

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قواعد الصرف : بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي

تمهيد /

الحمد لله على الدوام والشكر على الفضل والانعام ،
والصلاة والسلام على محمد سيد الانام ، واسهد ان
لا اله الا الله الواحد الاحد ، الفرد الصمد ، أحل لنا الحلال
برحمته ، وحرّم علينا الحرام بكامل حكمته فقال جل وعلا :

« يا ايها الناس كنوا مما فى الارض حلالا طيبا » (١)
وقال أيضا سبحانه وتعالى :

« ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » (٢) .

وأشهد أن سيدنا ومولانا محمدا عبد الله ورسوله ، بلح
الرسالة ، وأدى الأمانة ، وأرشد الأمة الى مثل المعاملات ،
التي تسيّر عليها بارشاده اياها الى اكتساب المال ، مما
لا خطر فيه ، ولا ضرر منه ، ولا يكون الشيء مالا ، الا اذا
ترافرت فيه الحياة ، مع امكان الانتفاع به على وجه معتاد .
وذلك لأن استخلاف الله تعالى للانسان فى هذه الارض وفى
هذا المال ، انما الى أجل محدود .

وقد استوجب هذا قيام الدراسات الشرعية ، مع مقارنتها
بالتشريعات الوضعية لاطهار ما تحتويه هذه الشريعة

١ - سورة البقرة آية رقم ١٦٨ .

٢ - سورة البقرة آية رقم ٢١٧ .

الغراء ، مما يغنى هذا المجتمع المسلم عن النقل والاستيراد لأشياء لا تتلاءم مع مجتمع دينه الرسمى الإسلام ، وهذا كى نرد على الذين يزعمون عجز الشريعة الإسلامية عن ملاحف العصر ، ويقول لهم : عيكم ان تجربوا ما تحويه الشريعة الإسلامية من نصوص ، وقواعد عامة يمكن بها ملاحفة كافة العصور ، مع صلاحيتها للتطبيق على كافة المجتمعات ، مهما اختلفت ضبائعها فصلا عن تميزها على كافة النظم البشرية ، وذلك لسبب انها ليست من نتاج عقول قاصرة ، الأفهام عاجزة محدودة ، بل هى من شرع الله خالق العقول والافهام ، وقد قال عز وجل فى محكم آياته .

• « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » (٣) .

• وقد وقع اختيارى على موضوع

« قواعد المصرف بين الشريعة الإسلامية والقانون »

مبينا أوجه الاختلاف ، وأوجه الاتفاق ، وذلك لأهمية الموضوع فى كل من الشريعة والقانون .

١ - القاعدة وتعريفها :

ان القاعدة - لغة - قد أخذت من (قعد) من باب (دخل) ، والقاعدة من النساء التى قعدت عن الولد ، والحيض ، والجمع : القواعد ، وقواعد البيت أساسه (٤)

• ٣ - سورة الانعام آية رقم ٢٨ .

- وقد قال المولى عز وجل : « ولا يبينك مثل خبير » سورة قاطر

آية رقم ١٤ .

- وقال كذلك : « ومن احسن من الله حكما لقوم يوقنون » .

- سورة المائدة آية رقم ٥٠ .

٤ - الرازى - مختار الصحاح - المطبعة الاميرية سنة ١٢٥٥هـ -

سنة ١٩٢٧م - ص ٥٤٤ .

ويعنى بقواعد الصرف - أسس الصرف ، ويراد القواعد
الأصول ، التى يرجع إليها عند الاختلاف .

أما تعريف القواعد فى الاصطلاح ، فهو عبارة عن الأمر
الكلى المنطبق على جزئيات ، كما أن القاعدة الفقهية
موضوعها فعل المكلف ، ومحمولها حكم شرعى ، حيث أن
الأحكام الفقهية تحمى المقاصد العامة للتشريع ، التى تثبت
من خلال مصادر التشريع .

٢ - قواعد عقد الصرف من خلال الكتب الفقهية :

لقد ورد فى كتب الفقه الإسلامى ، وعلى الأخص كتب
المذهب الحنفى عن عقد الصرف ، اولته كثيرا من العناية ،
مبينة بعض الصكوك ، التى كانت تستعمل لتلافى خطر
نقل النقود من بلد الى آخر ، واطلقوا على ذلك اسم
(السفاتج) (٥) وقد أسهب الفقهاء فى شرح حوالة الحق ،
مما يعنى النضوج الفقهى المتميز ، الذى لم تبلغه أى من
التشريعات الغربية .

وقد استفادت هذه التشريعات - أيضا استفادة مما كتبه
الفقهاء المسلمون فى هذا الصدد ، ومن هذا - أستطيع أن أبين
مدى سماحة الإسلام ، ويسره فى إمكان إخضاع المستحدثات
الجديدة والمتجددة للمفاهيم الإسلامية الصحيحة ، بقصد
تحقيق الترابط بين الدين والدنيا .

٣ - التعريف بالصرف :

والصرف - لغة - هو الزيادة ، يقول أبو عبيدة / صرف
الحديث تزينه بالزيادة فيه (٦) .

٥ - الزيلعى - تبين الحقائق - شرح كنز الدقائق - ص ١٧٥

٦ - الرازى - مختار الصحاح - المرجع السابق / ص ٣٦٢ .

- وقد قال الخليل : رمنه سميت العبادة الناقله صرفا .

- المرغينانى - الهداية شرح البدايه - الجزء الثالث - ص ٨١ .

وفى الاصطلاح هو البيع ، اذا كان كل من عوضيه من جنس الأثمان (٧) . وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٢١ بقولها .

« الصرف بيع النقد بالنقد »

ومن خلال هذين التعريفين يتضح ان الشريعة الاسلامية قد اشترطت فى عقد الصرف أن يكون فى الأثمان (٨) - مثل الذهب والفضة والتماثل فيهما .

٧ - المرغينانى - الهدايه - المرجع السابق ص ٨١ .

- داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابصر المجلد الثانى ص ١١٦ .

- وعرفه صاحب درر الاحكام شرح غرر الاحكام (بأن بيع الثمن فان تجانسا لزم التساوى والتقابض قبل الافتراق) - مثلا خسرو - الجزء الثانى - ص ٢٠٢ .

٨ - هنا خلاف بين الاحناف والشافعية حثاره . هل علة التحريم هو القدر والجنس مثل الذهب بالذهب والفضة بالفضه ، اى - أوزنوا الذهب بالذهب ، والفضه بالفضة .

السرخسى - المبسوط - الجزء الثانى عشر - ص ١١٦ و ١٢٠ .

- أما الشافعية - فالعلة عندهم ، فقد اشترطوا لى يتم الصرف فى الذهب والفضه - الجنسية ، والثنوية ، حيث ان الثمنية فيها حياة للموال أما المعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر فى الذهب والفضة لا يكون الا فى الثمنية ، لأنهما خلقا نذلك . ومن خلال هذين الرايين يتضح صحة رأى - الشافعية ، حيث ان الاعتبار الذى وقف عنده اعتبار اجتماعى اقتصادى ، يصل الى لب الموضوع - بخلاف رأى الأحناف . لعدم المناسبة مع العصر .

خطة البحث :

الفصل الاول

مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

البحث الأول : بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الاسلامية .

- ١ - تمهيد .
- ٢ - القرآن الكريم .
- ٣ - السنة النبوية .
- ٤ - الاجماع .
- ٥ - وجوب القبض .

البحث الثاني :

اركان عقد الصرف والصرف اليدوى :

- ١ - تمهيد .
- ٢ - صيغة العقد بين الماضى والحال والمستقبل .
- ٣ - الايجاب والقبول .
- ٤ - الصرف اليدوى .

البحث الثالث :

لمحة عن أسس قانون الصرف

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الورقة التجارية ونشأتها .
- ٣ - تعريف عقد الصرف .
- ٤ - أنواع عقد الصرف .

الفصل الثانى :

الأساس الفقهي والقانونى للالتزام المصرفى

المبحث الأول :

تعريف الحوالة وأدلة مشروعيتها

- ١ - تعريف الحوالة - لغة .
- ٢ - تعريف فى الاصطلاح .
- ٣ - مشروعية الحوالة .
- ٤ - أركان الحوالة .
- ٥ - أنواع الحوالة .

المبحث الثانى :

وجه الشبه بين الحوالة والكمبيالة

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الكتابة فى الكمبيالة والحوالة .

المبحث الثالث :

الأساس القانونى لقواعد الصرف

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الفرق بين نوعى الالتزام .
- ٣ - الشكلية .
- ٤ - استقلال التوقيعات فى الورقة .
- ٥ - قهر المدين .
- ٦ - حق الحامل .
- ٧ - التوازن فى الحقوق .
- ٨ - التقادم المصرفى .
- ٩ - موقف الشريعة من التقادم .

الخاتمة

الفصل الاول

مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

تمهيد

قد أقرت الشريعة الإسلامية عقد الصرف بشروط معينة ، أوضحتها ، وبينتها النصوص ، وكذلك أيضا - فان المشرع الوضعى قد عنى بقواعد الصرف ، ووضع لها نصوصا نوضحها فيما يلى .

وقد قسمت هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

- الأول : فى بيان مشروعية عقد الصرف .
- الثانى : فى أركانه وحكم الصرف اليدوى .
- الثالث : فى النصوص القانونية وموقفها من الصرف .

المبحث الأول :

بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الإسلامية

١ - تمهيد :

لقد أجاز المشرع عقد الصرف ، مبينا حل هذا العقد من خلال نصوص القرآن الكريم ، والسنة النبوية المشرفة ، واقرار رسول الله ﷺ تعامل الصحابة به ، مع اجماع الأمة على حله .

واليك بيان ذلك :

٢ - القرآن الكريم :

يقول المولى عز وجل :

« الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع

مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ٠٠٠ » (١) •

ويؤخذ من هذه الآية الكريمة أنه قصد بيع مطعوم بمطعوم أو نقدا بنقد الى أجل ، أو فى العوض ، بأن يباع أحدهما بأكثر منه (٢) •

ولما كان عقد الصرف فيه معنى بيع النقد بالنقد ، فاذا بيع أحدهما بأكثر منه ، أعتبر هذا دخلا فى نطاق الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ، وذلك لأن الذين يخرجون عن تعاليم المولى عز وجل ، ويصرون على أكل الربا - لا يقومون الا كما يقوم ، الذى يتخبطه الشيطان من المس ، وذلك لأنهم أحلوا الربا ، ومن فعل ذلك يدخل فى نطاق قول الله سبحانه وتعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلکم رؤس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون» (٣) •

ومن خلال هذه الآية الكريمة - نجد أن من يستمر فى حل الربا • ويفعله ، فليأذن بحرب من الله ورسوله ، وحكم المرابى أنه يقاتل بعد الاستتابة(٤) •

ومن خلال عرض هذه الآيات الكريمت ، نجد أن عقد الصرف وهو بيع النقد بالنقد ، اذا خلا من المفاضلة ، أصبح جائزا شرعا •

١ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ •

٢ - البيضاوى - تفسير انوار التنزيل وأسرار التأويل - المجلد

الاول - ص ١٨٥ •

٣ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٨ و٢٧٩ •

٤ - البيضاوى - تفسيره - المجلد الاول - ص ١٨٦ •

٣ - السنة النبوية :

ما روى عن أبى سعيد قال : قال رسول الله ﷺ :

« لا تبيعوا الذهب بالذهب ، الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق ، الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » متفق عليه (٥) .

ويؤيد هذا الحديث ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« الذهب بالذهب وزناً بوزن (٦) ، والفضة بالفضة ، وزناً بوزن مثلاً بمثل ، فمن زاد أو استزاد فهو ربا » (٧) .

٥ - الشوكاني - نيل الاوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٠
٦ - وفى لفظ : لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق الا وزناً بوزن مثلاً بمثل سواء بسواء - رواه أحمد ومسلم .

- وورد فى موطأ مالك ما أوثر عن مالك عن أبى شهاب عن مالك بن الأوس الحدثان النخري ، انه التمس صرفاً بدائة دينار قال : قد عانى طلحة بن عبيد الله فترواضاً حتى اضطرف منى وأخذ يقبلها فى يده . ثم قال : حتى يأتينى خازنى من الغابة ، وعمر بن الخطاب يسمع فقال : والله لا تفارق حتى تأخذ منه .

٧ - مالك السيوطى - تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك الجزء الثانى - ص ١٢٧ - أما كلمة لا تشفوا معناها بضم أوله ، وكسر الشين المعجمة . وتشديد الفاء رباعى من أشف - والشف بالكسر الزيادة ، ويطلق على النقص ، وقصد به هنا : لا تفضلوا - الشوكاني - المرجع السابق - ص ١٩١ .

١ - الصنعانى - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٨ .
٢ - نصبت كلمة (وزناً) على الحال - أى حالة كون الذهب بالذهب وزناً بوزن ، فهنا كلمة (وزناً) حال .

يؤخذ من هذين الحديثين أن بيع الذهب بالذهب (٨) والفضة بالفضة ، لا يجوز الا مثلا بمثل ، وان اختلفا شيء الجودة ويقول الشوكاني : يدخل في الذهب جميع أنواعه من مضروب ومنقوش ، وجيد وردى ، وصحيح ، ومكسر ، وحلى وتبره ، ومغشوش (٩) .

ما روى عن رسول الله ﷺ :

« الذهب بالورق ٠٠ الى ال٠٠ ال٠٠ وهاء ٠٠ » (١٠) .

٤ - الإجماع :

فقد أورد الشوكاني نقلا عن النووي ، وغيره : الإجماع على ذلك (١١) أى وجوب أن يكون الذهب بالذهب مثلاً

-
- (٨) مسلم - فى صحيحه - الجزء الثالث - ص ١٢١٢ .
- الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٩ .
(٩) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .
- وذهب الصنعاني الى قوله « ان لفظ الذهب عام لجميع ما يطلق عليه من مضروب وغيره » .
- فى سبل السلام - ج ٣ - ص ٤٨ .
- والتبر ما كان من الذهب غير مضروب ، فاذا ضرب دينار فهو عين . ولا يقال الا للذهب ، وبعضهم يقول للفضة . أيضا .
- انظر الرازي - مختار الصحاح - المرجع السابق - ص ٧٤ .
(١٠) مالك فى مرسله - كتاب تنوير الحوالك شرح على سوطاً مالك . - طبعة الحلبي - الجزء الثانى ص ١٢٧ و١٢٨ .
- ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء » قال مالك : اذا اصترف رجل الرجل دراهم بدينار ثم وجد فيها درهما زائفا ، -
- اما كلمة هاء وهاء ففيه لغتان . المد والقصر . ويقول النووي والمد افسح وأشهر . وقد نزل عن السيرافي : كأنهم جعلوها صوتا كصه ومه وغير ذلك من الألفاظ الدالة على الاصوات .
(١١) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .

بدنل وليس متفاضلا ، وبهذا تكون الأمة قد أجمعت من لدن رسول الله ﷺ على مشروعية عقد الصرف وذلك بوجوب بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والورق بالورق مثلا بمثل ، ومن زاد أو استزاد فافضل ربا .

- وجوب القبض :

وقد أوجب الفقهاء لصحة عقد الصرف أن يتم القبض في المجلس ولا يجوز أن يتراخى قبض أحد البدين قبل الافتراق (١٢) ، وهذا وفقا لما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه « والله لا تفارق حتى تأخذ منه » (١٣) .

فقد روى عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

« الذئب بالورق ربا الا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا الا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء ، والنهر بالنهر ربا الا هاء وهاء وهاء (١٤) متفق عليه (١٥) .

(١٢) المرغيناني - الهداية بشرح الداية - ج ٣ - ص ٨١ .
- داماد أفندي - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد الثاني

ص ١١٦ .

- وقد أورد الصنعاني - انه ذهب كثرة من العلماء والصحابة والتابعين والعترة والفقهاء فقالوا : يحرم التفاضل فيما ذكر غائبا كان أو حاضرا - انظر الصنعاني - سبب السلام - الجزء الثالث - ص ٤٨ .

(١٣) مائك في موطنه - تنوير الحوالك - ج ٢ - ص ١٢٧ .

(١٤) وقول النووي : هاء وهاء فيه لفتان : المد والقصر والمد

أفصح - ومعناه : خذ هذا - يقول صاحبه مثله (ومعنى هاء وهاء -

يدا بيد) - النووي في شرحه على صحيح مسلم - ج ٢ ص ١٢٨ .

- السيوطي - في شرح تنوير الحوالك ج ٢ - ص ١٢٨ .

(١٥) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٢ .

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « وان استنظر الى
أن يبلغ بيته فلا تنتظره » (١٦) .

ويؤيد هذا ما أورده صاحب مجمع الأنهر بقوله (وشرط
فيه) أى فى الصرف ، أى شرط بقاءه على الصحة ، لا شرط
انعقاده ، وهو الصحيح المختار كما فى البحر (التقابض
قبل التفرق بالأبدان ، حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا
فى جهة واحدة ، ثم تقابضا قبل الافتراق صح) (١٧) .

ذا كله دليل على وجوب القبض قبل الافتراق لصحة
وهو ما يقول به الأحناف (١٨) - والمقصود
عقد الصرف - الافتراق بالأبدان ، لأن العوضين مستويان فى
بالافتراق - فإدراك الأوجبهما قبض أحدهما ، لزم قبض
معنى الثمنيه ، فإدراك الأوجبهما قبض أحدهما ، لزم قبض
الآخر ، لعدم وجود الأوجبهما قبض أحدهما ، لزم قبض

ويذهب ابن قدامة الحنبلى في صدد قبض العوضين :
أن المرجع فى ذلك الى العرف فيرجح اليه فى القبض
والاحراز والتفرق (١٩) والذي أرجحه هو قبول الأحناف
لقطعية أدلته .

-
- (١٦) الامام/الك - فى موطنه - ج ٢ - ص ١٢٨ .
(١٧) داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد
الثانى - ص ١١٦ - مثلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الأحكام
- ج ٢ - ص ٣٠٢ .
- واشترط أبو يحيى زكريا الانصارى فى صحة البيع ثلاثة أمور
ليخرج عن البيوع الربويه : (حلول . . . وتقابض قبل التفرق) .
- انظر فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - ج ١ - ص ١٦١ .
(١٨) ريذهب صاحب لغة السالك الى انه « لا يضر الفصل بين
الايجاب والقبول الا أن يخرجنا عن محل العقد عرفا » .
- أحمد بن محمد الصاوى المالكى - على الشرح الصغير - للدردير -
ج ٢ - ص ٣٤٥ .
(١٩) ابن قدامة الحنبلى - المغنى - ج ٢ - ص ٥٦١ .

المبحث الثانى :

أركان عقد الصرف والصرف اليدوى

١ - تمهيد :

يجمع الفقهاء على ضرورة اظهار الارادة كشرط لايجاد الحكم الشرعى ، ويستند الفقهاء فى هذا الى حديث رسول الله ﷺ المشهور ، والقائل :

« ان الله تجاوز لى عن أمتى ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم » .

ومن ثانيا هذا الحديث يركز الفقهاء على ظهور الارادة، ولذا جاء فى المبسوط :

« ان ما يكون بالقلب ، فهو نية ، لا ينعقد أصل العقد بها » (٢٠) :

فقد الصرف ينشأ بايجاب وقبول ، وكل منهما باللفظ، ولا أعتقد أن الكتابة تضارع اللفظ ، بل هى تتخلف عنه ، حيث أن الاحرف المكتوبة هى أحرف ماديه - قد ترسم منفصلة عن شخصية صاحبها بعكس المفوظة ، فهى تنطلق معبرة ، ومتصلة بشخص صاحبها ، حيث أن ميزة اللفظ تحظى بميزة الشمول بكافة مظاهر العاطفية والعقلية والارادية ، أما الكتابة فهى تحصل معنى الاخبار الواضح فيه جانب العقل - لا أثر فيه للعوامل الأخرى ، أما اللفظ فنجد فيه المظاهر الثلاثة مندمجة فى هذا اللفظ ، ولذا كان اللفظ متقدما على الكتابة فى الوجود فى عالمنا المعاصر .

(٢١)

(٢٠) السرخسى - المبسوط - ج ١٢ - ص ٤٦ .

- وقد نصت المادة الثالثة من مجلة الاحكام العدلية بقولها :
« العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمباني ولذا يجرى حكم الرهن فى البيع بالوفاء » .

(٢١) الدكتور/السنهورى - مصادر الحق - الجزء الاول - ص ٨٥

ومن خلال هذا يتضح وجوب اظهار الارادة ، وهو التعبير
التقى وهو الايجاب - يقابله التعبير التلقى ، وهو القبول ،
فاذا امتزج هذان التعبيران فى صيغة - وجد العقد ، وكأنه
فى مجلس واحد ، بحيث أنه يوافق الايجاب قبولاً .

٢ - صيغة العقد بين الماضى والحاضر والمستقبل :

تتنوع صيغ العقود بين الصريح ، والكنائى ، وكل
منهما لا يختلفان - أحدهما عن الآخر ، الا فى مقدار ما يمنحه
المتعاملون من ثقة ، مجالها مدى استعمال اللفظ .

ولهذا نجد أن التعبير الصريح موثوق به ، لانه محدد
الاتجاه ، ويؤدى فى ذلك الى استقرار المعاملات ، بعكس
التعبير الكنائى ، فانه غير محدد الاتجاه ، ويؤدى - بالتالى -
الى انعدام الثقة به - والى عدم استقرار التعامل ويلجأ
فيه الى الارادة الباطنة .

والذى يهمنى فى هذا - هو التعبير الصريح (٢٢) ،
ويستعمل فيه لفظ الماضى ، وهذا ما عبر عنه - منلا خسر
وبقوله :

« والتصرف الشرعى ، والشرع قد استعمل اللفظ
الموضوع للخيار من الماضى لغة فى الانشاء ليبدل على التحقق
والثبوت فيكون أدل على فضاء الحاجة » (٢٣) .

ومن خلال هذا النص يتضح أن الصيغة - هى المظهر
الواضح والمعبر عن الارادة فى مرحلتها الاخيرة ، حيث أن

(٢٢) أما القانون فالتعبير قد يكون صريحا او ضمنيا ، فيجوز
التعبير باللفظ ، والكتابة ، والاشارة ، والسكوت .

- انظر الدكتور/السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى -

ج ٤ سنة ١٩٨٦ - ص ٥٤ هامش .

(٢٣) منلا خسر - درر الحكام - شرح غرر الاحكام - الجزء الاول

- ص ٢٢٧ .

الإرادة - هنا قد تجاوزت أدوار التذكير ، والمرتد ، الى الجزم ، والحسم لانها القواعد ، اما صيغته الماضى - حيث انها قد قصد بها الماضى ، الا انها فى اصطلاح الفقهاء ، جعلت ايجابا للحال ، ويؤكد هذا الكاسانى بقـونه :

« ان هذه الصيغة ، وان كانت للماضى رضعا ، لكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة ، والشرع ، والعرف قاصد على الوضع » (٢٤) .

اذن صيغة الماضى وفقا لوضعها فى عرف اللغة ، والشرع لفظ نمحض للحال ، فينعقد به العقد (٢٥) دون بحث عن النية ، وهذا وفقا للإرادة الظاهرة لوضوحها ، فلا يعدل عنها الى غيرها (٢٦) .

صيغة المضارع :

لما كانت صيغة المضارع بين الحال ، والاستقبال ، ويغلب عليها المستقبل ، ومن هذا يؤخذ بالارادة الباطنة ، ويتم الرجوع فى ذلك الى النية سواء اكان اللفظ للحال . او للاستقبال (٢٧) يؤخذ فى ذلك بالارادة الباطنة بسبب

(٢٤) الكاسانى - بدائع الصنائع - الجزء الخامس - ص ١٢٢ - ويؤكد هذا ما أورده صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٤٥ بقوله « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

(٢٥) وقد نصت المادة - ١٦٩ من مجلة الاحكام العدلية بقولها : « الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضى » .

(٢٦) وهذا وفقا لما نصت عليه القاعدة الفقهية فى المادة ٢ من مجلة الاحكام العدلية بقولها : « الأمور بمقاصدها - يعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر » .

(٢٧) وقد نصت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٧٠ بقولها : « واذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد بها العقد » .

أن الارادة الظاهرة لا تكون هنا واضحة . وينعقد به العقد
إذا كان بصيغة الحال (٢٨) .

أما صيغة الأمر :

أما صيغة الامر ، والاستفهام والاستقبال عند الأحناف ،
فلا ينعقد بها العقد ، لأنها صيغ تدل على الاستقبال ،
ويقول صاحب مجمع الأنهر : إذا دل الأمر على الحال ينعقد
به العقد (٢٩) ونقل المعنى : ان الإيجاب إذا تقدم بلفظ
الطلب فقال : بعنى ثوبك ، فقال - بعثك - ففيه روايتان :
أحدهما - يصح وهو مالك ، والشافعى ، والثانية لابی حنيفة
أنه لا يصح (٣٠) .

وخالصة هذه الصيغ :

ان كل لفظ دل على الماضى - جاز به العقد ، وكل لفظ
دل على الحال انعقد به العقد ، وان دل على الاستقبال ،
لا ينعقد به العقد ، وإذا كانت الارادة غير واضحة ، بان
احتملت صيغة الحال ، والاستقبال - تعين الرجوع الى
النية ، لان هنا يرجع الى الارادة الباطنة .

(٢٨) وقد نصت المادة - ١٧٠ من المجلة المذكورة بقولها : « ينعقد

البيع بصيغة المضارع ايضا اذا اريد بها الحال - كإبيع ، واشترى » .

(٢٩) داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابصر - مجلد

الثانى ص ٥ .

(٣٠) ابن قدامة الحنبلى - المعنى - ج ٣ - ص ٥٦١ .

- وأجاز المالكية البيع بالفعل الامر « لأنه يدل لغة على طلب البيع .

فهو يحتدل الرضاء به وعدمه . ولكن العرف دل على رضاء به احمد

الصاوى المالكى - بلغة السالك لاقرب المسالك على الشرح - الصغير

للدردير - ج ٢ - ص ٣٤٥ .

- أبى يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب -

الجزء الاول - ص ١٥٧ .

٢ - الايجاب والقبول :

أركان العقد عند الشافعية (٣١) والمالكية (٣٢) : عاقد (بائع ومشتري) ، ومعقود عليه ، ثمن ، ومثمن ، وصيغة (هى الايجاب والقبول) وقد خالف ذلك الاحناف : أن العقد ينعقد بالايجاب والقبول الايجاب - هو اول كلام يصدر ممن يتكلم من المتعاقدين (٣٣) والقبول هو كلام ثانى من يتكلم (٣٤) .

وفى عقد الصرف ينم ببيع ثمن بثمن (٣٥) - كذهب بذهب ، أو فضة بفضة ، أو فلوس بفلوس ، أو العكس - بأن يقول الموجب : بعث والآخر : اشتريت ، وبذا يتم الايجاب والقبول ، بحيث يتم التقابض فى المجلس ، كما أوضحنا ذلك سلفا .

٤ - عقد - بائع ومشتري :

أوجب الشافعية ان يكون من ضمن اركان العقد - العاقدان اى البائع والمشتري ، وانتهى فيها كمال الاهلية ،

(٣١) أبى يحيى زكريا الانصارى الشافعى - فتح الوهاب - ج ١ - ص ١٥٧ - الشيرازى - المهذب - ص ٢٥٧ .

(٣٢) احمد الصاوى المالكى - بلغة السالك لا قرب المسالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٣٤٣ .

(٣٤.٢٣) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ٤ .

- الميرغينانى - الهداية - ج ٢ - ص ٢١ .

- وعرفهما صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المادتين ١٠١ و ١٠٢ بقوله (الايجاب والقبول - الايجاب اول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل انشاء التصرف) (القبول : ثانى كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد) .

(٣٥) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ١١٦ .

- ومن هنا يتم مبادلة مال بمال ، وهو التصرف للبيع شرعا (ان كان هذا مطلق بيع) - اما الصرف فينصب على بيع ثمن بثمن - كما

وان الارادة طائفا خرجت من صاحبها نظل لصيقة به تموت معه وتزول بفقده اهليته .

والممنوعون من التصرف هم : الصغير والمجنون ، والمعتوه ، وقد نصت المادة ٦٦١ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

« اذا حجر السفية ، وامديون من طرف الحاكم يشهد ويعلن الناس ببيان سببه » ويعلن بلناس الحجر ليعلموا وليمتنعوا عن التعامل معهم ، حيث ان شخصيتهم ، وارانهم غير معتبرة ، حيث ان عبارتهم تعد لغوا من القول ، وذلك لان للعقود اسبابا جعلها شرعية ، بمعنى ان الشارع قد اقر ما درج عليه الناس من اعتبارها اسبابا لاثار معينة محددة ، وقد بينها الشارع ، ووضحها ، ولا يتحملها فاقد الاهلية ، لذا لزم ان يكون العاقد ان كاملئ الاهلية ، حتى يصح تصرفهما .

الثمن والتمن :

الثمن وهو قيمة الشيء المبيع ، أما الثمن فهو محل العقد ، وقد اشترط فيه أن يكون موجودا ومعلوما به ، وأن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا ، فاذا لم يكن قابلا لذلك لم يصح العقد .

صيغة عقد الصرف :

ان صيغة العقد ليست خبرا ، وانما هي انشاء (٣٦) ، وحد الخبر هو ما احتمل الصدق والكذب لذاته ، أما الانشاء فهو القول ، الذي يتردد مدلوله في نفس الأمر ، كما أن

(٣٧،٣٦) وقد تناهف الاحناف ذلك واعتبروا صيغة العقود اخبارات في أصل وضعها اللغوي ، كالانشاءات الشرعية .

- انظر مثلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام ج١ ص ٢٢٧

الانشاء لا يئزمه الصدق والكذب لذاته ، وان لزمه للازمه ، كما يقرر ذلك علماء المنطق ، قد استعمل التصرع النطق الموضوع للاخبار عن الماضي لغة فى الانشاء ، لكى يدل على التحقق والثبوت (٣٧) ، وذلك لان الاثر الشرعى يفتتح مع المظهر المادى ، فتكون العلة مقارنة للمعلول ومتأخرة عنه (٣٨) .

شروط السماع :

تختلف وجهات النظر من حيث تكوين العقد ، وذلك اذا كان بين حاضرين ، فرأى يذهب الى ان العقد ، يتكون بمجرد صدور القبول ، ورأى آخر يرى ان العقد ينشأ بمجرد اتصال القبول بعلم الموجب ، فالرأى الاول - لم يشترط السماع من قبل الموجب ، أما الرأى الآخر فقد اعتبر ان القبول تعبير متلقى ، حيث أن العقد لا ينشأ ، ولا يتم بمجرد القبول بل لابد من سماع الموجب ، وهذا ما بقرره الكمال بن الهمام بقوله :

« والانعقاد هو ارتباط حد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ، ويستتعب الأحكام ، وذلك بوقوع الثائى جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام الساقى . ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه » (٣٩) .

ويؤكد ما قاله ابن الهمام - ما ذهب اليه من ان الانعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً

(٣٨) البزدوى - كف الاسرار - ج ٤ - ص ١٧١ .

(٣٩) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٢ - ص ٢٤٤ .

- وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها (اذا اوجب أحد المتعاقدين بيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقدين الآخر على الوجه المطابق للايجاب ، وليس له تبعض الثمن أو الثمن . وتفريقهما) .

على وجهه يظهر اثره فى المحل « (٤٠) .

ويؤكدده أيضا منلا خسرو بقوله :

« ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، اذ لولا ه
لم يتحقق الرضا « (٤١) .

ان السماع يذنج عنه نحقق رضا العاقدين ، أى يؤدى
الى تطابق الايجاب مع القبول ، اذا لم يسمع أحد العاقدين
الآخر ، فلا ينشأ التزام بينهما ، حيث ان أحدهما - كيف
يقبل ما لم يسمعه ؟ واذا كان الأمر بالعكس ، فلم يسمع
الموجب ردا على ايجابه ، باعتبار ان القبول ملقى بين
حاضرين فى مجلس العقد ، وله صفة العلنية ، فاذا لم
يسمع الموجب قبولا فلا ينشأ العقد ، اذن ينشأ العقد
من تطابق الايجاب مع القبول (٤٢) ومن سماع المتعاقدين
لبعضهما لكى تنشأ التزامات متقابلة ، تكون ذات أثر كلى
فى التمييز بين التعبيرات النقاة والمقتااة ، حيث أن التصرف
المشتمل على ضرر فى مواجهة الغير يتوقف على هذا
التصرف ، فاذا تراجع الموجب عن ايجابه قبل علم القابل

(٤٠) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - ج ٢ - ص ١٤٢
ويعد هذا النص مشابها لما نصت عليه المادة ١٠٤ من مجلة الاحكام
العدلية بقولها : الانعتاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه
مشروع يظهر اثره فى متعلقهما « .

(٤١) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام ج١ - ص ٢٢٥ .

(٤٢) فقد نصت المادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

« اذا اوجب أحد العاقدين بيع شىء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر
على الوجه المطابق للايجاب « .

- ويلزم من خلال تطابق الايجاب مع القبول صحة المبيع ، حيث
نصت المادة ١٠٨ من المجلة بقولها : « البيع الصحيح الجائز هو
البيع المشروع ذاتا ، وواضعا « .

وقبوله (٤٣) ، وهذا ما يؤكده الكاسانى بقوله :
« لا يفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه استمرار
بصاحبه » (٤٤) .
ومن خلال هذا نجد الفقه الحنفى يحمى ارادة المتعاقدين ،
والالتزامات الصادرة من كل منهما كما سبق أن بينا .

الصرف اليدوى :

لقد عرفت التعاملات الشرعية الموجودة - قواعد الصرف
ممثلة يدا بيد ، وهذا تمشيا مع ما نص عليه ماروى عن
عبادة ابن الصامت رضى الله عنه : قال رسول الله ﷺ :
« الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . . مثلا بمثل
سواء بسواء يدا بيد ، فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا
كيف شئتم ، اذا كان يدا بيد » (٤٥) .

ومن خلال هذا الحديث الشريف يفهم ان عقد الصرف
يتم على أثر التعبير عن ارادة أحد المتعاقدين وقبول الآخر ،
أى بتعبير آخر أنه قارن بين الايجاب والقبول فى مجلس

(٤٣) وقد نصت المادة ١٨٤ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :
« لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل
الايجاب » .

(٤٤) الكاسانى - دائع الصنائع - مطبعة شركة المطبوعات العلمية
القاهرة سنة ١٣٢٨هـ - الجزء السادس - ص ١٧٧ .

(٤٥) مسلم - فى صحيحه بشرح النورى - المجلد الرابع ص ٩٨ .

- الصنعانى - سبل السلام - الجزء ٣ - ص ٤٨

- الربيع بن حبيب - الجامع الصحيح - مكتبة الثقافة الدينية ج ٢

ص ٤٣ .

- أما ما أورده الشوكانى باخراج مسلم عن ابن عباس أنه لا ربا فيما
كان يدا بيد ، فليس هذا مرويا عن رسول الله ﷺ - انظر الشوكانى
- نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٢ .

العقد والتقابض بين كل من المتبايعين ، ويؤيد هذا ما أخرجه عبد الرزاق ، واحمد وابن ماجه عن ابن عمر : أنه سأل النبي ﷺ : فقال « استترى الذئب بانفضه ، فاذا أخذت واحدا منهما فلا تفارق صاحبك وبينكما لبس » (٤٦) .

البحث الثالث : الابداس القانوني لقواعد الصرف :

١ - تمهيد :

ان الناظر الى المقصد من اصطلاح قانون الصرف يجد انه عبارة عن مجموعة القواعد التي ذكرت في القانون التجارى بصدد إنشاء الأوراق التجارية (٤٧) .

وهي ممثلة في الكمبيالة ، والشيك ، أو المدند الأذنى ، أو للحامل (٤٨) وهذا من حيث مقابل الوفاء منها وقبولها ، وتحولها وضمائمات الوفاء بقيمتها ، والاجراءات الواجب

(٤٦) الشوكاني - نيل الأوطار ج٥ - ص ٢٩٤ - واستدل الشوكاني عن من هذه الرواية على اعتبار المجلس ، واستدل بها هنا على وجوب أن يتم عقد الصرف يدويا أى بالمبادلة الليبوية ، ولا يتراض أحد المتعاقدين على اتمام عملية التقابض لكي لا ينشأ نزاع .
(٤٧) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها :

« ان عبارة الأوراق التجارية ، انما تطلق على الكمبيالات ، والسندات الأذنية ، والتي لحاملها ، والشيكات التي تقوم مقام النقود في الوفاء بسبب سهولة تداولها » - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية في ١٩٥٦/٦/٢٨ رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ ق .

- ٩/ محمد صالح - شرح القانون التجارى - الجزء الثانى -
البند رقم ٢/ .

(٤٨) وقد بنت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٢٤/١٢/٢٠ - الحاماة سنة ١٥ صفحة ١٨٢ ان تقول (الأوراق التجارية التي عبر عنها الشارع في المادة ١٩٤ من قانون التجارة) الأوراق المصررة لأعمال تجارية هي الأوراق التي يتداولها التجار .

اتباعها عند الامتناع عن الوفاء ، وكذا أيضا تقدم الدعاوى الناشئة عنها ، كل هذه القواعد سالفه الذكر تسمى قانون الصرف (٤٩) Droit Cambiavée .

نخلص من هذا أن الاوراق التجارية لها العديد من الوظائف فهي أداة وفاء واذتمان ، بجانب عملية الصرف ، والتي قصد منها تمكين الورقة التجارية من أداء وظائفها على الوجه الأكمل .

٢ - الورقة التجارية ونشأتها :

لقد نشأت الورقة التجارية كوسيلة لتنفيذ عقد الصرف ، بقصد مبادلة فلوس وطنية بغير وطنية (٥٠) ، فالذى يريد أن يسافر الى خارج البلاد يحتاج الى عملة الدولة ، التى يسافر اليها ، ولهذا فهو يلجأ الى أحد بنوك مصر كى يبرم معه عقد صرف .

٣ - تعريف عقد الصرف :

وهو عبارة عن مبادلة نقود وطنيه بأخرى غير وطنية . أى تتلقى نقود فى مكان معين نظير الالتزام بالوفاء بها فى مكان - آخر ، وبعملة هذا المكان (٥١) ، ومن هذين التعريفين يتضح تنوع الصرف الى أكثر من نوع .

(٤٩) د/محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الأوراق - الجزء الثانى - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٥ ص ٢٠٥ .

- د/على البارودى - قد عرف الصرف بأنه هو مبادلة نقود بنقود من عملة اخرى - فى كتابه القانون التجارى اللبنانى - طبعة ١٩٧٢ - مطبعة بيروت - مكتبة مكاوى ص ٧٦ .

(٥٠) د/على البارودى - القانون اللبنانى - المرجع السابق ج ١ ص ٧٦ .

(٥١) د/ سمير الشرقاوى - القانون التجارى - سنة ١٩٨٢ ج ١ ص ٤٩ .

٤ - أنواع عقد الصرف :

يختلف الصرف الى نوعين / الأول - الصرف اليدوى . وهو الذى تقوم به جهة واحدة من طرق المناولة اليهودية (٥٢) والثانى هو العدول عن الصرف اليدوى الى الصرف المسحوب (٥٣) ، ويتضمن الصرف المسحوب الامتناع عن نقل النقود من مكان تلقائها الى مكان سدادها ، لكى يتلافى العميل حمل النقود الذى قد يعرضه الى مخاطر يكون فى غنى عنها بمجرد أمر بالصرف ، ويكون فى مأمن عن هذه المخاطر ، وهذا نشأت فكرة الصرف المسحوب ممثلة فى الكمبيالة (٥٤) ، وان كان فى الحياة العملية بدأت تقل وظيفة الكمبيالة ، كأداة لتنفيذ عقد الصرف (٥٥) ، وأخذ مكانتها الشيك .

ويعد عقد الصرف فى نوعيه عملا تجاريا ، على شريطة أن يحقق من يقوم بهما ربحا ، سواء أكان هذا الربح ناتجا عن فروق الاسعار بين العملات ، أو يحصل على عمولة نتيجة عملية المبادلة .

(٥٢) وهذا النوع يتشابه مع الصرف اليدوى فى الشريعة الاسلامية،
والذى سبق أن شرحته فى البحث الثانى من هذا البحث .

(٥٣) وتسمى هذه العملية Cambium Trajecticium
- وهى تتميز عن عملية الصرف اليدوى Cambium Mamuale

وبذا ظلت الكمبيالة تؤدي وظيفتها لمدة طويلة .

(٥٤) الدكتور/على البارودى - القانون التجارى اللبناني - المرجع

السابق - ج ١ - ص ٧٧ .

(٥٥) د/سميحة القليوبى - الموجز فى القانون التجارى - الطبعة

الاولى - دار الثقافة العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠ - ص ٢٤٥ .

وينتج مما سبق أن عقد الصرف سواء ، أكان الصرف يدويا أو مسحوبا ، فإنه يعد عملا تجاريا منفردا (٥٦) ، حيث أن الموقع على الرقعة التجارية يكون ملتزما بأداء قيمتها لحاملها في ميعاد الاستحقاق ، وهذا منشؤه الالتزام المصرفي : Obligation Combioivée

-
- (٥٦) انظر حكم محكمة استئناف بيروت المدنية في ٢٤ تشرين ثان سنة ١٩٦٠ (حاتم ج ٤٣ ص ١٦) .
- ويعتبر عقد الصرافه ، أى الذى يتم بين الصراف ، والراغب فى ابدال النقود عملا تجاريا بالنسبة للصرف ، أما بالنسبة لطالب النقود .
 - فلا يعد عملا تجاريا الا تطبيقا لنظرية التبعية - أى يعد العمل تجاريا - اذا كان تابعا تجارى ، او متعلقا بتجارته .
- (انظر - د/على جمال الدين عوض - القانون التجارى - لطلبة كلية التجارة - جامعة القدر - سنة ١٩٧٥ - ص ٤١ .
- ويعد عملا تجاريا لسهولة التداول .
 - انظر الاستاذ/محمد على صالح - شرح القانون التجارى -
 - الجزء الثانى - البند رقم ١ .

الفصل الثانى

الاساس الفقهى والقانونى للالتزام الصرفى

تمهيد /

سبق أن أوضحنا ان الصرف يتفرع الى نوعين : أحدهما الصرف اليدوى ، وقد أوضحنا ذلك فيما سبق ، والثانى : يتعلق بالصرف المسحوب ، منهشلا فى الكمبيالة أو الاوراق التجارية ، ويتشابه هذا النوع مع الحوالة فى الفقه الاسلامى ، ولذا سنتعرض للحوالة :

- ان فكرة الورقة التجارية لا توجد التزاما سلبيا حالا فى ذمة الموقع على الورقة ، وانما يكون للموقع له علاقة سابقة بينه ، وبين من حرره الورقة التجارية ، أو ظهرها لتكون أداة لاثبات العلاقة الاصلية بينهما ، غير أن المدين لا يلتزم قبل دائنه المباشر فقط ، بل ينتقل الالتزام الى الحملة المتعاقبين ، وهذا ما سننوه عنه فيما يلى ، مع بيان موقف الشريعة الاسلامية من حوالة الحق :

Cession Le Créance

ولما كانت الحوالة أيضا لها عظيم الأثر فى علاقة التجار بعضهم البعض ، كما أنها فى عصرنا الحاضر مرتبطة بعقد الصرف ، والتعاملات المالية بين الافراد بعضهم البعض فى داخل المجتمع - فاننا سنتعرض الى تعريفها ، وأدلة شرعيتها ووجه التشابه بينها وبين الكمبيالة ، وذلك فى المباحث التالية :

المبحث الاول

تعريف الحوالة ، وأدلة مشروعيتها

١ - تعريف الحوالة لغة :

الحوالة لغة مأخوذة من النقل ، والتحويل ، وهى تأتي من حول ، بوزن سكر أى بصير بتحويل الأمور ، وهو حول

قلب ، واحتال من الحيلة - واحتال عليه بالدين من الحوالة
• (١)

١ - تعريفها فى الاصطلاح :

أما تعريف الحوالة عند الفقهاء ، فهى على قولين :

(أ) - القول الأول /

ذهب الاحناف والشافعية ، والحنابلة فى تعريفهم
لحوالة بقولهم بأنها نقل الدين من ذمة الى ذمة (٢) •

(١) أبى بكر الرازى - مختار الصحاح - المطبعة الاميرية - سنة
١٩٢٧ - ص ١٦٤ •

٢ - داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد
الثانى - ص ١٤٦ - وعرفها صاحب مجلة الأحكام العدلية فى المادة
٦٧٢ بقوله : « الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى » •

- أبى يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب
- الجزء الاول - ص ٢١٣ •

- ابن قدامة الحنبلى - المغنى - الجزء الرابع - ص ٥٧٦ •
أما ما قاله المالكية فمبنى على أنها أى الحوالة أصل مستقل
بنفسه فلا يسلك بها مسلك بيع الدين - انظر احمد الصاوى - بلغة
السالك لأقرب المسالك - ج ٢ ص ٦١٠ و٦١١ - والذمة هى وصف
شرعى يفترض الشارع وجوده فى الانسان ، ويصير به اهلا للالتزام
والالتزام أى صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات •

انظر - د/السنهورى - مصادر الحق - الجزء الاول - ص ٢٠ • « انظر
نظرية الذمة فى الفقه الاسلامى ، للمؤلف السابق •

- ومن خلال تعريف الذمة السابق ذكره يتضح التوازن بين الحقوق
والواجبات من حيث الحل حيث يقرر الامام الغزالى « ان الحل الأموال
والابضاع وحرثها أسبابا ظاهرة - من نكاح ، وبيع وطلاق وغيره ،
وان نصب هذه الاسباب أسبابا للملحكام انما هو بحكم الشرع فهى لا توجب
الحكم بذاتها بل بايجاب الله تعالى - فهو الذى شرعها ورتب عليها
احكامها » •

- الغزالى - المستصفى من علم الأصول - الجزء الاول
ص ٩٤ و٩٣ •

أى من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه (١) .

(ب) - القول الثانى :

ذهب المالكية فى قول لهم بأن مفهوم البيع بخصوص الحوالة أنها من قبيل بيع الدين ، فيشترط فيها شروط . غاية الأمر ، أنه رخص فيها جواز بيعه بدين آخر ، وهذا هو القول الاول عندهم (٤) ، والراجح هو القول الاول - لاجماع الفقهاء عليه .

٣ - مشروعية الحوالة :

الحوالة مشروعة بالسنة المشرفة ، واجماع الأمة على جوازها .

(أ) - السنة :

ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال :

(٢) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء الثانى - ص ٣٠٨ .

- وانما خصت بالدين لانها نقل شرعى ، والدين . وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة ، فالنقل الشرعى جاز أن يؤثر فى الوصف الشرعى كما فى البيع .

(٤) احمد بن الصاوى المالكى - بلغة السالك لا قرب المسالك .. الجزء الثانى - ص ٦٦٠ .

- وهذا القول لا يرجحه الشيخ محمد عرفه الدسوقى أن الحوالة مأخوذة من التحول والأكثر على أنها رخصة مستثناه من بيع الدين بالدين كما قل عياض .

- انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - طبعة الحلبي - الجزء الثالث - ص ٣٢٥ .

« مطل الغنى ظلم ، واذا أحيلت على ملىء فاتبعه » (٥) رواه ابن ماجه (٦) .

ويؤكد هذه الرواية ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« مطل الغنى ظلم - واذا اتبع أحدهم على ملىء فليتبع » (٧) .

يؤخذ من هذين الحديثين حل الحوالة ، وجواز ان يحال الدائن على شخص ملىء ليقضى دينه - كما يجوز للشخص ، ان يتحمل الدين عن المدين ، فقد روى سلمه بن الأكوع قال : كنا عند النبي ﷺ - فأتى بجنابة ، فقالوا يارسول الله صلى الله وعئيه وسلم : « قال هل ترك شيئاً ؟ فقالوا لا : فقال : هل عليه دين ؟ قالوا ثلاث دنانير . قال : صلوا على صاحبكم : فقال أبو قتادة : صلى عليه

(٦،٥) انظر الشوكاني - ويلق على هذا الحديث بقوله حديث ابن عمر اسناده من سنن ابن ماجه هكذا حدثنا اسماعيل بن ثوبه حدثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر فذكره واسماعيل بن ثوبه ، قال ابن اى حاتم صدوق وبقية رجاله رجال الصحيح ، وقد أخرجه ايضا الترمذى ، وأحمد .

- الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٦ .

(٧) الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٨٠ ،

- الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٦ - والحديث متفق عليه رواه الجماعة وفى لفظ لاحمد (ومن أحيل على ملىء فليحتل) .
- الامام مالك : تنوير الحوالك - شرح على موطأ مالك - الجزء الثانى - ص ١٦٢ و١٦٤ - وقد دل الحديث على تحريم مطل الغنى ، وبهذا قال الصنعاني - فى سبل السلام ج ٣ - ص ٨٠ .

- وقد نقل الشوكاني بأنه هل مطل الغنى كبيره أم لا ؟ فذهب الجمهور الى أنه موجب للفسق .

- أنظر الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٧ .

يا رسول الله وعلى دينه فضى » (٨) .

يتضح من هذا الحديث شرعية حوالة الدين ، بحيث
إذا أحال المدين الدائن على المحيل عليه ، وقبل تنفيذ المحال
به جاز .

ويؤكد هذا قول رسول الله ﷺ : « من ترك ديننا فعلى »
(٩) .

(ب) - الاجماع :

فقد نقل الشوكاني - أنه يجب على من أحيل بحقه على
ملىء أن يحتل ، والى ذلك ذهب أهل الظاهر ، وأكثر
الحنابلة ، وأبو ثور ، وابن جرير ، وحمله الجمهور على
الاستحباب .

قال الحافظ وهو (من نقل فيه الاجماع (١٠) وأى ان
الامة أجمعت من لدن رسول الله ﷺ : انى يومنا هذا على أنه
من أحيل بحق على ملىء فليحتل أى فليحال عليه .

٤ - أركان الحوالة :

تعد الحوالة عقدا لا يتم الا بين عاقدين - يلزم أن
يكون أحدهما المحتال ، أو المحال ، وذلك لأن الدين حقه ،

(٨) ونقل الشوكاني أنه رواد احمد والبخارى والنسائي ورواه
الخمسة الا انا داود هذه القصة من حديث ابي قتاده - وصححه الترمذى
- انظر الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٨ .

- الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٨١ وما بعدها .

(٩) الشوكاني - نيل الأوطار - المرجع السابق - ص ٢٣٩ .

(١٠) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٧ .

- وذهب الصنعاني فى شرح الأمر الى فليتبع على وجوب قبول
الاحالة وحمله الجمهور على الاستحباب ، ويقرر الصنعاني بقوله :
انه لا يدري ما الحادل على صرفه من شاهدة زعلى الوجوب حمله أهل
الظاهر .

وهو الذى ينقل بها ، وكذهم متفاوتة ، فلا بد من رضاه (١١) وسواء أباشر العقد بنفسه ، أم من خلال نائبه أما اذا تمت المباشرة بواسطة فـضـولى ، فيتوقف العقد على اجازته . أما العاقد الآخر فاما أن يكون المحال عليه (١٢) ، فان كان هو صحت الحوالة ، ونفذت ، لأن المحتال عليه يلزمه الدين ، ولا لزوم بدون التزامه (١٣) .

ولم نقل أن العاقد الآخر هو المحيل ، وذلك لان الحوالة تصح بدون رضاه (١٤) ، وذهب الشافعية الى أنه لا بد من رضا المحيل ، والمحتال ، مخالفين بذلك رأى الحنفيه ، لأنهما العاقدان فالحوالة بيع دين بدين جوازا للحاجة ، لا رضا المحال عليه لأنه محل الحق (١٥) ، وقد وافق على ذلك المالكية (١٦) ، والحنابلة (١٧) .

-
- (١١) أنظر سبل السلام - ج ٣ - ص ٨٠ .
- داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦ .
(١٢) فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٧١ بقولها :
« المحال عليه هو الذى قبل على نفسه الحوالة » .
(١٣، ١٤) المرغينانى - الهداية - ج ٣ - ص ٩٩ .
(١٥) ابن يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - الجزء الاول - ص ٢١٣ .
- الشيرازى - المهذب - الجزء الاول - ص ٢٢٨ .
(١٦) أحمد بن محمد الصاوى المالكى - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٦٦١ .
- ويقرر المالكية أن أركان الحوالة خمسة محيل وهو من عليه دين ومحال وهو من له الدين ومحال عليه وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول ، ومحال به وهو الدين المائل وصيغة تدل على التحول ، والانتقال - أما شروط العقد عندهما رضا المحيل والمحال فقط .
(١٧) منصور البهوتى - الروض المربع شرح زاد المستقنع - الجزء الثانى - ص ١٩٣ .

والرأى الذى أرجحه أنه لابد من رضا المحتال باتفاق،
والمحتال عليه لتكون الحوالة صحيحة .

نخلص من هذا أن أركان الحوالة الايجاب ، والقبول من
المحتال ، ومن باشر معه العقد .

٥ - أنواع الحوالة :

الحوالة تتنوع - فقد تكون أما مطلقة ، وأما مقيدة ،
فالمقيدة : اذا قيدت الحوالة بالدين ، أو الوعيعة أو الغصب
لا يطالب المحيل المحتال عليه ، أو عنده (١٨) .

وحكم الحوالة المقيدة فى هذه الجملة ، أن لا يملك المحيل
مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به بن المحتال على مثال
الرهن (١٩) أما الحوالة المطلقة فقد عرفها منلا خسرو الحنفى
بقوله : المطلقة فهى ان يرسلها أرسالا لا يقيدها بدين له على
المحال عليه ، ولا بعين له فى يده (٢٠) .

(١٨) داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملقى الأبحر - المجلد
الثانى - ص ١٤٩ ، - المرغينانى - الهداية - ج٢ - ص ١٠٠ .
- وقد عرفتها مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٦٧٨ بقولها :
« الحوالة المقيدة : هى الحوالة التى قيدت بأن تعطى من مال المحيل
الذى هو فى ذمة المحتال عليه أو فى يده » .

(١٩) المرغينانى - الهداية - الجزء الثالث - ص ١٠٠ .
- منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء ٢ - ص ٣٠٩
(٢٠) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - ج٢ ص ٣٠٩
- داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملقى الأبحر - المجلد الثانى -
ص ١٤٩ .

- المرغينانى - الهداية - ج٢ - ص ١٠٠ .
- وعرفها مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٦٧٩ بقوله « الحوالة
المطلقة : هى التى لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذى هو عند المحال
عليه » .

وبذلك ان لم تقيد الحوالة بشيء من المذكورات سافا ،
فله أى للمحيل المطالبة من المحتال بائعين ، أو الدين ،
ويقدر المحتال عليه أن يدفعها المحيل ، اذ لا تعلق لحق الاحتال
بما عنده ، أو عليه ، بل حقه فى ذمة المحتال عليه ، وفى ذمته
سعة ، فغاية ما يجب على المحتال عليه أداء دين المحتال من
مال نفسه (٢١) .

المبحث الثانى

وجه الشبه بين الحوالة والكهبيالة

١ - تمهيد :

لما كانت المعاملات المالية فى الشريعة الاسلامية
تتضمن على مبادلة الاموال ، والمنافع بين الناس بواسطة
العقود ، فقد اهتمت الشريعة الاسلامية بالمعاملات المالية ،
واسباب الملكية ، وكيفية انتزاعها ومدايناتها ، وأما الأخيرة
فهى محل حديثنا حيث ، أوجب الله سبحانه وتعالى كتابة
الديون المؤجلة ، وهذا بقوله عز وجل :

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى
فاكتبوه .. الخ » (٢٢) .

ويقول البيضاوى فى تفسير هذه الآية : اذا دايين
بعضكم بعضا تقول : داينته اذا عاملته نسئية معطيا ،
أو آخذا ، وفائدة ذكر الدين ان لايتوهم من التداين المجازاة ،
ويعلم تنوعه الى المؤجل ، والحال ، وانه الباعث على
الكتابة ، ويكون مرجع الضمير فاكتبوه الى أجل مسمى
معلوم بالايام والأشهر (٢٣) .

(٢١) داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر - المرجع
السابق - ص ١٤٩ .

(٢٢) سورة البقرة - آية رقم ٢٨٢ .

(٢٣) القاضى البيضاوى فى تفسيره - الجزء الأول - المرجع
السابق - ص ١٨٧ .

ومن هنا كانت مشروعية الكتابة من خلال القرآن المجيد ، حيث انها تعد وظيفة للتعبير عن ارادة طرفى التعاقد ، لأن أحرف التعبير فى الفقه الاسلامى ذات قدرة خلاقة ، فاليها يعزى أحداث الأثر .

ولما كانت الكمبيالة كدين مؤجل تتشابه مع الحوالة كدين مؤجل ، أيضا عقدنا هذا البحث لدراسة أوجه الشبه بينهما .

٢ - الكتابة فى الكمبيالة والحوالة :

لقد ذهبت الشريعة الاسلامية الى طاب الكتابة فى كل دين مؤجل ، ولا يكتفى بالكتابة بل تستوجب الشريعة بجانب الكتابة ضرورة اشهاد شاهدين من الرجال ، وفى بعض الأحيان تقبل شهادة ، اذا لم يتوافر رجلان ، فرجل وامرأتان ، وهذا يعد من جانب الشريعة الاسلامية احتياطا درءا للمنازعة .

وهذا سبق لم تصل اليه أى من التشريعات الوضعية ووجه الشبه بين الكمبيالة والحوالة فى الشريعة الاسلامية (هو بينهما عموم ، وخصوص وجهي) .

حيث ان الحوالة هى أعم من الكمبيالة ، فالساحب فى الكمبيالة يقابله فى الحوالة المحيل ، وكذا المحال له يقابله المستفيد ، والمحال عليه يقابله فى الكمبيالة المسحوب عليه ، والقيمة فى الكمبيالة يقابلها المحال به .

واذا كانت الحوالة تنشأ برضا المحيل ، والمحال له ، ولا حاجة لرضا المحال عليه ، فالكمبيالة كذلك تنشأ برضا الساحب والمستفيد ولا حاجة لرضا المسحوب عليه .

ب - وجه الاختلاف بين الحوالة والكمبيالة :

١ - لا بد فى الكمبيالة أن يكتب فيها بيانات محددة نص عليها القانون على سبيل الحصر ، وهى البيانات التى

أوردتها المادة ١٠٥ تجارى ، وهى تاريخ سحب الكمبيالات ، والمبالغ المطلوب دفعه واسم المسحوب عليه ، ميعاد دفعها ، مكان الدفع ، ذكر وصول القيمة ، اسم المستفيد شرط الأذن ، أو أنها لحاملها ، أو امضاء الساحب (٢٤) .

٢ - أنه فى حوالة الحق يلزم ، أن يكون المحيل دائئنا للامدين الحال عليه (٢٥) ، ولا يلزم ، ولا يشترط فى الكمبيالة ان يكون الساحب دائئنا للمسحوب عليه وخاصة نشأة الكمبيالة .

٣ - أما بصدد تظهير الكمبيالة ، فلا مثيل له فى الشريعة الاسلامية ، كما ان قاعدة تظهير الدفع (٢٦) لا تعارض بينها وبين عموم الاحكام فى الشريعة الاسلامية .

(٢٤) ملحوظة : واذا كانت الكمبيالة تحتاج فى القانون الى هذه البيانات - فان الشريعة لا تمنع ان تكون هذه البيانات فى الكمبيالة - فليس هناك خلاف فى هذا ما لم يرد مانع وهو ذلك الوصف الشرعى الذى يقتضى وجوده ، عدم غير من حكم أو سبب .

- عبد الجليل القرنشاوى والحسينى الشيخ - مدخل الفقه الاسلامى

- الطبعة الأولى - ص ١٤١ .

- مثال ان تحرر الكمبيالة على توريد خنزير أو خمر ودم (أو غير ذلك من الأموال غير المتقومة) أو على قوائد ديون مما نهى عنها المشرع .

(٢٥) فان الناظر الى حديث رسول الله ﷺ بقوله :

« مطال الغنى ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع »

- وهذا الحديث يشتمل على نوعى الحوالة المتعارف عليهما فى القانون - وحوالة الحق : عبارة عن اتفاق بين المحيل ، والحال له على نقل حق المحيل ، الذى فى ذمة الحال عليه الى الحال له .

(٢٦) ويقصد بتظهير الدفع أى أن الورقة التجارية اذا ظهرت من موقع الى آخر فانها تنتقل الى هذا الأخير مطهرة ، مما كان يشوبها من عيوب ، ما دام هذا الأخير حسن النية .

- انظر - د / سعيد يحيى - الأوراق التجارية - فى النظام التجارى

السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م - ص ١٠ وما بعدها .

٤ - ان قبول الكمبيالة من قبل المسحوب عليه ، وذلك قبل ميعاد الاستحقاق يعنى التزام المسحوب عليه بالوفاء (٢٧) ولذا يلزم التأسيس عليها بالقبول (٢٨) كما لا يجوز القابل - للكمبيالة ، ولا لمن ضمنه ضمانا احتياطيا ، ان يتمسك ضد حاملها السليم النية ، بأوجه دفاع شخصية .

- وبالعكس تماما ، فان قبول المحال عليه لا يبرىء المحيل ، وهذا هو ما ذهب اليه زفر من فقهاء الحنفية (٢٩) ، حيث ان نقل الدين فى الحوالة نقل حكمى ، والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة ، فجاز نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ولا يعنى هذا أن ذمته خالية من الدين ولكن قصد بذلك التوثيق ، ومن هنا يتضح مدى الخلاف بين القبول من قبل المسحوب عليه فى الكمبيالة وقبول المحال عليه من قبل المحيل فى الحوالة .

(٢٧) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية - ١٩٥٨/١٠/٢٨ - رقم ١٩٠ سنة ٧٥ ق .
- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية ص ٧٨٤ .

(٢٨) انظر حكم محكمة الاسكندرية الكلية فى ١٩٤٠/٣/٣٠ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ٩٨٣ رقم ٤٠٦ والذي نص فيه على انه يجب ان يثبت بالكمبيالة قبول المسحوب عليه . أو الاطلاع عليها بالقبول أو الرفض ، وتلك البيانات عن الكمبيالة ، يجب أن تثبت بورقة مستقلة عن نص البروتستو لان البروتستو أعد لاثبات الصور .

(٢٩) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الجزء الرابع - ص ١٧١ .

- داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦ و١٤٧ .

- منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء الثانى - ص ٣٠٨ .

ه - ويعد مقابل الوفاء فى كل من الحوالة ، والكمبيالة شرط انعقاد لكل منهما ، فلا بد من مديونية المحال عليه للمحيل (٣٠) ، وكذا ايضا الساحب للمسحوب عليه .

ومن خلال ما سنف يتضح اوجه الشبه والاختلاف بين كل من الحوالة ، والكمبيالة ، بحيث نجد ان الشريعه الاسلاميه ، كان لها قصب السبق فى معرفة حوالة الحق ، التى تعتبر - المصدر التاريخى للاوراق التجارية ، وعلى الأخص الكمبيالة .

المبحث الثالث

الاساس القانونى لقواعد الصرف

١ - تمهيد :

قبل أن أشعر فى بيان الاساس القانونى لقواعد الصرف ، يلزم أن أبين بلمحة سريعة عن الاشتراطات الموضوعية اللازمة لصحة الالتزام الصرفى باعتباره التزاما اراديا ، فيلزم لصحته توافر جميع الشروط القانونية الواجب توافرها لصحة الالتزام الارادى من الرضا والأهلية والمحل والسبب (٣١) .

(٣٠) منصور البهوتى - شرح منتهى الارادات - ص ٢٥٦ .

- ابن قدامة الحنبلى - المغنى - الجزء الرابع - ص ٥٨٢ .

(٣١) د/عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الثانى (نظرية الالتزام وجه عام - المجلد الاول - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - سنة ١٩٨٢ - ص ٩ .

- د/ سعيد يحيى - الأوراق التجارية - فى النظام السعودى -

- المكتب العربى الحديث - سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - ص ٢٧ .

والالتزام الارادى يتفق مع الالتزام ، الذى ينشأ عن التوقيع على الورقة التجارية هو الالتزام الصرمى (١٢) .

كما يجد الباحث فى ثنايا الاسس التى يقوم عليها قاذرون الصرف تلك الاشتراطات التى ترد فى الالتزام الارادى ولذا سنضعها موضع البحث عندما نعرض الاسس العامة ، انتهى نهدف الى اداء الورقة التجارية لوظيفتها على الوجه الاكمل ، وسنعرض لذلك فيما يلى .

٢ - الفرق بين نوعى الالتزام :

ان الالتزام الصرمى ينشأ عن علاقات سابقة عليه ، وهذا بخلاف غيره من الالتزامات ، وقد اوجدت نظرية لهذا مردأها ان الاوراق التجارية لا تنشئ التزاما جديدا يكون ننانجا عن التوقيع على الورقة التجارية (٣٢) ، ومنشأ الالتزام هنا من قبل الموضع ، هو قصد افراغ هذا الالتزام فى الورقة التجارية ممثلا فى التوقيع على الورقة ، أو تظهيرها ، وبذا لا يكون المدين ملتزما قبل دائئه المباشر فحسب ، وانما

(٢٢) د/ محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - الأوراق التجارية - الطبعة الأولى - مطبعة معهد دون بوسكو - سنة ١٩٥٤ - س ١٣٠٩ .

- د/ محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الاوراق التجارية - مطبعة لجنة البيان العربى - الطبعة الثانية - سنة ١٩٥٧ - الجزء الثانى - ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٢٣) انظر حكم محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق - السنة ٢٠ ، ٧٠٨ رقم ٢٧١ .

- وقد نص هذا الحكم على ما يلى :

« الشيك هو عبارة عن سند مستحق الاداء بعد الاطلاع عليه وله مقابيل وفاء » - ويقصد من الاستدلال بهذا ان حرر الشيك يكون دائنا للمسحوب عليه ومدينا للمستفيد ، فمن هنا يتضح وجود العلاقة السابقة بين المحرر ، والمسحوب عليه ، وكذا فى باقى الاوراق التجارية .

يتم انتقال الالتزام الى حملة الورقة المتعاقبين ، ويبطل هذا الالتزام - مطهرا من كافة الدفوع (٢٤) بحيث يمنع على هذا الأخير التمسك فى مواجهته بالدفوع ، التى يمكن ان توجه الى الدائن المباشر ، ولم يجد الفقهاء الفرنسيون تفسيراً مقبولاً لتطهير الالتزام من الدفوع ، واقترحوا ذلك العديد من النظريات منها نظرية الحوالة (٣٥) .

ونظرية الوكالة ، ونظرية الانابة ، والاستنراط لصالح الغير ، وقد بذل الفقهاء الفرنسيون الكثير من الجهد ، ولكنهم لم يصلوا الى نتائج مقبولة ، بسبب انهم حاولوا سناد الالتزام الصرفى الى الارادة سواء باتجاههم الى الارادة المزدوجة العقد ، أم الارادة المنقردة - مما حدا بانفقاء المحققين الى فكرة الالتزام القانونى *Obligation Légale* ويعيب النظريات المنبثقة عن فكرة الالتزام القانونى انها استبعدت دور الارادة فى الالتزام الصرفى ، وهذا وضع لا يتماشى مع الواقع ، فاذا كان صحيحا أن دور الارادة غير واضح فى الالتزام المدين ، وان كانت الارادة تعد مصدرا لالتزام المدين ، وذلك قبل دائئه المباشر .

(٢٤) انظر حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٠/٢/٦ - المحاماة - السنة ١٠ ص ٨٥٧ رقم ٤٣١ بالنص على انه .

« لا يجوز للمدين أن يدفع قبل الحصول اليه بالدفوع التى كان له أن يدفع بها قبل دائئه الاصلى متى كان الدين ثابتا بسند تحت الأذن أو كميالة تحولت عن طريق التطهير القانونى » .

(٣٥) انظر فى الدفاع عن هذه النظرية *Esmein* فى مقالة بعنوان

Etude sur le régime Juridique des titres à ordres et au Porteur et en Portieulier l'Inopposabilité les exceptions'

- ودمشور فى مجلة *Rev Trim de droit civil* سنة ١٩٢١

وانظر أيضا *Au ahl* رقم ١٩٣١ .

وقد وقف مؤتمر جنيف (٣٦) ، ولم يحاول تغليب احد النظريات على الأخرى ، وانما نظر للاسس العملية فى الكمبيالة والتسيك ، والسند للأمر ، وهى التى ستكون محل النظر فى هذا البحث ، وتقوم هذه الاسس على أحكام تمدن الورقة ، التجارية من أداء وظيفتها على الوجه الاكمل ، وسنعرض لذلك عرضا سريعا لهذه الاسس .

٣ - التسيك كلبية :

لقد تكفل الشارع بتصميم شكل الورقة التجارية (٣٧) ، لذا فقد نص على البيانات الواجب ذكرها فيها لينتج عنها تحديد دقيق للحق ، الذى تتضمنه الورقة التجارية ، مع تعيين - المدين ، والدائن ، ومبلغه ، وتاريخ نشأته ، وتاريخ الاستحقاق .

وذلك بقصد اظهار الارادة (٣٨) ، وتوضيحها ، وجعل اغفال أى بيان من هذه البيانات مؤديا الى فقدان الورقة

(٣٦) د / محسن شفيق - المرجع السابق - الاوراق التجارية - ص ١٠٧٧ .

(٣٧) انظر الدكتور / على البارودى - بتعريفه الاوراق التجارية محررات مكتوبة وفقا لايضاح شكلية وبيانات يحدها القانون - فى القانون التجارى اللبنانى - الجزء الاول - ص ٧٢ .

(٣٨) ولا تمنع الشريعة الاسلامية طالما كان المقصد اظهار الارادة لينتج عنها الحكم الشرعى - واظهار الارادة يكون باستخدام كافة طرق التعبير عن الارادة - انظر - د / وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى - الطبعة الاولى - سنة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٥م - ص ٣٧ وما بعدها .

- كما أوجبت محكمة الاستئناف - ان الكمبيالة والسند الاذنى التجارى يقتضى الأمر فيهما اشتراكهما معا فى ان تكون الورقة التجارية غير مبهمة يتبين بها تاريخ التحريز ، واسم الموقع المدين (وهو =

صفتها ، واعتبار الحق ، الذى تتضمنه الورقة من طبيعة مدنيه ، أى تنطبق عليها الشريعة العامة .

لذا جاءت المادة ١٠٥ تجارى تبين ، وتوضح البيانات الواجب توافرها فى الكمبيالة ، وذلك تحت عنوان فى صورة الكمبيالات .

وان الشارع قد اوضح وجوب الشكلية ، ولكنها ليست مقصودة لذاتها ، ولكنها تهدف الى رعاية مقصد آخر ، وهو كفاية الورقة بذاتها لتقرير الالتزام ، بحيث لا يحتاج الأمر الى ورقة أخرى (٣٩) تلصق بها .

=

ساحب الكمبيالة) واسم المدائن الماذون له (وهو المسحوب له فى الكمبيالة) ، وذكر الزمان ومكان الوفاء ، وان القيمة وصلت نقدا ، وان الورقة . بطبيعتها تكون قابلة للتحويل ، والتظهير ، والتداول وتختص الكمبيالة بذكر اسم المسحوب عليه ، ووجود مقابل عند المسحوب عليه وقت الاستحقاق .

- (محكمة الاستئناف فى ١٩١٢/١٢/٢٦ - المجموعة الرسمية السنة ٢٠ - ص ٩٨٢ - رقم ٤٠٦ .

(٣٩) د/ على يونس - الاوراق التجارية - دار الحمامى للطباعة - سنة ١٩٦٥ - ص ١٨ .

- أما موقف الشريعة الاسلامية من الشكلية فى المعاملات ، فهى جائزة منعا للنزاع ، والخصومات بين الناس ، وعلى هذا لمو قال انسان ، ابيك ثوبا من عندى ، ولا يصح للجهل بالجنس . والصفه ، واشترى منك سلعة بثمن ، ولم يصدده ، ولذا نجد الشارع حرم بيع الغرر . وهو الجهالة فى الثمن أو المثمن ، أو هما معا أو الجهالة بأجل الدين ، ففى الحديث « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر والمنابذة والملاسة » وذلك خشية المنازعات .

- انظر الشوكانى - نيل الاطار - الجزء الخامس - ص ١٤٩ و ١٥٠ .

- يستشف من هذا ان الشكلية تجب فى الشريعة الاسلامية يقصت

منع النزاع .

(٤م - قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية)

كمان الشكلية الواجبة فى الورقة التجارية لا يجوز اثباتها بالبينة ، حتى ولو وجد مبداً ثبوت بالكتابة (٢٠) ، او وجد مانع من الوصول الى الورقة التجارية ذفوة قاهرة تقف حىال الوصول اليها .

٤ - استقلال التوقيعات فى الورقة :

Principe de l'indépendance des signatures

يلتزم كل موقع على الورقة التجارية بالوفاء بقيمتها على سبيل الاستقلال ، وذلك فى ميعاد الاستحقاق ، متى تخلف عن ذلك المدين الاصلى ، وبعد توقيع كل من وقع على الورقة ملتزماً التزاماً مستقلاً عن باقى الموقعين ، واذا حدث وكان أحد الموقعين يشوب التزامه أى عيب من عيوب عدم الرضا . يكون نتيجة ذلك ان زاحمته ارادة معينة بسبب غلط ، أو تحليس ، أو اكراه ، فلا يعنى هذا عدم وجود الارادة، ولكنها ارادة مريضة (٤١) .

أما الجزاء الناتج عن ذلك العيب دعم الالتزام بالوفاء ، وكذا أيضاً اذا شاب التوقيع انعدام مشروعيته بسبب الالتزام لا يطالب من وقع بالوفاء ، ولكن هذا لا يؤثر على باقى التوقيعات ، التى لا يشوبها أى عيب (٤٢) .

(٤٠) الدكتور/السنهورى - فى الوسيط - الجزء الثانى - بند

٢٤٢ - ص ٤٦٩ .

(٤١) د/وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة - رسالة دكتوراه -

الطبعة الأولى - المرجع السابق - ص ٤٤٣ .

(٤٢) د/محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى - الجزء

الثانى - ص ٢٠٧ .

د / على جمال الدين عوض - القانون التجارى - طبعة سنة

١٩٧٥ - ص ٢٠٢ .

د / سميحة القليوبى - الموجز فى القانون التجارى - ص ٢٥١ .

- حيث ان بطلان الالتزام الناشء عن عيب من عيوب الارادة

لا ينسحب على باقى الموقعين على الورقة التجارية .

ويؤكد هذا المعنى ما نصت عليه المادة ١١٠ من التقنين
- التجارى المصرى ، وينتج عن قاعدة هامة ، وهى قاعدة
تطهير الدفع .

٥ - قهر الدين :

نجد الشارع قد تعتمد فى الورقة التجارية أخذ المدين
بالقسوة والقهر ، وذلك بقصد احترامه لتعهداته ، وعدم
اخلاله بالتزاماته ، كما ألزم الدائن بتقديم الورقة التجارية
فى يوم الاستحقاق بذاته ، كما وضع قواعد تبين امتناع
المدين عن الوفاء ، مما يؤدي الى تحرير بروتستو (٤٣) ،
وسريان فوائد الدين من ذلك اليوم ، وهذا وفقا لما نصت
عليه المادة ١٦١ و١٦٢ من التقنين التجارى ، كما أجاز
العرف أنه يمكن نشر اسماء المدينين ، الذين يمتنعون عن
الدفع وذلك بقصد التشهير بهم وبأئمتانهم .

٦ - حق الحامل :

يلزم لكى تأخذ الورقة التجارية مكانتها فى المعاملات
التجارية بين الناس أن يجد الحامل حماية لحقوقه ، ولا يتم
ذلك الا اذا قامت الورقة التجارية بوظيفتها وفاء (٤٤) ،

(٤٣) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية بقولها : « ان السندات
التجارية التى تحت الاذن يسرى عليها كل ما اشترطه القانون التجارى
بالنسبة الى الكديالات . كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة
بسقوط حق حامل الكميالة قبل المحيلين فى المطالبة عن عدم القيام بعمل
البروتستو لعدم الدفع فى المراعيه » .

(محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - الحاساة -
السنة - ص ١٢٧ - رقم ١٢٤) .

(٤٤) التعريف بالشيك كأداة وفاء - انظر حكم محكمة النقض بقوله
« الشيك هو عبارة عن سند مستحق الاداء بعد الاطلاع عليه وله مقابل
وفاء » .

- محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ - طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق -

=

السنة ٢٠ - ص ٧٠٨ رقم ٢٧١ .

وأنتمان بحيث يطمئن الحامل على هذا الحق ، ورسوخه .
مما يدفعه الى قبول الورقة كوسيلة للوفاء كما يرضى
بمنح الائتمان للأخرين عن طيب خاطر ، ولولا هذا لما
قامت الحياة التجارية ، ولتعطلت المعاملات فى السوق ،
والتي تتطلب السرعة فى الانجاز ، وبجانب ذلك أجاز
المشرع تقديم الكمبيالة للقبول ، مما يؤدي الى ملكية مقابل
الوفاء (٤٥) .

-

- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية -
ص ٧٨٩ .

- انظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها : « ان عبارة الاوراق
التجارية انما تطلق على الكمبيالات والسندات الاذنية ، والتي لحاملها
والشيكات التي تقوم مقام النقود فى الوفاء بسبب سهولة تداولها » .
- راجع شرح القانون التجارى - للاستاذ / محمد صالح ج٢
البند ١ - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية ٢٨/٦/
١٩٥٦ - رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ و .

(٤٥) وقد اعترف القانون الفرنسى الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٢
- الذى اعترف للحامل بالملكية على مقابل الوفاء ، وقد عالج القانون
التجارى ذلك فى المواد من ١١١ - ١١٦ - وبجانب ذلك العرف والفقہ
والقضاء المصرى ، مما لم يصب عليه فى التشريع .

- وقد اعترف فى اسكتلندا على اعتبار المقابل - ملكا للمحاسن
فابقى على هذا العرف فى (المادة ١٥٢ من قانون الاوراق التجارية)
وحرصا على حقوق الحامل جعل للمتزمين فى الورقة التجارية ضامنين
للوفاء ، كما حصن الحال من الدفع التي لا علم بها ، وهذا ما نصت
عليه المادة ١٧ فى قانون جنيف الموحد بقولها . « ليس لمن أقيمت
عليهم الدعوى بكمبيالة أن يحتجوا على حاملها بأوجه الدفع المبينة
على علاقاتهم الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ، ما لم يكن
نفس الحامل وقت حصوله عليها اضرازا لمن » .

à moins que, en acquérant la lettre, il -le Porteur -
n'oit agi Sciemment au débriment du débiteur

٧ - النوازن فى الحقوق :

لقد حمى المشرع حق الحامل بسياج من الضمانات حوله ، وبجانب هذا حاول أن يحمى الضامنين ، فوضع للحامل وقتا قصيرا لتحرير البروتستو ، ، إقامة الدعوى (٤٦) وذلك من أجل الا يتمادى فى ارهاق الضامنين ، وقد رتب على فوات هذه المواعيد اعتبار الحامل مهملًا *négligent* مما يترتب بعلى ذلك سقوط حقه فى الرجوع على الضامنين ، ولا يتسنى له الا الرجوع على المدين الأصلي فى الصك .

٨ - التقادم الصرفى (٤٧) :

لقد خص المشرع المصرى التقادم بنص المادة ١٩٤ من القانون التجارى بقوله :

(٤٦) انظر حكم محكمة الاسكندرية بقولها .

« ان السندات التجارية التى تحت الاذن يسرى ، عليها كل ما اشترطه القانون التجارى بالنسبة الى الكمبيالات ، كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة بسقوط حق حامل الكمبيالة قبل المحيلين فى المطالبة عند عدم القيام بعمل البروتستو لعدم الدفع فى المواعيد » .

- محكمة الاسكندرية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - المحاماه - السنة

٥ ص ١٢٧ رقم ١٢٤ .

(٤٧) انظر ما يلى فى هذا الموضوع :

Kerm : La prescription en matière d'effets de commerce,
Thèse - Poitiers 1902.

- وقد عرف التقادم فى القانون الرومانى بأنه (التقادم طريق

لاكتساب الملكية يقوم أساسا على الحيابة الطويلة مدة يحددها القانون .

و٧ يطبق الا على الملكية الرومانية .

- انظر الدكتور : محمد عبد الجواد محمد - الحيابة والتقادم فى

الفقه الاسلامى - منشأة المعارف بالاسكندرية - سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م

ص ٣٨ .

« كل دعوى متعلقة بالكمبيالات او بالسندات ، التى تحت اذن ، وتعتبر عملا تجاريا او بالسندات التى لحاملها ، أو بالأوراق - المتضمنة أمرا بالدفع ، أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها ، وغيرها من الاوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى اقامتها يمضى خمس سنين ، اعتبارا من اليوم التالى ليوم طول ميعاد الدفع ٠٠٠ الخ »

✓ وقد نقل المشرع المصرى هذا النص من المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة ١٨٠٧ فى المادة ١٨٩ ، ويجدر بى ذكر النص لكى يبرز الفرق بين النصين فى الصيانة :

Toutes actions relatives lettres des change, et á ceux des billets á ordre souscrits par des negociants marchands ou banquiers ou pour faits de commerce, Se prescrivent Parcing ans, á compter du jur du Protét ou de la dernière powrsuite jwridique, S'il n' ya eu condonnation, ou si la dette n' a été reconnue pour acte se poure Neanmoins les prétendus débiteurs seront tenus s' ils en sont requis d'affirmer, sous serment, qu' ils ne sont plus redevocbles; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qué ils estiment de lionne foi qu' iln' est plus rien dú.

وجه الخلاف بين النصين :

قصر النص الفرنسى على الدعوى المتعلقة بالكمبيالة . والسند للأمر ، متى كانت محررة بصدد عمل تجارى ، وسكت النص على الشيك ، ولكن الشارع المصرى لاحظ ، ولم يزد أن يقع فى مثل ما وقع فيه المشرع الفرنسى ، فحسم هذا بنص المادة ١٩٤ تجارى مصرى والسائف ذكرها ، ومن ثانيا هذا النص يتضح ان الشيك يدخل من ضمن الدعوى المتعلقة بالكمبيالات ، والسندات وانما اطلق ذلك بصدد الأوراق المحررة لأعمال تجارية ، واتصف النص المصرى بعمومه ،

وانما كان النص الفرنسى - دقيقا ففى حالة وفاة المدين يتم توجيه اليمين الى وريثته او خلفائه (ayants cause) *

وكان تعبير النص المصرى بقوله كل من يقوم مقامه ويعد هذا اسرافا من جانبه فى العموم ، وعدم دقة فى اختيار الالفاظ .

نطاق التقادمصرفى :

ان الاصل فى التقادم بصدد جميع الالتزامات ، سواء أكانت مدنية ، أم تجارية هو خمس عشرة سنة ، ولا يتقادم الالتزام باقصر من هذا وفقا لما نصت عليه المادة ٢٧٤ مدنى الا اذا وجد نص خاص اذن بعد التقادم الخمسى (٤٨) استثناء من القواعد العامة ، فلا يتوسع فيه ، وطالما كان الموضع كذلك ، فلا يتوسع فى تفسير النصوص ، بل يجب قصر النص على الحالات التى يشملها ، فاذا نص فى المادة ١٩٤ تجارى على تقادم قصير مدته خمس سنوات (٤٩) .

(٤٨) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة بقولها :

لا ينطبق الخمسى الا على الاوراق الصادرة من تاجر أو لغرض تجارى
.. الخ .

- محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١/٧/١٩٢٨ - الحمامة -

السنة ٩ ص ٤٥٣ رقم ٢٦٤ .

(٤٩) انظر حكم محكمة الموسيقى بأنه :

« الاوراق التجارية المقصودة فى المادة ١٩٤ تجارى هي الاوراق التى يتداولها التجار فيما بينهم كما يتداولون اوراق النقد ، وليس هذا شأن الفواتير المحررة من تاجر لتاجر . واذن فمدة تقادم الفواتير التجارية هي خمسة عشر عاما لا خمسة أعوام » .

(محكمة الموسيقى الجزئية فى ١٩٣٨/٥/٢٩ - الحمامة السنة ٢٠ -

ص ١٠٢٦ رقم ٤١٨ ، وايضا حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة الثامنة التجارية ١٠/٣١/١٩٥٥ رقم ٢٢٣ سنة ٧٢ ق .

فيلازم ان ينظر اليه بوصفه استثناء ، والمدقق فى هذا النص يجده يقصر التقادم الخمسى على بعض الدعاوى المتعلقة بنوع معين من الاوراق .

(أ) - موقف الشريعة من التقادم :

لا تفرق الشريعة الاسلامية بين التقادم المكسب ، والتقادم المقسط (٥٠) ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٤٨ و١٢٥٣ من مجلة الاحكام العدلية ، وما أورده ابن عاصم من المالكية : تحت عنوان فصل فى حكم الحوز :

والاجنبى ان يحز أصلا بحق : عشر سنين فالتمالك استحق وانقطعت حجة مدعية : مع الحضور خصام فيه الا اذا اثبتت حوزا يالكرا : أو ما يضاهيه فان يعتبر والاقربون حوزهم مختلف : بحسب اعتمارهم يختلف وكذا أورد صاحب رسالة ابن ابى زايد القيروانى بقوله :

« ومن حاز دارا على حاضر عشر سنين ، تنسب اليه ، وصاحبها حاضر ، عالم لا يدعى شيئا ، فلا قيام له » (٥١) .

وقد تضاربت أقوال فقهاء المالكية تضاربا بينا فى عدد سنين التقدم المؤدى الى عدم سماع الدعوى ، وسأكتفى بهذا القدر فى التقادم مبينا ان الشريعة الاسلامية عرفت التقادم بانواعه ، وكان لها قصب السبق فى ذلك عن ما عداها من التشريعات الوضعية .

(٥٠) وتفصل القوانين فى الغالب بين التقادم المسقط والتقادم المكسب د/ السنهورى - الوسيط - ج ٣ - ص ٩٩٥ .
(٥١) عبد السميع الازهرى - شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى - المكتبة التجارية بمصر - سنة ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م - الجزء الثانى - الصفحة رقم ٢٦٢ وما بعدها .

الخاتمة

يستطيع الناظر للشريعة الاسلامية أن يقرر بادىء
ذى بدء أن المصطلحات الفقهية فى الشريعة تختلف اختلافا
بيننا عن ميثلتها فى القانون ، وان الذى يوجد بينهما وجه
تشابه بينهما - وان كان القانون قد اقتبس العديد من
القواعد الشرعية ، وبنى عليها ، فمثلا الأوراق التجارية
قد أقرتها الشريعة الاسلامية ، ووضعها موضع التنفيذ ،
واذا كان التطور فى الاستخدام يحتاج الى عدة قرون ،
وما زال الاجتهاد والتطور مستمرا ، وان كانت الشريعة
الاسلامية ، قد أدركت منذ أربعة عشر قرنا أهمية التطور
وسرعة التعامل بين التجار ، ولم تخل الشريعة من أحكام
ومفاهيم ، ما زالت تأخذ بها أحدث النظم العصرية ، وذلك
بسبب أنها ليست من نتاج عقول قاصرة وأفهام عاجزة
بل هى تعتمد على شرع الله الذى خلق العقول والافهام .

وقد أبرزت ذلك فى بحثى قواعد الصرف بين الشريعة
الاسلامية والقانون الوضعى .

ومن خلال المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون
الوضعى ، اتضح عمومية عقد الصرف فى الشريعة الاسلامية
وأن قواعد الصرف فى بعض الاحيان تنطوى تحت عقد
الصرف بجانب حوالة الحق ، والدين .

وبذا يتضح ان المصدر التاريخى للأوراق التجارية ،
كانت هى الشريعة الاسلامية بمالها من قصب السبق على
ما عداها من التشريعات فى انجاز ما يلزم للتجار فى
حياتهم العملية .

كما يتضح ان الكمبيالة وجدت فى الشريعة الاسلامية
تحت مسمى السفتجة ، وان كانت لا تتطابق معها ، ولكن

وجه الشبه بينهما واضح ، وكذا السند الاذنى فهو مسمى
السند تحت الاذن .

وكذا أيضا اتضح لى أن الشريعة الاسلامية لم
تستبعد فكرة التقادم المكسب ، بل عرفته كسبب من أسباب
الحيازة المؤدية الى الملكية .

ومن ثانيا هذا البحث ايضا يتضح ان قاعدة تطهير
الدفوع لا تعارض بينها وبين احكام الشريعة الاسلامية .

وفى نهاية المطاف استطيع ان أقرر ان الموضوع مازال
يحتاج الى الدراسة المستفيضة ولعل هذه الدراسة تكون
بداية على الطريق داعين الله سبحانه وتعالى ان يفقهنا
فى أمور شريعتنا أنه نعم المولى ونعم النصير .

المراجع الشرعية - ١ - التفاسير والأحاديث

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	البخارى	صحيح البخارى طبعة الشعب
٢	البيضاوى	تفسيره - دار سعادت سنة ١٣١٦ هـ .
٣	الربيع ابن حبيب	الجامع الصحيح مكتبة الثقافة الدينية .
٤	الصنعانى	سبل السلام - دار الزهراء
٥	الشوكانى	ذيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخير - المطبعة الاميرية - سنة ١٢٩٧ هـ .
٦	مسلم	فى صحيحه - طبعة الشعب
٧	النورى	فى شرحه على صحيح مسلم - طبعة الشعب - .
٨	مالك	تنوير الحوالك على شرح على موطأ مالك - مطبعة الحلبي
٩	ابن قدامة	المغنى - مكتبة الجمهورية
١٠	احمد الصاوى المالكي	بئغة المسالك لاقرّب المسالك - فى الشرح الصغير - مطبعة الحلبي .
١١	الجزدوى	كشف الاسرار - طبع الاستانة سنة ١٣٠٨ هـ .

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١٢	الزيلعى	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - المطبعة الكبرى الاميريه - القاهرة - سنة ١٣١٣ هـ .
١٣	أبى يحيى زكريا الانصارى	فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - مطبعة الحلبي .
١٤	الشيرازى	المهذب - طبع القاهرة - سنة ١٣٤٢ هـ .
١٥	السرخسى	المبسوط - مطبعة السعادة - بمصر - سنة ١٣٢٤ هـ .
١٦	الغزالى	المستصفى فى الاصل - طبع القاهرة - سنة ١٣٢٢ هـ .
١٧	الكاسمانى	بدائع الصنائع - مطبعة شركة المطبوعات العلمية القاهرة - سنة ١٣٢٨ هـ .
١٨	الكمال بن الهمام	فتح القدير شرح الهداية مطبعة مصطفى محمد القاهرة
١٩	المرغينانى	الهداية شرح بداية المبتدى مطبعة الحلبي - سنة ١٣٨٤ هـ
٢٠	داماد أفندى	مجمع الانهر شرح ملتقى الابرار - دار الطباعة العامرة - سنة ١٣٠٤ هـ (القاهرة) .
٢١	عبد السميع الازهرى	شرح رسالة ابن أبى زيد التيروانى - المكتبة التجارية المصرية - سنة ١٣٥٨ هـ ١٩٣٩ م

اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة	رقم مسلسل
محمد عبد الجواد	الحيازة والتقدم فى الفقه الاسلامى - منشأة المعارف - ١٣٩٧ هـ .	٢٢
محمد عرفه المدسوقى	حاشية المدسوقى على الشرح الكبير - طبعة الحلبي .	٢٣
منصور البهوتى	الروض المربع شرح زاد المستفنع - طبعة الرياض .	٢٤
منلا خسرو	درر الحكام شرح غرر الاحكام - المطبعة العامرة القاهرة - سنة ١٣٠٤ هـ .	٢٥
السنهورى	مصادر الحق فى الفقه الاسلامى - دراسة مقارنة - مطابع دار المعارف ١٩٦٧ م .	٢٦
عبد الجليل القرنشاوى	مدخل الفقه الاسلامى - وأخرى طبعة أولى	٢٧
وحيد الدين سوار	التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى طبعة أولى ١٣٧٩ هـ .	٢٨

ب - كتب قانونية - ١ - قانون تجارى

اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة	رقم مسلسل
سعيد يحيى	الاوراق التجارية - فى النظام السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م .	١
سميحة القليوبى	الموجز فى القانون التجارى الطبعة الاولى - دار الثقافة العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠ م	٢

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
٣	سدهير الشرقاوى	القانونون التجارى الطبعة ٠ ١٩٧٠م
٤	على البارودى	كتاب القانونون التجارى الابناني مطبعة بيروت - مكتبة مكاوى سنة ١٩٧٢م ٠
٥	على جمال الدين	القانونون التجارى - طبعة ٠ ١٩٧٥م
٦	على يونس	الاوراق التجارية - دار الحمامى للطباعة - سنة ١٩٦٥م
٧	عبد المعين لطفى	موسوعة القضاء فى المواد التجارية - دار الكاتب العربى للطباعة والنشر - سنة ١٩٦٧م
٨	محسن شفيق	الوسيط فى القانونون التجارى المصرى - مطبعة البيان العربى الطبعة الثالثة - سنة ١٩٥٧م
٩	محسن شفيق	الوسيط فى القانونون التجارى المصرى - الجزء الثانى - طبعة الثالثة - سنة ١٩٧٥م ٠
١٠	محسن شفيق	القانونون التجارى المصرى الاوراق التجارية - الطبعة الاولى مطبعة معهد دون بوسكو سنة ١٩٥٤م ٠
١١	محمد صالح	شرح القانونون التجارى الجزء الثانى ٠

تابع كتب قانونية - ب - كتب قانون مدنى

السنهورى	١٢
الوسيط فى شرح القانون المدنى مطابع مؤسسه روز اليوسف ٠ ١٩٨٦ م	

المراجع العامة

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	الرازى	مختار الصحاح - المطبعة الاميرية - ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٧ م

مراجع ودوريات

١	مجلة الحمام
٢	مجلة الاحكام العدلية
٣	المجموعة الرسمية

كتب أجنبية

- 1 — Rev trem de dr, Civil 1921.
- 2 — av ahl, 1931.
- 3 — Kerm — la prescription en matière d'effets de Commerce --- Théce Poitiers' 902