي فيها المحصول بالأرض ويستجيب هذا الاتجاه إلى تفادي الصعوبات التي تترتب على احتساب المدد وتقصير حق الدائن المتقدم على نصيب يمثل الفترة اللاحقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية (١) . ويستند هذا الرأي على قياس تلك الحالة على ما تضمن عليه المادة ١٧٨ مدنى مصرى ففى فقرتها الثانية ، وهى التى تضع حكم الثمار التى يمتلكها حائز العقار حسن النية فلا يلزم برد ها الى المالك ، وتضى بأن الثمار الطبيعىة والمستحقة تكون مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما (٢) .

الرأى الراجع فى نظرننا :

ونحن نرجح ما ذهب إليه الرأى الاول ، وذلك لانه يقوم على الموازنة العادلة بين مركز الدائن والمدين على ضوء من نص القانون ، كما أن امتداد تقدم الدائن على الثمار أمر ضرورى ، يجيب طارئا على المدين فى استغلال ماله وجنى ثمراته ، والضرورة تقدر بقدرها وهذا الرأى اقرب لتحقيق ذلك ولهذا ارجحه .

١٦٧- تقدم الدائن على ما يحل محل العقار :

ولا يقتصر تقدم الدائن على العقار المحل بالاولوية ، بل يتعداه الى المال الذى يحل محله وهذا الحكم يسرى فى كل حالات الاولوية ايا كان مصدرها (٣) ذلك ان حق الدائن مع الاولوية يتعلق بالقيمة الاقتصادية للعقار ، وهذه القيمة الاقتصادية تشمل ايضا فى قيمة المال الذى حل محل العقار .

(١) دكتور شفيق شحاته - المرجع السابق - ص ١١٠ .

Mazeaud et Chabas, OP. Cit., P. 443. n.445.

(٢) د / شفيق شحاته - المرجع السابق - هامش (٢) .

(٣) سواء كان مصدرها ، الاتفاق أو النفاذ أو نص القانون ، وهو لذلك يسرى على الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، ورهن الحيازة ، وحق الامتياز - راجع الوسيط للمنهوى - ج ١٠ ص ٥٠٢ ، هامش (٣) ، ص ٥٠٣ - تابع هامش (٣) والنظرية العامة للتأمين العيى - للدكتور شفيق شحاته - ص ٢٣٦ وقد نصت المادة ١١٣٥ على أنه " يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاله الثبى أو تلفه "

والصورة المألوفة لتحويل العقار المحمل بالأولوية الى مقابل نقدي هي بيعه بيعاً جبرياً واستيفاء الحق من الثمن الذي رسا به المزاد ، والبيع طريقة لتقويم العقار بملغ مــــن النقود ، وتوجد طرق أخرى ، كملغ التمويض ، وعوض التأمين ، وما يستحق عن نزاع ملكية العقار الواردة عليه الأولوية للصحة العامة ، ونتناول الإشارة الى هذه الحالات الثلاث بشيء من التفصيل .

١٦٨- ملغ التمويض عن المسئولية :

إذا تلف العقار أو هلك بخطأ الغير فتكون على الغير ان يدفع مبلغ التمويض ، وهذا المبلغ يحل محل العقار التالف ، وينتقل اليه حق الدائن ، وله أن يباشر عليه حقه في التقدم ، ولذلك يجب على الدائن المزود بالأولوية إذا رغب في المحافظة على حقه ، أن يبادر فور هلاك العقار أو تلفه ، الى اخطار المسئول عن هذا الهلاك أو التلف بالامتناع عن اداء التمويض الى المدين ، الذي تقررت على عقار الأولوية ، لان له حق أولوية على هذا العقار .

كما يجوز له أن يبادر الى حجز مال المدين لدى الغير ، والغير هنا المسئول عن الهلاك أو التلف ، والمدين هو من تقررت ضد الأولوية ، ومن ثم يلجأ الدائن الى حجز مال صاحب العقار المثقل بالأولوية وهو المدين ، لدى المسئول عن التلف وهو الغير عن التمويض المستحق (١) .

(١) السنبوري - نفس المرجع السابق - ص ٥٠٤ والغرض من حجز مال المدين لدى الغير هو التوطئة لاستيفاء دينه ، راجع : د / شمس الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٢١٠ وراجع : Mazeaud et chabas. OP. Cit., P.440. Planol, Ripert et Becque OP. Cit., P.214.

١٦٦- عوض التأمين :

والمفروض هنا أن العقار كان موهبا عليه ، فاحترق مثلا ، أو هلك فاستحق عوض التأمين ، فكيف يستطيع الدائن ان يمارس تقدمه على مبلغ التعمير ؟ .
اتجه جانب من الفقه الفرنسي ، الى أن شركة التأمين لا تسدى عوض التأمين ، بل تحتفظ به ، لان الاولوية قد شهر مصدرها بالقيود ، وقد يقال هنا أن شهر مصدر الاولوية لم يشرع لخطار الناس كافة بوجودها على العقار ، بل شرع لصالح من يتعاملون به مع المدين على العقار المثقل بالاولوية ، فيحكم التراجع بينهم قاعدة الاسبقية في التمسك .
واتجه الفقه الغالب في فرنسا الى القول بأن على الدائن اذا ما هلك العقار أو تلف أن يبادر الى اخطار شركة التأمين بوجود مصدر اولويته ، واخطار شركة التأمين في الوقت المناسب يمنحها من دفع عوض التأمين ، الى المدين مالك العقار المثقل بالاولوية والترص به حتى يحوى الخلاف بين الدائن والمدين ، أو حتى يستوفى الدائن مطلوبه من شركة التأمين ^(١) وينبغي الاشارة الى أن المادة ٢/٧٧٠ مدني مصري تنص على أنه : " اذا شهرت هذه الحفنون (التامينات العينية) أو اعلنت الى الوراثين ولو بكتاب موصى عليه ، فلا يجوز له أن يدفع مائى ذمته له الا برضاء الدائنين " .

وعلى ذلك ، يكفي شهر حق الدائن صاحب الاولوية على العقار ، أيا كان مصدر اولويته رهنا رسميا أو حق امتياز ، لوقف شركة التأمين عن دفع مائى ذمته لصاحب العقار المثقل بالاولوية ، وهو المدين ، الا برضاء الدائنين اصحاب الاولوية في استيفاء ديونهم من العقار ، فيجب اذا الاكتفاء بشهر حق الاولوية ، وعلى شركة التأمين أن تعرف ذلك من الرجوع الى دفاتر الشهر ^(٢) ، وذلك هو الرأى الراجح .

(١) Mazeaud et Chabas, OP.Cit., P.458, n.462.

وراجع : السنهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ٥٠٤ ، والدكتور / شمس الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٢٨٨ ، وما بعد ها .

(٢) راجع في هذا المعنى - د / السنهوري - نفس المرجع والمكان السابقين .

Mazeaud, et Chabas, OP. Cit., n.478.

١٧٠- مقابل نزع ملكية العقار للنفقة العامة :

تكفل القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ببيان طرق حماية الدائنين الذين لهم حقوق أولوية على العقار الذي تقرر نزع ملكيته للنفقة العامة ، وهم اصحاب الحقوق المبنية التبيعية (١) وقد نصت المادة ٦ من هذا القانون على أنه : " تمتد الصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية ككشفها من واقع عملية الحصر سالفة الذكر ، تبين فيها المقارنات والنفقات التي تم حصرها ، ومساحتها ، وموانعها ، واسما ملاكها ، واصحاب الحقوق فيها ، ومجال اقامتهم والتمويضات التي تقرر لهم ، وتعرض هذه الكشوف ، ومعها خرائط تبين موانع هذه الممتلكات ، في المتر الرئيسي للصلحة ، وفي المكتب التابع لها بماصمة المديرية أو المحافظة وفي مقر العمدة أو مقر البوليس لمدة شهر ، ويخطر الملاك واصحاب الشأن بهذا المرض بخطاب موصى عليه يعلم الوصول ، ويسبق هذا العرض اعلان في الجريدة الرسمية ، وفي جريدتين يوميتين واسمعى الانتشار ، يشمل بيان المشروع ، والمواهب المحددة لمرض الكشوف والخرائط في الاماكن المذكورة " .

وتقول المادة ٧ من القانون المذكوران : " لذوى الشأن بن الملاك واصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف ، الاعتراض على البيانات الواردة فيها ، واذا كان الاعتراض متعلقا بحق على المدين الواردة في الكشوف المتقدمه الذكر ، وجسبه ان يرفق بكافة المستندات المهدة له ، وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض واراقها " .

وتقرر المادة ١١ من القانون المتقدم الذكران : " على الصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية أن تحقق في المعارضات التي يقدمها اصحاب الشأن طبقا لما هو متصور عليه في المادة ٧ لتقرير دفع التمويض المستحق ، ويكون قيام الصلحة باداء التمويض في هذه الحالة على مسؤوليتها ، واذا قام مانع يحول دون دفع التمويض المستحق ، وجب على الصلحة اخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه يعلم الوصول ، وبالسبب التي تحول دون دفع التمويض ، وبالشروط الواجب استيفاؤها بمحرفتهم ، وتظل المبالغ التي يشملها الاستزاع بامانات الصلحة لحين استيفاء شروط الدفع " .

وعلى هذا النحو كفل القانون للدائن صاحب الاولوية في استيفاء ديونه من العقار الذي

(١) دكتور - نعمان جمعة - المرجع السابق - ص ٥٧٥ ، ودكتور عبد الناصر العالار

المرجع السابق - ص ١١٨ ، ودكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ١٠٤ ،

ود / جميل الشسر قاوى - المرجع السابق - ص ٢٢٦ .

نزعت ملكيته للمنفعة العامة ، الوسيلة لمنع المدين من استيفاء التمويض المستحق لـه بأن مكن الدائن من العلم بأمر نزع الملكية ، وذلك بإعلان عن الكشف الذي يتضمن بيان المقار ، وتقدير التمويض وعلى الدائن ، للمحافظة على حقه " أن يتقدم بما يثبت وجود هذا الحق للجهة الحكومية التي تقوم بنزع الملكية ، وعلى الجهة الحكومية المذكورة أن تمتنع عن اداء التمويض للمدين ، وتحتفظ به في خزانة مخصصة لذلك لحساب اصحاب الحقوق المفيدة (١)

وقد نازح في فقه القانون المدني حول الوسيلة الفنية التي يتحقق عن طريقها التقدم على ما يحل محل المال المثقل بالأولوية ، وكان ذلك بمناسبة نص المادة ١٠٤٨ مدني التي تنظر أنه اذا هلك المقار المرهون أو تلف لاي سبب كان انتقل الرهن بمرتبه الى الحق الذي ترتب على ذلك كالتمويض أو التأمين أو الثمن الذي يتقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، وهو نص يتفق في جانب منه مع ما تنص به المادة ١٥٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الفائلة بأنه يكون للدائنين المرتهينين على المبالغ الناشئة عن التأمين اذا تحقق سبب استحقاتها نفس الحقوق والامتيازات التي كانت لهم على الاشياء المؤمن عليها .

وفي بيان تلك الوسيلة ذهبت الاعمال التحضيرية للقانون المدني ومعها جانب من الفقه الى انها الحلول العيني (٢) غير أن فريقا آخر قد رأى أن الدائنين يتقدم على هذا المقابل بملئضى تأمينه العيني نفسه دون حاجة الى الالتجاء الى نظرية الحلول العيني ويرى أن الذي دعا الى الزج بهذه النظرية هو صياغة قاعدة الأولوية صياغة جامدة اذ ربط بينها وبين " الثمن " فاذا امتدت الأولوية الى غير الثمن كان من اللازم بيان اساس هذا الامتداد وهو اساس وجد في الفقه في نظرية الحلول العيني ، ولو اعيدت صياغة قاعدة الأولوية لتقرر ان الحق العيني يخول للدائن استيفاء دينه بالأولوية من المقابل أو البديل النقدي للشئ المحمل به ايا كان السبب في استحقات المالك لذلك البديل فان نظرية الحلول العيني أو غيرها من النظريات تعدو عديمة الفائدة ، فالدائن يتقدم على أى مقابل

(١) المنهوى - نفس المرجع السابق - ص ٥٠٦ .

Mazeaud et Chabas, OP. Cit., n.478. Planiol, Ripert et Becquè OP. Cit., P. 214.

(٢) الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٥٤٠ و د / سليمان مرس - التأمينات العينية ص ١٢٧ و د / كامل مرس - المرجع السابق - ص ١٣٢ و د / عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات العينية - هامش ص ٢٧٥ .

بمقتضى حقه العيني (١) .

وقد توسط رأى ثالث وقرر أنه حيث يكون حق الدائن حال الاداء وقت استحقاق المقابل النقدي فإن التقدم يقع باعتباره أثر للتأمين العيني ذاته أما اذا لبس يكن حق الدائن يستحق الاداء فإنه يتمين أبقاء المقابل ضلماً لدين الدائن حتى يصبح حال الاداء وأذن نفي الفترة التي تقع بين استحقاق المقابل وتحقق الاستيفاء تكون وظيفة المقابل هي ضمان الدين كما كان يضمنه المال الذي تحمل أبتداءً بالتأمين وأبقاؤه ضامناً بهذا الشكل لن يتسنى بغير الالتجاء الى فكرة الحلون العيني (٢) وفي تصوري أن هذا الراى الاخير هو الاولى بالقبول .

١٧١ - تقدم الدائن على منقولات المدينين :

حق الدائن في التقدم لاستيفاء دينه لا يقتصر على العقار بل يتعداه إلى المنقول فيتمتع بقيمة الاقتصادية وما يتصل به من ملحقات ، وقد سبق أن رأينا أن هذا الحق يرتبط بالكيان الاقتصادي للمال المفردة عليه الأولوية . والطريقة العادية لمباشرة التقدم تتمثل في استيفاء الدين من ثمن ذلك المنقول تمثيلاً مع الصورة الملوقة لتحويل المال إلى قيمة نقدية كما تشمل كل مقابل نقدي يستحق عن المال المنقول بالأولوية^(٣) .

ولأصل أن الدائن يتمين عليه متى أراد التنفيذ على المال أن يطلب بيمينه وفقاً للإجراءات المتبعة في قانون المرافعات (٣) إلا أن إعمال هذا المبدأ لا يصدق

(١) هـ / أسماعيل غانم - نظرية الحق - ص ١٢٣ هامش (١) ط (٢) د . شمس الوكيلين - السابق ص ٢٨٤ ود / حسن كبره - حق الملكية ص ١٣٧ وقرير الدكتور / أسماعيل غانم : أن الحق العيني يخول صاحبة استيفاء دينه بالأولوية من المقابل أو البدل النقدي للشئ المحمل به هـ / أما الدكتور الوكيل فيقرر ص ٦٣ بند ٢٧ أن محل الحق العيني هي الشئ منظوراً إليه في عناصره الاقتصادية فحق الدائن يتعلق بهذا الكيان الاقتصادي .*

(٢) د / منصور مصطفى منصور الرسالة السابقة ص ٢٢٤ فقرة ١٣٠ وراجع ص ٢١٦ . فقرة ١٢٦ وانظر في تأييد هذا الراى د . أحمد سلامة الرهن - الطليق للمنقول ص ٢٧٢ مطبعة جامعة عين شمس ١٩٦٨ . (٢) .

(٣) Planial Ripert et Becque, OP, Cit., P.248, n.213

- على اطلاقه بالنسبة لبيع المنقول .
- فقد افترض المشرع ان بيع المنقول لاستيفاء الدين بالاولوية من ثمنه يسر ممن
بيع العقار فأجاز للدائن اذا كانت اولوية دينه ناشئة عن رهن رسمى ان يطلب
بيع المنقول بسعره في البورصة أو في السوق .
- فيتجنب بذلك اجراءات البيع الجرى بل يجوز له دون رضا المدين ان يطلب
من القاضى تملكه المنقول وفاقاً للدين . على أن تحسب قيمته حسب تقدير
القضاء وهذا هو الشرط التمليك عند عدم الوفاء وللقاضى ان يامر بالتمليك (١) .
- وتطبيقاً لذلك يجوز للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين ان يطلب من القاضى
الترخيص له فى بيع المنقول الشغل بالاولوية بالمزاد العلنى فاذا اذن له فى ذلك
باعه بالمزاد العلنى وتقاضى الدين الذى له من الثمن .
- كما يجوز للدائن كذلك ان يطلب من القاضى الترخيص لبيع المنقول بيعا وديا
ب سعره فى البورصة أو السوق ، ويجوز له ان يطلب من القاضى ان يملكه المنقول
وفاقاً لدينه على ان يحسب ثمنه بحسب تقدير الخبراء وقت البيع .
- وفى جميع الحالات يجهل الدائن على دينه من ثمن المنقول فان بقى من ثمنه
شئ يزيد على حقه ، دفعه الى المدين صاحب المنقول الباع او الذى تملكه
الدائن (٢) اما اذا كان الثمن يتل عن الدين ظل المدين ملزماً باداء ما تبقى
من الدين (٣) .
- ويراعى ان هذه الاحكام تسرى بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع بعض القوانين الخاصة (٤)
- حيث تطبق هذه القوانين الخاصة فى خصوص ماوردت بشأنه .
- ولما كان حق الدائن فى الاولوية يتسلط على المان فى كيانه الاقتصادى فان تقدمه
على المان لا ينتصر على ثمنه فقط بل يمتد الى كل ترجمة نقدية له فيحول للدائن
استيفاء دينه من كل مقابل نقدى للمنقول .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٧ ص ٢٦٥ .

(٢) المسنهورى - الوسيط ج١٠ ص ٤٩٨ .

(٣) د . شمس الوكيل - المرجع السابق ص ٥٢٨ .

(٤) مثال ذلك المواد (٧٦ - ٨٠) تجارى . والخاصة بالرهن التجارى .

وتطبيقا لذلك اذا احترق المنقول المثقل بالأولوية فاستحق المدين عوض تأمين
او مبلغ تمويض حاز للدائن ان يمارس تقدمه على هذا المقابل النقدي على نحو
ما رأينا في التقدم على العقار .

١٢٢ - حدود تقدم الدائن على العقار والمنقول :

ويتحدد نطاق تقدم الدائن على العقار والمنقول بمقدار المبالغ التي يستطيع الدائن
المزود بالأولوية ان يشترك بها في قائمة التوزيع ، ويفضل في استيفائها كالفئة
الدائنين العارفين والدائنين التاليين له في المرتبة .
والمبالغ التي يتحدد بمقدارها نطاق تقدم الدائن ، نتناول بصفة أساسية :
أصل الدين ، كما نتناول طائفة معينة من المصروفات وأخيرا ، تتضمن بعض الفوائد
وسوف نلقى الضوء على كل منها بشئ من التفصيل :

١٢٣ - التقدم بأصل الدين :

وهو المبلغ المستحق للدائن في ذمة مدينة والذي يمثل الدين التي تقرت الأولوية
لضمان تقدم استيفائها ، والعبارة في تحديد أصل الدين بما ذكر في سند الواقعة
التي تنشئ الأولوية .
وتطبيقا لذلك يقرر فقهاء القانون أن الأولوية اذا كانت ناشئة عن رهن رسمي
فان نطاق تقدم الدائنين يتحدد بما ذكر في قائمة قيد الرهن ، والعبارة في
تحديد ، بالنسبة للغير بما جاء في تلك القائمة فقط ، اذا كان الدين قد ذكر
على حقيقة في القائمة وقد يذكر الدين في القيد أكثر أو أقل من قيمته
الحقيقية ، فان ذكر أكثر فالعبارة بأصل للدين الحقيقي ، ولاعبارة بالزيادة المذكورة
في القيد ، وأن ذكر أقل فيؤخذ بهذا الاقل المذكور في القيد فالعبارة بالقيد
مالم يزد على الحقيقة . (١)
واذا كان الدين معلقا على شوط فاسخ فان الدائن يستوفي حصته في التوزيع من ضمن
العقار .

(١) السنهوري - نفس المرجع السابق - ص ٤٩٤ وما بعد ها . شمس الوكيل
نفس المرجع ص ٢٩٢ وما بعد ها . ود . محمد كامل مرسى المرجع السابق - ص ١١٦ وراجع :

Aubry et Rue, OP. Cit., P.276, note., 7. et 8.

بالاولوية مع غيره من الدائنين الذين يتساون معه في المرتبة ، وذلك بشرط أن يقدم ضمانا يكفل رد حصته في حالة تحقق الشرط الفاسخ ، أما إذا كان الدين معلقا على شرط واثق فإن الدائنين الآخرين يأخذون حصصهم كاملة مقدرة على أساس ثمن العقار كله ولكن تحتسب لهذا الدائن حصته افتراضية ، ويقدم الدائنون تأهينا يضمن استيفائها إذا تحقق الشرط الواثق ، وذلك وفقا للرأى الراجح في فقه القانون .

وأذا كانت الاولوية قد تفرقت ، ضمانا للوفاء ، بدين ناشئ ، عن حساب جارى خلال فترة محددة كأن تكون مدة سنة مثلا ، فلا يستطيع المصرف وهو الدائن صاحب الاولوية أن يحتج بها الا في حدود المبالغ التي قد تستحق له عند انقضاء هذه الفترة فقط .

وقد أجاز المشرع بنص صريح في المادة ١٠٤٠ أن يتقرر الرهن ضمانا للوفاء بدين موطى أو احتمالى أو مستقل ، ومن ثم فلا تخاضعة من تقرير الاولوية لهذه الديون (١) .

١٢٤ - المصرفوفات :

وبالإضافة الى اصل الدين على نحو ما سلف يتحقق تقدم الدائن أيضا بالمصرفوفات التي أنفقتها الدائن ، وقد حددتها نصوص القانون في بعض الحالات ، كما حددها الفقه في حالات أخرى .

ومن هذه المصرفوفات التي تدخل في نطاق تقدم الدائن المصرفوفات التي أنفقت لاجرام التصرف القانون الذي كان مصدر للدين ، ومن أمثلتها مصرفوفات عقد الرهن الرسمى وتفيد وتجديد (٢) .

(١) السنهوري - نفس المرجع السابق - ص ٤٩٥ ، د ٠ شمس الوكيل المرجع السابق - ص ٢٩٤ ، ود / جمال زكى - المرجع السابق - ص ٢٤٨ .

Depage et Dekker, *Traité élémentaire de Droit Civil Belge* T. 6, P.416, n.498. Colin et Capitant, *OP. Cit.*, P.1112.

(٢) السنهوري - نفس المرجع - ص ٤٩٨ ، الدكتور شفيق شحاتة - نظرية التأمين العيني ص ٢٣٧ . وعبد الناصر الدار - المرجع السابق - ص ١١٩ .

وجمال زكى - المرجع والمكان السابقين ، وجميل الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٢٢٧ .

وكذلك يدخل في هذا النطاق المصروفات التي أنفقت للمحافظة على الشيء .
حيث أولاها المشرع عناية خاصة في هذا الشأن فقرر في المادة ١١٤٠ من التقنين
المدني المصري حق امتياز لمن أنفق على المنقول مصروفات حفظ وصيانة ، وهذه
المصروفات أيضا تخضع للقواعد العامة في الحق في الحبس الذي يجيز لأثر الشيء
ومحرزه ، أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما اتفق عليه من مصروفات مادة ٢٤٦
مدني مصري (١) ، كما يدخل أيضا في هذا النطاق المصروفات التي أنفقت
لتمكين الدائن من استيفاء دينه على المال المشغل بالأولية (٢) وتدخل في هذا
النطاق مصروفات عقد الرهن الحيازي وتيد عند الأفضاء والمصروفات التي أتضاها
تنفيذ ، وفقا للمادة (١١١١ من التقنين المدني) .

١٧٥ - فوائد الدين :

ومما يدخل في نطاق تقدم الدائن بالإضافة الى أصل الدين والمصروفات ، الفوائد
وتقوم فكرة الفوائد في الفقه الوضعي على أساس أنها تتصل بطبيعة الائتمان فسي
ذاته وأن الأولوية كنظام للائتمان لا ينبغي أن تقتصر حدودها على الوفاء بأصل
الدين بل يجب أن تمتد حدودها الى ما يقبله هذا الدين من فوائد ، وعلى هذا
النحو يتكون حق الدائن من رأس المال وفضلته (٣)
ويقرر فقهاء القانون أن الحان الفوائد بأصل الدين في نطاق التقدم وأن كان أمرا
مرغوبا الا أنه لا ينبغي الاسراف فيه والفكرة التي يقوم عليها تبرير الفوائد لا ينبغي
الآخذ بها على أطلاقها لاننا لو احققنا بنطاق التقدم كل ما يستحق عن الدين من
فوائد ، لافضى ذلك الى نتائج مغيبة قد تسيء الى مركز الدائنين الاخرين
وتأتي على نظام التعامل بالهدم والتهويل ، ذلك ان الدائن اذا اطمأن الى ضمان
كل ما يترتب على دينه من فوائد بالأولوية التي تتحدد مرتبتها بمرتبة أصل الدين

(١) شمس الوكيل - نفس المرجع - ص ٥٤١ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٥٤٢ . والدكتور شفيق شحاته - نفس المرجع

والمكان السابق ، ود / جمال زكسى - المرجع والمكان السابقين .

(٣) دكتور نعمان جمعة - المرجع السابق - ص ٧٦ . ودكتور جميل الشمراني

- المرجع السابق - ص ٢٢٧ .

فانه قد يتكاسل عامدا عن المطالبة مدينه بالفوائد ، رغبة منه في تكثيرهما
بدافع الجشع والاناية ، فتراكم له مبالغ باهظة (١) .

ويقدر ما يكون هذا الافراط في جانبية ، يكون التفريط في جانب الدائن المتأخر عنه
حيث تتضاءل فرصة في الحصول على قدر من دينه في توزيع ثمن مال مدينه ،
ورغم هذه النتائج الضارة لنظام الفوائد ، والتي تكفل موازنة غير عادلة لدائن
لايستحق ، على حساب غيره ممن يستحق ، الامر الذي يتنافى مع ايسر قواعد العدالة
وجاى المنطق ، ورغم هذه النتائج فقد أخذ القانون الوضعى بها ، الا انه
قد اقترح بعض الحلول للتخفيف من آثارها الضارة .

وفي هذا الصدد نرى المشرع في المادة ٥٨ / ١٠٢ من التفتين المدنى المصرى ،
بالنسبة للاولوية الناشئة عن رهن رسمى أنه : " اذا ذكر سعر الفائدة في العقد
فانه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع اصل الدين ، وفي نفس
مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبئة نزاع الملكية ، والفوائد
التي تستحق من هذا التاريخ الى يوم رسو المزاد دون مساس بالتبؤد الخاصة
التي تؤخذ ضمانا لفوائد اخرى قد استحققت والتي تحسب مرتبتها من وقت
اجرائها ٥٠٠٠ " ، وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (٢) ،
بخصوص هذا النص : " ونفى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق
الدائن ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطله إجراءات التنفيذ ، ثم انه يحسمى
الدائنين بعضهم من البعض الاخر عن طريق تحقيق المساواة بينهم فى
توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسم عليه المزاد وقبل الخزائنة ، ان تقسم
بينهم نسمة غوما ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لاضمان له " .
وعلى ضوء هذا النص نجد أنه بالنسبة للفوائد اذا اتفق على سعرها فى العقد
فى الحدود التي يجيزها القانون ، وينبغى التفرقة بين عدة مراحل :

(١) د . شمس الدين الوكيل - نفس المرجع - ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، والدكتور شفيق شحاتة
نفس المرجع والمكان السابقين وسليمان مرتضى نفس المرجع السابق ص ١٣٧
De Peqe et Dekkers, OP.Cit., P.422.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج٧ ص ٨٤ وما بعد ها .

١ - المرحلة السابقة على تاريخ القيد : والفوائد في هذه المرحلة لا تدخل في حدود تقدم الدائن بل يستوفىها الدائن العادي (١) .

ب - المرحلة التي يقع بين تاريخ قيد الرهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية : وتلك هي فترة الرهبة التي خشي المشرع خلالها من عواقب تراخي الدائن في المطالبة بالفوائد ، واستحقاقها على نحو قد يضر بالدائنين الآخرين ولذا حكم بأن ما يدخل في حدود التقدم مع أصل الدين من الفوائد ما يستحق منها عن سنتين سابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أما ما عداها من فوائد فلا يجوز الاحتجاج بها فسيواجهه الدائنين الآخرين ، بل يجب ان يجرى بشأنها قيد خاص ولا تحسب مرتبتها الا من وقت اجراء هذا القيد .

ج - المرحلة التالية على رسو المزداد : وهي لا تدخل في حدود تقدم الدائنين وانما توزع على جميع الدائنين دون تمييز بين دائن عادي وآخر له اولوية (٢) وهذه الفوائد تسرى على الاولوية الناشئة عن امتياز خاص على عقار او منفـول وبالنسبة للأولوية الناشئة عن رهن حيازي أطلق المشرع حدود التقدم بالفوائد مع أصل الدين لكـل ما يستحق منها حتى يوم رسو مزاد المال المرهون ، دون تفيد بمدة السنتين ويسرى على الاولوية الناشئة عن حق الاختصاص ، و على الاولوية الناشئة عن الرهن الرسمي (٣) .

ومما تجدر الاشارة اليه ان الفوائد على هذا النحو تعتبر ربا محرما في الشريعة الاسلامية وهي تختلف مع القانون اختلافا كليا في هذا الموضوع على نحو ما سنرى (٤) .

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص ٣٧٧ ود / سليمان مرتس المرجع السابق ص ١٨٢ ود / شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق ص ٢٩٩ واحمد سلامة - المرجع السابق ص ٩٨ .

(٢) د / شمس الدين الوكيل - السابق ص ٦٤٧ .

(٣) تنص المادة : ١٠٩٥ مدني مصري بانه يكون للدائن الذي حصل على حـق الاختصاص ، نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسرى على الاختصاص ما يجرى على الرهن الرسمي من احكام ٠٠٠٠ . وراجع د / شفيق شحاته نفس المرجع والمكان السابقين ، وقارن نفس مدني في ١٩٧٠ / ٢ / ١ (مجموعة احكام النفوس ص ١٤٤ ص ٢٦٢ رقم ٢) وقد هما ، في بيان الختومة تلتمز باداء الفوائد من تاريخ قرار الاستيلاء الاون حتى سداد الدين .

(٤) وراجع د / عبد الناصر العطار السابق ص ٧٤ .

١٧٦ - تقدم الدائن في الشريعة الاسلامية :

عنى فقهاء الشريعة الاسلامية يتحد يد نطاق تقدم الدائن ، ووضعوا الضوابط التى تحكم سريان الاولوية على المال كمحل للاستيفاء ، ويظهر من خلال عرض اقوال الفقهاء ، وبما نأرائهم ان الاولوية تتسلط على المال ، وتولججه ، كما تشمل ثماره وغلاته ، وما يحل محله ، ذلك ان محل الاولوية فى الفقه الاسلامى قد يرد على العقار والمنقول كما يرد على بعض الاموال التى اختلف الفقهاء بشأنها ، ومن خلال محل الاولوية ، يتحدد نطاق تقدم الدائن فى استيفاء دينه من الاعيان وغيرها .

١٧٧ - تقدم الدائن فى الاولوية المقررة على الاعيان :

الاولوية قد تتقرر على الاعيان ، كما فى الرهن ، ورجوع الدائن فى عين ماله ، وكما فى حق حبس المبيع ، والاعيان جميع عين ، وهى تطلق بالمعنى المقابل للديسين والمنفعة ، وترتبط على ذلك اشتراط الفقهاء فى المرهون ان يكون عيناً ، يقول صاحب معنى المحتاج من فقهاء الشافعية : ^(١) وشرط المرهون كونه عيناً يصح بيعها فى الاصح (١) كما يقدر صاحب جواهر الاكليل من فقهاء المالكية : ان الرهن يذل من له العين ما يباع (٢) وما يباع هو العين القدر ور على تسليمها الا انه يجوز فى الرهن يذل شئ فيه عذر شديد كالآبق والشارد ، لان للمالك دفع ماله قراناً او بيعاً لأجل يلاتوثق فيه بشئ فجاز توثقه فيه بما فيه عر لانه شئ فى الجملة ، وهى خير من لاشئ (٣) . والاولوية كما تتقرر على العقار فى الرهن تتقرر على المنقول ، يقول صاحب تكملة الفتح : لا يجوز الرهن الا مقبوضاً (٤) ولا يثبت فى المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان (٥) . وعلى ضوء ما قرر ابن قدامة يكون القبض فى كل شئ بحسبه (٦) .

(١) معنى المحتاج - ج٢ ص ١٢٢ ، وتكملة المجموع للمطيمى - ج١٢ ص ١٩٣ .

(٢) جواهر الاكليل - ج٢ ص ٧٧ والخرشى - ج٥ ص ٢٣٦ ، وبداية المجتهد - ج٢ ص ٢٦٩ .

(٣) جواهر الاكليل - نفس المكان السابق . وبداية المجتهد نفس المكان السابق .

(٤) تكملة الفتح - ج٨ ص ١٩٠ ، ص ١٩٦ .

(٥) نفس المرجع السابق - ص ١٩٣ .

(٦) المعنى لابن قدامة - ج٤ ص ٣٧١ .

ويقدر ابن حزم : ان الرهن جائز في كل ما يجوز بيعه ، ولا يجوز فيما لا يجوز بيعه ، كالحرواُم والولد والثور والكلب ، والماء لان الرهن وثيقة للمرتهن ليتصرف ان يطول ولا يمكن الاتصاف بغيره الا بما يجوز بيعه (١) :

وقد ورد في البحر الزخار قول صاحبه : شرط الميمن المرهونة ان تكون ما يصح بيعها عند حلول الحق ، قال : قلت : وكل ما صح بيعه صح رهنه الا تسعة ، وهي وقف وهدى واضحية حيث صح بيعها لعذر والامة البوجرة والمزوجة من غير الزوج والمستأجر لتقدم حقهما والفرعون الاصل والنايت دون المنبت والعكس لتعذر كمال القبض فيها (٢) :

أقول : ويظهر من أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة ان الرهن يرد على الاعيان والميمن تشمل العقار والمنقول ، وبالتالي فان نطاق تقدم الدائن في الاولوية يتحدد على هذا المال سواء كان غارا أم منقولاً ولا يظهر في أقوال الفقهاء ما يكشف عن خلاف بينهم حول هذه الحقيقة .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على ان تقدم الدائن يرد على العقار والمنقول ، فقد اختلفوا فيما بينهم في رهن الدين ، وبالتالي تقدم الدائن في الاولوية عليه ، وسوف نوضح آراء الفقهاء ، وما استدلوا به حول هاتين المسألتين :

١٧٨ - آراء الفقهاء في رهن الدين :

اختلف الفقهاء في رهن الدين على قولين :

أولهما : المنع وهو قول جمهور الاحناف والحنابلة والظاهرية ، والراجح عند الشافعية (٣) وثانيهما : الجواز ، وهو قول المالكية والمرجوح عند الشافعية .

دليل القول الاول :

استدل الجمهور بقوله تعالى : " فرها ن مقبوضه " (٤) ، ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة :

أنها قد بنيت ان الرهن المشروع مقبوض ، فالقبض شرط للزوم الرهن اذ لا بد ان

(١) المحلى - ج ٨ - ص ٨٩ .

(٢) البحر الزخار - ج ٤ ص ١١٤ ، وراجع في هذا المعنى : البروض النضير - ج ٣ ص ٣٧٢ ، حيث يقرر : ان الرهن في الشرع ، جعل عين مال وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر استيفائه مسن عليه .

(٣) معنى المحتاج - ج ٢ ص ١٢٢ ، وتكملة فتح القدير - ج ٨ ص ١٩٦ ، والمغنى

لابن قدامة ج ٤ ص ٣٦٨ وما بعد ها ، والمحلى لابن حزم - ج ٨ ص ١٠١ .

(٤) البقرة - آية : ٢٨٣ .

يستوفى الحق منه عند المحل ويكون الاستيفاء من ماله لا من عينه ولا يتصور ذلك في الدين لانه غير مقدور على تسليمه .
ويمكن ان يناقش ذلك بان القبض ليس للتخصيص بل لبيان الغالب .

د ليسال القبول الثاني :

وقد استدل المالكية وموافقهم على ما ذهبوا اليه بان ما في الذمة يجوز بيعه فيجوز رهنه كما ان مال تقع به الوثيقة فجاز ان يكون رهنا قياسا على سلعة موجودة يقول الخرشي : شرط المرهون ان يكون مما يصح بيعه من كل ظاهر منتفع به مقدور على تسليمه معلوم غير منهي عنه قد دخل فيه المعار للرهن ، والدين ووثيقة الدين لانه يجوز بيعها ويصح ما فيها من الدين^(١) ، ويقول صاحب معنى المحتاج : " ويصح رهن الدين تنزيلا له منزلة العين^(٢) .

أقول : و مراد المالكية بصحة رهن الدين ، وهو الدين الذي استوفى شروطه التي بها يصير مقدورا على تسليمه وهو الدين الذي يصح بيعه ، واذا كان الدين يجوز بيعه فلان يجوز رهنه من باب أولى ، وانني أرجح رأي المالكية لقوة ادلته وموافقته لحاجة الناس وكثرة التعامل في عصرنا الحديث ، وقد أخذ القانون برأي المالكية فأجاز رهن الدين من ١١٢٣ الى ١١٢٩ .

١٢٩ - ممارسة التقدم في الشريعة الاسلامية :

ويتحقق تقدم الدائن في الاعيان بالقبض .

والقبض لغة : الامساك والتناول^(٣) يقال قبضه بيده يقبضه تناوله وقبض عليه بيده وامسكه .

وشرعا : يرجع فيه الى الشرع والعرف وهو يختلف باختلاف المال ، وتفصيله

(١) الخرشي - ج ٥ ص ٢٣٦ ، والقرطبي - ج ٣ ص ٤١١ .

(٢) فتح العزيز - ج ١٠ ص ٣ ، ومعنى المحتاج - ج ٢ ص ١٢٢ .

(٣) القاموس المحيط - ج ٢ ص ٣٥٤ .

ان المال اما ان يرهين من غير اجبار فقد يرفيه ، او يرهين معتبرا فيه تقدير .

الحالة الاولى :

وهي التي لم يعتبر فيها تقدير اما لعدم امكانه او مع الامكان ، فينظر ان كان المرهون مما لا ينقل كاللدور والارضين والشجر الثابت ، والشجرة على الشجرة قسبيل او ان الجذ ان قبضه بالتخلية بينه وبين المرتهن وتمكنه من وضع يده بها ان يفتح الدار او يسلمه بفتحها (١) .

وان كان الرهن من جملة المنقولات فقد اختلف الفقهاء فيما يتحقق به قبضه وذلك على قولين :

اوليهما : للعلم الشافعي في رواية راجحة ، واحمد بن ابي يوسف وحاصل هذا القول انه لا يكفى بالتخلية بل لابد من النقل والتحويل (٢) .

وثانيهما : للامام ابي حنيفة ومالك والشافعي في رواية مرجوحة ، وحاصله الاكتفاء بالتخلية ويقرر ابن حزم : ان صفة القبض في الرهن وغيره هو ان يطلق يده عليه فما كان مما ينقل نقله الى نفسه وما كان مما لا ينقل كاللدور والارضين ، اطلقت يده على قبضه كما يفعل في البيع (٣) ، ولكل قول دليله :

دليل القول الاول :

استدل اصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه من السنة ، وما يجري به العرف :

١- من السنة :

اولا : روى عن ابن عمر رض الله عنهما قال : كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنها نارسول الله صلى الله عليه وسلم ان نبيعه حتى ننقله من مكانه .
ثانيا : وجاء من طرق عدة : " من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه " وزاد ابن حبان ، ونهى ان يبيعه حتى يحوله " وللحاكم وابن حبان وابن داود من حديث ابن عمر عن زيد بن ثابت بلفظ " نهى ان تبايع السلع بحيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رجالهم (٤) " .

(١) المغني لابن قدامة - ج ٤ - ص ٣٧٢ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٣٧١ ، وتكملة المجموع للمطبعي - ج ١٢ ص ٢٠٣ ، وفتح العزيز ج ٨ ص ٤٤١ ، والمعناية على الهداية - ج ٨ ص ١١٣ ، والجلال المحلى على المنهاج - ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٣) المحلى - ج ٨ - ص ٨١ ، مسألة : ١٢١١ .

(٤) متفق عليه بهذا اللفظ وغيره ، راجع : التلخيص مع فتح العزيز - ج ٨ ص ٤١ وما بعد ها

ووجه الدلالة في هذين الحديثين :

أنهما قد أفادا النهى عن بيع الطعام حتى ينقل من مكانه ، أو يستوفى ، والنهى يقتضيه التحريم ، فعل ذلك على أن القبض لا يتم إلا به ، والاحاد يثرون كانت واردة في قبض المبيع فالرهن مثله في القبض .

٢ - من العرف :

فالعرف يدل على أن القبض في المنقول بالنقل كان يسوق الدابة أو يقودها (١) فهذه الأدلة :

تدل على أن القبض لا يتم إلا بالنقل والتحويل .

وقد استدل أصحاب القول الثاني :

بأن الرهن وثيقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يخلى بوسن المرتهن وييسر دينه فكذا لك جهته ، إذ الحقيقة أقوى من الجهة ، وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى (٢) .

مناقشة هذا الدليل :

ويمكن أن يناقض هذا الدليل بأنه لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى إلى ما يفوييه وبوكه (٣) وهذا المعقول معارض بالنص وهو حديث " حتى تنقلوه " والعرف ، إذ لا فارق بين القبض في البيع وغيره فالرأى الأول هو الأولى بالاعتبار ، وهو الراجح في نظري لنص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " حتى تنقلوه " .

والحالة الثانية :

وهي أن يرهن الشيء مع اعتبار تقدير فيه كما إذا رهن ثوبا أو أرضا مزارعة أو متاعا هوازنة أو صبرة حنطة مكايلة أو معدودا بالعدد ، فلا يكفي للقبض ما سريلا لابد مع ذلك من الزرع أو الوزن أو الإكل أو المعد فلا يعتبر القبض جزافا ولا قبض المكيل بالوزن والموزون بالكيسل .

(١) نفس المرجع السابق - ص ٤٤٤ .

(٢) العناية على الهداية - ج ٨ - ص ١٩٣ .

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

يؤيد هذا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسله مستداه: "أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري" ، رواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي عن جابر وفيه ابن أبي ليلى عن أبي الزبير قال البيهقي وروى من وجه آخر عن أبي هريرة ، وهو في الزيار من طريق مسلم الجرحى عن مخلد ابن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن أبي هريرة ، وقال لا تعلمه الا من هذا الوجه (١) وروى عبيد الرازي عن محمد بن يحيى ابن أبي كثير ، أن عثمان وحكيم ابن حزام ، كانا يبتاعان التمر ويخلطانه في غرائر ثم يبيعهما بدينار الكيل فنهاهما النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك أن يبيعهما حتى يكيلاه لمن ابتاعه منهما " وعن عثمان قال : كنت ابتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وابيهم ، يربح فيبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان ، اذا ابتعت فما كتل واذا بعت فكسل " (٢)

ووجه الدلالة في هذه الاحاديث

انها قد أفادت بطرق مختلفة أن من اشترى شيئاً مكيلة وقبضه ثم باعه الى غيره لم يجز تسليمه بالكيل الاول حتى يكيله على من اشتراه ثانياً ، والموزن والميزون كالمكيل في اعتبار التقدير كما أن القبض في البيع كالقبض في الرهن (٣) ، فدل ذلك على اجتناب هذا المعنى في القبض ، وقد ذكر ابن قدامة أن الرهن لا يختلف عن البيع في القبض فقد روى عنه عليه الصلاة والسلام : " اذا اسميت الكيل فكل " (٤) . وهذا الاحاديث وان كانت تدل على اجتناب هذا المعنى في الاولوية الناشئة عن الرهن بالقياس فهي تدل على اجتنابه في الاولوية الناشئة عن غير الرهن بالنسبة

(١) نيل الاوطار للشوكاني - ج ٥ ص ١٨١ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين ، والتلخيص - ج ٨ ص ٤٥٠ - ٤٥١ .

(٣) تكملة المجموع للطيمي - ج ١٢ ص ٢٠٣ .

(٤) المغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٧١ .

١٨٠- وإذا كان الرهن في يد الراهن فقد قرر الفقهاء أنه لا بد من إذنه في القبض لأن القبض لا يحصل إلا بفعله فاعتبر أنه كالأهب ، ولأن له فسخة قبل القبض ، فلا يملك المرتبه من اسقاط حقه من ذلك بغير إذنه (١) كما إذا كان الرهن في يد المرتبه بوديعة أو امانة أو غصب فقد اختلف الفقهاء في هذا إلى قولين :

أولهما : للحنابلة والمالكية ، وحاصل قولهم أنه يلزم بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد ، يقول ابن قدامة : " وإن رهنه مالا له في يد المرتبه غارسة أو وديعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لأنه مالك له يمكن قبضه فيصح رهنه كما لو كان في يده وظاهر كلام أحد لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد فإنه قال : إذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن ، فلم يعتبر أمر زائد ، وذلك لأن الهدى ثابتة والقبض حاصل ، وانحصا يتغير الحكم لا غير ، ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما لو طلب بالوديعة فجعلها لتغير وصارت مضونة طيبة من غير أمر زائد (٢) .

وثانيهما : للحنفية الشافعية والقاض من الحنابلة والظاهرية (٣) وحاصلة : أنه لا يصير رهنا حتى تنضى مدة يتأتى فيها قبضه وإن كان منقولا فيض مدة يمكن نقله فيها ، وإن كان مكيلا فيض مدة يمكن اكتياله فيها وإن كان غير منقول فيض مدة التخلية ، وإن كان غائبا عن المرتبه لم يصير مقبوضا حتى يوافيه هو أو كيله ثم تنضى مدة يمكن قبضه فيها (٤) .

وحجة هذا الرأي أن العقد يقتصر إلى القبض والقبض يحصل بفعله أو بامكانه وينكس ذلك ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض لأنه مقبوض حقيقة (٥) .

-
- (١) نفس المرجع السابق - ص ٣٧٣ ، وتكملة المجموع للمطيمي - ج ١٢ ص ٢٠٠ .
(٢) نفس المرجع السابق - ص ٣٧٤ ، وراجع فتح العلى المالكي في الفتوى على مذهب الامام مالك ج ٢ ص ١٢٨ ، حيث يقرر أن الرهن لا ينقذ إلا بما يدل على الرضا ، ولو غصب شيئا وارثته لا يجوز فلو وجد الرضا لا يلزم منه إذن خاص .
(٣) تكملة المجموع للمطيمي - ج ١٢ ص ٢٠٢ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٧٤ ، ص ٣٧٣ .
(٤) المغنى لابن قدامة - نفس المكان السابق والزيلمي - ج ٦ ص ٦٣ ، والمحلى - ج ٨ ص ٨٨ .
(٥) المغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٧٣ .

وقد اختلف الفقهاء في حكم القبض وهل هو شرط تمام أو شرط لزوم بالنسبة للراهن
اذ الرهن لا يلزم من جهة المرتهن وله أن يفسخه في أي وقت شاء اذ القعد لحظه .
فذهب الامام مالك الى أن القبض شرط تمام ، وذهب ابو حنيفة والشافعي واحمد
وأهل الظاهر الى أن القبض شرط لزوم .

١٨١ - ادلة المالكية على منذهبهم :

استدل الامام مالك على مذهبيه بقول الله تعالى : " فرهان مقبوضه " قال
صاحب المنتقى : لنا من الأئمة ليلان أحد هما أنه قال عز من قائل : " فرهان مقبوضه "
فأثبتها رهانا قبل القبض .
ثانيهما : " ان قوله تعالى فرهان مقبوضه " أمر لانه لو كان خيرا لم يصح أن يوجد
رهن غير مقبوض اذ خبره تعالى لا يتخلف (١) .

مناقشة أدلة المالكية :

ويمكن مناقشة الدليل الاول ، بأن الجمهور يقولون بموجب ما قال به المالكية ،
وهو أن الرهن رهن قبل القبض ، لم يزل على الجواز ، فمن أين يكون اللزوم ، أما الدليل
الثاني فيمكن مناقشته بأن كون " فرهان مقبوضه " أمرا لا يفيد ما ذهب اليه المالكية
ويمكن توجيهه بأنه شرط للزوم الرهن مع أنه أمر ، يقول ابن قدامة : والرهن عقد يلزم
بالقبض فلزم قبله كالبيع اذ هو عقد يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع (٢) ، ومن يتأمل
يرى أن البيع معاوضة والرهن إرفاق .
ويمكن أن يجاب عن مناقشة الدليل الاول بأن اللزوم ينص العقد .

(١) المنتقى - للباجي - ج ٥ ص ٢٤٨ .

(٢) المغني لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٦٨ .

١٨٢ - أدلة الجمهور :

وقد أستدل الجمهور على مذ هبهم بقول الله تعالى : " فرهان مقبوضة " ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن المصدر المقنون بالفاء في جواب الشرط يراد به الأمر ، والأمر بالفسى الموصوف يقتضى أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه ، إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى : " ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة " أي فليحرق رقبة مؤمنة .
والرهن عقد تبرع إذ الراهن لا يستحق في مقابلته على المرتبه شيئاً ولم هذا لا يجبر عليه فلا بد من إضائه بعدم الرجوع كما في الصدقة والهبة والاضمان يكون القرض ، والرهن عقد ينتقل الى القبول فانتقل الى القبض كالقرض ، والرهن الذي لم يقبض لا يلزم إقباضه كما لو مات الراهن (١) .

الرأى الراجع فى نظرى :

والرأى الراجع فى نظرى هو رأى الجمهور وذلك للاعتبارات الآتية :
أولاً : يقوم هذا الرأى على فهم صحيح لوجه الدلالة فى قوله تعالى : " فرهان مقبوضة " حيث يقوم على أصول لغوية سليمة ومستندة الى قاعدة أصولية صحيحة حاصلها ، كما قررها فقهاء الحنفية فى كتبهم ، أن الأمر بالشئ الموصوف يقتضى أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه فالمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة وهذا ان الامران يؤيدان الى استقرار معنى هذا الرأى وسلامته من الاعتراضات التى نوقشت بها أدلة المالكية مع الخلط الهادى فى رأيهم بين الجواز واللتزم .
ثانياً : أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء يتواءم مع طبيعة عقد الرهن بالنسبة للراهن لما ينطوى عليه من آثار تقترب فى طبيعتها من أحكام عقود التبرع بالنسبة للمتبرع حيث لا يستحق فى مقابلة عقد شياً ومن ثم فهو لا يجبر عليه ابتداءً ، الأمر الذى يتسنى معه تأكيد هذا الجواز بتقرير هذا الوصف للقبض ليكون دليلاً على الإضمان وعدم الرجوع وتلك معان يترجح معها فى نظرنا ما ذهب اليه رأى الجمهور .

(١) راجع : الام - ج ٣ ص ١٦٣ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٤ ص ٣٦٨ ، والزيلعي - ج ٦ ص ٦٣ ، والمحلى لابن حزم الظاهري - ج ٨ ص ٨٨ - مسألة : ١٢٠٩ .

آثار هذا الخلاف :

ويترتب على هذا الخلاف آثار منها : ان من قال ان القبض شرط تمام قال يلزم بالمقد ويجبر الراهن على الاتفاض الا ان يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفسد الراهن ويمرض او يموت وان من يرى انه شرط لزوم قال ما لم يقع القبض لزم يلزم الراهن الرهن فالذهب الاول يقوى جانب المرتهن والثانى يقوى جهة الراهن .

١٨٢ - تقدم الدائن على ملحقات الاعيان :

تقدم الدائن على العين يتناولها في ذاتها ويدخل في نطاق التقدم مع ذات العين ملحقات العين ويلحق بالعين نموها .

آراء الفقهاء في تقدم الدائن على نمو الاعيان :

اتفق الفقهاء على ان النماء جمعية والغلات مملوكة للراهن ، ولكنهم اختلفوا في دخول هذه الاشياء في الرهن مع اصلها وبالتالي تعتبر رهنا معه وذلك على عدة اقوال يمكن استظهارها من خلال ذكر عبارات الفقهاء في تلك المسألة وهى كالتالى :

١- في المذهب الحنبلي :

يرى الحنابلة والنخعي والشمسي ان نمو الرهن جسيمة وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالأصل وانما احتيج الى بيعه في وفاة الدائن يبيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكمب والاجسرة والولد والثمره واللبن والصوف والشعر (١) و يقول صاحب الشرح الكبير وانما ارتهن ارضا او دارا او غيرها تبعه في الرهن ما يتبع في البيع فان كان في الارض شجر دخل (٢) .

(١) المفتى لابن قدامة - ج٤ ص٤٣٤ ، ٤٣٥ .

(٢) راجع : الشرح الكبير - مع المفتى - ج٤ ص٤٠٧ ، ٤٠٨ .

٢- وفي المذهب الشافعي :

ويرى الشافعية هو ثور وابن المنذر وابن حزم: أن ما يحدث في يد المرتهن من عين الرهن من النماء المتحيز كالشجر والتمر واللبن والصفوف وكذا الكسب والاجرة لا يدخل في الرهن (١) وذلك بخلاف الزيادة غير المتميزة وهي المتصلة كسمن العبد وكبر العبد فيسرى الرهن اليها (٢) .

٣- وفي المذهب المالكي :

وضح ابن رشد رأى المالكية في هذه المسألة بقوله: " اختلف الفقهاء في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون ، ومثل الغلة والولد هل يدخل في الرهن ام لا ، فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لا يدخل فيه في الرهن لغنى الذي يحدث فيه في يد المرتهن ومن قال بهذا السراى الشافعي وذهب آخرون الى ان جميع ذلك يدخل في الرهن ومن قال بهذا القول ابوحنيفة والثوري .

ثم قال : وفرق مالك فقال : ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في الرهن تولد الجارية مع الجارية واما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن سواء كان متولدا عنه كمر النخيل او غير متولد عنه كسراة الدار وخراج الغنم (٣) .

٤- وفي المذهب الحنفي :

ويرى الحنفية ان نماء الرهن كالولد والتمر واللبن والصفوف ملك للراهن ورهن مع الاصل يقول صاحب الهداية : " ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والتمر واللبن والصفوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حقيق لانم فيسرى اليه (٤) " وورد في الفتاوى الخانية : " وما يتولد من الرهن

(١) الام - ٣ - ص ١٢٢ ، وشرح الجلال المحلى على المنهاج - ج ٢ ص ٢٧٨ .
(٢) شرح الجلال المهمل على المنهاج وحاشيتي قلوبى وعميرة عليه - نفس المكان السابق .

(٣) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٤) الهداية مع تكملة الفتح - ج ٨ ص ٢٣ وما بعد ها، وحاشية البابرتى على الفتح - نفس المكان السابق والمبسوط للسرخسى - ج ٢ ص ٧٩ وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٦ ص ٩٤ .

كاللبن والولد والصوف والتمر يكون رهنا مع الاصل وللمرتبه ان يمسك الكل الى ان يستوى د ينه* (١).

٥ - وعند الظاهرية :

ويرى ابن حزم الظاهري ان انماء الرهن لا يدخل فيه وكله لصاحب الاصل وهو الراهن لان الرهن هو ما تعاقد عليه لا ما لم يتعاقد عليه وكل ما ذكر من انماء شيء لم يتعاقد الصفقة عليه فكله غير الاصل وكله حاد في ملك صاحب الاصل فكله له (٢).

٦ - وعند الزيدية :

ويرى الزيدية ان الرهن ليس للمرتبه الا حق حبس الرهن فقط والرهن مملوك لصاحبه وهو الراهن (٣) اما فوائد الاصلية والفرعية كالولد والصوف والتمر واللبن للراهن سواء كانت موجودة حال عقد الرهن او بعد والوجه فيه انها ملكه وليس للمرتبه الا حق الحبس فما تقدم الا انها تكون بعد المرتبه رهنا كاصلها (٤).

١٨٤ - اقول : ومن خلال ما ذكره الفقهاء نرى انهم متفقون على ان انماء الرهن وغائه جميعا ملك للراهن ولشبهم اختلفوا في دخول هذه الاشياء في الرهن على ثلاثة اقوال :

اولهما : للحنفية والحنابلة والزيدية : وحاصل قولهم ان انماء الرهن وغلاته تكون رهنا مع المرتبه كالأصل .
ثانيهما : لابن حزم الظاهري وحاصل قوله ان الزيادة في الرهن من النماء والغلات لا تدخل فيه وكلها لصاحب الاصل وهو الراهن وهذا خلاف ما ذهب اليه القبول الاول .

-
- (١) الفتاوى الخانية - مطبوع على هامش الفتاوى الهندية - ج ٢ ص ٦٠٤ .
 - (٢) المحلى - ج ٨ - ص ٩١ وما بعد ها .
 - (٣) الروض النضير - ج ٣ ص ٣٧٩ .
 - (٤) نفس المرجع السابق - ص ٣٧٦ .

ثالثهما : للشافعية والمالكية وحاصل قولهم : انهم يفرقون بين انواع الزيادات الحاصلة في الرهن اما الشافعية فيفرقون بين الزيادة المتحيزة كالشجر والشجر وغير المتحيزة كمن الدابة والاخيرة وهي غير المتحيزة هي التي يسرى الرهن اليها .

واما المالكية فيفرقون بين ما يكون من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه يدخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وما لا يكون من النماء على خلقته وصورته فلا يدخل في الرهن سوا ما كان متولدا عنه شجر النخل او غير متولد عنه ككراء الدار وخراج الغلام ولكل دلهه .

١٨٥ - دليل القول الاول :

استدل اصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه بالقياس والاشتر :

١ - من القياس :

يقول ابن قدامة : " ان الرهن حكم يثبت في المين بمقد المالك فدخل فيه النماء والزيادة وذلك قياسا على الملك في البيع وغيره حيث ان الزيادة تدخل فيه بمقد المالك (١) ."

مناقشة هذا الاستدلال :

اقول : ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال بانه قياس مع الفارق لان البيع ينقل الملك من البائع الى المشتري فتكون الزيادة الحاصلة في ملكه بخلاف الرهن فانه مملوك للراهن وليس للمرتهن فيه اذ حق الحبس للتوثق .

٢ - ومن الاشر :

واستدلوا بالاشتر من طريقين :

الاول : بما اشترع معاذ رضي الله عنه فيمن ارتهن نخيلا فاشترت حيث قال : " ان الثمار رهن معها " (٢)

(١) المغنى لابن قدامة - ج٤ - ص ٤٣

(٢) المبسوط - للسرخي - ج٢١ - ص ٧٩

ووجه الدلالة في هذا الاثر :

انه قد دل على ان الثمار تلحق بأصلها وهو التخيل وفي هذا دلالة على
ان الزيادة الحاصلة في الرهن تكون رهنا مع أصلها .

مناقشة الاستدلال بهذا الاثر :

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه معارض بما نقل عن معاذ نفسه من طريق
طاووس ان في كتاب معاذ من ارثهن ارضا فهو يحتسب ثمرها لصاحب الرهن (١) .

الثاني : بما اثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الجارية المرهونة : " اذا ولدت

فولدها رهن معها " (٢) .

ووجه الدلالة في هذا الاثر :

انه قد دل على ان ولد الجارية رهن معها وفي هذا دلالة على ان الزيادة
الحاصلة تكون رهنا مع أصلها .

مناقشة الاستدلال بهذا الاثر :

اقول : يمكن ان يناقض الاستدلال بهذا الاثر بأنه قول صحابي في حكم
الرأي فيه مجال وقد اختلفت الرواية في اثر معاذ السابق وهو مثله في الدلالة
واختلاف الرواية عنه يدل على انها قالا ذلك عن اجتهاد وبالتالي فلا يكون حجة .

١٨٦ - دليل القول الثاني :

استدل ابن حزم لما ذهب اليه بالسنة والاثر والمعقول :

١ - من السنة : بما رواه سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال : " لا يطلق الرهن من رهنه الذي رهنه له غنمة وعليه
غنمة (٣) ."

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

(١) المحلى لابن حزم - ج٨ ص ٩٩ .

(٢) المبسوط - نفس المكان السابق - ص ٧ وما بعد ها .

(٣) المحلى - ج٨ ص ٩٩ ونيل الاوطار للشوكاني - ج٥ ص ٢٦ وما بعد ها

وسبل السلام - للصنعاني - ج٣ ص ٥٢ .

انه قد دل على ان الغنم للراهن والنماء من الغنم فوجب ان يكون لـه
واضافة المصدر الى الضمير يدل على العموم فيصير المعنى للراهن كـل
غنمه دون غيره * (١)

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

قال ابن قدامة : " لا نمانع في ان الغنم والنماء والكسب للراهن لكن يتعلق به
حق الرهن كالأصل فانه للراهن والحق متعلق به * (٢)

٢ - ومن الأثر :

استدل ابن حزم بما روى من طريق طاوس ان في كتاب معاذ من ارتهن ارضا
فهو يحتصب ثمرها لصاحب الرهن * (٣)

ووجه الدلالة في هذا الأثر :

انه قد دل على ان الثمرة لصاحب الرهن فتكون الزيادة له لا للمرتهن *

مناقشة الاستدلال بهذا الأثر :

اقول؛ وهذا الأثر معارض بالأثر الاخرى التي تدل على خلافه والتي استدلت بها
اصحاب القول الاول فلا يقوم به حجة *

٣ - ومن المعقول :

بما ذكره ابن حزم : " ان الزيادة للراهن لان الرهن هو ما تعاقد عليه
الصفقة لاملم يتعاقد عليه والزيادة شيء لم يتعاقد الصفقة عليه فله غير الاصل
وكله حادث في ملك صاحب الاصل فله له * (٤)

(١) المغنى - لابن قدامة - ج١ ص ٤٣ *

(٢) المحلى - نفس المكان السابق *

(٣) المحلى - ج ٨ ص ١٠ *

(٤) مغنى المحتاج - ج ٢ ص ١٣٧ *

١٨٧ - دليل القول الثالث :

واستدل اصحاب القول الثالث وهم الذين يفرقون بين انواع الزيادات الحادثة في الرهن وهم الشافعية والمالكية :

اولا : استدلال الشافعية لما ذهبوا اليه بالمعقول :

يقول صاحب منى المحتاج : " لا يسرى الرهن على الزيادة المتحيزة اى المنفصلة بالثمرة والصوف والبيض لان الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلا يسرى اليها الا جارة بخلاف غير المتحيز كالسمن والنهر والتعلم فانها تتبع الاصل لعدم تمييزها " (١)

مناقشة استدلال الشافعية :

اقول : ويمكن ان يناقش استدلال الشافعية من المعقول، بانه معارض بما استدل به اصحاب القول الثاني من السنة الامر الذي يدل على عدم الحجية فيما استدلسوا به .

ثانيا : واستدل المالكية لما ذهبوا اليه بالمعقول ايضا :

يقول ابن رشد : " احتج مالك بان الولد حكمه حكم امه في البيع اى هو تابع لها فيه وقرق بين الثمر والولد في ذلك بالمحنة المفرقة ، وذلك ان الثمر لا يتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط " (٢)

مناقشة استدلال المالكية :

وقد نقض استدلال المالكية بما ذكره ابن قدامة : " ولنا على مالك انه نساء حادث من عين الرهن ويسرى عليه حكم الرهن كالولد (٣) في فغير الولد يجب ان ياخذ حكمه في الاطلاق بالرهن .

رد هذه المناقشة :

اقول : ويمكن رد هذه المناقشة بان قياس غير الولد عليه في الاطلاق بالرهن ، قياس مع الفارق لان حكم الولد حكم امه في الزكاة والتدبير والاستهلا .

(١) منى المحتاج - ج٢ ص ١٣٧ .

(٢) بداية المجتهد - ج٢ ص ٢٧٣ .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج٤ ص ٤٣٥ .

فاسترقا .

١٨٨ - القول الراجح في نظري :

والقول الراجح في نظري هو القول الثاني الذي يقرر ان النماء مطلقا لا يدخل في الرهن وذلك للاختيارات الآتية :

- أولا : لقوة أدلته في نظري وتعاضد ها من السنة والاشتر والمعقول .
- ثانيا : القول بان النماء مطلقا لا يدخل في الرهن فيه مراعاة لجانب المدعى الراهن وهو ضعيف فقد شرع الله الرهن للتوثق واستيفاء الدين من المرهون عند تعذر الحصول عليه من الراهن في الموعد المضروب وفي هذا سعة على الراهن ومصلحة للمرتبهين .

ولما كان الراهن لا يلزمه شيء قبل الوقت المعلوم فلا يحقل ان يتسلط المرتبهين على استيفاء بعض حقه مقدما قبل مواعده ولا يخفى ما في ذلك من ضرر على الراهن لانحصار مورد له ولو مؤقتا بسبب ضياع هذا النماء منه او حبه عنده ولو لفترة مؤقتة الامر الذي قد يعطل قدرته على الوفاء .

ولس هذا فانني ارجح هذا القول لان فيه مراعاة لجانب الراهن المدعى وهو ضعيف وتلاهما لخرجه وعسرته واعانة له على اليسر والسداد .

١٨٩ - تقدم الدائن على بدل الاعيان :

وكما يتحدد نطاق تقدم الدائن على المدين في الاولوية الناشئة عن الرهن .
وعلى ملحقات المدين فإنه يتحدد أيضا بما يحل محل المدين عند فواتها للاستحقاق
بسبب من قبل الراهن ، كأن هلكت بفعلته أو استحققت وأتسر العبد بجناية
على نفس المير أو ماله واستحق كله بسببها إذا صدقه الراهن .
فاذا ما قامت المدين المرهونة واستحق بدلها فإنه يصير رهنا مكانها ويسرى
على البديل حكيم البديل فيتحقق تقدم الدائن عليه .
وقد تكلم الفقهاء عن هذه المسألة ، وينبغي الإشارة الى عبارة كل مذاهب
فيها .

١ - فسي الذهب الخنفي :

إذا استهلك الراهن ووجب ضمانه لذلك فإن ضمان الرهن وهو بدله يكون رهنا
في يد المرتهن فيقول صاحب الهداية : لو استهلك الراهن الرهن ضمن
الراهن قيمته لأنه بحق محتم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن
لقيامه مقام المدين . وان استهلكه فالمرتهن هو الخصم في تضيئة فيأخذ
القيمة وتكون رهنا في يده لأنه أحق لعين الرهن حال قيامه فكذا فسي
استرداد ما قام مقامه .^(١)

٢ - وعند المالكية :

إذا تصرف الراهن في المرهون بالبيع بعد رهنه وقبل جواز المرتهن له إذا كان
لن ينصرف في حوز الرهن ، وكان الرهن مميذا . فان ثمن بيع الرهن يبقى
رهنا فيأخذ المرتهن من المشتري ويبقى على صفة الرهنية (٢) .

(١) الهداية مع تكملة النتج ج ٨ ص ٢٢٧ وما بعدها ، وحاشية البابرتي عليه -

نفس المكان وتبين الحقائق للزلمي - ج ٦ ص ٨٧ وحاشية الشلبي
عليه - نفس المكان .

(٢) الخرفي - ج ٥ ص ٢٥١ .

ويقرر الآبي: " أن الرهن إذا تلف بسبب جنابة عليه من اجنبي هوند أخذت
تجسدة أى الرهن من الجانى عليه فتكون رهنا فى الدين المرهون هونيه
أن لم يأت الراهن رهنا كما لأول على أنه إذا لم يفت بالجنابة وكانت على
بعضة أو عيبته فلا يلزم الراهن الاتيان بثلاثة وهو كذلك ويجعل الارش
رهنا مع الرهن" (١).

٣ - وعند الشافعية :

إذا فات المبدد بسبب الجنابة عليه خطأ وأستحق الأرشى فان حق المرتهن
يتعلق به (٢) يقول صاحب معنى المحتاج " إذا وجب العيد بسبب جنابة خطأ
على غيره فان حق التثليل المرهون يتعلق برقبته فيباع وثمنه رهنا مكانة رقب
يصير رهنا ولا يباع (٣) ويقول: " ولو أ تلف المرهون وتبخر بدله صار رهنا
لقيامه مقامه ويجعل فى يد من كان الاصل فى يده ولا يحتاج الى انشاء
رهن جديد " (٤)

٤ - وعند الحنابلة :

إذا قتل المبدد المرهون أو جرح فالخصم فى ذلك سيده وما يقض بسبب ذلك
من شئ فهو رهن، يقول ابن قدامة: " إذا جنى على الرهن فالخصم فى ذلك سيده
لانه مالكة والارش الواجب بالجنابة ملكه ، وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة ، فيكون
رهنا مكانه " (٥).

٥ - وعند الظاهرية :

إذا مات الرهن أو تلف أو أبق أو كانت أمه فحملت من سيدها أو أعتقها أو باع
الرهن أو وهبه أو تصدق به فكل ذلك نافذ وقد يظل الرهن وبقي الدين
كله بحسبه ، ولا يكلف الراهن عوضا مكان شئ من ذلك ، ولا يكلف الممتنع
ولا الحامل استسعاء ، الا ان يكون الراهن لاشئ له .

(١) جواهر الاكليل - للآبي - ج٢ ص ٨٠ - والخرشي - ج٥ ص ٢٤٥ .

(٢) تكملة المجموع للمطيعي - ج١٢ ص ٢٥٩ . وشرح الجلال المحلى على المنتهاج - ج٢ ص ٢٢٩

(٣) معنى المحتاج - ج٢ ص ١٤٠ - (٤) نفس المرجع السابق ص ١٣٨ ونهاية المحتاج ج٢ ص ٢٩١

(٥) المعنى لابن قدامة - ج٤ ص ٤٢٠ - ٤٢١ .

من أين ينصف غريمة غيره فيبطل عتقه وصدقته وهبته . ولا يبطل بيعه ولا إصداقه (١) .

ويظهر من مذهب الظاهرية أن الرهن إذا فات فإنه يبطل ولا يكلف الراهن عوضا مكانه وهذا إذا كان قادرا على انصاف غريمة ، ولا فيبطل عتقه وصدقته وهبته ، ولا يبطل بيعه ولا إصداقه .

٦ - وعند الشيعة الزيدية والامامية :

إذا فات الرهن بسبب من قبل الراهن يتعلق به الضمان فإنه يصير مضمونا عليه (٧) .
ويصير موجب الجناية رهنا بدل الرهن الذي فات (٣) .

١١٠ - آراء الفقهاء في بدل المرهون :

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء نجد أن في مسأله سريان أحكام الرهن على بدل العين وبالتالي تقدم الدائن عليه تولين :

أولهما : للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والامامية ، وحاصلة أن حكم الرهن يسرى الى بدله فيصير رهنا مكانه ، وحجتهم أن حق المرتهن تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل . فحكم الرهن يسرى على بدله (٤) .

ثانيهما : للظاهرية ، وحاصلة أن حكم الرهن لا يسرى الى بدله إذا كان الراهن قادرا على وفاء دينه للمرتهن ، أما إذا كان غير قادر على انصاف غريمة فإنه يبطل تصرف الراهن في الرهن بالعتق والصدقة والهبة ويظل الرهن على حاله ضمانا للدين ، ولا يبطل البيع والإصداق .

(١) المحلى - ج ٢ ص ٩٣ .

(٢) الروض النضير - ج ٣ ص ٣٧٣ .

(٣) البحر الزخار - ج ٤ ص ١٢٤ .

(٤) الهداية مع تكملة الفتح ج ٨ ص ٢٢٥ والزيلعي ج ٦ ص ٨٤ .

وحجتهم : أن الرهن إذا كان قادرا على الوفاء فلا حاجة إلى استمرار حكم الرهن على بدله لعدم الحاجة إليه ، وإذا كان غير قادر على الوفاء وتصرف في الرهن بالعشق والصدقة والهبة فإن هذه التصرفات تقع باطلية ، لأنها صائفة إلى غير بدل فيضيع حق المرتهن في الوثيقة وذلك بخلاف البيع ولا صدق ، لأن البيع صائر إلى بدل يمكن أيقاف الدين منه ، والا صدق له بدل حكما فافتراقا عن التبرعات (١).

الرأى الراجح :

والرأى الراجح في نظري هو رأى الجمهور لقوة أدلته ، ولأنه يومى إلى حفظ حقوق الدائنين والتوسعة عليهم بسريان أحكام الرهن على بدله ، الأمر الذى يومى إلى ازدهار المعاملات ، وتوسيع نطاق الأولوية .

١١١ - حدود تقدم الدائن في الفقه الاسلامى :

ويتقدم السدائن على غيره في استيفاء دينه من العين وملحقاتها وبدلها ، وذلك بمقدار حقه الثابت في ذمة مدينة ، كما يرجع بالمصروفات التى أنفقتها ولم تكن مستحقة عليه يقول ابن قدامة : " كل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع أجيره الحاكم عليها وأن لم يفعل أكثرى له الحاكم من ماله فإن لم يكن له مال أكثرى من الرهن فإن بذلها المرتهن متطوعا لم يرجع بشئ " ، وإن أنفق بأذن الراهن أو أذن الحاكم عند تعذر أذن الراهن محتسبا رجوع به وأن تعذرا فمهما ، أشهد على أنه أنفق ليرجع بالنفقة وله الرجوع بها " (٢).

فإذا كانت النفقة لا تلزم الراهن لا يرجع المرتهن بها ، كنفقة المداواة والتأبير وأشبهها سواء أنفقها محتسبا أو متبرعا (٣) .

وتغريعا على ذلك فإن العبد إذا أبقى فاجرة من يرد على الراهن (٤) فإذا دفعها المرتهن ، فإنه يرجع بها ويتقدم بالدين معها على العين (٥) .

(١) المحلى - لابن حزم - ج ٨ ص ٩٤ وما بعدها مسالمة ، ١٢١٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٤١ ، ٤٤٢ .

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) تكملة المجموع للمطيمى ج ١٢ ص ٢٥٥ .

(٥) الخرشى ج ٥ ص ٢٥٤ .

وفي مسألة التقدم في استيفاء المصروفات مع الدين ٦ تفصيل حكماء الخرطوم فقهاء المالكية حيث يقول : " إذا أنفق المرتهن على الرهن ما يحتاج إليه فإنه يرجع بالنفقة في ذمة الراهن لاني عين الرهن حيوانا أو عقارا وسواء أذن الراهن له في الانفاق على الرهن أم لا ، لانه قام عنه بواجب (١) وهذا بخلاف النفقة على الضالة فانه لا يرجع بها في ذمة ربه بل تكون نفقتها في رقبته وهو أولى بها عند قيام القراء . والفرق أن الضالة لا يعرف ربه ولا يقدر عليه الآن ، ولا بد من النفقة عليها والرهن ليست نفقته على المرتهن إذ لو شاء لطلب الراهن بالنفقة على الرهن ٦ وإذا غاب ربح الامر للامام وينفق ثم يرجع بنفقة من الرهن (٢) .

وأذا قال الراهن للمرتهن أنفق على أن تنفك في الرهن ، أو أنفق والرهن ما أنفقت فيكون رهنا بالنفقة يبدأ بها على القراء (٣) .
وبناء على قول الخرعي : فان للمرتهن أن يرجع بالمصروفات التي أنفقها على الرهن في الحالات الآتية :

- ١ - إذا أنفق على الضالة بدون إذن الراهن والحاكم .
- ٢ - إذا أنفق على الرهن ما يلزم الراهن بعد أمتاعه ، وأذن الحاكم له .
- ٣ - إذا أذن له الراهن بالانفاق ، وأنفق معه على الرجوع بها أنفق في عين الرهن .

أما في غير الحالات الثلاث فان المرتهن إذا أنفق على الرهن ما هو من اختصاص الراهن فإنه يرجع بما أنفق على ذمة الراهن فيكون الانفاق في هذه الحالة ديناً عادياً ولا يرجع به لإفسي الرهن .

١٩٢ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون في موضع تقدم الدائن وحدونه في الفقهاء الاسلامي والوضعي يمكن القول أن هناك جوانب اتفاق وجوانب افتراق بين كلاهما هي :-
ويمكن التاء الفوء عليها بشئ من التفصيل .

- (١) نفس المرجع والمكان السابقين وراجع شرح الجلال المحلي على المنهاج ج ٥ ص ٢٢٥ حيث يقرر للقاضي أن يبيع جزء من المرهون في المصروفات إذا أمتنع المرتهن عن الانفاق الواجب عليه .
- (٢) الخرعي - ج ٥ ص ٢٥٥ .
- (٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

أولا : بالنسبة لجوانب الاتفاق :

١ - يقرر القانون أن نطاق تقدم الدائن في الأولوية المقررة على العقار يتناول العقار في ذاته وملحقاته كالعقار بالتخصيص وحقوق الإزفاق والتحسينات ولأنشآت كما يتناول ثمار العقار وما يحل محله من مال ، والشريعة الإسلامية يتفق مع الفقه الوضعي فيما يتعلق بنطاق التقدم إجمالا ، حيث يتحدد في الفقه الإسلامي بالعين وثمارها وبدلها وفيما يتعلق بملحقات العقار يلحق به ويأخذ حكمه من حيث شمول التقدم لها ، وإذا تنازع الأولوية مالك المنقول بامتيازته بالدائن مع الدائن صاحب التأمين المقرر على العقار ، والذي أمدت تأمينه إلى المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، فقد اختلف فقهاء القانون حول أحقية كل واحد منهما بممارسة التقدم على المنقول ، فبعضهم رجح حق الدائن والبعض الآخر رجح حق مالك المنقول ومن المؤكد أن الرأي الثاني يقترب من رأي الشريعة الإسلامية ، حيث لا يجوز شرعا للراهن أن يجس في العين أموالا مملوكة لغير مدينه .

٢ - يقرر القانون أن الدائن يتقدم على المال المثقل بالتأمين بأصل دينه والمصروفات وأن هذا يقترب مما قرره فقهاء الشريعة بالنسبة لأصل الدين وما ذهب إليه الخرسى من فقهاء المالكية بالنسبة للمصروفات .

ثانيا : بالنسبة لجوانب الافتراق :

ويتمثل الاختلاف بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بدراسة نطاق التقدم في أمرين أولهما شكلية تتعلق بمنهج الدراسة وثانيهما موضوعي :

١ - فالواضح من دراسة نطاق الأولوية في القانون أن هناك اختلافا في ممارسة الحق بين العقار والمنقول ، يترتب عليه اختلاف في بعض الأحكام ، والتفرقة بين العقار والمنقول فيسر محسوسة في الشريعة الإسلامية حيث يعتبر العقار والمنقول من قبيل الأعيان وهي تنازل الديون في الشريعة الإسلامية .

٢ - وفيما يتعلق بحدود التقدم هناك اختلاف جوهري بين الشريعة والقانون حيث يجيز الأخير للدائن أن يرجع على المدين بجانب أصل الدين والمصروفات ، بالفوائد ومن المؤكد أن هذه الفوائد تعتبر في نظر الشريعة الإسلامية ربا محرما وبهذا يظهر الفرق بين الشريعة والقانون .

المبحث الثمانس

حق التتبع

Droit de Suite

١١٣ - متى تقدر التأمين المعين على عين من الاعيان ، فالاصل ان يكون لصاحبه حق تتبع المعين في أي يد تكون والتتبع معناه ان التصرف الوارد على المعين يعمد تقرير التأمين المعين لا يؤثر في حق الدائن المزود به فيكون غير نافذ في مواجهته (١) ، فهو مكنته للدائن في ان ينفذ بحقه على العقار في يد الغير وان يفيد منه أكبر فائدة ممكنة ، وعلى هذا المعنى لا يقتصر التتبع على تمكن الدائن من توجيه اجراءات التنفيذ الى هذا الغير ، بل يفيد أيضا حق الدائن في رفض عرض الحائز تطهير العقار من الدائن (٢) .

وعلى هذا يكون التتبع مسخرا لحماية التقدم ، اذ الاول يؤدي الى التغلب على عبء قانونية قامت في طريق الثاني ، فهو اذا ليس مستقلا عنه ، ولا يكون له معنى الا اذا مهد استعماله لوقوع التقدم (٣) وكما يقول الاستاذان " مازو " : ان الاولوية المقررة للدائن ستكون هشة أكثر ان لم تكمل بحق التتبع الذي يسهل صراحة الى نصوص القانون حيث نصت عليه المادة ١/١٠٤٣ من التعمين المدني المصري والتي تقول : " يجوز للدائن المرتبه عند حلول الدين ان يتنوع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار " كما أحالت عليهما المادتين ١٠٩٥ ، ١١٣٤ من التقنين المدني المصري

(١) دكتور شفيق شحاته - النظرية العامة للتأمين المعين - ص ٢٤٤ ويطلق على التتبع في القانون الانجليزي : (A right to retain the Thing Pledge)
راجع: F. M. Goadby, intraduction to the study of law. P. 398.
Second edition - london. 1919.
Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., T. 13, P. 410. (٢)
Mazeaud, OP. Cit., n. 461.
Planiol, R pert et Becque, OP. Cit., T. 13, P. 409. (٣)
Mazeaud. OP. Cit., P. 458. Marty et Raynaud, OP. Cit.,
P. 191 n. 305.

وتختص الأولى بحق الاختصاص والثانية بحق الامتياز الخاص على العقارات (١) .
وفي القانون المدني الفرنسي تنص المادة ٢١٦٦ والمعدة بمرسوم ٧ يناير سنة ١٩٥٩
على أنه : " للداثنين الذين لهم حق امتياز أو رهن رسمي على عقار أو يتبعوه في أي
أيدي تضع يدها عليه حتى يستوفى الدائنون حقوقهم بترتيب استحقاقهم أو وفقاً لترتيب
قيدهم " وهذا النص من ثم يخول الدائنين المرتهنين والمقارنين حق التتبع ويعنى
ذلك أن لهم طلب البيع لاستيفاء الدين من ثمن البيع (٢) .
ولما كانت أحكام التتبع تختلف تبعاً لما إذا كان المال المقبل بالتأمين بالميسنى
عقاراً أو منقولاً ، فإنه ينبغي الإشارة إلى حقيقة وأنواع على حد :

١٦٤ - التتبع الوارد على العقار :

إذا تقررت الأولوية على عقار ، ثم انتقلت ملكيته إلى شخص آخر فإن هذا الشخص
الآخر يسمى اصطلاحاً " بالحائز " وهي تسمية غير دقيقة كما يقرر بعض الفقهاء (٣)
وقد عرفت المادة ٢/١٠٦٠ من التقنين المدني المصري الحائز بقولها : " يعتبر
حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى
حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين
المضمون بالرهن " فليس الحائز هنا هو الشخص الذي انتقلت إليه حيازة العين المرهونة
وإنما الحائز هو كل من تقرره حق عيني على الشيء المرهون سواء كان هذا حق ملكية
أم حق انتفاع أم حق ارتفاق (٤) .

وقد اشترطت المادة المذكورة أن يكون هذا الحق قابلاً للرهن ، ومعنى ذلك أنه
لو تقرر على العين حق لا يمكن التعامل فيه فإن صاحب هذا الحق لا يمكن اختياره حائزاً
بالمعنى الاصطلاحي ، وذلك كحق السكنى وهو حق لاصق بالشخص لا يمكن التعامل فيه ،

(١) راجع المادة ١٠٦٠ ويسرى التتبع على الرهن الحيازي وحق الاختصاص ، وحقوق
الامتياز التي لا تنشأ إلا بالقيود أما التي تنشأ بنص القانون ، فالأصل فيها أنها لا تمنح
صاحبها حق التتبع مادة ٢/١١٣٤ مدني ، ومع ذلك فقد أعطيت المادة ٢/١١٣٦ حق
التتبع لامتياز الخزانة العامة - راجع : د / شفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٢٤٦ .

(٢) Marty et Raynaud, OP. Cit., P. 141, n.305.

(٣) Mazeaud, OP. Cit., n.461.

(٤) د / شفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٢٤٧ .

فان صاحبه لا يعتبر حائزا (١).

١١٥ - وقد أستوقف مركز الحائز نظرا لفقده فهو لم يسهم في انشاء الدين الضمون ،
أو لم ينشئه كما هو الحال بالنسبة للدين الراهن مثلا ، كما لم يسهم في انشاء الرهن
أو لم ينشئه كما هو الحال بالنسبة للكفيل المعين ، ومع ذلك يستطيع الدائن أن يتبرع
منه العقار ويبيعه جيرا ويستوفى حقه من ثمنه وذلك على قولين :

أولهما : يقرر أن مركز الحائز يقوم على أساس الالتزام المعين :

ويذهب هذا الرأي إلى أن الحائز وإن لم يكن ملتزما شخصيا بالدين الضمون
الآن التزاما عينيا يقع على عاتقه ، وهو التزام وثيق الصلة بالمعين التي أتقلت إليه
ويسأل في الوفاء عنه بقدر قيمة هذه العين ، ويتقل منه إلى غيره إذا أخرجت من
ذمته ، كما إذا تخلى عن العين فإن هذه المسؤولية تقف ففكرة الحق المعين التبعية
وحد ها كهيئة بتأصيل مركز الحائز (٢) ، فالتأمين المعين مضمونه أن يستوفى صاحبه
ماله من دين من ثمن هذا العقار ، وهذا الحق متى شبر سرى على الكافة
ويحتمى سرياته كذلك أن يستوفى الدائن حقه من الثمن مهما كانت اليد التي
أل إليها المال ، وحيث يكون الأمر كذلك فإن الحائز يسأل عن دين لم يعقد وتكافئ
مسئولته نتيجة لقيام الحق المعين التبعية وتكون مسؤولية بلا مد يونية محددة بقيمة
العقار الذي تقررت عليه الأولوية (٣) .

وقوام هذا الرأي أن بعض الالتزامات تنتج وجودها من شيء تلحق به ، وتكليف الشخص
بإدائها لا يستند إلى توافر صفة المد يونية فيه ، بل أساسه هو حيازة الشيء ، ونتيجة هذا

(١) المرجع والمكان السابقين ، وراجع Colin et Capitant, OP. Cit.,
n.1302. Beudant et Voirin, OP.Cit., P. 301, n.293.
n.293. Planiol; Rupert et Becqué, OP. Cit., T.13.
P. 410.

(٢) د / اسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ص ٤٣ ، ود / شفيق شحاته - المرجع السابق
- ص ٢٤٩ ود / جمال الشمرناوى - المرجع السابق - ص ٢٢٧ .

(٣) وراجع في هذا المعنى في الفقه الفرنسي :

Beudant et Voirin, OP. Cit., P. 302, n. 294. Marty et
Raynaud, OP. Cit., P. 192, n.306. Josserand, OP. Cit.,
P. 1010. Planiol, Ripert et Becque. OP. Cit., P. 414.

التصوير أن الالتزام يزول عن الشخص إذا تصرف في الشيء إلى الغير ، وهذا تظهر الحقيقة الجوهرية في تقدير نظرية الالتزام المعنى ، حيث يخضع مركز الحائز للمقار المتقل بالأولوية لاحكامها ، وذلك على اعتبار أن الدائن المزود بالأولوية على المقار لا يستطيع أن يحيره على وفاء الدين كقاعدة عامة ، وإنما تتحدد مسؤوليته في حدود قيمة المقار المتقل بالأولوية ، وهو يبرى ذاته وبالتالي لا يجوز توجيه الاجراءات اليه ، إذا تخلى عن المقار ، وهكذا ينتهى هذا الرأى الى وجود التزامات معينة تتميز بطبيعتها وآثارها عن الالتزامات الشخصية .

ثانيهما : يقرر أن مركز الحائز يخضع لاحكام التأمين المعنى :

ويرى هذا الرأى أن الالتزام يقبض بطبيعته اسناده الى شخص ولا يجوز القول بانتزاع وجوده من شيء ، وعلى هذا النحو فان مركز الحائز في مواجهة الدائن المزود بالأولوية على المقار يقوم على أساس احكام الاولوية بوضعها حق معنى تبمى يتكسبه الدائن على المقار وهذا الحق يصيب المقار في كيانه الاقتصادي فيحول لصاحبه أن يستوفى دينه من المقابل النقدى للمقار ، وذلك بصرف النظر عن بقاءه مملوكا للمدين ، أو انتقال هذه الملكية الى شخص آخر ، لان الأصل في هذه الحقوق ، انها تجيز لمن تقررت لسه أن يتتبع الشيء في أى يد يكون ، ولكن كان هذا الحكم يصطدم في المنقول بحيازة شخص حسن النية فهو في المقار يلحق تطبيقا مطلقا .

وعلى ضوء هذا الرأى فان مركز الحائز للمقار المتقل بالأولوية ، لا تتوافر نيسه صفة الديونية ، وبالتالي أيضا فهو لا يسأل عن اداء الدين في أى مال من أمواله ولا يمنع ذلك الدائن المزود بالأولوية من التنفيذ على المقار الذى انتقلت ملكيته للحائز ليس لان الحائز مدبىن بالالتزام معنى ، وإنما لان حق الدائن يحول له أن يتعقب المقار لاستيفاء دينه من مقابلته النقدى (١) .

والذى يبدولنا أن هذا الرأى هو الراجع ، لانه يقوم على أساس قانونى سليم ، فالحائز لا تربطه بالدائن أى صلة حتى يقال أنه ملتزم ، لان الالتزام علاقة بين طرفين وهى غير

(١) د / شمس الموكيسل - المرجع السابق - ص ٣١٤ ود / أحمد سلامة - المرجع السابق

- ص ٣١٥ وعبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٢ ، ود / عبد المنعم

البدراوى - المرجع السابق - فتره ١١٧ ، ود / محمد لييب شنب - فتره ٧٠ ، وتارن :

د / جمالك زكى - المرجع السابق - ص ٢٩٠ .

موجودة بينهما ، والامر لا يعدو أن يكون تطبيقاً للأحكام المترتبة على الأولوية على
المقار ولهذا الاعتبار نرى ترجيح هذا الرأي .

١١٦ - شروط الحائز للمقار :

يشترط في الحائز للمقار ، حتى يسرى نطاق تتبع الدائن عليه شروطاً تستند في
مجموعها الى ما تقدم بشأنه مركزه ، فهو شخص لا تتوافر فيه صفة الد يونية ، ولكن
ملاكه الدائن من أولوية على المقار تخوله أن يتعمقه في أي يد كان .
وهذه الشروط وفقاً لمضمّن المادة ٢/١٠٦٠ من التفتين المدني المصري هي :

١- انتقال ملكية المقار المتقل بالاولوية الى الحائز :

والعلة في هذا الشرط أن أي تصرف قانوني يعقده الراهن بشأن المقار لا يقتضى
حتماً نشأة التتبع وإنما ينشأ التتبع فقط حيث يتقرر حق عيني يجوز بيعه (١) فلا يعتبر
مستأجر المقار حائزاً لأنه لم تنتقل اليه ملكية ، ولا يعتبر واضح اليد حائزاً
إذا لم يكن قد كسب الملكية بالتقادم ، فلا يتتبع الدائن المقار في هاتين الحالتين
وإنما ينفذ على المقار في يد مالكة وهو الذي تقررت عليه الأولوية (٢) .

٢ - انتقال ملكية المقار المتقل بالاولوية بعد قيد موجبها وقبل تسجيل تنبيه نزع

الملكية: ففي حالة الأولوية الناشئة عن الرهن ينهى أن تكون ملكية المقار قد انتقلت
بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن
لم يكن الرهن سارياً في مواجهته ، فلا يستطيع الدائن المرتهن تتبع المقار في هـصـة
الحالة في مواجهة الحائز (٣) .

٣ - تسجيل سند الحائز إذا كان قد تلقى ملكية المقار المتقل بالاولوية يتصرف

قانوني : فإذا انتقلت ملكية المقار المرهون الى الحائز بسبب غير قابل للتسجيل ، فلا

(١) د / شمس الدين الوكيل - نفس المرجع ص ٣١ - Mazeaud, et Chab-

as, OP. Cit., P.458, n.462. Aubry et Ruey, OP. Cit., n.287,

(٢) السنهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ٤٦٦ - not. l. Mazeaud, OP. Cit., n.467

(٣) راجع: محققه نى في ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ ، حيث قضت محكمة النقض بأن ائذار

الحائز يكون واجباً في حالة ما اذا كان لهذا الحائز وجود في تلك الظرف الزمنى الذى

ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية (مجموعة عمر ج ١ ص ١٨٨)

يتصور التسجيل في هذه الحالة ، فلو انتقلت ملكية العقار الى الحائز بالتقادم كان حائزا ولا يجب عليه التسجيل فلو انتقلت الملكية الى الحائز بعقد بيع وجب تسجيله (١) .

٤- عدم توافر صفة المد يونية في الحائز :

ويكون ذلك حين لا يكون الحائز مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين ، وعلى ذلك لا يعتبر حائزا المد يين التضامن ولا الكفيل الشخصي (٢) .

٥- عدم ترتب زوال سلطة التبعية على سند الحائز :

ويتحقق ذلك في كافة الصور التي تنتقل فيها الملكية الى شخص آخر مطهرة من كل رهن مثلا فاذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، فاكسب صفة الاموال العامة لا يجوز للدائن المرتهن ان يتتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية التي نزع الملكية وانما ينصب حقه على التمويض المستحق (٣) .

١٩٧- مباشرة التبعية في مواجهة الحائز للعقار المنقل بالاولوية :

واذا توافرت في الشخص صفة الحائز طبقا للشروط المتقدم ذكرها ، فقد نصت المادة ١٠٧٢ من التقنين المدني المصري على انه اذا لم يختار الحائز سداد بعض الديون المقيدة او يظهر العقار من الرهن او يتخلل عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن ان يتخذ في مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لاحكام قانون المرافعات الا بعد اذاره بدفع الدين المستحق او تخلية العقار ويكون الاذار بعد التنبيه على الدين بنزع

(١) السنهوري - نفس المرجع السابق - ص ٥٢٤ ، O.P. Cit. ، n. 472. Beudant et Voirin, OP. Cit., P.302.

(٢) Planiol, Ripert et Becqué. OP. Cit., P.414.

(٣) Planiol, Ripert, et Becqué OP. Cit., T. 13, P. 415.

Mageaud et Chabas, OP. Cit., P. 440.

وراجع : السنهوري - نفس المرجع السابق - ص ٥٢٤ - وشمس الدين الوكيل - نفس

المرجع ص ٣٢٠ ، ود / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٢١ .

الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد " (١) ويستخلص من النص ان الدائن يجب عليه أن يتخذ اجراءين :

أولهما : التنبيه على المدين بالدفع ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار والمدين هو المسئول الاصلى عن الدين ومن الواجب اخطاره بالشروع في التنفيذ فقد يكون عند هذ نوع توقف السير فيسه (٢) .

ثانيها : اذار الحائز وهو اذار رسي بالدفع أو التخلية ، وليس لانذار الحائز ميماد في القانون ، فيجوز الانذار بعد التنبيه أو مع التنبيه ، ولكن لايجوز تقديم الانذار على التنبيه ، ويكون الانذار يدفع الدين أو تخلية العقار المثقل بالاولوية ويجب أن تكون مصحوبا بتبليغ التنبيه الى الحائز والاكان باطلاء والمراد بذلك هو اعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه ، وبذلك يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلا وأن يعرف كل ما يقنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف في ضوء هذه المعلومات (٣) .

(١) وتنص المادة ٤١١ من تقنين المرافعات الجديد على أنه : " اذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني وآل الى حائز بعد مسجل قبل تسجيل التنبيه ، وجب انذاره بدفع الدين أو تخلية العقار ، والاجرى التنفيذ في مواجهته ، ويجب أن يكون الانذار مصحوبا بتبليغ التنبيه اليه ، والاكان باطلاء ، ويترتب على اعلان الانذار في حق الحائز جميع الاحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ الى ٤١٠ " ونصت المادة ٤١٢ من تقنين المرافعات الجديد ايضا على أنه : " يجب أن يسجل الانذار وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه ، والا سقط تسجيل التنبيه "

(٢) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٢٧ .

(٣) السنهاورى - نفس المرجع السابق - ص ٥٢٦ ، وقد أوجبت المادة ٤١٢ من تقنين المرافعات الجديد تسجيل الانذار والتأشير بالتسجيل على هامش التنبيه ، والا سقط تسجيل التنبيه ، وليس المقصود من تسجيل الانذار توقيع الحجز على اسم الحائز ، فان حجز العقار يتم بتسجيل التنبيه ، ولكن المقصود به هو استيفاء اجراءات الشهر العقارى حتى يتيسر لمن يتعامل مع الحائز أن يكون على بيبة من أمر الانذار كما يلاحظ أن وقف الرهن بعد أن ارتهنه الدائن يبيع لهذا الدائن تتبع العقار وهو موقوف ، راجع السنهاورى - نفس المرجع - ص ٥٢٦ هامش (١) ، د / احمد سلامة - نفس المرجع - ص ٣٣٨ ، ود / نعمان

بمعة - المرجع السابق - ص ٤١١ ، ٩٢ ، ود / جميل الشراون - المرجع السابق - ص ٤٢٩ ،

ويد العناصر العقار - المرجع السابق - ص ١٢٦ ، ود / محمد ايوب شنب - نفس المرجع

ص ١١٢٢ ، n. 1122 ، OP. Cit., P 472. Planiol, Ripert et Becqué,

Marty et Raynaud, OP. Cit., P. 195, n. 311.

١١٨ - سريان الاولوية في مواجهة الحائز :

قد يتمسك الحائز بأن اجراءات الفيد لم تستكمل الا في تاريخ لاحق على تسجيل التصرف الصادر اليه ، أو أن موجب الاولوية ، وهو الرهن مثلا سقطت عنه مرتبته لعدم تجديد الفيد ، أو أن الفيد قد زال اثره بالمحو فاذا تمسك الحائز بمثل هذه الدفوع ترتب على نجاحه في ذلك حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع .

وللحائز أن يتمسك في مواجهة الدائن المزود بالاولوية بالدفوع التي تتصل بوجود الدين وسلامته ، فاذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز كان لهذا الحكم حجبة الامر المقضى في مواجهة حائز العقار ، فالحائز هو خلف خاص للمدين فتسرى على الحائز جميع الاحكام التي تتعلق به ويجوز للحائز أن يتمسك بالدفوع التي تستمد اسبابها بعد صدور الحكم كاتضاء الدين بالتقادم أو بالمقاصة واذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز ، لم يكن الحكم حجة على الحائز ما لم يشترك في الدعوى ولا بد من اختصام الحائز مع المدين ، فاذا لم يختصم في الدعوى جاز له أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان في وسع المدين ان يحتج بها ، واذا اختصم صار طرفا في الدعوى فيمتنع عليه الاحتجاج بأى دفع كان يجوز التمسك به قبل صدور الحكم ، فاذا اخفت محاولته ، انتقل الي ما اعطاه له القانون من وسائل يواجه بها الدائن (١)

١١٩ - الوسائل القانونية المعطاة للحائز :

الحائز شخص امتد اثر الاولوية اليه ، وهو من الغير ، وعلى اثر هذا الامتداد تكمن العلة في منح الحائز كافة الوسائل القانونية التي يستطيع بها تحاشي التتبع ، وهو لا يسأل عن الوفاء بالدين الا في حدود قيمة العقار ، ومن ثم يكون عليه تحاشي اجراءات التتبع

(١) السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٢٧ ، ود / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٣٣١ ود / شفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٢٥٢ وما بعد ها . Marty et Raynaud , OP. Cit., P.197, n.317 رقم ١٨٠٦ في ٢٢ فبراير سنة ١٨٠٦ رقم 197, n.317 وراجع حكم محكمة Req في ٢٢ فبراير سنة ١٨٠٦ رقم 197, n.317 و S.1820/1/454 وحكم محكمة بوردو في ٦ اغسطس سنة ١٨٢٢ رقم S. 1834/2/51. مشار اليهم بالمرجع السابق . هامش (١)

إذا وفي هذا الدين ، بل وفي بعض الأحيان يكون عليه أن يوفيه ، وتسمى هذه الوسيلة بقضاء الدين ، كما يكون له أن يعرض قيمته على الدائنين وتلك هي وسيلة التطهير فإذا لم تكن هذه ولا تلك وزهد في العقار ولكنه في نفس الوقت لا يريد أن يظهر اسمه في إجراءات التنفيذ كان له أن يرفع عنه يد ويخليه^(١) وهذه الوسائل الثلاث تعتبر في حد ذاتها أثراً للتمتع وتطبيقاً عملياً لاحكامه ، حيث تتمخص في النهاية عن وصول الدائن إلى حقه ، وفقاً لاحكام الأولوية وتتكلم عليها بقدر من التفصيل الذي يوضح هذا المعنى

٢٠٠ - أولاً : قضاء الديون :

قضاء الدين أو دفعه هو الوسيلة الأكيدة التي تضمن للحائز بقائه العقار في يده فالدائن إذ يستوفي حقه المضمون كاملاً لن تكون له أدنى مصلحة في التمتع ، وهي في نفس الوقت لا تصيب الحائز بضرر إذا كان العقار قد انتقل إليه بمحض فاحتفظ به ولم يدفعه وكان يكفي لسداد الدين ، إذ غالباً ما يتفق المتصرف والحائز على أن يقوم هذا الأخير بدفع حقوق الدائنين من هذا المقابل ، وقد يكون المدين قد ترك مقابل العقار في يد الحائز حتى يقوم بدفعه إلى الدائنين ، وبالرغم من ذلك لا يفعل ، أما لأن المقابل غير كاف للقضاء الديون وأما لأنه كاف ويمتنع الحائز عن السداد لأي سبب ، وحينئذ يكون للدائنين اجبارة على وفاة المقابل لهم^(٢) .

وقد نصت المادة ١٠٦١ مدني على أنه : " يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الاجراءات من وقت ائذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد " وواضح أن الاختيار هنا وصف لموقف الحائز ، أما الدائنون فليس لهم خيار في هذا الصدد إذ غايتهم قد تحققت ، وهي حصولهم على حقوقهم كاملة : اصل الدين وملحقاته والمصروفات ، والفوائد بحيث لا يلتزم الحائز بدفعها ، إلا لمدة

(١) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٣٦ ، ود / كامل مرسى - المرجع السابق ص ١٧٠ .

(٢) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., P.496. Colin,

Copitant et de la Marondiéré, OP. Cit., P. 1112. Aubry,

et Rau, T. 3, n. 285, P. 570.

وقد اشارت مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ١٠٦ إلى أن القانون قد خرج في المادة

١٠٦٣/١٠٦١ عن الاصل العام وهو ان دفع الحائز للدين اختياري .

السنتين السابقتين على هذا التسجيل ، على نحو ما رأينا (١) ويجب ان يكون موعد الدين قد حل لان الداكن قبل وصول تاريخ الاستحقاق لن يستطيع ان يمارس اجراءات التتبع ضد الحائز (١) ويشترط ان يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، وهو شرط اراد به المشرع ان يتحاشى احتمال ان تستجد دائنون ينفذ حقهم قبل الحائز (٢) وان كان هذا لايعنى اكثر من ترديد لشرط يجب توافره في الحائز وهو ان يكون قد تملك بمعد القيد وقبل تسجيل التتبعه والا فانه لايعتبر حائزا الا اذا سجل ، ومالم يسجل لايعتبر حائز ولايلزم بقضاء الدين (٣) وقضاء الدين يكون مع مراعاة الشروط التي التزم بمقتضاها في مواجهة المدين (٤) ويترتب على قضاء الدين اختيارا او جبرا وصول الداكن المسزود بالاولوية الى حقه ، وهذا ما يهدف اليه ورود التامين العيني على العقار .

٢٠١ - ثانيا : تطهير العقار :

والتطهير عبارة عن الاجراء الذي يتبعه الحائز ليصل الى تخليص العقار من التامينات التي تثقله ، كالرهون والامتيازات ، او على الاقل تجنب العقار حق ممارسة التتبع عليه ، ويتم التطهير بعرض الحائز لقيمة العقار على الدائنين واعذارهم اما بقبول العرض أو طلب بيع العقار بالمزاد (٤) فاذا قبل الدائنون هذه العروض حصلوا على ديونهم من هذا العرض واذا رفضوا العرض لان الثمن غير كاف في نظرهم ، كان لهم ان يطلبوا بيع العقار في المزاد ويوزع ثمن البيع على الدائنين (٥) وهكذا يبدو ان التطهير لا يظهر

(١) Mazeaud et Chabas, OP. Cit., n. 473.

وراجع ما سبق - فقرة ١٧٥ من الرسائل -

(٢) د / سليمان مرتس - المرجع السابق - ص ١٤٧ ، ومازو - المرجع والمكان السابقين

(٣) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٣٨ .

(٤) Marty et Raynaud, OP. Cit., P. 207, n. 336.

(٥) المرجع والمكان السابقين ، ود / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٤٥ .

العقار بذاته ولكنه يؤدي بالضرورة اليه وقد منحه القانون للحائز حتى يستطيع
أن يحرر العقار سواء ببناؤه في حوزته أو خروجه منها (١).

وقد ظهر التطهير بالمعنى المتقدم في القانون الفرنسي القديم ، حيث ظهر مرسوم
في يونيو سنة ١٧٧١ الذي كان يبيح للمتملك الذي يريد التخلص من الرهون التي لم يكن
يعرفها ، بأن يودع عنده في قلم المحكمة لاختبار الدائنين المرتبنين ، فإذا لم يظهر
أحد خلال مدة معينة كانت المحكمة تسلم المتملك خطابات تصديق تؤكد حقه وتحسب
العقار من الرهون بنقل حقوق الدائنين من العقار الى السمر ، وإذا ظهر دائنون
فعلينهم اما قبول السمر أو زيادة العشر (٢) .

وقد ابقى كل من القانون الثوري ثم القانون المدني على هذا النظام مع تكييفه مع القواعد
الجديدة التي تخضع التأمين العقاري للتسجيل في نماذج خاصة ، ثم ادخلت عليه
تعديلات عديدة بموجب مرسوم ٤ يناير سنة ١٩٥٥ لكي يبقى على تطهير الرهون المسجلة
والتي تنظمها المواد ٢١٤١ الى ٢١٩٢ مدني فرنسي وقد صدر لها مرسوم ٧ يناير
سنة ١٩٥٩ لتلاءم مع نصوص المرسوم صالف الذكر (٣) .

وقد ينطوي التطهير على بعض المساوئ للدائنين ، اذ نتيجة للعرض الذي يوجهه
الحائز اليهم لا يكون امامهم سوى اختيار واحد من اثنين قبول المبلغ المعروض أو طلب
بيع العقار في المزاد وفي الحالتين يتهدد هم بعض المخاطرة ذلك ان المبلغ الذي
يعرضه الحائز غالبا ما يمثل قيمة العقار ويندر ان يزيد عنه الثمن المتحصل من المزايمة
عليه ، وهذا ما يلجئهم الى قبول العرض ، واول هذه المخاطر

(١) Josserand, OP. Cit., P. 1022, n. 1907. Marty et

Raynaud, OP. Cit., P. 207.

(٢) Marty et Raynaud, OP. Cit., P; 208.

(٣) Marty et Raynaud, OP. Cit., P.209.

أنهم قد لا يستوفون كل حقوقهم ويفضى بالرغم من ذلك التأمين اندي يضمن هذه الحقوق ان هي تنقضى نتيجة للتطهير الحتمي ، وهذا الامر فيه اجبار لهم على قبول الوفاء الجزئي مع أن القاعدة العامة تقضى بغير ذلك (م ١/٣٣٤) كما أن فيه اجبارا لهم على استيفاء حقوقهم قبل حلول الاجل ، اذ الحائز لا يلتزم بمراعاة اجل الاستحقاق وحينئذ يضطر الدائن للبحث عن مجال آخر يوظف فيه نقوده بعد ان كان مطمئنا الى انها تكد وطلعت بالفعل وقد يعمد الحائز الى بدء اجراءات التطهير في وقت ازمة طارئة تؤدي الى انخفاض الاسعار بشكل مؤقت ولا يملك الدائنون الزامه بالانتظار واخيرا يحق للحائز اذا كان قد تلقى ملكية جزء من العقار المرهون أن يظهر هذا الجزء من العقار ، وفي ذلك اخلال بمبدأ المساواة (١) .

وقد تضخمت مساوئ التطهير في نظر بعض التقنيات فدفعتها الى طرحه ، حتى أن بعض الفقهاء في ألمانيا وجدوا في التطهير نزعا للملكية دون تعويض ، على أساس أن المرتهن يسلب منه حق الرهن دون أن يحصل على دينه كاملا ، والواقع ان هذه المساوئ ليست بهذه الخطورة ، لان التطهير ليس بدعه بل له نظير في التشريع هو المادة ٥٤٤ مدني (٢) فضلا عن أن المصلحة العامة تقتضيه لما يؤدي اليه من تداول الاموال والمصلحة الاقتصادية العام ، ومن المؤكد ان المصلحة العامة تعلو بلا جدال على المصلحة الخاصة (٣) .

وقد نصت المادة ١٠٦٥ مدني على أنه اذا اراد الحائز تطهير العقار وجب عليه ان يوجه الى الدائنين المقيدة حقوقهم في مواطنهم المختارة في النيد اعلانات تشتمل على البيانات الاتية :

١ - خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ، ومحل العقار مع تعيينه وتحديد به بالدقة ، واذا كان التصرف بيما يذكر أيضا الثمن وماعسى ان يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن .

(١) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٤٦ وما بعد ها ، ومارتى ورينو - المرجع السابق - ص ٢٠٨

(٢) د / سليمان مرس - المرجع السابق - ص ٢٤٩ هامش (٢)

(٣) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., P. 538. Josseland, Loc. Cit., Colin, Capitant et de La Marandieré, OP. Cit., P. 1121. n. 1828.

ب- تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورثه هذا التسجيل .
ج- المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعا ويجب ان لا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ اساسا لتقدير الثمن فى حالة نزاع الملكية ، ولا ان يقل فى اى حال عن البائى فى ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان التصرف بيعا ، واذا كانت اجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ويجب تقدير كل جزء على حدة .
د - تائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق واسماء الدائنين .
كما نصت المادة ١٠٦٦ على أنه يجب على الحائز ان يذكر فى الاعلان انه مستعد ان يوفى الديون المفيدة الى القدر الذى قوم به العقار وليس عليه ان يصحب المعرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر المعرض فى اظهار استعداده للوفاء بالمبلغ واجب الدفع فى الحال ايا كان ميعاد استحقاق الديون المفيدة .
وبناء على هذين النصين يجب ان يتضمن العرض بيانات معينة ، وان يحوى تعهدا بدفع المبلغ المعروض ويجب ان يكون العرض بورقة رسمية على يد محضر يوجه الى كل دائن نفسى موطنه المختار (١) وقد استهدف المشرع من ذكر تلك البيانات اهدافا معينة بالنسبة لكل قيد على حدة ، ويترتب على اغفال بيانات القيد او عدم دقتها ، عدم الاعتداد بالعرض فى مواجهة الدائن الذى اصابه ضرر من جراء ذلك (٢) وفيما يتعلق بتعهد الحائز بدفع المبلغ المعروض فإنه لا يلزم الحائز ان يعرض القيمة عرضا حقيقيا بل يكفي ان يظهر استعداد له للدفع حالا ، سواء كان اجل دينه فى مواجهة سلفه قد جل أم لا ، ويجب الا يكون المبلغ المعروض أقل مما هو مستحق فى ذمة الحائز (٣) وان جاز ان يزيد عن ذلك الا اذا كان العقار قد ادى الى الحائز بدون مقابل فليس هناك قيد على تحديد المبلغ .

(١) د / احمد سلامة - السابق - ص ٣٥٤ .

(٢) د / عبد الفتاح عبد الباقى - السابق - ص ٤٤٦ ، ويفرق بعض الفقهاء بين البيان الجوهري وغير الجوهري وقد استبعد قانون الشهر تلك التفرقة - راجع : د / سليمان مرنس - المرجع السابق - ص ٢٦٤ - السنهورى الوسيط - ج : ١ ص ٥٥٣ .

(٣) Planiol, Ripert et Becqué, OP. Cit., P.572. n.1231.

ويترتب على العرض اثار منها بيع العقار بالمزاد العلني وقد يرسوا على الحائز اذا لم يتقدم احد بمبلغ يزيد على المبلغ المعروض او تقدم ولكن عطفاً الحائز زاد عليه بحيث لا يطلب الدائون بيع العقار فانهم يحتيرون قد قبلوا عرض الحائز في كل حالة تضي فيها المدة المحددة وهي ثلاثون يوماً دون ان يقوم واحد منهم بطلب بيع العقار حسب التفصيل الذي ذكرناه ويترتب على هذا القبول صريحاً أو ضمنياً اثر هام هو التزام الحائز شخصياً بدفع المبلغ الذي عرضه وبالتالي يفقد صفته باعتباره حائزاً ولا يمكنه ان يعود ليتخلى عن العقار (١) ولا يسوغ له ان يطلب انقاص المبلغ نظراً للاخفاض الطاريء في قيمة العقار (٢) كما ان امواله جميعاً تضمن الوفاء بهذا المبلغ (٣) غير ان هذا كله لا يغطي مسألة جوهرية وهي ان الحائز شخص تنفيذ الرهن في مواجهته وترتب على هذا النفاذ ان قام بعرض المبلغ على الدائنين ومن ثم لا يكون لهؤلاء من الحقوق اكثر من تلك التي تكون لهم لو ان العقار كان لا يزال في يد الراهن وينبني على ذلك ان الحائز يستطيع بالرغم من قول الدائنين ان يناقش حقوقهم في أصلها وفي مداها وفي نفاذها فيجوز له ان يتمسك في مواجهتهم بالتقدم او بالوفاء الجزئي واعدم تجديد قيودهم في المدة القانونية (٤)

(١) Planiol, Ripert et Becqué, OP. Cit., P. 585.

Aubry et Rue, OP. Cit., n. 294, P. 697, Note. 35,

(٢) Planiol Ripert et Becqué, loc. Cit.,

(٣) دكتور احمد سلامة - السابق - ص ٣٦٦ د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق

السابق - ص ١٢٩ ود / محمد اسبب شبيب - المرجع السابق - ص ٨٦ - يقرر:

أن للحائز التمسك بهذه الدفوع سواء تمسك بها المدين ام لا ، وراجح:

د / جميل الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٧٤٠ ود / جمال زكي - المرجع السابق

ص ١٦٤ د / من الوكيل - المرجع السابق - فقرة ١٠٩ د / نعمان جيسنة

- المرجع السابق ص ٤٥

(٤) Planiol, Ripert et Becqué. OP. Cit., P. 606.

خلاصة القول : ان التطهير اجراء يستطيع الدائنون ذوى الاولوية على العقار ان يمارسوا التقدم بحقوقهم على العقار من خلاله في الحدود المسموح بها نظامه وذلك وفقا لترتيب ديونهم في الثمن حسب مراتبها ولا فرق في ذلك ما اذا كان سبب الاولوية وهنا رسميا او حيازيما او حتى اختصاص مقيدا او حتى امتياز (١).

٢٠٢ - ثالثا : تخلية العقار :

والتخلية هي الوسيلة الاخيرة التي هيها القانون للحائز ولكنها وسيلة تختلف في هدفها عن الوسائل التي سلفت فلهذا كانت هذه الاخيرة تهدف الى تحاشي التسبب كلية فان التخلية تهدف الى تحاشي التسبب في مواجهة الحائز هي اذا لا تمنع التسبب ولا تعطله ولكن بمقتضاها يجرى التنفيذ في مواجهة الحائز والتخلية بهذا المعنى ترجع جذورها الى القانون الروماني حيث كانت التخلية هي الهدف الرئيسي للدائن ان كان يتطلب بمقتضى Vindicatio Pignoris من الحائز ان يتخلى عن العقار حتى يستطيع بيمه وكان سبيل الحائز في منع هذه التخلية هو قضاة الدين اما الآن فان التخلية رخصة للعائز (٢).

ونتيجة لها يرفع الحائز يده عن الحيازة المرضية للعقار ويتركها للحارس أو لممن تعينه المحكمة ويتباشر اجراءات نزع الملكية في مواجهته وعلى هذا فلا تأثير لها على الملكية او الحيازة القانونية ان كل منهما يبقى للحائز فله ان يرجع في التخلية ويوى الدين فتبقى الملكية له كما ان الهلاك يكون عليه (٣).

Baudry, La Cantinerie et de Loynes T.3., OP,Cit., (١)

وراجع : د / كامل مرسى - المرجع السابق ص ٢٥٠ . P.635, n, 239
ود / عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق ص ٤٥٢، ود / سليمان مرتضى -
المرجع السابق - ص ٢٦٩ ود / احمد سلامة المرجع السابق - ص ٣٧٣ .

(٢) Planiol, Ripert et Becqué, OP,Cit., P.499, n. 1144.

(٣) دكتور احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٧٩ هامش (١) .

وبالرغم مما يراه بعض الفقهاء من ان رخصة التخليصة لم يعد لها الآن اية فائدة بل هي تعطل الاجراءات وتزيد المصروفات (١) الا ان غالبية التشريعات تفحصها للحائز على اساس انها تحقق له بعض المزايها فهي من ناحية تدفع عنه مظنة الماطلة والاعسار لانه لو لم يلجا اليها لظهر اسمه باعتباره شخصا منزعجة ملكيته وهو امر له تأثيره السيء على سمعته المالية كما انها تمكنه من التخلص من مسؤولية ادارة العقار ووقاية نفسه كل تقصير في هذا الشأن واخيرا فانها تقيه مشغولية تتبع اجراءات نزاع الملكية وهي طويلة بما تستتبعه من ضياع الوقت والمال .

ومن المؤكد ان الحائز جد يربح بالتمتع بكل هذه المزايها وينبغي الايضاح من اجراء عمل لم يسهم فيه بل تلقى ملكية العقار وهو منقول بالتامين (٢) . ولهذا كان المشرع حكما حين اعترف للحائز بمكنة التخليصة لانه لم يسهم في انشاء الرهن وليس ملتزما شخصا بالدين ومن ثم فهو اول من يحترف لسه بهذه المكنة ويترتب على التخليصة تنفيذ الدائنين بحقوقهم على فسخ العقار بعد يوميه بالسداد العلى على النحو الوارد في القانون .

٢٠٣ - التسليم الوارد على المنقول :

اذا تحرت الاولوية على المنقول فهي اما ان تكون ناشئة عن رهن حيازي او عن حق من حقوق الامتياز العامة او الخاصة على المنقول . فاذا كانت الاولوية ناشئة عن رهن حيازي او عن حق من حقوق الامتياز الخاصة التي تقوم على اساس الحيازة استطلاع الدائن المزود بالاولوية في تلك الحالات ان يتسليم المنقول تحت يد من انتقلت اليه ملكيته او من ترتب له علمه حق عيني ما لم يكن هذا الشخص قد تسلم المنقول بحسن نية فالكسب لساك حقا مبنيا واقعة الحيازة .

(١) De Page et Dekkers, OP. Cit., P. 8000, n. 874.

(٢) Colin, Capitant et de la Marandière, T.2., OP.Cit.

P.1113. Jossierand, OP. Cit., P. 1019.n.1903.

وراجع د / محمد كامل مرسى - التامينات العينية فقرة ١٧٩ ود / رشيد شحاتة المرجع السابق ص ٢٥٨ وما بعد ها د / عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص ٤٥٥ د / منصور مصطفى - المرجع السابق ص ١٥٠ د / سمير تناغ فقرة ٥٨ وما بعد ها د / شمس الوكيل المرجع السابق ص ٣٥٩ ود / سليمان مرسى المرجع السابق ص ١٧٩ ود / محمد على امام المرجع السابق ص ٣٨٦ .

ومن ثم فإن اثر حق التمتع في المنقولات يتعطل اذا اعترضت الدائمين صاحب التأمين قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (١).

ولا بد لكي يتعطل حق التمتع في المنقولات يمتلك القاعدة ان تتوافر شروطها والا يبقى حق التمتع خالصا للدائمين وهو لذلك يستطيع ان ينزع ملكية المنقول من المشتري كما لا يمكن ان يزول على ملك البائع المدين وهذا الحق يتوافر للدائمين المؤبد بالاولوية الناشئة عن رهن حيازي كما هو متوافر لموَجِر العقار ولصاحب الفندق في حدود الاولوية الناشئة عن امتياز كل منهما فاذا خرج المنقول من ملك المدين استطاع كل منهما ان يتسببه (٢).

وقد اولى القانون موَجِر العقار عناية خاصة حيث اعطاه مكنة تسبب المنقول تحت يد الغير ولو انتقلت اليه جيازته واكملت لدية شروط الاحتجاج بها وقد نصت على ذلك المادة ٥/١١٤٣ من التقنين المدني المصري على انه :
" اذا انتقلت الاموال المثقلة بالامتياز من العين الموجهة على الرغم من معارضة الموجه او على غير علم منه ولم يبق في العين اموال كافية لضمان الحقوق الممتازة بقي الامتياز قائما على الاموال التي نقلت دون ان يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الاموال ويبقى الامتياز قائما ولو اضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها اذا اوقع الموجه عليها حجزا استحقاقها في الموعد القانوني " .

وينبني على ذلك ان للموجه ان يتسبب المنقول المثقل بالامتياز ولو انتقل الى حائز كسبه عليه حقا مبناه الحيازة بشرط ان يكون الموجه قد اوقع حجزا استحقاقها في الموعد القانوني (٣)

(١) دكتور شفيق شحاته - نفس المرجع السابق - ص ٢٦٢ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) راجع السنهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ٩٧٧ وما بعد ها والدكتور عبد الفتاح

عبد الباقي - التأمينات فقرة ٤٥٣ ، والدكتور سليمان مرقس - حقوق الامتياز ص ٥٨٣ ،

والدكتور محمد علي امام - التأمينات - فقرة ٤٥٣ ، والدكتور محمد كامل مرسى -

فقرة ٤٤٦ .

فاذا اوقع الدائن الحجز في خلال المدة المقررة استنطاق ان يتتبع المنقول ولو كان الغير قد كسب عليه حقا على اساس جهازته له اى ولو كان الغير حسن النية ويستند في حقه الى سبب صحيح على أن مو المؤجر هذا يسقط بمجرد مضي ثلاث سنوات على نقل الاشياء .

وللمؤجر كذلك ان يحبس الاشياء الثقيلة بالامتياز وان يطالب بردها على اعتبار ان الحبس اثر من آثار التتبع كما يستطيع ان يسترد ما يمن لم يكسب عليها حقا ما، كما ان له ان يوقع عليها حجزا تحفظيا وهي لا تزال بالمعنى المؤجرة فهنوع بذلك نقلها والتصرف فيها (١) .

اما اذا كانت الأولوية المترتبة على المنقول ناشئة عن حق امتياز عام فلا تتبع فيها وفقا لنص المادة ٢/٢١٣٤ من التقنين المدنى المصرى وقد لك الامر بالنسبة لحق الامتياز الخاصة على المنقول اذا ما عارضتها قلعة الحياة في المنقول (٢) الا اذا كانت الأولوية ناشئة عن امتياز خاص على المنقول فيجوز التتبع وفقا لنص المادة ٢/١١٣٩ من التقنين المدنى المصرى (٣) .

٢٠٤ -١- نقض التتبع وحده وبقاء الأولوية:

والتتبع على النحو السالف بهانه سلطة خولها القانون للدائن ليقل له مباشرة التقدم على اوسع نطاق ولهذا اجاز له التفتيد على المال المشقل بالاولوية تحسب يد حائزة .

والغالب من الامران يترتب على انقضاء التتبع زوال موجب الأولوية ولكن هناك بعض الاحوال يتصور بشأنها ان يحرم الدائن من مباشرة التتبع وتبقى الافضية قائمة .

(١) دكتور شفيق شحاتة - نفس المرجع السابق - ص ٢٦٥ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع - ص ٥٩٦ .

١ - يمرض ذلك في كافة الصور التي يهبط فيها العقار المثقل بالأولوية ويستحق عنه مقابل نقدي كموض التامهن أو مبلغ التمويض هنا ينقض التتبيع لا استحالة مباشرته وان كان حق الدائن يتعلق بالمقابل النقدي يستوفى فيه دينه حسب المرتبة التي يخولها له موجب اولويته وكذا الامر اذا نزع ملكة العقار للمنفعة العامة حيث يمتنع على الدائن تعقب العقار في يد الحكومة وانما يستقر حقه على مقابل التمويض .

٢ - اذا قام الحائز بعداد جميع الديون التي يضمنها العقار المثقل بالأولوية خلصت له ملكيته محررة منها وينقض بالتالي حق التتبيع ولكن الاولوية تبقى اذا اودع الحائز الديون في خزانة المحكمة موطئة لتوزيعها بين الدائنين وكذا الامر فيما يتعلق بتطهير العقار اذا عرض الحائز المبلغ التقديري ولم يعارض فيه احد ثم اودعه خزانة المحكمة حيث يكون للدائنين مباشرة الافلوسة على هذا المبلغ وان كان يمتنع عليهم تتبع العقار ويصدق هذا الحكم في كل الصور التي يودع فيها الحائز جميع العقار المثقل بالأولوية بالمزاد في خزانة المحكمة ويتحقق ذلك اذا ما رسا عليه المزداد سواء كان لنتيجة رفض الدائنين المبلغ التقديري المفروض عليهم او بعمد تخليه العقار او تحمل اجراءات نزع الملكية (١) .

٢٠٥ - حقيقة التتبيع في الشريعة الاسلامية :

اذا تقررت الاولوية على عين من الاعيان فللدائن ان يستوفى حقه من العين المثقلة بالأولوية ولاحقاتها ويدلها على النحو الذي رأينا في تقدم الدائنين وحدوده في الفقه الاسلامي . وحق الدائن يثبت على العين فلو ان المدين تصرف في العين المثقلة بالأولوية تصرفا من شأنه ان يضر بالدائن فقد قرر الفقهاء عدم جواز تصرف المدين في المال المثقل بالأولوية الا بان الدائن وللدائن اذا وجد عين ماله عند مدينه الذي افلس ان ياخذ بالأولوية على غيره من الغرماء كما ان له ان يتتبع العين اذا اخرجت من ذمة مدينه بالمسوت فيستوفى دينه العيني مقدما على حقوق غيره في التركة على النحو الذي قرره الفقهاء .

(١) دكتور شمس الدين الوكيل - نفس المرجع - ص ٢٧٢ * وراجع ما نسرناه

والدائن المزود بالا ولويسة حين يمارس حقه في التسبغ لا يقتصر نشاطه على ذات الاعيان المثقلة بالا ولويسة فيتصرف فيها حيثما وجدت ليستوفى دينه منها بل ان له ان يلازم مدينه ويمسعه من السفر ليراقب عن قرب ما يدخل ذمته من مظاهر الكسب فينفذ عليها بالا فضلية على غيره من الغرما .

وعلى هذا النحو تظهر حقيقة التسبغ في الفقه الاساسي فهو لا يقتصر في نطقه على تسبغ الاعيان بل يمتد الى ملازمة الدين ومراقبة ما يحصل له من كسب لا سلفا الدين منه وينبغي القاء الضوء على مضمون التسبغ في كلتا الحالتين تسبغ الاعيان وملازمة الدين .

٢٠٦ - اولا : التسبغ الوارد على الاعيان :

لا يقتصر تسبغ الدائن المزود بالا ولويسة على الاعيان على حال حياة المدين بل يتعداه اليها بعد وفاته فيستقر دينه على اعيان التركة وتستوفى بالا فضلية منها فالتسبغ يتحقق في كل حالة يستقر فيها الدين على المدين وذلك كما في المرحون واموال المدين المحجور ورجوع الدائن في عين ماله وتصرف المريض مرض الموت فيما يجاوز الثلث والتسبغ في هذه الحالات يحدث حال حياة المدين وبعد وفاته يتعلق الدين بعين التركة ويستوفى بالا فضلية منها فالدين يتسبغ المدين بعد وفاة مدينه ويأخذ دينه منها .

ولما كان التسبغ في حال الحياة يقتصر بوجود المدين وهو بشر فيه من الضعف ما قد يدفعه الى التلاعب بدائنه بالتصرف في الاعيان المثقلة بالا ولويسة على نحو يضر به ولهذا فان ممارسة التسبغ في حال الحياة تتخذ اسلوبا يختلف عنه بعد ها حيث يقوم الاسلوب في حال الحياة على اسلوب نوتر توصيفه بالسلب والايجاب اما جهة السلب فتتمثل في منع المدين من التصرفات التي تضر بدائنه واما جهة الايجاب فتتمثل في اعطاء الدائن الفرصة ، لاستيفاء دينه من الاعيان المثقلة بالا ولويسة بينما التسبغ بعد حياة المدين يقتصر على جهة الايجاب حيث مات المدين وخرت ذمته فلا يستطيع التصرف بما يضر ولهذا فان اسلوب التسبغ بعد حياة المدين يقتصر على تكوين الدائن المزود بالا ولويسة على

استيفاء دينه من اعيان التركة المثقلة بالدين بالتقدم على غيره من الدائنين
ولهذا الاختلاف الهادى بين اسلوب التنسيع في حياة الدين وبعدها نسود
القائم الضوء على كل حالة على حدة .

٢٠٧ - ١ - تنسيع الدائن حال حياة المدين :

تعم فكرة التنسيع في فقه القانون على حقيقة حاصلها يتمثل في مواجهة تصرفات
المدين الضارة بدائنه والتي ترمى الوافكالات المال المثقل بالاولوية من قبضة
الدائن حيث اعطاه القانون مكنة تنسيع هذا المال تحت يد من تصرف اليه المدين
واستيفاء الدين المزود بالاولوية منه في أي يد يكون .

وقد سبق فقهاء الشريعة الاسلامية في تطبيق هذا المبدأ لحماية الدائنين
فأوقفوا تصرفات المدين على اجازة الدائن الموزود بالاولوية على العيين التي
يريد المدين ان يتصرف فيها وعلى هذا النحو قرروا ابطال تصرف الراهن
الضار بالمرتبهين وتصرفات المدين بعد توقيع الحجر عليه كما ابطالوا الوصيصة
فيما يجاوز الثلث اذا صدرت هذه التصرفات دون اجازة الدائن وينبغي بيان ذلك .

٢٠٨ - تصرفات الراهن الضارة بالمرتبهين :

يقدر الفقهاء ان الراهن وهو المدين لا يجوز له ان يتصرف في العيين المرهونة
على النحو الذي يضر بدائنه وهو المرتبهين فاذا تصرف فيه بغير اذن المرتبهين
كان له الحق في فسخ العقد واسترداد العيين اذا كانت قائمة وهذا هو المعنى
التنسيع وقد خالف ابن جزم جمهور الفقهاء في ذلك .
وينبغي الاشارة الى اقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة .

١ - في المذهب الحنفي :

يقول صاحب الهداية : " واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتبهين
فالببيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتبهين فيتوقف على اجازته وان كان
الراهن يتصرف في ملكه كمن أو صمى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على

الثالث لتعلق حقهم به (١) فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضى بمقروطه وان قضاء الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الال في المحل واذا انفذ البيع باجازه المرتهن ينتقل حقه الى يده وهو الصحيح وان لم يحسز المرتهن البيع وقضاه انفسه (٢)

ويقول الزيلعي : " ويوقف بيع الراهن على اجازة مرتتهنه او قضاء دينه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وكون الراهن متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لواثته او اوصى له به او لغیره باكثر من الثلث فاذا نفذ البيع باجازه المرتهن جازوا لا فلا " (٣)

٢ - في المذهب المالكي :

يقول الخرقي : الراهن اذا باع الراهن بعد ان قبضه المرتهن وحازه او كان بيد امين فان باعه بمثل الدين او اكثر منه فلا كلام للمرتهن وياخذ دينه وان باعه باقل للمرتهن ان يرد البيع سواء كان دينه عيناً او عرضاً لان حقه تعلق بالرهن وله ان يجيزه وياخذ الثمن ويطالب الراهن ببقية حقه وقد لك للمرتهن ان يسرد البيع اذا كان دينه عرضاً من بيع ولو باعه باكثر من قيمة العرض لان المرتهن لا يلزمه قبول العرض قبل اجله - (٤)

٣ - في المذهب الشافعي :

يقرر الجلال المحلى : أنه ليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك فلا يصح (٥) لثلا يبطل معنى التوقي (٦) وي نهاية المحتاج : " وليس للراهن المقبض تصرف

-
- (١) الهداية - مع تكملة الفتح - ج ٨ ص ٢٢٤ و ٢٢٥ ، والبايرتي على تكملة الفتح نفس المكان السابق وحاشية سعد جليبي - نفس المكان .
(٢) الهداية ، وحاشية البايبرتي ، وحاشية سعد جليبي - على تكملة الفتح - نفس المكان السابق .
(٣) تبيين الحقائق للزيلعي - ج ٦ ص ٨٤ وحاشية الشلبي عليه - نفس المكان السابق .
(٤) الخرقي - ج ٥ ص ٢٥١ ، وجواهر الاكليل للآبي - ج ٢ ص ٨١ .
(٥) شرح الجلال المحلى على المنهاج - ج ٢ ص ٢٧٠ .
(٦) حاشية الشيخ عميره - على شرح الجلال المحلى - نفس المكان السابق .

صح غير المرتهن بخير ان نه يزيل الملك كبيع وهبة ووقف اذ لو صح لغانت الوثيقة (١) .
وفى تكملة المجموع للمطبعي : " ولا يملك الراهن التصرف في العين بما فيه ضرر على
المرتهن لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " فان باعه او وهبه او جمعه
مهما في نكاح او اجرة في اجارة او كان عبدا فثأته لم يصح لانه تصرف يبطل حسب
الوثيقة من المرتهن فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ - (٢) .

٤- في المذهب الحنبلية :

يقدر ابن قدامة انه : " ليس للراهن ان يتصرف في الرهن باجارة ولا اعارة
ولا غيرها بغير رضى المرتهن لثلاثي ذلك الى ضياع الوثيقة عليه (٣) ونفى
كشاف القناع : " اى مقبوض بغير اذن مرتهن بما يمنح ابتداء عقد ه كسبه ووقف
ويجوز رهن ونحوه كجعل عوضا في صداق او طلاق لا يصح لانه يبطل حق المرتهن
من الوثيقة وليس يعينى على العارية والتغلب فلم يصح بغير اذن المرتهن
كفسخ الرهن (٤) :

٥- وعند الزيدية والاملية :

ورد في البحر الزخار في حكم تصرفات الراهن في الرهن انه : " لا تصرف للراهن
فيه الا باذن المرتهن لتعلق حقه به فان فعل نقضه ذلك بل تصرف فيه ضرر
بالمرتهن (٥) " ويقدر صاحب الروض النضير : " لان للمرتهن حبس الرهن
حتى يستوفي دينه منه (٦) .

٦- وعند الظاهرية :

يقدر ابن حزم الظاهري : " انه اذا باع الرهن او وهبه او تصدق به فكل
ذلك نافذ وقد بطل الرهن وبقي الدين كله بحسبه ولا يملك الراهن عوضا مكان
شيء من ذلك ولا يملك الممتق ولا الحامل استمقا الا ان يكون الراهن لاشيء

(١) نهاية المحتاج - ج٣ ص٢٧٢ ، ومعنى المحتاج - ج٢ ص١٣٢ .

(٢) تكملة المجموع للمطبعي - ج١٢ ص٢٥٠ .

(٣) المعنى لابن قدامة - ج٤ ص٤٣ .

(٤) كشاف القناع - للبهوتي - ج٣ ص٣٣٤ وشرح منتهى الارادات - ج٢ ص٢٣٤ .

(٥) البحر الزخار - ج٤ ص١١٨ .

(٦) الروض النضير - ج٣ - ص٣٧٩ .

له من اين ينصف غريمه غيره فيسبطل عنقه وصدقته وهبته ولا يبطل بهمه
ولا يصد اقمه* (١) .

٢٠٩ - آراء الفقهاء في تصرفات الراهن في الرهن :

ويتضح لنا مما سبق ان في تصرف الراهن في الرهن ثلاثة اقوال :

- اولها : المنع ، وهو قول الشافعية والحنابلة والاحناف .
- ثانيها : المنع ان اضر بالمرتبه وهو قول المالكية .
- ثالثها : الجواز مطلقا اضر المرتبه او لم يضر وهو قول ابن حزم .

٢١٠ - دليل القولين الاول والثاني :

وحجة الجمهور على ما ذهبوا اليه ان العيون المرهونة وان كانت ملك المدعى
الراهن الا ان حق الدائن قد تعلق بها على سبيل الوثيقة وتصرف المدعى فيها
يتضمن ابطال حقه عليها وهو مخالف للمعنى الذي شرعت من اجله الوثيقة فوجب
ان يتوقف التصرف على اجازة من شرع البطلان لاجله وهو الدائن . (٢)

وان التصرف في المرهون دون اذنه فيه ضرر شديد عليه لانه يبطل حقه ويضيع
عليه التوثيق ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضرر بقوله : " لا ضرر
ولا ضرار (٣) " وقد استدل المالكية على جواز التصرف ان لم يضر بالمرهون
شرعا توثيقا لاستيفاء الدين وفي التصرف المصلحي والاكثر ما يوصل الى هذا المعنى
فلا يبطل التصرف حينئذ .

٢١١ - دليل القول الثالث :

لما ابن حزم فقد احتج لرأية بان التصرف الصادر من المدعى قد صدر من اهله
مضافا الى محله فيصح لان الرهن مال الراهن بلا خلاف وكل هذه الامور مباحة
للمرء في ماله بنص القرآن والسنة والاجماع المتفق (٤) فوجب ان يصح تصرفه في

(١) المحلى - ج٨ ص ٩٣ ، مسألة : ١٢١٤ .

(٢) راجع : الزيلعي - تبين الحقائق - ج٨ ص ٨٤ ، وشرح الجلال المحلى على

المنهاج - ج٢ ص ٢٧ ، وابن قدامة - المنى - ج٣ ص ٤٣ ، والخزني - ج٥ ص ٢٥١

(٣) تكملة المجموع للمطهي - ج١٢ ص ٢٥٠ . (٤) المحلى - ج٨ ص ٩٤ .

جميع الحالات .

ولما كان التصرف من المدين في تلك الحالات صحيحا فانه ينافي الوثيقة
فيبطل الرهن ويبقى الدين كله بحسبه ويتبع المرتهن الراهن . (١)

واذا كان الاصل ان تصرف المدين صحيح في جميع الحالات الا انه يبطل فسي
حالات العتق والصدقة والهبة اذا كان لا يملك ما ينصف به غراما ، وذلك لما فسى
هذه التصرفات الثلاثة من معنى المعروف وكل معروف صدقة لقول الرسول صلى الله
عليه وسلم كل معروف صدقة والصدقة لا تجوز الا عن ظهر غنى لقول الرسول صلى
الله عليه وسلم : " الصدقة عن ظهر غنى " فيبطل تصرفه في الحالات الثلاثة اذا كان
لا يجد ما ينصف به غراما ، لذلك (٢) .

الراى الراجح في نظرنا :

واننى اؤيد راى الجمهور لانه يتفق مع مقصود ما شرع الرهن له وهو الوثيقة
لحق الدائن الامر الذى يبنى فيه اخذ اذنه عند اى تصرف يتضمن المساس بحقه
والجمهور لا يتكروا على المدين ملكته للمال المرهون كما قرر ابن حزم لكنهم فسى
الوقت الذى يعترفون فيه بحق المدين في ملكته المرهون لا يخطون الدائن
حقا له على العين احترامه الشارع والله . عليه وراى ابن حزم فضلا عن مخالفته
لاجماع العلماء ، لم يراع هذا المعنى ، ولهذا فاننى ارجح ما ذهب اليه الجمهور .

٢١٢ - تصرفات المدين في المال المحجور عليه :

اذا حجر على المدين لحق الغراما فان الدين يتعلق بعين المال الذى حجر
عليه فيه وقد قرر جمهور الفقهاء القائلين بالحجر في المذاهب المختلفة ، منع
المدين المحجور عليه من التصرفات الصارة بالغراما كالتيارات والسقاطات لما فيها
من الضرر سواء كانت بموض او بخير عوض .

(١) نفس المرجع السابق - ص ٩٣ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٩٤ .

والتبرعات هي كل تصرف يصدر من المدين ويصادف أصل المال الذي تعلق
حق الغرما به بناءً على حكم الحجر أما الاسقاطات فهي انواع من التصرفات يستطيع
بها من له حق قي شيئ معين من اسقاط حقه او بعضه فيه بارادته المنفردة ويجمع
بين التبرعات والاسقاطات ان قي كل منها تعلق في الحياة بدون عوض (١).

١ - في المذهب الحنفي :

يقول صاحب الهداية : " اذا طلب غرماً المغلس الحجر عليه حجر القاضى
عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماً " (٢)

٢ - في المذهب الشافعي :

يقرر صاحب نهاية المحتاج : " انه اذا حجر على المدين بطلب او بد ونسبه
تعلق حق الغرماً بماله كالرهن فلا ينفذ تصرفه فيما يضرهم لتعلق حق الغرماً
بالمال (٣) :

٣ - وفي المذهب المالكي :

يقول الخري : " من احكام الحجر منع المدين من تصرف مالي لا في ذمته ، اى
بسبب الحجر يمنع من الصرف المالي من بيع وشراء وكراء واكتراء ولو بغير محاباة
وما في الشارح من ان المنع من البيع حيث كان بمحاباة فيه نظر لان المحاباة مسن
التبرع وهو يمنع فيه بمجرد الاحاطة " (٤)

٤ - وفي المذهب الحنبلي :

جاء في شرح منتهى الارادات : " ولا يصح ان يتصرف في المال والمراد تصرفاً
مستأنفاً كبيع وهبة ووقف وعتق واصداق ونحوه لانه محجور عليه فأشبهه الراهن
يتصرف في الرهن " (٥)

(١) المغنى لابن قدامة - ج٦ ص ٢٤٠

(٢) الهداية - الميرغاني - ج٣ ص ٢٠٨

(٣) نهاية المحتاج للبرلي - ج٣ ص ٣١٢

(٤) الخري - ج٥ ص ٢٦٦

(٥) شرح منتهى الارادات - ج٢ ص ١٤٠

وعلى هذا النحو فإن المدين اذا حجز عليه لحق العروطة فان يوتهم تتعلق
باعتبار ماله ويترتب عليه احتباس اعيان المال لمداد ما حجز لاجله من الذي يسون
ومثل الحجرى هذه الحالة كمثل الرهن حيث لا يجوز للراهن ان يتصرف فى
المرهون على النحو الذى يرمى الى ضهاق حق الوثيقة على المال كما رأينا من قبل

٥ - وعند الشيعة الامامية:

جاء فى تحرير الاحكام ما نصه: "يمنع المفلس من كل تصرف مبتدأ يصادف المال
الموجود وقت الحجر كالمعتق والرهن والهبة والكتابة لما لا يصادف المال كالنكاح
والخلع واستيفاء القصاص والمفوع عنه والاقرار بالنسب ونفسه باللعبان والاستهباب
وقبول الوصية فانه مباح (١)

٦ - وعند الشيعة الزيدية:

جاء فى البحر الزخار: "ولا ينفذ من المدين فيما يتناوله الحجر تصرف ان قصد
تعلق به حق الغرما لقوله صلى الله عليه وسلم: "خذوا ما وجدتم من الخير وكالرهن (٢)

أقول: ويظهر من اقوال الفقهاء فى المذاهب المختلفة انهم متفقون جميعا
على ان المدين اذا حجز عليه فان حق الغرما يتعلق به من ماله لا ذمته
وبالتالى لا ينفذ تصرفه عليهم فيه .

٢١٣ - تصرفات المريض الضارة بالورثة والغرما:

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء ان حق الورثة والدين يتعلق باموال المريض
مرض الموت ولهذا كان المريض ممنوعا من كل تصرف يرمى الى الاضرار بالدين
او الورثة .

فانما تصرف المريض على النحو الذى ينهى بحقوق الغرما والورثة فان تصرفاته
الضارة هذه تتوقف على اجازة الدين والورثة فيمنع المريض من كل تصرف يرمى

(١) تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية - للعلامة جمال الدين ابى القاسم
الحسن بن يوسف بن على الحلبي - المتوفى سنة ٧٢٦ هـ - ج١ ص ٢١٢ - مطبوع ببيروت
سنة ١٣١٤ هـ . (٢) البحر الزخار - ج٥ ص ٩٠ .

الى الاضرار بالدائنين او الورثة صيانة لحقهم الثابت في المال يقول صاحب الهداية : " واذ اقر الرجل في مرض موته بدون وعليه ديون في صحته ودون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدوين الصحة والدوين المعروف الا سباب مقدم على ما اقره في مرضه لان اقراره لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غريمه الصحة تعلق بهذا المال استيفاؤه ولهذا منع من التبرع والمحاباة لصلا اذا احاطت الديون بماله وبالنزاهة على الثلث اذا لم يكن عليه دين (١) . "

وقد اجمع الفقهاء على ان الوصية بما زاد على الثلث او للوارث لا تجوز الا اذا اقرها الورثة (٢) لما روى عن ابي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله تصدق عليكم بثلاث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في اعمالكم (٣) . "

فقد افاد هذا الحد يثان الوصية لا تجوز الا في حدود الثلث لتعلق حقيق الورثة بالثلثين بدليل قوله عند وفاتكم فتتوقف الوصية فيما جاوز الثلث على اجازتهم وقد انمقد الاجماع على ذلك (٤) فان قيل خالف ابن حزم في ذلك فنقول انسه خلاف شاذ فالاجماع قد وقع قبله فلا تنص مخالفة من بعده ، وقد روى عن ابي امامة قال : " سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث روى عن ابن عباس قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تجوز وصية لوارث الا ان يضاف الورثة (٥) . "

(١) الهداية - مع تكملة فتح القدره والعناية على الهداية - ج٧ ص٢٤٥

(٢) راجع : نيل الاوطار ج٦ ص٤٤٤

(٣) رواء الد ارقطفي - المرجع السابق - ص٤٣

(٤) نقل الشوكاني هذا الاجماع ، راجع نيل الاوطار - ج٦ ص٤٤٤

(٥) نفس المرجع السابق - ص٤٦٤

فقد افاد هذا الحد يثان انه لا وصية لوارث الا باجازة الورثة وبى هذا ليهل
على ان لهم فى مال المورث حقا بمقتضاه يتوقف تصرفه على اجازتهم وقد انعقد
الاجماع على ذلك ايضا . كما صرح به الشافعى وغيره وقال الشوتانى انها موقوفة
على اجازة الورثة (١) .

ومما يجد رذ كره ان ابن حزم الظاهرى قد قرر ان اقرار المريض فى مرض موته
وبى مرض افاق منه لوارث ولغير وارث نافذ من راس المال كإقرار الصحيح ولا فرق (٢) .
ولا يخفى ما فى هذا القول من مخالفة لاجماع الفقهاء وقد جرى به ابن حزم على
عادته فى قوله بعدم تعلق حق الغرما والورثة بيمين مال المدين وقد رجحنا مسن
قبل راي الجمهور .

٢١٤ - تتبع الدائن ليمين ماله فى مال المفلس :

اذا كان الدائن قد باع عيناً لمدينه ولم يقبض ثمنها ثم افلس المدين ووجد
الدائن المدين قائماً فى مال الرجل فقد قرر جمهور المالكية والشافعية والحنابلة
والامامية ان الدائن اولى بيمين ماله من الغرما وخالف فى ذلك الحنفية والزيدية
فذهبوا الى ان الدائن ائمة الغرما ، ونشير اولا الى اقوال الفقهاء فى المسألة
ثم نعرض الآراء والادلة ثم نرجح بينها .

١ - فى العذبة المالكى :

يقول الخرئى : من باع سلعة وجازها المشتري وقبل ان يقبض الهامع ثمنها
فلس المشتري فلها ثمنها وهو المبراد بالغريم ان يأخذ عين شيشه المحاز عنه
فى حالة الفلوس وهو احق به من الغرما لان الذمة موجودة فى الجملة ودين الغرما
متعلق بهما (٣) .

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) المحلى - ج ٨ ص ٢٤٤ ، مسألة : ١٣٨٠ .

(٣) الخرئى - ج ٥ ص ٢٨١ ، وبداية المجتهد - ج ٢ ص ٢٨٣ .

٢ - في المذهب الشافعي :

يقول الرملي : * في رجوع المعامل للمفسر عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه من باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس فله استرداد البايع للخبر المار في ذلك (١) * .

٣ - في المذهب الحنبلي :

ورد في الشرح الكبير : * الفلاس اذا حجر عليه فوجد بعض غرامه سلعته التي باعها ايهاا بمعنيها فله استرداد العين بشرط ان يكون الفلاس حيا ولم يتقد من ثمنها شيئا والسلعة بحالها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها (٢) * .

٤ - وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : * ومن فلس من حي اومهت فوجد انسان سلعته التي باعها بمعنيها فسبو اولى بها من الغراما وله ان ياخذها (٣) * .

٥ - وعند الامامية :

ورد في البحر الزخار : * واذا فلس المشتري والسلعة قائمة فالبايع اولى بهها لقوله : * صلى الله عليه وسلم من وجد متاعه بمعنيه عند مفلس فهو احق به (٤) * .

٦ - وعند الحنفية :

يقول صاحب الهداية : * ومن افلس وعند متاع لرجل بمعنيه اهتلمه منه فصاحب المتاع اسوة للغراما فيه (٥) * .

٧ - وعند الزيدية :

يقول الصنعاني : * روى في المحلى من طريق وكوسع عن هشام الد ستواشي

(١) نهاية المحتاج للرملي - ج٣ ص٣٦ وصفى المحتاج - ج٢ ص١٥٧ ، ١٥٨

(٢) الشرح الكبير مع المعنى لابن قدامة - ج٤ ص٤٦٩ .

(٣) المحلى - ج٨ ص١٧٩ مسألة : ١٢٨٣ .

(٤) البحر الزخار - ج٥ ص٨٣ .

(٥) الهداية - مع تكملة الفتح ج٧ ص٣٣٠ ، والعناية عليه - نفس المكان .

عن قتادة عن خلاص بن عمرو عن علي بن ابي طالب عليهم السلام انه قال : " اذا باع الرجل متاعا من رجل وتبضه ثم افلس فالبائع اسوة الغرما " . (١)

أقول : ويظهر من اقوال الفقهاء أن في رجوع البائع في عين ماله القائمة فليس مال المفلس اذا لم يقبض ثمنها رأيين :
اوليهما : لجمهور الفقهاء ، وحاصله انه يرجع في عين ماله وهو اولى بها من الغرما .
ثانيهما : للحنفية والزيدية وحاصله ان البائع اسوة الغرما .
ولكل دليله :

٢١٥ - الادلة التي استند اليها جمهور الفقهاء :

استدل جمهور الفقهاء على مذاهبهم بالاحادِيث الآتية :

- ١ - روى عن ابي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : من ادرك ماله بعينه عند رجل افلس او انسان قد افلس فهو احق به من غيره .
رواه الجماعة ولفظ قال في الرجل الذي يعدم اذا وجد عند المتاع ولم يفرقه انه لصاحبه الذي يباعه .
رواه مسلم والنسائي ولفظ " ايما رجل افلس فوجده رجل عند ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له " .^(٢)
- ٢ - وما روى عن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ايما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي يباعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو احق به وان مات المشتري فصاحب المتاع اسوة الغرما " .
رواه مالك في الموطأ (٣) .

وروجه الدلالة في هذين الحديثين : انهما قد افادا باكثر من طريق ان البائع اذا ادرك ماله بعينه في ماله المفلس فهو احق به من الغرما ويقبول الشوكاني :

(١) الروض النضير - ج٣ ص٤٦٩ .

(٢) نيل الاوطار - للشوكاني - ج٥ ص٢٧٢ و٢٧٣ .

(٣) نفس المرجع السابق - ص٢٧٣ .

الأحاد يث رغم ورودها في البيهقي أنه يلحق به القرض والعارضة والود يعمة
بلا ولسي (١) .

مناقشة ادلة الجمهور:

وقد ناقش الحنفية ومن معهم ادلة الجمهور بالاعتراضات الأتية :
الاعتراض الأول : قالوا : إن هذه الأحاد يث اختيار آحاد مخالفة للوصول لان السلعة
صارت بالبيع ملكا للمشتري ومن ضمانه واستحقاق البائع اخذها منه نقض لملكه (٢) .
رد هذا الاعتراض :

وقد رد الجمهور هذا الاعتراض بأن هذه الأحاد يث ليست اختيار آحاد ولكنها
رويت من طرق مختلفة يوكد بعضها بعضها وهي احاد يث مشهورة من غير وجه (٣) .
وإذا كانت كذلك وجب العمل بمقتضاها والا كان العمل مخالفا لما يقتضيه خطاب الشارع .

الاعتراض الثاني :

قالوا هذه الأحاد يث محمولة على صورة ما إذا كان المتاع ود يعة او عارية (٤) .
رد هذا الاعتراض :

رد الجمهور هذا الاعتراض بأن حمل الأحاد يث على ما إذا كان المتاع ود يعة
او عارية فيه تعسف شديد لا يستقيم مع فهم منطوقها، ولأنه يبطل فائدة الحكم
بالفلسر (٥) ، يقول الشوكاني : " لو كان كذلك لم يقيد بالافلاس ولا جعل احسق
بها لما تقتضيه صيغة افعل من الاشتراك كما يدفع هذا الاعتراض بان حد يست
ابن يكرورد بصيغة " ايما رجل ياع " ، فان فيه التصريح بالبيع وهو نص فسي
محل النزاع كما ورد التصريح بالبيع في روايات مختلفة وتعدد (٦) .

الاعتراض الثالث :

قال بعض الحنفية إن هذه الأحاد يث يمكن حملها على ما إذا افلس المشتري

(١) نفس المرجع السابق - ص ٣٢٤ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين والروض النضير - ج ٣ ص ٤٦٦ .

(٣) الروض النضير - ج ٣ ص ٤٦٢ ، نيل الاوطار - ج ٥ ص ٢٧٤ .

(٤) نيل الاوطار للشوكاني - ج ٥ ص ٣٧٤ .

(٥) الروض النضير - ج ٣ ص ٤٦٢ (٦) نيل الاوطار - نفس المكان السابق .

قيل ان يقبض السلعة (١) .

رد هذا الاعتراض :

وقد رد الجمهور بان جل الاحاد يشعلى هذا المعنى غير ممكن فقد ورد فيها ما يدل على قبض المشتري المغلس لها على سبيل القطع في حديث ابي هريرة: "عند رجل " وى لفظ لابن حبان " ثم افلس وهى عنده ، واليهيقي : " اذا افلس الرجل وعند متاع " فهذه النصوص تدل على ان المشتري قد قبض السلعة والا لما ذكرى الروايات لفظ " عنده " (٢) وهذا تسلل أدلة الجمهور مما ورد عليها من اعتراضات .

٢١٦ - ادلة الحنفية والزيدية :

استدل الحنفية والزيدية على ما ذهبوا اليه بالسنة والمعقول :

بين السنة :

١- احتجوا بما رواه ابو عاصه ونوح بن ابي مرهم عن الزهرى عن ابي بكر بن عبيد الرحمن بن الحارث بن هشام عن ابي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اذا افلس الرجل ووجد الرجل متاعه فهو بين غرمائه " (٣) .
٢ - وما رواه صدقة بن خالد عن عمر بن قيس سندل عن ابن ابي مليكة عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : " من باع يميها فوجده بمعينه وقد افلس الرجل فهو ماله بين غرمائه " (٤) .

وجه الدلالة فى هذا الحد يثنى : انهما قد اتفادا ان يبيع المتاع اذا افلس المشتري ليس له الرجوع فى عين ماله بل يكون أسوة الغرماء .

بين المعقول :

ان الافلاس يوجب المعجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حيق

(١) الروض النضير - ج٣ ص٤٦٦ .

(٢) نيل الاوطار - للشوكاني - نفس المكان السابق .

(٣) الروض النضير - ج٣ ص٤٦٩ ، والعناية على الهداية مع تكملة الفتح ج٧ ص٣٣١ .

(٤) الروض النضير - ج٣ ص٤٦٦ .

الفتح باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعنى الدين وتقيض العيين تتحقق
بعضها بمبادلة (١) وتوضح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به وينسب
في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس ياقية كما كانت قبله فلا فرق
بين المفلس والملي * وانما ثبت ان حقه في الذمة في مستوى مع بقية الغرما لا استوائهم
في التعلق بها وبالتالي يكون تقدمه في استيفاء عينه لا وجه له (٢) .

مناقشة ادلة الحنفية والزيدية :

وقد ناقش جمهور الفقهاء ادلة الحنفية والزيدية بالاعتراضات الاتية :

الاعتراض الاول :

قالوا ان حديث ابي هريرة الاول ليس فيه ما يفيد ان المبيع باق بمعينة حيث
لم يصح به فيحمل حكمه على ما اذا استهلك المشتري السلعة وهذا امر مسلم به كما
انه خارج عن محل النزاع (٣) وفضلان ذلك روى من طريق ابي عصمة وهو وضاع
فلا يحتج بروايته (٤) خاصة وانها قد عورضت برواية صحيحة عن ابي هريرة
تخالفها وتؤيد الجمهور .

الاعتراض الثاني :

قالوا اما حديث ابي هريرة الثاني فمع انه موقوف يمكن حمله على انه فيمن يباع
بعد علمه با: فلاس المشتري والحديث غير صحيح لانه من رواية عمر بن قيس وهو
ضعيف (٥) قال يحيى : " ليس بشقة وقال البخاري منكر الحديث جدا وقال احمد :
احاديثه بواطل " . (٦)

(١) الهدية - مع تكملة الفتح - ج٧ ص ٣٣١ .

(٢) العناية على الهدية - للباقرى مع تكملة الفتح - ج٧ ص ٣٣١ .

(٣) الروض النضير - ج٧ ص ٤٦٦ .

(٤) نفس المرجع السابق - ص ٤٦٧ والمحلل لابن حزم - ج٨ ص ١٧٨ حيث يقول :

وابو عصمة كذا مشهور بوضع الحديث على رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٥) الروض النضير - ج٣ ص ٤٦٧ .

(٦) نفس المرجع السابق - ص ٤٦٥ هامش (٢) .

وقال ابن حزم عمر بن قيس ضعيف جدا (١) وقد عورضت روايته بما صحح عن أبي هريرة رضي الله عنه خلاف هذين الأثرين المكذوبين (٢).

وأما ما استدلوا به من المعقول فهو لا يصح الاحتجاج به لأنه قد عارض النص بعقد دافع ماورد على الاحاديث التي استدلت بها الجمهور من مناقشات قال الشيخ تقي الدين ودلالة حديث الرجوع بالعين تويبة جدا حتى قيل إنه لا تأويل له (٣).

الرأى الراجح :

وعلى ضوء العرض السابق لرأى كل فريق وأدلته نجد أن أدلة الجمهور تويبة وقد سلمت من المناقشات الامر الذي لم تسلم متعادلة مخالفيهم ، فضلا عن ذلك فالأخذ برأى الجمهور يتفق مع المبادئ العامة التي تقرها الشريعة الاسلامية لحفظ حقوق الناس كما أن فيه ترجيح الجانب شخص باع سلعته ولم يقبض ثمنها ، فالعقل يحيد رعايته حتى لا يتساوى مع من لا يمتون الى ملكيتها بصلته والملك قبل دفع الثمن ملك غير مستقر لان الذمة مشغولة بمقابلته الامر الذي يجعلنا نطمئن الى ترجيح رأى الجمهور.

(١) المحلى - ج - ٨ ص ١٧٨ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) الروض النضير - ج - ٣ ص ٤٦٦ .

٢١٧ - ب: تتبع الدائن بعد وفاة المدين :

بعوت المدين تنتهي ذمته ،وتصبح غير سالحة لتعلق الديون وحينئذ لا مناص من تعلقها بأعيان المال ،وذلك لان المال كما يقرر صاحب كشف الاسرار " خلف عن الذمة في الحقوق التي تقضى بالمال " (١)

وقد رأينا ونحن بعد د تعلق الديون بمال المدين بعد الحياه (٢) أن اقوال غالبية الفقهاء في المذاهب المختلفة تتفق على أن الديون تتعلق بالتركة بعد وفاة المدين تعلق أستيفاء وعلى هذا فللدائن أن يتتبع أعيان التركة ويستوفى دينه منها * وذلك لتعلق الدين بها على نحو ما قرر الفقهاء (٣) .

ولما كان تعلق الدين بأموال المدين حال الحياه وبعد ها إنما هو تعلق معنى يقتصر على ماليتها هذه الاموال * أى قيمتها دون أن يتمداه الى صورها وأعيانها * فإن حق الدائن في أستيفاء دينه في التركة لا ينصرف اليها مباشرة * وإنما يتوقف ذلك على عدم إعطاء الورثة للدائنين مالهم من حقوق تتعلق بالتركة * لان لهم امساك عينها وسداد ما عليها من ديون *

فاذا لم يقم بسداد ما على التركة من ديون * كان للدائنين أن يتتبعوا أعيان التركة وهو تتبع أيجابى يستهدف الحصول على الدين * وعلى هذا فلو تصرف الورثة فسى التركة قبل سداد الدين يفسخ البيع ويكون المبيع من التركة من حقوق الدائنين يستوفون ديونهم منه فإن بقى شىء رده للورثة والدليل على ذلك:

قول الله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " (٤) فقد منع الله سبحانه أنتقال المال الى الورثة الا بعد سداد الديون ،وفى هذا دليل على تعليق الديون بالمعين ،وعدم أنتقالها الا بعد سداد تلك الديون ،والا فانها تنتقل اليهم مثقلة بها ،وهذا هو معنى التتبع المعروف في الفقه الوضعى *

(١) كشف الاسرار - ج٤ ص ١٤٣١ . (٢) راجع ص ٦٣ ، ٦٤ من الرسالة .

(٣) راجع : العناية على الهداية - بهامش تكملة الفتح ج٧ ص ٣ وحاشيتي قليوب وعميرة - ج٢ ص ٢٨٣ ، والذهنى لابن قدامة - ج٤ ص ٤٨٦ ، وحاسية الدسوقي

على الشرح الكبير - ج٢ ص ٢٧٠ ، وراجح د / عبد النادر المطار - المربع السابق ص ٣١٢ .

(٤) النساء - آية : ١١ .

٢١٨ - ثانياً : حق الملازمة :

لا يقتصر نطاق التتبع في الفقه الاسلامي على ترصد اموال المدين وأستيفاء حقه بالاولوية بل يتعداه الى نوع آخر اكثر أهمية في مجال الضمان قال به فقهاء المذاهب الحنفية والشافعية والحنابلة (١) وهو حق الملازمة وحق الملازمة نوع من انواع التتبع لكنه لا ينصب على مال المدين بل يتعداه الى شخصه ومقتضاه يستطيع الدائن أن يلزم مدينه وبيتة ايما سار متقربا ما يحصل له من كسب فيستوفى دينه منه .

وقد ذكر الطرطوسي في كتابه انفع الوسائل الى تحرير المسائل عن الملازمة ما نصه : وأحسن الاقوال في الملازمة ما روى عن محمد أنه قال " يلزمة في قيامه وقعوده ولا يمنع من الدخول على أهله ولا من الغذاء والعشاء ولا من الوضوء والخلاء ولله ان يلزمه بنفسه وأخوانه وولده ومن احب والصحيح في الملازمة الرأي فيها الى صاحب الدين لا الى المدين ان شاء لازمة بنفسه وان شاء بغيره لان المقصود حصول الدين فملازمة الغير عسى ان يكون اقرب الى ذلك (٢) .

فملازمة المدين تعني تتبع الدائن له بالقدر الذي يمكنه من استيفاء دينه مما يحصل له من كسب وهذا التتبع لا يقتصر على حال إقامة المدين بل يتعداه الى سفره فللدائن ان يسافر معه يقول الطحاوي : " وللدائن ان يسافر معه فاذا حل دينه منعه حتى يوفيه " (٣) .

ويقول صاحب الهداية : " ولا يحول بينه وبين غرامة بل يلزمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر (٤) والمعنى لا يمنع الحاكم الدائنين ان يدوروا مع مدينهم أينما دار (٥) تمكيناً لهم عن استيفاء ديونهم .

(١) راجع حاشية الطحاوي على الدر المختار ج٣ ص١٨٧ ومعنى المحتاج ج٢ ص١٥٦ ومنتهى الارادات ج٢ ص١٣٨ .

(٢) الفتاوى الطرطوسية - ص ٣٢٩ .

(٣) حاشية الطحاوي على الدر المختار - نفس المكان السابق .

(٤) الهداية مع تكملة الفتح ج٧ ص٣٢٩ .

(٥) العناية على الهداية مع تكملة الفتح - نفس المكان السابق .

والدليل على مشروعية الملازمة :

١- ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال : " لصاحب الحق يد ولسان " .
ووجه الدلالة في هذا الحديث قال صاحب الهداية : اراد باليد الملازمة
وباللسان التقاضى (١) والحديث مطلق في حق الزمان فللدائن أن يتتبع مدينه
ويلازمة حتى يستوفى دينه منه (٢) فقد دل الحديث على حق الملازمة والتتبع .

٢- وما روى عن هرماس بن حبيب عن أبيه قال : " أتيت النبي صلى الله عليه وسلم
بغريم لي فقال لي : الزمه ثم قال لى ما اخا نبي ماتريد أن يفعل بأسيرك " (٣)

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

قال الشوكاني : " فيه دليل على ملازمة من له الدين لمن هو عليه ، وقد حكاه
في البحر عن أبي حنيفة وحاصله أن يسير معه حيث سار ويجلس حيث يجلس غير
مانع له من الاكتساب ويدخل داره (٤) .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن فيه راو مجهول وهو الهرماس بن حبيب ، يقول
الشوكاني : سأل أحمد بن حنبل ويحيى بن معين عن الهرماس بن حبيب العنبري
فقالا : لا نعرفه . وقال : سألت أبي عن هرماس بن حبيب . فقال : هو شيخ أعرابي
لم يرو عنه غير النضر بن عميل ولا يعرف أبوه ولا جدّه (٥) .
ويمكن أن يجاب عن ذلك :

أنه وأن كان فيه راو مجهول الا أنه قد وجد له شاهد من معناه يعضده وهو ما روى أنه
صلى الله عليه وسلم قال ، لصاحب الحق يد ولسان فقد دل الحديث على حق الملازمة
والتتبع وإذا كان الدين لرجل على امرأة فإنه لا يلازمها بنفسه لما فيه من الخلوة

(١) الهداية مع تكملة الفتح - نفس المكان السابق .

(٢) العناية - نفس المكان السابق .

(٣) رواه أبو داود وأبن ماجه - راجع نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ ص ٣١١ ، ٣١٢ .

(٤) الشوكاني نيل الاوطار - نفس المرجع السابق .

(٥) نفس المرجع والمكان السابقين .

بالاجنبية ولكنه ٤ يهيمت بأمرأة أمينة تلازمها (١) .
وعلى هذا النحو فإن التتبع في الفقه الاسلامي يتسع نطاقه ليشمل المدين وما يملكه
من اعيان ، فيعطى للتوابع أهمية عملية تحفظ حقوق الناس ، وترعى السبي
أزدهار المعاملات .

٢١٩ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون ، فيما يتعلق بحق الدائن المزود بالاولوية فسي
تتبع اموال المدين المثقلة بها نجد ان هناك فارقا جوهريا يمثل في أسلوب
التتبع ومضمونه في كل منهما .

أولاً: بالنسبة لاسلوب التتبع :

في القانون يتخذ شكل التتبع مظهرا شكليا ، حيث يجوز للمدين أن يتصرف في امواله
وتصرفه فيها صحيح رغم أنها مثقلة بحق الاولوية والمظهر الشكلي هنا يشمل
في منح الدائن حق ملازمة الاموال المتصرف فيها والتنفيذ عليها ضد الحائز
وهو شخص أو جهة المدين يتصرفه الذي يجزئ القانون ، فالقانون مع اعترافه بصحة
تصرف المدين الا أنه يعطى الدائن حق تتبع الاموال المثقلة بالاولوية فسي
أي يد تكون .

اما أسلوب التتبع في الشريعة الاسلامية فانه يتخذ أسلوبين في وقت واحد يؤدي كل منهما
مهمة تهدف الى حفظ حقوق الناس الى بعد حد :

أولهما : أسلوب عملي يمثل في منسح المدين من التصرف في امواله على النحو
الذي يهبر بدائنيه وقد قرر الفقهاء ان تصرف المدين باطل ، ومعنى أنه باطل
بقاء الشيء المتصرف فيه على ملك المدين وبالتالي فاذا خرج فللدائن أن يسترد ،
ويستوفي حقه منه ، وهذا هو معنى التتبع في الشريعة الاسلامية .

على أن بطلان التصرف لا يمكن تصوره الا في حياة المدين حيث يستطيع ان يتصرف
على النحو الذي يضر بدائنه ، أما بعد وفاة المدين ، فان الدين يتعلق بتركته ويستوفي
منها على النحو الذي قررته الفقهاء .

(١) الهداية مع تكملة الفتح - ج٧ ص ٣٣٠ والعناية على الهداية نفس المكان والسابق .

وثانيهما : أسلوب أيجابى ، يتمثل فى إعطاء الدائن الفرصة للتفويض على المسال وأستيفاء دينه بالتقدم عليه • والأسلوب الايجابى يباشرة الدائن فى حياصة المدين وبعد موته •

ثانيا : بالنسبة لمضمون التتبع :

يتسع نطاق التتبع فى الشريعة الاسلامية ليشمل الاعيان • وهى تقابل فى القانون العقار والمنقول • كما تشمل الاشخاص على النحو الذى قررناه فى الفقه مسادا وحق الملازمة • وقد قررت الشريعة مبدأ تتبع المنقول باتاحة الفرصة للدائن المزود بها باسترداده والتقدم عليه لاستيفاء حقه منه فاذا تصرف المدين فى المنقول على النحو الذى يضر به ائنه فان التصرف لا ينفذ فى مواجهته •

وقد كشفت الايام عن عمق نظرة الشريعة الاسلامية حين بدأت التشريعات الحديثة وتحت تاثيره الفكر القانونى المعاصر • أن تتجهجيب للمتغيرات الاقتصادية والضرورات التى فرضتها جو التعامل بين الدول خاصة بعد أن ارتفعت القيمة الاقتصادية للمنقول واصبحت فى كثير من الحالات أغلى ثمننا من العقار الامر الذى يجعل تحديد نطاقها فى مجال الائتمان أمرا بالغ الضرر على نظام التعامل وهذا ما حدا بالفكر القانونى الحديث أن يقرر التتبع على كثير من المنقولات خروجاً على القاعدة العامة التى كانت تمنع ممارسة مثل هذا الحق تحت يد الحائر حسن النية • وذلك ليتسنى للمتعاملين الاستفادة من تقرير التامين عليه من خلال رهنه رهنا طليفا لا يقوم على فكرة الحيازة • وذلك عن طريق التامين الذاتى للمنقول بوضع علامة مميزة عليه تفيد أن مملوك لشخص وبالتالى لا يجوز الاحتجاج على من له حق عيى عليه بالحيازة (١) وبهذه الطريقة يتم الاستفادة من المنقول فى مجال الائتمان الى أبعد قدر يحقق الطمانينة للدائن الذى يخشى مزاحمة غيره له على ثمن المنقول بعد أن أمكن حفظ حقه بطريقة العلامة المميزة التى تعتبر مهمتها من مهمة التسجيل فى مجال الائتمان العقارى ولقد كان القانون الفرنسى فى السياق فى تلك التجربة التى اثبتت مدى بعد نظرا شريعة الاسلامى وقد رتبها على حكم نظام التعامل فى كل وقت • كما أخذ بها القانون المصرى فى بعض الحالات وذلك على نحو ما سنرى •

(١) د • احمد سلامة - الرهن الطليق للمنقول - دراسة مقارنة ص ٩٤ وما بعد ها

مطبعة جامعة عين شمس - ١٩٦٨ م •

بقى أن نذكر أن الشريعة الإسلامية • لا تقتصر نطاق التبعية على المال وحده
مجرداً عن شخصية المدين بل يتحدد نطاقه بالعمل والأشخاص معاً • الأمر الذي
يؤدي إلى حفظ الحقوق وأزد هار التعامل وعلى هذا النحو يظهر مجال المقارنة
بين الشريعة والقانون •

الفصل الثاني

حدود أولوية استيفاء الدينون

٢٢٠ - إذا تقررت الأولوية على مال من أموال المدينين للدائن المزود بها أن يتقدم على هذا المال فسي استيفاء دينه كما أن له يتبع هذا المال فسي أي يد يكون ، فالتقدم والتتبع يمثلان معاً النطاق الذي يصل إليه حق الدائن وهو بصدد التوثيق لاستيفاء دينه والاصل أنه متى تقررت الأولوية على المال فمن حق الدائن أن يحمل حقه على المال في حدود نطاقه سواء كان عقاراً أم منقولاً .

والتقدم يستوجب وجود المال المثقل بالتأمين وأمره سهل بالنسبة للعقار والمنقول لاقتراض وجوده معه ، أما التتبع فإنه يفترض خروج المال من حوزة مالكه وهو المدين الأمر الذي ينبغي معه على الدائن أن يتعمقه في يد حائزه والحيازة في العقار لا تنطوي على إمكانية أخفائه لانه مستقر في مكانه وطبيعته تتأبى عن الاخفاء كما أن تداوله يخضع لاجراءات القيد والتسجيل ، ومن خلالهما يستطيع الدائن أن يحتج بحقه في مواجهة الحائز ويحتفظ بممارسته في مواجهته .

أما المنقول فأمره مختلف حيث لا يخضع التصرف فيه للاجراءات المشار اليها كما أنه بطبيعة الحال لا يتأبى عن الاخفاء والنقل ولهذا فان الأولوية عليه خاصة فيما يتعلق بممارسة حق التتبع تتأثر الى حد كبير هذا فضلاً عن أن أي منقول قد لا يصلح محلاً للحق العيني (١)

للحيازة أذن أثر خطير على الأولوية في المنقول وقد حاول الفقه الحديث وساعده بعض التشريع أن يخفف من حدة تلك الآثار تحت ظروف استقر معها فسي الفكر القانوني المعاصر ، أن كثيراً من المنقولات في الوقت الحاضر أصبحت لا تنقل شأنها ولا خطر عن العقار وأن اختصاص الاخير بأهتمام التشريعات كمنصر له قيمته في تحقيق الضمان وتقرير الأولوية عليه .

(١) د . أحمد سلامة - الرهن الطليق للمنقول - دراسة مقارنة ص ٤ هامش (٢) .

ود / جمال زكي - المرين السابق - ص ١٥٠ ، ود / عبد الناصر السامح - المرجع السابق - ص ١٣٧ .

بات امر غير مسلم به من الفكر الاقتصادي الحديث الذي يعمل على تأكيد عنصر الائتمان بالقدر الذي يتسنى فيه للمال أن يوهب ذوره فسي متطلبات التنمية وتحقيق المطالب الوطنية في شتى الدول .

كان من الضروري والحال كذلك أن ينحصر نطاق قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز وتحدد يد ها في أضيق نطاق ليتسنى للدائن أن يمارس تقدمه على المنقول ويتبعمه في يد حائزه حتى ولو كان هذا الذي حاز المنقول حسن النية وذلك على نحو ما سنرى وإذا كان أثر الحيابة في القانون الوضعى يتحدد بالمنقول فإنه في الشريعة الاسلامية يشمل الاعيان كلها ويؤثر على انقضاء الاولوية فيها ٥ وحيابة المنقول وانقضاء آثار الاولوية يتحدد نطاقها في كل من الشريعة والقانون وتتكلم على كسل حالة في مبحث مستقل .

المبحث الاول

حيازة المنقول واثرها على الاولوية

٢٢١ - اذا كانت الاولوية وارادة على منقول ثم حازه شخص بحسن نية فان الدائن لا يستطيع ان يمارس حقه في مواجهته على ذلك المنقول ، وقد نصت المادة ١٧٦ مدنى مصرى في فقرتها الاولى على انه " من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته " وتطبيقا لذلك فقد نصت المادة ١١٣٣ مدنى على انه " لا يهتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية كما نصت المادة ١/١١١٠ مدنى على انه " يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء عن الناس كافة دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون " .

ويستبين من تلك النصوص انه اذا كان هناك رهن حيازى او حق من حقوق الامتياز الخاصة التى تقوم على اساس الحيازة استطاع صاحب التامين العيني ان يتبجح بالمنقول تحت يد من انتقلت اليه ملكيته او من ترتب له حق عيني مالم يكن هذا الشخص قد تسلم المنقول بحسن نية فاكسب بذلك حقا مبناه وائفة الحيازة ومن ثم فاننا نأشر التبع فى المنقولات يتمثل اذا اعترضت الدائن صاحب التامين قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وذلك ان لهذه القاعدة اثر اظهرها كما هو معروف (١) وبالتالي تثقل قاعدة الحيازة على حق الاولوية .^(٢)

وفى محاولة لتأصيل هذا الحكم فى نص مقابل لماورد فى المادة ١١٣٣ فى الفقه الفرنسى جرى كثير من الشراح على القول بان الاولوية على المنقول تقتصر على تكيين صاحب الدين من حق التقدم على الدائنين الآخرين ولكنها تجرد من حقوق التبع تحت يد الغير ولهذا فهى لا تكسب الدائن حقا عينيا بالمعنى القانونى الكامل^(٣)

(١) د / شفيق شحاتة المرجع السابق ص ٢٦٣ فقرة ٣١٤ .

(٢) السنهورى - الوسيط - ج ١٠ ص ٦٢٢ و ٦٢٣ / منصور مصطفى منصور - الحلول

العيني ص ٢٨ اءوراجع بحثا للدكتور / كامل مرسى فى موضوع قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز: بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٧ العدد ٦ ص ١١٥

ف- ٣٣ .

(٣) Beudant et Voirin, OP. Cit., n.291. Colin et.

Capitant, OP. Cit., n. 1492. Aubry et Rue., OP. Cit.,

n.256.

ويرى بعض الفقهاء في مصر ان الاولوية على المنقول تكفل للدائن حق التتبع من الوجهة القانونية والنظرية وان الدائن يحق له التتبع مادام الحائز سيء النية او اذا انتقلت اليه حيازة المنقول خلسة او اغتصابا ولكن التتبع يمحط ويمتنع على صاحب الدين الممتاز ان يباشر حقه تحت يد الغير * اذا كان هذا الاخير حسن النية (١) .

٢٢٢ - وأثر الحيازة على ممارسة التتبع في الحالات التي سبقت الاشارة اليها يختلف عن عدم ورود حق التتبع أصلا في حالة الامتيازات العامة * والنسب نصت عليها المادة ٢/١١٣٤ مدني مصري بقولها : " ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع " ولهذا فقد جرى العرف والقضاء في كل من فرنسا ومصر على القول بأن حقوق الامتياز العامة لا يجرى فيها التتبع (٢) يقول الاساتذة " مازو " من المؤكد فيمسا يخص قضاوتنا أن الدائنين الذين يتمتعون بامتياز عام واقع على عقارات مثل مصروفات العدالة وراتب وحقوق المولدين لا يستفيدون بحق التتبع (٣) ولم تستطع محكمة النقض أن تقرر غير ما أستقر عليه رأي محكمة الاستئناف في ذلك (٤) .

(١) د / شمس الدين الوكيل المرجع السابق ص ٥٢٩ والسنبهوري المرجع السابق ص ٩٣٢ وما بعدها .

(٢) Marty et Raynaud, OP. Cit., P.82, n.138. Beudant et

Voirin, OP. Cit., P. 305, n.296. Mazeud et Chabas.

(٣) OP.Cit., n.465. Mazeud et Chabas, OP.Cit., n.465.

(٤) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يوليو ١٨٧٠ رقم D. 1871.1.352

S.1872.1.153 مشار إليه في : Mazeud المكان السابق وراجع د / شمس الوكيل

المرجع السابق ص ٥٧٦ وأنظر حكم محكمة النقض المصرية في ١٧ يونيو ١٩٦٩ (مجموعة

أحكام النقض ص ٢٠٢ رقم ١٥٦ ص ١٩٠) وقد جاء فيه: يقرر القانون حق امتياز عام

للخزانة العامة (مصلحة الضرائب) على جميع أموال المدين فيجوز في شأنها مانعت

عليه المادة ١١٣٤ / مدني فلا يثبت فيها حق التتبع أكتفاء بما أقره القانون من ضمانات

ووسائل خاصة للحفاظ على حقوق الخزانة فضلا عن الضمانات العامة في القانون فإذا

كان الحق المطعون فيه خالفاً لذلك وجرى قضاؤه على أن دين الضريبة على الإرساق

الاستثنائية يخول مصلحة الضرائب حق تتبع عقارات مدينها المثقلة بامتياز الخزانة العامة

فإنه يكون قد خالف القانون " Mazeud et Chabas. OP. Cit., n. 465.

فهذا القضاء سيجد في النصوص الحديثه أسبابا جديدة لرفض حق التتبع للامتيازات العامة الثلاثة ، فالمواد ٢١٠٥ ، ٢١٠٦ ، ٢١٠٧ ، ٢١٠٨ من القانون المدني لاتعطي الدائنين ذوى الامتيازات الثلاثة الاحق التقدم وعلو على ذلك فالمادة ١/٣٠ من مرسوم ٤ يناير سنة ١٩٥٥ تذكر أنه من الحقوق التي يمكن أن يحتج بها في مواجهة المشتري التالين الامتيازات الخاضعة للتسجيل وليست تلك المعفاة منه (١) .

ولعل مرد ذلك كما يقرر بعض الفقهاء أن الامتياز العام لا يكفل للدائن حق تتبع اموال المدين وهو حكم منطقي ذلك أن الامتياز العام كما تقدم البيان لا يزود الدائنين بحق عيني على اموال المدين أو بعبارة أخرى أن حق الدائن لا يتعلق بمال معين بالذات ، وإنما تنظر مسؤولية المدين شخصية غير محددة ، وعلى هذا النحو لا يجوز تمكن الدائن من تعقب اموال المدين تحت يد الغير إذ خروج هذه الاموال من ذمة المدين يقضى الى اقلاتها من الامتياز العام المقدر للدائن فالامتياز يستطيع الدائن مباشرة مادام المال ملوكا للمدين ، وهو ينقضى بالنسبة الى هذا المال اذا انتقل الى يد اخرى غير يد المدين (١) .

ورغم كثرة المناقشات التي دارت حول هذا الموضوع ، الا ان المسألة غير ذات اهمية عملية كما يقرر بعض الفقهاء ، لان الدائنين لو كان في نيته ان يمارس حق التتبع على عقارات فانه سوف يصطدم بالمادة ٢٢٢٩ من القانون المدني في حالة ما اذا كان العقار تحت يد حائزه بنيه حسنة ، اما اذا شاء الدائن ان يمارس حق التتبع على منقول فانه لا يستطيع ان يمارس حائزاه حق امتياز معسر بموجب رهن رسمي (٢) .

وايا ما كان التأصيل الفقهي لتلك المسألة فإنها في النهاية تتفق على أمر واحد هو عدم ورود التتبع أصلا وفقا لنص القانون في ذلك والغرض منى حالتنا أن التتبع وارد أصلا ولكن ممارسة قد امتنعت لمارض آخر هو حيازة المنقول مع حسن نية .

(١) د / شمس الدين الوكيل المرجع السابق ص ٥٧٦ وهذا على رأى بعض الفقهاء في فرنسا راجع Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., T.12, P.272
(٢) Marty et Raynaud, OP. Cit., P.82. n. 138.

٢٢٣ - ويبدو أن الفكر القانوني الحديث قد بدأ يتجه إلى الحد من أثر الحيازة على تتبع المنقول بأسلوب يتضمن تقرير الأولوية عليه مع التجرد من حيازته وعلى غرار ما هو في الرهن الرسمي، ومن ثم يكون للدائن والحال كذلك أن يتمتع بالمنقول تحت يد الحائز حتى ولو كان الأخير حسن النية، وذلك فيما يسمى بالرهن الطليق للمنقول (١).

وتقوم الفكرة في هذا الاتجاه الفقهى الحديث على تجرد المنقول من الحيازة عند تقرير الأولوية عليه والنظر إلى النصوص القانونية التي تنظم ورود التأمين عليه من زاوية أخرى تهتم بالطابع العملي وتأخذ في الاعتبار الظروف التي ولدت تلك النصوص في ظلها، ومن المؤكد أن المشرع المصري، قسداً تأسراً وهو يصدد تنظيم رهن المنقول رهناً حيازياً، بالاعتبارات التي سادت عند وضع تفنين نابلين بالرغم من فاصل زمني يصل إلى زهاء قرن ونصف قرن من الزمان، وبالرغم من أن المشرع الفرنسي نفسه قد أعاد ولا يزال يغير هذه الاعتبارات فالقيم المنقولة لم تكن عند وضع تفنين نابلين قد اكتسبت أهمية باعتبارها أدوات إنتاج خطيرة الشأن وكان صدق القاعدة القائلة بأن المنقول نجس لا يزال يتردد، ومن ثم فلا ضير من الناحية الاقتصادية أن تسلم للمرتب يحوزها ويرد لها عند الاستيفاء، وهذا بالإضافة إلى عدة عوامل عملية أثبتت عليها عدة عوامل قانونية، ربطت ربطاً محتملاً بين الضمان الذي يتقرر على المنقول وبين تجريد المدين من حيازته.

بيد أنه إذا كان اقتضاء التجريد من الحيازة قد استجاب لضرورة عصره فإن ضرورات أخرى قد استجدت منذ منتصف القرن التاسع عشر تدعو لاعادة النظر في أمر هذا التجريد وتحقيق الهدف الذي يرمى إلى تحقيقه عن طريق وسائل أخرى وإذا كان أوجه تطلب التجرد من الحيازة في رهن المنقول قد برزت يوماً أو لا تزال بارزة فإن عدم التجرد من الحيازة في بعض الأحوال

(١) د / أحمد سلامة - الرهن الطليق للمنقول - دراسة مقارنة وقد نشر بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية عدد يوليو سنة ١٩٦٨ ويناير ١٩٦٩ وقد طبعته جامعة عين شمس بعد استخراجها سنة ١٩٦٨.

يقوم على أوجه لا تقل أهمية و بروزا وأذا كان الرومان كما يقرر الاستاذ الدكتور أحمد سلامة قد أقتنعوا بالفكرة في بيئتهم المعروفة فسمحوا برهن المنقول دون التجرد من حيازته ، فبالاولى يجب أن لأطلق السمع أسامها في العصر الذى نعيش فيه (١) .

أن الانقلاب الصناعى من ناحية وأزد هار التجارة وتنوعها من ناحية أخرى قد أدى الى خلق قيم منقولة بذهبة القيمة كالطائرات والسفن الضخمة والالات الميكانيكية بكافة أنواعها ، والمتجر كمجموعة ، ولا فلام السينمائية كل هذه قيم منقولة لم تكن موجودة من قبل ، ولكن وجدت بصورة أو بأخرى فان وجودها لم يكن يستوقف الفكر القانونى المشيع باعتبار أن الشيء المنقول شئ ، تافه القيمة ، أما الان فقد استوقفه بالفعل فراح يبحث عن الاداة التى تمكن صاحب هذه القيم الضخمة من الافادة منها عن طريق الائتمان (٢) .

وقد أدى تقدم الصناعة الى انشاج كثير للسلع يحتاج الى تخزين ، كما أدى تدخل الدولة فى الحياة الاقتصادية الى فرض نوع من التخزين على بعض السلع الاستهلاكية تلافيا لخطر نفضها من السوق أو اضطراب الاسعار ، هذا التخزين كما فرض على بعض البلاد على المأكولات فرض فيها أيضا على وقود البترول ، وهذه السلع المخزونة بدورها تمثل قيمة عالية بحيث يعرض امرا الاستفادة منها عن طريق الائتمان .

٢٢٤ - ومن الواضح أن وسيلة الشخص للافادة من هذه القيم عن طريق الائتمان لن تكون هى الاداة التقليدية المعروفة بالرهن الحيازى ، اذا تعرضها اعتبارات تعوق أعمالها ، ذلك أن هذه القيم المنقولة تكون فى كثير من الاحيان مورد رزق صاحبها بحيث يؤدى تجريد المالك من حيازتها الى احتمال واحد هو أن يحرم من هذه المورد وقد يتطلب هذا المال فى كثير من الاحوال كتابة مهنية لبرائته وقد يؤدى التجرد من حيازته ضياع مثل تلك المقاصد (٣) .

(١) د / أحمد سلامة المرجع السابق ص ٧

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) المرجع السابق ص ٨ .

كما ان نقل الحيازة يقتضى اقرار هذه المنقولات وقد لا يتيسر ذلك من الناحية القانونية
او من الناحية الفعلية ، لارتفاع تكاليفه ، وتعرض السلع في اثنائه للتلف او الضياع
وقد لا توجد المستودعات الضخمة التى يخزن فيها الدائن كل ما يترتب عن
وانا كانت العقبات تعترض سلوك طريق الرهن الحيازى فان سلوك طريق الرهن الرسمى
مخلق تماما ، وفقا للقواعد التى تحدد نطاقه ، ومعنى ذلك ان مالك المنقولات المتقدمة
لا يجد الوسيلة القانونية للاستفادة من قيمتها اذا ظل الفكر القانونى حبيسا لنظام التأمينات
العينية التى ينظمها القانون المدنى . (١)

٢٢٥ - ورود التتبع على المنقول :

وقد جذبت تلك الاعترافات اهتمام الفقه بغية الوصول الى اداة توفى الى الاستفادة بتلك
المنقولات ذات القيم الهائلة فى مجال الائتمان فى ظل نظام تشريعى لا يسمح بانشاء
تأمين على منقول دون التجرد من حيازته ، وعمل الفقه فى ظل ظروف كهذه لا يمكن
ان يصل الى درجة الخلق والابداع ، فى ظل التقيد بتلك النصوص القائمة ، لا سيما فى
نطاق التأمينات العينية ، وهو لا يعدو ان يكون دراسة لانظمة قانونية سحت بههذه
الاداة تحليلا وتوصيلا بالقدر الذى يقنع المشرع الوطنى باهمية وجودها كاداة تساهم
فى انعاش الاقتصاد الوطنى الذى عدا من اول واجبات السلطة الحاكمة (٢) .
ولقد بان القانون الفرنسى سابقا فى هذا الصغار ، فقرر التتبع على بعض المنقولات
كما قطع فى مسألة هامة تتمثل فى تأكيد امكانية الوصول الى طرق اخرى غير الحيازة يمكن
من خلالها ممارسة التتبع على المنقول ، ولعل مرجع تلك المبادرة الى الحالة الاقتصادية
الفرنسية عقب الانقلاب الصناعى فى القرن التاسع عشر ، والذى حدث بالمشرع الفرنسى
فى الربع الاخير من هذا القرن التاسع عشر ، ان يصدر مجموعة متتالية من التشريعات
كما قام تحت ضغط الضرورات العملية ، لوضع الحلول الجزئية للمشاكل الطارئة ، وقطع
فى هذا الميدان شوطا يسمح بالتوصيل والدراسة ، وقد بدأت اثارها تظهر فى ملامح
تشريعنا المصرى ومن المؤكد ان التقدم الصناعى وتدفع البترول سوف يؤكد بان بالمشرع
الى تنظيم مثل هذا النوع من الائتمان .

(١) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٩ .

(٢) المرجع والمكان السابقين ، د / جمال زكى - المرجع السابق - ص ١٥١ .

وقد سبقت تلك النصوص التشريعية أعمال فقهاء ، مهدت لها وجعلت وجودها مع
الاعتبارات التي سلفت الاشارة اليها أمرا هاما .

٢٢٦ - أولا : الاعمال الفقهية :

استلقت نظر الفقه في فرنسا ورود التتبع على بعض المنقولات المشققة بالامتياز ، ونفسى
محاولة لتأصيل الطبيعة القانونية لمثل تلك الحقوق ، يقول الاستاذان " بلائيول وريبير " :
ان الرد على التساؤل لمعرفة الامتيازات على المنقول ، والتي تنشئ حق التتبع فانها
تختلف تبعا للطبيعة القانونية للحق ، وما اذا كانت حقوق عينية من عدمها ، ويعرض
وجهات النظر المختلفة حول عينية الامتيازات ، هناك رأى للفقهاء القدامى ، فهم مع
تسليمهم بأن التتبع يرد على المنقول الا أنهم ينفونه عن طريق تفسير خاص للمادة ٢١١٩
من القانون المدني : وهي لا تحظر توقيع الرهن على المنقول ، ولكن لان مثل هذا الرهن
عدم القيمة بسبب وجود المادتين ٢١١٤ ، ٢١١٨ واللتين تمنعان صراحة حق التتبع
وقد عدل عن هذا الرأى في الوقت الحاضر لان الرأى الحديث يذهب الى أن الغرض الوحيد
من المادة ٢١١٩ هو عدم جواز توقيع الرهن على المنقولات سواء من ناحية حق التقدم
أو من وجهة نظر حق التتبع (١) .

وهناك رأى ثان يتسم بالامتياز على المنقول الى تسمين : أولهما : ان اسباب التقدم شخصية
صرفه ، وفي حالة الدائن هناك حقوق للاولويات بسيطة ، تعتمد على مرتبة الدائن وقت
التراحم على الثمن ، كل بموجب ما لديه من سند رسمي ، وليس لأبيهم حق التتبع ، ويدخل
في هذا النطاق الامتيازات الخاصة على المنقول ، خلاف ما يتعلق بالرهن الحيازي
الصريح والضماني (٢) .

(١) دكتور جمال زكي - المرجع السابق - ص ٤٩٦ فقرة ٧٤ . وراجع في الفقه الفرنسى :

Planiol, Ripert et Becqué, OP. Cit., P.271.

Planiol, Ripert et Becqué, OP; Cit., P.272. Aubry et (٢)

Rue, OP. Cit., n.256. 156. Colin et Capitant, OP. Cit.,

n.256.

وهناك حقوق اخرى ذات طبيعة مختلطة: ويدون ان تشكل بالكامل حقوقا عينية ومع ذلك يجوز الدفع بحق التتبع ازاها الحائزين فحسب والذين لم تصل حيازتهم بعد الى مرحلة التملك فالالتبع غير كامل ، باستثناء امتياز الموجر ، حيث حوله القانون حق تتبع ضمنا — النواعد الاستثنائية وكذلك امتياز المحصولات الزراعية (١).

ويقرر الاستاذان " بودان وفواران " ان حق التتبع لا يتعارض مع الامتيازات الواردة على مبالغ نقدية (٢) أو قيم غير مميزة بنوعيتها لبعض الحاصلات الزراعية مثلا ، ويمكن أن نذكر على سبيل المثال:

أ - امتيازات على الضمانات التي يقدّمها الموظفون العامون حتى يستطيعوا مواصلة أعمالهم .

ب - امتياز تفرضه بعض القوانين وتتملق باستحقاقات ناشئة عن اشغال عامة .

ج - بعض امتيازات على توريدات لخدمة المجهود الحربي أو للاسطول وعلى البالغ المستحقة للمندوبين المفوضين بمقتضى مرسوم ١٢ ديسمبر سنة ١٨٠٦ (٣) ثم يقرران في النهاية أنه يجوز ان تنشأ بعض الرهون الرسمية على المنقولات (٤) وبالتالي

(١) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., P.273.

(٢) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., P.273.

(٣) Beudant et Voirin, OP. Cit., P. 304.

وانظر قضية مدنية في ٩ يوليو سنة ١٨٨٠ رقم 369. 1. 1880. S. قضية

نظرتها محكمة باريس في ٢٥ يناير سنة ١٨٨٧ 11.1981. D.P.1888. وحكم

محكمة بوردو في ٢٢ يوليو سنة ١٨٩٦ رقم 52. 11 / 1897. S. قضية
٥ أغسطس ١٨٩٦ رقم: D. 1897/2/400.

(٤) Beudant et Voirin, OP. Cit., P.303. (et il existe, (٤)

nous le verrons, quelques hypothèses mobilières) Par

Suite, ils demeurent des droits réels.

تغدو الحقوق عينية وان كان المسمى "جوسران" يرى ذلك دون أن تكون لها طابع الحق العيني الاصيل (١).

ونلمس من هذه الاقوال: ان التتبع قد يتقرر على المنقول ، وهذا أصل لا يتخلف الا في حالات استثنائية ، وقد قرر بعض الفقهاء الفرنسيين أنه يجوز أن تنشأ بعض الرهون الرسمية على المنقولات (٢).

وفي الفقه المصري يقرر الاستاذ السنهوري : " انه قد ظهرت في مصر أخيراً رهون رسمية على المنقولات تترتب عليها دون أن تنتقل حيازتها الى الدائن المرتهن ، فصارت رهوناً رسمية لارهون حيازة وهذا الرهون ثلاثة : ١ - رهن رسي بحري (hypothèque maritime) وهو رهن يترتب على السفينة البحرية بحيث تبغ في حيازة مالكتها ويكون للدائن حرق رهن عليها يعادل الرهن الرسي .

٢ - رهن رسي نهري (hypothèque Fluviale) ورهن رسمي على الطائرات (hypothèque des aéronefs) والرهن في كل تلك الحالات لا يترتب عليه نقل حيازة (٣).

ومن الواضح أن تقرير الرهن الرسي على تلك المنقولات ، لا يتسنى ممارسة الحق فيه الا من خلال التتبع في يد الغير ، ولو حازها هذا الغير بسبب شرعي ، والا لما كان لورود الرهن الرسي عليها أي فائدة .

(١) Josserand, OP. Cit., T.2, n. 1541. Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., n. 252.

وقد اشار الاساتذة بلانيول وريبيرت الى حكم محكمة باريس في ١٤ ابريل سنة ١٩٢٦ . رقم: D.H. 1926-272 ، ويتعلق الحكم بحواجز تحديد صفة المنقول .

(٢) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., P. 279.

(٣) السنهوري - المصيط - ج ١٠ ص ٢٦٥ و / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٠٠ .

٢٢٧ - وفي محاولة لتأصيل تلك الدراسة ، توطئة للوصول الى قاعدة عامة تتناول هذه المنقولات التي يرد حق التتبع عليها ، ذهب بعض الفقهاء الى القول بأنه لا مانع من تقرير الرهن الرسمي على منقول اذا سمحت طبيعته بهذا ، ويكون هذا اذا امكن تفريد المنقول وشهر الحقوق الواردة عليه في سجل خاص كما الشأن بالنسبة للسفن والطائرات (١) .
وذهب البعض الاخر ، الى اخضاع تلك المنقولات ، لفكرة ، التعيين الذاتي ، ويقرر أنه :
" هناك بعض المنقولات المعينة تعيينا ذاتيا لاتخضع لقاعدة الحيازة في المنقول وعدم خضوعها هذا يدخلها في النظام القانوني للمعار بالزعم من أنها منقول ، وحصول معنى التعيين الذاتي يقرر : " اذا عرف الشيء القيمي بأنه ذلك الذي لا تشابه احادة وليس له نظير في الاسواق كان الشيء القيمي هو الشيء المعين تعيينا ذاتيا ، ويكتسب المال صفة التعيين الذاتي بواحدة من الوسائل التالية :

١ - الثبات الطبيعي : وهو وسيلة المقارنات اى التعيين الذاتي .

ب - كون المال مجموعة واقعية لا يتصور ان تتكرر عناصرها بغير اختلاف فهذا الوسيلة تدخل المحال التجارية ، والافلام السينمائية وغيرها من المجموعات في نطاق الاموال المعينة تعيينا ذاتيا .

ج - كون المال حقا ثابتا في ذمة شخص معين : اذ يتمين الحق بتعيين شخص المدين وتلك وسيلة الحقوق أو الاموال المعنوية الى الدخول في نطاق الاموال المعينة تعيينا ذاتيا .

د - اكتساب المال صفة التعيين الذاتي : بوسائل صناعية تستند أساسا الى حماية المشرع وتنظيمه كالسفن والمراكب التي ينظم المشرع حالتها المدنية من اسم وجنسية وميناء تسجيل وكالسيارات التي يحدد لها المشرع بنوعها ورقمها ، وفي هذه الوسيلة الرابعة للتعين الذاتي أى تلك التي تستند الى حماية المشرع وتنظيمه نجد مفتاح الحركة في هذا التقسيم الجديد وتاريخه المستمرة للتطور (٢) .

(١) دكتور سيمر السيد تناوغ عمقالة في التأمينات المعينة على الطائرات حسب اتفاقية جنيف - منشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة السابعة - العدد الثاني (يوليو سنة ١٩٥٦ - ص ٢١٥) .

(٢) بحث للدكتور محمد على البارودي - حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة - منشور بمجلة الحقوق - السنة العاشرة (٦٠ - ١٩٦١) العدد ان الثالث والرابع - ص ٣١ - ١٣٦ فقرة ٤٢ ، ٤٣ .

٢٢٨ - ثانيا : الاعمال التشريعية :

وقد مهدت تلك الاعمال الفقهية بظهور عدة تشريعات تحقق الغاية المقصودة من ورائها ، وترى الى تحقيق الاهداف التي يقتضيها ورود التأمين على المنقول بالقدر الذي يسمح بتمتعه تحت يد الغير ، وتبطل القانون الفرنسي بالعديد من التطبيقات منها :

١ - رهن الحاصلات الزراعية : le Warrant Agricole :

وهو نوع من الرهن يرد على الحاصلات الزراعية قبل نضج المحصول ، فقد يحتلج المزارع الى مبانج معينة في تلك الفترة لجنى الزرعة حتى يتفادى بوسع المحصولات وهي خضراء بأبيض الاسمار ، لان الاداة الوحيدة من ادوات التأمين وهي الرهن الحيازي لا يمكن ان تجديه ، ان لا يمكن الوصول اليها حيث لا يستطيع الراهن ان يتجرد عن المحصول قبل نضجه ، اما متى نضج فانه لن يكون في حاجة الى الرهن فالحاجة الى المال قبل النضج لا بعد (١) ومن اجل حماية المزارعين من المرايين وتمكينهم من الافادة من الحاصلات قبل نضجها ، اصدر المشرع الفرنسي قانون ١٨ ايلول سنة ١٨٦٨ الذي الفى بقانون ٣٠ ابريل سنة ١٩٠٦ ، والذي عدل بدوره بالمرسوم بقانون الصادر في ١٨ سبتمبر سنة ١٩٣٥ .

وعقضى هذه القوانين يجوز رهن كافة ما تنتجه الارض من محاصيل وثمار وخضروات كما يجوز رهن الادوات المستخدمة في الزراعة ايا كانت طبيعتها ، والرهن لا يضمن الا القروض المدفوعة فعلا او التسهيلات بدفع قرض للاستغلال الزراعي ومن ثم يبطل الرهن اذا تم قبض ضمان دين سابق على الزرع ، او دين لاعلاقة له بالاستغلال الزراعي (٢) .

ويتم الرهن بالشكل المعرفى او بالشكل الرسمى ولا يحتج به على الغير الا بعد قيده في سجل خاص يسسكه كاتب المحكمة الجزئية المختص ، اى كاتب المحكمة الجزئية التي يقع بد اثرتها المال المرهون ، والذي يقوم باثبات بهانات تحد يد الرهن من حيث كميته وقيمه وطبيعته ، وسكان وجود الدين المضمون ، ويتميين على الكاتب منذ سنة ١٩٣٥ ان يسلم لكل طالب شهادة بوجود الرهن او بعدم وجودها على مال معين .

(١) Beudant et Voirin, OP. Cit., P. 183. n.178.

(٢) Planiol, Ripert et Becqué, OP. Cit., T.12.P302.

ولم يشأ المشرع الفرنسي أن يعترف لهذا المرتب من سلطة التتبع و خضوعا منه للقاعدة التقليدية القائلة بأنه لا تتبع في المنقول بناء على رهنه و لكن القضاء قد دخل لمصلحته و اعترف له بحق الحبس بالرغم من أنه لا يحوز الرهن حيازة مادية و استند القضاء نفسه ذلك على ماورد في الاعمال التحضيرية لقانون ١٨٩٨ من أن الوثيقة تمثل المال المرهون وتمعط لحاملها حيازة تساوي الحيازة الحقيقية (١).

٢ - رهن السيارات وماشائها :

Le Gages Vendeur à crédit d'un Vehicule au d'un Tracteur

٢٦٩ - حرص المشرع الفرنسي على تشجيع صناعة السيارات مع بداية الثلاثينات automobile حيث لاح شبح الازمة الاقتصادية العالمية ومع اهتمام تجار السيارات بابتكار وسائل تحقق لهم ضمانا كافيا لاستيفاء ثمن ما يبيعونه باجل و وتلافيا لاصطدام تلك الوسائل مع القضاء المستقر لمحكمة النقض من أن السيارة تكون جزءا من مالبة المشتري وتدخل في الضمان العام لدائنيه و ولا يحق للمبايع أن يسترد ما من جماعة الدائنين حين يفلس المشتري (٢) ولهذا فقد اصدر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ليضيقها جدا يدا يرد على السيارة دون التجرد من حيازتها و وبعد تعديلات كثيرة استبدل ذلك القانون بمرسوم ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ والذي عدل بدوره مرتين الاولى في ٢٠ مايو سنة ١٩٥٥ والثانية في ٢ اغسطس سنة ١٩٥٣ (٣) ووفقا للنصوص الحالية يرد هذا التأمين على السيارات وماشائها من الجرارات الزراعية والمقطورات والموتوسيكلات أيما كان نوعها و وبالجملة أية آلة لها قوة تحريك ذاتية مسوية كانت جد يدة أو مستعملة بشرط أن يكون مسموها بها حسب لوائح المرور الصادر في هذا الشأن و ولا بد أن يكون العقد مكتوبا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة ٢٠٢٤ مدنى و الخاصة بالتأمين الناشئ عن نقل حيازة المنقول الى الدائن وتنص على أنه يكون باطلا ما لم يكن مكتوبا ومسجلا و اذا زاد مقدار الدين عن خمسة آلاف فرنك وأي نقص في البيانات يرد على عدم نشوء التأمين (٤).

(١) نفس مدنى فرنسى في ٢٣ ابريل سنة ١٩١٨ رقم . S. 1917/L/153 . وانظر :

Planioi, Ripert et Becque, OP. Cit., P.313. n.265.Michel

de Juglart, Cours de Droit Civil, T.1. n. 684.

Colin, Copitant et de la Marandière, OP. Cit., T.2. (٢)

n. 1471.

والاحكام المشار اليها فيـــــــــــــــــه

Juglart, OP. Cit., n. 682. (٣)

Planioi, Ripaert et Becqué, OP. Cit., T.12.P. 323. (٤)

ولكى يستفيد الدائن من هذا التأمين يجب عليه أن يقيد في سجل خاص تملكه الجهة الادارية التي أصدرت الترخيص بتسيير الآلة ، وهي الجهة التي سلمت البطاقة الرمادية . ويجب التأكيد به في ملف الموتور واعطاء الدائن ايضاً بمقتضاها . يعتبر الدائن حائزاً للسيارة وماشائها (١) ولا يحجج بالتأمين على الغير الا من تاريخ قيد في السجل ويظل صالحاً لمدة خمس سنوات يمكن أن يتجدد قبل انتهائها لمدة مماثلة لا أكثر ، ويحق لكل طالب أن يحصل على شهادة بهذا القيد متى قدم طلباً مكتوباً على استمارة معدة لذلك لدى جهة الادارة (٢) .

ويوجب هذا الرهن ، يحترف المشرع للدائن سلطة التتبع بين يدي الغير ولو كان حسن النية (٣) ، وفي انجلترا يعالج المشرع ذلك بنظام البيع الاجاري يوفيه تنتقل الحيازة للمشتري بالتقسيم وتظل الملكية للمبايع حتى يسدد المشتري آخر قسط وتنظيماً لذلك فقد صدر في انجلترا قانون سنة ١٩٦٤ (٤) .

وتشياً مع تلك الفكرة فقد قرر المشرع جواز تتبع المنقول في رهن منقولات الفنادق ، ورهن البترول ورهن المواد الحربية ، ورهن الافلام السينمائية ، ورهن الات العمل والادوات الحرفية ، وذلك عن طريق شهر التأمين الوارد على تلك المنقولات في سجلات خاصة ومن ثم يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير .

٢٣٠ - ولقد حرص المشرع وهو بصدد بيان نطاق امتياز كل من الواجر وصاحب الفندق أن يقرر لكل منهما حق حبس المنقولات التي يُقفلها الامتياز ، وسلطة استردادها اذا حازها الغير

Juglart, OP. Cit., n. 682. (١)

(٢) المرجع والمكان السابقين .

Juglart, OP. Cit., n. 682. Planiol Ripert et Becque, (٣)
OP. Cit., P.325.

وعكس ذلك القضاء الانجليزي ، حيث حكم في قضية سنة ١٩٦٧ للمبايع بالتحويل فقط على المشتري الأول اي بالزامه بدفع قيمة باقي ثمن السيارة ولم تحكم بالتبع ، راجع :
S.B.

March & T.Soulsby, outline of English law, Second Edition,
P. 199.

H.K. Black & D.J.Brown, An outline of English law, P.185.(٤)

ماد امت مثقلة بامتياز هـ ١٥ أما حق الواجر فمنصوص عليه في الماد ١/٥٨٦٥ مد ن والى تقول
يكون للوجر ضمانا لكل حق ثبت له بمقتضى عقد الايجار ان يحبس جميع المنقولات القابلة
للحجز الموجود في المين الوجرة ماد امت مثقلة بامتياز الوجر ولو لم تكن ملوكة للمستاجر
و اما حق صاحب الفند فقد نصت عليه الماد ١/١١٤٤ م بقولها : " ولصاحب الفند في محلوس
في نقل الامتعة من فند ته ماد ام لم يستوف حقه كاملا " .

ولقد استطردت الماد ١/٥٨٦٥ مبينة كيفية استيفيد الوجر من حقه في الحبس فقالت وللوجر
الحق في ان يمانع في نقلها (المنقولات المثقلة بالامتياز) فاذا نقلت رغم معارضته او دون
علمه كان له الحق في استردادها من الحائز ولو كان حسن النية ، ولكي يحافظ الوجر على
حقه في الحبس له ان يوقع حجزا تحفظيا على تلك المنقولات ، وفائدة هذا الحجز انه يمنع
المستاجر من اخراج المنقولات الا كان مبددا ، ومتى وقع هذا الحجز فلا يجوز للحائز
ان يحتصم بحسن نيته ليسقط حق الوجر (١) وله ايضا ان يوقع الحجز الاستردادي او
الاستحقاقى ، متى توافرت شروطه وليس من بينها سبق توقيع الحجز التحفظى ، وقد نصت
الماد ٦٠٢٢ مرافعات على انه لى يتسنى الاسترداد عن هذا الطريق وجب ان يوقع هذا الحجز
في خلال مدة الثلاثين يوما التالية على خروج المنقولات من المين .

وعلى هذا يتمكن الوجر من الاسترداد حتى ولو دخلت المنقولات في حيازة شخص حسن النية (٢)
وحيث يمتنع النير عن رد المنقول الى الوجر دون حق ، فإنه يكون لهذا الاخير مق كان قد
وقع الحجز الاستحقاقى في موعه ، ان ينفذ على المنقول بيد النير ، وان يستوفى حقه
المتاز من ثمنه في خلال ثلاث سنوات من يوم النقل (ماد ١/١١٤٣) مد ن (٣) ، ويلاحظ
انه اذا بيعت هذه الاشياء الى مشتر حسن النية في سوق عام او مزاد على او ممن يتجرى مثلها
وجب على الوجر ان يرد ثمنها الى هذا المشتري (٤)

(١) السنهوري - الوسيط - ج ٤ ص ٥١١ .

(٢) الاعمال التحضيرية - ج ٤ ص ٥٤٨ .

(٣) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٨٩ هـ ود / شفيق شحاته - نظرية

التامين الميسنى - ص ٢٦٤ .

(٤) د / شفيق شحاته - المرجع والمكان السابقين .

وعلى عكس ما فعلت المادة ١١٤٣ بالنسبة للوَجْر فإن المادة ١١٤٤ لم تبين كيف يستطيع صاحب الفندق أن يجمل حقه في الجبس فعلا له وكل ما قالته في هذا الشأن : فإذا نقلت الامتعة رغم معارضة أو دون علمه فإن حقا لا يمتياز يبقى قائما عليها دون إخلالها بحقوق القسبها الغير بحسن نية ومن الواجب بالرغم من هذا الاقتضاب أن لصاحب الفندق أن يوقع حجزا تحفظيا على الامتعة لتحقيق نفس الأهداف التي رأيناها بالنسبة للوَجْر ، وله أيضا أن يطلب وضع المنقول تحت الحراسة وقد استقر إجماع الفقه في مصر على أنه ليس لصاحب الفندق أن يوسع حجزا استحقاقيا على المنقولات^(١) لأن نص المادة ١١٤٤ لم يعطيه ذلك ، ولأن الأعمال التحضيرية ، قد نصت صراحة على أن هذا السكوت في النص يفيد المنع حيث قالت : " وليس لصاحب الفندق توقيف حجز استحقاق كالوَجْر"^(٢) ، ورغم سكوت النص في فرنسا كما هو الشأن بالنسبة للنص المصري ، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى الاعتراف بحق الاسترداد لصاحب الفندق ، وذلك كنتيجة طبيعية لتأسيس امتياز على فكرة الرهن الضمني ، والتي يأخذ بها الفقهاء المصري والفرنسي^(٣) .

وإجماع الفقه المصري في هذا الاتجاه يمكن إعادة النظر فيه ، وذلك لتشابه تلك الحالة مع حالة الوَجْر ، فالأولى أن يأخذ نفس الحكم قياسا عليه ، مع الأخذ في الاعتبار أن إجماع الفقه في مصر يؤسس الامتياز المقرر لصاحب الفندق على فكرة الرهن الضمني^(٤) .

(١) د / كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٦١٢ د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٧٤٩ د / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٦٣٩ د / محمد علي إمام - المرجع السابق - ص ٦٢٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٣١٨ .

(٣) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., T.12 n. 238.

Josserand, OP. Cit., P. 847. Aubry et Rue, OP. Cit., P.

191. Beudant et Voirin, OP. Cit., P. 476.

(٤) د / كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٥٧٧ د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٧١٤ د / محمد علي إمام - المرجع السابق - ص ٦٠٦ د / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٦٣٧ د / وقسارون السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٠٠ هامش (٢) .

٢٣١- مدى امتياز الوجور وصاحب الفندق على فكرة الرهن الضمني :

وتقوم فكرة الرهن الضمني التي يتأسس عليها امتياز الوجور وصاحب الفندق على افتراض قيام رهن بين الوجور والمستأجر أو بين صاحب الفندق والتزليل، وبمقتضاه يرضى المدين بـ ما ينقل المنقولات التي يضمها في المدين الوجور أو الفندق قبا لامتياز، وواضح أن المقصود بالرهن هنا رهن الحيازة (gage) وليس الرهن المرسل أو الطليق (hypothèque) إذ من المعلوم أن هذا الأخير لا يتقرر الا على غرار ما لم يصحح المشرع بمكس ذلك (١).

ولقد كان على الفقه أن يوضح أمرين حتى يكتمل تأصيله المتقدم، أولهما : رضا الطرفين بالرهن أو على الأقل رضا المدين، والثاني حيازة الدائن المنقول وذلك شرط لا بد منه لنفاذ الرهن أما عن الأمر الأول فقد ذهب البعض إلى أنه يمكن بسهولة افتراض قيام تعاقده ضمنى بين الوجور والمستأجر (أو بين صاحب الفندق والتزليل) بمقتضاه تخصص المنقولات التي توضع بالمدين على سبيل الرهن للوفاء بمستحققات الوجور (٢) وعند الرهن هنا يقوم على أساس العادة الجارية في هذا الشأن حيث لا يلزم التمييز عن إرادة الطرفين، إذ يقوم على قبيضة، لا تحتاج إلى إقرارها بالكتابة (٣).

وأما عن الأمر الثاني فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يمكن اعتبار الوجور حائزا للمنقولات التي يضمها المستأجر أو المزارع وذلك بواسطة منزله أو غاربه، فهو يحوز بطريقة غير مباشرة (٤) أو يفترض أنه يحوز المنقولات بواسطة المستأجر، وهذا الأخير يحوز المنقولات باسمه (٥).

(١) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ١١٦.

(٢) Josserand, OP. Cit., P.847.

(٣) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., P.160.

(٤) Josserand, OP. Cit., P. 847.

(٥) Baudant et Volrin, OP. Cit., P.470.

٢٢٢- تقسيم حيازة المورجرو صاحب الفندق:

ولم يلق هذا التاصيل الفقهي قبولاً عند بعض الفقهاء، فالحيازة التي يعتد بها القانون ويرتب عليها آثاراً سواء كانت اكتساب حق أو إسقاط قيد أو تكليف عيني، يشترط فيها الوضوح والظهور والاستمرار بالنسبة لأي حائز ولا يتوافر في حيازة المورجرو صاحب الفندق أي شرط منها فالسيطرة المادية من حيث الواطن للمدين، ومهما وصلت درجة حيازة صاحب الفندق من الوضوح باختياره أن له أو لنائبه أن يدخل الحجرات التي تحوي امتعة المنزل فلن يصل الأمر بها إلا إلى حد المشاركة في الحيازة وهي لن ترقى إلى مستوى الحيازة التي يعتد بها القانون^(١) ومثل تلك الحيازة المشتركة تود كقيد على سلطات المدين على منقوله، لصالح المورجرو صاحب الفندق، وهذا لا يرجع إلى نقص في حيازة المدين، وإنما مرده إلى أن المنقول قد أصبح محلاً بتأمين عيني كالرهن الرسمي، حيث يستطيع الدائن أن يحتض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص تأمينه^(٢).

وإذا كانت حيازة المدين كاملة غير منقوصة، فما معنى حيازة الدائن الضميمة وغير المباشرة وغير المكتملة، أنها صفات تكشف عن فقدانها أصلاً من الناحية القانونية السليمة، فالقانون لا يرتب آثاراً إلا على الحيازة الكاملة، فهو لا يعرف نصف حيازة أو ربع حيازة، فإذا فقدت الحيازة شرطاً تحولت بقوة القانون إلى حيازة^(٣) ولهذا فحيازة المورجرو صاحب الفندق في حكم المعدم بجانب حيازة المدين والمعدم ليس له كيان، وترتيباً على ذلك فإن المورجرو صاحب الفندق لا يكون أيًا منهما حائزاً سواء من حيث الواقع ومن حيث القانون وينبغي القبول بذلك دون مواربة أو افتراض، ولا يصح التخوف من هذا القول على أساس أنه سوف يضييع سلطات الدائن الخازن، لأنها قد تثبت له بالنص، وللدائن المرتبهين وهنأ رسمياً ما يقرب من هذه السلطات مع أنه لا يجوز ومن ثم فيد لا من أن يتأسس هذا الامتياز على الرهن الحيازي الضمني (Gage Tacite) يتأسس على الرهن^(٤) الطليقي الافتراضي (hypothèque présumée).

(١) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٠٤ .

(٢) المرجع السابق - ص ٢٠٨ .

(٣) المرجع السابق - ص ٢٠٩ .

(٤) دكتور / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٠٩ .

٢٣٣ - تأسيس الامتيازين على الرهن الطليقي:

وعلى نحو ماسبق ينتهي بنا هذا التحليل الى نتيجة مقنعة ه تشمل في تأسيس الامتيازين السابقين على فكرة الرهن الطليقي التي يقررها الاستاذ / الدكتور احمد سلامة فيقول : امسا اتنا بصد رهن فذلك ما لا ينكره احد ه وهو ايضا ما يجد له تأكيد في النصوص التي تنظمه ا واما انه رهن طليقي وليس رهن حيازة فذلك لما بينا ان الدائن لا يحوز ه وهذا ما يبعد عن التاصيل الصنعة او الافتراض ه ويقتصر الافتراض هنا كاداة لانشاء هذا الرهن ه فهو مظهر يتخذه الشخص ولا يكون في ذاته موضوعا للكشف عن الارادة ولكن مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الارادة ه او يرجح معه ان الارادة قد انصرفت الى معنى معين ه والقول بان هناك تعبيراً ضمنياً مسألة تخضع للتقدير ه ولما كان المستأجر أو التزيل لم يتخذ أي منهما مسلكاً يمكن معه القول بأنه عبر عن ارادته بالرهن تعبيراً ضمنياً لم يسبق أمام النصوص الا القول بان المشرع قد افترض صدور الرضا بالرهن ويكون من ثم مفترضاً (١) ه وعلى ضوء ماسبق يمكن تأسيس امتياز الموجر وصاحب الفندق على منقولات مد يته علا تشريعياً للرهن الطليقي ه وهو في النهاية يؤيد بنا الى القول بوقود التتبع عليه ه

خلاصة هذه الدراسة :

وتخلص من هذه الدراسة ان تحديد نطاق الاولوية في تتبع المنقول بقاعدة الحيازة فيه ا اصبح امراً غير مسلم به على اطلاقه بل ان ما يشهد ه العالم من تحول في مجالات التعامل يتبين معه اعادة النظر في تلك القاعدة وحصر اعمالها في أضيق نطاق ولا يتسنى ذلك الا بتدخل المشرع لمواجهة بالنسبة لتلك القاعدة ه حتى يتسنى الاستفادة من القيم المنقولة ه وقد اصبحت في وقتنا الحاضر لاتقل من خطورتها ه وازدياد قيمتها عن العقارات لم تزد في كثير من الحالات ه وحجب مثل هذه القيم عن مجال الائتمان تأسيساً على فهم قانوني جامد لا يعترف بتغيير

(١) المرجع السابق ص ٢١٠ ه وراجع في هذا المعنى د / شمس الوكيل - المرجع السابق ص ٦٢٤ و ص ٦٣٧ حيث يقول : " ولعل الاقرب الى الواقع هو تاصيل الامساان المقرر لصاحب الفندق على اساس ان القانون هو الذي يوضعه في مركز الدائن الراهن رهننا حيازياً " ه

الحياة يمثل خسارة كبرى ينبغي تلافيها ، وذلك على غرار التجربة التي خاضها القانونون الفرنسي في هذا الصدد ، وإذا كان مثل هذا السلك القانوني يمثل استجابة للمتغيرات العملية والتي أملت لها ظر فإقتصاد واجتماعية ، فان وروده لن يكون مستغربا بآءة يفترض فيها انها مرآة لأى مجتمع وانعكاس لنهض الناس فيه ، وهى التشريع ، وسيكون أثر الحيازة فى الاولوية على المنقول من حيث تتبعه تحت يد الغير محذ ودا بعدم وجود الضرورة القانونية التي تجيز مثل هذا التتبع ، والتي غالبا ماتكون هى التشريع .

٢٢٤ - حيازة المال واثرها على الاولوية فى الشريعة الاسلامية :

اهتم فقهاء الشريعة الاسلامية بموضوع حيازة المال ووضع اليد عليه اهتماما بالغ الخطورة فسق الذاهب المختلفة ، وقد بلغ الاهتمام بها درجة وصلت الى تفصيل ادق احكامها وسوف نعرفنا الحيازة لفءة ، ثم نبين حقيقتها فى اصطلاح الفقهاء .

الحيازة لفءة : الجمع وضم الشئ (١)

وفى اصطلاح الفقهاء :

تنلوق فقهاء الشريعة الاسلامية بيان مسائل الحيازة وهم يصدء الكلام عن الدعوى والشهادات وقد اطلق عليها فقهاء المالكية اسم الحيازة ، بينما اسماها غيرهم بوضع اليد^(٢) ونظرا لاختلاف اطلاقاتها فى المذاهب الفقهية المختلفة يكون من الافضل الاشارة الى حقيقتها فى كل مذاهب على حءة .

٢٢٥ - اولا : حقيقة الحيازة فى المذهب المالكي :

الحيازة فى اصطلاح المالكية هى وضع اليد على الشئ ، والاستيلاء عليه يقول الدردير : " الحيازة هى وضع اليد على الشئ ، والاستيلاء عليه (٣) "

(١) القاموس المحيط - ج ٢ ص ١٨٠ .

(٢) راجع رسالة محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون البرافعات - ج ١ ص ٢٠٩ حيث عرف الحيازة عند الفقهاء بانها استيلاء الشخص على عين من الاعيان بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته وهى بذلك تختلف عن الملك ، اذ هو استحفاق التصرف فى الشئ بكل ما يجوز شرعا ^(٣) .

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه - ج ٤ ص ٢٠٧ وحاشية الصاوى على الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٢٨ .

شروط الحيازة في الذهب المالكسى :

اهتم فقهاء المالكية ببيان شروط الحيازة ، و توسعوا في بيانها في شتى مراجع المذهب وقد اعتبروا ان الحيازة الفرعية كما يسميها الصاوي^(١) لا بد ان تتوافر فيها شروط سوف نقوم ببيانها اجمالاً ، ثم نقوم بالقاء الضوء على كل شرط بالتفصيل الذي يقتضيه د راستنسا وقد ورد في مختصر خليل ، ما يشير الى هذه الشروط حيث يقول : " وان حاز اجنبي غير شريك للمحوز عليه في المحوز ، وتصرف الاجنبي الحائز في الشئ المحوز ، تصرف المالك في ملكه ، ثم ادعى حاضر ساكت عن منازعة الحائز بلامانع ، بعد ان حاز الاجنبي عرض سني من لم تسمع دعوى الحاضر الساكت بلامانع ولا بينة"^(٢) ويظهر من خلال عبارات الفقهاء ان شروط الحيازة هي :

١ - وضع اليد على الشئ والتصرف فيه :

لا بد لتحقيق الحيازة من وضع يد الحائز على المال والتصرف فيه ، والقيام بالاعمال المألوفة على الشئ المحاز وقد عبر الفقهاء عن ذلك بقولهم : " من حاز " او الدار في يد رجل " وقد ورد في المدونة الكبرى " الدار في يد رجل يحوزها ويمتصها ويكرها ويهدم ويبني"^(٣) والاستعمال في الحيازة يكون في كل شئ بحسبه ، وقد عبر الامام مالك عن ذلك بقوله : " اذا كانت الشيا يطبخ وتمتحن والد واجتكره وتركب"^(٤) ويجب ان يقترن وضع اليد بادعاء الملكية يقول الدسوقي : " يجب ان يدعى الحائز وقت المنازعة ملك الشئ "^(٥) كما يلاحظ ان الحيازة ترد على المقار كما ترد على المنقول ويقتابل هذا الشرط ما يعرف في الفقه الوضعي بالركن المادي للحيازة .

(١) بلفظ السالك لا قريبا المسالك - على الشرح الصغير - ج ٢ ص ٣٣٦ .

(٢) مختصر خليل ، مع جواهر الاكليل للآبي - ج ٢ ص ٢٥٠ - وحاشية الدسوقي على

الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٠٢ .

(٣) المدونة الكبرى - ج ١٣ ص ٣٨ وما بعد ها .

(٤) نفس المرجع السابق - ص ٤١ ، ٤٢ ، والخروشي - ج ٧ ص ٢٨٨ ، وحاشية الدسوقي

على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٥) حاشية الدسوقي - على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٢٠٨ .

٢ - أن يكون المحراز عليه حاضرا :

يجب أن يكون المحراز عليه وهو مالك المال المحرز حاضرا ، يقول الامام مالك : " إذا كان حاضرا يراه يبنى ويهدم ويكرى ، فلاحجة له ^(١) ويقول خليل : " ثم ادعى حاضر ^(٢) وفي شرح هذه العبارة يقول الدردير في الشرح الكبير : " بالبلد ولو حكما ، كمن عدس مسافة يومين ^(٣) ويقول الصاوي : " قوله حاضر " أى بالبلد ، بمعنى انه لم يخف عليه أمر ذلك المحرز لقربه منه ، وأما لو كان حاضرا وهو غير عالم فله القيام اذا ثبت علمه ^(٤) وعلى هذا فلا تجوز الحيازة على الغائب ، ويقول ابن فرحون تحت عنوان فى الحيازة على الغائب : " وفى مختصر الواضح ، قال ابن حبيب وأخيرى حسين عن ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأصبغ ومطرف : فى الغائب يحراز على ماله على مسيرة دون السبعة الايام ، ويريد كالخمس ، فان علم فى غيبته بما حيز عليه من ماله ، فلم يقدم ولم يوكسل حتى طال زمان ذلك فهو كالحاضر الا أن يكون له عذر ومثل أن يكون فى يد عدو أو من وراء بحر أو يكون ضعيفا أو مختلا أو امرأة محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر فيكون على حقه ابدا ^(٥) . وعلى هذا فالغائب لا تكون حيازة ماله حيازة شرعية مادام غائبا .

٣ - أن يعلم المحرز عليه بالحيازة :

يشترط أن يعلم المحرز عليه بالحيازة وفى هذا يقول ابن فرحون : " (فرع) وان كان غير عالم فهو على حقه اذا قدم ولا حيازة عليه ^(٦) قوله حاضرا يراه لابد هنا من العلم بشيئين ، وهما العلم بأنه ملكه ، والعلم بأنه يتصرف فيه ولا ينفذ العلم باحدهما دون الآخر ^(٧) ويقول : " وهو على غير العلم حتى يقع الحائز بينه أن كان عالما فى غيبته لحيازة ماله ^(٨) . وعلى هذا فعلى اثبات علم المحراز عليه بالحيازة يقع على الحائز

(١) المدونه - ج ١٣ ص ٤٣ .

(٢) مختصر خليل - مع جواهر الاكليل - نفس المكان السابق .

(٣) الدردير مع حاشية الدسوقي عليه - ج ٤ ص ٢٠٧ .

(٤) بلغة المسالك لا قرب المسالك - ج ٢ ص ٣٥١ .

(٥) تبصرة الحكام - على هامش فتح العلى المالك - ج ٢ ص ٩٢ وما بعد ها .

(٦) نفس المرجع السابق - ص ٩٣ .

(٧) نفس المرجع السابق - ص ٩٥ .

(٨) نفس المرجع السابق - ص ٩٣ .

وهذا الشرط يقابل في الفقه الوضعي ما يسمى بشرط الظهور أو العلانية ، حيث تنص المادة ١٤٩٦ - من التقنين المدني المصري ، على ان الحيازة التي تحصل خفية لا يكون لها اثر قبل من اخفيت عنه الا من الوقت الذي يزول فيه عيب الخفاء ، وذلك يقتضى أن تكون الحيازة علنية غير خفية يباشرها الحائز على مرأى من الناس أو في القليل على مشهد من المالك ، ولذا يقول السهوي : " من يحوز حقا يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق ، وصاحب الحق لا يستعمله خفية ، بل يستعمله علنا " (١)

٤ - أن يسكت المحوز عليه بلا مانع :

لا يقتصر شروط الحيازة على حضور المحاز عليه وعلمه بالحيازة ، وانما لا بد أن يعلم ويسكت بلا مانع وقد عبر خليل عن هذا الشرط بقوله : " ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع " (٢) وجاء في الشرح الكبير للدردير : (ساكت) عالم بلا مانع له من التكلم هو يقول الد سوتى ف حاشيته ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز أو من سطوة من استند اليه الحائز ولذا ذكر (ح) وغيره أن لحيازة لذوى الشوكات والتغلب ، ومن العذر المانع من التكلم الصغر والسفه (٣) ويقول ابن فرحون : " الا ان يبلغ الصغير ، ويملك لنفسه المولى عليه ويحاز عليهم عشرة اعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم لا يعترضون من غير عذر " (٤) وعلى هذا فلا تتحقق الحيازة بالغصب يقول المنسولى : " حيازة الغاصب كالمدم وكذلك ان عرف ان دخوله كان بباطل لم تنفعه الحيازة ككونه دخل بركا من القائم أو اسكان أو مساقاة ونحو ذلك " (٥)

كما لا تتحقق الحيازة في حقوق الله يقول الد سوتى في حاشيته على الشرح الكبير : لو شملت البنية على الحائز عشر اعوام بمارية أو اعمار ، أو بأن هذا المحوز جيس أو طريق أو مسجد فالحيازة عشرة اعوام لا تنفعو مع وجود الهيبة الشاهدة بذلك " (٦)

٥ - مضى مدة على وضع اليد :

لا يكفي لوجود الحيازة ما سبق من شروط ، بل لا بد من مضى مدة من الزمن يتحقق فيها

(١) الوسيط - ج ٩ - ص ٨٤٨ .

(٢) جواهر الاكليس - نفس المكان السابق .

(٣) الشرح الكبير - مع حاشية الد سوتى عليه - ج ٤ ص ٢٠٧ .

(٤) تبصرة الحكام - نفس المكان السابق .

(٥) البهجة شرح التحفة - ج ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

(٦) حاشية الد سوتى على الشرح الكبير - ج ٤ ص ٢٠٧ .

معنى استقرار وضع اليد على المال وقد اختلفت أقوال الفقهاء في تحديدها ، والظاهر من عباراتهم أنها تختلف باختلاف المال ، ففي العقار أربعون سنة^(١) يفـسـول المـسـوقـى في حاشيته على الشرح الكبير : قوله : (ذا العشر سنين) أى والحسوز عشر سنين إنما هو شرط في حيازة العقار^(٢) وأما الحيازة في الدابة وأمة الخدمة سنتان ، و مدة الحيازة في العبد والمعرض أزيد من سنتين^(٣) ويظهر من خلال عبارات الفقهاء أن مدة الحيازة في العقار تختلف عنها في المنقول ، وأنها تختلف في كل مسأل بحسبه .

٦ - أن يكون الحائز غير أصل المحوز عليه أو فرعـه :

يشترط لوجود الحيازة بالشروط السابقة أن لاتقع بين الاب وأبنه ، وفي هذا تصيـمـل حـكـاه ابن فرحون في تبصرة الحكام حيث يقول : " فاما القسم الاول ، وهو حيازة الاب على ابنه والابن على أبيه فلا خلاف في أنها لاتكون بالسكنى والازدراع ، قال ابن رشد ولا باستخدام ، فلو بقى العبد بيد الابن زمانا طويلا فلما مات الاب قال : هو لى بوجه كذا من أبى قال ابن القاسم ، لا ينتفع بطول الحيازة ، حتى يأتي بيئته على ما دعاه والاتفاق على أنها تكون بالتفويت من البيع والهبة والصدقة والتدبير والكتابة . واختلف هل يحوز كل منهما على صاحبة بالهدم والبنيان والغرس أم لا ؟ على قولين ، فقال ابن رشد : يريد والله أعلم الايطول الامر جدا الى ما تهلك فيه البنيات وينقطع العليم والقول الثانى : أنه يحوز عليه بذلك ، ومثل الاب والابن الجد وابن الابن^(٤) وعلى هذا فالاستيلاء على الممين لا يحتج بهابيين الاصول والفروع ، وهذه الحالة تشبه ما يسميه فقهاء القانون بأعمال الرخص والتسامح ، حيث لاتقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص علسى أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح (٥) .

- (١) جواهر الاكليل - ج ٢ ص ٢٥٤ .
- (٢) حاشية الدسوقى - ج ٤ ص ٢٠٧ .
- (٣) جواهر الاكليل - ج ٢ ص ٢٥٤ .
- (٤) تبصرة الحكام - ج ٢ ص ٩٨ ٩٩ .
- (٥) المنهورى الوسيط - ج ٩ ص ٨٢ وما بعد ها .

وعلى هذا النحو تتحدد شروط الحيابة في المذهب المالكي ، واذا توافرت الشروط السابقة فان الحيابة تنقل الملك للحائز .

٢٣٦ - ثانيا : اليد في المذهب الحنفي :

لم يصطلح فقهاء المذهب الحنفي على تعريف لليد ، وان اعتبروها دليل الملك يقول الكاساني : " واليد دليل الملك " (١) ويقول السرخسي : " وهذا لان يد ذي اليد تدل على الملك ، وسبب الملك هو اليد ، وهو ما يعاينه كل احد " (٢) ويقول صاحب الهداية : " ومن كان في يده شيء وسعك ان تشهد انه له ، لان اليد انصبي ما يستدل به على الملك ، وهي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها " (٣) .

تعريف اليد في المذهب الحنفي :

ويظهر ايضا من عبارات الفقهاء ان لليد في المذهب الحنفي شرطين هما :

١ - وضع اليد على المال :

لا بد لتحقق الحيابة من وضع اليد على المال وقد قرر الفقهاء ان اليد لا تثبت في العقار بتصادق المدعي والحائز ، بل لا بد من بينه أو علم القاضى بخلاف المنقول ، يدقول الزيلعي : " ولا تثبت اليد في العقار بتصادقها ، بل ببينة أو علم القاضى بخلاف المنقول لان اليد في العقار غير مشاهدة ، ولعله في يد غيرها تواضعا فيه ليكون تريعنة الى أخذ بحكم الحاكم ، فلا بد من إقامة البينة فيه أو علم القاضى لتتنفي تهمة المواضعة بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة ، فلاحاجة الى اشتراط الزيادة (٤) " .

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

(٢) الميسوط - ج ١٦ ص ١٥٠ .

(٣) الهداية - مع الفتح - ج ٦ ص ٢٣ ، ٢٤ .

(٤) راجع في هذا المعنى : بدائع الصنائع - ج ٦ ص ٣٦٧ وتبيين الحقائق للزيلعي

ج ٤ ص ٢٩٥ .

وتثبت اليد بالتصرف ، يقول الكاساني : " لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيــــه وانما تثبت بالتصرف فيه ^(١) " ويقول الزيلعي : " دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاص لان السيد متوعدة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا تمتاز الا بالتصرف " ^(٢) .

٢ - ان لا توجد بينه للمدعي تبطل الحيابة:

اذا اتهم المدعي البيئة على الملك ، فللحائز ان يدفعها بالبيئة وفي هذه الحالة ترجح بيئته باليد يقول الكاساني: " ترجح بينه صاحب اليد باليد ، فيقضى بينهم قال : وهذا ظاهر مذهب اصحابنا " ^(٣) ويشرح السرخسي القول بترجح بيئته صاحب اليد عند تعارضها مع بيئته الخارج بقوله : " ان ذا اليد له نوعان من الحجبة اليد والبيئة ، وللخارج نوع واحد وذو الحجتين يترجح على ذي حجة واحدة ^(٤) وعلى هذا النحو تتحدد شروط اليد في المذهب الحنفي .

٢٣٧ - ثالثا : اليد في المذهب الشافعي :

لم يصطلح فقهاء المذهب الشافعي على تعريف لليد ، ويمكن تعريفها عند هم ، بمعرفتها به الحنفية حيث ان شروط الحيابة كما يظهر من عبارات الفقهاء ، تتمثل في وضع اليد على المال بالتصرف فيه ، ودفع بيئة المدعي .
وشير الى كل من هذين الشرطين بشئ من التفصيل .

-
- (١) البدائع - ج ٦ - ص ٢٥٦ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ ص ٥٨٧ .
(٢) تبين الحقائق - ج ٤ ص ٢١٦ ، وفتح القدير - ج ٦ ص ٢٤ ، ٢٥ .
(٣) البدائع - ج ٦ ص ٢٣٤ .
(٤) المبسوط - ج ١٧ ص ٣٠ .

١ - وضع اليد على الشيء :

لا بد لتحقق الحيازة من وضع اليد على المال ، ويكون ذلك بالتصرف فيه ، يقول الرملسى : " ولو كانت العين بيده تصرفا أوامساكا ، فأقام غيره بها ، أى بملكها من غير زيادة بينة وأقام هو بها بينة بيئت سبب ملكه أم لا ، أو قالت كل اشتراها أو غصبها من الآخر قدم من غير عين صاحب اليد وتسمى الداخل ، لأنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك (١) "؛

٢ - أن لا توجد بينة للمدعى تدفع الحيازة :

إذا أقام المدعى البينة على الملك ، فإن على الحائز أن يدفع بينة بالبينة ، والا ترجح حق المدعى على حقه فإن أقام البينة ترجحت اليد ، قال الشافعى رحمه الله : إذا تداعى الرجلان الشيء وهو فى يد أحدهما دون الآخر فأقاما معا بنية ، فالبينة بينة الذى هو فى يديه (٢) .

فإذا تساوت اليدان على الشيء الواحد ولا بينة لهما اقتسما ، يقول الرملسى : " إذا تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ، ولا بينة لها حلفا ، وجعل الجميع بينهما تصفين لأنه فى يد هما فجعل بينهما (٣) " وقد اعتبر السيوطى أن معايرجـح فيه الظاهر قطعاً اليد فى المدعى (٤) .

وعلى هذا النحو يتحدد شرطا الحيازة فى المذهب الشافعى وهو يترب ما قال به فقهاء المذهب الحنفى

٢٣٨ - رابعاً : اليد فى المذهبين الحنبلى والظاهرى :

وفى المذهب الحنبلى تتحقق الحيازة بالتصرف ، وعدم البينة من المدعى .

-
- (١) نهاية المحتاج - ج ٨ ص ٣٦١ ، وبغنى المحتاج - ج ٤ ص ٤٨٢ .
 - (٢) الام - ج ٦ ص ٢٥١ ، وحاشيتا قليوبى وغيره - ج ٤ ص ٢٤٤ .
 - (٣) نهاية المحتاج - ج ٨ ص ٣٦٣ .
 - (٤) الاشباه والنظائر للسيوطى - ص ٧٠ ، ٧١ .

١ - وضع اليد يتحقق بالتصرف :

جاء في المغني لابن قدامة : " فصل ، فان كان في يد رجل دارا او عقارا ، يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والاعارة والاجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبد الله بن حامد : يجوز ان يشهد له بملكها ، قال القاضي ، ويحتمل ان لا يشهد بما شاهد به من الملك واليد والتصرف لان اليد ليست منحصرة في الملك " (١) ويقول في موضع آخر : " لان الشهادة بالملك يجوز ان يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فان ذلك جائز عند كثير من اهل العلم " (٢)

٢ - عدم البينة من الدعوى :

ولا يقتصر شرط الحيازة على وضع اليد بالتصرف ، وانما لا بد من عدم وجود بينة للدعوى يثبت بها حقه فان اقام بينه على ملكه ، لم يلتفت الى بينة المدعى عليه وهو الحائز ، يقول ابن قدامة في المغني : " ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد منهما ببينة حكم بها للمدعى ببينة ولم يلتفت الى بينة المدعى عليه " (٣) فاذا اقام المدعى عليه (الحائز) بينة تعارض بينة المدعى ، فالمشهور تقديم بينة المدعى ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال (٤)

وقد اتفق ابن حزم مع الحنابلة في ترجيح بينة المدعى ، حيث يقول : " ومن ادعى شيئا في يد غيره فان اقام فيه البينة او اقام كلاهما البينة قضى به للدعي ليس الشئ في يده " (٥) ويقول : " فاذا اقام كل واحد منهما بينة فان بينته لا تسمع فيما في يده " (٦)

(١) المغني - ج ١٠ ص ٢٣٠ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ .

(٣) نفس المرجع السابق - ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ .

(٤) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٥) المحلى - ج ١٠ ص ٦٤٣ .

(٦) نفس المرجع السابق - ص ٦٤٤ .

٢٣٩ - آراء الفقهاء في اثبات الحيابة للملكية:

ومن خلال ذكر اقوال الفقهاء في الحيابة ، نجد ان الحيابة بمعناها الذى قال به الفقهاء عند توافر شروطها لاتخلو من حالين : اولهما : اما ان تكون الحيابة غير معارضة ببنية من المدعى ، وثانيهما : اما ان تكون معارضة ببنية منه .

في الحالة الاولى :

اتفق الفقهاء على ان الحيابة اذا توافرت بشروطها ، ولم تعارضها ببنية من مدع خارج عن الحيابة ، فإنها تثبت الملك ، دون خلاف يذكر ، لان اليد في هذه الحالة دليل الملك بل هي اقوى ما يستدل به عليه .

اما في الحالة الثانية :

وهي ما اذا وجدت بينه لغير الحائز تعارض الحيابة ، فاما ان تكون للحائز ببنية تعارضها او لا تكون ، فاذا لم تكن للحائز ببنية تعارض ببنية المدعى الخارج وهنا يكون الترجيح بين الحيابة اى حيابة الحائز للمال ووضع يد عليه ، وبين بنية المدعى الخارج على الملك ، وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء على قولين :

اولهما : للملكية ، وحاصلة ، ان الحيابة اذا توافرت بشروطها السابقة ، ومنها وضع اليد على المال والتصرف فيه مع حضور مالكه وعلمه بتصرف الحائز ثم سكوت مدة الحيابة فان بنية المدعى لاتسمع اطلاقا ولا يحمل بها ، وهنا يترجح جانب الحائز مطلقا .

ثانيهما : لجمهور الفقهاء غير المالكية ، وحاصل رأيهم ، ان البنية تسمع ، ويترجح العمل بها على الحيابة اذا لم تقترن الاخيرة ببنية تعارض ببنية المدعى ، وهنا يترجح جانب العمل بالبنية على جانب الحيابة ، ولكل دليله :

٢٤٠ - أدلة المالكية والجمهور على رأيهم :

استدل المالكية على ما ذهبوا اليه بالسنة والمعقول :

١- من السنن :

ماروى عن ربيعة ابن أبى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " * وقد ورد فى المدونة (قال عبد الجبار) عن ربيعة أنه قال : اذا كان الرجل حاضرا ، وماله فى يد غيره فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك ، كان المال الذى هو فى يده لحيازته اياه عشر سنين (١) وقد ورد الحديث برواية ثانية حاء فيها : " من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو احق به منه " (٢) .

وجه الدلالة فى هذا الحديث :

أنه قد دل على أن من حاز شيئا عشر سنين فهو له * وقد ورد الحديث برواية أخرى تدل على هذا المعنى ، وفى هذا دليل على اثبات الحيازة للملكية ، وبالتالي يكون حائز المال احق به من مالكه .

والحديث من مراسيل ابن المسيب ، وقد قال الاموى : قال أبو حنيفة ومالك واحمد فسى أشهر رواية عنه ان الحديث المرسل مقبول ، وقال الشافعى : " اذا كان مرسل الحديث قد عرف من حاله انه لا يرسل عن فيه عله من جهالة أو غيرها كمراسيل ابن المسيب فهم مقبول " (٣) وقال الحاكم : " اكثر ما تروى المراسيل من اهل المدينة عن ابن المسيب ومراسيله كما قال ابن معين من أصح المراسيل ، لانه من أولاد الصحابة وأدرك العشرة وثيقه اهل الحجاز ومفتيهم ، وأول الفقهاء السبعة الذين يعتقد مالك باجماعهم كاجماع كافة الناس وشرائط مراسيله لا توجد فى مراسيل غيره ، وقال احمد ابن حنبل : " مراسلات سعيد بن المسيب من اصح المرسلات (٤) .

-
- (١) المدونة الكبرى - ج ١٣ ص ٤٢ ، ٤٣ ، وراجع : شرح الخطاب - ج ٦ ص ٢٢٣ .
(٢) تبصرة الحكام - لابن فرحون - على هامش فتح المولى مالك - ج ٢ ص ٣٦٢ ، وشرح الخطاب - ج ٦ ص ٢٢٩ وقد ورد الحديث بالرواية الاولى عند صاحب كنز العمال فى سنن الاقوال والافعال - للشيخ علاء الدين على المتقى ابن حسام الدين - ج ٢ ص ١٨٦ برقم ٣٩٥٦ - طبعة حيدر اباد سنة ١٣١٣ هـ .
(٣) اصول الاحكام للأمدى - ج ١ ص ٢٩٩ .
(٤) محمد جمال الدين الناسى : قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث - تحقيق محمد البيطار فقرة ٤١ ص ١٤١ ، ١٤٢ ، وراجع ما نقله الخطاب عن صاحب التوضيح فيمن اخذوا بهذا الحديث - شرح الخطاب - ج ٦ ص ٢٢٣ .

٢- ومن المعتول :

واستدل المالكية من المعتول ، بأن كل دعوى يكذبها العرف فانها غير مقبولة ولا شك أن بقاء ملك الانسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل على انتقاله عنه (١) يقول الدردير : " وانما لم تسمع دعواه مع الشروط المذكورة لان العرف يكذب به ولان سكوتة تلك المدة دليل على صدق الحائز لجرى العادة ان الانسان لا يسكت عن ملكه تلك المدة (٢) ، ولهذا يترجح جانب الحائز .

٢٤١- دليل الجمهور على مذاهبهم :

وقد استدل الجمهور على رأيهم ، بما روى عن وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي : يا رسول الله ان هذا قد غلبني على أرض كانت لي فقال الكندي : هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي الك بئنة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينة ، فقال : يا رسول الله : الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه ، وليس يتورع من شيء قال : ليس لك منه الا ذلك . (٣) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلب من المدعي البينة ، فلو لم يكن لها اثر ونتيجة في ثبوت الحق له ما طالبه الرسول بها اولا ، فدل ذلك على ان جانب صاحب البينة يترجح على جانب صاحب الحيازة اذ لو كانت الحيازة مقدمة على البينة ما بدأ بها الرسول صلى الله عليه وسلم .

(١) شرح الخطاب - ج ٦ ص ٢٢٣

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه - ج ٤ ص ٢٠٨ .

(٣) رواية مسلم والترمذي ، وأبو داود ، وراجع نيل الاوطار - ج ٨ ص ٣٤١ ، ٣٤٢

والسنن الكبرى للبيهقي - ج ١٠ ص ٢٥٢ وما بعدها ، مطبعة مجلس دائرة المعارف

العثمانية بحيدرآباد - الهند - سنة ١٣٥٥ هـ .

مناقشة ادلة المالكية :

ولاشك ان الادلة التي استدلت بها المالكية يمكن ان ترد عليها مناقشات :

اولهما : ان حديث الحيازة مرسل ، وهو معارض بحديث الكدى ، واحاديث البيئنة على المدعى وهي احاديث مرنوعة ، تعارض حديث الحيازة وهو مرسل فلا يحتج به في مواجهتها .

ثانيهما : ان ما استدلتوا به من المعقول يخالف النص فلا يعمل به في مواجهته .

الرى الراجح :

واننى اميل الى ترجيح رى الجمهور لقوة ادلته وكثرة الروايات التي تدل على سماع بيئنة المدعى فضلا عن ان ادلة المالكية قد وردت عليها مناقشات تقلل من الاطمئنان على العمل بمقتضاها ولهذا فاننى اميل الى ترجيح رى الجمهور .

٢٤٢ - وان كانت للحائز بيئنة تعارض بيئنة المدعى ، فقد اختلف جمهور الفقهاء غير المالكية فيما بينهم ، هل تقدم بيئنة الحائز او بيئنة المدعى ؟ وذلك على قولين :
اولهما : للحنفية والشافعية ، وحاصل هذا الرى ان بيئنة المدعى اذا عورضت بيئنة الحائز فان بيئنة ذى اليد " وهو الحائز " تقدم ، يقول السرخسى : " لان لسـه نوطان من الحجـة " اليد والبيئنة ، وللخارج نوع واحد وذو الحجتين يترجح على ذى حجة واحدة " (٢)

وثانيهما : للحنابلة والظاهرية ، وحاصل رأيهـم ، ان بيئنة المدعى تترجح على بيئنة المدعى عليه ولكل دليله .

٢٤٣ - ادلة الحنفية والشافعية على مذهبهم :

استدل الحنفية والشافعية على مذهبهم بما روى عن جابر رضى الله عنه : ان رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة فى يدر جل وأقام البيئنة عليه

(١) وقد ذكر الشيخ عليش فى شرح منج الجليل - ج٤ - ص ٣٤ : " انه قد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : لا يبطل حق امرئ معلم وان قدم " ، وراجع : الفواكة الدوانسى - ج٣ ص ١٤٩ .
(٢) المبسوط - ج١٧ ص ٣٠ .

واقام ذو اليد البيعة على مثل ذلك ، ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنائفة لصاحب اليد " (١) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

قال الضعافين : " والحديث دليل على أن اليد مرجحة للشهادة المرافقة لها " (٢) وقد روى الكاساني عن عيسى بن ابان : ان البيهتين تنهاتران ويترك المدعى به في يد صاحب اليد قضاء ترك " (٣) .

٢٤٤ - ادلة الحنابلة والظاهرية على مذاهبهم :

قد استدلت الحنابلة والظاهرية على مذاهبهم بالسنة والاثار :

١ - من السنة :

ما روى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " البيعة على المدعى واليمين على المتكسر " (٤) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بين أن البيعة في جانب المدعى واليمين في جانب المدعى عليه ، ولما كان الحائز مدعى عليه ، فانه لا يلتفت الي بيئته ، لان الله لم يكلفه بها ، فصح أنه لا يلتفت الي بيعة الحائز لنفس الحديث (٥) .

(١) رواء الضعافين - سبل السلام - ج ٤ ص ١٢٧ - وراجع في الاستدلال به ، بدائع الصنائع للكاساني - ج ٦ ص ١٢٧ ، والبحر الزخار - ج ٤ ص ٣٩٩ ، والروض النضير ج ٤ ص ١٣٤ .

(٢) سبل السلام - للضعافين - ج ٤ ص ١٣٥ .

(٣) بدائع الصنائع - ج ٦ ص ٢٣٤ .

(٤) نيل الاوطار للشوكاني - ج ٨ ص ٣٤٤ .

(٥) المحلى - ج ١٠ ص ٦٤٣ ، مسألة : ١٨١٥ .

٢- ومن الأثر:

ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: "من كان في يده شيء فيبيته لاتعمل له شيئاً" (١) فقد دل هذا الأثر على أن بيئته من كان الشيء في يده وهو الحائز لاتعمل له شيئاً ومعنى هذا ان بيئته المدعى تترجح على بيئته .

مناقشة ادلة الحنابله والظاهرية و الترحيح :

ولاشك ان الحديث الذي استدل به الحنابله والظاهرية معارض بحديث جابر الذي يدل على رجحان بيئته صاحب اليد في مواجهة بيئته المدعى ، كما أن القول برجحان بيئته المدعى مطلقاً ، وعدم سماع بيئته صاحب اليد ، لا يمكن قبوله ، خاصة في حالة ما اذا كانت بيئته الحائز تكذب بيئته المدعى ، وهذا ما صرح به ابن حزم ، حيث يقول: بيئته الحائز لا يحتج بها الا أن يكون فيها بيان زائد بانتقال الشيء اليه ، أو يلوح بتكذيب بيئته الآخر (٣) وقد قرر الضعافى: "ان حديث جابر خاص وحديث البيئته على المدعى عام ، والخاص مخصص مقدم ، وأثر على رضي الله عنه لم يصح ، وعلى فرض صحته فأنه معارض بحديث جابر فلا يحتج به في مواجهته" (٤) ، وعلى هذا النحو يترجح رأي الحنفية والشافعية .

٢٤٥- اثر الحيازة على انقضاء الاولوية :

اذا تقرر وضع اليد على المال ، وثبتت حيازته بالشروط التي قال بها الفقهاء ، والادلة الراجعة التي استدلوا بها فان حق الحائز يترجح على حق المالك ، وبالتالي تنقضي ملكيته للمال المحوز ، واذا انقضت الملكية بالحيازة وهي حق اصلي ، فلان تنقضي الاولوية وهي من حقوق الارتفاق على الحق الاصلي من باب أولى . وعلى هذا فاذا تفرقت الحيازة فان الدائن المزود بالاولوية لا يستطيع أن يتتبع المال تحت يد الحائز ، وعلى هذا النحو تنقضي الاولوية .

(١) سبل السلام - ج ٤ ص ١٣٥ .

(٢) المحلى - ج ١٠ ص ٦٤٣ ، مسألة : ١٨١٥ .

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) سبل السلام - نفس المكان السابق ، والروض النضير - ج ٣ ص ٤٥٢ حيث يقرر:

ان حديث البيئته على المدعى عام مخصوص بحديث جابر .

المبحث الثاني
انقضاء اولوية استيفاء الديون

٢٤٧ - يرتبط بصير الاولوية بصير الدين الذي تضمنه ، كما ارتبطت نشأتها بنشأته وهذا الارتباط الوثيق بين الاولوية والدين الذي تضمنه لإيماع من أن تحيا الأولوية حياتها الخاصة ، اذ ن فهناك حياة مزدوجة للأولوية وهي التي ترتكز على وجود الدين ، وحياة مستقلة ، وهذه الحياة المزدوجة تنعكس على أسباب انقضاء الاولوية ، فاذا انقضت الديون المضمون بها لم يكن متصوراً أن تبقى بدونه فتتقضى بانقضائه ، ويكون الانقضاء هنا بطريق التبعية ، وليس هناك ما يمنع انقضاء الاولوية مع بقاء الدين ، فالاصل ان ينقضى ويستتبع انقضاء التابع ، وقد تنقضى الاولوية ويبقى الدين فتكون قد انقضت استقلالاً او بصفة اصلية وتتكلم على هذين النوعين من الانقضاء .

٢٤٨ - انقضاء الاولوية بصفة مستقلة :

١ - قد تنقضى الأولوية بصفة مستقلة بالنزول عن التأمين الذي يقرها ، والنزول تصرف افراد يصدر من الدائن الذي يحق له التصرف في الدين المضمون بالتأمين ، ويؤدي هذا التنازل الى انتهاء التأمين دون المساس بالدين ، ولما كان التأمين حقاً مالياً فالتنازل عنه اذن امر ممكن شأنه في ذلك شأن نقله (١) .

النزول عن التأمين تصرف افرادي ، وكونه تصرفاً قانونياً يثير مسألة الاهلية او السلطة الواجب توافرها لدى المتنازل في بحرفانواع التأمينات كالرهن مثلاً ، حيث تثار تساؤل حول أهلية المتنازل ، هل يكفي اهلية التنازل عن الدين ام يجب ان تتوافر اهلية التنازل عن الحق العيني العقارى ، ذهب رأينا لانه يجب ان تتوافر في المتنازل اهلية التصرف في العقارات (٢) وقد اعترض على هذا الرأي بأنه لا يأخذ في الاعتبار صفة

(١) د / احمد سلامة - التأمينات العينية والشخصية - ج ١ - ص ٤٦٢٠ .

(٢) De Page et Dékkers, OP. Cit., P. 835.

التأمين العيني كتابي ، فهو ينشأ لضمان الوفاء بالدين ، وإذا نزل الدائن عنـــــــ
استتبع هذا التنازل انقضاء التأمين ، ومن غير المعقول ان نتشدد في درجة الاهلية
اللازمة للتنازل عنه ، ومن ثم تكفي أهلية التصرف في الدين (١) .

ولما كان النزول عن التأمين العيني ، تصرفا اراديا منها ، فهو يشترط اثره بمجرد
صدوره دون أن يتوقف في ذلك على قبول المدين الراهن ، أو الحائز له ، وحتى علمه به
فهو غير واجب الاتصال ، ولا يملك المتنازل الرجوع عنه (١) ، فإذا ثارت مشكلة تتعلق
بإثباته فإنه يتم بكافة طرق الإثبات (٢) ، والتنازل عن التأمين الموجب للأولوية يهدف إلى
القضاء عليها نهائيا ، وهو يختلف عن التعمد بالامتناع عن استعمال التأمين ، حيث
لا يهدف إلى إنهاء التأمين أو التنازل عن قيده وإنما يهدف إلى عدم إثارة الدائن
لسلطة التفرغ سواء في مواجهة دائن آخر مزود بتأمين أو دائن عادي في الحدود التي
تضر بهذا الدائن وعلى ذلك يحق للدائن التمسك أن يتقدم إذا كان تقدمه لا يضر
بالدائن المستفيد ولا يشترط أي شكل خاص للتنازل عن التأمين (٤) .

٢ - وقد ينقض التأمين العيني بتطهير العقار من القيود المترتبة عليه ، وهو يترتب
على أحد اجراءين الاول يقوم به الحائز عن طريق عرضه مبلغا على الدائنين المقدمين
والثاني أن يتخذ احد الدائنين اجراءات البيع بالمزاد العلني ، وقد جاءت المادة
١٠٧٠ بخصوص الاجراء الاول ، وبمقتضاها يجب دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين
الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم منه أو ايداع هذا المبلغ خزانة المحكمة ، ولا خلاف
بشأن وجوب الدفع أو الايداع حتى يتطهر العقار .
وقد اختلف الفقهاء في حالة بيع العقار بالمزاد ، هل لابد من الدفع أو الايداع لو تسرع

(١) د / شمس الوكيل - السابق - ص ٢٨٧ ، ود / منصور مصطفى منصور - المرجع
السابق - ص ١٥١ ود / محمد علي امام - المرجع السابق - ص ٤٠٩ وقد اخذت الاعمال
التحضيرية بذلك - راجع ج ٧ ص ١٤٧

(٢) راجع نقض مدني في ١١ ابريل سنة ١٩٤٦ (مجموعة عمر ج ٥ ص ١٤٩) حيث قضت
محكمة النقض بأن نزول الدائن عن الرهن الذي يقصد به القضاء نهائيا على الحق العيني
يعتبر عملا قانونيا من جانب واحد لا يلزم فيه قبول الراهن أو الحائز ، ومن ثم يلتزم به
بمجرد صدوره منه ولا يجوز العدول عنه بعد ذلك .

(٣) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٦٦ .

(٤) Aubry et Rue, OP. Cit., n. 292, P. 662.

التطهير أو الاكتفاء بتصجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به حتى يتطهر العقار
وذلك وفقا لما تنص عليه المادة ٤٥٠ مرافعات فذهب رأى إلى أن التطهير يترتب على
تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به بصرف النظر عن الدفع والايداع ، استنادا إلى أن
نص المادة ٤٥٠ مرافعات ه لاحق على المادة ١٠٨٤ مدنى والتي تنص بوجود الدفع
أو الايداع ه ووفقا لقواعد التفسير عند تعارض النصوص يعتبر نص المادة الأخيرة منسوخا (١)
ولا ضرر على الدائنين من الأخذ بحكم المادة ٤٥٠ مرافعات لان من يحتد القاضي عطاءه يودع
حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذى اعتمد ورسوم المصاريف والتسجيل وفى هذه
الحالة تحكم المحكمة باقتناع البيع عليه فإذا لم يودع الثمن كاملا وجب عليه ايداع خمسة على
الاقبل والا اعيدت المزايمة على ذمته فى نفس الجلسة وفى حالة عدم ايداع الثمن كاملا
يؤجل البيع .

وذهب رأى آخر ترجحه ه إلى وجوب الدفع أو الايداع لوقوع التطهير (٢) ه وذلك وفقا
لما تنص عليه المادة ١٠٨٤ مدنى ه ومايقول به المشرع بالنسبة للتطهير الودى الذى يقوم
به الحائز ه وما نصت على الاعمال التحضيرية للقانون المدنى (٣) وقد ذهب فريق من
انصار هذا الرأى إلى القول بأن المادة ٤٥٠ مرافعات اذ نصت فى عجزها على
أن ليقضى للدائنين الا حقهم فى الثمن فانما هى تقصد الثمن المودع الامر الذى يشترط
فيه وجوب الايداع أو الدفع (٤) ه وبناء على ماتقدم يتطهر العقار فى جميع الاحوال
بالدفع أو الايداع .

٣ - وقد ينقض التامين وبالتالي تنقضى الاولوية اذا هلك العقار المحمل به هلاكاً
كلها ه اما لهلاك محله أى الشئ العقارى واما لاسباب اخرى وفى الحالتين ينقضى

(١) د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

(٢) د / كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٢٤٨ ه ود / سليمان مرسى - المرجع

السابق - ص ٢٢٧ ه ود / عبد الفتاح عبد الهانى - المرجع السابق - ص ٤٨٨ ه

د / محمد على امام السابق - ص ٤١٠ ه ود / احمد سلامة - السابق ص ٤٧١ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ١٥٠ .

(٤) د / احمد أبو الوفا - اجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية - الطبعة

الاولى - ص ٦٢٣ وما بعد ها .

التأمين لعدم وجود مال يستمر عليه ، فاذا كانت المباني هي المرهونة دون الارض وتهددت ، ينقضى الرهن حتى ولو اعيد تشييدها ، لان المبنى الجديد يخالف القديم ، ولا يمكن أن ينتقل الرهن اليه اذا وحد نص في القانون وهو غير موجود لان نص المادة ١٠٤٩ مدني تاصر على المقابل كالمعوض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية^(١) فاذا كان هلاك العقار جزئيا لا ينقضى التأمين فهو لا يتجزأ فالم يتفق على تجزئته^(٢) .

٤- وقد ينقضى التأمين لاتحاد الذمة Consolidation وهو اجتماع صفة الدائن الذي تقر له التأمين وصفة المالك المدين في شخص واحد ، ويسمى ذلك بالادغام في الحقوق المعينة ويعرض في الرهن الرسي اذا ألت ملكية العقار الى المرتهن ، حيث لا يتصور أن يكون للشخص تأمين على ملكه وبالتالي ينقضى التأمين وتنقضى معه الاولوية^(٣) .

ومما تجدر الاشارة اليه ، ان الرهن الرسي لا ينقضى استقلا بالتقادم ، بمعنى أن يسقط هو دون شروط الدين .
وقد استقر الفقه على ذلك استنادا على أن النواعد العامة لا تسمح بالتول بأن الرهن ينقضى بالتقادم استقلا واخذ بذلك قضاء محكمة النقض^(٤) .

(١) د / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٣٨٨ ، وانظر : Ploniol, Ripert et Beccué, OP. Cit., P. 737.

(٢) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٧٣ .

(٣) المرجع السابق - ص ٤٧٦ .

(٤) د / كامل مرسى - السابق - ص ٤١٣ د / منصور مصطفى منصور - المرجع

السابق - ص ١٥٣ د / سليمان مرتس - المرجع السابق - ص ٢١٥ د / احمد سلامة

المرجع السابق - ص ٤٨٢ د / شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٣٩٣ د

وراجع مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ١٤٩ وما بعد ها د / عبد الناصر المطار

المرجع السابق - ص ١٦١ د / محمد لبيب شنب - فقرة ١٩٩ د / نعمان جمعة -

المرجع السابق - ص ٢٠٧ وجمال زكي - السابق - ص ٣٢٩ وما بعد ها ، وانظر ماسيات

فقرة ٢٤٩ .

٢٤٩ - انقضاء الاولوية بصفة تابعة :

التأمين العيني ايا كان نوعه ما هو الا اداة تقررت لحكمة خاصة هي ضمان الوفاء بالدين ، ومن ثم فاذا انقضى هذا الدين لم يعد هناك هدف تحققه تلك الاداة فتنتفى وهذا ما يحير عنه بتبعية التأمين ذلك المبدأ الذي حرص عليه المشرع واكد عند انشاء ادوات التأمين العيني كالرهن الرسمى مثلا ، حيث تنص المادة ١٠٤٢ / ١ مدني على أنه لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ويسرى هذا الحكم على حق الاختصاص بموجب المادة ١٠٩٥ مدني وعلى الرهن الحيازي بموجب المادة ١١١٢ مدني ، كما يسرى على حقوق الامتياز بموجب نص المادة ١١٣٦ مدني .

وبناء على ذلك فان جميع أسباب انقضاء الحق الشخصي تفيد اسبابا لانقضاء التأمين العيني ، وبالتالي انقضاء الاولوية بصفة تابعة بشرط أن يكون السبب قد قضى على الالتزام قضاء كلياً ، أما لو بقى جزء منه فان التأمين يبقي باكماله ، لان كل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات البثثة بالتأمين كل هذا ما لم ينص القانون أو ينقضى التأمين بالوفاء الكلي ، أو بالوفاء بتقابل أو بالمقاصة أو بالتجديد^(١) ، وعلى هذا النحو تنتفي اولوية استيفاء الديون .

٢٥٠ - انقضاء الاولوية في الشريعة الاسلامية :

تقوم الاولوية في الفقه الاسلامي ، ضمانا لدين يجب الوفاء به ، فهي تتبع الدين الذي تضمنه في الوجود وتنتهي بانقضائه ، يظهر هذا من عبارات الفقهاء

(١) د / احمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٨٢ وما بعد ها . عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٦٣ . وعبد المنعم البدراوى المرجع السابق - فقرة ١٨٢ ، ود / جمال زكي - السابق ص ٣٣١ فقرة ١٩٣ ، وجميل الشرفاوى - المرجع السابق - ص ٢٢٦ ، نعمان جمعة - المرجع والمكان السابقين ، وقد حكم بأنه اذا وضع شخص يده على عقار موهون المدّة الطويلة المكسبة للملكية فان تملكه لا يستتبع حتما انقضاء الرهن ، راجع نقض ٨ مارس سنة ١٩٥٦ (مجموعة احكام النقض ص ٣٠١ رقم ٤٤) ونقض ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ (مجموعة النواحد في ٥ اعاما - ج ١ ص ٣٩١ رقم ١) .

ففى الاولوية على الاعيان ، يتسرد الفقهاء فى الرهن ان المرتهن احق بشئ الرهن من جميع الغرما حتى يستوفى دينه يقول ابن قدامة: " والمرتهن احق بشئ الرهن من جميع الغرما حتى يستوفى حقه " (١) .

ويقول صاحب الاختيار من فقهاء الحنفية : " اذا قضى دينه فقد زال حقه فى الحبس " (٢) ويسرى هذا فى الاولوية المقررة للديون العينية على التركة ، يقول صاحب معنى المحتاج : " اذا وفى الوارث الدين من التركة فانها تنفك " (٣) .

وكما تنقضى الاولوية بالوفاء ، تنقضى لضياح محلها وهو المال يقول الخرشي : " اذا ضاع الرهن عند المرتهن وجهلا صفته وقيمته ، فهو بمافيه " (٤) .

وتنقضى الاولوية بالابراء ، اى ابراء الدائن منها او من الدين الذى تضمنه لانها شرعت له فيجوز له اسقاطها ، يقول الزيلعي : " ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبة ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك بغير شئ لان الرهن مضمون بالدين او بجهتته ولم يبق بعد الابراء والهبة " (٥) ويقول : " وكذلك اذا ارتهنت المرأة بعد ائتها رهنا فابراته او وهبته او اختلعت عليه " (٦) .

أقول : ويظهر من اقوال الفقهاء ان الاولوية تنقض بوفاء الدين الاصلى الذى تضمنه او باسقاط من تقررت له الدين ، او اسقاط الاولوية ، لانها شرعت حقا له كما يجوز له النزول عن اصل الدين واسقاطه فلان يجوز له اسقاط الاولوية من باب اولسى .

-
- (١) المغشى - ج ٤ ص ٤٥٢ .
 - (٢) الاختيار لتعليل المختار - ج ٢ ص ٩١ .
 - (٣) معنى المحتاج - ج ٢ ص ١٤٥ .
 - (٤) الخرشي - ج ٥ ص ٢٦١ .
 - (٥) تبين الحقائق للزيلعي - ج ٦ ص ٩٦ .
 - (٦) نفس المرجع والمكان السابقين .

٢٥١ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بانقضاء الاولوية نجد ان القانون يقترب كثيرا من الشريعة في النظر الى الاسباب التي تنقضى بها الاولوية .

ولما كانت الاولوية في الشريعة الاسلامية من قبيل حقوق الازفاق ، اى انها تنشأ تابعة لضمآن دين اصلى ، فان هذه النظرة تحدد الطرق التي تنقضى بها الاولوية ففى الشريعة الاسلامية فهى قد تنقضى اصلا دون انقضاء الدين ، لان حكمها بالنسبة للدائن المزود بها انها جائزة ، ولما كانت كذلك فإنه يجوز التنازل عنها ، ومن المقرر شرعا ان للدائن ان يتنازل عن دينه ، عملا بقوله تعالى : " وان تصدقوا خيرا لكم " فاذا كان التصديق بالدين جائزا فمن باب أولى يجوز التصديق بتابع الدين وهو التأمين .

ويتربى على أن التأمين من قبيل حقوق الازفاق ، وأنه تابع ، ان يسرى على هذا التابع ما يسرى على الدين الاصلى وخاصة فيما يتعلق باسباب الانقضاء ، وذلك كطريق لا نقضاء الاولوية بطريق التبعية للدين الذى تضمنه .

فاذا انقضى الدين بالوفاء أو بالاجراء أو بالمقاصة ، أو بخير ذلك من طرق الانقضاء فان الاولوية تنتهى ، تبعا لانقضاء الدين الذى تفررت لضمائه .

ومن الواضح ان القانون يقترب من الشريعة الاسلامية في أسباب الانقضاء وطرقها ، وأن صح ان هناك اختلافا بينهما ، فمنشوء تفصيل القانون لاجراءات بعض طرق الانقضاء كالتمهير أو بيع العقار بالمزاد العلنى ، وعلى هذا النحو يظهر مجال المقارنة بين الشريعة والقانون .

٢٥٢- اهتم فقهاء الشريعة الاسلامية بترتيب الديون من حيث اولوية استيفائها اهتماما بلغ حد التفصيل لكل نوع منها وتحدد مرتبته في اولوية الاستيفاء • سواء في حالتى الحياة وما بعد ها • وذلك بناء على قواعد ثابتة من شأنها أن تؤدي الى ضبط العلاقة بين الديون من ناحية اهميتها • وبالتالى تقدم بعضها على بعض في الاستيفاء •

وقد قدر الفارغ الحكيم سبحانه • حاجة الناس الى مثل هذا النوع من التعامل فاضى اهمية خاصة على بعض الديون تجعل لها اولوية في الاستيفاء • وان هذه الاهمية تستمد اساسها من المصلحة المشروعة والمستهدفة من تقرير الاولوية لى كل دين • بما يضمن حماية تلك المصلحة • على المستويين العام والخاص وذلك في حال الحياة وما بعد الحياة •

كما اهتم فقهاء القانون ايضا بترتيب الديون وتقديم بعضها على بعض لى الاستيفاء استنادا الى مبررات متممة في نظر الفقه وتجد اساسا لها في نصوص التقنين الذي ينظم احكامها وبما لا شك فيه ان للفقه الاسلامي نظريته المستقلة ونظامه المتميز في ترتيب الديون كما ان للغة الوضعي هو الاخر اسمه وطريقته في هذا الترتيب •

ولما كانت مفردات الديون مختلفة والاسم التي تقوم عليها الاولوية في كل دين متفاوتة في كلا الفقهين فان اجمال هذه الديون وتناولها بالدراسة في اطار خطة موحدة يتسنى معها عقد المقارنة التفصيلية بين الفقهين الاسلامي والوضعي بيدوا امرا بالغ الصعوبة • ومن ثم فان المعيار الذي تقوم عليه خطة دراسة هذا القسم • ينبغي ان يقوم على تأصيل هذه الديون من مفهوم يصدق عليها كلها اوعلى اغلبها وهو في كلتا الحالتين سوف يكون معيارا تقريبيًا يثير الطريق ويجهد لدراسات مثيلة امام الباحثين في مجاله • فهو لن يكون الاخير كما انه لن يخلق باب الاجتهاد والدراسة •

كما ينبغي لمعرفة هذا المعيار والوقوف على حقيقته ، ان نذكر ما قاله الفقهاء في الفقهاء الاسلامي والوضعي وهم يصد د تطبيق اولوية استيفاء بعض الديون ومن خلال ما ذكره نحاول استنتاج معيار يجمع مفردات هذه الديون ، ويضع لها تأصيلا يمكن معه دراستها دراسة مقارنة في الفقهاء الاسلامي والوضعي ونبدأ بما ذكره فقهاء الشريعة الاسلامية بخصوص تطبيقات الاولوية في بعض الديون ، ثم نتى بما ذكره فقهاء القانون الوضعي في هذا الخصوص ، بغية الوصول الى معيار يمكن معه تأصيل آحاد هذه الديون ، على نحو يمكن معه دراستها دراسة مقارنة في الشريعة والقانون .

أولاً : تطبيقات الأولوية في الشريعة الإسلامية :

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية تطبيقات الأولوية في بعض الديون وهي الديون المتعلقة بالتركة ومن خلال ما ذكره في هذا الخصوص نجد أنهم يتفقون على أن الدين ليست كلها بمنزلة واحدة بل بعضها أقوى من بعض في الاستيفاء فيقدم على غيره في الإخراج (١).

كما اتفقوا أيضاً على أن التجهيز والدين يقدمان على الوصية إلا أنهم اختلفوا في الدين من ناحية تقديم التجهيز عليه أو تقديمه على التجهيز كما اختلفوا في تقديم دين الله على دين العباد وتقديم الديون المطلقة بعضها على بعض وتشير إلى آراء الفقهاء في كل مسألة .

٢٥٣ - آراء الفقهاء في تقديم التجهيز على الديون :

١ - رأي الحنابلة والزيدية وملاسكين من الحنفية :

ذهب الحنابلة والزيدية وملاسكين من الحنفية إلى أن التجهيز مقدم على الدين مطلقاً وأنه أول ما يبدا به من التركة يقول صاحب الاقتاع: "وإذا مات بلى من تركته بكفه وضوطه ومؤنة تجهيزه ودفعه بالمعروف من صلب ماله سواء تعلق به حق رهمن أو أرض جناية أو لم يكن وما بقي بعد ذلك يقضى منه ديونه الخ" (٢) .
وجاء في البحر الزخار: " ويقدم كفن الميت وتجهيزه على دينه إذا استثنى له فسي الحياة فكذا بعد ها" (٣) .

(١) الميراث المقارن للشيخ محمد الكشك - ص ٧٨

(٢) الاقتاع - للمقدس - ج ٣ ص ٨١ و ٨٢ - المكتبة التجارية والشرح الكبير مع المفتي لابن قدامة - ج ٧ ص ٤ وراجع رأي ملاسكين من الحنفية في حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص ٥٠٦ - والمطبعة الميمنية سنة ١٣١٨ هـ .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٢٣٩

٢- راى ابن حزم الظاهرى :

وذهب ابن حزم الظاهرى الى ان الدين يقدم على التجهيز وانه اول حق يبداه من التركة لان ماله للفرما ومن الظلم ان يخص الفرما باخراج الكفن من مالهم دون سائر من حضر اذ لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ولا اجماع ولا قها من ولا نظروا احتياط لكن حكمة انه لم يترك شيئاً اصلاً ومن لم يترك فكنهه على من حضر من المسلمين .

٣- راى الحنفية والمالكية والشافعية :

ويرى الحنفية والمالكية والشافعية ان الديون المبنية تقدم على التجهيز اما الديون المطلقة فانها تاتي في المرتبة بعد ه اذ ان الاعيان التي تعلق بها الديون ليست من التركة عند الحنفية . يقول الطحاوى في حاشيته على الدر المختار: " التركة في الاصطلاح ما تركه الميت من الاموال صانفاً عن تعلق حق الغير بيمين من الاموال ويقول: " لان الديون المبنية انما تعلقت بالمال قبل الموت وهو انما يعتبر تركه بعد هاء وقد قدمت هذه الديون على التجهيز لتعلقها بالمال قبل صيرورته تركة (٢) .

وهذا المالكية: " يخرج من تركه الميت مدي على غيره وجوبا وان اتى على جميعها حق تعلق بيمين اى بذلت مبنية من التركة كالقسي المرهون فيقدم على موت تجهيزه ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه (٣) .

وهذا الشافعية: " فان تعلق بيمين التركة حق لغير حجر في الحياة قدم كالزكاة الواجبة فيها قبل موته فيقدم على مؤن التجهيز بل على كل حق تعلق بهما فكانت المرهونة به (٤) .

(١) المحلى - ج ١ ص ٢٥٢ وما بعد ها وراجع بحثنا للشيخ احد ابراهيم عنوانه: التركة والحقوق المتعلقة بها منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٧ العدد ٣ ص ٢٧٥ وما بعد ها .

(٢) حاشية الطحاوى على الدر المختار - ج ٤ ص ٣٦٥ وحاشية ابن طيدين على الدر المختار ج ٥ ص ٢٠١ والبسوط للسرخسي ج ٤٩ ص ١٣٧٠١٣ .

(٣) جواهر الاكليل ج ٢ ص ٣٤٤ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٨ .

ويقول: " واما قدمت الديون الميئنة على مؤنة تجهيزه ايثارا للاهم كما تقدم تلك الحقوق على حقه في الحياة فقد بما لصاحب التعلق على حقه كما في حال الجبسة" (١) .

وقد استدلل كل فريق على رايه بما تؤيد به وما سنذكره في بيان كل ديهن وأرا^١ الفقهاء^٢ فيه .

٢٥٤ - أرا^٣ الفقهاء^٤ في تقديم ديون الله على ديون المباد :
وكما اختلف الفقهاء^٥ في تقديم التجهيز على الديون اختلفوا ايضا في اولوية الديون المتعلقة بحق الله على ديون المباد .

١ - ذهب ابن حزم الظاهري والشافعية في قول :
الى ان دين الله اذا اجتمع مع دين العبد فان دين الله يقدم نفسى الاستيفاء^٦ يقول ابن حزم: " وحقوق الله تعالى مقدمة على حقوق الناس ، فيبدأ بما فرط فيه من زكاة او كفارة في الحى والميت وبالحدج في الميت فان لم يتم قسم ذلك على كل هذه الحقوق بالحصص لا يبدى منها شىء طسى^٧ " يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ودين الله احق ان يقضى " واقضوا الله فهو احق بالوفاء^٨ " وكتاب الله احق وشرط الله اوثق " (٢)

ويقول الجلال المحلى: " لو اجتمع دين الله كالزكاة ودين آدمى في تركة قدمت الزكاة تقدم بما لدين الله وفي حديث الصحيحين^٩ قد بين الله احق بالقضاء^{١٠} وفي قول يقدم دين آدمى لاقتناره واحتياجه وفي قول يستويان فيوزع المال^{١١} عليها لاي الزكاة تعود فائدتها الى آدميين ايضا (٣) ويقول قليوبى^{١٢} فى حاشية: " وكالزكاة كل حق لله تعالى كالتقديروالكفارة وجزاء الصيد والحدج (٤) "

(١) نفس المرجع السابق ص ٩ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ١٢٥ مسألة ١٢٨٢ .

(٣) شرح الجلال المحلى على المنهاج ج ٢ ص ٤١ .

(٤) حاشية قليوبى على شرح الجلال المحلى ج ٢ ص ٤١ وانظر الشيخ

احمد ابراهيم المرجع السابق ص ٣٨٢ وما بعد ها .

القسم الثاني
تطبيق أولوية استيفاء الديون.

٢- رأى الحنابلة :

وذهب المالكية والحنابلة الى ان دين الله ودين العباد في مرتبة واحدة فلو اجتمع دين لادى وزكاة وضاق المال عليهما فانهما يقتسمان المال بالحصص يقول صاحب الشرح الكبير: " اذا مات من عليه الزكاة اخذت من تركته فان كان عليه دين اقتسموا بالحصص لان الزكاة حق واجب تصح الوصية به فلم تسقط بالموت كدين الأدمى فعلى هذا اذا كان عليه دين وضاق ماله عن الدين والزكاة اقتسموا ماله بالحصص كدين الأدمى اذا ضاق عنها المال" (١)

٣- رأى الحنفية والمالكية :

وذهب الحنفية الى ان دين الله اذا اجتمع مع دين العبد قدم دين العبد على دين الله تعالى يقول ابن عابدين: " وعن دين العباد فانه يقدم لو اجتمع مع دين الله تعالى ، لان الله تعالى هو الغنى ونحن الفقراء اليه" (٢) ويقول الآبي: " تقضى الوصايا من ثلث الباقي بعد قضاء الديون وحقوق الله تعالى ان وصمها" (٣) .

٢٥٥ - آراء الفقهاء في تقديم بعض الديون المطلقة على بعض :

اتفق الفقهاء على ان الديون المبنية بقدمه على الديون المطلقة اذا اجتمعا ولكنهم اختلفوا في تقديم الديون المطلقة بعضها على بعض على قولين :
اولهما : لجمهور الفقهاء :

ذهب جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية الى ان الديون المطلقة كلها في مرتبة واحدة ولا يقدم بعضها على بعض في الاستيفاء فالدين المطلق يشمل جميع انواعه سواء وقع سببه في حالة الصحة او في حالة المرض (٤) لانها متعلقة بذمتهم في كلتا الحالتين (٥) .

(١) الشرح الكبير - مع الفنى ج ٢ ص ٤٦٦ - ٤٦٧ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٠٢ وحاشية الطحاوى نفس المكان السابق .

(٣) جواهر الاكليل ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٤) راجع جواهر الاكليل نفس المكان السابق .

(٥) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٦ والاقتناع ج ٣ ص ٨١ ، ٨٢ .

وثانيتها: لفقهاء الحنفية :

حيث ذهبوا الى ان الديون المطلقة ليست كلها بمنزلة واحدة اذ اجتمعت وانما تنقسم الى ديون صحة وديون مؤنه وديون الصحة هي ما كانت ثابتة بالبيعة مطلقا او بالاتقارن في حالة الصحة واما ديون المؤنه فهي ما تثبتت في مؤنه باقراره او فيما هو في حكم المؤنه ويقول صاحب الدر المختار " ان الديون التي لها مطالب من جهة المبدأ يقدم فيها ديمس الصحة على ديون المؤنه ان جهل سببه والافسان (١) .

تقديم نفقة المعسر على ديون الغرما :

وقد انفقت كلمة الفقهاء ايضا على ان المدين الفليس يثفق عليه من ماله اذا حجر الغرما عليه فتعلق حقوق الغرما بمال المدين لا يرجع على حقه في النفقة والملبس هو ومن يعول من ماله على التفصيل الذي ذكره الفقهاء في ذلك .

ثانيا : تطبيقات اولوية استيفاء الديون في القانون :

وقد وردت تطبيقات متعددة في التقنين الوضعي لاولوية استيفاء الديون ويمكن ان تجزى بعض هذه التطبيقات للإشارة اليها في هذه المقدمة بخصم الوقوف على تصنيف لها يتسنى معه راستها في خطة منهجية يمكن من خلالها عقد الموازنة بين النقيضين الاساسي والوضع في هذا الخصوص وقد وردت هذه التطبيقات في التقنين المدني المصري وفي بعض التقنينات الاخرى ومن هذه التطبيقات .

٢٥٦- ان التقنين المدني المصري ما نصت عليه المادة ١١٣٨ من تقرير الاولوية للمصروفات القضائية التي انفقت لصلحة جميع الدائنين في حفظ اموال المدين وبموجبها على شئ هذه الاموال والمادة ١١٣٦ التي تنص في فقرتها الاولى على ان " المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق اخرى من اي نوع كان يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والامور الصادرة في هذا الشأن " .

(١) الدر المختار وحاشية ابن طهين عليه سج ٥ ص ٥٥١ .

ومن ذلك ايضا مانصت عليه المادة ١١٤١ مدنى مصرى :عن امتياز المبالغ المستحقة للخدم والكبة والعمال وكل اجير اخر من اجرهم ورواتبهم من اى نوع كان عن الستة الاشهر الاخيرة والمبالغ المستحقة عما تم توريد له للمدين ولدى يحوله من مأكّل ولبعض فى الستة الاشهر الاخيرة والنفقة المستحقة فى ذمة المدينين لاقاربه عن ستة الاشهر الاخيرة .

ومن ذلك ايضا مانصت عليه المادة ١١٤٢ :من تقرير الاولوية للمبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى اعمال الزراعة والحصاد وكذلك مانصت عليه المادة ١١٤٣ :من تقرير الاولوية لاجرة العياني والاراضى الزراعية لستين او لثلاثة الايجار ان قلست عن ذلك وكل حق اخر للموجر يقتضى هذا الايجار على ما يكون موجود بالمعهد المؤجرة وملوكا للمستأجر من متقول قابل للحجز ومن محصول زراعى .

وقد نصت المادة ١١٤٥ :على تقرير الاولوية لما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وكذلك الامور بالنسبة لبائع العقار حيث يكون له امتياز بما يستحق له من الثمن وملحقاته على العقار المبيع وفقا لنص المادة ١١٤٧ مدنى مصرى .

كما نصت المادة ١١٤٨ على امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى تشييد ابنية أو منشآت اخرى اوقى اعماد تشييد ها او فى ترميمها او فى صيانتها بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الاعمال فى قيمة المقار وقت بيعه .

٢٥٧ - وفى التقنيات الاخرى :

وردت تطبيقات لاولوية استيفاء الديون اشارت اليها المادة ١١٣٧ من التقنين الدنى المصرى حيث نص على انه : " الحقوق المبينة فى المواد الاتية تكون متازة الى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .
ومن ذلك امتياز المقاول من الباطن والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلى فى ذمة رب العمل وفقا لنص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى وامتياز القروض التى يمنحها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد احد الشركاء لتمكينه من القيام

بالتزاماته (المادة ٨٦٦ / مدني) وامتياز نفقات تسمية التركة (م ٢ / ٨٨٠)
مدني وامتياز الوكيل بالعمولة على البضائع المرسلة او السلعة اليه والبودعة
عند من اجل المبالغ المطلوبة له من عمله وفقا لنص المادة (٨٥ تجاري)
• وامتياز اتعاب المحاماة (المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة
١٩٥٢) وامتياز نفقات تجهيز الميتم (م ٤ من القانون رقم ٢٢ لسنة
١٩٤٣ الخاص بالمواريث وامتياز التمريض عن اصابات العمل (م ٨ من
القانون رقم ٨٩ لسنة ١٦٥٠ الخاص باصابات العمل) وامتياز الجمعيات
التعاونية بالمبالغ المستحقة لها قبل اخصائها نتيجة تعاملهم معها فسي
حدود الاغراض المبينة في القانون رقم ٣١٢ لسنة ١٩٥٦ وفي نطاقها
(مادة ٢٥ من القانون رقم ٣١٢ لسنة ١٩٥٦) .

٢٥٨ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

واذا نظرنا بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بتطبيقات الاولوية لوجدنا
ان الفقه الاساسي قد ورد فيه تطبيقات متعددة لاولوية استيفاء الديون
منها على سبيل المثال الاولوية المقررة لديون الله والاولوية المقررة للنفقات
والتجهيز • والاولوية المقررة للديون المبنية • كما ان الفقه الوضعي
قد اورد تطبيقات متعددة للاولوية منها الاولوية المقررة للمصروفات القضائية
والاولوية المقررة للمبالغ المستحقة للاخزانة العامة • وكذلك الاولوية المقررة
لللاجور والنفقات والاولوية المقررة للبائع بالثمن على المبيع سواء كان منقولا او عقارا •

واذا نظرنا الى تلك التطبيقات من خلال الاجراءات التي تقوم الاولوية
مستندة اليها لوجدنا ان بعض هذه الديون تتعلق بالصالح العام وذلك
كما في الاولوية المقررة لديون الله في الفقه الاساسي ويتناولها الديون
المتعلقة بالصالح العام في الفقه الوضعي كالمبالغ المستحقة للاخزانة العامة
حيث تنقرر لها اولوية في الاستيفاء وان البعض الآخر منها يتعلق بالصالح
الخاص للأفراد من خلال تعاملهم بعضهم بعض وذلك كما في الاولوية المقررة
بالثمن للبائع على الشئ المبيع • وكذلك الاولوية المقررة لبعض الديون المبنية
في الفقهين الاساسي والوضعي • الامر الذي يمكن معه القول ان المعيار

الذي يصلح لتقسيم خطة الدراسة هو تقرير الاولوية للدين من ناحية
تعلقه بالصالح العام للمجتمع او بالصالح الخاص للأفراد .

٢٥٩ - خطة الدراسة :

وعلى ضوء ذلك المقدمة فالتنا سوف تقوم بالقاء الضوء على هذا القسم
من خلال البابين الآتيين :

الباب الاول

تطبيقات اولوية استيفاء الديون المتعلقة بالصالح العام

الباب الثاني

تطبيقات اولوية استيفاء الديون المتعلقة بحقوق الأفراد .

الباب الاول

تطبيقات اولوية استيفاء الديون المتعلقة بالصالح العام

٢٦٠ - للديون المتعلقة بالصالح العام اهمية بالغة من ناحية اولوية استيفائها في القهين الاساس والوضع حيث لا يقتصر الأولوية على حفظ مصلحة فردية خاصة بل يتمدها الى صيانة صالح الجماعة وتأكيد حقوقها لدى الافراد .

والصالح العام في فقه القانون هو الغاية المستهدفة من اقرار النظام العام في المجتمع • اذ هو مجموع الصالح الاساسية للجماعة • اى مجموع الاسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكما انها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقرار النظام العام فيه بما يستهدفه من تحقيق الصالح العام للجماعة دون اختصاص بشخص معين بذاته (١) .

ولما كان الصالح العام للجماعة يقوم مستندا الى النظام العام في المجتمع وفكرته تتسم بالنسبية والمرونة حيث يختلف مضمونها باختلاف الزمان والمكان على السواء فما يكون من النظام العام في مجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر بل وفي المجتمع ذاته فان فكرة النظام العام تختلف من وقت لآخر حسب الفلسفة الاجتماعية السائدة • وما اذا كان يسودها المذهب الفردي او المذهب الجماعى (٢) لهذا كانت فكرة الصالح العام هي الاخرى نسبة • حيث تختلف طبيعتها وفقا لنظام المجتمع وافكار السائدة فيه ، فقد يهلب المذهب الفردي وحينئذ يتحقق الصالح العام فيه بمجرد رعاية الصالح الفردية الخاصة وبعبارة اخرى فالصالح العام في هذه الحالة هو حاصل مجموع الصالح الفردية الخاصة (٣) وقد يهلب المذهب الجماعى وعندئذ يتمثل الصالح العام في توجيه تلك الغايات الفردية نحو هدف مشترك هو الخير العام للمجتمع (٤) .

- (١) الدكتور حسن كيرة - المدخل الى القانون - ص ٤٧ ، ٤٨ .
- (٢) نفس المرجع السابق - ص ٤٧ .
- (٣) دكتور عبد المنعم البدر اوى - المدخل لدراسة القانون ص ٣٥ فقرة ١٧ .
- (٤) نفس المرجع السابق ص ٣٧ فقرة ١٨ .

وتتعلق الدين بالصالح العام في فقه القانون معناه ان جانب الدائنية في الالتزام ليس مقرا لشخص بعينه بل هو حق ثابت للمجتمع في ذمة الشخص يقوم بمباشرة احكامه في مواجهته مثلوا المجتمع وهم الموظفون العموميون في شتى اماكنهم حيث يمارسون هذا الحق في مواجهة الفرد بصفاتهم لا بذواتهم تحقيقا للمصلحة العامة المكفون بحمايتها وبهذا يختلف الدين المتعلق بالصالح العام عن الدين المتعلق بالصالح الفردى او الخاص حيث ينفا الالتزام لصالح شخص او اشخاص معينين بذواتهم .

وقد اهتم القانون بهذا النوع من الديون فقرر تزويده بحق الاولوية في الاستيفاء حرصا على الصالح العام وتاكيدا لحقوق الجماعة في مواجهة الفرد .

وتطبيقا لذلك نصت المادة ١١٣٨ من التقنين المدني المصري على امتياز المصروفات القضائية والقانون لا يرى من خلال اثارها بهذا النوع من الامتياز الذي يحتل المرتبة الاولى الى رعاية مصالح الدائنين فقط بل يهدف ايضا الى ضمان حسن سير مرفق القضاء وما يتصل به اجراءات وذلك بتأمين من يعاون او يساهم في اتخاذ هذه الاجراءات في الحصول على ما يستحق له من مبالغ (١) .

كما نصت المادة ١١٣٩ من التقنين المدني المصري على امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة تاكيدا لهذا المعنى .

٢٦١ - وفي الشريعة الاسلامية قد يتعلق الدين بالنفع العام وهو ما يتعلق بحق اللهدون ان يختص باحد من الناس وتعلق الدين بالنفع العام معناه ان ما يتعلق به من الصلحة منسوب اليه تمظيما لتلك الصلحة وعلى هذا تنقسم الديون الى ديون يختص بها الله تعالى وهي التي وجبت في ذمة العبد بقصد الطاعة والابتلاء والى ديون يختص بها العبد وهي التي وجبت بقصد تحقيق مصلحة خاصة له (٢) .

(١) د محمد الدين الوكيل - نظرية التأمينات - ص ٥٩٢ .

(٢) التلويح على التوضيح - ج ٢ ص ١٥١ وما بعد ها وكشف الاسرار على اصول البزروى - ج ٤ ص ١٣٤ .

فدين الله له ذاتية خاصة به ويثبت في الذمة استقلالاً حقا له سبحانه
لما يتعلق به من النفع العام كما ان دين العبد له ذاتية الخاصة به
ويثبت استقلالاً للعبد، ولما منع من ان يتعلق بسجل واحد اكثر من حق يطالب
به العبد وكل حق له اعتباره الشرعي .

ولما كان المقصود الاعلى من التكليف بالاحكام الشرعية التمديد وان الحظوظ
مقصورة على انها وسيلة في طريق العبادة كان الاصل في الحقوق التي تنبت
في الذمة انها لله مالم تدل قرينة على ان الحق وجب بقصد تحقيق
صلحة مشروعة للعبد (١) .

ولما كان دين الله يتعلق به النفع العام فانه يهدف الى تحقيق مصلحة
الجماعة وهو على هذا النحو يقابل الدين المتعلق بالصالح العام في الفقه
الوضعي وان كان هناك فقا واضح بين مفهوم الصالح العام في كلا
الفقهين يمكن ابرازه في نقطتين :

اولهما : ان فكرة الصالح العام التي يتعلق بها الدين في القانون
ترتبط بمفهوم النظام العام في المجتمع وفكرته نسبية تختلف من مكان الى اخر
وفي المكان الواحد تختلف من زمان الى زمان * كما رأينا ولما كان الامر
كذلك فان الفكرة في فقه القانون لاتأخذ طابع الاستقرار والثبات وانما تخضع
لعايير متغيرة تستصحب طبيعتها عن الضبط والتحديد .

اما فكرة النفع العام في الفقه الاسلامي فانها تاخذ طابعا اخر يتسم بالضبط
والتحديد لانها مرتبطة بمصالح المجتمع وهي مبهوطة ضبطا وتقفا لا تختلف
مع اختلاف الزمان والمكان .

ثانيهما : ان نطاق الديون المتعلقة بالصالح العام والتي تقدر بالولوية
لحمايتها يختلف في كلا الفقهين وهو في الفقه الوضعي يقتصر على جانب حفظ
بعض انواع الديون ومنها على سبيل المثال الديون المستحقة للخزينة العامة

(١) الفزالي - احياء علوم الدين - المجلد الثاني - ص ٢٠٩٩ وما بعد ها

اما في الفقه الاسلامي فان نطاق الديون المتعلقة بالصالح العام يتسع ليشمل مع اولوية الديون المتعلقة بحفظ المال العام ، الاولوية المقررة لحفظ الديون المتعلقة بحفظ النفس كالنفقات في الحياة والتجهيز بعد ها فالديون المتعلقة بالصالح العام من الفقه الاسلامي تشمل الديون المتعلقة بحفظ النفس ويلحق بها التجهيز والديون المتعلقة بحفظ المال العام .

وحفظ النفس يقتضى تقرير اولوية الاستيفاء لبعض الديون التي تتعلّق به وهي قد تكون حال الحياة كالاولوية المقررة للنفقات وقد تكون بعد الحياة كالاولوية المقررة للتجهيز .

وعلى هذا النحو فاننا سوف نقسم دواستيفاء الديون الى فصلين تخصص اولهما لبيان تطبيقات اولوية الاستيفاء المقررة لحفظ النفس كالنفقات ويلحق بها التجهيز وتخصص الفصل الثاني لبيان تطبيقات اولوية استيفاء الديون المتعلقة بحفظ المال العام في الشهرة والقانون مع الموازنة بين التقهين في كل فصل .

الفصل الاول

تطبيقات الاولوية المقررة لحفظ النفس

٦٦٢ _ لورد فقهاء الشريعة الاسلامية لاولوية الاستيفاء المتعلقة بحفظ النفس تطبيقات منها نفقات المدين ومن يحول ، كما يدخل في هذا النطاق ما يلحق بالنفقة ويكون لازما كالمسكن والملبس وذلك حال حياته كما يدخل ايضا تجهيزه بعد مماته وقد تكلم فقهاء القانون على النفقات وتقريرها لاولوية نفس الاستيفاء والحقوق بها بعض الديون الاخرى التي تنفق معها في الغايصة كالايجور ولكنهم ظلوا بالاهيارات الانسانية كما تكلموا عن التجهيز وجعلوا له اولوية في الاستيفاء على غيره من الديون وسوف نتكلم على كل نوع في بحث على حدة .

المبحث الاول

اولوية الاستيفاء المقررة للنفقات

٢٦٣ - اهتم فقهاء الشريعة في المذاهب المختلفة بتقرير اولوية الاستيفاء للنفقات التي يحتاجها الشخص من مآكل ولبس وسكن ومن يعوله من زوجته وولد وذلك لاهمية الاولوية في تلك الحالة حيث يتعلق بها مصلحة حفظ حياة الدائن بها وحياة من يحول وقد رأينا أن مصلحة حفظ النفس تقدم على مساواها لان النفس اعظم من المال .

واديون النفقة تعتبر حقا للدائن بها كما انها تمثل في المقابل التزاما في ذمة الدين بها وهو التزام مصدره الزام الشارع بناء على وجود سببها غير الارادي وهو القرابة التي تربط بين الدائن والمدين (١) بها وهي تتعلق باموال الدين بها وتستوفى منها جبرا . كما ان الدائن العادي اذا تزاحم مع دائن بها فانه لا يستطيع ان يتفقد بحقه على ما يملك لها وللهذا كان لها شبه بالديون من ناحية اولوية استيفائها يعني معه القاء الصوة عليها .

اما في القانون فان النظرة واضحة في اصدار ديون النفقة من الدينون المحاذرة التي ينبغي تقديمها على غيرها في الاستيفاء وينبغي بيان ذلك .

٢٦٤ - اولا في الشريعة الاسلامية :

لما كانت ديون النفقات تتعلق بحفظ نفس الدائن بها ولمصلحة حفظ النفس اهمية على كل مصلحة سواها فقد قرر الفقهاء في المذاهب المختلفة ان لهذه الديون اولوية في الاستيفاء تحل المرتبة الاولى وتقدم على جميع الديون وينبغي ذكر اقوال الفقهاء في تلك المسألة :

(١) يعرف الالتزام في الفقه الاسلامي بأنه ترتيب الشارع شغل الذمة بما يجب الوفاء به على سبب ارادي او جبري . راجع بحثنا لنا بمجلة الازهر عنوانه : " حقيقة الالتزام في الفقه الاسلامي مقارنة بالقانون الوضعي " منشور في عدي شعبان سنة ١٤٠٢ هـ من ص ١١٠٦ - ١١١٢ وشوال سنة ١٤٠٢ هـ من ١٣٨٥ - ١٣٩٢ م

١ - في المذهب الحنفي :

يقول صاحب الهداية " وينفق على المدين من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه من يجب نفقته عليه" (١) وفي الفتاوى الخانية " قال شمس الائمة الحلواني يترك له دستا من الثياب وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى: " يترك له دستان " (٢) .

٢ - في المذهب المالكي :

ورد في جواهر الاكليل: " وترك للفلس الذي اريد قسمة ماله على غرمايه قوته وترك له ايضا النفقة الواجبة عليه لغيره كزوجته وولد ووالده وامهاتار لانه لظن بهوته وترك له ولدين تلزمه نفقته كموتهم كل من الفلمس ومن تلزمه نفقته دستا يفتح الدال المهمله وسكون السين * اي مليونا معتادا لئله قال الخطاب : يعني بالذات القبيص والعمامة والسراويل والمكعب اي الداس واما ثياب الزينة فلا تترك له ولالدين تلزمه نفقته على المشهور " (٣) .

٣ - في المذهب الشافعي :

يقول صاحب نهاية المحتاج : " وينفق الحاكم حتما من مال الفلمس عليه وعلى من عليه نفقته من زوجته وقريب وام ولد حتى يقسم ماله لانه موثر مالم يزل ملكه عنه وينفق على زوجته نفقة المسكين كما روجه المصنف وغيره خلافا للرافعي كالروائسي انه ينفق نفقة المومنين والا لما انفق على القريب * فقد ورد بان اليسار المعتبر في نفقة الزوجة غير اليسار المعتبر في نفقة القريب بان نفقة الزوجة لا تنسقط بغير الزمان بخلاف القريب * فلا يلزم من انتفاء الاول انتفاء الثاني والمراد بقوله ينفق يعمون فيشمل الكسوة والاسكان والاخذام وتكفين من مات منهم قبل القسمة لان ذلك كله عليه * وشمل ما ذكره الواجب في تجهيزه وكذا المندوب ان لم يمنعه الغرماه" (٤) * وجاء في تكملة المجموع: " نفقته مقدمة على الدين " (٥) وكذا من تلزمه نفقته لانهم يجرون مجرى نفسه (٦) .

(١) الهداية مع تكملة النسخ - ج ٧ ص ٣٢٩ .
(٢) الفتاوى الخانية مطبوع على هاشم الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٦٣ الطبعة سنة ١٣١٠ هـ .

(٣) جواهر الاكليل - ج ٢ ص ١٢٢ الخوض ج ٥ ص ٢٧٥ - ٢٧٦ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٢١ وفي المحتاج - ج ٢ ص ١٥٣ .

(٥) تكملة المجموع للمطبعين - ج ١٣ ص ٢٩٠ .

(٦) نفس المرجع السابق - ص ٢١١ .

٤ - في المذهب الحنبلي :

يقرر ابن قدامة انه: " اذا حجر على الفلن ولم يكن ذاك متفق عليه من ماله مدة الحجر وان طالت لان ملكه باق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: " ابدأ بنفسك ثم بمن تعول " ومعلوم ان فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه وهي الزوجة فاذا قدم نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حرق الغرماء ولان الحي أكد حرمة من الميت لانه مضمون بالاتلاف وتقديم تجهيز الميت وموئنة دفنه على دينه متفق عليه فنفتته اولى (١) وتقدم ايضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن تجب نفقتهم لانهم يجزؤون مجزى نفسه لان ذوى رحمة منهم يمتنون اذا ملكهم كما يحتق اذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته وكذلك زوجته تقدم نفقتها لان نفقتها أكد من نفقة الاقارب لانها تجب من طريق المعاوضة وفيها معنى الاحياء كما في الاقارب وتجب كسوتهم ايضاً لان ذلكما لا يدسه ولا تقوم النفس بدونه والواجب من النفقة والكسوة اولى مما يتفق على مثله بالمعروف واولى ما يكتسى مثله ان كان من جنس الطعام او متوسطه وكذلك كسوته من جنس ما يكتسبه مثله وكسوة امراته ونفقتها مثل ما يقتضيه على مثله واقل ما يكتسبه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على راسه اما عمامة او قلنسوة او غيرها مما جرت به عادة ولرجله حذاء ان كان يعتاده وان احتاج الى جبة او فروة لدفع البرد دفع اليه ذلك * وان كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشترى له كسوة مثلها ورد الفضل على الغرماء (٢) .

٥ - وعند الشيعة :

ورد في البحر الزخار: " وينفق الفلن وزوجته وطفله وابواه العاجزان من ماله ان لم يكن له كسب يوماً فيوماً * حتى يقتسمه الغرماء لقوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول * ومتى قسم للغير الكسب والمنخزل ثوب يستره ويقبضه الحر والبرد حسب ما يعتاد الفقراء وكذلك بمنزل وخادم حيث لا يخدم نفسه بل كسوة مثله التي تعتاد قبل الافلاس من خشن او نعيم قلنا: هو في حكم الفقراء لتعلق حق الغير بماله فلا يستثنى له الامثل حالهم من غير اضرار ويبقى توت يوم له

(١) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٩٢ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٩٢ ص ٤٩٣ .

ولطفله وخادمه وابويه الماجزين وتبل توت سنة * (١) .

٢٦٥ - مقارنة بين آراء الفقهاء :

وبالمقارنة بين آراء الفقهاء نجد انهم جميعا متفقون على تقرير اولوية الاستيفاء لديون النفقة وقد قرر ذلك ابن قدامة بقوله : " ومن اوجب الانفاق على المفلس وزوجته واولاده الصغار من ماله امو حنيفة ومالك والشافعي ولا تعلم احدا خالف في ذلك " (٢) .

كما اتفقوا ايضا على تقرير اولوية الاستيفاء لديون النفقة لمن تجب نفقتهم على الشخص كالزوجة والولد .

وقد قرر فقهاء الحنفية والمالكية والاولوية لما يلزم المفلس من نفقات هو من تلزمه نفقتهم من اثاره كما اوردوا بيانا بها يتضمن الماكل والملبس لما يحصل لشله وزاد الشافعية والحنابلة والشيعة الاسكان والاخدام والخلاف على بيان هذا التفصيل خلاف ظاهري لانهم متفقون على المبدأ وهو انه الامور تدخلي معنى الانفاق فلا غنى للشخص عن الملبس والسكن كما انه لا غنى له عن الماكل .

وقد استدل الفقهاء على تقديم النفقة على غيرها في الاستيفاء بالسنة والاجماع والمقل :

أ - من السنة :

ما روى عن ابي هريرة رضي الله عنه انه جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله : عندي دينار قال انفق على نفسك قال عندي آخر قال انفق على ولدك قال عنده آخر قال انفق على اهلك قال عندي آخر قال انفق على خادمك قال عندي آخر قال انت به اعلم (٤) .

(١) البحر الزخار - ج ٥ ص ٨٢ .

(٢) المغني لابن قدامة - نفس المكان السابق .

(٣) المغني لابن قدامة - ج ٤ ص ٤٩٤ حيث يقول : " ولا يتبع داره التي لا غنى

له عن سكانها " .

(٤) اخرج الشافعي وابو داود واللفظ له واخرجه النسائي والحاكم بتقدم الزوج على الولد راجع : سيل السلام - ج ٣ ص ٢٢٦ ونيل الاوطار - ج ١ ص ٣٦٠ .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم قدم الاتفاق على النفس ثم ثنى بنفقة
الاهل ثم الولد ثم الخادم ولما اُخبره الرجل ان معه دهما اخر قال لــــه :
انت اعلم به ولو كان قضا' الدين مقدم على النفقة لبين الرسول صلى الله عليه
وسلم ذلك لان البيان واجب عليه فلما لم يوضح ذلك دل الحديث على ان النفقة
تقدم على ماسواها .

ب - ومن الاجماع :

وقد اجمع الفقهاء على وجوب تقديم نفقة المفلس وزوجته واولاده ومــــن
يعول على ديون الغرما' في الاستيفاء وحكى الاجماع ابن قدامة والشوكاني (١)

ج - ومن العقل :

قال صاحب العناية : " الانسان لا يجوز اهلاكه لمكان الدين لانه لو توجه
الهلاك بالمخصصة لكان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز
اهلاكه لاجل مال الغير (٢) ان هذا يدل عقلا على وجوب تقدــــم
النفقة على ديون الغرما' .

(١) المغنى لابن قدامة - نفس المكان السابق وتبيل الاوطار للشوكاني -

ج ٦ - ص ٣٦١ .

(٢) العناية على الهداية مع تكملة الفتح - ج ٧ ص ٣٢٩ .

٢٦٦ - وفي القانون :

نرد فقهاً القانون الوضع لديون النفقات امتيازاً عاماً تتقدم بمقتضاه على غيرها من الديون في الاستيفاء ويدخل في نطاق تلك الديون النفقة القانونية التي تجب على المدين عن الستة الأشهر الأخيرة فيشترط ان تستحق النفقة قانوناً سواء صدر بها حكم من القضاء أو تراضى عليها الدائن والمدين (١) .

ويعتبر في حكم الأتارب كل من يتوافر فيه الاستحقاق القانوني للنفقة سواء كانت زوجة المدين أو غيرها من أتاربه .
وقد تقررت الأولوية لديون النفقات بموجب نص المادة ١/١١٤١ من التقنين المدني حيث نصت على ان النفقة المستحقة في ذمة المدين لا تأريه عن ستة الأشهر الأخيرة يكون لها امتياز عام على جميع أموال المدين من منقول وعقار .

نفقة الأتارب منصوص على امتيازها في نصوص المادة المذكورة وللفظ الأتارب ماخوذ بمعناه العام بحيث تدخل الزوجة ضمن الأتارب (٢) وذلك عن الستة الأشهر السابقة مباشرة على الوفاة أو الأعمار أو الانفاس أو الحجز والبيع (٣) .

٢٦٧ - الأولوية المقررة للنفقات تقوم على اعتبارات اجتماعية وإنسانية؛ ويقرر الفقهاء ان امتياز الديون المستحقة للنفقات يتأسس على اعتبارات اجتماعية وإنسانية تلي تقرير الأولوية لتوفير الضمان من أجل تحصيل النفقة التي يستحقها قانوناً أتارب المدين (٤) .

- (١) د م شمس الدين الوكيل - نفس المرجع ص ٦١٣ وراجع : Juglart, OP.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٣٠٨ . Cit., P. 398.
(٣) السنهوري - الوسيط - ج ١٠ ص ١٦٢ .
(٤) د م شمس الدين الوكيل - نفس المرجع والمكان السابقين و نعمان جمعة - المرجع السابق - ص ٢٢٦، وعبد الناصر المطار - المرجع السابق ص ٢٧١ .

وعلى هذا النحو ذكرت المادة ١١٤١ مع ديون النفقات في نفس مرتبة امتيازها بمض الديون الاخرى التي تشتبه معها في هذا الاعتبار الانساني وهي
أ - المبالغ المستحقة للخدم والكثبة والعمال وكل اجبر اخر من اجرهم ورواتبهم من اى نوع عن الستة الاشهر الاخيرة (١) .
وظاهران من ينسب الى هذه الطبقة لا يحتمل التراخي في استيفاء حقه في الاجر ولا يتولى على الخضوع للمساواة بين الدائنين والتعرض عند المسار المدنيين لعدم الحصول الاعلى جزء من اجره وينطبق هذا الامتياز على كل من يؤجر خدماته للغير بصرف النظر عن نوع العمل او طبيعته ويستوى نفس ذلك ان يوجر الشخص خدماته في المنزل او خارجه وسواء كانت بشان اعمال زراعية او تجارية او صناعية في الريف او في المدن فهثبت للخدام والطاهي وحارس المنزل وقائد السيارة والامين الخاص والعامل الزراعي والعمال بوجه عام (٢) والحكمة التي املت تقرير الامتياز على هذا النحو هي الاعتبارات الاجتماعية والانسانية التي املت توفير اقوى الضمانات لتحصيل اجور الطبقة العاملة (٣) .

وتجدر الاشارة الى ان المادة ٨ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٦ تنص على انه " يكون للمبالغ المستحقة للعامل او لمن يستحقون عنه بمقتضى احكام هذا القانون امتياز على جميع اموال المدين من منقول وعقار وتستوى مباشرة بعد السرديات التخاسية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم " .

(١) ويلاحظ ان امتياز الاجور في القانون الفرنسي يتفوق على الامتيازات المستحقة للخزانة العامة وذلك في حالة عدم دفع صاحب العمل لها راجع - جمال زكي - المرجع السابق - ص ٤٤٩ وانظر :

Planiol, Ripert et Becque, OP Cit., T. 12, P 256.

Aubary et Rue, OP Cit., n. 263, P. 311.
وانظر قضية نظرتها محكمة Nancy في ١٣/٧/١٨٥٢. D. 54. 2. 68.

(٢) د م شمس الدين الوكيل - نفس المرجع ص ٦٠٧ والدكتور محمد علي امام في التأمينات الشخصية والمينية ص ٥٩٥ والسنبوري - الوسيط ج ١٠ - ص ١٥٩ وما بعد ها .

(٣) د م شمس الدين الوكيل - نفس المرجع والمكان السابقين .

كما تنص المادة ١٠٥ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٥٦ بشأن التأمينات الاجتماعية على ان يكون للمبالغ المستحقة لمؤسسة التأمينات الاجتماعية بمقتضى احكام هذا القانون امتياز على جميع اموال المدين من منقول وعقار وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية * .

ب - المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس في السنة الاخيرى وبمقتضى نص المادة ١١٤١ سالفة الذكر تكون لتلك المبالغ مرتبة في الاولوية تتساوى مع مرتبة ديون النفقات * وقد اختار القانون من الحاجات الضرورية المآكل والملبس وحد هما بشرط ان يكون التوريد ممن يتجرون في ذلك فاذا ورد المآكل والملبس صدقوا و جار لا يتجر فلا يكون الثمن مضمونا بهذا الامتياز (١) ، كما يشترط ان يكون توريد المآكل والملبس لاستهلاكهما * اما اذا كان توريدهما للتجار فيها فلا يكون ثمنها ممتازا (٢) وعلى هذا النحو تدخل المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس في السنة الاخيرى مع ديون النفقات في نفس المرتبة .

واذا كان الاعتبار الذي تقررت الاولوية بمقتضاه لديون النفقات هو الاعتبار الانساني الامر الذي حدا بالمشرع ان يلحق بديون النفقات في مادة قانونية واحدة نص فيها على امتياز المبالغ المستحقة للمآكل والجرء وغيرهم لهذا المعنى فنحن لانرى وجها للنص على امتياز المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين من مآكل وملبس في نفس المادة لان الاعتبار الاجتماعي والانساني غير واضح في جانب الدائن بتلك المبالغ .

(١) السنبورى - نفس المرجع - ص ١٦١ - ومحمد كامل مرسى - التأمينات العمينة - فقرة ٤٢٣ ص ٢٥٤ والدكتور سليمان مرقس في التأمينات العمينة - فقرة ٣٤٧ ص ٥٥٧ .

(٢) السنبورى - نفس المرجع والمكان السابقين - ونعمان جمعة - المرجع والمكان السابقين وعبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٢٧٢ وجبال زكى - المرجع والمكان السابقين .

٢٦٨ - مرتبة الاولوية المقررة لديون النفقات في القانون الوضعي :

وبوجب نص المادة ١١٤١ فقرة ٢ من التقنين المدني المصري تتحدد مرتبة اولوية الاستيفاء لديون النفقات مع الديون الواردة معها في الفقرة (أ) من نفس المادة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . حيث تنص المادة المذكورة في الفقرة الثانية على انه " تستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . اما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها " (١) .

فمرتبة اولوية ديون النفقات اذن هي الرابعة . مع الديون الواردة معها في المادة ١/١١٤١ مدني مصري والتي سلفت الاشارة اليها . والامتنياز المقرر لهذه الديون عام يرد على جميع اموال المدين من عقار ومقتول .

فاذا تراخيت الديون المضمونة به المستحق للاجراء مع المستحق للمالك والملبس مع المستحق للنفقة او المستحق لاجير مع المستحق لاجير آخر او المستحق للماكل مع المستحق للملبس او المستحق لنفقة الزوجة مع المستحق لنفقة احد الاقارب الخ تساوت في المرتبة ووجب وفاؤها بنسبة كل منها (٢) .

٢٦٩ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق باولوية استيفاء ديون النفقات نجد ان هناك اختلافين ، يتمثل اوليهما في الاساس الذي تقوم عليه اولوية استيفاء ديون النفقات وثانيا نيهما: يتعلق بمرتبة الاولوية : ونشير الى هذين الاختلافين بشئ من التفصيل :

- (١) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ ص ٣٠٦ - ٣٠٩ .
- (٢) السنهوري - نفس المرجع السابق - ص ١٦٣ - وجمال زكي - المرجع والمكان السابقين - وبعد الناصر العطار - المرجع والمكان السابقين .

اولا : فيما يتعلق باساس الاولوية :

يقرر فقها^١ القانون ان الاولوية المقررة لديون النفقات تقوم على اعتبارات اجتماعية وانسانية ولهذا المعنى الحق بديون النفقات في نفس مرتبة اوليتهم^٢ ديون اخرى غيرها كالمبالغ المستحقة للعمال والاجراء وغيرهم تأكيداً لحق الطبقة العاملة وهذا النوع من الديون يقترب في هذا الاعتبار الانساني من ديون النفقات * اما تقرير الاولوية في نفس مرتبتها لما تم توريده للمدين من ماكل وملبس تاسيساً على هذا المعنى الانساني بموجب النص فامر غير واضح المعنى .

وفي الشريعة الاسلامية يقوم اساس الاولوية لديون النفقات على حفظ مصلحة ضرورية تقدم على كل ماسواها وهي مصلحة حفظ النفس بدفع اسباب الهلاك عنها وذلك بتقرير الاولوية لما يلزم لتلك الغاية من ماكل وملبس ومسكن * ولهذا سلم تاصيل الشريعة الاسلامية مما اخذ على القانون الوضعي وكان تاسيس الاولوية على هذا التاصيل مقبولاً * مع ملاحظة ان القانون الفرنسي يتفق مع الشريعة الاسلامية في هذا التاصيل (١) .

ثانيا : فيما يتعلق بمرتبة الاولوية :

لما كانت ديون النفقات تتعلق بحفظ مصلحة هامة تفوق كل ماعداها وهي مصلحة حفظ النفس اعطتها الشريعة الاسلامية الاهمية التي تليق بها حيث تاتي مرتبة اولويتها في الاستيفاء في الدرجة الاولى .

اما القانون فقد اعطاها مرتبة في اولوية الاستيفاء لا تتشى مع اهميتها وخطورتها وهي المرتبة الرابعة وواضح ان هذه المرتبة لا تكفل الحماية الكافية لدين على هذه الدرجة من الخطورة * وبهذا القدر تختلف الشريعة الاسلامية عن القانون في هذا الخصوص .

(١) Planiol, Ripert, et Becqué, Op. Cit., P.256 n.220.

المبحث الثاني

الاولوية المقررة لتجهيز الميت

٢٧٠ - التجهيز هو فعل ما يحتاج اليه الميت من حين موته الى ان يوارى في قبره * من نفقات غسله وكفنه وحمله ودفنه بما يليق بامثاله على وفق ما جسا * به الشرع * وكذا يقدم تجهيز من تلزمه نفقته من اقراره كولد مات قبله ولو بملحظة (١) والامر في التجهيز متروك الى العرف ما لم يكن مستكبرا شرعا او فيه اسراف واضح * والا كان انفاق المال مكسوبا شرعا ولا معمول على ما جرى عليه عرف الناس ولا على ما تحكم به العواطف اذا كان فيه اسراف وتبذير لما فيه من اضاءة المال بدون فائدة يقرها الشرع والعقل وعلى هذا فاقامة المآتم وحفلات تشييع الجنازة وما يفعله الناس من الاربعة والحفلات السنوية كلها بدع مستحدثة لم يعرفها السلف الصالح من الامة (٢) .

ويلاحظ في الكفن حال الشخص من يسار واعسار وما كان يلبسه في حياته فيختار من وسطه وهو الذي كان يكثر من لبسه * كما يلاحظ في التجهيز بشكل عام حال التركة وحال من تركهم من ذرية ضعاف وعدد هم * فيملاحظ القصد ما يمكن القصد من غير ان يكون ما يستكره الشرع * وكل ما ينفق زيادة عسا يوجبه العرف لا يلزم به الدائنون * ولا يلزم القصر من الورثة * بل يكون من انفقة ضامناته وكل من يوافق من الورثة الراشدين فهو شريك في الضمان والتمتع (٣) ويتبين بيان ذلك في كل من الشريعة الاسلامية والقانون .

- (١) د محمد العظيم نياض - نظام الموارث في الشريعة الاسلامية - ص ٥٢ الطبعة الثانية - سنة ١٩٥٥ م .
- (٢) الشيخ احمد ابراهيم - المرجع السابق - ص ٣٨٦ .
- (٣) الجبوزهرة - احكام التركات والموارث ص ٥٥٢ وراجع حاشية الطحاوي على الدر المختار - ج ٤ ص ٢٦٧ .

٢٧١ - في الشريعة الاسلامية :

رأينا أن لفقهاء الشريعة الاسلامية في اولوية الاستيفاء المقررة للتجهيز ثلاثة

اتسوال :

أولها : لابن حزم الظاهري :

وحاصل رايه ان الدين يقدم على التجهيز مطلقا ، وان مرتبة الاولوية المقررة للتجهيز تأتي بعد سداد الديون فاذا لم يبق شيء فكفنه على من حضر من المسلمين . (١)

ثانيها : للمالكية والحنفية والشافعية :

وحاصل رايهم ان مرتبة اولوية الاستيفاء المقررة للتجهيز تأتي بمسدد الديون العينية ، اما الديون المطلقة فانها تأتي بعد التجهيز في المرتبة (٢)
ثالثها : للحنابلة والريدية وملاسكين من الحنفية :
ان تجهيز الميت يقدم على استيفاء الديون مطلقا سواء كانت عينية او غير عينية وانه اول ما يبدأ به من التركة (٣) .

الادلة التي استدلت بها كل فريق على رايه :

وقد استدلت كل فريق على ما ذهب اليه بما يعضد وجهة نظره وسوف نذكر ادلة كل راي ونناقشها ثم نبين الراي الراجح .

٢٧٢ - دليل القول الاول :

استدل ابن حزم على قوله من الكتاب والسنة :

من الكتاب :

يقول الله تعالى " من بعد وصية يوصى بها او دين " (٣)

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة ان الحق سبحانه قد بين ان حق الورثة في التركة يتعين بعد الوصية والدين ، فدل ذلك على انهما اللذان يقدمان

- (١) المحلى - ج ٩ - ص ٢٥٢ وما بعد ها .
- (٢) حاشية الطحاوي على الدر المختار ج ٣ ص ٣٦٥ وجواهر الاكليل ج ١ ص ٣٢٧ ونهاية المحتاج - ج ٦ ص ٨ وتكملة المجموع للمطيعي ج ١٣ ص ٢٩١ .
- (٣) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٩٣ ، والبحر الزخار - ج ٥ ص ٣٣٩ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ ص ٥٠١ .
- (٤) النساء - آية : ١١ .

على حق الورثة ٦ ولو كان التجهيز واجب التقديم على الدين لوضحته الآية ٥
لكونها لم توضحه فدل ذلك على انه غير واجب التقديم عليها (١) .

ومن السنن :

ما روى عن هباب بن الأرت : " ان مصعب بن عمير قتل يوم احد ولم يتحرك
الا نمرة (٢) فكنا اذا غطينا بها راسه بدت رجلاه واذا غطينا رجليه بدا راسه
فامرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نغطي بها رأسه ونجعل على رجليه
شيئا من الازخر " (٣) .

ووجه الدلالة في هذا الحد يسيك :

ان مصعبا لم يبق من ماله الا تلك النمرة ٦ ورغم انها لم تكف لمتوكل جسمه
فالرسول لم يامر بتجهيزه من ماله رغم حاجته الى اتمام التكفين ٦ ولو كان التجهيز
مقدما في الاستيفاء لامر الرسول صلى الله عليه وسلم باكمال تجهيزه من ماله
ولما لم يأمر ذلك على عدم تقديم التجهيز ولان المال صار كله للمؤمنين
والامر بتجهيزه منه ظلم لهم لم يوجب قرآن ولا سنة ولا اجماع ولا قياس ولا نظر (٤) .
مناقشة ادلة ابن حزم :

وقد نوقشت ادلة ابن حزم بما يلي :

اولا : ليس في الآية ما يدل على ان الدين مقدم على التجهيز وكل ما دل على

- (١) المحلى - ج ١ ص ٢٥٢ وما بعد ها .
- (٢) النمرة - بفتح النون وكسر الميم - شملة فيها خطوط بيض وسود او بسردة
من صوف تلبسها الاعراب - راجع القاموس المحيط ج ٢ ص ١٥٤ .
- (٣) الازخر - نوع من النباتات - والحديث رواه الجماعة الا ابن ماجه - راجع
نيل الاوطار للشوكاني - ج ٤ ص ٢٨ وما بعد ها .
- (٤) المحلى - نفس المكان السابق .

الاية هو ان الميراث ياتي بعد الوصية او الدين ، ولا دلالة فيها مطلقا على تاخير التجهيز عن الدين لانها وردت بعد بيان فرائض اصحاب الموارث فبينت ان هذه الفرائض انما تكون بعد قضاء الدين وانفاذ الوصية وبالتالي فدعواه لا تقوم على دليل .

ثانيا : حديث مصعب ابن عمير ليس فيه ما يدل على دعوى ابن حزم تقديم الدين على التجهيز لانه مات خلال المعركة ولم يتيسر مع ظروف الحرب تجهيزه الا على هذا النحو لكثرة القتل والخوف من العدو (١) .

وهو ان دل على شيء فانما يدل على ان الكفن من راس المال (٢) ، لان النمرة ملكه ولم يوجد له سواها وهذا عكس ما يدعيه ابن حزم فالحديث لا يدل على مدعا .

وعلى ضوء هذه المناقشات نرى ان الأدلة التي استدل بها ابن حزم لا تقوم حجة على ما ذهب اليه وهو تقديم الديون على التجهيز .

٢٢٣ - دليل القول الثاني :

استدل اصحاب القول الثاني على تقديم الديون العينية على التجهيز بان التجهيز واجب من التركة والاعيان التي تملقت بها تلك الديون لا تدخل ضمن التركة اذ هي ماتركة الميت خاليا عن تعلق حق الغير به (٣) .

واذا كان اصحاب الديون العينية احق بالعين حال حياته حيث لا يملك التصرف فيها ولا بيعها ليشتري لنفسه ملبسا او ليؤجر بها مسكنا ولما كان المدين لا يحق له ذلك حال حياته فأولى بعد موته ، لان الموت يجعل الديون المطلقة تتعلق بالاعيان بعد ان لم تكن متعلقة بها وذلك لضعف الذمة بالموت عن احتمالها ، فتقوى الاعيان ضعف الذمة واذا كان الموت من شأنه ان يقوى تعلق الديون بالاعيان لان يضعفها فمن باب اولي ان لا يضعفها ما كان متعلقا بها قبله .

(١) نيل الاوطار للشوكاني - ج ٤ ص ٣٩ .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) حاشية ابن عابدین - ج ٥ ص ٥٠١ ونهاية المحتاج - نفس المكان

السابق وجواهر الاكليل - نفس المكان السابق .

المناشئة :

اقول، ويمكن ان يناقش هذا الدليل بان تعلق الديون بالاعيان لا يدل على تقدم هذه الديون على التجهيز لان حيسها عن مالها حال حياته كان لخشنة على قضاء الديون لقدرته على الكسب وبعد الوفاة انقطع كسبه فكان احوج الى ملكه لتجهيزه فانه من الحاجات الاصلية التي تبقى له حال حياته كقوته ولباسه بل هذا اولى لان الميت احوج اليه من سائر ديونه وعلى هذا يكسبون قول الحنفية ومن معهم بتقديم الديون العينية لامعنى له ولا يتفق مع الغاية التي تفررت لها حبس الاعيان .

٢٧٤ - دليل القول الثالث :

وقد استدل الخنابلة والزيدية ومن معهم من الحنفية بالسنة والقياس والمعقول

من السنة :

ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي سقط عن راحته وهو واقف بعرفة فمات : "غسلوه بما" وسدر وكفوه في ثوبه" (١) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد امر بتكفين الرجل دون ان يسال هل عليه دين ام لا وترك الاستفصال في هذا المقام يدل على تقديم التجهيز اذ لو كان هناك ما يقدم عليه لاستفسر عنه الرسول وامر به لكنه لم يستفسر ولم يأمر بسواه فدل ذلك على تقديمه .

ومن القياس :

قالوا : بان حاجة الانسان الاصلية مقدمة على سائر الديون حال حياته فعند افلاسه يبقى له ثوبه وملبسه ولا يباع شيء من ذلك في دينه فكذلك الامر بعد مماته لان الكفن من حوائجه الاصلية كقوته ولباسه حال حياته (٢) .

(١) متفق عليه - راجع مسيل السلام ج ٢ ص ٩٢ والمبسوط للمرخس -

ج ٢٩ ص ١٣٦ وما بعد ها .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٩٣ .

هو اولى منها لمجزه وعدم قدرته على كسب ما يستمر به عورته كما كان يتسدر
على ذلك حال الحياة .

ومن المعقول :

قالوا: لا يعقل ان يكون للشخص مال ثم يستجدي كفته من الناس حتى ولو
كانت حقوق الغير متعلقة بهذا المال ، لان حاجته الى الكفن جديرة
بالاولوية عن حقوق الغرما ، وهذا ما يقره العقسل .

٢٧٥ - الرأى الراجع فى نظرنا :

وعلى ضوء بيان ادلة كل فريق والمناقشات التى وردت عليها نجد
ان رأى الحنابلة ومن معهم قد سلم من المناقشات فضلا عن توته ووجهته
واتفاقه مع المروءة والمنطق وليس من المروءة ان يترك الميت بدون تجهيز
مع وجود مال له لالشيء الا لتملق حق الغرما به ولهذا فاننى ارجح
ما ذهب اليه فقهاء الحنابلة من تقديم التجهيز على استيفاء الديون مطلقا .

٢٧٦ - وفى القانون :

اختار القانون الوضعى مذ هب الحنابلة ومن معهم وقد تقدم التجهيز
على الديون مطلقا . حيث نص فى المادة الرابعة من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م
الخاص بنظام الوارث على امتياز نفقات تجهيز الميت (١) .

وقد جاء فى المادة الرابعة من القانون المذكور ، تحت عنوان : " ما يودى
من التركة وما يوزع على الورثة " يودى من التركة بحسب الترتيب الاتى :

أولا : ما يلقى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت الى الدفن .

ثانيا : ديون الميت .

ثالثا : ما اوصى به فى الحد الذى تتفد فيه الوصية .

(١) السنهاورى - الوسيط - ج ١٠ ص ١٢١ .

- وقد جاء في المذكرة التفسيرية لمشروع القانون تعليقا على تلك المادة انه :
- ١ - خولف مذهب الحنفية تقدمت النفقة المحتاج اليها في تجهيز الميت على الدين الذي تعلق بحمين كالرهن اخذا بمذهب الامام احمد بن حنبل لان تقديم التجهيز على الدين يرجع الى ان الميت احمس اليه من نساء ديونه الذي هو من حاجاته ويستوى في ذلك الديون المتعلقة بالمعين والديون الاخرى .
 - ٢ - زيد على الاصل نفقة تجهيز من تلزم الميت نفقته كولد مات قبله ولويلحظه وزوجته كذلك ولو غنية فانه ييدا باخراجها من ماله كنفقة تجهيزه ٥٠٠ الخ

٢٢٧ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بالاولوية المقررة لتجهيز الميت نجد ان هناك تطابقا بينها وان كان القانون قد اخذ بالرأى الراجح من الفقه الاسلامي . وهذا ليس غريبا لان قانون الوارث ماخوذ من الفقه الاسلامي .

(١) المذكرة التفسيرية لقانون الوارث ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مع نص القانون المذكور - مطبوع مع نظام الوارث في الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العظيم نياض - ص ٢٣٣ و ٢٣٤ وراجع ;
Planiol, Ripert et Becqué, OP. Cit., T.12. P. 270.
Juglart, OP. Cit., n. 671.

الفصل الثاني -

اولوية الاستيفاء المقررة لحفظ المال العام

٢٧٨ - كما تنفرد الاولوية لاستيفاء الديون المتعلقة بالصالح العام فانها تتضمن بجانب الاولوية المقررة لحفظ النفس ٤ الاولوية المقررة لحفظ المال العام ٥ اذ ان حفظ النفس وحفظ المال العام يمثلان جوهر الصالح العام في اي مجتمع ٦ وقد اقتضى حفظ المال العام من المقتن الوضعي ان يقرر الاولوية لمحض الديون التي تتعلق به ليضمن استيفائها بالتقدم على غيرها من الديون مقدرا ان المال العام لا يقتصر حق النفع به على شخص معين بل يتعداه الى جميع افراد المجتمع ٧ والمصلحة المجتمعية على حفظه تتطلب قدرا كبيرا من الاهمية وذلك مثل المبالغ المستحقة للخزانة العامة والصروفات القضائية ولهذا قرر القانون الاولوية لها في الاستيفاء ٨

والديون المتعلقة بحفظ المال العام في الفقه الاسلامي والتي يتقرر لها الاولوية في الاستيفاء هي الديون التي تنشأ عن التزام مالي يتعلق بحقوق من حقوق الله تعالى وتسمى ديون الله كالزكاة والكفارات والندور وتسمية حقوق الله بالديون انما هي تسمية على سبيل المجاز على اعتبار ان الانسان يطالب بها (١) كما ان الدائن بها ليس فردا بعينه وانما هو المجتمع بأسره مشملا في ولاية امور المسلمين المكلفين بجمعها وانفاقها في وجوهها ٩

وقد اختلف الفقهاء حول بعض ديون الله كالزكاة ١٠ هل حق خالص لله ١١ أو هي حق لله وللناس ممن يجب لهم صرفها فقال الحنفية: "ان الزكاة تمتد بحق من حقوق الله تعالى الخالصة وذكروها ضمن انواع هذه الحقوق (٢) .

(١) الميراث المقارن - للكشكبي ص ٩١ .

(٢) التوضيح - لصدور الشريعة - ج ٢ ص ١٥٢ .

أما المالكية والشافعية فقد ترووا أنها حق لله وللمعبد حيث يتعلق بهما حقوق الفقراء والمساكين يقول القراني وهو بصدد تصنيف الحقوق المختلفة: "وثالثها حق لله تعالى وحق للمعبد والغالب بمصلحة المعبد كالزكوات والكفارات وكالأموال المنذورات" (١) .

ونحن نرى أن هذا الخلاف لا يمد وان يكون خلافا شكليا وليس موضوعيا لان فقهاء الحنفية حين يعدون الزكاة من حقوق الله تعالى فانهم لا ينكرون أنها حق للسائل والمحروم بل هم يصرحون أن حقوقا لله جميعها يتعلق بها النفع العام لجميع الناس (٢) . وهذا الخلاف لا يعنيننا وإنما الذي يهمننا هو بيان آراء الفقهاء في الأولوية المقررة لاستيفاء ديون الله تعالى وسيبقى بيان ذلك في الشريعة والقانون .

٢٢٩ - في الشريعة الإسلامية :

أولوية الاستيفاء قد تقرر لحفظ المال العام في الفقه الإسلامي وهو المال الذي يتعلق بحق من حقوق الله تعالى حيث تشغل دُبة المرء بها بمعد قيام أسبابها فيطالب بأداء تلك الحقوق لمن تقرر لهم .

ولما كانت علاقة الدائنية في هذا النوع من الالتزام لا تقرر لصالح شخص معين بذاته ، وإنما ينشأ لصالح فئة غير معينة بذاتها كالفقراء والمساكين أو لصالح المجتمع ككل ولهذا اختلف الفقهاء في مدى أولوية استيفاء هذا النوع من الديون ، إذا تراحت مع ديون المعبد هل يقدم دين الله ؟ أم دين المعبد ؟ وفي المسألة ثلاثة أقوال :

(١) الفروق - للقراني - ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١٠ ، وحاشية المنبري الرشيدى عليه - نفس المكان السابق .
(٢) التوضيح لصدر الشريعة - ج ٢ ص ١٥١ .

اوليها : لابن حزم الظاهري والشافعية في تول لهم وحاصل رأيهم ان ديون الله من زكاة وكفارات ونذور اذا اجتمعت مع ديون العباد فان ديون الله تقدم (١)

ثانيها : للحنفية والمالكية وحاصل رأيهم ان دين الله اذا اجتمع مع ديون العباد فان دين العباد هو الذي يقدم في الاستيفاء (٢)

ثالثها : للحنابلة والزيدية 6 وحاصل رأيهم التسوية بين ديون الله وديون العباد فاذا تزاومت استوفت بنسبة كل منها (٣)

وقد استدل كل فريق على قوله بما يقويه وسوف تبين الادلة التي استدل بها كل فريق والمناقشات الواردة عليه ثم نبين الراى الراجح في النهاية .

٢٨٥ - دليل القول الاول :

استدل ابن حزم الظاهري ومن قال معه من فقهاء الشافعية بتقديم ديون الله على دين العباد بما روى عن ابن عباس ان امراة من جهينة جاءت الى النبي صلى الله عليه وعلى اله وسلم فقالت: يا رسول الله ان امي نذرت ان تحج فلم تحج حتى ماتت افأحج عنها ؟ قال: نعم حجي عنها ارايت لو كان على امك ديون

(١) المحلى لابن حزم - ج ١ ص ٢٥٣ وما بعد ها وشرح الجلال المحلى على

المنهاج - ج ٢ ص ٤١ .

(٢) راجع تبين الحقائق للزليعي - ج ٦ ص ٢٣٠، وحاشية ابن عابد بين

على الدر المختار ج ٥ ص ٥٥٠، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

- ج ٤ ص ٤٥٨ - مطبعة صبيح .

(٣) الشرح الكبير - مع المغنى لابن قدامة - ج ٢ ص ٤٦٦ وما بعد ها

والعمدة الوثقى للطباطبائي - ج ٢ ص ٢٤ - مطبعة الفرقان - بصيدا

سنة ١٣٤٩ هـ .

اكت قاضيته ؟ اقضوا الله فالله احق بالوفاء * (١)

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان رسول اللصلى الله عليه وسلم قال لامرأة جهينة وقد جاءت تستفسر منه عن اداء دين من ديون الله وهو النذر بالحج ، فقال لها اقضوا الله فالله احق بالوفاء ، وكلمة احق افعل تفضيل يفيد ان دين الله اذا اجتمع مع غيره من الديون يكون اولى بالوفاء من غيره .
قال الشوكاني : " فيه دليل على ان دين الله مقدم على دين الادمى والحديث وان كان واردا في النذر بالحج الا انه يلحق به كل حق لله يثبت في الذمة كالكفارة والزكاة وغير ذلك (٢) .

٢٨١ - دليل القول الثاني :

استدل الحنفية والمالكية على تولهم بتقديم دين العبد على ديون الله تعالى بقولهم لان الله غنى والعبد فقير محتاج ومن يحتاج اولى ممن لا يحتاج لهذا وحب تقديم دين العبد على دين الله الفقر العبد وغنى الرب (٣) .

مناقشة استدلال الحنفية والمالكية :

اقول: ومراد المالكية والحنفية بنسبة الحق الله تعالى هو تعظيمه كما يقول التفتازاني (٤) والا فالله غنى عن العالمين يؤيد هذا قوله تعالى : " لن ينال الله لحومها

- (١) رواه البخارى والنسائي - راجع نيل الاوطار للشوكاني - ج ٤ ص ٣٢٠ ، وسبيل السلام - ج ٤ ص ١٨٢ .
- (٢) نيل الاوطار - ج ٤ ص ٣٢١ .
- (٣) حاشية الطحاوى على الدر المختار ج ٤ ص ٣٦٥ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - نفس المكان السابق .
- (٤) التلويح على التوضيح للتفتازاني ج ٢ ص ١٥١ .

ولا دماؤها ولكن يناله التقوى منكم^(١) ومع نسبة الحق الى الله تعالى للتعظيم فانه يتكلف به حاجة الفقراء والمساكين بل وجميع الناس الا ان هذا الدليل عفى لا يرقى لممارسة حديث ابن عباس الذي يدل على تقديم دين الله على دين العباد .

٢٨٢ - دليل القول الثالث :

استدل الحنابلة ومن معهم على قولهم بالساواة بين دين الله ودين العبد في الاستيفاء بقول الله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها او دين^(١) " ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة انها قد افادت تقديم الدين ولفظه عام يشمل دين الله ودين العبد دون مرجح فيساويان في الاستيفاء .

مناقشة دليل الحنابلة :

اقول : ويمكن ان يناقرد دليل الحنابلة بان لفظ الدين عام خصه حديث ابن عباس فيجب العمل بمقتضاه وهو تقديم دين الله على دين العبد .

٢٨٣ - الراى الراجح :

وعلى ضوء عرض الادلة والمناقشات التي وردت عليها نجد ان استدلال الظاهرية والشافعية قد سلم من المناقشات التي اعترض بها على اصحاب الآراء الاخرى فضلا عن ذلك فان العمل برأى الظاهرية في تلك المسألة يتطوى على امر هام يجب الحفاظ عليه وهو ان المصلحة العامة يجب ان تلقى العناية اللائقة لان النفع بها لا يقتصر على فئة معينة وانما يشمل جميع افراد المجتمع وتقرير الاولوية لديون الله يؤكد هذا المعنى لان اثره المحافظة عليها وتقرير اولوية الاستيفاء لها من شأنه ان ينشط قنوات الخير في المجتمع ويوسع على نطاق عريض من ابناءه اعوزتهم الحاجة وحرهم الفقر وهم جديسون بتلك الحماية ولهذا فاننى ارجح الراى القائل بتقديم ديون الله لهذاه الاعتيارات .

(١) النساء - آية ١١٠ وراجع الميراث المقارن للكشكبي - ص ٩٤ .

٢٨٤ - ونفى القانون :

قد تنقر الاولوية في القانون للمحافظة على المال العام استنادا الى ماورد بشأنها في التقنينات التي تنص على تقرير الاولوية لما تستحقه الدولة من ضرائب ورسوم * ولما كان هذا المعنى موجودا في المصروفات القضائية * كما انها تهدف الى مصلحة عامة وهي حسن سير القضاء فان الاولوية المقررة لهما يمكن ان تدخل في هذا المعنى وينبغي بيان الاولوية في كل نوع :

٢٨٥ - اولا: الاولوية المقررة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة :

والاولوية المقررة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة ورد بشأنها المادة

١١٣٩ من التقنين المدني المصري والتي تنص على انه :

١ - المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق اخرى من اى نوع كان يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والوامر الصادرة في هذا الشأن .

٢ - ويستوفى هذه المبالغ من ثمن الاموال المنقلة بهذا الامتياز في اى يسد كانت قبل اى حق اخر ولو كان ممتازا او مضمونا برهن رسمى عدا المصروفات القضائية وقد ورد في مذكرة المشروع التصهيدى في خصوص هذا النص مايفيد ان الدين الممتاز هو الضرائب والرسوم وكل المبالغ المستحقة للخزانة العامة وان محل الامتياز هو ثمن الاموال المنقلة بهذا الامتياز طبقا للقوانين الخاصة وتكون هذه الاموال عادة منقولة (كمحصولات وامتعة) وقد يمتد الامتياز الى عقار اذا لم يكف المنقول فيصبح الامتياز عقارى بطريقتة عرضية .

ومرتبة الامتياز هي المرتبة الثانية بعد امتياز المصروفات القضائية ولا يشهر الامتياز اذا وقع على عقار كما تقدم (١) ومن المعلوم ان الضرائب والرسوم تعتبر عنصرا

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٠١ - ٣٠٣ وقد قضت محكمة النقض في نفس الحكم الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٦ بان دين الضريبة اذا كان متمتعا بامتياز عام فحقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولا يشهرت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقارا (مجموعة احكام النقض سنة ١٩٧٠ رقم ١٤٥ ص ١٠٧٠) .

اساسيا في ايرادات الدولة ولذا كان من الضروري ان يعنى المشرع بتقرير ضمانات فعالة لتحصيلها ومن هنا جاء النص العام في التقنين المدني الذي يضمن استيفاءها من ثمن الاموال المثقلة بها وترك للنصوص الخاصة تفصيل المبالغ الممتازة وتحديد وعاء الامتياز^(١) ويراعى من الحكمة المتقدمة ان الامتياز يتحدد نطاقه بالمبالغ المستحقة للدولة او لاي شخص من اشخاص القانون العام باعتبار سلطة عامة كما رأينا اما ما تستحق للدولة في نشاطها الخاص فيخرج من نطاق هذا الامتياز^(٢) وقد اراد المشرع ان يطلق لافضلية لهذه الديون نفسى في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ بجواز استيفاء المبالغ الضمونة من ثمن الاموال المثقلة بالاولوية في اى يد كانت وهذا الحكم يفيد ان الاولوية المقررة لمستحقات الخزنة العامة تكفل تتبع المال تحت يد الغير ويصل الاحاطة به تنقضى ابداء الملاحظات الاتية ووجوب التفرقة بين الامتيازات المعيارية والمنتولة الخاصة وبين الامتيازات العامة .

اولا : يلاحظ بشأن حقوق الامتياز المعيارية الصائبة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ان المشرع قد اغاهاها من الشهر فلم يخضعها لاجراء التقيد في الشهر المعيارى حتى تنفذ في حق الغير ويجوز رغم الاعفاء من الشهر مباشرة الاستيلاء بالمرتبة التي يكفلها القانون قبل اى حق متبذ على المعيار بل ويجوز تعقب المعيار تحت يد الغير وبعبارة اخرى نجد ان المشرع قد اعفى الامتياز من اجراء التقيد ومع ذلك كفل له سلطة الافضلية والتتبع وذلك كما هو الحال بالنسبة لضريبة الاطيان وضريبة المعقارات المبنية^(٣)

- (١) د م شمس الدين الوكيل - نظرية التأمينات ص ٥٩٤ .
- (٢) نفس المرجع والمكان السابقين وراجع نعمان جمعة المرجع السابق ص ٢٢٢ وجمال زكي المرجع السابق ص ٣٤٣ وعبد الناصر المطار ص ٢٧١
- (٣) د م شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق ص ٥٩٦ وانظر حكم محكمة النقض في ١٧ يونيو سنة ١٩٦٩ (مجموعة احكام النقض ص ٢٤٦ ص ١٩ رقم ١٥٦) وقد جاء في هذا الحكم للخزنة العامة حق تتبع اموال مدينتها استيفاء لحق من حقوقها الممتازة وبصرف النظر عن عدم شهره في احوال منصوص عليها في القوانين الخاصة بضريبة الاطيان والمبانى والرسوم الجمركية ورسم الايلولة على التركات .

ثانياً : اذا ورد الامتياز على منقولات معينة فالاصل فيه ايضا انه يكفل سلطة تتبع المنقولات تحت يد الغير لاستيفاء المبالغ المستحقة من ثمنها ويستفاد هذا الحكم صراحة من الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ التى تفرد سلطة تتبع الاموال المثقلة بالامتياز فى اية يد كانت دون تصرفه بين عقار او منقول .

وعلى هذا النحو يتمتع على الشخص الاعضاء بقاعدة الحيابة فى المنقول سند الحائر لا تقاوم الحجز على المنقول اذا كان مثقلا بامتياز خاص ضمانا للوفاء بمسديون مستحقة للخزانة العامة .

ويظهر من اطلاق سلطة التبع على النحو الوارد بالفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ والمالك الاشارة اليها ينبغى ان يقتصر فقط على الامتيازات المنقولة الخاصة ويتحدد نطاق الاولوية بهذه المنقولات المعنية وذلك لجواز تمكين الخزانة العامة من تتبع المنقولات تحت يد الغير وذلك لما هو الحال بالنسبة للرسوم الجمركية المستحقة عن المضاعف الصادر او الواردة (١) .

ثالثاً : اما اذا كان الامتياز عاما يشمل جميع اموال المدين فعندئذ يجب العمل بموجب نص المادة ٢/١١٣٤ من التقنين المدنى المصرى والتى تنص بان حقوق الامتياز العامة لا يثبت فيها حق التبع وعلى هذا النحو لا يجوز تعقب اموال المدين تحت يد الغير اذا كانت المبالغ المستحقة للخزانة العامة لا تضمن الوفاء بها اموال معينة بالذات وانما يتسع الضمان فيها ليشمل اموال المدين كلها ، ذلك ان هذا الامتياز يقتصر فقط على كفاية الافضلية للدائن عند التنفيذ (٢) .

لهذا يجب ان يلتصق نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ على الامتياز الذى يتحدد وعاهه بمنقولات معينة بالذات ان لو اراد المشرع ان يطلق سلطة التبع بالنسبة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة ايا ما كان وعاه الامتياز لحرص فى النص على ان يكون صيغته تنص على جواز استيفاء المبالغ المستحقة للخزانة العامة من اموال المدين كلها تحت يد الغير (٣) .

(١) د / شمس الوكيل المرجع والمكان السابقين

(٢) نفس المرجع السابق ص ٥٩٧ .

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

ومما يعزز هذا المعنى ان اطلاق سلطة التتبع وتمكين الخزنة العامة من تعقب كل اموال المدين تحت يد الغير يحمق في الواقع تد اول الاموال ويحد من ائتمان الافراد اذ يترتب عليه ان الشخص حينما يهيم بشراء اموال منقولة او عقارية يجب عليه ان يستوثق من المركز المالي للبائع في مواجهه الخزنة العامة بينما لاتصدق هذه الخشية اذا كان الامتياز مقرا على اموال معينة بالذات فمن الميسور على المشتري ان يتحرى عن الضرائب المستحقة عن العقار او المنقول المبيع (١) .

وتطهيا لذ لك يمكن القول ان امتياز الخزنة العامة يتجرد من سلطة التتبع اذا كان وطا الامتياز طاما يشمل اموال المدين كلها كما هو الحال بالنسبة لضريبة الايراد العام التي لا يتحدد ضمان استيفائها باموال معينة بالذات .

على انه يجوز الطمن في تصرفات المدين اذا قصد منها تهريب الاموال تحت يد الغير بغية الافلات من الوفاء بدين الخزنة العامة وذلك لاسباب اعمالا للمبدأ الذي يقضى بان الغش يفسد كل امر (٢) .

(١) وانظر حكم محكمة النقض السابق في ١٧ يونيو سنة ١٩٦٩ حيث جاء فيه ان للخزنة العامة حق امتياز على اموال المدين بالضرائب والمبالغ المستحقة للحكومة م ٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٦ - وهذا الامتياز لا يجب شهره ولا يثبت فيه التتبع ولو كان محله عقارا .

(٢) د مرسس الوكيل - المرجع والمكان السابقين ود / جمال زكي المرجع السابق فقرة ٣٠٥ وانظر نقض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٧٠ (مجموعة احكام النقض ص ٢١ رقم ١٥ ص ٨٥) و ١١ يوليو سنة ١٩٧٣ - (مجموعة احكام النقض ص ٢٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٠٠) .

٢٨٦ - اشارة لاهم القوانين الخاصة بالضرائب والرسوم :

لما كانت المادة ١١٣٩ تنص على ان امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة يكون بالشروط المقررة في القوانين والاوامر الصادرة في هذا الشأن فانه يلزم الاشارة الى اهم هذه القوانين وتلك الاوامر لتحديد نطاق الدين المضمون ووعاء الامتياز . وفيما يلي نشير الى اهم تشريعات الضرائب والرسوم التي ورد فيها النص على امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

١ - ضريبة الاطيان :

ورد بشأنها المادة ١٦ من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ وقد نصت على ان للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الارض - المستحقة على الضريبة وكذلك على ثمارها ومحصولاتها وعلى المواشي والمنقولات التابعة لها .

وفي حالة عدم دفع الضريبة في المواعيد المقررة تجبى الضريبة بطريق الحجز الاداري على الثمار والمحصولات والآلات والمواشي واذا لم تكف اثانها فعلى العقار نفسه وذلك طبقا لاحكام القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ في شأن الحجز الاداري .

٢ - الضريبة على العقارات المبنية :

وقد ورد بشأنها القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ والمعدل بالقانون رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٥٥ وقد نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على ان للحكومة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق الامتياز على الايجار والايضاد والمنقولات الخاصة بالعقارات المبنية والاراضي الفضاء المستغلة المستحقة عليها الضريبة وعلى المباني والاراضي المقام عليها او الملحقة بها سواء كانت هذه الاراضي ملكا لاصحاب المبنى او لغيرهم .

٣ - ضريبة الايرادات المنقولة :

تضمن الكتاب الرابع من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ احكاما عامة لجميع الضرائب المقررة فيه وهي ضريبة ايرادات رؤوس الاموال المنقولة والضريبة على الارباح التجارية والصناعية وضريبة كسب العمل وقد جاء في المادة ٩٠ منه والمعدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ان الضرائب والمبالغ الاخرى المستحقة بمقتضى قوانين الضرائب تعتبر دينا ممتازا على جميع اموال المدين بها او الملتزمين بتوريدها للخزينة العامة وقد عدل هذا القانون برقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٣ ٤ ٢٤٤ لسنة ١٩٥٥ .

٤ - الضريبة العامة على الايراد :

فرضت هذه الضريبة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ وتنص المادة ٢٤ منه بان تسرى في شأنها احكام الامتياز المقررة في المادة ٩٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩

٥ - رسم الايلولة على التركات والضريبة المقررة عليها :

نصت المادة ٤٣ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ على ان للحكومة لتحصيل رسم الايلولة حق امتياز على نصيب كل وارث بقدر المطلوب منه وحين تنبعمه تحت يد الغير .
وقد صدر المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن ضريبة التركات (١) واكتفت نصوصه القليلة بتحديد سعر الضريبة والاحالة فيما عدا ذلك من احكام على قانون رسم الايلولة واعمالا لهذه الاحال يمكن القول ان للخزينة العامة في سبيل استيفاء الضريبة حق امتياز على اموال التركة وان لها تنبعم هذه الاموال تحت يد الغير . (٢)

(١) المعدل بالقانون ٢٠٢ لسنة ١٩٦٠

(٢) د م شمس الدين الوكيل - نفس المرجع ص ٦٠٠ وجمال زكي - المرجع والمكان السابقين .

٦ - الرسوم الجمركية :

يحكم امتياز الرسوم الجمركية اللائحة الصادرة بالامر العالي فـسـى
١٢ ابريل سنة ١٨٨٤ والمعدلة بقانون ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ ويستفاد من
نص المادة الثانية في هذه اللائحة ان للجمارك حق الامتياز على البضائع
الموجودة بالجمرك حتى ولو كانت برسم الترانزيت (المور) وسواء كانت
برسم الصادر او الوارد .

٧ - رسوم الدمغة :

تنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم الدمغة
على ان " تحصل الرسوم والغرامات والتمويضات والتهديدات المالية
المعمولة بمقتضى هذا القانون بطريق الحجز الادارى ويكون للحكومة حـق
امتياز على جميع ممتلكات الاشخاص المدينين بها والمسئولين عنها والمسـلـزمين
بحكم القانون بتوريد ها للخزانة العامة .

هذه هى بعض اشارات لاهم القوانين التى تقرر امتياز الخزانة بشأن الضرائب
والرسوم ويكتفى منها بهذا القدر لان طابع دراستنا العام لا يتسع لهـا
اذ المرجع الاصيل فيها يكون فى كتب تشريعات الضرائب والمالية العامة .

٢٨٧ - ثانيا : الاولوية المقررة للمصرفات القضائية :

لما كانت المصرفات القضائية تستهدف فى احد جوانبها حماية مصلحة
عامة تتمثل فى حسن سير مرافق القضاء وانجاز العدالة فان تقرير الاولوية
لتلك المصرفات يدخل فى اطوار العام لمعنى المحافظة على المال العام
ولهذا أثرتا دراسته فى هذا الوطن .

وقد ورد بشأن الاولوية المقررة للمصرفات القضائية المادة ١١٣٨ من
التقنين المدنى المصرى والتى تنص على انه :

١ - المصروفات القضائية التي انفتحت لصلحة جميع الدائنين في حفظ
اموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الاموال .

٢ - وتستوفي هذه المصروفات قبل اى حق اخر ولو كان ممتازا او مضمونا
برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين التي انفتحت المصروفات فى مهلتهم
وتقدم المصروفات التي انفتحت فى بيع الاموال على تلك التي انفتحت فى
اجراءات التوزيع .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدي فى خصوص هذا النص ما ياتى :-

" الحق الممتاز هو المصروفات القضائية التي انفتحت لصلحة الدائنين المشتركة
فى حفظ اموال المدين وبيعها فنفتحات الحجوز التحفظية والحراسة والحجز
التنفيذى واجراءات نزع الملكية والتوزيع كلها ممتازة على ان تكون
لصلحة الدائنين المشتركة فما كان منها لصلحة خاصة لدائن معين كما فى
اجراءات تحيق الدين لاحد الدائنين فلا يدخل فى هذا الامتياز ومرتببة
الامتياز هى الاولى اما فيما بين هذه الديون الممتازة فتقدم بمصروفات
الحفظ والبيع وهى متساوية فيما بينها على مصروفات التوزيع (١) .

٢٨٨ - ويشترط لتحقيق الاولوية للمصروفات القضائية شروط ثلاثة :

١ - ان تكون قد انفتحت فى اجراءات قضائية لازمة لحفظ اموال المدين وبيعها
وتوزيع ثمنها على الدائنين لاحفظها من التلف المادى لان مصروفات الحفظ
من التلف المادى يضمنها امتياز الحفظ والتهميم .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٠٠ .

ومثل ذلك نفقات الحجوز التحفظية والحجوز التنفيذية واجراءات نزع الملكية ودعوى الحراسة والتوزيع ونفقات الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليسية وشهر افلام التاجر كما يمتد الامتياز الى نفقات عمليات غير قضائية تنقضها الاجراءات القضائية لنفقات وضع الاحكام وتحويل محاضر حصر التركة واجراءات القسمة وادارة المال الموضوع تحت الحراسة وتصفية التركة (١) .

٢ - ان تكون الاجراءات قد اتخذت وفقا للقانون فتكون مهـزة مصروفات ممن يكون اشتراكهم في الاجراءات لازما كالمأمورين القضائيين والخبراء ولايسرى هذا على من يقوم بعمل تصفية ودية لاموال المدين .

٣ - ان تكون المصروفات قد انفتحت لصلحة الدائنين المشتركة فما صرف منها لصلحة احوال الدائنين الخاصة لايسرى عليه الامتياز . والقاض هو الذي يقدر ما اذا كانت المصروفات القضائية قد انفتحت في حفظ اموال المدين وبمعناها وفي الصلحة المشتركة للدائنين (٢) .

ومرتبة الاولوية المقررة للمصروفات القضائية هي الاولى بين جميع حقوق الامتياز فلا يتقدم امتياز اخر هذا الامتياز ولايعاد له ، ويستوى في ذلك ان يكون الدائن هو خزانة المحكمة نفسها او أحد المامورين او أحد الدائنين او غير ذلك . هذا وتقدم مصروفات الحفظ والبيع على مصروفات التوزيع اذ اجتماعا ، كما يتساوى الدائنين في كل دين منها على حدة (٣) .

(١) السنهاوي - الوسيط - ج ١٠ ص ١٤٥ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ١٤٦ .

(٣) نفس المرجع السابق - ص ١٤٧ ود رشمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق - ص ٥١٣ ، وفي القانون الفرنسي - تتقدم مصروفات العدالة حتى على مستحقات الخزانة العامة قانون ٥ سبتمبر سنة ١٨٠٧ بشأن مصروفات العدالة الجنائية (مادة ٢/٦ ومادة ٥/٤) وتتقدم مستحقات الخزانة على سائر المستحقات الاخرى - انظر قضية مدنيصة في ١٨ مايو سنة ١٨٨٧ رقم 259 . 1 . 87 . 8 . وراجع :

Planiol, Ripert et Becque OP. Cit., P. 258.

Aubry et Rue, OP. Cit., P. 649. n. 289.

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بالاولوية المقررة للمحافظة على المال العام نجد ان الشريعة الاسلامية وفقا للرأى الذى ترجح فى نظرنا تقدر الاولوية لديون الله اذا اجتمعت مع ديون العباد وذلك لتملق النفع العام بها وان هذه الاولوية تحتل المرتبة الثانية بعد الديون التى تتعلق بمصلحة حفظ النفس كالنفقات وصلاحيتها المتجهيز على نحو ما رأينا .

ولما كانت ديون الله تتملق بالنفع العام حيث تنفق على الفقراء والمساكين والعمالون عليها وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله واين السبيل وهذه كلمها وجوه انفاق يخلب عليها طابع النفع العام الذى لا يستأثر به واحد من الناس بل يتمدى خيره الى فئة او فئات غير محددة من بنيان المجتمع او الس المجتمع ككل ٦ ولهذا فالمال العام بمعناه القانونى يقترب من معنى ديون الله لهذا المعنى .

وفى القانون تقرر النصوص الاولوية لمستحققات الخزنة العامة وهى عبارة عن الضرائب والرسوم والاولوية المقررة لها من الدرجة الثانية ٦ تاتى بعد الاولوية المقررة للمصروفات القضائية .

والمصروفات القضائية لاتعمد وفى حقيقتها ان تكون مقابلا لما انفق على تحصيل المال العام المتعلق بها وحمايته وهى لهذا الاعتبار تقترب من دين الزكاة حيث يقرر الفقهاء ان للعمالون على جبايته حقا فيه صدره قول الحق تبارك وتعالى " والعمالون عليها (١) " .

لكن الهدف من تقرير الاولوية فى ديون الله هو المحافظة على المال العام والمحافظة على المال العام مصلحة تتملق بالصالح العام لكنها لاترق الى مصلحة المحافظة على النفس بل تأتى بعد ها وتأخذ فى الاولوية مرتبة تالية لها ٦ اعطاء القانون لها المرتبة الاولى فى الاولوية فهو لا يتفق مع المصلحة المتصنودة بالحماية ولا يتلائم معها .

(١) التوبة - اية: ٦٠ .

وبهذا نرى ان تقرير الاولوية في الشريعة الاسلامية تيسير وفقا لضوابط محددة
تؤدي الى الموازنة بين الدين المزود بالاوسوية والصلحة التي ترفع السي
حمايتها وهو امر تحد عليه الشريعة الاسلامية وعلى هذا النحو يظن
مجال المقارنة بين الشريعة والقانون .

الباب الثاني

تطبيقات اولوية استيفاء الديون المتعلقة بحقوق الافراد

٢٩٠ - اولوية استيفاء الديون قد تهدت الى حماية مصالح الافراد تلك المصالح
التي تتصل بتداول المال وتحقيق الضمان لرابه وهنا ياتي دور الاولوية
اذ يحق للدائن المزود بها هكئة الخروج على الضمان العام المقرر لجميع
الدائنين على اموال مدينهم ، باستيفاء دينه بالتقدم على غيره ، ولهذا يحرم
كثير من الدائنين على الخضوع لاحكامها ، وتوثيق ديونهم باية وسيلة تؤدي
الى وجودها كما تلمس التقنين الوضعي الحاجة الماسة لتقريرها فمن على العمل
بها مبررا بذلك عن ارادة المتعاملين مقدرا ان تحقيق مصالح الافراد من خلال
العمل بها يؤدي الى تحقيق الخير العام ، لذي يثبته التشريع في اي مجتمع
متقدم .

ومعيار التفرقة بين ما يحد من التصرفات التي تتعلق بالمصالح العام
وتلك التي تتعلق بمصالح الافراد وبالتالي تقرير الاولوية في كل حالة منها
انما هو معيار تقريبي لان الفصل المطلق بين المصالح العام ومصالح الافراد
امر غير ممكن والا فان المصالح العام يؤدي في النهاية الى تحقيق مصلحة خاصة
لكل فرد وكذلك الامر فيما يتعلق بمصالح الافراد فان احترامها والعمل على
وجودها يؤدي في النهاية الى تحقيق المصالح العام في المجتمع كاستفسار
المعاملات وازدهار الاقتصاد واستتباب الامن ، وتلك امور تعد من صميم
مسائل المصالح العام .

ولهذا فإننا نؤكد ما قرناه في مستهل هذا القسم من الدراسة وهو ان معيار التفرقة يسهين التصرفات التي تتعلق بالصالح العام وتلك التي تتعلق بمصالح الافراد انما هو معيار تفرقي * وان التفرقة التي تقوم عليه هي ايضا تفرقة تفرقية تفتح باب الدراسة ولا تغلق مجال البحث والاجتهاد .

ولما كانت مصالح الافراد التي تنفر الاولوية لحمايتها تمثل في تحقيق الضمان الكافي الذي ينشده كل دائن لمركزه في التعامل والذي يصل في قوته الى تخصيص عين او حيسها لاستيفاء الدين من حصيله بيمينها * وفقا لما هو معروف في الفقه الاسلامي بالديون العينية والتي تعرف في الفقه الوضعي بالتأمينات العينية والتي تكفل الكبر قدر من التوثيق وتحقيق الضمان بتفريغ الاولوية لها في الاستيفاء ولا شك ان الديون العينية تختلف في مدى اولويتها في الاستيفاء عن الديون المطلقة .

لهذا يكون من الممكن ان نقسم هذا الباب الى فصلين نخصص اولهما للديون العينية وثانيهما للديون المطلقة وذلك على النحو التالي :

- الفصل الاول : الاولوية المقررة للديون العينية .
- الفصل الثاني : الاولوية المقررة للديون المطلقة .

الفصل الاول

اولوية الاستيفاء المقررة للديون العينية

٢٩١ - الديون العينية هي الديون التي تتعلق بعين من اعيان مال الدين (١) وهي بما تكسبه من اولوية في الاستيفاء للدائن بها تقابل ما يعرف في الفقه الوضعي بالتأمينات العينية حيث يتعلق الدين بعين معينة من اموال الدين - ليستوفى منها بالافضلية على غيره من الديون .

وللديون العينية أهمية تصوى من ناحية تقرير اولوية الاستيفاء لها ففى الفقهاء الاسلام والوضعى وبفردات هذه الديون وان اختلفت فى كلا الفقهاء الا ان اخطرها هو الرهن، حيث يستطيع الدائن ان يستوفى دينه من عين مال مدينه المحبوسة لسداد الدين ، ولما كان الرهن يتضمن حق الدائن فى حبس العين المرهونة ، فانه يلحق به حق الدائن فى حبس المبيع وفاء لنفسه وحق المستأجر فى حبس العين المؤجرة وفاء للثمنه اذا عجل بدفع الاجرة على نحو ما تقرر الفقهاء (٢) .

وفكرة الديون العينية على هذا النحو يعرفها القانون الانجليزى حيث يجوز ان ترد على العقارات وهي املك مادية بحملة يحفون بمقتضى القانون ، كأن يحمل قرض يعترف به القانون ويحميه وكثير من الحقوق الواردة على العقار تعامل كالعقارات ذاتها لانها تتصل بالارض او بالعقار (٣) .
وسوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نعالج فى اولهما: الاولوية المقررة للرهن وفى ثانيهما: الاولوية المقررة للديون الملحقة بالرهن فى كل من الشريعة والقانون .

(١) راجع شرح الرحبية - تحقيق محى الدين عبد الحميد ص ٩ الطبعة الثانية مطبعة صبيح ونظام الموارث فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العظيم فياض ص ٣٨ والميراث لمحمد زكريا البردي ص ٢٩ طبعة ١٩٦٩ م

(٢) يقرر ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ج ٥ ص ٥٠٠ أن الديون العينية ليست كلها فى مرتبة واحدة بل بعضها يندم على بغيره فى الاستيفاء .

(٣) راجع H. K. Black & Brown, An outline of English Law. P. 170.

اولوية الاستيفاء المقررة للرهن

٢٩٢ - يترتب على وجود الرهن حكم مؤداه ان الراهن احق باستيفاء دينه من العين المرهونة * فالاولوية في الفقه الاسلامي تعتبر من احكام الرهن والفقه الوضعي يقرر للراهن الاولوية على غيره * ولا يقتصر ذلك على الرهن وحده بل يتمداه الى جميع انواع التأمينات العينية كحق الاختصاص والاولوية الناشئة عن الامتياز * كما تختلف طريقة تحديد مرتبة الاولوية في كـسـلا الفقهاء * الامر الذي يقتضى القاء الضوء على كل منهما .

٢٩٣ - اولوية الاستيفاء المقررة للرهن في الشريعة الاسلامية :

يحتل الرهن من اهم الديون العينية من ناحية اولوية الاستيفاء وقد عرفناه ونحن نبين الاسس العامة لاولوية الاستيفاء في القسم الاول من الرسالة (١) وفي الاحالة اليه ما يغنى عن التكرار والذي يهمننا ونحن بصد بيان تطبيقات الاولوية للديون العينية ان نبين انواع الفقهاء في اولوية الاستيفاء المقررة للرهن في المذاهب الفقهية :

١ - في المذهب المالكي :

يقول ابن رشد: ان الراهن احق باستيفاء دينه من الرهن في الموت والفلس جميعاً (٢) ، وقد صرح الأبي بأنه يخرج من تركة الميت مبيد على غيره وجوباً وان اتى على جميعها فحتملك بعين معينة من التركة كالشيء المرهون في حق فيقدم على غيره (٣) .

(١) راجع ص ٨٩ من الرسالة .

(٢) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٣) جواهر الكليل - ج ٢ ص ٣٢٧ .

٢ - وفي المذهب الحنفي :

يقدر الطحاوي بتقديم الديون المعينة على غيرها لانها تعلقت بالمال قبل
صيورته تركة وذلك كالرهن مثال للمعين التي تعلق بها حق الغير وصورته اذا
رهن شخص شيئا ثم مات وذلك الشيء عند المرتهن ولم يترك الراهن غيره فسا
دين المرتهن مقدم على غيره^(١).

٣ - وفي المذهب الشافعي :

ورد في نهاية المحتاج: ان تعلق والتركة حق في الحياة قدم كالزكاة
والمرهون رهنا جعليا وان حجر على الراهن بعده^(٢).

٤ - في المذهب الحنبلي :

ورد في الشرح الكبير: يباح الرهن ويختص المرتهن بشئ اذا كان ثمنه
يقدر دينه او اقل منه سواء كان الفلوس حيا او ميتا لان حقه متعلق بمعي
الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكأن
حقه اقوى لانعلم في هذا خلافا وهو مذهب الشافعي واصحاب الرأي فان كان
ثمن الرهن فضل عن دين المرتهن اعطى قدر دينه ورد الباقي على الغرماء
وان فضل شيء من دينه ضرب بالفاضل مع الغرماء^(٣).

٥ - وعند الظاهريين :

يقدر ابن حزم: الرهن جائز في كل ما يجوز بيعه ولا يجوز فيما لا يجوز بيعه
لانه وثيقة للمرتهن لينصف منه ان مطل ولا يمكن الانتصاف للغير مما لا يجوز
بيعه^(٤).

(١) حاشية الطحاوي - على الدر المختار - ج ٤ ص ٣٦٥ - ٣٦٦ .
(٢) نهاية المحتاج للبهلي - ج ٦ ص ٩٤٨ .
(٣) الشرح الكبير مع المعنى - ج ٤ ص ٤٩٩ وراجع : التواعد في الفقه الاسلامي
- لامين رجب - ص ٨٦ - القاعدة الثالثة والخمسون .
(٤) المحلى - ج ٨ ص ٨٩ مسألة : ١٢١٢ .

اقول: ويظهر من اقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة ان للراهن اولوية فسمى الاستيفاء من عين المال المرهون يقدم الدائن بمقتضاها على غيره من الدائنين وقد اتفقت كلمة الفقهاء على ان الراهن يقدم بدينه على غيره وان الديون العينية ومنها الرهن تقدم على الديون المطلقة وليس هناك خلاف بينهم حول تلك المسألة .

٢٩٤ - دليل الاولوية المقررة للرهن :

ما هو معروف ان الرهن مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والمقفل (١) ،
اما الدليل على مشروعية الاولوية المقررة للرهن فمن الاجماع والمقول .

اولا : من الاجماع :

انعمد الاجماع على ان المرتهن يقدم في استيفاء دينه من الشيء المرهون وذلك لان حقه متعلق بالعين والذمة معا فكان اقوى وقد نقل الاجماع صاحب الشرح الكبير من فقهاء الحنابلة حيث قال: لانعلم في ذلك خلافاً (١) .

ثانيا : من المقول :

ان حق المرتهن اقوى من غيره لان دينه يتعلق بالعين تعلق استيفاء وقد حبست لوفاء دينه وتوة الدين تقتض عقالا تقدمه على غيره من الديون اذ الدين الاقوى يقدم على غيره في الاستيفاء وغيره يتعلق بذمة المدين فقط دون العين (٢) .

(١) من الكتاب قول الله تعالى : فرهان مقبوضة - البقرة اية ٢٨٣ ومن السنة حد يمسك انس رض الله عنه رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه عند يهودي - نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ٦٢٦٣ وانعمد الاجماع على جوازه كما حكاه الشوكاني في نيل الاوطار نفس المكان السابق، ومن المقول ان الدين الثابت بالرهن اقوى من غيره لانه يتعلق بالذمة وبالمرهون معا وغيره يتعلق بالذمة فقط والدين الاقوى يقدم . وراجع : تفسير القرآن الكريم للزمخشري - ج ١ ص ٢٥١ هـ واحكام القرآن للجصاص - ج ١ ص ٦٢٦ وجامع البيان للطبري - ج ٢ ص ٧٦ وابن كثير - مختصر التفسير - ج ١ ص ٢٥٦ .
(٢) الشرح الكبير من المعنى - نفس المكان السابق .
(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

٢٩٥ - مرتبة الاولوية المقررة للرهن :

راينا ان كلمة الفقهاء متفقة على ان مرتبة الديون العينية مقدمة على الديون المطلقة اما مرتبة الرهن بالنسبة للديون الاخرى فانها تأتي بعد الديون المتعلقة بحفظ النفس وديون الله تعالى على نحو ما ترجح لنا وبالتالي تكون مرتبة اولوية الاستيفاء المقررة للرهن هي الثالثة .

٢٩٦ - اولوية الاستيفاء المقررة للرهن في القانون :

يحتبر الرهن واحدا من أهم أنواع التأمينات العينية التي تعطى للدائن المزود بها اولوية في الاستيفاء فالرهن بوصفه تأميناً عينياً يزود الدائن بالاولوية ومثله في ذلك مثل بقية انواع التأمينات العينية الاخرى حيث يتقدم الدائن على مال مدينه ويتبعه (١) وقد راينا ان مرتبة الاولوية بين انواع التأمينات المختلفة تتحدد بالقيود حيث يكون الدائن السابق تاريخ القيد هو الأول في الاستيفاء .

واذا كان القيد هو المعيار الذي تتحدد مرتبة الاولوية به فتقتضاه فان اثره ينحصر بالنسبة لبعض انواع الاولوية ومنها الاولوية الناشئة عن امتياز عام على جميع اسواق المدين والاولوية الناشئة عن فكرة الرهن الضمني .

٢٩٧ - اولوية الاستيفاء الناشئة عن فكرة الرهن الطليقي :

استأنس الفقه الوضعي بما ورد في التقنين المدني من نصوص تقرير الاولوية لؤجر المقار وصاحب الفندق على ما يكون موجودا بالعين ومملوكا للمستاجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي وذ هب الى تأسيس اولوية الاستيفاء على هذه المنقولات المملوكة للمستاجر او نزول الفندق بناء على فكرة الرهن الطليقي. (١)

(١) راجع مساسين - فقهه ٢٢٣ .

وقد استقر الفقه التقليدي منذ زمن بعيد على تاصيل هذا النوع من الاولوية بناء على تلك الفكرة التي يرتد اصلها الى عصر القانون الروماني (١) حينما توصل احد ملاك العقارات الى ان يتقدم على سائر دائئى المستاجر في استيفاء الاجرة من المنقولات الموضوعة بالعين الموجرة ومنذ ذلك التاريخ اخذت فكرة الرهن الضمني طريقها الى الرواج حتى استقرت في الاتجاه الغالب في الفقه الحديث (٢) ولعل الاقرب الى الصواب هو اسناد هذا النوع من الاولوية الى فكرة الرهن الذي يقره القانون بنص خاص دون حاجة لتلاني ارادة المدين والدائئى (٣).

وقد اصطنع المشرع اداة قانونية تلائم تصوير هذا النوع من الاولوية على انه تامين قانوني تاخذ حكم الرهن فاسند السي الدائئى حيازة حكمية تتميز في مظهرها الخارجى بطابع خاص وقد افضت هذه الاداة القانونية الى اعتبار مؤجر العقار وصاحب الفندق صاحبي حق اولوية على المنقولات المملوكة لمدينهم والموجودة بالعين الموجرة كما اقتضت خلع صفة الحائز عليهم حتى يتيسر لها السيطرة على تلك المنقولات (٤) وقد انتهينا من دراستنا هذا الموضوع الى ان يتأسس بحق على فكرة الرهن الطليق (٥) ونعرض لبيان هذين النوعين :

٢٩٨ اولا : الاولوية المقررة لمؤجر العقار :

يستند تقرير الاولوية لمؤجر العقار على فكرة الرهن الطليق (٦) المقرر بنص القانون وان الاداة القانونية التي اصطنعها المشرع لتنظيم احكام هذه

(١) F. M. Goadby, Introduction to the Study of Law, (١) Second Edition, P. 398. Juglart, OP. Cit., n. 675.

(٢) د. شمس الدين الوكيل نفس المرجع السابق ص ٦٢٤

(٣) نفس المرجع المكان السابقين. وراجع فقهه ٢٣٦ من الرساله.

(٤) نفس المرجع السابق ص ٦٢٥.

(٥) راجع ماسبق-فقرة ٢٣١ وما بعدها.

(٦) المشهورى-الوسيط-ج ١٠ ص ١١٩.

الاولوية هي تمكين المؤجر من حيازة افتراضية تكفل له حماية حقه والسيطرة على المنقولات محل الامتياز على النحو الوارد بالتقنين (١) .

وقد ورد بخصوص هذا النوع من الاولوية المادة ١١٤٣ من التقنين المدني المصري وما يقابلها في التقنينات المدنية العربية حيث تنص على ما يلي *
١ - اجرة المبانى والاراضى الزراعية لسنتين او لعدة الايجار ان قلت عن ذلك وكل حق آخر للمؤجر يقتضى عقد الايجار يكون لها جميعا امتياز علسى مايكون موجودا بالعين المؤجرة وملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى *

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى بخصوص هذا النص: "الدين الممتاز هو كل ما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار من اجرة لاتزيد على سنتين وتمويش وغير ذلك وان محل الامتياز هو المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة اذا اعتقد المؤجر بحسن نية انها مملوكة للمستأجر وتدخل ايضا منقولات الزوجة ومنقولات المستأجرين الباطن ٦٠٠٠٠٠٠٠ ومرتبة الامتياز هي السادسة بحد حقوق الامتياز السالفة الذكر (٢) .

٢١١ - شروط الاولوية المقررة لمؤجر العقار :

ويشترط لكي تتحقق الاولوية ان يكون حق المؤجر ناشئا عن عقد ايجار صحيح فاذا كان عقد الايجار باطلا او قابلا للإبطال وابطل او صوريا فإنه لا يترتب عليه أى اثر وكذا للامرا اذا لم يوجد عقد ايجار اصلا كما اذا كان شاغل العقار مختصبا له (٣) .

(١) د / شمس الدين الوكيل - نفس المرجع ص ٦٢٦ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣١٥ - ٣١٦ .

(٣) السنهورى - نفس المرجع والمكان السابقين .

كما يجب ان يكون محل الايجار عقارا فيخرج من نطاق الاولوية مؤجر الآلات وغيرها وكذلك مؤجر الدور المفروشة لا يكون له امتياز الا لضمان الجزء من الأجرة الذي يقابل ايجار الدور خالية غير مفروشة وما يقابل اجرة الفسح يكون دينا عاديا (١) .

ويتقبر ايجار المباني والاراضى الزراعية ايجارا العقار كما ان لمؤجر الارض الفضا امتياز مؤجر المباني وذلك وفقا للراى الراجح (٢) .

كما يشترط وفقا للنص الا تزيد الاجرة عن اجرة سنتين فان زادت فلا تشمل الاولوية الا لستئان فقط .

٣٠٠ - المنقولات التى تخضع للاولوية :

وترد الاولوية على المنقولات المملوكة للمستأجر والموجودة بالمعين المؤجرة كالأثاث والأواني والصور والتماثيل والمربيات والسيارات والمحصولات الزراعية سواء كانت ناتجة من الارض المؤجرة او من غيرها وذلك كله مادامت هـ المنقولات موجودة فى المعين المؤجرة وقابلة للحجز عليها (٣) .

ولا ترد الاولوية على المنقولات المعنوية ولا المنقولات المادية التى لا تعتبر المعين المؤجرة مجهزة بها كالسفنود والصوغات والمجوهرات (٤) .

ولا بد من بقاء المنقولات فى المعين المؤجرة لأنها تقوم على فكرة الرهن الضمنى فاذا نقل المستأجر المنقولات برضا المؤجر او بملحه ودون اعتراضه اعتبر المؤجر متنازلا عن حق امتيازه عليها .

- (١) د محمد الفتاح عبد الباقى - نفس المرجع السابق - فقرة ٥٩٤ ود سليمان مرتضى - نفس المرجع السابق فقرة ٣٥٧ - ص ٥٧٤ - ٥٧٥ .
- (٢) د محمد كامل مرسى - المرجع السابق فقرة ٤٤٤ والسنهورى نفس المرجع السابق ص ٩٧٥ - ٩٧٦ .
- (٣) السنهورى - نفس المرجع السابق - ص ٩٧٧ .
- (٤) د محمد الفتاح عبد الباقى - نفس المرجع - فقرة ٦٠٠ ود محمد على امام نفس المرجع السابق فقرة ٤٥٣ .

كما يجب ان تكون المنقولات مملوكة للمستاجر فان كان منها منقول مملوك
لغير المستاجر فان ذلك لا يمنع المؤجر من استعمال حقه في الاولوية على
المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول اذا كان حسن النية (١) فاذا كان
المنقول ضامنا او مسروقا جاز لمالكه ان يسترد ه في خلال ثلاث سنوات
تالية لوقت الضياع او السرقة .

ومما تجدر الاشارة اليه ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٤٣ من
التقنين المدني المصري حيث جاء فيها " ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات
مملوكة لزوج المستاجر او كانت مملوكة للغير ولم يثبت ان المؤجر كان يعلم
وقت وضعها في المين الموجرة بوجود حق للغير عليها وذلك دون اخلال
بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة والضائعة " .

وكذلك تجدر الاشارة الى الفقرة الثالثة من المادة سالفة الذكر والتي تنص
على انه " يقع الامتياز ايضا على المنقولات والمحصلات المملوكة للمستاجر
من الباطن اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الايجار من الباطن فاذا لم
يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز الا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستاجر الاصلى
في ذمة المستاجر من الباطن في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر " .

وقد اعطى المشرع للدائن وفقا لنص الفقرة الخامسة من المادة المذكورة
بحق توقيع الحجز التحفظي على هذه المنقولات لمنع المستاجر من التصرف
في هذه المنقولات واخراجها من الغين المستاجرة او يسترد ه اذا خرجت
منها وبمقتضاها لا يستطيع اى حائز ان يفتح في مواجهته ببدا حسن النية (٢) .

(١) السنبورى - نفس المرجع السابق ص ٩٧٨ وما بعد هـ .

(٢) نفس المرجع السابق ص ٤٩٨٤، والدكتور شمس الوكيل - نفس المرجع
السابق ص ٦٣٣ وما بعد هـ ، والدكتور جمال زكى - المرجع السابق ص ٤٦٠
وما بعد هـ ، والدكتور عبد الناصر المطار المرجع السابق - ص ٢٩٢ ، والدكتور
نعمان جمعه المرجع السابق - ص ٢٣٠ .

٣٠١ - ثانياً : الاولوية المقررة لصاحب الفندق :

ورد النص على تقرير الاولوية لمؤجر العقار في المادة ١١٤٤ من التقنين المدني المصري ويتجه الفقه الغالب كما سبق الى تاسيس هذا الامتياز على فكرة الرهن الضمني .

ويرى بعض الفقهاء ان الاقرب الى الواقع هو تأصيل الضمان المقرر لصاحب الفندق على اساس ان القانون هو الذي وضعه في مركز الدائن المرتهن وهنا حيازياً ومن ثم استخدم اداة مماثلة لتلك التي نراها في امتياز مؤجر العقار فجعل صاحب الفندق في حكم الحائز للمنتولات التي يتضمنها وعاء الافضلية (١)

وتقرر الاولوية لصاحب الفندق التي يباوئ اليها الشخص للمبيت بصرف النظر عن تقديم الطعام له او اكتفائه فقط بالمأوى ولا يصدق هذا الضمان على أصحاب المطاعم والمقاهي لان الاولوية يلزم لتوافرها ان يكون المكنان الذي يملكه الدائن مهدد للمسكن وان يكون الدين مستحقاً عن الاقامة وما يتصل بها من مأكول او ما يتفق لحسابه خلال اقامته (٢) .

وتصرف الاولوية الى ضمان المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزول عن الاقامة وما يقدم له من اطعمة وما يستحق مقابل الخدمات التي يؤديها له الفندق .

ويتحدد وعاء الافضلية بالامتعة التي اتى بها النزول معه الى الفندق او في مكان يلحق به كالملابس والبضائع والسيارات التي توضع في مكان يلحق بالفندق . ويقع الامتياز على الامتعة ولو كانت مملوكة للغير باعتبار ان صاحب الفندق فيصون عليه وصف الحائز وعلى صاحب الحق على المنتولات ان يثبت علم صاحب الفندق بتعلق حق الغير بها في الوقت التي احضره معها النزول كما يجوز لصاحب الفندق ان يعارض في نقل الامتعة ما لم يستوف حقه كاملاً (٣) .

(١) د مرشمس الوكيل نفس المرجع السابق ص ٦٣٧ .

(٢) السنهوري - الوسيط ج ١٠ ص ٩٨٨ .

(٣) د مرشمس الدين الوكيل نفس المرجع ص ٦٣٩ .

٣٥٢ - مرتبة الاولوية المقررة لصاحب الفندق :

تحتل الاولوية المقررة لصاحب الفندق نفس المرتبة المقررة لمؤجر العقار وهي السادسة ووفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٤٤ مدنى مصرى فانه اذا تراحم الحفاني قدم السابق فى التاريخ مالم يكن غير نافذ بالنسبة الى الآخر (١) .

٣٥٣ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بالاولوية المقررة للرهن نجد ان نقاط الخلاف تنحصر فى ثلاثة امور .

اولها : معيار تحديد مرتبة الاولوية :

يتحدد معيار الاولوية فى القانون بالتقيد فالتقيد هو الذى يحدد مرتبة الاولوية المقررة للرهن وامر التقيد غير وارد فى الشريعة الاسلامية لان حقيقة الرهن فيه تقوم على حبس المال وتخصيصه للوفاء وبالتالى فمعيار تحديد مرتبة الاولوية فيه هو وضع اليد الفعلى على المال .

ثانيها : مصدر الاولوية :

وقد رأينا ان مصدر الاولوية المقررة للرهن فى الشريعة الاسلامية يتمثل فى الاجماع والمعقول ، بينما ارادة المتعاقدين سبب لترتيب حكم الرهن . اما مصدر الاولوية المقررة للرهن فى القانون فانه ارادة المتعاقدين كما تسرد القانون الوضعى الاولوية لبعض انواع الديون وارجع الفقه تاصيلها الى فكرة الرهن الضمنى وذلك كما فى الاولوية المقررة لمؤجر العقار على منتولات المستاجر والاولوية المقررة لصاحب الفندق على امتعة المنزل ولا يوجد فى الشريعة الاسلامية ما يحس بالرهن الضمنى تلك الفكرة التى ترجع كما رأينا الى القانون الرومانى الا ان هذا الديون لما كانت تتعلق بمصنعة فانهما يصدق عليها تسميتها بالديون العينية .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣١٨ وما بعد ها .

ثالثها: مرتبة الاولوية :

وقد ترتب على انضباط معيار الشريعة الاسلامية لتحديد مرتبة اولوية الاستيفاء المقررة لتلك الديون ان اعتبرتها من الديون العينية ومرتبتها هي الثالثة على نحو ما رأينا * اما مرتبة الاولوية المقررة للرهن في القانون فتخضع للاسبقية في القيد وهذه لا يمكن التنبؤ سلفا بها * اما الديون المؤسسة على فكرة الرهن الضمني * فان مرتبتها هي السادسة * وهذا النحو يظهر مجال المقارنة بين الشريعة والقانون .

البحث الثاني

اولوية الاستيفاء المقررة للديون الملحقة بالرهن

٣٥٤ - لما كان الرهن من الديون العينية حيث يتعلق الدين فيه بعين معينة ليستوفى منها وهو لهذا يشبه بمخف انواع الديون التي تتعلق بعين معينة للاستيفاء منها * وذلك كما في حالة الاولوية الواردة على العين البيعية والواردة على العين المستأجرة وينبغي ان نعرض لبيان كل من هاتين الحالتين في مطلب على حدة .

المطلب الاول

الاولوية المقررة على العين البيعية

٣٥٥ - اعطى فقهاء الشريعة الاسلامية لبعض الديون العينية نفس مرتبة الرهن في اولوية الاستيفاء وذلك كما في حالة الاولوية المقررة على المبيعة لاستيفاء ثمنها * وهذه الحالة تشبه الرهن في امرين :

اولهما : يتمثل في ان الدين الثابت في ذمة المشتري للبائع وهو الثمن يتعلق بالعين البيعية .

ثانيهما : انه يعطى للدائن بالثمن وهو البائع الحق في حبس العين المبيعة لاستيفاء الثمن ولهذا بين الاعتبارين الحق هذا النوع من الاولوية بالرهن وتعرض لبيان ذلك في الشريعة والقانون .

٣٠٦ - في الشريعة الاسلامية :

يقرر فقهاء الشريعة الاسلامية ان البائع احق في استيفاء المبيع المحبوس بالثمن من بقية الغرما، ويظهر هذا من بيان ذكر احوال الفقهاء في تلك المسألة .

١ - في المذهب الحنفي :

يقول ابن عابدين : "وكالرهن في التعلق بالعين المبيع المحبوس بالثمن (١) فلو اشترى شيئا ولم يتقبضه فمات قبل نقل الثمن فالبايع احق بالشيء . اما اذا كان المبيع في يد المشتري ومات عاجزا عن اداء الثمن فانه يثبت للبائع حقه الرجوع الا اذا تعلق به حق لازم فانه حينئذ لا يثبت له حق الرجوع لمانع سوى فاذا ازال المانع كان له الرجوع" (٢) .

٢ - في المذهب المالكي :

قال ابن رشد : " فيما يكون الغريم احق به من سائر الغرما في الموت والفلس ، ان الشيء المبيع بالدين ان كان عرضا مهينا فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشتري فهو احق به في الموت والفلس وهذا مالا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق به من الغرما في الفلوس دون الموت وان كان عيناً فهو احق بها في الموت ايضا" (٣) .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ ص ٥٠٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار نفس المكان السابق .

(٣) بحسب اية المجتهد - ج ٢ ص ٢٨٥ .

٣ - في الذهاب الشافعي :

يقول صاحب نهاية المحتاج : " وكالمرهون المبيع بثمن في الذمومة
إذا مات المشتري مفلسا بثمنه ولم يكن هناك مانع من الفسخ فيمكن البائع
منه ويفوز به وإن لم يحجر عليه بالفلس قبل موته" (١) .

٤ - وفي الذهاب الحنبلية :

يقول صاحب الشرح الكبير : " لو باع سلعة ثم أفلس قبل تقيضها فالمشتري
أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو لم تكن لأن حقه
قد تعلق بعين ماله " (٢) .

٣٥٧ - اقول ويظهر من خلال بيان أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة
أن الأولوية الواردة على المدين المبيعة قد تكون للبائع وقد تكون للمشتري
فإن كانت للبائع فإما أن يكون المشتري قد قبض المبيع أولا ، فإذا كان المبيع
بيد البائع ولم يتقبضه المشتري ثم أفلس بثمنه قبل قبضه فإن الأولوية على
الشيء المبيع ولا يزاحمه فيه بقية الغرماء وهذا مما لا خلاف عليه بين
الفقهاء (٣) ، أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع ثم أفلس قبل أن يدفع
الثمن فلا يخلو إما أن يكون قد تعلق به ويتبين لنا مما سبق أن هناك موضع
اتفاق وبوضوح اختلاف .

أولا : بالنسبة لموضع الاتفاق :

اتفق الفقهاء على أنه إذا أفلس المشتري قبل تسلم المبيع يكون البائع
أولى به ، وكذلك الأمر إذا تسلمه المشتري ثم أفلس قبل نقد الثمن
ولم يتعلق بالمبيع حق للغير (٤) .

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٩ .

(٢) الشرح الكبير ج ٤ ص ٥٠٠ . والسواعد في الفقه الإسلامي - لأمين

رجسب - ص ٨٧ .

(٣) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٥ حيث يقول إن هذا مما لا
خلاف عليه بين الفقهاء .

(٤) نفس المرجع والمكان السابقين .

ثانيا : بالنسبة لموضع الخلاف :

اما موضع الخلاف بين الفقهاء فهو اذا افلس المشتري والمبيع عند ه
وقد تعلقه حق الغير وفي هذا الموضوع اقوال .

اولها : للمالكية وعند هم ان البائع احق من الغرما في الفلاس دون الموت اذا
كان المبيع عرضا متمينا وان كان عينا فهو احق به في الموت ايضا (١) .

ثانيها : للحنفية وعند هم لا يثبت حق الرجوع للبائع في عين المال بالاضحية
على سائر الغرما اذا قبض المشتري المبيع ثم تعلق به حق لازم للغير كما اذا كاتبه
المشتري او استولد ه او رهته او حتى ذلك المبيع على غيره فانه حينئذ لا يثبت
للبيع حق الرجوع لمانع توى فاذا ازال المانع يثبت له حق الرجوع (٢) ووافقهم
الشافعية في الموت كمانع حيث لا يثبت للبائع حق الرجوع اذا مات المشتري مقلما
يشنه (٣) .

ولم ار للحنابلة نصا في فليس البائع بل ان عباراتهم وردت في فليس المشتري
يقول صاحب الشرح الكبير : " اذا نقد المشتري الثمن ثم مات البائع فبطل
تقييدها فالمشتري يكون احق بالعين من سائر الغرما " (٤) ولعله لافرق بين
فليس البائع والمشتري ان الغرض ان الدين يتعلق بالعين المبيعة
سواء كانت بيد البائع او المشتري لان عقد البيع يولد التزامات متقابلة
في ذمة كل من البائع والمشتري وهذه الالتزامات قد ينشأ عنها ثبوت ذمة
في ذمة كل منها ، والدين الذي يثبت في ذمة المشتري هو الثمن فاذا انقصد
المشتري الثمن ولم يقبض العين ه كان الثمن المتقبوض دينا في ذمة البائع
والدين في كلتا الحالتين من الديون العينية لتعلقه بالعين ولهذا كان له
شبه بالرهن والحق به في نفس مرتبة اوليته .

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص ١٥٠٠ .

(٣) نهاية المحتاج - نفس المكان السابق .

(٤) الشرح الكبير مع المغنى - نفس المكان السابق .

٣٠٨ - وفي القانون :

تتفرد الاولوية في القانون على العين المباعة في حالات وردت بشأنها نصوص خاصة في التقنين المدني وذلك كما في حالة الاولوية المقررة لبائع العقار لاستيفاء الثمن وملحقاته ، وكما في الاولوية المقررة لبائع المنقول كذا لك لاستيفاء الثمن وملحقاته .

والاولوية المقررة على العين المباعة قد تتفرد على العقار وينبغي الاشارة اليها في كل حالة على حدة .

٣٠٩ - اولا : الاولوية المقررة على المنقول المباع :

ورد بشأن هذا النوع من الاولوية المادة ١١٤٥ من التقنين المدني المصري والتي تنص على انه : " ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته تكون له امتياز على الشيء المباع ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته وهذا دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية مع مراعاة الاحكام الخاصة بالمواد التجارية ويكون هذا الامتياز تاليا في المرتبة لسما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواجبة على منقول الا انه يسرى في حق الموجر وصاحب الفندق فاذا ثبت انها كان يعملان به وقت وضع المبيع في العيـن المؤجرة او الفندق " وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي بخصوص هذا النص " ان الحق الممتاز ثمن المبيع وملحقاته من فوائد ومصرفات وان محل الاولوية المنقول المباع مادام محتفظا بذاتيته ولم يكسب عليه الغير حقا ينفذ قبل بالبائع ومادام المشتري لهيفلس والا حرم البائع الامتياز والفسخ طبقا لقواعد القانون التجاري (١)

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٢١ - ٣٢٢ .

والواضح ان المشرع في القوانين الحديثة قد احاط مركز البائع بضمانات متعددة تكفل له استيفاء الثمن الذي يستحق مقابلًا للشيء المبيوع فاجاز له ان يمتنع عن تسليم المبيع وحبسه تحت يده اذا كان الثمن مستحق الدفع حالا حتى يستوفى ما هو مستحق له بل ويجوز له الحبس ايضا اذا سقط حق المشتري في الاجل طبقا لاحكام المادة ٤٥٦ من التقنين المدني المصري ^٦ ويحق للبائع ايضا ان يطالب بفسخ البيع ورد الشيء المبيوع اذا كان قد تم تسليمه ^٥ كل ذلك ما لم يتم سبب جدي يقدره المشتري ^(١) وقد دعم هذه الضمانات المتقدمة بتفريز امتياز على المنقول المبيع ضمانا للوفاء بالثمن المستحق وملحقاته حيث جاء هذا الامتياز وليد تطورات رخصي طويل انه كان القانون الروماني ينص على ملكية البائع اذا كان الثمن مستحق الاداء ^(٢).

حتى يتوهم المشتري بدفعه ولما انتشرت البيوع بانمان مؤجلة اثرت الشرائع القديمة شروطا تقليدية فبسي عقد البيع تجيز للبائع استرداد المبيع حتى يتم الوفاء بالثمن وكانت حيازة المشتري خلال هذه الفترة مجرد حيازة عارضة ولم يعد هذا الضمان القديم ملائما لاحكام القوانين الحديثة بعد ان استقرت احكامها على ان المشتري يمتلك المنقول فور التعاقد اذا كان معنيا بالذات ^٤ وبلا فراز اذا كان التعيين نوعيا وقد اقتضت حاجات الائتمان الحديث انتشار البيوع بالتقسيط واقتران تنفيذ التزام المشتري باداء الثمن باجل قد يمتد فترة غير قصيرة ومن هنا كانت خيرا اداة لتكمسين البائع من ضمان خاص هو تقرير امتياز على الشيء المبيع ضمانا للوفاء بالثمن وما يتصل به من ملحقات ^(٣) كنفقات المطالبة بالثمن والفوائد والمصرفيات

(١) د / شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق ص ٦٤١ .
وراجع حكم محكمة النقض في ١٠ فبراير سنة ١٩٨١ (موسوعة الشرييني ج ٩ ق ٣٧ ص ٨٨) وقد جاء فيه : " اجاز المشرع للمشتري حبس الثمن اذا تبين له سبب جدي يخشى معه نزح المبيع من تحت يده وعلم المشتري وقت الشراء لا يفتيد نزوله عن ذلك الحق لانغدد يكون معتد اعلى البائع لدفع هذا الخطر . . . "

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

التي يكون البائع قد عملها لحساب المشتري (١) .

ويؤسس هذا النوع من الاولوية في تدبير الفقه السائد على ان البائع صاحب الفضل في وجود المبيع لدى المدين وهو بهذا الميثاق اولى مسن الدائنين الاخرين بالافضلية في استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء بل ولعمل هذا الضمان الخاص فيه تشجيع لمنح الائتمان وتيسير على الافراد في الحصول على حاجتهم مقابل دفع مبلغ التفيذ (٢)

٣١٠ - مرتببة الاولوية المقررة لبائع المنقول :

ويحتل بائع المنقول طبعا لنص المادة ١١٤٥ من التقنين المدني المرتببة التالية لامتياز موجر العقار وامتياز صاحب الفند وهو المرتببة السابعة بين حقوق الامتياز العامة والواقعة على منقول، هذا . . . وللدائنين البائع ان يتبع المنقول في اي يد يكون بعد احترام الحقوق التي كسبها الغير عليه بحسن نية وقد يكسب الغير حقوقا على المنقول بصفة مستقلة كما اذا باع مشتري المنقول الى مشتر ثان وتسلم المشتري الثاني المنقول وهو حسن النية وقد يكسب الغير حقوقا على المنقول بصفة تهيي كما اذا اصبح المنقول عقارا بالتخصيص ورهن مع العقار الاصل فان حقيق الدائن المرتبته اذا كان هذا حسن النية يتقدم على امتياز بائع المنقول (٣)

٣١١ - الاولوية المقررة للمتقاسم في المنقول :

ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرع قد الحق بنفس مرتببة الاولوية المقررة

(١) السهبوري - الوسيط ج ١٠ ص ٩٩٢ .

(٢) د م شمس الدين الوكيل - نفس المرجع والمكان السابقين .

Juglart, Op. Cit., P. 398.

(٣) السهبوري نفس المرجع السابق ص ٩٩٤ والدكتور شمس الوكيل نفس المرجع

ص ٦٤٥ ود م كامل مرسى المرجع السابق ص ٥٠٦ .

لبائع المنقول ، نوعا اخر من الاولوية على المنقول وهي الاولوية المقررة للمتقاسم فيه وقد ورد بشأنها المادة ١١٤٦ من التقنين المدني المصري والتي تنص على انه : " للشركاء الذين اتمسوا منقولا حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وباستيفاء ما تفرر لهم من معسول^١ ويكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فاذا تراحم الحفان قدم الاسبغ في التاريخ" (١) .

واساسا لاولوية في تلك الحالة ان العدالة تفضي تمكين المتقاسم مسن استيفاء دينه بالاولوية من المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الآخر اذا كان استحقاق هذا الدين ناتجا عن القسمة وبذلك يتأسس امتياز المتقاسم على فكرة ايجاد الشيء في ذمة المدين التي يستند اليها امتياز البائع (٢)

ويسرى هذا النوع من الاولوية على جميع انواع القسمة ايا ما كان سبب الشروع وبصرف النظر عن ايقاع القسمة بطريقة ودية او قضائية .

ومحل الاولوية الحصص المقررة التي وقعت في نصيب كل متقاسم باحد الباعث المستحقة عن القسمة كالوفاء بمعدل القسمة او التعويض على المنقول الذي اختص به الشريك الآخر وينصب في حالة عدم دفع الثمن على الشيء الذي اشتراه الشريك لعدم امكان تسدته عينا (٣) .

ويحتل هذا النوع من الاولوية نفس المرتبة التي كفلها المشرع لامتياز البائع فاذا تراحم قدم الاسبغ فاذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع وان كان البيع بعد القسمة قد امتياز المتقاسم (٤)

(١) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٢٣ .

(٢) د / شمس الدين الوكيل - نفس المرجع السابق ص ٦٤٦ .

(٣) المستهوري نفس المرجع السابق ص ١٩٦ .

(٤) الاعمال التحضيرية ج ٧ نفس المكان السابق .

٣١٢ - ثانياً: الأولوية المقررة على العقار المبيع :

ورد بشأن هذه الأولوية المادة ١١٤٧ من التفتين المدني المصري والتي تنص على أنه " :

١ - ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع

٢ - ويجب ان يقيد الامتياز ولو كان البيع سجلاً وتكون مرتبته من وقت القيد .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى في خصوص هذا النص ما يأتي: ان محل الامتياز هو العقار المبيع وان مرتبه الأولوية يجب فيها القيد ولو كان البيع سجلاً وقد تلاقى المشروع بايجاب القيد نصاً معروفاً في التفتين السابق ومرتبة الأولوية يحدد ها القيد (١) .

والأولوية في هذه الحالة تقع على العقار المبيع سواء كان ملكية او حق انتفاع وسواء كان المبيع مالا مغزرا او حصة شائعة وسواء كان بناءً او ارضاً فضاءً او ارضاً زراعية وتشمل الأولوية الملحقات كالعقارات بالتخصيص والمنشآت والتحسينات والثمار من وقت تسجيل نزع الملكية كما ترد الأولوية على كل العقار ولو كان اكثر من الثمن (٢) .

كما تنقرر الأولوية للثمن المستحق لبائع العقار او الباقي منه وملحقاته كالمصروفات فاذا استحق البائع قبل المشتري غير الثمن والفوائد والمصروفات فان ما يستحقه لا يتفوقه الأولوية وذلك كالتعمير عن فسخ البيع والتعمير الذى يحكم به للمقايض في مقابل العقار الذى تسلمه في المقايضة اذا استحق لشخص اخر (٣) اما زيادة الثمن التى يحكم بها للقاصر في حالة بيع عقاره بغيب فاحش فانها تنقرر لها الأولوية (٤) كما تنقرر

(١) نفس المرجع السابق ص ٣٢٦ .

(٢) السنهاوى نفس المرجع السابق ص ١٠٠٠ .

(٣) نقرى مدنى في ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ (مجموعة صر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١) وفى ١٩٦٩/٦/٣ (مجموعة احكام النقرى ص ٢٠ ع ٢ ق ١٣٣ ص ٨٤٥) وقد جاء فيه : " الامتياز المقرر لثمن العقار المبيع يجب شهره بالقيد حتى يسرى في مواجهة الغير وعدم الشهر يترتب عليه مع عدم سرئانه بقاء ذمة المشتري مشغولتها عليه من دين .

(٤) محمد كامل مرسى - نفس المرجع السابق فقرة ٤٩١ .

الاولوية ايضا لمن يقترض المشتري مبلغا ليدفع به ثمن العقار اذ ذكر ذلك نفس عقد القرض وفي عقد البيع (١)

مرتبة الاولوية المقررة لبائع العقار :

وتخضع مرتبة الاولوية المقررة لبائع العقار للتفيد فالاولوية المقررة للبائع يجب فيها التفيد ولو كان عقد البيع مسجلا كما يعين مرتبة الاولوية تاريخ تفيد هذا واذا بيع العقار مرات متتالية وبقي لكل من البائعين جزء من الثمن فان البائع الاول يتقدم عن يتلو بشرط ان يكون قد شهر امتيازته قبلهم (٢) .

٢١٢ - الاولوية المقررة للمتقاسم في العقار :

وقد نص القانون على تفيد الاولوية للمتقاسم في العقار بنص المادة ١١٤٩ من التقنين المدني المصري والتي تنص على انه : " للشركاء الذين اتسموا عقارا حق امتياز عليه تامينا لما تخوله القسمة من حقي رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك المطالبة بمعدل القسمة ويجب ان يشهر هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت التفيد " .

وقد اوجب المشرع لسريان الاولوية في تلك الحالة ان يتم تفيد مصدرها ولو كان عقد القسمة مسجلا وان مرتبة الاولوية تتحدد من تاريخ التفيد (٣) .

وسا تجدر الاشارة اليه ايضا ان المشرع قد قرر الاولوية للقرض الذي يمنحه اتحاد الملاك الطبقات البناء الواحد احد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته وذلك على الجزء المعزز الذي يملكه وعلى حصته الشائعة في الاجزاء المشتركة من العقار وتحتسب مرتبة الاولوية من تاريخ التفيد وفقا لنص المادة ٨٦٦ من التقنين المدني المصري (٤) .

(١) المنهوى - الوسيط ج ١٠ ص ١٩٩

(٢) نفس المرجع السابق ص ١٠٠١ Juglart, OP.Cit.,P.398.

(٣) نفس المرجع السابق ص ١٠٠٧ .

(٤) د / شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ٦٥٥ ، وراجع : Mareaud, OP. Cit., n. 457.B.

٣١٤ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بالأولوية المقررة على العيين المبيعة نجد ان اساس الاولوية في كلا الفقهين مختلف وقد ترتب على اختلاف اساس الاولوية في كلا الاتجاهين اختلاف مرتبتها فيهما .

اولا : بالنسبة لاساس الاولوية :

يجتري الدين الناشئ على العيين المبيعة في الشريعة الاسلامية من الديون العينية ولهذا يأخذ نفس مرتبة الاولوية المقررة للرهن باعتباره اساسا للديون العينية التي تنفرد لها الاولوية اما الاساس الذي تقوم عليه الاولوية في القانون فهو يمثل في ان الدائن هو الذي ادخل المبيع في ذمة مدينه ولهذا اعطاه القانون الاولوية بالثمن المستحق له في مقابل العيين المبيعة مراعاة للمدانة وليس من السهل الاعتماد بذلك التأسيس في الشريعة لان حكم العقد فيهما انما هو ترتيب الشارع سبحانه وهذا الحكمينشا بمجرد تلاقى الاجاب والتبول على الحكم المقرر دون تعليق او تأجيل فالطرفان يتعاقدان والشارع يجعل من هذا الارتباط سببا يرتب عليه احكامه . والتول بان البائع هو الذي ساهم بفعله في نقل المبيع الى ذمة مدينه لا يستقيم مع نظرة الفقه الاسلاى الى احكام العقود وانها اثر للعقد وحكم يرتبه الشارع عليه .

وقد يؤخذ على المعيار في القانون ان غير متضبط يختلف باختلاف وجهات النظر وهذا امر لا يمكن وروده بالنسبة لما قرره الشريعة وهو عينة الدين اى ورود الدين على عين معينة وبالنسبة للأولوية الواردة على العقار المبيع فانها تخضع للنقد . الامر الذي يجعل مرتبة الاولوية مختلفة مع ان اساس الدين واحد ومرتبته كذلك واحدة وهى مرتبة الديون العينية .

ثانياً : بالنسبة لمرتبة الأولوية :

وفيما يتعلق بمرتبة الأولوية فقد ترتب على اختلافها ما من الذي تقوم عليه الأولوية اختلاف المرتبة المعطاة للأولوية وقد رأينا ان القانون أعطى لبائع المتقول والمتقاسم فيه المرتبة السالفة اما بالنسبة لبائع العقار والمتقاسم فيه فان مرتبة الأولوية تخضع لتاريخ التقييد وعند التزام يقدم الاسبغ تاريخاً .

وفي الشريعة الاسلامية تعتبر هذه الديون من الديون العينية ولها فائتها تلحق بالرهن في مرتبة الأولوية * ولما كانت مرتبة الأولوية المقررة للرهن هي الثالثة كانت مرتبة تلك الديون هي الثالثة * وبهذا القدر يختلف القانون عن الشريعة الاسلامية .

المطلب الثاني

الأولوية المقررة على العين للاجارة

٣١٥ - من الديون العينية التي تلحق بالرهن وتتقرر لها الأولوية الدين الوارد على العين بسبب الاجارة حيث قرر الفقهاء ان الدائن به يقدم على سائر الغرماء لاستيفاء منفعة من العين المؤجرة او لاستيفاء اجرته من العين المستعملة ولما كان هذا النوع من الديون يتعلق بعين معينة فان الدائن به يقدم في استيفاء * وهو بهذا يشبه بعض حالات الأولوية التي وردت في نصوص القانون والتي تقترب طبيعتها من حالات الأولوية المقررة على العين للاجارة في الشريعة الاسلامية الامر الذي يتسنى معه بيان التطبيقات في كل اتجاه توطئة لعقد موازنة بينهما تستهدف بيان اوجه الاتفاق والافتراق ونبدأ بالشريعة الاسلامية .

٣١٦ - الأولوية المقررة على العين للاجارة في الشريعة الاسلامية :

يقرر فقهاء الشريعة الاسلامية ان المستاجر يقدم بدينه في الاستيفاء من العين المؤجرة على سائر دائن المؤجر اذا قدم الاجرة وهذا الامر يسرى على

الصانع اذ يجوز له حبس العين تحت يد ه لاستيفاء اجر صنعته منها على نحو ماقرر الفقهاء كما سنرى .

ذلك ان حقيقة الاجارة في الفقه الاسلامي تعنى انها عقد على المنافع يعوض^(١) ه بمعنى انها عقد يرد على المنافع وبه يملك المستاجر منافع معلومة بينما يملك الموجر عوض هذه المنافع وهو الاجر .

والاجارة بهذا المعنى قد تكون عقد على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان ولهذا يشير بعض الفقهاء الى ان الاجارة نوعان نوع يرد على منفعة العمل كاستئجار شخص للخياطة او للنساء او للمداواة ونوع يرد على منافع الاعيان ه كاستئجار الاراضى والسدور والسدواب^(٢) وهذا النوع الاخير هو المقصود باجارة الاشياء في فقه القانون المدني المصري السابق او بالاجار بصفة عامة فسمى فقه القانون المدني الحالي .

وفي القانون الوضعي يقتصر معنى الاجار على اجار منفعة الاعيان ه حيث عرفت المادة ٥٥٨ من التفتين المدني المصري الاجار بانه عقد يلتزم الموجر بمقتضاه ان يمكن المستاجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء اجر معلوم .

(١) يعرف الاجار بانه لغة بيع المنافع وهو مشتق من الاجر وهو عوض المنافع اما شرعا فقد عرفه الحنفية بانه عقد على المنافع يعوض - راجع تكملة فتح القدر ج ٧ ص ١٤٥ - ١٤٧ وعرفه الشافعية في حاشية القليوبي ومعييرة ج ٣ ص ٧٧ بانه : عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والاباحسة يعوض معلوم وضما وعند المالكية عرفه الابن في جواهر الاكليل ج ٢ ص ١٨٤ - بانه تمليك منفعة معلومة يعوض معلوم وعند الحنابلة عرفه ابن قدامة في المغنى ج ٥ ص ٣٥٧ بانه بيع المنافع وانما اختص باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالعرف والسلم .

(٢) قاضى زادة تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٥١ .

اما الاجار الوارد على منفعة العمل فانه يختص بمسمايات اخرى كعقد العمل او عقد المناولة وتنصيص اصطلاح معين بمعنى خاص يشيع استعماله فيه امر لا يستوجب الحفيظة على الفقه الاسلامي فهو لا يعد وان يكون اختلاف اسلوب لا ينطوي على اى تمايز للتفتين الوضع الذي لم يات رغم تخصص اصطلاحاته بازيد مما نره الفقه الاسلامي .

وقد انتقد بعض فقهاء القانون الوضعي اطلاق اصطلاح الاجار على العقود التي ترد على منفعة عمل الاشخاص^(١) بحجة ان عمل الانسان يجب الا يشبه بمنفعة الشيء حتى يوجر والكرامة الانسانية تاي ان يكون عمل الانسان سلعة تستأجر كما هو الحال بالنسبة لمنفعة الايمان خاصة وان القواعد التي وضعت للعقد الوارد على عمل الانسان تختلف اختلافا جوهريا عن تلك التي تحكم العقد الوارد على منفعة الشيء بحيث يبد وبني نظرهم ضد التقريب بين العقد بين عملا مصطنعا ولا اساس له .

وهذا النقد مردود شكلا وموضوعا اذ هو فضلا عن تناقضه الواضح ينطوي على استخفاف بالعمل كقيمة انسانية خلاقة ويحط من شأنه .

فالعقد العمل ذاته يلزم قانونا العامل بان يعمل في خدمة المتعاقد الاخر وتحت ادارته او اشرافه مقابل اجر يتمهد به المتعاقد الاخر^(٢) وهو بهذا المعنى لا يتمهد كثيرا عن ما نره الفقه الاسلامي بخصوص اجارة الاشخاص في عقد الاجارة ، فالقانون يعتبر عمل الانسان وخدمته لاخر محل العقد في عقد العمل اى السلعة المتعاقد عليها وليس في هذا الحكم ما يحسب من قدر العامل لان العمل حق وواجب وشرف ومن ثم فالقول بان الكرامة الانسانية تاي ان يكون عمل الانسان سلعة تستأجر انما هو قول لا يعد وان يكون ترد بدا لفكرة رومانية غابرة كانت تنظر الى الانسان العامل نظيرة احتقار ، يسلم منها الاشراف الذين لا يحملون وكان العمل يقتن دائما بالريق الذي يعتبر في نظر القانون الروماني شيئا من الاشياء^(٣) .

(١) د محمد الفتاح عبد الباقى - عقد الاجار الاحكام العامة ص ٢٥ طبعة

١٩٥٢ والدكتور عبد المنعم الصدة - محاضرات في عقد الاجار

ص ٣ طبعة ٥٥ - ١٩٥٦ م .

(٢) مادة ٦٧٤ من التفتين العدى المصرى .

(٣) راجع في هذا المعنى: دكتور عبد الناصر العطار شرح احكام الاجار ص ١٠ .

وقد تغيرت هذه النظرة في العصر الحديث وانتهى عهد القانون الروماني وأصبح العمل شرفاً للأحرار والأرثاء على السواء^٦ . وبالتالي فهذا القول لا يقوم على أي أساس .

والواقع ان اختصاص الأيجار الوارد على منفعة عمل الإنسان بإطلاق خاص به هو " عقد العمل " لم يكن بسبب يمت إلى الكرامة الإنسانية المعزاة ولهكن اثراً من آثار الأخذ بالفكر الاشتراكية بقدر ما كان اثراً مسن اثراً اهتمام الفقه الراسمالي الغربي بعنصر العمل باعتبار ان العمل هو مصدر ربح صاحب براس المال .

ولو انصف العاملون بهذا على الفقه الاسلامي لردوا عقد العمل السي الاجارة فأولى بهذا العقد ان يظل " عقد ايجار " ابرازا لقيمة الاجر فهو العنصر الاكراهية في العقد لانه ثمرة مجهود الانسان وغاية عمليه وعليه تتوقف حياته وحياة من يعول وقد سن القرآن الكريم العامل ايجاراً ابرازا لاهمية الاجر كقيمة انسانية^٦ قال تعالى في قصة استئجار موسى عليه السلام على لسان ابنة شعيب: " ان خير من استأجرت القوي الامين"^(١) ولا شك ان هناك قدراً مشتركاً من القواعد يساعد على فهم فكرة المنفعة وفكرة الاجر ومدى المواضع بينهما وهذا القدر لا يمكن انكاره ولا يستقيم اغفال النظر اليه (٢) .

ولهذا تنهى الاشارة الى الاولوية المقررة على العين المؤجرة والاولوية المقررة لمنفعة العمل على العين ونشير الى رأى الفقه الاسلامي في كل حالة .

(١) القصص - آية: ٢٦ .

(٢) دكتور عبد الناصر المطار - نفس المرجع السابق ص ١١ .

٣١٧ - اولا : الاولوية المقررة على العين الموجرة :

يظهر من خلال بيان احوال الفقهاء في المذاهب المختلفة ان المستاجر وهو الدائن بالاجرة الاولوية في استيفاء منفعته على العين الموجرة فلا يزاحم من الغرماء ولا من الورثة وذلك لان دينه على العين الموجرة من الديون العينية ويخضع احوال الفقهاء في تلك المسألة

١ - في المذهب الحنفي :

ورد في حاشية ابن عابدين على الدر المختار: "وكالمبيع المحبوس بالثمن الدار المستاجرة فانه اذا عطي الاجرة اولاً ثم مات الاجر صارت الدار رهناً بالاجرة وانما قدمت هذه الديون المتعلقة بهذه الاعيان لان الاصل ان كل دين يقدم في الحياة يقدم في الوفاة (١)".

ويقول الطحطاوي: "قوله: والدار المستاجرة صورته اجرد ارا لزيد وعجل زيد اجرتها شهات المؤجر ولم يترك شيئاً غير هذه الدار فان زيدا يقدم (٢) ويقول ابن عابدين: وفي حاشية الاشباه المستاجر والمرتهن والمشتري احق بالعين من سائر الغرماء (٣) فمن مات مديوناً واجر عقاراته اى تعجله لمدة مستقبلية فللمستاجر الحبس اجدراى المستاجر اولى به من الغرماء (٤)".

٢ - في المذهب الحنبلي :

ورد في الشرح الكبير: "ومن استاجر داراً او بعيها بعيته او شيئاً غيرهما بعيته ثم اقلس المؤجر فالمستاجر احق بالعين التي استأجرها من الغرماء

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص ٥٠٠ - ٥٠١ .

(٢) حاشية الطحطاوي - على الدر المختار ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين نفس المكان السابق ص ٥٥ .

(٤) نفس المرجع السابق ص ٦٣ .

حتى يستوفى حقه لان حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه البدء
فكان احق بها كما لو اشترى منه شيئاً فان حقه يتعلق به ويقدم^(١) .

٣ - وعند الملكية :

ورد في بداية المجتهد^(٢) " اذا اطلق المؤجر قبل ان يستوفى الاجير
حقه كان الاجير احق في الموت والفلس جميعاً وذلك كالسلمة اذا كانت نفسى
يد المباح في وقت الفلن فانه يقدم^(٣) " وقد قرر ابن رشد ذلك تحت
عنوان ما يكون الغريم احق به من سائر الغرباء في الموت والعكس^(٤) .

٤ - وعند الشافعية :

ورد في معنى المحتاج : "وصح بيع العين المتاجرة قبل انقضاء المدة
للمكترى ولغيره ولا تنفسخ الاجارة لان الملك لا ينافيها ولهذا يستاجر ملكه
من المستاجر ولا تسلط المين الى المشتري حتى يستوفى المستاجر منفعتها
الى اخر البدء^(٥) " ويقول : " ولو اجر الاب لابنه عينا ثم مات احد هما
ورثة الاخر لم تنفسخ الاجارة لانها تجتمع مع الملك وفائدة عدم الانفساخ
ان الدين لا يتعلق بالعين المتاجرة^(٦) " وبالتالي فلا يزاحم المستاجر
من الغرباء ولا من الورثة حتى يستوفى منفعته .

-
- (١) الشرح الكبير مع المغنى ج ٤ ص ٤٩٩ - ٥٠٠ .
 - (٢) بداية المجتهد - لابن رشد - ج ٢ ص ٢٨٦ .
 - (٣) نفس المرجع ص ٢٨٥ والخروشر ج ٥ ص ٢٨٧ .
 - (٤) معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٦٠ .
 - (٥) نفس المرجع السابق ص ٣٦١ واسنى المطالب ج ٢ ص ٤٣٤ .
 - (٦) وحاشية الشهاب الربلى عليه - نفس المكان السابق والمهذب
للشيرازى - ج ١ ص ٤٠٧ .

• وعند الظاهرية :

ينفذ ابن حزم : " ان موت المؤجر او هلاك الشيء المستأجر او بهمه يبطل عقد الاجارة فيما بقى من المدة خاصة قل او كثر وينفذ تصرفه في الشيء المستأجر فاذا مات المؤجر فقد صار ملك الشيء المستأجر لورثته او للغرما وانما استأجر المستأجر منافع ذلك الشيء والمنافع انما تحدث شيئاً بعد شيء فلا يحصل له الانتفاع بمنافع حادثه في ملك من لم يستأجر منه شيئاً قط لان هذا اكل المال بالباطل جهاراً ولا يلزم الورثة في اموالهم عقد ميت قد يبطل ملكه عن ذلك الشيء " (١) .

ويظهر من خلال بيان اراء الفقهاء في الاولوية على العيين الموجرة ان في استيفاء المستأجر دينه على العيين المستأجرة تولين .

اولهما : لجمهور فقهاء الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعية وحاصل رايهم ان حق المستأجر على العيين المستأجرة اقوى من غيره فيقدم في الاستيفاء عن بقية الغرما والورثة الى ان تنتهي مدة الاجارة .

ثانيها : لابن حزم الظاهري وحاصل رايه ان ديون الغرما والورثة اقوى من ديون المستأجر فلا يقوى على مزاحمتها فاذا باع المؤجر العيين او مات بطلت الاجارة ولا يكون لدين المستأجر بعد ذلك تعلق بالعيين المستأجرة .

ادلة الفقهاء على ما ذهبوا اليه :

٣١٨ - استدل ابن حزم لقوله :

بان حق المؤجر في التصرف في ماله قائم سواء كان مستأجراً او غيره لقوله تعالى : " واحل الله البيع " والاية وان كانت واردة في البيع فالهبة والمعتمق

(١) المحلى - ج ٨ ص ١٨٤ مسألة ١٢٩١ .

والاصداق مثله وقد قال الله تعالى " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " وقال
تعالى: " والصدقات والمصدقات " ، وحض على العتق فعمّ تعالى ولم يخص
فكل ذ لكف كل ما يملكه المرء فاذا انتقد تصرفه في ماله فقد خرج عن ملكه واذا
خرج عن ملكه فقد يظل عنده فيه ان لا حكم له في مال غيره ولا يحل للمستاجر
منافع حادثة في ملك غير مؤجرة لانها حرام عليه لانها بغير طيب نفس مال كهبها (١)
وبالموت تنتقل ملكية المال للورثة فيكون حكمه على المال حكم التصرف فيه بسبل
انوى وبالتالي فلا يثبت للمستاجر حق على العين بعد التصرف او الموت .

مناقشة دليل ابن حزم :

اقول : حق المؤجر في التصرف في ماله قائم بشرط ان لا يتضمن ابطال
حق الغير لقول الله تعالى: " يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود " والاجارة عقد
فهو واجبة الوفاء فاذا قبض المؤجرة الاجرة ثم تصرف في المال لغير المستاجر
يكون هو الذي اكل اموال الناس بالباطل وقد اتفق الفقهاء على ان حق المستاجر
يتعلق بالعين المؤجرة ولا ينتقل الى الغير الا بعد ان يستوفى المستاجر حقه
وابن حزم بهذا خالف بغير سند مقبول هذا الاتفاق .

كما خالف النص والاجماع الدالين على انه لا تركة الا بعد سداد الديون
ودين المستاجر قائم على العين فلا تنتقل الى الورثة الا بعد استيفاء دينه .

وهو حين يستوفى دينه من العين لا يكون آكلا مسال غيره بالباطل
لان حقه على العين قائم بالعقد حال الحياة ، وبعد ها ثابت بالنص والاجماع
وهو لا يملك الذات وانما يملك المنافع وهي لا يتنافى حقوق غيره على الميمن
والجمهور لا يمنعون المؤجر من التصرف ولا يخالفون في ان الموت ينقل الملك
ولكنه ينتقل في كلتا الحالتين محملا بحق من له حق على العين كالرهن والا فان
المعمل برأى ابن حزم يؤدي الى اضطراب التعامل والخيانة فيه وهو الذي يؤدي
الى اكل اموال الناس بالباطل وبالتالي فلا تقوم بهذا الدليل حجة ويكسون
هذا الراى قد افتقد سنده وخالف النص والاجماع .

(١) المحلل - ج ٨ ص ١٨٥ .

٣١٩ - ادلة الجمهور على توليهم :

وقد استدلت جمهور الفقهاء على رأيهم بتقديم حق المستاجر على العين في الاستيفاء بالقياس والعقل .

اولا : من القياس :

قالوا ان الاجارة كالرهن من ناحية تعلق الدين بعين معينة فيهما وبالتالي تاخذ حكمه وحق الراهن بتقديم في الاستيفاء فيكون حق المستاجر كذلك ولهم هذا يقول ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار : اذا اعطى الاجرة ثم مات الاجر صارت الدار هنا بالاجرة (١).

ثانيا : من العقيل :

ان دين الاجرة من الديون المعينة لانه يتعلق بعين معينة والديون المعينة اقوى من غيرها لان الدين فيها يتعلق بالعين وبالذمة معا وغيره يتعلق بالذمة وحدها واذا كان الدين المعين اقوى فيجب تقديمه في الاستيفاء (٢).

٣٢٠ - الراى الراجح :

وعلى ضوء عرض راي كل مذهب وادلته نرى ان راي ابن حزم قد خالف النص والاجماع وان العمل به يؤدي الى الخيانة في التعامل واكل اموال الناس بالباطل وهو مع هذا لا يقوم على اساس من كتاب او سنة فلا يعتد به . اما راي الجمهور فان فيه محافظة على حق الدائن المستاجر وحقوق الغرماء او الورثة والحقان لا يتعارضان اذ بعد استيفاء دينه تعود اليها وهذا ما لا يؤدي اليه راي ابن حزم كما ان ادلة الجمهور قد سلمت من المناقشات فضلا عن قوتها ولهذا فاننى ارجح ما ذهبوا اليه .

(١) ابن عابدين - نفس المرجع - ج ٥ ص ٥٠٠ - ٥٠١ .

(٢) الشرح الكبير مع المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٩٩ - ٥٠٠ .

٣٢١ - مرتبة الاولوية المقررة على العيين الموجرة :

رأينا ان دين الاجرة من الديون العينية وقد شبهها الفقهاء بالرهن وألحقوه به وعطفوه عليه وهم يصدون ذكر الديون التي تتعلق بالعيين فتكون مرتبة ومن الاجرة في الاستيفاء هي نفس مرتبة السرهن ولما كانت مرتبة الاولوية المقررة هي الثالثة على نحو ما ترجح لنا فان مرتبة الاولوية المقررة للمستاجر على العيين تكون كذلك .

٣٢٢ - ثانيا : الاولوية المقررة لمنفعة العمل على العيين :

كما تنفرد الاولوية على العيين الموجرة بسبب عقد الاجارة حيث يكون الدين عينيا وياخذ نفس مرتبة الرهن فانها تنفرد ايضا على العيين لاستيفاء اجرة العامل منها فاجرة العامل الناشئة عن عمل اجراءه على العيين تتعلق بها ويعطى للدائن وهو العامل حق حبس العيين لاستيفاء دينه وهو الاجرة من العيين التي اتصل عمله بها .

والاولوية الناشئة على العيين في هذه الحالة سببها عقد الاجارة والمجاورة فقد رأينا انه يصد قورود على منفعة الاشياء كما يصد على منفعة العجل وان كان بعض فقهاء القانون يحارضون في ورود عقد الاجارة على منفعة العمل لاسباب غير مقنعة للاخذ بها كما يخض القانون هذا العقد بمس خاص هو عقد الممثل او عقد المقاولة وعليه قرر الاولوية لاجر العامل وللمقاولين والمهندسين المعماريين كما قرر الاولوية على العيين بسبب عقد الاجارة في حالات سوق نبيتها عند المقارنة بين الفقهيين الاسلامي والوضعي في هذا الخصوص .

ومن يتامل نصوص الفقهاء في المذاهب المختلفة يجد انهم يقررون هذا النوع من الاولوية وذلك كالآتي :

١ - في المذهب الحنفي :

يقول الزيلعي : "ومن لعمله اثر في العيين كالصباغ والقصار يحبسها للأجر اي يحبس العيين للأجر حتى يستوفيه وقال زفر رحمه الله ليس له ان يحبس العيين فيما لعمله اثر ومن لا اثر لعمله كالسحمال والملاح لا يحبس للأجر" (١) .

(١) بتبين الحقائق ج ٥ ص ١١١ .

٢ - في المذهب المالكي :

يقول ابن رشد: إذا افلس المستأجر بعد ان استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرما باجرته التي شارطه عليها في الفلن والموت جميعا على اظهر الانواع الا ان تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها فيكون احق بذكر في الموت والفلن جميعا لانه كالرهن بيده (١) .

٣ - في المذهب الشافعي :

يقول الشيرازي: "فصل اذا استأجر صنعا على عمل من خياطة او صناعة فعمل فهل له ان يجبس العمين على الاجرة فيه وجهان احد هما لا يجوز لانه لم يرهن العمين عنده فلم يجز له احتباسها كما لو استأجره ليحمل له قناعا فعمله ثم اراد ان يجبس المتاع على الاجرة والتاني يجوز لان عمله ملكه فسجاز حبسه له على العوض كالبيع في يد البائع" (٢) .

٤ - في المذهب الحنبلي :

ورد في شرح منتهى الارادات قوله اي الاجير حين ممول كتوب صيغة او قصره او خاطه على اجرته ان افلس ربه اي حكم بفلسه ورجع به لان زيادته للفلس فاجرته عليه وعوض الاجرة وعمله موجود في عين الثوب فملك حبسه مع ظهور عسرة المستأجر كمن اجر ملكه لآخر باجرة حالة ثم ظهرت عسرة تيل التسليم فبان للمؤجر فسخ الاجارة والرجوع في عين ماله (٣) .

٥ - وعند الشيعة الامامية :

ورد في البحر الزخار قوله حين العين لقبض الاجرة ان هي عين تعلق بها حق فاشبهت الرهن ولا وجه للفرق بين المصنوع والمحمول (٤) .

- (١) بداية المسجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٦ والخرشو ج ٥ ص ٢٨٦ وما بعد ها
(٢) المهذب للشيرازي - ج ١ ص ٤١٠ .
(٣) شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٣٧٩ واعلام الموقنين لابن القيم ج ٤ ص ٤٤ وما بعد ها .
(٤) البحر الزخار - ج ٤ - ص ٥٧ .

٦ - وعند الشيعة الزيدية :

ورد في العمدة الوثقى للطباطبائي : ولو كان احد هما باذلا دون الاخر
ولم يمكن جبره كان للأول الحبس الى ان يسلم الآخر وقد علق القروي الثاني سنن
على هذا النص بقوله : " ويثبت للعامل حق حبس العين بعد اتمام العمل
اذا كان الاثر المتولد فيه هو مناط ماليته كالخياطة والغصارة والصبغة وذلك
الى ان يستوفى الاجرة (١) " .

٣٢٣ - اقول ومما سبق يتبين لنا :

ان في جواز حبس العين وبالتالي ثبوت الأولوية عليها لاستيفاء
دين العامل بالاجرة على مالها ثلاثة اقوال :

اولها : الجواز مطلقا سواء كان للعمل اثر في العين ام لا وهو قول المالكية
والحنابلة والشيعة الامامية .

ثانيها : الجواز اذا كان للعمل اثر في العين كالصبغة والخياطة وعدم الجواز
اذا كان ليس له اثر فيها وهو قول الحنفية والشيعة الزيدية ووجهه
عسند الشافعية .

ثالثها : المنع مطلقا وهو قول زفر من الحنفية والوجه الآخر عند الشافعية .

وقد استدل كل فريق لما ذهب اليه :

٣٢٤ - دليل القول الاول :

استدل اصحاب القول الاول لما ذهبوا اليه بالقياس والمعقول .

١ - بالقياس :

قالوا : ان اجرا العامل تعلق بالعين كما يتعلق حق الراهن بالرهن (٢)

او الثمن بالمبيع ولما كان الراهن يجوز له حبس العين لاستيفاء دينه والبائع

(١) راجع العمدة الوثقى للطباطبائي وتعليقه القروي الثاني عليه ج ٢ ص ٢١٨ .

(٢) بداية المجتهد - نفس المكان السابق والبحر الزخار نفس المكان السابق .

(٣) الصمد للشيرازي - نفس المكان السابق .

يجوز له حبس العين لاستيفاء الثمن فكذلك العامل يجوز له حبس العين
التي اتصل عمله بها لان عمله ملكه وقد اتصل بالعين فجاز حبسها به (١) حيث
ان هذه البدون كلها عينية .

٢ - ومن المعقول :

قال ابن القيم : ^٢ العمل يجري مجرى الاعيان ولهذا يقابل بالعموض وسه
يصير العامل كانه شريك لملك العين بعمله فآثر عمله قائم بالعين ولهذا يجوز
له حبسها حتى يأخذ ^(٢) عوضه .

٣٢٥ - دليل القول الثاني :

استدل الفائلون به بان العمل المؤثر في العين وصف في المحل فكأن
للعامل حق حبس العين لاستيفاء البدل كما في البيع وهذا اذا كان لعمله
آثر في العين فاذا لم يكن لعمله اثر في العين لا يجوز له الحبس لاستيفاء الاجر
لان المقصود عليه نفس العمل وهو عرض يغنى ولا يتصور بقاؤه وليس له اثر يقوم
منافه فلا يتصور حبسه (٣) .

مناقشة دليل القول الثاني :

أقول تكون العمل يقضى ليس محلا للنزاع ليس هو متعلق العقد وانما المحل هو
استيفاء الاجرة سواء كان العمل يغنى ام لا اذ الدائن في كلتا الحالتين يستطيع
حبس العين لاستيفاء اجره وقد قرر ابن القيم ان العمل يجري مجرى الاعيان (٤) ،
كما يقرر صاحب البحر الزخار : ^٥ لوجه للفرق بينهما (٥) وبالتالي تكون التفرقة
بين العمل المؤثر في العين وغير المؤثر فيها لا اساس لها .

- (١) نفس المرجع والمكان السابقين وشرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٣٧٩ .
- (٢) ابن القيم اعلام الموقمين ج ٣ ص ٤٤ .
- (٣) تبين الحقائق للزليعي - ج ٥ ص ١١١ .
- (٤) ابن القيم نفس المرجع والمكان السابقين .
- (٥) البحر الزخار - نفس المكان السابق .

استدل القائلون به بان العقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به لان الاتصال بملكه بان نه نصار كالتبويض بيده كما لو امر شخصا بان يزرع له ارضه حنطة من عنده فرضا فزرعها المأمور صار قابضا باتصاله بملكه وصار كما اذا صبح في بيت المستأجر (١) كما انه لم يقبض العين على سبيل الرهن فلا يجوز حبسها (٢) واذا كان العامل لا يجوز له حبس العين وقد اتصل عمله بها فمن باب اولي ان لا يجوز له الحبس اذا لم يتصل عمله بها وبالتالي لا يجوز الحبس مطلقا .

مناقشة دليل القول الثالث :

وقد اعتسرس على ما استدل به اصحاب هذا القول بما قرره الزيلعي من ان اتصال العمل بالمحل ضرورة اقسامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضا في تحقيق العمل كالصبي ونحوه من الاثر في المحل اذ لا وجود للمحل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت مع الاضطرار كما حسب الملو اذ ابنى السفلى لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطرا اليه وليس هذا كصبيه في بيت المستأجر لان العين فيه في يد المستأجر لتقيام يده على المنزل ويمكن للعامل ان يتحرز عنه بان يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس نظيره اذا سلم المبيوع برضا ليس له ان يسترده ونظير الاول اذا قبضه المشتري بغير رضاء كان للبايع ان يسترده (٣)

اقول وهو وان كان لم يقبض العين على سبيل الرهن فان تعلق الدين بها يجعلها مثله حيث ان كلا منهما من الديون العينية كما ان الفقهاء قد تروا ان للبايع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن وهو غير رهن مثلا وعليه فانه اذا جاز للعامل حبس العين اذا اتصل عمله بها فيجوز اذا لم يتصل عمله بها حيث ان هذه التفرقة لا تمنع تعلق الاجر بالعين فكما شرع الرهن توثقا للحق شرع حبس المصنوع محافظة على حق الصانع فلا فرق .

- (١) تبين الحقائق للزيلعي نفس المكان السابق .
- (٢) المهذب للشرازي - نفس المكان السابق .
- (٣) الزيلعي تبين الحقائق نفس المكان السابق .

٣٢٧ - الراى الراجح ومرتبة الاولوية :

وعلى ضوء عرض اراء الفقهاء وادلتهم نجد ان ادلة القول الاول وهو الذى يقرر ان للعامل حق حبس العين لاستيفاء اجرة مطلقا قد سلمت من المناشآت التى وردت على القولين الثانى والثالث وفضلا عن قوتها فان العمل بهذا الراى يحفظ حقوق العمال ويتفق مع مقصد الشريعة فى الاهتمام باجر العامل وتسميته "العقد فى الفقه الاسلامى بالاجارة اظهارا لذلك وجود المصنوع تحتيد و يكسب حقه قوة ولهذا فاننى ارجح هذا القول .

ولما كانت الاجرة تتعلق بالعين فانها تشبه الرهن فى الاولوية وياخذ مرتبته وعلى نحو ما ترجح لنا فان مرتبة الاولوية فى الرهن هى الثالثة وبالتالي تكون الاولوية المقررة على العين لاستيفاء الاجرة كذلك .

٣٢٨ - وفى القانون :

يفرق القانون بين نوعى العقد على منفعة الاعيان والاشخاص ويخص الأول باسم عقد الاجارة بينما يخص الثانى باسم عقد العمل او المقاوله ومن خلال تنص تطبيقات الاولوية الناشئة عن عقد الاجارة وعقد العمل وعقد المقاوله نجد ان العقد الاول لم يحظ بتطبيقات خاصة بيمينما وردت بعض النصوص فى التقنينين المدنى المصرى تدل على تفريسا اولوية الاستيفاء لاجور العمال . كما ورد النص على تقرير الاولوية للمقاولين والمهندسين المعماريين ويمكن بيان تلك التطبيقات فى اجارة الاعيان وعقدى العمل والمقاوله .

٣٢٩ - اولا: اولوية الاستيفاء المقررة فى اجارة الاعيان :

لبيحظ عقد الاجارة بتطبيقات خاصة تدل على تقرير اولوية الاستيفاء للمستاجر على العين المستأجرة بسبب عقد الاجارة يمكنه من استيفاء حقه على العين بسبب دينه العينى المتعلق بها (١) وقد رأينا ان المشرع قد قرر الاولوية للمؤجرى المادة ١١٤٣ من التقنين المدنى المصرى لاستيفاء اجرة البانى

(١) يعتبر حق المستاجر فى القانون الانجليزى حقا عينيا وليس حقا شخصيا فاذا تصرف مالك الارض الموجر لشخص ثالث فان العين تنتقل محملة بحق المستاجر ولا يستطيع المتصرف اليه ان يفسخ عقد الاجارة، راجع :
H.K. Black & D.J. Brown, An outline of English law,

٣٣٠ - ثانيا : الأولوية الناشئة عن عندي العمل والمقاولة :

رأينا أن المادة ١١٤١ من الترتيبين المدنى المصرى تقرر الأولوية فى
الفقرة " أ " للمبالغ المستحقة للخدم والكتبه والعمال وكل أجير آخر من
أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة ، الا أن هذه
الأولوية وان كان منشؤها الممثل الا أن اساس تقيدها هى الاعترافات
الانسانية التى نص عليها الفقهاء (١) . ويعتبر من تطبيقات الأولوية الناشئة
عن عمل ، الأولوية المفترضة لأتخاب المحامى ، وفقا لما تنص عليه المادة ٥٠
من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ ، وهذه الأولوية لا تس الحفوق
العينية المسجلة على العين موضوع النزاع قبل رفع الدعوى ، وهذا النوع
من الأولوية يلى المصروفات القضائية وامتياز الخزانه العامة ، وبالتالى
تكون مرتبه الثالثة (٢) .

وند أورد قانون التجارة البحرى بعض الديون المتمازاة فى المادة ٥/٥ /
١٩١ ومنها أجره الخفير ومصاريف التحفظ على السفينة من ابتداء دخولها
فى الميناء الى بيعها ، ومصاريف اصلاح السفينة واصلاح أدواتها ومهماتا من
وفت سفرها الأخير ودخولها فى الميناء ومنها ماهية وأجرة القيودان وغسيره
من الملاحين المستخدممين فى السفر الأخير (٣) .

(١) Jugla rt, OP. Cit., n. 669. Planiol, Ripert et .
Becque. OP, Cit., T.12 ; n. 219. Beudant et Voirin,

OP, Cit., n. 560.
(٢) د / محمد كامل مرسى - نفس المرجع السابق - فقرة ٥٣٩ ، وراجع :
القضايا المشار اليها . Planiol, Ripert et Becqué, OP, Cit., P.255.

تضية تجاريه فى امارس ١٩٣٧-١.830-1937. Gaz-Pol. وحكم محكمة باريس فى ٢٢ يوليو
سنة ١٩٣٨ ، رقم :
(٣) د / كامل مرسى - المرجع السابق - فقرة ٥٣٩ .
Gaz-Pol. 1938. 2. 629.

وقد جاء في نص المادة ١١٤٨ من التقنين المدني المصري ما يفيد تفسير الأولوية لمبالغ المقاولين والمهندسين المعماريين (١) ، ونص تلك المادة يعتبر تطبيقاً للأولوية الناشئة عن عقد المقاولة ، وهو مقصور على المقاولين والمهندسين المعماريين فلا يتفيد منه مستأجر العقار أو حائزوه أو الفضولي إذا قام أى منهم بالبناء أو الترميم أو الصيانة ، كما لا يستفيد منه العامل الأجير إذا لم يكن مهندساً أو مقاولاً وعهد صاحب العمل للمقاول أو المهندس المعماري بالعمل والا فلا تثبت لهما الأولوية إن قاما بالعمل من تلقاء نفسهما (٢) .

والأولوية مقصورة على المبالغ المستحقة للبناء أو إعادته أو الترميم أو الصيانة ، ويريد ذلك على الابنية والطرق والآبار والقناطر ، وغير ذلك من أعمال التشييد ولا ترد على اصلاح الأراضي والمراوى وتجفيف البرك (٣) ، ولا ترد الأولوية على المال كله كما في ترميم المنقول بل على ما زاد في قيمة العقار بسبب الأعمال ويقى قائماً الى وقت البيع (٤) .

وتقدير الزيادة يستعان فيه بالخبراء ورأى القاضى .

٣٣١ - مرتبة الأولوية :

وتحدد مرتبة أولوية الاستيفاء المقررة للمقاولين والمهندسين المعماريين من وقت اجراء الترخيص فاذا تزاوجت الأولوية على العقار مع أى حق عيني آخر عليه قدم الأسبق منهما فى التاريخ .

وان نشأت الأولوية بسبب أعمال أجريت فى عقار مرهون فان المادة ١٠٣٦ من التقنين المصرى تنفى بأن امتداد الرهن الى ما يلحق العقار المرهون من تحسينات وإنشاءات تعود بمنفعة على المالك تنقيد بعدم الاخلال بائتمياز المبالغ المستحقة للمهندسين والمقاولين .

(١) مجموعة النحال التحضيرية - ج٧ - ٣٢٨ - ٣٢٩ .

Mazeaud, OP Cit., n. 458 .

(٢) السنهوري - نفس المرجع السابق - ص ١٠٠٣ .

(٣) دكتور محمد على أمام - نفس المرجع - فقرة ٤٨١ .

(٤) دكتور محمد كامل مرسى - فقرة ٤٩٩ . والدكتور سليمان مرقس - نفس المرجع

فقرة ٣٩٥ - ص ٦٣٥ .

وعلى ذلك تكون الأولوية للامتياز ولو أن الرهن أسبق في تاريخ القيد (١) .

٣٢٢ - مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بأولوية الاستيفاء الناشئة عن عقد الاجارة نجد أن هناك جوانب اختلاف بين كلا الفقهيين ، وتتمثل هذه الجوانب في اختلاف المنهج ، وأساس الأولوية ، ومرتبتيها :

١ - بالنسبة لمنهج الدراسة :

في الشريعة الاسلامية يحالج موضوع الأولوية الناشئة عن عقد الاجارة نسي باب واحد في الفقه الاسلامي سوا منها ما يتعلق بمنفعة الأعيان أم بمنفعة العمل ، وقد انتقد بعض فقهاء القانون هذا المنهج على غير أساس ، أما القانون الوضعي ، فقد قرر مبدأ الفصل بين اجارة الأشياء وعقد الاجارة الوارد على منفعة العمل ، وخص الأخير باسم عقد العمل أو عقد المناولة .

٢ - بالنسبة لأساس الأولوية :

تعكس نصوص الفقه الاسلامي معيارا منضبطا للأولوية المقررة على العيين الموجرة بسبب الاجارة أو منفعة العمل ، حيث أعتبرت الديون المقررة عليها في كلتا الحالتين من الديون العينية وبالتالي أعطاها حكم الرهن ومرتبته في الأولوية .

أما القانون فقد اختلفت المعايير فيه وتعددت ، فهو تارة يقرر أن أساس الأولوية هو الاعتبار الانساني كما في امتياز أجور العمال وغيرهم ، وتارة أخرى يقرر أن أساس الأولوية في الاجارة يقوم على فكرة الرهن الضمني ، وتارة ثالثة يذهب الى أن أساس الأولوية يتمثل نسي أن الدائن قد أتسرى ذمة مدينه كما هو الحال في الأولوية المقررة للمقاولين والمهندسين المعماريين ، وبالتالي اختلفت معايير تحديد الأساس السدي تقوم عليه الأولوية ، مما أثر بالتالي على تحديد مرتبتها .

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - نفس المرجع فقرة ٦٤٢ ، ود / محمد علي امام نفس المرجع فقرة ٤٨٣ ، والدكتور / سليمان مرقس - فقرة ٣٩٦ ص ٦٣٨ ، ود / شمس الدين الوكيل نفس المرجع - ص ٦٥٢ . Mazeaud, Op. Cit., n. 458.C.

٢ - بالنسبة لمرتبة الأولوية :

وقد ترتب على ضبط معيار الأولوية في الشريعة الإسلامية ضبط مرتبة الأولوية في استيفاء الديون المقررة على العين للاجارة ، ولما كانت هذه الديون تتعلق بعين معينة فأنها تحسبها الرهن وتأخذ نفس مرتبته ، وقد رأينا أنها الثالثة فتكون الأولوية المقررة ههنا مثلها .

أما مرتبة الأولوية في القانون الوضعي فأنها تختلف باختلاف الأساس الذي تقوم عليه الأولوية فهي تارة تكون السادسة كما في مرتبة الأولوية المقررة للمؤجر وصاحب الفندق ، وتارة تكون هي الثالثة كما في الأولوية المقررة لأتصاب المحاي ، وتارة تكون الخامسة كما في الأولوية المقررة للمبالغ التي أنفقت على أعمال الزراعة والحصاد^(١) ، وتارة تتحدد بالقيود كما في الأولوية المقررة للمقاولين والمهندسين المعماريين^(٢) ، ولا شك أن هذا الاختلاف يؤدي الى الاضطراب خاصة بالنسبة لهذه الأنواع من الديون التي يمكن ردها الى أصل واحد ، وعلى هذا النحو تظهر جوانب الأفتراق بين الفقهاء الإسلامى والوضعى .

(١) Planiol, Ripert et Becque, OP. Cit., n. 225. Colin. (١) et Copitant, OP. Cit., n. 1582. Aubry et Rue. T.3, n. 289. P. 654. وراجع : المسورى - المرجع السابق - ص ١٧٠ .

(٢) Marty et Roynaud, OP. Cit., n. 303. B.

وانظر حكم محكمة النقض في مصر بتاريخ ١٩/٦/١٩٦٩ (س ٢٠ ع ٢ ق ٥٨ ص ١٠٠٦)

الفصل الثانى

الأولوية المقررة للديون المطلقة

٣٣٣ - الديون المطلقة هي التي لا تتعلق بعين معينة ولهذا تقابل الديون العينية في الفقه الاسلامى وتأتى مرتبتها في الاستيفاء بعدها^(١) ، ولما كان القانون الرضى ينقسم الحقوق الى حقوق شخصية ، وحقوق عينية وهذه الأخيرة يتعلق الحق فيها بعين معينة بذاتها ، فان الديون المطلقة في الفقه الاسلامى توازن بعض انواع الديون الشخصية في القانون ، الأمر الذى يتسنى معه عقد المقارنة بينهما .

والديون المطلقة على هذا النحو تتعلق بالذمة في الشريعة والقانون ، مع اختلاف اصطلاحها فيهما ، وثبوتها في الذمة قد ينقسم على أساس التزام المدين بها وثبوت هذا الالتزام بالبينت أو بالاقرار ، كما في ديون الصحة وديون المرض ، وقد ينقسم على أساس التبرع كما في الوصية ، ولما كان الدين مقدما على الوصية فاننسا سوف تنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص أولهما لبيان أولوية الاستيفاء المقررة لديون الصحة وديون المرضى في الشريعة والقانون ، وثانيهما : لبيان أولوية الاستيفاء المقررة للوصية في كل منهما .

المبحث الأول

الأولوية المقررة لديون الصحة والمرضى

أنتفت كلمة الفقهاء على أن مرتبة أولوية الاستيفاء المقررة للديون المطلقة تأتى بعد الديون العينية وتتقدم على الوصية ولكنهم اختلفوا حول مرتبة الديون المطلقة ، هل هي سواء بالنسبة لدين الصحة ودين المرض ، وبالتالي يتساويان في مرتبة الأولوية ؟ أم ان دين الصحة يعتبر اثنى من دين المرض وبالتالي يقدم عليه في الاستيفاء ؟ وقيل بيان هذا التساؤل نوضح حقيقة دين الصحة ودين المرض .

(١) الميراث المقارن - للكشكى - ص ٩٢ .

٣٣٤ - حفيظة دين الصحة ودين المرض:

والمراد بدين الصحة: هو الدين الثابت بالبيننة مطلقا حتى ولو كان الدين مريضا أو ثبت بالاترار في حال الصحة^(١) وتلحق به ما أقر به الدين نسي حالة المرض وعلم بالمعينة كمالو . وجب بدلا عن مال ملكه أو استهلكه كشمس دواء وغيره . ولما كان هذا الاقرار قد علم وجوبه بغير طريق الاقرار فإنه يأخذ حكم ديون الصحة ويساويها في المرتبة^(٢) .

أما دين المرض: فهو الدين الثابت بالاترار في حالة المرض أو فيما هو نسي حكم المرض كمن خرج للقتل تصاصا أو ليرجم أو يخرج للمبارزة أو نزل في ميدان القتال مثلا^(٣) .

وعلى هذا فمعيار التفرقة بين ما يمسد من ديون الصحة أو ديون المرض هو الاقرار بالدين في حالة المرض ، اذا لم يعلم الدين بالمعينة .

والتفرقة بين ديون الصحة ودين المرض على هذا النحو معروفة في المذهب الحنفي ، ولما كان الدين الثابت بالبيننة أو بالاترار في حالة الصحة أو الاقرار نسي حالة المرض يدين علم بالمعينة لا يثير خلافا بين الفقهاء^(٤) ، فإنهم اختلفوا في دين المرض ، وهو الدين الثابت بالاترار في حالة المرض ، ويظهر هذا الخلاف من خلال ذكر أقوال الفقهاء كالاتي :

١ - في المذهب الحنفي :

ورد في حاشية ابن عابدين : " ويقدم دين الصحة وهو ما كان ثابتا بالبيننة مطلقا أو بالاترار في حالة الصحة على دين المرض وهو ما كان ثابتا باتسار رة في مرضه أو فيما هو في حكم المرض ان جهل سببه "^(٥) .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ - ص ٥٠١ وحاشية الطحاوي على الدر المختار - ج ٤ - ص ٣٦٧ ، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٥ - ص ٢٢ وما بعد ها - وحاشية الشلبي عليه - نفس المكان السابق .

(٢) المراجع السابقة . (٣) المراجع السابقة (٤) المحلى لابن حزم ج ٥ ص ٢٥٥ .

(٥) حاشية ابن عابدين - نفس المكان السابق .

٢- في المذهب الشافعي :

ورد في معنى المحتاج : " ويصح اقرار المريض مرض الموت لأجنبي بمال عينا كان أو دينا كأقرار الصحيح ويكون من رأس المال بالاجماع كما قاله الغزالي وكذا يتقبل اقراره به لو اقرت كالأجنبي" (١) ويقول : " ولو أقر في صحته بدين لانسان وفي مرضه بدين لآخر لم يفسد الأول في الأصح" (٢) .

٣- في المذهب المالكي :

ورد في جواهر الأكليل : " ويؤخذ المريض باقراره بمال ولو زاد على ثلث ماله ان ورثه أى المريض ولد ذكرا وأنثى أو ولد ابن اذا أقر لغير أبعد من الولد سواء استحق الولد جميع ماله كإبن أو بعضه كبنات أو أقر المريض لصديق ملاطف أى معامل له معاملة جميلة فيؤخذ باقراره له أن ورثه ولده ومفهوم أبعد وملاطف أنه إن أقر لأجنبي غير ملاطف فيؤخذ باقراره وان لم يرثه ولو لعدم اتهامه فيه وكذا لو أقر المريض لمن لم يرثه أو لشخص مجهول حاله" (٣) .

وورد في فتح العلى المالكي : " ما نولكم في رجل مريض له أولاد وزوجتان فأقر لاحدهما التي يتهم بحيتها بدين في ذمته ومات سريعا فهل الاقرار باطل ولو كتب بذلك • فأجاب الشيخ الصاوي رحمة الله تعالى بقوله : " الحمد لله ، حيث أقر للمرأة التي يتهم على حبها بمال في ذمته من غير بينة

-
- (١) معنى المحتاج - ج ٢ - ص ٢٤٠ - وأسئى المطالب - ج ٢ - ص ٢٩٠ -
وحاشية الشهاب الرملي عليه - نفس المكان .
(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .
(٣) جواهر الأكليل - ج ٢ - ص ١٢٢ . وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ ص ٣٩٩ .

ويشهد لها بدون الاقرار ومات من مرضه الذي أقر فيه فلا يقبل اقراره، ويكون المال الذي أقر به تركته يتسم بين الورثة والله أعلم^(١).

وجاء في نفس المرجع : " ما قولكم في رجل مريض مرضا شديدا له زوجة مشهورة بحبته لها شهرة زائدة وله ابن وبنات من غيرها أقر لها بجارية ودراهم معلومة ولا ولد لها منه ومات بعد اقراره بيوم فهل لا يصح اقراره لها ؟ فأجاب بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ، نعم لا يصح اقراره لها بهما في هذه الحالة لاتهامه فيه بالكذب لمحبته لها ، قال الخرقي : وان كان يحبها ويميل اليها فانه لا يقبل اقراره لها لأنه يتهم في ذلك والله أعلم^(٢) .

في المذهب الحنبلي :

يقول ابن قدامة : " والاقرار بدين في مرض الموت كالاقرار في الصحة اذ كان لغير وارث هذا ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم^(٣) ، فان أقر لأجنبي بدين نسي مرض موته وعليه دين مثبت بيينة أو اقرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء وان ضاف عن فضائهما فظاهر كلام الخرقي أنهما سواء وهو اختيار التيمسي وذكر أبو عبيد أنه نول أكثر أهل المدينة لأنهما حقان يجب فضاؤهما من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيينة^(٤) .

(١) فتح المولى المالک فی الفتوى علی مذهب الامام مالک - ج ٢ - ص ٣٣ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٣٣٢ .

(٣) المغنی لابن قدامة - ج ٥ - ص ٣٤٢ .

(٤) نفس المرجع السابق - ص ٣٤٣ .

٥ - وعند الظاهرية :

ورد في المحلى : " واقرار المريض في مرض يموت به وفي مرض أفاق منه لوارث ولنفسير وارث نافذ من رأس المال كاتقرار الصحيح ولا يفرق (١) "

٦ - وعند الشيعة :

ورد في البحر الزخار : " ويصح الاقرار في المرض المخوفه مطلقا اذ هو إخبار لا انشاء " (٢)

٢٣٥ - أنسول : ويظهر من خلال ذكر أقوال الفقهاء أن في مرتبة أولوية الاستيفاء المفرقة لديون المرض ، وهي الثابتة بالاتقرار في حالة المرض ثلاثة أنوال : أولهما : للحنفية وحاصل قولهم أن دين الصحة اذا اجتمع مع دين المرض يقدم الأول وعلى هذا فمرتبة أولوية استيفاء الدين الثابت بالاتقرار في حالة المرض تأتي بعد ديون الصحة .

ثانيهما : للمالكية والحنابلة وحاصل قولهم : أن الدين الثابت باقرار المريض كالاتقرار في الصحة اذا لم يتهم المريض في اقراره وعلى هذا تكون ديون المرض في نفس مرتبة أولوية الاستيفاء المفرقة لديون الصحة ، وان كانت عباراتهم قد اختلفت فيما ينتفى به الاتهام فقال المالكية : اذا أقر لأجنبي غير ملاطف أو لقریب أبعد ، فان أقر لقریب أقرب أو أجنبي ملاطف ، فانه يتهم ولا يقبل اقراره (٣) وقال الحنابلة : اذا أقر لغير وارث ينتفى الاتهام ، والا فانه اذا أقر لوارث فلا يقبل لاتهامه (٤) .

ثالثهما : للشافعية والظاهرية والشيعة وحاصل قولهم أن الدين الثابت باقرار المريض كالدين الثابت بالاتقرار في حال الصحة مطلقا ، وبالتالي تكون التفرقة بين ديون الصحة وديون المرض غير معروفة عند هم ، فالدينان في مرتبة الاستيفاء سواء .

(١) المحلى - ج ٨ - ص ٢٥٤ - مسألة : ١٣٨٠ .

(٢) البحر الزخار - ج ٥ - ص ٣ .

(٣) راجع : جواهر الاكلیل - نفس المكان السابق ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير نفس المكان السابق . (٤) المغنى لابن قدامة - نفس المكان السابق .

وتد استدل كل فريق لقوله :

٣٣٦ — دليل القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بالقياس والمعقول :

١ — من القياس :

قالوا : ان الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير ، قياسا على عدم اعتبار تصرف الراهن في الرهن لما فيه من ابطال حق الغير وهم غرما الصحة وذلك لتعلق ديونهم بماله في كل (١) ، وفي اقرار المريض ابطال حق الغير ، اذ حق أصحاب الديون قد تعلق بماله على سبيل الاستيفاء ، ولهذا منع من التبرع والمحابة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث (٢) واذا لم يعتبر الاقرار بطل الدين الثابت به ، واذا بطل قدم غيره عليه .

٢ — من المعقول :

قالوا : ان حالة الصحة مع حالة المرض مختلفتان صفة من الاطلاق والحجر فيقدم دين الاطلاق على ما أقرب في حالة الحجر كالعبد المأذون له اذا حجر عليه ثم أنربما في يده يقبل اقراره به ويقدم فيه دينه في حالة الاذن فكذا هذا . (٣)

كما أن الدين الثابت بالاقرار وحده في حال المرض من غير أي قرينة تؤيد الاقرار يكون مظنة المحابة والمحابة في مرض الموت في حكم الوصايا والوصايا مؤخره عن الديون (٤) ، وعلى هذا يكون الدين الثابت في حال الصحة مقدم على الدين الثابت بالاقرار في حال المرض .

(١) حاشية الفلبي على تبين الحقائق — ج ٥ — ص ٢٤ .

(٢) تبين الحقائق للزلي — ج ٥ — ص ٢٤ ، والهداية — ج ٣ — ص ١٨٩ .

(٣) الزلي — نفس المرجع السابق — ص ٢٥ .

(٤) نفس المرجع والمكان السابقين .

٣٣٧ - دليل القول الثاني :

أستلک أصحاب القول الثاني بالاجماع والمعقول :

١ - من الاجماع :

قال ابن المنذر: " اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز (١) " ، وفي هذا دليل على أن الديون الثابتة نسي جالتي الصحة والمرض سيان في الاستيفاء ، ولأن علقمق الاقرار في حق الوارث ، أو المقر له هو التهمة ، فاختر المنع بوضعها . (٢)

مناقشة دليل القول الثاني من الاجماع :

أقول : هذا الاجماع منقوض بما ذهب اليه الحنفية ، فتولهم يخالف هذا الاجماع وبما رواه ابن قدامة قال : " حكى أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل ، لأنه إقرار في مرض الموت أشبه الإقرار لوارث ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي ، كما هو ممنوع من عطية الوارث ، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته ، بخلاف الثلث فما دونه " (٣) ، وهكذا فتعدد الأنوال المخالفة لهذا الاجماع تدل على أنه منقوض فلا تقوم به حجة ، وعلى فرض صحة الاجماع فهو لا يدل على المدعى ، إذ ليس فيه ما يدل على التساوى .

٢ - ومن المعقول :

ان اقرار المريض لغير الوارث اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة ، ذلك أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحرى الصدق ، فكان أولى بالقبول ، وفارق الاقرار للوارث لأنه متهم فيه (٤) ، ولأنه محجوز عليه لحقه فلم يصح اقراره له كالصبي في حق جميع الناس (٥) .

(١) المغنى - لابن قدامة - ج ٥ - ص ٣٤٢ .

(٢) نفس المرجع السابق - ص ٣٤٤ .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج ٥ - ص ٣٤٢ .

(٤) نفس المرجع السابق - ص ٣٤٤ . (٥) مغنى المحتاج - ج ٢ - ص ٢٤٠ .

٣٣٨ - دليل القول الثالث :

استدل القائلون به بالاجماع والأثر والمعقول :

١ - من الاجماع:

يقول صاحب معنى المحتاج : " اقرار المريض بمرض الموت لأجنى بمال عينا كان أو ديناً كاتقار الصحيح ويكون من رأس المال بالاجماع كما حكاه الغزالي ، وكذا يقبل اقراره به لو ارت كالأجنى ."

مناقشة دليل القول الثالث من الاجماع:

أقول : الاجماع الذى حكاه الامام الغزالي يرد عليه ما ورد على دليل القول الثانى من الاجماع لأنه منقوض برأى الحنفية والروايات الأخرى عن الحنابلة بل وبما ناله صاحب معنى المحتاج نفسه : " وفى قول لا يصح اقراره لأنه متهم بحرمان بعض الورثة " (١).

٢ - ومن الأثر:

يقول ابن حزم : " روينا من طريق عبد الرازق عن بعض أصحابنا عن الليث بن سعد عن نافع مولى ابن عمر عن ابن عمر قال : " اذا أقر المريض فى مرضه بدين لرجل فإنه جائز ، نعم ابن عمر ولم يخبر . ومن طريق ابن أبى شيبة عن ليث عن طاوس قال : " اذا أقر لوارث بدين جاز - يعنى فى المرض - ومن طريق ابن أبى شيبة عن زيد بن الحباب عن حماد بن سلمة عن نيس بن سعد عن عطاء فيمن أقر لوارث بدين قال : جائز (٢) ."

ومن طريق ابن أبى شيبة عن عمر بن أيوب الموصلى عن جعفر - هو ابن بركان - عن ميمون - هو ابن مهران - اذا أقر بدين فى مرضه فأرى أنه يجوز عليه لأنه لو أقر به - وهو صحيح - جاز وأصدق ما يكون عند موته (٣) .

(١) معنى المحتاج - نفس المكان السابق .

(٢) المحلى - ج ٨ ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

(٣) نفس المرجع السابق - ص ٢٥٥ .

مناقشة دليل القول الثالث من الأثر :

أقول : هذه الآثار لا تعدو أن تكون آراء لأصحابها ، وفيها مجهولون ، يقول ابن حزم : " سئل الحسن عن ابن علي فقال : " أحملها إياه ولا تحملها عنه " (١) وهي ان صحت فانها تنفي مع رأى الحنفية في الجملة لأنهم لا يبطلون اقرار المريض ، ولكنهم يحتدون به وينسبون له أولوية في الاستيفاء ، ولكن بشرط عدم المساس بحقوق الغير التي تعلقت بحال المريض ، فانها تتقدم فسي الاستيفاء عن الدين الثابت بهذا الاقرار ، فالاعتداد باقرار المريض حاصلة أن يلى الدين الثابت به الدين الثابت في حال الصحة ، وهذا رأي وسطه

٢- ومن المعنى قول :

قالوا : " اذا أقر المريض في مرض موته بدين أيا كان المتر له فالأولى أن يقبل ان الظاهر يشهد أنه محق ، لأنه انتهى الى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر ، فأولى أن يقبل اقراره (٢) .

٣٢٩- الرأي الراجح ومبررات الترجيح :

وعلى ضوء عرض قول كل مذهب وأدلتسه ، نرى أن ما ذهب اليه الحنفية هو الراجح للاعتبارات الآتية :

أولاً : أن ما استدل به الحنفية من القياس والمعتول قد سلم من المناقشة ، الأمر الذي لم يعلم منه ما استدل به غيرهم من الاجماع ومن الأثر وعلى هذا يكون رأيهم أقوى .

ثانياً : أن العمل برأى الحنفية يؤدي الى المحافظة على أمرين :

(١) نفس المرجع السابق - ص ٢٥٤ .

(٢) معنى المحتساج - ج ٢ ص ٢٤٠ .

أولهما : المحافظة على ديون الغرما التي تملكت بالتركة ، وذلك بتفريز أولوية الاستيفاء لها ، بالتقدم على الدين الثابت بالانقراض في حالة المرض ، وذلك لقوة أسباب تلك الديون ، فالأولوية هنا تقوم على الاعتبار الأتسوى .

ثانيهما : الاعتداد بانقراض المريض واحترامه وتفسير أولوية استيفاء له تأتي بعد ديون الصحة وتتقدم على الوصايا ، فهم لا يهدرون انقراضه مطلقا ، ولكنهم يعتدون به في حدود عدم المساس بالأولوية المقررة لديون الصحة ، وهذا اعتبار أولى بالرعاية ، وهم بهذا يتفقون مع مخالفتهم في أن حالة المرض جديرة أن تجعل انقراض المريض منبولا ، ولكن قبول انقراضه ينبغى أن لا يضر بالحقوق الثابتة يئينا في ماله بسبب أتسوى .

ولا شك أن العمل برأى مخالفيهم ، لا يتضمن المحافظة على هذين الأمرين معا ، بل تقسيم على ترجيح احدهما دون الآخر ، وإذا أخذنا في الاعتبار أن انقراض المريض فيه مظنة المحاباة ، والمحاباة في المرض تأخذ حكم الوصايا ، وهي مؤخرة على الديون في الاستيفاء ، ولهذا فأئسنى أرجح ما ذهب اليه الحنفية .

٣٤٠ - مرتبة الأولوية المقررة للديون المطلقة :

يتفق رأى الفقهاء على أن مرتبة أولوية الاستيفاء المقررة لديون الصحة تأتي بعد الديون العينية والديون العينية مرتبتها الثالثة فتكون مرتبة ديون الصحة هي الرابعة ، وعند الجمهور تأخذ ديون المرض مرتبة ديون الصحة وهي الرابعة ، وبناء على ما ذهب اليه الحنفية تكون مرتبة ديون المرض هي الخامسة ، وقد رجحنا هذا الرأى .

٣٤١ - اتجاه القانون فيما يتعلق بديون المرض :

يبدو من خلال استقراء نصوص التفتيين المدني الصرى المتعلقة بمسوا رض الأهلية ، أن مرض الموت لا يعتبر عارضا يؤثر في انقراض المريض على النحو الذى يقرره فقهاء الشريعة الإسلامية .

وقد عالج التفتيش المصرى عوارض الأهلية فى المواد من ١١٣ - السى ١١٧ ونص المادة ١١٣ على أن المجنون والمعتوه وذو الفقله والسفيه تحجر عليهم - المحكمة وترفع الحجر عنهم ، وفقا للاجراءات المقررة فى القانون .

ونص فى المادة ١/١١٤ على أنه : " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل فرار الحجر ٢ - أما اذا صدر التصرف قبل تسجيل فرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وتست التعماد أو كان الطرف الآخر على بينة منها ."

وفى المادة ١/١١٥ - نص على أنه : " اذا صدر تصرف من ذى الفقله أو من السفيه بعد تسجيل فرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام ٠ ٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل فرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، الا اذا كان نتيجة استغلال وتواطؤ ."

وفى المادة ١/١١٦ - نص على أنه : " يكون تصرف المحجوز عليه لسفه أو فقله بالوصف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك ٠ ٢ - وتكون أعمال الادارة الصادرة من المحجوز عليه لسفه ، الأذون له بتسلم أمواله . صحيحه فى الحدود التى رسمها القانون ."

وفى المادة ١/١١٧ - نص على أنه : " اذا كان الشخص أصم أكم أو أعمى أكم وتمذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تنضى مصلحته فيها ذلك ٠ ٢ - ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت للمساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعده قضائيا بغير معاونة المساعدا ، اذا صدر التصرف بعد تسجيل فرار المساعدا ."

ويظهر من خلال هذه النصوص ان الثانون يعتبر الجنون والمعتوه والسفه وذو الفقله ، والمعاهات الجسمانية مؤثرة فى الأهلية على النحر الذى تقرره السواد ، وهذه المواض تؤثر فى الأهلية على النحو الذى يقره الفقه الاسلامى .

وقد زادت الشريعة الاسلامية على تلك المواضع أموراً منها المرض •
يقول صدر الشريعة والمرض لا ينافي الأهلية لكنه لما كان سبب الموت
وهو علة للخلافة كان سبب تعلق الوارث والغريم فيوجب الحجر اذا
اتصل بالموت ، ولا يثبت أنه مرض موت الا اذا اتصل بالموت (١) •

وما تجدر الإشارة إليه أن القانون الفرنسي يقرر امتيازاً
لمصرفات المرض الأخير *Prais de la dernière* ويضمن هذا الامتياز
المصرفات أيضاً كان نوعها المستحقة للأشخاص الذين كان لمهنتهم دخل
في مقايضة المرض ، أي المبالغ المستحقة عن معالجة المرض كأجور
الأطباء والجراحين والقابلات والمرضيين ، وثمن الأدوية المقدمة من
الصيدالفة ، والمبالغ المستحقة لديرى المستشفيات والعيادات ، وهذا
مقصود على المرض الأخير ، والرأى الذى كان مستقراً فى فرنسا بناءً على
على ما كان تجرى العمل به ، كان يقضى بقصر هذه العيارة على المرض
الذى أعقبته الوفاة (٢) ولكن المشرع أضاف بقانون ٣٠ نوفمبر سنة
١٨٩٢ على المادة ٢١٠٢ التى تنظم هذا الامتياز عبارة " كيفما كانت
نهاية المرض " وعلى هذا النحو يسرى الامتياز سواء توفى المريض من
المرض أم لا (٣) •

وهذا النوع من الامتياز ليس له مقابل فى التقنين المدنى
المصرى ، ويأخذ مرتبة الامتيازات العامة (٤) •

(١) التوضيح - لصدر الشريعة - ج ٢ - ص ١٧٧ •

(٢) Bandry la cantinerie et cl loynes. T.1. n. 691. (٢)

وراجع بقى فرنسى فى ١٣ أغسطس سنة ١٨٩٧ وتسمى 1898.1.394. - دالوز •

(٣) Juglart, OP. Cit, n. 671, B. (٣)

وراجع د / كامل مرسى - المرجع السابق - فقرة ٤٢٧ •

٣٤٢ - تعارفة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون ، فيما يتعلق بأولوية الاستيفاء المفردة للديون المطلقة نجد أن فقهاء الشريعة الاسلامية متفقون على أن الديون المطلقة تأتي مرتبتها في الاستيفاء بعد الديون المعينة ، وأنها تتقدم على الوصية ، ولكنهم اختلفوا في تساوي ديون المرض مع ديون الصحة في مرتبة واحدة تلى الديون المعينة ، وهي الرابطة ، أم أن ديون الصحة تتقدم على ديون المرض ، فتقدم الأولى عنها في المرتبة ، قال بهذا فقهاء الحنفية وقد رجحنا رأيهم ، والقانون في مصر لا يعطى للمرض هذا الأثر ، وبالتالي يكون الدين الثابت فيه بائسار المريض نفس المرتبة كأثرار الصحيح ولا فرق ، وقد قرر القانون الفرنسي امتيازاً عاماً للمصرفات التي تتفق في المرض الأخير ، وهو بذلك يختلف مع الشريعة في المرتبة المعطاة لمثل هذه الديون حتى ولو لم تكن ثابتة بالائسار بأن كانت معلومة للناس ، إذ هي في الحالة الأخيرة لن تتجاوز مرتبتها مرتبة ديون الصحة ، وعلى هذا يظهر نطاق للفرق بين الشريعة والقانون .

الأولية المقررة للوصية في الشريعة الإسلامية

للوصية أحكام كثيرة تنوع متعددة ، والكلام عليها مبسوط في كتب الفقه ، ومستوفى فيها فلا حاجة الى الافاضة في الكلام عليها ههنا ، فليس هذا موضع بحثهما بحثا مستقلا يسلم بجميع موضوعاتها ، وانما سوف نتكلم عليهما بالقدر الذي يتسنى معه بيان أولوية الاستيفاء فيها .

٣٤٣ - تعريف الوصية لغة واصطلاحاً :

١ - الوصية لغة

هي من وصيت الشيء اذا وصلت اليه ، وينال : أرض ووصية أرى متصلة النبات^(١) . فإذن الوصية :

نص الليل بالأيام حتى صلاتنا . . . مناسبة يشتق انصافها السفر

وسميت وصية لوصل الميت بما بعد الموت بما قبله من قضاء دين ونحوه^(٢)

٢ - وفي اصطلاح الفقهاء :

عرفها الحنفية : " بأنها تليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عيناً أو منفعة^(٣) . "

وعرفها المالكية : " بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته^(٤)

وعرفها الشافعية : " بأنها تبرع بحن مضاف ولو نفذ يرا لما بعد الموت^(٥)

وعرفها الحنابلة : " بأنها التبرع بمال بعد الموت^(٦) . "

(١) القاموس المحيط - ج ٤ - ص ٤٠٣ ، ولسان العرب - ج ١٥ - ص ٣٩٥ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٤٩٥ ، والبحر الزهّار - ج ٥ - ص ٣٠٢ .

(٣) تبين الحقائق للزليعي - ج ٦ - ص ١٨٢ ، وحاشية ابن عابد بن علي الدر المختار - ج ٥ - ص ٤٢٨ ، وحاشية الطحاوي على الدر المختار - ج ٤ - ص ٣١٤ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - نفس المكان السابق .

(٥) نهاية المحتاج - ج ٢ - ص ٢٦ ، ونهاية المحتاج - ج ٦ - ص ٤٠ ، وشرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الانصاري - ج ٢ - الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥١ - مطبعة الباهي .

(٦) شرح منتهى الارادات - ج ٢ - ص ٥٢٨ .

وقد عرفها الفقهاء في المذاهب الأخرى بما لا يعتمد كثيرا عن هذا المعنى^(١)
وقد عرفها فقهاء القانون : " بأنها تصرف في التركة يضاف الى ما بعد
الموت^(٢) وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الاسلامي ومن ثم فان وجه التقارب
بين الفقهاء في تعريف الوصية يكاد يكون متطابقا .

٣٤٤ - دليل مشروعية الوصية :

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والمقول :

أما الكتاب :

١ - فمنه قول الله تعالى : من بعد وصية يوصى بها أو دين " (٣)
ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة ه أن الله سبحانه وتعالى قد شرع السيرات
مرتبا على الوصية . فدل ذلك على انها جائزه .

٢ - ومنه قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا شهداءة ببينكم اذا حضر أحدكم
الموت حين الوصية اثناه ذو عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضررتم
في الأرض " (٤) .

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة :

يقول الكاساني : " فقد نهى سبحانه وتعالى الى الاشهاد على حال الوصية
فدل على أنها مشروعة (٥) .

(١) راجع المختصر النافع - ص ١٦٣ والبحر الزخار - ج ٥ ص ٣٠٢ والمعمورة
الوثقى - ج ٢ ص ٤٠٠ والمحلّى - ج ١٠ ص ٤١٧ وما بعدها .
(٢) المادة " ١ " من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م .
(٣) النساء - آية : ١١ .
(٤) المائدة - آية : ١٠٦ .
(٥) بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣٣٠ .

أما السنة :

١ - فمنها ما روى عن أبي الدرداء أنه صلى الله عليه وسلم قال : أن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم *
رواه الدار قطنى (١) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

يقول الصنعانى : " فيه دليل على مشروعية الوصية بالثلاث (٢) *

٢ - ومنها ما روى عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : " جئني رسول الله صلى الله عليه وسلم يهودني من وجع اشتد بي ، فقلت يا رسول الله : أنى قد بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني الا ابنة لى أفا تصدق بثلاثى مالى ، قال : الثلث والثلث كثير ، انك ان تذرورتك اغنياه خير من أن تذرهم عالمة يتكفون الناس (٣) *

ووجه الدلالة في الحديث :

يقول الشوكانى : " فيه دليل على جواز الوصية بالثلاث (٤) .

وأما الاجماع :

فقد أجمعت الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على مشروعية الوصية من غير أنكار من أحد فيكون اجماعا ، وقد حكى هذا الاجماع

(١) نبيل الأوطار للشوكانى - ج ٦ - ص ٤٣ ، وسبل السلام للصنعانى ج - ٣ ص ١٠٧

(٢) سبل السلام - نفس المكان السابق .

(٣) جواهر الاخبار والآثار المستخرجة من البحر الزخار - ج ٥ - ص ٣٠٣ .

(٤) نبيل الأوطار - ج ٦ - ص ٤٤ .

الكاساني ، وصاحب منتهى الارادات والصنعاني ، وصاحب البحر الزخار (١).

وأما المعنول :

فهو كما يقول الكاساني : " ان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالفريضة زيادة على القرب السابقة أو تداركا لما فرط منه في حياته ، وذلك بالوصية ، وهذا الوصية ما شرعت الا لحوائج العباد اليها ، فاذا مست الحاجة الى الوصية ، وجب القول بجوازها .

والوصية استخلاف من العبد لغيره في ماله ، فيجوز كما يجوز استخلاف الشرع في الميراث ، الا أن الشارع نص استخلاف العبد لغيره على الثلث حفظا لحقوق الوارثين فابنى لهم الثلثين ، لأن حنهم تعلق بماله لانقاذ سبب الزوال اليهم ، وهو استغناؤه عن المال بالموت ، الا أن الشارع لم يظهر هذا الحق في حق الأجنبي بقدر الثلث ليكنه أن يتدارك ما فاتته في حياته من الثبات فيوصى للأجنبي بما يزيد على الثلث (٢).

ومن هذه الأدلة يتبين لنا أن الوصية مشروعة باتفاق الفقهاء .

٣٤٥ - أسئلة الفقهاء في حكم الوصية :

اتفق الفقهاء على أن الوصية واجبة بالحقنق التي فرط العبد فيها كالزكاة والحج ونحو ذلك ، وبحقوق العباد التي لا تعلم الا من جهة الموصى كدين ووديعة لا يعلم بها الا نفسه (٣) ، وذلك لأن الله تعالى أوجب أداء الأمانات ، وطريق الأداء هو الوصية ، وما لا يؤدي الواجب الا به فهو واجب .

(١) راجع الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣٣٠ ، وشرح منتهى الارادات - ج ٢ ص ٥٣٨ ، وسبيل السلام - ج ٣ - ص ١٠٢ ، والبحر الزخار - ج ٥ ص ٣٠٣ .

(٢) بدائع الصنائع - نفس المكان السابق .

(٣) حاشية ابن عابدين - على الدر المختار - ج ٥ - ص ٤٢٨ ، وبداية المجتهد

ج ٢ - ص ٣٣١ ، والمغني لابن قدامق ج ٦ - ص ٤١٤ ، والمحلى لابن حزم

ج ١٠ ص ٤١٧ ، والبحر الزخار - ج ٥ ص ٣٠٢ .

ولكنهم اختلفوا في حكم الوصية بخير تلك الحقوق التي فرط فيها ، وذلك على نولين :
أولهما : لابن حزم الظاهري ، حيث يرى أنها واجبة على كل من ترك ما لا سواه كان قد فرط في حق لله أولاد من أم لم يفرط ، يقول ابن حزم : " الوصية فرض على كل من ترك ما لا (١) "

وثانيهما : لجمهور الفقهاء غير ابن حزم الظاهري ، وحاصل توليهم أن الوصية ليست واجبة إلا بالحقوق التي فرط فيها ، ولا تجب فيما سواها ، وإنما تكون مندوبة أو مستحبة على نحو ما سنرى .

وقد استدل كل فريق على ما ذهب إليه :

٣٤٦ - دليل القول الأول :

استدل ابن حزم لقوله من الكتاب والسنة :

١ - من الكتاب :

يقول الله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين (٣) "

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة :

يقول ابن حزم : " الآية تدل على أن الوصية فرض ، وقد خرج منه الوالدان والأقربون الوارثون وبقي من لا يرث منهم على الفرض (٤) . "

(١) المحلى - ج ١٠ - ص ٤١٧ مسألة : ١٧٥١

(٢) سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ١٠٣ ، ونيل الأوطار للشوكاني - ج ٦ ص ٣٩

(٣) المبصرة آية : ١٨٠ .

(٤) المحلى - ج ٨ - ص ٤٢١ .

مناقشة دليل ابن حزم من الكتاب :

وقد ورد على دليل ابن حزم من الكتاب ما صح به صاحب الدر المختار، أن الآية المذكورة قد نسخت بآية النساء^(١)، وهي آية الموارث، ويقول ابن عابد بن مسن ولا تجب الوصية رد على من قال يوجبها للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون لآية البقرة وهي قوله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت " الآية، والمراد بآية النساء آية الموارث، وأخرج البخاري في صحيحة عن عطاء وابن عباس رضي الله تعالى عنهم قال كان المال للولد فكانت الوصية للوالدين فنسخ الله ذلك بأخير، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأيمن لكل واحد منهما السدس^(٢)، فالآية التي استدل بها ابن حزم قد نسخت بآية النساء، وإخراج بعض حكمها من هذا النسخ أمر لا يستند إلى دليل.

٢ - ومن السنة :

ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ما حق امرئ مسلم بيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه "، رواه الجماعة^(٣).

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد دل على المبادرة إلى الامتثال لأمر الله بالوصية، بما يشعر بنفسى الإسلام عن تارك ذلك، وقد روى الحديث ابن عبد البر والطحاوى بلفظ لا يحل لامرئ مسلم له مال " الأمر الذي يدل على وجوب الوصية، وقد قال ابن عمر،

(١) الدر المختار - ج ٥ - ص ٤٢٩.

(٢) حاشية ابن عابد بن مسن على الدر المختار - نفس المكان السابق.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني - ج ٦ - ص ٣٨، وسبل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ١٠٣ والمحل - ج ١٠ - ص ٤١٧.

" ما مرت على نبيلة قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك الا وعندي وصيتي. (١)

مناقشة دليل ابن حزم من السنة :

وقد أجاب الفائلون بعدم الوجوب عن الحديث الذي استدل به ابن حزم بالآتي :
أولا: قوله : " ما جئ ٠٠ الخ " للجزم والاحتياط ، لأنه قد ينجوه الموت وهو على غير وصية ، والحق لغة الشيء " الثابت ويطلق شرعا على ما يثبت به الحكم ، وهو أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا وقد يظن على المباح قليلا قال القرطبي (٢) ولفظ الحق لم يقتصر على ونحوه حتى يكون ظاهرا للوجوب ، والا فهو على الاحتمال كما هو الحال في الحديث (٣)

ثانيا: تفويض الأمر الى اراد قال الموصى ، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث : " يريد أن يوصى " يدل على عدم الوجوب (٤)

ثالثا: أما الرواية المتقدمة بلفظ : " لا يحل لامرئ مسلم " فقد قيل أنه يحتتمل أن راويها ذكرها بالمعنى وأراد ينهى الحل ثبوت الجواز بالمعنى الأعم الذي يدخل تحته الواجب والسندوب والمباح (٥)

(١) المحلى - نفس المكان السابق .

(٢) نيل الاوطار - ج ٦ - ص ٣٩ .

(٣) سبل السلام - ج ٢ - ص ١٠٣ .

(٤) نيل الاوطار - نفس المكان السابق .

(٥) نفس المرجع والمكان السابقين .

٣٤٧- دليل القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني على عدم وجوب الوصية بالاجماع والمعقول

١- أما الاجماع :

فقد أجمع المسلمون على عدم وجوب الوصية على غير من عليه حق شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به ، يقول الشوكاني ، "نسب ابن عبد البر القول بعدم الوجوب الى الاجماع"^(١)

٢- وأما المعقول :

فانه لو لهيوس لنسم جميع ماله بين ورثته بالاجماع ، فلو كانت الوصية واجبة لأخرج من ماله سهم ينوب عن الوصية ، وهذا مالم يقل به أحد ، فدل ذلك على أنها غير واجبة .

٣٤٨- السراى الراجح :

وعلى ضوء رأى كل فريق وادلتيه نجد أن أدلة القول الأول ، لم تسلم من المناشآت ، فالآية قد نسخت ، والحديث لا يدل على ما ذهب اليه ابن حزم صاحب القول ، كما أنه قد خالف اجماع الفقهاء ، وقد سلمت أدلة القول الثاني مما ورد على أدلة القول الأول من مناقشات الأمر الذى يقطع بقوتها ، ولهذا فأننى أرجح ما ذهب اليه الجمهور من أن الوصية لا تجب مطلقا كما ذهب ابن حزم ، وإنما تجب على من قصرنى حتى يخشى ضياعه ، أما فى غير تلك الحالة ، فأنها تكون مندوبة أو مباحة أو مستحبة كما نورد جمهور الفقهاء^(٢)

(١) نفس المرجع والمكان السابقين . وسيل السلام نفس المكان السابق .
(٢) راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ ص ٤٢٨ ، والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤١٥ ، وبداية المجتهد - ج ٢ ص ٣٣ ، ومغنى المحتاج - ج ٣ ص ٢٦ وما يندها ، والبحر الزخار - ج ٥ ص ٣٠٢ .

٣٤٩- مرتبة الأولوية المقررة للوصية في الشريعة الإسلامية :

إذا صحت الوصية بأن استوفت أركانها وشرايطها لزمّت بموت الموصى
وبنت للدائن بها وهو الموصى له الحق في استيفاء الموصى به من تركته
الموصى مقدما على حقوق الورثة .

وقد اتفق الفقهاء على أن مرتبة أولوية الاستيفاء المقررة للوصية، تلمسى
الأولوية المقررة لاستيفاء الديون ، ولما كانت مراتب الديون من ناحية
أولوية استيفائها تحتل المرتبة الخامسة ، فإن مرتبة أولوية الاستيفاء
المقررة للموصى له تكون هي السادسة .

وقد أجمع الفقهاء على أن الوصية تلى الديون في الاستيفاء ، وحكى الاجماع
الشوكاني ، حيث يقول : " يقدم الدين على الوصية ، ولا أعلم في ذلك
خلافا " (١)

٣٥٠- مرتبة الأولوية المقررة للوصية في القانون :

يستمد القانون الوضعى أحكام الوصية من الفقه الاسلامى ، ولهذا يفرد
لها نفس مرتبة الأولوية المقررة لها فيه ، وقد نصت المادة الرابعة من
قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، على أنه : مؤدى من التركة حسب
الترتيب الآتى :

- أولا : ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت الى الدفن .
- ثانيا : ديون الميت .
- ثالثا : ما أوصى به في الحد الذى تنفذ به الوصية .

(١) نيل الأوطار - ج ٦ - ص ٦٠ ، وراجع : الشيخ أحمد ابراهيم - المرجع
السابق - ص ٣٩١ وما بعدها .

وعلى هذا فمرتبة الأولوية المقررة لاستيفاء الوصية في القانون
المصرى ، هي نفس المرتبة المقررة في الفقه الاسلامى ، ولما كانت هي السادسة
فتكون كذلك .

ويلاحظ أن الاحتجاج بالأولوية على العقار في القانون الفرنسى
لا يحتج بها في مواجهة الدائنين الشخصيين للأثر ، والدائنين الآخرين إلا بالشهر
ويكون الشهر بالنسبة لكل عقار يتصرف فيه الدائن الى ممارسة الأولوية عليه .

وقد أعطت المادة ٢١١١ مدنى فرنسى والمعدلة بالمرسوم الصادر فى
٤ يناير سنة ١٩٥٥ للدائنين والمتقاضين مهلة أربعة أشهر منذ بدء الميراث
لتسجيل أولوياتهم على العقار ، فإذا شرعوا فى التسجيل خلال تلك المهلة ،
فإن أفضليتهم تصبح سارية من تاريخ بدء الأثر ، وبالتالي يتحدد المرتبة على
هذا الأساس (١)

وفى القانون الانجليزى تخضع مرتبة الأولوية المقررة للوصية للنهى
عليها باتفاق الطرفين أو اشتراطهما ويطلق على هذا الشرط فى القانون
الانجليزى Settlement ويقصد بهذا الشرط تحديد مسار الوصية (٢)

(١) Mozeaud, et André Breton, Leçons De Droit Civil,

Tome Quatrième, P. 516. et 517.

H. K. Black & . D.J. Brown, An outline of English (٢)
law, P. 180.

الغاية

سوف نتناول في هذه الخاتمة بيان اهم النتائج التي انتهينا اليها من خلال البحث وتوطئة للوصول الى صياغة تقنين نقترحه لاولوية استيفاء الديون في الشريعة الاسلامية على ضوء دراسة الموضوع .

وتبل الدخول في هذا البيان ينهى ان نقرر بادي ذي بد * ان دراسة الموضوع قد كشفت عن مدى الاصاله والثراء والسخا* التي تزخر بهم قواعد الشريعة الاسلامية الغراء* في علاج موضوع اولوية استيفاء الديون من ناحية فقهية تقوم على اسس راسخة وقواعد ثابتة لا تقل في قو* تاصيلها وسلاسة عرضها عن مالفية الموضوع من اهتمام ودراسة في القانون * وتصهد لممارسة عملية يمكن لاحكام شريعة الله فيها ان تجد طريقهما للتطبيق بيسر وسهولة * وذلك لتستقر مبادئ التعامل بين الناس على النحو السدي يريد * الحق سبحانه وتعالى لعباده *

وقد امكن من خلال الرجوع الى نصوص الفقه الاسلامي المتفرقة بين ثنايا تراثه الضخم * استجلاء احكام موضوع اولوية الديون في الشريعة الاسلامية على النحو الذي يفتح عن حكمها في مسائله المختلفة وقضاياها المتعددة * وبالقدر الذي يتسنى من خلاله عقد المقارنة بين ما استقرت عليه احكام الشريعة والقانون * وبيان اوجه الاتفاق والافتراق بينهما في كل موضوع من موضوعاته * مع ما كشفت عنه الدراسة من قدرة الفقه الاسلامي على تاصيل احكامه رغم تعدد روابطه وتشابك علاقاته بأسلوب يتفوق في شكله وموضوعه على ما سواه * الامر الذي يؤكد صلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق وحكم تصرفات الناس في كل زمان ومكان كعم ملاحظة استقلال الفقه الاسلامي وبروز نظريته في هذا الخصوص *

اولا : اهم نتائج البحث :

اجد يرتبط مفهوم الضمان العام بالذمة في كل من الشريعة والقانون مع اختلاف طبيعتها في كل منهما * فبينما هي في الفقه الوضعي مجموع مال للشخص من حقوق وما عليه من التزامات يقرر فقهاء الشريعة انها وصف شرعي يصير به الانسان اهلا لعاله ولما عليه * هو قد ترتب على اختلاف طبيعة الذمة في كل من الشريعة والقانون اختلاف نطاق المسؤولية عن الديون في كل منهما حيث تقتصر في القانون الوضعي على ما يمتلكه الشخص من مال وقت التنفيذ عليه دون اعتبار لشخص المدين فيما يتعلق بالاستيفاء * بينما يعتبر مال المدين وشخصه ضامنين لما عليه من ديون في الفقه الاسلامي ولهذا جاز حبسه وملازمته اذا ثبت مظهره * فتأكد امتناعه عن الوفاء * وهو قادر * ومن المؤكد ان التركيز على شخص المدين مع ماله في الضمان العام يزيد مسن

فاعليته. ويحفظ كل انسان على ادائه ما التزم به وعلى هذا النحو تنزاد افعالية التوثق ويستقر نظام التعامل .

٢- وقد استبان لنا ان الذمة حقيقة شرعية على نحو ما ذهب الحنفية والحنابلة وترجع لدينا وترتب على ذلك ان الذمة تعتبر خاصة من خواص الانسان ولازمه من لوازمه من خلالها تتحدد مسؤوليته عن ديونه التي يرتب الشارع شغل تلك الذمة بها وعلى هذا النحو تتكون ذمة الشخص المعنوي من مجموع ذم الانفراد المشتركين في تكوينه دون اختصاصه بذمة مستقلة حيث لا يتصور ان يكون الشخص المعنوي اهلا للخطاب ، وهذا الذي نقره من خلال البحث لا يعنى جسد الفقه الاسلامي عن مواكبه فكرة انسانية تهدف الى تسهيل امر يصعب فهمه بدونها كما لا يحول دون الاستفادة التي تحصل للناشئين خلال اضافة فكرة الذمة على الشخص المعنوي ، حيث يمدن الوصول الى تلك الغاية من خلال تخريج احكامها على اساس فكرة النهاية بالنسبة للمال الخاص والمشترك ومن خلال ما حسمده الشارع من احكام بالنسبة لمن يتولى رعاية المال العام .

٣- وقد ترتب على ارتباط مسؤولية المدين عن الديون بالذمة ، اتساع فكرتها ليتسنى من خلالها مساكنته عن كثير من الاموال التي تصلح للتعلم بها كالدبين وكثير من الاعيان ، وقد رأينا ان ذمة الانسان صالحة لتعلم الكثير منها كالحياوان والمنافع بل والمقاربات على النحو الذي قرره ابن حزم ^(١) ورأى ابن حزم وان كان لم يترجع لدينا في صلاحية المقار لتعلمه بالذمة فمرد عدم الرجحان ان ما استدل به لا يصلح مئتا لذلك ، وعدم صلاحية المقار لتعلمه بالذمة لا يمنع من صلاحيته لتعلمه بها تعلق مطالبته وبالتالي تكون ذمة الانسان صالحة لتعلم الكثير من الديون بها ، وتحقق المطالبة من خلالها ، الامر الذي يوسع من نطاق المسؤولية ويؤكد من فاعلية الضمان العام في الفقه الاسلامي .

٤- يتفق القانون مع الشريعة في تقرير مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام ذلك المبدأ الذي يقوم في فقه القانون على اساس تاريخية واقتصادية وقانونية تلازم بلاشك على نظام التعامل ، وقد تدر فقهاء الشريعة المبدأ من خلال وصفهم لتعلم

(١) راجع فقرة ٣٩ من الرسالة .

الديون بالمال بانه تعلق بالماليه يقتصر على معاني الاموال دون ان يتعداه الى صورها وذواتها ورتبوا على تلك المساواة تسمية المال بين الدائنين تسميه غرما* بالحصص انطلاقا من فهمهم لمصادر الشريعة الغرما* .

٥- انتهينا من خلال دراسة موضوع الاولوية في الفقه الاسلامي الى صياغة تعريف لها حاصله انها : " حق يثبت للدائن اسبقته على غيره في الاستيفاء من مال المدين " او هي " حق الدائن في استيفاء دينه قبل غيره من الغرما " و يحتمس الاولوية من خلال هذا التعريف لا يعتمد كثيرا عن ما ذكره فقهاء القانون للتعريف بها * اذ اتحينا جانبها اساس الحق وبصدره في كل من الشريعة والقانون .

٦- تقوم اولوية استيفاء الديون في الشريعة الاسلامية على اساس من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم واجماع الفقهاء * وهذا ايضا بمصادرها وتلك المصادر قد تقم الاولوية مباشرة * بحيث يكون الكتاب او السنة هو مصدر الاولوية المباشر فوجد تفهيمها عن طريق الارادة * بحيث تكون الارادة سببا يرتب الشارع احكام الاولوية عليه من خلال النصوص التي تدل عليها *

٧- تختلف الاولوية في الفقه الوضعي عن المركز القانوني الممتاز فبينما تعتبر الاولوية نظام قانوني يري الى تحقيق هدف معين يحكم القانون سببه واثاره * نجد ان المركز القانوني الممتاز لا يعمد و ان يكون وضعا عمليا يمكن من يسيطر على المسال بوجه من الوجوه المشروعة ان يستوفى حقه منه مقدما على غيره * وهذا الوضع العملي لا يصلح ان يشغل نظاما يقوى على مجابهة حق يعضد القانون حيث يمكن ارفسام صاحب المركز الممتاز على اداء ما منحه عن الدائنين * وعلى ضوء ما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية تجد المركز القانونية تخريجا فقهيا يضبط احكامها فهي اما ديون عينيه .. تشبه الرهن وتأخذ مرتبته واما ديون شخصية تأتي بعد * في المرتبة * وقد افتقد نسا مثل ذلك التاصيل في القانون لتلك الفكرة الفقهية الحديثة *

٨- يتفق القانون مع الشريعة الاسلامية حول خصائص الاولوية فهي في القانون حقيق عيني تابع لا يقبل التجزئة وفي الشريعة الاسلامية هي حق ذو طبيعة عينية ودينية وهي عند ارفاق لا يقبل التجزئة * وهذا المعاني تتقرب في الاسلوب مما استقر عليه فقه القانون بشأنها * وقد استبان لنا من خلال الدراسة ان تعبير الحق العيني في فقه القانون يقتصر عن الاحاطه بما يصدق عليه اصطلاح " اعيان " او ما يؤثر صغ

الباحثين تسميته بالالتزام العيني * في الشريعة الاسلامية حيث يعتبر الاصطلاح القانوني محدودا في سحواه بالنسبه للثاني ، وقد ترتب على اختلاف نطاق المحتوى في كل منهما ، اتساع دائرة التوثق وفاعليته في الفقه الاسلامي حيث يمكن من خلال معيار الالتزام العيني ، ربط كثير من الحقوق الشخصية بالعين ، ولا يخفى ما يتضمنه ذلك الربط من توثيق للدين وتفضيل له في الاستيفاء ولعل تلك المعاني هي التي حدث بنا ان نعبّر عن حق الاولويه من خلالها بانسه ذو طبيعة عينية ودينية مما .

١- يهدف نظام الاولويه في الشريعة الاسلاميه الى حفظ مصلحة جديره بالرعايه والاهتمام في نظر الشارع سبحانه ولهدا تختلف مرتبتها وفقا لقوة المصلحة الجديرة بالحمايه ، وقد امكن من خلال هذا التأصيل المنضبط سهوله حكم كثير من مسائل الاولويه وسر توصيفها لتخذ مرتبه تتفق والمصلحه التي تنشأ تحقيقها ، كما استبان لنا ان ماوضحته الشريعة من اسم لتقرير الاولويه يمكن تخريج كثير من التصريحات القانونية عليه ومن المؤكد ان ذلك يختلف عن التوصيف الفردي لكل نوع منها والذي يبدو واضحا في فقه القانون .

١٠- تحدد مرتبة الاولويه بالقيده كهدا له مايبوره في كل من الفقه المصري والفرنسي والانجليزي ، وقد كشفت الدراسة عن اختلاف واضح بين كل من الفقهاء المصري والفرنسي فيما يتعلق باجرا القيد حيث يسمو الاخير في المرتبه بين اجرا القيد التي تحصل في اليوم الواحد ، ولا يفرق بينها لمجرد الاسبقية كما هو مقرر في التقنين المصري ، ويرى المشرع الفرنسي من خلال ذلك الى توفير اكبر قد ومن الحماية لحقوق الناس ، واتاحه الفرصه المتكافئه لكل دائن لاستيفاء حقه بالاولويه حسب مرتبه وفق معايير قانونية محدده ولا شك ان اسبقية القيد يترتب عليها تغيير كبير في المركز القانوني للكلدين وليس من السهل ترك مصدر هذا التغيير الكبير في يد موظف التسجيل وهو بشر قد يمس استعمال سلطته او يتكاسر في اداء مهمته ، فيترتب على ماقد يعتور حياته الخاصة من تصور ما يدفع بعض الدائنين الى استغلال ضعفه والسطو على مرتبه دائن اخر احق منه ومن ثم يكون مصير الدائنين معلتا بيد ، فيقدم من يشاء بالتسجيل ويؤخر من يشاء ولا يخفى ما يتضمنه ذلك التصرف لو تم من افتيات على سلطة القضاء ، واخلاق بيده القيد وتحدد مصير الدين من شخص لا يقدر على الموازنه بين الحقوق لمجرد ان القانون قد اناط به اجرا القيد ، ولم كان القانون الفرنسي موقفا في اسناد امر الفصل في مرتبه الدين

في تلك الحالة الى قاض يختص بها ، حيث يمكنه الموازنة بين الحقوق وترجيح بعضها على بعض وفقاً لمعايير قانونية محددة تحفظ حقوق الناس وتضبط نظام التعامل ، ولعل المشرع المصري يستفيد من تجربة القانون الفرنسي في هذا الخصوص .

واذ كان التيد هو الاصل في تحديد مرتبة الاولوية كيدا ، فانه يجب ان يتم على اساس قانون صحيح ولهذا فانه لا يعتمد به اذا تهيئ طريق الغش كما يحد من أثره نص قانون او اتفاق في الحدود التي يسمح بها القانون .

وتحدد مرتبة الاولوية في الشريعة الاسلامية من خلال النص الذي يستند عليه وقد يكون من كتاب الله او سنة نبيه صلى الله عليه وسلم او الاجماع غير ان النص قد يحدد المرتبة مباشرة وقد يحدد ها بنها على سبب من ارادة المتعاقدين دون حاجة الى اشتراط قيد فاذا اتحدت الديون في المرتبة استوفت بنسبة كل منهما من مال الدين الموجود .

١١- يتحدد نطاق الاولوية بالتقدم والتتبع وتقدم الدائن في استيفاء دينه يمثل الغاية من تقرير نظام الاولوية ، ولهذا كان التتبع خادما له ومؤكدا للمضمون وقد كشفت الدراسة عن تفرقة غير مطروقة بين الاولوية كنظام والتقدم كهدف يبرجى منه وتفهوم تلك التفرقة على اعتبارين :

اولهما : شكلي يقوم على الصياغة اللغوية والاولوية لغة كما راينا مصدر صناعي يغير المحوم والتقدم وان كان مصدر تياسيا للفعل الرباعي تقدم وكان لذلك يفسد العموم ايضا ، الا ان المصدر الصناعي اعم كما يقرر علماء اللغة وبالتالي تكون العلاقة بينهما على اساس ان لك الاعتبار الشكلي علاقة امر بأمر آخر اعم منه .

ثانيهما : موضوعي يقوم على فهم طبيعة كل من الاولوية والتقدم على ضوء ما استناه من الدراسة فالاولوية فكرة تعنى ببيان مصدرها واسمها ومراتبها واعينتها وغير ذلك من العناصر التي تشكل المهادى العامة لها كالتمريف بها وتمييزها عن غيرها ثم بيان نطاقها كالتقدم والتتبع وحدودهما ، اما التقدم فانه من الناحية الفنية الدقيقة يعتبر عنصرا من عناصر الاولوية وهدفها ولهذا فان طبيعته تتحد في كونه حق الدائن في ممارسة سلطانه الناشئة عن تقرير الاولوية له على العين المثقلة بها وملحقاتها لاستيفاء اصل الدين والمصروفات والفوائد على النحو الذي حدده القانون ولا شك ان الشريعة الاسلامية تخالف القانون في تقاضى اى فوائد ، حيث تعتبرها محرما شرعا بالكتاب والسنة والاجماع وقد استبنا لنا بعد عرض راي فقهاء

الشرعية الاسلاميه وادلتهم بعد المناقضة والترجيح ان تقدم الدائن يتحدد بالعين المثقله بالاولوية ويدلها ولا يعتمد اء الى الملحقات رحمة بالمدين وتخفيفا عليه ومساعدة له على تنميته دخله من ماله ليتوى على السداد ويستوفى اصل دينه والمصرفات على نحو ما فصله الامام الخرشى من فقها المالكيه^(١) ولا يرجع بالفوائد حيث انها محرمة كما رأينا .

١٢- كشفت الدراسة عن عمق نظره الشرعية الاسلاميه لضمون التتبع حيث تقوم فكرته على تهيئة المال وصاحبه لايفاء حقوق الدائنين ، تأسيسا على امر لمسناه ، ونوهنا اليه ، يتصل بالمسئولية عن الدين وعلاقتها بالذمة ، ولهذا لان التتبع فى فقهه الشرعية اكثر فاعلية واوضح تأصيلا حيث يتسع نطاقه ليشمل مال المدين وشخصه فى حال الحياه ويمتد ليلحق بالمال بعد ها فيستوفى منه ثم هو فى حال الحياه ياخذ فى الاعتبار حال المدين وطبيعته كشر فيه من الضعف ما قد يدفعه للتلاعب بحقوق دائنيه عن طريق تهريب امواله او التصرف فيها ولهذا يتخذ التتبع مظهرا سلبيا بالنسبة للمدين يتمخض عن وقف جميع تصرفاته الضاره بهم مع ثبوت حقهم فى ملازمته الى حين الاستيفاء وقد اولت الشرعية فى هذا الصدد دائنا محينا برعاية يستحقها هو بائع العين اذ لم يقبض ثمنها ، ثم اقلن المشتري ووجد البائع ميسر ماله فهو احق بها من الغرما ولا يخفى ما ينطوى عليه ذلك الحكم من رحمة وعدل .

١٣- وما هو جديد بالذكر ان نطاق التتبع فى الشرعية الاسلاميه لا يقتصر على العقار وحده بل يتعلق بالاعيان وهى تشمل العتار والمنقول ومن ثم فقد قررت الشرعيه مبدا تتبع المنقول للدائن المزود به باستراد والتقدم عليه فاذا تصرف المدين على النحو الذى يثير بدائنه فان التصرف لا ينفذ فى مواجهته على اى وجه .

وقد كشفت الايام عن سمو شريعة الله حين بدأت التشريعات الحديثة وتحسنت تاثير الفكر القانونى المعاصر ان تستجيب للمقتضيات الاقتصادية ومتغيرات العصر فتقرر التتبع على كثير من المنقولات خروجا على القاعد العامة التى كانت تمنع ممارسة هذا الحق فى مواجهة الحائز حسن النية وذلك لتتنسى الاستفادة من القيم المنقولة فى مجال الائتمان بتقرير الرهن الطليق عليها بعد ان ارتفعت ثمناتها واصبحت

(١) راجع فقرة ١٩١ من الرسالة .

حجبتها عن مجال التعامل على هذا النحو يمثل خسارة اقتصادية كبيرة ولقد كانت الشريعة الاسلامية هي السبابة الى ادراك تلك الابعاد التي تنبه اليها المشرع الفرنسى فى عصرنا الحديث واخذ بها القانون المصرى فى بعض الحالات .

١٤- كما استبان لنا ان تحديد نطاق التتبع بقاعدة الحيازة فى المنقول مستند الحائز بـ كات امرأ غير مسلم به من الفكر القانونى المعاصر ، فقد جددت اعتبارات جذبت اهتمام الفقه بغية الوصول الى الاداة التى توصل الى الاستفاد من المنقولات ذات القيم الهائلة فى مجال الائتمان ولعمريه النظر فى بيان الفكرة من اساسها ذلك الذى يقوم على التفرقة التقليدية بين العقار والمنقول تلك التفرقة التى بدأ الوهن يتطرق اليها تلافا للآثار التى نجمت عنها والتي من اضطرها تهيؤ النظر الى المنقول ، لقد برهنت ظروف المالم الاقتصادية على وجود قيم منقولة تفوق القيمة الاقتصادية للمقاراة ولم يكن الفقه ليجتاهل مثل تلك التغيرات اتقياد القاعدة التقليدية ، اصبح التمسك بها على اطلاقها امرا لا يتواءم مع ظروف العصر ولا يتفق مع المتغيرات الاقتصادية الجديدة وكان البحث عن محاولة يمكن من خلالها خلق الصفة العقارية على تلك المنقولات حتى يمكن ممارسة التتبع عليها ، والدفعها فى مجال الائتمان لانعاش السدورة الاقتصادية فى كثير من بلدان العالم وذلك من خلال توصيفها بما يسمى بالتعيين الذاتى ، حيث لا يمكن الاحتجاج بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ازاى تلك المنقولات^(١) ومن المؤكد ان هذا التحول فى مسار الفكر الانسانى بما يقترب مما قرره الشريعة الاسلامية فى جواز تتبع المنقول يعتبر دليلا على سمو تلك الشريعة وقد رتها على اشباع طموح الفكر الانسانى بما يحقق آماله ويواكب حاجيات عصره ولا عجب فهى شريعة الله الصالحة لكل زمان ومكان .

١٥- اثبتت الدراسة ان الشريعة الاسلامية تعتمد بحيازة المال حيازة فعلية وترتب على تلك الحيازة اثارا خطيرة ، حيث ينتقل ملك الشئ المحاز الى الحائز ، ولما كانت اثار الحيازة على هذا النحو فقد وضع لها الفقهاء فى المذاهب المختلفة شروطا قاسية لا بد من توافرها ومنها استمرار الحيازة مدة طويلة وعلم الحائز دون تحرك منه مع قدرته على اتخاذ اجراء مواجهة مع الحائز ، ولذلك منها عدم قدرته على

(١) راجع فقرة ٢٢٧ من الرسالة .

تقديم بينه يدفع بها دليل الحائز ومن المؤكد ان حكم الشريعة في هذه الحالسة يتواءم مع المنطق ويفره العقل . حيث لا يمكن اهدار طاقة النشاط البشرى الخلاق لحائز وضع يد على المال لوراح يتمسده بالتشهير والتعمير في مواجهة مالك سهمل استتفك عن العمل واستعمل على النعمة حتى استخلفها وحازها من هو اولى بها منه .

فاذا انتقلت الملكية بالحيازة تنتهى صلة مالكيها بها ومن ثم فان العين المحازة اذا كانت مثقلة بالاولوية فانها تنقضى ولا يحتج بها على حائز العين ولا يمكن قياس تلك الحالة على حالة انتقال العين مثقلة بالتأمين اذا تصرف المدين فيها لان انتقال الملك بالحيازة لم يكن بارادة المالك بل جبراً عليه كما لا يمكن القول ان حكم الشريعة قد اصسر بالدائن لان حقه قائم في مواجهة المدين ومسئوليته الشخصية قائمة بجانب تعلق الحق بالمال ، كما تنقضى الاولوية بانقضاء اسبابها او بالنزول عنها في كل من الشريعة والقانون .

٦١ - امكن من خلال تلك الدراسة تاصيل موضع الاولوية في قسمين يفصح عنهما منهج البحث ، اولهما البيان البادي العامة لها من ناحية التعريف بها وبيان اسمها واوعيتها ومرايتها ونطاقها وحدودها ، وثانيهما لبيان تطبيقات الاولوية ، وفي هذا القسم يتبين لنا ان معيار الصالح العام والصالح الخاص قد استوعب كثيراً من التفريعات القانونية والتطبيقات الفقهية ، مع الجمع بين الشريعة والقانون على نحو يتسنى معه عقد مقارنة بينهما في المسائل المتشابهة ووفق الخطة الموضوعه وكان ذلك من الاهداف التي وعد الباحث بتحقيقها في مستهل تلك الرسالة ، وقد اثمر ذلك التواصل عن وضع القواعد التي يمكن من خلالها ترتيب الديون في الشريعة الاسلامية من ناحية اولوية استيفائها وذلك كالآتي :

اولا : تتقدم الديون المتعلقة بالصالح العام على تلك التي تتعلق بالصالح الخاص للافراد .

ثانيا : تتقدم الديون التي تتعلق بمصلحة حفظ النفس على تلك التي تتعلق بحفظ المال العام وذلك في اطار الديون التي تتعلق بالصالح العام .

ثالثا : تتقدم الديون العينية في الاستيفاء على الديون الشخصية وذلك في اطار الصالح الخاص للافراد .

رابعا : اذا تزامنت الديون العينية فيما بينها يقدم صاحب العين اذا وجد عين ماله في مال المفلس ثم يليه من المرتبة حق المستأجر على العين المستأجره لان استيفاء حقه لا يتعارض مع ملكية العين لغيره ثم يليه في المرتبة

حق المرتهن على العين المرهونه .

خامساً : اذا تزاخت ديون الصحة مع ديون المرض قدمت الاولى على الثانية وتتقدم الديون في الاستيفاء على الوصية .

ثانياً : تقنين مقترح لأولوية استيفاء الديون في الشريعة الاسلامية :

المادة الاولى :

يتساوى جميع الدائنين في تعلق ديونهم بمال المدين مالم يتقدم احد هم بدليل شرعي .

المادة الثانية :

الاولوية هي حق الدائن في استيفاء دينه قبل غيره من الغها .

المادة الثالثة :

مصدر الاولوية هو الكتاب والسنة والاجماع والقياس والمعتول وسببها الارادة في حدود ماورد دليل به .

المادة الرابعة :

الاولوية حق يتعلق بالمال ولا ينهل التجزئه .

المادة الخامسة :

١- تتحدد مرتبة الاولوية وفقاً لقوة المصلحة التي تستوجب الحفظ بالدليل الشرعي .

٢- تتقدم الديون المتعلقة بمصلحة حفظ النفس على الديون المتعلقة بحفظ المال العام وتقدم الاخيرة على الديون المتعلقة بمصالح الافراد ، واذا اجتمعت الديون المتعلقة بمصالح الافراد تقدم الديون المينية على الديون الشخصية .

المادة السادسة :

تسرى الاولوية على مال المدين المخصص لها او ما يحل محله ولا تسرى على ملحقات المال وتوابعه .

المادة السابعة :

يتقدم الدائن في الاستيفاء باصل دينه وبالمصرفات اذا اذن له فيها التناهن .

المادة الثامنة :

لا يصرى تصرف المدين فى العين المخصصة للاولوية فى حق الدائن
المزود بها ويستوى فى ذلك العتار والمنقول .

المادة التاسعة :

تنقض الاولوية بالحيازة اذا توافرت شروطها كما تنقض بانقضاء
اسبابها او بالتنازل عنها .

وبعد، فاني اذ اتقدم بهذا الجهد العلمى- المتواضع بالنسبة لفقہ شريعة
الله الغراء ، العاق بالنسبة الى — بين يدي اساتذتى الاجلاء ، والقارئ الكريم
استببح كريمهم عذرا عن كل نقص قد يشعر به او خطأ قد يبهتدى اليه ، او راي نصد
لا يمجبه ، ويحلم الله وحده ، كم بذلت من جهد واخلفت من سعى ليكون هذا
المعمل مشرا ومفيدا ، وحاولت جاهدا ان اتجنب زلل القلم وشطط الفكر ، فان
اكن قد وفقت فذلك من فضل ربي وان تكن الأخرى فصبحان بسن له الكمال وحده
ربنا لاتزم قلوبنا بعد اذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمته ، انك انت الوهاب
وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه انيب **لله**

القسم الأول

مراجع نسي الشريعة الإسلامية

النوع الأول : كتب في التفسير

- ١ - الفـرآن الكريم :
 - ٢ - الحـصـاص : حجة الاسلام أبي بكر أحمد بن علي السرازي - الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠هـ - أحكام القرآن - الجزء الأول - المطبعة البهية - سنة ١٣٤٧هـ .
 - ٣ - الزمخشري : الامام محمود بن عمر - تفسير القرآن الكريم - المسمى بالكشاف عن حقائق نواميس التنزيل وعلوم الآقاويل في وجوه التأويل - الجزء الأول - المكتبة التجارية - مطبعة الاستقامة سنة ١٩٥٣م .
 - ٤ - الطـبـري : الامام الكبير أبو جعفر محمد بن جرير - المتوفى سنة ٣١٠هـ - جامع البيان في تفسير القرآن - الجزء الثالث - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤هـ .
 - ٥ - ابن كـثير : الامام الجليل الحافظ عماد الدين أبي القداء السماعيل الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ - مختصر تفسير ابن كثير - اختصار وتحقيق محمد علي الهايوني - المجلد الأول - دار القرآن الكريم - بيروت .
 - ٦ - الفـرطـبي : ابو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري - الجامع لاحكام القرآن الكريم - الجزء الثالث والخامس - مطبعة دار الكتب المصرية - سنة ١٣٥٦هـ .

النوع الثاني : كتب في الحديث

- ٧ - البـخـاري : ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة بن برد ذبه المتوفى عام ٢٥٦هـ - صحيح البخاري بشرح الكرمانلي - الجزء الثامن - مكتبة مطبعة عبد الرحمن محمد - بيدان الأزهر .

- ٨- البيهقي : أمام المحدثين الحافظ الجليل أبو بكر أحمد بن الحسين
ابن علي المتوفى سنة ٨٥٤ هـ - السنن الكبرى -
والجواهر النقي عليه - الجزء السادس والجزء العاشر
- مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر
آباد بالهند - سنة ١٣٥٥ هـ .
- ٩- الهاجسي : الامام القاضي ابن الوليد سليمان بن خلف بن سعد
ابن أيوب بن وارث الأندلسي من أعيان الطبقة العاشرة
من علماء السادة المالكية ، المولود سنة ٤٠٣ هـ والمتوفى
سنة ٤٩٤ هـ - المنتقى شرح موطأ الامام مالك - الجزء
الخامس - مطبعة السعادة سنة ١٣٣١ هـ .
- ١٠- أبوداود : الامام سليمان الأشعث السجستاني الأسدي المولود
سنة ٢٠٧ هـ - والمتوفى بالبصرة سنة ٢٧٥ هـ - سنن
أبي داود - الجزء الثاني - مراجعة محي الدين
عبد الحميد ، طبع مصطفى محمد .
- ١١- الزيلعي : الامام الحافظ العلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله
ابن أبي يوسف الحنفي - المتوفى سنة ٢٦٢ هـ - منصب
الراية في تجريح أحاديث الهداية - الجزء الرابع -
طبعة المجلس العلمي بالهند سنة ١٩٢٨ م .
- ١٢- المتيني : الشيخ علاء الدين علي بن حسام الدين - كثر العمال
في سنن الأنوال والأفعال - الجزء الثاني - طبعة
حيدرآباد سنة ١٣١٣ هـ .
- ١٣- مسلم : الامام أبو الحسين الحجاج بن مسلم القشيري ،
النيسابوري المولود سنة ٧٠٤ هـ - والمتوفى سنة ٢٦١
بنيسابور - صحيح مسلم - الجزء الثاني - دار الطباعة
سنة ١٢٦٩ هـ .

- ١٤ - ابو عبيدة : الامام العظيم الحافظ الحجة ابو عبيد القاسم
ابن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ - تحقيق الأستاذ
محمد خليل هراس - مطبعة دار الشرق للطباعة -
الطبعة الأولى سنة ١٢٧٨ هـ .
- ١٥ - المسقلانى : ابو الفضل شهاب الدين بن أحمد بن على بن جحر
المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - فتح البارى لشرح صحيح
البخارى والتلخيص الجبير فى تخرىج احاديث
الرافعى الكبير مع المجموع ، وشرح الوجيز - الجزء
الثامن - مطبعة التضامن الأخرى .
- ١٦ - الصنعانى : السيد الامام محمد بن اسماعيل الكحلانى ، المعروف
بالأمير - المتوفى سنة ١١٨٢ هـ - شرح بلوغ المرام
من جمع ادلة الأحكام - للحافظ شهاب الدين
ابى الفضل أحمد بن على بن محمد بن جحر الكنانى
المسقلانى القاهرى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - الجزء
الثالث والرابع - مطبعة مصطفى البابى الحلبي .
- ١٧ - الصمدى : العلامة المحقق محمد بن يحيى مهران المتوفى سنة
٩٥٧ هـ - جواهر الاخبار والآثار المستخرجة من لجة
البحر الزخار - مطبوع مع كتاب البحر الزخار - الجزء
الخامس - الطبعة الأولى سنة ١٣٦٧ هـ .
- ١٨ - القاسمى : محمد جمال الدين - قواعد التحديث عن فنون
مصطلح الحديث - تحقيق محمد البيطار - الطبعة
الأولى سنة ١٣٩٩ هـ .

١٩ - الشوكاني : العلامة محمد بن علي بن عبد الله المولود سنة ١١٧٢ هـ - نيل الاوطار - الجزء الخامس والسادس - الطبعة الأولى - طبع المطبعة العثمانية سنة ١٣٥٧ هـ - وطبعة مصطفى الباسي الحلبي وأولاده .

النوع الثالث : كتب في اللغة :

٢٠ - ابن الأثير : العلامة الشيخ نجد الدين ابو السعادات المبارك ابن محمد بن محمد الجوزي المعروف بابن الأثير - النهاية في غريب الحديث والأثر - الجزء الرابع - طبعه دار الكتب المصرية .

٢١ - الزمخشري : العلامة جاد الله ابي القاسم محمود بن عمرو المتوفى سنة ٥٣٨ هـ - اساس البلاغة - دار صادر بيروت للطبع والنشر .

٢٢ - الزبيدي : الامام اللغوي محب الدين أبي الفضل السيد محمود مرتضى الحسيني الواسطي الحنفي - شرح القاموس تاج العروس - المجلد العاشر .

٢٣ - ابن منظور : الامام العلامة ابو الفضل جمال الدين بن مكرم الافريقي البصري - الانصاري - الخرجي - لسان العرب - فرغ من تأليفه ليلة الاثنين ٢٢ ذى الحجة سنة ٦٨٩ هـ - الاجزاء ١٤ ، ١٧ ، ٢٠ .

٢٤ - نخبة من علماء اللغة : المعجم الوسيط - أصدره مجمع اللغة العربية - الجزء الثاني - طبع الهيئة المصرية للعامة للكتاب .

- ٢٥ - الغيروز أبادى : العلامة الشيخ نجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازى - القاموس المحيط - الجزئين الثانى والرابع - الطبعة الثانية سنة ١٣٢١ هـ - مطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر .
- ٢٦ - السرازى : الامام محمد بن ابى بكر بن عبد القادر - مختار الصحاح - طبعة دار المعارف بمصر .
- النوع الرابع : كتب فى أصول الفقه :
- ٢٧ - ابن امير الحاج : العلامة المحقق المتوفى سنة ٨٢٩ هـ شرح على تحرير الامام الكمال بن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ فى علم الاصول الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية - الطبعة الاولى سنة ١٣١٦ هـ ببولاق مصر المحمية .
- ٢٨ - الازميرى : حاشية الازميرى على شرح مرقاة الاصول المسمى بمرآة الاصول - للعلامة منلاخرو - دار الطباعة العامة .
- ٢٩ - البخارى : عبد العزيز - كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام ابى الحسن على بن محمد بن حسين البزدوى المتوفى عام ٣٢٠ هـ - طبعة سنة ١٣٠٨ هـ مطابع اولنمشتد ربالهند .
- ٣٠ - المجرى : صدر الشريعة عبد الله بن سمعود بن محمود المتوفى سنة ٧٤٧ هـ - التوضيح شرح متن التفتيح - الجز ١ الاول والثانى - مكتبة ومطبعة محمد على صبيح .

- ٣١ - منلاخـمـرو : الامام المحقق الشيخ محمد بن فراموز المتوفى سنة ٨٨٥ هـ - مرآة الاصول في شرح مرقاة الوصول - طبع الاستانة سنة ١٣١٢ هـ .
- ٣٢ - ابن نجيم : الشيخ زين العابدين بن ابراهيم - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان - تحقيق وتعليق عبد العزيز الوكيل - مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع .
- ٣٣ - السيوطي : الامام جلال الدين عبد الرحمن المتوفى عام ٨١١ هـ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - الطبعة الاخيرة - سنة ١٣٣٨ هـ .
- ٣٤ - ابن عبد السلام : سلطان العلماء ابو محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلسي المتوفى عام ٦٦٠ هـ - قواعد الاحكام في مصالح الأناس - مطبعة الاستقامة بالقاهرة .
- ٣٥ - الشاطبي : الامام أبو اسحاق ابراهيم بن موسى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ - الموافقات في اصول الاحكام - المطبعة السلفية بمصر سنة ١٣٤١ هـ .
- ٣٦ - التفازاني : سعد الدين مسعود بن عمر المتوفى سنة ٧٩٣ هـ - التلويح - شرح بالقول على التوضيح لصدر الشريعة - مكتبة ومطبعة محمد علي صبح .
- النسوع الخامس : كسب في الفقه الاسلامي :
- ٣٧ - البـابـرتي : الامام أكمل الدين محمد بن محمود المتوفى سنة ٨٧٨ هـ - شرح العناية بهامش فتح القدير - للكمال ابن الهمام - المكتبة التجارية .

أولا : الذهب الحنفي :

- ٣٨ - ابن الهممام : الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد البيواسي ثم السكندري الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هـ - شرح فتح القدير على الهداية - شرح بداية البتدى للميرغناسي - الجزء الخامس والسادس - المكتبة التجارية .
- ٣٩ - الزيلمسي : فخر الدين عثمان بن علي الحنفي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الطبعة الأولى سنة ١٣١٤ هـ - مطبعة بولاق .
- ٤٠ - الحصكفي : الشيخ علاء الدين المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ - الدر المختار شرح تنوير الابصار - للتمرتاشي - المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ - مطبعة بولاق سنة ١٢٨٢ هـ .
- ٤١ - الطحطاوي : حاشية على الدر المختار شرح تنوير الابصار - مع الشرح المذكور - الجزء الرابع - مطبعة بولاق - سنة ١٢٨٢ هـ .
- ٤٢ - الطرطوسي : قاضي القضاة نجم الدين ابراهيم بن احمد المتوفى سنة ٧٥٨ هـ - الفتاوى الطرطوسية او انفع الوسائل الى تحرير المسائل - الجزء الرابع - مطبعة الشرف بمصر سنة ١٣٤٤ هـ .
- ٤٣ - الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ - بدائع الصنائع في ترتيب شرايح - الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ - مطبعة الجيالية بالقاهرة وطبعة زكريا علي يوسف .

- ٤٤ - المير غنماني : شيخ الاسلام برهان الدين ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ - الهداية شرح بداية المبتدي - الطبعة الأخيرة - مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- ٤٥ - ابن نجسيم : الشيخ ابراهيم زين العابدين المتوفى سنة ٩٢٠ هـ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - الجزء الرابع - طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣٠١ هـ .
- ٤٦ - المرخسسي : شمس الدين ابوبكر محمد بن ابي سهيل - المبسوط - كتاب يحتوى على كتب ظاهر الرواية للامام محمد بن الحسن الشيباني عن الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان في ثلاثين جزءا - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤ هـ - مطبعة السعادة .
- ٤٧ - سعد جلسبي : المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بمسعد أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ - حاشية على شرح العناية للبايرتي وعلى الهداية للميرغفاني - مطبوع مع فتح القدير - مطبعة مصطفى محمد - المكتبة التجارية .
- ٤٨ - ابن عابد يسمن : العلامة الفقيه خاتمة المحققين الشيخ محمد أمين - حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الامام الأعظم ابي حنيفة النعمان - طبع بالمطبعة الميمنية - مصطفى البابي الحلبي وأخويه بمصر .

٤٩ - ملكسير : الامير الهندي الفقيه المتوفى سنة ١٠٧٠ هـ -
الفتاوى الهندية او الفتاوى العلمكيرية - جمعها
مع بعض علماء الهند - طبع المطبعة الكبرى الاميرية
ببولاق سنة ١٣١٠ هـ وعلى هامش مجلداتها الثلاثة
الاولى الفتاوى الخانية لفاضل خان المتوفى سنة
٥٩٢ هـ .

٥٠ - قاضيخان : الامام فخر الدين حسين بن منصور الازجندی لفرغانى
المتوفى سنة ٢٩٥ هـ - الفتاوى الخانية مطبوع على
هامش الفتاوى الهندية .

٥١ - قاضي زاده : الولي شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بـزاده
افندي المتوفى سنة ٩٨٨ هـ - نتائج الافكار في كشف
الرموز والاسرار (تكملة فتح القدير) - الطبعة
الاولى سنة ١٣١٨ هـ - المطبعة الاميرية .

٥٢ - الشلبي : الامام العلامة شهاب الدين أحمد المتوفى سنة
١٠٠٠ هـ - الفوائد الرقائق في تبين الحقائق -
مطبوع بهامش تبين الحقائق - الطبعة المشار اليهها .

ثانيا : المذهب المالكي :

٥٣ - الآبي : العالم الشيخ صالح عبد السميع الازهرى - جواهر
الأكليل شرح لمختصر العلامة خليل - الجزء الثاني
- دار احياء الكتب العربية .

٥٤ - الدردير : أبو البركات سيدى أحمد المتوفى سنة ١٢٠١ هـ -
الشرح الصغير ، اقرب المسالك الى مذهب الامام
مالك مطبوع على هامش حاشية الصاوي - المطبعة الخيرية
بمصر سنة ١٣١٠ هـ والشرح الكبير على متن خليل - الطبعة
الاولى سنة ١٣٢٩ هـ .

- ٥٥ - السهــــــــــــــــوقى :
العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه المتوفى سنة
١٢٣٠ هـ - حاشية على الشرح الكبير لأبى البركات
سيدى احمد الدردير - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ
- مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر .
- ٥٦ - الحطــــــــــــــــاب :
أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي
الأصل المتوفى سنة ٩٥٤ هـ - مواهب الخليل - شرح
مختصر خليل - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩ هـ مطبعة
السعادة بمصر .
- ٥٧ - مالــــــــــــــــك :
امام دار الهجرة ابن انس ابن مالك بن ابي عامر
الاصبحى - المولود سنة ٩٣ هـ ، والمتوفى سنة ١٢٩ هـ -
المدونة الكبرى - رواية سحنون بن سعيد التنوحى عن
الامام عبد الرحمن القاسم - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٢ هـ
مطبعة السعادة .
- ٥٨ - عليــــــــــــــــش :
الامام العلامة ابو عبد الله الشيخ محمد أحمد المتوفى
سنة ١٢٩٩ هـ - شرح منج الجليل على مختصر العلامة
خليل ، وسهامه حاشيته السماء " تسهيل
منج الجليل " - الطبعة الأولى هـ وفتح العلى المسالك
فى الفتوى على مذهب الامام مالك - الطبعة الأخيرة
سنة ١٣٢٨ هـ - مكتبة مصطفى البابى الحلبي .
- ٥٩ - العــــــــــــــــدوى :
الامام العلامة الشيخ على أبو الحسن نور الدين
بن احمد بن مكرم الله الصعدي المتوفى سنة
١١٨٩ هـ حاشية على شرح الخرشي لمختصر خليل
مطبوعة مع الشرح المذكور - المطبعة الاميرية سنة ١٣١٧ هـ

- ٦٠ - ابن فرحون : القاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن ابي القاسم بن محمد المالكى المدنى المتوفى سنة ٧٩٩هـ - تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الاحكام مطبوع مع فتح العلى المالك بالطبعة المشار اليها .
- ٦١ - الصاوى : العلامة الشيخ أحمد بن محمد المالكى المتوفى سنة ١٢٤١ هـ - بلعة السالك لأقرب السالك - حاشية على الشرح الصغير لسيدى أحمد الدردير - مطبعة بولاق سنة ١٢٨٩ هـ .
- ٦٢ - القرانفى : الامام شهاب الدين احمد بن العباس أحمد ابن ادريس الصنهاجى المالكى المتوفى سنة ٦٧٤هـ - انوار الفروق فى انواء الفروق - طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٦ هـ - وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية .
- ٦٣ - ابن رشيد : الامام القاضى الفيلسوف أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبى الاندلسى المشهور بالخفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - طبع مطبعة الاستقامة بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .
- ٦٤ - التتسولى : أبو الحسن على بن عبد السلام - البهجة شرح التحفة وبهامشه شرح التاودى المسمى بحلى المعاصم - طبع سنة ١٣٧١ هـ - المكتبة التجارية الكبرى .
- ٦٥ - خليل : الامام ابو الضياء الشيخ بن اسحاق المتوفى سنة ٧٧٦هـ - مختصر خليل - مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر سنة ١٣٣٣ هـ .

٦٦ - الخرشي: الامام المحقق ابو عبد الله محمد المتوفى سنة ١١٠١ هـ - شرح الخرشي لمختصر خليل - الطبعة الثانية - بولاق سنة ١٣١٧ هـ .

: ثالثا: المذهب الشافعي

٦٧ - الانصاري: شيخ الاسلام ابو يحيى زكريا بن محمد المتوفى سنة ٦٢٦ هـ - شرح منهج الطلاب واسنى المطالب شرح روض الطالب - الطبعة الأولى .

٦٨ - البجيرمي: الشيخ سليمان بن عمر بن محمد المتوفى سنة ١٢٢١ هـ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الانصاري ، السمة التجريد لنفع العبيد - الجزء الثاني - مطبعة دار الكتب العربية - سنة ١٣٣٠ هـ .

٦٩ - النوري: الامام العلامة ، ابو زكريا محيى الدين بن شرف المتوفى سنة ٦٧٦ هـ - المجموع شرح المذهب - تحقيق محمد نجيب المطيعي - الناشر زكريا علسي يوسف ه مطبعة الامام بالقلعة بالقاهرة - ومنهاج الطالبين - مطبوع على هامش شهاب المحتاج - المطبعة البهية سنة ١٢٨٦ هـ .

٧٠ - عميرة: الامام المحقق الشيخ عميرة - حاشية على شرح الجلال المحلى للشهاج - مع حاشية قليوبى - دار احياء الكتب العربية .

- ٧١ - قليبيوسى :
الامام المحقق الشيخ شهاب الدين القليوبى -
حاشية على شرح الجلال المحلى على منهج
الطالبين - مع حاشية عميرة - الطبعة المشار
اليها .
- ٧٢ - الراملى :
الامام العلامة شمس الدين محمد بن الامام العارفى
بالله تعالى شهاب الدين احمد التوفى سنة
١٠٠٤ هـ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج
- الجزء الثالث - طبعة سنة ١٢٨٦ هـ - والسادس
الطبعة الاخيرة - مطبعة صبيح ، وحاشية على
استنى المطالب - الطبعة المشار اليها سنة ١٢٨٦
المطبعة البهية المصرية .
- ٧٣ - الرافعى :
الامام الجليل ابو القاسم عبد الكريم محمد التوفى
سنة ٦٢٣ هـ - فتح العزيز شرح الوجيز والشرح
الكبير مع تكملة المجموع شرح المهدى للسبكي التوفى
سنة ٧٥٦ هـ - مطبعة التضامن الأخرى .
- ٧٤ - الشافعى :
الامام الكبير ابو عبد الله محمد بن ادريس التوفى
سنة ٢٠٤ هـ - الأم - رواية الربيع بن سليمان
المرارى - طبع المطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣٢١ هـ .
- ٧٥ - الشيراملى :
الشيخ ابو الضياء نور الدين على بن على التوفى
سنة ١٠٨٧ هـ - حاشية الشيراملى على نهاية
المحتاج للرملى مطبوع على هامش المطبعة
البيهية المصرية سنة ١٢٨٦ هـ .

٧٦- الخطيب :
الشيخ محمد بن احمد الشريفي المتوفى سنة ٩٧٧هـ
- معنى المحتاج الى معاني الفاظ المنهاج - الجزء
الثاني - طبعة سنة ١٣٥٢هـ - مطبعة مصطفى
البالسى الحلبي .

رابعاً : المذهب الحنبلي :

٧٧- البهوتي :
الشيخ العلامة منصور بن يونس البهوتي فقيه الحنابلة
في وقته المولود سنة ١٠٠٠هـ والمتوفى بالقاهرة
سنة ١٠٥١هـ - شرح منتهى الارادات - المسمى -
دقائق أولى التهي لشرح المنتهى - فرغ من تأليفه
سنة ١٠٤٦هـ - الجزء الثاني مطبعة انصار السنة
المحمدية * وله ايضا كتاب القناع عن متن الانتفاع
الجزء الثالث - مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

٧٨- الحجواي :
الامام ابوالنجا شرف الدين موسى المقدسي الصالحي
المتوفى سنة ٩٦٨هـ - الانتفاع على طالب الانتفاع
في فقه الامام احمد بن حنبل - الجزء الثالث .

٧٩- الفتوحى :
الامام لشيخ محمد تقي الدين ابن شيخ الاسلام احمد
شهاب الدين التجار الحنبلي من علماء اواخر القرن
العاشر الهجرى - مقتضى الارادات - مع شرحه
المسمى شرح منتهى الارادات أو دقائق أولى النهى
لشرح المنتهى - على هامش كتاب القناع - طبع
المطبعة العاصرة الشرقية ببصر سنة ١٣١٩هـ .

٨٠- ابن قدامة :
الامام موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد المتوفى
سنة ٦٣٠هـ - المغنى - طبع مطبعة المنار ببصر
سنة ١٢٤٧هـ .

٨١- المقدسى :
الامام شمس الدين عبد الرحمن بن ابي عمر بن قدامة
المتوفى سنة ٦٨٢هـ - الشرح الكبير مطبوع مع المغنى -
- وهو شرح على متن المنع لسو نؤالدين بن قدامة
- الطبعة المشار اليها .

- ٨٢ - ابن القيم :
الامام شمس الدين ابو عبد الله محمد بين الى بكر
المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ .
- اعلام الموقعين عن رب العالمين - مطبعة فوج
الله الكردي بمصر سنة ١٣٢٥هـ .
- ٨٣ - ابن رجب :
الحافظ ابوالفرج عبد الرحمن الحنبلي المتوفى سنة
٧٩٥هـ - التواعد في الفقه الاسلامي - الطبعة
الأولى سنة ١٩٧١م - راجعه وتقدم له وعلق عليه
طه عبد الرؤوف سعد - العاشر مكتبة الكليات
الازهرية .

خامسا : المذهب الناهري :

- ٨٤ - ابن حزم :
ابو محمد علي بين احمد بن سعيد المتوفى سنة ٤٥٦هـ
- المحلى - الجزء الثامن - الطبعة الأولى سنة
١٣٥٠هـ - ادارة الطباعة المنيرية ، والجزء العاشر
- تصحيح حسن زيدان طلبه - العاشر مكتبة
الجمهورية العربية سنة ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م

سادسا : فقه الشيعة :

١ - الزيدية :

- ٨٥ - ابن المرتضى :
القاضي احمد بن يحيى المتوفى سنة ٨٤٠هـ البحر
الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار - الاجزاء :
الثالث والرابع والخامس ومعة كتاب حواهر الاخبار
والآثار المستخرجة من لجنة البحر الزخار للصدى
الطبعة الأولى سنة ١٣٦٧هـ - مكتبة الخانجسى
بمصر .

- ٨٦- الصنعمانى : القاضى شرف الدين الحسين بن احمد بين الحسين
السياغى الحيمى اليمنى المتوفى سنة ١٢٢١ هـ -
الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير - للامام الشهيد
ابى الحسين زيد بن على - مطبعة المعاداة بصرى
سنه ١٣٤٧ هـ
- ب- الأمامية :
- ٨٧- الحلى : العلامة جمال الدين ابى القاسم الحسن يوسف بن
على المتوفى سنة ٧٢٦ هـ - تحرير الاحكام الشرعية
على مذهب الامامية - مطبوع بايران سنة ١٣١٤ هـ
- ٨٨- ابن الحسن : ابو القاسم نجم الدين جعفر الحلى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ
- المختصر النافع في فقه الامامية - ليس عليه تاريخ
طبعة - دار الكتاب العربى بصرى
- ٨٩- الطباطبائى : آية الله الشريف السيد محمد كاظم اليزدى - المعروة
الوثقى - مطبعة العرفان بصيدا سنة ١٣٤٩ هـ
- ٩٠- النائينى : الامام محمد حسين الغروى - تعليقه على هامش
المعروة الوثقى - نفس الطبعة المشار اليها
- النوع السادس :
- أولاً: الكتب :
- ٩١- بااز : سليم بن رستم اللبنانى كتاب شرح المجلة المجلد
الأول - الطبعة الثانية - المطبعة الادبيية
بيروت سنة ١٨٩٨ م

- ٩٢ - البيرديسي : الدكتور محمد زكريا - الميراث - طبعة ١٣٨٨ هـ
١٩٦٩م - الناشر دار النهضة العربية .
- ٩٣ - أبو زهرة : الشيخ الأمام محمد .
١- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية -
دار الفكر العربي .
٢- أحكام التركات والمواريث - طبعة سنة ١٩٤٩ -
دار النهضة العربية .
- ٩٤ - الكشكبي : الشيخ محمد عبد الرحيم - الميراث المتقارن الطبعة
الثانية سنة ١٩٨٣ هـ سنة ١٩٦٣ م
- ٩٥ - السيوطي : دكتور رمضان حافظ عبد الرحمن - الربا أصوله وعلته
في الشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى - دار الكتاب
الجامعي .
- ٩٦ - السنهوري : الدكتور عبد الرزاق أحمد - مصادر الحق في الفقه
الإسلامي مقارنا بالفقه العربي - الجزء الأول -
طبعة معهد الدراسات الإسلامية سنة ١٩٦٢ م .
- ٩٧ - عبد الحميد : محمد محيي الدين - تحقيق شرح الرحبية - الطبعة
الثانية - مطبعة محمد علي صبيح بمصر .
- ٩٨ - فياض : الدكتور عبد العظيم - نظام الموارث في الشريعة
الإسلامية - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥ م .
- ٩٩ - تدرى باشا : المرحوم محمد - مرشد الحيران إلى معرفة
أحوال الأئمان الطبعة الثانية - المطبعة
الكبرى الأميرية بمصر سنة ١٨٩١ م .
- ١٠٠ - الخفيف : الشيخ علي - مختصر أحكام المعاملات الشرعية
- الطبعة الأولى - سنة ١٩٤٩ هـ .

- ١٠١ - الغزالي : الامام حجة الاسلام ابو حامد محمد بن محمد المولود سنة ٤٤٥ والمتوفى سنة ٥٠٥ هـ - احيا علوم الدين - طبعة لجنة نشر الثقافة الاسلامية سنة ١٣٥٦ هـ .
- ثانيا : الرسائل العلمية :
- ١٠٢ - ياسين : الدكتور محمد نعيم عبد السلام - نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون الوافعات المدنية والتجارية رسالة دكتوراه - مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٣٩١ هـ ١٩٧١ م - موجودة بمكتبة كلية الشريعة والقانون .
- ١٠٣ - أبو سنه : الاستاذ الدكتور الشيخ احمد فهمي - العرف والعادة في رأى الفقهاء - رسالة لنيل درجة العالمية - مطبوعة سنة ١٩٤٨ بمطبعة الازهر - موجودة بمكتبة كلية الشريعة والقانون .
- ١٠٤ - السيوطي : الدكتور رمضان حافظ عبد الرحمن - موقف علماء الشريعة من المرأة في الولايات والمعاملات المالية رسالة مقدمة لكلية الشريعة والقانون لنيل درجة العالمية ١٣٩٣ هـ ١٩٧٣ م - موجودة بمكتبة كلية الشريعة والقانون .
- ١٠٥ - العدوي : الدكتور محمود شوكت - نظرية العقد في الشريعة الاسلامية رسالة مقدمة لكلية الشريعة والقانون لنيل درجة العالمية - موجودة بمكتبة الكلية .
- ١٠٦ - الخطيب : الدكتور احمد على - الحجر على المدعى لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن - رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق (في الشريعة الاسلامية) مطبوعة سنة ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م - مطبعة دار التأليف بالمالية - موجودة بمكتبة معهد الدراسات الاسلامية .

ثالثا : الابحاث والمقالات :

١٠٧- ابراهيم: الشيخ احمد - التركة والحقوق المتعلقة بها - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة السابعة العدد الثالث.

١٠٨- النجار : عبد الله مبروك - حقيقة الالتزام في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي - بحث منشور بمجلة الزهر السنة الرابعة والخمسون - الجزء بين الثامن الصادر في شعبان سنة ١٤٠٢ هـ - يونيه سنة ١٩٨٢ والعاشر الصادر في ذي الحجة سنة ١٤٠٢ هـ سبتمبر سنة ١٩٨٢.

القسم الثاني
مراجع في القانون
السنوع الاول : المراجع العربية

أولا : الكتب :

- ١٠٩ - امام : الدكتور محمد علي - التأمينات الشخصية والعينية - مطبعة نهضة مصر - سنة ١٩٥٨ .
- ١١٠ - البدر اوى : الدكتور عبد المنعم :
١ - المدخل للعلوم القانونية - طبعة ١٩٦٦ - دار النهضة العربية ببيروت .
٢ - التأمينات العينية - طبعة سنة ١٩٧٢ - الطبعة الثانية - مكتبة سيد عبد الله وهبه .
٣ - مبادئ القانون الروماني - مع الدكتور عبد المنعم بدر مطابع دار الكتاب العربي بمصر سنة ١٩٥٤ .
- ١١١ - الهادي : الدكتور علي - القانون التجاري الاوراق التجارية - طبعة سنة ١٩٧٥ - منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ١١٢ - البديوي : الدكتور عبد العزيز خليل - مذكرات في تاريخ القانون الروماني طبع استتم سنة ١٩٧١ م .
١١٣ - جمعه : الدكتور نعمان محمد خليل .
١ - المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية
٢ - دروس في التأمينات العينية طبعة ١٩٧٨ - دار النهضة العربية .
٣ - الحقوق العينية - طبعة ١٩٨١ - القاهرة الحديثة للطباعة .
- ١١٤ - الدواليهي : الدكتور محمد معروف - المدخل الى الحقوق الرومانية طبعة جامعة دمشق .
- ١١٥ - أبو الوفا : الدكتور احمد - اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٦ - منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ١١٦ - الوكيل : الدكتور شمس الدين
١ - نظرية التأمينات في القانون المدني - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ منشأة المعارف بالاسكندرية .

٢ - نظرية الحق في القانون المدني - سيد عبد الله
• وهبه

١١٧ - زكسى : الدكتور محمود جمال الدين - التأمينات الشخصية -
والعينية طبعة ١٩٥٧ والطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩ -
مطابع دار الشعب •

١١٨ - حجازى : الدكتور عبد الحسى -
١ - نظرية الحق - الطبعة الاولى ١٩٤٩ •
٢ - النظرية العامة للالتزام - طبعة ١٩٥٤ •

١١٩ - أبو طالب : الدكتور صوفى حسن - القانون الرومانى - احكام
الالتزام - طبعة ١٩٥٥ - دار النهضة العربية •

١٢٠ - كيرة : الدكتور حسن •
١ - الحقوق العينية الاصلية - الجزء الاول - حسى
الملكبة - الطبعة الاولى سنة ١٩٥٨ م •
٢ - المدخل للعلوم القانونية - طبعة ١٩٧١ -
منشأة المعارف بالاسكندرية •

١٢١ - مدكور : الدكتور محمد سامى - نظرية الحق - طبعة ١٩٥٧ -
مطبعة الفكر العربى بالقاهرة •

١٢٢ - مرسى : الدكتور سليمان •
١ - شرح القانون المدنى - الجزء الاول - طبعة ١٩٤٩
وطبعة ١٩٦٧ م •
٢ - التأمينات العينية - طبعة ١٩٥٩ •
٣ - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ م •
٤ - حقوق الامتياز والحق في الحبس ونقل للتقنين المدنى
الجديد طبعة ١٩٥٢ - المطبعة المالمية •

١٢٣ - مرسى : الدكتور محمد كامل •
١ - الاموال - الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٣ م - مطبعة
الاعتماد بشارع حسن الاكبر •
٢ - شرح القانون المدنى الجديد - التأمينات العينية
طبعة ١٩٤٨ - المطبعة المالمية وطبعة ١٩٥١ •

- ١٢٤ - منصور : الدكتور منصور مصطفى •
١ - التأمينات الشخصية والميئنة - طبعة ١٩٦٣ •
٢ - نظرية الحلول العيني - رسالته للدكتوراه
• مطبوعة سنة ١٩٥٦ - مطبعة جامعة القاهرة •
- ١٢٥ - السنهورى : الدكتور عبد الرازق احمد •
١ - الوسيط في شرح القانون المدنى - الاجزاء -
الثانى والثامن والعاشر - طبعة ١٩٥٢ دار
النشر للجامعات المصرية •
٢ - الموجز في النظرية العامة للالتزامات فى القانون
المدنى المصرى - مطبعة لجنة التأليف والترجمة
والنشر سنة ١٩٣٨ •
- ١٢٦ - أبو ستيت : الدكتور محمد حشمت •
نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى - طبعة ١٩٤٥
• مكتبة عبد الله وهبه بصر •
- ١٢٧ - سلامة : الدكتور احمد •
١ - نظرية الحق فى القانون المدنى - طبعة ١٩٥٩ -
مطبعة دار التأليف •
٢ - التأمينات الميئنة والشخصية - الجزء الاول - الرهن
الرسى - طبعة ١٩٧٠ - دار النهضة العربية •
٣ - الرهن الطليق للمنقول - دراسة مقارنة - مطبعة
جامعة عين شمس سنة ١٩٦٨ •
- ١٢٨ - أبو المعود : الدكتور رمضان •
التأمينات الشخصية والميئنة - طبع استتم سنة ١٩٧٢
- ١٢٩ - سلطان : الدكتور أنور - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى
الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ - دار المعارف بصر •

- ١٣٠ - المطار : الدكتور عبد الناصر توفيق .
١ - التأمينات الميمنية - طبعة ١٩٨٠ مطبعة
السمادة .
٢ - شرح احكام الايجار - مطبعة السمادة .
- ١٣١ - عبد الهانى : الدكتور عبد الفتاح .
١ - التأمينات الشخصية والميمنية - طبعة ١٩٥٠
٢ - عقد الايجار الاحكام العامة - طبعة ١٩٥٢ -
دار الكتاب العربى - محمد حلى النياوى .
- ١٣٢ - المريف : الدكتور على - شرح القانون التجارى المصرى - الجزء
الثانى الاوراق التجارية - منشأة المعارف .
- ١٣٣ - فهى : الاستاذ الدكتور عبد العزيز - تعريف مدونة جوستيان
دار الكتاب المصرى سنة ١٩٤٦ م .
- ١٣٤ - الصمد : الدكتور عبد المنعم فرج - محاضرات فى عقد الايجار
طبعة ١٩٦٦ .
- ١٣٥ - القاضى : الدكتور محمد مختار - أصول الحق - طبعة ١٩٧٣ -
دار المعهد الجديد للطباعة .
- ١٣٦ - شحاته : الدكتور شفيق .
١ - محاضرات فى النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٤٩
دار النشر للجامعات .
٢ - نظرية التأمين الميمنى - طبعة ١٩٥٥
- ١٣٧ - شنب : الدكتور محمد لبيب .
١ - دروس فى نظرية الالتزام - الالتزام والاثبات واحكام
الالتزام - طبعة ١٩٧٤ - دار نافع للطباعة .
٣ - مبادئ القانون - طبعة ١٩٧٠ دار النهضة
المصرية سنة ١٩٧٣ .

- ١٣٨ - شفيق : الدكتور محسن - الوسيط في القانون التجارى - الطبعة الاولى مكتبة النهضة المصرية .
- ١٣٩ - المرتساوى : الدكتور جميل - دروس التأمينات الشخصية والعينية نفسى القانون المدنى المصرى - طبعة ١٩٧٦ - دار النهضة العربية .
- ١٤٠ - تناغو : الدكتور سمير - التأمينات العينية - طبعة سنة ١٩٦٧ - منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ١٤١ - الخولى : الدكتور اكرم - الاوراق التجارية - طبعة ١٩٧٠ سيد وهبه .
- ١٤٢ - زهنى : الدكتور عبد السلام .
- ١ - مذكرات فى القانون الرومانى - الكتاب الاول - طبعة ١٩٦٦ م - مطبعة السعادة بمصر .
- ٢ - فى التأمينات العينية - طبعة ١٩٦٦ - مطبعة مصر .
- ١٤٣ - غانم : الدكتور اسماعيل .
- ١ - محاضرات فى النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٥٥ هـ وطبعة ١٩٦٦ م
- ٢ - احكام الالتزام والائبات - طبعة ١٩٦٧ - مكتبة عبد الله وهبة .

ثانيا : الابحاث والمقالات :

- ١٤٤ - الباروزى : الدكتور محمد على - حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة - بحث منشور بمجلة الحقوق السنة الماشرة (٦٠ - ٦١) المدين الثالث والرابح .
- ١٤٥ - مرسى : الدكتور محمد كامل - قاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية - مجلة القانون والاقتصاد - السنة السابعة العدد السادس ص ٣٤٥ - ٣٩٤ .

- ١٤٦ - شفيق : الدكتور محسن - بحث بعنوان في الافلاس المدني * *
منشور في مجلة القانون والاقتصاد - السنة الثامنة -
العدد الاول - ص ٦٨ .
- ١٤٧ - تناغو : الدكتور سمير السيد - مقالة في التأمينات الميئنة على
الطائرات حسب اتفاقية جنيف - منشورة بمجلة الملصوم
القانونية والاقتصادية - السنة المابمة - العدد الثاني
(يوليو سنة ١٩٥٦) .

ثالثا : مراجع أخرى :

- ١٤٨ - مجموعة الاعمال التحضيرية - طبعة وزارة العدل - مطبعة أحمد مخيمر .
- ١٤٩ - مجموعة احكام النقص : مطبعة دار القضاء العالسى .
- ١٥٠ - الموسوعة الشاملة : لاحكام محكمة النقص للمستشار عبد المنعم الشريبي

النوع الثاني : المراجع الاجنبية

اولا : مراجع في القانون الفرنسي

- Aubry et Rau - Cours de Droit Ci. vil Français, ١٥١
Sixieme Edition, Par E. Bartin, Tome Troisi-
eme, Paris, 1938.
- Baudant et Voirin - Cours de Droit Civil Fra- ١٥٢
nçais, Tome, 13. Seconde édition, Paris, 1948.
- Baudry - Lacantinerie et de Loynes - Du Nan- ١٥٣
tissement, des Priviléges et Hypothèques, et
de L'expropriation Forcée, T. 2, 1906.
- Colin et Capitant - Cours élémentaire de Droit ١٥٤
Civil Français, T. 2.
- De Page et R. dekkers - Traite élémentaire de ١٥٥
Droit Civil belge, T. 7. 2^e édition.
- Jossierand - Cours de droit Civil Français, T. ١٥٦
2, 3^e édition.
- Joglart - Cours de Droit Civil, Tome ., Neuv- ١٥٧
ieme édition, Paris, 1978.
- H. et L. et J. Mazeaud - Leçons de Droit Civil, ١٥٨
Tometroisième, Cinquieme édition Par. F. Chab-
as, Paris, 1977.
- Mazeaud et M. Juglort - Leçons de Droit Civil, ١٥٩
Tome quatrième, 2 édition, Paris, 1971.
- G. Marty et P. Raynaud - Droit Civil - T. 3., ١٦٠
1^{er}, Volume, Les Sûretés, Sirey, Paris 1971.

- Planiol, Ripert et Becquê - Traitépratique de Droit Civil Français, T. 12 et T. 13. Sûretés réelles, Paris 1953. ١٦١
- Dalloz Périodique. ١٦٢
- Sirey Périodique. ١٦٣
- Recueil. Dalloz Sirey. Paris, ١٦٤

ثانيا : مراجع في القانون الانجليزي

- H. K. Black & D. J. Latham Brown - An Outline Of English Law, Methuen & Co. L. T. D, London. 1965. ١٦٥
- S. B. Marsh. & J. Soulsby - Outline Of English Law; Second Edition, Hill Book Company (UK) Limited, England, 1975. ١٦٦
- Frederic M. Goadby - introduction to The Study Of Law, Second edition, London. 1914. ١٦٧
-

فهرس تصفلى لمحتويات الرسالة

رقم الصفحة	الموضوع
	تقديم
١	الباب التمهيدي : حقيقة الضمان العام وارتباطه بالذمة .
٣	الفصل الأول : حقيقة الذمة وتعلق الديون بها .
٤	حقيقة الذمة المالية في الفقه الوضعي .
٥	تأصيل فكرة الذمة المالية في الفقه الوضعي .
١٣	جوهز فكر الذمة المالية في الفقه الوضعي الحديث .
١٤	حقيقة الذمة في الشريعة الاسلاميه .
١٤	تعريف الذمة وبيان متعلقها .
١٨	بيان متعلق الذمة .
١٩	بداية الذمة ونهايتها .
١٩	آراء الفقهاء في بداية الذمة .
٢١	آراء الفقهاء في وقت نهاية الذمة .
٢٦	شروط بقاء الذمة بعد الموت .
٢٦	مقارنة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بحقيقة الذمة .
٢٨	تعلق الديون بالذمة .
٢٨	ارتباط الضمان العام بالذمة في القانون .
٣٠	تعلق الديون بالذمة في الشريعة الاسلاميه .
٣١	تعريف الدين لغة واصطلاحا .
٣٢	الدين وعلاقته بالمال في الشريعة الاسلاميه .
٣٤	ما يصلح من الاموال أن يكون دينيا .
٣٦	رأى الفقهاء في تعلق بعض الاموال بالذمة .
٣٧	أولا : تعلق الحيوان بالذمة .
٤٤	ثانيا : تعلق العقار بالذمة .
٤٥	ثالثا : مالية النافع وتعلقها بالذمة .
٤٧	مقارنة بين الشريعة والقانون .
٤٩	الفصل الثاني : نطاق مسؤولية المدين عن الديون .
٥٠	طبيعة مسؤولية المدين عن الديون .

رقم الصفحة	الموضوع
٥٠	طبيعة المسؤولية عن الديون في القانون .
٥٤	طبيعة المسؤولية في الشريعة الاسلامية .
٥٥	تعلق الديون بالذمة والمال حال الحياة .
٥٥	تعلق الديون بالذمة ، حال حياة الدين .
٥٨	تعلق الديون بالمال حال حياة الدين .
٦٣	تعلق الديون بالمال بعد الموت .
٦٤	تعلق الديون بمال الدين تعلق بالمالية .
٦٥	مقارنة بين الشريعة والقانون .
٦٦	تساوي الدائنين في الضمان العام .
٦٦	تساوي الدائنين في القانون .
٦٧	اسم تساوي الدائنين في الضمان العام .
٦٧	أولا : الاساس التاريخي .
٦٩	ثانيا : الاساس القانوني .
٧٠	ثالثا : الاساس الاقتصادي .
٧٠	تقدير مبدأ مساواة الدائنين في الضمان العام .
٧١	تساوي حقوق الدائنين في التعلق بمال الدين في الشريعة الاسلامية .
٧٢	أولا : أساس مبدأ المساواة بين الدائنين في الشريعة الاسلامية .
٧٣	ثانيا : الحلول التي وضعها الفقهاء لتطبيق مبدأ المساواة .
٧٥	ضرورة تقرير الأولوية وأهمية دراستها في الشريعة والقانون .
	القسم الأول :
٧٧	المبادئ العامة لأولوية استيفاء الديون .
٧٨	الباب الأول : حقيقة أولوية استيفاء الديون .
٧٩	الفصل الأول : تعريف أولوية استيفاء الديون وبيان خصائصها .
٧٩	تعريف أولوية استيفاء الديون .
٨١	الأولوية في الشريعة الاسلامية .
٨٢	أولا : تعريف الأولوية في الشريعة الاسلامية .

رقم الصفحة	الموضوع
٨٣	ثانيا : حكم الاولوية ودليل مشروعيتها .
٨٥	مقارنة بين الشريعة القانسون .
٨٧	تمييز الأولوية عن ما يختلط بها من نظم .
٨٧	أولا : صلة الأولوية بالتلمينات العينية .
٨٩	تعريف الرهن لغة واصطلاحا .
٩٠	مقارنة بين طبيعة الرهن في الشريعة والقانون .
٩١	ثانيا : الأولوية والمراكز القانونية المستتازة .
٩٣	أولا : المركز القانون الممتاز الناشئ عن حق الحبس .
٩٦	نطاق الأولوية في حق الحبس .
٩٦	ثانيا : الأولوية الناشئة عن الدعوى المباشرة .
٩٧	ثالثا : المركز الناشئ عن الالتزام بعمل والامتناع عن عمل .
٩٨	رابعا : المركز الممتاز الناشئ عن المقاصة القانونية .
٩٨	خامسا : المركز الممتاز الناشئ عن فسخ العقد .
٩٨	سادسا : المركز الممتاز لدائني السفينة .
٩٩	سابعا : المركز الممتاز لحامل الورقة التجارية على مقابل الوفاء .
١٠٠	الأولوية والمراكز القانونية في الشريعة الاسلامية .
١٠٢	خصائص أولوية استيفاء الديون .
١٠٢	الأولوية ذات طبيعة عينية .
١٠٦	الأولوية حق تابع لا يقبل التجزئة .
١٠٧	خصائص الأولوية في الشريعة الاسلامية .
١٠٧	أولا : الأولوية ذات طبيعة عينية ودينية .
١٠٩	ثانيا : الأولوية حق تابع أو هي عقد ارفاق .
١١٠	ثالثا : الأولوية حق لا يقبل التجزئة .
١١١	مقارنة بين الشريعة والقانسون .
١١٢	الفصل الثاني : اسس الأولوية وأوعيتها ومراتبها
١١٢	المبحث الأول : اسس أولوية استيفاء الديون .
١١٥	أسس الأولوية في الشريعة الاسلامية .

رقم الصفحة	الموضوع
١٢٢	مقارنة بين الشريعة والقانون
١٢٣	المبحث الثاني : اوعية الاولوية ودرجاتها •
١٢٣	المطلب الاول : اوعية اولوية استيفاء الديون •
١٣٠	اوعية الاولوية في الشريعة الاسلامية •
١٣٢	اراء الفقهاء في جواز رهن الحصة الشائعة
١٣٤	الاولوية في الرهن تتحدد بعين معينة بذاتها •
١٣٦	المطلب الثاني : مراتب اولوية استيفاء الديون •
١٣٧	• ائبقفة قفء الاولوففة
١٤٠	• ائبقفة القفء مع الءفءارة
١٤٠	• اسءءفاءاء بفءاء ائبقفة القفء
١٤١	اولا : قفءفء مفءاء ائبقفة القفء بفء في القانءون •
١٤٤	ءانفا : قفءفء المفءاء بالاراءة •
١٤٨	ءالءا : قفءفء المفءاء بالءءفاء الفءء •
١٥٠	مراتب الاولوففة في الشرففة الاسلامفة •
١٥١	أسس قءفءفء مرءبفة الاولوففة في الشرففة الاسلامفة •
١٥٧	الباب الثاني : نطاق الاولوففة وءءوءءها •
١٥٨	الفصل الاول : نطاق اولوففة اسءففاء الءفءون •
١٦٢	المبءء الاول : ءءق القءءءم •
١٧٠	وءوب الرجوع الى المباءءء العامة لقءفءفء مرءبفة الاولوففة •
١٧٤	قءءم الءاءءن على ما بءءل مءءل المعقار •
١٧٩	قءءم الءاءءن على منقوءاء الءفءءن •
١٨١	ءءوء قءءم الءاءءن على المعقار والمنقوءول •
١٨٦	قءءم الءاءءن في الشرففة الاسلامفة •
١٨٦	قءءم الءاءءن في الاولوففة المعقورة على الاعفاءن •
١٨٧	أراء الفقهاء في رهن الءفءن •
١٨٨	مءارة القءءم في الشرففة الاسلامفة •
١٩٥	قءءم الءاءءن على ملءفاءء الاعفاءن •

رقم الصفحة	الموضوع
٢٠٣	تقديم الدائن على بدل الاعيان .
٢٠٥	آراء الفقهاء في بدل المرهون .
٢٠٦	حدود تقديم الدائن في الفقه الاسلامي .
٢٠٩	المبحث الثاني : حق التبضع .
٢١٠	التبضع الوارد على العقار .
٢١٣	شروط الحائز للعقار .
٢١٤	مباشرة التبضع في مواجهة الحائز للعقار .
٢١٦	سريان الاولوية في مواجهة الحائز .
٢١٦	الوسائل القانونية المعطاة للحائز .
٢٢٤	التبضع الوارد على المنقول .
٢٢٦	انقضاء التبضع وحده وبقاء الاولوية .
٢٢٧	حقيقة التبضع في الشريعة الاسلامية .
٢٢٨	اولا : التبضع الوارد على الاعيان .
٢٢٩	أ - : تبضع الدائن حال حياة المدين .
٢٢٩	تصرفات الراهن الضارة بالمؤمن .
٢٣٢	آراء الفقهاء في تصرفات الراهن في الرهن .
٢٣٣	تصرفات المدين في المال المحجور عليه .
٢٣٥	تصرفات المرهن الضارة بالسورثة والغنم .
٢٣٧	تبضع الدائن لعين ماله في مال المفلتس .
٢٤٤	ب - : تبضع الدائن بعد وفاة المدين .
٢٤٥	ثانيا : حق الملازمة .
٢٤٦	دليل مشروعية الملازمة .
٢٥٠	الفصل الثاني : حدود اولوية استيفاء الديون .
٢٥٢	المبحث الاول : حيازة المنقول واثرها على الاولوية .
٢٥٧	ورود التبضع على المنقول .
٢٥٨	اولا : الاعمال الفقهية .
٢٦٢	ثانيا : الاعمال التشريعية .

رقم الصفحة	الموضوع
٢٦٢	١ - رهن الحاصلات الزراعيمة •
٢٦٣	٢ - رهن السيارات وماشيتها •
٢٦٧	مدى ابتناء امتياز المودجر وصاحب الفندق على فكرة الرهن الضمنى •
٢٦٨	تقييم حيازة المودجر وصاحب الفندق •
٢٦٩	تأسيس الامتياز على الرهن الطليقتى •
٢٦٩	خلاصة هذه الدراسات •
٢٧٠	حيازة المال وأثرها على الاولوية فى الشريعة الاسلامية •
٢٧٠	تعريف الحيازة لغة وفى اصطلاح الفقهاء •
٢٧١	اولا : شروط الحيازة فى المذهب المالكى •
٢٧٥	ثانيا : اليد فى المذهب الحنفى •
٢٧٦	ثالثا : اليد فى المذهب الشافعى •
٢٧٧	رابعا : اليد فى المذهبىين الحنبلى والظاهرى •
٢٧٩	آراء الفقهاء فى اثبات الحيازة للملكية •
٢٨٤	اثبات الحيازة على انقضاء الاولوية •
٢٨٥	المبحث الثانى : انقضاء اولوية استيفاء الديون •
٢٨٥	انقضاء الاولوية بصفة مستقلة •
٢٨٩	انقضاء الاولوية بصفة تابعة •
٢٨٩	انقضاء الاولوية فى الشريعة الاسلامية •
	القسم الثانى :
٢٩٢	تطبيقات اولوية استيفاء الديون •
٢٩٤	اولا : تطبيقات الاولوية فى الشريعة الاسلامية •
٢٩٨	ثانيا : تطبيقات اولوية استيفاء الديون فى القانون •
٣٠١	خطمة الدراسات •
٣٠٢	الباب الاول : تطبيقات اولوية استيفاء الديون المتعلقة بالصالح العام
٣٠٥	الفصل الاول : تطبيقات الاولوية المقررة لحفظ النفس •
٣٠٦	المبحث الاول : اولوية استيفاء المقررة للمنفقات •

رقم الصفحة	الموضوع
٣١٤	مرتبة الاولوية المقررة لديون النفقات في القانون الوضعي .
٣١٦	المبحث الثاني : الاولوية المقررة لتجهيز الميـــت .
٣٢٣	الفصل الثاني : اولوية الاستيفاء المقررة لحفظ المال العام .
٣٢٥	أراء الفقهاء في تقديم دين الله على دين العباد .
٣٣٨	الباب الثاني : تطبيقات اولوية استيفاء الديون المتعلقة بحقوق الافراد
٣٤٠	الفصل الاول : أولوية الاستيفاء المقررة للديون المعينة .
٣٤١	المبحث الثاني : اولوية الاستيفاء المقررة للرهن .
٣٤٣	دليل الاولوية المقررة للرهن الشريعة الاسلامية .
٣٤٤	اولوية الاستيفاء القائمة على فكرة الرهن الطليق .
٣٤٥	اولا : الاولوية المقررة لموجر العقار .
٣٤٦	شروط الاولوية المقررة لموجر العقار .
٣٤٧	المنقولات التي تخضع للاولوية .
٣٤٩	ثانيا : الاولوية المقررة لصاحب الفندق .
٣٥٠	مرتبة الاولوية المقررة لصاحب الفندق .
٣٥١	المبحث الثاني : اولوية الاستيفاء المقررة للديون الملحقة بالرهن .
٣٥١	المطلب الاول : الاولوية المقررة على العين المبيعة .
٣٦٢	المطلب الثاني : الاولوية المقررة على العين المسجلة للاجارة .
٣٦٢	الاولوية المقررة على العين للاجارة في الشريعة الاسلامية .
٣٦٦	اولا : الاولوية المقررة على العين الموجهة .
٣٧١	مرتبة الاولوية المقررة على العين الموجهة . وفى القانون .
٣٧٦	اولا : اولوية الاستيفاء المقررة في اجارة الاعيان .
٣٧٨	ثانيا : الأولوية الناشئة عن عقدى العمل والمقاوله .
٣٧٩	مرتبة الأولوية .
٣٨٢	الفصل الثاني : الأولوية المقررة للديون المطلقة .
٣٨٢	المبحث الأول : الأولوية المقررة لديون الصحة والمرض .
٣٨٣	حقيقة دين الصحة ودين المرض .

رقم الصفحة	الموضوع
٣٩١	مرتبة الأولوية المقررة للديون المطلقة •
٣٩١	اتجاه القانون فيما يتعلق بديون المروض •
٣٩٥	المبحث الثاني : الأولوية المقررة للوصية في الشريعة الاسلامية •
٣٩٦	دليل مشروعية الوصية •
٣٩٨	أشكال الفقهاء في حكم الوصية •
٤٠٣	مرتبة الأولوية المقررة للوصية في الشريعة الاسلامية •
٤٠٣	مرتبة الأولوية المقررة للوصية في القانون •
٤٠٥	الخاتمة •
٤٠٥	اهم نتائج البحث •
٤١٣	تقنين مقترح لأولوية استيفاء الديون في الشريعة الاسلامية •
٤١٥	مراجع الرسالة •
٤٤٣	فهرس تفصيلي لمحتويات الرسالة •

• تم بحمد الله •

بيان بتصحيح اخطاء الرسالة

الصفحة	السطر	الخطا	الصواب
د	١	احدى	احد
د	٢٥	ماكبسه	ماكبسه
٤	١٤	مالتين	مالتين
٥	٤	رابطا	رابطا
٥	١١	الفقيهين	الفقيهين
٥	١٤	وتعتبر	وتعتبر
٥	٢٢	شخصي	شخصا
٩	١٣	يقسم	يقسم
١٠	٣	فالموسمات	فالموسمات
١١	٨	ينسبط	ينسبط
١٢	٩	دائني	دائنين
١٢	٩	لايتمدها	ولا يتمدها
١٤	٨	يقضي	يقضي
١٤	٨	اسلامية	الاسلامية
١٦	١٦	مالوا بلى شهدنا على انفسنا	قالوا بلى شهدنا
١٩	٧	ان يوضح	ان يوضح
١٩	١٤	مدعوى	مدعوى
٢٠	٩	يوضح	لوضح
٢٠	١٠	وليطلب	وليطلب
٢٠	١٣	ليطلب	ليطلب
٢٠	١٣	القروض	القروض
٢٥	١٠	معال	حعال
٢٧	١٠	ضموط	ضوابط
٢٧	١١	على يجعل	على نحو يجعل
٢٧	١٢	الشخصية	بالشخصي
٣١	١٢	فأنسه	بأنسه
٤٣	٧	اصحاب القول	اصحاب القول الاول
٥٠	٧	من وخلال	من خلال
٥٢	١٠	علينسا	عنيسا
٥٢	٢١	بقرارة تهديده	بقرارة تهديده
٥٥	١٠	لقلقنا	لقلقنا

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
الذاهب	الذاهب	٧	٦٤
التوثيق	التوثيق	٩	٦٦
التوثيق	التوثيق	١٢	٦٦
دينسه	مد ينسه	١٧	٦٨
افضلته	افضلته	١٠	٧٠
متعذر التحقيق	متعذر التحقيق	١٣	٧٠
بيكسن	فبيكسن	٧	٧٥
منسه	فمنسه	١٠	٧٩
المينيهة	المينيهة	١٦	٧٩
فتكسل	تتكسل	٣	٨١
معنيته	بمعنيته	٥	٨١
اصطلاح	اصطلاح	١١	٨١
الامنة	الايمة	١٦	٨٣
لصاحبة الذي باعه	لصاحبة حق الذي باعه	٥	٨٥
ص ٢٢٢	ص ٢٤٢	١٨	٨٥
تساول	بتساول	١٣	٨٦
خطرا	خطرا	٢٠	٨٧
بتعمده	متعمده	١٧	٩٣
بوجه خاص	بوجهه	٦	٩٤
او محسره	او محسره	٦	٩٤
ضرورية	ضرورية	٧	٩٤
بدوين	مدوين	٤	٩٧
لايمسندو	لايمسندو	١٣	١٠٤
العمال من استيفاه	العمال استيفاه	٩	١١٣
فتقصير	فتقصير	١٥	١٢٨
مرتبة	ترتبة	٩	١٣٧
لبسدا	اللبسدا	١٩	١٤٠
التصرفات	التصرفات	٢٢	١٤٠
مركسز	مراكسز	٣	١٤٤
مراكسزا	مركسز	٧	١٤٤
الاصلي	الصلي	٣	١٤٨
عقسه	عقسه	١١	١٧٥
شسراط	الشسراط	٧	١٨٠