

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
الدراسات العليا
قسم الفقه المقارن

((حقوق الغير فى العقود المالية))

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

رسالة دكتوراه

إعداد

الباحث / حسن محمد محمد أحمد بودى

المدرس المساعد فى كلية الحقوق - جامعة طنطا

قسم الشريعة الإسلامية

إشراف

أ.د / عبد الله مبروك النجار

أستاذ القانون المدنى

وعضو مجمع البحوث الإسلامية

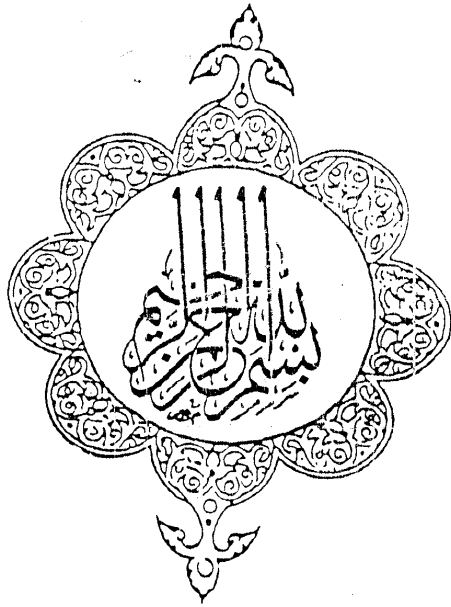
مشرفاً قانونياً

أ.د / محمد حسنى سليم

أستاذ الفقه المقارن

مشرفاً شرعياً

١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م



قَارِءُوا بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَنزَلَ عَلَى الرَّسُولِ الْكِتَابَ

صِدْقَ اللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

سورة البقرة
آية ٢٢



إهداء

إلى والدي رحمه الله

إلى والدتي أطال الله عمرها

إلى زوجتي التي وقفت بجانبى

فلهم على فضل كبير أعجز عن الوفاء به

إليهم أهدى هذا العمل

حبا لهم واعترافاً بفضلم



شكر وتقدير

لا يسعنى إزاء هذا العمل المتواضع، والمقدم إلى كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة إلا أن أتقدم بخالص شكرى وتقديرى إلى :

فضيلة أستاذى الأستاذ الدكتور / محمد حسنى سليم

المشرف الشرعى على الرسالة

وفضيلة أستاذى الأستاذ الدكتور / عبد الله مبروك النجار

المشرف القانونى على الرسالة

فقد لازمتهما فى بحثى وكان لتوجيهاتهما، ونصائحهما أثر بالغ فى

ساوكى ومنهجى

فالله أسأل أن يطيل عمرهما، ويمنحهما الصحة والعافية، وينفع بهما

الإسلام والمسلمين إنه سميع مجيب .



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ الذي بعثه الله رحمة للعالمين وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين الذين آمنوا بدعوته وصدقوا برسالته فتمسكوا بها وعملوا على الحفاظ عليها بالدفاع عنها والعمل بأحكامها رائدهم في هذا كتاب الله العزيز وسنة نبيه الأمين من أجل هذا كتب الله لهم العزة ورضى عنهم وأرضاهم أجمعين

وبعد

فإن أثر العقد في الأصل يرجع إلى عاقده دون غيره ممن هم خارجون عن دائرة التعاقد.

غير أن هذا الأصل يقيد به أصل آخر وهو النهي عن الضرر بالغير المشار إليه بقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾ (١)

وقوله ﷺ فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ (٢)

ومن هنا كان لا بد تجنباً للضرر من بيان حقوق الغير في العقد حتى لا

تطغى عليها حقوق التعاقدين

(١) سورة البقرة من الآية ١٩٠

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل ٣١٣/١ ط . المكتب الإسلامي

قال الإمام النووي - رحمه الله - في الأربعين النووية : حديث حسن

انظر : الأربعين النووية مع شرح ابن دقيق العيد - الحديث الثاني والثلاثون - ص ٧٧

ط . مكتبة الإرشاد - جدة - السعودية .

وبالبحث عن هذه الحقوق فى الفقه الإسلامى، وفقه القانون المدنى وجدتها
متناثرة يعوترها الجمع والتصنيف

فأردت بهذا البحث جمع شتاتها، والقيام بتصنيفها وفق معيار تصنيف
الحقوق بعد وضع ضابط للغير الذى يكون له حق المطالبة بها
وبذلك يسهل الرجوع إليها دون كبد أو عناء

ولكن لما كانت حقوق الغير بصفة عامة متسعة الجوانب فقد رأيت تقييدها
فى إطار العقود المالية؛ وذلك حتى يتسنى لى إخراج هذا البحث على وجه مُرضٍ

منهج البحث

إن موضوع هذا البحث قد جعلنى أبحث وأنقب فى ثمانية مذاهب هى
الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية مع
الإشارة إلى مذهب الإباضية ومقارنة الجميع بما نص عليه المقتن المدنى
المصرى وعلق عليه شراح القانون

وقد التزمت الحيطة فلم أرجح من هذه المذاهب إلا ما يشهد له الدليل
القاطع، أو يقويه الظن الغالب لقوة حجة أو رجحان تعليل مع مراعاة أن يكون
الأسلوب سهلاً لا يشوبه أى تعقيد

وكان طريقي فى تناول هذا البحث أن قسمته إلى باب تمهيدى، وقسمين، وخاتمة

الباب التمهيدى : الغير وتعلق حقوقه بالعقد المالى

وفيه فصلان

الفصل الأول : مفهوم الغير

الفصل الثانى : العقد المالى وحقوق الغير فيه

القسم الأول : الحقوق العينية للغير فى العقود المالية

وفيه بابان

الباب الأول : الحقوق العينية التامة

وفيه فصلان

الفصل الأول : حق المالك فى تعاقد الفضولى

الفصل الثانى : حق المالك فى استحقاق العقد المالى المترتب على ملكه بتعد

الباب الثانى : الحقوق العينية الناقصة

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول : حق المؤجر فى تعاقد المستأجر على المنفعة

الفصل الثانى : حق المستأجر فى تعاقد المؤجر عن العين المؤجرة

الفصل الثالث : حق المعير فى تعاقد المستعير على العارية

الفصل الرابع : حق المرتهن فى تعاقد الراهن على المرهون

القسم الثانى : الحقوق الشخصية للغير فى العقود المالية

وفيه بابان

الباب الأول : الحقوق الشخصية المتعلقة بمحل العقد

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول : حق الشفيع فى عقد البيع

الفصل الثانى : حق الورثة فى وصية مورثهم

الفصل الثالث : حق الورثة فى عقود مورثهم فى مرض موته

الفصل الرابع : حق من له الولاية فى تعاقد المشمول بولايته

الباب الثانى : الحقوق الشخصية المتعلقة بذمة العاقد

وفيه فصلان

الفصل الأول : حق الدائنين فى تعاقد مدينهم للحجر عليه

الفصل الثانى : حق الدائنين فى حوالة مدينهم

الخاتمة

وتشتمل على

أولاً : نتائج البحث وأهم توصياته

ثانياً : الفهرست

(أ) فهرس المصادر والمراجع

(ب) فهرس تفصيلى بمحتويات البحث

وأخيراً فإن كنت قد وفقت بفضل من الله ونعمه وإن كانت الأخرى فحسبى أنسى

أخلصت القصد والعمل

وأخيراً دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الباحث

حسن محمد محمد بودى

الباب التمهيدي

الغير وتعلق حقوقه بالعقد المالى

وفيه فـصلان

الفصل الأول : مفهوم الغير

الفصل الثانى : العقد المالى وحقوق الغير فيه

الفصل الأول

مفهوم الغير

وفيه مبحثان

المبحث الأول : التعريف بالغير

المبحث الثاني : مدى اعتبار الغير في حكم الطرف العاقد

المبحث الأول

التعريف بالغير

(أ) الغير فى اللغة

تأتى كلمة غير فى اللغة لمعان عدة :

فتأتى بمعنى " إلا " مثل : لا إله غير الله، أى إلا الله

وبمعنى "سوى" ومنه قوله تعالى : ﴿ هَلْ مِنْ خَالِقِ غَيْرِ اللَّهِ ﴾^(١) أى سوى الله

وبمعنى " لا " ومنه قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾^(٢)

كما تأتى صفة، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ ﴾^(٣)

وهى اسم ملازم للإضافة فى المعنى وجمعه أغيار^(٤)

(ب) الغير فى الاصطلاح

أرى قبل التعرض لتعريف الغير فى الاصطلاح أن أذكر أن الغير قد يكون

أجنبياً عن العقد المبرم، وقد يكون غير أجنبى عنه

فيكون أجنبياً عن العقد إذا لم يكن له حق فيه، ويتحقق فى كل شخص لا تربطه

صلة بالعاقد، أو بمحل العقد

ويكون غير أجنبى إذا كان له حق فى العقد يخوله الطعن فيه

(١) سورة فاطر من الآية ٣

(٢) سورة البقرة من الآية ١٧٣

(٣) سورة الفاتحة من الآية ٧

(٤) لسان العرب ٣٣٢٤/٥ ط . دار المعارف، القاموس المحيط - فصل الغين - باب الرءاء

١٠٩/٢، المصباح المنير ٢٣٧ . ط المكتبة العصرية - بيروت لبنان .

والغير الذى ليس أجنبيا عن العقد هو موضوع هذا البحث؛ لأن الغير الأجنبى ليس له حقوق فى العقد يبحث عنها
ومن أمثلة حقوق الغير الذى ليس أجنبيا عن العقد، الحق المقرر للمالك الذى بيع ملكه بغير إذنه فى إقرار هذا البيع أو إبطاله
وأبضا : الحق المقرر للوارث الذى أوصى مورثه بأكثر من ثلث التركة فى رد الزائد عن الثلث
أما عن تعريف الغير اصطلاحا : فلم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامى القديم من تعرض لوضع تعريف اصطلاحى للغير مع أن الفقهاء القدامى قد تعرضوا له كثيرا خاصة فى باب البيع (١) والوكالة (٢)
كما أننى لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه الإسلامى الحديث من تعرض لوضع تعريف له سوى الدكتور الزرقاء فى مؤلفه - الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد - حيث وضع تعريفا للغير بالمعنى مفاده أن الغير هو : من لم ينفذ العقد فى حقه (٣)

-
- (١) وقد أشار إلى ذلك الإمام الكاسانى بقوله: " والأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره" بدائع الصنائع ١٥٠/٥ . ط دار الحديث
كما أشار إلى ذلك الإمام الدردير بقوله: "وقف [ملك الغير] أى بيع ملك الغير [على رضاه] أى رضى مالكة". الشرح الكبير ١٢/٣ . ط الحلبي
وقد ذكر الشريبنى الخطيب أن الفضولى هو " البائع مال غيره بغير إذن ولا ولاية " مغنى المحتاج ١٥/٢ . ط دار إحياء التراث
أما ابن قدامه فذكر أن الفضولى إن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه لم يصح. المقنع ٧/٢ ، ٨ . ط ١٣٩٣ .
(٢) ففى الهداية للمرغينانى " لأن الوكالة حق الموكل فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق لغيره " الهداية شرح بداية المبتدى ١٥٣/٣ . ط الحلبي .
وفى المهذب للشيرازى: "والصبي والمجنون فى جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره" المهذب ٣٤٩/١ . ط عيسى الحلبي
(٣) المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد - ٤٢٩/١ . ط دار الفكر .

وقد ذكر الدكتور أنور سلطان من فقهاء القانون المدني تعريفاً يقترب من هذا المعنى ذكر فيه أن الغير هو " من لم يكن طرفاً في العقد " (١)
وتعريف الدكتور مصطفى الزرقاء أولى في نظري من تعريف الدكتور أنور سلطان؛ لأن الشخص قد يكون غير طرف في العقد ومع ذلك لا ينطبق عليه وصف الغير

فالوارث - مثلاً - يلتزم بعقود مورثه التي أجراها قبل موته مع أن الوارث لم يكن طرفاً في عقد مورثه، ومن هنا كان ينبغي أن يكون التعريف " من لم يكن طرفاً في العقد أو في حكم الطرف " .

(١) مصادر الالتزام ص ٢٠١ ف ٢٢٢ . ط ١٩٠ .

المبحث الثاني

مدى اعتبار الغير فى حكم الطرف العاقد

تقديم

الأصل فى العقد أن يكون قاصراً على طرفيه، أو أطرافه إذا كان العاقد أكثر من اثنين، ومن ثم فإن العقد بحسب الأصل لا يمتد إلى غير الطرف سواء كان هذا الغير أجنبياً عن العقد، أو غير أجنبى عنه وقد أشار إلى ذلك صاحب مرشد الحيران بقوله :

" إنما تجرى العقود فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما "

مادة (٣٠٦ / ١) من مرشد الحيران

وبقوله : " يجوز للحر العاقل غير المحجور عليه أن يباشر أى عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره، فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام" مادة ٢٧٨ من مرشد الحيران ومع ذلك فإن العقد قد يخرج عن هذه القاعدة فيمتد أثره لغير أطرافه ويترتب على ذلك أن يكون الغير فى حكم الطرف وكأنه هو الذى أبرم العقد بنفسه ويتجلى ذلك فى صور أربع أذكرها فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : الطرف غير العاقد فى النيابة

المطلب الثانى : الطرف غير العاقد فى التفضل

المطلب الثالث : الخلافة العامة

المطلب الرابع : الخلافة الخاصة

المطلب الأول

الطرف غير العاقد في النيابة

النيابة أياً كانت صورتها " ولاية (١) وصاية (٢) وكالة (٣) " لا يعتبر المنوب عنه من خلالها من طائفة الغير بالنسبة لعقد النائب فعقد النائب عن المنوب عنه نافذ على هذا الأخير كما لو باشره بنفسه، فالوكيل بالبيع، أو الشراء، أو التزويج، أو بأي تصرف آخر إذا قام بهذا التصرف عن موكله فإنه يسرى في حق الموكل بجميع آثاره وكأنه هو الذى أبرم التصرف بنفسه

تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بقيام علاقة مباشرة بين نائب الوكيل والموكل ينصرف بموجبها إلى الأخير كافة التصرفات التى يبرمها النائب (٤)

-
- (١) الولاية هي " سلطة شرعية يتمكن صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات " والولاية على القاصر هي : " إشراف الراشد على شئون القاصر الشخصية والمالية انظر : د/ وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامى وأدلته ١٣٩/٤ ط دار الفكر
- (٢) الوصاية هي " عقد يوجب به الإنسان في حياته نيابة عنه بعد وفاته لشخص آخر في تنفيذ وصية المتوفى وإدارة حقوق أولاده القاصرين " . انظر : د/ مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد - ٤٢٩/١ ط . دار الفكر
- (٣) الوكالة هي " تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته " انظر : مغنى المحتاج ٢١٧/٢ ، نهاية المحتاج ١٥/٥ ط الحلبي .
- ويطلق القانون الوضعى على الولاية وصف النيابة القانونية، وعلى الوصاية وصف النيابة القضائية، وعلى الوكالة وصف النيابة الاتفاقية .
- انظر : د / عبد الرزاق السنهورى - مصادر الحق - ١٦٦/٥ ط دار إحياء التراث
- (٤) نقض مدنى في ٨ مايو ١٩٩٦ قاعدة رقم ١٣٩ طعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٥٦ ق، مجموعة أحكام النقض المدنى المكتب الفنى - السنة السابعة والأربعون ١/٧٤٨ =

وكذلك أيضاً الولي، أو الوصي على صغير، أو مجنون إذا أبرم عقداً لمصلحة الصغير، أو المجنون في حدود سلطة ولايته، أو وصايته شرعاً، كما لو اشترى لهما ما يحتاجان إليه، أو باع ما يستغنيان عنه، أو أجر مالهما، أو استأجر لهما إلى غير ذلك من هذه التصرفات، فإنها تكون نافذة على الصغير، أو المجنون فيملكان ما اشترى لهما، ويلتزمان بثمنه في مالهما يوفيه عنهما الولي، أو الوصي كما يخرج عن ملكهما ما بيع من أموالهما ومن هذا القبيل أيضاً العقود التي يجريها الحاكم على الأفراد بمقتضى سلطته الشرعية وولايته العامة، كبيع القاضى أموال المدين المماطل وفاءً لدينه، وبيع أموال المحتكرين جبراً على محتكرها.^(١)

= هذا ويلاحظ أن اعتبار الموكل في حكم الطرف العاقد لا من طائفة الغير مشروط بكون الوكيل يعمل في حدود وكالته فإذا تصرف الوكيل متجاوزاً حدود وكالته، أو تصرف بعد عزله فإن موكله ينقلب في مواجهة مثل هذه التصرفات من طرف في العقد إلى غير فيه، وهذه الغيرية تخول الموكل حق الطعن على تصرفات موكله التي تجاوز فيها حدود وكالته، أو صدرت منه بعد عزله؛ وذلك لأن الوكيل بتصرفه متجاوزاً حدود وكالته أو بعد عزله يكون قد تصرف في مال غيره دون إذن منه ومعنى هذا أن أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني المصري هي التي تحكم الواقعة وهو ما أوضحه فيما بعد .

(١) د / مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - ٤٣٠/١
وانظر الفقه القانوني في هذا الشأن : د/ محمد كامل مرسى - الالتزامات - ٥٤٥/١ ف ٢٨٥ ط ١٩٤٥ ، د / حامد ذكي - دروس في الالتزامات - ص ١٩٦ ، د / أنور سلطان - الالتزام - ص ٢٠٢ ف ٢٢٣ د / جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - ص ٣٣١ ف ٧٢ ط ١٩٨١ ، د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام ص ٢١٣ ف ٢٩٤ . ط ١٩٤٥ .

المطلب الثاني

الطرف غير العاقد في التفضل

الأصل أن صاحب المال هو الذي يتصرف في ماله فلا يحق لأحد أن يتصرف في مال غيره دون إذن سابق من صاحب المال واستثناءً من هذا الأصل جاز التصرف في مال الغير دون إذن منه إذا وجدت الضرورة الدافعة لهذا التصرف، بحيث لو كان صاحب المال موجوداً ما تواني في القيام بما قام به المتصرف ويطلق على المتصرف في هذه الحالة وصف [المتفضل] وهذا المتفضل لما كان تصرفه بدافع المصلحة لصاحب المال فإنه يكون في حكم الوكيل عنه، وعليه فإن ما قام به المتفضل يلزم المتفضل عليه وكأن هذا الأخير هو الذي أبرم العقد بنفسه على اعتبار كونه في حكم الطرف العاقد

وللتفضل أمثلة كثيرة في الفقه الإسلامي

منها لو قصد العدو مال جاره فصالحه عليه ببعضه دفاعاً عن بقيته لم يضمن الدافع ما دفعه عن صاحب المال

ومنها لو عمل رجل في قناة رجل بغير إذنه فاستخرج له الماء كان لهذا العامل أجره على صاحب القناة؛ لأنه عمل ما فيه منفعة له ^(١)

وقد أشار ابن حزم الظاهري ^(٢) إلى التفضل بقوله: " إلا الغائب الذي يُوقن

(١) انظر: صور للتفضل: أعلام الموقعين ٢/٤٤٩. ط السعادة/د/ مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - ٤٣١/١

(٢) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أحد أئمة الإسلام - وعالم الأندلس في عصره، له مؤلفات كثيرة أشهرها، المحلى، والإحكام، وطوق الحمامة، ولد بالأندلس سنة ٣٨٤ هـ وتوفي بها سنة ٤٥٦ هـ

انظر: الأعلام للزركلي ٤/٢٥٤ ط. دار العلم، سير أعلام النبلاء ١٨٤/١٨ ط. مؤسسة الرسالة.

بفساد شيء من ماله فساداً يتلف به قبل أن يشاور فإنه يبيعه له الحاكم، أو غيره ويشترى لأهله ما لا بدّ لهم منه ويجوز ذلك " (١)

أى إن دافع الضرورة جعل التصرف فى مال الغير جائزاً بعد أن كان غير جائز والتفضل على هذا النحو يطلق عليه فى الفقه الإسلامى وصف [الفضالة الضرورية]

وهذا الوصف هو الذى يخول حق الرجوع على الغير بالنفقة إذا كان التفضل فى شكل مصروفات، وبالتزام التصرف إذا كان التفضل فى شكل عقد وارد على العين المملوكة للغير

وهذا بخلاف الفضالة غير الضرورية، وهى الفضالة المعروفة فى الفقه الإسلامى بالتصرف فى مال الغير دون إذن شرعى منه (٢) حيث إن الفضولى فيها أتم لتعديه على مال الغير دون إذنه، ولهذا لا ينفذ تصرفه فى مواجهة صاحب الحق، ولا يكون صاحب الحق ملزماً برد نفقاته .

موقف القانون

أطلق القانون المدنى المصرى وصف الفضالة على النوع الأول (الفضالة الضرورية) وظهر ذلك جلياً من خلال المادة (١٨٨) مدنى والتي ذكرت أن

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ٤٤٣/٩ مسألة ١٤٦٢

(٢) انظر الفقه الحنفى : البحر الرائق ١٦٠/٦ ط . دار المعرفة، البناية فى شرح الهداية ٥٨٥/٦ ط . دار الفكر

والفقه المالكى، شرح الخرشي ١٧/٥ ط . دار صادرة، جواهر الإكليل ٥/٢ ط . دار الفكر والفقه الشافعى : نهاية المحتاج ٤٠٢/٣ ط . مصطفى البابى الطبسى، حاشية الجمل ٣٢/٣ ط . مصطفى محمد

والفقه الحنبلى : كشف القناع ١٣٨٨/٤ ط . الباز الرياض ، الكافى ٢٠/٢ ط . المكتب الإسلامى .

الفضالة هي : " أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك "

فالفضولي في القانون المدني المصري إذن هو من يقوم مقام الغير في إزالة الضرر الواقع بحيث لو كان هذا الأخير موجوداً ما توانى في القيام بما قام به الفضولي، وذلك مثل أن يقوم شخص بإقامة جدار يوشك أن يسقط في بيت جاره الغائب، أو يبادر إلى إسعاف هذا الجار من إصابة مفاجئة

فهذا التصرف وإن كان ينطوي على تدخل في شئون الغير إلا أن قوامه عمل يدعو إليه واجب خلقى بحيث يعتبر الفضولي متفضلاً لا متطفلاً

وقد نصت المادة (١٩٥) مدنى على نيابة الفضولى عن رب العمل بقولها : " يعتبر الفضولى نائباً متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعرضه عن التعهدات التى التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعرضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولى أجراً عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته " (١)

وتعتبر الفضالة فى القانون المدنى المصرى من تطبيقات الإثراء بلا سبب؛ لأن فيها افتقاراً للفضولى يقابله إثراء لرب العمل دون مبرر لافتقار الأول وإثراء الثانى

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط ٢٧/٤ وما بعدها ط. دار النهضة، د/ عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - ص ٤١ وما بعدها ط. دار الكتاب، د/ جميل الشرقاوى - شرح العقود المدنية ص ٢٨ وما بعدها ط. دار النهضة، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - عقد البيع - ١٧/٢ وما بعدها ط. دار الفكر، د/ توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - ص ٢٨ وما بعدها ط. المكتسب الإسلامى .

ولكنها ليست تطبيقاً محضاً لقاعدة الإثراء بلا سبب، لوجود فارق جوهري بينهما وهو أنه في الإثراء بلا سبب لا يطلب من المفتقر أى قصد إلى تحقيق منفعة للغير بينما في الفضالة يفتقر الفضولى طوعاً إلى قصد خدمة رب العمل على أنه لا يصيبه بسبب ذلك أى غرم مالى فهو متبرع بالخدمة ذاتها لا بتكاليفها، ولهذا فإن المفتقر في الإثراء بلا سبب لا يستطيع أن يحصل على تعويض يجاوز الإثراء الذى تحقق

بينما يجب على رب العمل ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة مما قام به الفضولى أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يقوم بتعويضه عن التعهدات التى التزم بها، والنفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف، والضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل^(١) .

وأخلص من ذلك، إلى أن نطاق الفضالة في الفقه الإسلامى أوسع من نطاقها في القانون المدنى المصرى، فإقامة جدار يوشك أن يسقط في بيت الجار الغائب يعتبر فضالة في الفقه الإسلامى، وفي القانون المدنى المصرى، وبيع ملك الغير بغير إذنه يعتبر فضالة في الفقه الإسلامى ولا يعتبر كذلك في القانون المدنى المصرى، حيث يطبق عليه هذا القانون الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير المنصوص عليها في المواد (٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨) مدنى مصرى

(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٦٢٤ - ف ٥٧٨ ط . مصطفى البابى الحلبي ١٩٦٠م، د/ أحمد حشمت أبو ستيت - مصادر الالتزام - ص ٥٥٧ ط . مصر ١٩٥٤ ، د/ أحمد سلامة - مصادر الالتزام ص ٣٨٥ ط . ١٩٧٥ د/ عبد المعطى خيال - مصادر الالتزام - ص ٢٦٤ ط . ١٩٩١ ، د/ سمير عبد السيد تناغو - نظرية الالتزام - ٣٨٥ ط . ٣٥٢ ط . منشأة المعارف بالإسكندرية وانظر أيضاً : الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة إعداد / محمد على عثمان الفقى - الجزء الثانى ص ٦٥٤ .

المطلب الثالث

الخلافة العامة

الخلف في اللغة : العوض ، والبذل ، والذرية

والخليفة ما يجيء بعد الشيء، كالغصن ينبت في جذع الشجرة

وخلائف، وخلفاء، وخلفة، وخلافة، كان خليفته وبقي بعده (١)

أما في الاصطلاح : فإن الخلف العام لم يتعرض علماء الفقه الإسلامي لوضع تعريف له، لأنهم لم يستخدموه في كتاباتهم وإنما استخدموا مرادفاً له، وهو الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة

أما فقهاء القانون فقد وضعوا له اصطلاحاً يفيد أن الخلف العام: هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو بعضها باعتبارها مجموعة من الأموال، كالوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة، كتلثها، أو ربعها ، أو خمسها (٢)

(أ) الوارث

لا يعتبر الوارث من طائفة الغير في تعاقد مورثه فجميع العقود التي يبرمها المورث منجزة حال صحته وكمال رشده، تكون نافذة في حق وارثه ويحتج بها عليه فلا يخلص لوارثه شيء إلا ما فضل منها بعد وفاء هذه الحقوق فإذا باع

(١) القاموس المحيط - فصل الخاء باب الفاء - ١٤٢/٣، ط . المعجم الوجيز ص ٢٠٨ طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - ٧٣١/١ ط . المجمع العلمي العربي، د/ أحمد حشمت أبو سنيت - مصادر الالتزام . ص ٢١٤ ف ٥٩٥ ط . ١٩٤٥، د/ سمير عبد السيد تناغو ومحمد منصور - الالتزام - ص ١١٠ ف ٩٥ ط . ١٩٩٧ .

شخص عيناً مملوكة له بثمن مؤجل، ونشأ عن عقد البيع حق للبائع في هذا الثمن
ثم مات البائع^(١) فإن هذا الحق ينتقل بذاته مؤجلاً إلى الوارث
وكذلك إذا اشترى المورث عيناً ومات قبل أن يقبضها فإن حقه في القبض

(١) البائع في هذا المثال دائن، وقد اتفق علماء الفقه الإسلامي باستثناء الظاهرية على أن موت الدائن
لا يحل أجل الدين، لأن الأجل حق لمدينه

أنظر فقه الحنفية: بدائع الصنائع ٢١٣/٥، وفقه المالكية: شرح الخرشي ٢٦٧/٥، وفقه الشافعية
المهذب ٣٢٧/١، وفقه الحنابلة، المغنى مع الشرح الكبير ٤٨٥/٤، وفقه الشيعة الإمامية،
اللمعة الدمشقية ٢٤/٤، وحالف في ذلك ابن حزم الظاهري وحجته: أن المال قد انتقل بالموت
عن ملكه إلى ملك وارثه فلا يجوز كسب الميت عليهم فيما سقط ملكه عنه قال تعالى: "ولا
تكسب كل نفس إلا عليها" سورة الأعراف من الآية ١٦٤ انظر: المحلى ٤٧٦/٨ مسألة ١٢٠٦
ويناقش ذلك بأن الورثة لا يملكون أكثر مما كان يملكه مورثهم، وحق المورث كان مؤجلاً فينتقل
إلى الورثة بهذه الصفة؛ لأنها حق الطرف الآخر الذي تعاقده معه، كما أن المورث رضى بذمة
المدين وهو مازال موجوداً "

هذا عن موت الدائن، أما موت المدين فأكثر الفقهاء على أنه يحل أجل الدين؛ وذلك لأن الدين
بعد موت المدين لا يخلو، إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال، ولا يجوز
بقاؤه في ذمة الميت، لخرابها، ولا ذمة الورثة؛ لأنهم لم يلتزموها، ولم يرض صاحب الحق
بذمتهم، كما لا يجوز أن يتعلق بالمال، لأن ذلك ضرر بالميت، فقد روى أبو هريرة رضي الله
عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"
انظر: سنن الترمذي ٣٨٠/٣ حديث رقم ١٠٧٩ وقال حديث حسن، سنن ابن ماجه ٨٠٦/٢،
حديث رقم ٢٤١٣، والنلفظ لهما
وفي رواية نفس المؤمن مرتبته بدينه - جامع الأسانيد لأبى حنيفة ١٠١/١ ط. دار الكتب
العلمية .

انظر: فقه الحنفية - بدائع الصنائع ٢٣٠/٥، فقه المالكية، حاشية الدسوقي ٢٦٦/٣، فقه الشافعية
المهذب ٣٢٧/١، فقه الحنابلة، المغنى مع الشرح الكبير ٤٨٦/٤، وفقه الظاهرية المحلى
٤٧٦/٨ مسألة ١٢٠٦

وخالف في ذلك المالكية في مقابل المشهور عندهم، والحنابلة في رواية، والزيدية حيث ذهبوا
إلى عدم حلول أجل الدين بوفاء المدين بحجة أن الأجل حق المدين، فينتقل إلى ورثته
انظر: فقه المالكية: شرح الخرشي ٢٦٦/٥، وفقه الحنابلة بشرط توثيق الورثة المغنى مع
الشرح الكبير ٤٨٥/٤، وفقه الزيدية البحر الزخار ٣٩٦/٤ ط. مؤسسة الرسالة .

ينتقل إلى ورثته، ومن ثم يستطيع الوارث أن يطالب البائع بتسليم العين ويستطيع في مقابل ذلك أن يحبس الثمن إذا كان مورثه لم يدفعه حتى يحصل على العين هذا عن الحقوق التي ينشئها العقد

أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها المبدأ الذي يقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون^(١)

ومقتضى ذلك أن يبقى الالتزام في التركة دون أن ينتقل إلى الوارث حتى تسدد ديون التركة، وبعد ذلك تنتقل التركة إلى الورثة خالية من الديون

موقف القانون

نصت المادة (١٤٥) مدنى على ما يأتى :

" ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد، أو من طبيعة التعامل، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام "

فمفاد هذا النص أن حالات ثلاثة لا ينتقل فيها أثر العقد إلى الوارث مع بقاءه خلفاً وهذه الحالات كما هو صريح المادة سالفة الذكر هي :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على عدم انتقال أثر العقد إلى الورثة، كالانفاق على منح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل ذلك إلى وارثه

(٢) إذا كانت طبيعة العقد تأبى انتقاله إلى الورثة، كحق الانتفاع فهذا الحق لا ينتقل إلى ورثة المنتفع؛ لأن هذا الحق بطبيعته ينتهى بموت المورث ما لم

يكن له أجل مقرر قبل الوفاة مادة (٩٣٥) مدنى

(١) د / عبد الرزاق السنهورى - مصادر الحق ٦٠/٥

(٣) إذا وجد نص يقضى بعدم انتقال أثر العقد إلى الورثة، كعقد الشركة فهو بمقتضى المادة (٥٢٨) مدنى ينتهى بموت أحد الشركاء، وأيضاً عقد الوكالة ينتهى بموت الوكيل أو الموكل طبقاً للمادة (٧١٤) مدنى^(١)

الحالة التى يعتبر الوارث فيها غيراً لمورثه

الوارث كما ذكرت آنفاً لا يُعتبر من الغير بالنسبة لتعاقد مورثه فكل عقد يبرمه المورث ينصرف أثره إلى وارثه مباشرة وكأن هذا الأخير هو الذى باشره بنفسه، فلو باع المورث شيئاً من ماله، أو رهنه قبل وفاته دون أن يكمل إجراءات البيع أو الرهن فإن وارثه يكون ملزماً من بعده باستكمال هذه الإجراءات مع من كان قد تعاقد معه مورثه على اعتبار أن شخصية المورث تمتد من بعده إلى وارثه غير أن الشريعة الإسلامية والقانون المدنى يدخلان على اعتبار الوارث فى حكم مورثه استثناءً مفاده : أن الوارث تنفصل شخصيته عن شخصية مورثه فيصبح بالتالى غيراً له متى كان تعاقد المورث من شأنه أن يُوقع الوارث فى الضرر، وذلك كما لو كان التعاقد الصادر من المورث وصية بأكثر من ثلث التركة، أو تبرعاً فى مرض موته بما يزيد عن هذا القدر وغيرية الوارث عن مورثه فى مثل هذه التعاقدات تخوله حق الطعن عليها بـرد الزائد عن الثلث إلى التركة

(١) د/ أنور سلطان - مصادر الالتزام - ص ٢٠٤ ف ٢٢٥، د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٢١٥ ف ٢٩٦ د/ عبد الناصر توفيق العطار - مبادئ القانون - ص ١٦١ ف ١٠٢ ط . السعادة،
د/ سمير عبد السيد تناغو ومحمد منصور - الالتزام - ص ٢١٢ ف ٩٧، د/ حسين نجيدة - المدخل لدراسة القانون - ص ٦٠ ط . دار الفكر .

مرجع ذلك هو أن الوارث له حق شخصي في تركته مورثته، وهذا الحق لا يستمد من المورث وإنما يستمد من الشارع، وهو أن يأخذ من التركة ثلثها فلا يستطيع المورث أن يمس هذا القدر بالوصية، أو بالتبرع في مرض موته إلا بموافقة الورثة (١)

ويدخل في ذلك طبقاً لقاعدة النهي عن الضرر في الفقه الإسلامي تعاقب المورث الصوري، كما لو أوصى المورث بكل ماله وأخفى هذه الوصية في صورة بيع أظهر فيه على خلاف الحقيقة أنه تقاضى الثمن حتى يتحلل من طعن الوارث عليه يرد ما زاد على ثلث التركة

وبالتالي فإن الوارث يُعتبر غيراً لمورثه في مواجهة هذه الصورية، فيحق له الطعن عليها، كما يحق له الطعن على التصرف الحقيقي بالوصية، أو التبرع في مرض الموت إذا جاوز ثلث التركة

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن الوارث يُعتبر من الغير إذا استطاع أن يثبت أن التصرف الصادر من مورثه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في الحقيقة وصية إضراراً بحقه في الميراث، أو أنه صدر في مرض

(١) انظر الوصية بأكثر من ثلث التركة عند علماء الفقه الإسلامي :

- الفقه الحنفي : الفتاوى الهندية ٩٠/٦ ط . دار المعرفة، بدائع الصنائع ٣٦٩/٧
والفقه المالكي : حاشية الدسوقي ٤٢٧/٤، المنتقى شرح الموطأ ١٥٧/٦ ط . دار الكتاب
والفقه الشافعي : المهذب ٤٥٠/١ ط . الحلبي، مغنى المحتاج ٤٧/٣ ط . الحلبي
والفقه الحنبلي : الإقناع ٦٣/٣ ط . دار المعرفة ، المغنى مع الشرح الكبير ٤٢٧/٦ ط . دار الكتاب
وفقه الزيدية : شرح الأزهار ٧٦/٤
وفقه الإمامية شرائع الإسلام ٢٥٣/٢ ط . الأضواء
وانظر شرح القانون المدني المصري، د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - ٧٣٦/١
د/ جميل الشرفاوى - مصادر الالتزام - ص ٣٣٤ ط ٩٨١ دار النهضة د/ عبد الحى حجازى
- مصادر الالتزام ص ٦٧١ ط ١٩٦٢ . د/ محمود جمال الدين ذكى - نظرية الالتزام -
٢٥٢/١ ط ١٩٧٦ .

الموت فيعتبر إذ ذاك وصية، لأنه في هاتين الحالتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث (١)

(ب) الموصى له بجزء من مجموع التركة

الموصى له بجزء من مجموع التركة كثلثها، أو ربعها، أو خمسها يُعتبر كالوارث خلفاً عاماً للموصى فهو لا يُعتبر من الغير بالنسبة للموصى إلا إذا كان تصرف الموصى ضاراً به كما لو تبين له بعد وفاة الموصى أن وصيته قد ذهبت ضمن البيوع الصورية التي قام بها الموصى ليتحلل من التزامه بها (٢) أما عن الخلافة العامة للموصى له عن الموصى فيمكن أن نتصورها لو كانت التركة مثقلة بديون فإن الموصى له يكون ملتزماً بهذه الديون في حدود القدر الموصى به شأنه في ذلك شأن الوارث على اعتبار أن كلاً منهما لا يُعتبر من طائفة الغير بالنسبة لخلفه (٣)

ولا يقدح في ذلك قول الله تبارك وتعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ (٤) فالآية الكريمة لا تفيد تقديم الوصية على الوفاء بديون التركة، فالموصى له ما

-
- (١) نقض مدني في ١٩ أبريل ١٩٦٤م، طعن رقم ٣٥٥ - السنة ٢٩ ق - قاعدة ٨٤ - مجموعة أحكام النقض المدني - المكتب الفني - السنة الخامسة عشر ٥٢٦/٢ .
- (٢) د/ عبد الرازق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٩٤/٥ ط. دار إحياء التراث، وانظر: نظرية الصورية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - إعداد الباحث مجدى حسن خليل ص ١٢٩
- (٣) د/ أنور سلطان - مصادر الالتزام - ص ٢٠٢ ف ٢٢٣، د/ أحمد حشمت أبو ستيت - الالتزام - ص ٢١٤ ف ٢٩٥، د/ سمير عيد السيد تناغو ومحمد منصور - الالتزام - ص ١١٠ ف ٩٥ وانظر: الغير في القانون المدني المصري - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - إعداد الباحث / عاطف محمد فخرى - ص ١٩٧ ط ١٩٧٦م .
- (٤) سورة النساء من الآية ١٢ .

هو إلا شريك للورثة في التركة بنسبة القدر الموصى به، فوجب أن يجرى عليه ما يجرى عليهم بحيث لا يأخذ أحد من الورثة أو الموصى لهم شيئاً من التركة إلا ما فضل بعد سداد الديون (١)

وتقديم الوصية على الدين في الآية الكريمة راجع إلى أن الوصية لما كانت بلا عوض كان في إخراجها مشقة على الوارث فقدمت في الآية حثاً على إخراجها، كما أن الوصية غالباً ما تكون لضعاف الناس فقوى الله سبحانه وتعالى جانبها بالتقديم في الذكر لئلا يطمع الورثة فيها أو يتساهلون في إخراجها، بخلاف الدين فإن فيه من القوة ما يغنيه عن التقوية بذلك (٢)

- (١) يترتب على تقديم الدين على الوصية في الوفاء أنه إذ هلك شيء من التركة قبل القسمة فإن تبعه الهلاك تقع على الموصى لهم والورثة، بينما يُستوفى الدين بالكامل من باقى التركة
انظر : تفسير الفخر الرازى - المشهور بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب - ٢٢٤/٩ ط . دار الفكر .
- (٢) انظر : تفسير الفخر الرازى - المرجع السابق - ٩-٢٢٤، تفسير القرطبي - ١٦٤٤/٣ ط . دار الريان للتراث، تفسير الطبري - المسمى - جامع البيان في تفسير القرآن - ١٩١/٣ ط . دار الحديث، تفسير ابن كثير - المسمى - تفسير القرآن العظيم - ٤٥٩/١ ط . دار المعرفة، تفسير القاسمي - المسمى - محاسن التأويل - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى - ٢٤٠/٢ ط . مؤسسة التاريخ
- وانظر : كتب الفقه : المبسوط ١٣٧/٢٩ ط . دار المعرفة، جواهر الإكليل ٣٢٧/٢ ط . دار الفكر ، مغنى المحتاج ٣/٣ ط دار إحياء التراث
- وانظر أيضاً : أستاذنا الدكتور/ عبد الله مبروك النجار - رسالته أولوية استيفاء الديون - ص ٨٣

المطلب الرابع

الخلافة الخاصة

الأصل في الخلف الخاص أنه من الغير بالنسبة للحقوق والالتزامات المترتبة على عقود أجزاها سلفه، ولكن هذه الغيرية تتحسر عنه فيصبح في حكم سلفه إذا توافرت شروط معينة أذكرها بعد بيان مفهوم الخلافة الخاصة في الفقه الإسلامي

مفهوم الخلافة الخاصة في الفقه الإسلامي

أشرت آنفاً عند تعرضي للخلافة العامة أن علماء الفقه الإسلامي لم يستخدموا في عبارتهم اصطلاح - الخلف العام - إنما استخدموا اصطلاحاً مرادفاً وهو " الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة " وكما لم يستخدم علماء الفقه الإسلامي في عبارتهم اصطلاح الخلف العام فهم أيضاً لم يستخدموا اصطلاح الخلف الخاص، فكل الاصطلاحين وليد فكر قانوني محض هدفه فيما يبدو التمييز بين الوارث، والموصى له بجزء من مجموع التركة كخلف عام، وبين الشخص الذي يخلف آخر في شيء معين كخلف خاص^(١) ولكن ذلك لا يعني أن الفقه الإسلامي لم يعرف فكرة الخلافة الخاصة بل هو يعرفها كما عرف الخلافة العامة على نحو ما بينته في موضعه ومعرفة الفقه الإسلامي للخلافة الخاصة تظهر جلياً من خلال التطبيقات التي أوردها علماء الفقه الإسلامي للخلافة الخاصة بين ثنايا أبواب الفقه المختلفة

(١) أ - حامد فهمي - حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاص - مقال منشور بمجلة المحاماة ص ٤٢٤ عدد ٤ ، ٥ السنة الثامنة .

ويمكن ذكر بعض هذه التطبيقات فيما يأتي :

(أ) إذا باع شخص عيناً مؤجرة فإن هذه العين تنتقل إلى المشتري وهي محملة بحقوق والتزامات عقد الإجارة الذي أبرمه المؤجر البائع من قبل، وبالتالي لا يستطيع المشتري أن يُخرج المستأجر من العين المؤجرة قبل انتهاء المدة المقررة لعقد الإجارة، أو يزيد عليه في أجرتها كما لا يستطيع المستأجر من الناحية المقابلة أن يمتنع عن دفع الأجرة للمشتري، أو ينقص منها بحجة أن التزامه بذلك كان مع شخص آخر وهو مؤجر العين الذي قام ببيعها (١)

(١) اختلف علماء الفقه الإسلامي في جواز بيع العين المؤجرة لغير مستأجرها على أقوال ثلاثة؛
الأول : للمالكية، والإمام الشافعي في أظهر قولييه، والحنابلة، والإمامية . وهو أن يبيع العين المؤجرة لغير مستأجرها يقع صحيحاً نافذاً في حق المستأجر، ويحل مشتري العين محل البائع في حقوقه والتزاماته.
انظر : فقه المالكية : مواهب الجليل ٤٠٨/٥ ط . النجاح
وفقه الشافعية : روضة الطالبين ٢٥٤/٥، ٢٥٥
وفقه الحنابلة : المغني مع الشرح الكبير ٤٦/٦
وفقه الإمامية : المختصر النافع ص ١٥٢ ط . وزارة الأوقاف
الثاني : للحنفية وحاصله : أن بيع العين المؤجرة لغير مستأجرها يوقف على إرادة المستأجر لها فإن أجاز العقد نفذ وحل المشتري محل البائع، وإن رفضه امتنع البيع حتى تنتهي مدة الإجارة
ويترتب على ذلك أن المشتري يكون خلفاً خاصاً للبائع مع إجازة المستأجر، ولا يكون كذلك مع رفضه
انظر فقه الحنفية : بدائع الصنائع ٢٧/٤، حاشية ابن عابدين ١٣٨/٤ ط . دار إحياء التراث .
الثالث : للإمام الشافعي في مقابل قوله الأظهر وحاصله : أن بيع المؤجر للعين المؤجرة لغير مستأجرها يقع باطلاً لتعلق حق المستأجر بالعين
ويترتب على هذا القول بطلان الخلافة الخاصة للمشتري لبطلان سببها بالشراء .
انظر فقه الشافعية : منهاج الطالبين ص ٧٨ ط . الحلبي، نهاية المحتاج ٣٢٨/٥
وسأبين بمشينة الله أدلة الفقهاء في هذه المسألة عند التعرض لحق المستأجر في تصرف المؤجر في العين المؤجرة .

(ب) إذا أوصى شخص لآخر بعين وكانت مؤجرة فإن الإجارة تنتقل بموت

الموصى إلى الموصى له حتى تنتهي مدتها

(ج) إذا أوصى شخص لآخر بدار ثم رهنها ومات قبل افتكاك الرهن فإن العين

المرهونة تنتقل إلى الموصى له محملة بحق المرتهن^(١)

(د) إذا أحال المدين دائنه على شخص آخر فإن الدائن - المحال - يحل محل

المدين - المحيل - فيما له وما عليه تجاه الدين الذي على المحال عليه

فيكون من حق الدائن المحال أن يطالب المدين المحال عليه إذا حل أجل

الدين، كما يجب عليه أن يمهله إذا كان أجل الدين لم يحل بعد، وذلك لأن

الحوالة تنقل الدين بصفته للدائن المحال^(٢) باعتباره خلفاً خاصاً لمن أحاله

موقف القانون

إذا رجعنا إلى القانون المدني المصري وجدناه يُعرّف الخلف الخاص بأنه

" من يخلف الشخص في حق معين من حقوقه سواء كان هذا الحق حقاً عينياً

(١) اختلف علماء الفقه الإسلامي في مدى تأثير الرهن على الوصية وخلافهم في ذلك ينحصر في قولين:

القول الأول: للحنفية والمالكية وحاصله: أن رهن الوصية لا يُعد رجوعاً فيها، لأنه تصرف لا

يزيل ملك الموصى عن الوصية، وبالتالي تتحقق الخلافة الخاصة للموصى له

انظر فقه الحنفية: تكملة فتح القدير - المسماة نتائج الأفكار - ٤٣٦/١٠ ط . الحلبي

وفقه المالكية: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٨/٤

القول الثاني: للشافعية، والحنابلة، وحاصله: أن رهن الوصية يُعد رجوعاً فيها، لأن الرهن

يُراد للبيع، والبيع يزيل الملك، فيزيل الوصية

انظر: فقه الشافعية: المذهب ٤٦٢/١، وفقه الحنابلة: المبدع في شرح المقنع ٢٦/٦

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدى ٩٩/٣ ط . الحلبي، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٢٨/٣،

المذهب ٣٣٨/١، المبدع في شرح المقنع ٢٧٠/٤، المحلى ٥١٧/٨ مسألة ١٢٢٦، فقه الإمام

جعفر الصادق ٦٧/٤ ط . دار الجواد .

كالمشترى، والموصى له بعين معينة بذاتها، أو كان حقاً شخصياً، كالمحال له بالحق^(١)

فبالنظر إلى هذا التعريف يُلاحظ وجود تطابق تام بين أمثلة الخلافة الخاصة في الفقه الإسلامي ومن ثم فإنني أرى أنه لا مانع من صلاحية هذا التعريف ليكون تعريفاً للخلافة الخاصة في الفقه الإسلامي وقد اشترط القانون المدني المصري شروطاً لتحقيق الخلافة الخاصة وبالتالي اعتبار الخلف الخاص في حكم سلفه وهذه الشروط هي :

الشرط الأول

أن يكون العقد الصادر عن السلف سابقاً على التصرف الحاصل للخلف الخاص^(٢)

الشرط الثاني

أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف؛ لأن الأصل يملك لخلفيته ما يملكه هو باعتباره حقاً تابعاً للحق المنقول لخلفيته

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية الحق - ٧٣٧/١، د/ حامد زكي - دروس الالتزامات ص ٢١٠ ف ٢٣٢، د/ جميل اشرفاوى - مصادر الالتزام - ٣٣٦ ف ٧٢، د/ أحمد حشمت أبو سنيت - مصادر الالتزام - ص ٢١٧ ف ٣٠١

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الأحكام الصادرة على السلف حجة على الخلف بشأن الحق الذي تلقاه منه إذا صدرت هذه الأحكام قبل انتقال الحق إلى الخلف، والأحكام الصادرة بعد ذلك لا حجة لها على الخلف فيعتبر من الغير بشأنها .

نقض مدني في ١٢ فبراير ١٩٧٨ طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٥٣ ق - الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض المصرية ١٢٦/٥ ط ١٩٨٨

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن المشتري يُعتبر من الغير بالنسبة للأحكام التي تصدر ضد البائع بعد أن يكون المشتري قد سجل عقده

نقض مدني في ٢٣ فبراير ١٩٥٦ قاعدة رقم ٣٥ لسنة ٢٢ ق - مجموعة أحكام النقض - المكتب الفني - السنة السابعة ٢٥١/١ ط . دار القضاء العالي .

وعلى هذا الأساس أُعتبر حقّاً تابعاً ينتقل إلى الخلف حق الرجوع بدعوى ضمان العيب الخفى على البائع للسلف، وحق الرجوع على المهندس أو المقاول الذى شيدّ البناء، والحق فى عدم المنافسة، وحق مشتري العقار فى الرجوع على شركة التأمين التى أمنّ لديها البائع ضد الحريق، وحق مشتري العقار فى تنفيذ حكم صدر لصالح البائع بطرد أحد المستأجرين .

وعلى العكس من ذلك أُعتبر مجرد حق متصل بالشئ دون أن يكون مرتبطاً به ومن ثم لا ينتقل إلى الخلف، حق رب العمل قبل المقاول، فلو أن مالكا تعاقد مع مقاول على إقامة منشأة ما، ثم باع المالك العقار قبل أن يبدأ المقاول فى التنفيذ فإن المشتري لا يخلف المالك على حقوق هذا الأخير قبل المقاول ، لأن هذا الحق ليس من توابع الحق المستخلف فيه فليس من شأنه أن يقوى ملكية الأرض كما فى التأمينات، ولا أن يدرأ عنها الخطر كما فى التأمين والضمان ومنع المنافسة (١)

الشرط الثالث

أن يكون الخلف الخاص على علم بتوابع الحق الذى انتقل إليه وهذا الشوط ضرورى إذا كانت الخلافة الخاصة تحمّل الخليفة التزاماً وليس ضرورياً إذا كانت تكسبه حقاً (٢)

(١) د / عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد - ٧٤٢/١ ، ٧٤٣ ، الغبير فى القانون المدنى المصرى - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - إعداد / عاطف فخرى - ص ٢١١

(٢) د / محمد كامل مرسى - الالتزامات - ص ٢٠٧ ف ٢٢٧ ، د/ أحمد سلامة - نظرية الالتزام - ص ١٧٧ ف ١٧٨ ف ١١٠ ، د/ عبد الودود يحيى - النظرية العامة للالتزامات - ص ١٥٥ ف ١٠٣ ، د/ أحمد حشمت أبو ستيت - مصادر الالتزام - ص ٢١٧ ف ٢٠٣ .

وقد أوردت المادة (١٤٦) من القانون المدني المصري نصها في هذا الصدد بقولها: " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الحق إليه "

وإذا كان الخلف الخاص طبقاً للمادة سالفة الذكر يُعد في حكم سلفه وليس غيراً له إذا توافرت شروط معينة فإن هذا الخلف - الخلف الخاص - يُعتبر بصريح نص المادة (٢٤٤) مدني من الغير في أثر العقد الصوري ومن ثم فإن ورقة الضد لا تسرى في حقه متى استطاع أن يثبت هذه الصورية بكافة طرق الإثبات وقد أوردت المادة (٢٤٤) مدني في فقرتها الأولى نصها في ذلك بقولها: " إذا أبرم عقد صوري فلدانني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم " (١)

ومعنى ذلك أن نطاق غيرية الخلف الخاص في الصورية أوسع نطاقاً من نطاقه بالنسبة للعقد الجدي؛ وذلك لأن غيرية الخلف الخاص بالنسبة لأثر العقد الجدي مشروطة بعدم توافر أحد الشروط الثلاثة المذكورة سلفاً بينما لا يشترط عدم توافر هذه الشروط للتدليل على الغيرية في نطاق الصورية (٢)

(١) د/ عبد المنعم البدر اوى - أحكام الالتزام - ص ١٩٧ ف ١٥٦ ط . دار النهضة، د/ إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزامات ص ٢٣٣ ف ١١٢ ط ١٩٥٦م، د/ سليمان مرقس - أحكام الالتزام - ص ٢٦٥ ف ١٩٠ ط ١٩٥٧

(٢) د / عبد المنعم البدر اوى - أحكام الالتزام - ص ١٩٧ ق ١٥٦ ، د / سليمان مرقس - أحكام الالتزام - ص ٢٦٥ ف ١٩٠ وانظر أيضاً : الصورية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس - إعداد / مجدى حسن خليل ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

المقارنة

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى بشأن مفهوم الغير وضح لى ما يأتى :

أولاً : يعتبر المنوب عنه، والمتفضل عليه، والخلف العام، والخلف الخاص فى حكم التعاقد لا من الغير سواء فى الفقه الإسلامى أو فى القانون المدنى المصرى

فإذا ترتب على تعاقد الأصيل وقوع أحد هؤلاء فى الضرر فإنه ينقلب غيراً حتى تتاح له فرصة مواجهة مثل هذه التعاقدات الضارة بالطعن عليها

ثانياً : يتسع مفهوم الفضالة فى الفقه الإسلامى ليشمل التصرف فى مال الغير بدافع الضرورة، كإقامة حائط جار يُخشى سقوطها فى غيابه، والتصرف فى مال الغير بغير ضرورة على خلاف القانون المدنى فإنه قصر الفضالة على التصرف فى مال الغير بدافع الضرورة دون ماعداها

ثالثاً : استخدم القانون المدنى المصرى اصطلاح (الخلف) عاماً كان أو خاصاً بينما لم يستخدم علماء الفقه الإسلامى هذا الاصطلاح وهو خلاف لا يترتب عليه أثر، فلا مانع من إطلاق وصف الخلف العام فى الفقه الإسلامى على الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة، ولا مانع أيضاً من إطلاق وصف الخلف الخاص فى الفقه الإسلامى على

كل من يخلف عاقده في حق أو التزام مرتبط بالمعقود عليه، كالمشتري والموصى له بجزء معين من التركة كالربع، أو الخمس، فكل منهما يخلف سلفه - البائع - الموصى - في الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتعاقد .

رابعاً : أورد القانون المدني المصري حالات ثلاث من خلالها لا يُعتبر الوارث

غيراً لمورثه، وهذه الحالات طبقاً للمادة (١٤٥) مدنى هي :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على عدم انتقال أثر العقد إلى الورثة

(٢) إذا كانت طبيعة العقد تآبى انتقاله إلى الورثة

(٣) إذا وجد نص في القانون يقضى بعدم انتقال أثر العقد إلى الورثة

وهذه الحالات الثلاث وإن لم يُصرح بها علماء الفقه الإسلامى إلا أنها لا تتضمن أى مخالفة لأحكام الفقه الإسلامى، فاتفاق المتعاقدين فى الفقه الإسلامى يجب احترامه مادام لم يتضمن أى مخالفة لأحكام الشرع عملاً بقول النبى ﷺ فيما رواه عمرو بن عوف المزنى عن أبيه عن جده : ﴿ الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ﴾ (١)

وكذلك أيضاً فإن شخصية المتعاقد إذا كانت محل اعتبار فى العقد فإن هذا الاعتبار بداهة يتنافى مع انتقال أثر العقد إلى الوارث فإذا تم الاتفاق مع قارئ للقرآن الكريم ثم مات هذا القارئ قبل الشروع فى القراءة فإن أثر هذا العقد لا ينتقل إلى وارثه الذى قد لا يجيد القراءة أو يجيدها ولكن بغير الكيفية التى يقصدها المتعاقد مع مورثه

أما النص على عدم انتقال أثر العقد إلى الورثة فيجب احترامه والعمل به سواء فى القانون المدنى، أو فى الفقه الإسلامى

(١) سنن الترمذى ٦٢٥/٣ حديث رقم ١٣٥٢ وقال : حديث حسن صحيح .

الفصل الثانى

العقد المالى وحقوق الغير فيه

وفيه مبحثان

المبحث الأول : مفهوم العقد المالى

المبحث الثانى : حقوق الغير فى العقد المالى

المبحث الأول

مفهوم العقد المالي

المطلب الأول

تعريف العقد إجمالاً

يطلق العقد في اللغة على معانٍ عدة : منها ، الشد، والإحكام، والتوثيق، والعهد، والجمع بين أطراف الشيء وما شابه ذلك، وكلها تدور حول الربط والتقوية سواء كانت من الأمور المحسوسة، كعقد الحبل، أو من الأمور المعنوية، كعقد البيع، وعقد النكاح .^(١)

أما في الاصطلاح : فيطلق على معنيين : عام ، وخاص

فالمعنى العام : يطلق على كل التزام قطعة الإنسان على نفسه، سواء كان هذا الالتزام في مقابلة التزام آخر، كالبيع، أو لم يكن في مقابلة التزام آخر، كالطلاق، واليمين، والنذر، وسواء كان هذا الالتزام التزاماً دينياً، كفعل الواجبات، وترك المحرمات، أو كان التزاماً دنيوياً، كالهبة^(٢) .

أما المعنى الخاص : فهو ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي، كعقد البيع، وعقد النكاح^(٣) ، وهذا المعنى هو المقصود عند الفقهاء

(١) لسان العرب مادة (عقد) ص ٣٠٣٠، القاموس المحيط - باب الدال - فصل العين - ص ٣٢٧، المصباح المنير ص ٢٨١

(٢) أحكام القرآن للجصاص - تحقيق - محمد صادق ٢٨٥/٣ ط. عبد الرحمن محمد

أحكام القرآن لابن العربي - ٥٢٦/٢ تحقيق علي محمد انبيجاوي ط . عيسى البياي الحلبي .

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٣٩٧/٢ ، تحقيق تيسر فائق ط . الفالغ

وانظر أيضاً : التعريفات للجرجاني ص ١٩٨ ، تحقيق عبد الرحمن عميرة ط . عالم الكتب حيث عرفه بأنه "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول"

موقف القانون

بالرجوع إلى القانون المدنى المصرى تبين أنه لم يورد من بين نصوصه نصاً خاصاً بتعريف العقد تاركاً ذلك لشرح القانون على اعتبار أن التعريف مسألة علمية يجب أن تترك للفقهاء
وقد أورد الفقه القانونى له تعريفات عدة كلها تدور حول معنى واحد هو " توافق إرادتين على إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه " وعلى ذلك فتكوين العقد فى الفقه القانونى يتطلب توافق أمرين :

الأمر الأول

اجتماع إرادتين أو أكثر وهو أمر بدهى؛ لأن إرادة واحدة لا يمكن أن تكون عقداً

الأمر الثانى

اتجاه الإرادتين إلى ترتيب أثر قانونى (١)
وبالنظر إلى مفهوم العقد فى الفقه الإسلامى، والقانون المدنى المصرى يلاحظ أن مفهوم العقد فى القانون تسوده النزعة الشخصية وهذه النزعة لا وجود لها فى المفهوم الإسلامى - الذى تسوده النزعة الموضوعية ولا شك فى أفضلية النزعة الموضوعية؛ لأنها تثبت أثر العقد فى المحلل بخلاف النزعة الشخصية فهى تنشئ التزامات على عاتق المتعاقدين دون النظر إلى ما هو أهم من ذلك وهو إثبات أثر العقد فى محله

(١) د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ص ٤٧ وما بعدها ط .
١٩٨١ دار النهضة، د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام ص ٣٧ وما بعدها ط ١٩٤٥،
د/ محمد لبيب شنب - نظرية الالتزام - ص ٢٢ وما بعدها ط . ١٩٧٧ د/ محسن اليه -
النظرية العامة للالتزامات - ٢١/١ وما بعدها ط . مكتبة الجلاء .

المطلب الثاني

حقيقة العقد المالي

العقد المالي (١) : هو العقد الذي يرد على عين من الأعيان سواء كانت نقل ملكية هذه العين بعوض، كالبيع، أو بغير عوض، كالهبة ويكون العقد مالياً أيضاً إذا كان وارداً على عمل بمقابل، كالمزارعة والمساقاة، والمضاربة

وقد يكون العقد مالياً من أحد طرفيه دون الآخر، كالخلع والصلح عن الدم، وعقد الجزية

أما النكاح ففي مآلئته رأيان للفقهاء :

أحدهما : أنه مالي من أحد طرفيه كالخلع (٢)

والثاني : أنه عقد غير مالي (٣)

وأرى ترجيح القول بعدم مالية عقد النكاح؛ لأن النكاح وإن اشتمل على مال من أحد طرفيه وهو الصداق الذي يقدمه الزوج إلا أن هذا المال ليس مقصوداً فيه، بدليل أنه يصح بالقليل والكثير

-
- (١) المال في اللغة ما يملكه الفرد ، أو الجماعة من متاع ، أو عروض تجارة ، أو نقود ، أو حيوان انظر : لسان العرب مادة (مول) ٤٣٠٠/٦ ، المصباح المنير ٣٠٢ ، المعجم الوجيز ص ٥٩٥ أما في الاصطلاح : فهو ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٦٠٧/٢ ط . دار إحياء التراث أو هو كل حق ذو قيمة مالية عينياً كان هذا الحق ، أم شخصياً انظر : د/ إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ٨٠ ط ١٩٦٦ ، د/ أحمد سلامة - المدخل لدراسة القسانون - ص ٢٣١ ف ١٣٣ ط ١٩٧٤ ، د/ حسام الدين كامل الأهواني - مقدمة القانون المدني - ص ٢٥٧
- (٢) المنثور في القواعد للزركشي - ٤٠٢/٢ ، تحقيق تيسر فائق - ط . مؤسسة الفالح أولسى ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م
- (٣) د/ مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٦٨٢/٢ .

أما العقد غير المالي فهو العقد الذي يرد على عمل معين دون مقابل كالوكالة، والكفالة والوصاية [يكسر الواو] أو يكون موضوعه الكف عن عمل، كعقد الهدنة بين المسلمين وأهل الحرب (١)

ولكن هل العقود الواردة على المنافع كالإجارة، والإعارة عقود مالية، أم عقود غير مالية؟ للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول

العقود الواردة على المنافع عقود مالية

وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم المالكية (٢)، والشافعية (٣)، والحنابلة (٤)

القول الثاني

العقود الواردة على المنافع عقود غير مالية

وإلى هذا ذهب الحنفية (٥)

الأدلة

أولاً : استدلل الجمهور على ما ذهبوا إليه من القول بمالية العقود الواردة على

المنافع بقوله تعالى حكاية عن سيدنا شعيب عليه السلام : ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ

أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾ (١)

(١) انظر تقسيم العقد إلى مالي وغير مالي :

المنثور في القواعد للزركشي ٤٠٢/٢، ٤٠٣ د/ مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام -
الفرق الإسلامي في ثوبه الجديد ٦٨٢/٢ د/ محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف
بالفقه الإسلامي ص ٥٥٤ ط . دار النهضة العربية ١٤٠٣ هـ .

(٢) شرح الخرشني ٢/٧ ط. دار صادر، المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ص ٢٩٥ ط . السعادة .

(٣) مغني المحتاج ٢/٢ حاشية الرشيدى مع نهاية المحتاج ٣٧٢/٣ ط . الحلبي

(٤) المغني مع الشرح الكبير ٣/٦، شرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢ ط. السلفية

(٥) مجمع الأنهر ٣/٢ ط. دار أحياء التراث، حاشية ابن عابدين - ٣/٤ ط. دار إحياء التراث

(٦) سورة القصص من الآية ٢٧ .

وجه الدلالة

أن سيدنا شعيب عليه السلام جعل المنفعة المتولدة عن تأجير سيدنا موسى عليه السلام صداقاً لإحدى ابنتيه، والصداق يجب أن يكون مالاً لقوله تعالى :
﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾ (١)
وحيث إن الصداق لا يصح إلا بالمال، والمنفعة صحت أن تكون صداقاً فإن
المنفعة تكون مالاً وهو المدعى (٢)

ثانياً : استدلال الحنفية : على ما ذهبوا إليه من عدم مالية العقود الواردة على
المنافع بأن الشرط في المال أن يكون مما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت
الحاجة، وهذا الشرط ينطبق على الأعيان دون المنافع؛ لأن المنافع وإن كان الطبع
يميل إليها إلا أنها لا تقبل الحيابة، فامتنع كونها مالاً لذلك (٣)
ويمكن مناقشة ذلك بأن الأدوية لا يميل إليها الطبع، والخضراوات لا يمكن
ادخارها بنفسها إلى وقت الحاجة، ومع ذلك لا يستطيع أحد أن ينكر ثبوت المايبة
في كل منهما (٤)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور ومنهم المالكية، والشافعية، والحنابلة،
وهو القول بمالية العقود الواردة على المنافع، وذلك لقوة ما استدلوا به؛ ولأن

(١) سورة النساء من الآية ٢٤

(٢) انظر الاستدلال بهذه الآية على مالية المنافع : تفسير القرطبي ٤٩٨٩/٧ ط. دار الريان للتراث،
شرح منتهى الإرادات ٦٣/٣ ط. السلفية

(٣) مجمع الأنهر ٣/٢، حاشية الطحطاوي ٣/٣ ط. دار الفكر حاشية أبو السعود - المسمأة فتح الله
المعين على شرح الكنز - ٥٢١/٢

(٤) انظر : الشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٤٧ ط. دار الفكر

الشارع الحكيم قد قرر للمنفعة بدلاً مالياً وفي ذلك دلالة على ماليتها إذا لو لم تكن كذلك لما قومت بالمال وقد وافق القانون المدني المصري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فاعتبر المنافع أموالاً على إطلاقها أى سواء كانت هذه المنافع بعوض، كالإجارة، أو بغير عوض، كالعارية، وسواء كانت هذه المنفعة منفعة عين كإجارة الأعيان، أم منفعة عمل كإجارة الأشخاص (١)

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور فى مالية المنافع فى أن من غصب شيئاً وانتفع به أو تركه بدون انتفاع ثم رده إلى صاحبه فإنه يضمن قيمة المنفعة فى مدة الغصب عند الجمهور، ولا يضمنها عند الحنفية؛ لأنه اعتدى على ما يُعتبر مالاً عند الجمهور، ومالا يُعتبر مالاً عند الحنفية؛ فاستقر ضمانه على القول الأول دون الثانى

ولكن لما رأى المتأخرون من الحنفية أن السير على هذا الرأى يؤدى إلى الجرأة على غصب الأعيان والانتفاع بها حيث لا يلزم الغاصب بالضمان فى مقابل هذا الانتفاع أفتوا بالضمان فى ثلاثة مواضع :

الأول : إذا كان المغصوب وقفاً

الثانى : إذا كان المغصوب مملوكاً ليتيم

الثالث : إذا كان المغصوب معداً للاستغلال

(١) د/ عيسوى أحمد عيسوى - المدخل ونظرية العقد - محاضرات لطلاب السنة الأولى - ص ٢٣٥ هامش رقم (١) ط . دار التأليف ، د/ محمد عبد المنعم حبشى - التعدى على النافع - ص ٤٦ ط ١٩٨٨ .

وقد علل متأخروا الحنفية ذلك بأن هذه الأملاك فى حاجة شديدة إلى الحفظ وزجر الناس حتى لا يتعدوا عليها (١)

ولا شك أن المعنى الذى اعتمد عليه متأخرو الحنفية فى إفتائهم بضمان المنافع فى هذه الحالات الثلاث موجود بالنسبة للمنافع كلها فىنبغى على الحنفية الإفتاء بالضمان فى كل غصب سواء كان من هذه الحالات الثلاث، أو من غيرها كما هو رأى الجمهور .

(١) ذكر صاحب اللباب ما نصه " هذا فيما عدا ثلاثة مواضع فىجب فيها أجرة المثل على اختيار المتأخرين وعليه الفتوى وهى أن يكون وقفاً ، أو لبيتيم ، أو معداً للاستغلال " انظر : اللباب فى شرح الكتاب ١٩٥/٢ ط. دار الحديث وانظر أيضاً : مجمع الأنهر ٤٦٧/٢ / مجمع الضمانات ص ١٢٦ ط. الخيرية ١٣٠٩، درر الحكام ٢٦٧/٢ .

المبحث الثاني

حقوق الغير في العقد المالي

المطلب الأول

تعريف الحق

الحق في اللغة : خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت وجب ويطلق على الأمر المقضى، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق، والموت، والحزم ومن معانيه أيضاً : النصيب، والواجب، واليقين، وجمعه حقوق، وحقوق . وقد قسمه علماء الأصول إلى أقسام ثلاثة :

حق لله، وحق للعبد، وحق مشترك بين الله والعبد

فحق الله هو ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، وذلك كحرمة بيت الله الحرام، وحرمة الزنا، فالأول نفعه عام للناس باتخاذهم قبيلة، والثاني نفعه عام للناس إذ به تسلم الأنساب من الاختلاط

وحق العبد هو ما يتعلق به مصلحة خاصة له، كحرمة ماله، وإنما كان حقاً مقصوراً على العبد؛ لأنه يُباح بإباحة الملك من جانب صاحبه أما الحق المشترك بين الله والعبد فهو نوعان :

أحدهما

ما اجتمع فيه الحقان وحق لله هو الغالب، كحد القذف فإن فيه حق الله تعالى من حيث إنه جزاء هتك حرمة العفيف، وحق العبد من حيث إزالة عار المقذوف، وإنما غلب حق الله فيه؛ لأنه لا يجر فيه الإرث والعفو خلافاً للشافعي -رحمة الله- فهو يرى أن حق العبد فيه، غالب لذا فهو يرى جريان الإرث والعفو

الثنائسي

ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد هو الغالب، كالقصاص فإن فيه حق الله وهو إخلاء العالم من المفسد، وحق العبد بوقوع الجناية عليه، ولكن حق العبد فيه غالب حيث يجرى فيه الإرث، ويصح العفو والاعتياض عنه بالمال (١) أما تعريف الحق في الاصطلاح: فقد عرف قديماً بأنه "حكم يثبت" (٢) وقد أخذ على هذا التعريف بأن الحكم المراد في التعريف والذي هو خطاب الشارع من أمر أو نهى لا يصلح تعريفاً للحق؛ لأن الحق أثر للخطاب ينشأ عنه وليس هو إياه حتى يُعرف به (٣)

أما حديثاً: فقد عُرف بتعريفات عدة:

منها تعريف الشيخ على الخفيف بأنه "مصلحة مستحقة شرعاً" (٤) وقد أخذ على هذا التعريف أنه يشتمل على الدور؛ لأنه عرف الحق بالاستحقاق وهو مشتق من الحق، فيلزم من ذلك توقف الحق على الاستحقاق، وتوقف الاستحقاق على الحق، والتعريف إذا لزم منه الدور كان باطلاً (٥)

(١) حاشية قمر الأرقام على نور الأنوار شرح المنسار - ٢١٦/٢ ط. بولاق ١٣١٦، الموافقات للشاطبي ٥٥٨/٢ ط. الباز - الرياض، المنثور في القواعد للزركشي ٦٥/٢، ٦٦ ط. الفيلاج، تيسير التحرير ١٨٠/٢ ط. دار الكتب العلمية. الذخيرة للقرافي ٩٣/٥ ط. دار الغرب الإسلامي، أعلام الموقعين ١٠٨/١ ط. الفنية

(٢) حاشية قمر الأرقام ٢١٦/٢ وقد جاء فيها "اعلم أن الحق الموجود يقال: حق على فلان أي شيء موجود في ذمته، والمراد هنا حكم يثبت"

وقد ذكر الجرجاني تعريفاً مماثلاً حيث عرف الحق بأنه "الحكم الثابت الذي لا يسوغ إنكاره" أنظر: التعريفات للجرجاني ص ١٢٢ تحقيق - عبد الرحمن عميرة ط. عالم الكتب

(٣) الشيخ على الخفيف - الحق والذمة وتأثير الموت فيهما ص ٣٦ ط. مكتبة عبد الله وهبة

(٤) المرجع السابق ص ٣٦

(٥) د/ مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في توبه الجديد ١/٣ ط. دار الفكر

وأيضاً : فإن تعريف الحق بالمصلحة يتنافى مع طبيعته في الفقه الإسلامى حيث يمتد معناه ليشمل حق الله وحق العبد، وإذا جاز أن نعتبر الحق في جانب العبد يمثل مصلحة فإن اعتبار المصلحة في حق الله أمر غير جائز؛ لأن الله غنى عن العالمين^(١)

ومنها تعريف الدكتور الزرقاء حيث عرفه بأنه : " اختصاص يقرر به الشارع سلطة أو تكليفاً " ^(٢)

ويؤخذ على هذا التعريف عدم إشارته إلى صاحب الحق الذى يتقرر له السلطة أو التكليف

وعرفه الدكتور أحمد فهمى أبو سنة بأنه ما ثبت في الشرع للإنسان أو الله تعالى على الغير^(٣)

وهذا التعريف هو أنسب التعاريف للحق في نظرى، لأنه يوافق التعريف اللغوى للحق من كونه الثبوت، وكما كان هناك ارتباط وعلاقة بين المعنيين اللغوى والاصطلاحى كان أدعى إلى فهم المعنى الاصطلاحى . كما أن هذا التعريف يشتمل على أركان الحق وبيان أنواعه

موقف الثانون

ثار الخلاف بين فقهاء القانون حول وضع تعريف للحق، وأساس هذا الخلاف هو نظرة كل منهم المختلفة له فمن نظر إليه من ناحية صاحبه عرفه بأنه " سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدتها من القانون "

(١) أستاذنا الدكتور عبد الله مبروك النجار - تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق - ص ٤٥ ط . ثانية دار النهضة

(٢) د / مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهى العام - الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد - ١٠/٣

(٣) د/ أحمد فهمى أبو سنة - بحث منشور له ضمن كتاب الفقه الإسلامى أساس التشريع ص ١٨٧ ط . المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٧١م

نقلًا عن أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار - تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق - ص ٤٥

ويسمى هذا الاتجاه بالاتجاه الشخصي
ومن نظر إليه من ناحية محله عرفه بأنه " مصلحة يحميها القانون "
ويسمى هذا الاتجاه بالاتجاه الموضوعي
ومن نظر إليه من الناحيتين الشخصية والموضوعية عرفه بأنه جماع الإرادة
والمصلحة .

ويسمى هذا الاتجاه بالاتجاه المختلط .
وقد أخذ على الاتجاه الشخصي أنه يربط بين الحق والإرادة مع أن الحق قد يثبت
للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون .
وقد أخذ على الاتجاه الموضوعي أنه يعرف الحق بالمصلحة، والمصلحة غاية
للحق وليس هي ذاته، ومن الخطأ تعريف الشيء بالغاية منه .
أما الاتجاه المختلط فقد أخذ عليه ما أخذ على الاتجاهين السابقين، لأنه يجمع بينهما
ولتفادي هذا النقد وضع الفقه الحديث تعريفاً للحق كان الاتجاه فيه إلى إبراز
عناصره وخصائصه المميزة له فعرفه بأنه :

" ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية بمقتضاها يتصرف
الشخص متسلطاً على مال معترف له به بصفته مالكاً أو مستحقاً له" (١)
ومن هذا التعريف يتبين أن العناصر التي يتكون منها الحق تنحصر في ضرورة
وجود الاستثناء والتسلط، وفي أن يلتزم الكافة باستثناء صاحب الحق وتسلطه
ويكون لهذا الأخير المطالبة باحترام حقه إذا ما أعتدى عليه .
وقد اتجه الفقه الحديث في مصر إلى اعتماد هذه الفكرة عن الحق فوضع تعريفات
له تتقارب في جوهرها معها ومن هذه التعريفات التعريف الذي ذكره الدكتور
جميل الشرفاوي وحاصله أن الحق هو :

(١) د / إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١١ وما بعدها ط ١٩٦٦ م

د/ أحمد سلامة - المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق - ص ١٧ وما بعدها

د/ حسن كيرة - المدخل إلى القانون ص ٤١١ وما بعدها ط ١٩٦٩

د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - ص ٣١٩ وما بعدها ط ١٩٨٣

د/ حمدي عبد الرحمن - الحقوق والمراكز القانونية ص ١٢ وما بعدها ط ١٩٧٥ .

" قدرة لشخص من الأشخاص على أن يقوم بعمل معين، بمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها " (١)

وبمقارنة هذا التعريف بالتعريفات التي أوردها علماء الفقه الإسلامى يلاحظ أن مفهوم الحق فى الفقه الإسلامى أعم وأشمل من مفهومه فى القانون وبيان ذلك : أن الحق فى القانون مقتصر على حقوق الإنسان دون الإشارة إلى حقوق الله

بخلاف الفقه الإسلامى فإنه تناول حقوق الإنسان وتناول حقوق الله وأعطى حقوق الله جل عنايته واهتمامه

ومرجع هذا الخلاف هو أن القانون الوضعى بصفة عامة يهتم بمعالجة أمور الإنسان بعيداً عن الدين

وهذا الخلاف وإن كان يتسع بالنسبة لحقوق الله الخالصة، كحرمة الزنا فإن يضيق بالنسبة لحقوق الإنسان الخاصة، كالديون، والحقوق المشتركة، كتحريم القتل والقذف

وهذا راجع إلى أن من الحقوق ما يتعلق بالنفع العام وهذه الحقوق هى جل عنايته القانون واهتمامه

(١) انظر د/ جميل الشرقاوى - دروس فى أصول القانون - ص ٢١٨ ط. دار النهضة ١٩٨٤ .

المطلب الثاني

حقوق الغير فى العقد المالى

حقوق الغير فى العقد المالى إما أن تكون حقوقاً عينية، وإما أن تكون حقوقاً شخصية (١)

فيما يلى بيان لهذه الحقوق

الفرم الأول

الحقوق العينية للغير فى العقد المالى

يقصد بالحق العينى (٢) : الحق الذى يخول صاحبه سلطة مباشرة حقوقه على عين مالية معينة بذاتها دون تدخل من أحد، وذلك كحق الملكية، فهو سلطة مباشرة للمالك على الشئ المملوك، وهذه السلطة لا تحتاج إلى تدخل شخص آخر غير المالك بل تتحقق بمجرد وجود المالك الشئ المملوك ويستطيع المالك ممارسة سلطاته على هذا الشئ دون توقف على أحد (٣)

وهذا الحق قد يكون حقاً تاماً، وقد يكون حقاً ناقصاً

(١) يلاحظ أن هذا التقسيم ليس تقسيماً للحق، لأن الحق قد يكون غير مالى، كحق الإنسان فى اسمه وحقه فى عدم إذاعة أسرارته، وإنما هو تقسيم لحقوق الغير فى العقد المالى المتعدى فيه على حقه وهذا التقسيم هو الذى اعتمده فى خطة هذا البحث

(٢) اصطلاح الحق العينى وإن كان يبدو لأول وهلة أنه اصطلاح قانونى إلا أنه بالنظر والتدقيق فى كتب الفقه الإسلامى يلاحظ أن هذا الاصطلاح هو اصطلاح شرعى قبل أن يكون قانونياً فقد جاء فى الفقه المالكى ما نصه " الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت، والشابيت قبله إما أن يتعلق بالعين أو بالأول الحقوق العينية ... "

انظر الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ٤/٤٥٧ ط. عيسى البابى الحلبي

وعلى ذلك فإننا إذا استعملنا مصطلح [الحق العينى] نكون قد استعملنا مصطلحنا الشرعى

(٣) د/ مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - ١٧/٣، الشيخ على الخفيف - الملكية فى الشريعة الإسلامية - ص ٢٠ ط. دار النهضة .

(أ) حق الملك التام

يقصد بالملك التام : ملك رقبة الشيء ومنفعته وهذا الحق يمكن صاحبه من ممارسة جميع حقوق المالك على ملكه من استعمال، واستغلال، وتصرف .
وعلى ذلك نصت المادة (٨٠٢) من القانون المدنى بقولها :
" لملك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .
ومن أمثلة هذا الحق فى مجال حقوق الغير فى العقد المالى، الحق المقرر للمالك فى تعاقد الفضولى، بمقتضى هذا الحق يكون عقد الفضولى غير نافذ فى مواجهة المالك إلا بالإقرار الصادر منه .

(ب) حق الملك الناقص

الملك الناقص : هو الملك الذى لا يجتمع فيه ملك الرقبة وملك المنفعة، وإنما يكون ملك الرقبة فيه لشخص وملك المنفعة لشخص آخر^(١)
ومن أمثلته تأجير الملك، فالمؤجر يملك الرقبة والمستأجر يملك المنفعة، وكلا الملكين حق عينى يرد على عين معينة وهى العين المؤجرة
وعلى ذلك فحق المؤجر فى تعاقد المستأجر على المنفعة [التأجير من الباطن]
حق عينى محله ملك الرقبة
وحق المستأجر فى بيع المؤجر للعين المؤجرة، حق عينى محله ملك منفعة العين

(١) انظر تقسيم الحق العينى إلى تام وناقص :

الإمام محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ص ٦٨ ، ٦٩ ط. دار الفكر، الشيخ على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - ص ٣٩ د/ عيسى أحمد عيسى - المدخل ونظرية العقد - ص ٣٤٦ ط . دار التأليف د/ محمد كامل مرسى - الملكية والحقوق العينية - ١٥٩/١ ط ١٩٣٣ .

الفرد الثاني

الحقوق الشخصية للخير في العقد المالي

الحق الشخصي، أو الالتزام هو عبارة عن كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما مكلفاً تجاه الآخر بعمل ذات قيمة، أو أن يمتنع عن عمل منافع لمصلحته

ومن هذا المنطلق يمكن تعريف الحق الشخصي بأنه :

" مطلب " يقره الشرع لشخص على آخر، وهذا الحق يكون متعلقه تارة القيام بفعل

ذو قيمة لمصلحة صاحب الحق، وتارة الامتناع عن فعل منافع لمصلحته (١)

ولفتهاء القانون تعريف يحمل نفس المعنى، وهو أن الحق الشخصي

" علاقة قانونية بين شخصين، تخول أحدهما وهو الدائن، أن يطالب الآخر وهو

المدين، بعمل، أو بالامتناع عن عمل " (٢)

وعلى ذلك فمحل الحق الشخصي دائماً يكون عملاً إيجابياً، أو سلبياً يلتزم

به المدين، فالشخص الذي يُقرض آخر مبلغاً من النقود يكون له قبل المقرض حق

شخصي محله عمل معين، وهو أن يقوم المدين المقرض برد المبلغ في ميعاد

الاستحقاق وهذا الحق عمل إيجابي يقوم به المدين (٣)

(١) د/ مصطفى أحمد الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ١٦/٣

(٢) د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية الحق - ص ٢٥ ط ١٩٤٩، د/ عبد الوود يحيى - المدخل

لدراسة القانون - نظرية الحق - ص ٢١ ط ١٩٧٠، د، سليمان مرقس - المدخل للعلوم

القانونية - القسم الثاني في الحقوق ص ١٨ ط ١٩٧٤

(٣) د/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦ .

وكذلك أيضاً الشخص الذى يودع عيناً من أعيان ماله عند شخص آخر ليحفظها، له حق شخصى فى ذمة المودع لديه وهو عدم استعمال الوديعة وهذا الحق هو امتناع عن عمل (١)

وجدير بالذكر أن الفقه الإسلامى لا يبرز فيه الالتزام بعمل، أو الالتزام بامتناع عن عمل، وإنما الذى يبرز فيه هو الالتزام بالدين، والالتزام بالعين فالالتزام بالدين يتعلق بذمة المدين وماعداه لا تعلق له بالذمة إلا إذا تحول من التزام بعين إلى التزام بدين، كالعين المنصوبة، فإن الغاصب يقع عليه الالتزام بعينها، ولكن إذا أهلك أو استهلكته عنده فإن التزام الغاصب بعينها يتحول إلى التزام فى ذمته، وهو رد مثلها إن كانت من المثليات، ورد قيمتها إن كانت من القيميات (٢)

ومن هذا المنطلق يمكن تقسيم الحقوق الشخصية للغير فى العقود المالية إلى حقوق تتعلق بالعين، وحقوق تتعلق بالذمة

(أ) حقوق الغير الشخصية المتعلقة بالعين

الحق الشخصى المتعلق بالعين : هو أداء يقع على عين معينة يشبه الالتزام العادى من حيث إنه أداء ولكنه يختلف عنه فى أنه يحصر الالتزام فى عين معينة دون باقى عناصر الذمة (٣)

(١) د/ مصطفى الزرقاء ، المرجع السابق ص ١٧

(٢) د/ عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه - الالتزام العينى بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة ص ٥١٠ دار الاتحاد العربى أولى ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢م

(٣) د/ عبد العزيز عبد القادر ابو غنيمه - المرجع السابق ص ٤٨٣

ولحقوق الغير الشخصية المتعلقة بالعين تطبيقات أذكر منها :

(١) حق الورثة في وصية مورثهم حق شخصي؛ لأنهم بحكم الشرع يأخذون من التركة تلتئها، والمورث ملتزم بذلك فلا يستطيع أن يمس هذا القدر بالوصية، أو ما في حكمها كتبرعه في مرض موته إلا بموافقة الورثة (١)

وحق الورثة هنا حق متعلق بعين التركة، لا بذمة المورث

(٢) الشفيع له حق شخصي تجاه بائع الحق المشفوع فيه، وهذا الحق يتمثل في التزام هذا البائع باسترداد المبيع من المشتري وتسليمه للشفيع بمثل الثمن الذي أخذ به المشتري

وحق الشفيع متعلق بالعين المشفوع فيها لا بذمة البائع

(ب) حقوق الغير الشخصية المتعلقة بالذمة

الحق الشخصي للغير غالباً ما يتعلق بعين معينة تكون محلاً لهذا الحق أما تعلقه بذمة (٢) المدين فهو ينحصر في أمرين

الأمر الأول

إذا كان الالتزام أساساً هو التزام بدين لا عين

(١) يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي " للوارث حق شخصي في تركة مورثه وهو أن يأخذ من التركة تلتئها فلا يستطيع المورث أن يمس هذا القدر بالوصية أو بما في حكمها من التصرفات، كتصرفه في مرض موته "

انظر : مصادر الحق ١٣/٥

(٢) الذمة هي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه

انظر : د/ عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه - المرجع السابق - ص ٤٧٣ ط دار الاتحاد، د/ محمد سلام مدكور - نظرية الحق ص ١١٣ ط. دار الفكر ١٩٥٣، د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية الحق ص ٦٤

الأمر الثاني

إذا كان الالتزام هو التزام بعين، ولكنه تحول إلى التزام بدين، وذلك كتحويل التزام الغاصب برد العين إلى رد المثل في المثليات، والقيمة في القيميات في حالة تعذر رد العين

ولحقوق الغير الشخصية المتعلقة بالذمة تطبيقات أهمها :

(١) حق المالك المستحق في استحقاق البديل مثلاً في المثليات وقيمة في القيميات

إذا تعذر رد العين المتعدى عليها

فهذا الحق تعلق بذمة المتعدى، بعد أن كان متعلقاً بالعين المتعدى عليها (١)

(٢) حق الدائنين في وقف نفاذ تصرف مدينهم العاجز عن الوفاء بحقوقهم إذا كان

من شأن هذا التصرف أن يضعف ضمانهم العام على أموال مدينهم .

(١) د/ مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في توبه الجديد ٢٦/٣، ٢٧
د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق ١٧/١، د/ عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه -
المرجع السابق ص ٤٩٣ .

القسم الأول

الحقوق العينية للغير فى العقود المالية

وفيه بابان

الباب الأول : الحقوق العينية التامة

الباب الثانى : الحقوق العينية الناقصة

الباب الأول

الحقوق العينية التامة

وفيه فصلان

الفصل الأول : حق المالك في تعاقد الفضولى

الفصل الثانى : حق المالك فى استحقاق العقد المالى المترتب
على ملكه بتعد

الفصل الأول

حق المالك في تعاقد الفضولي

تقديم

الفضولي في اللغة : من الفضل وهو الزيادة، وجمعه فضول كفلس وفلوس، وقد غلب استعماله على ما لا خير فيه، واستعمل الجمع استعمال المفرد، فقيل : فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه (١)

أما في الاصطلاح

فقد عرفه الحنفية بأنه : " من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي " (٢)
وعرفه المالكية بمعنى يفيد أن الفضولي هو : " من يبيع مال غيره بغير إذنه " (٣)

وعرفه الشافعية بأنه " من ليس بوكيل، ولا ولي، ولا مالك " (٤)

وعرفه الحنابلة بمعنى يفيد أنه : المتصرف للغير بغير إذنه (٥)

وعرفه الإمامية بأنه " الكامل الذي يتصرف تصرفاً غير مالك له " (٦)

وبتدقيق النظر فيما ذكره الفقهاء يُلاحظ أن المالكية قد قصرُوا الفضالة على البيع على حين أن الفضالة كما تكون في البيع تكون في غيره، كالهبة، والوصية، والرهن، وغيرها من العقود

(١) لسان العرب ٣٤٢٩/٥، القاموس المحيط ٣١/٤، الصحاح ١٧٩١/٥

(٢) البحر الرائق ١٦٠/٦، البنائة في شرح الهداية ٥٨٥/٦ ط . دار الفكر

(٣) شرح الخرشي ١٨/٥ ط . دار صادر، حاشية الدسوقي ١٢/٣ ط . دار إحياء التراث

(٤) حاشية الجبل على شرح المنهج ٣٢/٣ ط . مصطفى محمد

(٥) الفروع ٢٧/٤ ط . دار الكتب العلمية، الكافي ٢٠/٢ ط . المكتب الإسلامي

(٦) فقه الإمام جعفر الصادق ٨٤/٣ ط . الجواد

أما تعريف الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، فقد دار حول معنى واحد، وهو أن الفضولي من يتصرف في مال غيره دون أن يكون مأذوناً له فيه، وإن كان تعريف الإمامية يفضل ما عداه في نظري؛ لأنه انفرد بوصف الفضولي بأنه [الكامل] أي كامل الإرادة تمييزاً له عن شاب العيب رضاه أو ناقص الأهلية فإذا تصرف الفضولي وهو كامل الإرادة في مال غيره، فما حق الغير في مواجهة هذا التصرف؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل أرى أنه من الأهمية أن أشير إلى أن علماء الفقه الإسلامي العظام قد بحثوا الفضولية في عقد البيع، ثم طبقوها بعد ذلك على سائر العقود مالية كانت، أو غير مالية

ومن ثم فإن حق الغير في مواجهة تصرف الفضولي بإجارة، أو رهن، أو هبة، أو وصية هي نفس حقوقه المقررة في مواجهة بيعه، فما ينطبق على عقد البيع ينطبق على كل عقد يقبل الاستتابة، كما ورد صراحة من خلال النصوص التي أوردها علماء الفقه الإسلامي

فقد جاء عن الكاساني^(١) من فقهاء الحنفية ما نصه " تصرفات الفضولي التي لها مجيز حال العقد منعقد على إجازة المالك من البيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق، فإن أجازته ينفذ وإلا يبطل"^(٢)

أورد النووي^(٣) من فقهاء الشافعية في المجموع ما نصه " ويجرى القولان الوقف، والبطلان فيما لو زوج أمة غيره، أو ابنته، أو طلق منكوحته، أو أعتق

(١) هو أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، فقيه أصولي، له تصانيف كثيرة منها : السلطان المبين في أصول الدين، بدائع الصنائع. وكانت وفاته بحلب سنة ٥٨٧ هـ

انظر : معجم المؤلفين ٣/٧٥، ٧٦ ط . دار إحياء التراث

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٥/١٤٨

(٣) هو أبو زكريا يحيى بن شرف الدين الحوراني، تعلم بدمشق وأقام بها زمناً طويلاً، له مصنفات كثيرة منها تهذيب الأسماء واللغات، ومنهاج الطالبين، والمنهاج في شرح صحيح مسلم، كان ميلاده سنة ٦٣١ هـ ووفاته سنة ٦٧٦ هـ

انظر الأعلام للزركلي ٨/١٤٩ ط . دار العلم .

مملوكه، أو أجر داره، أو وهبها بغير إذنه قال إمام الحرمين (١) :
 " ويطرد هذا القول في كل عقد يقبل الاستنابة كالبيوع، والإيجارات، والهبات،
 والعقود، والنكاح، والطلاق، وغيرها " (٢)

أما صاحب المبدع من الحنابلة (٣) فقد أورد نقلاً عن المقنع ما نصه " فإن باع ملك
 غيره بغير إذنه، أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه، أو طلق زوجة غيره، أو
 نحوه من التصرفات لم يصح اختاره الأكثر؛ لعدم وجود شرطه " (٤)
 فإذا ثبت أن عقود الفضولي من إجارة، أو هبة، أو رهن، أو غيرها من العقود
 التي تقبل الاستنابة تأخذ حكم بيعه فيكون للغير بشأنها من الحقوق مثل ماله في
 مواجهة بيعه، فما هي هذه الحقوق، وهل يختلف الحكم لو كان هذا الفضولي
 شريكاً؟

هذا ما أوضحه من خلال المبحثين الآتيين

المبحث الأول : التعاقد على ملك الغير

المبحث الثاني : التعاقد على الملك الشائع

- (١) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، كان عزيز العلم حتى قال عنه الثقات : ما وجد
 من مصنفاة قطرة من سيل، وغرفة من بحر، وكانت وفاته سنة ٤٧٥ هـ .
 انظر : طبقات الشافعية ١٦٥/٥ ط. عيسى البابي الحلبي .
 (٢) انظر : المجموع شرح المذهب ٢٥٩/٩ ط . دار الفكر .
 (٣) هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد عبد الله بن مفلح الحنبلي، صنف شرح المقنع في
 الفقه، كما صنف كتاباً في أصول الفقه، كان مولده سنة ٨١٦ هـ ووفاته سنة ٨٨٤ هـ .
 انظر : شذرات الذهب ٣٣٨/٧ ط . دار الفكر .
 (٤) المبدع في شرح المقنع ١٦/٤ .

المبحث الأول

التعاقد على ملك الغير

إذا تعاقد الفضولي على مال غيره بالبيع، أو الهبة، أو الرهن ونحو ذلك من العقود التي تقبل الاستنابة، فإما أن يكون الفضولي قد تمكن من تسلم المعقود عليه إلى من تعاقد معه، أو لم يتمكن من ذلك

فإن كان الفضولي قد تمكن من تسليم المعقود عليه إلى من تعاقد معه فإنه يكون في حكم الغاصب^(١)

ومن ثم يكون للغير - المالك - في مواجهته مثل ما للمغصوب منه في مواجهة الغاصب^(٢) وهو ما سأوضحه في الفصل الثاني من هذا الباب

أما إذا لم يكن الفضولي قد تمكن من تسليم المعقود عليه إلى من تعاقد معه فلعلماء الفقه الإسلامي قولان في مدى أحقية الغير الذي بيع ملكه في هذا التعاقد :

القول الأول

لفقهاء الحنفية، والمالكية، والإمام الشافعي في مذهبه القديم، والحنابلة في

(١) يتشابه الفضولي مع الغاصب في أن كلا منهما يتعدى على حق غيره، ويختلفان في طريقة هذا التعدي، فالغاصب يعتمد في تعديه على المغالبة والمجاهرة والفضولي مجرد عن ذلك .
انظر : بدائع الصنائع ١٤٣/٧

(٢) انظر : الفقه الحنفي : بدائع الصنائع ١٤٣/٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨ ط . دار المعرفة .

الفقه المالكي : شرح الخرشي ١٤٦/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢/٣
الفقه الشافعي : مغنى المحتاج ٢٧٩/٢، الوسيط في المذهب للإمام الغزالي ٢٢/٣ ط .
دار السلام ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

والفقه الحنبلي : الفروع ٢٧/٤ ط . دار الكتب العلمية، الإنصاف ١٧٧/٦
والفقه الظاهري : المحلى ٥٦٤/٨ مسألة ١٢٥٨

رواية لهم، والزيدية، والإمامية، والإباضية فى قول لهم
وحاصله أن هذا العقد يُوقف على إرادة الغير الذى بيع ملكه فإن أمضاه
نفذ وإن رده وقع باطلاً (١)

القول الثانى

وهو المذهب الجديد للإمام الشافعى، والرواية الأخرى عند الحنابلة، وبه
قال ابن حزم الظاهرى، هو القول الآخر للإباضية
وحاصله : بطلان العقد الوارد على ملك الغير (٢)

سبب الخلاف

يرجع سبب الخلاف بين العلماء فى ذلك إلى خلافهم فى الولاية على التعاقد
هل هى شرط نفاذ، أو شرط انعقاد ؟
فمن قال : هى شرط نفاذ قال : بوقف العقد
ومن قال : هى شرط انعقاد قال : ببطلانه (٣)

-
- (١) انظر الفقه الحنفى : الميسوط ١٣/١٥٣ ، البحر الرائق ٦/١٦٠
والفقه المالكى : شرح الخرشي ٥/١٧، الفروق ٣/٤٢٤
والفقه الشافعى : مغنى المحتاج ٢/١٥، روضة الطالبين ٣/٣٥٣، حاشية قليوبى ٢/١٦٠
والفقه الحنبلى : المقنع ٢/٧، الشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة ٤/١٦
والفقه الزيدى : البحر الزخار ٤/٣٠٥ ط . مؤسسة الرسالة
والفقه الإمامى : شرائع الإسلام ٢/١٤ فقه الإمام جعفر ٣/٩١
الفقه الإباضى : كتاب النيل ٨/٢٣١، الإيضاح ٣/١١١ ط . الوطن
- (٢) انظر الفقه الشافعى : مغنى المحتاج ٢/١٥، روضة الطالبين ٣/٣٥٣ حاشية قليوبى ٢/١٦٠
والفقه الحنبلى : المقنع ٢/٧، شرح منتهى الإرادات ٤/١٦، الزوائد فى فقه الإمام أحمد بن حنبل
ص ٣٦٦ ط . السلفية ، منار السبل ٢/٥١٤
والفقه الظاهرى : المحلى ٩/٤٤٣ مسألة ١٤٦٢
والفقه الإباضى : كتاب النيل ٨/٢٣٢، الإيضاح ٣/١١١
- (٣) انظر : أستاذنا الدكتور / عبد الرازق حسن فرج - رسالته نظرية العقد الموقوف ص ٤٢

الأدلة

أولاً : أدلة أصحاب القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من وقف العقد على إرادة الغير من الكتاب، والسنة، والمعقول

(أ) الكتاب

قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ (١)

وجه الدلالة

أفادت الآية الكريمة وجوب التعاون على البر والتقوى، وتصرف الفضولى من هذا القبيل؛ لأن تصرف الإنسان يحمل على الوجه الأحسن من أجل هذا قلنا: يوقف العقد على إرادة الغير صاحب الحق فإذا ثبت قصد التعدى والإساءة من جانب الفضولى فلا ضرر يقع على الغير صاحب الحق؛ لأن وقف العقد كما يحقق إجازة التصرف يحقق أيضاً بطلانه إذا رفضه من توقف العقد على إرادته (٢)

(ب) السنة

ما روى عن شبيب بن غرقدة قال : سمعت الحى يتحدثون عن عسرة أن النبى ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشتري له به شاتين فباع إحداهما بدينار فجاء بدينار وشاة، فدعى له بالبركة فى بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه (٣)

(١) سورة المائدة من الآية ٢

(٢) انظر : الاستدلال بهذه الآية : بدائع الصنائع ١٤٩/٥

(٣) صحيح البخارى مع فتح البارى ٦/٦٣٢ - كتاب المناقب رقم ٦١ باب رقم ٢٨ ط . دار الفكر واللفظ له

سنن الترمذى ٣/٥٥٠ حديث رقم ١٢٥٨، سنن أبى داود ٣/٢٥٦ حديث رقم ٣٣٨٤

وقد روى هذا الحديث من طريق آخر عن أبي بكر بن عباس عن أبي حصين عن ثابت عن حكيم بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار فاشتري أضحية فأربح فيها ديناراً فاشتري أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال: ﴿ ضح بالشاة وتصدق بالدينار ﴾ (١)

وجه الدلالة

أن سيدنا عروة أو حكيم بن حزام - على اختلاف الرواية - قد تصرف من تلقاء نفسه على غير ما أمره النبي ﷺ، وقد أجاز النبي ﷺ فعله؛ فدل ذلك على الجواز (٢)

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن سيدنا عروة أو حكيم - على اختلاف الرواية - كان وكيلاً مطلقاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم (٣)

-
- (١) انظر: سنن الترمذى واللفظ له ٥٤٩/٣ حديث رقم ١٢٥٧. سنن الدارقطنى ٩/٣ حديث رقم ٢٨، مصنف ابن أبي شيبة ٢١٨/١٤ رقم ١٨١٤٣
- وقد ذكر الترمذى أنه حديث منقطع حيث قال: " حبيب بن ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام " غير أن هذا الانقطاع لا يقدح في الحديث؛ لأن حبيباً رضى الله عنه من ثقات التابعين، فقد وثقه يحيى بن معين، وجماعة، واحتج به كل أفراد الصحاح بلا تردد، كما روى رضى الله عنه عن ابن عمر، وابن عباس، وأنس بن مالك، وزيد بن أرقم، وسعد بن أبي وقاص، ونافع بن جببر، ومجاهد، وعطاء، وطاوس، وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين
- انظر تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلانى - ١٥٦/٢ ط. أولى ١٩٨٤ م
- (٢) انظر الاستدلال بهذا الحديث: بدائع الصنائع ١٤٩/٥، تبيين الحقائق ١٠٣/٤ البحر الزخار ١٠٦/٤
- (٣) مغنى المحتاج ١٥/٢، نهاية المحتاج ٤٠٣/٣، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣٢/٣ ط. مصطفى محمد، أسنى المطالب ١٧/٤ ط. المكتبة الإسلامية - الشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة ١٦/٤، المبدع فى شرح المقنع ١٧/٤.

وقد أُجيب عن ذلك بأن الوكالة المطلقة لرسول الله ﷺ قول غير مسلم إذ لا يمكن إثباته بغير نقل، والمنقول عن النبي ﷺ أنه أمره بالشراء فلو كانت هناك وكالة مطلقة لنقل؛ ولكنه لم ينقل

يضاف إلى ذلك أن رسول الله ﷺ قد جوزَّ هذا البيع ودعى للصحابي الذي قام به بالخير والبركة فلو كان يبيعه باطلاً لأمره النبي ﷺ باسترداده (١)

(ج) المعقول

استدل القائلون بالوقف من المعقول بدليلين

الدليل الأول

قياس تصرف الفضولي على الوصية بالمال من المدين المفلس، بجامع تعلق حق الغير بالمال المتصرف فيه
وتصرف المدين المفلس بالوصية يتوقف على إجازة الدائنين، فكذا تصرف الفضولي بالبيع، أو غيره يكون موقوفاً على إجازة المالك؛ لعدم الفارق (٢)

الدليل الثاني

قياس تصرف الفضولي على تصرف المالك، بجامع أن التصرف في كل صادر من أهله واقع في محله
وتصرف المالك يقع صحيحاً، فكذا تصرف الفضولي
فإن قيل : يوجد فارق بين تصرف المالك وتصرف الفضولي، حيث يتصرف الأول فيما يملكه، ولا كذلك الثاني

(١) المبسوط ١٣/١٥٤، بدائع الصنائع ٥/١٤٩، العناية على الهداية ٧/٥٣ ط . مصطفى البوابي الحلبي

(٢) المبسوط ١٣/١٥٤، المبدع في شرح المقنع ٤/١٦، الشرح الكبير مع المعنى لابن قدامة ٤/١٦ .

قلنا : عدم الملك لا يمنع الصحة وإنما يمنع النفاذ حتى تصدر الإجازة ممن يملكها شرعاً^(١)

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثانى

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهب إليه من بطلان تصرف الفضولى بالبيع وغيره من الكتاب، والسنة، والمعقول

(أ) الكتاب

قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴾^(٢)

وجه الدلالة

أن الآية الكريمة أفادت بطريق الحصر أن اكتساب الإنسان يكون له لا لغيره، والفضولى يضيف تصرفه بالتعاقد إلى غيره دون أن يكون مأذوناً له ممن أضاف التعاقد إليه؛ فيكون تصرفه باطلاً^(٣) وقد نوقش ذلك بأن الآية خارجة عن محل النزاع؛ لأنها تحمل الثواب والعقاب الأخرى دون أحكام الدنيا، وقد دل على ذلك قوله تعالى فى نفس الآية ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾^(٤)

(١) تبيين الحقائق ١٠٣/٤ ط . دار المعرفة

(٢) سورة الأنعام من الآية ١٦٤

(٣) انظر الاستدلال بهذه الآية : المحلى ٤٤٤/٩؛ مسألة ١٤٦٢

(٤) انظر : تفسير القرطبي - ٢٥٩٢/٤ ط . دار الريان للتراث ، تفسير البغوى - المسمى - معالم

التنزيل - ١٢٢/٢ ط . دار الكتب العلمية ، تفسير الجلالين ١٤٤/١ ط . مصطفى البابى الحلبي،

روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى ٧١/٨ ط . دار إحياء التراث .

وعلى فرض التسليم بأن الآية تحمل أحكام الدنيا فإن تصرف الإنسان وإن كان له بحسب الأصل إلا أنه قد يكون لغيره بالإذن السابق كما فى الوكالة، أو بالإذن اللاحق كما فى الفضالة

(ب) السنة

(١) ما روى عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : ﴿ فى حجه أى يوم أعظم حرمة قالوا : يومنا هذا، قال : فأى شهر أعظم حرمة ؟ قالوا : شهرنا هذا ، قال : فأى بلد أعظم حرمة قالوا : بلدنا هذا، قال فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا ﴾ (١)

وجه الدلالة

دل هذا الحديث على حرمة مال المسلم، والتصرف فى مال الغير بغير إذن منه يدخل فى هذه الحرمة؛ فيكون باطلاً (٢) ويناقش هذا الاستدلال بأن ما ذكرتم من الحرمة يكون مقبولاً على القول بنفاد العقد فى حق الغير، ولكننا نقول : بتوقفه على إرادة من له الحق فيه، وهذا ينفى الحرمة؛ لأن بإمكان صاحب الحق أن يرفض العقد

(٢) ما روى عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : أتيت رسول الله ﷺ فقلت : يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى، أبتاع له من السوق

(١) مسند الإمام أحمد، واللفظ له ٣/٣١٢ ط . دار الحديث

وانظر أيضاً : صحيح البخارى مع فتح البارى ٧/١٠ حديث رقم ٥٥٥٠ ، السنن الكبير للبيهقى

٣/٢١٥ ط. دار الحديث

(٢) المحلى ٨/٥٦١ مسألة ١٢٥٦ .

ثم أبيعه؟ قال: ﴿ لا تبع ما ليس عندك ﴾ (١)

وجه الدلالة

في هذا الحديث نهى النبي ﷺ أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، والنهى يفيد البطلان، والفضولى يبيع ما ليس عنده؛ فيكون تصرفه باطلاً لتعديه على حق غيره، عملاً بالحديث (٢)
وقد نوقش ذلك من وجهين

الوجه الأول

أن النهى فى الحديث محمول على ما إذا اشتراه وأراد تسليمه له بحكم ذلك العقد بدليل أن حكيماً ﷺ قال: يا رسول الله إن الرجل ليأتينى فيطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعهها منه ثم أدخل السوق فأشترىها فأسلمها فقال النبي ﷺ: ﴿ لا تبع ما ليس عندك ﴾ (٣)

الوجه الثانى

المراد به لا تبع المعدوم (٤)

-
- (١) سنن الترمذى واللفظ له ٥٢٥/٣، ٥٢٦ رقم ١٢٣٢، ١٢٣٣ - كتاب البيوع - باب كراهية بيع ما ليس عندك - وقال: حديث حسن
- وانظر: مسند الإمام أحمد ٤٠٢/٣، سنن أبى داود - كتاب البيوع - ٧٣٧/٣ رقم ٢١٨٧، السنن الكبرى للبيهقى - كتاب البيوع - باب من قال: لا يجوز بيع العين الغائبة - ٢٦٧/٥، فتح البارى مع صحيح البخارى - كتاب البيوع - باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبيع ما ليس عندك - ٣٤٩/٤
- (٢) المجموع شرح المذهب ٢٥٩/٩، مغنى المحتاج ١٥/٢، الشرح الكبير مع المغنى ٢١٦/٤، المبدع فى شرح المقنع ١٦/٤، شرح منتهى الإرادات ١٤٤/٢، فقه الإمام جعفر ٨٩/٣
- (٣) المبسوط ١٥٥/١٣، تبيين الحقائق ١٠٤/٤
- (٤) البحر الزخار ٣٠٦/٦ .

(ج) المعقول

استدلوا من المعقول بقياس تصرف الفضولي على بيع الطير في الهواء،
بجامع عدم القدرة على التسليم في كل

وبيع الطير في الهواء باطل، فكذا تصرف الفضولي؛ لعدم الفارق (١)

وقد نوقش هذا القياس بوجود الفارق، فالعقد يلغى مع بيع الطير في الهواء، فإن
الطير في الهواء ليس بمملوك أصلاً وما ليس بمملوك لا يكون محلاً للبيع
بخلاف تصرف الفضولي فإنه ينعقد في الحال ويؤقف نفاذه على إجازة صاحبه
رفعاً للضرر عنه، والإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء (٢)

الترجيح

بعد عرض أقوال وأدلة الفائلين بالوقف والبطلان لحق الغير في مواجهة
التصرف في ملكه بدون إذنه، أرى ترجيح القول بوقف العقد لحق الغير إذ لا
ضرر يصيب الغير صاحب الحق مادام قد حُكِمَ بوقف العقد على إرادته
فإن رأى الغير فيه مصلحة إجازة وإن رأى فيه عكس ذلك رده
بخلاف القول ببطلان العقد من أصله فإنه قد يفوت على الغير - المالك - فرصة
إمضاء العقد إذا رأى في إجازته صفقة رابحة له

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٣/٩ ، الشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة ١٦/٤

(٢) المبسوط ١٥٥/٣ ، شرح فتح القدير ٥٣/٧ ، تبين الحقائق ١٠٤/٤ .

موقف القانون

أشرت في الباب التمهيدي أن مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهومها في القانون المدني

فالفضالة في الفقه الإسلامي قد تكون فضالة ضرورية كإصلاح جدار يوشك أن يقع في دار الجار الغائب، وقد تكون فضالة غير ضرورية كبيع ملك الغير دون ضرورة موجبة لهذا البيع

بخلاف القانون المدني فلا يعرف سوى الفضالة الضرورية مادة (١٨٨)

وقد أشرت أيضاً إلى أن المالك في الفضالة الضرورية في الفقه الإسلامي، وكذا في الفضالة بالمفهوم القانوني خارج عن نطاق هذا البحث؛ لأننا نبحت عن حقوق الغير ولا غير هنا

فالمقصود إذن هي الفضالة غير الضرورية، وهي الفضالة المجردة عن دافع المصلحة أو الضرورة، وهذه الفضالة قد تناولها المقنن المدني المصري تحت

مسمى " بيع ملك الغير " المنصوص عليه في المواد (٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨) ^(١)

وقد اعتبر القانون المدني بيع ملك الغير من البيوع غير النافذة أو غير السارية في حق المالك الحقيقي إلا بإقراره لهذا البيع ^(٢)

وقد أوردت المادة (٢/٤٦٦) مدني هذا الحكم بقولها :

(١) انظر : ص ١٤ وما بعدها من الرسالة

(٢) يفرق القانون المدني بين الإجازة والإقرار :

فالإجازة تصدر من أحد طرفي العقد لتزيل ما نزل به من عيب يمكن الطعن فيه

أما الإقرار فيصدر من شخص لم يكن طرفاً في العقد به يكون العقد سارياً في حقه

انظر : أستاذنا الدكتور / عبد الرازق حسن فرج - الإجازة في التصرفات القانونية - ص ١٣

ط . الفجر .

" وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للمعين المبيعة ولو أجازته المشتري "

وهكمة ذلك : أن الغير مُتعدى على حقه فيجب ألا يُضار بتصرف لم يرتضه (١) وإذا كان العقد الوارد على ملك الغير في القانون المدني عقداً غير سارى أو غير نافذ في حق المالك الحقيقي - الغير - إلا بإقراره له فإن هذا العقد ينتج أثره فيما بين عاقديه من وقت إبرامه (٢)

ويسرى هذا الحكم على كل عقد يرد على ملك الغير دون رضاه وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن إيجار ملك الغير صحيح فيما بين المؤجر والمستأجر ولكنه لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره صراحة أو ضمناً (٣)

والإقرار الصريح يكون باللفظ، أما الإقرار الضمني فهو الإقرار الذى يُستفاد من ظروف الحال، كتوقيع المالك - الغير - على العقد الوارد على ملكه بصفته ضامناً متضامناً

-
- (١) انظر : د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - ٣٧٣/٤ ف ١٦٦، د/ أنور سلطان - عقد البيع - ص ٤٠٩ ف ٤٠٨، د/ سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع - ص ٨٩
وانظر أيضاً : د/ محمد زكى عبد البر - العقد الموقوف - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة والعشرون - العدد الأول والثانى - ص ١٨٣ ط . ١٩٥٦ م
- (٢) د / إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزامات - ص ٢٧٨ ف ١٣٢ ط . ١٩٦٦ م
- د/ سليمان مرقس - الالتزامات - ص ١٨٤ ف ٢٠٨ ط . ١٩٦٤، د/ محمد لبيب شنب - دروس في النظرية العامة للالتزامات - ص ٢٢٤ ف ١٨٠
- (٣) نقض مدنى فى ١٩٨٩م/٤/٦ الطعن، رقم ٩٢٧، لسنة ٥١ ق، القاعدة ١٦٧ - مجموعة أحكام النقض المدنى المكتب الفنى - السنة الأربعون - ٣٨/٢
وأيضاً : نقض مدنى فى ١٩٩٠م/٧/٢٥، الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ ق، القاعدة رقم ٢٥٤، مجموعة أحكام النقض - المكتب الفنى - السنة الحادية والأربعون - ٤٨٤/١ .

ويلاحظ أن هذا الإقرار يصدر من غير طرف في العقد، ومن ثم فإن هذا الإقرار يترتب عليه حكمه من تاريخ العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، فإذا كان العقد الوارد على ملك الغير بيعاً - مثلاً - فإن المالك يُعتبر بالإقرار بائعاً وتتحدد علاقته بالمشتري على هذا الأساس، ومن ثم يُعفى البائع في العقد الأصلي من التزاماته التي يتحملها المالك عنه (١)

وكما يكون من حق المالك باعتباره من الغير الحق في إقرار التصرف يكون من حقه أيضاً رفضه، وفي هذه الحالة لا يكون العقد نافذاً في حقه ويكون له أن يتجاهله

وإذا توصل المتصرف إليه إلى حيازة المعقود عليه من غير مالكة كان من حق المالك أن يرجع عليه بدعوى الاستحقاق ليسترده منه، ليس هذا فحسب بل يكون له أن يرجع على المتصرف في ملكه بدون إذنه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التصرف

غير أن المتصرف إليه قد يملك المعقود عليه لا بالعقد الوارد على ملك الغير ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية، فهو إذا كان حسن النية يكسب المنقول بالحيازة، ويكسب العقار بالتقادم القصير - خمس سنوات - وإذا كان سيئ النية يكسب كلاً من المنقول والعقار بالتقادم الطويل - خمس عشرة سنة - فإذا ما كسب المتصرف إليه الملكية بالحيازة أو التقادم لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه

وفي هذه الحالة يكون للمالك أن يرجع على المتصرف بائعاً كان، أو رهنياً، أو

(١) د / عبد المنعم البدر أوى - عقد البيع - ص ٥٨٥ ف ٤٠١ ط . ١٩٥٧م

د/ جميل الشرفاوى - شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة ص ١٠٣ ط . ١٩٦٦م .

واهباً بالتعويض فيتقاضى منه مقدار ما أصابه من ضرر بسبب فقدته لملكه، كما يكون له أن يرجع على المتصرف بالتعويض حتى ولو لم يكسب المتصرف إليه الملكية ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة فيتقاضى المالك الحقيقي من المتصرف قيمة هذه الثمار

كما يكون للمالك أخيراً أن يرجع بالتعويض على المتصرف في ملكه حتى ولو لم يملك المتصرف إليه المعقود عليه أو ثماره ومصدر هذا التعويض هو خطأ المتصرف لكونه تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي بتصرفه فيما يملك هذا الأخير، لا سيما إذا كان المتصرف سيئ النية فإنه في هذه الحالة يكون مغتصباً ويلاحظ أن الرجوع على المتصرف بالتعويض يكون من حق المالك حتى ولو كان المتصرف حسن النية؛ لأن حسن النية لا ينفى أن يكون هناك خطأ في جانبه، لعدم تحرزه في تصرفه في شيء لا يملكه، ولكن إذا ثبت أن المتصرف كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ كأن وجد الشيء المتصرف فيه في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه لم يكن محل للرجوع عليه بالتعويض^(١)

(١) د/ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي - شرح القانون المدني - ص ١٧٢ و ١٧٣ ف ٢٣٩ ط .
١٩٣٩ د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ٣٧١/٤، ٣٧٢ ف ١٦٦، د/ أنور سلطان -
عقد البيع - ص ٤٠٨، د/ سليمان مرقس - عقد البيع - ص ٥٠٩ ف ٢٩٤ ط ١٩٨٠ .

المقارنة

بمقارنة الأحكام الواردة فى القانون المدنى المصرى بالأحكام الواردة فى الفقه الإسلامى بشأن حق الغير فى مواجهة التعاقد على ملكه تبين لى وجود اتفاق واختلاف بين القانون المدنى، وبين القائلين بصحة العقد مع توفقه من علماء الفقه الإسلامى

فالاتفاق بين الفقهاء يتمثل فى أن العقد الوارد على ملك الغير ينشأ صحيحاً ولكنه لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بإقراره له

أما الاختلاف فيتمثل فى حكم العقد فيما بين المتعاقدين قبل حصول الإقرار من جانب الغير

فالفقه الإسلامى يحكم بوقف العقد، والعقد الموقوف وإن كان صحيحاً إلا أنه لا يكون نافذاً فيما بين عاقديه حتى تتحقق الإجازة ممن يملكها شرعاً

أما القانون المدنى فيعتبر العقد بين عاقديه صحيحاً نافذاً ومنتجاً لجميع آثاره فإذا كان التصرف الوارد على ملك الغير بيعاً - مثلاً - كان من حق المشتري لملك الغير أن يطالب البائع بتسليم المبيع، كما يكون من حق البائع أن يطالب المشتري بالثمن

ومسلك القانون المدنى يثير العجب، فأى عدالة هذه التى تقضى بنفاذ عقد مُتعدى فيه على حق صاحبه ؟

إننى فى هذا المقام أوصى بأن يعدل القانون عن موقفه ويحكم بوقف نفاذ العقد الوارد على ملك الغير أسوة بما قرره علماء الفقه الإسلامى خاصة وأن العقد بطبيعته لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بإقراره له .

المبحث الثانى

التعاقد على الملك الشائع

فتنفسهم

الشيوع فى اللغة : من شاع الشيء شيوعاً إذا ظهر وانتشر، ومنه قولهم : شاع الخبر إذا ذاع وانتشر

والمشاع، والشيوع، والشائع، المشترك المبهم

ومنه قولهم : نصيب فلان شائع فى جميع الدار، أى متصل بكل جزء منها (١)
أما فى الاصطلاح فالمملك الشائع : هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع شىء معين، كربع دار أو نصف حيوان

وتطبيقاً لذلك قضت المادة " ١٣٩ " من مجلة الأحكام العدلية بأن الحصة الشائعة هى السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء الملك المشترك كما لو كانت داراً مشتركة بين ثلاثة أشخاص فيكون كل ما فيها من غرف وأخشاب وحجارة مشتركاً بين الثلاثة شركاء، لكل منهم ثلث يتعلق بكل جزء من الدار

والمشاع نوعان : مشاع يقبل القسمة، ومشاع لا يقبلها

فالمشاع الذى يقبل القسمة هو المشاع الذى يمكن الانتفاع به الانتفاع الذى

كان مقصوداً منه قبل القسمة، كالدار الكبيرة والحصة من الأرض الزراعية

(١) لسان العرب مادة " شيع " ٢٣٧٨/٣، القاموس المحيط - باب العين فصل الشين - ٤٩/٣ ط .
دار الجبل، المعجم الوسيط ٥٢٣/١ ط .
ثالثة بدون تاريخ، المصباح المنير ص ١٧١ المعجم
الوجيز ص ٣٥٣

والمشاع الذي لا يقبل القسمة هو المشاع الذي لا يمكن الانتفاع به الانتفاع

الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة، كالسيارة، والدابة، والثوب (١)

فإذا تصرف الشريك في الملك الشائع سواء كان مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها فإن تصرفه لا يخلو من أن يكون في حدود حصته الشائعة، أو في حصة مفرزة أو فيما يجاوز حصته الشائعة

ولإيضاح ذلك فإنني أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول حق الشريك على الشيوع في تعاقد شريكه على حصته الشائعة

المطلب الثاني حق الشريك على الشيوع في تعاقد شريكه على حصة مفرزة

المطلب الثالث حق الشريك على الشيوع في تعاقد شريكه متجاوزاً حصته

الشائعة

(١) د / محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي - ص ٤٠١ ط . دار النهضة،

د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - ٢٦٢/١ ، درر الحكام شرح مجلة

الأحكام ١٠٣/١ ط . مكتبة النهضة

المطلب الأول

حق الشريك على الشيويم فى تعاقد شريكه على حصته الشائعة

يختلف فى الفقه الإسلامى حكم تعاقد الشريك على حصته الشائعة بالبيع، أو الهبة، أو الرهن، أو الإجارة، ويختلف تبعاً لذلك الحق المقرر لشريكه الآخر باعتباره من الغير فى مثل هذه التعاقدات فى منع أو عدم منع شريكه من هذا التعاقد

وأوضح آراء الفقهاء فى حكم هذه التعاقدات من خلال الفروع الأربعة الآتية :

- الفرع الأول حق الشريك فى بيع شريكه لخصته الشائعة
- الفرع الثانى حق الشريك فى هبة شريكه لخصته الشائعة
- الفرع الثالث حق الشريك فى رهن شريكه لخصته الشائعة
- الفرع الرابع حق الشريك فى تأجير شريكه لخصته الشائعة

الفرع الأول

حق الشريك في بيع شريكه لحصته الشائعة

يرى جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة أن بيع (١) الشريك لحصته الشائعة يصح مطلقاً، أى سواء كان الشيوخ يقبل القسمة أو لا يقبلها وسواء كان من شريكه أو من غير شريكه، وسواء كان الشيوخ قد تم بالخلط أو الاختلاط أو بغيرهما؛ وذلك لأن بيع الشريك إذا كان فى حدود حصته الشائعة يكون تصرفاً فى خالص حقه، ولا يمنع الإنسان من التصرف فى حقه (٢)

وعليه فلا يحق للشريك أن يمنع شريكه من بيع حصته لأجنبى، ولكن يحق له أن يأخذ الحصة المبعة بالشفعة

وخالف فى ذلك الحنفية حيث فرقوا بين ما إذا كانت الشركة قد تمت بالخلط أو الاختلاط، أو بغيرهما، فإن كانت الشركة بغير الخلط أو الاختلاط، كالميراث والهبة، فإن الشريك يكون من حقه أن يبيع حصته من المال الشائع من شريكه ومن غير شريكه

وإن كانت الشركة بالخلط، كما لو خلط المالكين بإرادتهما بحيث لا يتميزان كالمائع بالمائع، أو يصعب تمييزهما، كالبر والشعير، أو كانت الشركة باختلاط من غير

(١) البيع فى اللغة : ضد الشراء وهو من الأضداد فيطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ولكن

إذا أطلق البائع فإن المتبادر إلى الذهن أنه باذل السلعة

لسان العرب ٤٠١/١، المصباح المنير ص ٤١

أما فى الاصطلاح فهو مبادلة المال بالمال بالتراضى بطريق الاكتساب

انظر : البحر الرائق ٢٧٧/٥، فتح القدير ٢٤٦/٦

(٢) انظر : حاشية الدسوقي ٢٣٥/٣، المجموع شرح المهذب ٢٥٦/٩، المبدع فى شرح المقنع

٢١٧/٤

إرادة، فإن الشريك لا يحق له أن يبيع حصته لغير شريكه، فإن باع لغيره كان لشريكه أن يبطله، أى أن البيع فى حالة الخلط والاختلاط لأجنبى يكون موقوفاً على إجازة الشريك الآخر (١)

وحجة الحنفية أن الشركة بينهما إذا كانت من الابتداء بأن اشترى حنطة أو وراثها، كانت كل حبة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه جائز من الشريك ومن الأجنبى

بخلاف ما لو كانت الشركة بينهما بالخلط أو الاختلاط فإن كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها ليس للأخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك فإنه لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم (٢)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة بيع الحصصة الشائعة لغير الشريك دون تمييز بين مصدر الشيوع؛ لأن الشيوع مع اختلاف مصدره فهو واحد لم يختلف، فلا فرق بين شيوع قد تم بالخلط أو الاختلاط، وبين شيوع قد تم بغيرهما، كالميراث، والهبية، ومن ثم كان ينبغي التسوية بينهما فى الحكم .

(١) البحر الرائق ١٨٠/٥، ٧٥/٦، حاشية ابن عابدين ٣٣٣/٣، ١٣٩/٤ ط . دار إحياء التراث، شرح فتح القدير ١٥٤/٥ ط . مصطفى البابى الحلبي، تبين الحقائق ٣١٣/٣، الفتاوى الهندية ١٥٥/٣ ط . دار المعرفة

(٢) البحر الرائق ١٨٠/٥، تبين الحقائق ٣١٣/٣، الفتاوى الهندية ١٥٥/٣، العناية على الهداية مع شرح فتح القدير ١٥٤/٥ ط . مصطفى البابى الحلبي، حاشية ابن عابدين ٣٣٣/٣ ط . دار إحياء التراث .

موقف القانون

وافق القانون المدنى المصرى ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى فنص فى المادة (٨٢٦) فى فقرتها الأولى على ما يأتى :

" كل شريك فى الشبوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء " وذلك لأن الشريك على الشبوع إذا باع حصته من المال الشائع فقد باع ما يملك؛ لذلك يقع بيعه صحيحاً ونافاذاً فى حق باقى الشركاء ويحل المتصرف إليه محل المتصرف فيأخذ ما كان يؤول إلى هذا الأخير بموجب القسمة وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن من حق الشريك على الشبوع أن يبيع حصته فى بعض العقارات، والمشتري لهذه الحصه إذا سجل عقده يعتبر شريكاً فى هذه العقارات بقدر الحصه المشترية " (١)

ولكن مراعاة لحقوق الشركاء الآخرين أعطى المشرع الوضعى للشركاء الآخرين إذا كان البيع الصادر من أحد الشركاء وارداً على العقار الحق فى طلب الحصه المببوعه بالشفعة مادة (٩٣٦) من القانون المدنى أو بالاسترداد إذا كانت الحصه المببوعه منقولاً أو مجموعة من المال مادة (٨٣٣) من القانون المدنى

وفى كلا الحالتين يحل الشريك الشفيع، أو المسترد محل المشتري الأجنبى فى الحصه الشائعة أو المستردة (٢)

(١) نقض مدنى فى ٢٦/١٢/١٩٩١م ، القاعدة رقم ١١٢ ، الطعن رقم ٩٨٥ لسنة ٥٦ ق - مجموعة أحكام النقض المدنى - المكتب الفنى - السنة الثالثة والأربعون - ١٩٨٠/٢

كما قضى بأن تصرف المالك على الشبوع فى حصته شائعة أثره نفاذ التصرف فى حق شركائه وحلول المتصرف له محل الشريك المتصرف "

نقض مدنى فى ٢١/٢/١٩٩٣م ، القاعدة رقم ١١١ ، الطعن رقم ٣٤٦٩ لسنة ٥٨ ق - مجموعة أحكام النقض المدنى - السنة الأربعون - ٦٦٩/١

(٢) د / أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى - عقد البيع - ص ١٨٢ ط ١٩٣٩

د / أنور سلطان - عقد البيع - ص ٣٩٧ ف ٤١٣

د / سليمان مرقس ، ومحمد على إمام - عقد البيع - ص ٤٦٤ ف ٢٨٣ ط ١٩٥٢

الفرع الثانى

حق الشريك فى هبة شريكه لحصته الشائعة

اختلف علماء الفقه الإسلامى فى مدى أحقية الشريك على الشيوخ فى هبة (١) حصته الشائعة وبالتالى ثبوت أو عدم ثبوت الحق للشريك الآخر فى منعه من ذلك، وخلافهم فى ذلك ينحصر فى قولين :

القول الأول

لشريك أن يهب حصته الشائعة، سواء كان المشاع يقبل القسمة أو لا يقبلها وعليه فلا حق لشريكه الآخر فى منعه من ذلك وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم المالكية، (٢) والشافعية، (٣) والحنابلة، (٤) وابن حزم الظاهري (٥)

-
- (١) الهبة فى اللغة : العطية الخالية عن الأعواض والأغراض، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴾ سورة الشورى من الآية ٤٩
انظر : لسان العرب مادة (وهب) ٤٩٢٩/٦ ، مختار الصحاح مادة (وهب) ص ٧٦٣
أما فى الاصطلاح فهى " تملك عين بلا عوض حال الحياة تطوعاً "
انظر : معنى المحتاج ٣٩٦/٢ ، أسنى المطالب ٤٨٧/٢
- (٢) المدونة الكبرى ٣٢٧/٤ ط . دار الفكر ، الذخيرة ٢٢٧/٦ ، التاج الإكليل مع مواهب الجليل ٦٠/٦ ط . مكتبة النجاح
- (٣) المهذب ٤٤٦/١ ط . دار الفكر ، روضة الطالبين ٣٧٣/٥ ط . المكتب الإسلامى
- (٤) المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٦ شرح منتهى الإرادات ٥٥٢/٢
- (٥) المحلى ١٢٦/١٠ مسألة ١٦٣٥

القول الثاني

التفصيل وحاصله

أن المشاع إن كان لا يقبل القسمة كانت هبة الشريك لحصته جائزة وإن كان يقبلها كانت هبة الشريك لحصته غير جائزة وعليه يكون من حق شريكه أن يمنعه فيما يقبل القسمة دون ما لا يقبلها وإلى هذا ذهب الحنفية (١)

الأدلة

أولاً : أدلة الجمهور

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من جواز هبة الشريك لحصته الشائعة مطلقاً من السنة، والقياس

(أ) السنة

ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كنا عند رسول الله ﷺ إذ أتته وفد هوازن فقالوا : يا محمد أنا أصل وعشيرة وقد نزل بنا من البلاء ما لا يخفى عليك فامنن علينا من الله عليك فقال : اختاروا من أموالكم، أو من نسائكم وأبنائكم، فقالوا : خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا بل نختار نساءنا وأبنائنا فقال رسول الله ﷺ : ﴿ أما ما كان لي ولبنى عبد المطلب فهو لكم ﴾ (٢)

(١) المبسوط ٦٤/١٢ ، بدائع الصنائع ١٢٠/٦ ، تبیین الحقائق ٩٣/٥ ، البحر الرائق ٢٨٦/٧ ، حاشية

ابن عابدين ٥٠٨/٤ ط . دار إحياء التراث

(٢) سنن النسائي ٢٦٢/٦ - كتاب الهبة - هبة المشاع - حديث رقم ٣٦٨٨ ط . دار البشائر

الإسلامية ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ٢٧٥/٦ ط . دار الحديث، وقال محققه : إسناده صحيح .

وجه الدلالة

أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنم منهم قال لهم : ﴿ أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم ﴾ وهذه هبة مشاع؛ لأن الرسول ﷺ قد وهب ما يملكه هو وبنى عبد المطلب ممن مجموع الغنائم (١)

(ب) القياس

قياس هبة المشاع على بيعه، بجامع انتقال الملك فى كل وبيع الحصاة الشائعة نافذ على الشريك سواء كان المشاع يقبل القسمة أولا يقبلها فكذاك هبتها لعدم الفارق (٢)

ثانيا : أدلة الحنفية

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من صحة هبة الحصاة الشائعة فيما لا يقبل القسمة بالمعقول فقالوا :
القبض شرط جواز عقد الهبة، والشيوخ يمنع من القبض؛ لأن القبض عبارة عن كون الشيء فى حيز القابض، والمشاع ليس فى حيزه من كل وجه؛ لأنه لا يملك الكل ، فامتنعت عليه الهبة لذلك
وهذا الحكم يرد على المشاع الذى يقبل القسمة، والمشاع الذى لا يقبلها، وإنما جازت الهبة فيما لا يقبل القسمة؛ لأنه لا سبيل لإزالة هذا المانع بالقسمة فأقيمت التخليية فيه مقام القبض للضرورة (٣)

(١) انظر الاستدلال بهذا الحديث على صحة هبة المشاع

كشاف القناع ٣٠٥/٤ - باب الهبة والعطية - ط . دار الفكر ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٦

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٦، المحلى ١٢٧/١٠ مسألة ١٦٣٥

(٣) المبسوط ٦٥/١٢، بدائع الصنائع ١٢٠/٦ تبين الحقائق ٩٣/٥

وقد نوقش ذلك بأن الشيوع لا يمنع القبض، فالقبض فى المشاع يكون بالتخليصة، ولهذا جازت هبة الحصبة الشائعة فيما لا ينقسم رغم أن القبض شرط لثبوت الملك فيها، فكذا ينبغى أن يكون الحكم كذلك فيما ينقسم؛ لعدم الفارق والقول بأن وجوب القسمة يمنع صحة القبض، مردود بعدم منعه للقبض فى البيع فلم يمنعه هنا ؟ (١)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة هبة المشاع سواء كان المشاع مما ينقسم أو مما لا ينقسم، وذلك لقوة ما استدلوا به من السنة والمعقول، ولأن ما استدل به المخالفون لا يقوى على معارضة حديث رسول الله ﷺ الذى أفاد صحة هبة المشاع على إطلاقها وإذا ثبت صحة هبة الشريك حصته لأجنبى ثبت تبعاً لذلك عدم أحقية شريكه الآخر فى الشيوع فى منعه من ذلك

موقف القانون

فى القانون المدنى المصرى يسرى على هبة الشريك لخصته الشائعة القواعد العامة للتصرف فى المال الشائع، وتعطى هذه القواعد طبقاً للمادة (١/٨٢٦) من القانون المدنى لكل شريك حق التصرف فى حصته الشائعة بما لا يضر بحقوق الشركاء الآخرين فللشريك على الشيوع إذن الحق فى هبة حصته من المال الشائع سواء كان الشيوع مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها، وسواء كانت الهبة للشريك أو

(١) المهذب ١/٤٤٦، المغنى مع الشرح الكبير ٦/٢٥٤ المحلى ١٠/١٢٧ مسألة ١٦٣٥

الأجنبي؛ وذلك لأن الهيئة فى القانون تتم بمجرد الإيجاب والقبول دون حاجة إلى القبض

فإذا وهب المالك حصته من المال الشائع كلها، أو بعضها فإن الحقوق والالتزامات المتعلقة بهذه الحصبة تنتقل إلى الموهوب له باعتباره خلفاً خاصاً عن الواهب (١)

وإذا جاز للشريك على الشيوع أن يهب حصته من المال الشائع لم يجز لشريكه أو لشركائه الآخرين فى الشيوع أن يمنعوه من هذه الهيئة إذ لا ضرر يقع عليهم ما دام أن الموهوب له يحل محل الواهب فيما له وما عليه، ولكن لما كان الشيوع يقتضى ثبوت الملك لكل فرد فيه فى كل ذرة من المال الشائع فإن الشريك أو الشركاء الآخرين يكون من حقهم منع الموهوب له من الاختصاص بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصبة واهبه الشائعة حتى تتم القسمة

(١) د / محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماة - ٤٤/٢ ط . لجنة البيان العربى ١٩٥٢م، وله أيضاً : الأموال ص ٤٠٢ ط . دار الرغائب د / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - ١٢٣/٥، ١٢٤ ف ٨٣ ط . در النهضة

الفرع الثالث

حق الشريك في رهن شريكه لحصته الشائعة

كما اختلف الفقهاء في صحة هبة الشريك لحصته الشائعة، اختلفوا أيضاً في صحة رهنه (١) لهذه الحصاة على قولين :

القول الأول

من حق الشريك على الشبوع أن يرهن حصته من المال الشائع ولا يحق لشريكه أن يمنعه من ذلك وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم المالكية، (٢) والشافعية، (٣) والحنابلة خلافاً للقاضي بالنسبة للمشاع الذي يقبل القسمة (٤) ، وابن حزم الظاهري (٥)

(١) الرهن في اللغة : الثبوت والدوام يقال : ماء رهن أى ثابت في مكانه ويطلق أيضاً على الحبس ومنه قوله تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ سورة المدثر الآية ٣٨

انظر : لسان العرب مادة رهن ١٧٥٧/٣ ، المصباح المنير ص ١٢٧
أما في الاصطلاح : فهو جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه
انظر مغنى المحتاج ١٤١/٢ ، بجيرمى على الخطيب ٥٧/٣

(٢) شرح الخرشي ٢٣٩/٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٣٥/٣

(٣) مغنى المحتاج ١٢٢/٢ ، ١٢٣ ، نهاية المحتاج ٢٣٩/٣

(٤) حجة القاضي أن المرهون إذا كان مشاعاً يقبل القسمة فإنه قد يقع بعد القسمة في حصاة الشريك الذي لم يرهن

وقد رد ذلك الحنابلة بأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن ، فيمنع من القسمة إذا كان من شأنها أن تضر به

انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٣٧٥/٤ ، المبدع في شرح المقنع ٢١٧/٤ الإنصاف ١٤١/٦

(٥) المحلى ٤٨٢/٨ مسألة ١٢١٠

القول الثاني

لا يحق للشريك أن يرهن حصته من المال الشائع مطلقاً، أي سواء كان الشيوع مقارناً للعقد أو طارئاً، وسواء كان يقبل القسمة أو لا يقبلها، وسواء كان الرهن للشريك أو لأجنبي

وإلى هذا ذهب الحنفية خلافاً للإمام أبي يوسف بالنسبة للشيوع الطارئ (١)

الأدلة

أولاً : استدلال الجمهور

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من صحة رهن المشاع بأن مقصود الرهن هو الاستيثار بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن

وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه (٢)

ثانياً : استدلال الحنفية

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من عدم صحة رهن المشاع مطلقاً

بقوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ (٣)

(١) صورة الشيوع الطارئ أن يرهن ويسلط المرتهن ، أو العدل على بيع المرهون كيف شاء مجتمعاً ، أو متفرقاً ، فيبيع نصفه شائعاً ، أو يستحق بعض الرهن شائعاً
انظر : بدائع الصنائع ٦/١٣٨ ، الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ١٠/١٥٤ ط . مصطفى البوابي الحلبي

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٤/٣٧٥

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٨٣

وجه الدلالة

أن الله سبحانه وتعالى أوجب في الرهن أن يكون مقبوضاً والشئوع يمنع القبض، ولهذا لم يجز رهنه (١)

ويمكن مناقشة ذلك بأن الله سبحانه وتعالى قد أباح الرهن حماية لحق الدائن المرتهن، ولم يخص مقسوماً دون شائع

فلو كان رهن الحصة الشائعة غير جائز؛ لبينه الله سبحانه وتعالى

أما الإمام أبو يوسف فحجته في استثناء الشئوع الطارئ من المنع أن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء؛ لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء، لهذا فرق الشارع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام، كالعدة الطارئة، والإباق الطارئ، ونحو ذلك

فكون الحيازة شرطاً في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرطاً للبقاء على الصحة (٢)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة رهن المشاع للشريك والأجنبي؛ وذلك لأن الحنفية يوافقون الجمهور في صحة بيع الحصة الشائعة فكان ينبغي أن يكون الرهن عندهم كذلك؛ لأن ما يتحقق به القبض في البيع يتحقق به في الرهن

(١) بدائع الصنائع ١٣٧/٦

(٢) بدائع الصنائع ١٣٨/٦

موقف القانون

طبقاً للمادة (١/٨٢٦) من القانون المدني إذا رهن الشريك حصته الشائعة فإن الرهن يكون صادراً عن مالك وينتج بالتالي كافة آثاره؛ لأن كل شريك فى الشبوع طبقاً للمادة سالفه الذكر يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها بما لا يلحق الضرر بالشركاء الآخرين

وطبقاً للمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني إذا آل إلى الراهن بقسمة عينية جزء مفرز من العقار، أو آل إليه بقسمة تصفية العقار كله فإن الرهن فى الحالة الأولى ينتقل إلى الجزء الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن، ويقتصر فى الحالة الثانية على الحصه الشائعة لا يتجاوزها إلى بقية العقار

وإذا اختص الراهن بمنقولات، أو مبلغاً من النقود فإن حق الدائن يحل فى المنقولات طبقاً لمبدأ الحلول العينية المنصوص عليه فى المادة (١٠٣٩) من القانون المدني ويستوفى الدائن حقه من النقود إذا كان دينه قد حل أجله وإلا كان له أن يطلب إيداع المبلغ

و يكون من حق الدائن إذا كان المرهون عينياً وحل أجل الدين أن يبيع المرهون بالمزاد العلنى ويحل الراسى عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح هو شريكاً على الشبوع مع سائر الشركاء (١)

وبذلك ينتفى الضرر بالغير - الشريك أو الشركاء الآخرين فى الشبوع

(١) د/ عبد المنعم البدر اوى - التأمينات العينية - ص ٤٣، ٤٤ ف ٣٣ ط . ثانية ١٩٧٢م

د/ منصور مصطفى - التأمينات العينية - ص ٢٠٦ ف ١٠٧ ط . ١٩٦٣م

د/ محمود جمال الدين زكى - التأمينات الشخصية والعينية - ص ٣٣٦ ف ٢٢٤ ط . ١٩٤٥

الفرد الرابع

حق الشريك فى إجارة شريكه لخصته الشائعة

إذا قام الشريك على الشيوع بتأجير ^(١) حصته من المال الشائع فهل يحق لشريكه أن يمنعه من ذلك قولان للفقهاء :

القول الأول

من حق الشريك على الشيوع أن يؤجر حصته من المال الشائع لشريكه أو لغير شريكه

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية ^(٢)، والشافعية ^(٣)، والحنابلة ^(٤)، وابن حزم الظاهري ^(٥)، ووافقهم الإمامان محمد وأبو يوسف من الحنفية ^(٦)

القول الثانى

لا يحق للشريك على الشيوع أن يؤجر حصته لغير شريكه وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة ^(٧)

-
- (١) الإجارة فى اللغة : المجازاة يقال : أجره على عمل أى جازه عليه .
لسان العرب ١/٢٣١، المصباح المنير ص ٩، المعجم الوجيز ص ٧
أما فى الاصطلاح فهى : عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للتبدل والإباحة بعوض معلوم
انظر : مغنى المحتاج ٢/٣٣٢، أسنى المطالب ٢/٤٠٣
- (٢) شرح الخرشي ٧/٤٣
- (٣) المهذب ١/٣٩٥
- (٤) المغنى مع الشرح الكبير ٦/١٣٧
- (٥) المحلى ٩/٣٤ مسألة ١٣٢٤
- (٦) بدائع الصنائع ٤/١٨٧
- (٧) بدائع الصنائع ٤/١٨٧، حاشية الشلبى على تبیین الحقائق ٥/١٢٦

الأدلة

أولاً : استدلل الجمهور على ما ذهبوا إليه من صحة تأجير الشريك لحصته الشائعة لشريكه ولغير شريكه من السنة، والقياس

(أ) السنة

ما روى عن النبي ﷺ أنه « أمر بالمؤاجرة »^(١)

وجه الدلالة

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالمؤاجرة ولم يخص مشاعاً من غيره فلو كانت إجارة المشاع غير جائزة لنبه عليها النبي ﷺ ، ولكنه لم يفعل؛ فدل على الجواز^(٢)

(ب) القياس

قياس إجارة المشاع على بيعه، بجامع المعاوضة في كل

وبيع المشاع جائز، فكذا إجارته، لعدم الفارق^(٣)

ثانياً : استدلل الإمام أبو حنيفة على عدم جواز إجارة المشاع لغير الشريك بأن الغاية من عقد الإجارة هي الانتفاع بالعين المؤجرة هذا الانتفاع غير ممكن في المشاع لعدم القدرة على تسليمه إذا لا يتصور تسليمه إلا بتسليم جميع العين وهو غير ممكن؛ لأن العين جميعها غير معقود عليها^(٤)

ويمكن مناقشة ذلك بأن القدرة على التسليم ممكنة بطول المستأجر محل المؤجر في الانتفاع بالعين المؤجرة

(١) صحيح مسلم - ١١٨٤/٣ - كتاب البيوع ، حديث رقم ١١٩ ط . دار الحديث

(٢) المحلى ٣٥/٩ مسألة ١٣٢٤

(٣) أسنى المطالب ٤/٤٠٩ ط . المكتبة الإسلامية ، المغنى مع الشرح الكبير ٦/١٣٧ ، المحلى ٣٥/٩ مسألة ١٣٢٤ .

(٤) بدائع الصنائع ٤/١٨٧ يبين الحقائق ٥/١٢٦

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من إعطاء الشريك على الشيوخ الحق في تأجير حصته الشائعة لشريكه ولغير شريكه، دون أن يكون لهذا الأخير منعه من ذلك؛ لأن ما يراه الجمهور بالإضافة إلى قوة دليبه فإنه يتفق وطبيعة حق الملكية والذي من أهم سماته إعطاء صاحبه حق التصرف فيما يملكه مادام لا يترتب على هذا التصرف وقوع الآخرين في الضرر والشريك الآخر هنا لم يضار؛ لأنه إذا رغب في التأجير كان هو أولى من غيره، وإذا لم يرغب فإن الأجنبي يحل محل الشريك المؤجر في الانتفاع أما القول بقصر التأجير على الشريك الآخر فقط فإنه قد يؤدي إلى استغلال ذلك الشريك بزعم أن أحداً غيره لا يستطيع منازعته في هذا التأجير وهو ظلم يجب رفعه بمسايرة الرأي الذي يعطى الشريك حق تأجير حصته الشائعة لشريكه ولغيره

موقف القانون

لم يقتصر نص المادة [١/٨٢٦] من القانون المدني على إعطاء الشريك على الشيوخ الحق في التصرف في الحصه الشائعة وإنما أعطاه إلى جانب الحق في التصرف الحق في استعمال هذه الحصه والحصول على ثمارها وتعتبر إجارة الحصه الشائعة نوع من الحصول على الثمار، ولهذا فإن حق الشريك في تأجير حصته الشائعة هو حق مخول له بحكم القانون غير أن هذا الحق ليس على إطلاقه فهو مقيد بعدم الإضرار بحقوق الشريك أو الشركاء الآخرين في الشيوخ فليس من حق المؤجر أن يسلم الحصه للمستأجر؛

لأن المؤجر لا يملكها مفرزة وإنما يملكها متفرقة في كل ذرة من المال الشائع
ومن ثم فإن علاقة المستأجر بالشركاء على الشيوع يجب أن تخضع لأعمال
الإدارة المنصوص عليها بالمادة (١/٨٢٨) من القانون المدني وهي تقضى بأن ما
يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع،
وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناءً
على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقضيه الضرورة، ولها أن تعين
عند الحاجة من يدير المال الشائع
فإذا أجريت القسمة فإن الإيجار ينتقل بدوره ويستقر على الحصة التي آلت إلى
الشريك المؤجر بموجب القسمة (١)

(١) د / عب الرزاق السنهورى - الوسيط - ص ٨٨ ف ٥٢ ط . دار النهضة ١٩٨٨
د / سليمان مرقس - عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد - شرح أحكام الإيجار - ص ١١٧
ط . ثانياً العربية الحديثة

المطلب الثاني

حق الشريك على الشيوخ في تعاقد شريكه على حصة مفرزة

يقتضى الشيوخ أن يكون كل جزء من المال الشائع مشتركاً بين جميع الشركاء كل بنسبة حصته فيه، كالنصف، أو الثلث، أو الربع فالشريك على الشيوخ إذن لا يملك حصة مفرزة من هذا المال إنما يملك حصة منتشرة فيه، وهذا الانتشار للحصة يفرض على صاحبها إذا أراد أن يتصرف فيها الالتزام بالصفة التي عليها الحصة فلا يحق له أن يفرز قطعة من الملك الشائع ويتصرف فيها بأى نوع من أنواع التصرفات إلا بإذن شريكه، فإن خالف وتصرف في قطعة مفرزة دون أن يأذن شريكه في ذلك فإنه يكون بذلك قد تصرف في ملك غيره بغير إذنه، ومن ثم تطبق عليه أحكام الفضالة المشار إليها آنفاً

وقد أشار إلى ذلك صراحة متأخروا الحنفية^(١) وابن حزم الظاهري^(٢)

(١) ففي الفتاوى الدرية " سنل في دار معلومة ذات بيوت متعددة مشتركة جميعها بين زيد ورجلين لكل منهم حصة معلومة شائعة فيها فباع زيد بيتاً معيناً منها لزوجه بثمن معلوم، فهل البيع غير جائز؟

الجواب نعم وللشريك إبطاله "

وذلك لأن الحنفية يرون أن بيع ملك الغير يكون موقوفاً على إجازة صاحبه فإن شاء أمضاه وإن شاء أبطله

انظر : العقود الدرية في شرح تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٢٧٠ ط يدون

وأيضاً : الفتاوى الخيرية ١/٢٢٢ ط . المكتبة الإسلامية

(٢) أورد ابن حزم الظاهري في المحلى ما نصه " ولا يحل لأحد من الشركاء إنفاذ شيء من الحكم

في جزء معين مما له فيه شريك ... "

وذلك لأن الظاهرية يرون بطلان التصرف في ملك الغير

انظر : المحلى ٨/٥٦١ مسألة ١٢٥٦

موقف القانون

ذكرت آنفاً أن القانون المدني المصري يقابل الفضالة في الفقه الإسلامي ببيع ملك الغير المنصوص عليه في المواد (٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨) ^(١) وهو نفس ما فعله هنا حيث اعتبر تصرف الشريك في جزء مفرز بيعاً لملك الغير، ومن ثم فهو قد اعتبر هذا البيع صحيحاً وناظراً فيما بين طرفيه، ولكنه لا يكون نافذاً في حق الشريك أو الشركاء الآخرين باعتبارهم من الغير إلا برضائهم، أو ظهور نتيجة القسمة ^(٢) فإذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف فإن التصرف يصبح باتاً وكأن الشريك المتصرف دائم ملك هذا الجزء منفرداً؛ وذلك لأن قسمة المال الشائع تعتبر كاشفة للحقوق لا منشئة لها طبقاً للمادة (٨٤٣) من القانون المدني والتي نصت على ما يأتي: " يُعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشئوع، وكأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص " ولكن إذا لم تقع الحصة الواقع عليها التصرف في نصيب الشريك المتصرف فإن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الجزء؛ لأنه طبقاً للقسمة الكاشفة لا يعتبر المتصرف مالكا لأي جزء فيه ومن ثم ينتقل حق المتصرف عن طريق الحلول العيني ^(٣)

(١) انظر ص ٦٥ من البحث

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المشتري لقدر مفرز من العقار الشائع لا يجوز له طلب التسليم مفرزاً ولو كان عقده مسجلاً إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً ، أو ثبوت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع في نصيب البائع
نقض مدني في ٢٣/٢/١٩٩٣م، القاعدة ٣٧٤ ، الطعن ٢٩٧٣ لسنة ٥٩ ق - السنة الرابعة والأربعون ٤٩٤/٣

وأيضاً : نقض مدني في ٦/٣/١٩٩٤م ، القاعدة ٩٤ ، الطعن ١٥٨٣ لسنة ٥٧ ق - السنة الخامسة والأربعون ٤٥٥/١

(٣) د / محمد كامل مرسى - عقد البيع - ص ٥١٥ ف ٢٧٥، د / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ٤/٣٧٦ ف ١٦٨، د / سليمان مرفس - عقد البيع ص ٥٢٩ ف ٣١٠

وإذا كان تصرف الشريك رهنا ولم يقع في نصيب الشريك الراهن شيء من العقارات إنما وقع في نصيبه منقولات، فهل ينتقل الرهن إلى هذه المنقولات طبقاً لمبدأ الحلول العيني المنصوص عليه في المادة (٢/١٠٣٩) أو يعتبر التصرف عديم الأثر ولا يكون أمام الدائن المرتهن سوى الرجوع على الشريك المتصرف؟ يرى بعض شراح القانون أن الرهن يعتبر عديم الأثر؛ لأن الرهن الرسمي لا يمكن أن ينتقل إلى هذه المنقولات، ومن ثم فلا سبيل أمام الدائن المرتهن سوى الرجوع على الشريك الراهن

على حين يرى البعض الآخر وهو ما أميل إليه أن الرهن ينتقل إلى هذه المنقولات ويحولها إلى رهن حيازي؛ لأن روح المشرع تنبئ عن الأخذ بمبدأ الحلول العيني في المادة (٢/١٠٣٩) لصالح الدائن المرتهن فهو قد طبقه في حالة ما إذا اختص الراهن بعقار آخر وبمبلغ من النقود

وبناء على ذلك يكون للدائن المرتهن أن ينفذ على هذه المنقولات ليستوفي حقه من ثمنها إذا كان دينه قد حل أجله وإلا كان له أن يطالب بحيازة المنقول لحين حلول أجل الدين (١)

هذا كله مع ملاحظة أن المتصرف إليه يكون من حقه أن يطلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ملادة [٢/٨٢٦] من القانون المدني .

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - التأمينات الشخصية والعينية - ص ٣٢٠ ف ٢٢٥ ط ١٩٥٠

د/ محمد لبيب شنب - التأمينات العينية والشخصية - ص ٣٤ ف ٢٥ ط ١٩٧٣

د / عبد المنعم البدر وراي - التأمينات العينية والشخصية ص ٢٥٠ ف ١٥٧ ط . نهضة مصر .

المطلب الثالث

حق الشريك على الشبوع في تعاقد شريكه متجاوزا حصته الشائعة

اختلف علماء الفقه الإسلامي في صحة تعاقد الشريك على الشبوع متجاوزا حصته الشائعة، وبالتالي مدى حق الشريك الآخر في هذا التعاقد وخلافهم في ذلك ينحصر في أقوال ثلاثة :

القول الأول

التعاقد موقوف على إذن الشريك الآخر

وإلى هذا ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)

القول الثاني

التعاقد صحيح في حصة الشريك المتعاقد باطل في حصة شريكه الآخر

وهو أظهر قولى الإمام الشافعى^(٣) والرواية الصحيحة عند الحنابلة^(٤)

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير ١٥٣/٦ - أول كتاب الشركة وفيه " فشركة الأملاك العيين يرثها رجلان، أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل منهما في نصيب الآخر كالأجنبي " وانظر أيضا : اللباب في شرح الكتاب ١٢١/٢ - باب الشركة

(٢) شرح الزرقانى ٤١/٦ - أول باب الشركة - وفيه " قلت يحتاج إلى الإذن هنا؛ لأن كل واحد منهما باع بعض ماله ببعض مال الآخر على وجه الشبوع " وانظر أيضا : حاشية العدوى مع شرح الخرشي ٣٨/٦

(٣) مغنى المحتاج ٤٠/٢ وفيه " لو باع مشتركا بغير إذن الشريك الآخر صح البيع في ملكه وبطل في غيره في الأطهر

وانظر أيضا : نهاية المحتاج ٤٧٨/٣ - كتاب البيع - فصل في تفريق الصفقة

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٢٩١/٤ وفيه " عبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه يصح فيما يملكه "

وانظر أيضا المبدع في شرح المقنع ٣٩/٤ - كتاب البيع - تفريق الصفقة .

القول الثالث

التعاقد باطل في حصة الشريك المتعاقد وفي حصة شريكه الآخر وهو القول الثاني للإمام الشافعي^(١) المقابل للأظهر، والرواية الأخرى عند الحنابلة^(٢)

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب القول الأول على أن التعاقد يصح في حصة الشريك المتعاقد ويوقف في الباقي على إذن الشريك الآخر بأن كل واحد من الشريكين كأجنبي في نصيب الآخر، فلا يحق لواحد منهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بوكالة أو بولاية، فإذا لم توجد وكالة ولا ولاية كان التعاقد على حصة الشريك الآخر كلاً أو جزءاً من جانب الشريك تصرفاً في ملك الغير، والتصرف في ملك الغير يوقف على إذن ذلك الغير، فإن أجازته نفذ وإن رده بطل^(٣)

ثانياً : استدل أصحاب القول الثاني على أن التعاقد صحيح في حصة الشريك المتعاقد باطل في حصة الشريك الآخر بأن كلا منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه وأيضاً فإن البيع هنا سبب اقتضى الحكم في محلين فإذا امتنع حكمه في أحدهما صح في الآخر، كما لو أوصى بشيء لأدمى وبهيمة، فإن الوصية لا تكون باطلة وإنما تصح للأدمى وتبطل للبهيمة^(٤)

(١) مغنى المحتاج ٤٠/٢، نهاية المحتاج ٧٨/٣

(٢) المبدع في شرح المقنع ٣٩/٤، المغنى مع الشرح الكبير ٢٩١/٤

(٣) اللباب في شرح الكتاب ١٢١/٢، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٤١/٦

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٢٩١/٤، ٢٩٢

ويمكن مناقشة ذلك بأن بطلان العقد في حصة الشريك الذي لم يتعاقد قد يتعارض مع مصلحة هذا الشريك إذا رأى في التعاقد صفقة رابحة له بخلاف القول بوقف العقد في حصة الشريك الذي لم يتعاقد فهو يصحح العقد ويخير الشريك الذي لم يتعاقد بين إجازة العقد في حصته إن رأى مصلحته في ذلك، وبين رده إن رأى خلاف ذلك

ثالثاً : استدلت أصحاب القول الثالث على أن التعاقد باطل في حصة الشريك المتعاقد وفي حصة شريكه الآخر من الأثر، والمعقول

(أ) الأثر

ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : ﴿ ما اجتمع حرام وحلال وإلا غلب الحرام الحلال ﴾ (١)

وجه الدلالة

أن الصفقة جمعت حراماً وهو التعاقد على نصيب الشريك الآخر بغير إذن، وحلالاً وهو التعاقد على نصيب الشريك المتصرف والصفقة إذا جمعت حراماً وحلالاً تبطل جميعها، وعلة هذا البطلان هي الجمع بين حلال وحرام (٢) ويمكن مناقشة ذلك بأن ما ذكرتم يكون مقبولاً على القول بنفاذ العقد في حق الغير - الشريك الآخر - ولكننا نقول بتوقفه على إذن من له الحق فيه وهو الشريك الذي لم يتعاقد وهذا ينفي علة الحرمة؛ لأن صاحب الحق بإمكانه إبطال العقد برفضه إياه

(١) مصنف عبد الرزاق ١٩٩/٧ الأثر رقم، ١٢٧٧ ط . المكتب الإسلامي كنز العمال ٧٩٧/٣ رقم ٨٧٩٠

(٢) انظر الاستدلال بهذا الأثر : مغنى المحتاج ٤٠/٢، المبدع في شرح المقنع ٣٩/٢

(ب) المعقول

استدلوا من المعقول بدليين :

الدليل الأول

جهالة العوض الذى يقابل الحلال (١)

فهذه الجهالة تؤدى إلى بطلان العقد؛ لأن من شروط العوض أن يكون

معلوما

الدليل الثانى

أن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها فى جميع المعقود عليه فإنها تبطل فى

الكل، كالجمع بين الأختين، وبيع درهم بدرهمين (٢)

وقد نوقش ذلك بأن الأختين والدرهمين ليس واحدا منهما أولى بالفساد من الآخر،

ولذلك فسد فيهما، وهنا بخلافه (٣)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من الحنفية وهو أن تعاقد

الشريك على الشيوع متجاوزا حصته الشائعة يوقف على إذن الشريك الآخر فى

القدر المتجاوز فيه فإن أجازته نفذ، وإن رده صح العقد فى حصة الشريك المتعاقد

دون حصة الشريك الذى لم يتعاقد، ويكون للمتصرف إليه إذا كان لا يعلم بأن

التعاقد فى جزء منه وارد على ملك الغير الحق فى طلب إبطال التعاقد جميعه

لتفريق الصفقة عليه

وذلك لأن القول ببطلان العقد فى الجميع من شأنه أن يحرم الشريك الآخر من

فرصة إمضاء العقد إذا رغب فيه

(١) معنى المحتاج ٤٠/٢

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٢٩٢/٤

(٣) المرجع السابق ٢٩٢/٤

موقف القانون

لما كان التعاقد فيما جاوز حصة الشريك المتصرف يعد تعاقدًا على ملك الغير فقد - رأينا - القانون المدنى المصرى يطبق على هذا التعاقد الأحكام الخاصة بالتصرف فى ملك الغير أيا كان نوع هذا التصرف، بيع، أو رهن، أو إجارة، ونحو ذلك من التصرفات

فإذا تعاقد الشريك على الشيوع على كل المال الشائع فإن تعاقده يكون صحيحًا بالنسبة للجزء الخاص به، وهو حصته من المال الشائع أما الجزء الخاص بشريكه أو شركائه الآخرين فإنه لا يكون نافذًا فى حقهم إلا بإقرارهم فإن أقروه نفذ وإن ردوه بطل فى حدود ما يخصهم من المال الشائع وفى هذه الحالة يكون من حق المتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن التعاقد معه لا يملك المعقود عليه

ويترتب على عدم سرىان التعاقد الصادر من أحد المشتاعين فى مواجهة الباقيين ثبوت الحق لهؤلاء الشركاء فى اعتبار التعاقد غير قائم بالنسبة لهم، وبالتالي اعتبار المتصرف إليه متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده على العين بالفعل، ولا يستطيع المتصرف إليه أن يدفع دعوى عدم التعرض المرفوعة من باقى الشركاء بحجة وجوب انتظار القسمة ولكن يحق له أن يطلب قسمة المال الشائع لا باسمه ولكن باسم مدينة - الشريك المتصرف - إذا توافرت شروط الدعوى المباشرة (١)

(١) انظر : (أ) الأحكام الخاصة ببيع الشريك على الشيوع لكل المال الشائع

د / أحمد نجيب الهلالى ، وحامد زكى - عقد البيع - ص ١٨٣ ف ٢٣٧ ، د / محمد كامل مرسى - عقد البيع - ص ٥٢١ ف ٢٧٦ ، د / أنور سلطان - عقد البيع - ص ٣٩٨ ف ٤١٥

(ب) الأحكام الخاصة برهن الشريك على الشيوع لكل المال الشائع

د / عبد المنعم البدر اوى - التأمينات العينية - ص ٤٨ ف ٣٥ ط . ١٩٧٢ ، د / محمود جمال الدين زكى - التأمينات الشخصية والعينية ص ١٤٣ ف ٩٣ ط . ١٩٧٤ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي - التأمينات الشخصية والعينية - ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ ف ٢٢٤ ط . ١٩٥٤

(ج) الأحكام الخاصة بإيجار الشريك على الشيوع لكل المال الشائع

د / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - ص ٨٥ ، ٨٦ ف ٥٢ ، دار النهضة ، د / عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - الجزء الأول - ص ٨٢ ، ٨٣ ف ٥٦

المقارنة

مما تقدم يمكن استنتاج الآتى :

أولاً : وافق القانون المدنى المصرى ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من عدم أحقية الشريك على الشبوع فى منع شريكه من بيع حصته فى المال الشائع أو التعاقد عليها بأى نوع من أنواع التعاقد الأخرى كالرهن، والإجارة، ونحوهما مخالفاً بذلك الفقه الحنفى الذى يضع قيوداً تختلف باختلاف التعاقد الوارد على الحصة الشائعة

ثانياً : وافق القانون المدنى المصرى الفقه الإسلامى فى إعطاء الحق للشريك على الشبوع فى منع شريكه من التعاقد على حصة مفرزة من المال الشائع أو التعاقد على ما جاوز حصته من المال الشائع دون إذن شريكه على اعتبار أن مثل هذا التعاقد يعتبر تصرفاً فى ملك الغير بغير إذنه ولكنهم اختلفوا فى تكيف هذا التعاقد

فالفقه الإسلامى يتنازعه رأيان :

أحدهما يعتبر هذا التعاقد موقوفاً على إرادة الشريك أو الشركاء الآخرين فى الشبوع

والثانى يعتبر مثل هذا التعاقد باطلاً من أصله

أما القانون المدنى فقد اعتبر هذا التعاقد صحيحاً وناظداً فى حق عاقديه -

الشريك المتصرف ومن تعاقد معه - غير نافذ فى حق الغير - الشريك أو

الشركاء الآخرين فى الشبوع -

وقد بينت سلفاً رجحان فكرة وقف العقد على فكرة عدم النفاذ أو عدم السريان، لأن العقد الموقوف لا ينتج في الفقه الإسلامي أى أثر لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالإجازة ممن تقرر له الوقف، ومن ثم فهو أكثر حماية للغير من عدم السريان، أو عدم النفاذ فى القانون حيث ينتج أثره فيما بين عاقديه، ومن ثم الحد من الحماية التي ينبغي توافرها لهذا الحق فلو أن القانون قد تبع ما قرره علماء الفقه الإسلامي فى هذا الصدد من وقف العقد لحق الغير، أو بطلانه من أصله لكان قد أحسن صنعا .

الفصل الثاني

حق المالك في استحقاق العقد المالي المترتب على ملكه بتعدي

تقديم

الغاية من التشريع الإسلامي في جملته وتفصيله هي منع المفساد عن الناس وجلب المصالح لهم من أجل هذه الغاية السامية شرع الله سبحانه وتعالى المحافظة على الأموال وجعلها أحد الضروريات الخمس للإنسان^(١) فحرم السرقة، وأوجب قطع يد السارق والسرقة^(٢) كما حرم الغش، والخيانة، والغصب، والنهب، والجور، وكل أكل لأموال الناس بغير ما شرع الله

فإذا تعدى ظالم على مال غيره بأي وسيلة من الوسائل غير المشروعة ثم تعاقد على ما تعدى عليه بنحو بيع، أو هبة، أو إجارة، أو إعارة، أو غيرها، فإن الشارع

(١) الضروريات الخمس هي حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل، وقد قيل : إنها مراعاة في كل ملة

انظر : الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ٧٦/٢ - كتاب المقاصد - تحقيق عبد المنعم إبراهيم - ط . الباز

يقول الإمام الغزالي في المستصفي : " مقصود الشرع من الخلق خمسة هي أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة "

المستصفي ٢٨٧/١ ط . أولى ١٣٢٢ ط . الأميرية

(٢) قال تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾

الآية ٣٨ من سورة المائدة

قد قرر للغير المتعدى على حقه حقوقاً تتلهم وطبيعة التعاقد الذى أبرمه المتعدى
على حق غيره

وتجنباً للتكرار فإننى سأختار من هذه العقود عقد البيع كنموذج لعقود المعاوضات
المالية

وعقد الإجارة كنموذج للعقود المالية التى ترد على المنفعة
وذلك من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : حق المستحق فى عقد البيع

المبحث الثانى : حق المستحق فى عقد الإجارة

المبحث الأول

حق المستحق فى عقد البيع

إذا تعدى شخص على مال غيره بنحو غصب، أو سرقة وغير ذلك من الأساليب غير المشروعة ثم قام ببيع ما تعدى عليه إلى غيره فقد قرر الشارع صيانة لحق الغير المتعدى على حقه وجوب رد العين أو بدلها فى حالة التلف (١) كما أوجب رد زوائدها وما نقص منها وإيضاح ذلك بشيء من التفصيل فإننى سأقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو الآتى :

المطلب الأول : حق المطالبة برد العين، أو بدلها فى حالة التلف

المطلب الثانى : حق المطالبة بزوائد العين

المطلب الثالث : حق المطالبة بنقصان العين

المطلب الرابع : أثر التقادم على حق المستحق فى الرد

(١) رد العين هو حق عينى للمستحق؛ لأنه حق متعلق بعين ماله ولكن هذا الحق يتحول إلى حق شخصى فى حالة تعذر رجوع العين وحلول المثل أو القيمة بدلاً عنها .

المطلب الأول

حق المطالبة برد العين أو بدلها في حالة التلف

أولاً : رد العين

اتفق علماء الفقه الإسلامى على وجوب رد الشيء المستحق بعينه إذا كان موجوداً عند من تعدى عليه، أو من اشتراه منه (١) وقد استدلوا على ذلك من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : ﴿ من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع المشتري من باعه ﴾ (٢)

وجه الدلالة

دل هذا الحديث على وجوب رد الشيء المستحق بعينه لمالكه ولا حق لمن توالى يده عليه بشراء ونحوه أن يمنع صاحب الحق من استرداده، وإنما يكون له إذا كان حسن النية لا يعلم بالتعدى على حق الغير أن يرجع على البائع الذى مكنه من هذه الحيازة بغير حقها

(١) انظر : المعنى مع الشرح الكبير ٤٢٣/٥ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٢٣٧، ٢٣٨ ط . دار الفكر .

(٢) سنن الدار قطنى ٢٨/٣ حديث رقم ١٠٤ وذكر أن الإمام أحمد بن حنبل قال عن هشيم : " إنه ثقة روى عنه الناس وروى عنه شعبة وكناه أبا سعدة

انظر هذا الدليل فى كتب الفقه : شرح منتهى الإرادات ٢/٤١٨

(ب) المعقول

أن المتعدى على حق غيره بغصب، أو سرقة ونحو ذلك ملزم برد العين إلى صاحبها على أكمل وجه، وأكمل وجوه الرد هو رد العين بذاتها؛ لأنه أكمل وأعدل في رفع الضرر بخلاف رد المثل أو القيمة، فهو عوض فلا يصار إليه إلا عند تعذر رد العين^(١)

ثانياً : رد البديل

يكون رد البديل متعينا عند تعذر رد العين والبديل هو مثل المثل^(٢) وقيمة القيمي^(٣) فإن تعذر الحصول على المثل فيما له مثل فإن القيمة تحل محله وقد اختلفت آراء الفقهاء في وقت ضمان القيمة بالنسبة للمال القيمي أو المال المثل الذي تعذر وجوده فيرى الحنفية أن المال القيمي يضمن بقيمته يوم غصبه

(١) تكملة البحر الرائق ١٢٤/٨، مجمع الأنهر ٤٥٦/٢

(٢) تقاربت آراء فقهاء المذاهب في تحديد أوصاف المال المثلّي :

فيرى الحنفية أنه المكيل والموزون والعددي المتقارب

بدائع الصنائع ١٥٠/٧ تبين الحقائق ٢٢٤/٥

ويرى المالكية أنه المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان إعداده

التاج الإكليل مع مواهب الحليل ٢٧٨/٥

ويرى الشافعية أنه ما حصره كيل، أو وزن وجاز السلم فيه

مغنى المحتاج ٢٨١/٢

ويرى الحنابلة أنه ما تتماثل أجزاءه وتتقارب صفاته كالدرهم، والدنانير، والحبوب

المغنى مع الشرح الكبير ٣٧٦/٥

(٣) المال القيمي فهو على خلاف المال المثلّي : لم يحصره كيل، ولا وزن، ولا عدد، كالدور والحيوان

أما المثلثى الذى تعذر وجوده فقد تباينت آراؤهم بشأنه :

فعند الإمام أبا يوسف تجب القيمة فيه يوم الغصب وهو يوم انعقاد السبب

وعند الإمام محمد تجب القيمة فيه يوم انقطاعه

وعند الإمام أبي حنيفة تجب القيمة فيه يوم الخصومة وهو يوم حكم الحاكم^(١)

ويرى المالكية أن المغصوب المقوم أو ما فى حكمه مما تجب فيه القيمة تُعتبر

القيمة فيه يوم الغصب وهو المذهب عندهم

وقال : أشهب وهو أحد فقهاء المذهب تلزمه أعلى قيمة مضت عليه من يوم

غصبه إلى يوم تلفه^(٢)

ويرى الشافعية أن المال القيمي يضمن بأقصى القيم من الغصب إلى الطلب

أما المال المثلثى الذى تعذر وجوده فالأصح عندهم أن المعتبر فيه أقصى قيمة من

وقت الغصب إلى وقت تعذر المثل

فإذا كان المثل مفقوداً عند الطلب فالأصح عندهم هو ضمانه بالأكثر من وقت

الغصب إلى وقت التلف^(٣)

ويرى الحنابلة أن المال القيمي يضمن فى الغصب يوم تلفه؛ لأنه زمن الضمان

أما المثلثى الذى تعذر وجوده فإن القيمة تجب فيه وقت إعوازه، أى وقت تعذره؛

لأن القيمة وجبت فى الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ، كتلف

المتقوم^(٤)

(١) بدائع الصنائع ١٥١/٧

(٢) مواهب الجليل ٢٨١/٥

(٣) مغنى المحتاج ٢٨٣/٢

(٤) كشف القناع ١٠٧/٤، ١٠٨ ط . دار الفكر

المطلب الثاني

حق المطالبة بزوائد العين

زوائد العين قد تكون متصلة بها كسمن الحيوان، ولبنه، وقد تكون منفصلة عنها كالولد والثمرة

وقد حصل الاتفاق بين علماء الفقه الإسلامى على أن الزيادة إذا كانت متصلة بالشيء المستحق فإنها تكون للمالك يأخذها مع الأصل؛ لأن هذه الزيادة نماء لهذا الأصل ولا يمكن فصلها عنه فتكون تابعة له فى الاستحقاق^(١) ولكنهم اختلفوا على قولين فيمن تكون له الزيادة المنفصلة

القول الأول

هذه الزيادة إن كانت قائمة فإنها تكون للمالك المستحق، وإن لم تكن قائمة بأن هلكت، أو استهلكت فإن ضمانها يسقط ما لم يكن حائز هذه الزيادة قد تسبب فى هلاكها^(٢)، أو امتنع عن تسليمها لمالكها حتى حدث الهلاك، أو الاستهلاك

وإلى هذا ذهب الحنفية^(٣)

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٦٠/٧ - كتاب الغصب ، بداية المجتهد ٢/٢٣٩ ، ط . دار الفكر ، نهاية المحتاج ٤/٦٧ - باب الغصب فصل - فيما يطرأ على المغصوب من زيادة، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٠٥ ، ٤٠٦

(٢) يستوى فى الاستحقاق الغاصب ومن تعاقده معه على المغصوب، لأن الأيدى المترتبة على يد الغاصب يد ضمان وإن جهل صاحبها الغصب .

انظر : الهداية شرح بداية المبتدى ٤/١٩ ، مغنى المحتاج ٢/٢٧٩

(٣) تكملة البحر الرائق ٨/١٣٧ ، ١٣٨ ، اللباب فى شرح الكتاب ٢/١٩٤

القول الثانى

هذه الزيادة ترد للمالك المستحق إن كانت قائمة فإن تلفت كان له بدلها مثلاً
فى المثليات وقيمة فى القيميات
والى هذا ذهب المالكية،^(١) والشافعية،^(٢) والحنابلة،^(٣) وابن حزم
الظاهرى،^(٤) والإمامية^(٥)

الأدلة

أولاً : استدلال القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم تضمين الهالك، أو
المستهلك من الزيادة المنفصلة بأن يد المالك المستحق لم تكن ثابتة على هذه
الزيادة حتى يستحق بدلها فى حالة التلف
ولكن إذا تعدى الغاصب أو من ترتب يده على المغصوب على هذه الزيادة
بإتلافها، أو الامتناع عن تسليمها لمالكها بعد طلبه لها فإن الغاصب، أو من ترتبت
يده على المغصوب يكون ضامناً لهذه الزيادة؛ لأنه بالتعدى أو بالمنع بعد الطلب
يكون غاصباً للزيادة كغصبه للأصل^(٦)
وقد نوقش ذلك . بأن إمساك الأصل تسبب فى إمساك الزيادة، وإمساك الأصل
محظور فتكون زوائده محظورة^(٧)

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٧١/٥، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٩

(٢) المهذب ٣٧٠/١ - كتاب الغصب - فصل [وإن زاد المغصوب فى يد الغاصب ...]

(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٣٩٩/٥، الكافى ٣٩٣/٢

(٤) المحلى ٥٦٥/٨ مسألة ١٢٥٩

(٥) مفتاح الكرامة ٣٠٤/٦ فقه الإمام جعفر ١٨/٥

(٦) تكملة فتح القدير ٣٢٨/٩، تبيين الحقائق ٢٣٢/٥

(٧) المغنى مع الشرح الكبير ٤٠٠/٥

ثانياً : استدلال القول الثانى

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من استحقاق المالك لهذه الزيادة إن كانت قائمة واستحقاقه لبدلها فى حالة تلفها بأن هذه الزيادة ملك للمغضوب منه حصلت فى يد الغاصب فيكون الغاصب ضامناً لها بالتلف كضمانه للعين للمغضوب (١)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من تضمين الغاصب أو من ترتبت يده على المغضوب للزوائد المنفصلة عن العين المغضوبة؛ لأن المتعدي على حق غيره ظالم فلا يكافأ بعدم تضمينه لما أهلكه، أو استهلكه ومما تجدر الإشارة إليه أن المالكية قد فرقوا بين الغاصب، ومن تعاقد معه بنحو شراء، أو هبة فى ضمان الغلة أو الزيادة المنفصلة عن المغضوب فإن كان المتعاقد مع الغاصب على الشئ المغضوب موهوباً له، وكان حسن النية لا يعلم بالغصب فإن ضمان الغلة يستقر على الغاصب بخلاف ما لو كان سيئ النية يعلم بالغصب، فإنه يكون كالغاصب فى ضمان الغلة وإن كان المتعاقد مع الغاصب على الشئ المغضوب مشترياً وكان حسن النية، فإن الغلة تكون له ولا رجوع للمالك بها على الغاصب بخلاف ما لو كان سيئ النية فإنه يغرماً كالغاصب والفرق بين الموهوب له والمشتري فى حالة حسن النية حيث يغرماً الغاصب الغلة التى استغلها الموهوب له، ولا يغرماً الغلة التى استغلها المشتري أن الشئ الموهوب قد خرج من يد الغاصب بغير عوض فكأنه لم يخرج من يده، بخلاف مبيعه (٢)

(١) المهذب ٣٧٠/١ - كتاب الغصب - المغنى مع الشرح الكبير ٤٠٠/٥

(٢) انظر حاشية السوقى ٤٥٨/٣

ويلاحظ أن هذا الحكم بالنسبة للغلة التى اغتلبها المغضوب أو زيادته المنفصلة، أما العين فإن ضمانها لا يسقط بحسن نية المتعاقد على المغضوب بشراء فإن قيل : وما فائدة حسن النية إذن قلنا : فائدته أن المشتري إذا كان حسن النية وضمن العين للمالك فإنه يثبت له حق الرجوع على الغاصب بما ضمنه عنه، بخلاف ما لو كان سيئ النية .

موقف القانون

يطلق القانون المدنى المصرى على الزيادة المنفصلة وصف الثمار الطبيعية وهى ثمار تخرج من الشئ دون تدخل من الإنسان مثل نتاج المواشى والأصل أن ثمار الشئ تكون حقاً لمالكها؛ لأن الثمار تعتبر من توابع الشئ ومن ثم كانت ملكاً لمن يملك الأصل، وعلى هذا نصت المادة (٨٠٤) مدنى بقولها : " لمالك الشئ الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك "

ومراعاة لمبدأ حسن النية فى المعاملات فإن هذا الأصل يرد عليه استثناء مفاده : أن من يحوز شيئاً منقولاً كان أو عقاراً، وله ثمار، فإنه يملك هذه الثمار إذا كان حسن النية وقت تملكه هذه الثمار، وعلى هذا نصت المادة (١/٩٧٨) مدنى بقولها: " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية "

وحكمة هذا الاستثناء هى اعتبارات العدالة، فالحائز حسن النية يعتقد أن الثمار من حقه ومن ثم فهو عادة يستهلكها فى نفقاته اليومية، فلو جاز مطالبته بالثمار التى قبضها فى مدة طويلة لأدى ذلك إلى إرهاقه إرهاباً شديداً، كما أنه ليس ملوماً مادام يعتقد أن الثمار من حقه

وهذا بخلاف الحائز سئى النية، فإنه مغتصب، وبالتالي لا يحق له تملك الثمار إنما تظل حقاً للمالك، وليس للحائز سوى ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار حتى لا يثرى المالك على حسابه وعلى هذا نصت المادة (٩٧٩) مدنى بقولها : " يكون الحائز سئى النية مسئولاً من وقت أن يصبح سئى النية عن جميع الثمار التى قبضها والتى قصر فى قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار " (١)

(١) انظر : د / عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية ص ٧١١ ، ٧١٢
د / عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٢ / ٣٣ ط . ١٩٥٦ ، د / محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية ص ٢٠١

هذا ويلاحظ أن الحائز لهذه الثمار إذا كان سيئ النية فإنه يملك هذه الثمار إذا تملك الشيء نفسه بالتقادم الطويل - خمس عشرة سنة - وعليه فإن حق المالك المستحق في المطالبة بهذه الثمار يسقط إذا مضى على أصلها خمس عشرة سنة وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن التزام الحائز سيئ النية ببرد الثمرات ليس من الحقوق الدورية أو المتجددة التي تسقط بالتقادم الخمسى، ومن ثم فهي لا تتقادم إلا بالتقادم الطويل خمس عشرة سنة (١)

المقارنة

وضح مما تقدم أن القانون المدنى المصرى يعتمد فى تقرير الضمان على حسن أو سوء نية الحائز لهذه الثمار فالحائز حسن النية يملك الثمار على خلاف سيئ النية فهو يضمونها معاملة له بنقيض مقصوده وهذا الحكم هو ما قرره المالكية بالنسبة لمشتري المغصوب ذى الشبهة حيث يملك الغلة نظراً لحسن نيته باعتقاده أن ما حصل عليه هو نتاج ما يملكه هو، لا ما يملكه غيره بخلاف غير ذى الشبهة أى الذى يعلم بالغصب والتعدى على حقوق الغير فإنه يعزم الغلة معاملة له بنقيض مقصوده وإذا كان القانون المدنى يتفق مع الفقه المالكى فى عدم تضمين الثمار للحائز حسن النية إلا أن هناك farkاً جوهرياً بين الفقهاء يتمثل فى أن القانون المدنى يملك الحائز سيئ النية الثمار مع أصلها بالتقادم الطويل - خمس عشرة سنة - على خلاف الفقه الإسلامى فالحق من خلاله لا يتقادم بل يظل لصاحبه مهما طال عليه من الزمن

(١) نقض مدنى فى ١٩٩١/٥/٢٠م الطعن رقم ١٧٢٤ لسنة ٥٥ ق قاعدة رقم ١٩٦، مجموعة أحكام النقض المدنى - المكتب الفنى - السنة الثانية والأربعون ١/١٢٧٦ .

المطلب الثالث

حق المطالبة بنقص العين

النقص الذى يحدث بالعين المستحقة قد يكون بسبب عيب، وقد يكون بسبب نقصان السعر فى الأسواق وأخص كلاً منهما بفرع مستقل

الفرع الأول

النقص بسبب العيب

إذا نقصت العين المستحقة بسبب عيب لحق بها عند حائزها بغير حق كما لو كانت ثوباً فقصره، أو إناءً فكسره فقد اختلف علماء الفقه الإسلامى فى كيفية رجوع المالك المستحق بضمان هذا النقص

الرأى الأول

يرى الحنفية أن العين المستحقة إن كانت من غير الأموال الربوية أخذها المالك ومعها أرش نقصها وإن كانت من الأموال الربوية كما إذا غصب حنطة فعفنت، عنده أو إناءً فضة فانهشم فى يده فإن المالك يكون بالخيار إن شاء أخذ العين كما هى ولا شئ له غير ذلك، وإن شاء تركها وضمنه مثلها

وقد علل الحنفية ذلك بأن المال المستحق إذا كان مالا ربوياً فإن الرجوع بالأصل وتضمين أرش النقص يؤدي إلى الربا فامتنع الرجوع بالأرش لذلك (١)

الرأى الثانى

يرى المالكية أن العيب الذى حدث بالشىء المستحق إمّا أن يُفبت المقصود منه، أو لا يُفبته

فإن كان يُفبته كقطع ذنب دابة لذى هيئة - إمام أو قاض -

فإن المالك المستحق يُخبر بين أمرين

أحدهما : أن يترك العين ويأخذ قيمتها

الثانى : أن يأخذ العين ويأخذ أرش ما نقص منها

وإن كان لا يفبته، كقطع، أو تقليل لبن بقرة، أو شاة ليس هو المقصود الأعظم منها، أو قطع ذنب دابة لغير ذى هيئة

فإن المالك المستحق لا يكون له إلا أخذ العين وأرش نقصها

وقد علل المالكية ذلك بأن الغاصب إذا أتلف ما يُفبت المقصود من العين يكون كما لو أتلفها جميعها، لهذا يكون من حق المالك أن يطلب بدلها، ويكون من حقه أن يتنازل ويطلب أرش النقص مع العين

بخلاف ما لو أتلف ما لا يُفبت المقصود من العين فإن منافع العين تكون باقية فيما لم يتلف منها، لهذا لا يكون للمالك المستحق سوى أخذ العين وأرش ما نقص منها ما لم يوجد عرف يقضى بغير ذلك (٢)

(١) تكملة فتح القدير ٣٢٨/٩

(٢) شرح الخرشي ١٤٩/٦ وحاشية السوقى ٤٦٠/٣

الرأى الثالث

يرى الشافعية أن النقص الذى حدث بالعين إذا كان فى غير الرقيق لم يخل
إما أن يكون نقصاناً مستقراً، أو نقصاناً غير مستقر

فإن كان نقصاناً مستقراً كالشاة إذا ذبحت والثوب إذا تمزق والطعام إذا طحن فإن
المالك يأخذ العين وأرش نقصها وليس له ترك جميع العين وأخذ بدلها؛ لأن الباقي
عين ماله

ومن الأصحاب من قال فى الطعام إذا طحن : يكون للمالك تركه وأخذ مثله؛ لأن
المثل أقرب إلى حقه من الدقيق

والمذهب الأول ؛ لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببذله كالثوب إذا تخرق،
والشاة إذا ذبحت

وإن كان نقصاناً غير مستقر كقطعام ابتل وخيف عليه الفساد فقد قال الإمام الشافعى
فى الأم : للمغصوب منه مثل مكيله ، وقال الربيع : فيه قول آخر أنه يأخذه
وأرش النقص (١)

الرأى الرابع

يرى الحنابلة مثل ما يراه الشافعية من أن النقص الذى حدث بالعين إما أن
يكون نقصاً مستقراً، أو نقصاً غير مستقر

فإن كان نقصاً مستقراً كثوب تخرق، أو إناء تكسر أو تشقق، أو شاة ذبحت، أو
حنطة طبخت، فعلى الغاصب رده للمالك ومعه أرش نقصه؛ لأنه نقص عين

(١) المهذب ١/٣٦٩ - كتاب الغصب - فصل - فإن نقص المغصوب نقصاناً تنقص به القيمة -
وأيضاً : روضة الطالبين ٥/٣٢ ، ٣٣ .

نقصت به القيمة فوجب ضمانه كذراع من الثوب، وإن طالب المالك ببذله لم يكن له ذلك لأن عين ماله باق فلم يملك المطالبة ببذله كما لو قطع من الثوب جزءاً وإن كان النقص الذى حدث بالعين غير مستقر كقطع ابل، أو عفن فللمالك بذله فى قول القاضى، لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف وقال أبو الخطاب : يُخَيَّرُ بين ذلك، وبين تركه حتى يستقر فيه الفساد ويأخذ مع أرشه؛ لأن عين ماله باقية فلا يمنع من أخذها مع أرشها كالثوب إذا تخرق (١)

وأرى أن المالك يُخَيَّرُ على الإطلاق بين أخذ بدل العين وتركها وبين أخذها ومعها أرش نقصها، رعاية لمصلحة المالك، لأنه مظلوم ولا يضر كون المال المستحق من الأموال الربوية، لأن الربا يتحقق فى الأموال الربوية بزيادة أحد البديلين عن الآخر، وأخذ البذل عن كل العين المستحقة أو عن بعضها لا يؤدي إلى الربا مادام قد روعى فيه مساواة البذل

(١) الكافي ٢/٣٨٩ .

الفرع الثانى

النقص بسبب حوالة الأسواق

إذا كانت العين وقت الاستيلاء عليها تساوى مائتين ثم انخفض هذا السعر حتى وصل إلى مائة وقت الاستحقاق فهل يضمن الغاصب، أو من ترتبت يده على المغصوب الفرق بين السعيرين أو لا ؟
قولان للفقهاء :

القول الأول

ليس من حق المالك المستحق أن يضمن الحائز لحقه بالتعدى نقصان السعر فى الأسواق
وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤)، والزيدية^(٥) والإمامية^(٦)

القول الثانى

من حق المالك المستحق أن يضمن الحائز لحقه بالتعدى نقصان السعر فى الأسواق
وإلى هذا ذهب ابن حزم الظاهرى^(٧)، وأبو ثور^(٨)

-
- (١) بدائع الصنائع ١٥٥/٧، تكملة فتح القدير ٣٢٨/٩
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٥٢/٣، ٤٥٣، الفواكه الدوانى ٢٤٤/٢
(٣) روضة الطالبين ٣١/٥، مغنى المحتاج ٢٨٧/٢
(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٤٠٠/٥، المقنع ٢٤١/٢
(٥) البحر الزخار ١٨١/٥، شرح الأزهار ٥٣٨/٣
(٦) فقه الإمام جعفر ١١/٥
(٧) المحلى ٥٧٢/٨ مسألة ١٢٥٩
(٨) المغنى مع الشرح الكبير ٤٠٠/٥

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم أحقية المالك المستحق في تضمين نقصان السعر في الأسواق بأن المضمون هو نقصان العين المستحقة، ونقصان السعر ليس نقصاناً في العين، وإنما هو نقصان الرغبة في الشيء، ونقصان الرغبة من صنع الله ولا دخل للعبد فيه (١)

ثانياً : استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من أحقية المالك المستحق في تضمين نقصان السعر في الأسواق بأن المتعدى على حق غيره وقت زيادة السعر كان الواجب عليه رد الحق لصاحبه بصفاته ومن بين هذه الصفات ارتفاع قيمته فإذا نقصت قيمته بعد ذلك لم يسقط عنه رد ما لزمه رده (٢)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أحقية المالك المستحق في تضمين المتعدى على حقه نقصان السعر في الأسواق؛ لأن هذا التضمين أنفع للمالك وهو أولى بالرعاية؛ لأنه مظلوم، وفيه ضرر بالمتعدى على حق غيره وهو يستحقه؛ لأنه ظالم

كما أن المتعدى على حق غيره قد فوت على المالك فرصة كسبه إذ من الجائز لو كان الحق في يد مالكة وقت ارتفاع سعره لتصرف فيه، ولكنه حرمه من ذلك، فيكون ملزماً بما حرمه إياه

(١) انظر : مراجع القائلين بضمان نقص السعر في الأسواق

(٢) المحلى ٥٧٣/٨ مسألة ١٢٥٩ .

موقف القانون

نصت المادة (٩٨٤) من القانون المدني على ما يأتي :

" إذا كان الحائز سيئ النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك، أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه "

فوفقاً لهذا النص يكون الغاصب مسؤولاً عن هلاك المغصوب كلاً أو بعضاً أو تلفه كله أو في جزء منه حتى لو كان الهلاك أو التلف لا يد له فيه لسوء نيته بتعديسه على حق غيره

غير أن الحائز سيئ النية يستطيع أن يتحلل من التزامه بالتعويض إذا أثبت أن الهلاك أو التلف الذي حدث بالشيء المستحق قد حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه وأنه كان لا بد حادثاً حتى لو كان الشيء المستحق في حيازة مالكة كما لو استطاع أن يثبت أن الحريق الذي أتى على الشيء المستحق وهو في حيازته كان لا بد وأن يأتي عليه لو كان في حيازة مالكة لشمول الحريق لبيت كل منهما

هذا بالنسبة للغاصب أو الحائز سيئ النية أما بالنسبة لمتلقى الحق المحوز بسوء نية كالمشترى فإنه إن كان يعلم بالتعدي فإنه يكون كالمغاصب في الحكم وإن كان لا يعلم بالتعدي فإنه يكون حسن النية، وحسن النية لا يضمن الهلاك أو التلف

وفي هذه الحالة فلا سبيل أمام المالك المستحق سوى الرجوع على البائع الذي تعدى على حقه بقيمة الشيء المستحق وقت الهلاك أو الاحتفاظ به ولو كان تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب هذا التلف (١)

(١) د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٤/٤٩٩ ، ٥٠٠

د / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ٩/٩٧٨ ، ٩٨٠ ف ٣٦١ ، ٣٦٢

م / أنور طلحة - الوسيط في القانون المدني - ٣/٦٤١ ، ٦٤٢ .

المقارنة

بمقارنة أحكام القانون المدنى المصرى بشأن حق المالك المستحق فى نقصان الشىء المستحق عندحائزه يتبين الآتى :

أولاً : لم يتناول القانون المدنى نقصان السعر فى الأسواق كسبب لرجوع المالك المستحق بالتعويض على الحائز لحقه دون سبب مشروع وفى ذلك دلالة على أن القانون المدنى يوافق ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من عدم أحقية المالك المستحق فى الرجوع بالضمان على حائز الحق بسبب نقصان سعره فى الأسواق

ثانياً : أعطى القانون المدنى للمالك الحق فى ترك جميع العين المعيبة وأخذ بدلها وهو بذلك يقترب مما ذهب إليه المالكية من أن العيب الذى لحق بالعين المستحقة إذا كان من شأنه أن يُفيت المقصود منها فإن المالك يكون له أن يتركها جميعها ويأخذ بدلها

ثالثاً : أعطى القانون المدنى للحائز سبب النية الحق فى التحلل من التزامه بالضمان عن كل العين المستحقة، أو بعضها إذا استطاع أن يثبت أن الشىء المراد استحقاقه كان لابد أن يهلك، أو يتلف لو كان باقياً فى يد من يستحقه وهو ما لم يقل به واحد من علماء الفقه الإسلامى

المطلب الرابع

أثر التقادم على حق المستحق في الرد

إذا وضع شخص يده على مال غيره بنحو غصب، أو سرقة وغيرهما من الأساليب غير المشروعة ثم باعه، أو وهبه، أو أودعه وبعد مرور فترة من الزمن ظهر مُستحق لهذا المال يطالب باسترداده، فما مدى تأثير تقادم الزمن على حق المستحق في الاسترداد؟

للإجابة عن ذلك يجب التفريق بين تقادم الحق وهو سقوط الحق بعد فترة معينة من الزمن بحيث لا يعود لصاحبه إلا بملك جديد وتقادم الدعوى وهو مجرد سقوط الدعوى بعد مرور فترة من الزمن مع بقاء الحق لصاحبه

والفقه الإسلامي قاطبة لا يُقر تقادم الحق، فالحق في الفقه الإسلامي يظل لصاحبه مهما طال عليه من الزمن^(١) وأما تقادم الدعوى فلم يُقره من فقهاء المذاهب سوى المالكية^(٢) والمتأخرين من الحنفية^(٣)

(١) فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم " الحديث ذكره ابن عرفة الدسوقي في حاشيته ٢٣٧/٤ والخطاب في مواهب الجليل ٢٣٠/٦، والقرافي في الفروق ٧٤/٤ ط. دار المعرفة، دون أن يعزه واحد منهم إلى مصدره. وبالبحث عنه في كتب الحديث لم أهتمد إلى من ذكره.

(٢) مواهب الجليل ٢٢٣/٦، شرح الزرقاني ٢٢٤/٧، الشرح الكبير ٢٣٤/٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ ط. دار إحياء التراث.

(٢) المعقول

قالوا : إن العرف بعد مضي المدة المقررة لسقوط الدعوى يكذب مدعى الاستحقاق؛ لأن سكوته في تلك المدة دليل على صدق الحائز لجرى العادة على أن الإنسان لا يسكت عن ملكه تلك المدة (١)

(ج) شروط تقادم الدعوى عند المالكية

وضع المالكية شروطاً ستة لصحة تقادم الدعوى وهذه الشروط هي :

- (١) أن يتصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف المالك
- (٢) أن يكون المالك حاضراً وعالماً بالتعدى ولم يمنعه مانع من المطالبة بحقه فلو كان المالك غائباً فهو باقٍ على حقه، وكذا إن كان حاضراً ولكن منعه من المطالبة بحقه مانع كخوف ظلم الحائز، أو خوفه من أن يطالبه الحائز بالدين الذي عليه له إن هو طالبه بالتخلي عن الحيابة
- (٣) أن تمضي المدة المقررة لسقوط الدعوى وهي تختلف باختلاف المحوز على نحو ما بينته سلفاً
- فإن نازع المالك في خلال هذه المدة فهو باقٍ على حقه
- (٤) أن تكون الحيابة خالية من اللبس، فلو كان الحائز شريكاً فلا عبرة بحيابته؛ لأنها حيابة يُعزر بها المالك
- (٥) ألا يكون المحوز وقفاً (٢)
- (٦) ألا تكون الحيابة بين الوالد وولده (٣)

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٣٤/٤

(٢) مواهب الجليل ٢١٠/٦ . شرح الزرقاني ٢٢٤/٧ . حاشية الرهونسي ٥١٠/٧ . ٥١١ ، البيان والتحصيل ٢٧٠/١٠ ، ٢٧١ ط . دار الغرب الإسلامي

(٣) انظر إضافة هذا الشرط : تبصرة الحكام مع فتاوى الشيخ عليش ٩٨/٢

ثانياً : أحكام تقادم الدعوى عند متأخرى الحنفية

حدد المتأخرون من الحنفية مدة تقادم الدعوى بخمس عشرة سنة بناءً على أمر السلطان

قال صاحب الدر المختار : " القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصوصية حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعتها لم ينفذ " (١)

ومعنى ذلك أن عدم السماع بعد الخمس عشرة سنة موقوف على أمر السلطان فإن أمر بسماعها بعد هذه المدة فإنها تسمع

وسبب النهى عن سماع الدعوى بعد انقضاء مدتها هو أن ترك الدعوى مدة معينة مع التمكن من رفعها دون مانع من نحو خوف أو قرابة يدل على عدم الحق ظاهراً وأيضاً فإن عدم سماع الدعوى بعد انقضاء مدتها من شأنه أن يقطع الحيل والتزوير الذى قد يلجأ إليه ضعاف النفوس

وتقادم الدعوى لا يُنافى أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان؛ وذلك لأن عدم سماع الدعوى بعد انقضاء مدتها إنما هو عند إنكار الخصم، فلو اعترف الخصم بها، فإنها تسمع ولو بعد انقضاء مدة سقوطها

وقد استثنى متأخروا الحنفية بعض الدعوى لا يُتقيد فيها بالخمس عشرة سنة وهى الدعوى الخاصة بمال اليتيم، والوقف، والغائب

فأما استثناء مال اليتيم فهو مقيد بما إذا لم يتركها بعد بلوغه مدة خمس عشرة سنة، وبما إذا لم يكن له ولى

وأما الغائب والوقف فلم يُبينوا له مدة فتسمع ولو بعد خمسين سنة (٢)

(١) الدر المختار مع حاشية بن عابدين للحصكفى ٣٤٢/٤

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٣٤٢/٤ وما بعدها ط . دار إحياء التراث

وانظر أيضاً : أستاذنا الدكتور / حامد أبو طالب - نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم - رسالته

للدكتوراه ص ٢٨٦ ط ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م.

موقف القانون

بنى القانون المدنى أحكامه فى هذا الشأن على التفريق بين الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية مع ملاحظة أن التقادم فى القانون المدنى هو تقادم للحق وليس تقادماً للدعوى كما يرى بعض علماء الفقه الإسلامى وفيما يلى بيان لمدى تأثير التقادم على حق المستحق فى الرد فى القانون المدنى المصرى

أولاً : حق المستحق فى مواجهة الحائز سبب النية :

إذا كان حائز حق الغير سواء كان هو المتعدى، أو من تعاقد معه عليه سبب النية يعلم بالتعدى على حق الغير فإن القانون قد أعطى المالك المستحق حق الرجوع على الحائز شريطة أن يكون ذلك قبل انتهاء مدة التقادم وهى خمس عشرة سنة من تاريخ علم المستحق بالتعدى على حقه ويستوى فى ذلك أن يكون التعدى على عقار أو على منقول فإذا انقضت هذه المدة دون مطالبة صاحب الحق بحقه تملك الحائز سبب النية ما هو كائن تحت حيازته من عقار أو منقول، وعلى هذا نصت المادة (٩٦٨) مدنى بقولها :

" من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة "

وقد اشترط القانون لصلاحية هذه الحيازة أن تكون حيازة مستمرة، وظاهرة، وهادئة، وواضحة

فبالاستمرار **يعنى** : أن يكون الحائز قد استعمل الحيازة فى كل وقت يجب استعمالها فيه حتى انتهاء مدة التقادم

والهدوء يعنى : عدم الإكراه فإذا كانت الحيازة مشوبة بالإكراه من جانب الحائز كاستعمال القوة أو التهديد بها فإنها لا تكون حيازة منتجة لآثارها القانونية وبالتالي يحتفظ المالك المستحق بحق الرجوع على الحائز ولو بعد انتهاء المدة المقررة للتقادم

ويعنى الظهور : العلانية وعدم الخفاء شأن كل صاحب حق فى استعمال حقه وتعتبر الحيازة مشوبة بعيب الخفاء إذا كانت مباشرة الحائز لها خافية على ذى المصلحة فى العلم بها

أما الوضوح فيعنى : عدم الغموض أو اللبس وتكون الحيازة مشوبة بالغموض، أو اللبس إذا أحاطت بها ظروف تنير الشك فى قصد الحائز، وذلك كحيازة أحد الشركاء فى الشيوع للعين الشائعة فإن هذه الحيازة لا تنتج أى أثر قانونى لقيام الشك فى قصد الحائز هل يحوز لنفسه أو لغيره ؟

وبالتالى يكون من حق المستحق - الشريك الآخر فى الشيوع - أن يسترد حقه من الحائز حتى لو انتهت مدة التقادم^(١)

ثانياً : حق المستحق فى مواجهة الحائز حسن النية

إذا كان الحائز لحق غيره حسن النية لا يعلم بهذا التعدى فإما أن يكون حق الغير عقاراً، أو منقولاً

(١) د / عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٥٢٨ وما بعدها ط . ١٩٥٦
د / محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٨٢ وما بعدها ط . دار النهضة - د /
محمد جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٥٢٤ وما بعدها - ط . ١٩٧٨ .

فإن كان عقاراً كان من حق المستحق استرداده من تحت يد الحائز ما لم تمضى خمس سنوات من تاريخ الحيازة المستندة إلى سبب صحيح وعلى هذا نصت المادة (٩٦٩) مدنى بقولها :

(١) " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات (١)

(٢) ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق

(٣) والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشئء أو صاحباً للحق الذى يُراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون " (٢)

ومفاد ذلك : إذا مضت خمس سنوات على حيازة العقار بحسن نية وسبب صحيح فإن حق المستحق يسقط بالتقادم

أما إذا كان حق الغير منقولاً فالأصل أن الحائز حسن النية يتملكه بمجرد الحيازة وعلى هذا نصت المادة (٩٧٦) مدنى بقولها : " من حاز بسبب صحيح منقولاً ، أو

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن تملك العقار بالتقادم الخمسى شرطه، وضع اليد

مدة خمس سنوات متتالية مع حسن نية ، وسبب صحيح

نقض مدنى فى ١٩٩١/٤/٤ ، الطعن رقم ١١٦٥ ، لسنة ٥٥ ق ، قاعدة ١٤٠ - السنة الثانية والأربعون - ٨٧٥/١

ونقض مدنى فى ١٩٩٤/٣/٣١ ، الطعن رقم ٣٠٨ ، لسنة ٥٩ ق ، قاعدة ١١٩ - السنة الخامسة والأربعون - ٦١٢/١

(٢) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن ذلك موداه أن عقد البيع غير المسجل لا يصلح سبباً صحيحاً للتمليك بالتقادم الخمسى .

نقض مدنى فى ١٩٩٤/١١/٢٠ ، الطعن رقم ٢٦٣٥ لسنة ٦٠ ق ، قاعدة ٢٧٠ ، - السنة الخامسة والأربعون - ١٤٢٨/٢ .

حقاً عينياً على منقول، أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته "

فإذا سلم المالك المنقول إلى مستأجر، أو مستعير، أو مودع لديه وقام أحد هؤلاء بالتصرف في الحق فإن المالك المستحق لا يحق له أن يرجع على المتصرف إليه؛ لأنه ملك المنقول بالحيازة وإنما يرجع على المتصرف بالتعويض إلا أن المشرع الوضعي قد أورد استثناءً على هذا الأصل

مفاده : أن من سرق أو ضاع منه منقولا، أو سندا لحامله يكون له الحق في أن يسترده من حائزه خلال ثلاث سنوات من الضياع، أو السرقة حتى لو كان الحائز حسن النية لا يعلم بأن ما حازه مسروقا، أو ضائعا مادة (٩٧٧) مدني وحكمة هذا الاستثناء : أن المالك المستحق في حالة السرقة، أو الضياع لم يشارك في إيجاد المظهر المادي الذي خدع الحائز فجعله يعتقد أن المتصرف هو المالك

وقد تضمنت هذا الاستثناء من قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز إذا كان حسن النية المادة (٩٧٧) مدني سألها الذكر بقولها :

(١) " يجوز لمالك المنقول، أو السند لحامله إذا فقده، أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع، أو السرقة

(٢) فإذا كان من يوجد الشيء المسروق، أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق، أو مزاد علني، أو اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه "

ويستفاد من هذا النص أنه يجب كي يسترد المالك منقوله المسروق، أو الضائع من

حائزه المستند فى حيازته إلى سبب صحيح وحسن نية توافر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون المنقول مسروقاً، أو ضائعاً

ويراد بالسرقة فى هذا المقام معناها الحقيقى الذى ينص عليه قانون العقوبات وهى اختلاس منقول مملوك للغير مادة (٣١١) عقوبات فلا يدخل فى نطاق السرقة خيانة الأمانة أو النصب، لعدم توافر حكم الاستثناء فيهما وهو خروج المنقول من يد المالك بدون اختياره وخيانة الأمانة تفترض أن المالك سلم المنقول باختياره إلى شخص على سبيل الإجارة، أو العارية، أو الوديعة أو الرهن فخان هذا الشخص الأمانة وتصرف فى المنقول إلى حائز حسن النية لا يعلم بهذه الخيانة أما النصب فعلى الرغم من أنه يفرض أن المالك قد سلم المنقول تحت تأثير الاحتيال، أو التضليل إلا أن هذا التسليم ينطوى على معنى الاختيار ويراد بالضياح فقد المنقول دون قصد ، سواء كان نتيجة قوة قاهرة، كحرب أو فيضان ، أو راجعاً إلى الإهمال من جانب المالك ويقع على المالك المسترد عبء إثبات السرقة أو الضياح، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات؛ لأنه ينصب على وقائع مادية (١)

الشرط الثانى : أن ترفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات

يجب أيضاً لجواز استرداد المالك منقوله ممن يحوزه بحسن نية وسبب صحيح أن ترفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياح وليست هذه المدة مدة تقادم مكسب؛ لأن هذه المدة تبدأ من وقت السرقة أو الضياح، لا من وقت الحيازة

(١) د / عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية ص ٧٠٤، د/ محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٧١ وما بعدها، د / محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٩٨ ط ١٩٧٩، د / محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٥٨١ .

كما أن هذه المدة ليست مدة تقادم مسقط؛ لأنها مؤسسة على إهمال المالك فى المطالبة بحقه خلال هذه المدة فقد لا يعرف المالك طوال هذه المدة الحائز الذى استقر المنقول فى يده

وإنما هى ميعاد سقوط؛ لأنها مدة روعى فى تحديدها العودة إلى إجراء حكم قاعده الحيازة فى المنقول بأسرع ما يمكن إذ إن جواز الاسترداد من الحائز حسن النية من شأنه أن يخل بما ينبغى أن يتوافر فى هذا التعامل من أمن واستقرار فإذا توافر الشرطان كان من حق المالك أن يسترد منقوله من حائزه الذى تلقاه بحسن نية وسبب صحيح

ويكون من حق الحائز إذا كان مشترياً للمنقول أن يرجع على البائع بضمن الاستحقاق

كما يجوز للحائز إذا كان قد اشترى الشيء المسروق أو الضائع وهو حسن النية من سوق، أو مزاد علنى، أو ممن يتجر فى مثله أن يطلب من المالك المسترد أن يدفع له الثمن الذى دفعه، ويكون له أن يحبس المنقول تحت يده حتى يسترد هذا الثمن فإذا استطاع أن يثبت ذلك دفع المالك المسترد الثمن إلى المشتري ورجع به على السارق بناءً على قواعد المسؤولية التقصيرية

هذا ويلاحظ أن الحائز إذا كان سيئ النية فإنه لن يكسب المنقول إلا بالتقادم الطويل - خمس عشرة سنة - ويكون لمالك المنقول الحق فى استرداده مادام أن حائزه لم يكسب ملكيته بالتقادم الطويل (١)

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال - ص ٤٧٨ ف ٤٧٩، د/ عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية - ص ٧٠٤ وما بعدها، د/ محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٧١ - ١٧٣ ف ١٧٣، د / محمد محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٥٨١، ٥٨٢ ف ٣١٤، د / محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٩٨ - ٢٠٠ ط ١٩٧٩ .

المقارنة

بالمقارنة بين القانون المدنى المصرى والفقہ الإسلامى بشأن أثر التقادم الحيازى على حق المستحق فى الرد تبين لى ما يأتى :

أولاً : أن الفقہ الإسلامى لا يقر تقادم الحق، فالحق فى الإسلام يظل لصاحبه مهما طال عليه من الزمن، والتقادم الذى قال به المالكية والمتأخرون من الحنفية هو تقادم للدعوى وليس تقادماً للحق

وهذا على خلاف التقادم فى القانون المدنى المصرى فهو تقادم للحق وليس تقادماً للدعوى

فالقانون يملك العقار بالتقادم حتى لو كان الحائز سيئ النية يعلم بالتعدى على حق الغير، ويملك المنقول لحائزه فى الحال إذا كان حسن النية، وبالتقادم الطويل - خمس عشرة سنة - إذا كان سيئ النية

وقد يقال : ما الفارق بين تقادم الدعوى وتقادم الحق مادام أن صاحب الحق لا يستطيع أن يرفع دعواه بعد سقوطها

أقول : الفارق بينهما أن الخصم لو اعترف بالحق، أو قامت البيينة ضده وكنا بصدد تقادم للدعوى فإن الدعوى يتجدد سماعها فينتزع الحق من الخصم ولا يقبل منه الدافع بسقوط الدعوى

وهذا بخلاف ما لو كنا بصدد تقادم للحق فإن الدعوى لا يتجدد سماعها لسقوط سببها بالتقادم

ثانياً : فى الفقہ الإسلامى يُعتبر الحائز لحق غيره سيئ النية من الوقت الذى يعلم فيه بالتعدى على حق الغير حتى لو كان حسن النية وقت تلقى الحق

بخلاف القانون المدني فهو لا يعتبر الحائز لحق غير سيئ النية إلا إذا كان يعلم بالتعدى على حق الغير وقت تلقيه للحق فإذا كان لا يعلم بالتعدى وقت تلقي الحق كان حسن النية حتى لو علم بالتعدى بعد ذلك مادة (٢/٩٦٩) من القانون المدني

ثالثاً : فى الفقه الإسلامى لا يُلزم المتعدى بدفع شىء آخر لصاحب الحق فوق قيمة حقه

بخلاف القانون المدني فإن المتعدى على حق غيره إذا كان سيئ النية فهو مُلزم بدفع تعويض لصاحب الحق ويكون هذا التعويض مقترناً بفائدة ربوية إذا تأخر عن موعد استحقاقه وهو ما لا تقرره الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني

حق المستحق فى عقد الإجارة

إذا تعدى شخص على مال غيره ثم قام بتأجيريه، فما هو الحق المكفول للمالك فى هذا التأجير باعتباره غيرا فيه ؟
لعلماء الفقه الإسلامى فى ذلك أقوال ثلاثة :

القول الأول

من حق المالك المستحق الرجوع بأجر مثل منفعة العين المؤجرة على المؤجر المتعدى، أو المستأجر منه ويستقر الضمان على المستأجر؛ لأنه هو الذى استوفى المنافع وإلى هذا ذهب المالكية،^(١) الشافعية،^(٢) والحنابلة،^(٣) والإمامية^(٤)

القول الثانى

ليس للمالك المستحق حق الرجوع بأجر المنفعة على المؤجر المتعدى، أو المستأجر منه وإلى هذا ذهب الحنفية^(٥) إلا أن المتأخرين منهم استثنوا مواضع ثلاثة من خلالها يكون للمالك المستحق حق الرجوع بهذه المنافع وهذه المواضع هى :

(١) مواهب الجليل ٢٨٣/٥

(٢) روضة الطالبين ٦٥/٥

(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٤١٣/٥ ، الكافى ٤٠٨/٢

(٤) مفتاح الكرامة ١٦٠/٦ ، فقه الإمام جعفر ٥٠/٣

(٥) المبسوط ٧٧/١١ . بدائع الصنائع ١٦٠/٦

(١) إذا كانت العين المغصوبة ليّتم

(٢) إذا كانت العين المغصوبة وقفاً

(٣) إذا كانت العين المغصوبة مالاً معداً للاستغلال

ففي هذه الحالات الثلاث تكون منفعة العين مضمونة عند المتأخرين من الحنفية على سبيل الاستحسان رعاية لمصلحة اليتيم، وتحقيقاً لثمره المال الموقوف والمعد للاستغلال (١)

وقول الحنفية هذا مبني كما ذكرت في الباب التمهيدى على عدم ضمان المنافع إلا في هذه الحالات الثلاث فقط (٢)

الأدلة

أولاً : استدلال القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من حق المالك في تضمين الغاصب أو المستأجر منه من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً أن النبي ﷺ قال :

« على اليد ما أخذت حتى تؤدى » (٣)

(١) مجمع الأنهر ٤٧٦/٢، اللباب في شرح الكتاب ١٩٥/٢

(٢) انظر ص ٣٨ من الرسالة

(٣) انظر الحديث بلفظه : سنن الترمذى ٥٥٧/٣ حديث رقم ١٢٦٦، وقال : حديث حسن صحيح

سنن أبي داود ٢٩٦/٣ حديث رقم ٣٥٦١، سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ حديث رقم ٢٤٠٠

انظر الحديث : فقه الإمام جعفر الصادق ٥٠/٣

وجه الدلالة

أن النبي ﷺ قد أوجب على كل يد أخذة بغير حق أن تؤدى ما أخذته، سواء كان المأخوذ عيناً، أو منفعة، ومن ثم فإن الغاصب أو من ترتبت يده على المغصوب يقع عليه ضمان المنافع كما يقع عليه ضمان الأعيان

(ب) المعقول

أن الغاصب يضمن بسبب غصبه، والمستأجر منه يضمن؛ لأنه دخل فى العقد على أنه يضمن المنافع، ولكن يستقر الضمان على المستأجر علم بالغصب أم جهل؛ لأنه هو الذى استوفى المنافع (١)

ثانياً : استدلال القول الثانى

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم ضمان المنافع على الغصب أو من تعاقد معه من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ :

﴿ الخراج بالضمان ﴾ (٢)

وجه الدلالة

أفاد الحديث أن خراج الشيء يكون فى مقابل ضمانه، والمغصوب فى ضمان الغاصب؛ فكانت الأجرة له، ولكنه يؤمر بأن يتصدق بها؛ لأنها منفعة حصلت له من كسب خبيث (٣)

(١) الكافى ٤٠٨/٢

(٢) سنن أبى داود واللفظ له ٢٨٤/٣ حديث رقم ٣٥٠٨، مسند الإمام أحمد ٤٩/٦، المستدرک للحاكم ١٥/٢ - كتاب البيوع - بلفظ " الغلة بالضمان " وقال : حديث صحيح الإسناد

(٣) انظر الاستدلال بهذا الحديث المبسوط ٧٧/١١

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه استدلال فى غير موضعه؛ لأن الحديث خاص بالضمان المتولد عن سبب مشروع، ويدل على ذلك مورد الحديث، وهو أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً، فرده، فقال: يا رسول الله قد استغل غلامى فقال رسول الله ﷺ: ﴿ الخراج بالضمان ﴾ (١)

أى لو هلك العبد فى يد المشتري تحمل المشتري تبعه هلاكه؛ فيكون له خراجه فى مقابل تحمل ضمانه

وهذا بخلاف الضمان الناتج عن سبب غير مشروع كالغصب، فإنه لا يكون سبباً لأخذ الخراج؛ لأنه متولد عن قهر لا عن رغبة، حتى يكون سبباً للفوز بالخراج (٢)

(ب) المحقول

أن المنافع أعراض لا تبقى، ومن ثم فهى لا تقوم إلا بمرور العقد عليها فإذا أجزها الغاصب، يكون هو الذى جعلها مالا بالعقد عليها، فتكون الأجرة له؛ لأنها حصلت فى إمكانه وتصرفه وقدرته وكسبه

ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فإن غضبها لا يتحقق، لعدم بقائها ولو سلمنا تحقق غضبها فإن شرط الضمان المماثلة، والمنافع لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها، بخلاف الأعيان (٣)

(١) سنن ابن ماجة ٧٥٤/٢ حديث رقم ٢٢٤٣ - كتاب التجارات، السنن الكبرى للبيهقى ٣٢٢/٥ -

كتاب البيوع

(٢) انظر: فقه الإمام جعفر ٥٠/٣

(٣) المبسوط ٧٧/١١، الهداية شرح بداية المبتدى ٢٠/٤ بدائع الصنائع ١٦٠/٧ العناية مع تكملة فتح

القدير ٣٥٤/٩

فإن قيل : منافع المغصوب مضمونة عند الحنفية إذا كانت مالاً لئيم، أو وقفاً، أو
معدة للاستغلال مع أن التعليل الذي ذكرتموه جار فيه
قلنا : العلل على وجه القياس، والقول بضمان المنافع فيما ذكر مبنى على
الاستحسان (١)

ويناقد ذلك بأن القول بعدم ضمان المنافع ليس عليه دليل قوى من أدلة الشرع بل
إن العرف قائم على العكس فالعرف يعتبر المنافع هي المقصودة من الأعيان فإن
أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها (٢)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه المالكية، والشافعية، ومن وافقهم من أحقية المالك
المستحق في الرجوع على المؤجر، أو المستأجر بضمان منافع ملكه؛ لأن القول
بعدم الرجوع من شأنه أن يقوى أهل الظلم فالمعتدى على حق غيره يعقد الإجارة
على هذا الحق وهو مطمئن على أن ما يحصل عليه من مال من وراء هذا التأجير
لا يلتزم بضمانه، ولعل هذا الأمر كان هو الدافع لمتأخرى الحنفية أن يقولوا
بضمان المنافع إذا كان المغصوب وقفاً، أو مالاً لئيم، أو معداً للاستغلال، وذلك
لما لا حظوة من ضياع الحق الذي يؤدي إليه القول بعدم الضمان المنافع الذي قال
به متقدموا الحنفية

(١) تكملة البحر الرائق ١٤٠/٨ .

(٢) انظر : الخلاف بين الحنفية والجمهور في مالية المنافع ص ٣٧ من الرسالة .

موقف القانون

يطلق القانون المدنى على النتاج الذى يخرج من الشىء بطريق الاستغلال وصف " الثمار المدنية " وهى عبارة عن إيرادات تنتج من الشىء عن طريق استغلاله مثل أجره الأرض والدور والسيارة والقانونى المدنى كعادته فرق بين الحائز لهذه الثمار وهو حسن النية أى لا يعلم بالتعدى على حق الغير فهذا الحائز يملكه الثمار .

وعلى هذا نصت المادة (١/٩٧٨) بقولها :

" يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية "

أما إذا كان الحائز لهذه الثمار سيئ النية أى يعلم بالتعدى على حق الغير وقت قبضه لهذه الثمار فإنه يُعامله بنقبض مقصوده فيسأله من وقت سوء نيته عن جميع الثمار التى قبضها والتى قصر فى قبضها غير أنه أعطاه الحق فى أن يسترد ما أنفقه فى نتاج هذه الثمار مادة (٩٧٩) مدنى

ومفاد ذلك : أن المؤجر لمال الغير إذا كان سيئ النية يعلم بعدم أحقيته فى هذا التأجير فإنه يكون غاصباً ويكون للمالك فى مواجهته حق المطالبة بقيمة المنفعة التى حصل عليها من تأجير العين (١)

بالإضافة إلى ذلك يكون من حق المالك المستحق أن يخرج المستأجر من العين المؤجرة على اعتبار أن المستأجر قد وضع يده عليها دون سند قانونى

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المؤجر للعين المؤجرة بغير إذن مالكيها يكون غاصباً لهذه العين ما لم يجز الإجارة صاحب الحق فى التأجير .
نقض مدنى فى ٢٧/٢/١٩٨٤م ، الطعن رقم ١١٧١ ، لسنة ٥١ ق ، القاعدة ٤٢٨ - مجموعة أحكام النقض المدنى - المكتب الفنى - السنة الخامسة والثلاثون ٢/٢٢٦٣ .

كما يكون من حق المالك المستحق أن يتجاهل المستأجر ويقوم بتأجير العين إلى مستأجر آخر ويُفضّل هذا المستأجر عن المستأجر من غير المالك دونما نظر إلى تاريخ العقدين أو أسبقية الانتفاع؛ وذلك لأن هذه الأمور تراعى إذا كان السندان صادرين عن المالك الحقيقي، لا عن مالك وغير مالك^(١)

وبهذا يكون القانون المدني قد وافق ما ذهب إليه المالكية، والشافعية ومن وافقهم في إعطاء الحق للمالك المستحق في الرجوع على المؤجر بقيمة المنفعة التي حصل عليها من تأجيره للعين المستحقة وإن كانا يختلفان كما ذكرت آنفاً في أن القانون يضيف فائدة تأخيرية، والفقهاء الإسلامي لا يقر ذلك .

(١) د / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ٩١/٦ ف ٥٤

د / عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار ص ٩٤

د / عبد المنعم فرج الصدة - عقد الإيجار - ص ٧٧ ف ٥٤

د / خميس حضر - العقود المدنية الكبير - ص ٦٦٧

د / محمد علي عمران - شرح عقد الإيجار - ص ٥٢

د / سمير عبد السيد تناغو - عقد الإيجار - ص ٥١ .

الباب الثانى

الحقوق العينية الناقصة

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول : حق المؤجر فى تعاقد المستأجر على المنفعة

الفصل الثانى : حق المستأجر فى تعاقد المؤجر على العين
المؤجرة

الفصل الثالث : حق المعير فى تعاقد المستعير على العارية

الفصل الرابع : حق المرتهن فى تعاقد الراهن على المرهون

الفصل الأول

حق المؤجر فى تعاقد المستأجر على المنفعة

تقديم

عقد الإجارة - كما سبق بيانه - هو عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم " (١)

فالمستأجر بمقتضى عقد الإجارة يملك منفعة العين المؤجرة فى المدة المتفق عليها وقد كان مقتضى ملكية المستأجر للمنفعة أن يكون لهذا المستأجر حق التصرف فيها بالإعارة، أو الإجارة إلا أن الأمر لم يسلم من الخلاف فمن الفقهاء من حظر على المستأجر التعاقد على المنفعة رعاية لحق المؤجر على العين

ومن الفقهاء من أجاز له التعاقد وقيد هذه الإجازة بضابط يجب على المستأجر الالتزام به رعاية لحق الغير - المؤجر -

ولما كان أهم تصرف يصدر من المستأجر على العين المؤجرة هو التأجير من الباطن فإننى سأخصص هذا الفصل لبيان حق المؤجر فى هذا التأجير، وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : حق المؤجر فى تأجير المستأجر للعين المؤجرة

المبحث الثانى : ضوابط تأجير المستأجر للعين المؤجرة

المبحث الثالث : موقف القانون

(١) انظر : التعريف بعقد الإجارة ص ٨٥

المبحث الأول

حق المؤجر في تأجير المستأجر للعين المؤجرة

الأصل أن من ملك شيئاً ملك تبعاً له حق التصرف فيه، والمستأجر بمقتضى عقد الإجارة يملك منفعة العين المؤجرة، فكان له حق التصرف فيها بتأجيرها من الباطن

ولكن لما كانت ملكية المستأجر لمنفعة العين المؤجرة مرتبطة بملك المؤجر للعين، فقد وقع الخلاف بين علماء الفقه الإسلامى حول مدى أحقية المؤجر فى منع المستأجر من التأجير من الباطن

وخلاف الفقهاء فى ذلك ينحصر فى أقوال ثلاثة :

القول الأول

من حق المستأجر تأجير العين المؤجرة

وعليه فلا حق للمؤجر باعتباره من الغير أن يمنعه من ذلك

وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وابن حزم الظاهرى^(٤)، وهو الرواية المعتمدة عند الحنابلة^(٥)

القول الثانى

لا يحق للمستأجر تأجير العين المؤجرة

وعليه يكون من حق المؤجر أن يمنعه من ذلك

وإلى هذا ذهب الحنابلة فى رواية ذكرها القاضى^(٦)

(١) الفتاوى الهندية ٤/٤٢٥، حاشية الشلبى على تبين الحقائق ٥/١٢١ - باب الإجارة الفاسدة

(٢) مواهب الجليل ٥/٤١٧، شرح الخرشي ٧/٩

(٣) المهذب ١/٤٠٣ كتاب الإجارة، مغنى المحتاج ٢/٣٥٠

(٤) المحلى ٩/٢٨ مسألة ١٣١٤

(٥) الإنصاف ٦/٣٤، المبدع فى شرح المقنع ٥/٨٠

(٦) الإنصاف ٦/٣٤

القول الثالث

يتوقف تأجير المستأجر للعين المؤجرة على إذن المؤجر
وهو رواية ثالثة عند الحنابلة (١)

الأدلة

أولاً : استدلت الجمهور على ما ذهبوا إليه من المعقول بدليلين :

الدليل الأول

أن المستأجر ملك المنفعة بالعقد، فله أن يملكها لغيره، كسائر أملاكه (٢)

الدليل الثاني

قياس الإجارة على البيع، بجامع المعاوضة في كل

والبيع يجوز بعد القبض ولا يحق للبائع أن يمنع المشتري منه، فكذا

المؤجر لا يحق له أن يمنع المستأجر من تأجير المنفعة؛ لعدم الفارق (٣)

ثانياً : استدلت الحنابلة على رواية المنع بما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه

عن جده أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع،

ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك ﴾ (٤)

(١) الإنصاف ٣٤/٦

(٢) مواهب الجليل ٤١٧/٥، كشاف القناع ١٥/٤ ط . دار الفكر، المبدع في شرح المقنع ٨٠/٥٠

(٣) المهذب ٤٣٠/١

(٤) اللفظ للترمذى، وقال : حديث حسن صحيح

انظر : سنن الترمذى - كتاب البيوع - باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك وبيع ما لا

تملك - ٥٢٦/٣، ٥٢٧، حديث رقم ١٢٣٤

وانظر أيضاً : سنن أبي داود - كتاب البيوع - باب في الرجل يبيع ما ليس عنده - ٢٨٣/٣

حديث رقم ٣٥٠٤، السنن الكبرى للبيهقي - كتاب البيوع - ٣٤٠/٥

وجه الدلالة

أن الرسول ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، والمنافع لم تدخل في ضمان المستأجر بالقبض حتى يكون له ربحها بالتصرف في منافعها (١)

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن القول بعدم ضمان المنافع لعدم إمكان قبضها غير مسلم؛ لأن قبض العين يقوم مقام قبض المنافع (٢)

والعين تدخل في ضمان المستأجر بالقبض، فكذا منافعها

ثالثاً : لم يُورد الحنابلة دليلاً على رواية الوقف على إذن المؤجر (٣) ولعل سندهم على هذه الرواية أن المؤجر قد يكون له غرض فيمن يستوفي منافع ملكه فلذلك توقف التأجير من الباطن على إذنه فإن أذن فيه نفذ، وإن رده بطل ويمكن مناقشة ذلك بأن الوقف لحق الغير يفترض وجود حق لذلك الغير على الحق المتصرف فيه، ولا حق للمؤجر في المنفعة المعقود عليها إذ هي مملوكة ملكاً خالصاً للمستأجر

ولهذا كله فإننى أرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من إعطاء المستأجر الحق في تأجير العين المؤجرة من الباطن وبالتالي عدم أحقية المؤجر في منعه من ذلك

(١) انظر الاستدلال بهذا الحديث المعنى مع الشرح الكبير ٥٣/٦، المبدع في شرح المقنع ٨١/٥

(٢) المعنى مع الشرح الكبير ٥٣/٦

(٣) انظر : الإنصاف ٣٤/٦ .

المبحث الثاني

ضوابط تأجير المستأجر للعين المؤجرة

رعاية لحق الغير - المؤجر - وضع علماء الفقه الإسلامى القائلون بصحة تأجير المستأجر للعين المؤجرة ضوابط لهذا التأجير مفادها :

أن المستأجر إذا أراد التأجير من الباطن فإنه يكون ملتزماً بالمدة المحددة فى عقد الإجارة الأول، فلا يحق له أن يؤجرها مدة تزيد عن المدة المتفق عليها، كما يكون ملتزماً بتأجير العين لمن هو مثله فى الانتفاع أو دونه فلو استأجرها للركوب فلا يحق له أن يؤجرها للحمل

وأيضاً يجب أن يسلمها لمن يثق فى أمانته فلو كان المستأجر الثانى غير أمين لم يصح، وكان من حق المؤجر أن يمنعه من ذلك (١)

ولكن هل يكون المستأجر ملتزماً بعدم التأجير بزيادة فى الأجرة تزيد عما استأجر به، أو أن ذلك ليس بشرط ؟

اختلف الفقهاء القائلون بصحة تأجير المستأجر للعين المؤجرة فى ذلك على أقوال ثلاثة :

القول الأول

للمستأجر أن يؤجر العين بأكثر من الأجرة المنفق عليها، ولا حق للمؤجر

فى منعه من ذلك

(١) انظر : الفقه الحنفى : مجمع الأنهر ٢/٣٧٧، ٣٧٨، حاشية الشلبى على تبين الحقائق ١٢١/٥

والفقه المالكى : مواهب الجليل ٥/٤١٧، شرح الخرشي ٧/٩

والفقه الشافعى : المهذب ١/٤٠٣، مغنى المحتاج ٢/٣٥٠

والفقه الحنبلى : كشف القناع ٤/١٥ ط . دار الفكر، المبدع فى شرح المقنع ٥/٨٠

وإلى هذا ذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وابن حزم الظاهري^(٣)، وهو رواية معتمدة عند الحنابلة^(٤)

القول الثاني

لا يحق للمستأجر تأجير العين بأكثر مما استأجرها به ما لم يتوافق أحد أمرين :

أن تكون الأجرة الثانية من غير جنس الأولى
أو أن يحدث المستأجر زيادة في العين تزيد من أجرتها
فإذا لم يتوافق الأمران أو أحدهما كان على المستأجر الالتزام بمثل ما استأجر به
وإلا وجب عليه التصديق بالزيادة
وإلى هذا ذهب الحنفية^(٥)، والحنابلة في رواية ثانية^(٦)

القول الثالث

إذا أذن المؤجر للمستأجر في التأجير بزيادة عن الأجرة المتفق عليها كان له ذلك وإلا كان من حق المؤجر أن يمنعه من ذلك
وإلى هذا ذهب الحنابلة في رواية ثالثة^(٧) والزيدية^(٨)

(١) مواهب الجليل ٤١٧/٥

(٢) المهذب ٤٠٣/١

(٣) المحلى ٢٨/٩ مسألة ١٣١٤

(٤) الإنصاف ٣٤/٦، المغنى مع الشرح الكبير ٥٣/٦

(٥) الفتاوى الهندية ٤٢٥/٤

(٦) الإنصاف ٣٤/٦

(٧) الإنصاف ٣٤/٦، المغنى مع الشرح الكبير ٥٥/٦

(٨) البحر الزخار ٣٦/٥

الأدلة

أولاً: استدلت أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم أحقية المؤجر فى منع المستأجر من التأجير بزيادة عن الأجرة المتفق عليها من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن النبي ﷺ أنه ﴿ أمر بالمؤاجرة ﴾ (١)

وجه الدلالة

أن أمره ﷺ بالمؤاجرة عام يشمل تأجير المستأجر بأكثر من الأجرة المتفق عليها، كما يشمل تأجيره بمثلها أو بالأقل منها

(ب) المعقول

أن المستأجر ملك منفعة العين المؤجرة بالعقد، فكان له حق التصرف فيها بزيادة، كسائر أملاكه (٢)

ثانياً : استدلت أصحاب القول الثانى على تقييد تأجير المستأجر بزيادة بكون الأجرة الثانية من غير جنس الأولى، أو إحداث زيادة فى العين تقابل الزيادة فى الأجرة، بأن المستأجر إذا أجر العين المؤجرة بزيادة دون أن يحدث ما يقابل هذه الزيادة فى العين يكون قد وقع فى الربا، فامتنع من أجل ذلك (٣)

(١) صحيح مسلم ١١٨٤/٣ رقم ١١٩ كتاب البيوع ط . دار الحديث

انظر : هذا الدليل المحلى ٢٨/٩ مسألة ١٣١٤

(٢) مواهب الجليل ٤١٧/٥ ، المهذب ٤٠٣/١ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٦/٥

(٣) الفتاوى الهندية ٤٢٥/٤

وقد نوقش هذا الاستدلال :

بأن المستأجر الثاني لا يعطى الأجرة للمستأجر الأول عوضاً عن الأجرة الأولى إنما يعطيها له عوضاً عن منفعة العين المؤجرة، فيكون كالمشترى الثاني فهو لا يعطى المشتري الأول الثمن في مقابل الثمن الأول، إنما يعطيه له في مقابل المبيع (٢)

ثالثاً : استدل أصحاب القول الثالث على اشتراط الإذن من المؤجر لصحة تأجير المستأجر للعين المؤجرة بزيادة عن الأجرة الأولى بأن المنافع ليست مضمونة بقبض العين فإذا أذن المستأجر المؤجر في التأجير فإنه يكون بمثابة الوكيل، بخلاف ما إذا لم يأذنه فإنه يدخل في ربح ما لم يضمن (٣)

وقد نوقش ذلك بأن المنافع تدخل في ضمان المستأجر تبعاً للعين من وقت القبض بدليل أنها لو فاتت دون استيفاء وجبت الأجرة عليها (٤)

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٥٥/٥ .

(٣) البحر الزخار ٣٦/٥ .

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٥٥/٥ .

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من المالكية ومن وافقهم وهو عدم أحقية المؤجر في منع المستأجر من التأجير من الباطن بأكثر من الأجرة المتفق عليها في العقد الأول؛ وذلك لأن المستأجر يملك المنفعة فكان له أن يملكها بزيادة كسائر أملاكه ما دام أن هذا التأجير في حدود المدة المقررة لعقد الإجارة ولمن هو مثل المستأجر في الانتفاع أو دونه

المبحث الثالث

موقف القانون

ميز القانون الوضعي بين نوعين من تصرف المستأجر في العين المؤجرة وهما النزول عن الإيجار، والتأجير من الباطن

ويعنى النزول عن الإيجار : أن ينقل المستأجر جميع الحقوق المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله

أما التأجير من الباطن فيعنى : قيام المستأجر بتأجير حقه في العين المؤجرة إلى شخص آخر يسمى مستأجراً من الباطن مع احتفاظ المستأجر بحقوقه المستمدة من الإجارة الأصلية

أما التأجير من الباطن فإنه لا يعدو أن يكون عقد إيجار صادر ممن لا يملك في العين المؤجرة إلا حقاً شخصياً يخوله الانتفاع بالعين مدة معينة^(١)

وقد تناولت المادة (٥٩٣) مدني والفقرة (ج) من المادة (١٨) من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م حكم تصرف المستأجر في العين المؤجرة بالنزول عن الإيجار، أو التأجير من الباطن فنصت المادة (٥٩٣) مدني على ما يأتي :

" للمستأجر حق التنازل عن الإيجار، أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك "

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار ص ٤٠٦، ٤٠٧ ط . دار الكتاب، د/ حسام الدين كامل الأهواني - عقد الإيجار - ص ١٧١ ف ١٨٦ ط. ١٩٩٨م ، د/ سليمان مرقس - عقد الإيجار ص ٥٦٧ ف ٢٤٠ ط. ١٩٨٥م ، د/ عبد الناصر توفيق العطار - شرح أحكام الإيجار - ص ٥٢٦ ف ١٧٣ ط . ثمانية بدون سنة طبع ، د/ عبد الرزاق حسن فرج - عقد الإيجار ص ٤٦٣ ف ٢٧٧ ط . ١٩٧٩ .

أما الفقرة (ج) من المادة (١٨) من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م فنصت على ما يأتي :

" لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها إلا إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي "

والناظر في كلا النصين يلاحظ اختلاف أحكام التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن في القانون المدني، عنه في قانون إيجار الأماكن فالأصل في القانون المدني أن يكون للمستأجر الحق في التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن دون أن يكون للمؤجر حق الاعتراض عليه والاستثناء وهو حظر ذلك بنص في العقد، أو بحكم في القانون فإذا لم يوجد نص في العقد، أو حكم قانوني يحظر مثل هذا التصرف فإن التصرف يكون مشروعاً دون حاجة إلى إذن كتابي من المؤجر وعلى العكس من ذلك فإن الأصل في الإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن هو الحظر على المستأجر أن يتنازل عن الإيجار، أو يؤجر من الباطن والاستثناء هو الحق في ذلك بشرط اقتراحه بإذن كتابي صريح من المؤجر المالك (١)

وجدير بالذكر أن القانون المعمول به حالياً هو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ م

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بحظر التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلا بإذن كتابي من المالك

نقض مدني في ٩٤/١٢/٢ الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٥٦ ق، قاعدة ٣٠٤ - مجموعة أحكام النقض المدني - السنة الخامسة والأربعون - ٦٢٧/٢

ونقض مدني في ١٩٨٤/١٢/١٠ الطعن رقم ٨٥٨ لسنة ٤٩ ق، قاعدة ٣٩٣٥ - السنة الخامسة والثلاثون - مجموعة أحكام النقض المدني - ٢٠٧٨/٢

وانظر مجلة المحاماة - السنة الثامنة والستون - العدد الثالث والرابع ص ٦٧

أما قانون إيجار الأماكن فقد أوجب القانون الحالي وقف العمل به وأوجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بالنسبة للأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت، أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها وقد تضمنت هذا الحكم المادة الأولى من القانون الحالي رقم ٤ لسنة ١٩٩٦م بقولها:

" لا تسرى أحكام القانونين رقمي ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، و١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصادرة قبلها على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها ولا على الأماكن التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بهذا القانون أو تنتهي بعده لأي سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقاً للقانون"

وقد أكدت المادة الثانية من القانون سالف الذكر وجوب الرجوع إلى أحكام القانون المدني بقولها :

" تطبق أحكام القانون المدني في شأن تأجير الأماكن المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون خالية أو مفروشة أو في شأن استغلالها أو التصرف فيها " وعليه فإن القانون الواجب التطبيق حالياً هو القانون المدني أما قانون إيجار الأماكن الأخير هو القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٧، والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فلا يعمل به إلا بالنسبة للأماكن التي تم تأجيرها قبل صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ وما لحقه وهو القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧

ولإتمام الفائدة أبين حق المؤجر في تصرف المستأجر بالنزول عن الإيجار أو التآجير من الباطن في ظل القانون المدني، ثم حقه في تصرف المستأجر بالنزول عن الإيجار أو التآجير من الباطن في ظل قانون إيجار الأماكن .

أولاً : حق المؤجر فى تصرف المستأجر بالنزول عن الإيجار أو التآجير من الباطن فى ظل القانون المدنى

أوضحت فيما سبق أن المادة (٥٩٣) من القانون المدنى المصرى قد أفادت أن الأصل فى القانون المدنى أن يكون للمستأجر الحق فى النزول عن الإيجار أو التآجير من الباطن

وبالتالى لا يكون بحسب الأصل للمؤجر باعتباره من الغير فى هذا التصرف أن يمنع المستأجر منه ما لم يتضمن عقد الإيجار شرطاً يمنع ذلك والحكمة من ذلك فى ظل القانون المدنى تكمن فى أمرين :

الأمر الأول

أن شخصية المستأجر ليست محل اعتبار عند التعاقد بحسب الأصل فالذى يهيم المؤجر عند التعاقد هو حصوله على الأجرة بغض النظر عن شخصية المنتفع ومن ثم يستوى أن يكون المنتفع بالعين هو المستأجر، أو أى شخص آخر مُتَّازلاً له، أو مستأجراً من الباطن

ولكن إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار عند إبرام العقد فإننا نخرج عن هذا الأصل وبالتالى لا يجوز النزول عن الإيجار، أو التآجير من الباطن من جانب المستأجر إلا برضاء المؤجر، وذلك كما فى عقد المزارعة حيث إن شخصية المستأجر المزارع غالباً ما يراعى فيها الالتزام والأمانة من أجل هذا حظر القانون استخلاف المزارع إلا برضاء المؤجر مادة (٦٢٥) مدنى (١)

(١) يشمل هذا الحظر تآجير الأراضى الزراعية فقد نصت المادة ١/٣٢ من قانون الإصلاح لزراعى على أنه " ويكون تآجير الأراضى الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستأجر تآجيرها من الباطن أو التنازل عن الإجارة للغير أو مشاركته فيها ويقع باطلاً كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المتقدم ويشمل البطلان أيضاً العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر "

الأمر الثاني

أن في نزول المستأجر عن الإيجار أو التأجير من الباطن تقوية لضمان المؤجر؛ لأنهما يضيفان إلى التزام المستأجر الأصلي بالأجرة التزام المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن ما لم يبرئ المؤجر المستأجر الأصلي من التزامه

على أن استعمال المستأجر الأصلي للرخصة المخولة له في النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن ينبغي ألا يترتب عليها إضرار بحقوق المؤجر إذ يجب أن تراعى فيه التزامات المستأجر قبل المؤجر فنزول المستأجر عن حقه في الإجارة يجب أن يكون مقصوداً على المدة المتبقية من عقد الإجارة (١)

وكذا التأجير من الباطن فلا يجوز أن يحصل إلا للغرض الذي أعدت له العين المؤجرة فالبناؤ المؤجر للسكنى لا يجوز تأجيره من الباطن لمزاولة مهنة فيه، أو صناعة، أو تجارة اللهم إلا إذا وافق المؤجر على ذلك (٢)

هذا ويلاحظ أن حق المستأجر في النزول عن الإيجار أو في التأجير من الباطن كما هو واضح من نص المادة (٥٩٣) مدنى ليس متعلقاً بالنظام العام ومن ثم يكون من حق المؤجر أن يقيد في عقد الإجارة أو في اتفاق لاحق هذا الحق

(١) فإن تجاوز المستأجر المدة فإن حق المتنازل له، أو المستأجر من الباطن يسقط فيما جاوز المدة المحددة للعقد الأصلي

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن انقضاء عقد الإيجار الأصلي أثره زوال حقوق كل من تلقى حقاً على العين المؤجرة من المستأجر الأصلي أو من المستأجر من الباطن .

جلسة ١٩٨٩/٦/٢٨ الطعن رقم ١٤٣ و ١٦٨ لسنة ٥٢ ق قاعدة ٢٧٩ - السنة الأربعون - ٦٨٩/٢

(٢) د / سليمان مرقس - عقد الإيجار - ص ٥٧١ ف ٢٤٢

أستاذنا الدكتور/عبد الرازق حسن فرج - عقد الإيجار - ص ٤٦٧ ، ٤٦٨ ف ٢٧٩ .

فيشترط على المستأجر عدم تنازله عن الإيجار أو تأجيره من الباطن أو حرمانه من الأمرين معاً

أو يشترط عليه أن لا يبرم تصرف في المنفعة إلا بموافقة بل يحق له أن يتشدد في ذلك فيشترط أن تكون الموافقة كتابية، أو يشترط على المستأجر منع التأجير لأشخاص معينين أو شخص بعينه

ويتحدد نطاق الشرط المانع من التصرف طبقاً لقصد المتعاقدين فيجوز أن يقتصر المنع أو التقييد على النزول أو التأجير الكلي للعين ومن ثم يكون من حق المستأجر أن ينزل عن جزء منها دون الباقي

ويجوز أن يقتصر المنع عن النزول عن الإيجار دون التأجير من الباطن وعلى كل حال يجب تفسير الشرط المانع، أو المقيد على ضوء القصد المشترك للمتعاقدين دون خروج عن هذا القصد

وجدير بالذكر أن الاتفاق المانع لا يحول دون انتقال الإيجار إلى ورثة المستأجر ما لم يتفق على غير ذلك^(١)

وفى جميع الأحوال يكون من حق المؤجر أن يتنازل عن التمسك بشرط المنع أو التقييد من نزول المستأجر عن الإيجار أو تأجيره من الباطن سواء كان هذا النزول صريحاً باللفظ، أو ضمناً يستفاد من ظروف الأحوال كما إذا شهد المؤجر على عقد التأجير من الباطن، أو النزول عن الإيجار من جانب المستأجر، أو قبض

(١) د / محمد لبيب شنب - عقد الإيجار - ص ٣٣٥ - ٣٣٩ ط. ١٥٩ / أساتذنا الدكتور/عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق - ٤٧٢ - ٤٧٣ .

الأجرة من المستأجر من الباطن، أو المتنازل إليه، أو لا يفعل هذا ولا ذلك ولكنه يعلم بهذا الأمر ويسكت مدة طويلة دون اعتراض^(١)

بيع المحل التجارى (الجدك)

كاستثناء من حق المؤجر فى الشرط المانع

قد يضطر المستأجر إلى بيع المتجر، أو المصنع نظراً لتصفية عمله أو نقله إلى مكان آخر فتسهيلاً على المستأجر أجاز المشرع الوضعى له النزول عن إيجار المحل التجارى مع وجود الشرط المانع من التصرف ويعد هذا استثناء من حق المؤجر فى الشرط المانع

وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٩٤) مدنى بقولها :

"مع ذلك إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع، أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع، أو المتجر جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق "

وبناء على هذا النص فإنه يلزم لجواز مخالفة الشرط المانع من جانب المستأجر توافر الشروط الآتية :

(١) أن يكون الشيء المؤجر عقاراً أنشأ فيه المستأجر محلاً تجارياً^(٢)

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - ص ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤ ف ٢٦٩، د/ محمد لبيب شنب -

عقد الإيجار - ص ٣٤٥ ف ٣٣٥، د / عبد الرازق حسن فرج - عقد الإيجار - ص ٤٧٥ ف ٢٨٤

انظر : أستاذنا الدكتور / عبد الرازق حسن فرج - عقد الإيجار - ص ٤٧٥ ف ٢٨٤

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن بيع المستأجر للمتجر أو المصنع، وجوب توافر

الصفة التجارية للنشاط الذى يزاوله .

نقض مدنى فى ١١/١٩٨٨م ، الطعن رقم ٢٠١٦ ، لسنة ٥٠ ق قاعدة ١٦ - السنة التاسعة

والثلاثون - ٧٥/١

(٢) أن تقضى الضرورة ببيع المحل التجارى كما لو عجز المستأجر عن إدارة المحل أو اضطرتّه الظروف إلى الرحيل من المدينة

(٣) أن يقدم مشتري العين المؤجرة ضامناً للوفاء بالالتزامات المترتبة على عقد الإيجار

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للقاضى أن يحكم بصحة النزول عن الإيجار لمشتري المحل التجارى رغم وجود حق المؤجر فى المنع من هذا النزول لوجود الشرط المانع

غير أن الحكم بصحة النزول عن الإيجار بالنسبة للمحل التجارى حتى لو توافرت شروطه السابقة يجب أن لا يلحق بالعين المؤجرة، أو شخصية المؤجر ضرراً محققاً وإلا كان من حق المؤجر أن يطلب من المحكمة الإبقاء على الشرط المانع ويجب على المحكمة فى هذه الحالة أن تجيبه إلى طلبه متى استطاع أن يثبت هذا الضرر

والحكمة من ذلك تكمن فى أن المشرع الوضعى عندما راعى مصلحة المستأجر بالسماح له بالنزول عن الإيجار رغم وجود اتفاق مانع لم يهمل مصلحة المؤجر كلية بل جعل السماح للمستأجر بالنزول عن الإيجار منوطاً بعدم إصابة المؤجر بضرر محقق (١)

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - ص ٤٢٤، ٤٢٥ ف ٢٧٠
د / محمد لبيب شنب - عقد الإيجار - ص ٣٤٦ ف ٣٣٦
د / حسام الدين كامل الأهوانى - عقد الإيجار - ص ٣٦٠ وما بعدها ط ١٩٩٨ .

ثانياً : حق المؤجر في تصرف المستأجر بالنزول عن الإيجار أو التأجير من
الباطن في ظل قانون إيجار الأماكن

إذا كان الأصل طبقاً للمادة (٥٩٣) مدنى هو جواز نزول المستأجر عن العين
المؤجرة، أو التأجير من الباطن ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك
وبالتالى لا يحق للمؤجر باعتباره من الغير في تصرف المستأجر أن يعترض على
تصرف المستأجر فى المنفعة بنزوله عن الإيجار أو تأجيره من الباطن مادام لم
يوجد هذا الشرط المانع، فإن الأمر على عكس ذلك تماماً فى ظل قانون إيجار
الأماكن حيث جعل هذا الأخير الأصل هو المنع من النزول عن الإيجار أو التأجير
من الباطن والاستثناء هو جواز ذلك بشرط أن يقترن بإذن كتابى صريح من
المالك (١)

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل إن المقتن شدد فى جزاء مخالفة هذا الحظر بالزام
المحكمة بالحكم على المستأجر المخالف بالإخلاء متى طلب المؤجر ذلك وأثبتت
المخالفة

وقد استفيد هذا الحكم من المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بحظر التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار
إلا بإذن كتابى صريح من المالك .
نقض مدنى فى ١٢/٢/١٩٩٤ الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٥٦ ق قاعدة ٣٠٤ مجموعة أحكام النقض
المدنى - السنة الخامسة والأربعون ١٦٢٧/٢
ونقض مدنى فى ١٠/١٢/٨٤ طعن رقم ٨٥٨ لسنة ٤٩ ق قاعدة ٣٩٣٥ - السنة الأربعون -
٢٠٧٨/٢ كما قضت بأن ترخيص المالك للمستأجر بالتأجير من الباطن وجوب إثباته بالكتابة
مادة [٣١/ب] من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧
نقض مدنى فى ١٦/٧/١٩٩٢ طعن رقم ١١٥٠ لسنة ٥١ ق قاعدة ١٩٨، السنة الثالثة
والأربعون ٩٤٨/١ .

١٩٨١ حيث جاء فيها " لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية

(جـ) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابي صريح من المالك الأصلي، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائياً وذلك دون إخلال بالحالات التي يجيز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشاً، أو التنازل عنه، أو تأجيره من الباطن لذوى القربى وفقاً لأحكام المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ "

وحكمة هذا الحظر تكمن في أن المشرع الوضعي في ظل قوانين إيجار الأماكن فرض الامتداد القانوني على المؤجر فأعطى المستأجر الحق في البقاء في العين المؤجرة حتى بعد انتهاء مدة الإجارة ودون زيادة في الأجرة المتفق عليها مراعيًا في ذلك حاجة المستأجر للعين المؤجرة بسبب أزمة المساكن، فحتى يكون المستأجر جدير بهذه الحماية - فرض عليه أن يكون شغله للمكان المؤجر بهذه الأجرة ناشئاً عن ضرورة حقيقية فإذا خالف وقام بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار كان ذلك دليلاً على عدم حاجته للعين وأنه ما فعل ذلك إلا بغية الربح والثراء على حساب المؤجر إذ إن الغالب أن يكون التأجير من الباطن بأجر مرتفع عن الأجرة الحقيقية فإذا أقدم المستأجر على ذلك لم يكن جديراً بالحماية إلا إذا حصل على إذن صريح من المؤجر يخوله النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن ففي هذه الحالة لا يحق للمؤجر أن يطالبه بإخلاء العين المؤجرة؛ لأن المخالفة التي تستوجب الإخلاء قد انتفت في حق المستأجر بعد حصوله على هذا الإذن من المؤجر

ويعد هذا الإذن بمثابة اتفاق بين المؤجر والمستأجر على جواز قيام هذا الأخير بالنزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن (١)

وكما لا يحق للمؤجر أن يمنع المستأجر من النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن، إذا وجد اتفاق بينه وبين المستأجر على جواز صدور ذلك من المستأجر فكذلك أيضاً لا يستطيع المؤجر أن يمنع المستأجر من النزول عن الإيجار، أو التأجير من الباطن إذا استند المستأجر في نزوله عن الإيجار أو تأجيره من الباطن إلى نص قانوني يجيز له ذلك

ويعد هذا النص بمثابة رخصة للمستأجر، أو استثناء من قاعدة منع النزول عن الإيجار، أو التأجير من الباطن إلا بإذن المؤجر

ويمكن إجمال الحالات المستثناة من هذه القاعدة فيما يأتي :

(١) بيع المحل التجاري - الجدك - إذا توافرت شروطه طبقاً للمادة ٢/٥٩٤ مدنى وقد سبق بيانه

(٢) تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر - الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧

(٣) تأجير المكان المؤجر مفروشاً ، أو خالياً طبقاً لما هو مقرر بالمادة (٤٠) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧

(٤) وجود أقارب للمستأجر يقيمون معه فى مسكنه وقت وفاته، أو تركه للعين بعد انقضاء مدة العقد، أو فى أثناء انتفاعه بالامتداد القانونى وذلك طبقاً للمادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (٢)

(١) د / سليمان مرقس - عقد الإيجار - ص ٥٨٥ ف ٢٤٧ ط ١٩٨٥ م ، د / حمدي عبد الرحمن - شرح قانون إيجار الأماكن - ص ٣٢٢ ط ١٩٨٢ ، م / أنور طلبة - المستحدث فى إيجار الأماكن ٤٢٣/١ ط ١٩٧٧

(٢) وقد عللت محكمة النقض المصرية ذلك بأن إسكان ذوى القربى ممن يقع على المستأجر أيوائهم، أو إعالتهم قانوناً ، أو أدبياً لا يعد من قبيل الترك بمعناه القانونى بالتخلى نهائياً عن العين المؤجرة بعنصريه المادى والمعنوى وتقدير ذلك يرجع إلى محكمة الموضوع .
نقض مدنى فى ٩٤/٣/٢٤ ، طعن رقم ٣٦٩٩ ، لسنة ٩٣ ق ، قاعدة ١١٠ - السنة الخامسة والأربعون - ٥٥٦/١ .

- (٥) التآجير من الباطن للمساكن الخالية في المصايف والمشاتي بصفة مؤقتة طبقاً للمادة (٤٤) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .
- (٦) التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن للمهاجرين بسبب العدوان الإسرائيلي طبقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٩ والمعدل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٠ .
- (٧) التنازل عن الإيجار من المستأجر أو من ورثته من بعده، عن المنشأة الطبية لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة على أن يلزم المستأجر بتحرير عقد إيجار للمتنازل إليه .
- (٨) تأجير جزء من العين المؤجرة لمن يستأجر عيادة خاصة على أن يؤجر هذا الجزء لطبيب أو أكثر للعمل معه في نفس المقر، وبترخيص مستقل لكل منهم، وبموجب عقد تودع منه نسخة في النقابة الفرعية المختصة وفي هذه الحالة يكون المستأجر الأصلي ملزماً بدفع زيادة قدرها ٧٠ % من القيمة الإيجارية للمالك، المادة الخامسة من قانون تنظيم المنشآت الطبية رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ م
- (٩) إذا كان المتوفى صاحب الصيدلية جاز أن تدار الصيدلية لصالح الورثة لمدة لا تتجاوز عشر سنوات ميلادية وفي حالة وجود أبناء للمتوفى لم يتموا الدراسة في نهاية المدة المشار إليها تمتد هذه المدة حتى يبلغ أصغر أبناء المتوفى سن السادسة والعشرين أو حتى تخرجه من الجامعة أو أي معهد علمي من درجتها أيهما أقرب ويعين الورثة وكيلاً عنهم تخطر به وزارة الصحة على أن تدار الصيدلية بمعرفة صيدلي وتغلق إدارياً بعد انتهاء المهلة الممنوحة للورثة ما لم يتم بيعها لصيدلي - مادة ٣١ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ في شأن مزاولة مهنة الصيدلة والمعدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٨٢

(١٠) تنازل المحامى، أو ورثته عن حق إيجار مكتب المحاماة لمزاولة مهنة حرة أو حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة .
مادة ٥٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (١)
فإذا استند المستأجر فى تنازله عن الإيجار، أو التأجير من الباطن إلى استثناء من هذه الاستثناءات القانونية لم يكن من حق المؤجر أن يتمسك فى مواجهته بإخلاء العين المؤجرة (٢)

المقارنة

بالمقارنة بين القانون المدنى المصرى والفقہ الإسلامى بشأن حق المؤجر فى تعاقده المستأجر على المنفعة تبين لى ما يأتى :

أولاً : بالنسبة للقانون المدنى

(أ) يوافق القانون المدنى المصرى ما ذهب إليه جمهور الفقہ الإسلامى من إعطاء المستأجر حق تأجير العين المؤجرة دون أن يكون للمؤجر حق الاعتراض عليه، مع وجود خلاف بين الفقهيين فى مدى تأثير اتفاق المتعاقدين أو نص القانون على حق المستأجر فى التصرف فى المنفعة المؤجرة

(١) وقد حكم بعدم دستورية هذا النص لانطوائه على عدوان على الملكية الخاصة التى كفل الدستور حمايتها ومن ثم وجب الرجوع إلى حكم المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فلا يحق للمحامى أو ورثته التنازل عن العين المؤجرة إلا لمن يمارس مهنة المحاماة
د / حسام الدين كامل الأهوانى - عقد الإيجار - ص ٣٦ ط ١٩٩٨
(٢) انظر : هذه الاستثناءات - د / عبد الناصر توفيق العطار - شرح أحكام الإيجار - ص ٧٥٥ وما بعدها، د / حسام الدين كامل الأهوانى - المرجع السابق - ص ٣٦٠ وما بعدها م / السيد خلف محمد - دعوى الإخلاء - ص ١١٠ وما بعدها ط ١٩٩٨ .

فالقانون المدني يرى أن اتفاق المتعاقدين أو نص القانون على المنع من التصرف، يُعتبر قيداً على حرية المستأجر في هذا التصرف باستثناء حالات معينة حددها القانون

بينما يعتبر الفقه الإسلامي في مثل هذا الاتفاق، أو النص مخالفاً لمقتضى التعاقد فهو كما لو باع ساعة واشترط على المشتري عدم التصرف فيها

(ب) يوافق القانون المدني المصري ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من إعطاء المستأجر حق التصرف في منفعة العين المؤجرة بمثل الأجرة المتفق عليها، أو أكثر حتى ولو لم يحدث المستأجر في العين المؤجرة زيادة تقابل الزيادة في أجرتها دون أن يكون للمؤجر باعتباره من الغير حق الاعتراض عليه

ومرجع ذلك : هو أن من ملك شيئاً ملك التصرف فيه بزيادة كسائر أملاكه وإذا كان القانون قد أخضع ذلك لاتفاق المتعاقدين على اعتبار أن ذلك ليس من قبيل النظام العام فإن الفقه الإسلامي لم يخضع ذلك لأى قيد أو شرط، بل إنه اعتبر مثل هذا القيد أو الشرط من الأمور المخالفة لحرية التعاقد

ثانياً : بالنسبة لقانون إيجار الأماكن

وافق قانون إيجار الأماكن رقم ٣٦ لسنة ١٩٨١م إحدى الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل التي تمنع تصرف المستأجر في المنفعة المؤجرة إلا بإذن من المالك المؤجر، مخالفاً بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من إعطاء المستأجر حق التصرف في منفعة العين المؤجرة ولو لم يأذن له المؤجر في ذلك

ومخالفاً أيضاً أحكام القانون المدنى المصرى التى تعطى للمستأجر هذا الحق ما لم يوجد نص، أو اتفاق يقضى بالمنع من ذلك

وقد أدت هذه المخالفة إلى التعجيل بسقوط هذا القانون ففي ظل هذا القانون هُدد المستأجر بنزع العين المؤجرة من تحت يده إن هو أقدم على النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن دون إذن كتابى صريح من المالك [مادة (١٨) من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فقرة (ج)]

وقد أدى هذا الحظر إلى ارتفاع القيمة الإيجارية مما أجهد طلاب السكن وغالبيتهم من الشباب المبتدئ الذى أثقل كاهله قبل السكن بنفقات الزواج الباهظة مما دفع المشرع الوضعى إلى إلغاء هذا القانون والقوانين المكمله له، بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذى قرر فى مادته الأولى وقف العمل بقانون إيجار الأماكن من تاريخ العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦

وفى مادته الثانية قرر وجوب إعمال نص القانون المدنى مرة أخرى، وعدم الاعتداد بما يخالفها

وخيراً فعل المشرع الوضعى؛ لأن القانون المدنى الذى أوجب الرجوع إليه يوافق إلى حد كبير ما قرره جمهور الفقه الإسلامى فى هذا الشأن كما هو مشار إليه سلفاً

الفصل الثاني

حق المستأجر في تعاقد المؤجر على العين المؤجرة

إذا تعاقد المؤجر على العين المؤجرة بما لا يتعارض مع حق المستأجر فيها كأن قام ببيعها، أو رهنها، أو هبتها
فقد اختلف علماء الفقه الإسلامي في حق المستأجر في هذا التعاقد على
أقوال ثلاثة :

القول الأول

تعاقد المؤجر على العين المؤجرة يصح ويوقف على إجازة المستأجر فإن
أجازته نفذ وكان له حق التمسك بالعين حتى تنتهي مدة الإجازة وإن رده فإنه لا
ينفذ إلا بعد انتهاء مدة الإجازة
وإلى هذا ذهب الحنفية (١)

القول الثاني

تعاقد المؤجر على العين المؤجرة بما لا يتعارض مع حق المستأجر فيها
كالبيع ونحوه يقع صحيحاً نافذاً ولا حق للمستأجر سوى التمسك بالعين حتى تنتهي
مدة الإجازة
وإلى هذا ذهب المالكية (٢)، والإمام الشافعي في أظهر قوليه (٣)، والحنابلة (٤)

(١) بدائع الصنائع ٢٠٧/٤، حاشية ابن عابدين ١٣٨/٤ ط . دار إحياء التراث

(٢) مواهب الجليل ٤٠٨/٥

(٣) مغنى المحتاج ٣٦٠/٢، نهاية المحتاج ٣٢٨/٥

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٤٦/٦ ، المبدع في شرح المقنع ١٠٧/٥

القول الثالث

تعاقد المؤجر على العين المؤجرة غير جائز

وهو القول الثاني للإمام الشافعي المقابل للأظهر (١)

الأدلة

أولاً استدل أصحاب القول الأول على التوقف لحق المستأجر بأن المؤجر إذا تصرف في العين المؤجرة بالبيع ونحوه فإنه لا يقدر على التسليم لتعلق حق المستأجر بالعين، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن من أجل هذا قلنا: بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستأجر صيانة للحقين، ومراعاة للجانبين (٢)

ويمكن مناقشة ذلك بأن التوقف لحق الغير إنما يكون من أجل رفع الضرر عن ذلك الغير، ولا ضرر يقع على المستأجر إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى مالك آخر إذ يكون له حق التمسك بالعين حتى تنتهي مدة الإجارة

ثانياً : استدل أصحاب القول الثاني على النفاذ بالمعقول من وجهين :

الوجه الأول

أن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع نفاذ العقد الوارد على العين، قياساً على ما لو زوج أمته ثم باعها (٣)

الوجه الثاني

أن يد المستأجر على المنافع، والبيع ونحوه من عقود الملكية يرد على الرقبة فلا تعارض مادام أن عقد المؤجر لم يشمل المنافع الجارية (٤)

(١) مغنى المحتاج ٢/٣٦٠

(٢) بدائع الصنائع ٤/٢٠٨

(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٦/٤٦

(٤) المبدع في شرح المقنع ٥/١٠٧

ثالثاً : أما مقابل القول الأظهر للإمام الشافعي وهو عدم الجواز

فوجهه : أن يد المستأجر حائلة عن التسليم فكانت أولى بالمنع من الغاصب (١)
وقد نوقش ذلك بأن يد المستأجر لا تعد حائلة فالعين تؤخذ منه وتسلم للمشتري ثم
تعود إليه كي يستوفى منفعتها إلى آخر المدة المقررة لعقد الإجارة (٢)
ويُعفى عن القدر الذي يقع التسليم فيه للمشتري؛ لأنه يسير لا يثبت فيه خيار
المستأجر كما لو انسدت بالوعدة الدار فلا خيار؛ لأن زمن فتحها يسير (٣)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من المالكية، ومن وافقهم
وهو صحة ونفاذ تصرف المؤجر في العين المؤجرة تصرفاً ناقلاً للملك، كالبيع،
والهبة

لأن هذا القول يوازن بين مصلحة المؤجر في التصرف في الرقبة وحق المستأجر
في البقاء في العين حتى تنتهي مدة الإجارة؛ لأن عقد المؤجر يكون محملاً بحق
المستأجر على العين

وهذا بخلاف القول بالمنع، أو التوقف على إرادة المستأجر؛ لأن المنع يضر
بالمؤجر دون مبرر

والتوقف قد يوقع المؤجر في الضرر إذا رفض المستأجر التعاقد ولم يجد المؤجر
من يتلقى العين مع تأجيل تسليمها لحين انتهاء عقد الإجارة .

(١) نهاية المحتاج ٣٢٨/٥، ٣٢٩ - آخر كتاب الإجارة ، ط . الحلبي

(٢) نهاية المحتاج ٣٢٩/٥، شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، مطبوع مع حاشيتي
قليوبي وعميرة ٨٧/٣ ط . محمد علي صبيح

(٣) مغنى المحتاج ٣٦٠/٢

موقف القانون

أعطى القانون المدنى المصرى للمؤجر الحق فى التصرف فى الشئ المؤجر بالبيع، أو الهبة، أو أن يقدمه حصة فى شركة، أو أن يقايض عليه، كذلك يستطيع دائنوا المؤجر أن يحجزوا على العين المؤجرة ولا يمنعهم الإيجار من بيع العين جبراً عن المؤجر واستيفاء حقوقهم من الثمن الذى يسفر عنه هذا المبلغ وكما أعطى القانون للمؤجر الحق فى التصرف فى العين المؤجرة أعطى كذلك للمستأجر الحق فى البقاء فى العين لحين انتهاء مدة الإجارة، فالقاعدة فى القانون أن انتقال ملكية الشئ المؤجر لا يقضى على عقد الإيجار بل يظل العقد قائماً رغم انتقال الملكية

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن عقد إيجار المكان يسرى فى حق المالك الجديد بذات شروطه السابقة، ولا يعد تحرير المالك الجديد عقد إيجار مع المستأجر إنشاءً لعلاقة إيجارية جديدة إنما يعد امتداداً للعقد السابق (١)

إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز للمؤجر والمستأجر أن يتفقا على انتهاء عقد الإيجار بالتصرف فى العين المؤجرة فيعمل بالاتفاق وينتهى الإيجار بالتصرف فى العين ولو لم يذكر ذلك فى عقد المتصرف إليه، ولكن يجب على المتصرف إليه مشترطاً كان، أو موهوباً له أن يُنبه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المقررة بالمادة (٥٦٣) مدنى (٢)

(١) جلسة ١٩٨٤/٥/١٠ ، الطعن رقم ٣٨٨ السنة ٤٩ ق القاعدة ٢٤١ - مجموعة أحكام النقض - المكتب الفنى - السنة الخامسة والثلاثون - ١/٢٦٠ .
(٢) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن التنبيه بالإخلاء الصادر من أحد طرفى عقد الإيجار، أثره انحلال الرابطة العقدية بعد مدة معينة طبقاً للمادة [٥٦٣] مدنى =

فإذا لم يوجد اتفاق على انقضاء الإيجار بالتصرف في العين المؤجرة، فإن الإيجار يبقى قائماً بين المؤجر والمستأجر بنفس حقوقه والتزاماته إذا توافر شرطان :

الشرط الأول

أن يكون الإيجار ثابت التاريخ

الشرط الثاني

أن يكون هذا التاريخ سابقاً على التصرف الذي نقل الملكية

وهذا هو ما تضمنته المادة [١/٦٠٤] مدني بقولها :

" إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياريًا، أو جبراً إلى شخص آخر فلا يكون الإيجار نافذاً إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية فهذا النص يفيد أن الإيجار إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية فإنه يكون نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية، دون حاجة إلى أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء المؤجر، ودون اشتراط علم الخلف بواقعة الإيجار وقت انتقال الشيء إليه، خلافاً لما نصت عليه المادة (١٤٦) مدني بقولها : " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقلت بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا

= انظر : نقض مدني في ١٩٨٩/١/٢٩ ، طعن رقم ٧٣٥ لسنة ٥٤ ق القاعدة ٦٤، مجموعة

أحكام النقض المدني - السنة الأربعون - ٣٢٩/١

ونقض مدني في ١٩٩٠/٢/٢٥ طعن رقم ١١١٧ لسنة ٥٤ ق ، القاعدة ٨١ - مجموعة أحكام

النقض المدني - السنة الحادية والأربعون - ٤٤٢/١

ونقض مدني في ١٩٩٢/١١/٣٠ طعن رقم ١٩٠ لسنة ٥٨ ق - السنة الثالثة والأربعون -

١٢٥٥/٢

الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " ونخلص من ذلك :

أن الإيجار إذا كان ثابت التاريخ وسابقاً على التصرف الذي نقل الملكية إلى الخلف [المتصرف إليه] أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به، أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية إليه، فإن جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار تنتقل إلى هذا الخلف فيحل محل المؤجر، ويتم هذا الانتقال بقوة القانون بمجرد انتقال الملكية (١)

مع ملاحظة أن المعقود عليه إذا كان عقاراً فلا تنتقل ملكيته إلى الخلف إلا بتسجيله وإلا لم يصح الاحتجاج به قبل المستأجر من المتصرف بائعاً كان أو واهباً وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بعدم اعتبار مشتري العقار خلفاً خاصاً للمؤجر إلا بانتقال الملكية إليه فعلاً بالتسجيل (٢)

(١) د / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ١٠٨٢/٦ وما بعدها ف ٥٣١ ، د، محمد لبيب شنب - الوجيز في شرح أحكام الإيجار - ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ط ١٩٦٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - ص ٤٨٨ ط . دار الكتاب ١٩٥٢ ، د/ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - عقد الإيجار - ص ٢٧٨ وما بعدها ف ٢٧٨٩ ط ١٩٩٣ .
(٢) نقض مدني في ١٩/١١/١٩٩٢ ، طعن رقم ١٥٧٤ ، لسنة ٥٧ القاعدة ٢٣٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة الثالثة والأربعون - ١١٦٤/٢ .

المقارنة

بمقارنة الأحكام التي أوردها القانون المدني المصري بالأحكام الواردة في الفقه الإسلامي بشأن حق المستأجر في تصرف المؤجر في العين المؤجرة باعتباره من الغير في هذا التصرف يتبين أن القانون المدني قد أعطى للمؤجر الحق في التصرف في العين المؤجرة بالبيع ونحوه وجعل هذا التصرف نافذاً في حق المستأجر، مع الاحتفاظ بحق المستأجر على العين المؤجرة، فيظل الإيجار قائماً على الرغم من انتقال ملكية العين المؤجرة إلى غير المؤجر

والقانون المدني المصري بهذا الحكم يوافق ما ذهب إليه أكثر الفقهاء، فنفاذ العقد في حق المستأجر مع استمرار الإجارة هو ما يقول به المالكية، والشافعية، والحنابلة

وإذا كان القانون قد اشترط لنفاذ عقد الإيجار في مواجهة التعاقد مع المؤجر أن يكون المستأجر قد أبرم عقد الإيجار قبل انتقال ملكية العين المؤجرة فهذا شرط بديهي لا مخالفة فيه لأحكام الفقه الإسلامي أما اشتراط القانون ثبوت تاريخ عقد الإيجار فهو من الأمور الشكلية التي استوجبها نظام الشهر العقاري إذا كان التصرف وارداً على عقار .

الفصل الثالث

حق المعير في تعاقد المستعير على العارية

تقديم

تناول علماء الفقه الإسلامى تعاقدات المستعير على الشيء المعار^(١) وتأثيرها على حق المعير بأحكام مختلفة تتلاءم وطبيعة التعاقد الذى أبرمه المستعير على العين المعارة من إعاره، أو إجاره، أو رهن وفيما يلى بيان لحكم هذه التعاقدات والحق المقرر للمعير باعتباره من الغير فى مواجهتها

وذلك من خلال المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : حق المعير فى إعاره المستعير للعارية

المبحث الثانى : حق المعير فى تأجير المستعير للعارية

المبحث الثالث : حق المعير فى رهن المستعير للعارية

(١) الإعاره فى اللغة : مأخوذة من التعاور وهو التداول والتناوب مع الرد، وتطلق على الفعل والشيء المعار

والعارية بتشديد الباء وتخفيفها ما تداوله الناس بينهم

انظر : لسان العرب مادة [عور] ٣١٦٨/٤ ، تاج العروس ٤٣٠/٣ ط . دار ليبيا، المصباح

المنير ص ٢٦٦

أما فى الاصطلاح فهى : إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينة

انظر : معنى المحتاج ٢٦٣/٢

المبحث الأول

حق المعير فى إعاره المستعير للعارية

إذا اشترط المعير على المستعير استيفاء المنفعة بنفسه فلا خلاف بين علماء الفقه الإسلامى على وجوب التزام المستعير بهذا الشرط وإلا كان من حق المعير أن يبطل العارية

ولكن الخلاف بينهم إذا لم يشترط المعير على المستعير استيفاء المنفعة بنفسه هل يكون للمستعير أن يُعير العارية ؟

قولان للفقهاء :

القول الأول

للمستعير أن يُعير العارية وليس فى ذلك تعدياً على حق المعير وإلى هذا ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢) وهو وجه ضعيف لأصحاب الشافعى^(٣)

القول الثانى

ليس للمستعير إعاره العارية، فإن خالف وأعارها كان للمعير إبطال العارية وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٤) وهو الوجه القوى لأصحاب الشافعى^(٥)

(١) المبسوط ١١/١٤٠، بدائع الصنائع ٦/٢١٥، مجمع الأنهر ٢/٣٤٨

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٣/٤٢٣، شرح الزرقانى على مختصر خليل ٦/١٢٧، شرح منح الجليل ٣/٤٨٧

(٣) المهذب ١/٣٦٤، مغنى المحتاج ٢/٢٦٤

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٥/٣٦١، المبدع فى شرح المقنع ٥/١٤٦ مطالب أولى النهى ٣/٧٣٩ ط. المكتب الإسلامى

(٥) الحاوى الكبير ٧/١٢٧، مغنى المحتاج ٢/٢٦٤، نهاية المحتاج ٥/١٢٠ كتاب العارية

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب القول الأول على صحة إعارة المستعير للعارية بقياس

المستعير على المستأجر بجامع أن كلاً منهما يملك المنفعة
والمستأجر له أن يؤجر العين المؤجرة، فكذا المستعير يكون له أن يُعير
العارية لعدم الفارق (١)

وقد نوقش ذلك بأنه قياس مع الفارق

ووجه الفرق : أن الإجارة عقد لازم بخلاف العارية فهي عقد جائز

وأيضاً : فإن المستأجر يملك منفعة العين المؤجرة من كل وجه

بخلاف المستعير فهو لا يملك من الشيء المعار إلا ما أُذن له فيه (٢)

ثانياً : استدل أصحاب القول الثاني على عدم صحة إعارة المستعير للعارية بأن

الانتفاع بالعارية مستفاد من إذن المعير لا بمعاوضة

والمعير لم يأذن للمستعير في إعارة العارية، فتكون إعارته لها باطلة،

لتعديه على حق المعير (٣)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من عدم صحة إعارة

المستعير للعارية؛ وذلك لأن العارية غالباً ما يراعى فيها شخص المستعير فلو كان

للمستعير إعارتها دون إذن المعير فإن ذلك قد يؤدي إلى وصول العارية لمن لا

يرغب فيه المعير

وهذا قد يؤدي إلى تراجع الناس عنها

(١) المبسوط ١٤٠/١١ .

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٣٦١/٥ .

(٣) الحاوى الكبير ١٢٧/٧، المبدع فى شرح المقنع ١٤٦/٥ .

المبحث الثاني

حق المعير في تأجير المستعير للعارية

إذا لم يأذن المعير للمستعير في تأجير العارية وقام المستعير بتأجيرها فقد اختلف علماء الفقه الإسلامى في حق المعير في هذا التأجير على قولين :

القول الأول

ليس للمستعير أن يؤجر العارية
وإلى هذا الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)

القول الثانى

للمستعير أن يؤجر العارية ولا حق للمعير أن يمنعه من ذلك مادام قد
أجرها لمن هو مثله الانتفاع أو دونه
إلى هذا ذهب المالكية^(٤)

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم أحقية المستعير في تأجير
العارية دون إذن المعير بدليلين من المعقول

(١) بدائع الصنائع ٦/٢١٥

(٢) الحاوى الكبير ٧/١٢٧

(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٥/٣٦١

(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٤٣٣ ، ٤٣٤

شرح الخرشي ٦/١٢٥

الدليل الأول

أن حقيقة العارية تتنافى مع جواز تأجيرها من جانب المستعير
وبيان ذلك : أن الإجارة عقد لازم، بخلاف العارية فهي عقد جائز فيجوز لكل من
المعير والمستعير الرجوع فى العارية متى شاء
فلو جاز للمستعير أن يؤجر العارية لما جاز للمعير أن يرجع فيها حتى تفرغ
مدتها فيتضرر بذلك المعير فلا يلزمه بغير رضاه (١)

الدليل الثانى

أن الإعارة دون الإجارة؛ لأن الإعارة عقد غير لازم، والإجارة عقد لازم
فجواز تأجيرها يؤدي إلى لزوم ما لا يلزم وهو العارية، أو عدم لزوم ما يلزم هو
الإجارة، فلم يجز لذلك (٢)

ثانياً : استدلال القول الثانى

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أحقية المستعير فى
تأجير العارية ولو لم يأذن المعير فى ذلك بأن المستعير بمقتضى عقد العارية يملك
منفعة الشئ المستعار، فكان له بمقتضى هذا التمليك أن يؤجر، أو يُعير شأنه فى
ذلك شأن تصرف الملاك فى أملاكهم (١)
ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين

(١) تبيين الحقائق ٨٥/٥، البحر الرائق ٢٨١/٧

(٢) انظر المرجعين السابقين

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنوية فى الأسرار الفقهية - الفرق الثلاثين - ١٩٣/١ مطبوع مع
الفروق للقرافى

الوجه الأول

إن هذا الدليل مبنى على أن العارية تملك للمنفعة كالإجارة
والصحيح أنها تفيد إباحة المنفعة لا تملكها

الوجه الثانى

أن تصحيح الإجارة الصادرة من المستعير فيها إلحاق للضرر بالمعير؛ لأنه
يلتزم بعدم استرداد العارية إلا بعد انقضاء عقد الإجارة

الترجيح

أرى ترجيح القول بعدم صحة تأجير المستعير للعارية فإن خالف وأجرها
كان من حق المعير أن يبطل العارية؛ وذلك لأن الناس إذا علموا أن من يستعير
أملكهم سيستفيد منها بالتأجير ويحببهم عن الانتفاع بها فى الوقت الذى يحتاجونها
فيه فإنهم سيقبلون عن الإعارة

وبذلك يسد باب من أبواب التعاون والتواد بين الناس

المبحث الثالث

حق المعير في رهن المستعير للعارية

اتفق علماء الفقه الإسلامى على جواز أن يستعير الإنسان شيئاً يرهنه بإذن صاحبه؛ وذلك لأن الرهن إيفاء للدين وقضاؤه، وللإنسان أن يقضى دينه بمال غيره^(١)

وأيضاً فإن الرهن توثيق، وهو يحصل بما لا يملكه بدليل الإشهاد، والكفالة^(٢) قال ابن المنذر: " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنائير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل أن ذلك جائز " ^(٣)

وقد ذكر المالكية أن الراهن - المستعير - إن وفى ما عليه رجع الرهن لربه - المعير - وإن لم يوف ما عليه فإنه يُباع فى الدين ويرجع صاحبه وهو المعير بقيمته على المستعير يوم الاستعارة، وقيل: يوم الرهن^(٤)

وذكر الشافعية أن المرهون المعار إذا تلف بعد رهنه فى يد المرتهن فلا ضمان على المرتهن بحال؛ لأنه أمين، ولا على الراهن على القول بأن العارية بالرهن أصبحت ضمان دين من جانب المعير، ويضمنه الراهن على القول ببقاء الرهن عارية

أما إذا كان التلف فى يد الراهن المستعير فإنه يضمنه؛ لأنه مستعير^(٥)

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٦

(٢) نهاية المحتاج ٢٤٤/٤، مغنى المحتاج ١٢٥/٢

(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٣٨٠/٤ - كتاب الرهن

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٣٨/٣، ٢٣٩ - باب الرهن

(٥) مغنى المحتاج ١٢٥/٢

غير أن الإذن الصادر من المعير للمستعير بالرهن قد يكون إذناً مقيداً ومن هنا فإنه يجب التفريق بين الإذن المطلق والإذن المقيد

فإذا كان الإذن مطلقاً فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفى أى مكان كان ومن أى إنسان أراد؛ لأن العمل بإطلاق اللفظ أصل وبهذا قال الحنفية^(١)، والقاضى من الحنابلة^(٢)

أما الشافعية فالأصح عندهم اشتراط ذكر قدر الدين وجنسه ومن يرهن عنده؛ لأن معنى الضمان ظاهر فيه، والغرض يختلف^(٣)

وإن كان الإذن مقيداً بأن سمي قدراً، أو جنساً، أو مكاناً، أو إنساناً فإن المستعير يتقيد به

فلو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل؛ لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بالإذن كما أن المعير قد يكون له غرض فى هذا التقيد وبهذا قال : الحنفية^(٤)

وخالف الشافعية، والحنابلة بالنسبة لرهن المستعير بالأقل حيث يرون صحته، وذلك لرضا المعير به فى ضمن رضاه بالأكثر^(٥)

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٦

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٣٨١/٤ .

(٣) فتح العزيز ٢٢/١٠ ، ٢٣ - كتاب الرهن - تحت عنوان : فإن قيل هل يشترط أن يكون المرهون ملكاً للراهن قلنا : لا

(٤) بدائع الصنائع ١٣٦/٦ .

(٥) وقد اشترط الشافعية لصحة الرهن بالأقل أن يكون الجنس متحداً فلو اختلف بأن قال له : أرهنه

بمائة دينار فرهنه بمائة درهم لم يصح، لاختلاف الأغراض بذلك

أما الحنابلة فلم يرد عنهم اشتراط ذلك، ولكنه هو المضموم من كلامهم

انظر : مغنى المحتاج ١٢٥/٢، المغنى مع الشرح الكبير ٣٨١/٤

أما رهن المستعير بالأكثر مما عينه له المعير فإنه يُبطل الرهن في الجميع لا في الزائد عند الشافعية لمخالفة المستعير ما أذن له فيه وذلك خلافاً لبعض المتأخرين منهم (١)

أما الحنابلة فلهم في الزائد وجهان :

أحدهما

أنه يؤدي إلى بطلان الرهن في الكل؛ لأنه مخالف للمنصوص عليه كما لو قال : أرهنه بدنائير فرهنه بدراهم، أو بحال فرهنه بموئل

والثاني

يصح فيما أذن له فيه ويبطل في الزائد؛ لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجاز فيما يجوز دون غيره، كتفريق الصفقة (٢)

وكذلك أيضاً لو أذن المعير للمستعير أن يرهنه بجنس لم يجز أن يرهنه بجنس آخر؛ لأن قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض، فكان التقييد بالجنس مفيداً

وكذلك أيضاً إذا أذن له أن يرهنه بمكان لم يجز أن يرهنه بمكان غيره، لأن التقييد بمكان دون مكان مفيد، فيُتقيد به

وأيضاً إذا أذن أن يرهنه من إنسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره؛ لأن الناس متفاوتون في المعاملات، فكان التعيين مفيداً (٣)

(١) معنى المحتاج ١٢٥/٢ .

(٢) المعنى مع الشرح الكبير ٣٨١/٤

(٣) بدائع الصنائع ١٣٦/٦

ولو أذن له أن يرهنه عند واحد فرهنه عند اثنين، أو عكسه لم يصح، لاختلاف الأغراض بذلك

إذ في الأولى قد يبيع أحد المرتهنين المرهون دون الآخر فيتشفص^(١) الملك على المعير، أى يتقسم عليه

وفي الثانية لا ينفك منه شيء بأداء بعض الدين

بخلاف ما لو رهنه من اثنين فإنه ينفك بأداء نصيب أحدهما ما يخصه من

المرهون^(٢)

فإن خالف المستعير فى شيء من ذلك بأن رهن بغير إذن المعير، أو بإذنه ولكنه خالف ما أذن له فيه فإنه يكون ضامناً للعين إذا هلكت، لأنه تصرف فى ملك غيره بغير إذنه فصار غاصباً، وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن؛ لأن الرهن لم يصح فيبقى المرهون فى يده بمنزلة المغصوب، فكان له أن يأخذه^(٣)

موقف القانون

لم ينظر القانون المدنى المصرى إلى تعاقدات المستعير نظرة تفصيلية كما فعل علماء الفقه الإسلامى وإنما أعطى تعاقداته حكماً واحداً دون تفرقة بين الإعارة الواردة على الشيء المعار وبين غيرها من التعاقدات كالإجارة أو الرهن ونحوهما وهذا ما أوضحته المادة (٦٣٩) مدنى فى فقرتها الأولى بقولها:

" ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على

سبيل التبرع "

(١) الشَّفَصُ : الطائفة من الشيء ، والجمع أشْفَاصٌ مثل حمل وأحمال

انظر : المصباح المنير - كتاب الشين - ص ١٦٦

(٢) مغنى المحتاج ٢/١٢٥

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٣٦

فمفاد هذه الفقرة : أن حق المعير على الشيء المعار يفرض على المستعير أن يستعمل الشيء المعار فقط دون أن يتصرف فيه بإجارة، أو إعارة وغيرهما من أنواع التصرفات، ما لم يثبت أن المعير قد أذن له في ذلك فإن لم يأذن له حُظر عليه أى تصرف فإن خالف هذا الحظر كان من حق المعير أن يلزمه بالتعويض فضلاً عن العقوبة الجنائية على اعتبار أنه بهذا التصرف قد أصبح مختلساً^(١)

المقارنة

وضح مما تقدم أن القانون المدنى المصرى لا يعطى المستعير الحق فى التصرف فى الشيء المعار بإجارة، أو إعارة، أو رهن، أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات مادام لم يأذن له المعير فى ذلك وبهذا يكون القانون المدنى قد وافق ما ذهب إليه أكثر علماء الفقه الإسلامى من قصر حق المستعير على استعمال الشيء المعار فقط دون حق التصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرفات ما لم يأذن له المعير فى ذلك

(١) د / محمد كامل مرسى ، العقود المسماة - الإيجار والعارية - ٢/٢٨٢ ق ٢٥٩
د / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ٦/١٥٤٠ ق ٨٥٧
د / محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ص ٢٤٣ ف ١٣٤ ط . دار الفكر
م / أنور طلبية - الوسيط فى لقانون المدنى - ٢/٧٨١ ط ١٩٩٣ .

الفصل الرابع

حق المرتهن في تعاقد الراهن على المرهون

تكمن الحكمة من مشروعية الرهن في المحافظة على أموال الدائنين من الضياع وذلك عن طريق الاستيثاق بعين مالية يستوفى منها الدين عند تعذر وفائه من جانب المدين الراهن

وهذا الاستيثاق يتطلب ضرورة أن يكون المرهون تحت يد المرتهن؛ لأن العين المرهونة لا يمكن الاستيثاق بها مادامت في حيازة مالكها، ولهذا أوجب الله سبحانه وتعالى في الرهن أن يكون مقبوضاً بقوله :

﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(١)

فإذا قبض الدائن المرتهن الرهن وأرد الراهن أن يتصرف فيه تصرفاً يزيل ملكه عنه كالبيع، والهبة

فما هو الحق المكفول للدائن المرتهن في هذا التصرف باعتباره غيراً فيه ؟
لعلماء الفقه الإسلامي في ذلك أقوال ثلاثة :

القول الأول

التعاقد يصح ويوقف على رضا المرتهن فإن أجازته نفذ وإن رد بطل
وإلى هذا الحنفية عدا الإمام أبي يوسف^(٢)، والمالكية^(٣)

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢

(٢) تبين الحقائق ٨٤/٦

(٣) شرح منح الجليل ٤٨٠/٢، شرح الخرشي ١٧/٥

القول الثاني

التعاقد باطل مادام قد حصل بدون إذن المرتهن
وإلى هذا ذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، والإمامية^(٣)

القول الثالث

التعاقد صحيح ولو لم يأذن فيه المرتهن
وإلى هذا ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية^(٤)

الأدلة

أولاً : استدلال القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من التوقف على إرادة
المرتهن من المعقول بدليلين :

الدليل الأول

أن الرهن تعلق به حق المرتهن، وفي البيع ونحوه إبطال لحقه فلا ينعقد إلا
بإجازته، أو قضاء الدين^(٥)

الدليل الثاني

قياس المرتهن على وارث الموصى بجميع التركة، بجامع تعلق حق كل
منهما بالشيء المتصرف فيه

(١) مغنى المحتاج ١٣٠/٢، نهاية المحتاج ٢٥٩/٤

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٤٠١/٤، المبدع فى شرح المقنع ٢٢٢/٤

(٣) مفتاح الكرامة ٢٦٤/٤

(٤) تبيين الحقائق ٨٤/٦

(٥) الهداية شرح بداية المبتدى ١٤٥/٤، شرح الخرشي ١٧٥/٥

وتصرف الموصى بجميع التركة يوقف على إجازة الورثة، فكذا تصرف الراهن في المرهون يُوقف على إجازة المرتهن، لعدم الفارق^(١) ويمكن مناقشة ذلك بأن الوصية بزائد عن الثلث غير متفق عليها فمن الفقهاء من يقول بطلانها، وعلى هذا فالقياس غير منضبط^(٢)

ثانياً : استدلال القول الثاني

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من بطلان تصرف الراهن المجرد عن إذن المرتهن من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال :

﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾^(٣)

وجه الدلالة :

أن تصرف الراهن في المرهون فيه ضرر بالمرتهن؛ فيكون منهياً عنه، والنهي يقتضى البطلان^(٤) ويمكن مناقشة ذلك بأنه لا ضرر يقع على المرتهن مادام أن العقد يكون موقوفاً على إرادته

(١) الهداية شرح بداية المبتدى ١٤٥/٤، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣٣٠/٦

(٢) يرى المالكية، والإمام الشافعي في أحد قوليه، والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد أن الهبة لغير وارث بزائد عن الثلث تقع باطلة فإن أجازها الورثة كانت هبة مبتدأة لا تنفيذاً لوصية مورثهم

انظر : شرح الزرقاني ١٧٩/٨، المهذب ٤٥٠/١، الإقناع ٤٩/٣

(٣) الحديث سبق تخريجه في المقدمة ص ١ من الرسالة

(٤) انظر : الاستدلال بهذا الحديث على عدم ، تصرف الراهن في المرهون دون إذن المرتهن :

المهذب ٣١٢/١ - كتاب الرهن .

(ب) المعقول

استدلوا من المعقول بدليلين

الدليل الأول

أن تصرف الراهن في المرهون بما يزيل الملك كالبيع، أو الهبة، أو يزاحم حق المرتهن كالرهن من غيره يؤدي إلى إبطال حق المرتهن في الوثيقة فلم يصح بغير إذن المرتهن قياساً على فسخ الرهن فإنه لا يصح إلا برضاء المرتهن^(١)

الدليل الثاني

قياس تصرف الراهن في المرهون على تصرف الفضولي، بجامع تعلق حق الغير بالمحل في كل وتصرف الفضولي في مال غيره يقع باطلاً، فكذا تصرف الراهن في المرهون، لعدم الفارق^(٢)

يناقش ذلك بوجود الفارق بين الراهن، والفضولي ووجه الفرق :

أن الفضولي يتصرف في مال غير مملوك له بخلاف الراهن فهو يتصرف في مال مملوك له إلا أن هذا المال قد تعلق به حق المرتهن، لهذا كان العقد موقوفاً على رضاه

ثالثاً : استدلال القول الثالث

استدل الإمام أبو يوسف على صحة تصرف الراهن في المرهون ونفاذه دون توقف على إجازة المرتهن بأن الراهن تصرف في خالص ملكه ولا يُمنع الإنسان من التصرف في خالص ملكه، قياساً على إعتاق الراهن للمرهون فإنه ينفذ دون توقف على إجازة المرتهن^(٣)

(١) روضة الطالبين ٧٤/٤، المغنى مع الشرح الكبير ٤٠١/٥

(٢) مفتاح الكرامة ٢٦٤/٤

(٣) تبیین الحقائق ٨٤/٦ مجمع الأنهر ٦٠٣/٣

وقد نوقش ذلك بوجود الفارق بين الإعتاق، والتعاقد على المرهون ووجه الفرق :
أن الإعتاق تصرف لا يقبل الفسخ، أو الرد حتى يتوقف على إجازة المرتهن
بخلاف التعاقد على المرهون بالبيع ونحوه فإنه يقبل الفسخ والرد، ولهذا توقف
على إذن من له الحق فيه وهو المرتهن (١)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه الشافعية، والحنابلة من عدم صحة تصرف
الراهن في المرهون بغير إذن المرتهن، فإن تصرف فيه دون إذنه وقع تصرفه
باطلاً؛ وذلك لقوة ما استدلوا به؛ ولأن المرهون جعل وثيقة بدين المرتهن فإذا
تصرف فيه الراهن قبل فك الرهن فقد أزال تصرفه الوثيقة وأضاع بالتالي حق
المرتهن

فإذا أذن المرتهن في هذا التصرف فإنه يصح؛ لأن المرتهن بهذا الإذن يكون قد
تنازل عن حقه طواعية ، فجاز من أجل ذلك

موقف القانون

أعطى القانون المدني المصري للراهن الحق في التصرف في العقار
المرهون تصرفاً قانونياً بالبيع، أو المقايضة، أو الهبة وغيرهما من التصرفات ولا
يحق للمرتهن باعتباره من الغير في هذا التصرف أن يمنع الراهن منه
ولكن لا يعنى ذلك ضياع حق المرتهن في المرهون؛ لأن ملكية المرهون تنتقل
إلى المتصرف إليه محملة بحق المرتهن وقد تضمنت المادة (١٠٣٤) من القانون
المدني هذا الحكم صراحة بقولها :

(١) تبين الحقائق ٨٤/٦

"يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن"

غير أن هذا الحكم ليس على إطلاقه فحق الدائن المرتهن حتى لا يتأثر بتصرف الراهن يجب أن يكون المرتهن قد قيد رهنه قبل تسجيل المتصرف إليه وبهذا التسجيل يكون من حق المرتهن إذا امتنع الراهن عن وفاء دينه أن يتتبع العقار المرهون في أي يد يكون إذا كان الرهن رهنا رسمياً، وأن يتمسك به فلا يسلمه للمتصرف إليه إذا كان الرهن رهن حيازياً

ولكن إذا لم يستطيع المرتهن تسجيل حقه قبل تسجيل المتصرف إليه بأن كان هذا الأخير أسبق منه في التسجيل فإن حق المرتهن في المرهون يعتبر كأن لم يكن حيث تخلص الملكية للمتصرف إليه خالية من حق المرتهن الذي فقد حقه على المرهون بتراخيه عن التسجيل حتى سبقه إليه المتصرف إليه

وتجدر الإشارة هنا إلى أن شرط أسبقية التسجيل خاص بالعقار المرهون رهناً رسمياً، أو حيازياً

أما المنقول فلا يتصور فيه ذلك؛ لأن التسجيل من خصوصيات العقار دون المنقول، ولأن الرهن لا يرد عليه إلى حيازة^(١)

(١) انظر: د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية التبعية - ص ١٢١ ف ٧٠ ط . ١٩٥١
د / حامد تركي - عقد البيع - ص ١٨٤ ، ١٨٥ ف ٩٧ .
د / منصور مصطفى - التأمينات العينية - ص ١٩١ ف ٣٣ ط ١٩٦٣
د / سليمان مرقس - التأمينات العينية - ص ١٢٦ ف ٨٤ ط ١٩٥١ .

المقارنة

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى بشأن الأحكام الخاصة بتصرف الراهن فى المرهون يتبين ما يأتى :

باستثناء ما ذهب إليه الإمام أبو يوسف من الحنفية من جواز تصرف الراهن فى المرهون يعتبر الفقه الإسلامى تصرف الراهن فى المرهون باطلاً، أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن

وقد جاءت الأحكام القانونية فى هذا الشأن موافقة لما ذهب إليه الإمام أبو يوسف من جواز تصرف الراهن فى المرهون ولو لم يأذن المرتهن فى ذلك

ولم يقف القانون عند هذا الحد بل إنه اعتبر كل اتفاق على منع الراهن من التصرف فى المرهون اتفاقاً باطلاً لا يعتد به؛ وذلك على أساس أن المشرع الوضعى قد كفل للمرتهن فى مواجهة هذا التصرف حق تتبع العقار المرهون فى أى يد يكون إن كان الرهن رهنأً حيازياً، وذلك متى قيد الدائن المرتهن حقه فى الرهن قبل قيد المتصرف إليه، وإلا بأن كان المتصرف إليه أسبق لهذا القيد فإن حق المرتهن فى التتبع، أو الحبس يسقط وتخلص الملكية للمتصرف إليه

وفى هذه الحالة لا يكون أمام المرتهن سوى اللجوء للقضاء

والأحكام القانونية على هذا النحو من شأنها أن تثير النزاع بين الأفراد؛ لأن الراهن قد يكون سيئ النية يهدف إلى تجريد المرتهن من حق الرهن فيتعمد ببيع المرهون ثم يقوم بتقييده للمتصرف إليه قبل قيد الدائن المرتهن

وبالتالى يحرم الدائن المرتهن من ميزة التتبع، أو الحبس، ويصبح الدين بلا رهن

هذا بالإضافة إلى أنه من الصعوبة دون حدوث نزاع أن يقوم الدائن المرتهن طواعية بتسليم الرهن الحيازي للمتصرف إليه تاركاً دينه بدون رهن لمجرد أن المتصرف إليه كان أسبق منه في القيد وكان بإمكان المشرع الوضعي أن يتجنب كل ذلك لو أنه منع تصرف الراهن في المرهون من أصله، أو أجاز له وأوقفه على إرادة الدائن المرتهن عملاً بما قرره أكثر علماء الفقه الإسلامي وبهذا يتحقق للدائن المرتهن أولوية حقيقية في استيفاء دينه إذا تقاعس المدين الراهن عن أدائه (١)

(١) انظر أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار - رسالته للدكتوراه - أولوية استيفاء الديون - ص ٨٧ .

القسم الثاني

الحقوق الشخصية للغير في العقود المالية

وفيه بابان

الباب الأول : الحقوق الشخصية المتعلقة بمحل العقد

الباب الثاني : الحقوق الشخصية المتعلقة بزمه العقد

الباب الأول

الحقوق الشخصية المتعلقة بمحل العقد

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول : حق الشفيع في عقد البيع

الفصل الثاني : حق الورثة في وصية مورثهم

الفصل الثالث : حق الورثة في عقود مورثهم في مرض موته

الفصل الرابع : حق من له الولاية في تعاقد المسمول بولايته

الفصل الأول

حق الشفيع في عقد البيع

تقديم

شرع الله سبحانه وتعالى الشفعة ^(١) لرفع الضرر بها عن الغير شريكاً كان أو جاراً ^(٢)

فالشريك يضار بمشاركة من لا يرغب فيه
والجار يضار بمجاورته لمن لا تؤمن بوائقه

وقد لا يكون الضرر راجعاً إلى الداخل فقد يكون الداخل طيب السمة حسن السلوك، ولكن البيع له يؤدي إلى تفريق ما يمكن للشريك أو الجار جمعه تحت يده، وإيضاح ذلك بشيء من التفصيل فإنني سأتناول أهم الأحكام المتعلقة باستحقاق الغير للشفعة من خلال المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : الغير الذي يثبت له الحق في الشفعة

المبحث الثاني : المستحقون للشفعة من الغير عند التزام

المبحث الثالث : التحايل لإسقاط الشفعة وأثره على حق الشفيع

(١) الشفعة في اللغة : تعنى الضم والزيادة، وقد سميت بذلك؛ لأن صاحبها يضم ما يشفع فيه إلى ماله

انظر : لسان العرب مادة [شفع] ٢٢٨٩/٣، القاموس المحيط - فصل الشين باب العين ٤٧/٣

أما في الاصطلاح فهي : " تملك البقعة جبراً عن المشتري "

انظر : تبیین الحقائق ٢٣٩/٥، مجمع الأنهر ٤١٧/٢ .

(٢) ثبوت الشفعة لغير الشريك في رقة المبيع محل خلاف بين علماء الفقه الإسلامي أوضحه من خلال المبحث الأول من هذا الفصل

المبحث الأول

الغير الذي يثبت له الحق في الشفعة

اختلف علماء الفقه الإسلامى فى الغير الذى يثبت له الحق فى الشفعة على

قولين :

القول الأول

الشفعة لا تثبت إلا للشريك فى رقة العقار المبيع

وإلى هذا ذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والإمامية^(٤)

القول الثانى

الشفعة تثبت لثلاثة أشخاص هم :

الشريك فى الرقة، ثم الشريك فى حق خاص كحق الشرب وحق الطريق، ثم

الجار الملاصق

وإلى هذا ذهب الحنفية^(٥)، والزيدية^(٦)

(١) شرح الزرقانى ١٧٠/٦ ط. دار الفكر، الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ١١٦/٥

(٢) مغنى المحتاج ٢٩٧/٢، نهاية المحتاج ١٩٨/٥ ط. مصطفى البابى الحلبي

(٣) كشاف القناع ١٥١/٤ ط. دار الفكر، المغنى مع الشرح الكبير ٤٦١/٥

وقد حكى صاحب الإنصاف روايتين

أحدهما : ثبوت الشفعة للجار

والثانية : ثبوت الشفعة للشريك فى مصالح العقار كحق الطريق

انظر : الإنصاف ٢٥٥/٦ ط. دار إحياء التراث

(٤) فقه الإمام جعفر الصادق ٦٤/٤

(٥) الهداية شرح بداية المبتدى ٢٤/٤، تكملة البحر الرائق ١٤٣/٨

(٦) البحر الزخار ٦/٥ ط. مؤسسة الرسالة .

الأدلة

أولاً : أدلة القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك في رقبة العقار المبيع فقط من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفَّت الطرق فلا شفعة ﴾ (١).

وجه الدلالة

قوله ﷺ في الحديث : ﴿ الشفعة فيما لم يقسم ﴾ يدل على عدم ثبوتها في المقسوم

(١) الحديث بلفظة رواه البيهقي في سننه ١٠٦/٦، والإمام الشافعي في مسنده ١٦٥/٢ ط . دار الكتب العلمية

وهذا الحديث وإن كان مرسلًا إلا أنه من مراسيل سعيد بن المسيب رضي الله عنه وهي حسنة عند الإمام الشافعي - رحمه الله -

انظر : الحاوي الكبير ٢٢٨/٧

ولو فرض أن هذا الحديث لا يقوى على الاحتجاج به فإنه قد روى من طريق آخر متصلًا عن جابر رضي الله عنه

انظر : سنن الترمذي ٦٤٤/٣ حديث رقم ١٣٧٠ وقال : حديث حسن صحيح

انظر : هذا الحديث كدليل على ثبوت الشفعة للشريك في الرقبة دون ماعداه

الحاوي الكبير ٢٢٨/٧، المننى مع الشرح الكبير ٤٦٢/٥

(ب) المعقول

أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم (١).

ثانياً : أدلة القول الثاني

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك في الرقبة، ثم الشريك في حق المبيع، ثم الجار الملاصق من السنة، والمعقول

(أ) السنة

استدلوا أولاً على ثبوت الشفعة للشريك في رقبة المبيع بما استدل به أصحاب القول الأول واستدلوا ثانياً على ثبوت الشفعة للشريك في حق المبيع كحقوق الطريق وحق الشرب بما روى عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً﴾ (٢)

وجه الدلالة

قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿إذا كان طريقهما واحداً﴾ فيه إثبات لشفعة الشريك في حق

الطريق وهو يشمل حق الشرب وسائر حقوق الارتفاق الأخرى

(١) المغنى مع الشرح الكبير ٤٦٢/٥

(٢) سنن أبي داود ٢٨٦/٣ حديث رقم ٣٥١٨ - باب الشفعة

مسند الإمام أحمد ٣٩٥/١١ رقم ١٤١٨٧ ط . دار الحديث وقال محققه : إسناده صحيح

انظر هذا الحديث كدليل على ثبوت الشفعة للشريك في حقوق العقار المبيع :

الهداية شرح بداية المبتدى ٢٤/٤

وقد ناقش الأولون هذا الحديث بأن في إسناده عبد الملك بن سليمان وهو ضعيف، ولو سلمنا صحته فيحتمل أنه عليه السلام أراد بالجار الشريك؛ لأنه يجاور شريكه بنصيبه^(١)

واستدلوا ثالثاً على ثبوت الشفعة للجار الملاصق بدليلين

أحدهما

ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ قال :

﴿ الجار أحق بسقيته ﴾^(٢)

الثانى

ما روى عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : ﴿ جار الدار

أحق بسدار الجار ﴾^(٣)

وجه الدلالة من الحديثين

دل الحديث الأول والثانى على ثبوت الشفعة للجار كثبوتها للشريك فى رقة

المبيع وفى حقوقه المترتبة عليه وهو المدعى

(١) الحاوى الكبير ٢٣١/٧ ، نهاية المحتاج ١٩٨/٥ ، المغنى مع الشرح الكبير ٤٦٣/٥

(٢) صحيح البخارى مع فتح البارى ٤٣٧/٤ - كتاب الشفعة - حديث رقم ٢٢٥٨ ، سنن أبى داود - ٢٨٦/٣ حديث رقم ٣٥١٦ ، سنن النسائى ٣٢٠/٧ حديث رقم ٤٧٠٢ ، سنن ابن ماجه - ٨٣٤/٢ حديث رقم ٢٤٩٦ .

(٣) سنن الترمذى واللفظ له ٦٤١/٣ حديث رقم ١٣٦٨ - كتاب الأحكام - باب ما جاء فى الشفعة وقال : حديث سمرة حديث حسن صحيح * سنن أبى داود ٢٨٦/٣ حديث رقم ٥١٧ - كتاب الشفعة

انظر هذا الحديث كدليل على ثبوت الشفعة للجار :
تبيين الحقائق ٢٣٩/٥ ، تكملة البحر الرائق ١٣٨/٨

مناقشة الحديث الأول

نوقش الحديث الأول من وجوه ثلاثة

الوجه الأول

أن هذا الحديث أبهم الحق ولم يُصرح به فلم يجز أن يحمل على العموم

الوجه الثاني

أنه محمول على أن الجار أحق بالفناء الذي بينه وبين جاره ممن ليس

بجاره (١)

الوجه الثالث

أن السقب ويُنطق بالصاد - الصقب - معناه القرب فيحتمل أنه ^{صلى الله عليه} أراد به

الإحسان إلى الجار وصلته والعرض عليه (٢)

مناقشة الحديث الثاني

أما الحديث الثاني فقد نُوقش من وجهين

الوجه الأول

أنه من رواية الحسن عن سمرة، وأهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له

فقال بعضهم : لم يلقه، وقال البعض : لقيه ولم يرو عنه إلا حديثاً واحداً (٣)

(١) الحاوى الكبير ٢/٢٢٩، كشاف القناع ٤/١٣٨ ط . دار الفكر

(٢) الذخيرة للقرافي ٧/٣١٩، المعنى مع الشرح الكبير ٥/٤٦٢

(٣) الحاوى الكبير ٧/٢٢٩

الوجه الثانى

سلمنا صحة الحديث لكننا نقول : إنه ^{عليه السلام} أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً؛ لأن اسم الجوار يختص بالقرب، والشريك أقرب من اللصيق؛ فكان أحق باسم الجوار (١)

(ب) الموقوف

أن العلة من تشريع الشفعة هي رفع الضرر عن الشريك وهذه العلة كما هي متوافرة فى حق الشريك فى الرقبة فهي متوافرة أيضاً فى حق الشريك فى حقوق المبيع كحق الشرب وحق الطريق وكذا الجار الملاصق؛ لأن ملك كل منهما متصل بملك الدخيل اتصال تآييد وقرار، فيثبت لهما ما ثبت للشريك فى رقبة المبيع؛ لاتحاد العلة (٢)

الترجيح

بعد عرض أقوال الفقهاء وبيان ما استدلوا به فإننى أرجح ما ذهب إليه الحنفية من ثبوت الشفعة للغير إذا كان شريكاً فى رقبة المبيع أو فى حق من حقوقه أو كان جاراً ملاصقاً؛ لأن ذلك القول يتفق وروح الشريعة التى تدعو إلى رفع الضرر ما أمكن خصوصاً عن الجار الذى أوصى الله ورسوله بالإحسان إليه، ومن جملة هذا الإحسان عدم التسبب فى إضراره

(١) الذخيرة ٣١٩/٧، نهاية المحتاج ١٩٨/٥، شرح منتهى الإرادات ٤٣٥/٢، كشاف القناع ١٣٨/٤

ط . دار الفكر

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى ٢٤/٤، تكملة البحر الرائق ١٤٣/٨، تحفة الفقهاء ٦٦/٣، شرح

العيني على متن الكنز ١٩٥/٢

موقف القانون

أوضحت المادة (٩٣٦) من القانون المدنى المصرى الأغيار الذين يستحقون الأخذ بالشفعة بقولها :
" يثبت الأخذ بالشفعة :

- (أ) لمالك الرقبة إذ بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه
- (ب) للشريك فى الشيوخ إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى
- (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها
- (د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة
- (هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :

- ١ - إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى
 - ٢ - إذا كان للأراضى المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار، أو كان حق الارتفاع لأرض الجار على الأرض المبيعة
 - ٣ - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل "
- من هذا النص يتبين أن الأغيار الذين يستحقون الأخذ بالشفعة هم على الترتيب الآتى :

(أ) مالك الرقبة

وفقاً للفقرة (أ) من المادة ٩٣٦ مدنى إذا نزل المنتفع عن حقه لغير مالك الرقبة استطاع هذا المالك أن يكسب حق الانتفاع بالشفعة

ومن فروضها أن يكون هناك عقار مملوك لشخص قد رتب عليه حق انتفاع الآخر فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه كان لمالك العقار باعتباره مالكا للرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع

والغرض من تقرير حق الشفعة في هذه الحالة هو جمع شتات الملكية في يد شخص واحد وهو مالك الرقبة (١)

(ب) الشريك على الشيوع

يأتي بعد مالك الرقبة في عداد الأغيار الذين يستحقون الأخذ بالشفعة الشريك على الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي مادة (٩٣٦ / ب) من القانون المدني وعلى ذلك فالشريك على الشيوع حتى يكون له الحق في المطالبة بالشفعة في بيع شريكه لابد من توافر شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون البيع لأجنبي فإن كان لشريك ثالث لم يجز أخذها منه بالشفعة

الثاني : أن تكون ملكية العقار شائعة، فإذا انتهت حالة الشيوع بالقسمة لم يعد الشريك شريكاً وإنما أصبح جاراً فلا يكون له الحق في الشفعة إلا عن طريق الجوار

الثالث : أن يكون الشفيع شريكاً في العقار الذي بيع شيء منه، فالشريك في حصة شائعة في جدار فاصل بين ملكه والعقار المبيع لا يكون له حق الأخذ بالشفعة؛ لأنه ليس شريكاً على الشيوع في ذات العقار المبيع وينطبق هذا الحكم على الشريك في آلة الري الكائنة بالعقار المبيع (٢)

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - أسباب كسب الملكية - ٥٤٥/٩ ف ١٨٠
د / محمود جمال الدين زكي - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٢٧ ف ٩٣٦ ط ١٩٧٨ .
د / عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٣٠ ط ١٩٥٦
د / محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٠٧ ط ١٩٩٠
(٢) د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية ١٩٤/٣ ط ١٩٤٩ ، د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ٥٥١/٩ ف ١٨١ ، د / عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٣ .

(ج) صاحب حق الانتفاع

يثبت الحق فى الشفعة فى المرتبة الثالثة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملائسة لهذا الحق أو بعضها فإذا كان العقار موزعاً بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع وبيعت ملكية الرقبة أو بعضها فإنه يكون لهذا الأخير أن يأخذ المبيع بالشفعة حتى يتجمع فى يده عناصر الملكية ويصبح مالكاً للعقار كله أو بعضه ويلاحظ أن هذه الحالة مقصورة على الحالة التى يكون البائع فيها هو مالك الرقبة، فإذا باع الجار الملاصق عقاره فإن صاحب حق الانتفاع لا يستطيع أن يطالب المشتري بالشفعة (١)

(د) مالك الرقبة والمستحكر فى الحكر

وفقاً للفقرة (د) من المادة (٩٣٦) مدنى سألقة الذكر تنقرر الشفعة فى الحكر كما تنقرر فى حق الانتفاع فتقرر لمالك الرقبة إذا بيع الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة والحكمة من تقرير هذا الحق أيضاً هى جمع ما تفرق من عناصر الملكية والقضاء على حق الحكر الذى هو عبء ثقيل على الأرض (٢)

(هـ) الجار الملاصق

تثبت الشفعة للجار من خلال ثلاث حالات بينها المادة (٩٣٦) مدنى فقرة (هـ) ويمكن إيضاح هذه الحالات فيما يلى :

-
- (١) د / محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية ص ٤٣٠ ف ٢٣٦ ، د / شفيق شحاتة - شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال - ص ٢٦٢ ق ٢٤٨ ط ١٩٥١ ، د / محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية - ص ١١٢
- (٢) د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢٠١/٣ ف ٢١٦ ، د / عبد الفتاح عبد الباقى - دروس الأموال ص ٣٤٦ ف ٢٥٣ ط . دار الكتاب المصرى، د / محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - ص ٤٣١ ف ٢٣٧ .

الحالة الأولى

شفعة الجار فى المبانى والأرض المعدة للبناء

إذا بيع بناء أو أرض معدة للبناء يكون للجار الملاصق أن يأخذ المبيع بالشفعة وتعتبر الأرض معدة للبناء إذا كانت مخصصة لهذا الغرض عند بيعها حتى لو كانت وقتئذٍ مستغلة على وجه آخر مادام هذا الوجه من الاستغلال مؤقتاً وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن دخول الأرض فى حدود المدينة أو القرية بالمدى الذى يتطلبه التوسع العمرانى للبناء اعتباراً من أرضاً معدة للبناء ولو كانت تستغل مؤقتاً لغرض آخر، وخروجها عن تلك الحدود عدم اعتبارها أرض بناء إلا إذا كانت قد أعدت إعداداً فعلياً لهذا الغرض، تقدير ذلك استقلال قاضى الموضوع به متى قام قضاؤه على أسباب سائغة، والعبرة فى ذلك بحالة الأرض وقت البيع (١)

ويكفى لثبوت الشفعة فى المبانى والأراضى المعدة للبناء مجرد التلاصق من جهة واحدة دون أى شرط آخر ولا يلزم أن يكون التلاصق على امتداد الجهة كلها بل يكفى أن يقع ولو على شبر واحد (٢)

ولا يلزم أيضاً أن يكون الجوار جانبياً فالشفعة تثبت لمن يملك عقاراً ملاصقاً للعقار المبيع من فوقه أو تحته كما هو الحال فى ملكية الطبقات حيث يكون

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق قاعدة ٩٨ - مجموعة أحكام النقض المدنى - السنة التاسعة والثلاثون ٤٨٦/١ .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن ثبوت الشفعة للجار الملاصق من جهة واحدة، شرطه أن يكون العقار المشفوع به والمشفوع فيه من المبانى، أو الأراضى المعدة للبناء " جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ الطعن رقم ٧٧١ لسنة ٤٧ ق قاعدة ٢١٦ - مجموعة أحكام النقض المدنى - السنة الحادية والثلاثون - ١١٣٢/١ .

لصاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى الحق في أخذ الطبقة المتوسطة
بينهما بالشفعة

الحالة الثانية

شفعة الجار في الأرض التي ترتبط بعلاقة إرتفافية مع أرضه

هذه الحالة تختص بالشفعة في الأراضي المجاورة غير المعدة للبناء إذا كان
يربط بينهما وبين الأراضي المملوكة للجار حق ارتفاق خادماً كان أو مخدوماً،
حيث لا أهمية لما إذا كان حق الارتفاق مقررًا لصالح العقار المشفوع به على
العقار المشفوع فيه أو العكس

كما لا أهمية لنوع الارتفاق فيستوى في تقرير حق الشفعة أن يكون الارتفاق
بالمرور، أو بالشرب، أو بعدم التعلية، أو أى ارتفاق آخر
كما لا أهمية لمصدر حق الارتفاق فيستوى أن يكون مصدر الارتفاق هو التقادم
أو القانون، أو تخصيص رب الأسرة

ولكن يشترط في هذه الحالة الاستناد إلى الجوار ولو من جهة واحدة، ولو في شبر
واحد شأنها في ذلك شأن الأراضي المبنية أو المعدة للبناء، فإذا وجدت علاقة
ارتفافية بين عقارين غير متلاصقين ما ساغ لصاحب أحدهما أن يشفع في الآخر

الحالة الثالثة

شفعة الجار فيما يلاصق أرضه من ناحيتين

هذه الحالة مقصورة على الأراضي الزراعية وما يأخذ حكمها كالأراضي
الفضاء وغير المعدة للبناء

ويجب لكي تتحقق الشفعة في هذه الحالة أن يتوافر شرطان :

الشرط الأول

أن يكون التلاصق من جهتين متجاورتين كالشرقية والبحرية، أو غير متجاورتين كالبحرية والقبلية
ويجب أن يكون التلاصق بقطعة واحدة فإذا كان التلاصق بقطعتين منفصلتين فلا شفعة

الشرط الثاني

أن تكون أرض الجار تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل مادة (٩٣٦) مدنى بند (٣) من الفقرة (هـ)
وقد قصد المشرع الوضعى بهذا الشرط أن يمنع المضاربة من جانب صغار الملاك الذين يجاورون بقطعة صغيرة من الأرض ويطلبون الشفعة فى مساحات كبيرة كى يحصلوا على مقابل لنزولهم عن طلب الشفعة^(٢)
ويلاحظ أن هذا خاص بحالة انفراد الشفيع؛ لأن المادة (٩٣٧) مدنى قد تولت حل هذه المشكلة فى حالة تعدد الشفعاء حيث ذكرت فى فقرتها الثانية أن الشفعاء إذا كانوا من طبقة واحدة فإن استحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه

(٢) د / عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال - ص ٣٤٧ وما بعدها ، د/ عبد المنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٦٢ ط . ١٩٨٢ ، د / محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٢ : وما بعدها - د / محمد لبيب شنب - الحقوق العينية - ص ٨٩ وما بعدها ط . ١٩٩١ .

المقارنة

مما تقدم يتضح وجود اتفاق بين القانون المدنى، والفقہ الحنفى والزیدى فى تقرير الشفعة للشريك فى رقة المبيع أو حق من حقوقه وكذا ثبوتها للجار الملاصق إلا أن القانون اشترط فى ثبوت الشفعة فى الأراضى الزراعية بالنسبة للجار أن يكون تلاصقه من جهتين، وأن تكون الأرض المشفوع لها تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل؛ وذلك حتى لا يضارب صغار الملاك الذين يجاورون بقطعة صغيرة من الأرض ويطلبون بالشفعة فى مساحات كبيرة بهدف الحصول على مقابل لنزولهم عن طلب الشفعة

على خلاف الفقہ الحنفى والزیدى فكليهما يكتفى فى ثبوت الشفعة للجار أن يكون ملاصقاً ولو من جهة واحدة دون تفرقة بين كون الأرض المشفوع لها من الأراضى الزراعية أو من غيرها

كما أن كليهما لم يشترط فى الأرض المشفوع لها أن تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة

وهو رأى له وجاهته؛ لأن الشفعة شرعت لرفع الضرر والضرر يتحقق بمجرد التلاصق من جهة واحدة ولو كانت هذه الجهة شبراً

ولعل نقطة الخلاف بين الفقہ الإسلامى والقانون المدنى تبدو واضحة بالنسبة للمنتفع والمستحكر فالقانون يعطى كلاً منهما الحق فى المطالبة بالشفعة إذا بيع شىء من العقار الواقع عليه حق الانتفاع، أو الحكر

على حين أن الفقہ الإسلامى لا يعطيها هذا الحق؛ لأن الشفعة باتفاق علماء الفقہ الإسلامى تثبت للشريك فى رقة العقار المبيع والمنتفع والمستحكر لا شركة لهما فى الرقة

المبحث الثاني

المستحقون للشفعة من الغير عند النزاحم

إذا تزاحم المستحقون للشفعة من الغير؛ فإما أن يكونوا في مرتبة واحدة كما لو كانوا شركاء على الشيوع في نفس العقار
وإما أن يكونوا في مراتب مختلفة كما لو كان بعضهم شريكاً على الشيوع في نفس العقار المبيع، وبعضهم شريكاً في حق من حقوقه كحق الطريق، أو جاراً ملاصقاً

الحالة الأولى : النزاحم بين الشفعاء المتحدين في المرتبة

إذا تزاحم الشفعاء وكانوا متحدين في المرتبة فقد اختلف الفقهاء في كيفية استحقاقهم للشفعة على قولين :

القول الأول

يقسم المبيع بين الشفعاء المتحدين في المرتبة قسمة تناسبية، أي بقدر حصة كل واحدٍ منهم في الملك
وإلى هذا ذهب المالكية^(١)، والإمام الشافعي في أظهر قوليه^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٨٦/٣، شرح الخرشي ١٧٣/٦، مواهب الجليل ٣٢٥/٥

(٢) مغنى المحتاج ٣٠٥/٢ نهاية المحتاج ٢١٣/٥

(٣) الإنصاف ٢٧٥/٦، المبدع في شرح المقنع ٢١٣/٦

القول الثاني

يقسم المبيع على عدد رعوس الشفعاء المتحدين في المرتبة وإلى هذا ذهب الحنفية^(١)، والزيدية^(٢) وهو القول الثاني للإمام الشافعي المقابل للأظهر^(٣) ورواية عند الحنابلة^(٤)

الأدلة

أولاً : استدلال القول الأول

استدل القائلون بتوزيع المبيع بنسبة الحصص من المعقول فقالوا :
الشفعة حق مستحق بالملك فيُقسط على قدر الملك، كالأجرة والثمرة^(٥)
أو أنه حق يستفاد بسبب الملك، فكان على قدر الأملاك كالغلة^(٦)

ثانياً : استدلال القول الثاني

استدل القائلون بتوزيع المبيع على الرعوس من الأثر، والمعقول

(١) الأثر

ما روى عن الشعبي أنه قال : (الشفعة على رعوس الرجال)^(٧)
وينافس هذا الأثر بأنه يعارض الأثر الذي رواه شريح أنها على الحصص^(٨)

(١) الميسوط ٩٧/١٤ ، الهداية شرح بداية المبتدى ٢٥/٤

(٢) الروض النضير ٣٤٣/٣

(٣) مغنى المحتاج ٣٠٥/٢ ، نهاية المحتاج ٢١٣/٥

(٤) المقنع ٢٦٤/٢ ، الإنصاف ٢٧٦/٦

(٥) مغنى المحتاج ٣٠٥/٢

(٦) المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٣/٥

(٧) مصنف عبد الرزاق ٨٥/٨ الأثر رقم ١٤٤١٥

(٨) مصنف عبد الرزاق ٨٥/٨ الأثر رقم ١٤٤١٧

(ب) المعقول

استدلوا من المعقول بدليين :

الدليل الأول

أنهم متساوون في الأخذ بالشفعة بدليل أن الواحد منهم يأخذ الكل عند انفراده وإن قل نصيبه، فيتساوون في الاستحقاق عند الاجتماع بالتقسيم على رؤوسهم (١)

وقد نوقش ذلك بأن أخذ الواحد منهم عند انفراده مبناه جمع شتات الملكية وعدم وجود من يشارك في استحقاقها، فإذا تعددوا أخذوا بقدر حصصهم، قياساً على الدين فإن صاحبه إذا انفرد أخذه كله وإن تعدد فإن التوزيع يكون بقدر حصة كل واحد منهم في الدين (٢)

الدليل الثاني

أن الشفعة شرعت لرفع التأذى وهو يرجع إلى الأشخاص لا إلى الأملاك، فكان الاعتبار بهم لا بأصبائهم (٣)

ويمكن مناقشة ذلك بأن الضرر والتأذى يرجع أيضاً إلى الأملاك بدليل أنه يزيد وينقص بقدر نصيب الشريك في مقدار العقار الشائع الذى بيع جزء منه

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن الشفعة فى حالة اجتماع الشفعاء المتحددين فى المرتبة توزع بحسب الحصص لا على عدد الرؤوس؛ لأن هذا رأى يحقق العدالة ويمنع التشاحن بين الشفعاء

(١) الهداية شرح بداية المبتدى ٢٥/٤ ، الكافى ٤٢٣/٢

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٣/٥

(٣) الروض النضير ٣٤٣/٣ .

موقف القانون

بينت المادة (٩٣٧) من القانون المدنى المصرى حكم التزاحم بين الشفعاء المتحدين فى الطبقة بقولها :

" إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه "

وبناء على هذا النص فإن الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقة واحدة يتساوون فى المرتبة فلا يحجب واحد منهم الآخر وإنما يقسم بينهم العقار المشفوع فيه بنسبة أنصبتهم التى يشفعون بها

فإذا امتلك محمد، وعلى، وزيد أرضا على الشيوخ وكان لمحمد النصف، ولعلى الثلث، ولزيد السدس، ثم باع محمد حصته [النصف] وطالب بالشفعة كل من على وزيد فإن الحصه المبيعه تقسم بنسبة سهامان لعللى [صاحب الثلث] وسهم لزيد صاحب [السدس]

وهكذا بالنسبة لسائر الطبقات

ولكن هل يسرى هذا الحكم على تزاحم الشفعاء المتجاورين والمنصوص عليها فى الفقرة (هـ) من المادة (٩٣٦) مدنى والخاصة بشفعة الذين يستندون فى طلب الشفعة إلى الجوار ؟

كان المشرع الوضعى يعمم القاعدة بالنسبة للجميع فى المادة (١٣٨٤) من المشروع التمهيدي، ولكن هذه المادة حذفت فى المشروع النهائى مع حذف النص الخاص بشفعة الجوار وغفل عن إعادته عندما أعيد النص على شفعة الجوار فى مجلس النواب وصارت المادة (٩٣٧)

ولما كانت المادة (٩٣٧) مدنى على الوجه الذى استقرت عليه تجعل استحقاق كل شفيح عند تعدد الشفعاء من طبقة واحدة على قدر نصيبه وهذه القاعدة لا يمكن انطباقها فى حالة تعدد الجيران وتراحمهم، لأنهم لا يشفعون بعقار واحد حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه فى هذا العقار فقد وجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التى تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى باعتباره عرفاً مستقراً جرى عليه العمل ولم يكن إغفالها إلا لمجرد السهو وهى على كل حال حكم عادل عند السكوت عن النص، ومن ثم يراعى بين الجيران عقار كل منهم، وضرورة أو عدم ضرورة توسيعه

ومعنى ذلك أن العبرة فى مجال المفاضلة بين الجيران المتراحمين فى طلب الشفعة إنما هى بالمنفعة التى تعود على المشفوع له من الأخذ بالشفعة دونما نظر إلى المنفعة التى تعود على كل شفيح من ملك كسبه للمبيع^(١) فإن تساوت المنفعة التى تعود على العقارات المشفوع لها فإن المبيع يقسم بين أصحاب هذه العقارات بالتساوى^(٢)

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن العبرة فى مجال المفاضلة بين الجيران المتراحمين فى طلب الشفعة إنما هى بالمنفعة التى تعود على ملك كل منهم المشفوع به دون الاعتداد بالمنفعة التى تعود على ملك كسبه بعد البيع، ودون الاعتداد بالفوائد التى تعود عليه شخصياً من الأخذ بالشفعة

نقض مدنى فى ١٩٥٠/١١/٢٣م الطعن رقم ١٦٦ السنة ٨ ق .

ويُنظر أيضاً : الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض م/ معوض عبسب التواب - ص ٢٦ ط .
منشأة المعارف ١٩٨٦

(٢) انظر : د / عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٥٥ ف ٤٢٥ ، د / محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٥٨ ف ٢٤٩ ، د / عبد المنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٨٥ .

ويرى بعض الفقهاء أن التزام بين الجيران يجب أن يقاس على أقرب الحالات إليه وهو التزام بين الشفعاء الآخرين المنصوص عليه في المادة (٢/٩٣٧) مدني والتي تقضى بأن الاستحقاق بين الشفعاء المتحدين في المرتبة يكون بقدر حصة كل منهم

وعليه إذا تزام الجيران وجب أن يُوزع العقار المشفوع فيه بنسبة ما يشفع به كل منهم (١)

وهذا الرأي قوى في نظري؛ لأنه يحقق العدالة ويمنع ما قد يحدث من تشاحن بين الشفعاء

الحالة الثانية : التزام بين الشفعاء المختلفين في المرتبة

قد يكون التزام بين الشفعاء من طبقات مختلفة، كأن يكون من الشفعاء شريك في نفس العقار، وشريك في حق من حقوقه، وجار ملاصق وللفصل في هذا التزام يرى الحنفية القائلون بجواز تعدد أسباب الشفعة أن الأولوية في استحقاق الشفعة تكون للأقوى فالأقوى فيقدم الشريك في نفس المبيع، على الخليط في حق المبيع، ويقدم الخليط في حق المبيع على الجار الملاصق؛ وذلك لأن المؤثر في ثبوت الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وسبب وجود الضرر هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار فإن لم يأخذ الشريك في نفس المبيع وجبت للخليط، وإن لم يأخذ الخليط وجبت للجار الملاصق

وهذا على ظاهر الرواية

وروى عن أبي يوسف إذا لم يأخذ الشريك فلا شفعة لغيره (٢)

(١) هذا الرأي للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال - ص ٣٦٩

(٢) المبسوط ٩٤/١٤ ، الهداية شرح بداية المبتدى ٢٤/٤ ، تبين الحقائق ٢٣٩/٥ ، ٢٤٠ ، نتائج الأفكار ٣٧٥/٩ ، مجمع الأنهر ٤٧٢/٢ .

موقف القانون

تبين مما سبق أن الشفعاء في القانون المدني المصري مرتبين بالمادة

(٩٣٦) مدنى فى خمس طبقات

الأولى : مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع

الثانية : الشريك فى الشيوخ إذا بيع شىء من العقار الشائع للأجنىبى

الثالثة : صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة

الرابعة : مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع الحكر والمحتكر إذا بيعت الرقبة

الخامسة : الجار المالك إذا كان ملاصقاً

فإذا تراحم الشفعاء وكانوا من طبقات مختلفة فإن الأفضلية لمن كان فى

الطبقة العليا دون من سواه

فإذا باع الشريك فى حق الانتفاع حصته وطالب بالشفعة مالك الرقبة

وشريكه فى حق الانتفاع كانت الأفضلية لمالك الرقبة؛ لأنه فى الطبقة الأولى فى

حين أن الشريك فى الطبقة الثانية

وهكذا بالنسبة لسائر الحالات

مع ملاحظة أن الحالات التى تثبت فيها الشفعة للجار المالك تقع كلها فى

طبقة واحدة دون أفضلية لإحداها على الأخرى

فإذا بيعت أرض زراعية، وطالب بالشفعة فيها جار يملك أرضاً تلاصقها

من الناحية الشرقية مع وجود علاقة ارتفاقية بين الأرضين ونازعه فى ذلك جار

آخر يملك أرضاً تلاصقها من جهتين فإن الشفيعين يكونا في طبقة واحدة ويسرى على التزام بينهما حكم تعدد الشفعاء من طبقة واحدة (١)

وإذا كان القانون المدني المصري يأخذ بمبدأ تعدد الشفعاء إلا أنه سلك مساكاً خاصاً بقضائه في الفقرة الثالثة من المادة (٩٣٧) بأن المشتري إذا توافرت فيه شروط الشفعة فإنه يُفضل على الشفعاء الذين هم من طبقتهم أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى، مغايراً بذلك حكم الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر والتي تقضى بأن المشتري إذا زاحمه من هم في طبقتهم فإن الاستحقاق يكون على قدر الأنصبة

ويبدو أن الذي دفع المشرع الوضعي إلى تقرير هذا الحكم بالنسبة للمشتري إذا كان شفيعاً هو أنه ينظر إلى الشفعة باعتبارها استثناء من مبدأ حرية التعاقد ومن ثم يجب إعمالها في أضيق نطاق فإذا توافر في المشتري شروط الأخذ بها فليس هناك مبرر قوى يجيز الأخذ بالشفعة لشفعاء هم في نفس مرتبته (٢)

(١) د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢٩٥/٣، ٢٩٦، ٢٧١ ف / د عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال - ص ٣٦٤، ٣٦٥ ف ٢٦٣، د / عبد المنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٨٢ ف ٢٤٧، د / رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٣١٩ ط ١٩٩٧

(٢) د / عبد المنعم البدر أوى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٥٦ ف ٤٢٦ د / شفيق شحاتة - شرح القانون المدني في الأموال - القسم الأول ص ٢٦٦ ط ١٩٥١ د / محمد علي عمران - الحقوق العينية الأصلية ص ١٢٢ .

المقارنة

بمقارنة القانون المدنى المصرى بالفقه الإسلامى بشأن التزام بين الشفعاء تبين ما يأتى :

(أ) إذا كان التزام بين شفعاء مختلفين فى المرتبة فإن القانون يتفق مع ما ذهب إليه أكثر الفقهاء، من أن المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء بقدر حصصهم وليس على رؤوسهم

(ب) إذا كان التزام بين شفعاء مختلفين فى المرتبة فإن القانون يتفق تماماً مع الفقه الإسلامى فى أن الأسبقية تكون للأعلى مرتبة

(جـ) إذا كان التزام بين شفعاء المشترى واحد منهم وهم جميعاً من طبقة واحدة فإن القانون يُفضل الشفيع المشترى على غيره المتساوى معه فى المرتبة على خلاف الفقه الإسلامى فإنه يجعله كأحدهم

وهو مسلك عادل؛ لأنه يحقق العدالة ويمنع سوء النية بسبق الشراء من أحد الشفعاء المتحدين فى المرتبة

المبحث الثالث

التحايل لإسقاط الشفعة وأثره على حق الشفيع

يقصد بالحيلة في الشفعة أن يظهر البائع والمشتري في المبيع شيئاً لا يأخذ معه الغير بالشفعة، وذلك مثل أن يكون المبيع يساوي في الحقيقة مائة فيظهر البائع والمشتري أنه بألف حتى يعجز من تقرر له الشفعة من الغير عن الشراء بمثل ما اشترى به المشتري في الظاهر (١)

ولكن إذا استطاع من تقرر له الشفعة أن يكشف هذا التحايل، هل يخلص له المبيع بمثل الثمن الحقيقي أم لا؟ قولان للفقهاء؛

القول الأول

أن الحيلة تسقط حق الغير في الشفعة

وإلى هذا ذهب الحنفية (٢)، والشافعية (٣)

وحجتهم في ذلك : أن البائع يتحايل من أجل دفع الضرر عن نفسه، والحيلة لدفع الضرر عن النفس مشروعة وإن تضرر الغير بها (٤)

(١) ومن صورها أيضاً أن يهب البائع المبيع للمشتري ، ويهب المشتري الثمن للبائع، أو يتصدق البائع بجزء مما يلي دار الجار للمشتري ثم يبيعه الباقي، أو يبيع له الدار إلا ذراعاً منها في طول الحد الذي يلي دار الجار

انظر : الفتاوى البرازية - مطبوع مع الجزء السادس من الفتاوى الهندية - ٥٥٥/٣

روضة الطالبين ١١٥/٥، الشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة ٤٦٠/٥ ، ٤٦١

(٢) تبين الحقائق ٢٦١/٥ ، مجمع الأنهر ٤٨٦/٢

(٣) روضة الطالبين ١١٥/٥

(٤) الراجع السابقة

القول الثاني

الحيلة لا تُسقط حق الغير في طلب الشفعة

وإلى هذا ذهب الحنابلة (١)

وحجتهم في ذلك أن الشفعة وضعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالحيلة للحق

الضرر بها (٢)

ولم أجد فيما اطلعت عليه من الفقه المالكي من تعرض لهذه المسألة

إلا أن ابن قدامة ذكر في كتابه المغنى أن المنقول عن الإمام مالك يوافق ما

ذهب إليه الحنابلة من أن الحيلة لا تُسقط حق الغير في طلب الشفعة (٣)

الترجيح

أرى ترجيح ما يراه الحنابلة من أن التحايل لا يُسقط حق الغير في طلب

الشفعة؛ لأن الشفعة ثابتة بالشرع والثابت بالشرع لا يسقط بالتحايل

والقول بأن البائع بالتحايل يدفع الضرر عن نفسه قول مردود؛ لأن الغير الذى

تقررت له الشفعة يأخذ المبيع بمثل ما اشترى به المشتري، فأى ضرر يقع على

البائع إذن؟

(١) المغنى مع الشرح الكبير ٤/٤٦٠، ٤٦١، كشف القناع ٤/١٣٥ ط. دار الفكر .

(٢) كشف القناع ٤/١٣٥ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٥/٤٦٠

موقف القانون

لم يورد القانون المدني حكماً بهذا الشأن مما أدى إلى تضارب أحكام القضاء
فبعضها اعتبر الحيلة مسقطاً للشفعة اعتماداً على أن أحكام الشفعة مستمدة من
المذهب الحنفي وهو يجيز استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة
على حين قضت بعض المحاكم الأخرى بعدم جواز استعمال التحايل لإسقاط
الشفعة استناداً إلى أن الشفعة ثابتة بمقتضى قانون فيجب أن يطبق عليها ما يتفق
وأسس هذا القانون، ومن هذه الأسس أن الغش ومنه التحايل يفسد كل شيء (١)
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الغرض من الشفعة هو دفع
الضرر، والتحايل لإسقاطها ليس للمحاكم أن تقره (٢)

(١) د / محمد كامل مرسي - الحقوق العينية الأصلية - الجزء الثالث أسباب كسب الملكية ٢٦٤/٣ ط . العالمية ١٩٥٢

د / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ص ٥٦٧ ط . دار إحياء التراث

دار إحياء التراث، د / عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال ص ٣٦٣ ف ٢٦١

(٢) نقض مدني في ١٩٧٨/٤/٢٨، الطعن رقم ١٢١٨ لسنة ٥٣ ق القاعدة ١٣٧، مجموعة أحكام
النقض المدني - الكتب الفني - السنة الثامنة والثلاثون ٨١٣/٢

الفصل الثانى

حق الورثة فى وصية مورثهم

تقديم

ذكرت فيما سبق أن الوارث لا يُعتبر من الغير بالنسبة لتعاقد مورثه، فكل تعاقد يبرمه المورث ينصرف أثره إلى وارثه وكأن وارثه هو الذى أبرم العقد بنفسه

فلو باع المورث شيئاً من ماله، أو رهنه ثم مات فإن أثر هذا البيع أو الرهن ينتقل إلى وارثه بحقوقه والتزاماته ناحية من كان قد تعاقد معه مورثه (١) إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها فانتقال أثر العقد إلى الوارث مشروط بعدم إلحاق الضرر بالوارث وإلا انقلب الوارث غيراً وهذه الغيرية تمكنه من التحلل من تعاقد مورثه

ومن قبيل هذه التعاقدات الضارة الوصية الصادرة من المورث (٢) لأحد ورثته أو الصادرة منه لغير وارث وكانت تزيد عن ثلث التركة وقد كفل المشرع حقاً للورثة فى مواجهة مثل هذا التعاقد الضار أوضحه من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : حق الورثة فى وصية مورثهم لو ارث

المبحث الثانى : حق الورثة فى وصية مورثهم لغير وارث

(١) انظر ص : ٢٠ من الرسالة

(٢) الوصية فى اللغة : ما يوصى به يقال : أوصيت إليه بمال أى جعلته له، وأوصيته بالصلاة أى أمرته بها

لسان العرب مادة (وصى) ٤٨٥٣/٦، المصباح المنير ص ٣٤١

أما فى الاصطلاح فهى : تملك مضاف إلى ما بعد الموت

مجمع الأنهر ٦٩٠/٢

المبحث الأول

حق الورثة في وصية مورثهم لو ارث

اختلف علماء الفقه الإسلامى فى حق الورثة^(١) فى وصية مورثهم لو ارث على أقوال ثلاثة :

القول الأول

وصية المورث لو ارثه بقليل أو كثير توقف على إجازة الورثة فإن أجازوها نفذت، وإن ردها بطلت وإن أجازها بعضهم، وردّها البعض الآخر كانت نافذة فى حق من أجازها وباطلة فى حق من لم يجزها وإلى هذا ذهب الحنفية^(٢)، وهو القول الأظهر للإمام الشافعى^(٣)، والرواية المعتمدة عند الحنابلة^(٤)، وبه قال الزيدية^(٥)

القول الثانى

وصية المورث لو ارثه باطلة فإن أجازها الورثة كانت هبة منهم لا تنفذاً لو وصية مورثهم

(١) يتحدد وكون الشخص وارثاً، أو غير وارث بوقت موت الموصى، لا بوقت الوصية انظر : الفتاوى الهندية ٩٠/٦، شرح الخرشي ١٧٤/٨، مغنى المحتاج ٤٤/٣، المبدع فى شرح المقنع ١٧/٦

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى ٢٣٢/٤، تبيين الحقائق ١٨٣/٦، مجمع الأنهر ٦٩٢/٢

(٣) مغنى المحتاج ٤٣/٣، نهاية المحتاج ٤٩/٦، الحاوى الكبير ١٩٠/٨

(٤) الإنصاف ١٩٤/٧، الكافى ٤٧٩/٣

(٥) البحر الرخار ٣٠٨/٦، شرح الأزهار ٤٧٦/٤

وإلى هذا ذهب المالكية في المشهور عندهم ^(١) وابن حزم الظاهري ^(٢) وهو مقابل القول الأظهر للإمام الشافعي ^(٣) والرواية الأخرى عند الحنابلة ^(٤)

القول الثالث

الوصية للوارث كالوصية لغير الوارث توقف على إجازة الورثة إذا زادت عن ثلث التركة، وتنفيذ دون توقف على إجازتهم إذا كانت في حدود ثلث التركة وإلى هذا ذهب الإمامية ^(٥)

الأدلة

أولاً : أدلة القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على وقف العقد لحق الورثة من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن عطاء الخرساني عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول

الله ﷺ : ﴿ لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة ﴾ ^(٦)

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٤٢٧ ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٦/٣٣٠ .

(٢) المحلى ١٠/٤٢٤ مسألة ١٧٥٤

(٣) نهاية المحتاج ٦/٤٩ ، مغنى المحتاج ٣/٤٣

(٤) الإنصاف ٧/١٩٤ ، المبدع في شرح المقنع ٦/١٢

(٥) شرائع الإسلام ٢/٢٥٣ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٦/١٦٠ .

(٦) سنن الدارقطني ٤/٩٨ حديث رقم ٩٤ ، السنن الكبرى للبيهقي ٦/٢٦٣ ، ٢٦٤ وقال : عطاء

الخرساني غير قوى

وجه الدلالة

أن النبي ﷺ نهى عن الوصية للوارث واستثنى من هذا النهى إجازة بقية الورثة للوصية، والاستثناء من المنع إثبات فكان ذلك دليلاً على صحة الوصية للوارث إذا أجازها بقية الورثة (١)

(ب) المعقول

استدلوا من المعقول بدليين :

الدليل الأول

أن منع الوصية للوارث كان من أجل حق باقى الورثة فإذا أسقطوه بالإجازة سقط (٢)

الدليل الثانى

الوصية للوارث تصح وتوقف على إجازة الورثة قياساً على الوصية لأجنبى بالزائد عن الثلث فإنها تصح وتوقف على إجازة الورثة فى القدر الزائد (٣)

ثانياً : أدلة القول الثانى

استدل أصحاب القول الثانى على البطلان من السنة، والمعقول

-
- (١) انظر الاستدلال بهذا الحديث ، مغنى المحتاج ٤٣/٣ ، كشف القناع ٤/٣٤٠ ط . دار الفكر المغنى مع الشرح الكبير ٤٢٠/٦ ، شرح منتهى الإرادات ٥٤١/٢
- (٢) الهداية شرح بداية المبتدى ٢٣٢/٤ ، المنقى شرح الموطأ ١٥٧/٦ ، شرح منتهى الإرادات ٥٤١/٢
- (٣) الحاوى الكبير ١٩٠/٨ ، ١٩١ ، مغنى المحتاج ٤٣/٣ .

(أ) السنة

ما روى عن أبي أمامة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : ﴿ إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ﴾ (١)

وجه الدلالة

أن النبي ﷺ نهى عن الوصية للوارث فليس لبقية الورثة أن يجيزوا ما نهى عنه الشارع على لسان نبيه ﷺ إلا أن يكون ذلك هبة منهم (٢) ويناقش ذلك بأنه قد ورد في بعض الروايات ﴿ إلا أن يشاء الورثة ﴾ وهذا يدل على الجواز بإجازة من كان المنع لحقهم وهم الورثة

(ب) المقبول

أنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح، قياساً على ما لو أوصى بمال من غير الميراث (٣)

ويمكن مناقشة ذلك بأنه قياس مع الفارق ووجه الفرق :

أن المورث يملك الميراث ولكنه لا يملك الوصية به إلا على الوجه الذى بينه الشارع

بخلاف مال الغير فهو لا يملكه، وبالتالي لا يملك الوصية به

(١) سنن أبي داود واللفظ له ١١٤/٣ حديث رقم ٢٨٧٠، سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ حديث رقم ٢٧١٣
سنن الدارمى ٥١١/٢ - باب الوصية للوارث حديث رقم ٣٢٦٠ ط . الريان
سنن الترمذى ٤٣٤/٤ كتاب الوصايا - باب ما جاء لا وصية لوارث - وقال : حديث حسن صحيح

(٢) انظر الاستدلال بهذا الحديث : المحلى ٢٥/١٠ : مسألة ١٧٥٤
وانظر أيضاً : معنى المحتاج ٤٣/٣، الوسيط فى المذهب ١١٤/٤ ط . دار السلام ، المعنى مع الشرح الكبير ٤٢٠/٦، المبدع فى شرح المقنع ١٢/٦
(٣) المذهب ٤٥١/١ ط . دار الفكر

الوجه الثانى

أن الوصية للوارث تودى إلى إيثار بعض الورثة ففى تجويزها قطبعة للرحم التى أمر الله سبحانه وتعالى بوصولها (١) ويجاب عن ذلك بأن الجواز ليس على إطلاقه حتى يسلم لكم ما ذكرتم بل هو موقوف على إجازة الورثة

ثالثاً : أدلة القول الثالث

استدل الفاتلون بجواز الوصية للوارث فى حدود ثلث التركة من الكتاب، والسنة

(أ) الكتاب

قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (٢)

وجه الدلالة

أفادت الآية الكريمة مشروعية الوصية للورثة المعبر عنهم بالوالدين والأقربين، وهذا هو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط من أجل ذلك توعده الله سبحانه وتعالى بالإثم والخسران من يجيد عن ذلك الطريق بقوله بعد هذه الآية :

﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ﴾

وذلك بعد أن وثق الحكم وأكده بقوله : ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (٣)

(١) فقه الإمام جعفر الصادق ١٦٠/١

(٢) سورة البقرة الآية ١٨٠ .

(٣) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ٣٧٤/١٣ ط . دار إحياء التراث

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الآية منسوخة بآية الفرائض قال تعالى :

﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ (١)

وقيل : هي منسوخة بحديث ابن عباس رضى الله عنهما السابق ﴿ إن الله قد أعطى

كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ﴾ (٢)

وقيل : بل هي منسوخة بدلالة الإجماع على ذلك وإن لم يُعين دليله (٣)

وقد أُجيب عن ذلك بأنه على فرض التسليم بأن الآية منسوخة فإن النسخ للوجوب

لا يستلزم النسخ للجواز

وعليه فإن جواز الوصية للوارث حكم باقٍ لم يُنسخ

وقد رُد ذلك بأن الجواز أيضاً منسوخ كما هو صريح حديث ابن عباس الله رضى

الله عنهما، والقول بنسخ الوجوب فقط لا دليل عليه (٤)

(ب) السنة

ما روى عن عامر بن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : جاء النبي ﷺ يعودني

وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها قال : يرحم الله ابن عفراء، قلت : يا

رسول الله أوصى بمالى كله قال : لا ، قلت : فالشطر؟ قال : لا، قلت : الثلث؟ قال :

فالثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

..... " (٥)

(١) سورة النساء من الآية ٧

(٢) الحديث سبق تخريجه ص ٢٢٠

(٣) فتح البارى ٣٧٣/٥ ط . دار المعرفة ، أحكام القرآن لابن العربي ٧١/١ ط . عيسى البيايى
الخلبي

(٤) نيل الأوطار ٤١/٦ ط . الريان

(٥) صحيح البخارى مع فتح البارى ٣٦٣/٥ رقم ٢٧٤٢ - كتاب الوصايا .

وجه الدلالة

دل هذا الحديث على جواز الوصية في حدود ثلث التركة دون تفرقة بين وارث أو غير وارث

ويناقش هذا الاستدلال بحديث ابن عباس السابق أن رسول الله ﷺ قال :

﴿ لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة ﴾ (١)

فقد قيدَ هذا الحديث جواز الوصية للوارث بإجازة الورثة

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن وصية المورث لو ارثه توقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت؛ وذلك لأن القول بالوقف روعي فيه حق الموصى وحق ورثته فأما حق الموصى فهو تصحيح عبارته، وأما حق ورثته فهو عدم نفاذ ما قد يضر بهم إلا بموافقتهم

(١) الحديث سبق تخريجه ص ١٨٠

موقف القانون

كان القانون المدنى السابق يوافق ما ذهب إليه القائلون بمنع الوصية للوارث بقليل أو بكثير إلا بموافقة بقية الورثة وظل الحال كذلك حتى صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م فأجاز فى المادة السابعة والثلاثين منه الوصية للوارث فى حدود ثلث التركة من غير إجازة الورثة وقد جاء فى المذكرة التفصيلية لهذا القانون أن هذا هو رأى فريق من العلماء من غير المذاهب الأربعة (١)

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الوصية للوارث جائزة فى حدود ثلث التركة وفقاً للمادة السابعة والثلاثين من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م (٢)

-
- (١) انظر الإمام محمد أبو زهرة - شرح قانون الوصية ص ٥٩ ط . دار الفكر الشيخ أحمد إبراهيم - التركة والحقوق المتعلقة بها ص ٩٠ ، ط . دار الفكر د / أحمد الحصرى - التركات والوصايا - ص ٧١ ط . دار الجليل د / أحمد فراج حسين - أحكام الوصايا والأوقاف - ص ١٠٩ ط ١٩٩٧م
- (٢) نقض مدنى فى ١ يونية ١٩٧٢م طعن رقم ١٨٠ لسنة ٣٧ ق - السنة الثالثة والعشرون - مجموعة أحكام النقض المدنى - المكتب الفنى - ١١٣٨/٢ .
- كما قضت بأن الوصية نفاذاً فى ثلث التركة بغير إجازة الورثة نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠م طعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٥ ق - السنة الحادية والثلاثون - مجموعة أحكام النقض المدنى - المكتب الفنى - ملحق الجزء الأول ص ٢١٦٨ ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أن تعدد وصايا المتوفى بما يجاوز ثلث التركة نفاذاً جملة فى حدود الثلث مقسمة بين أصحاب الوصايا
- نقض مدنى فى ٢٢ أبريل ١٩٨١م طعن رقم ٦٤١ لسنة ٤٧ ق - السنة الثانية والثلاثون - مجموعة أحكام النقض المدنى - ١٢٢٣/١
- وأيضاً نقض مدنى فى ١٥ يناير ١٩٨٤م طعن رقم ٩٧٤ لسنة ٥٣ ق - السنة الخامسة والثلاثون - مجموعة أحكام النقض المدنى - المكتب الفنى - ١٤٦/١ .

المبحث الثاني

حق الورثة في وصية مورثهم لغير وارث

لا خلاف بين علماء الفقه الإسلامي على جواز الوصية لغير وارث إذا كانت في حدود ثلث التركة؛ وذلك لأن هذا القدر وهو الثلث هو حق المورث لا حق ورثته^(١)

ولكن الخلاف بينهم في الوصية لغير وارث بزائد عن الثلث وخلافهم في ذلك ينحصر في قولين :

القول الأول

الوصية لغير وارث بزائد عن ثلث التركة توقف على إجازة الورثة فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت فيما زاد عن الثلث إلى هذا ذهب الحنفية^(٢)، والإمام الشافعي في أحد قوليه^(٣)، والحنابلة في رواية لهم^(٤)، وبه قال الزيدية^(٥)، والإمامية^(٦)

القول الثاني

الوصية لغير وارث بزائد عن الثلث باطلة في القدر الزائد فإن أجاز الورثة هذا القدر كان هبة مبنية منهم لا تنفيذاً لوصية مورثهم

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٦٩/٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٢٧/٤، مغنى المحتاج ٤٧/٣، الإقناع ٦٣/٣ .

(٢) الفتاوى الهندية ٩٠/٦

(٣) مغنى المحتاج ٤٧/٣، المهذب ٤٥٠/١

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٤٢٧/٦

(٥) شرح الأزهار ٤٧٦/٤

(٦) شرائع الإسلام ٢٥٣/٢

وإلى هذا ذهب المالكية (١) وهو القول الآخر للإمام الشافعي (٢) ، والرواية الأخرى عند الحنابلة (٣)

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب القول الأول على أن الوصية لغير وارث بما زاد على ثلث التركة توقف على إجازة الورثة بما روى عن عامر بن سعيد عن أبيه رضي الله عنه قال : مرضت فعادني النبي ﷺ فقلت يا رسول الله : أدع الله أن لا يرثني على عقبى قال : لعل الله يرفعك وينفع بك ناساً قلت : أريد أن أوصي وإنما لي ابنة فقلت : أوصى بالنصف قال : النصف كثير قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير أو كبير قال : فأوصى الناس بالثلث فجاوزهم ذلك (٤)

وجه الدلالة

أن الرسول ﷺ منع الوصية بالزائد عن الثلث لحق الورثة فإذا تنازل الورثة عن هذا الحق بإرادتهم، فإن الوصية تصح؛ لأن المنع كان لحقهم وهم قد أسقطوه (٥)

(١) شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ١٧٩/٨، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣٣٠/٦

(٢) الأم ١١٠/٤، المهذب ٤٥٠/١، مغنى المحتاج ٤٧/٣

(٣) الإقناع ٤٩/٣ ط . دار المعرفة، المغنى مع الشرح الكبير ٤٢٧/٦

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى ٣٦٩/٥ حديث رقم ٢٧٤٤

انظر : الاستدلال بهذا الحديث : المنتقى شرح الموطأ ١٥٧/٦ ، المهذب ٤٥٠/١

(٥) المهذب ٤٥٠/١

ثانياً : استدل أصحاب القول الثانى على أن الوصية لغير وارث بما زاد على
ثلث التركة تقع باطلة فى القدر الزائد بالحديث السابق

وجه الدلالة

أن النبى ﷺ نهى عن الوصية بما زاد على ثلث التركة، والنهى يقتضى
الفساد (١)

ويمكن مناقشة ذلك بأن النهى عن أمر لا يقتضى بالضرورة فساده حيث لا
ملازمة بين النهى عن الشيء وفساده، كالبيع وقت نداء الجمعة ، والشافعية أنفسهم
هم الذين يقولون بذلك

الترجيح

أرى ترجيح القول بوقف الوصية بما زاد على ثلث التركة لغير الوارث
على إجازة الورثة فإن أجازوها نفذت وإن منعوها نفذت فى حدود حق المورث
وهو الثلث إذا لا ضرر يقع على الورثة مادام أن العقد يكون موقوفاً على إرادتهم
مع الأخذ فى الاعتبار أن الحكم المتقدم مشروط بكون الموصى ليس مديناً بدين
مُستغرق لكل تركته وإلا فإن الوصية لا تنفذ على الإطلاق سواء كانت لوارث أو
لغير وارث إلا إذا أجازها الدائنون، ولا عبرة بإجازة الورثة فى هذه الحالة؛ لأن
الحق ليس لهم فحقهم فى التركة مؤخرٌ عن الديون
ولكن إذا أجازها الدائنون فلا بد من إجازة الورثة فى القدر الزائد على الثلث .

(١) المهذب ١/٤٥٠ ، المغنى مع الشرح الكبير ٦/٤٢٧ .

موقف القانون

أخذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م بالرأى الأول فأجاز الوصية لغير وارث بأكثر من ثلث التركة بشرط إجازة الورثة لها فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت فيما زاد على الثلث (١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن تعدد الأموال الموصى بها مجاوزتها قيمة ثلث التركة، عدم إجازة الورثة لها أثره، نفاذها في حدود الثلث (٢)

المقارنة

مما سبق تبين أنه لا خلاف بين قانون الوصية المعمول به وما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من أن الوصية لغير وارث فيما زاد على ثلث التركة توقف على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت في القدر الزائد على الثلث أما الوصية للوارث فقد وقع فيها الخلاف :

فجمهور الفقهاء يرون أن الوصية للوارث لا تجوز بقليل، أو كثير إلا بموافقة الورثة

وقانون الوصية يُجبر هذه الوصية إذا كانت في حدود ثلث التركة دون موافقة الورثة موافقاً بذلك ما ذهب إليه الشيعة الإمامية

(١) انظر : د/ حامد زكى - عقد البيع - ص ٢١٣

د / عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - ص ٦١٧ ط ١٩٨٥

د / سليمان مرقس - عقد البيع - ص ٥٦٠ ط ١٩٨٥

(٢) نقض مدنى فى ٣ يناير ١٩٨٥ ، الطعن رقم ١١٢ ، لسنة ٥١ ق - مجموعة أحكام النقض

المدنى - المكتب الفنى - السنة السادسة والثلاثون ٧٣/١

وقد هاجم بعض شراح القانون ذلك ونقدوه نقداً مريراً على اعتبار أنه يخالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وعلى اعتبار أن الوصية لبعض الورثة من غير إجازة الباقي من شأنه أن يورث البغضاء والضغينة مما يؤدي إلى الإضرار بهم ومع ذلك وجد من فقهاء الشريعة المحدثين من يؤيد مسلك القانون بحجة أنه يتفق وحكمة مشروعية الوصية التي شرعت لمصالح الناس وهذه المصالح قد تدعو إلى الإيذاء لو ارث يراه المورث أحوج من سائر الورثة، أو يراه عاجزاً عن الكسب لصغر، أو عاهة، أو يراه مريضاً في حاجة إلى العلاج الطويل، أو يراه كثير الأولاد يحتاج إلى المال أكثر من غيره للإنفاق عليهم ولا يكفيه ميراثه في حين يرى الآخرين من الورثة في غنى عن ميراثهم وقد يكون الموصى له أحب إلى نفس الموصى لما قدمه له من خدمات وما حباه به من تقدير، وما قدمه له من إخلاص، وربما شارك في نماء ثروته في حين يكون غيره من الورثة عاقاً سيئ الخلق لا يراعى لمورثه ضعفاً ولا قوامه، ولا يذكر له براً ولا معروفاً فلا تطيب نفس المورث مع هذا أن يسوى بينه وبين من رأى فيه من البر وشاهد فيه من العطف وأنس فيه المودة ومن الخير للناس أن يجدوا في رحاب الشريعة السمحة باباً يُحقق لهم مصالحهم بدلاً من تركهم يبحثون عن طرق احتيالية يلبسونها ثوب الحق كالبيع الصوري بغية الوصول إلى أغراضهم مع الأخذ في الاعتبار أن الوصية تقع باطلة إذا قصد الموصى الإضرار بالورثة وهذا يكفي ضماناً لحسن تصرف الموصى مادامت وصيته مشروطة بان تكون

وفق المنهج الشرعي (١)

وتعقيباً على ذلك قال الإمام محمد أبو زهرة : إن هذه المخالفة - مخالفة مذهب الجمهور - تنتهي إلى مخالفة قسمة الله العادلة في المواريث من غير مبرر، والإدعاء بحاجة بعض الورثة بدعة ولن يكون سبيل عدل كما يتصورون بل سيكون في أكثر أحواله لغير العدل ولغير ذى الحاجة وما أدل على ذلك بالأوقاف التي استخدمت لمحاباة بعض الورثة، أو العقود التي كانت في حقيقتها وصايا مظهرها بيوع (٢) .

(١) الشيخ / على الخفيف - أحكام الوصية - محاضرات ألقاها فضيلته على طلبة معهد الدراسات

العربية ص ٣١٠ ط ١٩٨٢

د / أحمد فراج حسين - أحكام الوصايا والأوقاف - ص ١٠٩ ، ١١٠

(٢) الإمام محمد أبو زهرة - شرح قانون الوصية - ص ٨٠ ط . دار الفكر

الفصل الثالث

حق الورثة في عقود مورثهم في مرض موته

تقديم

المرض في اللغة : نقيض الصحة وهو حالة خارجة عن الطبع ضارة

بالفعل

والتمازض أن يرى من نفسه المرض وليس مريضاً (١)

أما في الاصطلاح : فهو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص (٢)

أما مرض الموت فهو المرض الذي يكون من شأنه أن يحدث الموت غالباً،
ويكون الموت متصلاً به (٣)

وقد وضع علماء الفقه الإسلامي ضوابط لهذا المرض :

فيرى الحنفية أن مرض الموت هو المرض الذي يُخاف منه الهلاك غالباً سواء
كان المريض صاحب فراش، أو لا (٤)

ويرى المالكية أن مرض الموت هو كل مرض يحكم أهل الطب بأن الموت يكثر
منه ولو لم يغلب (٥)

ويرى الشافعية أنه كل مرض حصول الموت منه غير نادر وإن لم يكن غالباً (٦)

(١) لسان العرب ٤١٨٠/٦ ، المصباح المنير ص ٢٩٣

(٢) التعريفات الجرجاني ص ٢٦٤ ط . عالم الكتب

(٣) الإمام محمد أبو زهرة - نظرية العقد - ص ٣٥٠ ط . دار الفكر

(٤) الفتاوى الهندية ١٠٩/٦ ، حاشية ابن عابدين ٤٢٣/٥ ط . دار إحياء التراث

(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٠٦/٣ ، مواهب الجليل ٧٨/٥

(٦) مغنى المحتاج ٥٠/٣ ، نهاية المحتاج ٦١/٦

وبهذا الضابط أيضاً أخذ الحنابلة حيث ذكروا أن مرض الموت كل مرض يكثر حصول الموت منه، أو يكون سبباً صالحاً للموت كالطاعون، والرعاف الدائم، والحمى المطبقة، ونحو ذلك (١)

والناظر فيما أورده فقهاء المذاهب الإسلامية من ضوابط لمرض الموت يلاحظ وجود قدر مشترك بين هذه الضوابط، وهذا القدر وهو أن المرض حتى يمكن وصفه بأنه مرض موت لا بد وأن يتوافر فيه شرطان :

أحدهما

أن يغلب الهلاك من أثر المرض المخوف

الثانى

أن يتصل الموت بالمرض المخوف فلو شفى المريض من مرضه الذى

تصرف فيه ثم مات بعد ذلك فإن تصرفه يكون كتصرف الصحيح

وقد اعتمد القانون المدنى المصرى هذين الشرطين نقلاً عن الفقه الإسلامى مع

إضافته شرطاً ثالثاً هو أن يُعجز المرض صاحبه عن العمل ولا يلزم أن يكون هذا

العجز على سبيل الدوام بل يكفى أن يكون صاحبه عاجزاً عن العمل فحسب ولا

ينفى ذلك مجازفته بالخروج من بيته وانتقاله إلى الجهة المختصة للتصديق على

العقد أو حضوره أمام المحكمة للدفاع عن نفسه (٢)

(١) كشاف القناع ٣٢٣/٤ ط . دار الفكر، شرح منتهى الإيرادات ٥٢٦/٢، الكافى ٤٨٦/٢ .

(٢) د / حامد ذكى - عقد البيع - ص ١٩٩ ف ٢٠٧ ، د / أنور سلطان - عقد البيع - ص ٢٣ وما بعدها

ف ٤٤٥ ، د / محمد على إمام ، سليمان مرقس - عقد البيع والمقايضة - ص ٤٨٤ ، د / توفيق حسن

فرج - عقد البيع والمقايضة - ص ٦٣٥ ف ٣١٩ ، د / سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع - ص ٤٧ ،

د / على الرجال - حقوق الدائنين فى التركة - ص ٢٦٩ ط ١٩٥٢ .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المقصود بمرض الموت هو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن المرض معروفاً بين الناس بأنه من العلل المهلكة وضابط شدته واعتباره مرض موت أن يُعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحة الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به (١)

وأرى أن شرط عجز المرض صاحبه عن العمل لا يصلح أن يكون شرطاً مستقلاً إذ ما هو إلا تفسير لشرط غلبة الهلاك

وبهذا يكون المعول عليه هو توافر شرطين كما هو مقرر بالفقه الإسلامي :

أحدهما : غلبة الهلاك

الثاني : اتصال الموت

وبعد هذا العرض الموجز لتعريف^{مرض} الموت، وبيان ضوابطه أشرع في بيان حق الورثة في العقود التي تصدر من مورثهم في مرض موته، وذلك من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : حق الورثة في معاوضات مورثهم المريض مرض الموت

المبحث الثاني : حق الورثة في تبرعات مورثهم المريض مرض الموت

(١) نقض مدني في ٢٧ ديسمبر ١٩٨٣ الطعن رقم ١٠١١ ، السنة ٤٧ ق - مجموعة أحكام النقض المدني - المكتب الفني - السنة الرابعة والثلاثون - ١٩٤٢/٢ .

المبحث الأول

حق الورثة في معاوضات مورثهم المريض مرض الموت

المطلب الأول

بيع المريض مرض الموت

إذا باع المورث أمواله وهو في مرض موته فلا يخلو بيعه أن يكون بمحابة^(١) أو بثمن المثل^(٢)

فإن كان بمحابة فلا خلاف بين علماء الفقه الإسلامي على أن هذا البيع من المورث المريض مرض الموت يأخذ حكم وصيته في حال صحته فإن كانت المحابة لغير وارث فإنها تكون نافذة على الورثة متى كانت في حدود ثلث التركة فإن زادت عن هذا القدر فإنها تُوقف على إجازتهم في الزائد ، أو تقع باطلة في هذا القدر على رأى من قال : ببطلانه^(٣)

وإن كانت المحابة لوارث فإنها لا تكون نافذة على الورثة في قليل أو كثير إلا بموافقتهم؛ لأنها تعتبر وصية فتأخذ حكمها^(٤)

(١) المحابة لغة : المسامحة مأخوذة من حيوته إذا أعطيته

لسان العرب ٧٦٦/٢ ، المصباح المنير ص ٦٦

أما في الاصطلاح : فهي أن يُعاض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه

انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٥١٥/٦

أو هي " النقصان عن قيمة المثل في البيع والزيادة عن قيمته في الشراء "

انظر : حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٥ ط . دار إحياء التراث .

(٢) ثمن المثل هو الثمن الحقيقي للشيء وقت التعاقد عليه بيعاً أو شراءً ولا يضر الغبن اليسير الذى يتغابن الناس فيه عادة

انظر هذا المعنى : روضة الطالبين ١٣١/٦ ، كشاف القناع ٣٢٧/٤

(٣) انظر ص ٢٢٥ من الرسالة

(٤) انظر : المبسوط ١٥١/١٤ ، شرح الخرشى ٣٠٥/٥ ، روضة الطالبين ١٣١/٦ ، كشاف القناع ٣٢٧/٤ ط . دار الفكر .

خلافاً للإمامية حيث يرون أن الوارث يأخذ حكم غير الوارث فكلاهما تنفذ المحاباة في حقه إذا كانت في حدود ثلث التركة فإن زادت عن هذا القدر فإنها تُوقف على إجازتهم، وذلك قياساً على الوصية عندهم (١)

وإن كان البيع بثمن المثل، أو بما يتغابن فيه الناس عادة، فإما أن يكون لأجنبي أو لوارث

فإن كان لأجنبي فلا خلاف بين علماء الفقه الإسلامي على أن هذا البيع يكون نافذاً على الورثة (٢)

ولكن الخلاف بينهم فيما إذا كان هذا البيع لوارث (٣)

وخلافهم في ذلك ينحصر في قولين :

القول الأول

بيع المريض مرض الموت لوارثه بثمن المثل يجوز ويكون نافذاً على

ورثته

(١) فقه الإمام جعفر الصادق ١٤/٦

(٢) انظر : المبسوط ١٥٠/١٤ وفيه " البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الأجنبي في جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشيء "

وشرح الخرشى ٣٠٥/٥ وفيه صاحب المرض المخوف يُحجر عليه في غير مؤنته وفي غير ما يتداوى به لضرورة قوام بدنه في غير المعاوضة المالية كالبيع ونحوه مما فيه تنمية ماله إذا كلن ذلك بغير محاباة .

والمهذب ٤٥٣/١ وفيه " وإن باع المريض بثمن المثل أو تزوج صح العقد "

والمعنى مع الشرح الكبير ٤٧٢/٥ وفيه " بيع المريض كبيع الصحيح إذا باع بثمن المثل "

(٣) المراد بالوارث من يكون وارثاً وقت موت مورثه ولو لم يكن وارثاً وقت التعاقد

انظر البحر الرائق ٢٥٤/٧ معنى المحتاج ٤٤/٣ المعنى مع الشرح الكبير ٤٢٨/٦ .

وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)،
والصاحبان محمد وأبو يوسف من الحنفية^(٤)، والإمامية^(٥)

القول الثاني

بيع المريض مرض الموت لوارثه بثمن المثل لا يجوز
وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة^(٦)

الأدلة

أولاً : استدلال القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من المعقول فقالوا :
" حق الورثة يتعلق بمالية التركة وهذه المالية كما تتحقق بوجود العين، تتحقق بما
يعادلها وهو ثمن المثل^(٨)
وأيضاً فإن العلة من المنع هي التبرع، وهذا البيع لا تبرع فيه ولا تهمة^(٩)

ثانياً : استدلال القول الثاني

استدل الإمام أبو حنيفة على ما ذهب إليه من المعقول فقال :

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٠٧، شرح الخرشي وحاشية العدوى ٥/٣٠٥

(٢) روضة الطالبين ٦/١١٢

(٣) المبدع في شرح المقنع ٥/٣٨٨، كشاف القناع ٤/٣٢٧ ط . دار الفكر

(٤) المبسوط ١٤/١٥٠

(٥) فقه الإمام جعفر ٦/١٨٤

(٦) المبسوط ١٤/١٥٠، ١٥١

(٨) المبسوط ١٤/١٥٠ .

(٩) كشاف القناع ٤/٣٢٧ ط . دار الفكر، فقه الإمام جعفر ٦/١٨٤

حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية، ولهذا لو أراد بعضهم أن يجعل شيئاً لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك إلا برضاء سائر الورثة، فكذا لو أراد المورث إثارة بعض الورثة بعين معينة دون رضاء باقى الورثة فإنه يرد عليه

وأيضاً فإن الشارع منع وصية المريض لبعض الورثة دعواً للغضاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى يتحقق لو أثر بعضهم بعين معينة دون بقية الورثة، فلهذا يُمتنع بمثل قيمته وبأكثر

بخلاف الأجنبي فإنه غير ممنوع من التصرف معه فيما يرجع إلى العين، وإنما يمتنع عليه إبطال حق الورثة عن ثلثى ماله، وليس فى البيع بمثل القيمة من الأجنبي إبطال حق الورثة عن شئ من ماله (١)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه دعواً لما قد يحدث من إثارة بعض الورثة بعين معينة من التركة، فإن الأعيان وإن جلت قيمتها محلها إلا أنها تختلف اختلافاً كبيراً باختلاف أغراض استخدامها

(١) المبسوط ١٤/١٥٠، ١٥١، البحر الرائق ٧/٢٥٤.

موقف القانون

كان القانون المدنى السابق يأخذ برأى جمهور الفقه الإسلامى فى التفريق بين الوارث وغير الوارث فإذا كانت المحاباة لوارث فإنها لا تنفذ فى قليل أو كثير فى حق الورثة إلا بإقرارهم وإذا كانت المحاباة لغير وارث فإنها تكون نافذة على الورثة إذا كانت فى حدود ثلث التركة، فإن زادت عن هذا القدر فإنها لا تنفذ فى حقهم إلا بإقرارهم وظل الحال كذلك حتى صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ حيث أجاز هذا القانون الوصية للوارث إذا كانت فى حدود ثلث التركة شأنها فى ذلك شأن الوصية لغير الوارث موافقاً بذلك مذهب الإمامية ومخالفاً لمذهب جمهور الفقه الإسلامى وتماشياً مع قانون الوصية الجديد عدل القانون المدنى أحكامه فأجاز الوصية للوارث فى حدود ثلث التركة كالوصية لغير الوارث واعتبر كل تبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية فينفذ فى حق الورثة إذا كان فى حدود ثلث التركة دون تفرقة بين وارث وغير وارث وقد ورد النص على ذلك فى المادة ٩١٦ فى فقرتها الأولى والتي نصت على ما يأتى :

" كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيضاً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف "

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن اعتبار التصرف وصية طبقاً

للمادة ٩١٦ مدنى شرطه صدوره فى مرض الموت وأن يقصد به التبرع، ونية المتصرف هى المعول عليها، واستظهار ذلك مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض " (١)

وقد تضمنت المادة (٤٧٧) من القانون المدنى فى فقرتها الأولى حكم ببيع المريض مرض الموت بقولها :

" إذا باع المريض مرض الموت لو ارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته "

وعبء إثبات أن البيع كان بمقابل يقع على عاتق المشتري فإذا استطاع المشتري أن يثبت أن البيع على الرغم من صدوره فى مرض الموت كان بمقابل فإن القدر المحابى فيه يأخذ حكم الوصية وينفذ فى حق بقية الورثة دون حاجة إلى إقرارهم متى كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته (٢)

فإذا كان القدر المحابى به يجاوز ثلث التركة فلا ينفذ فى حق الورثة إلا بإقرارهم، فإن أقروه كان نافذاً وإن لم يقروه خيراً المشتري بين أن يرد إلى الورثة القدر المحابى به الزائد عن ثلث التركة أو أن يفسخ البيع

(١) نقض مدنى فى ١٦ أبريل ١٩٨٤ الطعن رقم ٧٦٨ لسنة ٤٩ ق - مجموعة أحكام لنقض - المكتب الفنى - السنة الخامسة والثلاثون - ١/١٠٠٣ .

(٢) د / أحمد نجيب الهلالى وحامد تركى - شرح القانون المدنى - ص ٢٠٧ ف ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، د / حامد تركى - عقد البيع ص ٢٠٧ ف ٢١٤ ، د / عيد السرزاق السنهورى - الوسيط - ٤/٤١٧ ف ١٨٥ ، د / أنور سلطان - عقد البيع - ص ٤٢٦ ف ٤٤٩ ، د / عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - ص ٦١٣ ف ٤٢١ ، ٤٢٢ ، د / سليمان مرقس - عقد البيع - ٥٦٣ ف ٣٣٠ .

وقد استفيد هذا الحكم من المادة (٤٧٧) سالفه الذكر من خلال فقرتها الثانية والتي نصت على ذلك بقولها :

" أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقى بتكملة الثلثين "

هذا كله مع مراعاة أحكام المادة (٤٧٨) من القانون المدنى والتي تفيد عدم سريان حكم المادة (٤٧٧) سالفه الذكر إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المباعة

ومعنى هذا أن المشتري من المريض مرض الموت إذا كان قد رتب على العين المباعة حقاً عينياً، كرهن، أو انتفاع، أو باع العين أو بعضها وكان المشتري وهو على هذا النحو حسن النية لا يعلم بصدور البيع فى مرض الموت فإن تطبيق الأحكام السابقة لا يجوز أن يؤثر فى حقه الذى كسبه، فلا يسقط الرهن أو الانتفاع كما لا يفسخ البيع، وإنما ينتقل التصرف إلى الورثة محملاً بهذا الحق^(١)

(١) د / أنور سلطان - عقد البيع - ص ٤٢٨ ف ٤٥١، د / عبد المنعم البدر واى - عقد البيع - ص ٦١٤ ف ٤٢٣، د / سليمان مرقس - عقد البيع - ص ٥٦٦ ف ٣٣٢، د / خميس خضر - العقود المدنية الكبير - ص ٣٦٤، ٣٦٥ ط . دار النهضة ١٩٧٩، د / توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة ص ٦٤٣، ٦٤٤ ط . مؤسسة الثقافة ط ١٩٨٥ .

المقارنة

مما تقدم يمكن القول بأن أحكام القانون المدنى المصرى بشأن حق الورثة فى بيع مورثهم فى مرض الموت توافق الفقه الإسلامى فى موضعين وتخالفه فى موضع واحد

فأما موضع الاتفاق فهما :

- (١) أن كلا الفقهاء يُجيز بيع المريض مرض الموت لو ارث، أو لغير وارث متى كان هذا البيع واقعاً بثمن المثل، خلافاً للإمام أبى حنيفة
- (٢) أن كلا الفقهاء يُجيز محاباة المريض مرض الموت لغير وارثه متى كانت هذه المحاباة فى حدود ثلث التركة وإلا بأن زادت عن هذا القدر فإنها توقف على إجازة الورثة فإن أجازوها كانت نافذة فى حقهم، وإن ردوها خير المشترى بين أمرين :

أحدهما : أن يرد إلى الورثة القدر المحابى فيه الزائد عن ثلث التركة

الثانى : أن يفسخ البيع لتفريق الصفقة عليه

أما موضع الخلاف فهو :

أن الفقه الإسلامى باستثناء الشيعة الإمامية لا يُجيز محاباة الوارث فى قليل أو كثير إلا بموافقة الورثة

على خلاف القانون المدنى فإنه لا يفرق بين الوارث وغير الوارث فكلية من خلاله تجوز محاباته فى حدود ثلث التركة دون موافقة الورثة عملاً بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى جنح إلى مذاهب الإمامية المخالف لمذهب جمهور الفقه الإسلامى

وأرى أن هذه المخالفة لا مبرر لها لأمرين :

أحدهما

أن القانون المدنى المصرى قد استقى أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الفقه الإسلامى لا من القوانين الغربية فكان عليه ألا يخالف جمهوره لاسيما وأن هذه الأحكام تطبق فى بلاد المسلمين وقد كان القانون المدنى السابق يراعى ذلك

الثانى

أن محاباة المورث لو ارثه بقليل أو كثير إذا لم تصادف قبولاً من الورثة فهى غالباً ما تُورث الحقد والبغضاء بين الورثة فكان ينبغى على واضعى القانون وضع ذلك فى الحسبان حرصاً على ترسيخ الود والمحبة بين أفراد الأسرة

المطلب الثاني

إجارة المريض مرض الموت

يبنى على ما سبق في بيع المريض مرض الموت أن المريض إذا أجر أمواله وكانت هذه الإجارة بثمن المثل، أو بما يتغابن فيه الناس عادة فإن هذه الإجارة تكون نافذة على ورثته سواء كانت هذه الإجارة لوarith أو لغير وارث وأما إن كانت هذه الإجارة بمحابة فيجب التفريق بين الإجارة بمحابة للوارث والإجارة بمحابة لغير الوارث

فالإجارة بمحابة للوارث تأخذ حكم الوصية له^(١)

أما الإجارة بمحابة لغير الوارث فإنها تكون نافذة على الورثة متى كانت في حدود ثلث التركة فإن زادت عن هذا القدر فقد اختلف الفقهاء في حق الورثة بشأنها على أقوال ثلاثة :

القول الأول

إجارة المريض مرض الموت لغير وارث بمحابة تزيد عن ثلث التركة نافذة في حق ورثته

وإلى هذا ذهب الحنفية^(٢)

القول الثاني

إجارة المريض مرض الموت لغير وارث بمحابة تزيد عن ثلث التركة تقع

باطلة في القدر الزائد فإن أجازها الورثة كانت هبة مبتدأة منهم

وإلى هذا ذهب المالكية^(٣)

(١) انظر : ص ٢١٧ من الرسالة .

(٢) هذا مبناه عند الحنفية أن الإجارة عندهم تنتهي بموت المورث، ولا تنتقل إلى الورثة .

انظر : تبين الحقائق ١٤٤/٥، حاشية ابن عابدين ٤٣٥/٥ ط . دار إحياء التراث .

(٣) انظر شرح الخرشي ٣٠٥/٥ .

القول الثالث

التفريق بين إجارة المريض لنفسه وإجارته لأمواله
فإن أجر ماله بمحابة كان من حق الورثة الاعتراض عليه إذا كانت هذه
المحابة تزيد على ثلث التركة
وإن أجر نفسه بمحابة لم يكن للورثة حق الاعتراض عليه
وإلى هذا ذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢)

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم أحقية الورثة فى
الاعتراض على إجارة مورثهم المريض مرض الموت بمحابة حتى وإن
زادت عن ثلث التركة من المعقول بدليلين :

الدليل الأول

أن الإجارة تنتهى بموت العاقد؛ لأن المنافع لا تورث ومن ثم فلا حاجة
لاعتراض الورثة؛ لأن المعقود عليه سيعود إليهم بمجرد وفاة مورثهم^(٣)
ويناقش ذلك بأن المنافع وإن لم تكن أموالاً حقيقية إلا أنها تؤول إلى المال،
فتورث كسائر أموال المورث^(٤)

(١) روضة الطالبين ١٣٣/٦

(٢) كشف القناع ٣٢٨/٤

(٣) انظر : المبسوط ١٥٣/١٥ ، ١٥٤ - تبين الحقائق ١٤٤/٥ حاشية ابن عابدين ٤٣٥/٥ ط . دار
إحياء التراث .

(٤) انظر : الخلاف بين الحنفية والجمهور فى مالية المنافع ص : ٣٨ الرسالة

الدليل الثانى

قياس الإجارة على الإعارة، بجامع ورود العقد على المنفعة فى كل فكما لا يحق للورثة الاعتراض على تصرف مورثهم المريض مرض الموت بالإعارة، لا يحق لهم الاعتراض على تصرفه بالإجارة، لعدم الفارق^(١) ويناقش ذلك بأن الإجارة عقد معاوضة فالأصح قياسها على البيع لا على العارية التى هى تبرع كما صرح بذلك الحنفية أنفسهم^(٢)

ثانياً : لم يورد المالكية دليلاً على ما ذهبوا إليه والذى يبدو لى أنهم قاسوا ذلك على الوصية بجامع التبرع فى كل والوصية من المورث لغير وارث فيما زاد عن ثلث التركة تقع باطلة فى القدر الزائد

فكذا معاوضات المريض مرض الموت ومنها الإجارة بمحاباة تقع باطلة فى القدر المحابى به الزائد عن ثلث التركة^(٣)

ثالثاً : استدل الشافعية على ما ذهبوا إليه من عدم أحقية الورثة فى منع إجارة مورثهم المريض مرض الموت لنفسه بمحاباة حتى وإن زادت عن ثلث التركة بأن تأجير المريض نفسه بأقل من أجر المثل هو امتناع عن تحصيل لا تفويت فلا يحسب من الثلث لذلك

بخلاف محاباته فى أجر أمواله فإنها تفويت لهذا تحسب من الثلث^(٤)

(١) جامع الفصولين ٢/٢٤٦

(٢) انظر : تبين الحقائق ١٤٦/٥

(٣) انظر : شرح الخرشي ٣٠٥/٥

(٤) روضة الطالبين ١٣٣/٦

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم من التفريق بين تأجير المريض لأمواله وتأجيره لنفسه، لأن حق الورثة يتعلق بمال المورث المريض إذا تصرف بمحاباة وكانت هذه المحاباة تزيد على ثلث التركة، ولا يتعلق بأعماله البدنية في قليل أو كثير حتى لو أجر نفسه بدون مقابل؛ لأن تأجيره لنفسه فيه تحصيل، وحق للورثة يتعلق بالتقويت لا بالتحصيل

موقف القانون

بالرجوع إلى التقنين المدني وجد أن التقنين السابق لم يكن يقصر أحكام تبرعات المريض مرض الموت على البيع فقط دون غيره من التصرفات فكان يُعطى المريض مرض الموت الحق في أن يتبرع ويحابى كيف شاء دون أن يكون للورثة حق الاعتراض عليه، إذا كانت محاباته في غير البيع من إجارة أو هبة أو غيرهما من التصرفات

لما صدر القانون المدني الحالي لم يكتف بإجراء هذا الحكم على البيع فقط وإنما عممه على سائر التصرفات فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالبيع والهبة والإجارة وغيرها من التصرفات مادام قصد المريض مرض الموت منها التبرع

وهذا هو ما أوضحته المادة (٩١٦) مدني في فقرتها الأولى بقولها :

" كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت يكون مقصوداً به التسبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف "

ومن ثم إذا استطاع الورثة إثبات أن مورثهم المريض مرض الموت قد صدر منه الإيجار تبرعاً في مرض موته فإنه يكون من حقهم منعه من المحاباة إذا كانت تزيد على ثلث التركة ما لم يثبت المستأجر أنه إيجار حقيقي ولا محاباة فيه (١) وإلا كان على المستأجر وارثاً كان أو غير وارث أن يترك للورثة ما زاد على ثلث التركة، أو يدفع ما يقابله من أجر المثل (٢)

هذا هو ما تضمنته المادة (٩١٦) مدنى فى فقرتها الثانية والثالثة بقولها :

(٢) "وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه "

وبداهة أن هذه الأحكام معناها أن الإجارة فى القانون تنتقل إلى الورثة كسائر أموال المورث مادة (٦٠١) مدنى؛ لأن المنافع كالأعيان فى انتقالها إلى الورثة كما أوضحته فى موضعه

(١) بندر أن تجاوز المحاباة فى الأجرة ثلث التركة وحتى يمكن تصور ذلك يجب أن تكون الإجارة

لمدة طويلة وأن تكون العين المؤجرة هى كل التركة

انظر : د / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - ٥٢/٦ ، هامش ٢

(٢) د / عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص ٥٢ ف ٣٢ ، د / عبد الحى حجازى - عقد

الإيجار - ص ١٠٥ ف ٦٣ ط ١٩٥٨ ، د / سليمان مرقس - عقد الإيجار - ص ١٣٧ وما

بعدها ف ٧٤ ط ١٩٨٥

المقارنة

بعد عرض أحكام القانون المدني وأحكام الفقه الإسلامى بشأن حق الورثة فى إجارة المريض مرض الموت تبين الآتى :

أولاً : لا خلاف بين القانون المدنى والفقه الإسلامى فى عدم أحقية ورثة المريض مرض الموت فى إجارته بثمان المثل

ولكن الخلاف بينهم فى جواز إجارته لوارثه بمحاباة، ففى القانون يجوز ذلك فى حدود ثلث التركة بدون موافقة الورثة كالأجنى وفى الفقه الإسلامى لا يجوز محاباة الوارث فى قليل أو كثير

ثانياً : وافق القانون المدنى المصرى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من عدم أحقية المورث المريض مرض الموت فى إجارة أمواله لأجنى بمحاباة تزيد على ثلث التركة إلا بموافقة ورثته على ذلك

ثالثاً : لم يتعرض شراح القانون المدنى لمسألة تأجير المريض لنفسه بمحاباة، ولعل ذلك مرجعه أن المريض إذا استطاع أن يؤجر نفسه فإن تصرفه يُعتبر كتصرف الصحيح فى عدم تعلق حق الورثة بتصرفه

أما الحنفية فعدم تعرضهم لهذه المسألة يرجع إلى أن الإجارة بصفة عامة سواء كانت صادرة من مريض مرض الموت أو من صحيح تنتهى بموت المورث، ومن ثم فلا حق للورثة فى إجارة مورثهم مريضاً كان أو صحيحاً، كانت إجارته لأمواله أو لنفسه .

المطلب الثالث

مضاربة المريض مرض الموت

إذا ضارب المريض مرض الموت^(١) وحابى العامل الذى ضاربه، وذلك بأن كان أجر مثل العامل نصف الربح الناتج عن المضاربة فأعطاه المريض مرض الموت تثنيه

فهل تعتبر الزيادة على أجر مثل العامل من الثلث، وعليه يكون من حق الورثة منع مورثهم من الزيادة عن هذا القدر، أو أن هذه الزيادة تكون على ما شرطه وعليه لا يكون من حق الورثة منع مورثهم عن هذه المحاباة حتى لو زاد ما شرطه عن ثلث التركة؟

يرى علماء الفقه الإسلامى أن المريض مرض الموت يكون له أن يضارب ويعطى للعامل ما شاء من الربح، ولا يحق للورثة منع ما زاد من الربح عن ثلث التركة؛ وذلك لأن ما شرط للعامل ناشئ عن ربح مال لم يكن لرب المال قبل

(١) المضاربة فى اللغة : مأخوذة من الضرب فى الأرض لطلب الرزق
قال تعالى : ﴿ وَأَخْرُوجُ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾
سورة المزمّل من الآية ٢٠

والمضارب صاحب المال، والذى يأخذ المال، فكلا لهما مضارب
انظر : لسان العرب مادة (ضرب) ٢٥٦٦/٤، الصحاح ٩/٢، المصباح المنير ص ١٨٦
أما فى الاصطلاح فهى : " عقد شركة فى الربح بمال من رجل وعمل من آخر "
التعريفات للجرجاني ص ٢٧٢.

أو " هى أن يدفع المالك للعامل مالا يتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطه،
أما الخسارة فهى على رب المال وحده ولا يتحمل العامل المضارب من الخسران شيئاً، وإنما
بخسر عمله وجهده "

انظر : الاستذكار لابن عبد البر ١١٩/٢١ ط . دار قتيبة

اشترطه حتى يتعلق به حق وراثته

وقد نص على ذلك الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)

فإن قيل : لماذا يحق للورثة الاعتراض على أجرة الأجير الذي أجره مورثهم المريض إذا كانت هذه الإجارة بمحابة تزيد على ثلث التركة، ولم يجز لهم الاعتراض على محابة عامل المضاربة الذي ضاربه مورثهم المريض وكانت هذه المحابة تزيد عن ثلث التركة ؟

قلنا : الفارق بين الصورتين

أن الأجرة تؤخذ من عين مال المؤجر وهي حق للورثة فيما زاد على ثلث التركة بخلاف أجرة المضارب فهي من الربح، والربح لا حق للورثة فيه؛ لأنه يحدث على ملك العامل مباشرة^(٤)

(١) ذكر السرخسي في المبسوط ما نصه " فإن المريض لو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن للمضارب تسعة أعشار الربح، وربح عشرة آلاف ثم مات المريض وأجر مثل المضارب في عمله مائة درهم فإن الورثة يأخذون رأس المال والباقي بينهم وبين المضارب على الشرط ولا ينظر في هذا إلى أجر مثله؛ لأن هناك رأس المال قد رجع إلى وراثته والربح بمال لم يكن لسرب المال ولا يتعلق به حق وراثته وغرمائه " انظر : المبسوط ١٣١/٢٣

(٢) أورد الشيرازي في المهذب ما نصه " وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجر المثل ثم مات أعتبر الربح من رأس المال؛ لأن الذي يعتبر من الثلث ما يُخرجه من ماله، والربح ليس من ماله وإنما يحصل بكسب العامل، فلم يُعتبر من الثلث " . انظر : المهذب ٣٨٨/١

(٣) جاء في المغنى لابن قدامة " وللعامل ما شرط له من الربح وإن زاد على شرط مثله ولا يُحتسب من ثلثه؛ لأن ذلك غير مستحق من رب المال إنما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل، بخلاف ما لو حابي الأجير في الأجرة فإنسه يُحتسب بمحابة من ثلثه؛ لأن الأجر يؤخذ من ماله "

انظر : المغنى مع الشرح الكبير ١٧٧/٥ ط . دار الكتاب العربي

(٤) انظر : المراجع السابقة

موقف القانون

لم يورد القانون المدنى المصرى نصا تشريعيًا يبين فيه حكم المضاربة فى مرض الموت لذا كان من الواجب الرجوع طبقًا لأحكام المادة الأولى من القانون المدنى إلى الأحكام المقررة بالفقه الإسلامى وبهذا تكون القواعد القانونية بشأن محاباة المريض لعامل المضاربة هى نفس القواعد المقررة سلفًا بالفقه الإسلامى

المبحث الثاني

حق الورثة في تبرعات مورثهم المريض مرض الموت

أكتفى في هذا المطلب بذكر هبة المريض مرض الموت وكفالتسه، أما وصيته فحكمها حكم وصية الصحيح التي ذكرتها في الفصل السابق فلا داعي لتكرارها

المطلب الأول

حق الورثة في هبة مورثهم المريض مرض الموت

تعد الهبة ^(١) باباً من أبواب التعاون على البر والتقوى قال تعالى :
﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(٢)

فهى تزيل الضغائن والأحقاد ، وتزيد من تأليف القلوب، وتجلب الود والمحبة، لهذا حثنا رسول الله ﷺ عليها بقوله فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه : ﴿ تهادوا تحابوا ﴾ ^(٣) ولكن قد يحدث وأن يمرض الإنسان مرضاً شديداً يخشى منه الموت فيندفع بسبب هذا المرض إلى هبة جميع أمواله أو أكثرها فهل تنفذ هذه الهبة كهبة الصحيح، أو أن هذه الهبة لا تنفذ إلا في قدر معين رعاية لحق الورثة ؟

(١) انظر التعريف بعقد الهبة ص : ٧٦ هامش رقم (١)

(٢) سورة المائدة من الآية ٢

(٣) الحديث أخرجه الترمذى عن أبي هريرة رضى الله عنه بلفظ " تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر ولا تحقرن جارة لجارتها ولو شق فرس شاه " وقال حديث حسن غريب من هذا الوجه انظر : سنن الترمذى ٤/٤٤١ حديث رقم ٢١٣ ط . دار الحديث
كما ذكره الإمام مالك رضي الله عنه فى الموطأ عن عبد الله الخرساني بلفظ « تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا تذهب الشحناء »
انظر : الموطأ - ٩٠٨/٢ - كتاب حسن الخلق - باب المهاجرة

لا خلاف بين علماء الفقه الإسلامى على أن حق الورثة فى هبة مورثهم المريض لو ارث هو نفس حقهم فى مواجهة وصيته لو ارث؛ وذلك لأن الهبة فى مرض الموت يكون مقصوداً بها التبرع فتأخذ حكم الوصية بجامع التبرع فى كل ولكن الخلاف بينهم فى حق الورثة فى هبة المورث المريض مرض الموت لغير وارث، وخلافهم فى ذلك ينحصر فى قولين :

القول الأول

الهبة نافذة فى حق الورثة إذا كانت فى حدود ثلث التركة وتوقف على إجازتهم فيما زاد على ذلك وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)

القول الثانى

الهبة نافذة فى حق الورثة حتى لو زادت عن ثلث التركة وإلى هذا ذهب ابن حزم الظاهرى^(٥)

(١) الفتاوى البزازية مطبوعة مع الفتاوى الهندية ٢٤١/٦ ط . دار المعرفة

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٩٨/٤

(٣) مغنى المحتاج ٤٧/٣ وفيه " و لو وهب فى الصحة وأقبض فى المرض أعتبر من الثلث أيضاً إذا لا أثر لتقدم الهبة "

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٤٩١/٦

(٥) المحلى ١٤٦/١٠ مسألة ١٦٤٤ .

الأدلة

أولاً : استدلال الجمهور

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما روى عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم ﴾ (١)

وجه الدلالة

أن الشارع جل شأنه أجاز للوارث عند وفاته التبرع، ومنه الهبة في حدود ثلث التركة، فليس له أن يهب أكثر من ذلك إلا بعد موافقة أصحاب الحقوق في التركة وهم الورثة

ثانياً : استدلال ابن حزم الظاهري

استدل ابن حزم الظاهري على ما ذهب إليه بأن الهبة في حال المرض كالهبة في حال الصحة دون فرق فكليهما ينفذ على الورثة حتى لو جاوز ثلث التركة (٢)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من أن الهبة في مرض الموت تكون نافذة على الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة وموقوفة على إجازتهم فيما زاد على هذا القدر؛ لأن الهبة تبرع فتدخل في عموم الحديث الذي استدل به الجمهور

(١) مسند الإمام أحمد ٤٤١/٦

وقد روى هذا الحديث من طريق آخر عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم جعلها زكاة في أعمالكم ﴾

انظر : سنن الدارقطني ١٥٠/٤ - كتاب الوصايا - وقال : في إسناده إسماعيل بن عباس وشيخه عتبة وهما ضعيفان

(٢) المحلى ١٤٦/١٠ مسألة ١٦٤٤

وعلى فرض أن الهبة لا تدخل في عموم الحديث فإنها تقاس على الوصية بجامع
عدم الإضرار بالورثة في كل

موقف القانون

قبل صدور قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ كان العمل بأحكام الشريعة
الإسلامية وعلى وجه الخصوص المذهب الحنفي وهو أن الهبة إذا كانت لغير
وارث تنفذ في حق الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة ولا تنفذ فيما زاد على
هذا القدر إلا بإجازة الورثة

وإذا كانت لوارث فإنها لا تنفذ في قليل أو كثير إلا بإجازة الورثة؛ ذلك أن الهبة
في مرض الموت كالوصية فتأخذ حكمها

ولما صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ غير من هذه الأحكام فقرر أن
الهبة سواء كانت لوارث أو لغير وارث تنفذ في حق الورثة دون حاجة إلى
إقرارهم إذا كانت في حدود ثلث التركة فإن زادت عن هذا القدر فلا تنفذ في هذا
الزائد إلا بإقرارهم

هذا ويلاحظ أن الموهوب له إذا قبض الهبة من المريض مرض الموت وكانت
قيمة هذه الهبة تزيد عن ثلث التركة، فإنه يكون من حق الورثة مطالبته بالزائد
عن طريق دعوى الاستحقاق ما لم يكن الموهوب له قد تصرف في الهبة إلى
شخص آخر فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المتصرف إليه إذا كان
حسن النية لا علم له وقت التعاقد أن للورثة حقاً فيها

ويقع على الورثة عبء إثبات أن التصرف الذى وقع من مورثهم فى مرض موته قد صدر منه تبرعاً، فإذا لم يستطع الورثة إثبات قصد التبرع كان التصرف نافذاً فى حقهم (١)

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن اعتبار التصرف وصية طبقاً للمادتين (٤٧٧ ، ٩١٦) مدنى شرطه صدوره فى مرض الموت وأن يقصد به التبرع ونية المتصرف المعمول عليها، واستظهارها مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض (٢)

المقارنة

وضح مما تقدم أن الخلاف بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى بشأن حق الورثة فى هبة مورثهم المريض مرض الموت مبنى على خلاف آخر هو حق الورثة فى وصية مورثهم

وقد أشرت فيما سبق أن القانون المدنى السابق كان يوافق المذهب الحنفى ومن وافقه فيعطى الورثة حق الاعتراض على وصية مورثهم بقليل أو كثير إذا كانت هذه الوصية لوارث، ويجردهم عن هذا الحق إذا كانت الوصية لغير وارث وكانت

-
- (١) د / محمد كامل مرسى - العقود المسماة - ٥٢،٥١/٢ ف ٣٨ ، د / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - ٤٢٢/٤ ، ٤٢٣ ف ١٨٨ ، د / عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع ص ١٦٥ ، د / سليمان مرقس - عقد البيع - ص ٥٦٠
- د / خميس خضر - العقود المدنية - البيع والتامين والإيجار - ص ٣٦٢
- د / سليمان مرقس والدكتور محمد على إمام - عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد - ص ٤٨٧
- د / أنور سلطان - العقود المسماة - شرح عقدى البيع والمقايضة ص ٤٢٦
- (٢) نقض مدنى فى ١٩٨٣/١٢/٢٧ ، الطعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ ق - مجموعة أحكام النقض المدنى - السنة الرابعة والثلاثون ١٩٤٢/٢
- ونقض مدنى فى ١٩٨٤/٤/١٦ ، الطعن رقم ٧٦٨ لسنة ٤١ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة الخامسة والثلاثون - ١٠٠٣/١

فى حدود ثلث التركة، فإذا جاوزت هذا القدر فإنها توقف على إجازتهم فيما جاوز هذا القدر

وكانت هذه الأحكام سواء فى الفقه الإسلامى أو فى القانون المدنى القديم تسرى على هبات المريض مرض الموت وسائر تبرعاته على أساس أن قصد التبرع كامن فى الجميع إلا أن هذه الموافقة لم تدم طويلاً حيث صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فغيّرت أحكام الوصية بإعطاء الوارث حكم غير الوارث، فلا يحق للورثة الاعتراض على وصية مورثهم سواء كانت هذه الوصية لوارث أو لغير وارث إذا لم تجاوز هذه الوصية ثلث التركة، فإن جاوزت هذا القدر فإن الوصية لا تكون نافذة فى حق الورثة إلا بإقرارهم

وقد عمم القانون المدنى المصرى هذا الحكم من خلال المادة (٩١٦) مدنى على جميع تبرعات المريض مرض الموت ومنها الهبة

وقد أوضحت عند تعرضى لحق الورثة فى بيع مورثهم المريض مرض الموت بمحابة أنه كان ينبغى على المقنن أن يواصل موافقته للفقه الإسلامى تجنباً لما قد يقع من كراهية بين الورثة بسبب هذه الهبة التى فضل بها بعض الورثة على البعض، لاسيما وأن تصرفات المريض مرض الموت قد استقى المقنن أحكامها من الشريعة الإسلامية، فكان الأجدر بوضعيه أن يواصلوا موافقتهم للشريعة الغراء حتى نتجنب هذا الخلاف

المطلب الثاني

حق الورثة فى كفالة مورثهم المريض مرض الموت

تعتبر الكفالة^(١) من جملة العقود الضارة بالورثة؛ وذلك لأن الدائن - المكفول له - يكون من حقه إذا تعذر عليه استيفاء دينه من المدين - المكفول عنه - أن يرجع على ورثة الكفيل الذى مات قبل استيفاء الحق المكفول وحماية لهؤلاء الورثة اتفق علماء الفقه الإسلامى على أن كفالة المريض مرض الموت تأخذ حكم وصيته وعليه يكون من حق الورثة قبول كفالة مورثهم فى مرض موته إذا كانت هذه الكفالة فى حدود ثلث التركة، وعدم قبولها فيما زاد على هذا القدر^(٢)

(١) الكفالة فى اللغة : الضمان : يقال : كفه أى ضمنه، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾

سورة آل عمران من الآية ٣٧، أى ضمن القيام بها

انظر : المصباح المنير ص ٢٧٧، المعجم الوجيز ص ٥٣٧

أما فى الاصطلاح : فهى " ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق "

المبدع فى شرح المقنع ٢٤٨/٤

وهى غالباً ما تكون بغير مقابل، ولكن إذا أخذ الكفيل عنها عوضاً فإن ذلك لا ينفى عنها صفة التبرع؛ لأنها عقد تبرع ابتداءً والعوض إنما هو أجر على الكفالة لا عوضاً عن الدين المضمون بدليل أن الكفيل يثبت له حق الرجوع بما آداه عن المدين ، ولا يمنع من هذا الرجوع حصوله على أجر مقابل تحمله الكفالة

(٢) انظر : الفقه الحنفى : المبسوط ١٢٧/٢٠

والفقه المالكي : الشرح الكبير ٣٣٠/٣

والفقه الشافعى : حاشية الجمل ٣٧٨/٣ وجاء فيها " ومحل عدم صحة ضمان المريض إذا قضى

الدين من ماله، بخلاف ما لو حدث له مال أو أبرى فما أطلقه الشارح محمول على هذا التفصيل "

والفقه الحنبلى : المغنى مع الشرح الكبير ٧٩/٥، ٨٠

وقد فرق الإمام النووي (١) - رحمه الله - وهو من فقهاء الشافعية بين ما إذا كان ضمان المريض مرض الموت بإذن المضمون عنه أو بغير إذنه فإن كان بإذن المضمون عنه فالضمان يُحسب من رأس المال بمعنى أن الورثة لا يحق لهم منع الضمان فيما زاد عن ثلث التركة وإن كان بغير إذن المضمون عنه فإنه يُحسب من ثلث التركة بمعنى أن الورثة يكون لهم حق منع ما زاد من الضمان عن ثلث التركة

والفرق بين الحالتين أن ورثة المريض يثبت لهم حق الرجوع على المضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه فينتفى بذلك الضرر عن الورثة بخلاف ما لو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه فإنه يكون تبرعاً ويُحسب من ثلث التركة (٢)

وهو تعليل وجيه خلت المذاهب الأخرى عن تفصيله

موقف القانون

لم يتضمن القانون المدني المصري حكماً خاصاً بكفالة المريض مرض الموت اكتفاءً بالإحالة إلى حكم المادة (١/٩١٦) من القانون المدني والتي اعتبرت كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض موته يكون مقصوداً به التبرع ويُعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تُعطى لهذا التصرف

وعليه يكون من حق ورثة المريض مرض اعتبار كفالته من ثلث تركته حتى لا يُضارون من تبرع يزيد عن ثلث التركة

(١) سبق التعريف بالإمام ص : ٥٤

(٢) انظر : روضة الطالبين ٢٤٢/٤ وجاء فيها " ولو ضمن في مرض موته بغير إذن المضمون حسب ما بين ثلثه وإن ضمن بإذنه ضمن رأس المال لأن للورثة الرجوع على الأصيل " .

المقارنة

يبدو لأول وهلة وجود اتفاق بين القانون المدنى المصرى والفقہ الإسلامى بشأن حق الورثة فى كفالة مورثهم المريض مرض الموت فكليهما يعطى الورثة الحق فى قبول الكفالة متى كانت فى حدود ثلث التركة وردها فيما زاد عن هذا القدر

ولكن بتدقيق النظر يُلاحظ أن هذه الموافقة خاصة بما إذا كانت الكفالة لغير وارث فإن كانت لوارث فإن الفقهاء يختلفان اختلافاً بيناً فالكفالة فى الفقہ الإسلامى إذا كانت لوارث فإنها لا تنفذ فى قليل أو كثير إلا بموافقة الورثة عليها

على خلاف القانون المدنى فإن الكفالة الصادرة من المورث تكون نافذة على الورثة فى حدود ثلث التركة دون تفرقة بين ما إذا كانت هذه الكفالة لوارث، أو لغير وارث

وهذا الخلاف مبناه أن تبرعات المريض فى مرض موته تأخذ حكم وصاياه، ووصايا المورث فى الفقہ الإسلامى لا تنفذ لوارث فى قليل أو كثير إلا بموافقة الورثة

على خلاف القانون المدنى فهو لا يفرق بين الوارث وغير الوارث بشأنها، وهى لغير الوارث تنفذ على الورثة فى حدود ثلث التركة، وكذلك يكون الحال بالنسبة للوارث فى القانون

وقد أوضحت رجحان ما يراه علماء الفقہ الإسلامى بالعقل والنقل عند التعرض لحق الورثة فى وصية مورثهم .

الفصل الرابع

حق من له الولاية فى تعاقد المشمول بولايته

تقديم

ذكرت فى الباب التمهيدى أن المنوب عنه لا يعتبر من الغير بالنسبة للنائب فالولى، أو الوصى، أو القيم إذا أبرم تصرفا لمصلحة من هو تحت ولايته، فإن هذا التصرف يكون نافذا على من هو تحت ولايته وكان هذا الأخير هو الذى أبرمه بنفسه (١)

ولكن العكس غير صحيح فالتصرف الذى يصدر من المشمول بالولاية لا يكون نافذا على من له الولاية؛ لأن من له الولاية من الغير الذين يحق لهم الطعن على التصرف

ولإيضاح ذلك بشىء من التفصيل أقول :

التصرف العقدى الصادر من المشمول بالولاية لا يخلو من أمور ثلاثة :

(١) أن يكون التصرف نافعا للمشمول بالولاية نفعا محضا كقبوله للهبية

(٢) أن يكون التصرف ضارا به ضررا محضا كهيبته لغيره

(٣) أن يكون التصرف دائرا بين النفع والضرر، كالبيع والإجارة

وفى جميع الأحوال إما أن يكون المشمول بالولاية منعدم التمييز، أو مميزا فإن كان منعدم التمييز، كالمجنون، والصبي الذى لا يعقل البيع والشراء، والمعتوه الذى ليس لديه نوع تمييز فإن تصرفه يكون باطلا من أصله حتى ولو كان نافعا له نفعا محضا، وبالتالي لا حق لوليه فى هذا التصرف بإجازة أو رد

(١) انظر : ص ١٢ من هذا البحث

وعليه فإن منعدم التمييز يخرج من نطاق هذا البحث لعدم وجود حق لوليّه فى تصرفه

أما إذا كان المشمول بالولاية مميزا، كالسفيه، والصبى الذى يعقل البيع والشراء، والمعنوه الذى لديه نوع تمييز، فإن حق من له الولاية من ولى، أو وصى، أو قيم يختلف باختلاف نوع التصرف الصادر منه

فإن كان التصرف الصادر من ناقص الأهلية، أو المميز تصرفا ضارا به ضررا محضا كهبته لأمواله، فإن تصرف المشمول بالولاية فى هذه الحالة يكون تصرفا باطلا من أصله

وعليه فإن هذه الحالة تخرج عن نطاق البحث

وإن كان التصرف الصادر من ناقص الأهلية تصرفا نافعا له نفعاً محضاً كقبوله الهبة من غيره فإن تصرفه يكون نافذا دون تدخل من وليه

وبالتالى فإن هذه الحالة تخرج من نطاق البحث أيضا

أما إذا كان التصرف الصادر من ناقص الأهلية دائرا بين النفع والضرر كالبيع، والإجارة، والرهن فإن هذا التصرف محل خلاف بين الفقهاء

فمنهم من يرى وقفه على إرادة الولى

وعليه فإن هذا البحث سيقنصر على تناول هذه الحالة فقط على اعتبار أن الولى غير له حق فى عقد أبرمه المشمول بولايته، وهذا الحق يتمثل فى إجازة العقد أو رفضه

ولإيضاح هذه الحالة فإننى سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتى :

المبحث الأول : حق من له الولاية فى تعاقد الصبى المميز

المبحث الثانى : حق من له الولاية فى تعاقد السفيه وذى الغفلة والمعنوه

المبحث الأول

حق من له الولاية فى تعاقد الصبى المميز

يكون الصبى مميزاً إذا كان يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جاذب له، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش ويقصد به تحصيل الربح (١) فإذا تعاقد الصبى المميز مع غيره بالبيع، أو الإجارة ونحوهما من العقود الدائرة بين النفع والضرر فقد اختلف علماء الفقه الإسلامى فى حق أو عدم حق وليه فى هذا التعاقد على قولين :

القول الأول

هذا التعاقد قد يقع باطلاً ولو باشره بإذن وليه
وإلى هذا ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة فى رواية (٣)

القول الثانى

هذا التعاقد يوقف على إذن الولى فإن أجازته نفذ وإن رده بطل
وإلى هذا ذهب الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والحنابلة فى الرواية
الأخرى^(٦)

(١) الفتاوى الهندية ٥/٥٤، تبين الحقائق ٥/١٩١ .

(٢) روضة الطالبين ٣/٣٤٢، المجموع شرح المهذب ٩/١٥٥ - كتاب البيوع - فصل - " ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار ... " .

(٣) الإقناع ٥/٥٨، المبدع فى شرح المقنع ٤/٣٤٨ .

(٤) بدائع الصنائع ٧/١٧١، تبين الحقائق ٥/١٩١ .

(٥) مواهب الجليل ٥/٦٠، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤/٥٠٠ .

(٦) المبدع فى شرح المقنع ٤/٣٤٨، الفروع ٤/٤ ط . دار الكتب العلمية .

الأدلة

استدل القائلون ببطلان تعاقد الصبي المميز لعدم رشده من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : مر على بن أبى طالب
بمجنونة بنى فلان وقد زنت فأمر عمر برجمها فردها على وقال لعمر : أما تذكر
أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله، وعن
النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم ﴾ (١)

وجه الدلالة

أن رسول الله ﷺ رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، فدل على بطلان
تصرفه قبل بلوغه حتى لو أجاز له وليه (٢)
وقد نوقش هذا الاستدلال بأن المراد من رفع القلم فى الحديث هو عدم المؤاخذه
على ترك فعل المأمورات وفعل المنهيات فيما يتعلق بحقوق الله تعالى
أما حقوق العباد وخصوصاً ما يتعلق منها بالمعاملات فلا يمكن القول بإهمالها
وترك المؤاخذه عليها إذ إن الخطأ والعمد فى أموال الناس سواء (٣)

(١) الحديث بلفظه رواه الدارقطنى فى سننه ١٣٩/٣ حديث رقم ١٧٣

وقد روى الحديث بألفاظ مختلفة تحمل نفس المعنى

انظر : سنن الترمذى ٣٢/٤ حديث رقم ١٤٢٣ وقال حديث على حديث حسن غريب، مسند

الإمام أحمد ١٠٠/٦ ، السنن الكبرى للبيهقى ٨٤/٦ - كتاب الإقرار - باب من يجوز إقراره .

(٢) المذهب ٢٥٧/١

(٣) انظر : عقد الوكالة فى الفقه الإسلامى - أستاذنا الدكتور أحمد طه ريان - رسالته للدكتوراه -

(ب) المعقول

استدلوا من المعقول بدليلين

الدليل الأول

قياس الصبى المميز على الصبى غير المميز، بجامع عدم التكليف فى كل،
والصبى غير المميز يقع تصرفه باطلا ولا حق لوليه فيه فكذا تصرف الصبى
المميز، لعدم الفارق (١)

ويمكن مناقشة ذلك بأن الصبا هو الذى يجمع بينهما، ولكنهما يختلفان اختلافاً
جوهرياً فى التمييز، فهذا يعقل العقد ويدركه، وهذا لا يعقل ولا يدرك شيئاً فافتراقاً

الدليل الثانى

قياس عدم صحة تصرف الصبى فى المال على عدم صحة حفظه له،
بجامع أن التكليف شرط فى كل منهما
والصبى سواء كان مميزاً أو غير مميز ليس أهلاً لحفظ المال، فكذا لا يكون أهلاً
للتصرف فيه (٢)

ويمكن مناقشة ذلك من وجهين

الوجه الأول

أن اشتراط التكليف لحفظ الصبى للمال محل خلاف بين الفقهاء، فمن
الفقهاء من يرى أن الصبى إذا كان مأذوناً له فى التجارة يكون أهلاً لحفظ

(١) المبدع فى شرح المقنع ٣٤٨/٤ .

(٢) المجموع فى شرح المهذب ١٥٥/٩ - كتاب البيع - فصل ويصح البيع من كل بالغ ... "

المال (١) ولا يُحتج بمذهب على مذهب

الوجه الثاني

سلمنا أن التكليف شرط لحفظ المال، لكن الحفظ من التصرفات الضارة،
لكون المال المحفوظ مهدداً بمخاطر الضياع والسرقة والتلف ونحو ذلك إذا
ثبت تقصير الحافظ

وبهذا فالدليل في غير محل النزاع، لأننا بصدد التصرفات الدائرة بين النفع
والضرر لا بصدد التصرفات الضارة التي يُمنع منها بالاتفاق

ثانياً : أدلة القائلين بالوقف لحق من له الولاية

استدل القائلون بالوقف لحق من له الولاية على الصبي المميز من الكتاب،
والمعقول

(أ) الكتاب

قوله تعالى : ﴿ وَأَتْلُواْ الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (٢)

(١) اختلف الفقهاء على قولين في جواز حفظ الصبي للمال :

أحدهما : للمالكية، والشافعية، والحنابلة وهو أن الصبي ليس أهلاً لحفظ المال حتى لو كان مميزاً لعدم
رشده

انظر : الفقه المالكي : كفاية الطالب الرباني ٢/٢٥٣ ط . الحلبي

والفقه الشافعي، روضة الطالبين ٦/٣٢٥

والفقه الحنبلي . شرح منتهى الإرادات ٢/٤٥٠

والثاني : للحنفية وهو صحة حفظ الصبي المأذون

انظر : بدائع الصنائع ٦/٢٠٧

(٢) سورة النساء الآية (٦)

وجه الدلالة

أفادت الآية الكريمة أن اختبار اليتيم يكون قبل بلوغه؛ لأنه عبر بلفظة (حتى) وهى للغاية أى اختبرهم إلى بلوغهم النكاح، فدل على صحة تصرفهم قبل البلوغ مع الاحتفاظ بحق الولى إذا لم يأذن فى التجارة فى رد العقد أو إجازته حسب ما فيه مصلحة الصبى (١)

(ب) المحقول

قاسوا تصرف الصبى المميز على تصرف العبد، بجامع الخضوع للولاية فى كلِّ، والعبد إذا كان مأذوناً له فى التجارة من سيده يقع تصرفه نافذاً وإن لم يكن مأذوناً فى التجارة بوقف تصرفه على إذن وليه، فكذا الصبى المميز (٢)

الترجيح

أرى ترجيح القول بوقف العقد الصادر من الصبى المميز لحق من له الولاية عليه؛ لأن وقف العقد لحق من له الولاية على الصبى يفتح باب النفع له ويسد عنه باب الضرر
أما أنه يفتح له باب النفع؛ فلأن فيه تصحيح عبارته واعتماد تصرفه
وأما أنه يسد باب الضرر عنه؛ فلأن فيه دفع توهم الضرر؛ لأن من له الولاية عليه لا يجيز من تصرفاته إلا ما يرى فيها مصلحة له

(١) انظر الاستدلال بهذه الآية : الشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة ٥٣٣/٤ ، المبدع فى شرح المقنع ٣٤٨/٤ ، مطالب أولى النهى ١٠/٣ .
(٢) المبدع فى شرح المقنع ٣٤٨/٤ .

موقف القانون

أخذ القانون المدنى المصرى بفكرة الفقه الإسلامى فى تقسيم تصرفات الصبى المميز إلى : تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر وقد نصت على ذلك المادة (١١١) مدنى بقولها :

- ١ - إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً
- ٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد^(١) أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون "

ويعتبر التصرف دائراً بين النفع والضرر إذا كان يودى إلى خروج مال القاصر أو تحمله بالتزام فى مقابل يستفيدة القاصر من العقد حتى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة أو كان التعاقد صفقة رابحة بالنسبة للقاصر .
والحق فى الإبطال طبقاً للمادة (٢/١١١) سالف الذكر كما يكون مقررراً للقاصر بعد بلوغه سن الرشد يكون أيضاً لوليه أياً كان^(٢) باعتباره من الأغيار الذين لهم حق

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن بلوغ الصبى إحدى وعشرين سنة دون الحكم باستمرار الوصاية عليه أثره ثبوت أهلية القاصر كاملة .

نقض مدنى فى ١٩٩٠/٢/٧ ، طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق القاعدة ٨١ - مجموعة أحكام النقض - السنة الأربعون /١/ ٤٦٥ .

(٢) تثب الولاية فى القانون طبقاً لما هو مقرر فى المذهب الحنفى للأب أولاً ، ثم لوصيه المختار فإن لم يوجد فللجد الصحيح - أبو الأب - وإن علا ، فإن لم يوجد فللوصى الذى تعينه المحكمة ، انظر : د / إسماعيل غانم - محاضرات فى النظرية العامة للحق - ص ٢٠٥ ط ١٩٦٦ ، د / سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية - ص ٣٩٨ ط ١٩٥٢ ، د / عبد الناصر توفيق العطار - مبادئ القانون - ص ٣٠٨ ط . السعادة .

فى التصرف المبرم بمقتضى هذا الحق يكون له رعاية لمصلحة القاصر أن يطلب من القضاء رفض التعاقد مع القاصر ولا يؤثر فى هذا الحق كون المتعاقد مع القاصر غير عالم بنقص أهليته

غير أن القاصر إذا تعمد استعمال طرق احتيالية بهدف أن يخفى عن المتعاقد الآخر حالته فإنه يكون ملزماً بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر مادة (١١٩) مدنى (١)

الاستثناء من القاعدة

استثناء من القاعدة العامة التى تحكم حق من له الولاية من الغير على تصرف القاصر نص القانون على حالات يكون للقاصر فيها أهلية كاملة وبالتالي تكون مثل هذه التصرفات صحيحة ونافذة ولا حق للغير [الولى، أو الوصى، أو المحكمة] فيها

وهذه الحالات هى :

الحالة الأولى

يكون للقاصر أهلية تصرف فيما يسلم أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويقع التزامه المتعلق بهذه الأغراض صحيحاً فى حدود هذا المال فقط مادة (٦١) من قانون الولاية على المال

(١) انظر : د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٠٠ د / عبد المنعم البدر اوى - المدخل للقانون الخاص - ف ٩٩ ص ١٤٤ ط ١٩٥٧ د / محمد سامى مذكور - نظرية الحق - ص ٨٩ ط ١٩٥٤ د / حسام الدين كامل الأهونى - نظرية الحق - ص ١٠٣ ط ١٩٧١ د / جلال على العدوى د / رمضان أبو السعود - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - ص ١٢٢ ط ١٩٩٦ م .

الحالة الثانية

يكون للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمره أن يقوم بأعمال الإدارة وأعمال التصرف الخاصة بالمال الذى يكسبه من عمله وتقع تصرفاته نافذة ولا حق لمن له الولاية على القاصر فى طلب إبطالها ؛ لأنها كسب القاصر وهو أحق الناس بالتصرف فى كسبه غير أن هذا الاستثناء لا يمنع المحكمة من استعمال حقها فى تقييد هذا التصرف بإجراء أحكام الولاية أو الوصاية عليه مادة (٦٣) من قانون الولاية على المال

الحالة الثالثة

يكون للقاصر حق إبرام عقد عمل فردى وفقاً لأحكام القانون وللمحكمة بناءً على طلب الوصى، أو ذى الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر، أو مستقبله، أو لمصلحة أخرى ظاهرة مادة (٦٢) من قانون الولاية على المال فهذا الحكم يجعل عقد العمل الذى يبرمه القاصر عقداً صحيحاً ونافذاً استثناء من القاعدة العامة التى تعطى لمن له الولاية الحق فى طلب إبطال العقد

وهذا الحكم أيضاً ليس على إطلاقه فيجوز للمحكمة بناءً على طلب الوصى، أو ذى الشأن أن تأمر بإنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر كما لو كان القاصر مريضاً أو كان بإمكانه تحسين مركزه لو اشتغل بمهنة أخرى

الحالة الرابعة

إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إنزاله في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار اللاحق مادة (٦٠) من قانون الولاية على المال

الحالة الخامسة

يكون للقاصر الذي بلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية من عمره أن يباشر أعمال الإدارة إذا أذن له في ذلك، ويكون الإذن من الولى الشرعى - الأب أو الجد - إذا كان القاصر خاضعا للولاية، أو من المحكمة إذا كان القاصر مشمولاً بالوصاية، وتكون هذه الأعمال الصادرة منه في الحدود التى رسمها القانون صحيحة مادة (١١٢) مدنى

الحالة السادسة

إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ميلادية وكانت المحكمة قد أذنت له فى الاتجار فإن تصرفه يكون نافذا فى حدود ما أذن له فيه دون أن يكون لمن له الولاية الحق فى طلب الإبطال
وحيث إن مزاوله التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة فإن مجرد الإذن بالإدارة لا ينطوى على الترخيص بالاتجار؛ لأن التجارة تستتبع مسئوليات جسيمة قد تستنفذ المال بآثره، ولذلك نصت المادة (٥٧) من قانون الولاية على المال بأنه :

" لا يجوز للقاصر سواء كان مشغولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً " وقد أريد بهذا النص تدريب القاصر على الإتيان متى كان يعد نفسه للاشتغال بالتجارة بعد البلوغ

الحالة السابعة

الوصية فقد أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية لمن بلغ ثمانى عشرة ميلادية أن يوصى وتكون وصيته جائزة متى أذنت له المحكمة بذلك فعلى الرغم من أن الوصية من أعمال التبرع، أى تعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً إلا أن القانون أجازها لمن بلغ الثامنة عشرة متى أذنت المحكمة في ذلك

ويرجع هذا إلى أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا يترتب عليها أثرها فى الحال وفى إذن المحكمة رقابة كافية على تصرف القاصر حتى لا يوصى تحت تأثير نزوات خاصة (١)

(١) د / محمد على عرفة - العلوم القانونية - ص ٣١٤ ، ٣١٥ ط ١٩٥١

د / حسن كيرة - المدخل إلى القانون - القسم الثانى - نظرية الحق - ص ٥٥٨ وما بعدها

د / عبد المنعم البدر اوى - المدخل للقانون الخاص - ف ١٠٢ ص ١٥٠ وما بعدها

د / توفيق حسن فرج - النظرية العامة للحق ص ٤٤٩ وما بعدها ط ١٩٨٣

د / سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية - ص ٣٩٢ ، ٣٩٣ .

المبحث الثانى

حق الولى فى تعاقد السفبه وذى الخفلة والمعنوه

السفه فى اللغة : نقص العقل، وأصله الخفة (١)

وفى الاصطلاح : هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى (٢)

أو هو خفة تعرض للإنسان فتحمله على العمل بخلاف طور

العقل وموجب الشرع (٣)

والخفلة فى اللغة : غيبة الشئ عن بال الإنسان وعدم تذكره له (٤)

وفى الاصطلاح : عدم الاهتداء إلى التصرفات الربحة (٥)

والعته فى اللغة : نقص العقل من غير جنون (٦)

وفى الاصطلاح : قلة الفهم واختلاط الكلام وفساد التدبير (٧)

(١) المصباح المنير ص ١٤٦ ، المعجم الوجيز ص ٣١٣

(٢) الفتاوى الهندية ٥٥/٥

(٣) التعريفات للجرجاني ص ٢٥٨

(٤) لسان العرب مادة [غفل] ٣٢٧٧/٥ ، المصباح المنير ص ٢٣٣

(٥) تبيين الحقائق - ١٩٨/٥ ، تكملة البحر الرائق ٩١/٨

وانظر أيضاً : أحكام المعاملات الشرعية - الشيخ على الخفيف - ص ١٠٣ ط . السنة المحمدية

١٩٥٢م

(٦) المصباح المنير ص ١٤٦

(٧) الفتاوى الهندية ٥٤/٥ ، تكملة البحر الرائق ٩١/٨

وانظر أيضاً المادة ١٤٦١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ص

٤٥٤ ط . ١٩٨١ م

وقد ألحق علماء الفقه الإسلامى القائلون بجواز الحجر على السفیه كلاً من السفیه
وذى الغفلة بالصبى المميز (١)

فیحق لمن له الولاية على تصرف السفیه وذى الغفلة ما یحق لمن له
الولاية على الصبى المميز

أما المعتوه فإن كان لديه نوع تمييز فإنه یلحق بالصبى المميز كالسفیه ، وذى
الغفلة

وإن لم یکن لديه نوع تمييز فإنه یلحق بالمجنون، والصبى غیر المميز
وبالتالى یقع تعاقدہ باطلاً ولا تأثیر لإجازة ولیه فى هذا البطلان
وبناءً على ما تقدم یمکن القول بأن التعاقد الصادر من السفیه وذى الغفلة، والمعتوه
الذى لديه نوع تمييز إذا كان نافعاً له نفعاً محضاً كقبوله الهبة والوصية فإنه یكون
نافذاً، وعليه فلا حق لولیه فى رفضه

وإن كان التعاقد ضاراً به ضرراً محضاً كما لو وهب لغيره فإنه یقع باطلاً
وعليه لا حق لولیه فى إجازته

أما إذا كان التعاقد الصادر من السفیه ومن فى حكمه فيه مظنة الضرر به، كالبيع
والإجارة، ونحوهما

فقد اختلف علماء الفقه الإسلامى فى حق أو عدم حق من له الولاية فى التعاقد

(١) هذا ویلاحظ أنه لا مجال للبحث عن حق الولی أو من فى حكمه عند القائلین بعدم جواز الحجر

على السفیه وذى الغفلة كالإمام أبى حنیفة ، وابن حزم الظاهرى

انظر : الفتاوى الهندية ٥٥/٥ وفيها " لا یجوز الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه والدين
والفسق أو الغفلة "

وهذا المعنى أيضاً : تبیین الحقائق ١٩٩/٥ ، البحر الرائق ٩٠/٨ .

وانظر : المحلى لابن حزم الظاهرى ١٧٠/٩ مسألة ١٣٩٤ وفيه " لا یجوز الحجر على أحد فى
ماله إلا على من لم یبلغ أو على مجنون حال جنونه "

وخلافهم فى ذلك ينحصر فى قولين :

القول الأول

تعاقد السفية يصح ولكنه يوقف على إجازة وليه فإن أجازته نفذ وإن رده

بطل

وإلى هذا ذهب المالكية^(١)، والحنابلة فى رواية لهم^(٢)، والإمامان محمد وأبو يوسف من الحنفية^(٣)، وهو الأصح للإمام الغزالي من الشافعية بشرط أن يعين الولى التصرف المأذون فيه ويقدر عوضه^(٤)

القول الثانى

تعاقد السفية لا يصح وإن وقع بإذن وليه

وهو الرواية الأخرى عند الحنابلة^(٥)، والأصح عند الإمام البغوى من الشافعية^(٦)

(١) مواهب الجليل ٦٢/٥، الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ٤/٥٠٠

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٤/٥٣٧

(٣) هذا خلافا للإمام أبى حنيفة؛ لأنه يرى أن السفية حاله حال الرشيد فى التصرفات فهو لا يختلف عنه إلا فى وجه واحد وهو أن الصبى إذا بلغ سفيا يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة فإذا بلغ هذه السن يدفع إليه ماله "

انظر : بدائع الصنائع ٧/١٧١، الهداية شرح بداية المبتدى ٣/٢٨٢، تبیین الحقائق ٥/١٩٥

(٤) انظر : روضة الطالبين ٤/١٨٤ وفيها " فأما إذا أذن له الولى فإن أطلق الإذن فهو لغو وإن عين تصرفا وقدر العوض فوجهان : أصحهما عند الغزالي الصحة ... "

وانظر أيضا : فتح العزيز مع المجموع شرح المهذب ١٠/٢٨٩ - كتاب الحجر - فرع " لو كان يغبن فى بعض التصرفات خاصة "

(٥) المغنى مع الشرح الكبير ٤/٥٣٧

(٦) روضة الطالبين ٤/١٨٤

الأدلة

أولاً : أدلة القائلين بالوقف

استدل القائلون بالصحة مع التوقف على إذن الولى بثلاثة أدلة من المعقول

الدليل الأول

أن المقصود من منع السفية من التصرف هو ألا يضر بنفسه، ولا يتلف ماله فإذا أذن الولى أمين من المحظور^(١) لأن الظاهر أن الولى ما أجاز ذلك إلا لمصلحة راجحة^(٢)

الدليل الثانى

أن الولى إذا أذن للسفيه فى النكاح صح نكاحه بهذا الإذن، فكذا إن أذن له فى التعاقد معاوضة، لعدم الفارق^(٣)

الدليل الثالث

أن السفية عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالإذن، كالصبي المميز بل هو أولى من الصبي المميز؛ لأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه وأيضاً فإننا لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق لمعرفة رشده واختباره^(٤)

(١) فتح العزيز ٢٨٩/١٠

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٩٤/٢ - كتاب الحجر - ط . الشعب

(٣) روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٣٧/٤

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٥٣٧/٤

ثانيا : استدلال القائلين بالبطلان

استدل القائلون بالبطلان من المعقول بدليلين

الدليل الأول

أن الولي إذا أذن للصبي المميز لم يصح تصرفه، فكذا لو أذن للسفيه، لعدم الفارق (١)

ويمكن مناقشة ذلك بأن من الفقهاء من يقول : بصحة تصرف الصبي المميز مع توفقه على إجازة وليه ، ولا يحتج بمذهب على مذهب

الدليل الثاني

أن الحجر على السفيه كان من أجل تذييره وسوء تصرفه فإذا أذن له الولي فقد أذن فيما لا مصلحة فيه، فلم يصح كما لو أذن له في بيع ما يساوي عشرة بخمسة (٢)

ويمكن مناقشة ذلك بأن الإذن فيه مصلحة وهي اختباره والقياس على بطلان إذن الولي للسفيه في بيع ما يساوي عشرة بخمسة، قياس غير منضبط؛ لأن تصرف الولي في مال من ولى عليه مشروط عند الفقهاء بعدم الإضرار بمن ولى عليه وإلا كان تصرفه مردودا

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه القائلون بتوقف عقد السفيه على إذن وليه فإن أذن فيه نفذ وإن رده بطل؛ وذلك لقوة ما استدلوا به من المعقول؛ ولأن الوقف لا

(١) فتح العزيز ٢٨٩/١٠ ، روضة الطالبين ١٨٤/٤ .

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٥٣٧/٤

ضرر فيه على السفية؛ لأن وليه لا يجيز إلا ما فيه مصلحته
كما أن صحة التصرف مع توقفه من شأنه أن يحقق اختباراه الذى هو سبيل إلى
معرفة رشده، فلم يمنع منه كالصبي المميز

موقف القانون

فرق القانون المدنى المصرى بين السفية وذى الغفلة، وبين المعتوه فاعتبر
المعتوه فاقد التمييز كالمجنون، دون تفرقة بين المعتوه الذى لديه نوع تمييز،
والمعتوه الذى ليس لديه نوع تمييز فنص فى المادة (٤٥) مدنى فى فقرتها الأولى
على أنه :

" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر فى السن
أو عته أو جنون "

أما السفية وذو الغفلة فأعطى تصرف كل منهما حكم تصرف الصبي المميز فنص
فى المادة (٤٦) مدنى على أنه :

" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان
سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون "

فإذا صدر من المحكمة المختصة قرار بالحجر على السفية أو ذى الغفلة وبناء
على هذا الحجر نصب القاضى قيما^(١) لإدارة أموال السفية أو ذى الغفلة
فإن هذا القيم يثبت له من الحق ما هو ثابت للولى، أو من فى حكمه فى تصرف
الصبي المميز وعلى هذا نصت المادة (١١٥) مدنى بقولها :

(١) القيم : هو القائم على أمر السفية وذى الغفلة لإدارة مالهما بناء على تنصيبه من المحكمة
المختصة لهذا الغرض

" إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر (١) سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام"

وعلى ذلك فما يصدر من السفية وذى الغفلة من التصرفات بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ويكون نافعا نفعاً محضاً فإنه يكون صحيحاً نافذاً وبالتالي لا حق للقيم فى الاعتراض عليه (٢)

وما يصدر منهما بعد تسجيل قرار الحجر ويكون ضاراً ضرراً محضاً فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبالتالي لا حق للقيم فى إجازته، باستثناء الوصية فعلى الرغم أنها من عداد التصرفات الضارة إلا أن المادة (١/١١٦) مدنى والمادة الخامسة من قانون الوصية قد أجازا لكل من السفية وذى الغفلة التصرف بالوصية بشرط الحصول على إذن سابق من المحكمة

غير أن إذن المحكمة لا يعنى نفاذ الوصية فالوصية على الرغم من الإذن تكون قابلة لإبطالها من جانب القيم

ومعنى هذا أن الإذن بالوصية لا يتنافى مع حق القيم فى الإبطال إن رأى ذلك

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن العبرة فى تسجيل قرار الحجر بتاريخ صدوره فلا ينسحب هذا الحكم على التصرفات السابقة على هذا التاريخ ما لم تكن قد حصلت بطريق الاستغلال، أو التواطؤ فإنها تقع باطلة
نقض مدنى فى ١٤/١١/١٩٩١م طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٥٥ ق قاعدة ٢٥٥ مجموعة أحكام النقض المدنى - المكتب الفنى - السنة الأربعون ١٦٣٤/٢

(٢) يلاحظ أن حق القيم فى تصرف السفية وذى الغفلة يثبت بعد تسجيل قرار الحجر عليهما لا قبله؛ لأن تعيين القيم يصدر من المحكمة بعد تسجيل قرار الحجر أما قبل التسجيل فإن كلا من السفية وذى الغفلة يعتبر فى حكم الرشيد مادام قد بلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية ولم يصدر من المحكمة قرار باستمرار الحجر عليه باستثناء حالتى الاستغلال والتواطؤ المشار إليهما .

أما ما يصدر من السفية وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ويكون دائراً بين النفع والضرر فإن من حق القيم أن يطالب بإبطاله باعتباره غيراً يتعلق حقه بصلاحية عقد هو قِيم على عاقده

وذلك ما لم يكن السفية أو ذو الغفلة مأذوناً له من المحكمة بمباشرة أعمال الإدارة، وكان هذا التصرف ناتجاً عن هذا الإذن، حيث يكون لكل منهما أهلية كاملة بشأن الأموال المأذون لهما في إدارتها قياساً على القاصر المأذون له في الإدارة مادة (٦٧) من قانون الولاية على المال

وبطريق القياس أيضاً يمكن القول بأن السفية وذا الغفلة يكون لهما أهلية كاملة كالصبي المميز فيما يخصص لهما من مال لأغراض النفقة، كما يكون لهما أهلية كاملة في إبرام عقد العمل الفردي، وأيضاً يكون لهما أهلية تصرف فيما يكسبانه من أجر وغيره

وبالتالى لا يكون من حق القيم الاعتراض على تصرفاتهما الخاصة بهذه الأعمال ما لم يقدم إلى المحكمة مبررات معقولة (١)

(١) د / عبد المنعم البدر اوى - المدخل للقانون الخاص - ص ١٦٤ ، ١٦٥ ط ١٩٥٧ م
د / إسماعيل غانم - محاضرات فى النظرية العامة للحق - ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ط ١٩٦٦ م
د / عبد الناصر توفيق العطار - مبادئ القانون - ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ ط . السعادة
د / جلال على العدوى ورمضان أبو السعود - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية -
ص ١٥١ ، ١٥٢ ط ١٩٩٦ م

المقارنة

واضح مما تقدم أن القانون المدنى المصرى وافق إلى حد كبير الفقه الإسلامى بشأن الأحكام المتعلقة بنقص الأهلية صبيها كان، أو سفيها، أو معتوها، أو ذا غفلة ومرجع ذلك أن القانون المدنى قد استمد الأحكام المتعلقة بنقص الأهلية من قانون الولاية على المال، وهذا القانون مستمد من أرجح الآراء فى الفقه الإسلامى وخاصة مذهب الإمام أبى حنيفة رضي الله عنه

وعلى الرغم من ذلك إلا أن القانون المدنى المصرى قد تأثر بالقوانين الغربية فى بعض أحكامه فى هذا الشأن، وقد ظهر هذا التأثير جليا فى موضعين :

الموضع الأول

حدد القانون السن التى إذا وصل إليها الصبى يكون تصرفه نافذا بإحدى وعشرين سنة ميلادية

بينما حدد علماء الفقه الإسلامى هذه السن بالبلوغ، وهو يتحقق ببلوغ الذكر مبلغ الرجال بالاحتلام، وبلوغ الأنثى مبلغ النساء بالحيض ومعنى ذلك : أن الشخص قد يكون تصرفه نافذا عند علماء الفقه الإسلامى غير نافذ فى القانون؛ لأن البلوغ الذى يقصده علماء الفقه الإسلامى يتحقق قبل الإحدى وعشرين سنة ميلادية بكثير .

الموضع الثانى

اعتبر القانون المدنى فى الفقرة الأولى من المادة الأولى (٤٥) مدنى المعتوه كالمجنون فى بطلان تصرفه بينما فرق علماء الفقه الإسلامى بين المعتوه الذى لديه نوع تمييز، والمعتوه الذى ليس لديه نوع تمييز فألحقوا تصرف الأول بتصرف الصبى المميز، وألحقوا تصرف الثانى بتصرف المجنون

الباب الثاني

الحقوق الشخصية المتعلقة بذمة العاقد

وفيه فصلان

الفصل الأول : حق الدائنين في تعاقدهم للجرم عليه

الفصل الثاني : حق الدائنين في حوالة مدينهم

الفصل الأول

حق الدائنين في منع تعاقد مدينهم للحجر عليه

تقديم

الحَجْر لغة : المنع، يقال حجر عليه القاضى : أى منعه من التصرف
والحجر : العقل ومنه قوله تعالى : ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾ (١)
أى لذى عقل (٢)

أما فى الاصطلاح

فقد عرفه الحنفية بأنه " منع نفاذ تصرف قولى " (٣)
وعرفه المالكية بأنه صفة حكمية تُوجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه
فيما زاد على قوته، أو تبرعه بزائدٍ عن ثلث ماله " (٤)
وعرفه الشافعية بأنه " منع من تصرف خاص بسبب خاص " (٥)
وعرفه الحنابلة بأنه " منع الإنسان من التصرف فى ماله " (٦)
وقد أخذ على تعريف الحنفية أنه قد قصر المنع على نفاذ التصرف القولى
الصادر من المحجور عليه مع أن من الأفعال ما يُمنع نفاذها من المحجور عليه
كالرقيق فإنه إذا أتلف مالا لغيره يكون ملزماً به بعد عتقه
ومع ذلك فإن التعريف لا يشمل (٧)

(١) سورة الفجر الآية (٥) .

(٢) لسان العرب مادة (حجر) ٧٨٢/٢ ، المصباح المنير ص ٦٧ .

(٣) مجمع الأنهر ٤٣٧/٢ ، الدرر الحكام ٢٧٣/٢ .

(٤) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٩٢/٣ .

(٥) إعانة الطالبين ٦٩/٣ ط . دار إحياء التراث .

(٦) كشف القناع ١٦٤٧/٥ ط . الباذ الرياض .

(٧) حاشية ابن عابدين ٨٩/٥ ط . دار إحياء التراث .

أما تعريف المالكية، والحنابلة فيؤخذ عليه أنه منع المدين المحجور عليه من جميع التصرفات المالية وكان ينبغي استثناء بعض تصرفاته المالية التي تصرف في سد حاجته الضرورية التي تتوقف عليها حياته حتى وإن كانت هذه التصرفات من شأنها أن تضر بغرمائه

من أجل هذا كان تعريف الشافعية للحجر بأنه " منع من تصرف خاص بسبب خاص " هو أرجح هذه التعريفات في نظري

ولكن ما مدى أحقية هذا الحجر ونطاقه، وهل يتناول تعاقدات المدين في فترة ما قبل الحجر أو أن ذلك قاصر على تعاقداته بعد صدور قرار الحاكم بالحجر عليه

هذا ما أوضحه من خلال المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : أحقية الحجر ونطاقه

المبحث الثاني : حق الدائنين في تعاقد مدينهم قبل الحجر عليه

المبحث الثالث : حق الدائنين في تعاقد مدينهم بعد الحجر عليه

المبحث الأول أحقية الحجر ونطاقه

المطلب الأول أحقية الحجر على المدين

المراد بالمدين هنا من امتنع عن قضاء دينه مع القدرة عليه إذا ظهر مطلقه عند القاضى وطلب الغرماء من القاضى أن يبيع عليه ماله ويقضى به دينه وكذلك أيضاً من ركبته الديون وله مال فخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الأمر إلى القاضى وطلبوا منه أن يحجر عليه أو خافوا أن يلجئ أمواله فطلبوا من القاضى أن يحجره عن الإقرار إلا للغرماء^(١) فإذا كان المدين بهذه الصفة فللفقهاء فى مدى أحقية دائنيه فى الحجر عليه قولان :

القول الأول

للدائنين الحق فى الحجر على مدينهم بمنعه من التصرف متى طلبوا ذلك من الحاكم وكانت ديون المدين غير مؤجلة وإلى هذا ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ومحمد وأبو يوسف من الحنفية^(٤) والزيدية^(٥) والإمامية^(٦)

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٦٩/٧

(٢) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٦٤/٣، شرح الخرشي ٢٦٣/٥

(٣) مغنى المحتاج ١٤٦/٢

(٤) بدائع الصنائع ١٦٩/٧، تبيين الحقائق ١٩٩/٥

(٥) البحر الزخار ٨٩/٦

(٦) فقه الإمام جعفر ١١٠/٥

القول الثاني

ليس للدائنين الحق في الحجر على مدينهم بمنعه من التصرف في ماله، وإنما يكون للحاكم بناءً على طلب الدائنين أن يحبسهم دفعاً لظلمه وإيصالاً للحق إلى مستحقيه (١)

ويشترط أن يكون الدين حالاً فلا يحبس بالمؤجل، لأن الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين، ولم يوجد من المديون وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة (٢)

الأدلة

أولاً : أدلة القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أحقية الدائنين في الحجر على مدينهم من السنة، والمعقول

(أ) السنة

ما روى عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال : كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شاباً حليماً سمحاً من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فكلّمه غمّاءه فلو تركوا أحداً لتركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني ماله حتى قام معاذ بغير شيء (٣)

(١) تبيين الحقائق ١٩٩/٥، العناية مع تكملة فتح القدير ٢٧١/٩ ط . الحلبي

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٧

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٤٨/٦ واللفظ له - كتاب التفليس - باب الحجر

وقد روى الحديث الدارقطني في سنته بلفظ " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه

انظر : سنن الدارقطني ٢٣١/٤ حديث رقم ٩٥

وقد ذكر الصنعاني أن هذا الحديث صححه الحاكم وأخرجه أبو داود مرسلًا ورجح إرساله

انظر : سبل السلام ١١٣/٣ ط . دار الريان .

وجه الدلالة

أن رسول الله ﷺ باع مال معاذ ﷺ وقسمه بين غرمائه ولم يوكل أمر ذلك إلى معاذ ﷺ

فدل ذلك على جواز الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه للوفاء بحقوق دائنيه وقد نوقش الاستدلال بالحديث بأن بيع مال معاذ ﷺ كان برضاه إذ لا يظن به أن يكره بيع رسول الله ﷺ، ويمتنع بنفسه عن قضاء الدين، فقد روى أنه طلب من رسول الله ﷺ أن يبيع ماله لينال بركته (١)

وقد أجيب عن ذلك بأن بيع مال معاذ ﷺ لم يكن برضاه بل كان جبراً عنه ويدل على ذلك ما جاء في الرواية المشهورة لهذا الحديث أن غرماء معاذ ﷺ التمسوا ذلك من النبي ﷺ، وقد رأى النبي ﷺ أن مصلحة معاذ ﷺ تتحقق بالحجر عليه (٢)

(ب) المعقول

قالوا : الحجر على المدين فيه نظر للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من إنسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه، أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان وأيضاً فإن البيع واجب عليه لإيفاء دينه حتى لا يحبس عليه فإذا امتنع ناب القاضى منابه كما فى الجب، والعنة، والإبء عن الإسلام (٣)

(١) بدائع الصنائع ١٢٠/٧ .

(٢) نيل الأوطار ٢٤٥/٥ ط . دار الريان .

(٣) تبيين الحقائق ١٩٩/٥ .

وقد نوقش ذلك بأن التلجئة موهومة والواجب عليه قضاء الدين، والبيع ليس بطريق معين لذلك

بخلاف الجب والعنة، والإباء؛ لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف، أو التسريح بالإحسان، فإذا امتنع الإمساك بالمعروف تعين الآخر

والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضى منابه، كالمديون إذا كان معسراً فإن القاضى لا يؤجره ليقضى من أجرته الدين، أو كانت امرأة لا يزوجه ليقضى دينها من مهرها

والحبس تقرر عليه ليقضى الدين من أى طريق شاء من استقراض أو اتهاب، وسؤال صدقة وبيع ماله بنفسه، لا للبيع فقط (١)

ويُجاب عن ذلك بأن خوف التلجئة ليس بموهوم بل هو من باب سد الذرائع، وهو من أبواب الفقه المعتمدة (٢)

أما بيع ماله فإنه تعين عليه كالجب والعنة؛ لأنه امتنع عن الأداء مع ثبوت الحق عليه، ولا طريق لدفع الضرر عن الغرماء إلا به، فكان متعيناً لذلك

ثانياً : أدلة القول الثانى

استدل الإمام أبو حنيفة على ما ذهب إليه من عدم أحقية الدائنين فى الحجر

على مدينهم وبيع ماله جبراً عنه من الكتاب، والسنة، والمعقول

(١) المرجع السابق ١٩٩/٥

(٢) انظر حماية الضمان العام بدعوى الإعسار - د / عبد السميع أبو الخير - رسالته للدكتوراه -

ص ١١٥ ط ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م

(أ) الكتاب

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ (١)

وجه الدلالة

أن بيع مال المدين بغير رضاه من قبيل أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنه ليس بتجارة عن تراض، فيكون منهيًا عنه
ويُجاب عن ذلك بأن المدين امتنع عن أداء ما وجب عليه فإذا بيع ماله جبراً عنه لوفاء ما عليه، فإن ذلك لا يكون أكلاً لماله بالباطل، وإنما هو أكل لماله بالحق وعلى ذلك فالخطاب في الآية موجه للمدين؛ لأنه هو الذي يريد أن يأكل مال غيره بالباطل بامتناعه عن أداء ما وجب عليه
وبهذا يكون الدليل عليكم وليس لكم

(ب) السنة

ما روى عن أبي حرة الرقاشي عن عمه أن النبي ﷺ قال :
﴿ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ﴾ (٢)

وجه الدلالة

أن رسول الله ﷺ نفى حل بيع مال المسلم بغير رضاه، والمدين لا تطيب نفسه ببيع القاضى ماله عليه، فلا ينبغي له أن يفعله (٣)

(١) سورة النساء من الآية ٢٩

انظر هذا الدليل : المبسوط ١٦٤/٢٤ ، بدائع الصنائع ١٦٩/٧ ، ١٧٠ ، تبين الحقائق ١٩٩/٥ .
(٢) سنن الدارقطني ٢٦/٣ حديث رقم ٩٢ ، مجمع الزوائد للهيثمي ١٧٢/٤ ط . دار الريان وقال :
رواه أبو يعلى ، وأبو حرة وثقه أبو داود ، وضعفه ابن معين
(٣) المبسوط ١٦٤/٢٤ ، تبين الحقائق ١٩٩/٥

ويُجاب عن ذلك بمثل ما تقدم من أن الخطاب في الحديث موجه إلى المدين الذى طابت نفسه أكل مال أخيه بالباطل، وليس للدائن الذى ما طابت نفسه لشيء سوى أخذه لحقه

(ج) المعقول

أن الحجر على المدين فيه إهدار لأهليته وإحاقه بالهائم، فلا يجوز لدفع ضرر خاص (١)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أحقية الدائنين فى الحجر على مدينهم وبيع ماله جبراً عنه وفاءً لحقوق دائنيه؛ لما فى ذلك من المحافظة على حقوق الدائنين، وحرصاً على استقرار المعاملات بين الناس إضافة إلى قوة ما استدلوا به من السنة والمعقول

موقف القانون

فى القانون المدنى المصرى يتقابل نظام الإفلاس التجارى، ونظام الإعسار المدنى مع نظام الحجر فى الفقه الإسلامى
لذا كان لزاماً على بيان كلا النظامين فى القانون الوضعى

(أ) الإفلاس التجارى

عندما يتوقف المدين التاجر عن دفع دين مستحق عليه يجوز شهر إفلاسه وهو أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه؛ لذلك اختص به التجار لما

(١) تبين الحقائق ١٩٩/٥ ، تكملة فتح القدير ٢٧٢/٩ ط . الحلبي

للائتمان فى المعاملات التجارية من أهمية خاصة؛ ولأن التاجر فى العادة دائنوه كثيرون ومتفرقون فمن المصلحة أن يتحدوا فى جماعة وأن يجروا تصفية أموال مدينهم تافية جماعية تحقق المساواة الفعلية بينهم

ومن ثم كان تنظيم الإفلاس التجارى يقوم على أسس ثلاثة :

الأساس الأول

أ أن لا ينفرد أحد الدائنين بالاستئثار بمال المدين إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص - رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك - يميزه عن سائر الدائنين

الأساس الثانى

أن تغل يد المدين عن التصرف فى أمواله بداية من شهر إفلاسه، ويبقى الحال كذلك إلى أن تنتهى التفليسة بالتافية أو بالصلح^(١)

الأساس الثالث

أن تصفى أموال المدين تافية جماعية ومعناها :

أولاً أن ترفع يد المدين عن أمواله فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى سنديك يمثل كلاً من الدائنين والمدين

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الحكم بشهر الإفلاس أثره غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو مباشرة الدعوى من تاريخ صدور الحكم دون الاعتداد بتاريخ نشره " نقض مدنى فى ١٣/٧/١٩٩٢، الطعن رقم ٩٠٨، لسنة ٥١ ق، قاعدة ١٩٣ - السنة الثالثة والأربعون - ٩٢٦/١ وانظر نقض مدنى فى ١٧/١/١٩٩١، طعن رقم ٦٥٠، لسنة ٥٥ ق، قاعدة ٤٠ - السنة الثانية والأربعون - ٢٢٣/١ .

ثانياً أن لا يباشر دائن إجراء فردياً للتنفيذ على أموال المدين بل تكون الإجراءات التي تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين الذين يندمجون في الاتحاد (١)

(ب) الإعسار المدني

ميز القانون المدني الحالي بين نوعين من الإعسار وهما :

الإعسار الفعلي، والإعسار القانوني

فالإعسار الفعلي : هو حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة على حقوقه

والإعسار القانوني : هو حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء

على حقوقه، ولابد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار والآثار التي يترتبها القانون على الإعسار القانوني لا يترتبها على الإعسار الفعلي فمنع المدين من التصرف في ماله وتعرضه لعقوبة التبديد، وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة وسقوط آجال الديون وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين، إنما يترتب ذلك كله على الإعسار القانوني لا على مجرد الإعسار الفعلي

أما انتهاء الشركة بإعسار أحد الشركاء، وجواز انتهاء العارية إذا أعسر المستعير، والدعوى غير المباشرة، والدعوى البولصية

فكل ذلك يترتب على الإعسار الفعلي دون حاجة إلى أن يكون الإعسار قانونياً

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ١١٩٨/٢ ف ٦٨٧

د/ سليمان مرقس - شرح القانون المدني - الالتزامات - ص ٦٩٧، ٦٩٦ ف ٧٠٦ ط ١٩٦٤

د/ عبد الفتاح عبد الباقي - أحكام الالتزام - ص ١٩٦ ف ١١٢ ط . نهضة مصر .

وهذا على خلاف القانون المدنى السابق حيث لم يكن يعرف الإعسار القانونى مجارياً فى ذلك القانون الفرنسى الذى يعتبر المصدر الرئيسى لغالبية أحكامه، ولكنه كان يعرف الإعسار الفعلى ويرتب عليه آثاره المشار إليها سلفاً وعليه فقد كان المدين المعسر فى ظل القانون المدنى السابق مطلق اليد فى التصرف بأمواله ولا يستطيع الدائن أن يواجهه إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة ليطالب باسمه بحق له فى ذمة الغير أهمل فى المطالبة به أو عن طريق الدعوى البولصية لوقف نفاذ تصرف المدين أو عن طريق الدعوى الصورية لنفى وجود حقيقة تصرف المدين وما كانت هذه الدعاوى لتكفل للدائنين حماية كافية فى المحافظة على مالهم من ضمان عام فى ذمة مدينهم؛ ذلك أنها كثيراً ما تتعدم فائدتها بسبب ما يلاقه الدائن من مشقة فى إثبات إعسار المدين وغشه وتلافياً لهذا النقض ودفعاً لما كان يثار من جانب الفقه فقد رأى المشرع ضرورة تنظيم الإعسار تنظيماً جماعياً، فنظمه فى المواد (من ٢٤٩ إلى ٢٦٤) مدنى وفى ظل هذا التنظيم أصبح من أهون الأمور على الدائنين تأمين حقهم فى مواجهة تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم، وهذا التأمين لا يكلفهم سوى أن يطلبوا من المحكمة أن تقضى بشهر إعسار مدينهم، وتجيهم إلى هذا الطلب (١)

(١) د / عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد - ٧٤٨/١ ف ٧١١ ط . دار الكتب
د / أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٤٦٠ ف ٦٢٠ ط . ١٩٤٥
د / إسماعيل غانم - أحكام الالتزام ٢/٢١٥
د / سليمان مرقس - شرح القانون المدنى فى الالتزامات - ص ٦٩٧ وما بعدها
د / أحمد على الخطيب - رسالته الحجر على المدين لحق الغرماء ص ١٩٤ ط ١٩٦٤ .

شروط شهر الإعسار

يشترط كى نكون بصدد إعسار قانونى طبقاً للمادة (٢٤٩) مدنى ضرورة
توافق شرطين :

الشرط الأول

أن تقل أموال المدين عن ديونه المستحقة الأداء، أى تلك التى حل أجل
الوفاء بها فلا يدخل فى تقدير الديون تلك التى لم يحل أجل الوفاء بها بعد
وفى هذا خلاف جوهرى بين الإعسار القانونى والإعسار الفعلى، حيث
يعتد هذا الأخير بديون المدين جميعها ما حل منها وما لم يحل

الشرط الثانى

أن يصدر حكم بشهر الإعسار وذلك عن طريق رفع دعوى إلى المحكمة
الكائن بها موطن المدين ولا يجوز الحكم بشهر الإعسار إلا بطلب دائنيه أو
طلب المدين نفسه إذ لا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون
أن يطلب منها

ومع ذلك فإن المحكمة ليست ملزمة بأن تقضى بإعسار المدين فالأمر
بالنسبة لها جوازى وطبقاً للمادة (٢٥١) مدنى يكون لها أن تراعى قبل
الحكم بشهر الإعسار جميع الظروف التى تحيط بالمدين العامة منها
والخاصة فإذا ظهر للمحكمة أن ارتباك حالة المدين يرجع إلى ظروف
اقتصادية لم تلبث أن تزول، أو أن للمدين موارد محتملة كميراث، أو
وصية فإن المحكمة يمتنع عليها شهر الإعسار (١)

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - أحكام الالتزام ص ١٩٩ ف ١١٥

وانظر أيضاً : الحجر على المدين لحق الغرماء - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة
القاهرة - إعداد - أحمد على الخطيب ص ٣٦٠ .

المطلب الثانى

نطاق الحجر على تصرف المدين

تبين مما سبق أن منع المدين من التصرف فى ماله بطريق الحجر عليه فى الفقه الإسلامى، أو بدعى الإفلاس التجارى أو الإعسار المدنى فى القانون الوضعى الهدف منه هو حماية حقوق الدائنين من جهة، والتشدد على المدين الممتنع عن أداء ما وجب عليه من جهة أخرى ولكن هل ذلك مقصور على ما يملكه المدين وقت الحجر عليه، أو أنه يتعدى ليشمل ما سيوجد للمدين من مال فى المستقبل ؟

قولان للفقهاء :

القول الأول

الحجر على المدين يشمل المال الذى يحوزه هذا المدين وقت الحجر عليه وما سيوجد له من مال فى المستقبل بنحو ميراث، أو هبة وغيرهما من التصرفات المكتسبة

وهو الأصح عند الشافعية (١) وبه قال الحنابلة (٢) والزيدية (٣)

القول الثانى

الحجر على المدين يكون قاصراً على ما يملكه المدين وقت الحجر ولا يتعدى إلى ما يملكه فى المستقبل إلا بحجر جديد وإلى هذا ذهب الحنفية (٤)، والمالكية (٥)، وهو مقابل الأصح عند الشافعية (٦)

(١) مغنى المحتاج ١٤٩/٢

(٢) الإقناع ٢/٢١٠، مطالب أولى النهى ٣/٣٧٤، ٣٧٥

(٣) السيل الجرار ٤/٢٥٢

(٤) الهداية مع تكملة فتح قدير ٩/٢٧٦

(٥) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/٢٦٨

(٦) مغنى المحتاج ١٤٩/٢ .

الأدلة

أولاً : استدلال القول الأول

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من شمول الحجر إلى ما يملكه المدين وقت الحجر وما يملكه في المستقبل بأن مقصود الحجر هو وصول الحقوق إلى أصحابها؛ وذلك لا يختص بالموجود وقت الحجر (١)

ثانياً : استدلال القول الثاني

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من قصور الحجر على ما يملكه المدين وقت الحجر عليه دون ما يملكه في المستقبل بأن الحجر يتعلق بالمال الموجود وقت الحجر لا بما سيوجد؛ لانعدامه وقت الحجر (٢)

وأيضاً فإن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيره فكذا الحجر على المدين لعدم الفارق (٣)

ويمكن مناقشة ذلك بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه فإذا اكتسب المدين مالاً دخل في هذا الضمان والقياس على حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة دون ما عداها قياس مع الفارق ووجه الفرق :

أن ضمان الرهن محدد بالعين المرهونة دون ما سواها، ولهذا لو هلك الرهن لا يكلف الراهن برهن جديد

بخلاف ضمان الدائنين هنا فهو غير محصور في عين معينة حتى يقال : أنه لا يتعدى إلى غيرها

(١) مغنى المحتاج ١٤٩/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٢٧٨/٢

(٢) مجمع الأنهر ٤٤٣/٢

(٣) مغنى المحتاج ١٤٩/٢ .

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من الشافعية ومن وافقهم وهو أن الحجر على المدين لا يقتصر فقط على المال الموجود في يده وقت الحجر وإنما يتعدى إلى المال الذي سيوجد لديه في المستقبل من نحو إرث، أو هبة، أو وصية؛ وذلك لأن العلة من منع المدين من التصرف في ماله هي المحافظة على حقوق دائنيه وهذا لا يختص بالمنع من التصرف في الموجود فقط، وإنما يشمل الموجود والمستحدث

موقف القانون

يستفاد موقف القانون المدني في هذا الشأن من خلال نص المادة (٢٥٧)

مدنى والتي نصت على ما يأتي :

" متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين "

فقد أفادت المادة سائلة الذكر أن العبرة في عدم نفاذ التصرف الذى ينقص من حقوق المدين أو يزيد فى التزاماته فى حق دائنيه إنما هى بصدور هذا التصرف بعد تسجيل صحيفة دعوى إعسار المدين بغض النظر عن كون هذا التصرف ينصب على مال موجود للمدين وقت تسجيل صحيفة الدعوى أو وجد له بعد ذلك (١)

(١) انظر: د / إسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ٢/٢٢٢

د / سليمان مرقس - شرح القانون المدنى فى الالتزامات - ص ٧٠١ ف ٧١٤

د / سمير عبد السيد تناغو - نظرية الالتزام - ص ٤٣٣ ف ٣١٦ ط . منشأة المعارف

م / أنور طلبية ، الوسيط فى القانون المدنى - ١/٧٠٦ ط ١٩٧٣ .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الحكم بشهر إعسار المفلس، أثره غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها من تاريخ الحكم، والتصرفات التي يجريها المفلس بعد الحكم، اعتبارها صحيحة بين طرفيها غير نافذة في مواجهة الدائنين (١)

المقارنة

بالمقارنة بين الحجر على المدين في الفقه الإسلامي، وبين شهر إفلاسه أو إعساره في القانون الوضعي يلاحظ وجود فارق جوهري بين الفقهاء في أمور ثلاثة :

الأمر الأول

أن المدين الذي يحجر عليه في الفقه الإسلامي هو المدين الذي يمتنع عن قضاء دينه مع قدرته على هذا القضاء، أو يبدد أمواله دون مراعاة لحقوق دائنيه، أو يلجئ أمواله بهدف تفويت الحق على دائنيه

ومعنى ذلك : أن المدين إذا كان معسراً بأن كان لا يملك شيئاً غير ما استثنى له من مأكلاً، أو ملابس فإن هذا المدين لا يحق لدائنيه الحجر عليه، وإنما يجب عليهم إنظاره إلى ميسرة (٢) عملاً بالقاعدة المستفادة من قول الله تبارك وتعالى :

﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٣)

(١) نقض مدني في ١٧/١/١٩٩١، طعن رقم ٦٥٠، السنة ٥٥ ق القاعدة رقم ٥٤٠ - السنة الثانية والأربعون - مجموعة أحكام النقض المدني - المكتب الفني - ٢٢٣/١ .

(٢) انظر : تبين الحقائق ٢٠١/٥، كشاف القناع ١٦٥٢/٥ ط . الباز ، نيل الأوطار ٢٨٤٤/٦ - كتاب التفليس - باب ملازمة الملىء وإطلاق المعسر - تحقيق عبد المنعم إبراهيم - ط . الباز ١٤٢١ هـ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٨٠ .

هذا على خلاف القانون المدنى فإن الإعسار القانونى من خلاله وصف إذا
لحق المدين يودى إلى غل يده عن التصرف فى ماله
وإن كان القانون يتفق مع الفقه الإسلامى فى أن منع المدين من التصرف
لا يتناول تصرفه من أجل إنفاقه على أموره المعيشية التى بها قوام حياته
حتى وإن كان هذا التصرف من شأنه أن يضر بدائنيه
ومعنى ذلك أن مفهوم الإعسار فى القانون أوسع نطاقاً منه فى الفقه
الإسلامى

الأمر الثانى

أن الحجر عند علماء الفقه الإسلامى إذا طلبه الدائنون كان على القاضى أن
يجيبهم إلى طلبهم مادام قد توافرت شروطه
على خلاف القانون المدنى حيث فرق بين نظام الإفلاس ونظام الإعسار
فجعل القضاء بالإفلاس إذا توافرت شروطه وجوبياً على المحكمة دون أن
يكون لها سلطة تقديرية فى ذلك
وجعل القضاء بالإعسار جوازياً عليها فالمحكمة رغم توافر شروطه أن
تقضى به أو لا تقضى بها حسب سلطتها التقديرية

الأمر الثالث

لا يفرق الفقه الإسلامى بين المدين التاجر والمدين غير التاجر فكل شخص
يتمتع عن وفاء حقوق دائنيه المستحقة مع قدرته على هذا الوفاء يكون من
حق دائنيه أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه
فإذا رأى الحاكم أن المصلحة تتحقق بالحجر عليه كان عليه أن يجيب
الدائنين إلى طلبهم فيمنعه من التصرف فإن ظل المدين على موقفه باع
ماله جبراً عنه وأدى ما عليه من دين

وهذا على خلاف القانون الوضعى فهو يفرق بين المدين التاجر والمدين غير التاجر ويخص المدين التاجر بنظام الإفلاس أما المدين غير التاجر فيخصه بنظام الإعسار وقد يقال : إن عدم التفرقة بين الديون التجارية، والديون غير التجارية عند علماء الفقه الإسلامى مرجعه عدم شيوع التجارة قديما بالصورة التى هى عليها الآن وهذا مردود؛ لأن الثابت أن العرب قديما كانوا يشتغلون بالتجارة وما أدل على ذلك من رحلة الشتاء والصيف التى أشار إليها القرآن الكريم، فذلك يرجع بما لا يدع مكانا للشك إلى أن الشريعة الإسلامية قد رأت أن المعاملات المدنية أو غير التجارية لا تقل أهمية عن المعاملات التجارية فطبقت على كليهما نظاما واحدا متى توافر ضابطه

ومما يدل على أن عدم التفرقة بين النظامين هو الأكثر صوابا أن عددا غير قليل من الدول الحديثة طالبوا بإلغاء هذه التفرقة ونادوا بتطبيق قواعد الإفلاس التجارى على المعاملات المدنية والتجارية؛ لأنها لا تقل شأنًا وخطورة عن المعاملات التجارية وهو ما استجاب له القانون الإنجليزى، والرومانى، وقانون الولايات المتحدة (١)

هذا بالنسبة لحق الدائنين فى منع مدينهم من التصرف أما بالنسبة لنطاق هذا المنع فقد وافق القانون المدنى ما ذهب إليه أكثر علماء الفقه الإسلامى من جعل المنع من التصرف يتناول كل تصرف يبرمه المدين بعد صدور الحكم بمنعه من التصرف سواء كان هذا التصرف يتعلق بمال يملكه هذا المدين وقت الحجر عليه أو يملكه بعده

(١) انظر : د / عبد الغفار صالح - الإفلاس فى الشريعة الإسلامية - ص ٢٣ ط ١٩٨٠ .

المبحث الثانى

حق الدائنين فى تعاقدهم قبل الحجر عليه

قد يتوقع المدين إفلاسه وبالتالي الحجر عليه وقد يدفعه هذا التوقع إلى سرعة التصرف فى أمواله بقصد الإضرار بدائنيه حتى إذا ما فكروا فى الحجر عليه وبيع أمواله جبراً عنه لا يبلغوا مأربهم فى الوصول إلى ذلك فما هى الحماية المقررة لهؤلاء الدائنين شرعاً وقانوناً لمواجهة مثل هذا التصرف؟ لم يتقرر لدى علماء الفقه الإسلامى باستثناء المالكية حق للدائنين فى مثل هذه التصرفات

وذلك يرجع فيما يبدو لى إلى أن منع إنسان من تصرفاته دون أن يكون محجوراً عليه غير مقبول عقلاً؛ لأنه لا يمنع إلا بالحجر، ولا يصح تقديم المسبب على سببه (١)

ولكن إمعاناً فى المحافظة على حقوق الدائنين من الضياع كان لفقهاء المالكية

(١) انظر الفقه الحنفى : الدرر الحكام ٢٧٥/٢ وفيه " وصح تصرفه قبله "

والفقه الشافعى : الأم ٣/٢١٤ ط . دار الفكر وجاء فيه " شراء الرجل وبيعه وعتقه وقضاؤه بعض غرماته دون البعض جائز كله عليه مفلساً كان أو غير مفلس إلا إذا قام الغرماء عليه حتى يصيروه إلى القاضى "

والفقه الحنبلى : كشاف القناع ٥/١٦٥ ط . الباز الرياض ، وفيه " كل ما فعله المفلس قبل الحجر عليه من البيع والهبة والإقرار وقضاء بعض الغرماء وغير ذلك فهو نافذ؛ لأنه مالك جائز التصرف "

والفقه الزيدى : السيل الجرار ٤/٢٤٩ وفيه " وكل تصرف قبل الحجر عليه فوجهه أنه مالك يتصرف ما فى ملكه كيف شاء ما لم يحجر عن التصرف بظهور الإفلاس "

وفقه الإمامية : فقه الإمام جعفر الصادق ٥/١١٠ ، وفيه فقبل الحجر عليه لا يسمى المديون مفلساً شرعاً "

اجتهاد خاص بشأن تصرفات المدين قبل الحجر عليه حيث قسموا الصورة التي يكون عليها المدين قبل الحجر عليه إلى ثلاث حالات هي :

(١) حالة إحاطة الدين بمال المدين

وتتحقق هذه الحالة بمجرد استغراق الدين لمال المدين وتخلو هذه الحالة للدائنين الحق في منع مدينهم من تصرفاته بغير معاوضة حتى لا يضر بهم

(٢) حالة التفليس العام

وتتحقق هذه الحالة بقيام الغرماء على المدين دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه وتخلو هذه الحالة للدائنين الحق في منع مدينهم ليس من التبرعات فحسب بل من البيع والشراء والأخذ والإعطاء

(٣) حالة الحجر على المدين

وتسمى هذه الحالة بحالة (التفليس الخاص) وتتحقق برفع الدائنين أمر المدين للحاكم للحجر عليه فيحجر عليه وتخلو هذه الحالة للدائنين الحق في بيع مال مدينهم جبراً عنه إن هو امتنع عن الوفاء (١)

(١) انظر الشرح الصغير ٢٢٥/٣ ط . محمد علي صبيح وفيه : " وأعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : قبل التفليس : وهي منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من رهن وصدقة وعتق وما أشبه ذلك ويجوز بيعه وشراؤه كما نبه عليه ابن رشد

الحالة الثانية : تفليس عام : وهو قيام الغرماء عليه ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء

الحالة الثالثة : تفليس خاص، وهو خلع ماله لغرمائه "

وانظر أيضاً : الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٥٢/٤ - أول باب الفليس .

وقد اشترط المالكية في الحالة الأولى وهي حالة إحاطة الدين بمال المدين وجوب أن يكون المدين على علم وقت تصرفه تبرعاً بأن الدين الذي عليه محيط بماله فإن كان لا يعلم بإحاطة الدين لماله لم يكن لدائنيه الحق في منعه من تبرعاته وكذلك أيضاً لا يكون لهم الحق في هذا المنع إذا كان المدين يعلم بالإحاطة ولكنه تصرف لقضاء حاجته فيما يلزمه، أو جرت العادة به فإن وصل المدين إلى الحالة الثانية وهي - حالة التفليس العام - فإن دائنيه يكون من حقهم منعه من التبرعات ومن المعاوضات كالبيع ونحوه ولو كانت هذه المعاوضات بثمن المثل^(١)

موقف القانون

أعطى القانون المدنى المصرى للدائنين الحق فى الطعن على تصرف مدينهم الضار بحقوقهم قبل صدور حكم من القضاء بشهر إعسار هذا المدين ويكون الطعن بطلب وقف نفاذ تصرف المدين فى حقهم عن طريق ما يسمى بالدعوى البولصية وقد تضمنت المادة (٢٣٧) من القانون المدنى المصرى أحكام هذه الدعوى بنصها على ما يأتى :

" لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينة تصرف ضاربه أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إعسار المدين، أو الزيادة فى إعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية "

(١) حاشية الدسوقى ٢٦٢/٣ ، مواهب الجليل ٣٥/٥ ، بلغة السالك ١٢٤/٢ ط . الحلبي .

ونصت المادة التالية على شرط غش المدين، وعلم المتصرف إليه بهذا

الغش إذا كان التصرف معاوضة

ومما تقدم يمكن أن نستخلص الشروط التي يجب توافرها في الدعوى البولصية والتي من خلالها يكون للدائن الحق في الطعن بعدم نفاذ تصرف مدينه الضار بحقوقه في مواجهته

وهذه الشروط منها ما يرجع إلى الدائن، ومنها ما يرجع إلى التصرف المراد الطعن فيه

فأما ما يرجع إلى الدائن فهو أن يكون حقه مستحق الأداء فلا يستطيع الدائن أن يرفع هذه الدعوى إذا كان حقه متنازعا فيه، أو معلقاً على شرط واقف، أو مقترناً بأجل واقف؛ لأن حق المدين في مثل هذه الحالات لا يكون مستحق الأداء وأما ما يرجع إلى التصرف المراد الطعن فيه فهي شروط خمسة :

الشرط الأول

أن يكون التصرف تصرفاً قانونياً سواء أكان بإرادتين كالبيع والهبة، أم بإرادة واحدة كالإقرار والإبراء

فإذا كان التصرف الصادر من المدين تصرفاً مادياً كالعمل المادى الناشئ في ذمة المدين نتيجة لفعله الضار فلا حق للدائن في الطعن عليه بالدعوى

البولصية

الشرط الثاني

أن يكون التصرف مفقراً ويكون التصرف مفقراً إذا كان من شأنه أن ينقص من حقوق المدين كالهبة والحوالة، أو يزيد في التزاماته، كالقرض

والشركة

فإذا كان تصرف المدين ليس من شأنه أن يؤدي إلى إفقاره بأن كان موسراً، أو معسراً ولكنه باع بثمن المثل وأودع الثمن خزانة المحكمة فلا حق لدائنيه في الطعن عليه بالدعوى البولصية

الشرط الثالث

أن يكون التصرف غير متعلق بشخص المدين فإذا كان التصرف الذي صدر من المدين متعلقاً بشخصه كإنفاقه على أموره المعيشية فإن طعن الدائن بالدعوى البولصية لا يكون مقبولاً

الشرط الرابع

أن يكون تصرف المدين تالياً في الوجود لحق الدائن وتكمن حكمة هذا الشرط في أن حق الدائن إذا كان متأخراً عن تصرف المدين فليس لهذا الدائن أن يشكو، لحدوث التصرف قبل أن يصبح دائناً ولكن إذا استطاع الدائن أن يثبت أن المدين قد قام بهذا التصرف في وقت كان يتوقع فيه أنه سيصير مديناً له كما لو استطاع أن يثبت أن مدينه قد قام ببيع منزله في الوقت الذي كان يسعى فيه لإبرام عقد قرض معه فإن طعنه بالدعوى البولصية بعدم نفاذ تصرف مدينه في حقه يكون مقبولاً

الشرط الخامس

أن يكون التصرف صادراً عن تواطؤ إذا كان بمعاوضة ولإيضاح هذا الشرط يجب التفريق بين ما إذا كان التصرف المطعون عليه بالدعوى البولصية تبرعاً أو معاوضة

فإن كان التصرف تبرعاً فلا يشترط هذا الشرط؛ وذلك لأن مصلحة الدائن في دفع الضرر أولى من مصلحة المتبرع إليه حتى لو كان هذا الأخير حسن النية

أما إذا كان التصرف معاوضة فالأمر خلاف ذلك؛ لأن مصلحة الدائن في دفع الضرر عن نفسه يقابلها مصلحة المتصرف إليه في الاحتفاظ بما بذل من أجله ثمناً

فكان لا بد إذن من مرجح بين المصلحتين، فكان هذا المرجح، وهو توافر التواطؤ لدى المدين ومن تعامل معه بقصد الإضرار بالدائن فإذا توافر هذا الشرط كان للدائن الحق في رفع دعوى عدم نفاذ تصرف مدينة في مواجهته (١)

هذا مع ملاحظة أن الدعوى البوليصة وفقاً للمادة (٢٤٣) مدنى تسقط بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول التصرف أى الأجلين أقرب

(١) د / حامد نركى - دروس الالتزامات - ص ٢٨٠ وما بعدها

د / إسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ص ١٦٨ وما بعدها

د / عبد الفتاح عبد الباقي - أحكام الالتزام - ص ١٤٦ وما بعدها

د / سليمان مرقس - أحكام الالتزام - ص ٢٢٠ وما بعدها

د / جلال على العدوى - رابطة الالتزام ص ٢٠٧ وما بعدها .

المقارنة

وضح مما تقدم أن جمهور الفقه الإسلامى، ومنهم الحنفية، والشافعية، والحنابلة ووافقهم فى ذلك الزيدية، والإمامية يرون عدم أحقية الدائنين فى منع مدينهم من التصرف قبل صدور حكم من القاضى بالحجر عليه

وخالف فى ذلك المالكية حيث أعطوا للدائنين هذا الحق ولو لم يصدر حكم من القاضى بالحجر على مدينهم

وتحت مسمى [الدعوى البولصية] والتي تقضى بمنع نفاذ تصرف المدين الضار بدائنيه قبل صدور قرار من القضاء بمنعه من التصرف وافق القانون المدنى المصرى ما ذهب إليه الفقه المالكى

وعليه فإن المقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى ستكون قاصرة على المذهب المالكى الذى توافق معه القانون فى هذا الشأن

وبالمقارنة بين أحكام الدعوى البولصية فى القانون المدنى المصرى، والأحكام التى أوردها المالكية بشأن منع المدين من التصرف قبل الحجر عليه تبين وجود اختلاف بين الفقهاء فى المواضع الآتية :

(١) فرق القانون المدنى بين حالتين للمدين قبل صدور حكم من القاضى بالحجر

عليه وهما : حالة إحاطة الدين بمال المدين، وحالة التفليس العام

ورتب على كل حالة منهما حكما الخاص بها على نحو ما سبق بيانه

بينما لم يرد عن القانون المدنى إلا حالة واحدة وهى حالة الإعسار الفعلى

التي تسبق الحكم بالإعسار

(٢) عند الملكية إذا وصل المدين إلى حالة التفليس العام فإن دائنيه يكون من حقهم منعه من أى تصرف يضر بهم وإن كان معاوضة وبثمن المثل على خلاف القانون المدنى فإنه يعتبر تصرف المدين بثمن المثل فى فترة الإعسار نافذاً على دائنيه متى أودع الثمن خزانة المحكمة

(٣) عند الملكية لا تقادم لدعوى المنع من التصرف مادام أن أصلها وهو الدين لم تتقادم دعواه (١)

على خلاف القانون المدنى فإنه وفقاً للمادة (٢٤٣) مدنى تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التصرف، أى الأجلين أقرب

(١) انظر : الشرح الكبير ٢٣٦/٤ ، ٢٣٧ وفيه " أما الديون الثابتة فى الذمم فقيل : يسقطها مضى عشرين عاماً وهو قول مطرف ، وقيل : مضى ثلاثين ، وقيل : لا تسقط أصلاً ، وقيل : غير ذلك "

المبحث الثالث

حق الدائنين في تعاقد مدينهم بعد الحجر عليه

لا خلاف بين علماء الفقه الإسلامي على أن تعاقد المدين بعد الحجر عليه يقع صحيحاً نافذاً إذا كان نافعاً لدائنيه كقبوله للهيئة ولكن الخلاف بينهم في صحة تعاقد مدينهم بعد الحجر عليه إذا كان هذا التعاقد ناجزاً^(١) وكان من شأنه أن يضر بحقوق دائنه كبيعه، أو رهنه، أو هبته وغير ذلك من العقود التي قد توقع الدائنين في الضرر وخلافهم في ذلك ينحصر في قولين :

القول الأول

تعاقد المدين بعد الحجر عليه إذا كان من شأنه أن يضر بحقوق دائنه فإنه يصح ولكنه يوقف على إجازة دائنيه فإن أجازوه نفذ وإن رده بطل

(١) فإذا تصرف المدين في ذمته كما لو باع سلماً طعاماً، أو غيره، أو اشترى شيئاً بثمن في ذمته، أو اقترض، فإن تصرفه يكون نافذاً ما دام لا يؤثر مستقبلاً على حقوق دائنه ؛ وذلك لأن مقصود الحجر هو رفع الضرر عن الغرماء ولا يضرر يقع عليهم بتعاقد مدينهم في ذمته ولكنه إن ملك ما التزم به في ذمته ودينه باق فلدائنه منعه وبهذا قال : المالكية، وهو صحيح من مذهب الشافعية، وبه قال الحنابلة
انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٦٥/٣ ، مغنى المحتاج ١٤٨/٢ ، المغنى مع الشرح الكبير ٤٨٩/٤

أما مقابل الصحيح عند الشافعية فهو ثبوت الحق للدائنين في منعه من تصرفه في ذمته كالسفيه.

أنظر : مغنى المحتاج ١٤٨/٢

وذلك مردود بوجود الفارق بين المدين المحجور عليه والسفيه ووجه الفرق :

أن السفيه محجور عليه لحق نفسه، بخلاف المدين فالحجر عليه لحق دائنيه .

وإلى هذا ذهب المالكية^(١)، ومحمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنيفة^(٢)،
وَالزَّيْدِيَّةِ^(٣)

القول الثاني

تعاقد المدين بعد الحجر عليه إذا كان من شأنه أن يضر بحقوق دائنيه يقع
باطلا

وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٤)، والإمام الشافعي في أظهر قوليه^(٥)

الأدلة

أولاً : استدلت أصحاب القول الأول القائلون بالصحة مع التوقف على إجازة
الدائنين بالقياس على تعاقد المريض مرض الموت، بجامع تعلق حق الغير
بتعاقد كل منهما

(١) الحكم بالتوقف عند المالكية مشروط بانفاق الغرماء على رد تصرف المدين أو إمضائه، فإن
اختلفوا فإن التصرف يكون موقوفاً عندهم على نظر الحاكم

انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٦٥/٣

(٢) لم يصرح الحنيفة بالتوقف بناء على رأى أبي يوسف ومحمد ولكن ذلك فهم من خلال نصوصهم
في هذا الشأن

فقد ذكر ابن عابدين أن تصرف المدين بعد الحجر عليه إذا كان يضر بحقوق دائنه فإنه يكون
كتصرف المريض مرض الموت وتصرف المريض مرض الموت عندهم موقوف على إجازة
الورثة إذا جاوز حقوقهم

انظر : حاشية ابن عابدين ٩٥/٥ ط . دار إحياء التراث

(٣) البحر الزخار ٩٠/٦ ط . مؤسسة الرسالة

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٤٨٩/٤ . شرح منتهى الإرادات ٣٨٧/٢

(٥) القول الثاني للإمام الشافعي المقابل للقول الأظهر إن هذا التصرف يوقف فإن فضل عن الدين

الذى عليه لارتقاع القيمة ، أو إبراء الغرماء ، أو بعضهم نفذ تصرفه

وإن لم يفضل عن الدين الذى عليه لغاء أى بان أنه كان لاغياً

انظر : مغنى المحتاج ١٤٨/٢

وتعاقد المريض مرض الموت إذا جاوز حقوق الورثة فإنه يصح، ويوقف
على إجازتهم

فكذا تعاقد المدين بعد الحجر عليه يصح ويوقف على إجازة دائنيه إذا جاوز
حقوقهم (١)

ثانيا : استدلل القائلون بالبطلان بأن الدائنين يتعلق حقهم بالعين، فلم يصح تصرف
المدين فيها كما لا يصح للراهن أن يتصرف في العين المرهونة
وأیضا فإن المدين محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على
مراغمة مقصود الحجر كالسفيه (٢)

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن القياس على تصرف الراهن، والسفيه قياس غير
منضبط؛ لأن من الفقهاء من يقول بصحة العقد الصادر من الراهن على العين
المرهونة مع توقفه على إذن المرتهن
وكذلك أيضا صحة العقد الصادر من السفيه مع توقفه على إذن من له الولاية (٣)
ولا يحتج بمذهب على مذهب

(١) حاشية بن عابدين ٩٥/٥ ط . دار إحياء التراث، البحر الزخار ٩٠/٦

(٢) معنى المحتاج ١٤٨/٢

(٣) انظر هذا البحث ص : ١٨٠ قول من قال : بصحة عقد الراهن على العين المرهونة مع توقفه
على إجازة المرتهن ص : ٢٧٥ قول من قال : بصحة عقد السفيه مع توقفه على إجازة من له
الولاية عليه .

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من صحة العقد الصادر من المدين بعد الحجر عليه مع توفقه على إرادة دائنيه؛ وذلك لأن مقصود الحجر على المدين هو حماية دائنيه من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم وهذه الحماية تتحقق بوقف العقد، وتتحقق ببطلانه إلا أن الوقف للعقد يفوق بطلانه؛ لأن الوقف بالإضافة إلى أنه يحقق الحماية للدائنين فإن العقد معه لا يفقد الصلاحية حيث إنه يقع صحيحا نافذا بموافقة الدائنين، أو إبراء المدين، أو بوفاء الدين وهذه الصلاحية لا يمكن تصورها مع الحكم ببطلان العقد من أصله

موقف القانون

أعطى القانون المدني المصرى للدائنين الحق فى رفع دعوى الإعسار على مدينهم الممتنع عن الوفاء بحقوقهم، ومتى سجلت الدعوى فلا نفاذ لتصرفاته فى مواجهة دائنيه وقد تضمنت المادة (٢٥٧) مدنى هذا الحكم بقولها :

" متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين "

فما على الدائنين إذن إلا أن يثبتوا أسبقية حقوقهم على تصرف المدين وأن هذه التصرفات ضارة بحقوقهم فهذا كاف فى عدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهتهم دون حاجة إلى إلزامهم إثبات إعساره؛ لأنه حقيقة قانونية ثابتة بالحكم بشهر الإعسار

كما لا يلزمون بإثبات الغش لا على المدين ولا على المتصرف له

هذا ويلاحظ أن تصرف المدين المشهر إعساره لا يعنى حرمانه من كل تصرف في ماله إذ يظل حق المدين في هذا التصرف قائما وناظدا في حق دائنيه متى كان بمقابل مناسب، وأودع المشتري الثمن خزانة المحكمة مادة (٢٥٨) مدنى وتقريراً لحماية الدائنين قرر المشرع الوضعى فى المادة (٢٦٠) مدنى توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب أعمالاً من أعمال الغش إضراراً بدائنيه وذلك فى حالتين :

الحالة الأولى

إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره

الحالة الثانية

إذا كان المدين بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديونا صورية، أو مبالغاً فيها وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه^(١)

(١) د / إسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ص ٢٥٠، ٢٥١ ف ١١٩، د / عبد الرزاق السنهورى - ١٥٩٢/٢ ف ٧٠٨ د / أنور سلطان - أحكام الالتزام - ص ١٣٣، ١٣٤ ط ١٩٦٢، د / عبد الفتاح عبد الباقي - أحكام الالتزام - ص ٢٥٠، د / جميل الشرفاوى - أحكام الالتزام - ١٢٥ ف ٣٩، ١٩٨١، د / فتحى عبد الرحيم عبد الله - أحكام الالتزام - ص ١٧٣، ١٧٤ ف ١٣٧ ط . الجلاء .

المقارنة

بالمقارنة بين القانون المدنى والفقہ الإسلامى بشأن حق الدائنين فى تعاقد مدينه بعد الحجر عليه يلاحظ الآتى :

أولاً : أن المدين سواء فى الفقہ الإسلامى أو فى القانون المدنى المصرى لا يُمنع من كل تعاقد بعد الحجر عليه وإنما يمنع فقط من التعاقدات الضارة بحقوق دائنيه متى كانت هذه التعاقدات ليست من أجل قضاء حاجة ضرورية للمدين
ثانياً : وفقاً للمادة (٢٥٧) مدنى إذا سجلت صحيفة دعوى الإعسار لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته

وعدم سريان العقد الصادر من المدين فى مواجهة دائنيه فى القانون المدنى بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يتفق مع وقف العقد الصادر من المدين بعد الحجر عليه عند من قال به من علماء الفقہ الإسلامى من جهة أن كلا العقدين لا يكون نافذاً إلا بإقرار الدائنين له

ولكنهما يختلفان فى أن العقد غير السارى ينتج آثاره بين عاقديه من وقت إبرامه على حين أن العقد الموقوف تتوقف جميع آثاره على إجازة من له الحق فيه وهم الدائنون هنا

الفصل الثانى

حق الدائنين فى حوالة هدينهم

تقديم

الأصل - كما ذكرت آنفاً - أن لكل مدين حق التصرف فى ماله مادام لا يقصد من وراء تصرفه إيقاع دائنيه فى الضرر ويترتب على ذلك أمران :

الأمر الأول

إذا كانت الحوالة (١) الصادرة من المدين ليس من شأنها أن توقع دائنيه فى الضرر بأن كان لدى المدين - المحيل - من الضمانات ما يفى بحقوق دائنيه فإن هذه الحوالة تكون نافذة فى حقهم، وبالتالى لا يحق لهم منعه منها

الأمر الثانى

إذا كانت الحوالة الصادر من المدين من شأنها أن توقع دائنيه فى الضرر بأن كان من شأنها أن تحول دون استيفاءهم لحقوقهم

(١) الحوالة فى اللغة : تطلق على النقل والتحويل يقال : تحول من مكانه أى انتقل عنه وحوالته تحويلاً أى نقلته من موضع إلى موضع
انظر لسان العرب مادة (حول) ١٠٥٦/٢ ، القاموس المحيط باب اللام فصل الحاء ٣/٣٧٥
أما فى الاصطلاح : فهى نقل الدين من ذمة إلى ذمة
انظر : البحر الرائق ٦/٢٦٦ . تبين الحقائق ٤/١٧١
والأصل فى مشروعيها ما روى عن أبى هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ مطل الغنى ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليى فليتبع ﴾
انظر : صحيح مسلم ٣/١١٩٧ حديث رقم ١٥٦٤ - كتاب المساقاة
سنن الترمذى ٣/٥٩١ حديث رقم ١٣٠٨ وقال : حديث حسن صحيح .

فإن هؤلاء الدائنين يكون لهم الحق في منعه منها بطريق الحجر عليه وقد
أوضحت ذلك جلياً في الفصل السابق

ولكن قد يحدث وأن تكون الحوالة ضارة بالدائنين، ولا يتمكن هؤلاء
الدائنون من منع مدينهم منها لفوات ذلك بوفاته، فهل تكون الحوالة نافذة عليهم، أو
يثبت لهم الحق في مقاسمة المحال قسمة غرماء ؟

للإجابة عن ذلك لابد من التفريق بين ما إذا كانت الحوالة مطلقة، أو مقيدة (١)
فإذا كانت الحوالة مطلقة بأن أرسلها المحيل إرسالاً دون أن يقيداً بشيء معين له
على المحال عليه من دين أو ودیعة، أو عين في يده، أو غصب، أو نحوه
فإن الدائنين يكون من حقهم مطالبة المحال عليه بقيمة دين مدينهم ثم يقسمونه
بينهم قسمة غرماء، ولا يدخل المحال في هذه القسمة، وإنما يكون من حقه استيفاء
حوالته كاملة من المحال عليه؛ لأن المحال صار بالحوالة المطلقة من غرماء
المحال عليه (٢)

أما إذا كانت الحوالة مقيدة بأن قيدها المحيل بدين له عند المحال عليه، أو عين
عنده أمانة، أو مضمونه، بأن قال: للمحال عليه أحلت فلاناً عليك بالألف التي لي
في ذمتك، أو من الوديعة التي عندك لي، أو من المال الذي غصبته مني، فيقبل
المحال عليه (٣) فإن الفقهاء، قد اختلفوا على قولين في مدى أحقية الدائنين
الآخرين في هذه الحوالة :

(١) لم أجد فيما أطلعت عليه من تعرض لهذه المسألة من فقهاء المذاهب سوى الحنفية؛ لهذا فإن
بحثها سيقصر على مذهبه فيها .

(٢) أنظر: البحر الرائق ٢٧٤/٦، بدائع الصنائع ١٦/٦، ١٧، حاشية ابن عابدين ٢٩٤/٤ ط .
دار إحياء التراث

(٣) أنظر: المراجع السابقة

القول الأول

من حق الدائنين إذا لم يكن الدائن المحتال قد استوفى دينه المطالبة بقسمة
الحوالة قسمة غرماء، فإن كان الدائن المحتال قد استوفى بعض حقه كان
لهم حق المطالبة بقسمة الباقي (١)
وإلى هذا ذهب الأصحاب الثلاثة من الحنفية أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن،
وأبي يوسف (٢)

القول الثاني

لا يحق للدائنين مقاسمة المحال في الحوالة الصادرة من مدينهم قبل موته
استوفاء الدائن المحتال، أو لم يستوفها
وإلى هذا ذهب الإمام زفر (٣)

الأدلة

أولاً : استدلال الإمام أبو حنيفة وصاحبه

استدلال الإمام أبو حنيفة وصاحبه على أحقية الدائنين في المقاسمة بأن المال
المحال به هو مال المحيل في الأصل وليس مال المحال؛ لأن تملك الدين من غير
من هو عليه باطل

(١) أخذ صاحب مرشد الحيران بهذا القول حيث نص في المادة ٨٨٣ على ما يأتي " فإذا مات
المحيل مدينوناً قبل استيفاء المحال جميع الدين من المحال عليه فما قبضه في حياة المحيل فهو له
وما لم يقبضه فهو فيه أسوة الغرماء "

(٢) بدائع الصنائع ١٧/٦

(٣) بدائع الصنائع ١٧/٦ تبين الحقائق ١٧٤/٤

أما الحوالة فما هي إلا مجرد ثبوت دين في ذمة المحال عليه مع بقاء دين المحيل وما دام دين المحيل باق لم يفت بمجرد الحوالة، فإن غرماء هذا المحيل يكون لهم حق المقاسمة إذا مات مدينهم دون أن يترك أموالاً كافية للوفاء بحقوقهم ما لم تنتهي الحوالة بثبوت يد الاستيفاء من جانب الدائن المحتال (١)

ثانياً : استدلال الإمام زفر

استدلال الإمام زفر على ما ذهب إليه من عدم أحقية الدائن في المقاسمة بأن حق المحال سابق على حق الدائنين، فيتقدم عليهم بهذا السبق قياساً على المرتهن حيث يختص بالمرهون، دون أن يكون لباقي الدائنين الحق في مقاسمة (٢)

وقد نوقش هذا الاستدلال بوجود الفارق بين الحوالة والرهن من وجهين :

الوجه الأول

أن المحال لم يملك الحق المحال به لا يداً وهو ظاهر، ولا رقبة؛ لأن الحوالة ما وضعت للتملك بل للنقل، فتكون بين الغرماء بالمقاسمة بخلاف المرتهن فإنه يملك المرهون يداً وحبساً فثبت له شرعاً نوع اختصاص بالمرهون لم يثبت لغيره، فلم يكن لغيره أن يشاركه (٣)

الوجه الثاني

أن المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ، ولهذا لو هلك سقط دينه خاصة
وحيث إن المرتهن قد اختص بالغرم كان الغنم وهو الفوز بالمرهون له دون سائر الغرماء الآخرين؛ لأن الخراج بالضممان

(١) تبين الحقائق ١٧٤/٤

(٢) بدائع الصنائع ١٧/٦ ، تبين الحقائق ١٧٤/٤ مجمع الأنهر ١٤٩/٢

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٩٤/٤ . ط دار إحياء التراث .

بخلاف المحال عليه في الحوالة المقيدة فإنه لم يختص بغرم المال المحال به؛
ولهذا فإنه لو توى (١) لا يسقط دينه على المحيل .
وحيث إن المحال لم يختص بالغرم فإنه لا يختص بالغنم بل يكون هو
وغرماء المحيل أسوة في ذلك (٢)

الترجيح

أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من إعطاء الحق للدائني
المحيل في مقاسمة المحال عليه في المال المحال به قسمة غرماء؛ وذلك سدا
لذريعة التحايل التي قد يلجأ إليها المحيل، أو المحال بهدف استيفاء دين من الديون
كاملا على حساب ديون الآخرين
وحتى لو فرض حسن نية المحال والمحيل بأن لم يكن هناك قصد لاستيفاء أحد
الديون كاملا على حساب ديون الآخرين فإن المقاسمة حق لجميع الدائنين ما دام
قد تحقق عجز المدين عن الوفاء بحقوقهم كاملة

موقف القانون

قسم القانون المدني الدائنين باعتبارهم من الغير في الحوالة الصادرة من
مدينهم لأحدهم إلى ثلاث طوائف :

الطائفة الأولى : دائن يتعارض حقه مع حق المحتال، كالمحتال الثاني

الطائفة الثانية : دائن وقع حجرا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه

الطائفة الثالثة : دائن أشهر إعسار أو إفلاس مدينه - المحيل -

(١) التوى : الهلاك

انظر : المصباح الميز - كتاب الناء - ص ٤٥ ط العصرية ١٩٩٦

(٢) بدائع الصنائع ١٧/٦ ، نبيين الحقائق ١٧٤/٤

وفيما يلي بيان لحقوق هؤلاء الأغيار في مواجهة المحال

(١) حق المحال الثانى فى مواجهة المحال الأول

أوضحت المادة (٣١٣) من القانون المدنى المصرى هذا الحق بقولها :

" إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير "

ومن هذا النص يتبين أن معيار المفاضلة بين المحال الثانى باعتباره من الغير فى عقد الحوالة الأول، والمحال الأول تكون بأسببية أحدهما فى نفاذ الحوالة والحوالة طبقاً للمادة (٣٠٥) من القانون المدنى تكون نافذة بقبول المدين المحال عليه أو إعلانه بها على أن يكون قبول المدين أو إعلانه ثابت التاريخ وذلك لأن الحوالة لا تكون نافذة فى حق الغير إلا إذا تم قبول المدين المحال عليه أو إعلانه بها

فإذا سبق المحال الثانى إلى هذا النفاذ فإنه يقدم فى استحقاق الحوالة على المحال الأول، وإن كان السابق للمحال الأول فإنه يقدم على المحال الثانى غير أن قاعدة أسببية النفاذ ليست على إطلاقها إذ يحد منها مبدأ الغش يفسد التصرفات ، فلو تواطأ المحال الثانى مع المحيل بقصد الإضرار بالمحال الأول فإن التقدم يكون للمحال الأول إذا استطاع أن يثبت هذا التواطؤ حتى لو كان نفاذ الحوالة بالنسبة له جاء متأخراً عن نفاذها بالنسبة للمحال الثانى^(١)

(١) د / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - ٣ / ٥٤١ ، د / أحمد حشمت أبو سنيت

- نظرية الالتزام - ص ٥٥٧ ط ١٩٤٥ ط د / توفيق حسن فرج - أحكام الالتزام - ١٦٠ / ٢ ،

١٦١ ط ١٩٨٥ ط د / رمضان أبو السعود - أحكام الالتزام - ص ٣٩٨ ط ١٩٩٨ .

(٢) حق الدائن الحاجز في مواجهة المحال

إذا حجز أحد الدائنين على الحق المحال به، فلمن تكون أولوية الاستيفاء هل تكون للدائن الحاجز أو تكون للدائن المحال على نفس الحق ؟

للإجابة عن ذلك يجب التفريق بين ما إذا كانت الحوالة قد نفذت في حق الغير بقبول المدين أو إعلانه الثابت التاريخ أو لا

فإذا كانت الحوالة قد نفذت في حق الغير فإن حق المحال يقدم على حق الدائن الحاجز، ومن ثم يستأثر المحال بالحق المحال به دون أن يشاركه فيه أحد إما إذا كانت الحوالة لم تنفذ بعد في حق الغير فإن الحوالة تعتبر بمثابة حجز آخر، وعليه إذا وجد المحال عليه مالا يكفي لسداد دين كل منهما أخذ كل منهما حقه وإذا لم يجد ما يفي به دين كل منهما فإن الدين محل الحوالة والحجز يقسم بين المحال والحاجز قسمة غرماء بنسبة حصة كل منهما في الدين

وهذا هو ما أوضحتته المادة (٣١٤) مدني في فقرتها الأولى بقولها :

" إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر "

فإذا وقع حجز آخر من أحد الدائنين لآخرين بعد أن أصبحت الحوالة نافذة بقبول المدين أو إعلانه فإن الحوالة في هذه الحالة تعتبر واقعة بين حجزين أحدهما متقدم والآخر متأخر

وقد تضمنت المادة (٣١٤) من القانون المدني في فقرتها الثانية حكم وقوع الحوالة بين حجزين بقولها :

" وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم، والمحال له، والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة " فمفاد هذا النص : أن المال محل الحوالة والحجز يقسم بين الدائن الحاجز المتقدم والمحال والحاجز المتأخر قسمة غرماء ثم يستكمل المحال حقه من حصة الدائن المتأخر في الحجز

فإذا كان المال الذي وقع عليه التزام تسعة آلاف وكانت قيمة الدين اثني عشر ألفاً مقسمة بالتساوي بين الحاجزين، والمحال على نفس الحق، أي لكل واحد منهما أربعة آلاف جنيه فإن التسعة آلاف تقسم بينهم قسمة غرماء لكل واحد منهما ثلاثة آلاف ثم يستكمل المحال حقه وهو ما يساوي ألف جنيه من الحاجز المتأخر^(١)

(٣) حق دائني المحيل الذي أشهر إعساره أو إفلاسه في مواجهة المحال

يكون من حق دائني المحيل الذي أشهر إعساره أو إفلاسه الحق في مقاسمة المحال له في المال المحال به قسمة غرماء مادام أن إعسار أو إفلاس المحيل المدين قد تم قبل نفاذ الحوالة في حقهم بقبول المدين المحال عليه أو إعلانه التثبيت التاريخ، وذلك بأن صدر الحكم بإعسار أو إفلاس المحيل قبل إعلان المحال عليه بالحوالة أو قبل قبوله لها

(١) انظر : د/ أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ٣٤٣/٢ ط دار المعارف

د/ جميل الشرفاوي - النظرية العامة للالتزامات - ٢٣٧/٢ وما بعدها ف ٧٦ ط ١٩٨١

د/ توفيق حسن فرج - أحكام الالتزام - ١٦٢/٢ ، ١٦٣

د/ رمضان أبو السعود - أحكام الالتزام - ص ٤٠٠ ط ١٩٨٥

د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله - النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام

- ص ٢٩٤ ط . ثانية مكتبة الجلاء بالمنصورة .

ولكن إذا حدث الإعسار، أو الإفلاس بعد نفاذ الحوالة في حق الغير بقبول المحال عليه أو إعلانه الثابت التاريخ فإن حق المحال يتقدم على حق الغير -الدائنين - فيستوفى المحال له حقه دون أن ينازعه أحد من الدائنين (١)

المقارنة

بمقارنة أحكام القانون المدني المصري بأحكام الشريعة الإسلامية بشأن مدى أحقية الدائنين في مقاسمة المحال له في المال المحال به قسمة غرماء تبين لى ما يأتي :
أولاً

أن فكرة المقاسمة بين الدائنين والمحال له تتأسس في كلا الفقهيين على عدم قدرة المدين المحيل على الوفاء بديونه إذ لو كان المدين المحيل قادراً على الوفاء بديونه فإن أثر تصرف المدين بالحوالة أو غيرها ينصرف إلى الدائنين وعليه لا يكون هناك وجه للمطالبة بالمقاسمة

ثانياً

يتفق القانون المدني المصري مع الفقه الإسلامي في اشتراط عدم نفاذ الحوالة لإجراء المقاسمة

ولكن مع وجود اختلاف بين الفقهيين في كيفية هذا النفاذ :

فالقانون يرى أن النفاذ يكون بقبول المدين المحال عليه أو إعلان الثابت التاريخ فإذا تم النفاذ على هذا النحو كان من حق المحال له الاستقلال

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - نظرية الالتزام بوجه عام - ٦١٨/٣ ف ٣٠٠
د/ محمود جمال الدين زكي - النظرية العامة للالتزامات - ص ٩٢٥ ط . ثالثة ١٩٩٧
د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله - النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام -
ص ٢٩٤ .

بالمال المحال به دون أن يكون للدائن حق المقاسمة حتى ولو لم يكن
المحال له قد تمكن من قبض المال المحال به

والفقه الإسلامى يرى أن العبرة بقبض المحال له للمال المحال به
والفقه الإسلامى على هذا النحو يحقق حماية للدائنين أكثر من القانون
المدنى؛ لأن الفقه الإسلامى يعطى الأغيار من الدائنين الحق فى مقاسمة
المحال له فى المال المحال به ما دام أن المحال له لم يكن قد قبض المال
المحال به

فإذا كان المحال له قد قبض بعض المال المحال به ثبت الحق للدائنين فى
مقاسمته فيما بقى دون قبض

وهذا الضمان لا يتحقق للدائنين فى ظل القانون المدنى مادام أن المحال له
قد سبق إلى قبول المدين المحال عليه أو إعلانه فهذا فى القانون كاف فى
تقدمه ولو لم يقبض المال المحال به

ثالثاً

ميز القانون المدنى المحال له بميزة على حساب الحاجز الثانى إذا وقعت
الحوالة بين حجزين حيث يكون للمحال له أن يستوفى جميع دينه فى حالة
عدم كفاية المال المحال به من نصيب الدائن الحاجز الذى وقع حجزه بعد
نفاذ الحوالة

وذلك على خلاف الفقه الإسلامى فمتى ثبت حق المقاسمة فهو يراعى
العدالة بين من ثبت لهم هذا الحق دون تفرقة بين متقدم أو متأخر فالجميع
يأخذ من المال المقاسم فيه بنسبة نصيبه فى الدين دون تفریق بين متقاسم
وأخر

الذاتمة

وتشتمل على

أولاً : نتائج البحث وأهم توصياته

(أ) نتائج البحث

(ب) أهم توصيات البحث

ثانياً : الفهرست

(أ) فهرس المصادر والمراجع

(ب) فهرس الموضوعات

أولاً : نتائج البحث وأهم توصياته

الحمد لله الموفق لما يحبه ويرضاه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الملة السمحاء وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

وبعد

فقد انتهيت بعون الله تعالى وتوفيقه من دراسة هذا البحث بجملته من النتائج استدعت بدورها مجموعة من التوصيات أوجزها فيما يلي

(أ) نتائج البحث

- (١) أن الغير قد يكون أجنبياً عن العقد، وقد يكون غير أجنبى عنه فالغير الأجنبى هو الذى ليس له حق فى العقد والغير الذى ليس أجنبياً هو الذى له حق فى العقد يخوله الطعن فيه
- (٢) ليس بشرط أن يطلق وصف الغيرية على غير العاقد، فقد يكون الشخص غير عاقد ومع ذلك لا يوصف بأنه من طائفة الغير، وذلك كالمنوب عنه والمتفضل عليه، والخلف العام، والخلف الخاص
- (٣) الأثر المترتب على الغيرية هو إعطاء من انطبق عليه هذا الوصف الحق فى الطعن على التعاقد الذى يضار منه

(٤) اصطلاح الخلف - عاماً كان أو خاصاً - هو اصطلاح قانونى يوافق فى الفقه الإسلامى اصطلاح الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة بالنسبة [للخلف العام]

وكل من يخلف شخصاً فى شىء معين كالمشترى والموصى له بجزء معين من التركة بالنسبة [للخلف الخاص]

(٥) مفهوم الفضالة فى الفقه الإسلامى أعم وأشمل من مفهومه فى القانون المدنى

وبيان ذلك :

أن الفصولى فى الفقه الإسلامى يطلق على من يتصرف فى مال غيره دون إذن شرعى من ذلك الغير

كما يطلق أيضاً على من يتصرف فى مال غيره بدافع الضرورة والمصلحة أما الفصولى فى القانون المدنى فلا يطلق إلا على النوع الثانى فقط وهو من يتصرف فى مال غيره بدافع الضرورة والمصلحة

(٦) يختلف صاحب الحق فى الفضالة غير الضرورية عنه بالنسبة للفضالة الضرورية، حيث يعتبر صاحب الحق غيراً فى الفضالة غير الضرورية، بينما لا يُعتبر كذلك فى الفضالة الضرورية

(٧) العقد المالى هو الذى يكون وارداً على مال، ويكون المال مقصوده، فإن كان غير وارد على مال كعقد الهدنة، أو وارد على مال ولكن هذا المال ليس مقصوداً فيه كعقد النكاح فإنه لا يسمى عقداً مالياً

(٨) انفرد المالكية بتقرير حكم خاص مفاده أن الحائز ذى الشبهة، أى حسن النية لا يعلم بالتعدى على حق الغير يكون من حقه أن يمتلك الثمار التى نتجت عن هذا الحق وهو فى حوزته

بخلاف الحائز غير ذى الشبهة، أى سئى النية يعلم بالتعدى على حق الغير فإنه لا يملكها معاملة له بنقيض مقصوده وما قرره المالكية فى هذا الشأن هو نفس ما قرره القانون المدنى بعد ذلك ورتب عليه أحكاماً تحت شعار مبدأ حسن النية

(٩) هناك فرق بين الإجازة والإقرار فى ظل القانون المدنى المصرى فالإجازة تصدر من أحد طرفى العقد لتزيل ما نزل به من عيب، وذلك كإجازة البالغ للعقد الصادر منه فى صباه

أما الإقرار فيصدر من شخص لم يكن طرفاً فى العقد بمقتضاه يكون العقد سارياً فى حقه، وذلك كإقرار المالك للعقد الصادر من الغير على ملكه دون إذنه

(١٠) لا يتقدم الحق فى الفقه الإسلامى مهما طال عليه من الزمن، وإنما الذى يتقدم هو الحق فى رفع الدعوى عند المالكية، والمتأخرين من الحنفية ومن ثم ينبغى عدم الخلط بين تقدم الدعوى فى الفقه الإسلامى، وتقدم الحق فى القانون المدنى

(١١) قد يُقال : ما الفارق بين تقدم الدعوى، وتقدم الحق مادام أن صاحب

الحق لا يستطيع أن يرفع دعواه بعد تقدمها ؟

بمعنى أن عدم إمكانية رفع الدعوى هو سقوط ضمنى للحق

أقول : الفارق بينهما أن الخصم لو اعترف بالحق، أو قامت البينة ضده، وكنا بصدد تقادم للدعوى فإن الدعوى يتجدد سماعها وينتزع الحق من الخصم ولا يقبل منه الدفع بسقوط الدعوى؛ وذلك لأن الدعوى إنما سقطت بعد توافر أسباب سقوطها خوفاً من الادعاء الكاذب، فإذا زالت العلة زال المعلول تبعاً

وهذا بخلاف ما لو كنا بصدد تقادم للحق فإن الدعوى لا يتجدد سماعها، لسقوط سببها بالتقادم

(١٢) قرر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ جواز الوصية للوارث في حدود ثلث التركة دون موافقة باقى الورثة شأنها فى ذلك شأن الوصية لغير وارث

والقانون بهذا الحكم يخالف ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من عدم جواز الوصية للوارث بقليل أو كثير إلا بموافقة الورثة ويوافق ما ذهب إليه الشيعة الإمامية لأسباب ذكرتها فى موضعها

(١٣) الولى، أو الوصى، أو القيم حتى يكون لإرادتهم أثر فى تعاقد المشمول بولايتهم يجب توافر أمرين :

أحدهما

أن يكون المشمول بالولاية صبيهاً مميزاً أو سفياً أو معتوهاً لديه نوع تمييز؛ وذلك لأن المشمول بالولاية إذا كان منعدم التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون فإن تصرفه يكون باطلاً من أصله وعليه فلا أثر لإقرار العقد من جانب الولى أو من فى حكمه

الثانى

أن يكون التعاقد الصادر من المشمول بالولاية تعاقدًا دائرًا بين النفع والضرر، كالبيع، والإجارة، ونحوهما؛ وذلك لأن تعاقد المشمول بالولاية إذا كان نافعاً له نفعاً محضاً كقبوله للهيئة، أو ضاراً به ضرراً محضاً كهيبته لغيره فإنه يكون نافذاً على من له الولاية فى الحالة الأولى ما لم يوجد من الأسباب ما يبرر بطلانه، وباطلاً من أصله فى الحالة الثانية ومن ثم فلا أثر لإقرار العقد أو رفضه من جانب من له الولاية (١٤) انفرد المذهب المالكي دون غيره بإعطاء الدائنين الحق فى منع مدينهم من التعاقدات الضارة بحقوقهم بمجرد إحاطة الدين، دون التوقف على انتظار قرار الحجر من القاضى وما قرره المالكية هو نفس ما أقره القانون المدنى بعد ذلك تحت مسمى الدعوى - البولصية -

(ب) أهم التوصيات

فى ضوء ما ذكرت من نتائج فى هذا البحث أوصى بما يأتى :

(١) أوصى بأن يعدل القانون المدنى عن موقفه ويحكم بعدم نفاذ العقد الصادر على ملك الغير فيما بين عاقديه؛ وذلك لأن نفاذ العقد يعنى كماله، والعدالة تأبى إسباغ وصف الكمال على عقد لم تتدخل فيه إرادة صاحبه

(٢) أوصى واضعى القانون بوجوب اعتبار التقادم تقادماً للدعوى وليس تقادماً للحق عملاً بما هو مقرر لدى علماء الفقه الإسلامى من المالكية ومتأخرى الحنفية حتى إذا ما وجدت مبررات لرفع الدعوى فإنها تسمع دون نظر إلى مدة تقادمها

وبذلك تُصان الحقوق من الضياع ويُضيق الخناق على كل من تسول له نفسه التعدى على حقوق غيره

(٣) أوصى بتغيير نص المادة (١٠٤٣) من القانون المدنى والتي تجيز للراهن التصرف فى المرهون دون إذن المرتهن إلى ما يفيد جواز ذلك مقيداً بإقرار المرتهن حتى إذا ما أقره يكون قد رضى مختاراً بتجريد دينه من الرهن

وبذلك نتجنب ما قد يحدث من نزاع بين الأفراد بسبب أسبقية التسجيل أو القيد الذى اشترطه القانون للفوز بملكية المرهون

(٤) أوصى بتعديل المادة السابعة والثلاثين من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ والتي تجيز الوصية للوارث في حدود ثلث التركة دون موافقة باقى الورثة إلى الأخذ بمذهب جمهور الفقه الإسلامى الذى يمنع هذه الوصية بقليل أو كثير إلا بموافقة الورثة على ذلك وإذا كان واضعوا القانون قد استندوا إلى مبرر الدافع المقبول لهذه الوصية ككبر الوارث، أو طلبه للعلم، أو عجزه عن الكسب بسبب صغر، أو عاهة، أو مرض فإن هذا الدافع يصغر حجمه أمام ما يحدثه التفاضل بين الورثة من حقد وضغينة تؤدى إلى تقطيع الأرحام التى أمر الله بوصلها

(٥) أوصى بوجوب المبادرة إلى إلغاء التنظيم القانونى للفوائد الربوية عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية التى هى بنص الدستور المصدر الرئيسى للتشريع، وذلك لما أثبتته العلم من خطورة الربا قليله وكثيره على الأفراد والجماعات فليكن للمقنن المدنى المصرى المثل والقذوة فيما نهجته بعض التشريعات العربية، كالتقنين المدنى الكويتى الذى حظر الفوائد الربوية بنصه فى إحدى نصوصه على ما يأتى :

(١) يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ

من النقود أو مقابل التأخير فى الوفاء بالالتزام

(٢) ويعتبر فى حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها

اشتراطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية

مناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً

ثانياً: الفهرست

(أ) فهرس المصادر والمراجع مرتباً على حروف المعجم

* أولاً: القرآن الكريم وعلومه

الإمام أبو الفضل شهاب الدين الألوسي البغدادي المتوفى سنة ١٢٧٠هـ (روح المعاني) ط. دار إحياء التراث العربي	١- الألوسي
الإمام محمد الحسين بن مسعود البغوي الشافعي المتوفى سنة ٥١٦هـ (معالم التنزيل) - المسمى تفسير البغوي - ط. دار الكتب العلمية بيروت لبنان أولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م	٢- البغوي
الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠هـ (أحكام القرآن) ط. عيسى البابي الحلبي	٣- الجصاص
الإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي المتوفى سنة ٦٠٦هـ (التفسير الكبير) ط. دار المعرفة	٤- الرازي
العلامة جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة ٥٣٨هـ (تفسير الكشاف) ط. دار المعرفة	٥- الزمخشري

<p>الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ والإمام جلال الدين محمد بن أحمد المحلي المتوفى سنة ٨٦٤ هـ (تفسير الجلالين) ط . مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٤ م</p>	<p>٦ - السيوطي والمحلي</p>
<p>الإمام أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠ هـ (جامع البيان) ط . دار الحديث ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م</p>	<p>٧ - الطبري</p>
<p>الإمام القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله الأندلسي الإشبيلي المالكي المتوفى سنة ٥٤٣ هـ (أحكام القرآن) تحقيق محمد البيجاوي ط . عيسى البابي الحلبي</p>	<p>٨ - ابن العربي</p>
<p>الإمام القاضي محمد جمال الدين القاسمي المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ (محاسن التأويل) - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ط . مؤسسة التاريخ ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م</p>	<p>٩ - القاسمي</p>
<p>الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري المالكي المتوفى سنة ٦٧١ هـ (الجامع لأحكام القرآن) المعروف بـ (تفسير القرطبي) ط . دار الريان للتراث</p>	<p>١٠ - القرطبي</p>

١١- ابن كثير الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفدى إسماعيل الدمشقى الشافعى المتوفى سنة ٧٧٤هـ (تفسير القرآن العظيم) ط . دار الفكر ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م	
١٢- النسفى الإمام أبو البركات عبد الله النسفى المتوفى سنة ٧١٠هـ (تفسير النسفى) ط . دار إحياء التراث العربى	

* ثانياً : الحديث النبوى وعلومه

١٣- البخارى الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة المتوفى سنة ٢٥٦هـ (صحيح البخارى) مطبوع مع (فتح البارى) لابن حجر العسقلانى ط . دار المعرفة	
١٤- البيهقى الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن على المتوفى سنة ٤٥٨هـ (السنن الكبرى) ط . دار المعارف العثمانية ١٣٤٦ هـ	
١٥- الترمذى العلامة علاء الدين بن على بن عثمان الماردىنى المتوفى سنة ٧٤٥هـ (الجواهر النقى) مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقى ط . دار المعارف العثمانية	
١٦- الترمذى الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ (الجامع الصحيح) المعروف بـ (سنن الترمذى) ط . دار الحديث	

الإمام أحمد بن محمد الشيباني أبو عبد الله المتوفى سنة ٢٤١هـ (مسند الإمام أحمد) ط . المكتب الإسلامي ، و ط . دار الحديث - تحقيق أحمد شاكر	١٧- ابن حنبل
الإمام الأعظم النعمان بن ثابت بن النعمان بن المرزبان المتوفى سنة ١٥٠هـ (جامع الأسانيد) تحقيق - صفوت السقا ط . دار الكتب العلمية	١٨- أبو حنيفة
الإمام علي بن عمر المتوفى سنة ٣٨٥هـ (سنن الدراقطني) ط . دار المحاسن	١٩- الدراقطني
الإمام الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي المتوفى سنة ٢٥٥هـ (سنن الدارمي) ط . دار الريان للتراث	٢٠- الدارمي
الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث المتوفى سنة ٢٧٥هـ ١- (سنن أبي داود) ط . المكتبة العصرية ٢- (المراسيل) مطبوع مع سلسلة الذهب لابن حجر ط . دار المعرفة	٢١- السجستاني
الإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ (ترتيب المسند) ط . دار الكتب العلمية	٢٢- الشافعي
الإمام محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليماني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ (نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار) ط . مكتبة دار التراث ، و ط . الباز الرياض ٢٠٠١م	٢٣- الشوكاني

٢٤- ابن أبي شيبه	الإمام عبد الله بن محمد بن أبي شيبه المتوفى سنة ٢٣٥هـ (الكتاب المصنف فى الأحاديث والآثار) ط . بدون
٢٥- الصنعاني	الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى المتوفى سنة ١١٨٢هـ (سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام) ط . دار الريان للتراث
٢٦- عبد الرزاق	الإمام أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ (مصنف عبد الرزاق) ط . دار القلم بيروت أولى ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م
٢٧- العسقلاني	الإمام أبو الفضل أحمد بن على بن حجر المتوفى سنة ٨٥٢هـ ١- (فتح البارى بشرح صحيح البخارى) ط . دار المعرفة ٢- (التلخيص الحبير) مطبوع مع المجموع شرح المذهب ط . دار الفكر ٣- (تهذيب التهذيب) ط . أولى ١٩٨٤م
٢٨- ابن ماجه	الإمام أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى سنة ٢٧٣هـ (سنن ابن ماجه) ط . دار الريان للتراث
٢٩- مسلم	الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ (صحيح مسلم) ط . دار القلم بيروت لبنان

الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر المتوفى سنة ٣٠٣هـ (سنن النسائي) ط٠ دار البشائر الإسلامية	٣٠ - النسائي
الإمام أبو زكريا محيي الدين بن شرف المتوفى سنة ٦٧٦هـ (الأربعين النووية) مع شرح ابن دقيق العيد ط٠ مكتبة الإرشاد جدة - السعودية	٣١ - النووي
الإمام أبو عبد الله محمد بن عبد الله حمدويه الشهير بالحاكم المتوفى سنة ٤٠٥هـ (المستدرک علی الصحیحین) ط٠ دار المعرفة	٣٢ - النيسابوري
العلامة علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين المتوفى سنة ٩٧٥هـ (كنز العمال في سنن لأقوال والأفعال) ط٠ منشورات المكتب الإسلامي	٣٣ - الهندي
الإمام الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر المتوفى سنة ٨٠٧هـ (مجمع الزوائد ومنبع الفوائد) ط٠ دار الريان	٣٤ - الهيتمي

* ثالثاً: أصول الفقه وقواعده الكلية

العلامة محمد أمين بن محمود البخاري المتوفى ٩٧٢هـ (تيسير التحرير) ط٠ دار الكتب العلمية	٣٥ - أمير بساه شاه
--	--------------------

الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦هـ (الإحكام فى أصول الأحكام) ط . دار الكتاب العربى	٣٦ - ابن حزم
الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعى المتوفى سنة ٧٩٤هـ (المنثور فى القواعد) تحقيق تيسير فائق ط . الفالج أولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م	٣٧ - الزركشى
الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر الشافعى المتوفى سنة ٩١١هـ (الأشباه والنظائر فى فروع فقه الشافعية) ط . دار الفكر	٣٨ - السيوطى
الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطى المالكي المتوفى سنة ٧٩٠هـ (الموافقات فى أصول الأحكام) ط . مصطفى الباز الرياض	٣٩ - الشاطبى
حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ (المستصفى) ط . أولى الأميرية ١٣٢٢ هـ	٤٠ - الغزالي
العلامة عبد الحلیم بن محمد أمين الله الأنصارى (حاشية للكنوى) المسماة (قمر الأعمار على نور الأنوار) مطبوع مع شرح المنار ط . بولاق ١٣١٦ هـ	٤١ - اللكنوى

* رابعاً : كتب الفقه المذهبي

(أ) المذهب الحنفي

٤٢ - البابرتي	العلامة الفقيه أكمل الدين بن محمود الحنفي المتوفى سنة ٧٨٦هـ (شرح العناية على الهداية) مع فتح القدير ط . مصطفى البابي الحلبي
٤٣ - ابن البراز	العلامة حافظ الدين محمد بن شهاب الدين بن محمود بن محمد الكردي الحنفي المتوفى ٨٢٧هـ (الفتاوى البرازية) مطبوع مع الفتاوى الهندية - ط . دار المعرفة
٤٤ - البغدادي	العلامة أبو محمد بن غانم (مجمع الضمانات) ط . الخيرية
٤٥ - الجينيبي	الشيخ إبراهيم بن سليمان بن محمد بن سليمان بن محمد بن عبد العزيز المتوفى سنة ١١٠٨ هـ (الفتاوى الخيرية) على مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان، ط . المكتبة الإسلامية
٤٦ - الحصكفي	العلامة محمد بن علي بن محمد الحصني المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ (الدر المختار) بهامش حاشية بن عابدين - رد المحتار - ط . دار إحياء التراث

العلامة عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المتوفى سنة ٩٥١هـ (مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر) ط . دار إحياء التراث	٤٧ - دماذ أفندى
الإمام فخر الدين عثمان بن على الحنفى المتوفى سنة ٧٤٣هـ (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ط . دار المعرفة	٤٨ - الزيلعى
الإمام شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن سهيل الحنفى المتوفى سنة ٤٨٣هـ (المبسوط) وهو شرح لما تضمنته كتب ظاهر الرواية لمحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة ط . دار المعرفة	٤٩ - السرخسى
العلامة السيد محمد أبو السعود الحنفى المصرى (حاشية أبو السعود) المسماة بـ (فتح المعين على شرح الكنز) ط . مؤسسة قرطبة	٥٠ - أبو السعود
الإمام علاء الدين السمرقندى المتوفى سنة ٥٣٩هـ (تحفة الفقهاء) ط . جامعة دمشق	٥١ - السمرقندى
العلامة شهاب الدين أحمد الشلبى المتوفى سنة ١٠١٠هـ (حاشية الشلبى على تبيين الحقائق) ط . دار المعرفة	٥٢ - الشلبى
العلامة السيد أحمد الطحطاوى (حاشية الطحطاوى على الدر المختار) ط . دار الفكر	٥٣ - الطحطاوى

٥٤ - الطورى العلامة محمد بن حسين بن على القادري الحنفى المتوفى سنة ١١٣٨هـ (تكلمة البحر الرائق) ط . دار المعرفة	
٥٥ - ابن عابدين العلامة المحقق محمد أمين بن عمر (١) (حاشية ابن عابدين) المسماة - رد المحتار - ط . دار إحياء التراث (٢) (العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية) ط بدون	
٥٦ - العينى العلامة محمد محمود بن محمد العينى المتوفى سنة ٨٥٥هـ (١) (البناية فى شرح الهداية) ط . دار المعرفة أولى ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م (٢) (شرح العينى على متن الكنز) ط . المصرية	
٥٧ - قاضى زادة العلامة شمس الدين أحمد بن قودر الحنفى المتوفى سنة ٩٨٨ هـ (نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار) المسماة (تكلمة فتح القدير) ط . مصطفى البابى الحلبي	
٥٨ - ابن قاضى العلامة محمود بن إسرائيل الحنفى المتوفى سنة ٨١٨ هـ (جامع الفصولين) ط . الأزهرية بالقاهرة ١٣٠٠هـ الفاضى محمد بن قرموز	سماوه
٥٩ - قرموز (الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام) ط . أحمد كامل ١٣٢٩ هـ	

٦٠ - الكاساني	العلامة الفقيه علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧هـ (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع) ط . دار الحديث
٦١ - الموصلي	الإمام عبد الله بن مودود المتوفى سنة ٦٨٣ هـ (الاختيار لتعليل المختار) تحقيق محيى الدين عبد الحميد ط . دار السعادة
٦٢ - الميداني	الإمام عبد الغنى دمشقى الميداني (اللباب شرح الكتاب) ط . دار الحديث
٦٣ - الميرغيناني	الإمام برهان الدين أبو الحسن على بن أبى بكر الرشداني الحنفي المتوفى سنة ٥٩٣هـ (الهداية شرح بداية المبتدى) ط . مصطفى البابى الحلبي
٦٤ - ابن نجيم	العلامة الفقيه زين الدين إبراهيم المصرى الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠هـ (١) (البحر الرائق شرح كنز الدقائق) ط . دار المعرفة (٢) (الأشباه والنظائر) ط . دار المعرفة
٦٥ - ابن الهمام	العلامة الفقيه كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسى المتوفى سنة ٨٦١هـ (شرح فتح القدير) ط . مصطفى البابى الحلبي .

(ب) المذهب المالكي

٦٦ - الأبي	الإمام صالح عبد السميع الأبي الأزهرى (جواهر الاكليل) ط . دار الفكر
------------	---

٦٧ - ابن أنس	الإمام الكبير مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر صاحب المذهب المتوفى سنة ١٧٩هـ (المدونة الكبرى) رواية سحنون عن ابن القاسم ط . السعادة ١٣٢٣هـ ، و ط . دار الفكر
٦٨ - الباجي	الإمام أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤هـ (المنتقى شرح الموطأ) ط . دار الكتاب
٦٩ - البناني	العلامة أبو عبد الله بن الحسن بن المسعود بن أحمد المالكي المتوفى سنة ١١٩٤هـ (حاشية البناني) مع شرح الزرقاني المختصر خليل ط . دار الفكر
٧٠ - ابن جزى	العلامة أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي المتوفى سنة ٧٤١هـ (قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية) المعروف بـ (القوانين الفقهية) ط . دار العلم للملايين بيروت
٧١ - الخطاب	الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المتوفى سنة ٩٥٤هـ (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل) ط . دار الفكر ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م
٧٢ - الخرشبي	الإمام أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي المتوفى سنة ١١٠١هـ (شرح مختصر خليل) ط . دار صادر

<p>العلامة أبو البركات أحمد بن محمد العدوي المتوفى سنة ١٢٠١هـ</p> <p>(١) (الشرح الكبير لمختصر خليل) مع حاشية الدسوقي ط . دار المعرفة</p> <p>(٢) (الشرح الصغير على متن أقرب المسالك) كلاهما له ط . المدني</p> <p>(٣) (الشرح الصغير) مع حاشية الصاوي ط . عيسى البابي الحلبي</p>	<p>٧٣ - الدردير</p>
<p>العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ</p> <p>(حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ط . دار الفكر</p>	<p>٧٤ - الدسوقي</p>
<p>الإمام أبو الوليد محمد أحمد بن رشد القاضي القرطبي المتوفى سنة ٥٢٠ هـ</p> <p>(١) (المقدمات الممهديات) ط . السعادة</p> <p>(٢) (البيان والتحصيل) ط . دار الغرب الإسلامي</p>	<p>٧٥ - ابن رشد الجد</p>
<p>الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الحفيد أو الفيلسوف المتوفى سنة ٥٩٥ هـ</p> <p>(بداية المجتهد ونهاية المقتصد) ط . دار الفكر</p>	<p>٧٦ - ابن رشد الحفيد</p>
<p>العلامة المحقق محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف المغربي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ</p> <p>(حاشية الرهوني) ط . دار الفكر بيروت لبنان</p>	<p>٧٧ - الرهوني</p>

٧٨ - الزرقاني	العلامة الفقيه الشيخ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان المتوفى سنة ١٠٩٩هـ (شرح مختصر خليل) ط . دار الفكر بيروت لبنان
٧٩ - الصاوي	العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي (١) (حاشية الصاوي) - مطبوع مع الشرح الصغير للدير ط . عيسى البابي الحلبي (٢) (بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك) ط . الحلبي ١٣٧٢هـ
٨٠ - ابن عبد البر	شيخ الإسلام يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر المتوفى سنة ٤٦٣هـ (الاستذكار) ط . دار قتيبة
٨١ - العدوي	العلامة نور الدين أبو الحسن علي بن أحمد الصعدي المتوفى سنة ١١٨٩هـ (حاشية العدوي على شرح الخرشي) ط . دار صادر
٨٢ - عليش	الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المتوفى سنة ١٢٩٩هـ (١) (فتح العلي المالك) ط . مصطفى البابي الحلبي (٢) (شرح منح الجليل) ط . النجاح
٨٣ - القرافي	الإمام الشيخ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ (١) (الذخيرة) ط . دار الغرب الإسلامي (٢) (الفروق) ط : دار المعرفة

٨٤ - محمد علي الشيخ محمد علي بن الشيخ حسين المالكي (تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقيهية) مطبوع بهامش الفروق للقرافي ط . دار الفكر	
٨٥ - المواق الشيخ العلامة محمد بن يوسف بن أبي القاسم الغرناطي المتوفى سنة ٨٩٧ هـ (التاج الإكليل لمختصر خليل) مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب ط . دار الفكر ١٣٩٨ هـ	
٨٦ - النفرأوى الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا المتوفى سنة ١١٢٠ (الفواكه الدواني) على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ط . ثالثة مصطفى البابي الحلبي	

(ج) المذهب الشافعي

٨٧ - الأنصاري شيخ الإسلام أبو يحيى زكريا بن محمد (أسنى المطالب شرح الروض الطالب) ط . المكتبة العصرية	
٨٨ - الباجوري العلامة الشيخ إبراهيم الباجوري (حاشية الباجوري) ط . العامرة الشرفية	
٨٩ - البجيرمي الشيخ سليمان ابن عمر بن محمد المتوفى سنة ١٢٢١ هـ (١) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب) ط الأميرية (٢) حاشية البجيرمي على الخطيب) ط . مصطفى البابي الحلبي	

٩٠ - الخطيب الشيخ محمد بن أحمد الشريبي المتوفى سنة ٩٧٧ هـ (معنى المحتاج إلى معانى ألفاظ المنهاج) ط٠ مصطفى البابى الحلبى	
٩١ - الرافعى الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد المتوفى سنة ٦٢٣ هـ (فتح العزيز) مطبوع مع تكملة المجموع شرح المذهب ط٠ دار الفكر	
٩٢ - الرشيدى الإمام أحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالرشيدى - المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ (حاشية الرشيدى) مع نهاية المحتاج ط٠ مصطفى البابى الحلبى	
٩٣ - الرملى الإمام العلامة شمس الدين محمد بن الإمام شهاب الدين المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج) ط٠ مصطفى البابى الحلبى .	
٩٤ - الشافعى الإمام الكبير أبو عبد الله محمد بن إدريس صاحب المذهب المتوفى سنة ٢٠٤ هـ (الأم) رواية الربيع بن سليمان المرادى ط٠ دار الفكر	
٩٥ - الشيرازى العلامة أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف بن عبد الله المتوفى سنة ٤٧٦ هـ (المذهب) ط٠ عيسى البابى الحلبى	

الإمام المحقق الشيخ عميرة (حاشية عميرة) على شرح الجلال المحلى للمنهاج مع حاشية قليوبى ط . دار الكتب	٩٦ - عميرة
حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ (الوسيط فى المذهب) ط . دار السلام ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م	٩٧ - الغزالي
الإمام المحقق الشيخ شهاب الدين القليوبى (حاشية القليوبى) على شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين مع حاشية عميرة	٩٨ - قليوبى
قاضى القضاة أبو الحسن على بن محمد بن حبيب المتوفى سنة ٤٥٠ هـ (الحاوى الكبير) فى فقه مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه ، وهو شرح محتضر المزنى ط . دار الكتب العلمية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م	٩٩ - الماوردى
الإمام العلامة أبو زكريا محبى الدين بن شرف المتوفى سنة ٦٧٦ هـ (١) (المجموع شرح المذهب) ط . دار الفكر (٢) (مهناج الطالبين) ط . الحلبي	١٠٠ - النيووى
شيخ الإسلام أبو العباس أحمد شهاب الدين بن حجر الهيتمى المتوفى سنة ٩٧٤ هـ (فتح الجواد بشرح الإرشاد) ط . مصطفى البابى الحلبي	١٠١ - الهيتمى

(د) المذهب الحنبلي

١٠٢ - البهوتي	الشيخ العلامة منصور بن يونس بن إدريس المتوفى سنة ١٠٥٧ هـ (١) (كشاف القناع عن متن الإقناع) - ط . مصطفى الباز، ط . دار الفكر (٢) (شرح منتهى الإرادات) ط - السلفية
١٠٣ - الحجاوي	الإمام أبو النجا شرف الدين موسى المقدسي الصالح المتوفى سنة ٩٦٨ هـ (الإقناع) ط . دار المعرفه
١٠٤ - ابن رجب	الحافظ أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ (القواعد) ط . مصطفى الباز ١٤١٧ هـ
١٠٥ - الريحباني	العلامة الشيخ مصطفى السيوطي (مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى) ط . المكتب الإسلامى
١٠٦ - ضويان	الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم (منار السبيل فى شرح الدليل) تحقيق أبو عائش ط . مصطفى الباز
١٠٧ - ابن قدامة	الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المتوفى سنة ٦٣٠ هـ (١) (المغنى) مطبوع مع الشرح الكبير ط . دار الكتاب العربى (٢) (الكافى) ط . المكتب الإسلامى (٣) (المقتنع) فى فقه إمام السنة أحمد بن حنبل رضى الله عنه ط . ثالثة ١٣٩٣ هـ قطر

العلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن أحمد المتوفى سنة ٨٨٥ هـ (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف) على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل - تحقيق محمد حامد الفقي ط . دار أحياء التراث العربي .	١٠٨ - المرداوي
الإمام أبو إسحاق برهان الدين بن إبراهيم بن محمد المتوفى سنة ٨٨٤ هـ (المبدع في شرح المقنع) ط . المكتب الإسلامي	١٠٩ - ابن مفلح
الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقديسي المتوفى سنة ٧٦٣ هـ (الفروع) مع تصحيح الفروع للمرداوي ط . دار الكتب العلمية	١١٠ - ابن مفلح
الإمام شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المتوفى سنة ٦٨٢ هـ (الشرح الكبير) بهامش المغنى لابن قدامة ط . دار الكتاب العربي	١١١ - المقديسي
الإمام الشيخ عثمان أحمد (هداية الراغب شرح عمدة الطالب) ط . المدني	١١٢ - النجدي

(هـ) المذهب الظاهري

الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦ هـ (المحلى) ط . دار الاتحاد	١١٣ - ابن حزم
---	---------------

(و) فقه الشيعة

١- الإباضية

الإمام محمد بن يوسف (شرح كتاب النيل وشفاء العليل) ط . مكتبة الإرشاد	١١٤ - أطفيش
الشيخ عامر بن الشماخي (الايضاح) ط . الوطن	١١٥ - الشماخي

٢- الزيدية

الإمام محمد بن علي بن محمد اليماني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ (السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار) تحقيق محمود إبراهيم ط . دار الكتب العلمية بيروت لبنان	١١٦ - الشوكاني
القاضي شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين الحميمي المتوفى سنة ١٢٢١ هـ (الروض النضير) ط . مكتبة اليمن الكبرى	١١٧ - الصنعاني
الإمام المهدي لدين الله محمد يحيى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ (البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار) ط . مؤسسة الرسالة	١١٨ - المرتضى
العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح المتوفى ٨٧٧ هـ (شرح الأزهار) ط . مكتبة اليمن الكبرى صنعاء	١١٩ - ابن مفتاح

العلامة أبو القاسم نجم الدين جعفر الحلي المتوفى سنة ٦٧٦هـ (المحتضر النافع) ط . دار الكتاب العربي	١٢٠ - ابن الحسن
العلامة السيد محمد الجواد بن محمد بن محمد (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة) - ط الفيحاء بغداد ١٣٢٦هـ	١٢١ - الحسيني
العلامة الإمام جعفر الصادق (فقه الإمام جعفر الصادق) ط . الجواد	١٢٢ - الصادق
الإمام الشيخ محمد بن الحسن الحر المتوفى سنة ١١٠٤هـ (وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة) ط .	١٢٣ - العاملي
الشيخ محمد حسن (جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام) ط . دار إحياء التراث	١٢٤ - النجفي
الشهيد السعيد محمد جمال الدين الملقب بالشهيد الأول المتوفى سنة ٧٨٦هـ (اللعة دمشقية) ط . دار إحياء التراث	١٢٥ - مكي
أبو القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن المتوفى سنة ٦٧٦هـ (شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام) تحقيق عبد الحسين محمد علي ط . دار الأضواء	١٢٦ - نجم الدين

خامساً المعاجم اللغوية

الإمام الشريف على محمد بن على السيد الزين أبو الحسن الحسينى الحنفى المتوفى سنة ٨١٦ هـ (التعريفات) تحقيق عبد الرحمن عميرة ط . عالم الكتب	١٢٧- الجرجاني
الإمام إسماعيل بن حماد المتوفى ٣٩٣ هـ " الصحاح " ط . دار العلم ١٣٧٦ هـ	١٢٨- الجوهري
الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر المتوفى سنة ٦٦٠ هـ (مختار الصحاح) ط . المركز الإسلامى	١٢٩- الرازى
الإمام محب الدين أبى الفيض السيد محمد مرتضى الواسطى المتوفى سنة ١١٤٥ هـ (تاج العروس) ط . دار ليبيا بنى غازى	١٣٠- الزبيدي
الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازى المتوفى سنة ٨١٧ هـ (القاموس المحيط) ط . دار الجيل ثانية ١٣٧٢ هـ ١٩٥٢ م	١٣١- الفيروزبادى
الإمام أحمد بن محمد بن على (المصباح المنير) المكتبة العصرية - لبنان	١٣٢- الفيومى
مجموعة من علماء اللغة بالمجمع اللغوى المصرى (١) (المعجم الوجيز) طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١١ هـ ، ١٩٩١ م (٢) (المعجم الوسيط) ط . ثلاثة بدون تاريخ	١٣٣- المجمع اللغوى
الإمام جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن على المصرى المتوفى سنة ٧١١ هـ (لسان العرب) ط . دار المعارف	١٣٤- ابن منظور

* سادساً : كتب التراجم

الإمام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن المتوفى ٧٧٢هـ - (طبقات الشافعية) تحقيق عبد الله الجبوري ط . بغداد ١٣٩١هـ	١٣٥ - الإسنوي
الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان المتوفى ٧٤٨هـ (سير أعلام النبلاء) ط . مؤسسة الرسالة	١٣٦ - الذهبي
العلامة خير الدين الزركلي (الأعلام) ط . دار العلم للملايين	١٣٧ - الزركلي
الإمام أبو الفلاح عبد الحى بن أحمد المتوفى ١٠٨٩هـ - (شذرات الذهب) ط . دار الفكر	١٣٨ - ابن العماد

* سابعاً : كتب فقهية حديثة

الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم (١) (التزام التبرعات) منشور بمجلة القانون والاقتصاد ط . الرغائب ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م (٢) (التركة والحقوق المتعلقة بها) ط ١٩٨٧م	١٣٩ - إبراهيم
الأستاذ الدكتور محمد عبد المنعم حبشى (التعدى على النافع) ط ١٩٨٨م	١٤٠ - حبشى

الأستاذ الشيخ على الخفيف	١٤١ - الخفيف
(١) (أحكام المعاملات الشرعية) ط . ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٤ م	
(٢) (أحكام الوصية) محاضرات ألقاها فضيلته على طلبة الدراسات العليا	
(٣) (تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته) مجلة القانون والاقتصاد - السنة العاشرة - العددان الثالث والرابع	
(٤) (الحق والذمة وتأثير الموت فيهما) ط . مكتبة عبد الله وهبة	
(٥) (الملكية في الشريعة الإسلامية) ط . دار النهضة	
الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء	١٤٢ - الزرقاء
(المدخل الفقهي العام) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - ط . دار الفكر	
الإمام محمد أبو زهرة	١٤٣ - أبو زهرة
(١) (الملكية ونظرية العقد) ط . دار الفكر	
(٢) (شرح قانون الوصية) ط . دار الفكر	
الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة	١٤٤ - أبو سنة
بحث منشور ضمن كتاب الفقه الإسلامي أساس التشريع ط . المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٧١ م نقلاً عن أستاذنا الدكتور عبد الله مبروك النجار في كتابه (تعريف الحق ومعياري تصنيف الحقوق) ط . دار النهضة ٢٠٠١ م	

الأستاذ الدكتور عبد الرازق أحمد السنهوري (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى) ط . دار إحياء التراث	١٤٥ - السنهوري
الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبى (المدخل للتعريف بالفقه الإسلامى) ط . دار النهضة العربية ١٤٠٣ - ١٩٨٣ م	١٤٦ - شلبى
الأستاذ الدكتور / عبد الغفار صالح (الإفلاس فى الشريعة الإسلامية) دراسة مقارنة - ط ١٩٨٠ م	١٤٧ - صالح
الأستاذ الدكتور عيسوى أحمد (المدخل ونظرية والعقد) محاضرات لطلاب السنة الأولى ط . دار التأليف	١٤٨ - عيسوى
الأستاذ الدكتور عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة (الالتزام بين الشريعة والقانون) ط . ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م	١٤٩ - أبو غنيمة
الأستاذ محمد قدرى (مرشد الحيران)	١٥٠ - قدرى
الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور (نظرية الحق) ط . دار الفكر ١٩٥٣ م	١٥١ - مذكور
أستاذنا الدكتور عبد الله مبروك النجار (تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق) ط . ثانية دار النهضة العربية ٢٠٠١ م	١٥٢ - النجار
(الموسوعة الفقهية) : الصادرة من وزارة الأوقاف بالكويت ط ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م	١٥٣ - وزارة الأوقاف الكويتية

* ثامناً : الرسائل العلمية

الدكتور أحمد على الخطيب (الحجر على المدين لحق الغرماء) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٦٤ م .	١٥٤ - الخطيب
الدكتور مجدى حسن خليل (الصورية) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس	١٥٥ - خليل
الدكتور عبد السميع أبو الخير (حماية الضمان العام للدائنين) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ط. ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م	١٥٦ - أبو الخير
أستاذنا الدكتور أحمد على طه ريان (عقد الوكالة فى الشريعة الإسلامية) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة	١٥٧ - ريان
أستاذنا الدكتور حامد أبو طالب (نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ط ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م	١٥٨ - أبو طالب
الدكتور عاطف فخرى (الغير فى القانون المدنى المصرى) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ط ١٩٧٦	١٥٩ - فخرى
أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج (نظرية العقد الموقوف) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٦٢	١٦٠ - فرج

<p>الدكتور محمد على عثمان الفقى (الإثراء بلا سبب) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة</p>	<p>١٦١- الفقى</p>
<p>أستاذنا الدكتور عبد الله مبروك النجار (أولوية استيفاء الديون) رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ط ١٩٨٣م</p>	<p>١٦٢- النجار</p>

* تاسعاً : الكتب القانونية

١٦٢ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت	(نظرية الالتزام) ط ١٩٤٥ م
١٦٤ - الدكتور / أحمد سلامة	(١) (المدخل لدراسة) القانون ط بدون (٢) (نظرية الالتزام) ط ١٩٤٥ م
١٦٥ - الدكتور / أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي	(عقد البيع) ط ١٩٣٩ م
١٦٦ - الدكتور / أحمد يسرى	(التصرف القانوني) ط الرسالة بدون تاريخ
١٦٧ - الدكتور / إسماعيل غانم	(١) (النظرية العامة للالتزام) ط ١٩٥٦ م (٢) (محاضرات في النظرية العامة للحق) ط ١٩٦٦ م
١٦٨ - الدكتور / أنور سلطان	(١) (النظرية العامة للالتزام) ط . دار المعارف (٢) (عقد البيع) بدون
١٦٩ - المستشار / أنور طلبية	(١) (الوسيط في القانون المدني) ط ١٩٧٣ م (٢) (المستحدث في إيجار الأماكن) ط ١٩٧٧ م

١٧٠ - الدكتور / توفيق حسن فرج (١) عقد البيع والمقايضة (ط المكتب المصرى (٢) المدخل للعلوم القانونية) ط ١٩٨٣ م (٣) أحكام الالتزام (ط ١٩٨٥ م	
١٧١ - الدكتور/جلال على العدوى رابطه الالتزام (بدون	
١٧٢ - الدكتور : جلال العدوى و الدكتور رمضان أبو السعود القانونية (ط ١٩٩٦ م	
١٧٣ - دكتور/جميل الشرفاوى (١) شرح العقود المدنية) - عقد البيع والمقايضة - ط . دار النهضة ١٩٦٦ م (٢) أحكام الالتزام (ط ١٩٨١ م (٣) (دروس فى أصول القانون) ط ١٩٨٤ م	
١٧٤ - الدكتور / حامد زكى دروس الالتزامات (ط ١٩٤٧ م	
١٧٥ - الأستاذ/حامد فهيم (الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص) مقال منشور بمجلة المحاماة السنة الثامنة	
١٧٦ - الدكتور/حسام الدين كامل الأهوانى (١) مقدمة القانون (ط ١٩٧٢ م (٢) نظرية الحق (ط ١٩٧١ م (٣) عقد الإيجار (ط ١٩٩٨ م	
١٧٧ - الدكتور / حسن كيرة (المدخل إلى القانون) ط ١٩٦٩ م	

(المدخل لدراسة القانون) ط . دار الفكر	١٧٨ - الدكتور / حسين نجيدة
(النظرية العامة للحق) ط ١٩٥٢م	١٧٩ - الدكتور / حسين النورى
(١) (الحقوق والمراكز القانونية) ط ١٩٧٥م (٢) (شرح قانون إيجار الأماكن) ط ١٩٨٢م	١٨٠ - الدكتور / حمدى عبد الرحمن
(العقود المدنية الكبيرة) بدون	١٨١ - الدكتور / خميس خضر
(١) (الحقوق العينية الأصلية) ط ١٩٩٧م (٢) (أحكام الالتزام) ط ١٩٩٨م	١٨٢ - الدكتور / رمضان أبو السعود
(١) (أحكام الالتزام) ط ١٩٥٧م (٢) (عقد البيع) ط ١٩٨٠م (٣) (التأمينات العينية) ط ١٩٥١م (٤) (الوافى فى شرح القانون المدنى) - عقد الإيجار - دار النهضة (٥) (المدخل للعلوم القانونية) القسم الثانى فى الحقوق ط ١٩٧٤م	١٨٣ - الدكتور / سليمان مرقس
(١) (عقد البيع) بدون (٢) (عقد الإيجار) بدون	١٨٤ - الدكتور / سمير عبد السيد تناغو
(الالتزام) ط . ١٩٩٧م	١٨٥ - الدكتور / سمير عبد السيد تناغو و محمد منصور
(دعوى الإخلاء) ط ١٩٩٨	١٨٦ - المستشار - السيد خلف

١٨٧- الدكتور شفيق شحاته (١) (النظرية العامة للحق) ط ١٩٥١ م (٢) (شرح القانون المدني الجديد في الأموال) ط ١٩٥١ م	
١٨٨- الدكتور / عبد الحى حجازى (١) (مصادر الالتزام) ط ١٩٦٢ م (٢) (عقد الإيجار) ط ١٩٥٨ م	
١٨٩- الدكتور عبد الرازق حسن فرج (١) (الإجازة فى التصرفات القانونية) ط. الفجر ١٩٧٩ م (٢) (عقد الإيجار) ط ١٩٧٩ م	
١٩٠- الدكتور عبد الرزاق السنهورى (١) (الوسيط فى شرح القانون المدنى) ط . دار النهضة (٢) (نظرية العقد) ط . المجمع العلمى العربى	
١٩١- الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي (١) (عقد البيع) ط . دار الفكر (٢) (التأمينات الشخصية والعينية) ط ١٩٥٠ م و ط ١٩٥٤ م (٣) (عقد الإيجار) ط. ١٩٥٢ م (٤) (أحكام الالتزام) ط. نهضة مصر	
١٩٢- أستاذنا الدكتور/عبد الله مبروك النجار (تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق) ط. النهضة ٢٠٠١ م	
١٩٣- الدكتور / عبد المعطى خيال (مصادر الالتزام) ط. ١٩٩١ م	

١٩٤ - الدكتور / عبد المنعم البدر اوى	(١) (عقد البيع) ط . دار الكتاب (٢) (أحكام الالتزام) دار النهضة (٣) (التأمينات العينية) ط ١٩٧٢ م (٤) (المدخل للقانون الخاص) ط ١٩٥٧ م (٥) (الحقوق العينية الأصلية) ط ١٩٥٦ م
١٩٥ - الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة	(١) (مصادر الالتزام) ط ١٩٦٠ م (٢) (نظرية الحق) ط ١٩٤٩ م (٣) (حق الملكية) ط بدون
١٩٦ - الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار	(١) (مبادئ القانون) ط . السعادة (٢) (شرح أحكام الإيجار) ثانية العربية الحديثة
١٩٧ - الدكتور / عبد الودود يعينى	(١) (النظرية العامة للالتزامات) ط بدون (٢) (نظرية الحق) ط ١٩٧٠ م
١٩٨ - الدكتور / على الرجال	(حقوق الدائنين فى التركة) ط ١٩٥٢ م
١٩٩ - الدكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله	(أحكام الالتزام) ط . الجلاء بالمنصورة
٢٠٠ - (مجموعة أحكام النقص المدنى) - المكتب الفنى - ط . دار القضاء العالى	
٢٠١ - (مجموعة الأعمال التحضيرية) ط . دار الكتاب	

٢٠٢ - الدكتور محسن البيبة (النظرية العامة للالتزامات) مكتبة الجلاء	
٢٠٣ - الدكتور / محمد زكى عيد البر (العقد الموقوف) مجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة والعشرون - العددان الأول والثاني - ط ١٩٥٦ م	
٢٠٤ - الدكتور / محمد سامى مدكور (نظرية الحق) ط ١٩٥٤ م	
٢٠٥ - الدكتور / محمد على امام والدكتور / سليمان مرقس (عقد البيع) ط ١٩٥٢ م	
٢٠٦ - الدكتور / محمد على امام (التأمينات العينية والشخصية) ط . نهضة مصر	
٢٠٧ - الدكتور / محمد على عرفه (١) (العلوم القانونية) ط ١٩١٥ م (٢) (التأمين والعقود الصغيرة) ط ١٩٥٠ م	
٢٠٨ - الدكتور / محمد على عمران (١) (الحقوق العينية الأصلية) ط ١٩٧٨ م ، ط ١٩٧٩ م (٢) (شرح عقد الإيجار) ط بدون	
٢٠٩ - الدكتور / محمد كامل مرسى (١) (الالتزامات) بدون (٢) (العقود المسماة) ط لجنة البيان العربي ١٩٥٢ م (٣) (الحقوق العينية التبعية) ط ١٩٥١ م (٤) (الحقوق العينية الأصلية) ط ١٩٥٢ م (٥) (الملكية والحقوق العينية) ط بدون	

(٦) (الأموال) ط دار الرغائب	
(١) (نظرية الالتزام) ط ١٩٧٧م (٢) (التأمينات العينية والشخصية) ط ١٩٧٣م (٣) (الحقوق العينية الأصلية) ط . دار النهضة (٤) (الوجيز فى شرح أحكام الإيجار) ١٩٥٢م ط ١٩٦٧م	٢١٠ - الدكتور / محمد لبيب شنب
(١) (نظرية الالتزام) ط ١٩٧٦م (٢) (الحقوق العينية الأصلية) ط ١٩٧٨م (٣) (التأمينات الشخصية والعينية) ط بدون	٢١١ - الدكتور / محمود جمال الدين زكى
(الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض) ط منشأة المعارف الإسكندرية	٢١٢ - المستشار / معوض عبد التواب
(التأمينات العينية) ط ١٩٦٣م	٢١٣ - الدكتور / منصور مصطفى

(ب) فهرس تفصيلي

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٥	الباب التمهيدى الغير وتعلق حقوقه بالعقد المالى
	وفيه فصلان
٦	الفصل الأول : مفهوم الغير
	وفيه مبحثان
٧	المبحث الأول : التعريف بالغير
١٠	المبحث الثانى : مدى اعتبار الغير فى حكم الطرف العاقد
	وفيه أربعة مطالب
١١	المطلب الأول : الطرف غير العاقد فى النيابة
١٣	المطلب الثانى : الطرف غير العاقد فى التفضل
١٧	المطلب الثالث : الخلافة العامة
٢٤	المطلب الرابع : الخلافة الخاصة
٣٢	الفصل الثانى : العقد المالى وحقوق الغير فيه
	وفيه مبحثان
٣٣	المبحث الأول : مفهوم العقد المالى
	وفيه مطلبان
٣٣	المطلب الأول : تعريف العقد إجمالاً
٣٥	المطلب الثانى : حقيقة العقد المالى
	وفيه مطلبان
٤٠	المبحث الثانى : حقوق الغير فى العقد المالى
	وفيه مطلبان
٤٠	المطلب الأول : تعريف الحق
٤٥	المطلب الثانى : حقوق الغير فى العقد المالى
	وفيه فرعان

الصفحة	الموضوع
٤٥	الفرع الأول : الحقوق العينية للغير فى العقد المالى
٤٧	الفرع الثانى : الحقوق الشخصية للغير فى العقد المالى
	القسم الأول
٥١	الحقوق العينية للغير فى العقود المالية
	وفيه بابان
	الباب الأول
٥٢	الحقوق العينية النامة
	وفيه فصلان
٥٣	الفصل الأول : حق المالك فى تعاقد الفضول
	وفيه مبحثان
٥٦	المبحث الأول : التعاقد على ملك الغير
٧٠	المبحث الثانى : التعاقد على الملك الشائع
	وفيه أربعة مطالب
٧٢	المطلب الأول : حق الشريك فى تعاقد شريكه على حصته الشائعة
	وفيه أربعة فروع
٧٣	الفرع الأول : حق الشريك على الشبوع فى بيع شريكه لخصته الشائعة
٧٦	الفرع الثانى : حق الشريك على الشبوع فى هبة شريكه لخصته الشائعة
٨١	الفرع الثالث : حق الشريك على الشبوع فى رهن شريكه لخصته الشائعة
٨٥	الفرع الرابع : حق الشريك على الشبوع فى إجارة شريكه لخصته الشائعة
٨٩	المطلب الثانى : حق الشريك على الشبوع فى تعاقد شريكه على حصة مفرزة
٩٢	المطلب الثالث : حق الشريك على الشبوع فى تعاقد شريكه متجاوزا حصته الشائعة

الصفحة	الموضوع
٩٩	الفصل الثاني : حق المالك فى استحقاق العقد المالى المترتب على ملكه بتعدريه وفيه مبحثان
١٠١	المبحث الأول : حق المستحق فى عقد البيع وفيه أربعة مطالب
١٠٢	المطلب الأول : حق المطالبة برد العين أو بدلها فى حالة التلف
١٠٥	المطلب الثانى : حق المطالبة بزوائد العين
١١٠	المطلب الثالث : حق المطالبة بنقص العين وفيه فرعان
١١٠	الفرع الأول : النقص بسبب العيب
١١٤	الفرع الثانى : النقص بسبب حوالة الأسواق
١١٨	المطلب الرابع : أثر التقادم على حق المستحق فى الرد
١٣٠	المبحث الثانى : حق المستحق فى عقد الإجارة
	الباب الثانى
١٣٧	الحقوق العينية الناقصة وفيه أربعة فصول
١٣٨	الفصل الأول : حق المؤجر فى تعاقد المستأجر على المنفعة وفيه مبحثان
١٣٩	المبحث الأول : حق المؤجر فى تأجير المستأجر للعين المؤجرة
١٤٢	المبحث الثانى : ضوابط تأجير المستأجر للعين المؤجرة
١٤٧	المبحث الثالث : موقف القانون
١٦٢	الفصل الثانى : حق المستأجر فى تعاقد المؤجر على العين المؤجرة

الصفحة	الموضوع
١٦٩	الفصل الثالث : حق المعير في تعاقد المستعير على العارية
	وفيه ثلاثة مباحث
١٧٠	المبحث الأول : حق المعير في إعارة المستعير للعارية
١٧٢	المبحث الثاني : حق المعير في تأجير المستعير للعارية
١٧٥	المبحث الثالث : حق المعير في رهن المستعير للعارية
١٨٠	الفصل الرابع : حق المورث في تعاقد الراهن على الموهون
	القسم الثاني
١٨٨	الحقوق الشخصية للغير في العقود المالية
	وفيه بابان
	الباب الأول
١٨٩	الحقوق الشخصية المتعلقة بمحل العقد
	وفيه أربعة فصول
١٩٠	الفصل الأول : حق الشفيع في عقد البيع
	وفيه ثلاثة مباحث
١٩١	المبحث الأول : الغير الذي يثبت له الحق في الشفعة
٢٠٤	المبحث الثاني : المستحقون للشفعة من الغير عند التزام
٢١٣	المبحث الثالث : التحايل لإسقاط الشفعة وأثره على حق الشفيع
٢١٦	الفصل الثاني : حق الورثة في وصية مورثهم
	وفيه مبحثان
٢١٧	المبحث الأول : حق الورثة في وصية مورثهم لو ارث
٢٢٥	المبحث الثاني : حق لورثة في وصية مورثهم لغير وارث
٢٣١	الفصل الثالث : حق الورثة في عقود مورثهم في مرض موته

الصفحة	الموضوع
	وفيه ثلاثة مباحث
٢٣٤	المبحث الأول : حق الورثة فى معاوضات مورثهم المريض مرض الموت
	وفيه ثلاثة مطالب
٢٣٤	المطلب الأول : بيع المريض مرض الموت
٢٤٣	المطلب الثانى : إجارة لمريض مرض الموت
٢٤٩	المطلب الثالث : مضاربة المريض مرض الموت
٢٥٢	المبحث الثانى : حق الورثة فى تبرعات مورثهم المريض مرض الموت
	وفيه مطلبان
٢٥٢	المطلب الأول : حق الورثة فى هبة مورثهم المريض مرض الموت
٢٥٨	المطلب الثانى : حق الورثة فى كفالة مورثهم المريض مرض الموت
٢٦١	الفصل الرابع : حق من له الولاية فى تعاقد المشمول بولايته
	وفيه مبحثان
٢٦٣	المبحث الأول : حق من له الولاية فى تعاقد الصبى المميز
٢٧٣	المبحث الثانى : حق من له الولاية فى تعاقد السفية وذى الغفلة والمعتوه
	الباب الثانى
٢٨٢	الحقوق الشخصية المتعلقة بذمة العائد
	وفيه فصلان
٢٨٣	الفصل الأول : حق الدائنين فى تعاقد مدينهم للحجر عليه
	وفيه ثلاثة مباحث
٢٨٥	المبحث الأول : أحقية الحجر ونطاقه
	وفيه مطلبان
٢٨٥	المطلب الأول : أحقية الحجر على المدين

الصفحة	الموضوع
٢٩٥	المطلب الثاني : نطاق الحجر على تصرف المدين
٣٠١	المبحث الثاني : حق الدائنين في تعاقدهم قبل الحجر عليه
٣٠٩	المبحث الثالث : حق الدائنين في تعاقدهم بعد الحجر عليه
٣١٥	الفصل الثاني : حق الدائنين في حوالة مدينهم
٣٢٥	الخاتمة وتشتمل على
٣٢٦	أولاً : نتائج البحث وأهم توصياته
٣٢٦	(أ) نتائج البحث
٣٣١	(ب) أهم توصيات البحث
٣٣٣	ثانياً : الفهرست
٣٣٣	(أ) فهرس المصادر والمراجع
٣٦٧	(ب) فهرس تفصيلي

وطلّى الله على سيدنا محمد
وعلى آله وصحبه وسلم