جامعة الأزهر
المكتبة
كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون

حدود مسئولية المدين المتضامن في الشريعة والقانون

رسالة مقدمة للكلية
لنيل درجة الماجستير

في الفقه المقارن

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
مكتبة الماجستير
رقم

إعداد

عبد الله مبروك محمد عبد العزيز النجار

المعيد بقسم القانون الخاص بالكلية

إشراف

الأستاذ الدكتور
محمد أنيس عباده
أستاذ الفقه المقارن
جامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
نعمان محمد خليل جمعة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق
جامعة القاهرة

١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م

مؤسسة الأمير
للمكتبة
عليش

الإهداء

إلى بنت الزهراء ..
بطلة كربلاء ..
وسيدة النساء ..
وحفيدة سيد الأنبياء ..

السيدة زينب

رضي الله عنها

* بسم الله الرحمن الرحيم *

" سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا "

صدق الله العظيم

* تمهيد *

الحمد لله الذى علّم بالقلم ، علم الانسان مالم يعلم ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وسيد العلماء الفاهمين ، سيدنا محمد بن عبد الله الذى جاء للناس بأعظم شريعة وأقوم منهاج ، فأخرج الناس من الظلمات الى النور وهدى الى صلاح الدنيا وسعادة الأخرى وعلى آله وأصحابه أجمعين .

وبعد

فقد وضعت الشريعة الاسلامية الأسس القويمة للوفاء بالعقود والالتزامات وأمرت باحترامها ليأمن كل فرد على ماله ، ويؤتى كل ذى حق حقه ، فتهدأ الخواطر ، وتهنأ النفوس ، وتنشط ملكات الانسان فيسعى فى مناكب الأرض بالعمران والانتاج فيكثر الخير ويعم الرخاء ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وقال تعالى : " وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا " .

وقد درج التشريع الوضعى على تقرير بعض المبادىء التى تضمن الوفاء بالالتزام ، وتسهل حصول الدائن على دينه ، فوضع نظام التأمينات الشخصية والعينية قاصدا من وراء ذلك تحقيق تلك الغاية ، وفى هذا الصدد تأتى فكرة التضامن السلبى فى الوفاء بالالتزام كنوع من الضمان يحرص الدائنون على توثيق ديونهم به فيقررونه بالارادة فى بعض الحالات كما أنه قد ينشأ بنصوص القانون فى حالات أخرى ، ويرمى الى تأمين الوفاء بالالتزام ، وتسهيل حصول هذا الوفاء ، ذلك أن تعدد المدينين مع التضامن يحقق غاية مزدوجة : فهو يؤمن الدائن ضد خطر اعسار أحدهم ، فيستطيع أن يطالب الباقين بدينه ، وامكان مطالبة أى مدين بكل الدين يوفر للدائن وقتا ونفقة وجهدا ، ويعطى للمدين المعسر فرصة لوفاء التزامه وبراءة ذمته أمام دائن قد لا يقدر ظروفه المالية ولا يرعى مشاعره ، وان أصبح مدينا بقدر حصته أمام المدين الموفى .

ولقد وجدت فكرة التضامن السلبى فى الشريعة الاسلامية حيث عبّر الفقهاء عن مضمونها فى باب الكفالة والضمان بصفة عامة ، وتعدد الكفلاء والضمان بصفة خاصة ، وترتبط بموضوعات متعددة كالنظرية العامة للعقود فى

الشريعة الاسلامية، ونظرية النيابة ، كما تتصل بعديد من الموضوعات كاتحاد الذمة ، وتجديد الدين ، والمقاصة ، والتقادم ، وغير ذلك من التصرفات وتتمثل في نوع من الضمان آثرنا تسميته " بالضمان التبادلي " حيث يتعدد الملتزمون به ، ويلزم كل واحد منهم بمقتضاه بالدين كاملا أمام الدائن وبذلك يتبادل كل واحد منهم ضمان الآخر في كل الدين .

وعلى ضوء ذلك يتفق هذا النوع من الضمان في كثير من صفاته وآثاره مع التضامن السلبي المقرر في التشريع الوضعي وان اختلف عنه في بعض أمور ترجع كما نرى الى تلك الأصالة التي تتسم بها مبادئ الشريعة الغراء ، والتي تبرز جانبا من جوانب الدقة والاستقلال لقواعد الفقه الاسلامي ، وهذا مايبدو واضحا في اختلاف المسميات ، والطريقة التي عالج بها كل اتجاه غايته ، كما ترجع الى تلك اللمحة الانسانية التي تكفلها روح الشريعة الاسلامية في العلاقة مابين الدائن والمدين : حين أوجدت نوعا من الموازنة بين طرفين أحدهما ضعيف ، مراعاة لمصلحتهما معا فهذبت نفس الدائن ، واسبغت على المعاملات جوا من التراحم ، افتقدناه في التشريع الوضعي من خلال دراسة الموضوع ، ولعل هذا يعكس حكمة الشارع سبحانه في التخفيف على المدين بل والترغيب في ذلك كما تفيد نصوص الكتاب والسنة قال تعالى : " وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسره وان تصدقوا خير لكم " .

الأسباب الداعية الى اختيار الموضوع :

وقد دفعني الى اختيار هذا الموضوع أمور منها :

١ — الأهمية العلمية التي يتسم بها والتي لاتقتصر على الموضوع في حد ذاته ، لتعدد روابطه وتشابك علاقاته ، حتى أنه ليحاكي من هذه الناحية نظرية الالتزام في مصادرها وأحكامها وتأميناتها ، بل أنه فضلا عن ذلك يهم قطاعا عريضا من الناس يحرصون باضطراد على التعامل وفق أحكامه ، لما يحققه من مزايا وضمانات تعود بالفائدة على المتعاملين وعلى نظام التعامل ، وقد برزت الأهمية العملية للموضوع ومست الحاجة اليه في الفترة الأخيرة بعد أن تعددت

المعاملات وزادت زيادة يكفى لبيانها أن نطالع أى صحيفة من الصحف السيّارة لنجد أن فيها خبرا أو موضوعا يمس التضامن من قريب أو بعيد اما فى شهر شركة ،أو حكم بالغرامة على متهمين فى قضية وغير ذلك ، فدراسة الموضوع لاتقتصر أهميتها على الخاصة من الدارسين بل تتعداهم الى العامة من المتعاملين وغيرهم .

٢ — ان الموضوع على أهميته تلك ، لم يسبق أن تناوله أحد فقهاء الشريعة بالدراسة المتخصصة ، ولم يحظ باهتمام أحد الباحثين فى مجال الفقه الاسلامى ، كما لاحظت خلو المكتبة من مراجع تتناوله وآمل أن أقدم من خلال دراستى جديدا يفتح الباب أمام الباحثين لاستكماله وتعميقه .

٣ — لاحظت أن فكرة هذا الموضوع الدقيق قد وجدت مستناثرة فى بطون أمهات كتب الفقه الاسلامى دون أن يعنى الفقهاء بعرضها متكاملة كما هو جار فى الدراسات الوضعية ، وقد انتابتنى رغبة جارفة فى اظهار فكرته متكاملة من خلال تلك النصوص المتفرقة حتى أستطيع أن أقارن منهاج الشريعة الاسلامية بالقانون الوضعى ،فى هذا الموضوع المهم ، ولأحظى من خلال هذا الجهد المتواضع بشرف المشاركة فى صياغة حياتنا التشريعية وفق أحكام شريعة الله ،بعد أن أصبح ذلك أمل يحرص الجميع على تحقيقه ايمانا منهم بأن ماينشدونه من خير فى هذا المضمار موجود فى الشريعة الاسلامية .

منهج البحث :

وقد اتسمت خطتى فى بحث الموضوع بطابع التحليل ثم التأصيل مع المقارنة التفصيلية بين الشريعة والقانون ، فبينت وجه نظر القانون ورأى رجاله فى مسائل الموضوع المختلفة ، ثم قارنت ذلك بما أراه راجحا من آراء فقهاء مذاهب الفقه الاسلامى المختلفة بعد استعراضها بالتفصيل مع الأمانة الدقيقة فى ذكر دليل كل رأى من مراجعه الأصلية ، ثم مناقشة الأدلة ملتزما جانب الحيدة التامة وعدم التعصب لمذهب معين ، مع الترجيح طبقا لقوة الدليل

وموافقته لروح الشريعة العامة ، والمصالح التى أقرتها ، ثم بيان أثر الخلاف ومدى مابين الشريعة والقانون من اتفاق او اختلاف يعكس أوجه التمايز بينهما مع ابداء وجهة نظرى فى النهاية .

وقد تناولت الموضوع بأسلوب علمى فالتزمت الموضوعية وتجردت فى عرضه من روح التعصب والحكم المسبق ، مع عرض المسائل دون فصل بين الشريعة والقانون .

خطة البحث العامة :

وقد قسمت الموضوع الى فصل تمهيدى ، وثلاثة أبواب وخاتمة :

أما الفصل التمهيدى :

فقد تكلمت فيه عن التعريف بالالتزام وتحدد أطرافه فى الشريعة والقانون وقد قسمته الى مبحثين : خصصت أولهما : للتعريف بالالتزام فى الشريعة والقانون أما الثانى فقد خصصته لبيان تعدد طرفى الالتزام فى الشريعة والقانون .

وفى الباب الأول :

تكلمت عن ماهية التضامن السلبى وتكييفه فى الشريعة والقانون ، وقد قسمته الى فصلين : أولهما : للتعريف بتضامن المدينين فى الشريعة والقانون ، وثانيهما لبيان طبيعة الالتزام التضامنى وتكييفه فى الشريعة والقانون ، وقد قسمت الفصل الأول الى مبحثين : خصصت أولهما : لتعريف التضامن السلبى وبيان أهميته فى الشريعة والقانون أما الثانى : فقد خصصته لتفريد التضامن السلبى وتمييزه عن ما يختلط به كالتضامم وعدم القابلية للانقسام والكفالة والحوالة . أما الفصل الثانى فقد قسمته أيضا الى مبحثين : خصصت أولهما : لبيان طبيعة الالتزام التضامنى وتكييفه فى فقه القانون ، أما المبحث الثانى : فقد بينت فيه رأى الشريعة الاسلامية فى طبيعة الضمان التبادلى ، وقارنت بين كلا الاتجاهين .

وفى الباب الثانى :

تكلمت عن مصادر المسئولية التضامنية ومداها فى الشريعة والقانون وقد قسمت هذا الباب الى فصلين ، خصصت الأول منهما : للكلام عن الارادة كمصدر للتضامن بين المدينين فى الشريعة والقانون ، وأما الفصل الثانى فقد تكلمت فيه عن

القانون كمصدر للتضامن السلبى مقارنا بنظام الشارع فى الفقه الاسلامى ،وقد قسمت الفصل الاول الى مبحثين : تكلمت فى أولهما عن الاتفاق على التضامن بين المدينين فى الشريعة والقانون ، أما الثانى فقد خصصته للكلام عن التضامن فى نطاق الاعمال التجارية دراسة مقارنة باتجاه الفقه الاسلامى ،أما الفصل الثانى فقد قسمته أيضا الى مبحثين : تكلمت فى أولهما : عن التعريف بنظام الشارع كسبب للالتزام بالضمان التبادلى وتطبيقاته فى الفقه الاسلامى أما المبحث الثانى فقد قمت فيه باستقراء النصوص التى تقيم التضامن السلبى فى التقنينات المختلفة كما أجريت لها تأصيلا يجمع شتاتها .

وفى الباب الثالث :

تكلمت عن آثار التضامن السلبى فى الشريعة والقانون ،وقد قسمته الى فصلين : تكلمت فى أولهما عن العلاقة بين المدينين المتضامنين والدائن فى الشريعة والقانون ، وفى الفصل الثانى تكلمت عن علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض ، وقد قسمت الفصل الاول الى ثلاثة مباحث:تكلمت فى أولهما : عن وحدة الدين بين المدينين المتضامنين فى الشريعة والقانون ، وفى الثانى عن مبدأ تعدد الروابط فى الالتزام التضامنى فى الشريعة والقانون ، أما الثالث:فقد خصصته للكلام عن مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فى كلا الفقهين ، أما الفصل الثانى : فقد قسمته الى مبحثين تكلمت فى أولهما عن رجوع الدين الموفى وأساسه الفقهى ، وفى المبحث الثانى بينت نصيب كل من المدينين المتضامنين فى الدين مع بيان تحمل حصة المدين المتضامن المعسر وأصحاب المصلحة فى الالتزام التضامنى فى الشريعة والقانون .

وفى الخاتمة :

كانت هناك نتائج ومقترحات كما قمت بصياغة تقنين للالتزام التضامنى فى الشريعة الاسلامية على ضوء دراسة الموضوع .

هـذا .. ولا أدّعـى أن عملـى هـذا قـد تجـرّد مـن النقـص فسبحـان مـن لـه الكمـال وحده ، وحسبـى أننـى قـد بذلـت مافى الجهـد من طاقـة وفكـر ووقـت ، فان أكـن قـد وفقـت فيى عرضـه ، فهذا من فضـل ربـى ، وان تكـن الاخـرى فحسبـى أن اللـه لا يضيـع أجر عامل فى هـذا الميـدان .

"ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة ، انك أنت الوهاب"

وما توفيقـى الا بالله عليه توكلـت
واليـه أنيـب ؛

فصل تمهيدي

التعريف بالالتزام وتحديد أطرافه

في

الشريعة والقانون

يرتبط موضوع الرسالة بنظرية الالتزام ارتباطا وثيق الصلة . ذلك أننا بصدد دراسة موضوع " حدود مسئولية المدين المتضامن فى الشريعة والقانون " ويبدو من خلال هذا العنوان أنه يمكن تحليله الى عنصرين :

أولهما : بيان مسئولية المدين . والمدين يمثل أحد طرف فى رابطة الالتزام وهذا يقتضى التعريف بطبيان وضعه القانونى فى تلك الرابطة .

ثانيهما : بيان مسئولية المدين المتضامن ، والتضامن وصف من أوصاف الالتزام ، واذا كان الأمر كذلك والوصف كما يقرر الفقهاء أمر عارض accidentel. يضاف الى الالتزام بعد ان يستوفى هذا أركانه ، ولوضع هذا لا ارتفع دون أن يزول الالتزام [1] يكون من القصور ان يعرف الأمر العارض مجردا عن ماهيته ، وفضلا عن ذلك فالتضامن يعتبر جزءا للالتزام التضامنى وهو محل الدراسة ، وكما يقرر الأصوليون فانه لايمكن التعريف بالشيء الا بعد معرفة أجزاءه [2] فاذا أردنا أن نخرج بتعريف للالتزام التضامنى فان ذلك يحتم ابراز فكرة الالتزام مجردا ثم عرض فكرة التضامن ثم نعرف بالالتزام التضامنى الذى شعرنا بمدى حاجة كتب الفقه اليه .

ودراسة موضوع الالتزام التضامنى يقتضى تفريده وتمييزه عن غيره من أنواع الالتزام التى تظهر من حيث اتصاف أطراف الالتزام بوصف التعدد ، وينقسم الالتزام من هذه الناحية الى التزام بسيط والتزام مشترك او متعدد الأطراف فى غير تضامن ، والتزام تضامنى والتزام غير قابل للانقسام ، والذى يعنينا من هذه الأنواع هو الالتزام التضامنى لانه محل الدراسة وفى كل ذلك يتحتم مقارنة اتجاه الشريعة الاسلامية بالقانون الوضعى لبيان مدى اوجه الأتفاق والاختلاف بين كل منهما .

---

(١) دكتور عبد الرازق السنهورى ـ الوسيط ـ جـ٣ ص ٤ هامش (٢) .

(٢) شرح الاسنوى نهاية السول ـ جـ ١ ص ٢٤ ـ ص ١ ٢ مطبعة

خطة الدراسة :

وعلى ضوء ماسبق فإن خطة الدراسة تتحدد فى المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : التعريف بالالتزام فى الشريعة والقانون .

المبحث الثانى : تعدد طرق الالتزام فى الشريعة والقانون .

المبحث الأول

التعريف بالالتزام فى الشريعة والقانون

ونقسم هذا المبحث الى مطلبين تخصص الأول منهما للتعريف بالالتزام فى فقه القانون ويخصص المطلب الثانى لالقاء الضوء على تعريف الالتزام فى فقه الشريعة الاسلامية .

المطلب الأول

التعريف بالالتزام فى فقه القانون

اصطلاح الالتزام : كان يقصد به فى القانون الرومانى رابطة تعطى للدائن سلطة على جسم المدين بحيث كان فى استطاعة الدائن أن يسترق المدين وأن يتصرف فى شخصه كيف شاء الى حد إماتته ، وكان الحق الشخصى آنذاك لم يكن يختلف عن الحق العينى كلاهما سلطة غاية الأمر أن هذه السلطة فى الحق العينى ترد على عين معينة بينما هى فى الحق الشخصى ترد على شخص المدين (١) .

---

(١) يبرز عنصر الاكراه فى الالتزام من التعريف الذى ورد بالكتاب Justitutes الذى قرر "جوستنيان" وضعه واعداده لطلبة الحقوق والذى نصه :

(obligition est juris uinculum quo necessitate astringimur alicujus soluendae rei secundum nostrae civitatis jura).

أى l,obligation est un lien de droit qui nous impose la la necéssité de payer quel que chose conform ement aux droits ét tablis dans notre patrie.

وترجمته : الالتزام هو ربط قانونى يكرهنا بضرورة الايفاء بشىء من الأشياء طبقا للقوانين . أو هو رابطة قانونية تكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بشىء ما طبقا لأحكام قانوننا المدنى - راجع فى ذلك الدكتور/عبد السلام ذهنى نظرية الالتزامات عند الرومان طبعة ١٩٢٣ ص ٣ والدكتور عمر مدوح القانون الرومانى طبعة ١٩٦٦ ص ٤٠٣ .

وقد انتهت القوانين الحديثة الى ادراك أن هذه السلطة حتى فى صورتها المخففة تتنافى مع مايجب لشخص الانسان من حرمة . ومن ثم قررت أن يكون مال المدين لا شخصه هو المسئول عن الوفاء بالتزامه . (١)

ماهية الالتزام :

كان القانون المدنى القديم يعرف الالتزام فى المادة ١٤٤/٩٠ بقوله (٢) : " التعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شئ معين او بامتناعه عنه " (٣) . وعلى ضوء هذا التعريف درج كثير من الفقهاء على تعريف الالتزام بانه رابطة بين شخصين تأثرا بالنزعة اللاتينية - واهتماما بالجانب الشخصى للالتزام . "Theorie obligation".

تطور النظرة الى الالتزام :

وقد تطورت النظرة الى الالتزام وأصبحت الفكرة فيه لا تقف عند الرابطة الشخصية بل تنظر الى محل الالتزام وهو العنصر الاساسى وتجرده من الرابطة الشخصية حتى يصبح

---

(١) دكتور أحمد حشمت ابو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد - جـ ١ ص١٥ فقرة ١٨ - والدكتور عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية الكتاب الأول ص ٧ .

(٢) انتقد الفقه تعريف المادة ١٤٤/٩٠ للالتزام لانه استعمل لفظ التعهد بدلا من لفظة الالتزام التى هى أدق لأن التعهد ينصرف الى الالتزام الذى مصدره العقد دون غيره من المصادر الاخرى فى حين أن الالتزام كما يشمل العقد يشمل غيره من المصادر التى تنشأ بأمر القانون من غير رضا ولا اختيار من قبل الانسان كما أن هذا التعريف لم يذكر من محل الالتزام الا القيام بعمل والامتناع عن عمل . وأهمل الالتزام باعطاء شئ . كما يلاحظ ان تعريف الالتزام بانه رابطة او علاقة قانونية تعريف محل نظر لأن الالتزام واجب على المدين ينشأ نتيجة الرابطة التى كانت أو ستكون بينه وبين الدائن فالرابطة تدخل ضمن مصادر الالتزام وليست هى جوهر الالتزام - راجع هذه الانتقادات فى : دكتور أحمد حشمت ابوستيت - نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد - جـ ١ فقرة ٦ هامش ٣ - دكتور سليمان مرقس مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ ص ١١ والدكتور محمد سامى مازن التعهدات والالتزامات الطبعة الأولى ١٩٢٣ ص ١ والدكتور عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ٨ ، ٩ هامش ١) .

(٣) راجع فى تعريف الالتزام بأنه رابطة : دكتور جمال زكى مصادر الالتزامات طبعة ١٩٦٦ ص ١ والدكتور عبد المنعم البدراوى مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٥ ص ٩ . والدكتور عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى ص ١١ ، ١٢ طبعة ١٩٧٤ دار النهضة العربية - بيروت .

الالتزام عنصرا ماليا ينفصل عن شخص الدائن وعن شخص المدين ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا المعبرة فيه بقيمته المالية وهذه هي النظرية المادية للالتزام Theorie obligation.[1] .

وعلى ضوء الاتجاه السابق عرف الالتزام بأنه[2]: " حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين ينقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل[3] .

---

(١) الدكتور عبد الرازق السنهوري الموجز في النظرية العامة للالتزام — ص ٧ .

(٢) دكتور عبد الرازق السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني — جـ١ ص ١١٣ فقرة ١٤ طبعة ١٩٥٢م .

(٣) وقد جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع التنقيح بأنه : " كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من روابط القانون ولاسيما أن هذا التعريف هو الذي ورد في التقنين المصري الحالي مادة ١٤٤/٩٠ بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع برأي معين في مسألة حظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية انما هو اعتناق للمذهب الشخصي مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث وقد آثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيدا لهذه النزعة الحديثة وهي بعد نزعة الشريعة الغراء في تصويرها لفكرة الالتزام . ويراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أهمل في التعريف اهمالا تاما ولم يذكر الا المدين وهذا وجه آخر من وجوه التصوير المادي للالتزام فالالتزام مجردا من الدائن مرتبطا بالمدين وحده انما يكون عنصرا سلبيا من عناصر الذمة المالية ، أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل فمن الميسور عملا تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التي يمكن أن تثار في هذا الصدد على أن الطابع الشخصي لم يهمل اهمالا تاما فالالتزام كما هو مذكور في التعريف يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين ومؤدى ذلك أن لكل التزام مدينا يعتبر شخصه عنصرا جوهريا من عناصره وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام " . راجع مشروع تنقيح القانون المدني المذكرة الايضاحية جـ٢ ص ٢٠١ وزارة العدل وراجع كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩ .

ولم يورد التقنين المدني الحديث كما هو الشأن في التقنين الفرنسي تعريف للالتزام حيث رؤى ان التعريف ليس من مهمة المشرع بل من عمل الفقيه ، وقد دلت الاعمال التحضيرية على اتجاه واضعي التقنين فيما يتعلق بتعريف الالتزام فيسرت بذلك مهمة الفقه الذي استعمل عبارة " حالة قانونية " أو " وضع قانوني " أيها واللتان سادية في التعريف " (١) .

الالتزام يقابل الحق الشخصي :

والالتزام على الوجه السابق بيانه هو واجب المدين الذي يقابل حق الدائن الذي يسمى " الحق الشخصي " بل ان اصطلاح الالتزام كما يطلق على واجب المدين تطلق أيضا على العلاقة كلها بين الدائن والمدين وكذلك فاصطلاح الحق الشخصي كما يطلق على سلطة الدائن يطلق أيضا على العلاقة كلها (٢)

عنصري الالتزام في الشريعة والقانون :

ترجع أصول فكرة تحليل رابطة الالتزام بصفة عامة للدراسات القديمة وبخاصة في القانون الروماني ويرجع الفضل الى الفقه الالماني في جلاء هذين العنصرين كما يدل تاريخ الالتزام في القانون الروماني على أن عنصري الالتزام لم ينشأ معا في وقت واحد بل كان كل منهما ينشأ باجراء مستقل عن الآخر ثم أصبحا ينشآن معا بعمل واحد (٣)

وقد نشأت فكرة الالتزام من اجتماع عنصري المديونية والمسئولية وعنصر المديونية "devoir" وهو العنصر الرئيسي في الالتزام اذ لا يوجد بدونه ، عبارة عن الواجب الذي يقع على عاتق المدين في القيام باداء معين resdebita prestation سواء كان اعطاء ام عملا ام امتناعا عن عمل لصالح الدائن وتقضي مديونية المدين بالوفاء الاختياري سواء قام به المدين بنفسه أم بأداء الغير عنه .

---

(١) راجع في تعريف الالتزام وفق هذا الاتجاه دكتور سليمان مرقس مصادر الالتزام — ج ١ ص ١٥ فقرة ١٥ طبعة ١٩٦٠ والدكتور انور سلطان في النظرية العامة للالتزام الطبعة ٢/ ١٩٥٨ ص ١٧ والدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات في مصادر الالتزام ٧١/ ٢ ١٩٧٢ ص ٢ والدكتور اسماعيل غانم مصادر الالتزام طبعة ٦٦ ص ١٢ فقرة ٤ .

(٢) دكتور منصور مصطفى منصور نفس المرجع السابق ص ٤ .

(٣) دكتور صوفي حسن ابو طالب القانون الروماني — احكام الالتزام ص ٤ طبعة ١٩٦٥م .

أما عنصر المسئولية facture engagement haftuung. فهو يتلخص في امكان اجبار المدين على الوفاء عندما لا يقوم به من تلقاء نفسه وهذا الاجبار لا يقع على شخص المدين بل على ماله [1] والصورة المثلى للالتزام هي التي تتضمن العنصرين معا . على أنه قد يتخلف عنصر المسئولية فيوجد الدين في ذمة المدين ولا يمكن جبره على الوفاء .

وفي الفقه الاسلامي يتكون الالتزام من عنصرين هما : "المديونية" ومفادها شغل ذمة المكلف بالدين "المطالبة" ومفادها الزام الشارع له بالوفاء ، وعنصر الطلب هو الذي يظهر ان الالتزام يتضمن ارتباطا بين شخصين - وهذا الارتباط يسميه الفقهاء بالمطالبة ولذلك نجدهم يطلقون في الغالب على الملتزم له لفظ "الطالب" وعلى الملتزم لفظ "المطلوب" [2]

وعلى ذلك يمكن تقرير أن عنصري الالتزام قد تقررت فكرتهما في كل من الشريعة والقانون فعنصر المديونية يقابله الدين في الفقه الاسلامي ، وأما عنصر المسئولية فيقابله اصطلاح المطالبة الذي يحتوي في مضمونه فكرة الزام المكلف بما التزم به ومسئوليته عنه وبذلك يقترب المفهومان في تلك الناحية .

---

(١) دكتور احمد حشمت ابو ستيت نظرية الالتزام طبعة ٥٤ جـ ١ ص ١٩ فقرة ١٥ .

(٢) الدكتور شفيق شحاته النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ص ١٦٧ فقرة ٢٧٩ .

المطلب الثانى

التعريف بالالتزام فى الشريعة الاسلامية

يطلق الالتزام لغة :

ويراد به الاحتباق أى جعل الشيء في المنسق ، يقال : التزمته أى اعتنقته اى جعلته فى عنقى والتعبير مجازى (١)

وفى اصطلاح الفقهاء :

لم يصطلح فقهاء الشريعة الاسلامية على تعريف موحد للالتزام بل استعملوا الكلمة استعمالا لغويا محضا يحدد معناها عند الاستعمال مكانها من الكلام ومقامها فيه وما يحيط بها من قرائن ، كما استعمل الفقهاء لفظ الحق ، وهو احد شقى الالتزام والمراد به جميع الحقوق المالية وغير المالية فيقولون حق الله وحق العباد (٢) او حقا بعينه مثل حقوق الارتفاق او ماينشأ عن العقد من التزامات غير احكامه ، فحكم عقد البيع مثلا نقل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن ، ويفرقون بين حكم العقد وحقوقه بقولهم : " حكم العقد كما يؤخذ من عبارات الفقهاء الاثر المترتب على العقد الثابت لكل من العاقدين قبل الآخر بموجب الشارع ، واما الحقوق فالمراد بها كل مايتعلق بتنفيذ أحكام العقد وثمراته التى وضع لها " (٣)

وعلى هذا فاستعمال الفقهاء لكلمة الالتزام يتناول عددا من الروابط التى تتمايز بموضوعاتها واحكامها تمايزا لم يرمه الفقهاء ادماجها فى وحدة تنتظمها جميعا ويكون لها اسم خاص يدل عليها فاشتراكها فى بعض الأحكام يصاحبه اختلافها فى كثير من الأحكام الأخرى .

---

(١) راجع أساس البلاغة للزمخشري ص٤٥٦ طبعة ١٩٦٥ دار صادر للطباعة والنشر بيروت والمصباح المنير ـ ج ٢ ص٢٧ ليقال لزم الشيء يلزم لزوما ثبت ودام ويتعدى بالهمزة فيقال الزمته اى اثبته وادمته ، ولزم المال وجب عليه ولزمه الطلاق وجب حكمه وهو قطع الزوجية والزمته المال والعمل وغيره فالزمته ، ولازمت الغريم ملازمة و لزمته ايضا تعلقت به ولزمت به كذلك والتزمته اعتنقته فهو ملتزم " .

(٢) شرح التوضيح على متن التنقيح لصدر الشريعة الجزء الثانى ص ١٥١ ، وراجع الدكتور محمد حسن قايد اصول الفقه ص ٧ والدكتور أحمد فهمى ابو سنه بحث بعنوان : "نظرية الحق" فى كتاب الفقه الاسلامى اساس التشريع ـ لجنة تجليد مبادئ الشريعة الاسلامية طبع المجلس الأعلى للشئون الاسلامية ١٩٧١ ص١٧٧م .

(٣) دكتور محمود شوكت العدوى ـ نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ص ٨١ .

ويمكن القول بعد استقراء استعمالات الفقهاء للفظ الالتزام ، انه يطلق على عدد من الروابط المتمايزة ومنها :

أولا : الالتزام بالدين :

يعبر عن الالتزام بالدين في الشريعة الاسلامية بلفظ "الدين" وهو التزام محله مبلغ من النقود او جملة من الاشياء المثلية في الكثير الغالب وقد يكون في بعض الأموال القيمية اذا كانت متماثلة منضبطة كما هو جار في السلم .

وقد عرف الفقهاء الدين بانه "وصف شرعي يظهر اثره في المطالبة بما يقتضيه"(١). وهذا التعريف يشمل جميع ما يثبت في الذمة سواء كان مالا أو عملا من الأعمال كالصلاة ونحو ذلك كما عرفه صاحب فتح القدير بقوله : "الدين اسم لمال واجب في الذمة"(٢). وعرف ابو حنيفه الدين بأنه "الاداء الشاغل للذمة" فهو عنده فعل من الأفعال والدليل على ذلك وصفه بالوجوب والوصف بالوجوب انما هو للأفعال .(٣)

وقد عرف صاحب مرشد الحيران الدين في المادة ١٦٨ بقوله: "هو ما وجب في ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب" . وهذا النص منتقد لان مصادر الدين تزيد عن ذلك وقد يكون سببا الالتزام بالدين هو الشرع ذاته كما في الالتزام بالنفقة ومحله عادة شيء من النقود ، فهو دين تعلق بالذمة مما يجعل هذا النص منتقدا (٤)

ثانيا : الالتزام بالعين :

والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها او تمليك منفعتها ، او تسليمها ، او حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود كما في عقود تمليك الاعيان مثل البيع أو منفعة دار او تسليم عبد أو حفظ حيوان ، وكما في الالتزام بالمحافظة على الرهن كما في عقد الوديعة بالنسبة الى الوديع والرهن بالنسبة للمرتهن وكما في الكفالة بتسليم العين .(٥)

---

(١) العناية ـ للبابرتي ـ جـ٥ ص ٤٤٤ . تبيين الحقائق للزيلعي ، جـ٤ ص ١٧١

(٢) الكمال بن الهمام . فتح القدير ـ جـ٥ ص ٤٣ .

(٣) الكمال بن الهمام ـ جـ٥ ص ٤١٩، ٤٢٠ والعناية على الفتح نفس المكان السابق .

(٤) دكتور عبد الرازق السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ١ ص ١٥ طبعة ١٩٦٧م .

(٥) راجع في ذلك نهاية المحتاج للرملي ـ جـ٣ ص ٣٩٨ وقليوبي وعميره جـ٢ ص ٣٢٣ طبعة دار احياء الكتب العربية ، وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار جـ٤ ص ٢٤٩ الطبعة الثالثة ١٢٩٩ هـ .

ثالثا: الالتزام بالعمل :

واما الالتزام بالعمل فهو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد ايجار ، وقد تكلفت كتب الفرع ببيان الشروط التي يجب أن تتوافر في المعقود عليه في كل عقد على حدة (١)

رابعا: الالتزام بالتوثيق :

والالتزام بالتوثيق محله ضمان التزام آخر كعقد الكفالة ، وقد يكون الالتزام المكفول به التزاما بالدين ، أو التزاما بالعين ويدخل في ذلك الالتزام بالتسليم ، وهنالك الكفيل بالنفس والمكفول به في هذه الحالة هو احضار المكفول وتسليمه للمكفول له (٢) .

خامسا: الالتزام بالاسقاط :

وقد يكون الالتزام بالاسقاط كما في الموقف يسقط به الانسان ملكه ، وكما في الابراء يسقط به الانسان حقه .

وهذه الأنواع في مجملها تمثل ضروبا من الالتزام يختلف بعضها عن الآخر ، وهي بما عليه من تنوع واختلاف تخرج عن الخضوع لضابط موحد كما فعل فقهاء القانون ، وكما يفهم منها ان الالتزام يفيد وجوب الشيء كما تفيد وجوده وجود علاقة ورابطة بين الملتزم والملتزم له (٣) .

---

(١) دكتور محمود شوكت المدوي نفس المرجع السابق ص ١١٣ .

(٢) راجع في ذلك جواهر الاكليل للشيخ الأزهري جـ٢ ص ١٠٩ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - جـ٣ ص ٢٩٦ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ والمغني والشرح الكبير جـ٥ ص ٧٠ طبعة المنار ١٤٣٧ هـ وراجع أيضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ١ ص ١٥ ، ١٦ ، ١٧ طبعة ١٩٦٧ وعبد العزيز أبو غنيمة الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ص ٤٩٣ ٤٩٤ الطبعة الأولى ١٩٧٢م .

(٣) راجع في هذا المعنى مقالا بعنوان : " المعاملات في الشريعة الاسلامية لصالح بكير: مجلة الأزهر - المجلد العشرون ص ٦٣ .

اتجاهات الفقهاء في التعريف بالالتزام في الفقه الاسلامي :

نظرا لأن اصطلاح الالتزام في الفقه الاسلامي يصدق على عدد من الروابط القانونية كما سبق ، فنايسر بذلك مفهوم الاصطلاح في الفقه الغربي ، وتحت تأثير انتشار نظرية الالتزام في القانون الوضعي في البلاد العربية والاسلامية ، حاول بعض الفقهاء التعريف بالالتزام في الفقه الاسلامي واتجهوا في ذلك الى عدة اتجاهات :

١ — الاتجاه الأول :

وفية محاولة للتقريب بين الالتزام في الفقه الاسلامي ، والالتزام في الفقه القانوني يفهم ذلك من قول بعضهم : " يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين معنى خاص ، ومعنى عام ، فتعريفه بمعناه الخاص : هو ايجاب الانسان شيئا من المعروف على نفسه مطلقا او معلقا .

وتعريفه بالمعنى العام وهو المراد هنا : " ايجاب الانسان أمرا على نفسه اما باختياره وارادته من تلقاء نفسه ، واما بالزام الشرع اياه فيلتزمه لأن الشرع الزمه به امتثالا وطاعة لأمر الشرع " (١) وهذا التعريف كما يرى بعض الباحثين (٢) محل نظر لأن الالتزام الشرعي لايصدق الا على ما أسماه صاحب هذا التعريف بالمعنى الخاص للالتزام كما أنه يتضمن محاولة للتقريب بين الفقهين الاسلامي والوضعي فيما يتعلق باعتباره الارادة الانسان موجبة للالتزام وقد أشار صاحب هذا الاتجاه الى التعريف القانوني للالتزام فانه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل وقال بعد ذلك أن مآل التعريفين شرعا وقانونا واحد لأن التزام كل منهما لايخرج عن كونه فعلا ايجابيا او كفا (٣) .

٢ — الاتجاه الثاني :

ويقوم على أساس البحث عن اصطلاح في الفقه الاسلامي يستوعب فكرة الالتزام القانوني ولو لم يكن هو اصطلاح الالتزام ذاته ومن اصحاب هذا الاتجاه الدكتور

---

(١) الشيخ أحمد ابراهيم بمذكرة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامي ص ٢١ .

(٢) دكتور عبد الناصر العطار : نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية ص ٢٠

(٣) الشيخ احمد ابراهيم بمفصل المرجع السابق ص ٢٢ .

السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي حيث يقرر " اننا اذا اردنا أن نورد تعبيرا فقهيا يقابل لفظ الالتزام بالمعنى المعروف في الفقه الغربي وجب ان نستعمل تعبيرين هما الالتزام والضمان ولا نكون بعد ذلك قد استنفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ من مصادرها المختلفة (١) .

وهذا القول فيه محاولة للبحث عن اصطلاح في الفقه الاسلامي يستوعب فكرة الالتزام بمعناه القانوني — غير أن هذه المحاولة قد تجاهلت عنصرا هاما يجب أن يسود في نطاق البحث المقارن ، وهو استقلال الفقه الاسلامي في بنائه نظرياته ، وانفراده بالاصطلاحات والتعبيرات التي تؤدي هذا المعنى . ثم اننا لو دققنا النظر لوجدنا أن معنى الالتزام يمكن ان يتسع ليشمل كافة ما يشغل ذمة الانسان : " فالزام الشارع للمكلف موجود في حالتي الالتزام والضمان اذ في كل منهما شغل ذمة المكلف من قبل الشارع الذي يرتب ذلك على أسباب معينة ومنها الالتزام وموجبات الضمان .

٣ — الاتجاه الثالث :

يطرح هذا الاتجاه اقتراحا يعتمد على الرجوع الى الصياغة الفنية الغربية وتفرقتها بين الالتزام والالزام . ويقرر اننا لو عدنا الى ذلك لوجدنا تفسيرا معقولا للأفكار القانونية المختلفة يستوجب الأخذ بفكرة الالتزام الشرعية لأن تعبير الالتزام هو التعبير الذي يجمع سائر ما يلزم الشارع به الانسان ويندرج تحت ذلك ما يتنشأ عن القانون والعمل المشروع والعمل غير المشروع من الزامات وليس الضمان الا صورة من صور الالزام ، أما تعبير الالتزام فهو التعبير الذي يجمع ما يوجبه الشخص على نفسه باختياره من الأمور الجائزة شرعا ، وعلى ضوء ذلك يعرف احد الباحثين الالتزام بأنه : "ايجاب الشخص على نفسه امرا جائزا شرعا " ويعني هذا التعريف ان الالتزام فيه معنى شغل ذمة المكلف الذي لا يعتد الشارع به الا اذا وافق قواعده ، وهذا من مقومات الالتزام الصحيح . (٢)

---

(١) الدكتور عبد الرازق السنهوري — مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ ١ ص ١٠٩

(٢) الدكتور عبد الناصر العطار نفس المرجع والمكان السابقين .

وهذا الاتجاه وان كان قد ادرك جانبا كبيرا من جوانب حقيقية الالتزام ، الا أن الالزام ليس مصدرا مستقلا بذاته مقابلا للالتزام ، بل هو أحد عناصره ، فالزام الشارع للانسان موجود في حالتي الالتزام والضمان ، ويمكن ايراد هذه الفكرة بتعبير آخر وهو أن الزام الشارع للانسان موجود في حالتي الالتزامات الارادية وغير الارادية .

وكما يقرر احد الباحثين أنه من الأصول المقررة في الفقه الاسلامي أن لا الزام بدون التزام ، فالالزام وسيلة يقتصد ورها على تحقيق علاقة المديونية التي هي بمنزلة الغاية ، ومن ثم كان لايتصور وجود الالتزام بدون الزام . (١)

والاصل ان يقع التصرف لمن قام به سواء قام به بارادته او بعمله المادي ، وهذا ماتعنيه الآيات الكريمة في قوله تعالى : " ولا تزر وازرة وزر أخرى " (٢) وقوله تعالى : " لايكلف الله نفسا الا وسعها لها ماكسبت وعليها ماكتسبت " (٣) .

تقويم هذه الاتجاهات الثلاثة :

على أن أهم مايؤخذ على هذه الاتجاهات الثلاثة ، انها تبحث عن مفهوم للالتزام في الفقه الاسلامي بعيدة عن أصوله وملتمسه ذلك من الدراسات الوضعية تارة فتبتدئ بها او تنتهي اليها او من الصياغة اللغوية لكلمة الالتزام في اللغة العربية تارة أخرى وهي وحدها لاتعطي المفهوم الكامل .

ولو عدنا الى أصول الشريعة لوجدنا فيها أساسا خصبا يمكن أن يعطي مفهوما صادقا لفكرة الالتزام الى حد كبير ، وهذا ما سنحاوله باذن الله والله المستعان .

---

(١) د . عبد العزيز ابو غنيمة — المرجع السابق ص ٧ .

(٢) سورة الأنعام آية ١٦٤ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٨٦ .

تأصيل فكرة الالتزام في الفقه الاسلامي :

تعتمد فكرة الالتزام على مبدأ جوهري هو شغل ذمة المكلف من قبل الشارع سبحانه وتعالى الذي يرتب ذلك على أسباب معينة ، وهذه الأسباب قد يكون لارادة الانسان فيها دور فيكون السبب ارادياً وقد لايكون لارادة المكلف فيها دور فيكون سبب الالتزام غير ارادي .

ولو عدنا الى أصول الشريعة وبحثنا عن فلسفة الالتزام لوجدنا أنه أثر لخطاب الشارع سبحانه وتعالى الذي فصل الأحكام بين الحلال والحرام ، ذلك ان الحكم سواء كان شرعياً أو وضعياً انما هو من قبل الله سبحانه وتعالى الذي خلق الانسان وجعله محل امانته واكرمه بالذمة والعقل وشرفه بالتكليف وجعله أهلا لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه في جميع الفروع سواء منها مايتعلق بالعبادات أو المعاملات فذمة الانسان صالحة لان تتعلق بها ، وتضاف اليها وتتحقق المطالبة بها من خلالها .

ولما كان الالتزام أثر الخطاب الشارع فان النظرة اليه يجب أن تكون من خلال هذا المنظور لمعرفة أسبابه وآثاره المترتبة عليه .

أقوال الفقهاء تبرز هذه النظرة :

"ومن هذا المنطلق يقرر الفقهاء أن العقود وهي تتم بارادة الانسان وتتكون منها أسباب جعليه يرتب الشارع عليها الأحكام [1] فقد جعل الله التصرفات المشروعة كالبيع والنكاح ونحوهما أسبابا للاختصاصات الشرعية المترتبة عليها [2] يقول سعد الدين التفتازاني [3] : " واعلم أن من الأحكام ما هو أثر لأفعال العباد كالملك في البيع والحل في النكاح والحرمة في الطلاق وهذه تسمى الاختصاصات الشرعية فسببها الافعال التي هي آثارها وهي التصرفات المشروعة كالايجاب والقبول مثلا . "

---

(١) دكتور محمد يوسف يوسف الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ص١١ الطبعة الأولى ١٩٥٢م .

(٢) التوضيح على متن التنقيح للقاضي صدر الشريعة جـ ٢ ص ١٤٤ .

(٣) التلويح في كشف حقائق التنقيح جـ ٢ ص١٤٤

ويقول القاضي صدر الشريعة: "أعلم أن مايترتب عليه الحكم ان كان شيئا لايدرك العقل تأثيره ولا يكون بصنع المكلف كالوقت للصلاة يختص باسم السبب وان كان بصنعه فان كان الغرض من وضعه ذلك الحكم كالبيع للملك فهو علة ويطلق عليه اسم السبب ايضا مجازا (١)".

فالله سبحانه وتعالى جعل التصرف سببا للحكم وطريقا يصل بسالكه الى ماترتبه الشارع على سلوكه من نتائج والتزامات وعلى هذا فالربط بين السبب والمسبب يتم بصنع الله وارادته وانما كان حكم العقد من عند الله كي لايبغي الناس بعضهم على بعض انسياقا وراء رغباتهم المختلفة التي قد تؤدي الى الغبن والغرر والتنازع والضغينة (٢).

نظرة الفقهاء الى الحق تؤكد هذا المعنى:

وقد اعتبر الفقهاء على هذا حقوق الافراد وهي أحد جانبي الالتزام ليست حقوقا طبيعية ولكنها منح الهية تستند الى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية فلايوجد حق شرعي من غير دليل عليه. ولذلك نراهم يقولون: "والمراد بالحق حكم يثبت" (٣) "وانه مصلحة مستحقة شرعا" (٤) وهذا يقيد بكل وضوح ان الحق يثبت من قبل الشارع لأن هذا هو مفهوم كلمة حكم عند الشرعيين (٥).

ومادام الحق هو الحكم الثابت فان المثبت للحقوق يداهة هو الشارع وليس لأحد معه تشريع في أي ناحية، والشريعة الاسلامية باعتبارها خاتم الشرائع جاءت بالكثير من النظم المدنية حماية للحقوق وتقديسا لها وأوصلتها بارادة الله سبحانه وتعالى، فمصدر الحق في الفقه الاسلامي هو الشارع بأحكامه التي نصطلحها والتي وضع الامارات ليستنبطها الفقهاء بالرأي، واذا كان مناط الالتزام هو شغل ذمة المكلف من قبل الشارع فان ذلك يستدعي بيان الذمة، واساسها الشرعي، وتعلق الالتزامات بها:

---

(١) نفس المرجع السابق ص١٤٥

(٢) دكتور محمود شوكت العدوي نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ص١٢١

(٣) محمد سلام مدكور المدخل للفقه الاسلامي ص٤٢١ طبعة ١٩٦٩ ومحمد الكلام الفصل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٧٠ ص٣٥٠.

(٤) الشيخ الخفيف: مذكرات عن الحق والذمة لطلبة الدراسات العليا ص٣٦.

(٥) راجع في معنى كلمة "حق" معجم الفاظ القرآن الكريم اعداد مجمع اللغة العربية ج١ ص٢٧٧ — الهيئة المصرية العامة للكتاب.

التعريف بالذمة في الفقه الاسلامي وأساسها الشرعي :

الذمة : لغة هي العهد [١] وقد تطلق بمعنى آخر فيقصد بها الوفاء الذي يعني الديون او الذي يكون به الشخص مستعدا للالتزام بالدين [٢] .

وفي اصطلاح الفقهاء : تعددت تعريفاتهم للذمة .

عرفها صدر الشريعة بأنها : "وصف يصير به الانسان أهلا لما له وعليه" [٣] وعرفها ابن عابدين بقوله : " الذمة وصف شرعي به الأهلية لوجوب ماله وما عليه" [٤] وعرفها البخاري صاحب كشف الأسرار بأنها شرط : عبارة عن وصف يصير الشخص به أهلا للايجاب والاستيجاب بناء على العهد الماضي [٥] وفسرها فخر الاسلام البزدوي بانها : نفس ورقبة لها ذمة وعهد [٦] وقد عرفها القرافي من المالكية بانها : معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالزام والالتزام ، ثم استطرد يقول : وقد جعل الشارع ذلك مبنيا على أشياء خاصة كالبلوغ والرشد وعدم الحجر — فمن اجتمعت فيه هذه الشروط رتب الشارع عليها تقدير معنى فيه يقبل الزامه بأرش الجنايات واجر الايجارات واثمان المبيعات ونحو ذلك من التصرفات فاذا التزم شيئا اختيارا من قبل نفسه لزمه [٧] .

وعرفها الشافعية بقولهم : ان الذمم هي تقدير أمر في الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له [٨] وعرفها الشربيني الخطيب بقوله : الذمة شرط معنى قائم بالذات يصلح للالزام والالتزام . [٩] .

وعند الحنابلة : هي وصف يصير به المكلف أهلا للالزام والالتزام [١٠] .

---

(١) أساس البلاغة للزمخشري ص٢٠٧ طبعة ١٩٦٥ بيروت والمعجم الوسيط — ج ١ ص ٣١٥ والمنجد ص٢٣٧ .

(٢) د . صفيق شحاته النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ص١٩١ فقرة ٢٦٣

(٣) التوضيح لصدر الشريعة ج ٢ ص ١٦١ والتلويح على التوضيح للتفتازاني ، نفس المكان السابق .

(٤) حاشية ابن عابدين — ج٤ ص٢٤٦ .

(٥) البخاري كشف الأسرار على أصول البزدوي — ج ٤ ص ٢٣٨ .

(٦) اصول البزدوي مع كشف الأسرار — ج ٤ ص ٢٣٩ .

(٧) القرافي : الفروق — ج٣ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ .

(٨) ابن عبد السلام قواعد الاحكام ج ٢ ص٩٦ طبعة الاستقامة بالقاهرة .

(٩) الاقناع ج ٢ ص ٢ .

(١٠) البهوتي : كشاف القناع — ج٢ ص ١١٧ طبعة ١٣٥٩ هـ وقد عرفها سليم باز شارح المجلة بأنها : وصف صار به الانسان مكلفا ، راجع المجلد الاول ص١٠ الطبعة الثانية سنة ١٨٩٨ هـ .

الأساس الشرعي للذمة في الفقه الاسلامي :

نظرا لما وقع في كلام بعض الفقهاء من أن الذمة أمر لا معنى له ، وأنه لا ضرورة تدعوا الى افتراض وجودها ولا حاجة اليها في الشرع وأنها من مخترعات الفقهاء ، فقد حرص الفقهاء على بيان الأساس الشرعي للذمة واقامة الدليل على ثبوتها وقد رد على مفكريها البخاري صاحب كشف الأسرار ردا عنيفا حيث وصفهم بأنهم لم يشموا رائحة الفقه[1] ومن المهم بيان ذلك :

استدل الفقهاء على وجود الذمة وثبوتها بما يأتي :

أولا : من القرآن الكريم :

(١) قول الله تعالى : " وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم واشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى شهدنا على أنفسنا "[2] .

ووجه الدلالة في هذه الآية ان الله أخبر فيها عن عهد جرى بينه وبين بني آدم بعد أن اخرجهم بعضهم من بعض ، ثم استنطقهم فأقروا بواحدانيته وربوبيته ثم أشهدهم على ذلك العهد ، والاشهاد دليل على انهم مؤاخذون بموجب اقرارهم من ادائهم حقوق يجب للرب تعالى على عباده ، فلا بد لهم من وصف يكونون به أهلا للوجوب عليهم ، فيثبت لهم الذمة بالمعنى اللغوي والشرعي[3]

(٢) قول الله تعالى : " وكل انسان الزمناه طائره في عنقه[4] " يقول القاضي صدر الشريعة : " كان العرب ينسبون الخير والشر الى الطائر فان مر سانحا يتيمنون به وان مر بارحا يتشاءمون به فاستعير الطائر لما هو في الحقيقة سبب للخير والشر وهو قضاء الله تعالى وقدره ، وما قدر للعبد بمنزلة طائر يطير اليه من عش الغيب ووكر القدر[5] والمعنى الزمناه ما قضى له من خير وشر والزمناه عمله لزوم القلادة أو الغل للعنق اى لا ينفك عنه أبدا فدلت الآية على لزوم العمل للانسان ، ومحل ذلك اللزوم هو الذمة لقوله في عنقه استعار العنق

---

(١) كشف الأسرار — جـ٤ ص٢٣٨

(٢) سورة الأعراف آية ١٧٢ .

(٣) كتاب التوضيح لصدر الشريعة جـ ٢ ص ١٦٢

(٤) سورة الاسراء آية ١٣

(٥) التوضيح لصدر الشريعة جـ ٢ ص١٦٣ ، وللتفتازاني — التلويح جـ٢ ص١٦٣ .

لذلك الوصف المعنوى الذى به يلزم التكليف لزوم القلادة أو الغل للعنق .

(٣) قول الله تعالى : " وحملها الانسان " (١) . وهذه الآية تدل على خصوصية الانسان بحمل أعباء التكليف اى وجوبها عليه .

ومن هذه الآيات الثلاث يثبت ان هناك وصفا يصير به الانسان أهلا لما له وما عليه واذا كانت هذه الآيات تدل على ما على الانسان لا ماله فان الدلائل الدالة على ما للانسان بهذا الوصف كثيرة كقوله تعالى : " وما من دابة فى الأرض الا على الله رزقها " وقول الله تعالى : " خلق لكم ما فى الأرض جميعا " (٢) .

ثانيا : الاجماع :

فقد أجمع الفقهاء على ثبوت وصف للانسان يصير به أهلا لما له وما عليه وهو الذمة والقول بغير ذلك يعتبر خرقا لهذا الاجماع دون دليل عليه فيكون باطلا . واذا بطل ثبت أن للانسان وصفا هو الذمة . (٣)

ثالثا : العقل :

ومما يدل على وجود الذمة ان تقديرها فى الانسان أمر يوافق مقتضى العقل فليس مسوغ بالنسبة الى طفل أو مجنون ليس أهلا لأن يكلف ولا لأن يطالب وبخاصة اذا لم يكن له ولى الا يكون له ذمة تكون محلا لما يلزم به فيؤخذ من ماله ، فكيف يتصور عدم وجود الذمة فيه مع انه مطالب فى ماله بكثير من الحقوق كالنفقات وغيرها مما يثبت فى ذمته بعقد وليه أو بنص الشارع — ان توجيه المطالبة اليه يجبذ عقلا تقدير هذا المعنى فيه .

تلك هى الأدلة على ثبوت وصف الذمة وبيان أساسها الشرعى ومن أجل هذا اعتبرها بعض الباحثين حقيقة اعتبارية . (٤)

---

(١) سورة الأحزاب آية ٧٢ .

(٢) كتاب التوضيح لصدر الشريعة جـ ٢ ص ١٦٣

(٣) دكتور محمد حسن فايد أصول الفقه ص ٣٩

(٤) مصطفى الزرقا الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٠ ص ٢١٨ حيث عرف الذمة ، بأنها : محل اعتبارى فى الشخص تشغله الحقوق التى تتحقق عليه " . وراجع نفس المرجع ص ٢٢٢ فقرة ١٢٢ .

الذمة وتعلق الالتزامات بها :

ولما وضعت نظرية الذمة في الفقه الاسلامي على النحو السالف نظر الفقهاء الى الحقوق المختلفة من هذه الناحية فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعين ينصبان على عين معينة بالذات فأمكن أن يتعلق الحق بالعين .

أما الدين فمحله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، ومن ثم تعذر أن يتعلق بعين معينة بالذات فلم يبق الا تعلقه بالذمة اذ هي محل الحقوق والالتزامات جميعا فبرز التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس. (١)

ويترتب على تعلق الدين بالذمة دون العين ، دخول عنصر المطالبة واختصاصه به فيصير من خصائص الدين دون العين لأن الدين يطالب به ولا بد من وساطته في الوفاء ، أما الالتزام بالعين فلا يتعلق بالذمة بل يتعلق بعين معينة بالذات ، ثم هو لا يتضمن عنصر المطالبة فلا حاجة لوساطة الدين في الوفاء .

دخول عنصر المطالبة على العين :

على أن الفقهاء لم يلتزموا معيار التفرقة بين الدين والعين من حيث دخول عنصر المطالبة على الدين واختصاصه به بل قد يتعلق عنصر المطالبة بالعين كما في الكفالة حيث عرفها الفقهاء : بأنها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو دين أو عين (٢) ، فعنصر المطالبة قد تعلق بالعين وقد صرح الفقهاء بأن الكفالة كما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة بنفسها (٣) وأن الضمان يصرف شرعا بالمعنى الشامل للكفالة يقال على التزام الدين والعين والبدن (٤) .

على أن اختصاص الحق بعين معينة وتعلقه بها لا ينفي شغل الذمة به فالملتزم بتسليم عين ذمته مشغوله بهذا الالتزام ، فاذا هلكت العين فان الالتزام بها يتحول الى التزام بدين هو رد القيمة أو المثل (٥) وعلى هذا فلو أخذنا بمعيار التفرقة بين الدين

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ١ ص١٨ ، ١٩

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٤ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٣) البابرتي على شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٨٩ . وفتح القدير جـ٥ ص ٤١٥ — وبدائع الصنائع جـ ٦ ص ٨ ، ١٠ ومغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٠٢ ، وقليوبي وعميره جـ ٢ ص ٣٢٣ .

(٤) نهاية المحتاج للرملي جـ ٣ ص ٣٩٨ ، وشهاب الدين القليوبي قليوبي وعميره نفس المكان السابق .

(٥) وراجع في دخول عنصر المطالبة على العين : عبد العزيز ابو غنيمه الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ص ٢٩ حيث يكيفه بأنه "دين على عين" أو "دين تضمنه عين" . وراجع ص ٥٠٥ فقرة ٢٩٢ .

والعين وقلنا ان الدين من بين الالتزامات المتعددة هو الذي يتعلق بالذمة فان الالتزامات الأخرى تتعلق بالذمة اذا تحولت الى التزام بالدين يقول الكاساني (١) : " يطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة " وقد نقل عن أبي حنيفه رحمه الله تعالى أن حق المغصوب منه بعد هلاك المغصوب في القيمة لا في العين ، وذكر ابن سماعه في نوادره عن أبي حنيفه رحمه الله تعالى : لو أن رجلا ذبح شاة لرجل فأكلها فضمنه رجل تلك الشاه لم يكن عليه شاة عند أبي حنيفة لأنه ليس عليه شاه انما عليه قيمتها ، وكذلك كل شيء لم يتعاوضه الناس فيما بينهم فهو مثل الشاة في قياس قول أبي حنيفه (٢) .

لذلك يمكن القول أن الذمة في الفقه الاسلامي تتعلق بها جميع الالتزامات سواء كانت التزاما بدين أو التزامات أخرى وتحولت الى التزام بدين وهذا ما قرره أحد الباحثين بقوله : ان الالتزام شامل للالتزام بالدين والالتزام بالعين (٤) .

الالتزام والالزام :

والالتزام بمعناه الشرعي يتوقف على وجود الزام الشارع للمكلف الذي التزم بارادته واختياره أو بفعله الخالي منهما مما يمكن أن يتعلق به الضمان ، ولذلك يمكن القول أن الالزام يمثل أحد عنصري الالتزام (الدين والالزام) فالالزام يعود الى ارادة الشارع ويتعلق بالالتزام على اختلاف أسبابه الارادية وغير الارادية وهذا يعتبر أصل من الأصول المقررة في الفقه الاسلامي ويقول الشيخ الخفيف : " كل التزام تشغل به الذمة مرده الى الزام الشارع غير أن الزام الشارع قد يكون مباشرا أو منصبا على الملتزم به ابتداء وقد يكون مترتبا على سبب وعندئذ يضاف الى هذا السبب المباشر وان كان في النهاية مرده الى الزام الشارع وذلك كما في سائر أنواع الضمان فان الالزام فيها أوجبه الشارع عند وجود سببه "(٥) .

---

(١) الدكتور وهبه الزحيلي : نظرية الضمان في الفقه الاسلامي الطبعة الأولى ١٩٧٠ ص١١٣ دار الفكر بدمشق وقد نص على ذلك الكاساني

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٠

(٣) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص٢٩٢ الطبعة الثانية سنة ١٣١٠ هـ .

(٤) مصطفى الزرقا الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد الطبعة الرابعة ١٩٦٠ دمشق جـ ٢ ص٨٢ ، ٨٣ وراجع حاشية الشرقاوي على التحرير جـ ٢ ص١١٧ .

(٥) الشيخ علي الخفيف الضمان في الفقه الاسلامي القسم الأول ص١٤ ، ١٥ طبعة ١٩٧١م .

(٦) الشيخ علي الخفيف — الضمان في الفقه الاسلامي القسم الاول ص١٤ ، ١٥ طبعة ١٩٧١

ويقول البابرتى : " لا لزوم بدون التزام " ولا يقال الزام الحاكم بالبينة لمنكر الحق الزام بدون التزام ، لأن الحكم الظهار للالتزام لا الزام به[1] . واللزوم لازم الالتزام حيث أنه قد أورد العبارة فى نفس الموضع وهو بصدد الكلام عن شرط رضا المحال عليه بعلة أن الحوالة الزام بالدين ولا لزوم بدون الالتزام ، فالالزام بالدين لا يتحقق الا بعد الالتزام به فلا يطالب شخص بدين بدون الالتزام به أصلا[2] .

أسباب الالتزام فى الفقه الاسلامى :

واذا كان الالتزام يتمثل فى شغل ذمة المكلف من قبل الشارع ، فان ذلك لا يكون الا بناء على الاسباب الشرعية المختلفة وهذه الأسباب قد يكون مردها الى ارادة الانسان كما فى العقد والعهد (الارادة المنفردة) أو تكون غير ارادية[3] وذلك كما فى الحالات الموجبة للضمان فى الفقه الاسلامى ، فهذه الأمور أسباب للالتزامات وليست مصادر لها[4] وعلى هذا فان تسمية الفقهاء لتلك الأمور بالمصادر أى مصادر الالتزام أمر تنقصه الدقة الفقهيه ، لأن مصدر الالتزام انما هو نص الشارع الذى يربط بين الأسباب ومسبباتها وهذا هو ما أدركه فقهاء القانون حيث يقولون ان مصدر الالتزام هو السبب القانونى الذى أنشأه[5] .

تعريف الالتزام :

وعلى ضوء تلك المقدمات فانى أقترح وضع تعريف للالتزام مفاده أنه : " ترتيب الشارع شغل ذمة المكلف بالدين ابتداء أو مآلا على سبب ارادى أو جبرى "[6] والسبب الارادى هو ما تتجه اليه ارادة الانسان أما السبب الجبرى فيتمثل فى تلك الحالات التى لا تعمل فيها ارادة الانسان ، كالالتزام بتعويض نفقات الأقارب والتعويض عن الفعل الضار حيث يكون الفاعل مدينا شرعا لمن لحق به الضرر[7] .

---

(١) راجع فتح القدير ، جـ ٥ ص ٤٤٤ والبابرتى على الفتح نفس المكان السابق .

(٢) سعد جلبى ، شرح العناية على الهداية جـ ٥ ص ٤١٩ .

(٣) دكتور أحمد فهمى أبو سنه ، نفس البحث السابق ص ٢٠٠ .

(٤) دكتور مصطفى الزرقا الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ، جـ ٢ ص ٦٢ فقرة ٢٧ الطبعة الرابعة دمشق .

(٥) محمد كامل مرسى شرح القانون المدنى الجديد ، جـ ١ ص ١٦ فقرة ٨ طبعة ١٩٥٤ .

(٦) وقد عرفه مصطفى الزرقا بقوله : " كون شخص مكلفا شرعا بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره " المرجع السابق ص ٩ وعرفه صالح بن غانم بأنه " وجوب الوفاء بأمر " المرجع السابق ص ١٦ .

(٧) راجع فى هذا المعنى الشيخ أحمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص ٣٦ ، ٣٧ .

المبحث الثانـــى

تعدد طرفى الالتزام فى الشريعة والقانـــون

الالتزام البسيط والالتزام الموصوف :

الالتزام قد يكون بسيطا وقد يكون موصوفا ، والالتزام البسيط هو الذى لم يلحق به وصف يعدل من آثاره [1] أو الذى لم يلحقه وصف ما بمعنى أنه عبارة عن رابطة بين دائن واحد ومدين واحد وأن محله عمل واحد أو امتناع عن عمل واحد [2] ويكون مع ذلك منجزا بمعنى أنه واجب التنفيذ فور نشوئه .

ولكن الأمر لا يكون على هذه الصورة دائما ، فقد يلحق الالتزام أوصاف متعددة فى عناصره المختلفة ، وعناصر الالتزام ثلاثة :

١) رابطة قانونية Juris uinculum. تربط الدائن بالمدين .
٢) محل الالتزام object de l'obligation وهو الشىء الذى يلتزم المدين بأدائه للدائن .
٣) طرفا الالتزام sujet de lobligation وهما الدائن والمدين .

وهذه العناصر الثلاثة قد يلحق بها وصف modalité. يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار فيكون الالتزام موصوفا .

وهذا الوصف قد يلحق العنصر الأول من عناصر الالتزام رابطة المديونية فتعلق هذه الرابطة على شرط أو يتراخى نفاذها الى أجل .

وقد يتعلق الوصف بالركن الثانى من أركان الالتزام وهو المحل فلا يكون هذا المحل واحدا بل يتعدد pluralité dobjets. والتعدد اما أن يكون جمعيا (conjoint). او تخييريا alternatif . أو بدليا facultatif. .

---

(١) دكتور اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ص ٣٧١ طبعة ١٩٦٧م . والدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ٣ .

(٢) دكتور محمد لبيب شنب . دروس فى نظرية الالتزام ص ٣٥٧ طبعة ١٩٧٤م .

وقد يتصل الوصف بالعنصر الثالث من عناصر الالتزام فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما pluralitéde sujets. وتعدد كل من الدائن والمدين قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن Solidarité. على أنه قد يتعدد الدائن أو المدين في التزام غير قابل للانقسام .

فعند ذلك يكون لعنصر طرفي الالتزام أوصاف ثلاثة :

تعدد الطرفين في غير تضامن وتعددهما بطريق التضامن وعدم القابلية للانقسام وعلى ضوء ما سبق فان عنصر طرفي الالتزام قد يكون بسيطا ، وقد يلحقه وصف التعدد فيكون الالتزام متعدد الاطراف ، ويقترب مفهوم القانون من الشريعة في تلك النظرة ففي الفقه الاسلامي قد يلحق طرفي الالتزام وصف التعدد فيكون التزاما متعدد الأطراف سواء كان ذلك التعدد في جانب الدائنية بأن يتعدد المطالبون بالحق أو كان في جانب المديونية بأن يتعدد المطالَبون بالدين ، وقد لا يلحق طرفي الالتزام وصف التعدد فيكون الالتزام غير متعدد الأطراف أي يتم بارادة واحدة سواء كانت هذه الارادة منفردة ، أو كانت مرتبطة مع غيرها بحيث يتكون من مجموع الارادتين عقد من العقود .

وسوف نبحث ذلك في مطلبين :

المطلب الأول : الالتزام غير متعدد الأطراف في الشريعة والقانون .

المطلب الثاني : الالتزام متعدد الأطراف في الشريعة والقانون .

* * *

المطلب الأول

الالتزام غير متعدد الأطراف في الشريعة والقانون

الالتزام غير متعدد الأطراف هو الذي لم يتصل بعنصر الطرفين (sujet de lobligation). فيه وصفا تعدد ويبقى من هذه الناحية بسيطا ، بمعنى أنه عبارة عن رابطة بين دائن واحد ومدين واحد ، وفي الشريعة الاسلامية يكون الالتزام غير متعدد الأطراف اذا كانت الارادة المنفردة تلعب فيه دورا رئيسيا بحيث يتوقف عليها وجوده ، وسواء كانت هذه الارادة منفردة أو مرتبطة مع غيرها .

أولا: الالتزام بالارادة المنفردة :

قد يكون الالتزام غير متعدد الأطراف اذا كان يتم بارادة واحدة كما هو المقصود بالعهد، والعهد تعبير شخص عن إرادته في أن يثبت في حقه أثرا شرعيا في محل معين لصالح شخص آخر دون توقف على قبوله [1] ويقابل العهد في فقه القانون الارادة المنفردة والارادة المنفردة أو التصرف الانفرادي l'abte unilaterel. اصطلاح معروف في فقه القانون [2] ويقصد به أن تتجه ارادة شخص واحد الى احداث أثر قانوني أي تتجه هذه الارادة الى الالتزام بحكم قانوني ، فلا يوجد في هذه الحالة توافق ارادتين وانما تلتزم ارادة واحدة بعمل معين أو بامتناع عن عمل ، ومن أمثلة ذلك في الفقه الاسلامي الجعالة والابراء من الحقوق المجردة وفي الوصية على الجهات التي تتعين بأشخاص مادام الموصى قد مات مصرا على وصيته وكذلك الاسقاطات المحضة لأن الساقط لايعود كما يقرر الفقهاء .

على أن دور الارادة المنفردة لايقتصر على ذلك بل يتعداه الى مباشرة العقد من طرفين فتقوم بدوري الموجب والقابل ، وقد تكون طرفا في العقد أو بعيدة عنه ولما كان

---

(١) دكتور عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية ص٢٨٧.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري . الوجيز في النظرية العامة للالتزام ص ٥ مراجع الوسيط جـ ١ ص ١٤٤٤ ، ١٤٥٥ " حيث يرى أن كل التزام تنشئة الارادة المنفردة لابد أن يرد في نص قانوني ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر وهو الذي يعين أركانه ويبين أحكامه " .

فى ذلك الأمر خروج على نظام المعاملات ومساسا به لما ينتج عنها من تقابل فى الحقوق ومن مقتضى ذلك أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا ، مستلما ومسلما والحقان المتقابلان لا يقومان بشخص واحد [1] لذلك قيد الفقهاء ذلك بالتصرفات التى يؤمن فيها جانب هذا التعارض حين ينتفى جانب الشح والمماكسة كما فى النكاح مثلا حيث أجاز الفقهاء أن يتولى الواحد طرفى العقد ، أو حين يتوافر دواعى الشفقة والرحمة كما اذا ابتاع الأب مال ولده من نفسه على خلاف الأئمة فى ذلك [2] .

ثانيا : الالتزام بالارادة المرتبطة :

واذا كان الالتزام غير متعدد الأطراف يتم بالارادة المنفردة فانه أيضا يتم بالارادة المرتبطة مع غيرها بأن يكون للالتزام طرفان يوجب أحدهما ويقبل الآخر .

وعلى ضوء ذلك عرف الفقهاء الانعقاد بأنه : " تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل [3] فعقد البيع مثلا يرتبط فيه القبول بالايجاب على وجه يثبت للمشترى الملك فى المبيع ويثبت للبائع الحق فى الثمن [4] وسواء كان الالتزام بالارادة المنفردة أو المرتبطة فانه يكون بسيطا أى غير متعدد الأطراف فى كلتا الحالتين .

---

(١) الدكتور محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ الطبعة الأولى .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك : محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامى ص ٥٧٢ وما بعدها والدكتور محمود شوكت الحدوى نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ص ١١١ ، والشيخ على الخفيف مختصر احكام المعاملات الشرعية الطبعة الأولى ١٩٤٩ ص ١٣٤ ، ١٣٥ .

(٣) البابرتى : العناية على هامش فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤

(٤) دكتور عبد الناصر العطار ، عقد البيع فى الشريعة الاسلامية ص ٤٠

المطلب الثانـــى

" الالتزام متعدد الأطراف فى الشريعة والقانـــون "

صور تعدد المدينين :

التعدد وصف يلحق طرفى الالتزام ، فقد يتعدد الدائنون وقد يتعـــدد المدينون ، ونظرا لأن التعدد السلبى الذى يكون فى جانب المدينين هو الذى يتصل بموضوع الدراسة فاننا سوف نقتصر عليه ، ويتخذ تعدد المدينين صورا ثـــلاث : فقد يتعدد المدينون فى غير تضامن ، وقد يتعددون فى التزام لايقبل الانقســـام وقد يكون تعدد المدينين مع التضامن ، وسوف نلقى الضوء على هذه الصور الثلاث بشئ من التفصيل على النحو الآتى :

أولا : تعدد المدينين فى غير تضامن :

قد يتعدد المدينون فى الالتزام دون أن تربط بينهم رابطة خاصة تجعلهم متضامنين فى الوفاء بالدين ، ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام متعـــدد الأطراف (obligation conjointe). ويسميه البعض بالالتزام المتعدد البسيط[1] على حين أنهم فى فرنسا يعبرون عن هذا النوع من الالتزام بلفـــظ الالتزام المشترك (conjointe). وهو كما يرى بعض الفقهاء[2] تعبيـــر خداع يحسن تجنبه ، وقد يختلط باصطلاح الدين المشترك الذى يطلـــق على صورة خاصة من التضامن بين الدائنين يعرفها الفقه الاسلامى والتقنين المدنى العراقى[3] والأصل فى الالتزام المتعدد الأطراف عدم التضامن ولذلك تنـــص المادة ٢٧٩ مدنى على : " أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لايفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون " ، ويقابل هذا النوع من الالتزام فى الفقـــه

---

(١) دكتور عبد السلام ذهنى النظرية العامة للالتزامات ج ٢ ص ٥٨٩ فقرة ٦٢١ .

(٢) دكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام طبعة ١٩٦٧ ص ٣١٠ هامش (١) ، والدكتور أنور سلطان النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٢٧٨ " حيث يرى ان هذه التسمية غير موفقة لأنها توحى بوجود التزام واحد يربط بين عدة أشخاص سواء كانوا دائنين او مدينين على حين أن تعدد طرفى الالتزام ينشئ فى هذه الحالة عددا مـــن الالتزامات بقدر عدد أشخاصه وان كان لهذه الالتزامات جميعا مصدر واحد " .

(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج ٣ فقرة ١٥٠ وما بعدها والدكتور عبـــد المجيد الحكيم الوجيز فى شرح القانون المدنى العراقى الطبعة ٣/ ص ٢٣٩ فقـــرة ٤١٧ بغداد .

الإسلامي تعدد الملتزمين في الديون المادية ، فقد قرر الفقهاء ان الأصل في الديون المادية عند تعدد المدينين عدم التضامن بينهم [1] فكل مدين لا يسأل مبدئيا الا عما يعود عليه من الدين ، وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة (١١١٣) على أنه " اذا باع أحد مالا لاثنين فيطالب كل واحد منهم بحصته على حدة ولا يطلب دين أحدهما من الآخر ما لم يكن أحد المشترين كفيلا للآخر "

أثر التعدد في الالتزام متعدد الأطراف :

ويترتب على تعدد المدينين بالالتزام دون تضامن بينهم ، انقسام الالتزام عليهم بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذي يعينه القانون ، فالاتفاق مثلا يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار ، اذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم فيلتزم كل منهم بحصته من الثمن يساوي مقدار نصيبه في الدار حسب الاتفاق الذي يتم بينهم ، وبذلك يترتب على تعدد المدينين تعدد الالتزامات وان جمعت بينها وحدة المصدر . [2]

وقد يعين القانون التزام كل مدين ، وذلك كما في القانون الفرنسي اذا توفي المدين عن عدة ورثة فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته في التركة ، ولا يوجد نظير ذلك في القانون المصري لأن الديون لا تنتقل الى الورثة أصلا بل تكون التركة هي المدينة على أساس بقاء الديون متعلقة بذمة المورث ، فيفترض استمرار ذمته بعد وفاته الى أن تسوى ديونه من أمواله [3] .

---

(١) دكتور صبحي محمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية جـ٢ ص٣٦٣ طبعة ١٩٤٨ بيروت .

(٢) دكتور/ اسماعيل غانم نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) دكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص٣١٦ هامش ١) "ويبدو كما يرى الدكتور السنهوري أن الدكتور اسماعيل غانم يذهب الى أن الدين في الشريعة الاسلامية ينتقل الى الوارث بعنصريه من مديونية ومسئولية ولكن المسئولية محدودة بما أصاب الوارث من مال التركة أما عدم انقسام الدين على ورثة المدين فيرجع الى هذا الحق العيني التبعي الذي يثقل كل أموال التركة وهو حق غير قابل للانقسام " راجع الوسيط جـ٣ ص١٩٣ هامش ٢) .

فعلى نحو ما ذهب اليه القانون الفرنسي — فأن الدين ينتقل الى الورثة وينقسم عليهم بمقدار نصيب كل منهم في الميراث[1] .

فاذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من المدينين المتعددين لم يبق الا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس اى بانصبة متساوية[2] .

ومتى انقسم الالتزام على المدينين المتعددين أصبح بموجب هذا الانقسام التزامات متعددة في ذمة المدينين المتعددين ويكون كل التزام من الالتزامات المتعددة مستقلا عن الآخر ، فلا يلزم كل مدين الا بنصيبه ، ولا يستطيع الدائن ان يطالبه باكثر من ذلك ، واذا قطع التقادم أو وقف أو تم اعذار أحد المدينين أو مطالبته قضائيا فان هذا الاجراء يقتصر على الدين الذى تم عنه ولا يتعداه الى الآخرين ، واذا ابطل دين أحد المدينين المتعددين أو فسخ أو انقضى او ارتكب أحد المدينين خطأ فان اثر ذلك كله يقتصر على هذا الدين وكذلك الأمر اذا كان هناك شرط جزائى فانه لا يسرى الا على من يختص به من المدينين المتعددين ، واذا أعسر أحد المدينين فانه وحده هو الذى يتحمل مغبة هذا الاعسار دون مشاركة من الباقين[3] .

وانقسام الدين بما يجر من النتائج المذكورة على النحو المتقدم يجعل الدين ضعيفا لاثر ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توقى هذه النتائج باشتراط أن يكون الالتزام تضامنيا او غير قابل للانقسام .

تعدد المدينين في الفقه الاسلامى واثره :

سبق بيان أن الأصل في الديون العادية عدم التضامن بين المدينين ، فكل مدين لا يسأل الا عما يعود عليه من الدين ، فاذا تعدد الملتزمون وكانوا غير متضامنين لعلة من تلك التى يسأل فيها كل مدين منهم عن كل الدين سواء تم ذلك

---

(١) الوسيط جـ ٣ ص١٩٣

(٢) نفس المرجع السابق ص١٩٦ .

(٣) الدكتور السنهورى — الوجيز في النظرية العامة للالتزام ص٥٠٧ طبعة ١٩٣٨ .

بالإرادة أو بنظام الشارع ، هنا لا يلزم كل مدين منهم الا بمقدار حصته في الدين ولا يملك الدائن الا أن يطالبه بهذا ، مالم يتفق على خلاف ذلك[1] .

فاذا تعدد حملاء غير غرماء اتبع كل بحصته من الدين بقسمته على عددهم ولا يؤخذ بعضهم عن بعض[2] وقد ورد في المدونة الكبرى للامام مالك: " ان تكفل ثلاثة رجال بطلب لآخر على فلان فأيكون له أن يأخذ من قد رعليه من هؤلاء من الكفلاء الثلاثة بجميع الحق قال مالك لا يأخذ من قد رعليه من الكفلاء الا بثلث الحق لأنهم كفلاء ثلاثة[3] .

وعلى هذا فعندما نكون بصدد تعدد كفلاء مثلا فان كلا منهم يطالب بمقدار حصته في الدين ولا يسأل عن مجموع الدين الا اذا كان كفالة كل منهم على حدة او اذا كفل كل منهم المبلغ الذي في ذمة الآخر[4] . ويشبه هذا النوع مايسمى في فقه القانون بالالتزام المتعدد البسيط . وقد نصت على ذلك مجلة الاحكام العدلية في المادة ٦٤٧ حيث تقول : (لو كان لدين كفلاء متعددين فان كان كل منهم قد تكفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين)[5] .

---

(١) ابن رجب — القواعد الفقهية القاعدة ١١٣ ص ٢٧٤ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ مكتبة الكليات الأزهرية .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — ج٣ ص ٣٠٧ الطبعة الأولى سنة ١٢٣٩ هـ .

(٣) المدونة الكبرى للامام مالك — ج١٣ ص ١١١ الطبعة الأولى ١٣٢٣ مطبعة السعادة .

(٤) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٤٨ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ١٤ الطبعة الأولى سنة ١٩١٠ ، والدكتور صبحي محمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية — ج٢ ص ٣٦٥ طبعة ١٩٤٨ بيروت ، وراجع أيضا عمدة أرباب الفتوى لسيد عبد الله أسعد ص ٢٦٦ الطبعة الأولى سنة ١٣٠٤ هـ .

(٥) راجع سليم باز شرح المجلة — المجلد الأول الطبعة الثانية ص ٣٢٩ ، وراجع الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ج٥ ص ٩٧ الطبعة الأولى ١٣٤٧ هـ .

ثانيا : تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام :

وقد يتعدد المدينون في التزام لا يقبل التجزاء . وهنا يسأل كل مدين عن الدين كله ، ويترتب هذا النظام مع المسئولية التضامنية في ذلك ، الا أن علة عدم انقسام الدين في كلتا الحالتين مختلفة فبينما هي في الالتزام غير القابل للانقسام ترجع الى طبيعة المحل وكونه غير قابل للتجزاء ، نراها في حالة التضامن ترجع الى ارادة الطرفين غالبا .

وفي الفقه الاسلامي قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام ، كما لو كان محله عينا لا تقبل التجزئة ، أو كانت تقبله وشاءت ارادة الطرفين غير ذلك ، وسواء كانت عدم القابلية للانقسام ترجع الى طبيعة المحل او الارادة ، فانه يلزم تسليمه جميعه والا يكون العقد غير لازم كما سنرى .

ورغم أن هناك وجه شبه كبير بين التضامن وعدم القابلية للانقسام يتمثل في توافقهما على الخروج عن تجزئة الدين - الا أن هناك أوجه اختلاف كبيرة بينهما وسوف نلقي الضوء عليه بنوع من التفصيل في مبحث قادم .

ثالثا : تعدد المدينون مع التضامن :

وقد يتعدد المدينون مع التضامن ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التضامني (obligation solidair). فاذا تعدد المدينون مع التضامن كان كل واحد منهم مسئولا عن الدين بأكمله .

والتضامن قد يكون بين الدائنين وقد يكون بين المدينين وهذا هو الغالب ويسمى هذا النوع الأخير بالتضامن السلبي solidaire passive وهو الذي يعنينا بالدراسة لأنه يمثل جوهر الرسالة .

وفي الفقه الاسلامي قد يتعدد الملتزمون بالدين ويكون كل منهم مسئولا أمام الدائن عن الوفاء بكل الدين وذلك في حالة ما اذا التزم المدينون ذلك بإرادتهم " اذ المؤمنون عند شروطهم قال تعالى : " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (١) " وقال تعالى : " واوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا (٢) " .

---

(١) سورة المائدة آية ١

(٢) سورة التوبة آية ٣٤) .

فاذا حدث وقبل المدينون المتعددون التضامن فالتزموا ذلك بالعقد بأن كان كل منهم كفيلا عن الآخر فللدائن أن يطالب أيا منهم بمجموع الدين [1] وقد قال بذلك جمهور الفقهاء خلافا لابن شبرمه وداوود الظاهري فعندهما لا يجوز مثل هذا الالتزام أبدا [2] .

وقد علل ابن حزم ذلك بقوله : " برهان صحة قولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وهذا شرط لم يأت به نص فهو باطل وأيضا فانه ضمان لم يستقر عليهما ولا على واحد منهما بعينه وانما هو ضمان معلق على أحدهما بغير عينه لا يدري على أيهما يستقر فهو باطل لأنه مال لم يصح على المرء بعينه حين عقده اياه فمن الباطل ان يصح عليه بعد ذلك في حين لم يعقده ولا التزمه وهذا واضح لاخفاء فيه ، ومن الباطل المحال الممتنع أن يكون مال واحد على اثنين فصاعدا يكون كله على كل واحد منهما لأن هذا هو مالا يعقل [3] .

وتقرر من الاستاذ السنهوري أن الفقه الاسلامي يعرف الى جانب نظام الدين المشترك فكرة التضامن بين المدينين [4] وقد عبر الفقهاء عن مضمون فكرة التضامن عندما قرروا مثلا في حالة تعدد الملتزمين بالدين بأن للطالب أن يأخذ أيهم شاء بجميع حقه أو عند تعدد الكفلاء مثلا حين يقولون : " بأن بعضهم كفيل عن بعض " او كل واحد منهم كفيل ضامن " [5] أو " كفيل متكافل " [6] ويقول ابن رجب : " اعلم أن عقود التوثقات والأمانات اذا اشتملت على جعل فانه يمكن فيها توزيع افراد الجملة أو اجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيتابل كل فرد لجزء أو كل جزء لفرد ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو اجزائها فيثبت الاشتراك بالاشاعة ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحدا ويمكن أن يثبت حكم التوثق والأمانة بطاله لكل فرد فيكون ههنا عقود متعددة " [7]

---

(١) دكتور صبحي محمصاني نفس المرجع السابق ص ٣٦٥ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١١٨ وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٧٩ طبعة ١٣٣٩ هـ مصطفى البابي الحلبي .

(٣) المحلى لابن الجزم جـ ٨ ص ١١٨ مسألة ١٢٣٣

(٤) الوسيط جـ ٣ ص ٢٣٥ هامش (١) . (٥) المبسوط للسرخسي جـ ٢٠ ص ٣٨ .

(٦) فتح القدير جـ ٥ ص ٣٤٨ .

(٧) ابن رجب القواعد في الفقه الاسلامي ص ٢٧٤ الطبعة الأولى ١٩٧١م .

ومن يتأمل كتب الفقه الاسلامي يرى أن الفقهاء قد عالجوا فكرة الالتزام التضامني في باب الكفالة والضمان حيث تضم الذمم الى بعضها وتكون مسئولة أمام الدائن عن كل الدين [1] .

ولفظ الضمان وان كان يتفق مع لفظ التضامن في أصل الكلمة الا أن الأول أدق في تحديد المسئولية التضامنية وتصويرها . وهو بهذا التحديد يظهر خطأ ما قرره أحد الباحثين : ان فكرة التضامن بقيت منطقة على الكفالة [2] في الوقت الذي يقرر فيه الفقهاء أن الدين المشترك يعتبر صورة من صور التضامن الايجابي [3] ولعله قد خانته دقة التعبير في ذلك والأولى أن يقال أن فكرة التضامن تظهر بوضوح في الكفالة .

خلاصة هذه الدراسة :

ونخلص من هذه الدراسة الى أن الالتزام قد يكون متعدد الأطراف وقد يكون غير متعدد الأطراف وتعدد أطراف الالتزام قد يكون بالايجاب وقد يكون بالسبب فيتعدد المدينون دون تضامن أو في التزام غير قابل للتجزئة وقد يتعدد المدينون مع التضامن وان اتجاه القانون يقترب من الشريعة في هذه التقسيمات والذي يتصل بموضوع الدراسة هو تعدد المدينين مع التضامن .

---

(١) راجع في ذلك : الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٢٩٦ ، والمغني لابن قدامه جـ ٥ ص ٧٥ ، ونهاية المحتاج للرملي جـ ٣ ص ٤٤ ، وفتح العزيز للرافعي جـ ١٠ ص ٣٥٦ ومغني المحتاج للشربيني الخطيب جـ ٢ ص ١٩٨ والمحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١١٠ وجواهر الاكليل للأبي جـ ٢ ص ١٠٩ وقليوبي وعميره جـ ٢ ص ٣٢٣ ، وفتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٥ ص ٣٨٩ والمبسوط للسرخسي جـ ١٩ ص ١٦٠ وغير ذلك من كتب هذا المذهب الفقه المختلفة .

(٢) د . شفيق شحاته النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ص ٣٦٠ .

(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط جـ ٣ ص ٢٣٤ فقرة ١٥٠ .

الباب الأول

ماهية التضامن السلبي وتكييفه

في

الشريعة والقانون

الدين المتضامن هو من تضامن مع غيره من المدينين فى اداء كل الدين للدائن دون اختصاصه بحصته منه ويسمى ذلك بالتضامن السلبى ، فالتضامن من السلبى او تضامن المدينين من شأنه أن يجعل كل واحد من المدينين المتعددين مسئولا أمام الدائن عن كل الدين ، وهو بهذا قد يختلط بغيره من النظم التى قد تشتبه به أو تقترب منه .. كالتضامن وعدم القابلية للانقسام ، والكفالة والحوالة وهذا يقتضى تعريفه وتمييزه عن مايختلط به .

ومن يتأمل كتب الفقه يرى أن نظرة الشراح فى تناولها لموضوع التضامن قد توحى باختلاف كبير فى تكييفه ، فبينما يؤخذ من كلام بعض الفقهاء أن التضامن لايعدو أن يكون وصفا للارادة ، يلحق بالالتزام المتعدد الأطراف ويجعله غير قابل للانقسام يفهم من كلام البعض الآخر أنه يمثل نوعا من التأمين الشخصى يحوى الدائنون على تأمين ديونهم به ضمانا لاستيفائها ، على حين يمكن اعتباره نوع التزام ينفرد بخاصيته تجعل له كيانا مستقلا .

ولا شك أن هذا كله يبرر ابراز طبيعة التضامن وتكييفه ليتسنى وضعه فى المكان الصحيح من نظرية القانون .

خطة الدراسة :

وعلى ضوء ما سبق فاننا سوف نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : التعريف بتضامن المدينين فى الشريعة والقانون .

الفصل الثانى : تكييف التضامن . وبيان طبيعته فى الشريعة والقانون .

* * *

الفصل الأول

التعريف بتضامن المدينين في الشريعة والقانون

يقتضي تعريف التضامن اظهار خصائصه وبيان أهميته وتمييزه عن مايختلط به من النظم ـ وسوف نتناول ذلك في مبحثين :

المبحث الأول :

تعريف التضامن السلبي وبيان أهميته في الشريعة والقانون .

المبحث الثاني :

تمييز التضامن السلبي عن مايختلط به من النظم في الشريعة والقانون .

المبحث الأول

تعريف التضامن السلبي وبيان أهميته في الشريعة والقانون

وسوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين تسهيلا للمقارنة بين الشريعة والقانون ونخصص المطلب الأول للقانون الوضعي والثاني للشريعة .

المطلب الأول

تعريف التضامن السلبي وأهميته في فقه القانون

لمحة تاريخية :

ورثت الشعوب الحاضرة المبادىء العامة للتضامن عن الرومان الذين كانوا يسمونه obligation-correale. وكان الالتزام التضامني عندهم carrealite. وسيلة يستعين بها العاقدون ضد مبدأ قسمة الدين عن طريق الحمل على ما فيه مصلحة للدائنين أو على ما فيه من تحميل للمدينين بتكاليف أخرى غير تكاليف الدين .

وقد عني الرومان عناية خاصة بدرس التضامن السلبي ونقله عنهم مفسرو القانون الفرنسي المصوفون قبل سنة ١٨٠٤ وهم " دومولين " و " دوما " و " بوتييه " (١)

ولقد كان الرومان في بادىء الأمر لا يفرقون بين التضامن والكفالة ، ثم مالبثت الكفالة ان انفصلت عن التضامن شيئا فشيئا واخذت طابعها الخاص (٢) ولم تخرج الأصول الحاضرة المقررة في التضامن السلبي في الشرائع المدنية عن ماقرره الرومان انفسهم (٣) .

---

(١) دكتور عبد السلام ذهني ـ النظرية العامة للالتزامات ص ٥٩٣ فقرة ٦٢٦ مطبعة مصر شركة مساهمة .

(٢) الدكتور محمد علي امام ـ التأمينات الشخصية والعينية ص ٢١ مطبعة نهضة مصر .

(٣) دكتور عبد السلام ذهني ـ نفس المرجع والمكان السابقين .

مفهوم التضامن من الناحية الفقهية والتشريعية :

لم يرد فى التقنين المدنى الحديث تعريف للتضامن بنوعيه واكتفى بأن بين أصوله بما يترتب عليه من روابط وآثار ، وقد عنى التقنين المدنى الجديد بالتضامن فلم يورده مقتضبا كما فعل التقنين المدنى السابق ، واهتم بالتضامن السلبى بوجه خاص لأهميته العملية . (١)

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى :

" التزم التقنين الراهن (السابق) ماعهد فيه من الاقلال والاقتضاب فيما يتعلق بأحكام التضامن مع مالها من عظيم الخطر ، فلم يكن بد من أن يعمد المشروع الى تنظيم صورتى التضامن تنظيما أشمل وأن يعنى بوجه خاص بالتضامن السلبى وهو أهم هاتين الصورتين فى نطاق العمل والقواعد التى عنى المشروع بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين ، بيد أنه رؤى اغفال هذه الأحكام فى معرض ابراز القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن حتى لاينوء المشروع بنصوص خطها من التطبيق العملى جد يسير " (٢) .

وقد حاول بعض الفقهاء تعريف التضامن وهم بصدد دراسته وابراز خصائصه : فعرفه بعضهم : " بانه وصف يحول دون انقسام الحق فى حالة تعدد الدائنين أو الالتزام فى حالة تعدد المدينين " (٣)

وعرفه آخر : " بأنه وصف يقوم بالالتزام المتعدد الأطراف فيمتنع به انقسامه (٤)

وعرفه ثالث بقوله : " التضامن وصف يلحق الالتزام فيحول دون انقسامه بعد أن يكون قابلا بطبيعته للانقسام (٥) .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٣ ص ٢٠١ هامش (١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤٩ .

(٣) دكتور أنور سلطان النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص ٢٧٩ فقرة ٢٦٧ دار المعارف بمصر والدكتور عبد الودود يحيى - دروس فى أحكام الالتزام ص ١٤١ دار النهضة العربية .

(٤) دكتور معمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام ص ٣٨٨ طبعة ١٩٧٤م .

(٥) الدكتور صاح الناهى - الوجيز فى النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٥٠ ص ٣٤٦ .

وعرفه رابع بانه حالة قانونية يستطيع فيها الدائن أن يوجه على اى دين من الدينين المتعددين بكل الدين ، وهذا هو التضامن السلبى [1] .

وعلى هذا يوجد التضامن السلبى حيث يكون عدة مدينين ملزمين بدين واحد وكل منهم يحب اعتباره فى علاقته بالدائن كمدين بمجموع هذا الدين [2] .

وقد سبق بيان أن الأصل فى الدين اذا تعدد المدينون به أن ينقسم فيما بينهم ولا يلزم الواحد منهم فى الدين قبل الدائن الا بنصيبه أى لا يجوز لهذا الأخير مقاضاة الواحد منهم الا بقدر نصيبه فى الدين .

وينشأ فى هذه الحالة عدد من الالتزامات بقدر عدد المدينين يجمع بينهما مصدر واحد ويترتب على هذا التعدد استقلال كل التزام عن غيره من الالتزامات مما قد ينتهى به الى مصير يختلف عن مصير غيره .

وانقسام الدين بما يترتب عليه من النتائج يجعل الدين ضعيف الأثر ويسلب الدائن طريقا يضمن به وفاء دينه ويسهل له حصول هذا الوفاء ويؤمنه ضد خطر الاعسار ومن ثم يحرص الدائنون عند التعامل على اشتراط التضامن بين المدينين فيكون كل واحد بينهم مسئولا أمام الدائن عن كل الدين .

وعلى هذا فاذا اشترى عدة أشخاص عينا على الشيوع بينهم ووقع الاتفاق على أن يكونوا جميعا متضامنين بالثمن ، فيكون للبائع أن يطالب أيا منهم بالثمن كاملا وهنا نكون بصدد ما يسمى بالتضامن السلبى اذ الالتزام واحد وتعدد المدينون به .

---

(١) الدكتور فتحى عبد الرحيم عبد الله - دروس فى أحكام الالتزام ص ٢٣٤ فقرة ١٧٥ طبعة ١٩٧٧م .

(٢) والدكتور عبد المنعم البدراوى - النظرية العامة للالتزام ص ٣٧٢/٢٥٦ طبعة ١٩٧٥م .

ويقتضي التضامن بوجه عام أن يكون هناك شركة أو في القليل اشتراك في المصلحة communautéd intérets. بين الأطراف المتضامنين وهذه المصلحة المشتركة هي التي تبرر أحكام التضامن (١) .

فللتضامن بين المدينين اثار خطيرة وهو بعد ينطوي على خروج على القاعدة العامة التي تقضي بتعدد الالتزامات بقدر عدد المدينين ولذلك كان المشرع حريصا على النص في المادة ٢٧٩ مدني " على أن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون " (٢) .

التضامن بين المدينين - أهميته وخطورته :

للتضامن بين المدينين أهمية كبرى اكتسبتها من كثرة وقوعه وشيوع العمل به وقد سبقت الاشارة الى أنه وان كان يعتبر من الناحية النظرية وضعا استثنائيا اذ الأصل اذا تعدد المدينون الا يكونوا متضامنين ، الا أن الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل ، وقل أن تجد دائنا له مدينون متعددون في التزام واحد ولا يشترط تضامنهم . بل ان نصوص القانون نفسه كثيرا ما تتولى مهمة انشاء هذا التضامن ذلك أنه يتخصص لمصلحة الدائن وبدلا من أن يقتصر ماله من ضمان عام على أموال مدين واحد يترتب على اشتراط التضامن أن يشمل ذلك الضمان اموال مدينين متعددين فيكون له ان يطالب أيا منهم بأداء الدين كاملا ، ويستطيع أن يلجأ الى اجراءات التنفيذ القهري في مواجهة أي منهم فيتمكن بذلك استيفاء دينه كاملا ولو كان أحد المدينين أو بعضهم معسرا .

فهو اشتراط التضامن اذا تأمين للدائن على حقه ، وهو هنا ليس تأمينا عينيا ينصب

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج٣ ص ٢٠٠ .

(٢) ورد هذا النص في المادة ٤٠٣ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد (راجع المشروع التمهيدي ج ٢ ص ٤٤٧) ويقابل في التقنين المدني السابق المادتين ١٠٧/١٦١ ، ١٠٨/١٦٢ . كما يقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٩ وهي مطابقة للمادة ٢٧٩ مدني مصري ، وفي التقنين المدني الليبي م ٢٢٦ وهي مطابقة للمادة ٢٧٩ مدني مصري ، وفي التقنين المدني العراقي م ٣١٥ ، ٣٢٠ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٢ ، م ٢٤ وهو يتفق مع أحكام التقنين المصري ويزيد عليه أن نص على التضامن في المسائل التجارية فهو أكثر توسعا في التضامن السلبي من سائر التقنينات العربية (راجع الوسيط للسنهوري ج ٣ ص ٢٠١ هامش ٢ ، ٣ ، ص ٢٠٢ هامش (١) وص ٢٦١ هامش ١) .

على عين معينة وانما هو تأمين شخصي قوامه تعدد أشخاص المسئولين عن تنفيذ الالتزام (١) ولذلك يحتم التضامن السلبي كالكفالة تأمين شخصي يضمن الوفاء بالدين (٢) ولهذا برزت أهمية التضامن السلبي وشروعه في الحياة العملية (٣) .

المطلب الثاني
التعريف بالتضامن بين الدينين في الشريعة الاسلامية

تحديد نظرة الشريعة الاسلامية لفكرة التضامن :

ظهرت فكرة التضامن السلبي في الشريعة الاسلامية كنوع من الضمان يتفق في صفاته وآثاره مع التضامن المقرر في التشريع الوضعي وان اختلف عنه أحيانا في التسمية ، ذلك أن الفقهاء قد عالجوا فكرته في باب الكفالة والضمان المتبادل ، وكلمة ضمان أرجح في الفقه الاسلامي أقرب ما يؤدي المعنى المراد من مسئولية هذين في الفقه الحديث (٤) .

ومن أن لفظ " الضمان التبادلي " أدق تعبيرا وأوضح مقصودا لتحديد فكرة المسئولية التضامنية عن لفظ التضامن ، ذلك أن ألف المفاعلة الأصل فيها أنها للمشاركة (٥) وهي هنا تفيد المشاركة في الضمان ولهذا فان تعميم اطلاق التسمية على نوعي التضامن ايجابا وسلبا أمر لا يحتمله معنى الكلمة اذ لا وجود للضمان أصلا في حالة التضامن الايجابي ، لأن تضمين الانسان معناه شغل ذمته والحكم عليه (٦) ولهذا يقابل فقهاء الشريعة بين التضامن الايجابي والدينين المشتركين في الفقه الاسلامي .

---

(١) دكتور اسماعيل غانم — النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص٣١٢ مكتبة عبد الله وهبه طبعة ٦٧ .

(٢) دكتور محمد لبيب شنب — دروس في أحكام الالتزام طبعة ١٩٧٤ ص١٣١٢ .

(٣) وسوف نعالج هذه الفكرة بطريقة مستوفاة في الفصل الثاني من هذا الباب عند الكلام عن طبيعة التضامن السلبي وبيان تكييفه .

(٤) محمود شلتوت — الاسلام عقيدة وشريعة ص٤١٢ الطبعة الثانية دار القلم القاهرة .

(٥) دكتور حسين محمد شرف الوسيط في التصريف ص١١١ الطبعة الأولى ١٩٧٨م والمراجع المشار اليها .

(٦) محمود شلتوت نفس المرجع والمكان السابقين .

واذا كان بعض فقهاء الفقه الاسلامى قد استعملوا لفظة التضامن [1] فليس ذلك مجاراة منهم لاصطلاح وضعى . بل هو استعمال للاصطلاح فى المعنى الذى يتسع له اطلاقه وهو تحديد المسئولية التضامنية .

ونظرا لأن فكرة التضامن السلبى تظهر بوضوح فى الكفالة التبادلية فاننا ابرازا لجانب الأصالة والاستقلال فى الفقه الاسلامى سوف نقارن بين تضامن المدينين . والضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى . ونتولى التعريف بهما من خلال هذا الاطلاق .

الضمان فى الفقه الاسلامى حقيقته - واطلاقاته :

يطلق لفظ الضمان ويراد به معنيان :

أولهما : الضمان بمعنى ضم الذمة الى الذمة فى الالتزام بالدين او المطالبة به .

وثانيهما : الضمان بمعنى التزام التعويض .

ويجد هذان المعنيان أساسا ركينا لهما فى اللغة فمادة الكلمة تساعد عليهما دون افضلية لأحد المعنيين على الآخر . يقال . ضمنت المال - وبالمال ضمانا فانا ضامن وضمين اى التزمته . وضمنته المال : الزمته اياه ويقال ضمن الشئ اى كفله [2] .

ونظرا لأن المعنى الثانى للضمان غير ذى صلة موضوعية بمحل الدراسة فاننا سوف نقتصر على تعريف الضمان بالمعنى الأول - لأنه هو الذى يعنينا وعلى ضوء ذلك سوف نعرف الضمان بصفة عامة أولا : ثم نحاول التعريف بالضمان التبادلى ثانيا .

---

(١) راجع فى ذلك : الشرح الكبير لسيدى أحمد الدردير جـ٣ ص٣٠٧ ، وجواهر الاكليل للاشيخ الأزهرى جـ٢ ص١١٣ ، وعدة ارباب الفتوى لعبد الله أسعد الطبعة الأولى ١٣٠٤ هـ ص ٢٦٦ ، حاشية الشرقاوى على التحرير جـ٢ ص١٢٢ .

(٢) مختار الصحاح ص٣٨٤ طبعة دار المعارف ، والمعجم الوسيط جـ١ ص٥٤٦ طبعة ١٩٦٠ ، والمنجد فى اللغة والآداب والعلوم الطبعة الجديدة ص٤٥٥ الطبعة الكاثوليكية ببيروت ، يقال : "ضمن ضمنا وضمانا . الشئ وبه كفله . وضمنه الشئ عزمه اياه . الزمه اياه وتضامن الشركاء ضمن بعضهم بعضا تجاه صاحب الحق يقال هم متضامنون متكافلون اى لصاحب الحق أن يطالب من اراد منهم بحقه كاملا واللفظة من اصطلاح الفقهاء . والضامن الكفيل والملتزم . والضمان عبارة عن التزام " مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا " .

أولا : التعريف بالضمان فى اصطلاحات الفقهاء :

تعددت تعريفات الفقهاء للضمان بتعدد المذاهب المختلفة على النحو الآتى :

١ــ عند الحنفيـــة :

عالج فقهاء الحنفية مسائل الضمان فى باب الكفالة ، وجلت بصورة واضحة تلك الصور التى تشتبه مع التضامن السلبى فى باب تعدد الكفلاء على النحو الذى سنرى .

وعرفوا الكفالة بأنها : لغة الضم وشرعا ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة مطلقا (بنفس أو بدين أو بعين) كمغصوب ونحوه لأن المطالبة تعم ذلك [1] .

وعرفها ابن الهمام فى كتابه فتح القدير بقوله : " الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والأول أصح "[2] .

٢ــ وعند المالكية :

وفى فقه المالكية عرفه الآبى الأزهرى صاحب جواهر الأكليل وهو بصدد شـــرح تعريف مختصر العلامة خليل حيث ذهب الى الضمان شغل ذمة أخرى بالحق ونحوه الآبى بقوله : الضمان شغل ذمة ، وضمت ذمة أخرى ، أى مع الأولى بالحق اما ابتداء او انتهاء فشمل ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب ، وال فى الحق للعهد أى الأول الذى شغلت به الذمة الأولى [3] .

٣ــ وعند الشافعية :

عرفه الرملى بقوله : " الضمان لغة الالتزام ويطلق شرعا على الالتزام بالدين والبدن والعين وعلى العقد الحاصل لذلك . ويسمى ملتزم ذلك ايضا ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكفيلا وصبيرا وقد عبر الماوردى عن المعرف بخصص الاولين بالمال والحميل بالديـــة والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس والصبير بجميع الكل ونحله القبيـــل [4] .

---

(١) ابن عابدين ــ حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ٤ ص ٢٤٥ الطبعة الثالثة ١٢٩٩ هـ .

(٢) الكمال بن الهمام فتح القدير جـ٥ ص ٣٨٩ والهداية للمرغينانى جـ٣ ص ٨٧ وراجع تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى جـ ٣ لطبعة الأولى ١٩٥٩ دمشق وقد نصت المادة ٦٤٣ من مجلة الاحكام العدلية على أن الكفيل ضامن .

(٣) جواهر الاكليل جـ٢ ص ١٠٩ . وراجع حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٢٩٦ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩ هـ ، وراجع شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل للشيخ عليش جـ٣ ص ٢٤٣ .

(٤) نهاية المحتاج جـ٣ ص ٣٩٨ ، وحاشية الشروانى على حواشى تحفة المحتاج لشـــرح المنهاج جـ٥ ص ٢٤٠ .

وعرفه صاحب مغني المحتاج [1] بأنه لغة الالتزام وشرعا يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير او احضار من هو عليه أو عين مضمونة ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك ونقل عن الماوردي ما نقله الرملي في معنى ملتزم ذلك .

ويعلل ذلك شهاب الدين القليوبي تسمية الضمان بقوله ، وسمي الضمان بذلك لأن من التزم مال غيره فقد جعله في ذمته وكل شيء جعلته في شيء فقد ضمنته أياه فهو من الضم لا من ضم ذمة الى اخرى كما توهم لأن أصالة النون تمنع ذلك وعرفه شرعا بأنه : يقال على التزام دين او احضار عين او بدن " فيشمل معنى الكفالة كما عرفه الشيخ عميره : "بأنه التزام ما في ذمة الغير من المال " [2] .

٤ـ وعند الحنابلة :

وفي فقه الحنابلة يعرف الضمان بأنه : " ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق وثبت في ذمتهما جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما [3] .

٥ـ وعند الظاهرية :

شرح ابن حزم جوهر فكرة الضمان في نظره بقوله فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو غير من أي وجه كان حالا أو الى أجل سواء كان الذي عليه الحق حيا أو ميتا فضمن له ذلك الحق انسان لاشيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل الى الضامن ولزمه بكل حال ولا يجوز للمضمون له ان يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته بشيء من ذلك الحق انتصف اولم ينتصف ولا يحال من الأحوال ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشيء ما ضمنه عليه أصلا [4] .

---

(١) الشيخ محمد الشربيني الخطيب مغني المحتاج جـ٢ ص١٩٨ المكتبة وطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٢٣م والاقناع في حل الفاظ ابي شجاع جـ٢ ص ٣٨ للمؤلف المذكور .

(٢) قليوبي وعميره جـ٢ ص٣٢٣ مطبعة دار احياء الكتب العربية .

(٣) المغني والشرح الكبير جـ٥ ص٧ مطبعة المنار سنة ١٣٤٧ هـ .

(٤) المحلى جـ٨ ص ١١١ .

ولاشك ان هذه التعريفات تحكى اتجاهات المذاهب الاسلامية الراجحة وترى انها تتفق جميعا على ان الضمان ضم ذمه الى ذمه اخرى مطلقا ، وهذا فى حد ذاته يجعل امام الدائن اكثر من ذمه تتضمن له الوفاء بحقه ولكن مدى الالتزام فى الضمان قد اختلف الفقهاء فيه وذلك على ما سنرى .

آراء الفقهاء فى نطاق مسئولية الضامن :

سبق ان رأينا من خلال تقصى التعريفات السابقة ان الفقهاء يكاد يتفق رأيهم على ان الضمان ضم ذمه الى ذمه اخرى اما مدى الالتزام الناتج عن الضم فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالى :

١) ذهب جمهور الفقهاء كالشافعية والمالكية والحنابلة والحنفية فى رأى راجح الى ان الضمين يلتزم بمين ما التزم به المضمون عنه وان الدين يتعلق بالذمتين

٢) بينما ذهب بعض فقهاء الحنفية الى ان الضم فى المطالبة فقط ولكل دليله

دليل جمهور الفقهاء على رأيهم :

استدل جمهور الفقهاء على رأيهم بان الضمان عقد شرع للتوثق (١) اى الضمان الوفاء بدين الدائن يفهم هذا من النصوص الوارده فى الكتاب والسنه داله على هذا الاتجاه ومنحه لأساسه قال تعالى : " وكفلها زكريا " اى ضمها الى نفسه وقال عليه السلام الزعيم غارم والتوثق لايكون الا بشغل ذمه الكفيل بالدين الذى شغلت به ذمه الدائن حتى يتحقق الشراء الناتج عن شغل الذمتين فيجد حق الدائن حسما للوفاء ان عجزت احدى الذمتين عن الوفاء تؤدى الاخرى ، والمطالبة لا تؤدى هذا المعنى .

---

١) فتح العزيز للرافعى جـ ١٠ ص ٣٥٩ مطبعه التضامن الاخوى وتبين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٤٦ .

ولما كان الضمان قد شرع للتوثق فانه يقام على الرهن[1] اذ يجوز أن يكون الرهنان ضامنين لدين واحد[2] ولأن الحق ثابت في ذمتهما فمطالبته من شاء منهما كالضامن اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه[3] .

ولا يخال من لزوم صيورة الألف الواحد الدين الغير ما ذكره بعض الشراح فقد نقل الكمال بن الهمام[4] عن المبسوط[5] بانه ليس منه صيورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل مايوجب زيادة حق الطالب لأن الاستيفاء لايكون الا من واحد كالغاصب من غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لأنه لايستوفي الا من احدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر فكذا في الضمان .

ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل . أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لاتجوز ولذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لايصح والحاصل ان ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين . وانما يمتنع في عين تثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين[6] وليس المحذور في مطالبتهما وانما المحذور في تغريمهما معا كل الدين والتحقيق كما يرى الرملي ان اشتغال الذمتين بالدين الواحد مثله كمثل فرض الكفاية يتعلق بالكل ويسقط بفعل البعض فالتعدد فيه ليس في ذاته بل بحسب ذاتيهما[7] .

---

(١) نفس المرجع السابق . فتح العزيز للوفحي جـ ١٠ ص ٣٥٦ .

(٢) نهاية المحتاج للرملي جـ٣ ص ٤١٧ .

(٣) المغني والشرح الكبير ـ جـ٥ ص ٧١ .

(٤) فتح القدير ـ جـ٥ ص ٣٧٥ .

(٥) والمبسوط للسرخسي جـ ١٩ ص ١٦٠ .

(٦) فتح القدير ـ جـ٥ ص ٣٩٠ .

(٧) نهاية المحتاج للرملي ـ جـ٣ ص ٤١٧ . وقارن رأي الشيعة الامامية : أنه بالضمان تبرأ ذمة المضمون عنه ـ المختصر النافع للحلي ص ١٤٢ .

أدلة الفريق الآخر :

وقد ذهب الرأى الآخر مستدلا على وجهة نظره بأن الكفالة قد شرعت للتوثق حقا ولكن الا تفى المطالبة لتحقق التوثق ؟ فلا داعى لأن يثبت الدين فى ذمة الكفيل واعتبار الدين فى ذمتين وان كان أمرا ممكنا شرعا الا أنه لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب هنا ولأن التوثق يحصل بالمطالبة ، والمطالبة لا تستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين فى الذمة ، وذلك مثل الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو فى ذمة الموكل [1] والاحتجاج بمسألة تسليم الهبة والدين فقد جعلا فى حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل أما قبله فلا ضرورة تدعو لذلك [2] .

المناقشة والترجيح :

من خلال العرض السابق نرى أن الفريقين قد اتفقا على أن الضمان ضم ذمة الى ذمة فى الالتزام بالدين مطلقا وانها قد شرع للتوثق ، ولكن محل اختلافهم ينحصر فى القدر الذى يلتزم به الضمين ، فالفريق الأول يرى أن التوثق لا يتحقق الا بشغل ذمة الكفيل بما شغلت به ذمة الأصيل لتكون المسئولية كاملة على النحو الذى سلف أما الفريق الآخر فيرى فى المطالبة القدر الكافى للضمان .

ولاشك أن رأى الفريق الأول يعتبر اقرب الى الصحة وذلك لقوة أدلته ومواءمته لمقصود العقد وهو الضمان ، ولأن المطالبة تعتبر عنصرا من عناصر المسئولية فى الالتزام ولا يمكن ان توجد المطالبة الا بعد ان يوجد الالتزام الاصلى وهو الدين وقد سبق بيان ذلك ، فالقول بالمطالبة يقتضى بالضرورة ولا بد شغل الذمة بالدين ولأن المطالبة بايفاء الدين فرع وجوبه ولا يتصور الفرع بدون الأصل [3] والتزام المطالبة ينبنى على التزام أصل الدين [4] .

(١) ابن عابدين — رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ٢٤٦ .
(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٣٩٠
(٣) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٤٦ .
(٤) المبسوط للسرخسى — جـ ١٩ ص ١٦٠ .

ولأن الكفالة لو كانت بما في المطالبة بدون دين للزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل ، لأن المطالبة تسقط عنه بموته مع أن الصحيح به أن المال يحل بموت الكفيل وانه يؤخذ من تركته [1] .

يقول ابن قدامه : " وتبرأ ذمة الضامن الى ذمة المضمون معناه أن ما في ذمته يلزمه ويثبت في ذمته وهذا كاف " [2] وتعريف ابي حنيفه للدين بانه فعل يقتضي ان الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الأصيل اذ فعلى الأداء واجب عليه [3] .

أهمية الخلاف وآثاره :

وتتمثل أهمية الخلاف في النتائج التي تترتب على الرأي الراجح اذ بمقتضاه يتحدد نطاق المسئولية في الالتزام بالضمان .

وعلى الرأي الأول تكون ذمة الكفيل مشغولة بنفس الدين الذي شغلت به ذمة المدين [4] بكل ما ينتج عن شغل الذمة من آثار قد تتعدى المدين الى خلفه فيؤخذ من التركة كما أن الدين يحل بموته [5] ولا شك أن نطاق المسئولية يكون اقل فيما لو قلنا بالضمان في المطالبة فقط ، وقد ذكر صاحب الدر المختار بأن الكفالة لا تبطل بموت الكفيل بالمال لأن حكمها بعد موته معكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه ان كانت بأمره وكان الدين حالا فلو مؤجلا فلا رجوع حتى يحل الأجل [6] وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦٧٠ بقولها : " لو مات الكفيل بالمال يطالب المكفول به من تركته ثم يرجع الورثة على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره وكان الدين حالا " [7] .

---

(١) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ٤ ص ٢٤٧ "ولهذا يرى ابن عابدين انها ضم ذمة الى اخرى في الدين " .

(٢) المغني والشرح الكبير جـ٥ ص ٧٣

(٣) فتح القدير — جـ٥ ص ٣٩٠ .

(٤) بدائع الصنائع — جـ٦ ص ١٠ حيث يقول : " حكم الكفالة بالدين وجوب اصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الأصيل فصار يطالب الأصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين بحسب تعدد المطالبة .

(٥) سليم باز شرح المجلة المجلد الأول ص ٣١١ .

(٦) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٣٥٦ والمبسوط للسرخسي جـ ٢٠ ص ٣٠ وتبيين الحقائق جـ٤ ص ١٤٦ .

وقد ذكر كثير من الشارحين بأنه لايترتب على هذا الخلاف ثمرة فان الاجماع منعقد على ان الدين لايستوفى الا من احد هما وان الكفيل مطالب وان هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الأصيل ولو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح مع ان الدراء بالدين من غير من عليه الدين لايصح (١) .

كما يترتب على الخلاف المذكور : "انه لو حلف الكفيل ان لادين عليه لايحنث على رأى من يقول ان الغرم فى المطالبة ويحنث على الرأى الآخر (٢) .

ثانيا : التعريف بالضمان التبادلي :

لم يرد للضمان التبادلي تعريف خاص بين ثنايا الكتب فى شتى مذاهب الفقه الاسلامى وان كان الفقهاء قد افاضوا فى بيان خصائصه عند الكلام على تعدد الضامنين ففى هذه الحالة حين تتجه ارادة المدينين الى الالتزام بكل الدين — يكون للدائن ان يأخذ ايا منهم به كله : ولذلك يمكن تعريفه بأنه :

" ضم ذمة الى ذمة فى الدين كله " .

---

(١) حاشية الطحاوى — جـ٣ ص ٤٥ ١ وراجع الشيخ على الخفيف : احكام المعاملات الشرعية ص ٢٣٢ .

(٢) راجع الطحاوى نفس المرجع والمكان السابقين .

المبحث الثانى

تفريد التضامن السلبى وتمييزه
فى الشريعة والقانون

التضامن السلبى يوجد حيث يكون محل عدة مدينين ملزمين بدين واحد يكون كل منهم مسئولا امام الدائن عن كل هذا الدين ، ولما كان التضامن السلبى بهذه الخاصية ، فانه قد يشتبه بغيره من النظم التى قد تختلط معه فتقترب منه او تشتبه به وهذا يقتضى تفريد التضامن السلبى وتمييزه عن غيره من النظم فنفرق بين التضامن السلبى ، والتضامن فى مطلب أول ثم نميز بينه وبين عدم القابلية للانقسام فى مطلب ثان ثم نفرق بينه وبين الكفالة فى مطلب ثالث ، كما نفرق بين الضمان التبادلى والحوالة فى مطلب رابع — وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول
التضامن السلبى .. والتضامن

يقتضى التضامن من المدينين أن يكون للدائن ان يطالب أى مدين بالوفاء بكل الدين فيترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدينين جميعا ويستطيع الموفى منهم أن يرجع على سائر المدينين كل بقدر حصته فى الدين .

فالتضامن السلبى يفترض التزاما واحدا نشأ عن مصدر واحد وتعدد المدينون به[1] هذا المصدر قد يكون هو الاتفاق : وقد يكون هو نص فى القانون كما فى التزام الوكلاء المتعددين او الالتزام عن عمل غير مشروع صدر من أشخاص متعددين فأحدث ضررا ، ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحدا ، مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى من أنه : "اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم"

---

(١) دكتور محمد لبيب شنب — دروس فى احكام الالتزام ص ٣٩١ فقرة ٣٤٤ طبعة ١٩٧٤ .

هنا وجد كفلاء متعددون وكل منهم قد التزم في عقد مستقل بكفالة دين واحد فالروابط التي تربط الدائن بالكفلاء المتعددين روابط متعددة اذ التزم الكفلاء بعقود متواليه . ولكن الدين الذي التزم كل بأدائه مدين واحد ، الروابط اذا متعددة والمصدر متعدد والمحل واحد ، فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن ، لأنه يقتضي أن يكون المصدر واحدا كما قدمنا ، ولكن لما كان كل منهم ملزما بنفس الدين فقد تضامت ذممهم جميعا في هذا الدين الواحد دون ان يتضامنوا فالالتزام يكون التزاما تضاميا " obligation in solidum " وليس التزاما تضامنيا " obligation solidair. " .

اتجاه الفقه الاسلامي في هذا الصدد :

ويقترب هذا الحكم مما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية بالنسبة لتعدد الكفلاء حيث يكفلون على التعاقب ، اذ قرروا في هذه الحالة انه يجوز للدائن أن يطالب كلا منهم بجميع الدين (١) فلو ضمن كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فله أخذ جميع حقه من أحدهما ولو كان الآخر اضرا ملیا وسواء شرط حمالة بعضهم عن بعض أم لا علم أحدهم بحمالة الآخر او لم يعلم (٢) .

وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦٤٧ حيث قالت : " عند تعدد الكفلاء يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولا يسأل عن مجموع الدين الا اذا كانت كفالة كل منهم على حدة او اذا كفل كل منهم المبلغ الذي في ذمة الآخر " .

ويتميز الالتزام التضامني عن الالتزام التضاميي ان المدينين في الالتزام الأخير لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين ، لأن التضامن يقتضي وحدة المصدر ووحدة المصدر هذه هي التي تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين اما في الالتزام التضاميي فالمصدر متعدد فلا محل اذا لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين (٣) .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ٦ ص ١٥ ، وحاشية ابن عابدين — جـ٤ ص ٢٤٨ والمدونة الكبرى للامام مالك — جـ١٢ ص ١١٥ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — جـ٣ ص ٣٠٧

(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهوري للوسيط — جـ٣ ص ٢٨٧ .

أوجه الاتفاق والاختلاف بين التضامم والتضامن :

تقترب أحكام التضامم من أحكام التضامن السلبي فيما يتعلق بأن الدائن يستطيع أن يطالب أي واحد من المدينين بكل الدين وأن الوفاء الحاصل من أحد المدينين يبرئ ذمة سائر المدينين [1] ولهذا يعتبر بعض الشراح المسئولية المجتمعة نوعا من التضامن [2] .

وتختلف أحكام الالتزامين في الآتي :

١ — التضامن وصف يرد استثناء بالاتفاق أو ينص في القانون على الالتزام فيعدل من قواعد تنفيذه على حين أن التضامم وضع تفرضه طبيعة الأشياء [3] .

٢ — في الالتزام التضامني القاعدة انقسام الدين على جميع المدينين المتضامنين بحيث اذا وفى أحدهم الدين كان له أن يرجع على سائر المدينين كل بقدر حصته في الدين .

أما في الالتزام التضامني فلا توجد قاعدة عامة في هذا الشأن ففي بعض الحالات ينقسم الدين على المدين بحيث يستطيع الموفي ان يرجع على سائر المدينين وهو ما يتحقق في حالة المسئولية المجتمعة حيث يستطيع الموفي ان يرجع على سائر المدينين بدعوى الحلول وفقا للقاعدة العامة التي تقرر حلول الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه اذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين (٤) (مادة ١/٣٢٦ مدني) .

وفي بعض الحالات لا ينقسم الدين بحيث يتحمل الموفي الصعب النهائي للالتزام هو ما يحصل اذا وفى المؤمن مبلغ التأمين للمضرور اذ لا يجوز له ان يرجع على المؤمن له بأي مبلغ .

---

(١) دكتور لبيب شنب المرجع السابق ص ٣٩٢ .

(٢) دكتور أنور سلطان — النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص ٢٨١ فقرة ٢٦٨ هامش (١)

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) دكتور لبيب شنب نفس المرجع السابق ص ٣٩٣ .

٣ — فى الالتزام التضامنى يعتبر كل مدين نائبا عن سائر المدينين فى القيام بالاعمال التى تنفعهم بحيث يستفيد جميع المدينين من قيام أحدهم بهذه الأعمال اما فى حالة التضامن فلا تقوم هذه النيابة التبادلية ، اذ لاتوجد مصلحة مشتركة فيما بين المدينين المتضامنين (١) .

أمثلة للالتزام التضامنى فى القانون المصرى:

سبق بيان مثال للالتزام التضامنى فى التزام الوكلاء بعقود متوالية ، وهذه أمثلة أخرى:

(١) اذا كان الدائن بالنفقة يستطيع أن يطالب بها اثنين بأن كانت واجبة عليهما قانونا . يستطيع مستحق النفقة أن يرجع بها على أى منهما ويكون الجميع مدينين متضامنين لانهم جميعا مسئولون عن دين واحد . فالمحل واحد والروابط متعددة وكذلك المصدر متعدد .

(٢) اذا أخل عامل بعقد العمل الذى أبرمه مع صاحب العمل ، وكان هذا الاخلال نتيجة تحريض شخص ثالث فان العامل يكون مسئولا عن تعويض الضرر الحاصل لرب العمل ويكون مصدر التزامه بالتعويض هو عقد العمل ذاته فيكون مسئولية عقدية، ويكون المحرض كذلك مسئولا عن تعويض صاحب العمل عن ذات الضرر ويكون مصدر التزامه بالتعويض هو العمل غير المشروع فتكون مسئوليته تقصيرية .

هنا التزم شخصان بأداء واحد وتعددت الروابط والتزام كل منهم نشأ عن مصدر مختلف ولذلك نكون بصدد تضامن لاتضامن (٢) .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٣ ص ٢٨٨ .

(٢) نفس المرجع السابق — ص ٢٨٨ وما بعدها حيث ذكر امثلة كثيرة للالتزام التضامنى فى القانون المصرى .

المطلب الثانى

الالتزام التضامنى وغير القابل للانقسام

الالتزام غير القابل للانقسام هو الالتزام الذى لايمكن الوفاء به الا كاملا وبتمامه[1] ويعتبر الالتزام غير قابل للانقسام اذا كان لايقبل التنفيذ الجزئى نظرا لطبيعة المحل أو بناء على تنفيذ الطرفين فعدم قابلية محل الالتزام للانقسام ينعكس وصفه فى هذا على الالتزام نفسه[2] .

ولا تثور فكرة عدم القابلية للانقسام اذا كان المدين به شخصا وكان الدائن به شخصا واحدا لأن المدين يلتزم فى هذه الحالة بوفاء هذا الالتزام كاملا لدائنه سواء كان الالتزام قابلا للانقسام او غير قابل للانقسام ، وانما تثور مشكلة قابلية الالتزام للانقسام اذا تعدد اطرافه المدينون او الدائنون .

وتنص المادة ٣٠١ من التقنين المدنى على مايأتى :

١ ـ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ ـ وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك "[3] .

وفى عدم القابلية للانقسام يكون الالتزام غير القابل للانقسام محلا واحدا ولايتجزأ فوجدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام التضامنى ولكن الأول يزيد على الثانى فى أن المحل الواحد غير قابل للتجزئة[4] .

---

(١) دكتور عبد السلام ذهنى ـ الالتزامات ص ٨١٧ فقرة ٦٦٤ ، والسنهورى الوجيز ص ٥٢٣

(٢) دكتور صلاح الناهى ـ الوجيز فى النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٥٠ ص ٣٦٣ بغداد .

(٣) يقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق م ١١٦ / ١٧٢ وحكمها يكاد يكون واحدا فى التقنين القديم الجديد .
ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠١ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٨٨ وهى مطابقة ـ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٧ وهى مطابقة وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى مادة ٧١ .

(٤) السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ٣٨٥ .

ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتي :

أولا : فيما يتعلق بالوفاء يستطيع الدائن أن يطالب أيا من المدينين المتعددين بالدين كله فانه دين واحد غير قابل للتجزئة .

ثانيا : وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء اذا اقتضى الالتزام بأى سبب منها بالنسبة الى أحد المدينين المتعددين ، فانه نظرا لوحدة الالتزام وعدم قابليته للتجزئة ، فينقضى بالنسبة الى الآخرين وقد رأينا فيما تقدم أنه ينقضى بقدر حصة من قام به سبب انقضاء الالتزام .

ثالثا : ولما كان المدينون المتعددون فى الالتزام غير قابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض الا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة فهذه رابطة ترجع الى طبيعة الأشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية[1] اذ لا يربط بين هؤلاء المدينين غير وضع مادى هو عدم قابلية الدين للانقسام[2] .

حالات عدم القابلية للانقسام :

يكون الالتزام غير قابل للانقسام فى حالتين :[3]

١) اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم وذلك اذا كان المحل لا يحتمل التجزئة كما فى الالتزام بتسليم حصان أو اذا كان لا يتصور فيه ذلك كما فى الالتزام بترتيب حق ارتفاق او بالامتناع عن المنافسة ويطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الالتزام غير القابل للانقسام بعدم الانقسام الطبيعى[4] .

---

(١) السنهورى ـ الوسيط جـ ٣ ص ٣٨٦

(٢) الدكتور عبد المنعم البدراوى أحكام الالتزام ص ٢٨٨ .

(٣) دكتور عبد المنعم فرج الصدة ـ فى نظرية الالتزام الأوصاف والانتقال ص ٤٤ طبعة ٥٤ ، والدكتور عبد الرزاق السنهورى الوجيز فى النظرية العامة للالتزام ص ٥٣٤ ، وليبب شنب نفس المرجع السابق ٤٠٦ .

(٤) الدكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٤٨ .

٢) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك.

فعدم القابلية للانقسام قد يكون باتفاق صريح أو ضمنى ومن أخص صور الاتفاق الضمنى أن يكون عدم القابلية للانقسام راجعا الى الغرض الذى قصد اليه المتعاقدان كان يكون الشيء المبيع أرضا لا فانه مصنع أو مدرسة بحجم معين يستغرق كل مساحة هذه الأرض فالالتزام قابل بطبيعته للانقسام ولكن الطرفين قصدا ألا ينقسم . وهنا يكون عدم القابلية للانقسام نزولا على ارادة الطرفين ، ويسمى بعض الفقهاء هذا النوع من عدم القابلية للانقسام بالمشروط[1] .

ومن هاتين الحالتين يمكن أن نخرج بصور ثلاث لعدم قابلية المحل للانقسام:

الأولى : ترجع فيها عدم القابلية للانقسام الى طبيعة المحل .

الثانية : يرجع فيها الى الغرض الذى قصد اليه المتعاقدان .

الثالثة : يرجع فيها الى اشتراط عدم تجزئة الوفاء .

وفى هذه الصورة الأخيرة يكون عدم القابلية للانقسام مقررا لمصلحة الدائنين فلا يكون له أثر الا من ناحية الدين فاذا مات المدين لا ينقسم الدين بين ورثته اذ يكون كل وارث ملزما بأداء كل الدين ولكن اذا مات الدائن انقسم الدين بين ورثته[2] .

موازنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن السلبى:

يجتمع النظامان المذكوران فى إمكان جبر كل مدين على أداء كل الدين وان لم يلزم فى الأخير الا بحصته منه ثم يفترقان بعد ذلك من عدة وجوه :

ويدور الخلاف بين النظاميين على أساس من اختلافهما فى العلة الحاسمة من انقسام الدين ففى حالة عدم الانقسام ترجع العلة الى طبيعة المحل وكونه غير قابل للانقسام أما فى حالة التضامن فترجع الى ارادة أطراف الرابطة لا الى عدم قابلية المحل للانقسام[3]

(١) د. اسماعيل غانم - نفس المرجع السابق ص ٣٤٨ .

(٢) دكتور عبد المنعم فرج الصدة نفس المرجع السابق ٤٩

(٣) الدكتور صلاح الناهى نفس المرجع السابق ص ٣٦٤ .

ويترتب على اختلاف التضامن في العلة المذكورة أوجه اختلاف هي :[1]

١) التضامن السلبي مصدره الاتفاق او القانون أما عدم القابلية للانقسام فمصدره طبيعة المحل أو الاتفاق.

٢) في التضامن السلبي اذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء فان كلا من المدينين الآخرين لا يستفيد او يضار من انقضاء الدين الا بقدر حصة الدين أو الدائن الذي قام به سبب الانقضاء . أما في عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين فان كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله .

٣) النيابة التبادلية في التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر وهي غير قائمة أصلا لا فيما يضر ولا فيما ينفع . في عدم القابلية للانقسام ، فالمدينون على وجه التضامن يعتبرون في حالة وكالة مستمرة لمصلحة الدائن ويترتب عليها نتائج معينة لا وجود لهذه الوكالة في حالة المدينين بالتزام لا ينقسم[2] .

٤) في التضامن السلبي اذا استحال الالتزام الى تعويض نقدي بقي غير منقسم على المدينين المتضامنين أما عدم القابلية للانقسام فانه ينقسم على المدينين فالتضامن يشمل التنفيذ والتعويض أما عدم القابلية للانقسام فلا تشمل التعويض[3] وهو ما يعتبر التضامن أقوى التزاما من عدم التجزئة[4] .

٥) الالتزام غير القابل للانقسام لا ينقسم من الورثة على عكس الحال في الالتزام التضامني فاذا كان الالتزام لا يقبل الانقسام وتوفي الدائن عن عدة ورثة كان لكل وارث أن يطالب بالدين كله اما اذا اشترط التضامن بين الدائنين في التزام يقبل الانقسام كدفع مبلغ من النقود[5] ثم توفي أحدهم فلا يحول التضامن دون انقسام الحق بين ورثته (مادة ٢٨٠ / ٢ مدني) وهنا يعتبر عدم القابلية للانقسام

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط جـ٣ ص ٤٠٦ فقرة ٢٣٢

(٢) دكتور صلاح الناهي ـ نفس المرجع السابق ص ٣٦٥ والدكتور سليمان مرقس شرح القانون المدني جـ٢ ص ٧٧٢ فقرة ٧٨٦ طبعة ١٩٦٤م .

(٣) دكتور اسماعيل غانم ـ نفس المرجع السابق ص ٣٥٣

(٤) راجع في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٥

(٥) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٥٤ ، والدكتور لبيب شنب نفس المرجع السابق ص ٤٠٨ والدكتور انور سلطان النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص ٣٣١ الناشر دار المعارف بمصر .

أقوى التزاما من التضامن ، باعتبار أن الالتزام الذى لا يقبل القسمة لا ينقسم بين ورثة المدين ، ولهذه العلة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاما تضامنيا غير قابل للانقسام اتقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الامر على النص على التضامن فحسب ، ولا يعرض مثل هذا الغرض فى الشريعة الاسلامية لأن الدين لا ينتقل عن طريق الميراث ، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام ويؤدى بجملته من التركة ، فالدين مضمون بأموال التركة جميعها ضمانا لا يقبل التجزئة (١) .

عدم القابلية للانقسام فى الشريعة الاسلامية :

وفى الفقه الاسلامى قد يكون سبب عدم قابلية محل الالتزام للانقسام طبيعته كما لو كان بعينا لا تقبل الانقسام بطبيعتها فان كان يترتب على قسمتها ضرر كبير ، ويضرب الفقهاء امثلة لذلك بما اذا كان محل البيع مثلا نصف معين من الاناء والسيف ونحوهما وذلك لبطلان نفعهما بكسرهما ، ونحوهما مما تنقص قيمته أو قيمه باقية بكسره ، او قطعه قطعا يختلف بمثله كثوب غير غليظ وكجدار واسطوانة فوقهما شىء أو كله قطعة واحدة من نحو طين او خشب او صفوف من لبن أو آجر ولم تجعل النهاية صفا واحدا أو كجزء معين من حى لا يذكى (٢) .

وقد علل الفقهاء ذلك بالعجز عن تسليمه شرط لتوقفه على فعل ما ينقص ماليته وقد ورد النهى عن اضاعة المال (٣) ولذلك اشترطوا فى قسمة المال ، أن لا تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كانت تفوت بها منفعة لا يقسم جبرا كالبئر والرحا والحمام ونحو ذلك لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا أدت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها (٤) .

---

(١) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق — والوسيط جـ٣ ص ٤٠٧ هامش (١) ، مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٠٥ .

(٢) معنى المحتاج للشربينى الخطيب جـ٢ ص ١٣ وجواهر الاكليل جـ ٢ ص ٦ .

(٣) نهاية المحتاج للرملى جـ٣ ص ٢٢ ، وقليوبى وعميره جـ٢ ص ١٥٩ .

(٤) الشيخ على الخفيف مختصر احكام المعاملات الشرعية الطبعة الأولى ص ٢٥٧ .

ونظرا لأن محل هذا الالتزام يكون غير مقدور التسليم فقد حكم الفقهاء بفساد البيع في هذه الحالة ، والعقد الفاسد مشروع بأصله دون وصفه — فيصح بازالة السبب وهو تلاقي الانقسام فيجب تسليم محل الالتزام كملا .

وقد يكون سبب عدم قابلية الالتزام للانقسام عدم امكان تصور انقسامه ، وذلك في حالة الدين المشترك بين اثنين — ، فاذا قبض أحدهما بدلا عن حصته في الدين المشترك بينهما فان المقبوض يدل الدين المشترك يكون شركة بينهما اذ هو مقابل لدين والدين لا يقبل القسمة لأنه معنى في الذمة [1] ولا يتصور قسمة الدين قبل قبضه ، فاذا قبض احد الشريكين شيئا يجعل المقبوض كأنه عين حقه وان كان غيره حقيقة ، الا أنه يضمن لشريكه حصته ، فاذا ضمن لشريكه حصته لم يكن له على ما قبضه من سبيل [2] .

وقد يكون مصدر عدم القابلية للانقسام ارادة المتعاقدين ، وذلك في حالة ما اذا كان محل الالتزام في ذاته يقبل التجزئة بأن كان مما يكال أو يوزن او كانت الصفقة في ذاتها متفرقة يقول صاحب جواهر الاكليل : " ويجوز أن يباع جزافان صفقة واحدة سواء كان أصلهما ان يباعا جزافا أو كيلا أو أحدهما كيلا والآخر جزافا لانهما في معنى جزاف واحد ويجوز ان يباع مكيالان كذلك صفقة واحدة " [3] .

وذلك كما لو اشترى شخص مجموعة من الأشياء صفقة واحدة ، فانه يجب تسليم الصفقة بتمامها ، فاذا وجد بها ناقصة فقد فات غرضه يقول صاحب الهداية : " ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود [4] .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي — جـ ٤ ص ٤٥ .

(٢) حاشية الشلبي على التبيين — جـ ٤ ص ٤٥ .

(٣) جواهر الاكليل — جـ ٢ ص ٩ .

(٤) الهداية شرح بداية المبتدي جـ ٣ ص ٢٣ — الطبعة الأخيرة محمد علي صبيح .

واذا كان الاحناف قد وضعوا هذا العقد بأنه غير لازم فإن الشافعية قد اختلفوا فى حكمه على وجهين :

الوجه الأول :

أنه فاسد : وعلة الفساد هى الجهالة الفاحشة الناجمة عن تعذر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله (١) حيث أن جملة الثمن مائة ، والمبيع صبرة طعام قدرها مائة قفيز كل قفيز بدرهم ، وقد وجدها أقل فاختل الجمع بين جملة الثمن وتفصيله .

الوجه الثانى :

ويقترب رأيهم فيه من رأى الأحناف حيث يحكمون بصحة البيع ولكنهم يجعلونه غير لازم ، ويجعلون للمشترى الخيار فى حالة النقصان فاذا أجاز فيجمع الثمن لمقابلة الصبرة به (٢) وقد حصل الفرضين وهما بيع الجملة بمائة ومقابلة كل واحد بواحد .

خلاصة هذه الدراسة :

ان عدم قابلية محل الالتزام للانقسام وضع ينشأ من طبيعة الشىء محل الالتزام اذا كان لا يقبل الانقسام ، لضياع النفع به أو اذا كان لا يتصور انقسامه كالدين لانه وصف فى الذمة لا يتصور انقسامه الا اذا قبض بدلاه وقد ينشأ عدم القابلية للالتزام على ارادة المتعاقدين اذا كان المحل بطبيعته يقبل الانقسام وشاءت الارادة غير ذلك ويترتب عليه أن يكون غير صحيح على رأى وغير لازم على رأى آخر وسواء قلنا بالفساد أو بعدم اللزوم (٣) فانهما لا يرتفعان الا اذا سلم المحل من الانقسام كما يلاحظ أن عدم

---

(١) حاشية الشيخ عميرة جـ٢ ص١٦٣ ، ونهاية المحتاج للرملى جـ٣ ص٣٢ .

(٢) قليوبى وعميره — جـ٢ ص١٦٣ .

(٣) راجع فى ذلك الفتاوى الهندية جـ٦ ص ١٥٥ ، حيث ورد فيه "ولو كان ثياب بين رجلين أو غنم وما أشبه ذلك مما ينقسم فباع أحدهما حصته من شاة أو ثوب فانه يجوز وليس لشريكه أن يبطله فى رواية محمد رحمه الله تعالى وفى رواية الحسن بن زياد لا يجوز الا باجازة شريكه وبه أخذ الطحاوى رحمه الله هكذا فى المحيط بئر وأرض بين رجلين باع أحدهما نصيبه من البئر بطريقة و لا يجوز فى الطريق و هو الصحيح ويتوقف على اجازة صاحبه فلو أجاز شريكه جاز البيع فى الكل .

قابلية محل الالتزام للانقسام اذا كان مقررا بالارادة فان يرمى الى تحقيق مصلحة لكنها أهم من أن تكون هى التوثق لمصلحة الدائن ، ولعل فيما أله تفريق الصفقة مايؤكد هذا المعنى وفى العمل كثيرا ما نعثر على عبارة : " صفقة واحدة " وهى العبارة التى يعبر بها عن وحدة محل العقد المقصود من كتابة هذه العبارة أن العقد تم جملة واحدة فلا تجوز تجزئته[1] .

المطلب الثالث

الفرق بين التضامن السلبى والكفالة

تعريف الكفالة :

عرفت المادة (٧٧٢ مدنى) الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه" وكانت المادة (٦٠٤/٤٩٥ مدنى قديم) تعرفها "بأنها عقد به يلتزم انسان بأداء دين انسان آخر اذا كان هذا الآخر لا يؤدى " .

ويؤخذ من نص المادة ٧٧٢ مدنى أن الكفالة عقد يلتزم به الكفيل ازاء الدائن أى انها عقد بين الكفيل والدائن فقط فلا يكون المدين طرفا فيه[2] ويؤخذ منه أيضا أن محل الكفالة تنفيذ التزام قائم فى ذمة غير الكفيل أيا كان محل هذا الالتزام أى سواء كان مبلغا من النقود او القيام بعمل او الامتناع عن عمل ويؤخذ منه أخيرا أنه لا يتضمن كما يبدو من تعريف التقنين المدنى الملغى ان يكون الكفيل انسانا بل يجوز أن يكون أى شخص معنويا كان أو طبيعيا وانه يجوز كذلك أن يكون المكفول التزام أى شخص .

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاته ص ١٢٤ ، ١٢٥ فقرة ١١٦ .

(٢) دكتور سليمان مرقس عقد الكفالة ص ٥٦ طبعة ١٩٥٩ دار النشر للجامعات المصرية ، د مختار القاضى الوجيز فى شرح العقود المدنية — الكفالة ص ١١٩ طبعة ١٩٧٤م .

ولا يجوز أن يفهم من عبارة اذا لم يف به المدين نفسه " الواردة فى نهاية التعريف أن التزام الكفيل التزام شرطى بل انه التزام منجز ينشأ بمجرد انعقاد الكفالة ويحل بمجرد حلول الالتزام الأصلى وانما المقصود بهذه العبارة ان التزام الكفيل يكون تابعا لالتزام المدين فاذا وفى هذا بالتزامه لم يبق ثم محل لالتزام الكفيل ووجب ان ينقضى هذا الالتزام الأخير تبعا لوفاء الالتزام الأول (١) .

مميزات عقد الكفالة :

ويتميز عقد الكفالة بأنه رضائى وأن تطلب القانون اثباته بالكتابة واذا فلا يبطل اذا كان شفويا وهو عقد ملزم من جانب واحد ، كما أنه عقد تبرعى يسرى عليه ما يسرى على التبرعات ويرى بعض الفقهاء أن صفة التبرع هذه تأتى من أن الكفيل يلتزم امام الدائن بوفاء الدين دون مقابل يلتزم به الدائن للكفيل (٢) بينما يرى البعض الآخر ان صفة التبرع لا تأتى من هذا الطريق بل من العلاقة بين الكفيل والمدين اذا كان الكفيل لا يدفع شيئا مقابل الكفالة للدائن عدا مبلغ الكفالة (٣) دون اضافة أى شئ نظير الكفالة ، أو لأن الكفيل يقوم بخدمة مجانية للمدين فى غالب الأحوال أو الى الدائن فى بعضها (٤) ويجوز أن يتفق على أن يدفع المدين مقابلا أو تعويضا للكفيل نظير الخسارة التى يتعرض لها ولا يوجد فى القانون ما يمنع من اشتراط مقابل وليس فى ذلك ما يخالف النظام العام .

---

(١) دكتور عبد الفتاح عبد الباقى — فى التأمينات الشخصية والعينية .. الطبعة ٢/ فقرة ١٥ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس عقد الكفالة ص ١٠

(٣) د . مختار القاضى عقد الكفالة ص ١٢٠ .

(٤) د . محمد كامل مرسى بك — التأمينات الشخصية والعينية طبعة ١٩٥٢ ص ٢٤ ، ٢٥ .

تعريف الكفالة في الشريعة الاسلامية :

سبق تعريف الكفالة ونحن بصدد تعريف ضمان الملتزمين وفي الرجوع اليه مايغني عن التكرار وقد اشارت المادة ٨٣٩ من مرشد الحيران الى تعريف الكفالة بأنها : " ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عمل " واذا قارنا هذا التعريف بما سبق من تعريف الكفالة في القانون لرأينا أنه يقترب منه الى حد كبير وان كان تعريف الفقه الاسلامي أدق وأوضح .

وقد عرفت المادة ٦١٢ من مجلة الاحكام العدلية الكفالة بقولها : " الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء مطلقا كالمطالبة بنفس او بدين او عين مضمونة كما سيأتي "(١)

أوجه التشابه والاختلاف بين الكفالة والالتزام التضامني :

لاشك أن هناك وجوه شبه بين الالتزام التضامني والكفالة ، كما أن هناك وجوه اختلاف بينهما ويمكن القاء الضوء على ذلك :

أولا : أوجه التشابه بين الكفالة والالتزام التضامني :

(١) انهما يعتبران صورة من صور التأمين الشخصي للدائن(٢) ذلك ان طبيعة عقد الكفالة انها شرعت للتوثق ، ضمانا للوفاء بدين الدائن وهي بهذا تشتبه مع التضامن السلبي فالاصل فيه أنه ضمان للدائن وان كان هذا الضمان أقوى في التضامن منه في الكفالة (٣) .

(٢) وفضلا عن هذا فان هناك ارتباطا تاريخيا بين التضامن والكفالة اذ يعتبر التضامن هو الأصل التاريخي للكفالة وكان القانون الروماني لايفرق في بادىء الامر بين التضامن والكفالة ثم مالبثت الكفالة أن انفصلت عن التضامن شيئا فشيئا وأخذت طابعها الخاص فبين الكفالة والتضامن السلبي ارتباط تاريخي (٤) .

---

(١) سليم رستم باز كتاب شرح المجلة المجلد الأول ص ٣١٠ الطبعة الثانية ١٨٩٨ هـ .

(٢) الدكتور أحمد حشمت ابو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص ٤٢٣ فقرة ٧٠٢ طبعة ١٩٤٥ والدكتور محمد علي امام التأمينات الشخصية والعينية ص ١٢٣ مطبعة نهضة مصر .

(٣) راجع في ذلك الوسيط للسنهوري جـ ٣ ص ٢٦٠

(٤) د. محمد علي امام نفس المرجع السابق ص ٢١

(٣) ومن ناحية أخرى تشتبه الكفالة مع التضامن السلبي فإن المدين الموفى في كل منهما يستطيع الرجوع على من تضامن معه أو كفل عنه وإن كان الأساس الذي ينبني عليه الرجوع مختلف فالتزام المدين المتضامن أصلي والتزام الكفيل تبعي [1] .

ثانيا : أوجه الاختلاف بين الكفالة والالتزام التضامني :

وإذا كان هناك وجه شبه بين الكفالة والالتزام التضامني يجد أساسه من الصلة التاريخية والغائية المتوخاه من تقرير كل منهما وما يترتب عليهما من أثر الرجوع فقط لاشك فيه أن بينهما اختلافات جوهرية تتمثل في الآتي :

(١) مصدر الكفالة والتضامن السلبي :

لاشك أن مصدر الكفالة هو الاتفاق غالبا أما التضامن السلبي فإن مصدره قد يكون هو الاتفاق أو القانون ، ولاشك أن مضمون الاتفاق يختلف في الكفالة عنه في الالتزام التضامني وذلك لأن الاتفاق في الكفالة يمثل عقد الكفالة وهو تبعي ، وفي الالتزام التضامني يمثل التزاما أصليا .

(٢) التزام المدين المتضامن أصلي بينما التزام الكفيل تبعي :

لاشك أن التزام المدين في التضامن انما هو التزام أصلي فهو مدين في المرتبة الأولى بخلاف التزام الكفيل فانه التزام تبقى في المرتبة الثانية . ونظرا لأن التزام الكفيل تبعي فانه يمكن القول ان في الكفالة رابطة واحدة عكس التضامن ففيه روابط متعددة [2] .

---

(١) د . محمد علي امام ـ نفس المرجع السابق . ص ١٢١ .

(٢) د . محمد كامل مرسي بك ـ المرجع السابق ص ٢١

ويترتب على تبعية التزام الكفيل أمران هامان :

أولهما : نظرا لأن التزام الكفيل تبعي فانه يتأثر في نشأته وأوصافه وانقضائه بالالتزام الأصلي ويمكن القاء الضوء على ذلك بنوع من التفصيل على النحو الآتي :

(١) فمن حيث قيام الالتزام ، أو نشأته ، لاشك أن عقد الكفالة يتأثر بما يصيب التزام الأصيل ، فبطلان التزام الأصيل يترتب عليه بطلان التزام الكفيل طبقا لقاعدة ان التابع يتبع الأصل وجودا وعدما ، وعلى هذا يستطيع الكفيل أن يتمسك بالعيب الذي يلحق الالتزام الأصلي [1] ولا يوجد مثل هذا في التضامن لأن التزام المدين المتضامن التزام أصلي .

(٢) وبالنسبة لأوصاف الالتزام الأصلي يستطيع الكفيل ان يتمسك بالأوصاف الخاصة بالدين الأصلي من تأجيل وشرط وخلافه عكس التضامن .

(٣) ومن حيث الانقضاء نظرا لأن التزام الكفيل تبعي فان ذمته تبرأ ببراءة الأصيل أما في التضامن فان ذمة المدين لا تبرأ الا بمقدار حصة المدين الموفي .

ثانيهما : ونظرا لأن التزام الكفيل تبعي فقد خصه المشرع بطائفة من الدفوع او المزايا منها الدفع بعدم جواز مطالبته وحدة قبل مطالبة المدين الأصلي والدفع بالتجريد وحق التقسيم والدفع ببراءة ذمته بسبب اضاعة الدائن للتأمينات او بسبب تأخره في مطالبة المدين أو عدم تقدمه في التفليسة ولا توجد مثل هذه المزايا في التضامن لأن الروابط مختلفة [2] .

---

(١) دكتور أحمد حشمت ابو ستيت — المرجع السابق ص ٥٢٣ هامش (١)

(٢) د . محمد على امام — المرجع السابق ص ١٢٩ والدكتور سليمان مرقس عقد الكفالة ص ٦٠ وما بعدها طبعة ١٩٥٩ م .

الكفالة التضامنية :

واذا كان الدائن يستطيع أن يحول دون المدين واستمهاله للدفع بالتجريد والدفع بتقسيم الدين عند تعدد الكفلاء باشتراط التضامن بين الكفيل والمدين أو بين الكفلاء وهو مايسمى بالكفالة التضامنية ، فان هذه الكفالة مازالت التزاما تابعا يتميز عن الالتزام التضامنى الذى هو التزام أصلى .

فاذا كان التزام الكفيل يفقد صفته كالتزام احتياطى وذلك اذا اشترط تضامن الكفيل مع المدين ، الا أنه يبقى مع ذلك التزاما تابعا لالتزام المدين ولذلك لايقوم التزام الكفيل ولوكانت الكفالة تضامنية اذا انقضى التزام الأصيل أو أبطل [1] وفى حين ان ابطال التزام أحد المدينين المتضامنين او انقضاءه قد يرجع الى سبب خاص به فلايؤثر فى التزام باقى المدينين [2] .

وأهم مايميز بينهما فضلا عن ان الكفيل يستطيع أن يتمسك بدفوع المدين هو ان تطع المدة ضد الكفيل لايقطعها ضد المدين ، كما أن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين ليس من شأنه تغيير مدة التقادم بالنسبة للكفيل المتضامن الذى لم يطالب معه فى الدعوى على خلاف ماهو مقرر فى التضامن [3] .

الفرق بين الضمان التبادلى والكفالة فى الفقه الاسلامى :

يختلف الضمان التبادلى عن الكفالة فى الفقه الاسلامى فى السبب الذى يترتب عليه كل منهما ونطاق المسئولية ووقت نشوئها فيهما ، والسبب فى كل منهما وان كان هو الايجاب والقبول الا أن مضمونه فى الأول وارد على الضمان التبادلى اما فى الثانى فهو وارد على الكفالة وقد يكون سبب الالتزام بالضمان التبادلى تقرير الشارع كما فى شركة المفاوضة وعند حدوث التلف الطالى نتيجة وقوع فعل محظور كما سنرى .

---

(١) دكتور اسماعيل غانم احكام الالتزام طبعة ٦٧ ص٣١٣ هامش (١) والدكتور احمد حشمت أبو ستيت نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) انظر بصفة خاصة نقض مدنى ٢٤ ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة النقض سنة ٣ ع ، ص ٩٦٩ رقم ١٤٣ . حيث تقرر المحكمة "ان التزام الكفيل ينقضى حتما بانقضاء التزام المدين ولوكان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ولا فرق فى هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن" .

(٣) دكتور أحمد حشمت أبو ستيت نفس المرجع والمكان السابقين .

كما يختلف نطاق المسئولية في كل منهما فاذا كانت الكفالة ضم ذمة الى أخرى في المطالبة بالدين مطلقا فهي في الضمان التبادلي ضم ذمة الى أخرى في المطالبة بكل الدين ، ثم ان الكفالة غالبا ما تنشأ تابعة لالتزام أصلي والضمان التبادلي قلما ينشأ كذلك بل الغالب فيه ان يكون كالتزام أصلي .

المطلب الرابع

الضمان التبادلي والحوالة في الفقه الاسلامي

يشتبه عقد الضمان والحوالة في أن كلا منهما من العقود التي لا تقوم الا بالتبعية لغيرها اذ لا يوجد ان الا بوجود دين سابق عليهما ، كما أن كلا منهما يتضمن التزاما على الأصيل وذلك قصدا للتوثق ، ولذلك فمن الأهمية أن نعرف بالحوالة لتتضح التفرقة بينها وبين الضمان التبادلي .

تعريف الحوالة في الفقه الاسلامي :

الحوالة بفتح الحاء وكسرها ومعناها لغة : التحول والانتقال من قولهم حال عن العهد اذا انتقل عنه وتغير [1] ومنه حوالة الفراش نقله [2] ويقال حول الشيء من مكانه نقله منه الى مكان آخر وحول وجهه لغتة [3] .

وفي الاصطلاح الشرعي : تعددت تعريفات الفقهاء للحوالة :

فعرفها الشافعية بأنها : " عقد يقتضي نقل دين من ذمة الى ذمة ، ويطلق على انتقاله من ذمة الى أخرى [4] والأول هو غالب استعمال الفقهاء " [5] .

---

(١) مغني المحتاج — جـ٢ ص ١٩٣ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي — جـ٤ ص ١٧١ .

(٣) بلغة السالك لاقرب المسالك — جـ٢ ص ١٣٥ .

(٤) نهاية المحتاج — جـ٣ ص ٣٩٠ .

(٥) مغني المحتاج — نفس المكان السابق .

وعرفها الحنفية شرط بأنها : " نقل الدين وتحويله من ذمة الأصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق[1] وقد عرفها صاحب الاختيار شرط بقوله " هي نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه [2] .

وعرفها المالكية بأنها : نقل الدين من ذمة بمثله الى أخرى تبرأ بها الأولى[3] وعند الحنابلة مختلفا : نقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه[4] ولم يعرفها الظاهرية وان امكن ان يفهم من قولهم انها عقد يتضمن نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ويترتب عليه براءة المحيل يقول ابن حزم فرض على الذي أحيل ان يستحيل عليه ويجبر على ذلك ويبرأ المحيل مما كان عليه[5] وعند الشيعة عرفها الطباطبائي بقوله : " هي عندهم تحويل المال من ذمة الى ذمة والأولى أن يقال أنها احالة المديون دائنه الى غيره أو احالة المديون دينه من ذمته الى ذمة غيره[6] ".

وعرفها صاحب الروض النضير بقوله : حقيقتها شرط نقل الدين من ذمة الى ذمة [7] وعرفها صاحب المختصر النافع بأنها مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغوله بمثله[8] ومن خلال التعريفات السابقة نلمس أن مضمون الحوالة يحتوي نقل الدين من ذمة المحيل . ولذلك قرر جمهور الفقهاء براءة ذمته من الدين والمطالبة ولم يخالف في ذلك غير الامام زفر حيث قرر عدم براءة ذمة المحيل لا من الدين ولا من المطالبة اذ الحوالة عنده لا تخرج عن كونها كفالة يقصد منها التوثق .

---

(١) البابرتي على فتح القدير ـ جـ٥ ص ٤٤٣ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ـ جـ٢ ص ٢٤١ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ٣ ص ٢٩٢ .

(٤) الشرح الكبير على المغني ـ جـ٥ ص ٥٤ وراجع كشاف القناع ـ للبهوتي جـ ٣ ص ٣٨٢ .

(٥) المحلى لابن جزم ـ جـ٨ ص ١٠٨ مسألة ١٢٢٦ .

(٦) العروة الوثقى ـ جـ٢ ص ٣٣٤ .

(٧) الروض النضير ـ جـ٣ ص ٤٠٥ .

(٨) المختصر النافع ـ ص ١٤٢ .

آراء الفقهاء في حكم الحوالة :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن عقد الحوالة يترتب عليه براءة ذمة المحيل من الدين والمطالبة به ولم يخالف في هذا غير الامام زفر الذي قرر بأن الحوالة لا يترتب عليها براءة المحيل وذلك لأنها للتوثق وهو لا يكون الا بزيادة المطالبة ، ومثلها في ذلك مثل الكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة[1] .

وقد قرر جمهور الفقهاء استدلالا على وجهة نظرهم وردا على زفر بأن الحوالة اذا تمت برىء المحيل من الدين والمطالبة ، وذلك لأن الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الأصيل لأن الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها ولأن من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين في زمان واحد[2] .

والكفالة معناها الضم فيقتضي أن يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الأصيل والاستيثاق بها بالضم . وفي الحوالة باختيار من هو الأملأ من المحيل والأحسن منه في القضاء ، ولا يقال لو برىء لما اجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي وذلك لأن الاجنبي متبرع أما المحيل فانه غير متبرع لأنه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن اجنبيا اذ قصده دفع الضرر عن نفسه[3] مخافة عود الدين اليه[4] .

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي — جـ٤ ص ١٧١ — وفتح القدير جـ٥ ص ٤٤٥ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار — جـ٢ ص ٢٤١ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي نفس المكان السابق .

(٤) فتح القدير — جـ ٥ ص ٤٤٧ .

رأى الأمام محمد :

وذهب الامام محمد الى أن المحيل يبرأ من المطالبة فقط فيكون أصل الدين باق في ذمته (١) .

وثمرة الخلاف بين هذا الرأى وغيره تظهر في موضعين :

أولهما : اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين عند محمد يصح لأنه لازال مدينا وعند غيره من الفقهاء لايصح وذلك لأنه غير مدين .

ثانيهما : ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند غير الامام محمد وعنده ليس له ذلك لأن الدين (٢) .

وعلى ضوء ماسبق يمكن تقرير أن الحوالة يترتب عليها براءة المحيل على رأى جمهور الفقهاء الراجح وأنها بذلك تختلف عن الضمان الذى يترتب عليه ضم ذمة الى ذمة فاختلفا من هذه الناحية وان اشتركا في التوثق .

على أنه اذا شرط في الكفالة براءة الأصيل فحينئذ لايطالب الأصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوزا فيها فتجرى حينئذ أحكام الحوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لايبرأ الأصيل تكون كفالة اعتبارا للمعنى فيها (٣) .

---

١) فتح القدير جـ٥ ص٤٤٦ وتبيين الحقائق جـ٤ ص ١٧٢ . وحاشية الشلبى عليه نفس المكان السابق .

٢) تبيين الحقائق للزيلعى نفس المكان السابق .

٣) راجع في ذلك فتح القدير جـ٥ ص ٤٠٣ ، والبابرتى على الفتح نفس المكان السابق .

الفصل الثاني

طبيعة الالتزام التضامني وتكييفه في الشريعة والقانون

جرت اقلام الفقهاء على معالجة موضوع التضامن بصفة عامة بطريقة من شأنها ان تؤدي الى اختلاف كبير في تكييفه ، فبينما يستفاد من كلام بعض الفقهاء ان التضامن وصف من اوصاف الالتزام المتعدد الاطراف يلحق به ويجعله غير قابل للانقسام ، يقرر البعض الآخر ان التضامن السلبي ضرب من ضروب التأمين الشخصي يجري الدائنون على تامين ديونهم به ضمانا لاستيفائها ، وفي نفس الوقت نجد الفقهاء يطلقون على العلاقة التي تجمع بين المدينين المتضامنين بالدائن " الالتزام التضامني " ، فهل يمثل هذا المسمى نوع التزام مستقل ؟

لاشك ان كل ذلك يتطلب اظهار طبيعة التضامن وتكييفه ليتسنى وضعه في مكانه الصحيح من نظرية القانون .

خطة الدراسة

تتناول القاء الضوء على ما سبق في المبحثين الآتيين :

المبحث الاول : طبيعة الالتزام التضامني و تكييفه في فقه القانون

المبحث الثاني : طبيعة الضمان التبادلي و تكييفه في الشريعة الاسلامية .

المبحث الأول
طبيعة الالتزام التضامنى وتكييفه
فى فقه القانون

تناول فقهاء القانون دراسة موضوع التضامن بطريقة تعكس اعتبارات متعددة فى تكييفه وبيان طبيعته يمكن تأصيلها وارجاعها الى ثلاث اتجاهات يمكن أن تثار بصدد تكييف التضامن وهى :

الاتجاه الأول : التضامن توثيق للدين .
الاتجاه الثانى : التضامن وصف للالتزام .
الاتجاه الثالث : التضامن نوع التزام مستقل .

ونتناول الكلام على كل منها :

أولا : التضامن توثيق للدين :

يقرر كثير من الفقهاء أن التضامن السلبى يعتبر نوعا من التأمين الشخصى الذى يتمخض لمصلحة الدائن وبدلا من أن يقتصر ما له من ضمان عام على أموال مدين واحد يترتب على اشتراط التضامن أن يشمل ذلك الضمان أموال مدينين متعددين فيكون له أن يطالب أيا منهم بأداء الدين كاملا ، فباشتراط التضامن يحصل الدائن على تأمين لحقه والتأمين هنا شخصى لا عينى ، قوامه تعدد أشخاص المسئولين عن تنفيذ الالتزام [1] مثله فى ذلك مثل الكفالة فالكفالة والتضامن السلبى يعتبران صورة من صور التأمين الشخصى بل أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية [2] حتى لو تضامن الكفيل مع المدين اذ يظل التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصلى وهذا يجرى على

---

(١) دكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص٣١٣ ، والدكتور سليمان مرقس شرح القانون المدنى جـ٢ ص ٧٦٠ فقرة ٧٧٣ طبعة ١٩٦٤ وراجع أيضا الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المصرى المدنى طبعة ١٩٥٤ ص٥٢٣ بند ٧٠٢ والدكتور محمد على امام التأمينات الشخصية والعينية ص١٢٣ .

(٢) الوسيط للسنهورى جـ٣ ص ٢٦٠ .

نتائج تتنزل بالكفيل فى درجة المديونية عن الأصيل فاذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامنهما وصل بذلك الى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية .

وقد تناول عدد كبير من الفقهاء دراسة موضوع التضامن كنوع من التأمين الشخصى وهم يتكلمون عن التأمينات الشخصية مقرّين أن التأمين الشخصى يتحقق بالكفالة والتضامن بين المدينين وأن التضامن نوع من أنواع التأمينات الشخصية [1] وقد كانت المادة ١٩٠/١٥٤ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه " لا يصح فى أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن الا برضاء الكفلاء والمتضامنين " فقد جمعت المادة بين التضامن والكفالة كنوعى تأمين شخصى للالتزام وقد عبر الأستاذ السنهورى عن هذه النوعة بوصف التضامن بأنه نوع من الكفالة الشخصية [2] .

تقييم هذا الاتجاه :

ولاشك أن هذا الاتجاه قد راعى فى اعتباره أمرا هاما وهو الغاية التى من أجلها قد تقرر التضامن السلبى ، فما لاشك فيه أن التضامن السلبى ينطوى على مصلحة جوهرية للدائن فى تأمين حقه ولذلك يعتبر مثل هذا النوع من الضمان تأمينا له وتوثيقا لدينه .

ورغم أن هذا الأمر يبلغ من الوضوح درجة لاتثير أى لبس الا أن الفقهاء حين يقررون ذلك نراهم يتناولونه وهم يتكلمون عن أوصاف الإلتزام . وكان الأولى أن يدرس فى نظرية التأمينات الشخصية والعينية لما كان توثيقا للدين مثله مثل الكفالة ولأن حظ الكفالة من دور الارادة لايقل

---

(١) محمد كامل مرسى بك التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية ص٣ والدكتور شمس الوكيل الموجز فى نظرية التأمينات طبعة ٦٧ منشأة دار المعارف بالاسكندرية والدكتور أنور سلطان أحكام الالتزام ص٢٨٩ و دمحمد لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام ص٣٩١ .

(٢) الوسيط جـ ٣ ص٥٩٠ فقرة ٣٣٣ .

عن التضامن ، اذا فلم التفرقة في موضوع الدراسة ؟ ان هذا بدوره يعود بنا الى التساؤل ، هل التضامن توثيق للدين أو وصف للالتزام؟ واذا كان التضامن وهو تأمين شخصي وصف للالتزام ، فهل التأمينات الشخصية كلها كذلك؟

ثانيا : التضامن وصف للالتزام :

الوصف أمر عارض accidentel يضاف الى الالتزام بعد أن يستوفي هذا أركانه ، ووصف الالتزام معناه أن أمرا عارضا أضيف اليه ، ولو زال الوصف لبقي الالتزام في صورته البسيطة دون أن يتأثر بزوال هذا العارض ، وعلى هذا لو سمي الوصف ركنا من أركان الالتزام لايكون أمرا عارضا ، ولزال الالتزام بزواله .

فاذا لم يوجد السبب في الالتزام المجرد obligation abstraite فليس هذا وصفا ، لأن الأمر يتعلق بركن من أركان الالتزام ، كما أن العقود الزمنية كعقد العمل وعقد الايجار وعقد التوريد ليست عقود موصوفة لأن الزمن عنصر من عناصر المحل ، والوصف لايكون عنصرا في الركن بل هو عنصر عارض كما قدمنا [1] .

وقد تناول فقهاء القانون دراسة موضوع التضامن وهم بصدد الكلام على أوصاف الالتزام على اعتبار أنها أوصاف للارادة وهذا يدل على ميلهم الى اعتبار التضامن من أوصاف الالتزام .

ومما يبرز هذه النظرة أن كثيرا من الفقهاء حين قصدوا

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج٣ ص ٤

لتعريف التضامن قد أبرزوا فيه هذه الخاصيّة وعرفوه بأنه وصف يحول دون انقسام الالتزام في حالة تعدد المدينين [1] .

وهذا يفيد أن التضامن وصف يلحق بالالتزام المتعدد الأطراف فيعدل من آثاره فإذا كان الأصل أن المدينين اذا تعددوا لا يسأل كل منهم الا عن مقدار حصته في الدين فإن التضامن كوصف من شأنه أن يعدّل هذه النظرة وأن يجعل كل مدين مسئولا أمام الدائن عن كل الدين .

.. ومما يؤكد هذه النظرة أن الابراء يجوز أن يقع على التضامن فقط ويبقى أصل الدين كما هو على المدين المبرأ من التضامن ولو كان التضامن التزاما أصليا لسقط أصل الدين ، لكن سقوطه مع بقاء أصل الدين يدل على أنه وصف عارض لا يؤثر زواله في بقاء الالتزام الاصلي وقد نصت المادة ٢٩٠ مدني على أنه: " اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرّح الدائن بذلك " فاذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين لم يكن له أن يرجع عليه الا بمقدار حصته فقط [2] . فبقاء حق الدائن في الرجوع بمقدار حصة المدين المبرأ من التضامن يدل على بقاء أصل الدين .

---

(١) دكتور أحمد حشمت أبو ستيت النظرية العامة للالتزام ص ٥٢٣ فقرة ٧٠٢ والدكتور أنور سلطان أحكام الالتزام طبعة ١٩٧٤ ص ٣٨٨ والدكتور صلاح الناهي الوجيز في النظرية العامة للالتزام ص ٣٤٦ طبعة ١٩٥٠ .

(٢) الدكتور السنهوري الوسيط جـ٣ ص ٣٢٣ والدكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٢٩ ، ٣٢٦ .

تقييم هذه النظرية :

اذا نظرنا الى هذا الاتجاه وجدنا أنه معتمد في أساسه على أن الوصف مرتبط بالارادة على اعتبار أن الارادة مصدر له فهي التي تنشئه وتحدد مداه وتحصل مايترتب عليه من آثار ، وفي هذا الصدد يقرر الأستاذ السنهوري وهو بصدد الكلام عن قيام نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة المادية " أن ترتيب البحث على هذا الأساس يجعلنا نعالج أوصاف الالتزام في باب أركان التصرف القانوني ويكون كل من الشرط والأجل والتضامن وعدم القابلية للانقسام وصف من أوصاف الارادة [1] .

ومما يلاحظ على هذا الاتجاه أن الأوصاف المتقدمة الذكر لاتلحق الالتزام الارادي وحده بل هي تلحق الالتزام غير الارادي ولذلك فمن الأولى أن تبقى هذه الأوصاف في نطاق نظرية الالتزام ذاته لا أن تنتقل الى نظرية التصرف القانوني ، ما دامت هذه الأوصاف تلحق الالتزام أيا كان مصدره تصرفا قانونيا كان هذا المصدر أو واقعة مادية .

كما يلاحظ أن هذا الاتجاه ينظر الى التضامن من زاوية مصدره وهي الارادة ، وقد وجهها على أي اعتبار آخر ولو كان هو الغاية التي قررت الارادة من أجلها مثل هذا الوصف وهي توثيق الدين .

ومما لاشك فيه أن الارادة مصدر لكثير من التصرفات وأن الذي يميز بين أنواع التصرفات المختلفة هي الآثار التي تترتب عليها .

---

(١) السنهوري الوسيط جـ٢ ص ٤ .

ثالثا : التضامن يمثل نوع التزام مستقل :

يحبذ جانب من الفقهاء على اطلاق اسم " الالتزام التضامني "[1] حين يتعدد الملتزمون بالدين ، ويشترط تضامنهم او يكونون خاضعين لحالة من تلك التي ينص القانون فيها على مسئولية المدينين فيها بالتضامن ، ويطلقون على هذا النوع من الالتزام " الالتزام التضامني " " obligation solidaire "

مبررات هذه النظرة :

ولعل مما يساعد على اعتبار الالتزام التضامني نوع التزام مستقل هو مايتسم به من خصائص تميزه عن غيره من انواع الالتزامات ، ومن هذه الخصائص ان الالتزام التضامني لايتصور وجوده الا في مواجهة ، دائنين فالالتزام التضامني يفترض ولا بد وجود دائن في مواجهة مدينين متعددين تتوافر فيهم الاهلية القانونية على حين ان الالتزامات الاخرى قد تنشأ ولو لم يتعين شخص الدائن ، وفضلا عن ذلك فان هذا النوع من الالتزام ينفرد بتلك الخصائص التي تتفرع عن رابطة التضامن سواء تقررت بالارادة او بنصوص القانون ، وهذا يساعد على اعتباره نوع التزام مستقل .

تقييم هذه النظرة :

واذا كان الاتجاه السابق يجد مبررا له ، فان اعتبار التضامن السلبي نوع التزام مستقل اعتمادا على ماسبق يتنافى مع قصد الفقهاء من دراسة التضامن فهم حين يطلقون تعبير " الالتزام التضامني " يتصدون الالتزام الموصوف وهو بهذا لايعدوا ان يكون التزاما موصوفا تستقل بدراسته اوصاف الالتزام فضلا عن ان القول بذلك يؤدي الى الاخلال بالوحدة الموضوعية التي تتسم بها نظرية الالتزام ، فلو اعتبرنا الالتزام التضامني نوع التزام مستقل لقلنا بالضرورة ان كل التزام من الالتزامات الموصوفة يمثل نوع التزام مستقل وهذا أمر يؤدي الى شتات الفكرة وينطوي على شيء من الغموض .

---

(١) الوسيط للسنهوري جـ ٣ ص ١٠٩

الاتجاه المختار وآثاره :

ولعل ما نرجحه وترتاح اليه هو الميل الى اعتبار التضامن توثيق للدين لاعتبار الغاية فان الامور بمقاصدها ، ومقصد التضامن هو التوثيق والضمان والقول بهذا لا يجافي دور الارادة ، وانها مصدر له في كثير من حالاته بل حتى في الحالات التي ينص فيها القانون على التضامن ، فانه يتوخى قصد المتعاقدين[1] . وهذا في حد ذاته تعبير عن الارادة ولو بطريق غير مباشر .

والقول بهذا الرأي من شأنه ان يحدث تغييرا كبيرا في خطط الدراسة التي يتناول الفقهاء بها دراسة نظرية الالتزام ، ومن الآثار التي تترتب على ذلك الانتقال بدراسة موضوع التضامن من اوصاف الالتزام الى موضع آخر حيث تدرس نظرية التأمينات الشخصية والعينية .

---

(١) د . عبد السلام ذهني الالتزامات النظرية العامة ص٥٩٤ بند ٦٢٩

" المبحث الثانى "
طبيعة الضمان التبادلى وتكييفه
فى الشريعة الاسلامية

اذا كانت الطريقة التى تناول بها فقهاء القانون دراسة موضوع التضامن قد كشفت عن اضطراب كبير فى تكييفه وبيان طبيعته ، فاننا نجد ان اتجاه الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد من الوضوح بطريقة لاتثير اى لبس او غموض و هنا يقرر الفقهاء أن الضمان التبادلى انما يتقرر لغاية التوثق [1] يقول السرخسى " واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه ثلاثة نفر و بعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لأن كل واحد منهم كفيل عن الأصيل بجميع المال ، وذلك جائز فان الكفالة للتوثق فى الحق و هو يحتمل التعدد " ثم يقول : " وانما اوردنا هذا لنبيّن انه يجوز ان يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما فى هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق وانه بدون هذه الكفالة لم يكن له ان يطالب كل واحد منهم الا بما عليه و هو الثلث و بعد هذه الكفالة له ان يطالب ايّهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه فى المطالبة الاصلية و هو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث " .

ويفهم مما سبق ان الضمان التبادلى بالشكل الذى جاءت به النصوص هو فى الواقع من أوثق التأمينات التى يتوصل بها الدائن الى حقه و ترتيبا على ماسبق يقرر الفقهاء ان ذمة الأصيل لاتبرأ بالكفالة حيث ان المراد بها التوثق لحق الطالب وذلك فى ان تزاوله المطالبة لا ان يسقط ماكان له من المطالبة [2]

---

(١) راجع المبسوط للسرخسى جـ٢٠ ص٣٤ ، و نهاية المحتاج للرملى جـ٣ ص٤١٧ حيث يقرر ان الضمان توثقة كالرهن ، وفتح العزيز للرافعى جـ١٠ ص٣٥٩ ، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص١٤٦

(٢) المبسوط جـ١٩ ص١٦٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى جـ١٠ ص٣٨٥ حيث يقول "يجوز للمضمون مطالبة الضامن ولاتنقطع مطالبته عن المضمون عنه بل يتخير فى مطالبتهما ومطالبة واحد منهما لان غرض العقد التوثق "

ويقول الزيلعي : " سبب الكفالة مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة او بتيسير وصول حقه اليه (١) ".

مقارنة بين الشريعة والقانون :

وباستعراض ما سبق يتضح ان التضامن قد تقرر على ما ارتحنا له للتوثق ، وانه لهذه الغاية يعتبر قريبا من اتجاه الشريعة الاسلامية ، مع الفرق بينهما في الطريقة التي عالج بها كل اتجاه غايته .

وأهم ما يميز اتجاه الفقه الاسلامي في هذا الصدد تلك اللمحة الانسانية الفذة التي يسبغها على العلاقة ما بين الاطراف في المعاملات التي تقتضي طبيعتها اختلاف المراكز في المعاملات قوة وضعفا ، وذلك من حيث الدائنية مع التوثق لها والمديونية مع التوثق عليها ، حتى سلكت الشريعة السمحاء اتجاها راعت فيه جانب المصالح المختلفة فأوجدت نوعا من الموازنه بين الطرفين مراعاة لمصلحتهما معا دون اهدار لجانب على حساب آخر .

ودون دخول في تفصيلات قد لا يكون هذا موضعها ، نرى بوضوح ان الشريعة الاسلامية قد قررت الضمان للتوثق به كما رأينا ، وهذا أمر مقرر لمصلحة الدائن مراعاة لحقه الثابت شرعا وضمانا للاستيفاء كما جاز حبس المدين المماطل اذا كان قادرا على الوفاء هذا من ناحية .

ومن ناحية اخرى راعى الشارع ضعف مركز المطالب خاصة فيما لو كان دينه مثقلا بالتوثق الذي يعتبره بعض الدائنين سيفا مسلطا في يده يطارد به المدين غير القادر ويهدد آدميته ، عند هذه الحالة تتدخل عدالة السماء لتقرر تلك الموازنة الدقيقة بين المراكز بالتخفيف من حدتها او الابراء منها ، ولذلك ندب الشارع الى

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٤٦

التخفيف ورغب في الابراء : قال تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون "(١)

وفي هذا الصدد يذكر احد الباحثين ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : سمع النبي صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية اصواتهم واذا احدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول : والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أين المتألي على الله لا يفعل المعروف ؟ فقال انا يا رسول الله فله اي ذلك احب فهذا الحديث يحث على الرفق بالمدين بصورة تجمع بين حسن المعاملة ودقة العدالة ... فالتجاوز عن المدين المعسر القادر وامثاله معروف وصنائع المعروف لها منزلتها وفضلها ولها اهميتها ونتيجتها وقد روى مسلم عن ربعي بن حراش ان حذيفة حدثهم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم ، فقالوا اعملت من الخير شيئا ؟ قالوا لا قالوا : تذكر قال كنت اداين الناس فآمر فتياني ان ينظروا المعسر ويتجوزوا عن الموسر قال : قال الله عز وجل تجوزوا عنه ، ومعنى التجاوز المسامحة في الاقتضاء والاستيفاء وقبول ما فيه نقص يسير "(٢)

فالتوثق في اطار الفقه الاسلامي يخضع لفكرة الموازنة التي تسير على العلاقة ما بين الدائن والمدين لمحة انسانية تهذب نفس الدائن ، وترتفع بها الى اقصى آدميتها ، في الوقت الذي لا تشغل فيه مركز مدين قد لا يكون قادرا على الوفاء فتبارك الله حكم المشرعين .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠

(٢) راجع في هذا بحث للدكتور احمد عمر هاشم بعنوان في ظلال الهدى النبوي الطبعة الثانية ص ١٤٨ — ١٥٠

* الباب الثانى *

مصادر المسئولية التضامنية ومداها
فى الشريعة والقانون

التضامن طبقا لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون ، وهذه المادة أكثر انطباقا على التضامن بين المدينين اذ نجد أن مصدره دائما قد يكون هو الاتفاق أو نص القانون • ورغم وضوح هذا النص وسريانه بصفة مطلقة على التضامن فى المعاملات المدنية • فان نطاق تطبيقه على المعاملات التجارية لا يحظى بهذا الاطلاق — اذ يفترض فيها التضامن •

وقد ورد النص على التضامن فى شتى فروع التقنينات والتشريعات المختلفة وهذا يستدعى استقراءها وتناولها بشىء من الدراسة والتحليل بالقدر الذى يكفى لابراز فكرة التضامن مع ترك شرح النص من ناحية موضوعه لمكان دراسته • وبعد ذلك فاننا سوف نحاول وضع تأصيل يجمع شتات هذه النصوص •

خطة الدراسة :

وعلى ضوء ما سبق فان دراسة الموضوع تستدعى القاء الضوء عليه من خلال الفصلين التاليين :

الفصل الأول : الارادة كمصدر للتضامن بين المدينين فى الشريعة والقانون •

الفصل الثانى : نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين مقارنا بنظام الشارع فى الفقه الاسلامى •

* * *

* الفصل الأول *

الارادة كمصدر للتضامن بين المدينين فى الشريعة والقانون

تلعب الارادة دورا كبيرا فى تقرير التضامن السلبى وانشائه ، وهى وان كانت فى القانون مصدرا مستقلا بذاته ينشىء الالتزام التضامنى طبقا لمبدأ سلطان الارادة ، فانها فى الفقه الاسلامى لا تعدو أن تكون سببا اجماليا . لا تؤتى هذه الثمرة الا بترتيب الشارع . وسوف نعالج ذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : الاتفاق على التضامن بين المدينين فى الشريعة والقانون .

المبحث الثانى : افتراض التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية وشرط استبعاده ومميزاته — دراسة مقارنة باتجاه الفقه الاسلامى .

* المبحث الأول *

الاتفاق على التضامن بين المدينين

يغلب أن يقوم التضامن بين المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن عندما يكونون جميعا ملتزمين بدين واحد فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعا فى هذا الدين . ويصح أن يكون ذلك فى العقد ذاته الذى انشأ الدين او بعد ذلك ، وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعا فى العقد الذى انشأ الدين ، أوكان تاليا له فانه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقا واضحا لا شك فيه [1].

فلوأن شخصا باع داره على الشيوع لثلاثة صفقة واحدة دون أن يعين حصة كل واحد منهم فى الدار أوفى الثمن لم يجز أن يستخلص من ذلك ان الثلاثة متضامنون فى الوفاء بالثمن لان التضامن لا يفترض ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم ان الثلاثة متساوون فى الحصص فلكل منهم ثلث الدار على الشيوع وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم .

فاذا أراد البائع ان يكونوا متضامنين وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم فى وضوح لا خفاء فيه ، فان التضامن امر خطير فاذا لم يشترطه الدائن فى جلاء تام فسر العقد لصلحة المدنيين وكان الاصل هو عدم تضامنهم .

واذا كان الاتفاق على التضامن يجب أن يكون صريحا فليس يشترط فيه ان يرد بلفظ التضامن بل يكفى استعمال أى عبارة تفيد هذا المعنى فعبارة العقد يمكن ان تتم على التضامن [2] . كان يشترط على المدينين

---

(١) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ٣ ص ٢٦٢

(٢) عبد السلام ذهنى ـ الالتزامات النظرية العامة فقرة ٦٢٨ ـ وراجع فى هذا المعنى : احمد حشمت ابو ستيت ـ نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى طبعة ١٩٤٥ فقرة ٧٠٣ ص ٥٢٤ .

ان يكون كل واحد منهم مسئولا امامه عن كل الدين او أن له الرجوع على أى منهم بكل الدين اوان جميع المدينين متكافلون فى الدين جميعه على وجه التساوى ، أو نحو ذلك من العبارات التى لا تدع شكا فى أنه قصد الاتفاق معهم على وجه التضامن . (١) ويجوز أن يقوم التضامن على شرط ضمنى (٢) والشرط الضمنى غير الشرط المفترض أن يشترط لاستخلاص الشرط الضمنى للتضامن ان تكون ضرورة الحال مؤكدة له لا تدع مجالا للشك فيه فدلالة اقتضائه يجب أن تكون واضحة لا خفاء فيها (٣) وعلى هذا فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة فلا تضامن (٤) .

---

(١) السنهورى — الوسيط — جـ٣ ص٢٦٣ وأنور سلطان — النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ص ٢٩٠ فقرة ٢٨٣ .

(٢) وقد حكمت محكمة النقض المصرية بانه " اذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق اربعة شركاء فى اجارة على ان يكون الايجار من الباطن بمعرفتهم جميعا وتحصل الاجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما اخوان وباشراف الشريكين الاخرين ، وان ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الاصلى خصما من الاجرة وان تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (احد الاخوين) وان يكون لباقى الشركاء ان يأخذوا بيانا بما يهمهم على ان يقدم الحساب فى نهاية كل سنة . اذا هى استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكر به من الاعتبارات والظروف القائمة فى الدعوى ان فلانا المذكور لم يكن وكيلا عن الشريكين الاخرين وان الآخرين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين مثلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه فانها انما تكون قد فصلت فى مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها ، ثم اذا هى استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى ايضا أن الاخوين انما قصدا تضمين باقى الشركاء فان يتحمل كل منهما المسئولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل فان هذا الاستخلاص يكون سائغا والحكم عليهما بالتضامن يكون فى محله " (نقض مدنى ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨) .

(٣) احمد حشمت ابو ستيت — نفس المرجع والمكان السابقين ، ولبيب شنب — دروس فى احكام الالتزام ص ٣٨٩ فقرة ٣٤٢ .
وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها ان زيدا قد ادار الاطيان التى اشتراها بكر باذن شفوى صدر منه فى حضرة احد ابنائه (عمر) مقابل اجر معين ، وانه لما توفى بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف وحده ، فى ادارتها لنهاية الستة ، ولم يقبل =

فلا تسرى حينئذ احكام التضامن [1] .

وقد ذكرت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : " ومن الأصول المقررة ان التضامن بنوعيه لا يفترض وليس يقصد بذلك الى وجوب اشتراطه بصريح العبارة فقد تنصرف اليه الارادة ضمنا ولكن ينبغى ان تكون دلالة الاقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لا خفاء فيها فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة . وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لاثباته [2] .

= عمرو انه كان وكيلا عن اختيه الوارثتين الاخرتين حين كلف زيدا بالاستمرار فى ادارة الاطيان ولم تدع هاتان الاختان أنهما وكلتا اخاهما عنهما فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب ادارة الاطيان بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة (نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص ٣١٥) وقضى أيضا بأنه اذا استدان شخصان مبلغا بعقد واحد ورهن كل منهما عقارا من ممتلكاته لسداد هذا الدين ، وخلا العقد من بيان حصته كل منهما وكيفية الدفع فلا تضامن بينهما ، بل يكون على كل اداء نصف الدين الا اذا اعترف احدهما بأن نصيبه اكثر من النصف) (بنى سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩) مشار اليه بالوسيط للسنهورى جـ ٣ ص ٢٦٤ هامش (٣) .

(١) دكتور اسماعيل غانم ، احكام الالتزام ص ٣١٢ فقرة ١٥٧ .

(٢) المذكرة الايضاحية جـ ٢ ص ٤٤٧ — مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٥١ .

الآثار التي تترتب على عدم جواز افتراض التضامن :

ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن اثار اهمها :

١ ـ على من يدعى قيامه ان يثبت وجوده .

٢ ـ عند الشك في قيام التضامن او حول المعنى المقصود بالعبارة الواردة في الاتفاق او في القانون بصدد التضامن وجب القول بعدم وجود التضامن لان ذلك في مصلحة المدين والقاعدة ان الشك يفسر لمصلحة المدين (م ٢٥١) مدني [1] .

٣ ـ الحكم الذي يقضي بتضامن المدينين دون ان يبين مصدر هذا التضامن هل هو الاتفاق أو القانون واذا كان اتفاقا هل هو صريح أو ضمني واذا كان ضمنيا كيف استخلصه قاضي الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه يكون حكما قاصرا يتعين نقضه [2] .

اثبات الاتفاق مصدر التضامن :

وشرط التضامن صريحا كان او ضمنيا يجب اثباته وعلى الدائن الذي يدعى تضامن مدينه عبء هذا الاثبات . وقد يقع عبء اثبات التضامن على المدينين المتضامنين اذا دفع الدين كله واراد الرجوع على المدينين الاخرين كل بنصيبه فأنكر عليه احدهم حق الرجوع ونفى وجود

---

(١) راجع في هذا نقض مدني ١٩٦٨/١٢/٢٦ مجموعة النقض المدني ١٩ ـ ٢٣٩ ـ ١٥٦٥ ـ وينطبق القاعدة المذكورة ولو كانت العبارة محل الشك واردة في نص القانون . وقد قضت محكمة النقض برفض اعتبار صاحب الارض مدينا متضامنا مع صاحب المباني في الوفاء بضريبة المباني واعتباره كفيلا متضامنا استنادا الى نص المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بضريبة المباني يقول : " يعتبر صاحب الارض متضامنا مع صاحب المباني .... " ولم يقل مدينا متضامنا ـ راجع لبيب شنب ـ نفس المرجع السابق ص ٣٩٠ هامش (١) .

(٢) السنهوري ـ الوسيط ـ ج ٣ ص ٢٦٥ .

التضامن ويشيب شرط التضامن طبقا للقواعد العامة فى الاثبات ومع ذلك يجوز اثباته فى بعض الاحوال بالقرائن [1] .

الارادة كسبب للالتزام بالضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى :

يقرر الفقهاء ان الالتزام بالضمان التبادلى لابد له من توافر الرضا ومعناه : ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه وتستحسنه ، أو هو كما يقول البخارى صاحب كشف الاسرار: عبارة عن امتلاء الاختيار أى بلوغه غايته بحيث يقتضى اثره الى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه فالرضا عبارة عن الاختيار التام البالغ منتهاه [2] وهو يختلف عن الاختيار الذى هو عبارة عن القصد المجرد الى الشيء سواء كان عن ارتياح ورغبة او لم يكن فهو اعم من الرضا فكل رضا اختيار وليس كل اختيار رضا [3] ولابد للرضا من عبارة تدل عليه وتتمثل فى الايجاب والقبول الواردين على الالتزام بالضمان التبادلى . وقد اثار هذا الامر خلافا كبيرا بين الفقهاء حيث انقسم الرأى فيه الى فريقين :

الرأى الأول : يمثله جمهور الفقهاء : ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف فى قوله الاول ومعهم مالك واحمد والشافعى فى قول :

مضمون هذا الاتجاه :

ومضمون هذا الاتجاه ان الرضا لابد ان يتم بالايجاب والقبول من الضمون والمضمون له [4] اما المضمون عنه فلا يشترط رضاه اذ يجوز اداء الدين عن الغير بغير اذنه فالتزامه فى الذمة أولى بالجواز ويدل عليه أنه يصح

---

(١) السنهورى ـ الوسيط ـ جـ ٣ ص ٢٦٦ .

(٢) مشار اليه برسالة الدكتور شوكت المدوى ـ نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ص ٩١ .

(٣) راجع فى التعرفة بين الرضا والاختيار وانهما من مناهج الحنفية الدكتور شوكت المدوى نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٥٢ .

الضمان عن الميت ومعلوم انه لايتصور منه الرضا فلا يتم الالتزام به بارادة الضمين وحده سواء كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول اجنبي عنه في مجلس العقد او خطاب المكفول له او خطاب اجنبي عنه بأن قال الطالب الاخر تكفل بنفسي فلان لي فقال كفلت او قال رجل اجنبي لغيره اكفل بنفس فلان او بمال عن فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت تصح الكفالة ، وتقف على ما وراء المجلس على اجازة المكفول له [1].

وقد استدل هذا الفريق على وجهة نظره بأن الضمان عقد من العقود يتوقف وجوده على الايجاب والقبول كسائر التمليكات [2] أما صدور الايجاب من الضمين او قبوله ايجابا بالضمان فأمر لابد منه ، لأن الضمان التزام ولابد في الالتزام من عبارة الملتزم وكذلك الأمر بالنسبة للمضمون له لانه يتملك الوفاء فيتعين فيه قبوله ووجوده كطرف مقابل للضمين يمثل اهمية بالنسبة له لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديدا وتسهيلا والاغراض تختلف بذلك والضمان مع اهماله غرر وضرر من غير ضرورة [3] ومعرفة المضمون له هامة لتبين المؤدى له في الالتزام [4].

الرأي الثاني : لابي يوسف في قوله الاخير يرى فيه أن الضمان يتم بارادة الكفيل وحده وجد القبول او الخطاب من غيره او لم يوجد كذا في المحيط [5].

---

(١) راجع في هذا الرأي : الفتاوى الهندية نفس المكان السابق وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٤٦ ، وحاشية الشلبي على التبيين جـ ٤ ص ١٤٦ .
وفتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٥ ص ٣٩٠ وقد اشار الى هذا الخلاف الشيخ علي الخفيف في كتابه مختصر احكام المعاملات الشرعية ص ٢٢٣ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي جـ ١٠ ص ٣٥٩

(٣) نفس المرجع السابق والمكان السابقين .

(٤) المغني والشرح الكبير جـ ٥ ص ٧٢

(٥) الفتاوى الهندية نفس المكان السابق .

ووجهة نظر ابى يوسف : ان الكفالة مجرد التزام المطالبة للحال لا غير [1] وهو يتم بعبارة الضامن وحده ، والمطالبة تثبت للمضمون له نتيجة لالتزامه لا تملكا بعقد فان شاء استعمل حقه فطالب الضامن وان شاء لم يستعمله فلا يشترط فيه رضاه واستدل ابو يوسف بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابو قتادة : حيث اتى بميت ليصلى عليه . فقال عليه الصلاة والسلام : أعلى صاحبكم دين قالوا نعم يارسول الله ديناران فقال : صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما على يارسول الله فصلى عليه .

فقد ارتضى عليه السلام كفالة ابى قتادة ولم ينكرهما احد وصلى على الميت بناء عليهما وفى هذا دليل على انها تتم بالايجاب وحده [2]

وقد اختلف الفقهاء على قول ابى يوسف فقيل أن الضمان يصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب [3] أى يجوز بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب ينفذ والا يبطل وقيل هى جائزة عنده بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح ولعل اضطراب النقل عن أبى يوسف مع قوة أدلة الرأى الاول يجعلنا نميل الى ترجيحه .

آثار الخلاف :

وتظهر آثار الخلاف اذا مات المضمون له قبل القبول . فعند من يقول بالتوقف لا يؤخذ به الضامن وعلى الرأى الاخر يلزمه [4]

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٢٣١

(٢) راجع فى عرض هذه الادلة الشيخ الخفيف نفس المرجع السابق ونفس المكان .

(٣) حاشية الشلبى على التبيين ج ٤ ص ١٤٩ .

(٤) فتح القدير — نفس المكان السابق — وحاشية الشلبى على التبيين نفس المكان السابق .

ويتوقف الرضا على توافر الاهلية الكاملة بالبلوغ عاقلا ، وذلك لان عقد الضمان من العقود الضارة ضررا محضا ، كما قال ابن عابدين نقلا عن الملتقط: "قيل مكتوب فى التوارة على باب من أبواب الروم الزعامة ، أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة قال: والمراد والله أعلم ان بعضها فى أول الامر الملامة لنفسه منه أو من الناس ثم عند المطالبة بالمال يندم على اتلافه لماله ، ثم بعد ذلك يغرم المال ، لان الغرم لزوم الضرر ومنه قوله تعالى : "ان عذابها كان غراما" (١) .

ولذلك اشترط الفقهاء فى الضمان صحة العبارة وأهلية التبرع (٢) فلا ينعقد الضمان ممن ليس اهلا للتبرع (٣) .

ولم يتقيد الفقهاء فى التعبير عن الايجاب والقبول بلفظ خاص ، فكل ما يؤدى المعنى ولو كان بالكتابة التى تشعر بالالتزام أو الكتابة أو الاشارة المفهمة (٤) بل يمكن أن يؤخذ فى هذا الصدد بالقرينة يقول الطحاوى : "واذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتمخض حينئذ للكفالة به (٥) " والكفالة تعنى الضمان" .

ويقول آية الله الشريف الطباطبائى : " يكفى فيه كل لفظ دال بل يكفى الفعل الدال ولو بضميمة القرائن على التعهد والالتزام مما على غيره من المال " (٦) ودلالة الفعل على التعهد وكونه ايجاد له مجرد فرض لا واقع له (٧) .

---

(١) حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدار المختار جـ٤ ص٢٥٠ ، وراجع حاشية الشرقاوى على التحرير جـ٢ ص١١٨ حيث نقل عن بعضهم ان الضمان أوله شهامه ووسطه ندامة وآخره غرامة ، والاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص٢٣١ حيث يقول: أكثر ما يكون أول الضمان ملامة وأوسطه ندامة وآخره غرامة .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى جـ١٠ ص٣٦٠

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص٥

(٤) راجع فى هذا المعنى مغنى المحتاج للشربينى الخطيب جـ٢ ص٢٠٦ ، ونهاية المحتاج للرملى جـ٣ ص٤١٤

(٥) مختصر الطحاوى جـ٣ ص١٤٥

(٦) الطباطبائى — العروة الوثقى جـ٢ ص٣١٧ — راجع تعليق الفروى النائينى على العروة الوثقى .

(٧) نفس المرجع والمكان السابقين هامش (١) .

وقد يتخذ التعبير عن الضمان التبادلي شكل اشتراط يصدر من المدينين على هيئة ايجاب أو قبول منهم يرد على شرط للدائن يقول الكمال ابن الهمام : " واذا كفل رجلان عن رجل على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً وكثيراً ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر الى أنهما مع المدين أولا فتجتمع الكفالتان ووجهها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل " . (١)

ويصور ذلك الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير بقوله : لو قال كل واحد ضمانه على فهو مستقل الا أن يشترط رب الدين في عقد الحمالة حمالة بعضهم عن بعض فيؤخذ كل واحد بجميع الحق عند عدم الباقي فان زاد على الشرط المذكور ايكم شئت اخذت بحقي فله أن يأخذ من كل واحد الجميع ولو كان غيره حاضراً ملياً " (٢)

وقد يقع الاتفاق على الضمان التبادلي عند حصول العقد المنشيء للالتزام أو بعد ذلك وقد يقع من كل من المدينين على التعاقب أو في وقت واحد ، فلو ضمن كفيل بعد كفيل ولو بلحظة واحدة فله أخذ جميع حقه من احدهما (٣) .

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص٤٣٧ ، والبابرتي على شرح فتح القدير نفس المكان السابق وراجع في معنى هذا الاشتراط المدونة الكبرى للامام مالك جـ١٣ ص١١١ حيث يقول : " فإن قال حين تكفلوا له بعضكم كفيل عن بعض قال مالك اذا جعلهم كفلاء بعضهم عن بعض أخذ من قدر منهم بجميع الحق " .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٣ ص٣٠٧ ، ٣٠٨ والخرشي جـ٢٠ صفحات ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٨ وابن قاضي سماوة جـ١ ص٥٠ ، ٥١ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير نفس المكان السابق .

نطاق الادارة فى تقرير الالتزام بالضمان التبادلى :

ارادة المتعاقدين حين تتجه الى أحداث أى تصرف شرعى لاتنشىء الحق بذاتها بل لابد للشارع ان يقرّما اتجهت اليه الارادة وقبلت الالتزام به وانما يقتصر نطاق الارادة على كونها سببا جعليا يرتب الشارع عليه الحكم المراد فى نطاق ما أمر به أو ورد دليل بمشروعيته .

وقد ورد من النصوص فى الكتاب والسنه والاجماع مايدل على مشروعية هذا النوع من الضمان بطريقة لاتدع أدنى شك فى ثبوته وبيان مشروعيته وذلك على النحو الآتى :

أولا : من الكتاب :

١) قول الله تعالى : " ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم " (١) والزعيم هو الكفيل كما قال ابن عباس (٢)، ووجه الدلالة فى هذه الآية الكريمة أنها تتضمن التزاما بالضمان من رسول الملك لمن يجيء بالصواع المفقود يحمل بعير والآية وان كانت حكاية عن شرع من قبلنا الا أنه لم يرد فى الشريعة الغراء ما يخالف ذلك لان الحاجة ماسة اليه (٣) والظاهر منا التقرير فان النبى صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتكافلون فأقرهم على ذلك (٤) .

الاعتراض على هذا الدليل :

وقد اعترض على هذا الدليل بأنه غير وارد فى معنى الضمان لان الرسول مستاجر لمن جاء بالصواع يحمل بعير والمستاجر يلزمه ضمان الاجرة (٥) وقد نقل عن أبى بكر الجصاص تضعيفه لاستدلال به لجواز ان يكون لبيان العمالة لا الكفالة

---

(١) سورة يوسف آية ٧٢
(٢) المغنى والشرح الكبير جـ٥ ص٧٠ كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى جـ٣ ص٣٦٢ والروض المربع جـ٣ ص٤١٠ .
(٣) احمد أبو الفتح احكام المعاملات فى الشريعة الاسلامية جـ٢ ص٥٢٩ الطبعة الثانية .
(٤) المبسوط للسرخسى جـ١٩ ص١٦٠
(٥) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٢٥٠

وكذا قال اصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان العمالة على هذا الوجه جائز (١) .

وقد أجاب ابن عابدين عن ذلك بأن الكفيل كان رسولا من الملك لا وكيلا بالاستئجار والرسول سفير وخبير فكأنه قال: ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير ثم قال الرسول وانا بذلك الحمل زعيم (٢) أى كفيل يقول ابن الهمام : وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم : لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه (٣) .

أثر هذا الاعتراض :

وقد ترك هذا الاعتراض اثرا كبيرا فى نفوس كثير من الفقهاء فاخروا الاستدلال به كما ذكر ابن عابدين فى حاشيته (٤) أو لم يستدلوا به اصلا يقول صاحب مغنى المحتاج " لم استدل به لانه شرع من قبلنا وهو ليس بشرع لنا على الصحيح وان ورد فى شرعنا ما يقرره خلافا لبعض المتأخرين (٥) .

٢) قال تعالى : " سلهم ايهم بذلك زعيم " (٦) وهذه الاية كما يقول الفخر الرازى تتضمن خطابا موجها للنبى صلى الله عليه وسلم بأن يسأل القوم ايهم زعيم بذلك الحكم

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص٤٠٩
(٢) حاشية ابن عابدين نفس المكان السابق وراجع تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ص١٥٣
(٣) فتح القدير ٥ ص٤٠٥
(٤) جـ٤ ص٢٥٠ حيث يقول وعادتهم تقديم ما ورد فى الكتاب على ما فى السنه الا أن الشارح لم يذكره أصلا ربما لشهرته أو لما قيل إنه لا كفالة هنا .
(٥) مغنى المحتاج جـ٢ ص١٩٨
(٦) سورة القلم أية ٤٠ وراجع فى الاستدلال بها الروض النضير جـ٣ ص٤١٠

أى قائم به والاستدلال على صحة ما يدعون كما يقوم زعيم القوم باصلاح أمورهم (١) ففى الزعامة هنا معنى التحمل والالتزام ولهذا المعنى فسرها العلماء بالكفالة (٢) .

ثانيا : من السنة :

استدل الفقهاء على مشروعية هذا النوع من الضمان باحاديث كثيرة منها :

١) ما روى عن ابى امامة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : " الزعيم غارم " رواه أبو داود والترمذى وأخرجه البيهقى فى سننه (٣) وقال صاحب نصب الراية أن هذا الحديث روى من حديث أبى امامة ومن حديث انس ومن حديث ابن عباس (٤) ووجه الدلالة فى هذا الحديث الشريف أنه تضمن بيانا بحكم الكفالة وهو انه يلزم الكفيل ما التزم به فيخومه والزعيم غارم أى الكفيل غارم (٥) فيلزمه الاداء عند المطالبة به (٦) .

٢) وروى عن سلمة بن الاكوع قال : اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجنازة رجل من الانصار ليصلى عليها فقال:هل عليه دين قالوا: لا قال هل ترك شيئا قالوا:نعم فصلى عليه (واتى بجنازة فقال:هل عليه دين قالوا:نعم قال:هل ترك شيئا قالوا:نعم فصلى عليه) واتى بجنازة فقال:هل عليه دين قالوا نعم قال:هل ترك شيئا قالوا:لا قال : صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة رضى الله عنه هو على يا رسول الله فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . رواه البيهقى (٧) .

---

(١) الفخر الرازى التفسير الكبير جـ٨ ص٢٧٠ وراجع تفسير العلامة أبو السعود على هامش الفخر الرازى جـ٨ ص٢٦٩ ، ٢٧٠

(٢) المنتخب فى تفسير القرآن الكريم ص٨٤٦ لجنة القرآن والسنه بالمجلس الاعلى للشئون الاسلامية .

(٣) السنن الكبرى للبيهقى جـ٦ ص٧٢

(٤) نصب الراية فى تخريج احاديث الهداية جـ٤ ص٥٨ ، ٥٩

(٥) البابرتى على شرح فتح القدير جـ٥ ص٣٩١

(٦) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٢٤٩

(٧) السنن الكبرى جـ٦ ص٧٢

٣) وروى البخارى عن يزيد بن ابى عبيد عن سلمه ابن الاكوع رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى بجنازة ليصلى عليها فقال: هل عليه من دين قالوا لا فصلى عليه ثم اتى بجنازة أخرى فقال: هل عليه من دين قالوا: نعم قال: صلوا على صاحبكم قال أبوقتادة على دينه يارسول الله فصلى عليه (١) .

ووجه الدلالة فى هذه الاحاديث انها افادت امتناع النبى صلى الله عليه وسلم عن الصلاة عن ميت نفسه معلقة بما عليه من الدين لان صلاته عليه السلام شفاعة موجبة للمغفرة (٢) .

ولما تقدم للضمان بما عليه آخر صلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم بل اثنى على الضامن وورد فى خبر ابى قتادة: الآن بردت جلدته وهذا يتضمن اقرارا من النبى صلى الله عليه وسلم بالقول والفعل للضمان .

وقد روى عن ابى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم انه قال: "أنا أولى بالمؤمنين من انفسهم ونقل عنه فى خطبته صلى الله عليه وسلم: "انه قال من خلف مالا أو حقا فلورثته ومن خلف كلا أو دينا فكله الى ودينه على قيل يارسول الله وعلى كل أمام بعدك قال وعلى كل امام بعدى" رواه ابن حبان فى صحيحه وابن ماجه فى الاحكام (٣) .

وقد بعث صلى الله عليه وسلم والناس يتكافلون فأقرهم على ذلك (٤) .

وهذه الادلة وان كانت واردة فى الضمان الفردى الا انها بعمومها تدل على مشروعية الضمان التبادلى اذ لا يعدو ان يكون ضمانا فى الجملة .

---

(١) صحيح البخارى جـ١ ص١٢٣ ، ١٢٤
(٢) فتح العزيز شرح الوجيز جـ١٠ ص٣٥٧
(٣) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية جـ٤ ص٥٨ ، ٥٩
(٤) الاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص ٢٣١

ثالثا : الاجماع :

فما نراه من كفالة المسلمين بعضهم لبعض وضمانهم من الصدر الاول حتى يومنا هذا ودون انكار لذلك من أحد فيكون هذا اجماعا على مشروعية الضمان[1] القسروى والتبادلى .

المبحث الثانى

تضامن المدينين فى نطاق المعاملات التجارية

دراسة مقارنة باتجاه الفقه الاسلامى

يقتضى الكلام عن هذا النوع من التضامن بين المدينين ، بيان اساسه من الناحية الفقهية واتجاه القضاء فى فرنسا ومصر ، ثم القاء الضوء على السمات التى يتميز بها التضامن بين المدينين فى نطاق المعاملات التجارية ، وفى كل ذلك تعرض لبيان اتجاه الفقه الاسلامى فى هذا الصدد .

وعلى ضوء ذلك فاننا سوف نقسم الكلام فى هذا المبحث الى مطلبين نخصص أولهما لبيان افتراض التضامن بين المدينين فى نطاق المعاملات التجارية وشرط استبعاده والثانى لبيان مميزات التضامن السلبى .

المطلب الاول

افتراض التضامن بين المدينين فى نطاق المعاملات التجارية

وشرط استبعاده

اتجاه الفقه والقضاء الفرنسى :

ذهب كثير من الفقهاء فى فرنسا ومعهم القضاء الى أن التضامن بين المدينين يفترض فى المسائل التجارية على خلاف المسائل المدنية ، فاذا اشترى تاجران

---

(1) أحمد أبو الفتح المعاملات فى الشريعة الاسلامية جـ٢ ص٥٢٩

صفقة تجارية واحدة دون ان يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين فانهما مع ذلك يكونان متضامنين فى اداء الثمن للبائع الا اذا استبعد التضامن بشرط خاص ، فالاصل اذن فى فرنسا قيام التضامن فى المسائل التجارية ، مالم ينص المتعاقدان على استبعاده (١) .

وقد استند الفقه والقضاء فى فرنسا الى أن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسى القديم قد استقرت على افتراض التضامن فى المسائل التجارية نزولا على مقتضيات الائتمان التجارى وما يستتبع ذلك من توفير اسباب الثقة بالتجار فيحصلون من وراء ذلك على الضمان الكافى .

كما أن الخلاف لا يزال محتدما فى الفقه الفرنسى حول مصدر التضامن فى المسائل التجارية هل هو العرف التجارى ، فيقوم التضامن لمجرد أن العقد تجارى أو أن هذا التضامن انما هو تفسير لنية المتعاقدين ، فاذا اتضح من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن ، كما اذا أمنت شركتان للتأمين شيئا واحدا وتعهدت كل منهما ان تؤمن نصفه فلا محل لافتراض ان نيتهما انصرفت الى قيام التضامن بينهما ، ولا يقتصر الامر على ذلك فى فرنسا بل هناك من الفقهاء من يتوسع فى التضامن فيمده الى كل التزام تجارى أيا كان مصدره عقد أو عمل مشروع أو اثراء بلا سبب ، استنادا الى أن هذا التوسع هو ما تقتضيه حاجة الائتمان التجارى (٢) .

اتجاه الفقه فى مصر حول افتراض التضامن :

وقد أثار موضوع افتراض التضامن فى المسائل التجارية خلافا كبيرا بين الفقهاء فى مصر فبينما يرى كثير من الفقهاء ان التضامن مفترض فى المسائل التجارية يقرر الاستاذ السنهورى فى الموجز: بأن القاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض صحيحة فى

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص٢٦٦ فقرة ١٦٨

(٢) نفس المرجع السابق ص٢٦٨

المسائل التجارية صحتها فى المسائل المدينة وان كان كثير من الفقهاء فى فرنسا يذهبون الى أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية بحكم العرف والعادات ، وجارتهم فى ذلك محكمة النقض الفرنسية . أما فى مصر فنزعة القضاء تتجه الى عدم افتراض التضامن حتى فى المسائل التجارية "(١) ثم يقول : "كان الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى عهد التقنين المدنى السابق هو ان التضامن لا يفترض حتى فى المسائل التجارية ولا نرى ان التقنين المدنى الجديد قد استحدث جديدا فى هذا الصدد فلا تزال القاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض دون تمييز بين المسائل المدنية والتجارية موجودة فى التقنين الجديد كما كانت موجودة فى التقنين القديم ولا يزال التقنين التجارى قائما كما هو ينص فى حالات خاصة على التضامن مما يستخلص منه بمفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم فى غير هذه الحالات المنصوص عليها والا لما عنى التقنين التجارى بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن اذا كان من شأن التضامن ان يقوم فى جميع المسائل التجارية من غير استثناء وعلى هذا فلا يقوم التضامن بين التجار فى مصر الا فى الحالات التى نص القانون عليها وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى (٢) وفيما عدا تلك الحالات التى نص عليها القانون لا يقوم التضامن بين التجار فى مصر دون شرط يقضى به ، على ان هذا الشرط الذى يقضى بالتضامن فى المسائل التجارية يمكن أن يستخلص باسهل مما يستخلص فى المسائل المدينة ، اذ أنه سوف يتيسر للدائن اثباته بكافة طرق الاثبات ومنها القرائن حتى لو زادت قيمة الالتزام عن عشرين جنيها . والقرينة يسهل استخلاصها اذ يكفى فيها ان يكون الالتزام قائما بين التجار وفى مسألة تجارية . وهذا أمر يسهل على القاضى استخلاصه (٣) .

---

(١) الموجز للسنهورى ص٥١١ بند ٥٠٤ ، وانظر فى هذا المعنى : الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت . النظرية العامة للالتزام فقرة ٣٠٧ ص٥٢٤ حيث يقول : "ان عدم افتراض التضامن على الاقل فى مصر هو القاعدة سواء كان ذلك فى المسائل التجارية أو فى المسائل المدنية" وأشار الى حكم محكمة المنشية الوطنية فى ١٩ أبريل سنه ١٩٣١ بأن التضامن لا يفترض ولابد من نص صريح فى القانون أو الاتفاق ولم يرد فى القانون التجارى ما يخالف ذلك ، ولقد اختلف فى المسائل التجارية وما اذا كانت تخرج على هذا الحكم فذهب رأى الى أنها والمسائل المدنية سواء وذهب آخرون الى خلاف ذلك على أن الرأى القائل بحدم سريان المادة ١٠٨ مدنى على المسائل التجارية لا يفيد اكثر من التسامح فى استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة مدنية لمصلحة الدائن وهو دليل يحتمل الجدل وقرينة يصح نقضها بظروف الحال كافة" .

(٢) الوسيط للسنهورى جـ٣ ص٢٦٨ ، ٢٦٩ والدكتور سليمان مرقس — شرح القانون المدنى المصرى جـ٢ ص٣٧٩ فقرة ٢٨٠

(٣) الوسيط للسنهورى ص٢٧٠

وقد ذهب كثير من الفقهاء في مصر الى خلاف هذا الرأى يقول الاستاذ محسن شفيق : " الاصل ان التضامن لا يفترض
"La solidarite ne sepresume pas"

فلابد اذا من وجود نصوص في العقد او في القانون تقضيه فاذا حكمت محكمة الموضوع بوجوده دون ان تستند الى نص في العقد أو في القانون كان حكمها خاطئا وقابلا للنقض (مادة ٢٧٩ مدنى) وقد اختلف فيما اذا كان هذا المبدأ قاصرا على المسائل المدنية وحدها أم أنه يشمل المسائل التجارية أيضا . واستقر القضاء الفرنسى على وجود عرف قديم سابق على وضع المجموعة التجارية يقضى بافتراض التضامن فى المواد التجارية وان هذا العرف من شأنه استبعاد احكام القانون المدنى فى هذا الموضوع ، فاذا اريد نفيه وجب وضع نصوص صريحة فى العقد تلغيه . ولما كانت القاعدة التى تقضى بعدم جواز افتراض التضامن من القواعد غير الآمرة فكأن التعارض قائم هنا بين العرف وقاعدة مفسره فيجب أن تكون الارجحية للعرف ولاسيما ان افتراض التضامن فى مصلحة التجارة[1]

---

(١) دكتور محسن شفيق - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى جـ١ ص٣٩ فقرة ٣٢ طبعة ١٩٥٧ - وانظر فى هذا المعنى: الدكتور ثروت عبد الرحيم القانون التجارى المصرى جـ١ ص٣٩ حيث يقول : " وقد تقررت قاعدة افتراض تضامن المدينين بدين تجارى فى العرف وفى القضاء رغم عدم ورود نص عام بها فى القانون " وراجع الدكتور اكثم الخولى القانون التجارى جـ١ صـ ٦٥ طبعة ١/ ١٩٥٦ والدكتور مصطفى كمال طه الوجيز فى القانون التجارى جـ١ ص٧٦ - منشأة المعارف بالاسكندرية والدكتور أنور سلطان النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص٢٧٩ فقرة ٢٦٧ والدكتور عبد المنعم البدراوى - احكام الالتزام ص٢٧٢ فقرة ٢٥٦ ، وانظر ايضا فى هذا المعنى الدكتور عبد السلام ذهنى النظرية العامة للالتزام فقرة ٦٢٥

واذا كان القانون التجاري قد نص على التضامن في حالات معينة فليس ذلك لان التضامن لا يفترض فيما عداها بل النص عليها لاهميتها الخاصة التي استشعرها المشرع ونص عليها [1] .

ويرى غالبية الشراح المصريين ان افتراض التضامن السلبي في المعاملات التجارية قاعدة عرفية استنادا الى ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي والى أن هذا العرف يهدف الى توطيد الائتمان التجاري مما يشجع على تقوية التجارة بمؤسسة ضمان الدائن ، ومما يساعد على الاقتراض فلا تتعطل تجارته [2] ويرى الدكتور محمد حسني عباس ان قاعدة افتراض التضامن السلبي في المعاملات التجارية هي عادة اتفاقية لم ترق الى مرتبة العرف ، ولهذا القول يتمشى مع منطق القانون المدني الجديد (المادة ٢٧٩) كما أنه يستقيم تماما مع ما جرت عليه غالبية احكام القضاء المصري [3] .

وقد نصت المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على قيام التضامن في المسائل التجارية بقولها: "على أن التضامن يكون حتما في الموجبات المعقودة بين التجار في شئون تجارية اذا لم يتحصل العكس من عقد انشاء الموجب أو من القانون" .

---

(١) الدكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص٣١٢ فقرة ١٥٨ حيث يقرر أن التضامن بين المدينين في المسائل التجارية مفترض الا اذا اتفق على استبعاده ثم يقول في ص٣١٧ كما ان المشرع قد عنى في القانون التجاري بالنص على التضامن في بعض الحالات رغم ان القاعدة ان التضامن مفترض في المسائل التجارية" .

(٢) دكتور محمد حسني عباس القانون التجاري العربي ص١٢ طبعة ١٩٦٠ مكتبة النهضة المصرية .

(٣) نفس المرجع والمكان السابق .

أما التقنين المدني الالماني فيذهب الى مدى أبعد من ذلك اذ يفترض قيام التضامن حتى في المسائل المدنية التي يكون مصدرها العقد (م ٤٢٧ من هذا التقنين) وان كان يضيق من الاثار التي تترتب على التضامن ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (١) .

اتجاه الفقه الاسلامي حول افتراض التضامن في الامور التجارية :

واذا كان موضوع افتراض التضامن في المسائل التجارية قد أثار مثل هذا الخلاف من فقهاء القانون فاننا لانكاد نلمس لمثله صدى ولو من بعيد في الفقه الاسلامي ، ولعل السبب في ذلك يرجع الى أن الخلاف قد نشب أصلا استنادا الى التفرقة بين الاعمال المدنية والتجارية واختصاص الاعمال التجارية بأنظمة معينة استهدف الشرع من وضعها تيسير الائتمان بين التجار وتبسيط الاجراءات القانونية لابرام العمليات التجارية وتنفيذها بالسرعة التي تتطلبها طبيعة التجارة (٢) والفكرة التي تتوخى تحقيق مثل هذه الغايات موجودة بروحها في الفقه الاسلامي يدركها دون ادنى مشقة من يتأمل النصوص التي وردت في الكتاب والسنة دالة على اعتبار الثقة والوفاء في المعاملات والسرعة في ادائها قال تعالى " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وقال تعالى : " وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا "

وفي هذا الصدد اعتبر الشارع ان مطل الغني وتأخيره في اداء الديون الواجبة عليه مخالفة تستوجب العقوبة الشديدة ، فاجاز للحاكم حبسه اذا أبى عن دفع الحق أو ماطل أو سوّف فقد روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته " (٣) لان القاضي نصب لا يصال

---

(١) السنهوري الوسيط ج٣ ص٢٦٧ هامش (١)
(٢) الدكتور محسن شفيق الوسيط في شرح القانون التجاري ج١ ص ١ فقرة ٢
(٣) صحيح البخاري جـ ١٠ صـ ١١٧

الحقوق الى اربابها فاذا امتنع المطلوب عن الاداء فعلى القاضى جبره عليه ولا يجبره بالضرب فيتعين الحبس[١] كما ان حصول المال فى يده والتزامه العقد باختياره يدل على قدرته على الدفع اذ الانسان لا يلتزم ما لا يقدر عليه عادة ، فاذا ظهر مطله استحق العقوبة[٢] .

على أن هذا المسلك من قبل الفقه الاسلامى لا يقتصر على فرع معين من فروع المعاملات بها يشمل كل انواع التصرفات ، اذ لا وجود لمثل هذه التفرقة بين الاعمال المدنية والتجارية فى الفقه الاسلامى .

وقد ورد فى آية المداينة ما يفيد الترخيص باستثناء بعض أنواع التجارة من شرط الكتابة والاشهاد فى الدين قال تعالى : " الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم " ومعنى التجارة يفيد تقليب الأموال وتصريفها بطلب النماء والزيادة بالارباح[٣] ومعنى ادارتها بينهم تعاطيها بدا بيد[٤] فالادارة التعاطى والتقابض والمراد التبايع الناجز بدا بيد[٥] .

وقد رخص الله فى ترك الكتابة فى هذا النوع من التجارة لكثرة جريانه بين الناس فلو كلفوا الكتابة فيه لشق عليهم ولانه اذا اخذ كل واحد حقه فى المجلس لم يكن هناك خوف الجحود فلا حاجة الى الكتابة[٦] ، وقد رفع الجناح فيه فى كل مبايعة بنقد وذلك فى الاغلب انما هو فى قليل كالمطعوم ونحوه لا فى كثير كالاملاك ونحوها وقال السدى والضحاك هذا فيما كان بدا بيد وقول الله تعالى تديرونها بينكم يقتضى التقابض[٧] .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص١٢٢

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص١٨٠ ، وراجع محمد سلام مدكور المدخل للفقه الاسلامى طبعة ١٩٦٨ ص٢٠٢ هامش (١) حيث يقرر ان الالتزام فى الفقه الاسلامى تصحبه سلطة شخصية مهذبة تأييدا لتنفيذه ولذا شرع طلب حبس المدين وملازمة الدائن له والحكم بذلك ولا تعجب من هذا لانه قصد به حماية صاحب الحق من مماطلة المدين وحثاله على الوفاء مادام قادرا عليه " .

(٣) صديق حسن خان فتح البيان فى مقاصد القرآن الجزء الاول ص٤٦٨ طبعة أكتوبر ١٩٦٥ .

(٤) تفسير الخازن جـ١ ص٢٢٨

(٥) فتح البيان فى مقاصد القرآن نفس المكان السابق .

(٦) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٧) القرطبى الجامع لاحكام القرآن جـ٣ ص٤٠٢

قال الشعبي : البيوع ثلاثة : بيع بكتاب وشهود وبيع برهان وبيع بأمانة وقرأ هذه الاية . وكان ابن عمر اذا باع ينقد اشهد واذا باع بصيحة كتب واشهد وكان كابيه وقافا عند كتاب الله تعالى مقتديا برسوله صلى الله عليه وسلم (١) .

وظاهر مما سبق أن الاستثناء من الكتابة والاشهاد في هذا النوع من التجارة لا يعني نوعا من المعالجة الخاصة للمعاملات التجارية تشبه أو تقترب من تلك التفرقة القائمة بين القانونين المدني والتجاري ، فليس المراد بلفظ التجارة في الاية الكريمة الاعمال التجارية بالمفهوم القانوني . بل الامر لا يعدو أن يكون تصورا لما يجري بين الناس في معاملاتهم اليومية وبادلاتهم البسيطة مما يتم بيعه وشراؤه من طعام وشراب وما يشبههما مما لا يستغرق زمانا يستدعي ابتداءا فاشتراط الكتابة والاشهاد في الدين في هذه المعاملات البسيطة يوقع الناس في الضيق والحرج ويشق عليهم ، ولا يمكن القول بأن هذه المعاملات البسيطة هي المعاملات التجارية وان لها معالجة خاصة .

ويكون الاصل أن جميع المعاملات تخضع لنظام واحد دون تفرقة بين معاملة ومعاملة يقول صاحب تفسير المنار : "أن الاستثناء في الاية من الكتابة وهو المختار رتميل الاشهاد وقيل هما والمعنى ان ذلك مطلوب واجب الا أن تكون المعاملة تجارة حاضرة تدار بين المتعاملين بالتعاطي بأن يأخذ المشتري المبيع أو الباعع الثمن فلا حرج في ترك كتابتها ولا أثم اذ لا يترتب عليه شيء من الارتياب الذي يجر الى التنازع والتخاصم وما وراء ذلك من المفاسد "(٢) .

ولا يعني هذا قصور الفقه الاسلامي أو تخلفه فأن مثل هذه الوحدة الموضوعية انما هي أصل يسعى التشريع الوضعي في الوصول اليه فقد كرة كثير من فقهاء القانون الخاص التفرقة بين القانون المدني والقانون التجاري وراحوا ينادون بوجوب ادماج القانونين والقضاء على الكيان الذاتي للقانون التجاري وسن احكامه بالقواعد

---

(١) ابن العربي احكام القرآن القسم الاول ص٢٥٨ الطبعة الاولى ١٩٥٧ دار احياء الكتب العربية وراجع المجموع للنووي جـ١٣ ص١٠٤

(٢) تفسير المنار جـ٣ ص١٠٥ الهيئة المصرية العامة للكتاب .

المدنية فيصبح القانون الخاص واحدا لا يتجزأ يطبق على جميع الافراد وعلى جميع الاعمال القانونية بغير فارق (١) .

وتخلص حجج المنادين بادماج القانونين التجارى والمدنى فى أن القانون الرومانى أصل القوانين الحديثة ذات الاتجاه اللاتينى لم تتفرع عنه قواعد خاصة بالمعاملات التجارية . كما أن مجموعة القواعد العرفية التى كانت تعرف بالقانون التجارى فى انجلترا قد الغيت منذ نهاية القرن الثامن عشر واصبحت احكام القانون المشترك Common Law . خاصة ان النظام الانجلوسكسونى لا يعرف فكرة الاعمال التجارية التى هى مناط تطبيق القانون التجارى فى تشريعات الدول ذات الاصل اللاتينى (٢) .

ويضيف انصار الادماج ان مبررات حماية الائتمان كنظام الافلاس والتشدد فى معاملة المدين بدين تجارى تستوجبها كذلك المعاملات المدنية فتوقف التاجر عن سداد دينه لا يقل خطورة عن توقف التاجر عن الوفاء بالتزاماته التجارية . كما أن بعض الادوات القانونية التى كانت قاصرة على النشاط التجارى لمشد استخدامها الى الاعمال المدنية كالشيكات والسندات الاذنية كذلك نظام فتح الاعتماد لدى البنوك والحساب الجارى وتداول الاسهم والسندات كما أن كثيرا من المشروعات المدنية تستخدم نفس وسائل المشروعات التجارية من حيث وسائل الادارة والاعلان واستخدام الدفاتر التجارية على سبيل المثال .

ويقول انصار الادماج أن وجود فوارق طفيفة بين احكام العقود التجارية والعقود المدنية لا تبرر فصل القانونين كل عن الاخر فهذه العقود تخضع للقواعد العامة فى القانون المدنى وبعض اعمال البنوك كالاقراض والودائع والكفالات ، وردت

---

(١) دكتور محسن شفيق الوسيط جـ١ ص٥

(٢) دكتور ثروت عبد الرحيم - القانون التجارى المصرى جـ١ ص١٧ طبعة ١٩٧٨

أحكامها العامة فى القانون المدنى ، واذا كانت بعض المعاملات التجارية تستوجب أحكاما خاصة فليس ثمة مايحول دون النص عليها فى مجموعة واحدة للقانون الخاص[١] .

ولذلك يقرر احد الفقهاء ، ان من يتأمل فى نشأة القانون التجارى وعلاقته بالقانون المدنى وتشابك الاثنين وتداخلهما قال فى نفسه اذا ما مزايا الفصل بين القانونين وماهى الحكمة فى تمييز المعاملات التجارية عن بقية المعاملات المدنية التى ليست الا نوعا منها أو تفوعت عنها ؟ وما هى الفائدة التى عادت على المجتمع من هذا الفصل ؟

الواقع أن هذا التمييز لم يكن معروفا عند الرومان ولا هو معروف فى الشريعة الاسلامية . وقد زالت آثاره الان فى كثير من البلاد على حد ما تعرفه من دراسة التشريع المقارن وحتى فى البلاد التى أخذت بمبدأ الفصل نجد الكتاب منقسمين على أنفسهم فى أمره فبعضهم يؤيده وبعضهم ينقده كما أن بعض البلاد الاجنبية لم تأخذ بهذا التمييز [٢] .

ورغم هذه الحجج فان كثيرا من الفقهاء يرون ان اندماج القانونين التجارى والمدنى أمر يتضمن مروقا على التقاليد[٣] وانكارا للاوضاع العملية مسايرة لمنطق نظرى بحت لا مراعاة فيه للجانب الواقعى ولذلك فهو لا ينال منهم رضاء أو تعزيزا[٤] .

---

(١) دكتور ثروت عبد الرحيم نفس المرجع والمكان السابق - وراجع فى اسانيد وحجج اصحاب نظرية الادماج بين القانونين المدنى والتجارى - الوسيط فى القانون التجارى الوصرى للدكتور محسن شفيق جـ١ ص ٥ وما بعدها . والدكتور عبد المنعم البدراوى : المدخل لدراسة العلوم القانونية صـ ١٠٨ وما بعدها طبعة ١٩٦٦ دار النهضة العربية بيروت .

(٢) دكتور حسن جاد شرح القانون التجارى العراقى جـ٢ ص٢٢ ، ٢٣ فقرة ١٩ طبعة ١٩٤٠

(٣) دكتور محسن شفيق الوسيط جـ١ ص٧

(٤) دكتور ثروت عبد الرحيم - نفس المرجع السابق ص١٧ - وراجع فى هذا المعنى دكتور محسن شفيق نفس المرجع والمكان السابقين .

شرط عدم التضامن "scluse de non garantie solidarre"

الاصل فى المواد التجارية وفقا للرأى الراجح فى الفقه ان التضامن مفترض فى المواد التجارية ، ويترتب على هذا الاصل اعتباره قائما بين المدينين بدين تجارى مالم يتفق الطرفان على استبعاده بنص خاص (١) .

واذا كان المشرع قد نص على التضامن بين المدينين بدين تجارى ، كما فى (المادة ١٢٧ تجارى) والتى تنص على التضامن بين الملتزمين فى الورقة التجارية فان التضامن الوارد فى المادة المذكورة لا يتعلق بالنظام العام لذلك يجوز لذوى الشأن الاتفاق على انتفائه (٢) ومعنى هذا ان افتراض التضامن فى المواد التجارية أو النص عليه من قبل الشارع لا يحولان دون استبعاده بالاتفاق .

وانما يجب أن يقع الاتفاق على انتفاء التضامن بعبارة صريحة تجزم باتجاه النية اليه وقد حكم على هذا الاساس انه اذا وضع الضامن الاحتياطى بجانب توقيعه عبارة قبل " ضامن فقط garant seulement" فلا يعنى هذا التحفظ اخلاء مسئوليته التضامنية ، وانما ينصرف المعنى الى أنه يريد ابراز صفته ككفيل لا كمدين اصلى (٣) .

وشرط عدم التضامن الشروط الاختيارية التى قد تضاف الى الورقة التجارية وقد يضع الشرط محرر السند وقت انشائه فيفيد منه جميع الملتزمين اللاحقين اذ يولد الالتزام الصرفى فى هذا القدر مصحوبا بالشرط فيلازمه حتى ينقضى .

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص٢٦٢ فقرة ١٦٨

(٢) دكتور محسن شفيق القانون التجارى المصرى جـ٢ فقرة ٢٧٧

(٣) حكم محكمة مصر التجارية الجزئية فى ١٩٥٩/٤/١٦ وقد جاء فيه : "ان توقيع شخص على السند الاذنى المعتبر عملا تجاريا تحت كلمة "ضامن فقط" والى جوار توقيع المدين يكفى للدلالة على أنه ضامن احتياطى لمعنى المعروف فى القانون التجارى ومن ثم يتضامن مع المدين فى المسئولية عن الدين رغم عدم النص على التضامن فى السند ، المرجع والمكان السابقين نقلا عن المحاماه السنه ٢٩ صفحة ٨٠٣ رقم ٤٣٧

وقد يضع الشرط أحد المظهرين فلا يفيد منه الا هذا المظهر بالذات فلا ينسحب أثر الشرط اذا الى الملتزمين السابقين أو اللاحقين اذ يعتبر كل تظهير عملا قانونيا قائما بذاته ومستقلا عن الاعمال القانونية الاخرى الواردة على السند تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات (١) .

وقد يتفق على شرط عدم التضامن في ورقة مستقلة acte separe فلا يحتج به الا على من كان طرفا في هذا الاتفاق فاذا اتفق المحرر مثلا مع المستفيد الاول على عدم التضامن في ورقة مستقلة ثم تداول السند بعد ذلك فيجب ان يكون مصحوبا بالورقة التي تتضمن الاتفاق المذكور فلا يجوز للمحرر ان يحتج به في مواجهة الحامل الا اذا اثبت علمه به ومن البديهي ان المظهرين اللاحقين لا يفيدون من الشرط في هذا الفرض الا اذا أثبتوا بدورهم علم الحامل بوجوده .

ولا يترتب على شرط عدم التضامن اعفاء الملتزم الذي يشترطه من ضمان الوفاء للحامل فالضمان شيء والتضامن شيء آخر فيجوز اذا للحامل الرجوع على الملتزم المذكور لمطالبته بوفاء قيمة الورقة كاملة ، وانما يكون الملتزم مسئولا عن هذه القيمة بغير تضامن مع الملتزمين الاخرين (٢) .

"المطلب الثاني"

السمات التي تميز التضامن في نطاق الاعمال التجارية

يتسم التضامن في القانون التجاري بمميزات تجعله يغاير التضامن في القانون المدني في بعض الاثار ، ويمكن استنتاج هذه الفوارق من خلال عرض موجز لبعض نصوص القانون التجاري :

---

(١) دكتور محسن شفيق نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

النصوص : تنص المادة ١١٧ من التقنين التجاري على التضامن بين ساحب الكمبيالة والمحيلين المتعاقبين لها فى مسئوليتهم عن قبول المسحوب عليه للكمبيالة وعن دفعه اياها فى ميعاد الاستحقاق ، فاذا لم يقبل المسحوب عليه الكمبيالة أعلن بروتستو عدم القبول رسميا . وجب كما تقول المادة ١١٩ تجارى على المحيلين المتضامنين والساحب على وجه التعاقب ان يقدموا كفيلا ضامنا لدفع قيمة الكمبيالة فى الميعاد المستحق فيه الدفع أو يدفعوا قيمتها مع مصاريف البروتستو ومصاريف الرجوع ولا يكون الكفيل متضامنا الا مع من كفله سواء كان الساحب أو المحيل .

وتقول المادة ١٣٧ من القانون التجارى " ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها يلزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن " واضافت المادة ١٣٩ " يلزم الضامن احتياطا بالوفاء على وجه التضامن وبالاوجه التى يلتزم المضمون على حسبها " وورد من بين المسائل التى نصت المادة ١٨٩ بوجوب سريانها على السند للامر " الضمان بطريق التضامن أو على وجه الاحتياط " .

اقام الشارع اذا التضامن بين الملتزمين فى السند للامر والكمبيالة بنصوص صريحة وكان من المستطاع الاستغناء عن هذه النصوص اذ متى أعتبرت هذه الاعمال تجارية فمن الواجب افتراض التضامن بين ملتزميها وفقا للقاعدة التقليدية التى سارت فى الفقه وفى القضاء والتى تفترض التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية عموما (١) .

الاشخاص الذين يشملهم التضامن :

ويتصور الفقهاء قصورا فى نص المادة ١٣٧ تجارى فيما يتعلق بتطبيقه على الكمبيالة لانه لم يذكر الا الساحب والمسحوب عليه القابل والمظهر ويقولون أن تخصيص هؤلاء الملتزمين بالذكر لا يحول دون انسحاب النص على الملتزمين الاخرين الذين قد يتدخلون فى حياة الورقة كالقابل بالواسطة والكفيل الذى يقدمه احد الملتزمين للحامل عند امتناع المسحوب عليه عن القبول .

---

(١) د . محسن شفيق القانون التجارى المصرى جـ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٢٩٢ طبعة ١/ سنه ١٩٥٤ دار المعارف بالاسكندرية والوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى جـ٢ فقرة ٣٥٤ صـ ٢٩٧

ومن الواضح ان هذه الملاحظة لامحل لها بالنسبة الى السند للامر اذ تشمل النصوص جميع الملتزمين فيه فالمادة ١٣٧ تتصرف الى المحرر والمظهر وتصنيف الهيم المادة ١٣٩ الضامن الاحتياطى ولا نرى فيما عدا المحرر والمظهر والضامن الاحتياطى اشخاصا آخرين يمكن ان يلتزموا فى السند للامر (١) .

واذا حرر أو ظهر السند شخصان أو أكثر وكان السند من طبيعة تجارية فالمفروض انهم يتضامنون فى الوفاء بقيمته ولو لم ينص على التضامن بينهم والمثل اذا وضع شخصان أو أكثر توقيعاتهم على السند بوصفهم ضامنين احتياطيين عن احد الملتزمين فالمفروض انهم متضامنون فى الالتزام (٢) .

والتضامن مقرر لمصلحة حامل السند وكل من يحل محله كالموفى بالواسطة (م ١٥٨ تجارى) والمظهر الذى يدفع قيمة السند للحامل يريد الرجوع على الملتزمين السابقين عليه اذ تعود عليه بهذا الوفاء صفة الحامل (المادة ١٦٨ تجارى) .

خصائص التضامن فى نطاق الاعمال التجارية :

يقوم التضامن بوجه عام على أساس تفسير أحكامه ففى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين يقوم التضامن على مبدأين هما وحدة محل الالتزام .

Unité de L'objet de l'obligation

وتعدد الروابط القانونية pluralité de oliens بمعنى أن الدين واحد وانما يلتزم به كل مدين بصفة مستقلة كما لو لم يكن هناك مدين غيره فينشأ بين الدائن وكل مدين متضامن علاقة قانونية قائمة بذاتها ولا رابطة بين العلاقات المتعددة الا وحدة المحل .

---

(١) دكتور محسن شفيق الوسيط جـ٢ فقرة ٣٥٥

(٢) دكتور محسن شفيق القانون التجارى المصرى جـ٢ فقرة ٢٦٣

ويترتب على المبدأ الاول : وحدة محل الالتزام :

انه يستطيع الدائن مطالبة كل مدين متضامن على حدة بكل الدين كما يستطيع ان يجمعهم فى دعوى واحدة (المادة ٢٨٥ مدنى) فاذا اختار الدائن احد المدينين وطالبه بالدين فليس لهذا المدين ان يطلب تقسيم الدين وقصر المطالبة على حصته منه ، فلا يتحمل الدائن والحال كذلك عسار احد المدينين المتضامنين اذ متى تعسر بهذا الاعسار فله ان يترك هذا المدين المعسر ويتحول شطر الاخرين[1] .

ويترتب على المبدأ الثانى : تعدد الروابط القانونية :

عدد من الاثار فيما يتعلق بعلاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ، وفى العلاقة بين المدينين المتضامنين بعضهم مع بعض ، ففى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين فان رجوع الدائن على أحدهم لا يفقده حق الرجوع على الآخرين كما يجوز أن يكون التزام احد المدينين موصوفا بالبطلان بسبب غلط أو اكراه أو تدليس أو نقص أهليته على حين تكون التزامات الآخرين صحيحة سليمة ، والقاعدة حينئذ أن أسباب البطلان الخاصة بالتزام احد المدينين المتضامنين لا تتسرب الى التزامات الاخرين لان البطلان لا ينخر فى الدين ذاته حتى يستطيع ان يتمسك به جميع المدينين المتضامنين وانما يعيب الرابطة القانونية بين الدائن والمدين الذى تستحق اسباب البطلان بالنسبة الى التزامه ، فمن المنطق أن يكون لهذا المدين وحده حق التمسك بالبطلان ولا يفيد منه زملاؤه الآخرون ، كما يجوز ان ينقضى التزام احد المدينين المتضامنين بسبب خاص به وتبقى التزامات الآخرين قائمة ولهذا الوضع تطبيقات كثيرة فى القانون المدنى لاسيما فيما يتعلق بالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم (المواد من ٢٨٦ — ٢٩٢ مدنى)[2] .

---

(١) دكتور محسن شفيق نفس المرجع السابق فقرة ٢٦٤

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

أما فى العلاقة بين المدينين المتضامنين فالمفروض ان التضامن لا يوجد الا بين اشخاص يعرفون بعضهم بعضا ويثق كل منهم فى الآخر ولذا اقيم على فكرتين أساسيتين هما: الكفالة والنيابة المتبادلتان ، اذ يعتبر كل مدين متضامن مدينا اصليا بحصته فى الدين المشترك وكفيلا بالنسبة الى حصص زملائه الآخرين كما يعتبر اصيلا فى الوفاء بنصيبه من الدين ونائبا عن زملائه فى الوفاء بانصبتهم ويترتب على فكرة الكفالة : مبدأ انقسام الدين بين المدينين المتضامنين (م ٢٩٧) مدنى وتوزع حصة المدين المعسر على زملائه الموسرين بحيث لا يتحمل الدائن نتائج هذا الاعسار (مادة ٢٩٨) مدنى .

وبالنسبة لفكرة النيابة فقد أخذ القانون المدنى المصرى بها فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم مع بعض ، وذلك فيما يعود بالنفع عليهم واستبعدها فيما يضرهم [1] ، كما يترتب على ذلك اثار نرجئ تفصيلها الى موضعها من الرسالة .

هذه هى الاسس التى يقوم عليها التضامن بوجه عام ، وتلك عجالة تبرز أهم الاحكام التى تتفرع على كل اساس منها ، فهل يقوم التضامن بين الملتزمين فى نطاق الاعمال التجارية على ذات الاسس أم ان له خصائص يتميز بها عن التضامن العادى ؟

اما عن مبدأ وحدة محل الالتزام فلا يتصور فكرة التضامن بدونه ولذا أكده قانون الصرف فأجاز لحامل الورقة الرجوع على كل الملتزمين منفردين أو مجتمعين (المادة ١٦٤ تجارى) ، كما يترتب على الوفاء الحاصل من احدهم ابراء ذمة الآخرين فى مواجهة الحامل وبالمثل اكد قانون الصرف مبدأ تعدد الروابط القانونية واستخلص منه ذات النتائج التى يقررها القانون المدنى .

---

(١) دكتور محسن شفيق نفس المرجع السابق ـ وراجع فى تفصيل ذلك د . اسماعيل غانم ـ أحكام الالتزام ص ٣٢٩ فقرة ٢٧١ ، د . محمد لبيب شنب نفس المرجع السابق ص ٣٩٨ فقرة ٣٤٩ ، والدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ٣٢٨ فقرة ١٩٥ .

غير ان هناك فرقا جوهريا بين التضامن المدنى والتضامن الصرفى فى هذا الصدد ذلك ان القانون المدنى يجيز للدائن مخاصمة كل المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين ولا يترتب على مخاصمة احدهم منفردا سقوط حق الدائن فى مطالبة الاخرين .

أما قانون الصرف فقد أقام قرينة بمقتضاها أنه اذا خاصم الحامل احد الملتزمين من الورقة فالمفروض انه تنازل عن حقه فى مخاصمة الملتزمين اللاحقين لهذا الملتزم المادة (١٦٤ فقرة ٢) تجارى ولا ريب فى أن هذه القرينة تحكمية لانها تضيف الى الحامل قصدا قد لا يجول بخاطره [1] .

أما فيما يتعلق بفكرة الكفالة المتبادلة فقد صاغها قانون الصرف فى صورة تختلف بعض الاختلاف عما فعله القانون المدنى ويبدو ذلك فيما يأتى :

أولا : "تنص المادة ٢٩٧ مدنى على أنه اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له ان يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن" .

ومعنى هذا أنه وان كان يترتب على التضامن عدم انقسام الدين بالنظر الى الدائن فان الدين لابد منقسم فى علاقته المدينين المتضامنين بعضهم مع بعض أما قانون الصرف فلم يأخذ بهذا الحكم ، وانما قضى بحق الملتزم الذى يدفع قيمة الورقة التجارية للحامل فى الرجوع على الملتزمين السابقين عليه بكل الدين (المادة ١٦٤ فقرة ٢ تجارى) [2] . والسبب فى ذلك ان التزامات الموقعين على الورقة التجارية لا تنشأ دفعة واحدة وانما تتعاقب كلما انتقلت الورقة من يد الى يد ولذا يعتبر كل ملتزم ضامنا

---

(١) دكتور محسن شفيق القانون التجارى المصرى فقرة ٢٦٧ ، وراجع له الوسيط جـ ٢ فقرة ٣٥٥

(٢) دكتور محسن شفيق القانون التجارى المصرى فقرة ٢٦٩

للملتزمين اللاحقين له وضمنا من الملتزمين السابقين عليه .

اضف الى ذلك أن الملتزم يدفع قيمة الورقة عند حصوله عليها ويستوفى هذه القيمة عند نقلها الى الغير فاذا رد الى هذا الغير ما استوفاه منه فمن العدل ان يطالب من سبقه بما اداه له .

ثانيا : يفهم من المادة ٢٨٥ مدنى ان الدائن حر فى اختيار المدين المتضامن الذى يبدأه بالمطالبة دون ان يكون مقيدا بمطالبة أحد المدينين على وجه اليقين اما حامل الورقة التجارية فمجبر على البدء بمطالبة ملتزم معين هو المحرر فى السند للامر والمسحوب عليه القابل فى الكمبيالة ولا يجوز للحامل ان يوجه المطالبة الى الملتزمين الاخرين الا اذا أثبت امتناع الملتزم المذكور عن الدفع فى ورقة رسمية هى البروتستو (١) .

هذه هى السمات البارزة التى يتميز بها التضامن فى نطاق الاعمال التجارية أثرنا ذكرها هنا لتكتمل فكرة التضامن فى نطاق الاعمال التجارية . ولتسهل المقارنة بالمبادىء العامة للتضامن فى القانون المدنى وبيان مدى اوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين التضامن فى نطاق الاعمال التجارية .

---

(١) دكتور محسن شفيق القانون التجارى المصرى فقرة ٢٧٠ وراجع له الوسيط جـ٢ ص٢٩٧ فقرة ٣٥٦

الفصل الثانى

القانون كمصدر للتضامن السلبى مقارنا بنظام الشارع فى الفقه الاسلامى

عالج المشرع التضامن السلبى بنصوص كثيرة ومتفرقة فى شتى فروع التقنينات المختلفة فاستغنى بذلك عن دور الارادة فى تقريره ، واذا تأملنا فى الفقه الاسلامى لرأينا أن الضمان التبادلى قد يتقرر بناء على نظام الشارع دون ان تتجه اليه ارادة المتعاقدين قصدا ، وذلك كما فى شركة المفاوضة وغيرها وهذا يستدعى التعريف به ، وعلى ضوء ذلك فأننا سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين كالآتى :

المبحث الاول : التعريف بنظام الشارع كسبب للالتزام بالضمان التبادلى وتطبيقاته فى الفقه الاسلامى .

المبحث الثانى : استقراء النصوص التى تقيم التضامن السلبى فى التقنينات المختلفة ، وتأصيلها .

المبحث الاول

التعريف بنظام الشارع كسبب للالتزام بالضمان التبادلي وتطبيقاته

قد يتقرر الضمان التبادلي بناء على نظام الشارع في الفقه الاسلامي بطريقة تشبه ما يسمى في الفقه الوضعي بالنظام القانوني حيث يقتصر دور الارادة على مجرد الدخول في هذا النظام الموضوع فيكتفي هذا الترتيب الآثار التي نظمها الشارع ولو لم يتلفظ بها المتعاقدان ، وذلك كما في شركة المفاوضة حيث يقرر الفقهاء انها تنعقد على الوكالة والكفالة [1] فالضمان التبادلي مقرر فيها ولو لم تتجه اليه الارادة قصدا .

فاذا كانت الكفالة وهي من عقود التوثق لابد لوجودها من الفاظ تدل على الالتزام بها ، فانها تثبت في شركة المفاوضة دون تلفظ بهذه الالفاظ ، ولذلك يتساءل الطحاوي في مختصره : " قد يقال ان الكفالة لاتجوز الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا ؟ " ويجيب عن ذلك بقوله : " ان ذلك في التكفيل مقصودا فاذا حصل ضمن شيء آخر فلا يشترط كذا في التبيين " [2]

ويقرر الكمال بن الهمام ان المفاوضة تنعقد على الكفالة والوكالة ولو لم يصرح بهما لان ذلك من موجب اللفظ ولو لم يصرح به فيثبت بذكره [3] فيكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمة المطلوب منه [4] .

وسوف نوضح بالقدر اللازم مفهوم شركة المفاوضة واساسها الشرعي كنظام يعتبر سببا للالتزام بالضمان التبادلي .

---

(١) راجع حاشية الطحاوي على الدر المختار جـ٢ ص٥١٤ وفتح القدير جـ٥ ص٩ والاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص٢٥٦

(٢) الطحاوي نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) فتح القدير نفس المكان السابق .

(٤) البابرتي على شرح فتح القدير جـ٥ ص٩

مفهوم شركة المفاوضة :

المفاوضة نوع من شركات العقد ، مفادها كما ينبيء عنها اللفظ التساوي في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة ، لانها في اللغة تقتضي المساواة يقال : " فاوض فلان " أي ساوى يساوي [1] فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء أما المال فلانه الاصل في الشركة ومنه يكون الربح ، وأما التصرف فلانه متى تصرف أحدهما تصرفا لا يقدر الاخر عليه فاتت المساواة وكذا في الدين لان الذمي يملك من التصرف في بيع الخمر والخنزير وشرائهما مالا يملكه المسلم [2] ويكون كل منهما كفيلا عن الاخر في كل مايلزمه من عهدة مايشتريه كما أنه وكيل عنه لانها شركة عامة يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات وقد عرفها احد الباحثين بقوله : شركة المفاوضة هي التي يتساوى فيها الشركاء في المال والتصرف والربح والتضامن فتشتمل على الوكالة والكفالة وهي عامة في جميع التجارات وشاملة لجميع أموال الشركاء التي تجوز فيها الشركة ، وتنعقد بلفظ المفاوضة أو باستجماع خصائصها [3] .

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدىء للميرغاني جـ٣ ص٤ الطبعة الاخيرة ، وراجع في ذلك فتح القدير جـ٥ ص٩ حيث يرى ان في هذا الرأي تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض والفوض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما اراد أن معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ∴ ولا سراة اذا جهالهم سادوا

ومعناه ان المساواة التامة بين الناس دون أن يكون لهم كبير يرجعون اليه تؤدي الى المنازعة والفشل "وراجع حاشية الطحطاوي على الدر المختار جـ٢ ص٥١٤ حيث يقول : " انها عبارة عن المساواة في كل ماتتعلق به الشركة بأن يكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ولا بد من التساوي في رءوس الاموال وقدرها وبيعتها .

(٢) الاختيار جـ٢ ص٢٥٩ الطبعة ١٩٧٧

(٣) راجع رسالة محمد الزرقا حصة العمل في الشركة ص٣١ والمراجع المشار اليها .

فالكفالة فيها لاتقصد لذاتها ، وليست هي كل مايترتب على عقد المفاوضة ولكنها أثر من جملة آثار تكون في مجموعها نظاما ، يتمخض في نهايته عن أحكام المفاوضة ، وهذا هو الذي سوغ لنا أن نطلق عليه مايمكن أن يسمى به وهو "نظام الشارع" .

الاساس الشرعي لشركة المفاوضة ، واتجاهات الفقهاء بشأنها :

وقد اثارت شركة المفاوضة على النحو السالف خلافا كبيرا بين الفقهاء فذهب الحنفية والشيعة ويقترب منهم في الرأي المالكية [1] الى القول بجوازها والاستدلال على مشروعيتها بينما خالفهم في القول بذلك الشافعية والحنابلة والظاهرية ، ولكل دليله .

ادلة الحنفية ومن معهم على مشروعية شركة المفاوضة :

ذهب الحنفية الى أن شركة المفاوضة جائزة على سبيل الاستحسان المعضد بالسنة والاجماع والقياس .

أولا : السنة :

١ — ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "فاوضوا فانه أعظم للبركة" أي أن عقد المفاوضة أعظم للبركة [2] ، وقد فسر صاحب الدراية ان هذا الحديث غير موجود [3] وحكى ما رواه ابن ماجة من حديث صهيب : حدثنا الحسن بن علي عن بشير بن ثابت عن نصر بن القاسم عن عبد الرحمن بن داود عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع" [4]

---

(١) راجع في ذلك : المدونة الكبرى للامام مالك جـ١٢ ص٦٨ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٣ ص٣٥٣ وشرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل جـ٣ ص٣٨٨ وجواهر الاكليل للشيخ الازهري جـ٢ ص١١٦

(٢) راجع في الاستدلال بهذا الحديث : الهداية جـ٣ ص٤ وفتح القدير جـ٥ ص٦ والاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص٢٥٥ وحاشية الطحاوي على الدر المختار جـ٣ ص٥١٤ حيث ذكر ان هذا الحديث رواه أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الكرخي .

(٣) الدراية في تخريج احاديث الهداية لابي الفضل شهاب الدين بن حجر العسقلاني المتوفى سنه ٨٥٢ هـ ص٢٧٢ مطابع دهلي سنه ١٣٥٠ هـ

(٤) سنن ابن ماجه جـ٢ ص٢٣ الطبعة الاولى سنه ١٣١٣ هـ المطبعة العالمية بمصر والجامع الصغير للسيوطي جـ١ ص٤٦٨

يقول صاحب الدراية والنسخ مختلفة هل هى المفاوضة بالفاء والواو أو المقارضة بالقاف والراء وقد اخرجه الحربى فى غريبه بالعين والراء وفسره بأنه بيع عرض بعرض[1] كما قرر صاحب نصب الراية : ان هذا الحديث غريب[2] .

٢ - ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال : " اذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة "[3] وقرر الكمال بن الهمام بأن هذا الحديث لم يعرف فى كتب الحديث أصلا ولا تثبت به حجة على الخصم ، كما ذكر ما أخرجه بن ماجة من حديث صهيب السابق كما وافق صاحب الدراية فيما ذكره فيه واشار بن المرتضى الى أن تمام الحديث كما فى الشفاء ، فأن فيها اعظم اليمن والبركة ولاتجادلوا فأن المجادلة من الشيطان "[4] وذكر بن قدامه ان هذا الحديث غير معروف ولا رواه اصحاب السنن ، ثم انه ليس فيه ما يدل على أن المراد هذا العقد فيحتمل أنه اراد المفاوضة فى الحديث ولهذا روى فيه "ولا تجادعوا فأن المجادلة من الشيطان "[5]

ثانيا : الاجماع :

كما استدل الحنفية على مشروعية شركة المفاوضة بأن الناس تعاملوا بها من غير نكير فيكون هذا اجماع على جوازها[6] .

ثالثا : القياس :

ويدل القياس ايضا على جواز القول بمشروعية شركة المفاوضة ، وذلك لانها تشتمل على الوكالة والشركة فى الربح وكل واحد منهما جائز عند الانفراد فيكون جائزا عند الاجتماع[7] .

---

(١) الدراية فى تخريج احاديث الهداية نفس المكان السابق .
(٢) نصب الراية جـ٣ ص٤٧٩
(٣) راجع فى الاستدلال بهذا الحديث : فتح القدير جـ٥ ص٧ والبحر الزخار لاحمد بن يحيى المرتضى جـ٤ ص٩١ الطبعة الاولى سنه ١٩٤٦ مكتبة الخانجى بمصر .
(٤) البحر الزخار نفس المكان السابق .
(٥) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٣٩
(٦) فتح القدير جـ٥ ص٧
(٧) الاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص٢٥

دليل الشافعية ومن معهم على بطلان شركة المفاوضة :

ذهب الشافعية وكما سبق القول الى بطلان هذا النوع من الشركة واشترط الشافعي رضوان الله عليه في هذا الصدد " ان شركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلة [1] " .

ويقول صاحب المجموع : قال الشافعي انها باطلة ولا أعلم القمار الا هذا وأقل منه [2] " كما ذهب الحنابلة الى القول بالبطلان مع الشافعية وذلك في حالة ما اذا أدخلا في شركة المفاوضة الاكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز وما يحصل لهما من ميراث أو ما يلزم احدهما من ضمان الغصب أو أرش جناية ويجوز ذلك [3] " .

أما الظاهرية فمذهبهم بطلان هذه الشركة لقول الله تعالى : " ولا تكسب كل نفس الا عليها " وقوله تعالى : " لهما ماكسبت وعليها ماأكتسبت " وهذه النصوص عامة فمن ادعى في ذلك تخصيصا فقد قال على الله مالا يعلم " [4]

واستدل الشافعية على رأيهم بالسنة والقياس :

أولا : السنة :

ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن الغرر " وهذه الشركة فيها نوع غرر والنهي يقتضي فساد المنهي عنه [5] وبيان غرره أنه يلزم كل واحد منها لزم الاخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به اذا ادخلا الاكساب النادرة كما اجابوا عن الاخبار الواردة فيها بأنها غير معروفة واختصاصها بأسم

---

(١) الام للامام الشافعي جـ٧ ص١٢٢ ، ١٢٣ الطبعة/ ١ سنه ١٣٢٥هـ

(٢) المجموع شرح المهذب جـ١٣ ص٥١٧ مطبعة الامام بمصر ومغني المحتاج للشربيني الخطيب جـ٢ ص٢١٦ .

(٣) كشاف القناع للبهوتي جـ٣ ص٥٣١ مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

(٤) المحلى لابن حزم جـ٨ ص١٢٦ مسألة ١٢٣٧

(٥) المجموع شرح المهذب جـ١٣ نفس المكان السابق ، ومغني المحتاج نفس المكان السابق .

لايقتضى الصحة كبيع الحاضر للبادى والملامسة وسائر البيوع الفاسدة [١] .

ثانيا : القياس :

ووجه القياس أنها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانعقاده فاسد فلو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يعين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا ، وهي بهذا المعنى غير ميسرة الوجود ان لم تكن متعذرة التحقق [٢] .

المناقشة والترجيح :

واضح من العرض السابق ان الشافعية ومن معهم قد أقاموا رأيهم على عدم جواز هذا النوع من الشركة ، لما فيها من الغرر الفاحش الذى يؤدى الى الجهالة ويفضى الى المنازعة ، لكن الملاحظ ان الجهالة هنا متحملة ، لانها انما ثبت في التصرف تبعا ، والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما فى المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس والجهالة عينها لا تبطل الكفالة ، ولكن يمكن المنازعة بسببها وهذا منعدم هنا لان كل واحد يعتبر ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم فلا يؤدى هذا الى المنازعة [٣] .

وفضلا عن ذلك فان ادلة جواز الاشتراك فى الجملة تتناولها اذ لا فرق بين الاشتراك فى البعض والاشتراك فى الكل ، وليس من شرطها الخلط حتى يتخذ عدم وجوده تكأة للقول بالغرر لانها معقودة على التصرف فلا تفتقر فى صحتها الى الخلط [٤] ، كما أن الضمان مقيد بسبب ما يجب عليها للشركة فلا محل لتحفظ الحنابلة بمسائل الاكساب النادرة ، وما يلزم احدهما من ضمان الغصب وخلافه فما ملكه أحدهما بأرث أو هبة لا يشاركه الآخر فيه ، وكذلك جناية احدهما على الحر وكذا بدل الخلع والصداق اذا لزم احدهما لم يؤخذ به الاخر [٥] وهذا ما يقرره الشافعية فى كتبهم .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٥ ص١٣٩ وراجع فتح العزيز شرح الوجيز جـ١٠ ص٤١٤ حيث يعزى بطلانها الى الجهالة والغرر الكثير .

(٢) على الخفيف ، الشركات فى الفقه الاسلامى بحوث مقارنة طبعة ١٩٧٨ ص٦١

(٣) فتح القدير جـ٥ ص٧ ، والبابرتى على شرح فتح القدير جـ٥ ص٧

(٤) الروض النضير جـ٣ ص٣٦٦ الطبعة الاولى ١٣٤٨ هـ مطبعة السعادة بمصر

(٥) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى جـ١٠ ص٤١٤

وأما ما ذكره بن قدامه من ان الخبر غير معروف فقد رواه جمهور فقهاء الحنفية مذكروه فى كتبهم ، كما ذكره فقهاء الشيعة ، وعلى فرض عدم روايته فمضمونه لا يناقض عموم الادلة الواردة فى شأن الاشتراك بصفة عامة ، وما ذكروه من احتمال ان يكون المراد به المفاوضة على فرض ثبوت الحديث ، والمفاوضة فى الكلام مردود فان هذا مجرد احتمال مبنى على التخمين ، ولم لا يحتمل أن يكون واردا فى خصوص شركة المفاوضة خاصة وان هذا هو ما يراه جمع غير من الفقهاء ، ويكون ما ذكر فى ختام الخبر موافقا لمستهله ، فمباشرة عقد عظيم الاهمية ، وتعدد الاثار كهذا ينبغى ان يبتعد فيه عن اللغو والمجادلة ، فليس هذا مقامها ، وفى هذا ارشاد لما يجب أن يكون عليه العاقد من البعد عن اللغو والفضول .

هذا فضلا عن ان القول بمشروعيتها يتفق مع عموم النصوص التى تأمر بالوفاء بالعقود وتأمر باحترامها ، وقد روى جوازها عن الشعبى وابن سيرين وغيرهما [1] . وترتيبا على ماسبق فاننا نطمئن الى القول بمشروعية شركة المفاوضة .

بروز فكرة الضمان التبادلى فى شركة المفاوضة :

المفاوضة وهى ضرب العنان السابق نوع من شركات العقد يتضمن نظامه فكرة الضمان التبادلى اذ يعتبر كل شريك فيها ضامنا لديون شريكه بمجرد الانضواء تحت نظام هذه الشركة بقبول التعاقد وفق نظامها ، وعلى ذلك يقرر الفقهاء أنه اذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، أى أن بينهما ضمان متبادل لان شركة المفاوضة تنعقد على الوكالة والكفالة [2] .

---

(١) حاشية الطحاوى على الدر المختار جـ٢ ص٥١٤

(٢) راجع فى ذلك : الهداية شرح بداية المبتدى جـ٣ ص٩٧ الطبعة الاخيرة وفتح القدير جـ٥ ص٤٣٨ والبابرتى على شرح فتح القدير نفس المكان السابق وتبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص١٦٨ ، والاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص٢٥٦ وبدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص١٥ الطبعة الاولى سنه ١٣٢٨هـ مطبعة الجمالية بمصر .

قال الاتقانى : وأصله ان المفاوضة شركة عامة فى كل مالى وصحيحه عندنا وتبنى على ثلاثة اشياء التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه فيما كان من أعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة ، والاستواء فى جنس رأس المال ابتداء وانتهاء فاذا كان انعقادها كان للمرء أن يطالبوا بجميع الدين ايهما شاء لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق [1] كما يلزمهما ضمان الاتلاف الناجم عن الشركة [2] .

يقول صاحب الروض النضير والوجه فى شركة المفاوضة أنه يصير كل واحد من الشريكين وكيلا له وكفيلا عنه فاذا أشترى أحدهما شيئا لزم الاخر وكان للبائع ان يطالب بالثمن أيهما شاء [3] .

خلاصة هذه الدراسة :

ونخلص من العرض السابق الى ان شركة المفاوضة نظام شرعى تظهر فيه بوضوح فكرة الضمان التبادلى ، حيث يلتزم به المتعاقدان ولو لم يتلفظا به فالشارع هو الذى أقام نظامه فى شركة المفاوضة ، وهنا يتحدد دور الارادة عن تقريرها ولذلك اقترب هذا المفهوم ، من نص القانون على تقرير التضامن السلبى ، ولذلك آثارنا مقارنته به .

كما يدخل فى هذا الصدد ماقرره الفقهاء من مسئولية المتعددين فى الفعل الضار اذا ترتب عليه ضرر مالى ، وذلك على سبيل الضمان التبادلى ، على نحو ماسنرى .

---

(١) راجع فى ذلك : حاشية الشلبى على التبيين جـ٤ ص١٦٨ ، والفتاوى الهندية جـ٣ ص٢٨٤ الطبعة/٢ سنه ١٣١٠هـ ، وقاضيخان جـ٣ ص٦١٩ مطبوع على هامش الفتاوى الهندية نفس الطبعة السابقة .

(٢) الفتاوى البزازية جـ٣ ص٢٣٢ الطبعة الثانية .

(٣) الروض النضير جـ٣ ص٣٦٧ .

المبحث الثانى

استقراء للنصوص التى تقيم التضامن السلبى فى التقنينات المختلفة وتأصيلها

عالج المشرع التضامن السلبى بنصوص كثيرة ومتفرقة فى شتى أنواع التشريعات المختلفة ، سوف نحاول فى هذا المبحث تتبع هذه النصوص واستقرائها ، ثم نتناولها بالتأصيل ، وذلك فى مطلبين .

المطلب الاول : استقراء النصوص التى تقيم التضامن السلبى فى التقنينات المختلفة .

المطلب الثانى : تأصيل هذه النصوص لبيان ما يتوخاه التقنين بشأن تقريرها .

المطلب الاول ـ

استقراء النصوص التى تقيم التضامن السلبى فى التقنينات المختلفة

كثيرا ما يقوم التضامن السلبى بموجب نص فى القانون كما قدمنا ، واذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجز ان يقاس عليه غيره فان احوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر (١) .

والنصوص التى تقيم التضامن السلبى كثيرة متناثرة فى نواحى التقنينات والتشريعات المختلفة ، وأهم هذه النصوص نجدها فى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين الجنائى وتقنين المرافعات .

ومن خلال النصوص الواردة فى هذه التقنينات يمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التى تشتمل عليها الى التزامات مدنية ، والتزامات تجارية ، وتخصص لكل منها فرعا .

الفرع الاول ـ

نصوص القانون كمصدر للتضامن فى الالتزامات المدنية

والالتزامات المدنية التى يقوم التضامن فيها ينص القانون تختلف بحسب مصدرها فقد يكون العقد ، وقد يكون العمل غير المشروع ، وقد يكون الاثراء بلا سبب وقد يكون القانون (٢) وسوف نلقى الضوء على كل بهذا الترتيب بالقدر الذى يسمح بابراز فكرة التضامن تاركين شرح النص من ناحية موضعه لمكان دراسته .

---

(١) الموجز فى النظرية العامة للالتزام للدكتور السنهورى فقرة ٥٠٥ ص ٥١١

(٢) السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ٢٧٢ فقرة ١٦٦ هامش (١)

أولا : التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها العقد :

وهى الالتزامات الناشئة من عقد المقاولة ومن عقد الوكالة : ففى عقد المقاولة تنص المادة ٦٥١/ ١ - ٢ على ما يأتى: "١- يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموا من منشآت ثابتة اخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الارض ذاتها أو كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعينة ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات" .

"٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد من المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته" .

وظاهر ان مسئولية كل من المهندس المعمارى والمقاول نحو رب العمل عن سلامة البناء انما هى مسئولية تعاقدية نشأت من عقد المقاولة ذاته (١) ولما كان التضامن فى الالتزامات التعاقدية وضعها المسئولية التعاقدية ذاتها لا يفترض كما سبق القول فكان لابد من شرط فى عقد المقاولة أو نص فى القانون يقيم التضامن بين المهندس المعمارى والمقاول فى هذه المسئولية فوجد النص المتقدم الذكر وهو يغنى عن الشرط فتوجد المسئولية التضامنية بين المهندس المعمارى والمقاول ولو لم يوجد شرط يقضى بالتضامن لان نص القانون هو الذى يقيمه" (٢) .

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص٢٧٢ وما بعدها فقرة ١٧٠ ، وقارن عبد العزيز أبو غنيمه فى رسالته الالتزام العينى بين الشريعة والقانون حيث يؤسس مسئولية المقاول والمهندس على احكام المسئولية التقصيرية ، ويرتب على ذلك ان التزامهما بالتعويض شخصى لا عينى ، ومن ثم فانه يثبت فى الذمة ، ويضمن الوفاء به الضمان العام للمدين ولا ينتقل الى خلفهما الخاص ولا يحق لهما التخلص منه بالتخلى" راجع ص ١٤١

(٢) السنهورى الوسيط جـ٣ ص٢٧٣

تنص المادة ٧٠٧/١ مدني على أنه : "اذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله احدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها " .

وهنا التزامات الوكيل ومسئوليته عن تنفيذ هذه الالتزامات منشؤها جميعا عقد الوكالة فاذا تعدد الوكلاء بقيت التزامات كل منهم ناشئة عن هذا العقد فلا يقوم التضامن بينهم اذن من غير شرط الا بنص في القانون وهو النص المتقدم الذكر الذي اشترط وحدة العمل الذي تنشأ عنه المسئولية بأن يكون تنفيذ الوكالة غير قابل للانقسام فيكون الوكلاء وقد قاموا بعمل واحد لا يقبل التجزئة ، أو يكون التنفيذ مكونا من اعمال متفرقة ، ولكن الوكلاء قد اشتركوا في عمل واحد من هذه الاعمال فارتكبوا خطأ مشتركا .

وغني عن البيان أنه لو انفرد احد الوكلاء بمجاوزة حدود الوكالة أو انفرد بالتعسف في تنفيذها استقل وحده بالمسئولية لان الوكلاء الاخرين لم يشتركوا معه في العمل الذي أوجب مسئوليته فلا يكونون متضامنين معه بل لا يكونون مسئولين أصلا (١) .

ثم تنص المادة ٧٠٨/١ مدني على أنه اذا ناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون ان يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية، " وهنا كان المفروض ان يقوم التضامن بين الوكيل ونائبه قبل الموكل لاختلاف أسباب المسئولية بينهما ، ولكن النص صريح في انشاء التضامن بينهما " .

---

(١) السنهوري الوسيط نفس المكان السابق ، وبعض الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدني بوجود دعوى مباشرة للموكل قبل نائب الوكيل وهذا ادعى لتقرير التضامن دون التضامن فان الموكل يستطيع ان يطالب الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين وهذا هو التضامن ، والفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدني تقضي بأنه اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه بالا يكون مسئولا الا عن خطأه في اختيار نائبه ، أو عن خطأه فيما اصدر له من تعليمات فهل يكون اذا تحققت مسئولية على هذا النحو متضامنا مع نائبه ؟ =

وتنص اخيرا المادة ٧١٢ مدنى على أنه : " اذا وكل اشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة مالم يتفق على غير ذلك " وطبقا لهذا النص لا يقوم التضامن به الا اذا لم يشترط فى العقد فالشرط هنا مقدم على النص .

ثانيا : التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع :

تنص المادة ١٦٩ مدنى على أنه : " اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض " .

وهذا النص من النصوص الجوهرية فى التضامن له اهمية بالغة ومدى واسع فى التطبيق فهو يقضى بالتضامن فى المسئولية عن أى عمل غير مشروع فواضح ان العمل غير المشروع قد أصبح فى العصر الحاضر مصدرا هاما من مصادر الالتزام وهو يكاد يدانى العقد فى أهميته وقد وضع النص مبدأ هاما هو التضامن فى المسئولية التقصيرية بخلاف المسئولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد ، فقد رأينا ان التضامن فيها لا يفترض بل يجب لقيامه شرط أو نص فى القانون ، بل أن افتراض التضامن فى المسئولية التقصيرية بموجب النص المتقدم الذكر اقوى من افتراضه فى خصوص العقد اذا قام التضامن فيه على نص فى القانون ذلك ان افتراضه فى العقد بموجب نص لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاده ، اذ لا يعتبر التضامن هنا من

= لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به فى الفقرة الثانية ، وليست المسئولية فى هذا الفرض ناشئة عن خطأ مشترك يوجب التضامن ومن ثم يرى الاستاذ السنهورى ان المسئولية هنا تكون بالتضامم لا بالتضامن ، راجع الوسيط جـ٣ ص٣٧٤ هامش (١) .

النظام العام فيجوز اذن ان يشترط فى عقد المقاولة ان لا يكون المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى المسئولية ، أما التضامن فى المسئولية التقصيرية فهو من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مايخالفه (١) .

ويجب لكى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين عن عمل غير مشروع توافر شروط ثلاثة :

١) ان يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ .

٢) وان يكون الخطأ الذى احدثه كل منهم سببا فى أحداث الضرر .

٣) وان يكون الضرر الذى احدثه كل منهم بخطأه هو ذات الضرر الذى احدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد (٢) ولا يلزم بعد ذلك ان يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الاخطاء وفى وقت واحد (٣) .

ولا يشترط ان تكون الاخطاء عملا واحدا أو جريمة فقد يكون احدهما عمدا والآخر غير عمد (٤) وقد تختلف جسامة الاخطاء فيقترن خطأ جسيم بخطأ يسير وقد تختلف طبيعة الاخطاء فيكون احد الخطأين جنائيا ويكون الثانى مدنيا أو يكون احدهما عملا ويكون الاخر امتناعا عن عمل وقد تكون الاخطاء كلها ثابتة أو مفترضة أو يكون بعضها ثابتا وبعضها مفترضا (٥) .

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص٢٧٦

(٢) وعلى هذا اذا سرق احد اللصوص عجلة السيارة ثم جاء لص آخر فسرق بعض الآلات لم يكن اللصان متضامنين ، لان كلا منهما أحدث بخطأه ضررا غير الضرر الذى احدثه الاخر .

(٣) فاذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقبا ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة فاتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الاول ودخل من النقب وسرق المنزل فان اللصين يكونان مسئولين بالتضامن ، راجع فى هذه الامثلة الوسيط جـ١ ص٩٢٦ وما بعدها .

(٤) فقد يكون احد الخطأين سرقة والخطأ الاخر اخفاء لاشياء مسروقة أو يكون الخطأ الاول جناية قتل والخطأ الاخر جنحة ضرب .

(٥) مثل ان يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحا فيدخل اللص ويسرق المنزل ففى هذه الحالة يكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف مابين الخطأين فاحدهما عمد والاخر غير عمد واحدهما جنائى والاخر مدنى واحدهما عمل والاخر امتناع عن عمل . راجع الوسيط للسنهورى جـ١ ص٩٢٧ .

وحتى تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو كانوا جميعا متضامنين في المسئولية فيستطيع المضرور ان يطالبهم جميعا بالتعويض كما يستطيع ان يختار منهم من يشاء ويطالبهم بالتعويض كاملا ويرجع من دفع التعويض على الباقين كل بقدر نصيبه حسب جسامة الخطأ الصادر منه فاذا تعادلت الاخطاء في الجسامة أو لم يمكن تعيين مقدار الجسامة في كل خطأ كان نصيب كل منهم في التعويض مساويا لنصيب الآخر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي (١) .

ويلحق بالتضامن في المسئولية عن العمل غير المشروع تضامن المحكوم عليهم في الغرامات النسبية التي حكم عليهم بها وان كانت الغرامة تختلف عن التعويض في أنها عقوبة ولكنها عقوبة مالية ، وفي هذه الصفة المالية وكونها جزاء على عمل غير مشروع تتلاقى مع التعويض .

وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين العقوبات على أنه : " اذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة فاعلين كانوا أو شركاء ، فالغرامات يحسكم بها على كل منهم على انفراده خلافا للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين في الالتزام بها مالم ينص الحكم على خلاف ذلك " .

والاصل في العقوبات ان تكون شخصية لا تضامن فيها والغرامة عقوبة وكان ينبغي ان تكون شخصية ولكن المشرع هنا خرج على المبدأ العام فقارب بين الغرامة والتعويض وأجاز التضامن في الغرامة في حالة معينة هي ان تكون هذه الغرامة نسبية .

---

(١) السنهوري الوسيط ج ١ ص ٧٢٧ ، ويرى الاستاذ احمد حشمت أبو ستيت " ان التضامن في المسئولية التقصيرية اقرب الى أن يكون نوعا من الضمان فرضه القانون لمصلحة المصاب منه الى دين تضامني يتوافر فيه المبادئ الثلاثة التي تقوم عليها احكام التضامن وخاصة ما يتصل منها بالنيابة التبادلية " راجع له نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص ٥٢٤ فقرة ٧٠٣ هامش (٤) طبعة ١٩٤٥ مكتبة عبد الله وهبه بمصر .

والغرامة النسبية هى التى لا يعين المشرع مقدارا محددا لها بل يجعلها يتناسب ارتفاعا وانخفاضا مع ما حصل عليه الجانى من الجريمة التى ارتكبها وأكثر ما تكون عقوبة تكميلية (١) .

ومن مقتضى التضامن فى الغرامات انه اذا حكم على أكثر من شخص فى جريمة واحدة بالغرامة فانه يمكن للدولة وهى تمثل الدائن هنا اقتضاء الغرامة المحكوم بها على الجميع من واحد منهم فقط أى أن المحكوم عليه لا يقتصر على دفع الغرامة المحكوم بها عليه فقط بل يكون مطالبا بدفع المحكوم بها على المشتركين فى الجريمة معه ، فاذا كان احد المحكوم عليهم موسرا فانه يتحمل الغرامات المحكوم بها على زملائه المعسرين (٢)

ورغم مخالفة هذا النظام لمبدأ شخصية العقوبة فان القضاء الفرنسى قد توسع فى تطبيق نص المادة ٥٥ عقوبات فرنسى فقد ذهب القضاء الى تطبيق هذا النص حتى بالنسبة للجرائم المرتبطة رغم ان هذا النص يشترط وحدة الجريمة ، والى القول بالتضامن بين السارق ومخفى المسروقات حتى ولو كان الاخير لم يأخذ سوى جزء فقط من المسروقات .

بل ان المشرع الفرنسى نفسه وسع من نطاق تطبيق التضامن فبعد ان كان قاصرا على الجنايات والجنح ، اصبح يمتد بمقتضى الامر الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٨ الى المخالفات التى عقوبتها الحبس مدة تزيد على عشرة أيام أو الغرامة التى تزيد على ٤٠٠ فرنك جديد (٣) .

---

(١) راجع فى التعريف بالغرامة النسبية ، الدكتور سمير الجنزورى فى رسالته الغرامة الجنائية ص١٥٩ طبعة ١٩٦٧ ، منشورات المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية .

(٢) دكتور سمير الجنزورى نفس المرجع ص٢٣٠ ، ١٣١

(٣) راجع فى توسع القضاء والتشريع الفرنسى فى تطبيق هذا النص الوسيط للسنهورى جـ٣ ص٢٧٥ هامش (١) والدكتور سمير الجنزورى نفس المرجع والمكان السابقين .

وتنص المادة ١٠٣ من قانون العقوبات على أنه : "كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعدا أو عطية لاداء عمل من أعمال وظيفته يعد مرتشيا ويعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة وبغرامة لاتقل عن الف جنيه ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به" .

تنص المادة ١٠٨ مكررا من قانون العقوبات على أنه : "كل شخص عين لاخذ العطية أو الفائدة أو علم به ووافق عليه المرتشي أو أخذ أو قبل شيئا من ذلك مع علمه بسببه يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن سنه وبغرامة مساوية لقيمة ما أعطى أو وعد به وذلك اذا لم يكن قد توسط في الرشوة " .

ويبين من نص المادة ١٠٣ من قانون العقوبات ان المشرع جعل عقوبة الغرامة وجوبية كما أنها تكميلية أذ تفرض الى جانب العقوبة الاصلية سالبة الحرية وهي من الغرامات النسبية في حدها الاعلى فقط لانها تختلف طبقا لقيمة الفائدة التي تحققت أو التي كان يراد تحقيقها من وراء جريمة الرشوة وطبقا لنص المادة ٤٤ عقوبات يلتزم الجناة اذا تعددوا بالغرامة متضامنين (١) .

فاذا تعدد المحكوم عليهم في احدى الجرائم المتقدمة الذكر كانوا جميعا متضامنين في الغرامة المحكوم بها الا اذا نص في حكم الادانة على تقسيم الغرامة فيما بينهم دون تضامن والنص على التقسيم جوازي للقاضي فان لم ينص عليه كان التضامن قائما بين المحكوم عليهم بحكم القانون . الا انه يلاحظ في جريمة الرشوة انه يتعين على القاضي ان يحكم على كل من الراشي والمرتشي والوسيط بغرامة تساوي قيمة الرشوة ومن جهة اخرى لا تتقسم الغرامة الواحدة على المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولا يرجع بشيء منها على أحد من شركائه (٢) .

---

(١) دكتورة آمال عبد الرحيم عثمان شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص٩٦ ، ٩٧ ط٢/١٩٧٤ دار النهضة العربية .

(٢) السنهوري الوسيط ج٣ ص٢٧٨

الضمان التبادلي بين المسئولين عن الفعل الضار في الفقه الاسلامي :

يحرص الفقه الاسلامي على تأكيد مبدأ المسئولية الشخصية بصورة تبرز العدالة المطلقة في أسمى معانيها ، فكل شخص لا يسأل مبدئيا الا عن فعل نفسه ، "ولا تزر وازرة وزر أخرى" (١) "وان ليس للانسان الا ما سعى (٢)".

فاذا تعدد المسئولون عن فعل ضار فالاصل ان كل واحد منهم لا يسأل عن جبر الضرر الحاصل الا بمقدار ما اقترفت يداه ، ولا وجود للضمان التبادلي في هذه الحالة وقد التزم الفقهاء هذا الاصل في الجناية على النفس أو بعضها ، حيث لا مجال فيها لشائبة الشبهه ، اما في الجناية على المال فقد وجد الفقهاء أن هذا الاصل قد يقابل بضرب من التصرفات الشاذة التي تنطوي على اعتداء جسيم يمثل خرقا لقواعد الشرع ، واعتداء على الحقوق بالقهر والقوة ، وذلك كما في المغصوب فاذا أتلفه الغاصب ، أو غصبه أو أعتدى عليه شخص آخر فهلك في يده أو في يد الغاصب الثاني فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب الاول وان شاء ضمن الغاصب الثاني أو المتلف (٣) وهنا يحكم الفقهاء بتقرير فكرة الضمان التبادلي في تلك الحالة التي تقتضي حسما سريعا يحفظ الحقوق ويعيد التوازن المفتقد بين الغاصب والمالك ليجد من تعدد الذمم المعتدية والغاصبة متسعا يمكنه من استرجاع ماله .

أما ضمان الغاصب الاول فلوجود فعل الغصب منه وهو ازالة يد المالك عنه ، وأما ضمان الغاصب الثاني أو المتلف سواء علم بالغصب أو لم يعلم لازالة يد الغاصب الاول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله ويتمكن من رده عليه أي على المالك ولانه اثبت يده على مال الغير بغير أذنه ، والجهل غير مسقط

---

(١) الانعام آية ١٦٤
(٢) النجم آية ٣٩
(٣) الروض النضير ج٣ ص٤٠٩ حيث يسمى هذه الحالة "بالغصب المتسلسل" وراجع تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٧٢

للضمان أولا تلافه الشيء فان اختار المالك تضمين الاول ، رجع هذا بالضمان على الثانى لانه بدفعه قيمة المضمان ملك الشيء المضمون (أى المغصوب) من وقت غصبه ، فكان الثانى غاصبا لملك الاول وان اختار تضمين الثانى أو المتلف لا يرجع هذا بالضمان على احد ويستقر الضمان فى ذمته لانه ضمن فعل نفسه وهو ازالة يد المالك واستهلاكه واتلافه[1] .

وقد نصت على ذلك مجلة الاحكام العدلية (فى المادة ٩١٠) فقالت : " غاصب الغاصب فى حكم عين الغاصب بناء عليه ، اذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر وأتلفه أو تلف فى يده فالمغصوب منه مخيّر ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء الثانى وله أن يضمن مقدارا منه الاول والمقدار الاخر الثانى ويتقدر تضمين الغاصب الاول فهو يرجع على الثانى وأما اذا ضمّن الثانى فليس للثانى ان يرجع على الاول " .

ويسمى بعض الباحثين هذا النوع من الضمان "بالضمان المتحول" لانه من شأنه ان يحل للضامن الذى دفع الضمان حقا فى الرجوع بما ضمنه على شخص اخر[2] ويعتبره البعض الاخر استثناء على المبدأ العام من المسئولية الشخصية فى الفقه الاسلامى[3] .

وفى المذهب المالكى :

اذا تلفت الثمار بفعل الجيش فان الواحد من أفراده يسأل عن فعل الجميع لان هؤلاء كالحملاء عن بعضهم بعضا[4] ، وكذلك اذا تعدد السارقون أو الغاصبون أو المحاربون فكل واحد منهم ضامن لجميع ما أخذوه لانهم بعضهم قوى ببعض[5] وذلك

---

(١) راجع : حاشية بن عابدين على الدر المختار جـ٤ ص٢٤٦ ، ومغنى المحتاج جـ٢ ص٢٧٩ ، وفتح العزيز شرح الوجيز جـ١١ ص٢٥٢ ، وجواهر الاكليل للآبى الازهرى جـ٢ ص١٤٩ ، ١٥٢ ، وبدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص١٠

(٢) الدكتور وهبه الزحيلى - نظرية الضمان ص١٣٧ طبعة/ ١٩٧٠ دار الفكر بدمشق

(٣) دكتور صبحى محمصانى - النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية جـ٢ ص٣٦ طبعة ١٩٤٨ - مكتبة الكشاف ومطبعتها ببيروت .

(٤) البهجة شرح التحفة جـ٢ ص٣٣

(٥) شرح الحطاب جـ٦ ص٣١٦ ، ٣١٧ .

كالقوم يجتمعون على قتل رجل فيقتل جميعهم به وان ولى القتل احدهم .

وقد نص قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه : " اذا نشأ الضرر عن عدة أشخاص فالتضامن السلبى يكون موجودا بينهم . أولا : اذا كان هناك اشتراك فى العمل . ثانيا : اذا كان من المستحيل تعيين نسبة ما أحدثه كل شخص من ذلك الضرر " .

وكما يسرى الضمان التبادلى على غاصب الغاصب فانه يسرى على وديع الوديع والمستعير من المستعير أو من المستأجر ، والمستأجر من المستأجر أو من المستعير وضارب المضارب ووكيل الوكيل والمشترى من الوكيل المخالف وظائفه يفسد بهما البيع ، وذلك عند وجود التعدى وعلى تفصيل الفقهاء فى ذلك (١) .

ثالثا : التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها الاثراء بلاسبب :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ مدنى على مايأتى : " واذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية " وهذا التضامن نظير للتضامن الذى قررته المادة ١/٧٠٧ اذا تعدد الوكلاء فيما بينهم والفضولى أقرب ما يكون الى الوكيل وعلى الفضولى التزامات اربعة : المضى فى العمل الذى بدأ به واخطار رب العمل بتدخله بمجرد ان يستطيع ذلك وبذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالعمل وتقديم حساب لرب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة واغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون بناء على عمل مادى صدر من الفضولى (٢) ولكن يوجد من هذه الالتزامات التزام هو رد الفضولى لما استولى عليه بسبب الفضالة يمكن القول ان مصدره هو الاثراء بلا سبب .

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك دكتور وهبه الزحيلى نفس المرجع السابق صفحات ١٣٩ وما بعدها والمراجع المشار اليها .

(٢) السنهورى : الوسيط جـ١ فقرة ٨٧٧

وفى هذا الالتزام لو تعدد الفضولى يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص المتقدم الذكر وفى الالتزامات الاخرى التى مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص نفسه (١) .

رابعا : التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها القانون :

تنص المادة ٧٩٥ مدنى على أنه : " فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين " والكفالة القانونية هى ماينص القانون على وجوب تقديمها (٢) أو التى تقوم تنفيذا لنص فى القانون (٣) أما الكفالة القضائية فهى التى يأمر بها القضاء فى غير الحالات التى يكون فيها المدين ملزما بتقديم كفيل بمقتضى اتفاق بينه وبين الدائن أو بموجب نص فى القانون (٤) .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٨٩ من تقنين المرافعات والتى تنص على أن الكفالة تكون واجبة بنص القانون فى المواد التجارية مراعاة لاحتياجات السرعة والضمان فى المعاملات التجارية .

ومن أمثلة التضامن بنص القانون ما تنص عليه المادة ١٨٤ مرافعات بشأن مصاريف الدعوى حيث تقول : " ١ ـ يجب على المحكمة عند اصدار الحكم الذى تنتهى به الخصومة امامها ان تحكم من تلقاء نفسها ، فى مصاريف الدعوى ، ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ويدخل فى حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماه "

" ٢ ـ واذا تعدد المحكوم عليهم جاز الحكم بقسمة المصاريف عليهم بالتساوى أو بنسبة مصلحة كل منهم فى الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ولا يلزمون بالتضامن فى المصاريف الا اذا كانوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى فيه " .

---

(١) السنهورى الوسيط ج٣ فقرة ١٧٢
(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .
(٣) الدكتور سليمان مرقس عقد الكفالة ص١٣
(٤) نفس المرجع السابق ص١٤

ففى النص السابق التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى بموجب نص فى القانون هو النص الذى ذكر وقد أوجب النص السابق تضامن المحكوم عليهم بالمصروفات اذا تعددوا فى حالة واحدة هى أن يكونوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى به فمتى كانوا متضامنين فى هذا الالتزام كانوا أيضا متضامنين فى مصروفات الدعوى التى قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم (١) .

واذا تعدد المحكوم عليهم وكانوا غير متضامنين فى أصل التزامهم المقضى فيه فلا يجوز بأى حال من الاحوال الحكم عليهم بالتضامن فى المصاريف لانهم لا يتحملون هذه المصاريف على سبيل التعويض (٢) وكذلك الامر اذا كانت مصلحتهم متحدة فى الدعوى فأنهم يتحملون هذه المصاريف بالتساوى بينهم . فأن استقلت مصلحة كل منهم عن الاخر وزعت عليهم بحسب نصيب كل منهم فى الخصومة . اما اذا كانت المصاريف والنفقات محكوما بها كتعويض طبقا لنص المادة ١٨٨/١ مرافعات التزم المحكوم عليهم بها على وجه التضامن وفقا لقواعد المسئولية عن الخطأ طبقا لنص المادة ١٦٩ مدنى (٣) .

---

(١) السنهورى الوسيط ج٣ ص٥٨١ حيث يقرر ذلك تعليقا على نص المادة ٣٥٧ من تقنين المرافعات السابق والخاصة بالتضامن فى مصروفات الدعوى والمعدلة بالنص سالف الذكر فقرة ٢ مع ملاحظة أنه لا يوجد اختلاف فى الصياغة بين الفقرتين - فيما يتعلق بشأن التضامن فى مصروفات الدعوى .

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية ص٧٣٨ الطبعة ١١/ سنه ١٩٧٥ دار المعارف بمصر .

(٣) حامد عكاز وعز الدين الدناصورى التعليق على قانون المرافعات الجديد ص١٩١ ، ٩٩٢ الطبعة الاولى ١٩٦٨

الفرع الثانى

نصوص القانون كمصدر للتضامن فى الالتزامات التجارية والبحرية

هناك حالات كثيرة ينص فيها التقنين التجارى والتقنين البحرى على قيام التضامن بين المدينين من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٢ تجارى بأن : "الشركاء فى شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الامضاء عليها الا من أحدهم انما يشترط أن يكون هذا الامضاء بعنوان الشركة" .

فالشركاء فى شركة التضامن مسئولون على وجه التضامن فى جميع أموالهم عن التزامات الشركة كما لو كانت ديونا شخصية فى ذمة كل منهم كما أن هذا النص يبرز أوضح خصائص شركة التضامن بالمسئولية التضامنية التى تجعل منها الصورة المثلى لشركات الاشخاص[1] وهذا الحكم من النظام العام ومن ثم يقع باطلا كل شرط يعفى الشريك من مسئوليته المطلقة أو التضامنية عن ديون الشركة أو يحدد مسئوليته عن تلك الديون . ذلك ان المسئولية المطلقة والتضامنية للشركاء جميعا هى أهم خصائص شركة التضامن التى تميزها عن غيرها من الشركات التجارية[2] واذا وضع هذا الشرط فى العقد التأسيسى يبطل وحدة وجاز للدائن اعتبار التضامن قائما بين الشركاء . ويجوز له التنازل عن التضامن لانه مقرر لمصلحته[3] .

ويترتب على وجود التضامن بين الشركة والشركاء انه يجوز للدائن ان يوجه المطالبة الى الشركة ذاتها والى أى شريك على حدة كما يجوز له ان يطالب الشركة

---

(١) دكتور ثروت عبد الرحيم القانون التجارى المصرى جـ١ ص٣٣٦ ، ٣٣٧ طبعة ١٩٧٨ ، وراجع فى ذلك الدكتور مختار القاضى القانون التجارى العربى الكتاب الاول ص١٢٠ طبعة ١٩٧٣ حيث يرى ان ذلك ناتج عن عدم استقلال الشخصية الاعتبارية لهذه الشركة — وان ذلك يمثل محورا اساسيا فيها .

(٢) دكتور ثروت عبد الرحيم نفس المرجع والمكان السابقين هامش (١)

(٣) دكتور محسن شفيق الوسيط جـ١ ص٢٧٨ ، ٢٧٩

والشركاء دفعة واحدة مادة (٢٨٥ مدنى) ولاشك ان الشركة بوصفها شخصا اعتباريا تقوم بدور المدين الاصلى فى الديون التى تعقدها أما الشريك فهو فى مركز الكفيل المتضامن [١] بالنسبة الى هذه الديون وهو بهذا الوصف محروم من ميزة التجريد benefice de discussion وميزة التقسيم benefice de division

هذا وتسرى أحكام التضامن السلبى الواردة فى القانون المدنى على الشركاء المتضامنين [٢] .

وتنص المادة ٢٣ تجارى على أن : " شركة التوصية هى الشركة التى تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الادارة ويسمون موصين " .

ونصت المادة ٢٩ تجارى على أنه اذا اذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه فى عنوان الشركة خلافا لما هو منصوص عليه فى المادة ٢٦ فيكون ملزما على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة " . ومعنى هذا أنه يعتبر فى نظر الغير فى مركز الشريك المتضامن ولكن يظل محتفظا بصفته كموصى فى مواجهة زملائه الشركاء [٣] فاذا ادى دينا من ديون الشركة كان له حق الرجوع على بقية الشركاء بما اداه زائدا عن حصته [٤] .

وقد قرر المشرع ذلك جزاء مخالفة الحظر الوارد فى المادة ٢٦ تجارى والتى تنص على أنه : " لا يجوز ان يدخل فى عنوان الشركة اسم واحد من الشركاء الموصين أو أرباب المال الخارجين عن الارادة " . ويمثل هذا الجزاء فى جعل مسئولية هذا الشريك مسئولية شخصية [٥] .

---

(١) دكتور محسن شفيق نفس المرجع والمكان السابقين - وقارن د . بدر الدين شوقى احكام الشركات التجارية طبعة ٧٢ ص٧٥ حيث يرى أن كل شريك فى شركة التضامن مسئول عن الوفاء بالتزامات الشركة بوصفه مدينا معها وليس بوصفه كفيلا لها .

(٢) دكتور محسن شفيق نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) دكتور محسن شفيق الوسيط ج١ ص٢٠٧

(٤) دكتور ثروت عبد الرحيم نفس المرجع السابق ص٣٧١

(٥) دكتور ثروت عبد الرحيم نفس المرجع والمكان السابقين والدكتور بدر الدين شوقى نفس المرجع السابق ص٩٤

ففى شركة التوصية اذن يوجد شركاء مسئولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة ويدخل فى هؤلاء الشركاء الموصون اذا اذنوا بدخول اسمائهم فى عنوان الشركة [1]

كما تضيف المادة ٣٠ تجارى حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول " وكذلك اذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملا متعلقا بادارة الشركة يكون ملزوما على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه ، ويجوز ان يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة أعماله وعلى حسب اقتناع الغير له بسبب تلك الاعمال " .

فاذا قام الشريك الموصى من تلقاء ذاته أو بناء على توكيل صادر من الشركة بأجراء عمل من اعمال الادارة الخارجية مخالفا بذلك ما يمليه عليه نظام الشركة وما تنص عليه المادة ٢٨ تجارى والتى تنص على أنه : " ولا يجوز لهم (أى للشركاء الموصين) أن يعملوا عملا متعلقا بأدارة الشركة ولو بناء على توكيل " .

فليس جزاء هذه المخالفة بطلان العمل والا انقلبت القاعدة وبالا على الغير الذى يريد القانون حمايته ، وانما يكون الشريك مسئولا عن العمل الذى اجراه كما لو كان شريكا متضامنا [2] .

ولا يدخل فى هذا الحظر ما سمحت به المادة ٣١ تجارى " بابداء النصائح أو اجراء التفتيش وهى أعمال متعلقة بسير الشركة والاشراف على الادارة فيها [3] وهذا الحكم لا يعدو ان يكون تطبيقا لمبدأ حق الشريك فى مراقبة ادارة الشركة والذى نصت عليه المادة ٥١٩ مدنى [4] .

---

(١) دكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج٣ ص٢٨٢

(٢) دكتور محسن شفيق نفس المرجع السابق ص٣١٨ والدكتور ثروت عبد الرحيم نفس المرجع السابق ص٣٧٥ والدكتور بدر الدين شوقى نفس المرجع السابق ص٩٦

(٣) دكتور بدر الدين شوقى نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) دكتور ثروت عبد الرحيم نفس المرجع السابق ص٣٧٤ هامش (٢)

ونصت المادة ٥٧ تجارى على أنه : " يلزم اعلان المشارطة الابتدائية لشركة المساهمة ونظامها والامر المرخص بايجادها ويكون اعلان ذلك بتعليقه فى المحكمة الابتدائية مدة الوقت المعين آنفا ونشره فى احدى الجرائد وان لم يحصل ذلك لزم مديرو الشركة بديونها على وجه التضامن ووجب عليهم التعويضات أيضا •

فهذه حالة نص فيها القانون على تضامن مديرى الشركة المساهمة فى المسئولية عن ديونها اذا وقع منهم تقصير فى واجبهم من اعلان عقد الشركة ونظامها والأمر المرخص بايجادها [1] ، هذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لاتضامن فيها بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ما لم يتفق على خلاف ذلك مادة ١/٥٢٤ مدنى •

وفى الافلاس نصت المادة ٢٥٤ تجارى عن ان وكلاء الدائنين (أى السنديك) اذا تعددوا متضامنون فيما يتعلق بأجراءات ادارتهم " •

وقد سبقت الاشارة الى المواد ١١٧ ، ١١٩ ، ١٣٧ ، ١٣٩ تجارى فيما يتعلق بتضامن المدينين فى الالتزام الصرفى وقد تكلمنا فى ذلك فنكتفى بالاحالة على ماسبق تحاشيا للتكرار •

وفى بيع السفينة تنص المادة ١/٢٣ من التقنين البحرى : " على أنه يجب على الراسى عليه مزاد السفينه من أية حمولة كانت أن يدفع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذى رسا به المزاد عليه أو يسلمه الى صندوق المحكمة ويؤدى كفيلا معتمدا بالثلثين يكون له محل بالقطر المصرى ويضع امضاءه مع المكفول على السند ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين فى ميعاد أحد عشر يوما من يوم مرسى المزاد " •

وقد وردت نصوص أخرى تقيم التضامن بين المدينين المتعددين فى مسائل متفرقة كالنصوص التى وردت فى خصوص الخسارة البحرية ، وبيع المحل التجارى وفى قانون العمل الفردى وفى قانون اصابات العمل [2] •

---

(١) السنهورى الوسيط ج٣ ص ٣٨٢ •

(٢) نفس المرجع السابق ص ٢٨٣ هامش (٢) •

المطلب الثانـــى

تأصيل النصوص السابقة وبيان ما يتوخاه المشرع بشأن تقريرهـــا

من خلال استعراض النصوص التى تقيم التضامـن بين المدينين ، نلمـــس بوضوح ان المشرع يحرص على تقرير التضامن فى حالات معينة ، منها ما سلفت الاشـارة اليه من أمثلـة وردت فى شتى فروع التقنينات المختلفة ، ويرمى المشرع من وراء ذلـك الى تحقيـق غايات معينة أهمها :

أولا : التعبير عن غرض المتعاقدين :

وفى هذا الصدد يفترض المشرع ان المتعاقدين ارادا فعلا الالتزام وفق أحكـام التضامن [1] ويستكشف ذلك من النصوص التى وردت فى الوكالة ، من ذلـك نص المادة ١/٧٠٧ مدنى والتى تنص على التضامن بين الوكلاء المتعددين متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام .

والمادة ١/٨٠٧ مدنى والتى تنص على التضامن بين الوكيل ونائبـه غير المرخص له من قبل الموكل والمادة ٧١٢ مدنى والتى تنص على التضامن بين الاشخاص المتعددين المسئولين عن تنفيذ الوكالة قبل الوكيل الواحـد اذا كانت الوكالة فى عمل مشترك .

والمادة ١٩٢ مدنى ، الخاصة بتضامن المفضولين فى المسئولية ، والمادة ٧٩٥ مدنى والتى تنص على تضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية والقانونيـة .

---

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى - الالتزامات النظرية العامة فقرة ٦٢٩ ، وفقـرة ٦٥٦

ويدخل تحت هذا الاصل كذلك ما تنص عليه المادة ٢/١٨٤ مرافعات بخصوص تضامن المحكوم عليهم فى مصروفات الدعوى .

فهذه المصاريف لا يدفعها المحكوم عليه على سبيل التعويض عن الضرر الذى لحق المحكوم له من جراء دعوى خصمه ، أو منازعته فيما يدعيه ، لان اخفاق الخصم فى دعواه لا يعتبر فى حد ذاته دليلا على خطئه موجبا للمسئولية ، وانما يدفعها لان القانون يلزمه بتحملها تحقيقا لمقتضيات العدالة .

فالقانون اذا هو مصدر الالتزام بدفع هذه المصاريف ولهذا يتحملها المحكوم عليه ولو كان حسن النية فى منازعته أو لم يرتكب ما يستوجب الحكم عليه بتعويض ما (١) .

ويدخل تحت هذا الاصل كذلك ما تنص عليه المادة ٢٢ تجارى الخاصة بتضامن الشركاء فى شركة التضامن . والمواد ١١٧ ، ١١٩ ، ١٣٧ ، ١٣٩ تجارى الواردة بخصوص التضامن فى الالتزام الصرفى .

والمادة ٢٥٤ تجارى الخاصة بتضامن وكلاء الدائن (أى السنديك) فيما يتعلق باجراءات ادارتهم اذا تعددوا .

وكذلك المادة ١/٢٣ بحرى الخاصة بالتضامن بين الكفيل المعتمد ومن رسى عليه مزاد بيع السفينه فى الالتزام بدفع ثلثى الثمن فى ميعاد احد عشر يوما من يوم مرسى المزاد .

والحالات السابقة تعتبر مناخا ملائما يؤتى فيها التضامن السلبى ثمرته فقد وردت بصدد التزامات تقتضى ظروفها نوعا من التوثق الذى يكفله التضامن ، ولعل هذا هو ما حدا بالمشرع الى التدخل لتقرير فكرته ، وافتراض ان المتعاقدين ارادوا فعلا الالتزام وفق احكامه .

---

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا نفس المرجع والمكان السابقين .

ثانيا : اسباغ نوع من الحماية لدائن معين يحتاج اليها :

وقد يرمى المشرع من تقرير التضامن السلبى الى اسباغ نوع من الحماية لدائن معين يفتقر مركزه فى الالتزام اليها ، اما لان المدين قد تسبب بتصرفه غير المسموح به فى ايقاع الدائن فى اللبس بأن ظهر أمامه بمركز ائتمانى أكبر من طاقته بحيث يقدم الدائن على التعاقد معه اعتمادا على هذا المركز الموهوم ، أو لان الدائن قاصر مثلا :

مثال الحالة الاولى :

ما تنص عليه المادة ٣٠ تجارى عن مسئولية الشريك الموصى بالتضامن عن ديون الشركة اذا عمل عملا متعلقا بإدارتها ، وكان الدين ناتجا عن العمل الذى اجراه ، كما يجوز ان يسأل هذا الشريك على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة اعماله ، وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الاعمال .

وتنص المادة ٢٩ تجارى على تضامن الشريك الموصى مع الشركاء الاخرين فى شركة التوصية وجميع ديون وتعهدات الشركة ، اذا أدخل اسمه فى عنوان الشركة مخالفا بذلك نص المادة ٢٦ تجارى .

فقد استهدف المشرع من تقرير المسئولية التضامنية هنا اسباغ نوع من الحماية على الغير حتى لا يقع فى الخلط بين الشريك المتضامن والشريك الموصى ، فيتعامل مع الاخير معتقدا أنه متضامن ، ومعتمدا على مسئوليته المطلقة فى أمواله الخاصة ثم يفاجأ بأنه تعامل مع شريك مسئوليته محدودة بقدر حصته [1] .

---

(١) دكتور ثروت عبد الرحيم نفس المرجع السابق فقرة ٥٧٦ ص ٣٧٢
والدكتور محسن شفيق الوسيط جـ١ فقرة ٣٣٩ صـ ٣٠٦

وثال الحالة الثانية :

ما ذهب اليه القانون المدنى الفرنسى من تقرير التضامن بين أم القاصر وزوجها اذا تعينت وصية على ولدها القاصر ، حماية له ولا يجاد ضمان له من شخص بالغ (المواد ٣٩٥ ، ٣٩٦ مدنى فرنسى) ولاشبيه لهذا التضامن فى القانون المدنى المصرى (١) .

ثالثا : تقرير التضامن السلبى كنوع جزاء على ما وقع من الخطأ المشترك :

وقد يرمى المشرع من تقرير التضامن السلبى الى ايجاد نوع من الجزاء الملائم على ما وقع من الخطأ من أفراد اشتركوا فى وقوعه مما يسمى الخطأ فى هذه الحالة بالخطأ المشترك الذى تحبذ العدالة فيه ان يتحمل الكل بالتضامن مسئولية الضرر الناتج عن هذا العمل المشترك .

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٦٩ مدنى من المسئولية عن العمل الضار (٢) والمادة ٦٥١/١ ، ٢ مدنى - الخاصة بتضامن المقاول والمهندس المعمارى فى مسئوليتهم عما يحدث من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموا من منشآت ثابتة أخرى خلال عشر سنوات .

وكذلك ما تنص عليه المادة ٤٤ عقوبات مصرى ، الخاصة بتضامن المحكوم عليهم فى الغرامات النسبية التى حكم عليهم بها (٣)

ويدخل فى هذا النطاق ما تنص عليه المادة ٥٧ تجارى الخاصة بتضامن مديرى الشركة المساهمة فى المسئولية عن ديونها ، اذا وقع منهم تقصير فى واجبهم من اعلان عقد الشركة ونظامها والامر المرخص بايجادها (٤)

---

(١) دكتور عبد السلام ذهنى ، نفس المرجع السابق فقرة ٦٣٠ ص ٥٩٥

(٢) راجع فى ذلك رأى الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى طبعة ١٩٤٥ ص ٥٢٤

(٣) راجع فى هذا التكييف رسالة الدكتور سمير الجنزورى ، الغرامة الجنائية ص ٣٣٥ فقرة ١٩٨

(٤) السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ٢٨٤

ولعل الحكمة من تقرير التضامن بين المسئولين عن الخطأ المشترك ، كما يرى البعض ، استحالة تعيين نصيب كل من المسئولين فى المسئولية الناشئة عن الجريمة أو لعدم قابلية الخطأ فى حد ذاته للتجزئة (١) .

خلاصة :

وعلى ضوء ما سبق نخلص الى أن القانون فى تقريره للتضامن يرجع الى أصول أهمها التعبير عن غرض المتعاقدين ، أو من أجل تقرير نوع من الحماية لشخص معين يقتصر مركزه فى الالتزام الى وجودها أو جزاء لما وقع من الخطأ المشترك حيث يستحيل تعيين نصيب كل شريك فى المسئولية .

(١) دكتور عبد السلام ذهنى نفس المرجع السابق ص٥٩٦

الباب الثالث

آثار التضامن السلبي في الشريعة والقانون

• يترتب على قيام التضامن السلبى آثار خطيرة حيث تنشأ عنه أحكام تمثل الاطار العام الذى يحدد مسئولية المدينين المتعددين أمام الدائن من ناحية ، ومن ناحية أخرى تنظم العلاقة بين المدينين المتضامنين بعضهم ببعض ••

وهذه الآثار فى جملتها تقترب من تلك الأحكام التى تنشأ من الضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى ، حيث تنشأ عنه أحكام فى العلاقة بين الضامنين المتكافلين والدائن وكذلك العلاقة بين جماعة المدينين بعضهم مع بعض •

وسوف نسيط اللثام عن تلك الأحكام فى فصلين :

الفصل الأول :

العلاقة بين المدينين المتضامنين والدائن فى الشريعة والقانون •

الفصل الثانى :

علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم فى الشريعة والقانون •

الفصل الأول

العلاقة بين المدينين المتضامنين والدائن في الشريعة والقانون

تخضع العلاقة بين المدينين المتضامنين والدائن لثلاثة مبادئ أساسية تتمثل في وحدة محل الالتزام بمعنى أن محل الالتزام بالنسبة لجميع المدينين واحد ، فما يلتزم به كل مدين هو ما يلتزم به باقي المدينين (١) .

وتعدد الروابط بمعنى أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين فإذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الأخرى (٢) .

والنيابة التبادلية بمعنى أن كل مدين ينوب عن سائر المدينين فيما ينفعهم فقط بحيث يستفيد كل المدينين من العمل النافع الذي يقوم به أحدهم .

ونتناول دراسة كل مبدأ بنوع من التفصيل فنخصص له مبحثا على النحو الآتي :

المبحث الأول :

مبدأ وحدة الدين في الشريعة والقانون

المبحث الثاني :

مبدأ تعدد الروابط في الشريعة والقانون .

المبحث الثالث :

مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين .

فيما ينفعهم في الشريعة والقانون .

---

(١) دكتور محمد لبيب شنب دروس في أحكام الالتزام ص ٣٩٤ .

(٢) السنهوري الوسيط - ج٣ ص ٢٩٤ .

" المبحث الأول "

وحدة الدين بين المدينين المتضامنين في الشريعة والقانون

يقصد بوحدة الدين بين المدينين المتضامنين أن هناك موضوع واحد لالتزام المدينين المتضامنين جميعا وأن كلا منهم ملزم بالدين كله (١) .

وتنص المادة ٢٨٤ مدني على مايأتي : " اذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء احدهم بالدين يبرئ لذمة الباقيين " .

وتنص المادة ٢٨٥ على مايأتي : " ١ ـ يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامين بالدين مجتمعين او منفردين . ويراعى في ذلك مايلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين " .

٢ ـ ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ولا يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا " (٢) .

وعلى ضوء ذلك يترتب على وحدة الدين في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن عدة نتائج منها :

---

(١) دكتور اسماعيل غانم ـ أحكام الالتزام ص ٣١٨ .

(٢) تقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ١٠٨/ ١٦٢ ـ ١٦٤ ، ١٠٩ /١٦٥ ، ١١٢/ ١٦٨ وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني الليبي المادتين ٢٧١ ، ٢٧٢ وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٢١ ، ٣٢٢ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٣ ، ٢٥٠ ـ ٢٩ .

أولا : مطالبة أى مدين بكل الدين :

ان أهم النتائج التى يترتب على التضامن السلبى وتعليها وحدة الدين هو حق الدائن فى مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين م ١/٢٨٥ دون أن يستطيع أحدهم أن يدفع فى مواجهته بالدفع بالتقسيم كما هو الشأن فى الرجوع على الكفلاء غير المتضامنين م ٧٩٢/ ١ وللدائن اذا رجع على المدينين منفردين مطلق الحرية فى اختيار من يطالبه بأداء كل الدين ، فان لم يستوف منه حقه بالكامل بسبب اعساره كان له الرجوع بباقى الدين على غيره من المدينين (١) .

وليس لمن طالبه الدائن منفردا بدفع الدين ، أن يلزمه باختصام باقى المدينين ، وكل ماله أن يطلب تأجيل الدعوى لادخال باقى المدينين على أساس أن له الرجوع عليهم بما قد يسوء به للدائن زائدا عن نصيبه فى الدين حتى اذا ما حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته (٢) . ولا يجوز للدائن أن يماطل فى ذلك (٣) .

وقد نصت المادة ١١٧ من تقنين المرافعات على أن للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦ .

وتنص المادة ١١٩ من تقنين المرافعات على أنه يجب على المحكمة فى المواد المدنية اجابة الخصم الى طلب تأجيل الدعوى لادخال ضامن فيها ... " .
بل ان للمحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من المدين أن تأمر بادخال باقى المدينين المتضامنين فى الدعوى : فقد نصت المادة ١١٨ من تقنين المرافعات الجديد على أن " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة وتعين المحكمة ميعادا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بادخاله ومن يقوم من الخصوم بادخاله ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى " .

---

(١) الدكتور أنور سلطان أحكام الالتزام ص ٢٩٢ .

(٢) الدكتور اسماعيل غانم — أحكام الالتزام ص ٣١٨ ، ٣١٩ بند ١٦١ وقارن الدكتور أحمد حشمت ابو ستيت — أحكام الالتزام فقرة ٧٠٦ .

(٣) السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ١٠٣١ فقرة ١٨٤ .

كما تنص المادة ١٢٦ من تقنين المرافعات على أنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ، وللمحكمة أن تقضى فى طلب الضمان وفى الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الأصلية م ١٢٠ مرافعات .

مطالبة مدين بعد آخر :

وإذا اختار الدائن مدينا متضامنا ومطالبة بكل الدين ثم رأى بعد ذلك أن يوجه مطالبته لمدين آخر متضامن ظهر له فيما بعد أن مطالبته أكثر جدوى أو أيسر أو بدا له أى سبب آخر لهذه المطالبة الجديدة فإن المطالبة الأولى للمدين الأول لا تمنعه من مطالبة المدين الآخر فللدائن إذا أن يدخل المدين الآخر خصما فى الدعوى الأولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامنين فيه ، وله أن يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيها وحده بكل الدين (١) .

كما يستطيع الدائن إذا لم يتمكن إلا من الحصول على جزء من الدين من وراء مطالبته هذه أن يطالب أى مدين آخر بالباقى من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه ، ويتقرر نفس الحكم ولو كان المدين الآخر الذى يرجع عليه الدائن مفلسا فإن الدائن لا يدخل فى التفليسة إلا بالباقى من الدين بعد استنزال ما استوفاه من المدين الأول ، ثم إن ما تبقى له بعد الرجوع على التفليسة يرجع به على أى من المدينين الآخرين أو على سائرهم حتى لو حصل الصلح مع المفلس ، وكذلك يدخل فى التفليسة المدين المتضامن الذى وفى الدين بتدرماوفاه عن المفلس وذلك طبقا لما تنص عليه صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى .

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص ٣٠٣ فقرة ١٨٥ ، والدكتور انور سلطان نفس المرجع السابق ص ٢٩٢ فقرة ٢٨٧ .

مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين :

واذا كان للدائن أن يطالب أى مدين متضامن منفردا بكل الدين فمما لاشك فيه أن له أيضا أن يطالبهم جميعا بكل الدين فيوجه اليهم المطالبة مجتمعين وتقضى المادة ٢٨٥ مدنى كما رأينا فى هذا الصدد بجواز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين ، كما نستطيع أن نوجه المطالبة الى فريق منهم دون فريق [١] بطريقة تقترب مما أسماه بعض الباحثين فى الفقه الاسلامى بالتضامن المركب [٢] .

ويقرر العلامة السرخسى بأنه : "اذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلان عن اثنين بجميع المال ، فان للطالب أن يأخذ أى اثنين منهم شاء فيهما كفيلان بجميع المال [٣] وفى هذه الحالة للدائن أن يطالب أى فريق بجميع الدين حسب اختياره ، واذا اختار مطالبة واحد فقط من المدينين فانه يلزم أن يدفع فضلا عن نصيبه مايقع على عاتقه طبقا لقسمة الباقى على اعضاء فريقه [٤]

واذا اجتمع المدينون المتضامنون أو بعضهم فى الدعوى فان الحكم يصدر عليهم بالدين متضامنين فيه ، ويستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ على أى منهم بكل الدين ، ويكون لمن نفذ عليه حق الرجوع على الآخرين ، كما ترفع الدعوى كقاعدة عامة أمام أى محكمة تكون مختصة بالنسبة الى أى واحد منهم أيا كان طبقا لما تنص عليه المادة ٤٩ / ٣ من قانون المرافعات الجديد .

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص ٣٠٤ فقرة ١٨٦ .

(٢) الدكتور شفيق شحاته النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٣٧٥ .

(٣) المبسوط للسرخسى جـ٢٠ ص ٣٥ .

(٤) راجع فى ذلك المبسوط للسرخسى نفس المكان السابق حيث تقرر أن حصة الواحد طبقا لذلك ثلثمائة اصالة ونصف الباقى بطريق الكفالة وهو مائة وخمسون فيكون جملة مايطالب به مائتان وخمسون درهما " .

عدم انقسام الدين بين ورثة المدين المتضامن :

وطبقا للقاعدة الشرعية التي تقضي بأنه : " لاتركة الا بعد سداد الديون" تكون التركة هي المسئولة عن جميع الدين ، ولو لم يكن قابلا للانقسام ، وبذلك يكون الدين في التضامن السلبي بفضل القاعدة الشرعية غير منقسم على ورثة المدين (١) .

ثانيا : لأي مدين متضامن أن يوفي الدين كله للدائن :

تنص المادة ٢٨٤ مدني كما رأينا على أنه : " اذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين " فأي مدين اذا يستطيع أن يفي الدين كله للدائن ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء ، كما لايستطيع ان يفرض على المدين الا يوفيه الا بحصته في الدين اذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله ، كما لايستطيع المدين بالتضامن أن يجبر الدائن على قبول حصته هو وحده ، اذا أصر الدائن على أن يستوفي الدين كله .

واذا وفى المدين الدين كله من أي مدين متضامن كان لهذا المدين أن يعوض الدين عوضا حقيقيا وفقا للاجراءات المقررة ، ومتى تم هذا العوض برئت ذمة كل المدينين المتضامنين (٢) .

---

(١) كانت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي تنص على أنه يترتب على موت المدين المتضامن انقسام الدين بين ورثته مالم يكن غير قابل للانقسام ، ثم مالبثت المذكرة الايضاحية أن استدركت فقالت : " وهذا الحكم لايتبع في الشريعة الاسلامية اذ هي لاتبيح انتقال الدين من طريق الميراث وهذا ما دعا لجنة المراجعة الى حذف النص الذي كان يقضي بانقسام الدين على ورثة المدين - راجع في ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٣ ص ٦٦ .

(٢) السنهوري الوسيط جـ ٣ ص ٢٩٩

فانقضاء الدين بالوفاء بالنسبة الى سائر المدينين يقابل حق الدائن في استيفاء كل الدين من أحد المدينين ، وواجبه في قبول الوفاء من أي منهم ويترتب على وفاء أحد المدينين براءة ذمة الباقين بقدر ما استوفاه الدائن منه ، فاذا استوفى بعض حقه من أحدهم فلا يجوز له أن يطالب الباقية الا بما بقي من الدين (١) .

ويترتب على الوفاء براءة ذمة المدينين جميعا ، يلحق به في ذلك ما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة التي تقع بين أحد المدينين المتضامنين والدائن وكذلك تجديد الالتزام بما يعادل الوفاء ويترتب عليه براءة ذمة المدينين المتضامنين الباقين قبل الدائن على أن ذلك مشروط بأن لا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم بأن اشترط الدائن منهم التجديد أن يرتضي المدينون الآخرون الارتباط بالالتزام الجديد ، فاذا ابو ذلك ظل الالتزام القديم قائما لابراء ذمتهم منه ، وقد نصت على ذلك المادة ٢٨٦ مدني بقولها : "يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين ان تبرأ ذمة باقي المدينين الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم" (٢) .

وحدة محل الدين في الالتزام بالضمان التبادلي في الفقه الاسلامي :

يترتب على الأخذ بفكرة الضمان التبادلي طبقا لما ترجح لدينا أثر هام مفاده وحدة محل الدين بالنسبة لكل ضامن متضامن فيستطيع الطالب أن يأخذ اي واحد منهم بجميع الدين .

---

(١) دكتور انور سلطان نفس المرجع السابق ص ٢٩٢ فقرة ٢٨٨ .

(٢) دكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٢٠ فقرة ١٦٢ بهـ
والدكتور لبيب شنب نفس المرجع سابق ص ٣٩٤ فقرة ٣٤٧ .
وراجع في هذا المعنى الدكتور انور سلطان نفس المرجع السابق فقرة ٢٨٨ .

ويظهر هذا المبدأ واضحا من خلال كتابات الفقهاء في مختلف مذاهب الفقه الاسلامي بطريقة توكد وجوده ، يقول صاحب نهاية المحتاج : " وللمستحق مطالبة الضامن وضامنه والأصيل اجتماعا وانفرادا وتوزيعا ، اذ التحقيق ان الذمتين انما اشتغلتا بدين واحد " (١) .

ويقرر صاحب المغني أنه : " ان ضمن الضامن ضامن آخر صح لأنه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ، ويثبت الحق في ذمم ثلاثة ، أيهم قضاه برئت ذممهم كلها لأنه حق واحد فاذا قضى مره لم يجب اخرى (٢) ولأنه متعلق بذمة كل واحد منهما فكان له مطالبة كل واحد منهما (٣) .

ويقرر العلامة السرخسي : بأن للدائن ان يطالب أيهم شاء بجميع الدين (٤) وافتى بهذا قاضيخان حيث قرر أن للباقي أن يأخذ أيهما شاء بجميع الألف كالشريكين المتبادل بينهما (٥) .

كما يتقرر هذا الحكم بالنسبة للشريك في شركة المفاوضة حيث يقرر الفقهاء أن لاصحاب الديون أن يأخذوا أيا من المتفاوضين اذا تفرقوا بجميع الدين وقد سبق بيان ذلك ، ومن خلال ما سبق يظهر لنا لهذا المبدأ في الفقه الاسلامي شقان :

---

(١) نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤١٧ ومغني المحتاج جـ٢ ص ٢٨ حيث يقرر أن الدين الذي على الضامن هو الذي على الأصيل لا غيره والذمتان مسئولتان به كالرهينين بدين واحد " .

(٢) المغني لابن قدامه — جـ٥ ص ٨٤ وراجع كشاف القناع للبهوتي جـ٣ ص ٣٦٨ .

(٣) المجموع للنووي جـ ١٣ ص ٤٦٨ .

(٤) المبسوط للسرخسي جـ٢٠ ص ٣٤ .

(٥) قاضيخان جـ٣ ص ٦١ ، ٦٢ على هامش الفتاوى الهندية نفس المكان السابق . وراجع في ذلك فتح القدير جـ٥ ص ٤٠٣ ، والبابرتي على شرح فتح القدير نفس المكان السابق .

الأول : للدائن أن يطالب أى مدين بجميع الدين :

والدائن حر فى اختيار توجيه مطالبته لمطلوب دون آخر كما يجوز له أيضا مطالبة جميع المدينين فى وقت واحد وعلى التعاقب وإذا اختار أى مدين وطالبه فان هذا لا يمنع من رجوعه على بقية المدينين المتضامنين معه اذا تعذر عليه استيفاء حقه بأى سبب[1] واذا كان للدائن حق توجيه المطالبة بجميع الدين لأى مدين فليس هناك ما يمنع ان يختار تجزئة الدين على المدينين فى الضمان التبادلى فيلزم كل فرد بمقدار ما يخصه فقط وهذا ما يقرره العلامة السرخسى بقوله : " له أن يطالب أيهم بجميع الدين مع بقاء حقه فى المطالبة الأصلية وهو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث[2] ".

الثانى : ان الوفاء الحاصل من أحد المدينين فى الضمان التبادلى يبرئ الذمة الجميع:

فقيام أى واحد من المدينين فى الضمان التبادلى بوفاء الدين يترتب عليه براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين معه ، ولا تتحقق هذه البراءة ما لم توجد حقيقة الاستيفاء[3] .

ويقرر الكاسانى : ان الكفيل يبرأ بالأداء كما اذا أدى كما أن وفاء الكفيل يبرئ للأصيل[4] ويقول صاحب المجموع : "واذا ضمن عن الضامن ضامن ثم ضمنه عن الثانى ثالث ثم رابع عن الثالث صح ذلك فان قبض المضمون له الحق حقه من أحدهم برئ الجميع[5] ولو كان لرجل على رجلين الف دينار وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه ضمن له الدين أن يطالب بالألف من شاء منهما فان قبض من أحدهما الف برئا جميعا[6] ".

---

(١) راجع المدونة الكبرى للامام مالك ج١٣ ص١١١ وحاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٤٨ والكاسانى ج٦ ص١٠ وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص٢١٢ . والروض النضير ج٣ ص ٤١٠ ، ومنتهى الارادات ج٢ ص١١٨ .

(٢) راجع فى ذلك المبسوط للسرخسى ج١٩ ص١٦ والكاسانى بدائع الصنائع ج٦ ص١٠ .

(٣) حاشية ابن عابدين نفس المكان السابق .

(٤) الكاسانى بدائع الصنائع ج٦ ص ١٤ .

(٥) المجموع للنووى ج١٣ ص ٤٧١ .

(٦) نفس المرجع السابق ص١٣ ص ٤٧٤ .

ثالثا : لكل مدين متضامن أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى كما رأينا على ما يأتى : " ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا " .

فاذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء كان لهذا المدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا ، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر .

وأوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء كثيرة ومتنوعة ، فقد تكون الرابطة التى تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب فى الرضا كغلط أو تدليس أو اكراه أو بنقص فى أهلية المدين أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها ، أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذى قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن [1] .

والدفوع المشتركة بين المدينين جميعا والتى يستطيع أى مدين متضامن ان يحتج بها اذا طالبه الدائن وفقا للمادة ٢/٢٨٥ مدنى السابقة منها :

١ ـ اسباب البطلان التى تعم تعهدات المدينين جميعا :

وسواء فى ذلك البطلان المطلق لعدم استكمال العقد للشكل الواجب او لانعدام السبب أو لعدم مشروعيته [2] .

وتقترب وجهة نظر القانون من الشريعة فى هذه الحالة حين يثبت أن الضمان قد ورد على خمر أو خنزير أو ميتة أو قمار وما اشبه ذلك ـ فحينئذ لكل من المدينين المتضامنين ان يدفعوا بذلك ولا يصدق قولهم الا اذا

---

(١) السنهورى الوسيط ـ جـ ٣ ص ٣٠٧ .

(٢) دكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٢٠ فقرة ١٦٣ .

أقر به الطالب وحينئذ تبرأ منهم جميعا عن هذا الدين[1] وقد ورد في الفتاوى الخانية : " انه اذا حضر الطالب قبل أن يأخذ المال من الكفيل فأقر الطالب عند القاضي أن المال كان ثمن خمر وما أشبه ذلك يبرئ الأصيل والكفيل معا[2] "

كما يدخل في نطاق البطلان المطلق عدم استكمال المحل للروابط الواجبة وأسباب البطلان النسبي التي تحققت بالنسبة لكافة المدين كغلط أو اكراه شاب رضاءهم جميعا .

٢ — الأوصاف التي تلحق تعهدات المدينين جميعا :

فاذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف او مضافا الى أجل بالنسبة لكافة المدينين فمن البديهي انه لا يجوز للدائن مطالبة أي من المدينين قبل تحقق الشرط أو انتهاء الأجل .

٣ — أسباب الانقضاء العامة التي تقضي الدين في جملته :

وذلك كالوفاء والتجديد واستحالة التنفيذ لسبب أجنبي والتقادم المسقط ان تحقق بالنسبة للمدينين جميعا . ومن ذلك ايضا المقاصة التي تقع بين الدائن واحد المدينين المتضامنين ، اذا تمسك بها هذا المدين فهي تقضي الدين في جملته بحيث اذا عاد الدائن بعد ذلك يطالب أحد المدينين المتضامنين الآخرين كان لهذا أن يحتج بانقضاء الالتزام بالمقاصة[3] .

ولا يحتج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين كما اذا وقع تدليس او اكراه على غيره و وقع غيره في غلط فلا يحتج هو بذلك ، وكما اذا كان غيره ناقص الأهلية لا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين ، وكما اذا كان التزام غيره معلقا على شرط او مضافا الى أجل فلا يتمسك هو بهذا الدفع ، وكما اذا قام سبب للفسخ بغيره فلا يطالب هو بالفسخ وكما اذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره فلا يحتج هو بهذا السبب الا بقدر حصة هذا المدين على نحو ما سنعرف[4] .

---

(١) راجع في ذلك الفتاوى الهندية جـ٣ ص ٢٨٠ والمبسوط للسرخسي جـ٢٠ ص٨٥ .

(٢) فاضيخان جـ٣ ص٦٩ .

(٣) دكتور اسماعيل غانم — أحكام الالتزام ص٢٢ فقرة ١٦٣ والدكتور انور سلطان نفس المرجع السابق ص٢٩٢ فقرة ٢٨٩ .

(٤) راجع في هذا المعنى السنهوري الوسيط — جـ٣ ص٣٠٨

"المبحث الثانى"

مبدأ تعدد الروابط فى الالتزام التضامنى فى الشريعة والقانون

الأصل ان الدائن تربطه بالمدينين المتضامنين روابط متعددة ، ويترتب على هذا التعدد أنه يجوز أن تختلف بعض الروابط عن البعض الآخر من حيث الوصف والشرط والأجل مثلا وفى الفقه الاسلامى نجد أن روابط الدائن بالمطالبين فى الضمان التبادلى قد يحتورها وصف التعدد مما يؤثر على درجة المسئولية بين كل مدين والدائن وذلك كما فى الشرط والأجل والابراء والعيوب الخاصة بكل مدين على حدة ، كما قد ينقضى الالتزام بالابراء والمقاصة ، ويمتنع المطالبة بعض المدة فى الفقه الاسلامى (عدم سماع الدعوى) وغير ذلك من أسباب الانقضاء ، الذى قد يكون خاصا بمدين واحد أو أكثر دون بقية الملتزمين بأحكام الضمان التبادلى مما يؤدى فى النهاية الى وجود تباين واضح فى مراكزهم فى الالتزام ، ويظهر هذا الاختلاف عادة فيما يتعلق بأوصاف الالتزام وبالعيوب التى قد تشوب المصدر المنشىء له وأخيرا بأسباب انقضائه وسوف نتناول هذه المسائل بالدراسة مع ما مقارنتها باتجاه الفقه الاسلامى فى كل موضع ... وذلك على النحو الآتى :

المطلب الأول : تعدد أوصاف الالتزام فى الشريعة والقانون .

المطلب الثانى : عيوب الارادة ونقص الأهلية فى الالتزام التضامنى فى الشريعة والقانون .

المطلب الثالث : أسباب الانقضاء الخاصة فى الشريعة والقانون .

المطلب الأول

تعدد أوصاف الالتزام في الشريعة والقانون

يترتب على تعدد الروابط امكان اتصاف رابطة أحد المدينين المتضامنين بوصف يعدل من أثر الالتزام بالنسبة الى مدين بعينه [1] ولا يلحق الروابط التي يرتبط بها باقي المدينين المتضامنين وعلى ذلك يجوز أن تكون رابطة أحد المدينين مضافة الى أجل او معلقة على شرط في حين تكون روابط سائر المدينين منجزة ، وفي هذه الحالة لايجوز للدائن أن يطالب المدين الأول الا عند انقضاء الأجل او تحقق الشرط . ولكنه يستطيع أن يطالب سائر المدينين فورا بوفاء كل الدين دون أن يكون لهؤلاء المدينين المطالبة بخصم حصة المدين الذي لم يسبق الدين بعد مستحق الاداء بالنسبة له فالدفع بعدم انقضاء الأجل اوعدم تحقق الشرط دفع خاص بالمدين الأول فقط فلا يجوز لغيره أن يتمسك به في مواجهة الدائن [2] .

تعدد الروابط في الفقه الاسلامي - دراسة تأصيلية :

وفي الفقه الاسلامي قد يلحق رابطة كل مدين في الضمان التبادلي وصف يعدل من أثر الالتزام بالنسبة اليه وحده فيختلف نطاق مسئوليته أمام الدائن عن بقية زملائه المدينين معه في الرابطة ، ويظهر هذا المبدأ بصفة خاصة فيما يتعلق بالحلول والتأجيل حيث يقرر صاحب نهاية المحتاج : " أن التعدد في الضمان ليس في ذاته بل بحسب ذاتيهما ولهذا حل على احدهما دون الآخر ، ويتأجل في حق أحدهما [3] وقد يكون سبب حلول الدين المؤجل على أحدهما دون الآخر موته فاذا مات أحدهما او استرق فالدين مؤجل حل عليه لخراب ذمته دون الآخر فلا يحل عليه لارتفائه بالأجل [4]

---

(١) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٢١ .

(٢) دكتور لبيب شنب نفس المرجع السابق ٣٩٦ .

(٣) نهاية المحتاج - جـ٣ ص٤١٧ وراجع أيضا مغني المحتاج جـ٢ ص ٢٠٨

(٤) راجع : جواهر الاكليل للأبي الازهري جـ٢ صـ١١ ونهاية المحتاج نفس المكان السابق ومغني المحتاج نفس المكان السابق .

وقد ورد فى الفتاوى الهندية أنه : " اذا كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ان المال على أحدهما الى سنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز (١) .

الأصل الذى يحكم تعدد الروابط فى الفقه الاسلامى :

على أن مبدأ تعدد الروابط فى الفقه الاسلامى يحكمه أصل جوهرى وهو هو الوحدة الموضوعية لأصل الالتزام ، والتى تتمثل فى وحدة السبب الذى أنشأ الالتزام ومع الوحدة الزمنية التى نشأ فيها ، ذلك أن نوعيات المدينين فى الضمان التبادلى ليست واحدة فقد يكون أساس التزام بعضهم أصليا والتزام البعض الآخر تبعيا وفى الالتزام التبعى قد يكون بعض المدينين فى الضمان التبادلى اسبق فى التزامه من الآخر كما لو كفل شخص آخر وضمن الكفيل فان وضمن الثانى ثالث وهكذا .. فاذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشترى منه شيئا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فأداه أحدهما عن صاحبه لم يرجع حتى يزيد ما يؤديه أحدهما على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما فى النصف أصيل ، وفى النصف كفيل " (٢) .

ففى المثال السابق مركز التزام كل من المدينين متساو للوحدة فى أساس الالتزام الذى نشأ بينهما ووقته ، وقد يتساوى مركز كل منهم مع كون التزام الجميع تبعيا كما لو كفل عدة أشخاص دينا على رجل واتفقوا على أن كل واحد منهم ضامن للجميع ما فى ذمة الآخر . هنا التزام الجميع تبعى لأنه يضمن دينا أصليا على آخر

على أن مركز المدينين قد يختلف فى عقد الضمان التبادلى ، ويكون هذا الاختلاف ناشئا عن تغيير سبب الالتزام ، كما لو اجتمع أصيل وكفيل فى عقد الضمان التبادلى أو عن وقت نشوئه ، ويكون ذلك لو كان أساس الالتزام واحدا (تبعيا) فاذا كفل شخص آخر ثم كفله ثان ، ثم كفل الثانى ثالث وهكذا لاشك أن أساس التزامهم واحد . ولكن وقت المسئولية مختلف فى السبق الزمنى وهذا الاختلاف بدوره يؤثر على درجة المسئولية فى الضمان التبادلى .

---

(١) الفتاوى الهندية — جـ٣ ص ٢٨٣ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى — جـ٤ ص١٦٧ .

الآثار المترتبة على التأصيل السابق :

ويترتب على التأصل السابق أنه اذا تحققت الوحدة الموضوعية بشقيها ـ أى وحدة سبب ووقت نشوء الالتزام ـ فى الضمان التبادلى ـ يعد و مفصولا القول بأن ما يسرى على أحد المدينين فى هذه الحالة يسرى على الآخر ـ وذلك لاستواء مركزيهما ولأنه الاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم [1] فاذا أجل الدين على أحدهما تأجل فى حق الآخر ، واذا أبرأ أحدهما وجب القول بابراء الآخر ، الا أن الفقهاء قد اوقفوا الحكم على ما تفصح عنه ارادة الدائن فان قصد أن يبرئ مدينا دون آخر ، هنا لايبرأ الآخر الا اذا قرر الدائن ذلك ، ويتمثل فى هذه الحالة الأخيرة مبدأ تعدد الروابط بشكل واضح ، ومثاله ايضا ما لو أجل الدين على أحدهما دون الآخر ، فلا يتأجل على هذا الأخير فتختلف الروابط من حيث الحل والتأجيل .

ويرى آية الله الطباطبائى من فقهاء الشيعة أنه : " اذا أبرأ المضمون له واحدا منهما برئ دون الآخر الا اذا علم ارادته ابراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد [2] ".

اما اذا اختل مبدأ الوحدة الموضوعية لأصل الالتزام ، هنا يفرق الفقهاء من حيث المسئولية بين الأصيل والكفيل ، وفى الكفالة بين الاسبقية فى الالتزام فى هذه الحالات يسبغ الفقهاء صفة من التشديد على الأصيل فى الدين اذا اجتمع فى رابطة الضمان مع غيره ممن ليسوا باصلاء فى الالتزام بالدين واذا ضمن الكفيل ثم ابرئ الكفيل يبرأ الضامن الثانى ، واذا ابرئ الثانى لايبرأ الأول لأنه أصيل والثانى فرع له وترتيبا على ذلك يقرر الفقهاء أنه اذا أبرئ الأصيل من الدين أو أجل فان الابراء والأجل يترتب عليهما تلقائيا ان يمتدا الى الملتزمين معه بالضمان فيسرى عليهم ما يسرى عليه وليس العكس فاذا أبرئ الكفيل أو أجل دينه وترتب على ذلك ابراء الأصيل او تأجيل الدين عليه [3] وهنا يظهر مبدأ تعدد الروابط .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص١٦٨ ، وراجع فتح القدير جـ٥ ص٤٠٩ وابن عابدين جـ٤ ص٣٧٨ .

(٢) العروة الوثقى جـ٢ ص٣٢١ .

(٣) الهداية جـ٣ ص٩١ الطبعة الأخيرة ـ وفتح القدير جـ٥ ص٤١١

يقول بن قدامه ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان واكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه برئ كل واحد منهم بأداء احدهم وان ابرئ المضمون عنه برئ الجميع لأنهم فروع له ، وأن ابرئ أحد الضمان برئ وحده ولم يبرأ غيره لأنهم غير فروع له فلم يبرأ ببراءته كالمضمون عليه (١) .

ويقول صاحب مغنى المحتاج : " لو أبرأ المستحق الأصيل من الدين برئ الضامن منه لسقوطه ولاعكس ، أى لو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل لأنه اسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين كفك الرهن ، نعم يبرأ معه من بعده من الملتزمين لأنهم فرعه فيبرؤن ببراءته دون من قبله (٢) .

ويقول آية الله الطباطبائى : " أما فى الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة فإن ابرأ ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضا وان أبرأ ذمة الضامن فلا تبرأ ذمة المضمون عنه كذا قالوا (٣) ."

وسوف يترتب على هذا التأصيل نفر الآثار فيما يتعلق ببعض أسباب الانقضاء الخاصة كالابراء ، وهبة الدين ، وعلى نحو ما سنرى فى المطلب الثالث من هذا الفصل .

---

(١) المغنى لابن قدامه — جـ٥ ص ٨٦ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٨ وراجع فى نفس هذا المعنى نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٤١٨ وتبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص ١٦٨ حيث يقرر أن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فيبقى المال كله عليه " .

(٣) العروة الوثقى — جـ٢ ص ٣٢١ وراجع حاشية الشلبى على التبيين جـ٤ ص ١٥٦

المطلب الثانـــى

عيوب الارادة ونقص الأهليـة فى الشريعـة والقانـــون

قد يكون الالتزام التضامنى ناشئا عن عقد تعدد الطرف المدين فيه فشمل عدة أشخاص ومن المتصور أن يكون أحد هؤلاء الأشخاص ناقص الأهلية فى حين يكون الباقون بالغين راشدين ومن المتصور كذلك أن يشوب ارادة أحد المدينيـــن أو بعضهم عيب كالغلط والتدليس والاكراه فى حين تسلم ارادة الباقين مـــن العيوب .

وفى مثل هذه الحالة اذا طالب الدائن المدين ناقص الأهلية او الذى شاب ارادته عيب كان لهذا المدين ان يتمسك فى مواجهة الدائن بنقص أهليته ، أو بالعيب الذى لحق ارادته توصلا لابطال العقد والتحلل من الالتزام .

أما المدينون الآخرون فلا يجوز لأى منهم اذا طالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بنقص أهلية المدين الأول او تعيب ارادته بل يتعين على من يطالب الدائن منهم ان يفى بالدين كاملا دون أن يستنزل منه حصة المدين الذى شابت رابطته (١) فالتمسك بنقص الأهلية او عيب الارادة يعتبر من أوجه الدفع الخاصة التـــى لا يجوز ان يحتج بها الا المدين الذى تعاقد وهو ناقص الأهلية او تحت تأثير الغلط أو التدليس أو الاكراه (٢) .

---

(١) دكتور لبيب شنب نفس المرجع السابق ص ٣٩٦ والدكتور اسماعيل غانم أحكـــام الالتزام ص ٣٢٢ ، وانظر فى هذا حكم محكمة النقض فى ١٦ / ٣ / ١٩٦١ حيث تقرر أنه : " اذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيـــوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخريـــن سليمة فان عيوبا رابطة منها لا تتعداها الى رابطة أخرى ، واذا زال الالتـــزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فان زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزما قبل الدائن بالديـــن بأسره ، ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحدة الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لا يستنزل ما دام العيب قاصرا على رابطة دون غيرهـــا " مجموعة النقض سنة ١٢ ع ١ ص ٢٣٤ رقم ٣١ .

(٢) دكتور لبيب شنب نفس المرجع السابق ص ٣٩٧ .

وطالما ان العيب أو الوصف خاص برابطة أحد المدينين فان الدفع المبنى عليه يكون دفعا خاصا بهذا المدين وحده ، لايجوز لغيره من المدينين ان يحتج به فاذا كانت رابطة أحد المدينين معيبة بسبب نقص أهليته أو عيب شاب رضاه كان له أن يطلب ابطال العقد بالنسبة اليه ولايجوز ذلك بالنسبة للمدينين الآخرين فيظل العقد صحيحا بالنسبة لهم ، ويبقى للدائن أن يطالب أيا منهم بالدين كله (١) .

وقد نصت على ذلك المادة ٢٨٥ / ٢ مدنى بأنه " لايجوز للمدين الذى يحتج قبله الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا " .

عيوب الارادة ونقص الأهلية فى الفقه الاسلامى :

عقد الضمان من العقود التى تستلزم توافر الأهلية الكاملة بالبلوغ عن عقل وذلك لأنه من العقود الضارة ضررا محضا ، لهذا وبالاحالة على النظرية العامة للعقد فى الفقه الاسلامى نجد أن رأى الفقهاء متفق بما يكاد يصل الى حد الاجماع على عدم صحة هذا التصرف من الصغير (٢) .

يقول الرافعى : " لابد من يصح ضمانه بأن يكون صحيح العبارة أهلا للتبرع اما صحة العبارة فيخرج عنه الصغير والمجنون والمغمى عليه الذى يهذى فلايصح ضمانهم كسائر التصرفات ، ولو ضمن انسان ثم قال كنت مجنونا وقد عرف له جنون سابق واقام عليه بينة والا فالقول قوله مع يمينه (٣) .

---

(١) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٢٢ والدكتور أنور سلطان احكام الالتزام جـ ٢ ص فقرة ٢٩٢ .

(٢) راجع فى هذا المعنى رسالة الدكتور شوكت الحدوى النظرية العامة للعقد فى الشريعة الاسلامية . ص ٥٥

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

وان قال الضامن ضمنت وأنا مجنون وقال المضمون له بل ضمنت وأنت عاقل فان أقام المضمون له بينه فان لم يعرف للضامن حال جنون فالقول قول المضمون له مع يمينه لأن الأصل صحة الضامن ، وان عرف له حال جنون فالقول قول الضامن مع يمينه لأنه يحتمل انه ضمنه في حال الجنون ويحتمل أنه ضمن في حال الاقامة والأصل براءة ذمته [1] ويقصد بأهلية التبرع التحرز عن المحجور عليه للسفه فهو وان كان تصح عبارته عند أذن وليه فضمانه مردود من قبل أنه تبرع وتبرعات المحجور مردودة ولا يصح من الولي الاذن فيها [2] .

وقد ورد في الفتح بأن شرط الضامن كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من الثلث . [3] .

وشرط الضامن عند الشافعية كونه بالغا عاقلا مختارا غير محجور عليه لسفه [4] .

وعلى ذلك فان امثال هؤلاء السابقين اذا دخلوا في رابطة من روابط الضمان التبادلي يكون تصرفهم غير صحيح ويجوز لهم أن يدفعوا بعدم صحة هذه التصرفات ، كما يجوز أن يدفع ورثة المريض الذي ضمن بما يزيد عن ثلث التركة وذلك لتعلق حقهم بهذه الزيادة .

---

(١) المجموع جـ١٣ ص٥٠٣ .

(٢) فتح العزيز فتح الوجد نفس المكان السابق .

(٣) فتح القدير جـ٥ ص٣٨٩ وراجع الاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص ٢٣٢ وراجع مغني المحتاج حيث يقول : " وشرط الضامن الرشد ويلحق به المكره والمكاتب اذا ضمن بغير اذن سيده والأخرى الذي لا تفهم عبارته ، ولو عبر بأهلية التبرع والاختيار لسلم من ذلك ، معنى المحتاج جـ٢ ص ١٩٨ ، ١٩٩ .

(٤) العروة الوثقى جـ٢ ص٣١٨ .

المطلب الثالث

أسباب الانقضاء الخاصة في الشريعة والقانون

قد تنقضي رابطة أحد المدينين المتضامنين لسبب لا يقوم الا بالنسبة اليه فتظل رابطة غيره من المدينين قائمة ولا يجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء الا بقدر حصة زميلهم ، وقد أورد المشرع عدة نصوص تطبيقا لهذه القاعدة[1] .

ونستعرض مع التقنين المدني الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب ثم نقوم بمقارنته مع الفقه الاسلامي لبيان مدى أوجه الاختلاف والتقارب بينهما .

وأسباب الانقضاء التي عرضها التقنين الجديد هي التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم ، وهناك حالات أخرى سوف نعرضها في ختام هذا المطلب وسوف نخصص لكل واحد من تلك الأسباب فرعا .

الفرع الأول

تجديد الدين في الشريعة والقانون

تنص المادة ٢٨٦ من التقنين المدني على ما يأتي : " يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين ان تبرأ ذمة باقي المدينين الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم "[2] .

---

(١) د . اسماعيل غانم أحكام الالتزام ٣٢٣ .

(٢) ورد هذا النص في المادة ٤١٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ويقابل في التقنين المدني السابق المادة ١٩٠/١٥٤ ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، التقنين المدني السوري م ٢٨٦ (وهي مطابقة) والتقنين المدني الليبي مادة ٢٧٣ (وهي مطابقة) والتقنين المدني العراقي مادة ٣٢٣ (وهي مطابقة) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١ ونصها ما يأتي : ان تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين الا اذا رضي هؤلاء بالتزام الموجب الجديد اما اذا اشترط الدائن قبول المديونية وامتنع هؤلاء فالموجب السابق لا يسقط " .

معنى التجديد في فقه القانون :

وتجديد الدين هو استبدال دين بدين يختلف عنه في محله أو في مصدره أو في أحد طرفيه (الدائن والمدين) ويؤدي التجديد الى انقضاء الدين القديم ونشوء التزام جديد يحل محله [1] والتجديد يفترض أن الدائن قد اتفق مع أحد المدينين المتضامنين على هذا التجديد الذي يترتب عليه أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وان ينشأ مكانه التزام جديد م ٣٥٦/١ مدني . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدني على مايأتي : "ولا تنتقل الى الالتزام الجديد " التأمينات التي كانت تنتقل الالتزام الأصلي الا بنص في القانون او الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك" .

ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه: " لاينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن الا اذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون "

ويظهر من هذه النصوص ان التجديد يقضي الدين القديم على وجه قاطع ويقيم مكانه دينا جديدا يختلف في صفاته وفي توابعه وفي تأميناته عن الدين القديم ومن أهم تأمينات الدين القديم التضامن الذي ينقضي بانقضاء الدين القديم بل ان الأمر لايقتصر على هذا بل ينقضي الالتزام التضامني ذاته بالتجديد فتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا لا ذمة المدين الذي أجرى التجديد مع الدائن فحسب بل أيضا تبرأ ذمة باقي المدينين المتضامنين . [2] .

---

(١) دكتور عبد المنعم البدراوي — أحكام الالتزام ص٢٧٤ طبعة ٧٥ .

(٢) السنهوري الوسيط ج٣ ص ٣١١ .

واذا أراد الدائن أن ينتقل التضامن الى الدين الجديد فعليه أن يحصل على موافقة باقي المدينين المتضامنين على أن يلزموا متضامنين بهذا الدين فاذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتمام التجديد موافقتهم فان التجديد لا ينعقد وتظل الالتزام التضامني القديم قائما .

واذا كان الدائن قد أجرى التجديد دون قيد أو شرط فقد يكون المشرع افتراضا معقولا ان نية الدائن قد انصرفت الى ابراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامني القديم على أن هذا الافتراض قابل للنقض فيجوز للدائن وقت اجراء التجديد ان يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد ان يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين بل يقصد ان يبرئ ذمة المدين الذي اجرى معه التجديد هو وحده من الدين القديم فيكون الدائن بذلك قد احتفظ بحقه قبلهم (١) .

تجديد الدين في الفقه الاسلامي :

وتجديد الدين عبارة عن تراضي المتعاقدين على استبدال العقد المترتب عليه الالتزام بالدين بعقد آخر يترتب عليه الالتزام بالدين من جديد وبذلك يسقط الدين الأول ويتجدد بدله بالعقد الثاني : والتجديد بهذا المعنى يعني استبدال الدين في أحد عناصره بعنصر آخر (٢) .

ويثبت على ذلك أنه لو كان الدين الأول مشمولا بالتوثق كالكفالة والضمان التبادلي فانها تبطل بتجديد الدين ويبرأ الملتزم بالتوثق ولا يطالب بما وجب بالعقد الجديد الا اذا التزم به ثانيا (٣) .

---

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) محمد سلام مدكور المدخل للفقه الاسلامي ص ٧٠٥ .

(٣) احمد ابو الفتح — المعاملات في الشريعة الاسلامية — جـ١ ص ٤٣٥ .

ويكون التجديد بتراضي المتعاقدين على ما ذكر وبتغيير السبب الأصلي بسبب آخر كأن يكون في الأصل ثمن مبيع معين ثم يفسخ العقد ويجعل ثمن مبيع آخر أو اجره شيء من أموال المدين أو نحو ذلك ، كما قد يتمثل في تغيير الدائن أو المدين أو محل الالتزام وتحدد الارادة نطاق الالتزام في كل حالة .

فقد يقوم المدين في الضمان التبادلي بنقل دين على شخص ثالث وهذا التصرف يبرئه من الدين ويبرأ معه المدينون الآخرون ، وقد ورد في الفتاوى الهندية : "أن الكفيل اذا احال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه برئ الكفيل والمكفول عنه (١) .

كما أن حوالة الدين الصادرة من المطلوب اذا قبلها الدائن فانها تبرئ الأصيل والكفيل (٢) ويظهر مما سبق أن تجديد الدين نوع من التصرفات مبني على الايجاب والقبول ويترتب عليه انقضاء دين وتحديد بدله ، وأن للدائن في هذا التصرف مكنات يستطيع من خلالها أن يبرئ البعض دون البعض كما يمكنه أن يبرئ الجميع .

الفرع الثاني

المقاصة في الشريعة والقانون

تنص المادة ٢٨٧ من التقنين المدني على ما يأتي : "لا يجوز للمدين المتضامن ان يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين" .

---

(١) الفتاوى الهندية — ج٣ ص٢٦٤ .

(٢) الكاساني بدائع الصنائع — ج٦ ص١٢ .

وهذا النص يفترض أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين في الالتزام التضامني نفترض لتصور ذلك ان هذا الالتزام مقداره ثلثمائة ، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة حصصهم في الدين متساوية وظهر للأول منهم على الدائن ثلثمائة سواء كان هذا الدين لاحقا للالتزام التضامني أو سابقا عليه فوقعت المقاصة بينه وبين الدائن .

فاذا رجع الدائن على المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصا فيعتبر الدين منقضيا لا بالنسبة الى هذا المدين وحده بل بالنسبة اليه والى المدينين الآخرين مادام الدائن قد طالب المدين الأول ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكيه في الدين كل منهما بمائة لانه يكون في حكم من وفى الدين وقد وفاه فعلا بطريق المقاصة فله حق الرجوع[1] .

اما اذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين فليس للمدين أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع المدين الأول الا بقدر حصة هذا المدين أي بمقدار مائة من ثلثمائة وعليه ان يوفي الدائن مائتين ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين .

ولا يرجع على المدين الأول بشيء لأنه لم يدفع شيئا لحسابه فيكون المدين الثاني في نهاية الأمر قد تحمل حصته في الدين وهي مائة وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة حصته في الدين برجوع المدين الثاني عليه كما قدمنا ويبقى المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة فهذا قد استنزل الدائن حصته في الدين وهي مائة عندما رجع على المدين الثاني فينتهي الدائن مع المدين الأول الى الوضع الآتي :

---

(١) السنهوري الوسيط - ج٣ ص ٣١٥ والدكتور أنور سلطان أحكام الالتزام ص ٢٩٥ .

عليه لهذا الدين ثلثمائة وله مائة هي التي استنزلها من الالتزام التضامني فتقع المقاصة بمقدار المائة ، ويبقى للمدين الأول على الدائن مائتان فيستوفي المدين الأول المائتين من الدائن بعد ان تزل له عن مائة هي حصته في الدين الذي تضامن فيه مع شريكه (١) .

انقضاء الدين بالمقاصة في الفقه الاسلامي :

تعريف المقاصة لغة : المقاصة في اللغة العربية ثلاثة معان لغوية أصلية هي القطع ، وتتبع الأثر والمساواة والمماثلة (٢) ومن هذا المعنى الأخير القصاص والمقاصة فالقصاص : مقاصة ولي المقتول القاتل ، والمجروح الجارح وهي مساواته اياه في قتل أو جرح ثم هم في كل مساواة تقاسموا اذا قاص كل منهم صاحبه في الحساب فحبس عنه مثل ما كان عليه ، وقد نقل مثل هذا عن الأساس ، والصحاح والقاموس (٣) .

(١) هذا الاتجاه يخالف ماذهب اليه القانون الفرنسي فقد نصت المادة ١٢٩٤ مدني فرنسي بانه لا يجوز للمدين المتضامن ان يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع مدين متضامن آخر حتى ولو بقدر حصة هذا المدين " .

والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يعللونه بكراهية المشرع لأن يتدخل المدين في شئون مدين آخر تدخلا يصل الى حد تمكين من الدفع بمقاصة وقعت بين هذا المدين الآخر والدائن وفي هذا المعنى

يراجع الوسيط للسنهوري — ج٣ ص ٣١٦ هامش(١) والدكتور أنور سلطان احكام الالتزام ص ٢٩٦ هامش(١) حيث يقرر أن هذا النص منتقد من شراح القانون الفرنسي الذين يأخذون بعكس ما جاء به وراجع الدكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٢٤ هامش(١) حيث يقرر ان الدفع بالمقاصة دفع شخصي وذلك وفقا للاتجاه الفرنسي ، ولا يجوز أن يتمسك به سوى المدين الذي وقعت المقاصة بينه وبين الدائن " والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام طبعة ١٩٤٥ فقرة ٧٠٧ وراجع الدكتور عبد السلام ذهني الالتزامات النظرية العامة فقرة ٦٤٢ والدكتور عبد المنعم البدراوي النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٢) لسان العرب — ج٨ ص ٣٤١ — ٣٤٤ والمصباح المنير ج٢ ص ٨٧٨ .

(٣) راجع : المقاصة في الفقه الاسلامي بحث تعاون لمحمد سلام مدكور الطبعة الأولى ١٩٥٦ ص ٨ .

تعريف المقاصة شرعاً :

لم يعن اكثر الفقهاء بايراد تعريف للمقاصة مكتفين بذكر شروطها واحكامها ، واذا احتاج الأمر عرفوها بالمعنى العام لها ، وعلى ضوء ذلك يرى السرخسي انها المساواه والمماثلة (١) .

وقد عرفها بعض الفقهاء بتعريفات متعددة منها ما نقله أحد الباحثين عن المالكية . كما جاء في حاشية مجموع الأمير من أن المقاصة هي اسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك . ومنها أن المقاصة : جعل ما لك فيما عليك اذا تساوى الدينان او في بعض عند وجوه ان تراضيا عليه (٢) .

فالمقاصة هي اسقاط ما للدائن من دين على الغريم في نظير مال عليه ويقال أنها اسقاط بعوض وبالتالي تكون نوع من الوفاء (٣) .

مصدر المقاصة في الفقه الاسلامي :

اختلف الفقهاء على الدليل الشرعي الذي يدل على المقاصة :

فالشافعية والحنابلة قد اعتمدوا على مجرد المعنى في اقوالهم ، وقد جاء في فتح العزيز شرح الوجيز : " أن التقاص يحصل بنفسه ثبوت الدينين ولا حاجة الى الرضا لان مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عبث ولا فائدة فيه ويقول لو كان على الوارث دين فمات سقط ولا يؤمر بتسليمه

---

(١) المبسوط جـ ٢٠ ص ١٦٨ .
(٢) محمد سلام مدكور نفس المرجع السابق ٨ ، ٩ .
(٣) أحمد ابو الفتح المعاملات في الشريعة الاسلامية جـ ١ ص ١٣٠ .

وهذا بيان للقول بالمقاصة الجبرية ، وقد ورد في المقاصة الدليل بيانه اذا رضي أحدهما بالمقاصة حصلت وسقط الدينان لأن من عليه الدين يؤدية من حيث شاء ، واذا رضي أحدهما فقد أدى ما عليه بماله في ذمة الآخر(١) .

أما فقهاء الحنفية : فقد اعتمدوا في ذلك على الأثر وعلى المعنى :

أولا : الأثـــر :

ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : اني أبيع الأبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ بالدنانير فقال : لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء ، وقد نقل عن صاحب المنتقى ان هذا الحديث رواه الخمسة وفي لفظ بعضهم "أبيع بالدنانير وآخذ مكانها الورق ، وأبيع بالورق وآخذ مكانها الدنانير" .

قال البابرتي في العناية : أن هذا الأثر يدل على المقاصة بل يدل على جواز المقاصة فيما كان يقضي القياس بعدم جوازها فيه لعدم التجانس وهي المقاصة بين العين والدين(٢) .

ثانيا : أما المعنى فهو ما قرروه من أن المقاصة هي الطريقة الوحيدة التي يمكن قضاء الديون بها ولا يمكن ان تقضى بسواها .

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي — جـ ١٨ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ وراجع في نفس المعنى كشاف القناع للبهوتي جـ ٣ ص ٣١٠ طبعة الرياض ومنتهى الارادات جـ ٢ ص ٨٦ .

(٢) البابرتي على شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ .

ويقول الكاساني وهو بصدد الاستدلال على جواز التصرف في الاثمان قبل قبضها ان قبض الدين بقبض العين لأن قبض نفس الدين لا يتصور لأنه عبارة عن مال حكمي في الذمة أو عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور فيه قبض حقيقي . فكان قبضه بقبض بدله وهو قبض العين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية فيلتقيان قصاصا . وهذا هو طريق قبض الديون (١) .

فقضاء الدين طريقه المقاصة بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا ، لأنه يقبض لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المضمون مثله أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا .

وعلى هذا فان فقهاء الحنفية يرون ان المقاصة هي الطريق الوحيد لقضاء الديون ولا تقضى الا بها فالقول بها متعين لأنها ضرورة من ضرورات التعامل .

أنواع المقاصة في الفقه الاسلامي :

والمقاصة قد تكون جبرية تقع بنفسها دون طلب من أحد كما لو ثبت لشخص على غريمه مثل ماله عليه من الدين جنسا وصفة وحلولا فيتساقط الدينان ان كانا متساويين في المقدار وان لم يتساويا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة (٢) .

وقد ورد في الفتاوى الهندية : قال الفقيه أبو الليث رحمة الله تعالى في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لأنه قد وجد منه القبض (٣) .

---

(١) البدائع — جـ ٥ ص ٢٣٤ .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٢٠ .

(٣) الفتاوى الهندية — جـ ٣ ص ٢٣٠ .

ورد فى الخانية : " الوكيل بالبيع اذا كان عليه للمشترى دين يصير الثمن قصاصا "(١)

ويشترط لهذه المقاصة عند الفقهاء شروط منها :

١ — تلاقى الحقين فى حيّز واحد ، أى اجتماع الدينين لشخص باعتبارين بأن يكون شخص مثلا مدينا لآخر بدين ولثالث على الدائن دين مماثل فاحال الدائن الأول دائن على مدينه فان المقاصة تقع جبرا مادامت باقى الشروط مستوفاه .

٢ — تماثل الدينين جنسا ونوعا وسائر الأوصاف التى يعتد بها فى باب المقاصة والتى يكون لاختلافها اختلاف فى القيمة والانتفاع(٢) .

٣ — انتفاء الضرر فاذا ترتب على وقوعها ضرر لاحد الطرفين أو لغيرهما لم تقع المقاصة فالمرأة التى عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به مع عسرتها لأن قضاء الدين انما يكون مما فضل عن النفقة(٣) .

٤ — ألا يترتب عليها محظور دينى(٤) .

وقد تكون المقاصة اتفاقية وهذه لاتقع الا برضاء الطرفين واتفاقهما على أن يسقط كل من الدينين مقابل الأخر — فاذا حدث الدين بعد التصرف ولم يتقاصا لم تقع المقاصة (٥) ولو كان لرجل على آخر ألف درهم فاشترى منه مائة دينار بالف درهم ثم تقاصا بها عليه قبل أن يتفرقا جاز(٦) .

---

(١) فاسيخان جـ٣ ص ٢٢ وراجع الأم للامام الشافعى جـ٧ ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٩ .

(٢) كشاف القناع جـ٣ ص ٣١٠ ، ٣٨٥ .

(٣) نفس المرجع السابق ص ٣١٠ .

(٤) راجع فى تفصيل هذه الشروط محمد سلام مدكور المقاصة فى الفقه الاسلامى بحث مقارن ص ٣٠ ومابعدها الطبعة / ١ سنة ١٩٥٦ مطبعة الفجالة الجديدة ، وراجع له المدخل للفقه الاسلامى ص ٧١٠ .

(٥) الفتاوى الهندية جـ٣ ص ٢٣٠ والكاسانى جـ٦ ص ٦٧ .

(٦) الفتاوى الهندية نفس المكان السابق والمبسوط للسرخسى — جـ٢١ ص ٤٣

وقد تكون المقاصة جبرية طلبية حين يطلبها أحد المتداينين وأبا هما الآخر فهي جبرية بالنسبة لمن لم يطلبها وطلبية بالنسبة لمن طلبها .

أثر المقاصة على انقضاء الدين في الضمان التبادلي :

يترتب على وقوع المقاصة سقوط أصل الدين أو المطالبة به على خلاف الفقهاء في ذلك ، وهذا الاسقاط يقع جبرا لا في المقاصة الجبرية أو الجبرية الطلبية فحسب بل حتى في المقاصة التي لا تكون الا عن قرض فالمقاصة بجميع أنواعها اسقاط وهو اسقاط يمتاز عن سائر الاسقاطات انه جهتي وفيه معنى الوفاء ، والاسقاط هنا ليس اسقاطا محضا وانما هو اسقاط بعوض هو اسقاط الآخر حقه كما في الطلاق على الابراء . فكل من الطلاق والابراء اسقاط وكل منهما في مقابله الآخر ولهذا صح لنا ان نقول أن المقاصة من الاسقاطات التي فيها معنى الوفاء لما فيها من معنى المعاوضة (١) .

وانا طبقنا هذا الأثر على المدينين في الضمان التبادلي يمكن القول أنه اذا وقعت المقاصة بين الدائن والمدين الأصلي فان ذلك يترتب عليه براءة الكفلاء الضامنين وكذلك الأمر بالنسبة للكفيل فان وقوع المقاصة بينه وبين الدائن يترتب عليه براءة الأصيل لأن اداءه اداء عنه ولا فرق بينهما الآن للكفيل مكنة الرجوع على الأصيل بما وقعت به المقاصة ، الا اذا كان هو الآخر مدينا للأصيل فتقع المقاصة بينهما " وقد ذكر الكاساني : " أن لأسباب رجوع الكفيل على الأصيل شروطا منها : أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله فاذا كان فلا يرجع لأنه اذا أدى الدين فقد التقى الدينان قصاصا اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضا فلا يفيد فيسقطان جميعا " (٢) .

---

(١) محمد سلام مدكور — المقاصة في الفقه الاسلامي ص ١٤٧م .

(٢) البدائع — ج٦ ص١٣

الفرع الثالث

اتحاد الذمة في الشريعة والقانون

تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

" اذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فان الدين لا ينقضي بالنسبة الى باقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن " (١) .

فقد تتحد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ونستعرض في ذلك صورتين :

الصورة الأولى : أن يموت الدائن فيرثه هذا المدين ونفرض أن الدين ثلثمائة وأن المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية ، كما في المثال السابق ، وان المدين الذي ورث الدائن هو الوارث الوحيد فتكون الذمتان قد اتحدتا في شخص المدين ، وانقضى الدين باتحاد الذمة فاذا اعتبر المدين نفسه قد وفى الالتزام التضامني عن نفسه ، وعن المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الذمة كان له أن يرجع على شريكيه كل بمقدار حصته ، فيرجع بمائة على كل واحد منهما ، واذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائنا مكانه في الالتزام التضامني ، وهذا هو افضل الاعتبارين بالنسبة اليه ، كان له ان يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو منه فيستوفي من أي منهما مائتين ورجع المدين الذي وفى المائتين على شريكه بحصته في الدين وهي مائة وهذا ما يقضي به نص المادة ٢٨٨ سالفة الذكر (٢) .

---

(١) ورد هذا النص في المادة ٤١٢ من المشروع التمهيدي ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٣ ، ١٦٩ والمادة ٢٠٣/٢٦٧ .
كما يقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٨ (مطابقة) وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٥ (مطابقة) وفي التقنين المدني العراقي م ٣٢٥ (مطابقة) وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥ ونصها " ان اجتماع صفتي الدائن والمديون في شخص الدائن أو في شخص احد المديونين لا يسقط الموجب الا فيما يختص بحصة هذا المديون وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدني المصري راجع في ذلك الوسيط للسنهوري ج ٣ ص ٣١٧ هامش (١) .

(٢) السنهوري الوسيط ج ٣ ص ٣١٧ ، ٣١٨ .

الصورة الثانية :

أن يموت المدين فيرثه الدائن ، ولو كان الوارث ينتقل اليه دين مورثه لا تحد الذمتان ولكنهما تتحدان هنا في شخص الدائن وبقدر حصته هذا الدين في الدين ويبقى للدائن بعد ذلك ان يطالب أيا من المدينين المتضامنين الباقين بمائتين ويكون بذلك قد استنزل حصة المدين الذى ورثه وهى مائة ، ونصل الى نفس النتيجة عمليا لو طبقنا أحكام الشريعة الاسلامية ، حيث لا ينتقل الى الوارث دين مورثه وذلك أن الدائن في هذه الحالة ولو لم ينقض الدين باتحاد الذمة وبقيت التركة مسئولة عنه لا يستطيع أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين باكثر من مائتين ولو طالبه بكل الدين وهو ثلثمائة لجاز للمدين أن يطلب استنزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن (١) .

اتحاد الذمة في الفقه الاسلامى واثره على انقضاء الدين في الضمان التبادلى :

ويتحقق اتحاد الذمة حين تجتمع صفة الدائنية والمديونية في شخص واحد بأن يموت الطالب والمطلوب وارثه أو يموت المطلوب والطالب وارثه فينشأ من ذلك اتحاد الذمتين .

ويأتى اتحاد الذمة في الضمان التبادلى حين يموت الدائن والضامن وارثه حينئذ يبرأ الضامن بمقدار ما ورث من دائنه ولو كان الوارث الأصيل في الالتزام بالضمان التبادلى فانه يترتب على براءته براءة الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ويقول الكاسانى ولو مات الطالب فورثه الأصيل يبرأ الكفيل لأن الارث من أسباب الملك فتملكه الأصيل وما تملكه برئ منه الكفيل كما اذا أدى (٢) . وكذلك لو مات

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص ٣١٨ والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٧ ص ٥٢٧ وراجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٧٢ . وقارن الدكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٢٤ هامش (٢) حيث يرى : " ان انتقال الدين الى الوارث وهذا لا يعنى في كافة الأحوال وجوبا استنزال حصة المدين المتوفى بأكملها عند رجوع الدائن الوارث على المدينين الآخرين فذلك لا يكون الا اذا كانت التركة موسرة ذلك أن الوارث لا يسأل عن ديون المورث الا في حدود ما تركه من أموال فان كانت التركة معسرة فلن يتحقق اتحاد الذمة الا في هذه الحدود " .

(٢) الكاسانى بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٤

الطالب مورثه الكفيل يرجع على الأصيل [1] ولو مات الطالب والمكفول عنه وارثه برئ الكفيل لأن المطلوب ملك ما فى ذمته وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل [2] ويشبه اتحاد الذمة فى براءة الضامنين الاداء يقول الواقعى : " وصيورة الدين ميراث للضامن كالاداء فى براءة الذمة وثبوت الرجوع[3] .

وعلى ذلك فان اتحاد الذمة يترتب عليه مايترتب على الأداء من براءة جميع الضامنين بمقدار ماحصل من اتحاد فى الذمة أيا كانت . وان صفة الأصالة والتبعية فى الدين لاتزاغى الا عند الرجوع .

الفرع الرابع

انقضاء الدين بالابراء فى الشريعة والقانون

تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدنى على مايأتى :

" ١ - اذا ابرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك فاذا لم يصدر منه هذا التصريح لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه الا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين . وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين " .

---

(١) حاشية ابن عابدين - جـ٤ ص ٣٧٧ والبدائع نفس المكان السابق .

(٢) وتبيين الحقائق للزيلعى - جـ٤ ص ١٥٥ ، وفتح القدير - جـ٥ ص ٤٠٩

(٣) قاضيخان - جـ٣ ص ٧٠ .

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى جـ١٠ ص ٣٩٠ .

وتنص المادة ٢٩٠ على مايأتى :

" اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين مالم يتفق على غير ذلك " .

وتنص المادة ٢٩١ على مايأتى :

" فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء كان الابراء من الدين أم من التضامن يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٩٨ مدنى .

٢ — على أنه اذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر (١) .

والنصوص السابقة تواجه حالتين من الابراء :

ذلك أن الدائن قد يبرئ أحد المدينين المتضامنين من الدين ، وقد يقتصر الابراء على التضامن فقط : وتتناول الكلام على كل حالة .

أولا : الابراء من الدين :

قد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ، فاذا اقتصر الدائن على هذا الابراء ولم يصرح بغير ذلك افترض أنه أبرأ ذمة هذا المدين وحدة ، فلا يستطيع أن يطالبه بشئ بعد هذا الابراء ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه ، فلو كان الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية ، اذا برأ الدائن أحد المدينين كان له أن يطالب بما

(١) راجع فى تاريخ هذه النصوص ومقارنتها بالتقنين المدنى السابق والمشروع التمهيدى والتقنينات المدنية العربية الأخرى — الوسيط للسنهورى جـ ٣ ص ١٢٢٩ .

من المدينين الآخرين بمائتين ومن وفى منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هى حصته من الدين ، فاذا كان هذا الآخر معسرا ، كان للمدين الذى وفى المائتين أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر وهو خمسون ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ هذا المدين أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، ففى هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين (١) .

وللدائن اذا شاء أن يصرح بأنه قد أراد ابراء سائر المدينين وفى هذه الحالة يكون الابراء سببا لانقضاء الالتزام فى جملته (م ٢٨٩ / ١) ولا يترتب هذا الأثر الا اذا صرح الدائن بذلك (٢) .

كما أن للدائن أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على باقى المدينين بكل الدين ، فلا يجوز لهم فى هذه الحالة التمسك بالابراء ، ولو بقدر حصة المدين الذى أبرأه الدائن بل يتعين عليهم الوفاء بالدين كاملا ويكون لمن يقوم بالوفاء منهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الأداء لصالحه بحصته فى الدين (م ٢٨٩/٢) وفى هذه الحالة الأخيرة تقتصر الفائدة التى تعود على المدين من الابراء على امتناع مطالبة الدائن له ، فلا يعفى من دفع حصته ولو أنه لا يوفى بها للدائن وانما للمدين الآخر الذى أوفى بكامل الدين (٣) .

---

(١) السنهورى الوسيط — جـ٣ ص ٣٢١ والدكتور اسماعيل غانم — احكام الالتزام ص ٣٢٩ .

(٢) الدكتور انور سلطان احكام الالتزام ص ٢٩٨ وقارن التقنين المدنى السابق م ١١٤ / ١٧٠ حيث لم يتطلب التعبير الصريح من الدائن " .

(٣) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٢٦ ، السنهورى الوسيط — جـ٣ ص ٣٢٢ .

ثانيا : الابراء من التضامن :

على أن الدائن قد يقصر البراءة على مجرد التضامن فقط دون أن يتعدى اصل الدين ، فعندئذ لا يستطيع ان يطالب المدين المبرأ الا بحصته في الدين وهي المائة ، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أي بثلثمائة ، وحتى وفى أحد هما الدين كله رجع على المدين الآخر بمائة وهي حصته في الدين ثم رجع على المدين الذى أبراه الدائن بمائة وهي حصته في الدين كذلك ، فاذا كان المدين الآخر معسرا رجع المدين الذى وفى الدين كله على المدين الأول الذى ابراه الدائن بنصيبه في حصة المعسر يضاف اليه حصته هو في الدين ليرجع عليه بمائة وخمسين .

وقد يتفق الدائن عند ابرائه للمدين الأول من التضامن مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين الذى أبرأ فيه التضامن فيرجع عندئذ على أى منهما بمائتين ويرجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الآخر بحصته في الدين وهي مائة ، فاذا كان هذا المدين الآخر معسرا ، رجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الذى أبراه الدائن من التضامن بنصيبه في حصة المعسر واذا ابرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن وعند ما أراد الرجوع على باقى المدينين وجدهم جميعا معسرين ، فانه يستطيع الرجوع على المدين الذى أبراه من التضامن بكل الدين فان هذا المدين بعد ابرائه من التضامن يلزم بدفع حصته من الدين ثم يلزم تدفع الباقى على أساس أنه يتحمل حصص المعسرين (١) .

كل هذا مالم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ المدين من التضامن أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته منه فعند ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر لا يرجع على المدين الموسر الا بمائة وخمسين .

---

(١) راجع السنهورى عد نفس المرجع السابق ص ٣٢٤ هامش (١) .

هذا ويلاحظ أن الابراء تصرف قانوني كالتجديد ومن ثم يتسع فيهما ان تتجه الارادة الى نيات مختلفة فيقف المشرع عند احدى هذه النيات يفترض وجودها الا اذا قام الدليل على وجود نية أخرى ، وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الأخرى كالمقاصة واتحاد الذمة استحالة التنفيذ والتقادم فهذه كلها وقائع مادية لاتتسع الا لحكم واحد كما رأينا وكما سنرى (١) .

الابراء من الدين في الفقه الاسلامي :

الابراء : تصرف مفاده ايجاب يصدر من الدائن ببراءة المدين من الدين أو جزء منه فينتهي بذلك التزام المدين بالدين كله أو بعضه على حسب ما وقع من الابراء لفراغ ذمته بالبراءة . وظاهر المذهب المالكي ، أن القبول من المدين شرط لصحة الابراء لأنه من قبيل تمليك ما في الذمة فيفتقر الى القبول ، كما اذا ملكه عينا بالهبة ، ولأن المنة قد تعظم في الابراء فكان متوقفا على قبوله (٢) .

ولا يتوقف الابراء على القبول عند الحنفية (٣) ، وقد صرحت بذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة ٥٦١ بقولها : " الابراء لايتوقف على القبول ولكنه يرتد بالرد طبقا للمذهب الحنفي " ولاشك أن عدم توقفه على القبول مبني على كونه اسقاطا والاسقاط لايفتقر الى القبول ، وان ارتداده بالرد مراعى فيه أن البراء قد تلحقه ضغن المبرئ لايريد أن يتحملها (٤) ويرى السيوطي أن القبول لايشترط اعتبارا بلفظ الهبة في أحد وجهيها فلو قال الدائن لمن عليه الدين وهبته منك ففي اشتراط القبول وجهان أحدهما يشترط اعتبارا بلفظة الهبة والثاني لا اعتبارا بمعنى الابراء ، وقال الرافعي الاظهر اشتراط القبول (٥) .

---

(١) السنهوري الوسيط — ج٣ ص ٣٢٤ .

(٢) الفروق للقرافي — ج٤ ص ١١٠ ، ١١١ .

(٣) فتح القدير — ج٥ ص ٤٠٩

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٤ ، وراجع المجموع ج١٣ ص ٤٧١ .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٦ ، ١٦٧ " قاعدة هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها " .

وفى الفقه الاسلامى قد يكون الابراء من الدين وقد يكون من الضمان التبادلى :

أولا : الابراء من الدين :

فى الضمان التبادلى قد يبرئ الدائن أحد المدينين الضامنين من الدين .. وفى هذه الحالة وترتيبا على التأصيل السابق يختلف أثر الابراء هنا ، وما اذا كان يتعدى الى المدين غير المبرأ على من صدر الابراء لصالحه ، وما اذا كان أصيلا فى الدين أو غير أصيل .

فاذا أبرئ الأصيل برئ الكفيل لانه تابع ، واذا أبرئ الكفيل فالأصل ان الأصيل لا يبرأ ببراءته ، لكن الأوجه كما يرى ابن الهمام — براءته على اعتبار ثبوت الدين فى ذمة الكفيل كما هو فى ذمة الأصيل فيسقط عنهما باداء أحدهما (١) .

فاذا قال الطالب للكفيل برئت الىّ من المال رجع على المطلوب أى الكفيل يرجع على المكفول عنه لأن هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل (٢) .

على أن بعض الفقهاء قد التزموا الأصل السابق وقرروا عدم براءة الأصيل لبراءة الكفيل يقول صاحب مغنى المحتاج : " ولو أبرأ الاصيل أو برئ بنحو اعتياض أو حواله او اداء برئ الضامن وضامنه .. وهكذا لسقوط الحق ولا عكس فلو برئ الضامن بابراء لم يبرأ الأصيل " (٣) .

---

(١) راجع فى ذلك فتح القدير جـ٥ ص ٤٠٩ ، وراجع حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى ، وحاشية الشلبى عليه جـ ٤ ص ١٥٧ .

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٨ .

(٤) نهاية المحتاج جـ٣ ص ٤١٨

ثانيا : الابراء من الضمان التبادلي :

قد يكون الابراء في الفقه الاسلامي قاصرا على الضمان التبادلي وذلك لأنه يتمحض عن خالص حق الدائن وله أن يتنازل عنه وفي الوقت الذي يقرر الفقهاء فيه أن للدائن حقا أخذ أي مدين بكل الدين كأثر للضمان التبادلي بينهما ، نراهم يقررون مع ذلك أن للدائن أن يأخذ كل مدين بقدر حصته رغم وجود الضمان التبادلي .

يقول العلامة السرخسي : " وله أن يطالب أيهم بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الأصلية وهو أن يطالب كل واحد منهم بالثلث[1] .

ولعل مايدل على البراءة من الضمان فقط دون أصل الدين ماقرره ابن قدامه من أنه اذا كان لرجل ألف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برئ منه وبرئ صاحبه من خمسمائة وبقي عليه خمسمائة "[2] .

وعلى ضوء ذلك يمكن تقرير أن الابراء في الفقه الاسلامي قد يكون من أصل الدين ، وقد يكون من الضمان فقط دون أن يتعداه الى أصل الدين ، وأن أثر الابراء يتوقف على نوعية المدين في الرابطة وما اذا كان مدينا أصليا أو ضامنا لمدين أصلي على نحو ماتقرر تأصيله في مطلب سالف ، كما يظهر بوضوح قاعدة أن الابراء من الالتزام التبعي لايترتب عليه الابراء من الالتزام الأصلي .

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ٢٠ ص ٣٤ .

(٢) راجع المغني لابن قدامه — جـ٥ ص ٩٢ وكشاف القناع للبهوتي جـ ٣ ص ٣٧٢ .

الفرع الخامس

انقضاء الدين بالتقادم في الشريعة والقانون

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي :
"وإذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين" (١)

ويمكن أن نتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين في فروض مختلفة ، من ذلك أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة إلى المدينين المتضامنين ماعدا واحدا منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة إليه ، وسنرى أن قطع التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين لا يعتبر قطعا للتقادم بالنسبة إلى الآخرين فيستمر التقادم في سريانه بالنسبة إلى هذا المدين وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذي انقطع بالنسبة إلى المدينين الآخرين .

ومن ذلك أن يكون أحد المدينين المتضامنين دينه مؤجل والثاني بدينه معلق على شرط والثالث منجز فلا يسري التقادم بالنسبة إلى الأولين إلا بعد حلول الأجل وتحقق الشرط ويسري التقادم فورا بالنسبة إلى الثالث فيكتمل في وقت لم يكتمل فيه بالنسبة إلى الأولين (٢) .

---

(١) راجع في تاريخ هذا النص مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٨٢ ، ٨٤ ، ٨٥ وفي مقارنته بالتقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط جـ٣ ص ٣٢٥ وتختلف القاعدة التي قررتها تلك المادة عما كان مقررا في المشروع التمهيدي حيث كانت المادة ٤١٦ تنص على أنه "إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين ، على أنه إذا أجبر أحد المدينين على وفاء الدين كان له حق الرجوع على الباقين حتى من انقضى التزامه بالتقادم" وقد عدلت هذه المادة في لجنة المراجعة فجاء حكم التقادم في المادة ٢٩٢/١ من التقنين المدني متفقا مع الأسباب الأخرى الخاصة بانقضاء الالتزام .

(٢) الوسيط — جـ٣ ص ٣٢٦ والدكتور أنور سلطان — أحكام الالتزام ص ٢٨٩ .

فاذا وقع ذلك وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة الى الآخرين فان الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم بشيء بعد انقضاء دينه ، ولكنه يستطيع مطالبة أى من المدينين الآخرين الذين لم ينقض دينهم بالدين بعد أن يستنزل منه حصة الدين الذى انقضى دينه بالتقادم .

فاذا كان الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية ، اذا انقضى دين الأول بالتقادم فان الدائن يرجع على أى من المدينين الآخرين بمائتين ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة وهى حصته فى الدين .

فاذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجده معسرا فانه يرجع على المدين الذى انقضى دينه بالتقادم بنصيبه فى حصة الدين المعسر ، أى يرجع عليه بخمسين ويتحمل هو فى النهاية مائة وخمسين هى حصته فى الدين الذى أضيف اليها نصيبه هو فى حصة الدين المعسر ، ولا يعترض على هذا بأن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشيء بعد أن انقضى دينه ، ذلك لأن المدين الذى دفع المائتين لا يرجع عليه بالدين القديم الذى انقضى بالتقادم وانما يرجع عليه بدعوى الوكالة والفضالة وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة اليها الا من وقت دفع المائتين ، وعلى هذا فالمدين الذى انقضى دينه بالتقادم اذا هو من مطالبة الدائن له فانه لا يأمن رجوع مدين آخر يطالبه بنصيبه فى حصة مدين معسر ، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الأصلى (١) .

ويرى الدكتور اسماعيل غانم : أن المدين الموفى لا يجوز له الرجوع على من انقضى الدين بالنسبة له بالتقادم لأنه ان رجع بدعوى الحلول يكون للمدين الأول أن يتمسك بالتقادم فى مواجهته لأن مركز المدين الموفى كمركز الدائن نفسه ، بل يجوز له التمسك بالتقادم ولو كان المدين الموفى قد اسس رجوعه على دعواه الشخصية

---

(١) السنهورى الوسيط - جـ٣ ص ٣٢٨ والدكتور عبد المنعم البدراوى أحكام الالتزام ص ٢٧٩ .

اذ أن سكوته عندما يطالبه الدائن بالوفاء عن التمسك بالتقادم الذى تم لصالح المدين الأول اما أن يكون عن اهمال منه فلا يضار به المدين الأول واما أن يتضمن معنى التنازل عن التقادم ومن المسلم أن للتنازل أثرا نسبيا لا يتعدى المتنازل الى غيره ، هذا بالاضافة الى أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين تقتصر فى القانون المصرى على ما فيه مصلحة المدينين فلا تتناول ما قد يلحق ضررا بهم (١) .

تقادم الدعوى وتقادم الحق فى الفقه الاسلامى :

الاصل فى الفقه الاسلامى ان الحق لا يسقط بمضى الزمان مهما طالت المدة ، ومع ذلك فقد منع الفقهاء القاضى من سماع الدعوى بعد مضى مدة معينة وذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام (٢) وهذا المنع من سماع الدعوى قد يكون عاما يتمسك به القاضى ولو لم يطلبه الخصم ، ومثال ذلك ما قرره الفقهاء من أن القاضى يمنع من سماع دعوى الوقف والارث اذا مضى على الاستحقاق ثلاث وثلاثون سنة بلا عذر يمنع من الادعاء به لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا (٣) .

وقد ينهى ولى الأمر عن سماع الدعوى بحق اذا مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة مع انكار الحق وعدم العذر المانع من الادعاء درءا للمفاسد وخصما لدعاوى الزور والحق نفسه لا يسقط بالتقادم (٤) وذلك فى غير دعاوى الوقف والارث .

واذا قارنا موقف الفقه الاسلامى بموقف القانون الوضعى من التقادم لوجدنا ان الثانى يقف منه موقفا ايجابيا فيعتبره سببا من أسباب الملكية ، ويقضى على أساسه بثبوت الملك لشخص ، وسقوط حق الآخر فيه ، أما الفقه الاسلامى فهو

---

(١) دكتور اسماعيل غانم : أحكام الالتزام ص ٣٢٨ هامش (٢) والدكتور انور سلطان أحكام الالتزام ص ٣٠٠ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣١٥ .

(٣) حاشية ابن عابدين — جـ ٤ ص ٤٧٩ .

(٤) نفس المرجع السابق ص ٤٧٥ .

حتى رغم التقيد بعدم سماع الدعوى فان موقفه سلبي لا يثبت ملكا ولا يسقط حقا وانما يقول للمدعي : انى لا أسمع دعواك لأن الظاهر يدل على أنك غير جاد ولا صادق اذ لو كنت محقا لما انتظرت هذه المدة دون المطالبة بحقك مع القدرة على ذلك ، ومع أن الخصم ينكر عليك هذا الحق ، وفرق بين الموقف الايجابي الذي يصدر حكما في الموضوع والموقف السلبي الذي لا يقبل التطويل (١) .

ومهما يكن من أمر فان منع القاضي من سماع الدعوى لمضي المدة يجعل الحق غير ذي فائدة ويقترب هذا الوضع من الناحية العملية من الوضع القانوني مع فارق جوهري وهو أن من مضت المدة لصالحه فانه لا يزال ملتزما ديانة وان كانت دعوى خصمه لا تسمع .

وعلى هذا فاذا حدث وتقرر عدم سماع الدعوى على أحد المدينين في الضمان التبادلي ، فان ذلك يترتب عليه من الناحية الشرعية جعل الحق غير ذي أثر من حيث استحقاقه بالنسبة لهذا المدين يتعداه الى غيره اذا كان ضمانه أو تواليا بالنسبة له شرط السبق الزمني وقياسا على ما سبق فانه اذا سقطت المدة بالنسبة للكفيل فلا تسقط بالنسبة للأصيل مع مراعاة أن ذمة من تقرر عدم سماع الدعوى بالنسبة له لا زالت مشغولة ديانة أمام الله تعالى فالتقادم لا يؤثر الا في منع سماع الدعوى ، اذا كان المدعى عليه منكرا للحق (٢) .

الفرع السادس

انقضاء الدين بأسباب أخرى في الشريعة والقانون

قد ينقضي الدين بأسباب أخرى غير ما سبق ، كالوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ في القانون ، والصلح في الشريعة الاسلامية .

---

(١) محمد سلام مدكور المدخل للفقه الاسلامي ص ٧٢١ (٢) الشيخ احمد ابراهيم مذكرة الالتزامات ص ٢٢٧ .

(٢) السنهوري الوسيط جـ ٣ ص ٣٠٩ هامش (١) .

فى الوفاء بمقابل اذا استوفى الدائن من أحد المدينين المتضامنين مقابلا للدين انقضى الدين أصلا كما ينقضى بالوفاء وبرئت ذمة المدينين الآخرين فيستطيع كل مدين منهم أن يحتج بهذا السبب متمسكا بالقضاء كل الدين ، ولا يقتصر على استنزال حصة من وفى المقابل .

كما أن استحالة التنفيذ لسبب أجنبى لا يد لأحد المدينين المتضامنين فيه يقضى الالتزام التضامنى نفسه (م ٣٧٣ مدنى) فتبرأ ذمة جميع المدينين ويكون حكم استحالة التنفيذ هو حكم الوفاء بالدين والوفاء بمقابل [1] .

وفى الفقه الاسلامى قد ينقضى الدين بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين دون غيره بالصلح فاذا صالح الضامن المضمون له عن الف مثلا على خمسمائة فان الضامن والمضمون عنه يسقط عنهما الالف كما لو أخذ بالالف ثوبا يساوى خمسمائة [2] .

ويقول الكمال بن الهمام فان صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الأصل لأنه أضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الأصيل فيبرأ الأصيل من خمسمائة ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الأصيل بالخمسمائة التى أوفاها [3] .

ويقول صاحب تبيين الحقائق واذا صالح الأصيل والكفيل الطالب على خمسمائة عن الألف التى عليه برئ الكفيل والأصيل [4] .

---

(١) السنهورى الوسيط — جـ٣ ص ٣٠٩ هامش (١) .

(٢) المجموع جـ١٣ ص ٤٧٥ .

(٣) فتح القدير جـ٥ ص ٤١٢ والهداية جـ٣ ص ٩١ .

(٤) تبيين الحقائق للزيلعى وحاشية الشلبى عليه — جـ٤ ص ١٥٧ وراجع فى هذا المعنى مغنى المحتاج للشربينى — جـ٢ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ وبدائع الصنائع للكاسانى — جـ٦ ص ١٥ .

المبحث الثالث

مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين في الشريعة والقانون

يقتصر مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين على ما ينفع دون ما يضر، ولم يرد في التقنين المدني المصري الحالي نص يقرر ذلك صراحة ولكنه يستخلص هذا المبدأ من مجموع النصوص التي ساقها المشرع في هذا الموضوع(١).

ولا تقتصر القواعد المنظمة لعلاقة المدينين المتضامنين بالدائن في القانون الفرنسي والمصري على القواعد المبنية على مبدأ وحدة الدين أو على مبدأ تعدد الروابط، فقد تضمن التقنين المدني الفرنسي عدة قواعد أخرى، انتقلت إليه من القانون الفرنسي القديم لا يمكن ردها إلى مبدأ من هذين المبدأين الرئيسيين فمقتضى المادة ١٢٠٥ إذا هلك الشيء محل الالتزام بخطأ أحد المدينين المتضامنين التزم المدينون جميعا متضامنين بدفع قيمته للدائن، وكذلك الحال إذا أعذر الدائن أحد المدينين فترتب أثر الاعذار بالنسبة للباقين، فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي بعد الاعذار التزم المدينون المتضامنون جميعا بدفع قيمته، كما نصت المادتان ١٢٠٦، ١٢٠٧ على أن مطالبة الدائن أحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية ينقطع بها التقادم وتسري بها الفوائد بالنسبة للمدينين جميعا، وطبقت المادة ١٢٤٩ المبدأ ذاته في حالة اعتراف أحد المدينين المتضامنين بالدين فنصت على أن هذا الاعتراف يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة لكافة المدينون(٢).

---

(١) دكتور أنور سلطان أحكام الالتزام طبعة ١٩٧٢ ص ٢٨٤ فقرة ٢٧١ دار النهضة العربية بيروت، والدكتور عبد المنعم البدراوي أحكام الالتزام ص ٢٧٩٨.

(٢) دكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٢٩.

وقد استهدف المشرع الفرنسى بهذه القواعد غرضا عمليا بحتا وهو أن يؤكد ضمان الدائن بزيادة المزايا التى يخولها له قيام التضامن بين مدينيه ولكن الفقه لم يكتف فى تفسير تلك القواعد بالهدف العملى المقصود بها ، بل جرى الفقه الفرنسى فى مجموعة على تأصيلها بارجاعها الى مبدأ عام هو مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين ومقتضاه أن كل مدين متضامن نائب عن المدينين الآخرين فى علاقتهم بالدائن (١) .

واعتنق القضاء الفرنسى هذا المبدأ وبنى عليه عدة نتائج لم ينص عليها المشرع أهمها الخروج على قاعدة نسبية الأحكام ، فأجاز للدائن أن يحتج على كافة المدينين المتضامنين بالحكم الصادر لصالحه فى مواجهة أحدهم .

كما أجاز للمدينين المتضامنين جميعا أن يحتجوا بالحكم الذى يصدر لصالح أحدهم ، على أن القضاء الفرنسى لم يطبق مبدأ النيابة التبادلية على وجه مطلق بل هو يبدو مترددا بطبعه فى بعض الأحوال ويستبعده فى أحوال أخرى .

وقد بذلت عدة محاولات لاستخلاص قاعدة علمية تنتظم هذه الأعمال المختلفة والرأى السائد فى صياغة هذه القاعدة يأخذ بما قرره ديمولان Dumoulin من فقهاء القانون الفرنسى القديم ، من أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين تقتصر على ما يترتب عليه انقضاء الالتزام او استيفاؤه فلا تشمل ما يترتب عليه زيادة عبئه مثال ذلك أن يقبل أحد المدينين زيادة سعر الفائدة التى يغلها الدين فلا يسرى هذا فى حق المدينين الآخرين (٢) .

ورغم أن صياغة حدود مبدأ النيابة التبادلية على هذا الوجه لم تسلم من النقد فالتفرقة بين بقاء الالتزام وبين زيادة عبئه لاتبدو واضحة فى كل الأحوال كما أن ، تلك الصياغة تقصر عن أن تحيط احاطة تامة باحكام القضاء المختلفة فقد أخذ بهـا

---

(١) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٢٣ والسنهورى الوسيط — جـ ٣ ص ٣٢٨ هامش (١) .

(٢) دكتور اسماعيل غانم — نفس المرجع والمكان السابقين .

المشرع المصرى فى التقنين المدنى السابق فنصت المادة ١٠٨/ ١٦٣ "على أن المدينين المتضامنين وكلاء عن بعضهم بعضا فى وفاء التعهد به : " ونصت المادة "١١١/ ١٦٧ على أنه : " لايجوز لأحد المدينين المتضامنين ان يتعهد بفعل مايوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين " كما عنى المشرع بأن ينص بصفة خاصة على بعض تطبيقات مبدأ النيابة التبادلية ، فنصت المادة ١١٠/ ١٦٦ "على أن اعذار أحد المدينين المتضامنين ومطالبته قضائيا يسريان على باقى المدينين .

ويتضح مما تقدم أن القاعدة فى القانون الفرنسى ووفقا لمقتضى التقنين المدنى السابق فى مصر أن كل مدين نائب عن المدينين الآخرين فيما فيه مصلحتهم وفيما يترتب عليه ضرر بهم طالما هذا الضرر لايتضمن زيادة عبء الالتزام (١) .

اما التقنين المدنى المصرى الحالى فهو لايتضمن نصا صريحا يقرر مبدأ النيابة التبادلية بل على العكس فقد أورد المشرع عدة نصوص استبعد منها جميعا فكرة النيابة التبادلية حيث يترتب على الأخذ بها الاساءة الى مركز المدينين المتضامنين ولو لم تكن هناك زيادة فى عبء الالتزام ولم يستبق المشرع الا التطبيقات التى يترتب على مبدأ النيابة التبادلية فيها تحقيق النفع للمدينين المتضامنين .

وبذلك أصبح مبدأ النيابة التبادلية مبدأ بسيطا لايثير أية صعوبات فى التطبيق على أنه يجب ان يلاحظ ان مبدأ النيابة التبادلية قد تطور بهذا التعديل الذى أحدثه المشرع المصرى من النقيض الى النقيض ، فهو فى أصل نشأته تأصيل لقواعد قصد بها تأكيد ضمان الدائن ، وهو فى المرحلة التى انتهى اليها فى القانون

(١) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ١ ٣٣ .

المصرى يتخص لمصلحة المدينين[1] .

مبدأ النيابة بين المدينين فى الضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى :

وفى الفقه الاسلامى يقرر الفقهاء وجود فكرة النيابة التبادلية بين المدينين فى الضمان التبادلى ، حيث نجد القواعد العامة للوكالة متسعا لها من العمل فى هذا الميدان .

على أن الوكالة هنا قد تكون ضمنيه تستفاد من واقعة الضمان التبادلى فالمدينون مادام قد اتفقوا على أن يضمن بعضهم بعضا فمعنى ذلك أن كل واحد منهم قد وكل الآخر فى القيام بوفاء الدين للدائن ، وقد تكون صريحة اذا صدر الأمر من أحد الضمان لشريكه بالأداء ولمن أدى أن يرجع على شريكه بما أداه — لأن أداء نائبه يعنى كفيله بأمره كأدائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه[2] .

ويقول الكاسانى : الكفيل بأداء المال نائب عن المطلوب وفى الأداء الى المطالب[3] كما تظهر فكرة النيابة التبادلية بصفة خاصة فى شركة المفاوضة حيث يقرر الفقهاء أن مبناها على الوكالة والكفالة ولو لم يصرح بهما .[4]

---

(١) نفس المرجع والمكان السابقين ، وراجع مجموعة الأعمال التحضيرية — جـ٣ ص ٨٣ حيث أوردت لمدة تطبيقات تشريعية تبرز هذا المبدأ مثل انقطاع التقادم ووقفه وخطأ أحد المدينين المتضامنين واعذار الدائن أحد المدينين المتضامنين ومطالبته قضائيا ، وتصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين بما فيه مصلحة المدينين الآخرين يسرى عليهم ولا يسرى عليهم اقرار أحدهم بالدين ولا حلفه اليمين الخ ، أما النافع فيسرى عليهم وكذلك الأمر اذا هدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يسرى — هذا الحكم فى حق الباقين ولم يحتج به عليهم " والاعمال التحضيرية نفس المكان السابق .

(٢) حاشية الشلبى على التبيين — جـ٤ ص ١٧٦ .

(٣) بدائع الصنائع — جـ٦ ص ١١ .

(٤) راجع ماسبق بيانه بخصوص شركة المفاوضة وحاشية الطحاوى جـ٢ ص ٥١٤ وفتح القدير جـ٥ ص ٩ ، والاختيار جـ٢ ص ٢٥٦ .

ويستدل من خلال أعمال المبادئ العامة للنيابة أن تصرفات المدين المتضامن تسري على من تضامنوا معه بالقدر الذي لا يحدث شغله فيه تعمد أو تفريط [1] وسوف نورد من التطبيقات ما يؤكد هذا المعنى ويوضحه .

مدى سريان مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين :

سبق بيان أن هذا المبدأ يقتصر في القانون المدني المصري الحالي على ما ينفع دون ما يضر — يتضح ذلك من استعراض النصوص العديدة (م ٢٩٢ — ٢٩٦) التي أوردها المشرع في قطع التقادم ووقفه وفي المسئولية عن الخطأ وفي الاعذار والمطالبة القضائية ، وفي الصلح وفي الاقرار واليمين ، وفي الاحكام التي تصدر في مواجهة أحد المدينين فهذه النصوص جميعا تقوم على أساس مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر [2] .

ونستعرض هذه النصوص بشيء من التفصيل على النحو الآتي :

أولا : قطع التقادم ووقفه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

" اذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين [3] .

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل اليه تنبيها أو يوقع عليه حجزا أو يحصل منه على اقرار بالدين أو يقوم بأي عمل آخر من الأعمال التي تقطع التقادم (م ٣٨٣ — ٣٨٤ مدني) ولما كان هذا المدين لا يمثل باقي المدينين ولا ينوب عنهم في الأعمال التي تضرهم ، وكان قطع التقادم

---

(١) راجع في هذا المعنى : المغني لابن قدامه جـ ٥ ص ١٣٠ ومغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٢٩ حيث يحكم ببطلان التصرف المخالف وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ٢٥٦ والاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٣٢

(٣) راجع في تاريخ هذا النص ومقارنته بالتشريعات العربية الأخرى السنهوري الوسيط جـ ٣ ص ٣٣١ هامش (١) .

ضارا بهم ، اذ أن من مصلحتهم ان يستمر التقادم فى سريانه ولا ينقطع فان التقادم لا ينقطع فى هذه الحالة الا بالنسبة للمدين الذى قطع الدائن التقادم ضده وحده ، ويستمر التقادم ساريا بالنسبة الى الباقين حتى يكتمل ، ومن ثم جاز أن يكتمل التقادم فى حق بعض المدينين المتضامنين دون أن يكتمل فى حق البعض الآخر ، ومن أجل ذلك اذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق جميع المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ أجراء قطع التقادم بالنسبة الى كل منهم حتى ينقطع التقادم فى حق الجميع .

وقد يقف التقادم فقط بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين دون الباقى ويتحقق ذلك مثلا بأن تكون زوجة وارثة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون فى نفس الدين أو بأن يكون القاصر دائنا لوصية ومع الوصى مدينون آخرون متضامنون ففى هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبى (م ٣٨٢/١ مدنى) وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب (م ٣٨٢/٢ مدنى) .

ولما كان وقف التقادم ضارا بالمدينين المتضامنين الآخرين فان المدين الذى وقف التقادم فى حقه لا يكون ممثلا للباقين فيما يضرهم ومن ثم لا يقف التقادم فى حق المدينين المتضامنين الآخرين وان وقف فى حق الزوج وفى حق الوصى ، هذا الى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام فيقتصر أثرها عليهما ، فلابد اذا من أن يقوم سبب وقف التقادم فى حق كل مدين متضامن على حدة حتى يقف فى حق الجميع ولذا جاز أن يكتمل بالنسبة الى بعض المدينين المتضامنين دون البعض الآخر .(١)

---

(١) السنهورى الوسيط — جـ٣ ص ٣٣٤ — وقارن ذلك باتجاه تقنين الموجبات والعقود اللبنانى حيث يقرر ان قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة للباقين وهذا أخذ بمبدأ فكرة النيابة التبادلية فيما يضر — راجع الدكتور انور سلطان أحكام الالتزام ص ٢٨٥ والوسيط للسنهورى — جـ٣ ص ٣٣١ هامش (١) .

ثانيا : خطأ أحد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ مدنى على مايأتى :

" لايكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله " (١)

وهذا النص يتضمن تطبيقا آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر فالمفروض ان أحد المدينين المتضامنين قد ارتكب خطأ فى تنفيذ التزامه جعله مسئولا أمام الدائن فهذا الخطأ يكون هو وحده المسئول عنه ولايتعدى أثره الى باقى المدينين بل يكون كل من هؤلاء مسئولا عن تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، دون أن يكون مسئولا عن التعويض الناشئ عن خطأ المدين المتضامن الذى وقع هذا الخطأ .

وقد نصت على ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بقولها :

" وتمثل المادة ٤١٧ (م ٢٩٣ مدنى) أوضح تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسوغ اعفاؤها الى مركز المدينين المتضامنين والابقاء عليها حيث يقضى ذلك الى توفير نفع لهم فكل مدين من المدينين المتضامنين لايسأل فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله (٢) .

فاذا فرض أن ثلاثة باعوا متضامنين شيئا لمشتر واحد فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشىء الى المشترى فاذا كان اثنان منهم منوطا بهما حفظ الشىء الى وقت تسليمه وقصر واحد منهما فى حفظه تقصيرا جسيما حتى هلك ، وقصر الثانى فى الحفظ تقصيرا يسيرا ، أما الثالث فلم يكن منوطا به حفظ الشىء كما قدمنا فان الثلاثة يكونون متضامنين ، فى رد الثمن الى المشترى وفقا لاحكام المادة ٤٣٨ مدنى والتى تقضى بانه اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ثم أن المدينين اللذين ارتكبا تقصيرا فى حفظ الشىء يكونان متضامنين فى تعويض المشترى

---

(١) راجع فى تاريخ هذا النص مجموعة الأعمال التحضيرية — جـ٣ ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية نفس المكان السابق .

فوق ذلك الثمن عن التقصير اليسير الذى ارتكبه الثانى فيهلك ويكون الأول ، وهو الذى ارتكب الخطأ الجسيم مسئولا وحده عن تعويض إضافى بسبب تقصيره الجسيم (١) .

ويفرق الدكتور أنور سلطان فى الخطأ بين قيمة الأداء الذى استحال تنفيذه وعناصر الضرر الأخرى ، ويرى أنه فيما يتعلق بقيمة الشىء الذى هلك بخطأ أحد المدينين المتضامنين فيظل الجميع ملزمين بالتضامن بالوفاء به أما بالنسبة لعناصر الضرر الأخرى فلا يسأل عنها الا المدين الذى تسبب بخطئه فى هلاك الشىء (٢) ويرى بعض الشراح : ان خطأ أحد المدينين المتضامنين الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ يعتبر بمثابة السبب الأجنبى بالنسبة الى الباقين مما يؤدى الى براءة ذمتهم براءة تامة قبل الدائن (٣) .

ثالثا : الاعذار والمطالبة القضائية :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ مدنى على ما يأتى :

"واذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين ، أما اذا اعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار " .

ويعتبر هذا النص اضطرادا لتطبيق المبدأ العام ، فاذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين كان لهذا الاعذار نتائج قانونية منها أن يتحمل هذا المدين المعذر تبعة هلاك الشىء الواجب التسليم للدائن ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامنين الآخرين فان اعذار المدين المتضامن لا يسرى اثره فى حقهم (٤) .

---

(١) السنهورى الوسيط — جـ ٣ ص ٣٣٧ هامش (٢) .

(٢) د . أنور سلطان احكام الالتزام طبعة ١٩٧٢ ص ٢٧٩ .

(٣) د . اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٣٢ .

(٤) السنهورى الوسيط — جـ ٣ ص ٣٢٩ والدكتور أنور سلطان احكام الالتزام ص ٢٨٧ والدكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٣٤ .

ويسري الاعذار الصادر من أحد المدينين المتضامنين للدائن على جميعهم لأنه سيفيدهم في هذه الحالة اذ سينقل تبعة هلاك الشيء الحقه عنه الى الدائن وهذا امر يستفيدون منه (١) .

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية بالدين ولهذه المطالبة القضائية آثار قانونية مختلفة نذكرنها انها تقطع التقادم وأنها تجعل الفوائد تسري ، ولما كانت هذه الفوائد ضارة بالمدينين الآخرين وكان الدين الذي طولب مطالبة قضائية لايمثل الآخرين فيما يضرهم لذلك لايتعدى آثار هذه المطالبة الى باقي المدينين المتضامنين فيكون الدين الذي طولب قضائيا هو وحده الذي ينقطع في حقه التقادم وهو وحده الذي يسري في حقه الفوائد القانونية .

هذا ويلاحظ أن المشرع اللبناني خرج على هذه القاعدة بالنسبة لأسباب انقطاع التقادم (م ٣٦/ ٣ موجبات) وعلى ذلك فان مطالبة أحد المدينين المتضامنين قضائيا لاينقطع التقادم بالنسبة اليه فقط بل وبالنسبة الى باقي المدينين (٢) .

رابعا : الصلح مع أحد المدينين المتضامنين :

تنص المادة ٢٩٤ مدني على مايأتي :

" اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون اما اذا كان من شأن هذا الصلح ان يرتب في ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لاينفذ في حقهم الا اذا قبلوه " .

---

(١) الوسيط ج٣ ص ٣٤٠ وراجع الدكتور ليبب شنب نفس المرجع السابق ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٢) دكتور انور سلطان نفس المرجع السابق ص ٢٨٧ فقرة ٢٧٥ .

وهذا النص يفترض ان ثمة تنازع بين الدائن وجميع المدينين فمن الالتزام التضامني فمد الدائن الى الصلح مع أحد المدينين ، فهذا الصلح قد يتخذ اتجاها في مصلحة المدينين المتضامنين وقد يتخذ اتجاها ليس في مصلحتهم .

على أن قاعدة استفادة المدينين من الصلح الذي يعقده أحدهم لا ينطبق الا على الصلح العادي أي الصلح الذي يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا (٥٤٩) مدني أما الصلح الذي يعقده المدين المفلس مع دائنيه لانهاء التفليسة واعادته الى ادارة اموالها والتصرف فيها فلا يستفيد من المزايا الممنوحة ، كما لو خفض مقدار الديون او منح المدين آجلا للوفاء سوى المدين المفلس نفسه ، فاذا كان أحد هذه الديون دينا قضائيا التزم به مع المفلس مدينون آخرون ، فلا تسري هذه المزايا عليهم وقد نصت المادة ٣٤٩ من القانون التجاري على أن للدائنين مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس[1] .

ويلاحظ من ناحية أخرى ان الصلح العادي يتضمن نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (م ٥٤٩ مدني) فاذا كان النزاع الذي حسمه أحد المدينين بالصلح مع الدائن نزاعا اشترك فيه المدينون الآخرون فان نزول هذا المدين عن جزء من ادعائه بالصلح لا ينفذ في حقهم الا اذا قبلوه وهم من ناحية أخرى لن يستطيعوا بغير هذا القبول الاحتجاج بانقضاء الادعاء الذي نزل عنه الدائن فالصلح لا يقبل التجزئة فلا يجوز للمدينين المتضامنين الاحتجاج في شطره المفيد لهم ورفضه في شطره المفيد للدائن بل يتعين قبوله أو رفضه جملة واحدة[2] .

---

(١) دكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٣٥ .

(٢) الدكتور اسماعيل غانم نفس المرجع والمكان السابقين والدكتور انور سلطان ، المرجع السابق ص ٢٨٨ وقارن السنهوري الوسيط جـ ٣ ص ٣٤٢ .

خامساً : الاقرار واليمين :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي

" اذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الاقرار في حق الباقين .

٢ — واذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه الى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقي المدينين .

٣ — واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

وهذا النص ينطوي على تطبيق آخر من تطبيقات فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر ، فاذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يضار الباقون باقراره أما اليمين فقد يوجهها الى أحد المدينين المتضامنين وقد يوجه على نقيضه ذلك من أحد هؤلاء المدينين الى الدائن ، فان نكل المدين المتضامن في الحالة الأولى او حلف الدائن في الحالة الثانية فلا يضار من ذلك باقي المدينين ، أما ان حلف المدين في الحالة الأولى او نكل الدائن في الحالة الثانية أفاد من ذلك الباقون .

هذا ويلاحظ أنه لكي يستفيد باقي المدينين من حلف أحدهم اليمين يجب أن يقتصر الدائن على توجيهها الى هذا المدين ، أما ان وجه الدائن اليمين الى جميع المدينين المتضامنين فحلف أحدهم اليمين فلا يستفيد الباقون من ذلك بل يكون على كل مدين أن يؤدي اليمين بنفسه لامتناع أعمال فكرة النيابة التبادلية في هذه الحالة .

---

(١) الدكتور أنور سلطان نفس المرجع السابق ص ٢٨٨ فقرة ٢٧٧ والدكتور اسماعيل غانم نفس المرجع السابق ص ٣٣٦ والدكتور عبد الرازق السنهوري الوسيط ج ٣ ص ٣٤٦ .

سادسا : حجية الأحكام :

تقضي المادة ٢٩٦ مدني بأنه : " اذا صدر حكم على أحد المدينين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين " .

وأخيرا يورد هنا التقنين المدني تطبيقا للمبدأ العام سالف الذكر في حالة صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين او لصالحه ، فاذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده ، دون أن يكون باقي المدينين المتضامنين ، فان هذا يعتبر أمرا ضارا بهم فلا يسري الحكم في حقهم ولا يحتج عليهم به ، ويجب على الدائن اما أن يدخل باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهتهم او أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى ليكون الحكم سارياً في حق من رفع عليه الدعوى .

هذا ويراعى ما كانت تنص عليه المادة ٢/٤٥٠ من قانون المرافعات السابق والتي تعدل حكمها في مواد مختلفة من تقنين المرافعات الجديد منها المادة ٢٣٦ والمادة ٢٤١ والتي تعطي لباقي المدينين المتضامنين الحق في أن يتمسكوا على هذا الحكم .

على أن هذا ليس في حقيقته من حالات اعتراض الخارج على الخصومة وانما هو تظلم من شخص يعتبر مثلاً في الخصومة فيكون التظلم من الحكم أقرب الى الالتماس في هذه الحالة منه الى الاعتراض (١) .

هذا بالاضافة الى أن الحكم الصادر على أحد المدينين المتضامنين مجرد من كل حجة قانونية في مواجهة الباقين ، ومع ذلك فان له حجة أدبية قد يخشى هؤلاء أثرها اذا ساعد الدائن الى مطالبتهم فيسارعون بالاعتراض عليه (٢) .

---

(١) حامد عكاز — وعز الدين الناصوري — التعليق على قانون المرافعات الجديد ص ٢٨٠ الطبعة الأولى — وراجع المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجديد ص ١٨٨ ملحق مجلة المحاماة العددين ٣ ، ٤ من السنة الرابعة والخمسين " .

(٢) د . اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٣٣٧ .

وتنص الفقرة ٢ من المادة السابقة على أنه :

" اذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢/٢٩٦ مدنى) فاذا دفع المدين دعوى الدائن يدفع عن الدفوع المشتركة بين المدينين جميعا ، كبطلان العقد بطلانا مطلقا بسبب عدم المشروعية مثلا ، فصدر الحكم لصالح المدين ، أى رفضت دعوى الدائن ، فاذا عاد الدائن الى مطالبة أحد المدينين الآخرين بالدين كان لهذا ان يستند الى الحكم الصادر لصالح المدين الأول .

فيتعين على المحكمة أن ترفض دعوى الدائن دون حاجة الى بحث جديد ولكن اذا صدر الحكم لصالح المدين بناء على دفع خاص به ، كالحكم الصادر بالابطال لسبب قصر المدين فلا يجوز للمدينين الآخرين ان يحتجوا به (١) .

كما يلاحظ انه اذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم فان الطعن فى هذا الحكم من الدائن بالنسبة الى أحدهم لا يضر الباقين ، واذا حصل الدائن فى الطعن على حكم لصالحه يلغى الحكم الأول فان هذا الحكم لا يسرى فى حق الباقين الذين لم يدخلوا فى هذا الطعن (٢) .

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقى المدينين اذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة ولكن اذا اختصم الدائن جميع المدينين فى الدعوى

---

(١) د . اسماعيل غانم نفس المرجع والمكان السابقين والدكتور انور سلطان نفس المرجع السابق ص ٢٩٠ .

(٢) السنهورى نفس المرجع السابق ص ٣٤٠ .

وصدر حكم لصالحهم ثم قضى بالغاء هذا الحكم بالنسبة لاحدهم فيما بعد فلايضار الباقون بذلك اما اذا صدر الحكم عليهم فلا يترتب على اعلانه لاحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والنقض بالنسبة للباقين (١) .

نطاق مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين في الفقه الاسلامي :

الواضح وكما سبق البيان ان علاقة المدينين فيما بينهم تحكمها فكرة النيابة واعمالا للمبادىء العامة للوكالة نرى ان الموكل يلتزم بتصرفات الوكيل في الحدود التي لايتجاوز فيها هذا الأخير التعدي والتفريط (٢) .

واذا حللنا هذا المبدأ رأينا ان التصرفات التي تسبب ضررا للموكل لاتسري في حقه اذا لم يكن الموكل قد أمر بها (٣) فتصرفات الوكيل يجب أن تلتزم حدود مصلحة زملائه والا فلا تسري في حقهم ، ولو وقعت المنازعة بين الوكيل بالاستقراض وبين موكله فقال الوكيل قبضت المال من الطرف ورفعت الى الموكل وأنكر الموكل ذلك لايقبل قول الوكيل لأن الوكيل بهذا يريد الزام المال على الموكل فلا يقبل قوله في ايجاب المال على الموكل والصرف يقتضي التصرف فيما فيه المصلحة وليس فيما ذكر مصلحة تعود عليه (٤) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩٤ .

(٢) كشاف القناع للبهوتي جـ٣ ص ٤٨٤ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار جـ٢ ص ٢٢٩ ومغني المحتاج للشربيني الخطيب جـ ٢ ص ٢٢٩ .

(٤) قاضيخان جـ٣ ص ١٤ والروض النضير جـ٣ ص ٤١٢ .

" وتطبيقا لهذا المبدأ : اذا أقر الوكيل على موكله لا يسرى عليه الاقـــرار لانه حجة قاصرة على المقر ، وهذا الاقرار يتضمن ابطال حق الموكل وهو لا يملكه . حتى ولو كان يملك التصرف وتضمين ابطال حق الموكل فيبطل فى حقه (١) ولأن فـــى قبول هذا الاقرار شبهة عدم الأمر به (٢) .

ويتحمل الوكيل مخمسة التصرفات الضارة عن موكله بالضمان ، وقد ورد أن الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى من الثمن أو وهب الثمن منه أو حطّ بعض الثمـــن عنه صح ، ويضمن مثل ذلك للموكل (٣) ، واذا وكل رجلا بالشراء وكان عليه للمشترى دينا صار قصاصا بما على الوكيل ويضمنه الوكيل لموكله (٤) وكذلك اذا باع عن موكله بغبن فاحش فلا ينفـــذ الا باجازة الموكل (٥) ويدخل فى هذا النطاق كل تصرف يحمل معنى التلف والتفريـــط (٦) .

---

(١) الاختيار جـ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص ٢٥٦ .

(٣) الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٤٣٠ .

(٤) قاضيخان جـ٣ ص ٢٢ .

(٥) الدر المختار جـ٣ ٤١٢ .

(٦) كشاف القناع للبهوتى جـ٣ ص ٤٨١ ، ٤٩١ .

الفصل الثانى

علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فى الشريعة والقانون

النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدنى على مايأتى :

" ١ ـ اذا وفى احد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ولو كان بطالة من حق الحلول قد رجع فدعوى الدائن ".

٢ ـ وينقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

وتنص المادة ٢٩٨ على مايأتى :

" اذا اعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته ".

وتنص المادة ٢٩٩ على مايأتى :

اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب الصلحة فى الدين فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين " (١) .

ويتبين من هذه النصوص أنه اذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدائن كان له حق الرجوع على المدينين المتضامنين معه وحق الرجوع هذا اما أن يكون بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك فان الدين ينقسم على المدينين المتضامنين والأصل ان ينقسم حصصا متساوية بين الجميع مالم

---

(١) نقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٥ / ١٧٧ وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٩٧ ـ ٢٩٩ وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٨٤ ـ ٢٨٦ وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٣٤ ـ ٣٣٥ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩ ـ ٤٠ .

بوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك[1] وإذا كانت حصة المدينين المتضامنين عند انقسام الدين على الجميع فان كل مدين متضامن موسر يتحمل نصيبه في حصة المعسر من المدينين المتضامنين ، وذلك بنسبة حصته هو في الدين ، على أنه ان تبين أن واحدا أو اكثر من المدينين هم أصحاب المصلحة في الدين فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقي ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين في علاقتهم بالمدينين الآخرين .

وفي الفقه الاسلامي :

نرى أن المدين الموفي يكون له حق الرجوع على باقي المدينين فيكون على كل منهم أن يؤدي حصته بلا تضامن فيما بينهم ، الا أن طريقة الرجوع تتسم بطابع خاص وذلك أن المدين الذي رجع عليه الموفي يتحمل مع الموفي نصيب الباقين ثم يرجعان معا على هؤلاء الآخرين ، وبذلك يتحمل كل منهم في النهاية حصته في الدين مالم يمكن أحدهم معسرا فتتوزع حصته على الجميع .

أما موضوع الرجوع وشروطه وطريقته فيدرس في موضعه من هذا الفصل ونتناول هذا الموضوع بالدراسة في مبحثين كالآتي :

المبحث الأول :

رجوع المدين الموفي وأساسه الفقهي في الشريعة والقانون .

المبحث الثاني :

نصيب كل مدين متضامن في الدين في الشريعة والقانون .

---

(١) السنهوري الوسيط جـ٣ ص ٤٥٣ .

المبحث الأول

رجوع المدين الموفى وأساسه الفقهي

نتكلم أولا عن رجوع المدين الموفى على المدينين المتضامنين في مطلب أول ثم نخصص مطلبا ثانيا للكلام عن الأساس القانوني الفقهي للرجوع مع مقارنة اتجاه القانون بفقه الشريعة الاسلامية في كل مطلب .

المطلب الأول

رجوع المدين الموفى في الشريعة والقانون

التضامن لا يقوم الا في العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين أما فيما بينهم في علاقة المدينين بعضهم ببعض فان الدين ينقسم عليهم ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين كل بقدر حصته كما سيأتي ، والأصل أن ينقسم الدين حصصا متساوية اذا وفاه أحدهم ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (١) .

وحق الرجوع يثبت للمدين اذا وفى كل الدين كما جاء في صدر المادة ٢٩٧ سالفة الذكر وفي المدين المتضامن الدين كله للدائن اما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن واما لانه تقدم من تلقاء نفسه لوفاء الدين كله للدائن وليس للدائن في هذه الحالة أن يرفض هذا الوفاء .

وليس من الضروري حتى يثبت حق الرجوع للمدين أن يكون المدين قد وفى الدين فعلا بل يكفي ان يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء كالوفاء بمقابل أو بالتجديد الذي يعقده أحد المدينين مع الدائن فيترتب عليه

---

(١) دكتور أنور سلطان نفس المرجع السابق ص ٢٩١ .

انقضاء الدين بالنسبة لسائر المدينين دون ان يتحللوا بالدين الجديد والمقاصة التي تقع بين الدائن واحد المدينين المتضامنين اذا تمسك بها هذا المدين عند مطالبته الدائن له أو تمسك بها الدائن عند مطالبته المدين بماله فانقضى بها الالتزام التضامني كله أو انقضى منه مايزيد عن حصة هذا المدين (١) .

وحتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين يجب أن يكون الوفاء الذي قام به للدائن قد عاد عليهم بالفائدة أي أن يكون هو الذي ابرأ ذمتهم نحو الدائن فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه قد وفى عنهم وقام أحدهم بالوفاء للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الاول قد وفاه ثم اخطر سائر المدينين بأنه قد وفى الدين فان حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذي وفى مرة ثانية دون المدين الأول (٢) ولا يشترط أن يكون المدين قد وفّى الدين كله للدائن فيجوز له الرجوع ولو وفّى بعض الدين كل بنسبة حصته في الدين فيما دفعه ، كما يجوز الاتفاق بين أحد المدينين المتضامنين والدائن على دفع حصته فقط في الدين ، وحينئذ لا يكون له الرجوع على زملائه الا اذا دفع مايزيد عن حصته فيرجع بمقدار هذه الزيادة .

رجوع المدين الموفي في الفقه الاسلامي : شروطه وموضوعه وطريقته :

يقرر الفقهاء أن للمدين الموفي في الضمان التبادلي حق الرجوع على من وفى عنه بمقدار مايخصه في الدين ، وليس له الرجوع حتى يؤدي الدين (٣) وقد وضع الفقهاء للرجوع شروطا لابد من توافرها ومنها :

---

(١) الوسيط جـ٣ ص ٣٥٦ والدكتور اسماعيل غانم ص ٣٤٠ .

(٢) الوسيط جـ٣ ص ٣٥٦ .

(٣) المبسوط للسرخسي جـ٢٠ ص ٢٩ .

أولا : الإذن بالضمان :

يشترط لرجوع المدين الموفى على من أدى عنه أن يوجد اذنه ، ولا يشترط فى هذا الاذن ان يكون صريحا بل يكفى ان يدل عليه الحال بما لا يدع مجالا للشك فى ثبوته ولو لم يصدر الاذن صراحة يقول العلامة السرخسى : " ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بها وأيهما شاء أخذ بها ، اقرار كل واحد منهما بالمكتوب فى الصك بمنزلة أمر الأصيل لهما بالكفالة عنه ، وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه[1] ".

والأصل فى رجوع الضامن على المضمون عنه بما غرم وضمن باذنه ما روى عن عطاء عن عباس عن الفضل بن عباس قال : " أتانى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يوعك وعكا شديدا وقد عصب رأسه فقال خذ بيدى يا فضل فأخذت بيده حتى قعد على المنبر ثم قال : " .. فذكر الحديث الى أن قال : من كنت قد أخذت منه مالا فهذا مالى فليأخذ منه فقام رجل فقال يا رسول الله ان لى عندك ثلاثة دراهم ، فقال : أما أنا فلا أكذب قائلا ولا استحلف على يمين ، فيم كانت لك عندى ، قال : أما تذكر انك قد مررت سائل فأمرتنى فاعطيته ثلاثة دراهم فقال اعطه يا فضل .. رواه البيهقى "[2] .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث انه يفيد رجوع الرجل الذى دفع الثلاثة دراهم للسائل حين أمره النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم الفضل أن يعطه ما غرم فدل ذلك على رجوع الضامن على المضمون عنه بما غرم .

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ٢ ص ٣٨ .

(٢) السنن الكبرى جـ٦ ص ٢٧٤ ، ٧٥ .

ولذا اتفق الفقهاء على حق المدين الموفى فى الرجوع اذا صدر الأمر ممن وفى عنه بالوفاء ولكنهم اختلفوا عند عدم الأذن على النحو الآتى :

الرأى الأول لأبى حنيفة والشافعى :

ومضمون هذا الرأى انه اذا قضى المدين المتضامن الدين بغير اذن من أدى عنه فانه لايرجع عليه ، ويصرح الكاسانى بأن ثبوت ولاية المطالبة للكفيل على الأصيل لاتكون الا اذا كانت الكفالة بأمره (١) .

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلى على من عليه دين وقد ضمن على وأبو قتادة عن الميتين بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم بغير اذنهما فصلى عليهما النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى قتادة الآن بردت عليه جلده ، فلو كان اذا قضى عنه يستحق عليه الرجوع لم يبرد عليه جلده (٢) ولأن انتفاء الأذن - وأداء الموفى مع ذلك يعتبر قرينة على نية التبرع بذلك فيشبه مالو علف دابة أو طعم عبده (٣) .
ولايمكن اثبات المال فى ذمة المطلوب من غير رضاه ولذلك لايسترجع (٤)

الرأى الثانى : للامام مالك والامام أحمد :

وعندهما لايشترط الاذن للرجوع ، يقول الدسوقى فى حاشيته : " ويرجع الغارم (المؤدى) اسم فاعل بغير المؤدى اسم مفعول عن نفسه أى رجع من أدى الدين لربه على الضامن الآخر بغير القدر الذى أداه عن نفسه (٥) وهنا نلاحظ انه لم يشترط الأذن .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص ١١ .
(٢) المجموع جـ١٣ ص ٤٧٢ .
(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٩ ونهاية المحتاج للرملى جـ٣ ص ٤١٩ والهداية جـ٣ ص ٩٢ .
(٤) فتح القدير جـ٥ ص ٤٠٩ .
(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٠٧ وجواهر الاكليل جـ٢ ص ١١٣ والمدونة الكبرى جـ١١ ص ١١٢ .

ويقول البهوتي : ان قضى الضامن الدين ناويا الرجوع يرجع على المضمون عنه لأنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم اذا قضاه عنه عند امتناعه فكان له الرجوع ولو كان الضمان والقضاء بغير اذن المضمون او كان أحدهما بغير اذنه (١) .

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بأن الأداء عن الغير قضاء مبرئ من دين واجب فكان ممن ضمان من هو عليه قياسا على الحاكم اذا قضاه عنه عند امتناعه وردوا على أصحاب الاتجاه الأول بأن حديث على وأبي قتادة يفيد أنهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصدا لتبرئة ذمته ليصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما بأنه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشئ وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع ، فيجوز له أن يرجع (٢) .

ثانيا : أن يكون الاداء صادرا ممن يجوز اقراره على نفسه بالدين عند من يقولون به حتى لو كفل عن المحجور بأذنه فأداه لا يرجع لأن اذن الصبي بالضمان لا يصح لأنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان ، ولابد أن يضيف الضمان اليه بأن يقول عند الاذن اضمن عني .

ثالثا : اداء المال الى الطالب : أو ما يقوم مقامه فلا يطلق للمؤدي الرجوع قبل الأداء (٣) .

رابعا : ان لا يكون للأصيل على الضامن دين مثله لانقضاء الدين بالمقاصة هذا ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل لأن الهبة في معنى الاداء لانه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء (٤) .

---

(١) كشاف القناع للبهوتي جـ٣ ص ٢٧١ .

(٢) المغني لابن قدامة والشرح الكبير عليه جـ٥ ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٣٧٦ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني جـ٦ ص ١٣ .

ويفرق فقهاء المذهب الحنفي في الرجوع بين حالتين :

الحالة الأولى : وفيها يكون التزام المدينين بالضمان التبادلي تابعا لالتزام أصلي عليهم كما لو اشترى اثنان سلعة على أن كل واحد منهما ضامن لشريكه في نصف الثمن الذي يخصه ، حينئذ لو أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يؤد ما يؤديه عن حصته وهي النصف في المثال السابق .

يقول الزيلعي : " مدين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة [1] وذلك لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف كفيل فما يؤديه ينصرف الى ما عليه أصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الأصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لأن الأول دين ومطالبته والثاني مطالبة فقط فلا يعارضه الأول ولأن سبب الأول أقوى من سبب الثاني اذ هو الشيوع في الأول والكفالة في الثاني [2] " .

الحالة الثانية : وفيها يكون التزام المدينين في الضمان التبادلي التزاما تبعيا كما في حالة تعدد الكفلاء اذا كفل كل عن صاحبه ، فلو كفل اثنان رجلا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، فما أدى رجع بنصفه على شريكه ، وذلك لأن ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدي الى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد وذلك لأنه الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم [3] .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي جـ٤ ص١٦٧ وحاشية الشلبي عليه نفس المكان السابق .

(٢) نفس المرجع السابق وراجع فتح القدير جـ٥ ص ٤٣٦ وحاشية البابرتي على فتح القدير نفس المكان السابق وسعد جلبي على الشرح السابق نفس المكان السابق . وبدائع الصنائع جـ٦ ص ١٥ وقاضيخان جـ٣ ص٦٢ والاختيار جـ٢ ص٢٣ والمبسوط جـ١٩ ص١٨٣ .

(٣) تبيين الحقائق جـ٤ ص ١٦٨ وحاشية الشلبي عليه نفس المكان السابق وراجع فتح القدير جـ٤ ص ٤٣٧ والبابرتي على فتح القدير نفس المكان السابق والاختيار جـ٢ ص٢٤ .

أما غير الحنفية من الفقهاء فظاهر رأيهم أن الموفى يرجع على صاحبه بقدر ما غرم ولو لم يتجاوز الموعدى نصيبه فى الدين (١) .

هذا ويقرر ابن حزم الظاهرى أن الضامن لا يرجع أصلا سواء ضمن عنه بأمره أو بدون أمره (٢) .

وقد علل ذلك بأنه بالضمان قد سقط الحق عن المضمون عنه وبرئ . واستقر على الضامن فمن الباطل المتيقن والظلم الواضح أن يطالب الضامن من أجل أدائه حقا لزمه وصار عليه واستقر فى ذمته من لا حق قبله له ولا للذى أداه عنه وهذا لا خفاء به وما ندرى لمن قال بغيره حجة أصلا (٣) .

موضوع الرجوع :

ورجع الموعدى بما ضمن لا بما أدى حتى لو ضمن عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفا تجوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياد لأنه بالأداء ملك ما فى ذمة الأصيل فيرجع بالموعدى وهو الصحاح الجياد وهو ليس لما لزم بأداء الدين له أن يرجع بالموعدى لا بالدين لأنه بالأداء ما ملك الدين بل اقترض الموعدى فيرجع عليه بما أقرض وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيئا من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى (٤) .

---

(١) راجع : المدونة الكبرى جـ١٣ ص ١١١ وكشاف القناع للبهوتى جـ٣ ص ٣٧٠ والمغنى لابن قدامه جـ ٥ ص ٨٩ ونهاية المحتاج جـ٣ ص ٤٢ ومغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٩ والحلوة الوثقى جـ٢ ص ٣٢٧ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ١١٦ .

(٣) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص ١٥ وحاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٣٧٧ وفتح القدير جـ٥ ص ٤٠٩ والهداية جـ٣ ص ٩١ الطبعة الأخيرة .

طريقة الرجوع :

وتتلخص طريقة الرجوع بأن للمدين الموفى حق الرجوع على باقي المدينين فيكون على كل منهم أن يؤدي له حصته بلا تضامن فيما بينهم إلا أن الدين الذي رجع عليه الموفى يتحمل مع الموفى نصيب الباقين ثم يرجعان معا على هؤلاء الأخيرين(١) وبذلك يتحمل كل منهم في النهاية حصته في الدين فالحاضرون يتحملون نصيب الغائب وبذلك يضمن بعضهم بعضا ضد خطر الاعسار.

يقول الدسوقي في حاشيته : "ورجع من أدى الدين لربه على الغائم الآخر بخمس القدر الذي أدى لأنه عن نفسه بكل ما على الملتي ثم ساواه فيما غرمه عن غيره وذلك فيما اذا كانوا حملاء غرماء فاذا اشترى ثلاثة انفار مثلا سلعة بثلثمائة على كل مائة وكل حميل عن بعض فاذا لقي الباقي أحدهم أخذ منه الجميع مائة عن نفسه ومائتين عن صاحبه فاذا وجد الغارم أحدهما أخذه بمائة عن نفسه وبخمسين نصف ما على الثالث ثم كل من وجد الثالث أخذه بخمسين وأوضح مثال على ذلك مسألة المدونة التي أفردها الناس بالتأليف والتصنيف والتي تحلى نفس الطريقة(٢) .

---

(١) المبسوط جـ ٢٠ ص ٣٤ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٠٨ وحاشية الصاوي على الشرح الصغير جـ ٢ ص ١٤٣ وجواهر الاكليل جـ ٢ ص ١١٣ والمدونة الكبرى جـ ١٣ ص ١١٢ .

المطلب الثانى
الاساس الفقهى لرجوع المدين المتضامن الموفى فى الشريعة والقانون

يقرر الفقهاء ان المدين الموفى يرجع على المدينين المتضامنين الاخرين عند وفاته لكل الدين اما بالدعوى الشخصية acction personnelle وأما بدعوى الحلول acction en supragation وللدائن الموفى الخيار بالرجوع بأحدى هاتين الدعويين حسبما يتراءى له طبقا لما يعود عليه من الفوائد التى تترتب على كل منهما (١) .

١ - الرجوع بالدعوى الشخصية فى الشريعة والقانون :

يقرر فقهاء القانون ان المدين الموفى يرجع بالدعوى الشخصية اذا نظرنا الى الى سابق علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين فهم جميعا فى الغالب أصحاب مصلحة مشتركة فى الدين (٢) فاذا ادى واحد منهم الدين عن الباقى فهو اما أن يكون وكيلا عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدنى) واما ان يكون فضوليا يعمل لمصلحتهم فيرجع عليهم بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدنى) وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذى وفى الدين أن يرجع على كل من المدينين الاخرين بقدر حصته فيه ، وميزة هذه الدعوى الشخصية هى أنها تجعل للمدين الحق فى تقاضى فوائد عما دفعه للدائن زائدا على حصته لحساب المدينين الاخرين من يوم الدفع ذلك ان المدين اذا رجع بدعوى الوكالة فان المادة ٧١٠ مدنى تقضى بأنه :

---

(١) دكتور أنور سلطان أحكام الالتزام ص٢٩٣ والدكتور عبد المنعم البدراوى احكام الالتزام ص٢٨٢

(٢) د . لهيب شنب نفس المرجع السابق ص٤٠٣

" على الموكل ان يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مع الفوائد من وقت الانفاق " .

واذا هو رجع بدعوى الفضالة فان المادة ١٩٥ مدنى تقضى بأن : " يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها " .

وليست الفوائد التى يتقاضاها المدين المتضامن من المدينين الآخرين هى الفوائد التى ينتجها المدين الاصلى ، فهذه يسردها المدين مع أصل الدين وتلحق به ولكنها فوائد مستقله يتقاضاها بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى ، اذا كان هناك اتفاق على ذلك ، على مجموع المبالغ من رأس مال وفوائد ، والمصروفات التى اداها للدائن زائدا على حصته فى الدين ليتقاضاها حتى لو كان الدين الذى وفاه للدائن لا ينتج فوائد اصلا (١)

اساس الرجوع فى الفقه الاسلامى :

يقوم الضمان التبادلى وكما سبق البيان على نوع من النيابة بين الملتزمين فى الضمان التبادلى ومن ثم تكون قواعد الوكالة هى التى يجب اعمالها فى تلك الحالة .

على أن الوكيل وكما سلفت الاشارة يجب أن يلتزم جانب الحيطة والمصلحة فى تصرفاته والا فلا تسرى فى حق الموكل .

واذا كان المدين المتضامن الموفى يرجع على بقية المدينين المتضامنين معه بالدعوى الشخصية على أساس الوكالة فان الفقهاء قد صرحوا بأن للوكيل ان يرجع

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص ٣٦ والدكتور اسماعيل غانم احكام الالتزام ص ٣٤٠

"على الموكل فيما دفعه اذا تم التصرف فى حدود المصلحة طبقا لما يجرى العرف به".

وقد ورد فى باب الوكالة ان الوكيل يرجع على موكله بما دفع فاذا قال لغيره انفق علىّ فانفق رجع على الآمر بما انفق وان لم يشترط الرجوع وكذلك الأمر اذا وكله بالشراء فانه يرجع بالثمن ، ولو أمره ان يشترى له عبدا بألف درهم فاشتراه بألف الى العطاء ومات العبد فى يد الوكيل كان على الوكيل القيمة ثم يرجع بما ضمن من القيمة على الآمر (الموكل) [1] وذلك لأن دين الوكيل يقع على الموكل مادام التصرف بأذنه وما يقضى به عليه فعلى الموكل [2] .

وتتمثل قيمة ما يرجع به الوكيل على موكله فى جملة المبالغ التى أنفقها من اجل تنفيذ الوكالة فتشمل فضلا عن قيمة الشىء أجرة النقل واجر الوكيل عن عمله فى تنفيذ الوكالة فلو وكله بشراء ما يحتاج الى النقل من مكان الى آخر أو من مصر الى مصر فانه يرجع بالاجر على الموكل [3] كما يرجع الوكيل على موكله بأجر عمله وللوكيل حينئذ أجر المثل لانه عمل بعوض لم يسلم له [4] وعلى هذا يشمل الرجوع جملة ما غرمه فى تنفيذ الوكالة [5] " .

ويصوّر صاحب الفتاوى الخانية اساس رجوع الوكيل على الموكل بقوله : "أما الوكيل بالشراء إنما يرجع على الموكل لأنه فى الحكم كأنه اشتراه لنفسه ثم باعه من الموكل فيرجع على موكله بالثمن [6] ولأن توكيله أياه مع علمه بأن الحقوق ترجع اليه اذن منه يدفع الثمن عنه من ماله ، فصار كما لو اذن له صريحا فيرجع عليه به ، كما أن للوكيل أن يحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لتنزله منزلة البائع ، يقول صاحب المجموع بأن الثمن يقع على الوكيل وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن [7] .

---

(١) الفتاوى الهندية جـ٣ ص٦٤٢ ، ٦٤٤
(٢) نفس المرجع السابق ص٤٣٠
(٣) الفتاوى الهندية جـ٣ ص٦٤١
(٤) كشاف القناع للبهوتى جـ٣ ص٤٨٦
(٥) مغنى المحتاج جـ٢ ص٢٣١
(٦) قاضيخان جـ٣ ص٣٧
(٧) تبيين الحقائق للزيلعى وحاشية الشلبى عليه جـ٤ ص٢٦١

ويقرر الفقهاء ان الكفيل نائب فى الوفاء عن من كفله ، وان له على هـذا الاساس الرجوع على من ادّى عنه يقول الزيلعى : " وللمؤدى ان يرجع بما أدى لان اداء نائبه يعنى الكفيل كاداءه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه [1] وهـذا الاساس مبنى على اذن الموكل وهو الاصل ، فاذا لم يوجد اذنه : يكون اداء الوكيل فى هذه الحالة اداء من غير اذن فتحكمه قواعد الفضالة ، وقد قرر الفقهاء طبقا للرأى الراجح ان تصرفات الفضولى منعقدة لكنها موقوفة على اجازة صاحب الشأن فاذا صدر الاذن من الموكل فى هذه الحالة صار مركز الفضولى كالوكيل وحينئذ تسرى احكام الوكالة [2] .

خلاصة هذه الدراسة :

وتخلص من العرض السابق الى أن الوكيل يرجع على موكله بما غرمه فى تنفيذ الوكالة اذا تمت بأمره ، وأن تقدير المصلحة أمر يخضع للعرف وان ما يرجع به الوكيل لا يقتصر على قيمة ما يلزمه بالتصرف بل يدخل فيه ايضا أجر النقل واجر عمل الوكيل وأن اساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنية المستفادة من ظروف انشاء الضمان التبادلى وان دعوى الفضالة لا تقوم بصفة مستقلة ولكنها ترجع فى احكامها الى قواعد الوكالة بعد اجازة صاحب الشأن .

ولا يدخل معنا هنا فكرة الفوائد التى تنص عليها المادة ١٩٥ مدنى والتى يحق للمدين الموفى المطالبة بها ، وذلك لمنافاتها اساسا لقصد الشارع الحكيم سبحانه وتعالى ولبطلانها المطلق .

---

(١) حاشية الشلبى على التبيين ، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص٢٦١ ، وراجع فتح القدير جـ٥ ص٤٣٦ والبابرتى على فتح القدير نفس المكان السابق ومحمد جلبى على فتح القدير نفس المكان السابق .

(٢) راجع فى ذلك : رسالة الدكتور محمود شوكت المدوى نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ص٨٨ ، ٨٩

٢ — دعوى الحلول فى الشريعة والقانون :

على أن المدين المتضامن الموفى قد يرجع بدعوى الحلول أى بدعوى الدائن الذى وفاه الدين وقد خل محله فيه ، وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدنى التى تنص على أنه اذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الاتية :

(١ — اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه . . . . "

والمدين المتضامن الذى وفّى الدين ملزم به مع المدينين الآخرين فاذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين الآخرين .

ومزية دعوى الحلول هذه ان المدين المتضامن اذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التى كانت للدائن بعد أن حلّ محله ، اذ هو يرجع بنفس الدين الذى وفاه بماله من ضمانات لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة ، وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدنى اذ تقول : " من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى اداه من ماله من حل محل الدائن (١) .

واذا كانت دعوى الحلول تمتاز عن الدعوى الشخصية بالتأمينات فان الاخيرة تمتاز عن دعوى الحلول فى أمرين أولهما : اذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التى دفعها للدائن زائدا على حصته فى الدين كما سبق القول ، أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين الا فوائد الدين الاصلى التى يكون قد دفعها للدائن اذا كان هذا الدين من شأنه ان ينتج فوائد .

---

(١) السنهورى الوسيط ج٣ ص٣٦٠

على أن مبدأ الفوائد هذا مرفوض من أساسه فى الفقه الاسلامى فلا وجه للمقارنة بينهما فى هذه الحالة .

ثانيهما : يسرى التقادم بالنسبة الى الدعوى الشخصية من وقت وفاء المدين الدين للدائن ، فواقعة الوفاء هذه هى مصدر الدعوى الشخصية ، أما بالنسبة الدعوى الحلول فان التقادم كان ساريا من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين وبديهى أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء فتتقادم دعوى الحلول قبل أن تتقادم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانونا لكل من الدعويين مدة واحدة (١) .

وسواء رجع المدين الموفى بدعواه الشخصية أو بدعوى الدائن بماله من حق الحلول فلا يجوز له ان يرجع على أى من الدائنين الا بقدر حصته فى الدين م ١/٢٩٧ مدنى تطبيقا لقاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين (٢) .

دعوى الحلول فى الفقه الاسلامى :

وفى الفقه الاسلامى نرى أن المدين الموفى وان كان له ، الرجوع بالدعوى الشخصية على أساس وجود نيابة مفترضة بينه وبين من وفى عنه تخوله حق الرجوع بما غرم ، فليس هناك ما يمنع أن يرجع على من أدى عنه على أساس انه قد خل محل الطالب ، وهذا هو مفهوم دعوى الحلول فى القانون الوضعى ، وذلك لانه بالاداء كما يقول ابن الهمام ملك الدين فيصير كالطالب نفسه (٣) والطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو اقامة مقام نفسه فى استيفاء المال من الاصيل (٤) .

وهذا ما يقرره الزيلعى بقوله : " يرجع بالمال المضمون لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب (٥) " .

---

(١) نفس المرجع السابق ص٣٦١

(٢) دكتور اسماعيل غانم احكام الالتزام ص٣٤١

(٣) فتح القدير جـ٥ ص٤٠٩ والبابرتى على فتح القدير نفس المكان السابق .

(٤) ابن عابدين جـ٤ ص٣٧٧

(٥) تبيين الحقائق للزيلعى وحاشية الشلبى عليه جـ٤ ص٢٥٥

ويظهر مما سبق ان للمدين الموفى ان يحل محل الدائن ، واطلاق النصوص يدل على أن الحلول يشمل التأمينات التى كان يتمتع بها الطالب نفسه [1] اذ ملكيه الدين تفيد ملكيه توابعه .

واذا استبعدنا فكرة الفوائد التى يمكن أن يكون دين الدائن متميزا بها فى الفقه الوضعى لامكننا ان نلمس مدى تقارب المفهومين فى تلك الدعوى .

(١) يرى الدكتور شفيق شحاته ان المدين الموفى بالوفاء يحل محل الدائن فى حقوقه ماعدا التأمينات ، راجع نظريته العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٣٥٦

المبحث الثانـــى

نصيب كل من المدينين المتضامنين فى الدين فـــى الشريعة والقانـــون

يقتضـى الكـلام على نصـيب كل مدين متضامن فى الدين بيان تعيين حصة كل منهـم وتحصـل حصـة المعسـر وأصحاب المصلحـة فى الدين مع دراســـــة اتجـاه الشـريعة الاسـلامية مقارنا بالقانون ، وتتناول الكلام على ذلك فى مطلبين :

المطلـب الاولـــ : تعيين حصـة كل من المدينين المتضامنين فى الدين .

المطلـب الثانـى : تحصل حصـة المعسر وأصحاب المصلحة فـــى الديـن .

المطلب الاول

تعيين حصة كل من المدينين المتضامنين فى الالتزام

التضامنى فى الشريعة والقانون

الاصل فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ان ينقسم الدين عليهم كل بقدر حصته وذلك لان التضامن لا يقوم الا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين .

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر: " حتى ولوكان المدين الذى وفى الدين بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن " وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن بعد أن يستنزل حصته هو من الدين ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدى الى سلسلة من دعاوى للرجوع لامبرر لها اذا تعدد المدينون المتضامنون فالاولى من الناحية العملية ان يقسّم المدين الأول منذ البداية الدين على المدينين فلوكان لواربعه يرجع على كل منهم بما له ولا ضير عليه من هذا التقسيم فانه اذا وجد أحدهم معسرا رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم فى حصته المعسر (١) .

تعيين حصص المدينين المتضامنين فى الدين :

تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ مدنى : " وينقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " . فاذا وجد اتفاق بين المدينين المتضامنين منذ نشوء الدين على تعيين حصة كل منهم

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص٣٦٢

فيه وجب العمل بهذا الاتفاق . وقد يكون الاتفاق ضمنيا كما لو اشترى ثلاثة دارا على الشيوع للاول النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس وتضامنوا فى دفع الثمن للبائع فينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم فى الدار واذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد نص فى القانون برسم طريقة تعيين حصة كل مدين متضامن وجب اتباعه فاذا استدان الورثة متضامنين للانفاق على مصلحة التركة تعينت حصة كل منهم بحصته فى الميراث[1] وتنص المادة ١٦٩ مدنى على أنه : " اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض " فيجوز للقاضى أن يعين بموجب هذا النص حصة كل من المسئولين عن العمل الضار فى التعويض الذى يلتزمون به حسب جسامة خطأ كل منهم[2] .

فاذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يعين حصة كل مدين متضامن فى الدين لم يبق الا جعل حصص المدينين متساوية . وهذا الاتجاه يقسر كثيرا من المفهوم الفقهى فى الشريعة الاسلامية فالاصل ان يتبع كل مدين بحصته من الدين وينقسم على عدد الرءوس ولا يؤخذ بعضهم عن بعض[3] وهذا ما تنص عليه مجلة الاحكام العدلية فى المادة ١١١٣ حيث تقول : " اذا باع أحد مالا لاثنين فيطالب كل واحد منهما بحصته على حدة ولا يطلب دين احدهما من الاخر "

على أن هذا الاصل قد يحد منه شرط يخرج عليه فيزيد من بعض الحصص وينقص من الاخرى تقتضيه ظروف التصرف والمؤمنون عند شروطهم[4] .

---

(١) دكتور انور سلطان احكام الالتزام ص ٢٩١

(٢) السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ٣٦٣ والدكتور اسماعيل غانم احكام الالتزام ص ٣٣٨

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٠٧

(٤) راجع فى هذا المعنى الدكتور صبحى محمصانى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ص ٣٦٥ وحاشية الدسوقى نفس المكان السابق .

المطلب الثانى
تحمل حصة المدين المعسر وأصحاب المصلحة فى الالتزام التضامنى

أولا : تحمل حصة المدين المتضامن المعسر فى الشريعة والقانون :

يتحمل المدينون المتضامنون الموسرون حصة المعسرين منهم وقد نصت على ذلك المادة ٢٩٨ مدنى بقولها : " اذا اعسر احد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته فى الدين .

وهنا نلمس فكرة التضامن حتى فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم على تحمل حصة المعسر منهم ، ولكن هذه الحصة تنقسم بينهم بنسبة الحصة الاصلية لكل منهم فى الدين فلا يرجع المدين الذى وفى كل الدين على أى من المدينين الموسرين الا بمقدار حصته ونصيبه فقط فى حصة المعسر ، والمدين المعسر أما من الدين أو من التضامن يتحمل ايضا نصيبه فى حصة المعسر ما لم يخله الدائن من قيام المسئولية (١) .

والعبرة فى الاعسار ان يقوم وقت الوفاء للدائن فاذا وقع بعد هذا الوقت تحمل المدين الذى وفى الدين وحده حصة المعسر الا اذا اثبت انه لم يقصر اطلاقا فى المحافظة على حقه ضد المدين المعسر (٢) .

---

(١) نفس المرجع السابق ص٣٦٥

(٢) راجع فى ذلك الموسوعة الكبرى جـ١٣ ص١١٢ وحاشية الصاوى على الشرح الصغير جـ٢ ص١٤٣ والمبسوط للسرخسى جـ١٩ ص١٨٣

---

(١) السنهورى الوسيط جـ٣ ص٣٦٤

(٢) نفس المرجع السابق ص٣٦٥

وفى الفقه الاسلامى :

يرجع الدافع بالقدر الزائد على حصته على باقى المدينين ويلزم من رجع عليه ان يتحمل معه نصيب الباقين وتتعدد الرجوعات بعد ذلك لتستوى الحصص فيما بين المدينين جميعا (١) وهذا النظام فى حد ذاته يكفل توزيع حصة المعسر على من يقدر على الوفاء من المدينين فى الضمان التبادلى .

ثانيا : تحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين :

تنص المادة ٢٩٩ مدنى على أنه : " اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين " .

يظهر من هذا النص ان هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعا أصحاب المصلحة فى الدين بل يقتصر على واحد منهم أو أكثر . ومثال ذلك ما اذا أبرم شخصان عقد قرض بمبلغ ألف جنيه واستأثر مدين واحد منهم فقط بكل مبلغ القرض فان هذا المدين يعتبر وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمله كله بحيث لا ينقسم الدين عليه وعلى المدين الاخر الذى لا يكون مدينا الا فى علاقته بالدائن فقط (٢) .

هناك اذا أحوال يكون أحد المدينين المتضامنين فيها هو المدين الأصلى أما المدينون الآخرون فليسوا فى الحقيقة سوى ضامنين وان ظهروا فى علاقتهم بالدائن بمظهر المدينين الأصليين ففى هذه الحالات يعامل المدينون فى علاقتهم بالدائن طبقا لقواعد التضامن فيعتبر كل مدين منهم مدينا اصليا بكل الدين .

(١) راجع فى ذلك المدونة الكبرى جـ١٣ ص١١٢ ، وحاشية الصاوى على الشرح الصغير جـ٢ ص١٤٣ والمبسوط للسرخسى جـ١٩ ص١٨٣

(٢) د . لبيب شنب ودروس فى أحكام الالتزام ص٤٠٢

أما فى علاقتهم فيما بينهم فتطبق قواعد الكفالة بمعنى أن الدين لا ينقسم بينهم وبين المدين الاصلى بل يتحمله المدين الاصلى وحده (١) .

وطبقا لنص المادة ٢٩٩ : " اذا كان صاحب المصلحة فى الدين هو الذى وفاه لم يكن له الرجوع على الباقين ، واذا كان الموفى أخذ المدينين الآخرين كان له الرجوع على المدين الاصلى بكل الدين ، واذا تعدد المدينون الاصليون كان للمدين الضامن ان يرجع على أى منهم بكل ما دفعه تطبيقا للمادة ٨٠١ فى الكفالة فلا يكون ملزما بتقسيم الرجوع عليهم ولا يتحمل نصيبا فى الدين (٢) .

هذا وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه ، فاذا أوفى احدهم الدين كله سواء بدفعه مباشرة للدائن أو لوفاته لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه للدائن رجع على اللباقى من اصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين .

واذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته اياه واراد الرجوع على أصحاب المصلحة فى الدين فوجدهم معسرين جميعا رجع عند ذلك على المدينين غير اصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين فاذا لم يكن متفقا على تعيين حصة كل منهم كانوا جميعا متساوين فى الحصص (٣) .

---

(١) دكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص٣٣٩

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين وراجع د . لبيب نفس نفس المرجع والمكان السابقين والدكتور السنهورى الوسيط ج٣ ص٣٧١

(٣) السنهورى الوسيط ج٣ ص٣٧٢ حيث يصرح بأننا حينئذ تكون قد طبقنا أحكام الكفالة ، وقد ورد فى هذا المعنى نص صريح فى التقنين المدنى المصرى إذ تقضى المادة ٧٩٦ من هذا التقنين بأنه : " اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى احدهم الدين عند حلوله كان له ان يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم " ، راجع نفس المرجع والمكان السابقين هامش (١)

الخاتمة

تتضمن هذه الخاتمة أهم نتائج البحث وتسجيلا لبعض المقترحات التى تتصل به ، كما تتضمن تقنينا للالتزام التضامنى مستمدا من أحكام الشريعة الاسلامية على ضوء دراسة الموضوع .

أولا : أهم نتائج البحث :

قبل استعراض النتائج التى توصلنا اليها من خلال البحث يجدر أن نقرر بادىء ذى بدء أن الطريقة التى عالج بها الفقه الاسلامى موضوع الضمان التبادلى لتكشف عن مدى الاصالة والسخاء التى تزخر بها كتب الشريعة الاسلامية فى شتى المسائل التى تمس حياة الناس وتعالج قضاياهم والتى من أهمها جانب المعاملات .

وقد أمكن من خلال استعراض بعض النصوص المتفرقة بين ثنايا هذا التراث الضخم استجلاء احكام هذا الموضوع المهم ، على خطره وتعدد روابطه وتشابك علاقاته بطريقة لا تقل فى سلاسة عرضها ، وترتيب فكرتها بدقة وموضوعية عن ذلك النهج الذى أختطه الفقه الوضعى ، وهو بصدد معالجته لموضوع التضامن السلبى ، مع ملاحظة استقلال الفقه الاسلامى وبروز نظرته فى هذا المضمار وهذا الامر يجب أن يستلفت النظر ويحبذ الاهتمام بهذا التراث العظيم خاصة فى هذا الوقت الذى تسعى فيه لصياغة حياتنا التشريعية وفق أحكام شريعة الله العادلة .

وأهم النتائج التى توصلنا اليها :

١ ـ يرتبط مفهوم الالتزام فى نطاق الدراسات الوضعية بأرادة الطرفين طبقا لمبدأ سلطان الارادة فالارادة هى التى تنشئه وهى التى تحدد مداه وهذا أمر لا يسمح به الفقه الاسلامى ، لان دور الارادة فيه لا يعدو أن يكون سببا جعليا فى الالتزام يرتب الشارع عليه أحكامه .

٢ ـ ان الذمة وعاء صالح لان تتعلق بها جميع الالتزامات ، وان شغل الذمة يكون بترتيب الشارع سبحانه وتعالى بناء على أسباب معينة ، وهذه الاسباب قد تكون ارادته كما فى العقود والتصرفات الارادية ، وقد تكون غير ارادية كما فى الحالات الموجبة للضمان ، وأن الزام الشارع للمكلف موجود فى حالتى الالتزامات الارادية وغير الارادية .

٣ — ان الالتزام فى الشريعة الاسلامية قد يتعدد اطرافه ايجابا وسلبا بأن يتعدد الدائنون أو المدينون ، وتعدد المدينين قد يكون دون تضامن وقد يكون فى التزام غير قابل للتجزئة أو مع التضامن وأن اتجاه القانون يقترب من الشريعة فى تلك التقسيمات .

٤ — يتميز الالتزام التضامنى فى فقه القانون بأنه لا يتصور وجوده الا فى مواجهة مدين معين ، وأنه لا يتقرر الا بالاتفاق أو بنص فى القانون . وهذه المعانى تقترب من مفهوم الفقه الاسلامى فى الضمان التبادلى .

٥ — يختلف الضمان التبادلى عن الكفالة فى الفقه الاسلامى فى السبب الذى يترتب عليه كل منهما ، ونطاق المسئولية ووقت تشوفها فيهما : فسبب الالتزام بالضمان التبادلى الايجاب والقبول الواردين عليه أو تقرير الشارع ذلك كما فى شركة المفاوضة ، على حين أن سبب الالتزام بالكفالة الايجاب والقبول الواردين عليها .

كما يختلف نطاق المسئولية فى كل منهما فاذا كانت الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بالدين مطلقا ، فهى فى الضمان التبادلى : ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بكل الدين ثم ان الكفالة غالبا ما تنشأ تابعة لالتزام أصلى ، والضمان التبادلى قلما ينشأ كالتزام تبعى .

٦ — يعتبر الضمان السلبى نوعا من التأمين الشخصى توثيقا لحق الدائن وتسهيلا لاستيفائه ، ولذلك ينبغى أن يعاد النظر فى موضعه من نظرية الالتزام والضمان التبادلى ، وان كان نوعا من التأمين يصل التوثق فى الى أقصى غاياته ، الا أنه كتأمين شخصى يخضع للنظرة الانسانية الشاملة التى يسبغ بها الفقه الاسلامى العلاقة ما بين الدائن والمدين تحقيقا للموازنة بين المراكز ، الامر الذى يفتقده القانون الوضعى ولذلك يمكن أن نقرر أن الضمان التبادلى ، توثيق للدين فى اطار نظرة انسانية .

٧ — يختلف التضامن السلبى فى التقنين المدنى عنه فى التقنين التجارى فى الآتى :

أولا : فى القانون المدنى يجوز للدائن مخاصمة كل المدينين مجتمعين أو منفردين ولا يترتب على مخاصمة أحدهم منفردا سقوط حق الدائن فى مطالبة الاخرين • أما القانون التجارى فقد أقام قرينة بمقتضاها أنه اذا خاصم الحامل أحد الملتزمين فى الورقة فالمفروض انه تنازل عند حقه فى مخاصمة الملتزمين اللاحقين لهذا الملتزم (م ١٦٤/٢ تجارى •

ثانيا : فى التضامن المدنى : اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له ان يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن • أما القانون التجارى فلم يأخذ بهذا الحكم • وانما قرر حق الملتزم الذى يدفع قيمة الورقة التجارية للحامل فى الرجوع على الملتزمين السابقين عليه بكل الدين •

ثالثا : فى التضامن المدنى : الدائن حر فى اختيار المدين المتضامن الذى يبدأه بالمطالبة دون أن يكون مقيدا بمطالبة أحد المدينين على وجه اليقين • أما حامل الورقة التجارية فمجبر على البدء بمطالبة ملتزم معين هو المحرر فى السند للامر والمسحوب عليه القابل فى الكمبيالة ولا يجوز للحامل أن يوجه المطالبة الى الملتزمين الاخرين الا اذا أثبت امتناع الملتزم المذكور عن الدفع فى ورقة رسمية هى البروتستو •

ولا نرى فى الفقه الاسلامى مقابلا لهذه الفوارق • ولعل السبب فى ذلك أنه لا يقر التفرقة التشريعية بين الاعمال المدنية والاعمال التجارية •

٨ — يرمى القانون من النص على تقرير التضامن السلبى فى شتى مناحى التقنينات المختلفة الى تحقيق غايات من أهمها : التيسير عن فرض المتعاقدين أو من أجل تقرير نوع معين من الحماية لشخص يفتقر مركزه فى الالتزام اليها • أو جزاء لما وقع من الخطأ المشترك حيث يستحيل تعيين نصيب كل شريك فى المسئولية وقد رأينا أن الفقه الاسلامى ينص على تقرير

الضمان التبادلى فى شركة المفاوضة وعند تعدد المسئولين عن الفعل المحظور اذا ترتب عليه ضرر مالى فقط •

٩ — تخضع روابط المدينين فى الضمان التبادلى لاصل هام هو الوحدة الموضوعية لاصل الالتزام والتى تتمثل فى أ:

١ — وحدة السبب الذى انشأ الالتزام •

٢ — مع الوحدة الزمنية التى نشأ فيها •

فاذا تحققت الوحدة الموضوعية الاصل الالتزام بشقيها فالاصل أن ما يسرى عليس أحد المدينين يسرى على الاخر ما لم تقرر ارادة الدائن غير ذلك أما اذا اختل مبدأ الوحدة الموضوعية فأن الفقهاء يفرقون فى المسئولية من حيث جسامتها بين الالتزام اصالة والالتزام التبعى اذا اجتمعا فى عقد الضمان التبادلى •

١٠ — يقرر القانون تقادم الحق بمضى المدة ويرتب عليه براءة ذمة المدينين فى التضامن السلبى والفقه الاسلامى وان كان يقرر عدم سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنه فى غير دعوى الوقف والارث ، وفيهما بعد مضى ثلاث وثلاثين سنه الا أنه لا يرتب على ذلك سقوط الحق الذى لا يسقط بمعنى المدة •

١١ — يقوم الضمان التبادلى على نوع من النيابة القاصرة التى يفترض قيامها بين المدينين به ومفادها اداء الدين • ويترتب عليها حق المدنى فى الرجوع على من ادى عنه بأذنه ولما كان الفقهاء يقررون ان النائب يجب ان يلتزم جانب الحيطة والحذر ابتغاء مصلحة الموكل طبقا لما يقرره العرف والا تحمل مغبة تصرفاته الضارة ، لذلك تعتبر النيابة فى حدود المنفعة وان مفهوم القانون يقترب من نظرة الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد •

١٢ — ان لرجوع المدين الموفى فى التضامن السلبى بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول اساس فقهى فى الشريعة الاسلامية ، على أساس النيابة المفترضة وان تصرفات الفضولى ، وطبقا للرأى الراجح فى الفقه تخضع لاحكام الوكالة بعد اجازة تصرفه •

وعلى ضوء تلك الدراسة وما توصلنا اليه من نتائج فأننا نرى ضرورة الاهتمام بدراسة الفقه الاسلامى ، خاصة جانب المعاملات فيه ، دراسة جادة بغية الوصول الى صياغة موضوعية تستمد اساسها من هذا التراث الخصيب ، وليتسنى وضع تقنينات واضحة نجد سبيلها للحياة فى شتى جوانبها .

وهناك جهات علمية متعددة تعمل فى اطار هذه الغاية النبيلة ، ولو أمكن توحيد هذه الجهات لحققت مجتمعة ما لا يمكن أن تحققه كل جهة منها على حدة وكما نلفت النظر لذلك فأننا نوصى ثانية بضرورة الاهتمام بالبحث وبالباحثين فى هذا الميدان العظيم .

ثانيا : تقنين مقترح للالتزام التضامني في الفقه الاسلامي :

١ — المادة الاولى :

في الضمان التبادلي للدائن ان يطالب كل واحد من المدينين بجميع الدين .

٢ — المادة الثانية :

ينشأ الضمان التبادلي في جميع أنواع المعاملات بالارادة ويعتبر وجوده في شركة المفاوضة وعند وقوع الفعل المحظور اذا ترتب عليه ضرر مالي .

٣ — المادة الثالثة :

للدائن ان يطالب المدينين في الضمان التبادلي مجتمعين أو متفرقين بكل الدين واذا اتخذ اجراء ضد احدهم لا يفقده حق مطالبة الباقين بكل الدين أو ما تبقى منه .

٤ — المادة الرابعة :

يبرأ جميع المدينين اذا قام أحدهم بالوفاء ، أو ما يقوم مقامه كالابراء وهبة الدين واتحاد الذمة والمقاصة والصلح ، ولا يترتب على تقادم الدعوى سقوط الحق ديانة .

٥ — المادة الخامسة :

اذا أبرأ الدائن أحد المدينين في الضمان التبادلي أو أجل الدين عليه فان هذا التصرف يسري على الباقين اذا اتحد سبب الالتزام . اما اذا اختلف سبب الالتزام فلا يسري على الاصيل ما لم يقرر الدائن غير ذلك .

٦ — المادة السادسة :

المدين الموفي نائب عن الآخرين وله أن يرجع عليهم بما اداه زائدا على نصيبه في الدين اذا وجد الاذن وكان غير أصيل في الالتزام .

٧ — المادة السابعة :

يوزع نصيب المدينين الغائبين على الحاضرين منهم ، ولهؤلاء الآخرين الرجوع عليهم ، ويثبت حق الرجوع اذا كان الدين قد انقضى بالوفاء أو ما يقوم مقامه .

٨ — المادة الثامنة :

يرجع المدين الموفى بما كان يجب اداؤه أصلا بصرف النظر عما أداه بالفعل .

" وقل رب زدني علما "

مراجـــع الرســالة

القســـم الاول :

مراجـع فى الشـريعة الاسلامية •

القسم الثانـى :

مراجـع فى القانـــون •

القسم الاول

مراجع فى الشريعة الاسلامية

١ ـ القرآن الكريم : .

النوع الاول : كتب فى التفسير

٢ ـ المنتخب : فى تفسير القرآن الكريم لجنة القرآن والسنة بالمجلس الاعلى للشئون الاسلامية ، القاهرة ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م .

٣ ـ ابن العربى : ابو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ، أحكام القرآن ، القسم الاول ، الطبعة الاولى ١٩٥٧ ، دار احياء الكتب العربية ، موجود بمكتبة معهد الدراسات العربية

٤ ـ القرطبى : ابو عبد الله محمد بن احمد الانصارى ، الجامع لاحكام القرآن الكريم ، الجزء الثالث والجزء الرابع ، مطبعة دار الكتب المصرية ، موجود بمكتبة معهد الدراسات العربية بالقاهرة .

٥ ـ الرازى : الامام محمد الرازى فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الرى ، وبهامشه تفسير العلامة ابو السعود الجزء الثامن ، موجود بمكتبة معهد الدراسات العربية .

٦ ـ رضا : الامام السيد محمد رشيد ، تفسير القرآن الحكيم المسمى تفسير المنار ، الجزء الثالث ، طبعة ١٩٧٣ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، موجود بمكتبتى الخاصة .

٧ ـ الخازن : الشيخ علاء الدين على بن محمد البغدادى المعروف بالخازن تفسير القرآن الجليل ، المسمى بباب التاويل فى معانى التنزيل ، وبهامشه التفسير المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل لابى البركات عبد الله النسفى ، الجزء الثالث .

٨ ـ خـــان : الامام المجتهد والمحقق الهمام ، صديق حسن المتوفـى عام ١٣٠٧هـ ، فتح البيان فى مقاصد القرآن ، الجـزء الاول ، طبعة أكتوبر ١٩٦٥م ، الناشر: عبد المحى على محمود ، موجود بمكتبة معهد الدراسات العربيـة .

النوع الثانـى : كتب فى الحديث

٩ ـ البخـارى : ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغـيره ابن بردزبه المتوفى عام ٢٥٦هـ صحيح البخارى بشـرح الكرمانى ، الجزء العاشـر ، مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد ١٣ الصنادقيه بميدان الازهـر .

١٠ ـ البيهقـى : امام المحدثين الحافظ الجليل أبو بكر احمد بن الحسـين بن على المتوفى ٨٥٤هـ ، السنن الكبرى ، الجزء السادس الطبعة الاولى ، بيروت .

١١ ـ الزيلعـى : الامام الحافظ العلامة جمال الدين ابى محمد عبد اللـه ابن يوسـف الحنفى المتوفى عام ٧٦٢هـ .
نصب الراية لاحاديث الهداية ، الجزء الثالث والرابـع طبعة المجلس العلمى بالهند سنه ١٩٣٨م .

١٢ ـ ابن ماجـه : ابو عبد الله محمد بن يزيد الربعى القزوينى المتوفى عـام ٢٧٣هـ ، سنن ابن ماجه ، الجزء الثانى ، الطبعـة الاولى سنه ١٣١٣هـ ، وبهامشه حاشية السندى المتوفـى عام ١١٣٨هـ ، المطبعة العلمية بمصر .

١٣ ـ العسـقلانى : ابو الفضل شهاب الدين بن احمد بن على بن حجر المتوفى عام ٨٥٢هـ ، الدراية فى تخريج احاديث الهداية ، مطابع دهلى الهند عام ١٣٥٠هـ .

١٤ - السيوطى : جلال الدين عبد الرحمن بن ابى بكر المتوفى عام ٩١١هـ الجامع الصغير ، الجزء الاول ، المكتبة التجارية مصطفى البابى الحلبى ، ليس عليه تاريخ طبعة .

النوع الثالث : كتب فى اللغة

١٥ - الزمخشرى : اساس البلاغة ، طبعة ١٩٦٥ ، دار صادر بيروت للطبع والنشر .

١٦ - معلوف : لويس ، المنجد فى اللغة والاداب والعلوم ، الطبعة الجديدة ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت .

١٧ - معجم الفاظ القرآن الكريم : اعداد مجمع اللغة العربية ، الجزء الاول ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، موجود بمكتبتى الخاصة .

١٨ - ابن منظور : الامام العلامة أبو الفضل جمال الدين بن مكرم الافريقى المصرى : لسان العرب ، الطبعة الاولى ، دار صادر بيروت عام ١٩٥٥ ، مادة قصص .

١٩ - الفيومى : احمد بن محمد المتوفى عام ٧٧٠هـ المصباح المنير ، الجزء الاول والثانى ، طبع المطبعة الخيرية عام ١٣١٠هـ .

٢٠ - الرازى : الامام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح طبعة دار المعارف .

٢١ - شرف : الدكتور حسين محمد ، الوسيط فى التصريف ، الطبعة الاولى ١٩٧٨م .

النوع الرابع : كتب فى أصول الفقـــــه

٢٢ ـ الاسنـــوى : عبد الرحيم بن الحسن بن على المتوفى عـــام ٦١٥هـ نهاية السول فى شرح منهاج الوصول الى علم الاصـول الجزء الثانى ، مطبعة صبيح بالقاهرة .

٢٣ ـ البخـــارى : عبد العزيز : كشف الاسرار على أصول فخر الاسلام ابى الحسن على بن محمد بن حسين البزدوى المتوفى عام ٣٧٠هـ ، الجزء الثالث ، طبعة ١٣٠٨هـ ، طبع اولنمشـــد ر ، موجود بمكتبة معهد الدراسات العربية .

٢٤ ـ المحبوبـــى : صدر الشريعة عبد الله بن مسعود بن محمود المتوفـى عام ٧٤٧هـ ، التوضيح شرح متن التنقيح ، الجـــزء الاول والثانى ، موجود بمكتبة كلية الشريعة والقانون .

٢٥ ـ السيوطـــى : الامام جلال الدين عبد الرحمن المتوفى عام ٩١١هـ الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية ، الطبعة الاخيرة ١٣٧٨هـ ١٩٥٩م .

٢٦ ـ ابن عبد السلام : سلطان العلماء ابو محمد عز الدين عبد العزيـــــز ابن عبد السلام السلمى المتوفى عام ٦٦٠هـ ، قواعد الاحكام فى مصالح الانام ، الجزء الثانى ، مطبعـــة الاستقامة بالقاهرة ، موجود بمكتبة كلية الشريعـــــة والقانون بالقاهرة .

٢٧ ـ القرافـــــى : الامام العلامة شهاب الدين ابى العباس احمد بـــن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجى : الفروق ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ١٣٤٦هـ ..

٢٨ — التفتازانـــى : سعد الدين مسعود بن عمر المتوفى عام ٧٩٣ هـ ٠ التلويح شرح بالمتون على التوضيح لصدر الشريعة الجـزء الاول والثانى — دار المعهد الجديد للطباعة — ليس عليه تاريخ طبعة موجود بمكتبه كلية الشريعة والقانـون بالقاهـرة ٠

النوع الخامس : كتب فى الفقه الاسلامى

أولا : المذهب الحنفى :

٢٩ — أحمـــد : السيد عبد الله : عدة أرباب الفتوى الطبعة الاولـى ١٣٠٤ هـ المطبعة الكبرى الاميرية — مكتبة كلية حقـوق القاهرة ٠

٣٠ — البابرتـــى : الامام اكمل الدين محمد بن محمود المتوفى سنة ٧٨٦ هـ شرح العناية بهامش الفتح للكمال بن الهمام — الجـزء الخاص المكتبة التجاريـة ٠

٣١ — ابـن البـزاز : الامام محمد بن محمد بن شهاب الكردى الحنفى المتوفى عام ٨٢٧ هـ الفتاوى البزازية — الطبعة الثانيـة ١٣١٠هـ مطبعة بولاق ٠

٣٢ — جماعة من علماء الهند : النظام مع الجماعة — الفتاوى الهندية — المسماه بالفتاوى العالمكيرية الجزء الثالث — الطبعة الثانية سنة ١٣١٠هـ مطبعة بولاق موجود بمكتبى الخاصـة ٠

٣٣ — ابـن الهمـــام : الامام كمال الدين محمد بـن عبد الواحد السيواسى ثـم السكندرى الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ هـ شرح فتح القديـر على الهداية شرح بداية المبتدى للمرغنانى — الجزء الخامس المكتبة التجاريـة — موجود بمكتبتى الخاصـة ٠

٣٤ — الزيلعـــى : فخر الدين عثمان بن على الحنفى :تبيين الحقائق شـــرح كنـز الدقائق الجزء الرابع الطبعة الاولى سنة ١٣١٤ هـ بولاق — موجود بمكتبتى الخاصـة .

٣٥ — الطحـــاوى : العلامة أحمد بن محمد بن اسماعيل توفى سنـة ١٢٣١هـ حاشية على الدر المختار شرح تنوير الابصار — مع الشرح المذكور الجزء الثانى والثالث — الطبعة الثالثة — مطبعة بولاق سنة ١٢٨٢ هـ مكتبة معهد الدراسات العربيـة .

٣٦ — الكاسانـــى : علاء الدين أبو بكر بن مسعود الملقب بملك العلمـــاء والمتوفى عام ٥٨٧ هـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائـع الجزء السادس — الطبعة الاولى ١٣٢٨ هـ ١٩١٠ م مطبعة الجمالية بالقاهرة — موجود بالمكتبة العامة لجامعة الازهـر .

٣٧ — الميرغنانـــى : شيخ الاسلام برهان الدين ابو الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المتوفى عام ٥٩٣هـ .
الهداية شرح بداية المبتدى الجزء الثالث الطبعة الاخيرة مطبعة مصطفى البابى الحلبى — موجود بمكتبتى الخاصـة .

٣٨ — الموصلـــى : الامام عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود ابو الفضـل مجد الدين المتوفى عام ٦٨٣هـ : الاختيار لتعليل المختار الجزء الثانى طبع على نفقة الادارة العامة للمعاهد الازهرية ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ م موجود بمكتبتى الخاصـة .

٣٩ — السرخســـى : شمس الدين أبو بكر محمد بن أبى سهل — المبسوط كتاب يحتوى على كتب ظاهر الرواية للامام محمد بن الحســـن الشيبانى عن الامام الاعظم أبى حنيفة النعمان — فى ثلاثين جزءا — الطبعة الاولى سنة ١٣٢٤ هـ مطبعة السعـــادة موجود بمكتبة معهد الدراسات العربية .

٤٠ ـ سعد جلبي : المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعد أفندي المتوفى عام ١٩٤٥ هـ حاشية على شرح العناية للبابرتي وعلى الهداية مطبوع على هامش فتح القدير نفس الجزء والطبعة السابقة .

٤١ ـ السمرقندي : علاء الدين تحفة الفقهاء الطبعة الأولى ١٩٥٩ هـ دمشق .

٤٢ ـ ابن عابدين : سعد امين بن عمر ـ حاشية رد المختار على الدر ـ المختار (شرح تنوير الأبصار) الطبعة الثالثة ١٢٩٩ هـ طبعة بولاق موجود بمكتبة مسجد الشبراوي بالقاهرة .

٤٣ ـ قاضيخان : الامام فخر الدين حسن بن منصور الاوزجندي الفرغاني المتوفى سنة ٢٩٥ هـ الفتاوى الخانية ـ مطبوع على هامش الفتاوى الهندية نفس الجزء والمطبعة .

٤٤ ـ الشلبي : الامام العلامة شهاب الدين أحمد حاشية على تبيين الحقائق للزيلعي نفس الجزء والطبعة السابقة .

ثانيا : المذهب المالكي :

٤٥ ـ الآبي : العالم الشيخ صالح عبد السميع الازهري ـ جواهر الاكليل شرح مختصر العلامة خليل ـ الجزء الثاني ـ دار احياء الكتب العربية موجود بمكتبتي الخاصة .

٤٦ ـ الدردير : ابو البركات سيدي أحمد المتوفى سنة ١٢٠١ هـ الشرح الكبير الجزء الثالث الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩ هـ .

٤٧ ـ الدسوقي : العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه حاشية على الشرح الكبير لابي البركات سيدي أحمد الدردير الطبعة الاولى ١٣٢٨ هـ ١٩٠٩ م مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر الجزء الثالث .

٤٨ ـ الحطاب : ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الأصل المتوفى عام ٩٥٤ هـ مواهب الجليل شرح مختصر خليل الجزء السادس الطبعة الاولى ١٣٢٩ هـ مطبعة السعادة بمصر .

٤٩ ـ مالـــــك : الامام أبن انس الاصبحى • المدونة الكبرى رواية سحنون ابن سعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن القاســـم • الطبعة الاولى سنة ١٣٢٣ هـ الجزء الثانى عشر والجـــزء الثالث عشر مطبعة السعادة وموجود بمكتبة كلية الشريعـــة والقانون بالقاهرة •

٥٠ ـ عليـــــش : العلامة الشيخ محمد : شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل وبهامشه حاشية المسماه تسهيل منح الجليل ـ الطبعة الاولى الجزء الثالث موجود بمكتبة معهد الدراسات العربية •

٥١ ـ الصـــــاوى : العلامة الشيخ احمد بن محمد المالكى بلغة السالك لاقرب المسالك حاشية على الشرح الصغير لسيدى أحمد الدردير الجزء الثانى طبعة بولاق سنة ١٢٨٩ هـ موجود بمكتبـــة مسجد الشبراوى بالقاهرة •

٥٢ ـ ابن رشـــد : ابو الوليد احمد بن محمد المشهور بالحفيد وبفيلســـوف قرطبة بالاندلس المتوفى عام ٥٩٥ هـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء الثانى طبعة سنة ١٣٣٩ مصطفى البابـــى الحلبى موجود بمكتبة مسجد الشبراوى •

٥٣ ـ التسولـــــى : ابو الحسن على بن عبد الاسلام ـ البهجة فى شرح التحفـة وبهامشة شرح التاودى المسمى بحلى المعاصم الجزء الثانـــى طبعة ١٣٧١ هـ المكتبة التجارية الكبرى موجود وبمكتبـــة كلية الشريعة •

ثالثا : المذهب الشافعى :

٥٤ ـ النـــــووى : الامام العلامة : أبو زكريا محيى الدين بن شرف البـــوذى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ المجموع شرح المهذب الجزء الثالـــث عشر تحقيق محمد نجيب المطيعى ـ الناشر زكريا على يوسـف مطبعة الامام بالقلعة موجود بمكتبة كلية الشريعة والقانـــون بالقاهـــرة •

٥٥ - قليوبى وعميره : الامامين المحققين المدققين الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميره : حاشيتين على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للشيخ محيى الدين النووى .
الجزء الثانى - ليس عليه تاريخ طبعة - دار احياء الكتب العربية موجود بمكتبتى الخاصة .

٥٦ - الرملى : الامام العلامة شمس الدين محمد بن الامام العارف بالله تعالى شهاب الدين احمد - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج وبهامشة حاشيتا الشبراملسى والرشيدى .
الجزء الثالث - موجود بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة وليس عليه تاريخ طبعه .

٥٧ - الرافعى : الامام الجليل ابو القاسم عبد الكريم بن محمد المتوفى سنة ٦٢٣ هـ فتح العزيز شرح الوجيز والشرح الكبير مع تكملة المجموع شرح المهذب للسبكى المتوفى سنة ٧٥٦هـ .
الجزء العاشر - مطبعة التضامن الاخوى .

٥٨ - الشافعى : الامام أبو عبد الله محمد بن ادريس - الام فى فروع الفقه برواية الربيع المرادى عنه . وبهامشة كتاب اختلاف الحديث له برواية الربيع ايضا - الجزء السابع الطبعة الاولى سنة ١٣٢٥ هـ موجود بمكتبتى الخاصة .

٥٩ - الشرقاوى : خاتم المحققين الشيخ عبد الله الخلوتى الشافعى - حاشية الشرقاوى على شرح التحرير لشيخ الاسلام زكريا الانصارى الجزء الثانى - دار احياء الكتب العربية ليس عليه تاريخ طبعة وموجود بمكتبتى الخاصة .

٦٠ - الخطيب : الشيخ محمد الشربينى :
١ - مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج - الجزء الثانى طبعة ١٣٥٢ هـ مصطفى البابى الحلبى وأولاده .
وموجود بمكتبة كلية الشريعة والقانون .

٢ — الاقناع فى حل الفاظ أبى شجاع ، وبهامشة حاشية حسن المدابغى — الجزء الثانى — مكتبة الكليات بالأزهر — ليس عليه تاريخ طبعة — وموجود بمكتبتى الخاصة .

رابعا : المذهب الحنبلى :

٦١ — البهوتى : الشيخ العلامة منصور بن يونس بن أدريس .
١ — كشاف القناع عن متن الاقناع — الجزء الثالث . مكتبة النصر الحديثة بالرياض — وموجود بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .
٢ — شرح منتهى الارادات مطبوع على هامش كشاف القناع الطبعة الأولى سنة ١٣٢٠ هـ الجزء الثانى موجود بمكتبة كلية الشريعة والقانون .

٦٢ — المقدسى : الامام شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر بن محمد بن احمد بن قوامه المتوفى سنة ٦٨٢ هـ . الشرح الكبير على متن المقنع مطبوع مع المغنى لابن قدامه نفس الجزء والطبعة .

٦٣ — ابن قدامه : الامام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المتوفى سنة ٦٣٠ هـ المغنى على مختصر الامام أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى — مطبعة المنار — بمصر — موجود بمكتبة كلية الشريعة والقانون .

٦٤ — ابن رجب : الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ هـ القواعد فى الفقه الاسلامى — الطبعة الأولى سنة ١٩٧١ م — الناشر مكتبة الكليات الأزهرية موجود بمكتبة حقوق القاهرة .

خامسا : فقه الشيعة :

١ - الزيدية :

٦٥ - ابن المرتضى : القاضى احمد بن يحيى المتوفى سنة ٨٤٠هـ
البحر الزخار - الجزء الرابع - الطبعة الاولى
سنة ١٩٤٩ م - مكتبة الخانجى بمصر .

٦٦ - الصنعانى : القاضى شرف الدين الحسين بن أحمد بن
الحسين السياغى الحيمى اليمنى المتوفى سنة ١٢٢١هـ
الروض النضير : الجزء الثالث الطبعة الاولى
١٣٤٨ هـ مطبعة السعادة - موجود بمكتبة كلية
الشريعة والقانون بالقاهرة .

٢ - الامامية :

٦٧ - الحلى : ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المتوفى
سنة ٦٧٦ هـ المختصر النافع فى فقه الامامية .
ليس عليه تاريخ طبعة . دار الكتاب العربى بمصر .

٦٨ - الطباطبائى : آية الله الشريف السيد محمد كاظم اليزدى
العروة الوثقى : ومعه حاشيه تعليقه للامام محمد
حسين الغروى النائينى - مطبعة العرفان
بصيدا سنة ١٣٤٩ هـ .
موجود بمكتبة كلية الشريعة و القانون بالقاهرة .

سادسا : الفقه الظاهرى :

٦٩ - ابن حزم : أبو محمد على بن أحمد بن سعيد المتوفى
سنة ٤٥٦ هـ - المحلى - الجزء الثامن - الطبعة
الاولى سنة ١٣٥٠ هـ ادارة الطباعة المنيرية .

النوع السادس : مؤلفات حديثة

أولا : الكتب :

٧٠ — ابراهيم : الشيخ أحمد مذكرة فى بيان الالتزامات وما يتعلق من الأحكام فى الشرع الاسلامى لطلاب الدراسات العليا طبعة ١٣٦٤ هـ — ١٩٤٥ م الناشر مكتبة عبد الله وهبه بمصر

٧١ — باز : سليم بن رستم اللبنانى كتاب شرح المجلة المجلد الأول — الطبعة الثانية بالمطبعة الأدبية ببيروت سنة ١٨٩٨ م .

٧٢ — الزرقا : الدكتور مصطفى : الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد الطبعة الرابعة ١٩٦٠ م . دمشق .

٧٣ — الزحيلى : الدكتور وهبه نظرية الضمان فى الفقه الاسلامى الطبعة الأولى سنة ١٩٧٠ م — دار الفكر بدمشق .

٧٤ — موسى : الدكتور محمد يوسف : الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته . الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ ، ١٩٥٢ م القاهرة — دار الكتاب العربى .

٧٥ — مدكور : محمد سلام : المدخل للفقه الاسلامى : الطبعة الرابعة ١٩٦٩ م دار النهضة العربية .

٧٦ — السنهورى : الدكتور عبد الرزاق أحمد مصادر الحق فى الفقه الاسلامى مقارنة بالفقه الغربى — الجزء الأول طبعة ١٩٦٧ م .

٧٧ — العطار : الدكتور عبد الناصر توفيق : نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية — الكتاب الأول ليس عليه تاريخ طبعة .

٧٨ — أبو الفتح : الاستاذ أحمد المعاملات فى الشريعة الاسلامية الكتاب الأول والثانى — الطبعة الثانية — مطبعة النهضة بشارع عبد العزيز بمصر .

٧٩ـ شحاتـــه : الدكتور شفيق : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعـــة الاسلامية الجزء الاول طرف الالتزام ـ مطبعة الاعتمـــاد بشارع حسن الاكبر بمصر.

٨٠ـ شلتـــوت: الامام الاكبر محمود ـ الاسلام عقيدة وشريعة ـ الطبعـــة الثانية ـ دار القلم بالقاهـــرة .

٨١ـ الخفيـــف : الشيخ على :

١ ـ الضمان فى الفقه الاسلامى ـ معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧١م .

٢ ـ مختصر احكام المعاملات الشرعية الطبعة الاولـــى سنة ١٩٤٩م.

٣ ـ الشركات فى الفقه الاسلامى بحوث مقارنة طبعة ١٩٧٨م

ثانيا : الرسائل العلميـــة :

٨٢ـ الزرقـــا : محمد احمد: حصـــة العمل فى الشركة رسالة ماجستيـــر فى الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون جامعة الازهـــر عام ١٩٧٨م.

٨٣ـ المعـــدوى: الدكتور محمود شوكت : نظرية العقد فى الشريعة الاسلامية رسالـــة لنيل درجة العالمية من كلية الشريعة جامعـــة القاهرة طبع استنسل ـ وموجوده بمكتبتى الخاصـــة .

٨٤ـ العكـــام : الدكتور محمد الفعل الموجب للضمان فى الفقه الاسلامـــى رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٧٧م.

٨٥ـ ابو غنيمـــة : الدكتور عبد العزيز ـ الالتزام العينى بين الشريعة والقانون رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ومطبوعة للمرة الاولـــى سنة ١٩٧٢م ـ دار النهضة العربية م[illegible]

ثالثا : البحوث والمقالات :

٨٦ـ بكيـــر : الاستاذ صالح مقال بعنوان المعاملات فى الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية..

منشور بمجلة الازهر المجلد العشرون ص٦ وما بعدها .

٨٧ـ هاشـــم : الدكتور أحمد عمر : بحث قرر لطلاب كلية أصـــول الدين بعنوان فى ظلال الهدى النبوى ـ الطبعة الثانية ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦م .

٨٨ـ مدكـــور : محمد سلام بحث بعنوان المقاصة فى الفقه الاسلامى ـ منشور بمجلة الاقتصاد والقانون العددين الأول والثانى من السنـــة الثامنه والعشرين والعدد الرابع مـــن السنة التاسعة والعشرين ـ مطبوع بمطبعة الفجالـــة الجديدة سنة ١٩٥٦م .

٨٩ـ ابو سنـــة : الدكتور محمد فهمى بحث بعنوان " نظرية الحق " منشور فى كتاب الفقه الاسلامى اساس التشريع لجنة تجليةمبادئ الشريعة الاسلامية بالمجلس الاعلى للشئون الاسلامية ١٩٧١ ص ٢٠٠ .

٩٠ـ فايـــد : الدكتور محمد حسن بحث فى المحكومه به والمحكوم عليـــه مطبعة الاجادة العالية بكلية الشريعة والقانون ـ ليس عليه تاريخ طبعه وموجود بمكتبتى الخاصة .

القسم الثانى

مراجع فى القانون

أولا : الكتب :

١ — امـــام : الدكتور محمد على — التأمينات الشخصية والعينية مطبعة نهضة مصر — وليس عليه تاريخ طبعـــة .

٢ — البـدراوى : الدكتور عبـد المنعم .
١ — النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتـــزام والجزء الثانى أحكام الالتزام والاثبات طبعة ١٩٧٥ الناشر سيد عبد الله وهبه .
٢ — المدخل الدراسة العلوم القانونية طبعة ١٩٦٦ دار النهضـة العربيـة ببيروت .

٣ — جـــاد : الدكتور حسن شرح القانون التجارى العراقى الجزء الأول طبعة ١٩٤٠ بغـداد .

٤ — أبـو الوفـا : الدكتور أحمد المرافعات المدنية والتجاريـة الطبعة / ١١ سنة ١٩٧٥ دار المعارف بمصـر .

٥ — الوكيـــل : الدكتور شمس : الموجز فى نظرية التأمينات منشأة دار المعارف اسكندرية ١٩٦٧م .

٦ — زكـــى : الدكتور جمال : مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٦م .

٧ — الحكيـم : الدكتور عبد المجيد — الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى الجزء الثانى — أحكام الالتزام الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٧ دار الحريـة للطباعـة ببغـداد .

٨ — طـــه : الدكتور مصطفى كمال الوجيز فى القانون التجارى الجزء الأول : الناشر منشأة المعارف بالأسكندريـة .

٩- أبو طالب : الدكتور صوفي حسن - القانون الروماني - احكام الالتزام طبعة ١٩٦٥ دار النهضة العربية .

١٠- بحسي : الدكتور عبد الودود - دروس في أحكام الالتزام ليس عليه تاريخ طبعة الناشر دار النهضة العربية .

١١- مرقس : الدكتور سليمان :
١ - أصول الالتزامات - الجزء الأول في مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ - دار النشر للجامعات المصرية .
٢ - عقد الكفالة طبعة ١٩٥٩ دار النشر للجامعات
٣ - شرح القانون المدني الجزء الثاني طبعة ١٩٧٧م .

١٢- مرسي : محمد كامل :
١ - التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية ١٩٣٠ .
مطبعة الرغائب أو نفس الكتاب طبعة ١٩٥٢ .
٢ - شرح القانون المدني الجديد الجزء الأول
طبعة ١٩٥٤م .

١٣- ممدوح : الدكتور عمر: القانون الروماني .
طبعة ١٩٦٦ دار المعارف

١٤ - منصور : الدكتور منصور مصطفى مذكرات في مصادر الالتزام طبع استنسل عام ١٩٧٢/٧١م .

١٥ - مازن : الدكتور محمد سامي : التعهدات والالتزامات الطبعة الأولى عام ١٩٢٣ شركة مطبعة الحقوق الملكية بمصر .

١٦ - النداوي : الدكتور صلاح الدين - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات طبعة ١٩٥٠م .

١٧ - السنهوري : الدكتور عبد الرزاق أحمد .
١ - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام طبعة ١٩٥٢ دار النشر للجامعات المصرية .

٢ — الوسيط الجزء الثالث (الاوصاف والحوالة والانقضاء)
طبعة ١٩٥٨ دار النهضة المصرية .

٣ — الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٣٨

١٨ — ابو ستيت : الدكتور أحمد حشمت نظرية الالتزام في القانون المدني المصري
طبعة ١٩٤٥م .
مكتبة عبد الله وهبه بمصر .

١٩ — سلطان : الدكتور أنور .
١ — النظرية العامة للالتزام — الجزء الثاني الطبعة الثانية
١٩٥٨ دار المعارف بمصر .
٢ — الموجز في النظرية العامة للالتزام .
دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني .
طبعة ١٩٧٢ — دار النهضة العربية للطباعة والنشر
بيروت .

٢٠ — عبد الرحيم : الدكتور ثروت علي : القانون التجاري المصري الجزء الأول
طبعة ١٩٧٨م — دار النهضة المصرية .

٢١ — عبد الله : الدكتور فتحي عبد الرحيم دروس في أحكام الالتزام طبعة ١٩٧٧
مكتبة الجلاء الجديدة .

٢٢ — عبد الباقي : الدكتور عبد الفتاح التأمينات الشخصية والعينية الطبعة
الثانية .

٢٣ — عباس : الدكتور محمد حسني — القانون التجاري العربي — طبعة ١٩٦٠
مكتبة النهضة المصرية .

٢٤ — عثمان : الدكتورة آمال عبد الرحيم — شرح قانون العقوبات القسم
الخاص — الطبعة الثانية ١٩٧٤ دار النهضة العربية .

٢٥ — عكـــاز : حامد — وعز الدين الدناصورى التعليق على قانون المرافعات الجديد — الطبعة الأولى ١٩٦٨ م .

٢٦ — الصـــدة : الدكتور عبد المنعم فرج .

١ — نظرية العقد فى قوانين البلاد العربيـة
طبعة ١٩٧٤ — دار النهضة العربية ببيروت .

٢ — مصادر الالتزام دراسة فى القانون اللبنانى والقانـون المصرى طبعة ١٩٧٤م .
دار النهضة العربية ببيروت .

٢٧ — القاضـــى : الدكتور محمد مختار الوجيز فى شرح العقود المدنية البيع والمقايضة — طبعة ١٩٧٤م .

٢٨ — شفيـــق : الدكتور محســن .

١ — الوسيط فى القانون التجارى المصـرى .
الجزء الأول والثانى — الطبعة الثالثة عام ١٩٥٧ م
مكتبة النهضـة المصريـة .

٢ — القانون التجارى المصرى — الأوراق التجارية الطبعـــة الأولى عام ١٩٥٤ — دار المعارف بالأسكندريـة .

٢٩ — شنـــب : الدكتور محمد لبيب دروس فى نظرية الالتزام : الالتزام — الاثبات وأحكام الالتزام طبعة ١٩٧٤ دار نافع للطباعـة .

٣٠ — شرقـــى : الدكتور بدر الدين — أحكام الشركات التجارية طبعة ١٩٧٢

٣١ — الخولـــى : الدكتور اكثـــم — الوسيط فى القانون التجارى .
الجزء الأول : الطبعة الأولى عام ١٩٥٦ مكتبة عبد الله وهبة .

٣٢ — ذهنـــى : الدكتور عبد السلام :

١ — فى الالتزامات النظرية العامة
ليس عليه تاريخ طبعة — مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية

٣ - نظرية الالتزامات عند الرهان طبعة سنة ١٩٢٣م .

٣٣ - غانم : الدكتور اسماعيل :

١ - مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٦

الناشر سيد عبد الله وهبه .

٢ - احكام الالتزام والاثبات طبعة ١٩٦٧ مكتبة عبد الله وهبه .

ثانيا : الرسائل العلمية :

٣٤ - الجنزوري : الدكتور سمير - الغرامة الجنائية دراسة مقارنة في الطبيعة القانونية للغرامة وقيمتها العقابية رسالة دكتوراه ١٩٦٢م .

منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية .

ثالثا : مراجع اخرى :

٣٥ -) مشروع القانون المدني - المذكرة الايضاحية الجزء الثاني طبعة وزارة العدل عام ١٩٤٢ - المطبعة الاميرية .

٣٦ - : مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثالث طبعة وزارة العدل - مطبعة أحمد مخيمر .

فهرس تفصيلي لمحتويات الرسالة

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة ...	
فصل تمهيدي : التعريف بالالتزام وتحدد أطرافه في الشريعة والقانون	
المبحث الأول : التعريف بالالتزام في الشريعة والقانون	٢
المطلب الأول : التعريف بالالتزام في فقه القانون	٢
المطلب الثاني : التعريف بالالتزام في الشريعة الاسلامية	٧
اتجاهات الفقهاء في التعريف بالالتزام في الفقه الاسلامي	١٠
تأصيل فكرة الالتزام في الفقه الاسلامي .	١٣
التعريف بالذمة وأساسها الشرعي .	١٥
الذمة ومحل الالتزامات بها .	١٨
تعريف الالتزام في الفقه الاسلامي .	٢٠
المبحث الثاني : تعدد طرفي الالتزام في الشريعة والقانون	٢١
المطلب الأول : الالتزام غير متعدد الأطراف في الشريعة والقانون	٢٣
أولا : الالتزام بالارادة المنفردة	٢٣
ثانيا : الالتزام بالارادة المرتبطة	٢٤
المطلب الثاني : الالتزام متعدد الأطراف في الشريعة والقانون	٢٥
أولا : تعدد المدينين في غير تضامن	٢٥
ثانيا : تعدد المدينين في التزام غير قابل للانقسام .	٢٩
ثالثا : تعدد المدينين مع التضامن .	٢٩
الباب الأول	
ماهية التضامن السلبي وتكييفه في الشريعة والقانون	
الفصل الأول : التعريف بتضامن المدينين في الشريعة والقانون .	٣٣
المبحث الأول : تعريف التضامن السلبي وبيان أهميته في الشريعة والقانون	
المطلب الأول : تعريف التضامن السلبي وأهميته في فقه القانون	
لمحة تاريخية :	٣٤

الموضـــوع	رقم الصفحة
مفهوم التضامن من الناحية الفقهية والتشريعية	٣٥
التضامن بين المدينين أهميته وخطورته •	٣٧
المطلب الثانى : التعريف بالتضامن بين المدينين فى الشريعة الاسلامية	٣٨
تفريد نظرة الشريعة الاسلامية لفكرة التضامن	٣٨
الضمان فى الفقه الاسلامى حقيقة واطلاقاته •	٣٩
أولا : التعريف بالضمان فى اصطلاحات الفقهاء	٤٠
آراء الفقهاء فى نطاق مسئولية الضامن •	٤٢
أهمية الخلاف وآثاره	٤٥
ثانيا : التعريف بالضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى •	٤٦
المبحث الثانى : تفريد التضامن السلبى وتمييزه فى الشريعة والقانون	٤٧
المطلب الأول : التضامن السلبى والتضامم •	٤٧
اتجاه الفقه الاسلامى فى نظرية التضامم •	٤٨
أوجه الاتفاق والاختلاف بين التضامم والتضامن	٤٩
أمثلة للالتزام التضامنى فى القانون المصرى	٥٠
المطلب الثانى : الالتزام التضامنى وغير القابل للانقسام	٥١
حالات عدم القابلية للانقسام •	٥٢
موازنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن السلبى	٥٣
عدم القابلية للانقسام فى الشريعة الاسلامية •	٥٩
المطلب الثالث : الفرق بين التضامن السلبى والكفالة •	٥٨
مميزات عقد الكفالة	٥٩
اوجه التشابه والاختلاف بين الكفالة والالتزام التضامنى	٦٠
أولا : أوجه التشابه بين الكفالة والالتزام التضامنى	
ثانيا : أوجه الاختلاف بين الكفالة والالتزام التضامنى •	٦١
الكفالة التضامنية	٦٣
المطلب الرابع : الضمان التبادلى والحوالة فى الفقه الاسلامى	
تعريف الحوالة : فى الفقه الاسلامى	٦٤

الموضوع	رقم الصفحة
آراء الفقهاء فى حكم الجوالة .	٦٦
ثمرة الخلاف بين الفقهاء .	٦٧
الفصل الثانى : طبيعة الالتزام التضامنى وتكييفه فى الشريعة والقانون .	٦٨
المبحث الأول : طبيعة الالتزام التضامنى وتكييفه فى فقه القانون .	
أولا : التضامن توثيق للدين .	٦٩
تقييم هذا الاتجاه .	٧٠
ثانيا : التضامن وصف للالتزام .	٧١
تقييم هذه النظرة .	٧٣
ثالثا : التضامن يمثل نوع التزام مستقل .	٧٤
مبررات هذه النظرة .	٧٤
تقييم هذه النظرة .	٧٤
الاتجاه المختار وآثاره .	٧٥
المبحث الثانى : طبيعة الضمان التبادلى وتكييفه فى الشريعة الاسلامية	٧٦
مقارنة بين الشريعة والقانون .	٧٧
الباب الثانى	
مصادر المسئولية التضامنية ومداها فى الشريعة والقانون .	
الفصل الأول : الارادة كمصدر للتضامن بين المدينين فى الشريعة والقانون	٨٠
المبحث الأول : الاتفاق على التضامن بين المدينين .	٨١
الآثار التى تترتب على عدم جواز افتراض التضامن .	٨٤
الارادة كسبب للالتزام بالضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى .	٨٥
نطاق الارادة فى تقرير الالتزام بالضمان التبادلى .	٩٠
المبحث الثانى : تضامن المدينين فى نطاق الأعمال التجارية .	
دراسة مقارنة باتجاه الفقه الاسلامى .	٩٤
المطلب الأول افتراض التضامن بين المدينين فى نطاق المعاملات التجارية وشرط استبعاده .	
اتجاه الفقه والقضاء الفرنسى .	٩٤

الموضـــوع	رقم الصفحـــة
اتجاه الفقه فى مصر حول افتراض التضامن .	٩٥
اتجاه الفقه الاسلامى حول افتراض التضامن فى الأمور التجارية .	٩٩
شرط عدم التضامن .	١٠٤
المطلب الثانى : السمات التى تميز التضامن فى نطاق الأعمال التجارية .	١٠٥
خصائص التضامن فى نطاق الأعمال التجاريـة .	١٠٧
الفصل الثانى : القانون كمصدر للتضامن السلبى مقارنا بنظام الشارح فـى الفقـه الاسلامـى .	١١٢
المبحث الأول .	
التعريف بنظام الشارح كسبب للالتزام بالضمان التبادلى وتطبيقاتـه .	١١٣
مفهوم شركة المفاوضـة .	١١٤
الأساس الشرعى لشركة المفاوضة واتجاهات الفقهاء بشأنهـا .	١١٥
المناقشـة والترجيح .	١١٨
بروز فكرة الضمان التبادلى فى شركة المفاوضة .	١١٩
المبحث الثانى : استقراء النصوص التى تقيم التضامن السلبى فى التقنينات المختلفـة وتأصيلهـا .	١٢١
المطلب الأول : استقراء النصوص التى تقيم التضامن .	١٢٢
الفرع الأول : نصوص القانون كمصدر للتضامن فى الالتزامات المدنيـة .	
أولا التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها العقـد .	١٢٣
ثانيا : التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع	١٢٥
الضمان التبادلى بين المسئولين عن العمل الضار فى الفقه الاسلامـى	١٣٠
ثالثا : التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها الاثراء بلا سبب	١٣٢
رابعا : التضامن بنص القانون فى التزامات مدنية مصدرها القانـون .	١٣٣
الفرع الثانى : نصوص القانون كمصدر للتضامن فى الالتزامات التجارية والبحرية	١٣٥
المطلب الثانى : تأصيل النصوص السابقة وبيان مايتوخاه الشرع بشـأن تقريرهـا .	١٣٩
أولا : التعبير عن غرض المتعاقديـن .	١٣٩
ثانيا : اسباغ نوع من الحماية لدائنين يحتاج اليها .	١٤١

الموضوع	رقم الصفحة
ثالثا : تقرير التضامن السلبي كنوع جزاء على ما وقع من الخطأ المشترك .	١٤٢
الباب الثالث	
آثار التضامن السلبي في الشريعة والقانون .	
الفصل الأول العلاقة بين المدينين المتضامنين والدائن في الشريعة والقانون .	١٤٥
المبحث الأول : وحدة الدين بين المدينين المتضامنين في الشريعة والقانون .	١٤٦
أولا : مطالبة أي مدين بكل الدين .	١٤٧
مطالبة مدين بعد آخر .	١٤٨
مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين .	١٤٩
ثانيا : لأي مدين متضامن أن يوفي الدين كله للدائن .	١٥٠
وحدة محل الدين في الالتزام بالضمان التبادلي في الفقه الاسلامي .	١٥١
للدائن أن يطالب أي مدين بجميع الدين .	١٥٣
ثالثا : لكل مدين متضامن أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة .	
١ — أسباب البطلان التي تمس تعهدات المدينين جميعا .	١٥٤
٢ — الأوصاف التي تلحق تعهدات المدينين جميعا .	
٣ — أسباب الانقضاء العامة التي تقضي الدين في جملته .	١٥٥
المبحث الثاني : مبدأ تعدد الروابط في الالتزام التضامني في الشريعة والقانون .	١٥٦
المطلب الأول : تعدد أوصاف الالتزام في الشريعة والقانون .	١٥٧
تعدد الروابط في الفقه الاسلامي دراسة تأصيلية .	١٥٧
الأصل الذي يحكم تعدد الروابط في الفقه الاسلامي .	١٥٨
الآثار المترتبة على التأصيل السابق .	١٥٩
المطلب الثاني : عيوب الارادة ونقص الأهلية في الشريعة والقانون .	١٦١
عيوب الارادة ونقص الأهلية في الفقه الاسلامي .	١٦٢

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثالث : أسباب الانقضاء الخاصة فى الشريعة والقانون .	
الفرع الأول : تجديد الدين فى الشريعة والقانون .	١٦٤
معنى تجديد الدين فى فقه القانون	١٦٥
تجديد الدين فى الفقه الاسلامى	١٦٦
الفرع الثانى : المقاصة فى الشريعة والقانون	١٦٧
انقضاء الدين بالمقاصة فى الفقه الاسلامى	١٦٩
مصدر المقاصة فى الفقه الاسلامى	١٧٠
انواع المقاصة فى الفقه الاسلامى	١٧٢
اثر المقاصة على انقضاء الدين فى الضمان التبادلى	١٧٤
الفرع الثالث: اتحاد الذمة فى الشريعة والقانون .	١٧٥
اتحاد الذمة فى الفقه الاسلامى وأثره على انقضاء الدين فى الضمان التبادلى	١٧٦
الفرع الرابع : انقضاء الدين بالابراء فى الشريعة والقانون .	١٧٧
الابراء من الدين فى الفقه الاسلامى	١٨١
أولا : الابراء من الدين	١٨٢
ثانيا : الابراء من الضمان التبادلى .	١٨٣
الفرع الخامس : انقضاء الدين بالتقادم فى الشريعة والقانون .	١٨٤
تقادم الدعوى وتقادم الحق فى الفقه الاسلامى	١٨٦
الفرع السادس : انقضاء الدين بأسباب أخرى فى الشريعة والقانون	١٨٧
المبحث الثالث : مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فى الشريعة والقانون .	١٨٩
مبدأ النيابة بين المدينين فى الضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى	١٩٢
مفهوم سريان مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين	١٩٣
أولا : قطع التقادم ووقفه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين	١٩٣
ثانيا : خطأ احد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه	١٩٥
ثالثا : الاعذار والمطالبة القضائية	١٩٦
رابعا : الصلح مع احد المدينين المتضامنين	١٩٧
خامسا : الاقرار واليمين	١٩٩
سادسا : حجية الاحكام	٢٠٠

الموضوع	رقم الصفحة
نطاق مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين في الفقه الاسلامي .	٢٠٢
الفصل الثاني : علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض في الشريعة والقانون .	٢٠٤
المبحث الأول : رجوع المدين الموفي أساسه الفقهي .	
المطلب الأول : رجوع المدين الموفي في الشريعة والقانون .	٢٠٦
رجوع المدين الموفي في الفقه الاسلامي شروطه وموضوع وطريقته .	٢٠٧
الاذن بالضمان .	٢٠٨
موضوع الرجوع .	٢١٢
طريقة الرجوع .	٢١٣
المطلب الثاني : الأساس الفقهي لرجوع المدين المتضامن الموفي في الشريعة والقانون .	٢١٤
١ - الرجوع بالدعوى الشخصية في الشريعة والقانون .	
أساس الرجوع في الفقه الاسلامي .	٢١٥
٢ - دعوى الحلول في الشريعة والقانون .	٢١٨
دعوى الحلول في الفقه الاسلامي .	٢١٩
المبحث الثاني : نصيب كل من المدينين المتضامنين في الدين في الشريعة والقانون .	٢٢١
المطلب الأول : تعيين حصة كل من المدينين المتضامنين في الالتزام التضامني في الشريعة والقانون .	٢٢٢
تعيين حصص المدينين المتضامنين في الدين .	
المطلب الثاني : تحمل حصة المدين المعسر واصحاب المصلحة في الالتزام التضامني .	

الموضـــوع	رقم الصفحـــة
أولا : تحمل حصة المدين المتضامن المعسر فى الشريعة والقانون	٢٢٤
وطريقـة الفقـه الاسلامى .	٢٢٥
ثانيا : تحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين .	٢٢٥
الخاتمة	
أهم نتائج البحث	٢٢٧
تقنين مقترح للالتزام بالضمان التبادلى فى الفقه الاسلامى .	٢٣٢
مراجع الرسالـة .	٢٣٤
فهـرس الرسالة .	٢٥٣

" تـم بحمد اللـــه "