

الفصل التمهيدى

الفصل التمهيدي

التعريف بالوفاء مع الحلول ، ومشروعيته ، وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

وأتناول في هذا الفصل في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالوفاء مع الحلول في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الثاني : مشروعية الحلول في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الثالث : شروط الحلول في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الأول

التعريف بالوفاء مع الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

تمهيد وتقسيم :

لما كان حلول الموفى محل الموفى له أثر لقيامه بالوفاء بدين المدين ، فيجب أن أعرف الوفاء ثم أضع تكييفاً محدداً له فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، وحتى يتضح الأمر أعرف الحلول ثم أحاول أن أوضح تكييف الوفاء مع الحلول . وسوف أتناول ذلك - بعون الله تعالى - فى مطلبين :

المطلب الأول : أعرض فيه تعريف الوفاء ، وتكييفه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الثانى : أوضح فيه تعريف الحلول ، وتكييف الوفاء مع الحلول فى كل من الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى .

المطلب الأول

تعريف الوفاء ، وتكييفه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لبيان هذا المطلب أتناوله فى فرعين :

الفرع الأول : تعريف الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : تكييف الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

تعريف الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أولاً : تعريف الوفاء فى الفقه الإسلامى :

يلزم لتعرف الوفاء أن أعرفه فى اللغة ثم فى الفقه الإسلامى .

أ - تعريف الوفاء فى اللغة :

الوفاء فى اللغة : إعطاء الحق لصاحبه تاماً غير منقوص ، جاء فى القاموس المحيط " وفى فلاناً حقه أعطاه وافية أى تاماً " (١) ، وجاء فى المعجم الوسيط " وفى الشئ يفى وفاءً ووفياً : تمَّ ... وفى فلان نذره وفاءً : أداه ... وفى بعهده : عمل به ... وأوفى بالوعد والعهد : وفى ... وأوفى الكيل : أتمه ، وفى فلاناً حقه : أعطاه إياه وافية تاماً " (٢) .

وجاء فى مختار الصحاح " الوفاء ضد الغدر ، ... يقال أوفاه حقه ووفاه توفيه بمعنى أعطاه حقه وافية ، واستوفى حقه " (٣) .

ب - تعريف الوفاء فى الفقه الإسلامى :

لم يتعرض الفقهاء القدامى لتعريف الوفاء بالحد لبيان المراد منه - وذلك حسبما تيسر لى من مراجع - وإن كانوا قد صرحوا بلفظ الوفاء أثناء حديثهم عن مكان الوفاء بالمسلم فيه ، وذكروا بدلاً منه لفظ الأداء عند كلامهم على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه ، ومع ذلك لم يذكروا تعريفاً محدداً للوفاء . إلا أن أهل التفسير قد عرفوا الوفاء عند تعرضهم لتفسير قول الحق - تبارك وتعالى - ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٤) وقول الله تعالى ﴿ وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ النَّبِيِّينَ مِيثَاقَهُمْ لَعَنَّاهُمْ وَوَعَدْنَا الْمُؤْمِنِينَ الْوَعْدَ الْحَقِّ ﴾ (٥) .

(١) الفيروز أبادى : القاموس المحيط ٣٩٣/٤ .

(٢) المعجم الوسيط ١٠٤٧/٢ .

(٣) الرازى : مختار الصحاح ص ٧٣٠ وما بعدها ، وفى هذا المعنى راجع الشيخ أحمد رضا : معجم

متن اللغة ٧٩١/٥ ط دار مكتبة الحياة بيروت ١٣٨٠ هـ ١٩٦٠ م ، ابن فارس : مجمل اللغة

٩٣٢/٤ ط مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م ، الذبيدى : تاج العروس ٣٩٤/١٠ ،

الجوهري : الصحاح ٢٥٢٦/٦ .

(٤) سورة المائدة من الآية رقم (١) .

(٥) سورة النجم من الآية رقم (٣٧) .

فقد عرف الإمام القرطبي الوفاء بقوله : " وفى بالتشديد أى قام بجميع ما فرض عليه فلم يحرم منه شيئا ... والتوفية الإتمام " (١) .

فكان الإمام القرطبي يريد أن يقول : إن الوفاء هو : قيام المدين بتمام ما التزم به . وعرف الإمام الألوسى الوفاء بأنه : أداء الشئ والقيام بمقتضاه والمحافظة عليه وعدم نقضه ، وفى موضع آخر يعرف الوفاء بقوله " حفظ ما يقتضيه العقد ، والقيام بموجبه " (٢) .

ولذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد للوفاء وذلك كما يلى :

التعريف الأول : يعرف صاحبه الوفاء بأنه : عبارة عن عقد يبيع فيه الملتزم ما يؤديه للدائن فى مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به (٣) .

التعريف الثانى : وقد عرف صاحبه الوفاء بأنه : عبارة عن عقد يبيع فيه الموفى ما يتسلمه من أشياء بالفعل فى مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به (٤) .

التعريف الثالث : عرف صاحبه الوفاء بقوله : هو : " أن يقوم المدين بما التزمه كتسليم البائع المبيع إلى المشتري ، وأداء المشتري الثمن إلى البائع ، ورد المقرض الدين الذى اقترضه إلى المقرض وعمل الصانع ما اتفق معه على عمله - وفق الاتفاق تماما " (٥) .

التعريف الرابع : عرف الوفاء بأنه : " تنفيذ الموجب بعينه " (٦) .

(١) الإمام القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ج ٩ ص ٦٢٨٣ ، ط دار الريان للتراث .

(٢) الإمام الألوسى : روح المعانى فى تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني ج ١٥ ص ٧١ ، ج ٦ ص ٤٨ ، وقد ذكر هذا أيضا د/حسنى أمين المصرى فى كتابه الوفاء بالعهد فى القرآن الكريم ص ١٨٤ ط ١ - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، الناشر دار المنار .

(٣) د/ محمد سلام مذكور : المدخل فى الفقه الإسلامى ص ٦٩٨ .

(٤) د/ شفيق شحاته : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ١٠٦ وما بعدها .

(٥) الشيخ أحمد إبراهيم : الالتزامات فى الشرع الإسلامى ص ٢٢٥ طبعة ١٣٦٣هـ - ١٩٤٤م ، الناشر دار الأنصار بالقاهرة .

(٦) د/ صبحى المحمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود ج ٢ ص ٢٨٧ ، طبعة ١٩٤٨م ، الناشر مكتبة الكشاف ومطبعها بيروت .

التعريف الخامس : عرف قائله الوفاء بأنه : " أن يؤدي كل من المتعاقدين ما عليه من التزامات تعاقدية " (١) .

التعريف السادس : عرف صاحبه الوفاء بأنه : " إعطاء الحق لصاحبه تاما غير منقوص ، وإيفاءه بذاته من غير تبديل ولا تغيير " (٢) .

وبعد بيان هذه التعريفات يتضح لى - والله أعلم - أن التعريف الأخير هو الأولى بالقبول ، وذلك لاحتوائه على كافة عناصر الوفاء ، ولأن صاحبه قد ساق من الشواهد ما يؤكد ترجيح هذا التعريف ، والأخذ به وهذه الأدلة هى :

(١) إن قوله (إعطاء) أعم من أن يكون ماديا أو معنويا وإن كان ظاهر التعريف يوحي بقصره على الأول .

(٢) إن قوله (لصاحبه) يتناول من له الحق فى استيفائه فكان مدلوله واسعا ، ولذلك يجوز الوفاء للدائن أو لمن ينوب عنه .

(٣) إن قوله (تاما) يفيد أن الوفاء لا يتحقق بمعناه الصحيح إلا إذا أدى الموفى ما عليه من التزام تاما غير منقوص ، إذ لا يجوز تجزئة الوفاء إلا إذا رضى الدائن .

(٤) إن قوله (وإيفاءه بذاته) يوضح خاصية الوفاء وهى أنه لا يكون إلا بذات الشئ المستحق ، دون تغيير أو تبديل وإلا كان وفاء بمقابل .

(٥) إن عدم ذكر القائم بالوفاء فى التعريف ، يفيد أن الوفاء قد يقع من المدين وهو الأصل ، كما يفيد أن الوفاء قد يقع من الغير أيضا .

(٦) إن هذا التعريف يشتمل على كافة عناصر الوفاء من أطراف ومحل للوفاء (٣) .

ثانيا : تعريف الوفاء فى القانون المدنى :

لم يورد التقنين المدنى المصرى تعريفا للوفاء ، تاركا ذلك للفقهاء على أساس أن

(١) د/ يوسف قاسم مبادئ الفقه الإسلامى ص ٤٢١ ط ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

(٢) د/ مطهر محمد محب : الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة ص ٨٣ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٦ ، أ/ السيد إسماعيل : انقضاء الالتزام فى عقد البيع بالتنفيذ العينى الاختيارى ، ص ١٨ رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ٢٠٠٠ م

(٣) أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ١٨ ، د/ مطهر محب : المرجع السابق ص ٨٤ .

وضع التعريفات من أعمالهم واجتهاداتهم ، لذلك قام فقهاء القانون المدنى بعدة محاولات فقهية لوضع تعريف محدد للوفاء ، وقد أثمرت تلك المحاولات عدة تعريفات أهمها :

التعريف الأول : عرف صاحبه الوفاء بأنه : قيام المدين بالأداء الذى تعهد به على وجه يمكن الدائن من استيفاء حقه ^(١) .

التعريف الثانى : قد عرف الوفاء بأنه : قيام المدين بأداء عين ما التزم به للدائن ، سواء أكان هذا الالتزام إعطاء شئ أم القيام بعمل أم الامتناع عن عمل ^(٢) .

ويتميز هذا التعريف عن التعريف الأول أنه أظهر عينية الوفاء ، حتى لا يختلط بالوفاء بمقابل

التعريف الثالث : عرف الوفاء بأنه تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذًا اختياريًا وعلى وجه صحيح ، أى يمكن الدائن من استيفاء حقه ^(٣) .

ويتميز هذا التعريف أنه أبرز العنصر الاختيارى للوفاء ، وأن المدين ينفذ التزامه عن اختيار وطواعية ، وبين أيضا أن التنفيذ الجبرى للالتزام لا يدخل فى مدلول الوفاء لأنه يقوم على قهر المدين على تنفيذ التزامه ، إلا أن هذا التعريف أغفل خاصية عينية الوفاء ، ومن ثم قد يتداخل مع الوفاء بمقابل لذلك راعى البعض هذين العنصرين وهما عنصر العينية والاختيار ، فعرف الوفاء بقوله : " الوفاء هو التنفيذ العيني الاختيارى للالتزام " ^(٤) .

-
- (١) /أ/ عبد المنعم حسنى : الموجز فى النظرية العامة للالتزام ص ١٢٢ ، طبعة دار الطباعة الحديثة بالقاهرة ١٩٩١ ، د/ عبد الودود يحى : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ، القسم الثانى - أحكام الالتزام ص ٦٥٩ ط ١٩٩٤م بالمؤسسة الفنية للطباعة بالقاهرة ، د/حسين النورى : دراسة موجزة فى نظرية الالتزام ص ٩٨ ط مطبعة الرسالة بالقاهرة - الناشر مكتبة عين شمس ، د/ محمود عبد الرحمن : أحكام الالتزام ص ٤٥٤ ط ١٩٩٩م ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .
- (٢) د/ ياسين محمد يحى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ط ١٩٩٠ الناشر دار النهضة العربية ، د/ عبد المنعم البداروى : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣١٩ ط ١٩٧٨ ، الناشر دار النهضة العربية ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : دروس أحكام الالتزام ص ٣٩٥ طبعة نهضة مصر بالقاهرة ، د/ جلال إبراهيم : النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ١٥ .
- (٣) د/ أحمد سلامة : مذكرات فى نظرية الالتزام ، الكتاب الثانى أحكام الالتزام ص ٢٢٢ ، د/ طلبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة ص ٢٧٤ ط ١ سنة ١٩٨٣ ، الناشر دار الفكر العربى بالقاهرة ، د/ حسام الدين الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣٥٤ .
- (٤) د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : الوجيز فى النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٢٩٦ ، د/ رمضان أبو السعود : أحكام الالتزام ص ٤٢ ، د/ منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات ج ٢ أحكام الالتزام دراسة مقارنة ص ٢٥٠ ، د/ إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام والإثبات ص ٣٨١ ط ١٩٦٧م ، الناشر مكتبة عبد الله وهبة بالقاهرة .

إلا إن هذا التعريفات لم تصرح بأن الوفاء يمكن أن يتم من الغير وإن أفادت ذلك بطريق الإيماء كما هو الحال في التعريف السابق ، مما أدى إلى القول : بأن هذه التعريفات - كما يذهب البعض - قد جاءت قاصرة عن تحديد من يقع منه الوفاء تحديداً جامعاً (١) .

لذلك عرف هذا البعض الوفاء بأنه عبارة عن : تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً من المدين أو من الغير (٢) ، بيد أن هذا التعريف بدوره وإن تلاقى الانتقادات الموجهة إلى التعريفات السابقة ، إلا أنه لم يشر إلى الجانب الاختياري للوفاء مما جعله متداخلاً مع التنفيذ الجبري ، وبينهما فرق شاسع ، كما أنه لم يشر - أيضاً - إلى من له الحق في تلقي الوفاء ، شأنه في ذلك شأن التعريفات السابقة (٣) .

التعريف المختار :

أرى أن التعريف الأولي بالقبول للوفاء ، هو ما عرفه بعض الباحثين بأنه : " تنفيذ ما التزم به المدين تنفيذاً عينياً اختياريًا من المدين أو من الغير للدائن أو للغير " (٤) .

وقد اخترت هذا التعريف للوفاء ، لأنه يتضمن كل عناصر الوفاء بالإضافة ، إلى ما ساقه صاحبه من المبررات التي تؤيد اختياره ، وهذه المبررات هي :

أولاً : إن هذا التعريف أظهر العنصر الاختياري للوفاء .

ثانياً : إن هذا التعريف أبرز خاصية عينية الوفاء ، احترازاً من الوفاء بمقابل .

ثالثاً : إن الوفاء لا يكون إلا بكل الشيء المستحق .

رابعاً : إن هذا التعريف يتفق مع ما نصت عليه المادة (١/٣٢٣) مدني ، والتي تقضي بأنه : " يصح الوفاء من المدين أو من نائبه ، أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء " .

خامساً : إن هذا التعريف يفيد أن الوفاء يقع صحيحاً للدائن - كقاعدة عامة - أو لنائبه أو لغيرهما (٥)

(١) أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢١ .

(٢) د/ مطهر محب : المرجع السابق ص ٨٦ وما بعدها .

(٣) أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢١ .

(٤) أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق نفس الموضع .

(٥) أ/ السيد إسماعيل : المرجع والموضع السابقين .

ثالثا : المقارنة :

من العرض السابق لتعريف الوفاء فى كل من الفقه الإسلامى و القانون المدنى يتضح أن تعريف فقه القانون المدنى للوفاء ، والذى سبق ترجيحه يتفق مع تعريف الفقه الإسلامى له ، والذى سبق اختياره ويظهر هذا الاتفاق بين التعريفين من خلال ما يلى :

- (١) أن كلا من التعريفين قد أوضحا أن الوفاء لا يقع صحيحا إلا إذا أدى الموفى ما عليه من التزام بتمامه ، أو كل ما يشغل ذمة المدين ، إذا كان الموفى غير المدين .
- (٢) كما أوضحنا أن الوفاء لا يتحقق بمعناه الصحيح إلا إذا تم بنفس ما التزم به المدين ، أى بذات الشئ المستحق دون تغيير أو تبديل ، وإلا كان وفاء بمقابل .
- (٣) كما بينا أن الوفاء يجب أن يقع من المدين بالالتزام بحسب الأصل إلا إن هذا لا يمنع أن يقع من الغير سواء كان هذا الغير نائبا عن المدين أو أجنبيا عنه ، وهذا مستفاد من عدم ذكر من يقع منه الوفاء فى تعريف الفقه الإسلامى له .
- (٤) كما أن كلا التعريفين يشتمل على كافة عناصر الوفاء من أطراف ، ومحل للوفاء ، كما سبق توضيحه .

الفرع الثانى

تكييف الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المقصود بالتكييف : الوصف الفقهي والقانوني للوفاء باعتباره طريقا لتنفيذ الالتزام ، وبالتالي إذا أضفى وصف معين على الوفاء ، فإنه يجرى عليه أحكام هذا الوصف ، وتوضيح ذلك يكون بمعالجته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على الوجه التالى :

أولا : تكييف الوفاء فى الفقه الإسلامى :

لم يتعرض الفقهاء القدامى - حسبما اطلعت عليه من مصادر - لتكييف الوفاء بالالتزام ، لذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين تكييفه ولكنهم اختلفوا فى إضفاء وصف معين على الوفاء ، وقد تحدد هذا الخلاف فى قولين :

القول الأول : ويذهب أصحابه إلى أن الوفاء تصرف شرعى من الموفى سواء أكان هذا التصرف بإرادة واحدة (وهو الوفاء بالإرادة المنفردة للموفى) أم بإرادتين (الوفاء بالاتفاق بين الدائن والموفى) ويظهر ذلك من تعريف بعضهم للوفاء بأنه : " قيام المدين بأداء ما التزمه كتسليم البائع المبيع إلى المشتري ، وأداء المشتري الثمن إلى البائع ، ورد المقرض الدين الذى اقترضه إلى المقرض ، وعمل الصانع ما اتفق معه على عمله وفق الاتفاق تماما " (١) .

وتعريف البعض للوفاء بأنه : " أن يؤدي كل من المتعاقدين ما عليه من التزامات تعاقدية " (٢) .

وتعريف البعض للوفاء بأنه : " إعطاء الحق لصاحبه تاما غير منقوص ، وإيفاءه بذاته من غير تبديل ولا تغيير " (٣) .

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

أولا : إن تكييف الوفاء بأنه تصرف شرعى ، يخرجنا عن دائرة أن يكون محل جواز أو تفاوض أو اختيار ، لأن ذلك لا يتفق وصريح قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٤) .

(١) الشيخ /: أحمد إبراهيم : الالتزامات فى الشرع الإسلامى ص ٢٢٥ وما بعدها ، د/ صبحى

المحمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود ج ٢ ص ٢٨٧ .

(٢) د/ يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامى ص ٤٢١ .

(٣) د/ مطهر محمد محب : الالتزام برد غير المستحق ص ٨٣ .

(٤) سورة المائدة من الآية رقم (١) .

إذ الأمر بالوفاء فى هذه الآية الكريمة يقتضى الوجوب ، والوجوب ينافى الاختيار ^(١) .
ثانيا : إن القول بأن الوفاء تصرف شرعى يفسر لنا كيف يقع الوفاء بالإرادة المنفردة ،
ويكون مبرنا لزمة المدين ، حتى ولو حصل الوفاء بدون علم المدين ما دام لم يرفضه
صراحة ^(٢) .

وقد نوقش القول بأن الوفاء تصرف شرعى بأنه يؤدى إلى الخلط بين العقد والوفاء على
أساس أن كلا منهما تصرف ، ومادام الأمر كذلك فما الفرق بينهما ؟
ويمكن الجواب عن هذه المناقشة :

بأن العقد وإن كان تصرفا شرعيا إلا أنه تصرف منشئ للالتزام يتخلله أخذ ورد وإيجاب
وقبول ، أما الوفاء فتصرف شرعى منهى للالتزام (أى ينفذ به الالتزام ؛ لأنه يرد على
محل الالتزام من غير تبديل ولا تغيير) ^(٣) .

ومما يؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٢ من مرشد الحيران بقولها " إذا كان الدين
المطلوب ثمن مبيع ، وصار تعيينه فى العقد ، وهو مما يتعين بالتعيين ، فليس للمدين أن
يدفع غيره بدلا عنه بدون رضا الدائن " ^(٤) .

القول الثانى : ويذهب أصحابه إلى أن الوفاء عقد ، ويتبين ذلك من خلال تعريفهم للوفاء
، فقد عرفوا الوفاء بأنه : " عقد يبيع فيه الملتزم ما يؤديه للدائن فى مقابل ما كان يجب
عليه الوفاء به " ^(٥) .

^(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ١٦ ، د/ مطهر محمد محب : المرجع السابق
ص ٩٨ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢ .

^(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٦ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٢

^(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق نفس الموضع ، د/ مطهر محمد محب : المرجع السابق
ص ٩٨ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٣ .

^(٤) الأستاذ / محمد قدرى باشا : مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان ص ٥٥ ، الطبعة الثالثة
بالمطبعة الأميرية بمصر ١٩٠٩ م .

^(٥) د/ شفيق شحاته : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ١٠٦ وما بعدها ، الشيخ
/ محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامى ص ٦٩٨ .

فالموفى بناءً على هذا التكييف يبيع ما يوفى به من الأشياء بالفعل فى مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به ، وطبقاً لهذا التكييف يكون ما هو مطلوب من الملتزم قيمة مجردة ، بينما ما يدفعه فعلاً شيئاً معيناً ^(١) .

وقد استدلوا على ذلك :

بأن الديون تقضى بطريق المقاصة ، وذلك لأن ما أخذه الدائن من مال يكون فى مقابل ما يستحقه فى ذمة المدين ؛ إذ لا يتصور أداءً وقضاءً لدين حقيقة ؛ لأن القضاء يصادف العين ، مع أن الدين وصف ثابت فى الذمة ، ولذلك فالديون تقضى بأمثالها ^(٢) وبيان هذا أن الوفاء بالدين يتم عن طريق إجراء عملية مقاصة بين ما للدائن فى ذمة المدين ، وما للمدين فى ذمة الدائن ، وفى ذلك يقول ابن نجيم " إيفاءه أى إيفاء الدين واستيفاءه لا يكون إلا بطريق المقاصة مثاله : إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم ، صار الثوب ملكاً له وحدث بالشراء فى ذمته عشرة دراهم ملكاً للبائع ، فإذا دفع المشتري عشرة إلى البائع ، وجب مثله فى ذمة البائع ديناً ، وقد وجب للبائع على المشتري عشرة بدلاً عن الثوب ، ووجب للمشتري على البائع مثله بدلاً عن المدفوعة إليه ، فالتقيا قصاصاً " ^(٣)

نقد :

ذهب أصحاب القول الأول إلى أن تكييف الوفاء بأنه عقد غير مسلم وذلك لما يلى :
أولاً : إذا صح تكييف الوفاء بأنه عقد يبيع فيه الملتزم ، ما كان يجب عليه الوفاء به ، فبم يسمى الوفاء بمقابل؟ والوفاء بمقابل أو الصلح على بعض الحق أمر يقره الفقه الإسلامى ، ويعتبره بمثابة عقد البيع ^(٤) .

(١) شفيق شحاته : المرجع السابق ص ١٠٧ .

(٢) على حيدر : دور الحكام شرح مجلة الأحكام ٨٦/٣ ، السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٣ .

(٣) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٩٠ ، على حيدر : در الحكام شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الأول ص ١١١ .

(٤) الإمام الزيلعى : تبين الحقائق ٣١/٥ ، الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٤٧/٢ ، الشربيني : مغنى المحتاج ١٧٩/٢ ، المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى ط دار الغد ١٦٩/٥ ، النجدى : حاشية الروض المربع ١٣٠/٥ .

ثانيا : إذا كان العقد يعنى ارتباط الإيجاب بالقبول ، على وجه مشروع يثبت أثره فى محله ^(١) فإنه لا ينطبق على كل حالات الوفاء ، خاصة إذا كان الوفاء بالإرادة المنفردة للمدين ^(٢) .

ثالثا : إن الحق تبارك وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود فى قوله سبحانه ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٣) وقوله تعالى ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ ^(٤) فقد دلت الآيتان الكريمتان على أن الوفاء غير العقد ؛ وذلك لأنهما أوجبتا الوفاء بما اشتمل عليه العقد ، مما يدل على أن الوفاء أثر مترتب على قيام العقد ووجوده ، وإن تراخى الوفاء عن وقت نشأته ووجوده ^(٥) .

رابعا : إن جانبنا من الفقه الإسلامى المعاصر يرى أن الالتزام مرادف للعقد ^(٦) ويترتب على ما ذهب إليه هذا الجانب عدة نتائج أهمها :
النتيجة الأولى : أن القول بأن الوفاء عقد ، والعقد مرادف للالتزام على ما ذهب إليه البعض ينتج عنه أن الوفاء مرادف للالتزام ، وذلك أمر لم يقل به أحد ^(٧) .

^(١) البابر تى : العناية على الهداية ٥/٥٦ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير نفس الموضع ، ابن نجيم : البحر الرائق ٥/٢٨٣ ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ٣/٥ ، د/ محمد سلام مذكور : الفقه الإسلامى ص ٣٥٦ ، الشيخ / محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ١٧٢ ، أ/ قدرى باشا : مرشد الحيران مادة ٢٦٢ ص ٦٥ .

^(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٣

^(٣) سورة المائدة من الآية رقم (١) .

^(٤) سورة الإسراء من الآية رقم (٣٤) .

^(٥) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٣ ، د/ مطهر محمد محب : المرجع السابق ص ٩٦ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٤ .

^(٦) د/ عيسوى أحمد عيسوى : الفقه الإسلامى - المدخل ونظرية العقد ص ٢٧٦ ، د/ محمد على محجوب : الوسيط فى التشريع الإسلامى ونظرياته العامة ص ٣٣٤ ، د/ محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ص ٣١٣ ، د/ محمد سلام مذكور : الفقه الإسلامى ص ٣٥٨ ، د/ عبد المجيد مطلوب : النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ص ٨١ .

^(٧) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ١٥ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٤ .

النتيجة الثانية : أن الوفاء أثر لقيام الالتزام ، وسبب من أسباب انقضائه ، فالقول بأن الوفاء عقد يؤدي إلى التسوية بين المنشأ والمنتهى ، واختلاط إنشاء العقد بانتهائه ^(١) .
والراجع بعد عرض الاتجاهات في تكييف الوفاء ، وذكر أدلة كل اتجاه ومناقشة ما احتاج إلى مناقشة منها ، يتبين لى - والله أعلم - أن الوفاء تصرف شرعى ؛ لأن تكييفه بذلك يشتمل على كل حالات الوفاء .

ثانيا : تكييف الوفاء فى القانون المدنى :

حتى تكييف الوفاء لدى فقهاء القانون المدنى بقدر كبير من الجدل والخلاف الفقهى ، وهذا الخلاف ليس من قبيل الجدل النظرى وإنما له أثره الواضح ، ويظهر هذا الأثر عند إخضاع الوفاء لقواعد الإثبات ؛ وذلك لأنه إذا اعتبر الوفاء تصرفا قانونيا فإنه يخضع لقواعد الإثبات الواردة بالمادة (١/٤٠٠) مدنى ، وإذا لم يكن تصرفا قانونيا فإنه لا يخضع لهذه القواعد ^(٢) .

وقد نتج عن الخلاف حول تحديد الطبيعة القانونية للوفاء ثلاثة اتجاهات .

الاتجاه الأول : الوفاء عمل إرادي ، هو تصرف قانونى ولذلك يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية من لزوم أن يتوافر فيه أركان وشروط صحة التصرف القانونى بوجه عام وهذا الاتجاه هو الاتجاه السائد لدى فقهاء القانون المدنى ^(٣)

^(١) نفس المراجع والمواضع السابقة .

^(٢) د/ منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى ج ٢ أحكام الالتزام ص ٢٥١ ط مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن ، د/ عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ ، أحكام الالتزام ص ٩ ط ١٩٥٤ م ، د/ حسام الدين الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ ، أحكام الالتزام ص ٤٤٥ ط ١٩٩٦ م ، د/ السهنورى ، الوسيط ج ٣ نظرية الالتزام بوجه عام المجلد الثانى انقضاء الالتزام ص ٧٥٢ ط ١٩٨٤ م ، د/ أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام هامش ١ ص ٣٥٩ ط ٦٢ .

^(٣) يراجع فى ذلك د/ رمضان أبو السعود : أحكام الالتزام ص ٤٢٠ ط دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٨ م ، د/ السيد المغازى : الوجيز فى نظرية الالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام ص ٣٤٧ ط ١٩٥٥ م بمطبعة بروكاشيا بالإسكندرية ، د/ السهنورى : الوجيز فى شرح القانون المدنى (١) نظرية الالتزام بوجه عام ص ١١١٧ ، د/ عبد الودود يحيى : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - القسم الثانى - أحكام الالتزام ص ٦٥٩ ، د/ عبد القادر الفار : أحكام

بيد أن الداهيين إلى هذا الاتجاه قد اختلفوا فيما بينهم فى مكونات هذا العمل الإرادى ، وهل تأتلف من إرادتين أو من إرادة واحدة ، وذلك على قولين :

القول الأول : يرى أصحابه أن الوفاء اتفاق بين إرادتين وهاتان الإرادتان هما إرادة الموفى والدائن أو تصرفاً قانونياً اتفاقاً بين كل من المدين والدائن ، وهذا الاتفاق فيما بينهما اتفاق على تنفيذ الالتزام ولكنه اتفاق له مقوماته الخاصة من حيث الأطراف والمحل ، فمن حيث أطرافه وهما الدائن والمدين ، فالوفاء بالالتزام مفروض على كل منهما على السواء ، وذلك لأن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء الصادر من المدين متى كان مستوفياً شروطه ، فإذا رفضه الدائن كان للمدين أن يجبره على قبول الوفاء عن طريق اتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، كما أن المدين إذا لم يقم بالوفاء بالالتزام باختياره أجبر على ذلك عن طريق التنفيذ القهرى .

ومن حيث محل الوفاء بالالتزام ، فمفروض على المدين والدائن أيضاً فلا يستطيع المدين أن يلزم الدائن بقبول محل للالتزام غير المحل المتفق عليه عند نشوء الالتزام ، ولو كان أكبر مما التزم به ، وكذلك لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يوفى بمحل غير المحل المتفق عليه ولو كان أقل قيمة منه ^(١) .

وحجتهم فى ذلك :

أنه يوجد فى الوفاء بالالتزام جانب مادى وهو التنفيذ ، أى أداء العمل المتفق عليه ، أو أداء ما هو مستحق ، وجانب نفسى ، ويتمثل الجانب النفسى فى براءة الموفى ، وإرادة الموفى له ، بحيث يظهر الوفاء كاتفاق على إنهاء الالتزام الذى قام بينهما ^(٢) .

=

الالتزام - آثار الحق فى القانون المدنى المصرى ج ٢ ط ١٩٩٩ ، د/ عبد الرشيد مأمون :

الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثانى الأحكام ص ٢٨٤ .

^(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ انقضاء الالتزام ص ٧٥٧ وما بعدها ، د/ توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام فى أحكام الالتزام ص ١٧٧ ط ١٩٨٥ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٢٠ ، السنهورى : الوجيز مرجع سابق ص ١١١٩ ، د/ منذر الفضل : المرجع السابق ص ٢٥١ ، د/ سمير تناغو : المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام ص ٢١ طبعة دار المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ .

^(٢) د/ توفيق فرج : المرجع السابق هامش رقم (١) ص ١٧٧ ، د/ منذر الفضل : المرجع السابق ص ٢٥٠ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٥٤ .

القول الثاني : ويذهب أصحابه إلى أن الوفاء بالالتزام تصرف قانوني إرادي من جانب واحد ^(١) .

وقد استدلووا على ذلك بما يلي :

أولاً : إنه لا يمكن القول بأن الوفاء بالالتزام كتصرف قانوني يمكن أن يأخذ صورة الاتفاق بين الموفى والموفى له ، حتى ولو كان الالتزام المراد الوفاء به قد نشأ عن عقد ، لأنه من غير المعقول أن ينشأ الالتزام بعقد ويحتاج الوفاء به إلى عقد آخر إذ الأثر الوحيد للالتزام الذي نشأ هو وجوب تنفيذه ^(٢) .

ثانياً : إن الوفاء عن طريق العرض والإيداع يتم رغماً عن إرادة الدائن ، فلا دخل لإرادته في هذا الوفاء ، وذلك في حالة ما إذا رفض الدائن قبول الوفاء بدون حق ، وكذلك أيضاً إذا كان الوفاء حاصلًا من غير المدين فإن الوفاء في هذه الأحوال يكون تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وبذلك على ذلك المفهوم المخالف لنص المادة (٢/٣٢٣) مدني وقد قضت هذه المادة في فقرتها الثانية على أنه " يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير ، إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض " ، وبالتالي إذا لم يعترض المدين على الوفاء الحاصل من الغير أو اعترض ولم يبلغ الدائن بهذا الاعتراض ، فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا الوفاء الحاصل من الغير ^(٣) .

ثالثاً : بالإضافة إلى أن الوفاء يقع صحيحاً ويحدث أثره ولو لم يقبله الدائن ما دام مستوفياً لشروطه المنصوص عليها في الاتفاق الذي كان بين الدائن والمدين ^(٤) .

^(١) د/ محمد شكري سرور : المرجع السابق ص ٢٥٦ ، د/ عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ج ٢ أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي ص ٣٥٩ ط شركة الطبع الأهلية ١٩٦٧ بغداد .

^(٢) د/ محمد شكري : المرجع السابق نفس المكان ، د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٦٠ ، د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٤ ، د/ مطهر محب : الالتزام برد غير المستحق ص ٨٩ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٦ .

^(٣) د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق ص ٩ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٦ ، د/ جلال العدوي : رابطة الالتزام ص ٥٣ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٢١ ، د/ مطهر محب : المرجع السابق ص ٨٩ ، د/ محمد شكري سرور : المرجع السابق ص ٢٥٥ .

^(٤) د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق ص ١١ ، د/ جلال العدوي : أصول الالتزامات ج ٢ رابطة الالتزام ص ٥٣ ، ٦٤ بدون سنة طبع ، د/ مطهر محب : المرجع السابق ص ٩٢ .

الاتجاه الثانى : ويذهب القائلون به إلى أن الوفاء لا يخرج عن كونه مجرد تنفيذ لالتزام سابق عليه ^(١) .

وحجتهم فى ذلك :

أولاً : إن محل الوفاء متى كان تاماً ومطابقاً للالتزام المتفق عليه ، فإنه لا يتطلب استلزام التراضى لوقوعه ؛ لأن الدائن لا يستطيع أن يرفضه ، وما دام الدائن لا يمكنه رفضه يصبح رضاؤه به عديم الأثر قانوناً ^(٢) .

ثانياً : بالإضافة إلى أن القول : بأن الإرادة تستطيع أن تنشئ الالتزام وأن تنهيه ، لا يمكن التسليم به ؛ لأن إرادة الأفراد فى التصرفات القانونية تهدف إلى القيام بتنفيذ الالتزامات الناتجة عنها ، تنفيذاً مطابقاً لما حددته إرادة أطرافه ، إذ المقصود من نشوء الالتزام هو وجوب تنفيذه لأنه لا معنى لأن ينشأ الالتزام ، ويظل ساكناً إلى الإتفاق مرة ثانية على تحديد مصيره ^(٣) .

الاتجاه الثالث : وقد ذهب أصحابه إلى القول : بأن الوفاء بالالتزام ليس له تكييف قانونى محدد تنسم به جميع أحوال الوفاء بالالتزام ، ومن ثم فتكييف الوفاء عند أصحاب هذا الاتجاه يختلف باختلاف حالات الوفاء ؛ فأحياناً يكيفون الوفاء بأنه واقعة مادية إيجابية سواء أكانت هذه الواقعة إيجابية أم سلبية ، وأحياناً يكيفون بأنه تصرف قانونى ^(٤) .

^(١) د/ محسن البيه : النظرية العامة للالتزامات ج ٢ ، أحكام الالتزام ص ٥١٦ ط ١٩٩٧ الناشر مكتبة الجلاء بالمنصورة ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٠١ فقرة ١٨٧ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٣٢٧ ، ود/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٢١ ، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : أحكام الالتزام ص ٣١١ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥/١٩٩٦ م ، د/ مطهر محمد محب : المرجع السابق ص ٩٣ .

^(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق نفس المكان ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٥٥ فقرة (٣٣٩) ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥١٦ وما بعدها .

^(٣) د/ مطهر محمد محب : الالتزام برد غير المستحق ص ٩٣ ، د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ٨ .

^(٤) د/ سليمان مرقس : أحكام الالتزام ص ٤٣٠ وما بعدها طبعة مطابع دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٥٧ م ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٣٩٥ .

وقد استدلووا على ذلك بما يلي :

أولاً : إذا كان محل الالتزام المراد الوفاء به عملاً إيجابياً كما هو الحال في الالتزام بإلقاء محاضرة أو رسم صورة ، أو عملاً سلبياً كما هو الحال في الالتزام بعدم القيام بعمل معين ، فإن الوفاء بالالتزام في هذه الأحوال يكون مجرد واقعة مادية ^(١) .

ثانياً : أما إذا كان محل الالتزام المراد الوفاء به مبلغاً من النقود أو إعطاء شيء ما ، ففي هذه الأحوال يشتمل الوفاء بالالتزام إلى جانب الواقعة المادية التي تقوم على تسليم مبلغ من النقود أو إعطاء الشيء محل الالتزام للدائن ، على تصرف قانوني ينعقد بين الموفى والدائن ، قوامه تراضيهما على إتمام الوفاء ^(٢) .

بيد أنه يؤخذ على هذا التكييف أنه لا يقبل أن يوصف التصرف الواحد ، وهو الوفاء بأوصاف متعددة ، وبالتالي تختلف الآثار المترتبة عليه تبعاً لاختلاف ما أسبغ عليه من أوصاف ^(٣) .

وبعد عرض اتجاهات الفقه القانوني في تكييف الوفاء أرى أن الراجح في هذه الاتجاهات ، والذي يجوز الأخذ به في نظري هو الاتجاه القائل بأن الوفاء عمل إرادي سواء أتم بإرادتين أم بإرادة واحدة ، وذلك لما يلي :

أولاً : إن الوفاء عمل إرادي ينقضي به الالتزام ، وليس اتفاقاً ولا عقداً لأن العقد أو الاتفاق يتطلب تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين ^(٤) وهذا لا يتحقق في كل

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: دروس أحكام الالتزام ص ٣٩٥ مطبعة نهضة مصر بالقاهرة ، د/محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٥٥ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع والموضع السابقين ، د/ سليمان مرقس : المرجع والموضع السابقين .

(٣) أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٨ .

(٤) يراجع في ذلك د/ عبد الودود يحيى : الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الأول - مصادر الالتزام ص ١٧ حيث يعرف العقد بأنه : توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين ، ط سنة ١٩٨٦م الناشر دار النهضة العربية ، د/ مصطفى الجمال : النظرية العامة للالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ٢٩ ط سنة ١٩٨٥م ، د/ محمد لبيب شنب : الوجيز في مصادر الالتزام ص ٢٢ ط ٢ سنة ١٩٩٢م .

حالات الوفاء ، فقد يقع الوفاء بالإرادة المنفردة ، والتصرف القانوني لا يتطلب توافق إرادتين بل قد يقع بالإرادة المنفردة وهو ما يصدق على الوفاء ، وينتظم كل حالاته ^(١) .
 ثانياً : أن التصرف القانوني قد يقع بعمل مادي ، خلافا للعقد الذي هو في كل أحواله عمل قانوني ؛ إذ العقد تعبير عن إرادة في حين أن التصرف القانوني اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين ^(٢) .

وإذا قيل أن العقد تصرف قانوني في طبيعته ، والوفاء كذلك تصرف قانوني فما الفرق بينهما ؟ الفرق بينهما أن العقد تصرف منشئ للالتزام يكتتفه أخذ ورد وإيجاب وقبول ، أما الوفاء فتصرف منهي يرد على محل العقد الذي انتهى إليه أطراف التعاقد ، بغير تغيير ولا تبديل بل يقع الوفاء ولو بغير تراض منهما ^(٣) .

ثالثاً : إن الفقه يكاد يجمع على أن الأهلية المطلوبة للوفاء هي أهلية التصرف القانوني ^(٤)
 رابعاً : إن المقنن المدني قد أخضع إثبات الوفاء للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية ، مما يؤكد أن الوفاء تصرف قانوني ^(٥) .

خامساً : إن القانون المدني قد اشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى ذا أهلية ، وأن تكون إراداته خالية من العيوب التي تشوب الرضا ، وهذا يؤكد أن الوفاء تصرف قانوني ^(٦) .

^(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٩ ، د/ مطهر محمد محب : المرجع السابق ص ٩٤ ، د/ مصطفى الجمال : المرجع السابق ص ٢٧ ، د/ لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٥ وما بعدها ، د/ جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٤٣ ط سنة ١٩٩٥ م ، د/ محمد علي عمران : مصادر الالتزام - المصادر الإدارية وغير الإدارية - ص ٢٥ ط سنة ١٩٩٩/٢٠٠٠ م .

^(٢) المرجع السابق في نفس المواضع .

^(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٦ ، د/ مطهر محمد محب : المرجع السابق ص ٩٨

^(٤) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٩ ، د/ مطهر محمد محب ص ٩٤ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٢٨ .

^(٥) د/ عبد المنعم الصدة : مصادر الالتزام ص ٦٠٤ وما بعدها ، د/ إسماعيل غانمة : النظرية العامة

للتزام ج ٢ أحكام الالتزام والإثبات ص ٣٩٠ ، د/ منذر الفضل : المرجع السابق ص ٢٥١

، د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٢ ، د/ مطهر محمد محب : المرجع السابق ص ٩٥

^(٦) مادة (١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٣) من القانون المدني .

سادسا : كما أن القول بأن الوفاء تصرف قانوني هو ما استقرت عليه محكمة النقض في العديد من أحكامها (١) .

ثالثا : المقارنة :

بعد بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني من تكييف الوفاء ، يتضح أن الاتجاه الراجح في فقه القانون المدني يتفق مع القول الراجح في الفقه الإسلامي الذي يعتبر الوفاء عملا إراديا يصدر من الموفى ، سواء أكان هذا التصرف بإرادة واحدة (الوفاء بالإرادة المنفردة للمدين) أم كان بإرادتين (وهو الوفاء بالاتفاق بين الدائن والمدين) وليس عقدا ، وذلك لأن الأخذ بأن الوفاء تصرف شرعي في الفقه الإسلامي ، وقانوني في القانون المدني يبعدنا عن أن يكون الوفاء محل مساومة أو اختيار من عدمه وهو ما لا يتفق مع صريح قول الحق تبارك وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٢) والأمر في هذه الآية للوجوب ، والوجوب يقتضي الوفاء بما استقر عليه العقد ، وليس هو العقد ذاته ، بل هو ما اشتمل عليه العقد ، كما أن الأخذ بكون الوفاء تصرفا شرعيا أو قانونيا يفسر لنا كيف يقع الوفاء بالإرادة المنفردة ، ويكون مبرنا لزمة المدين ، حتى ولو وقع بدون علم المدين ما دام لم يرفضه صراحة ، ومما يؤكد أن الوفاء تصرف (شرعي أو قانوني) أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون المدني قد اشترطا أن يتوافر في الموفى والموفى له أهلية التصرف على ما سيأتى بيانه .

كما أن اعتبار الوفاء عقد يبيع فيه الملتزم ما يؤديه للدائن في مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به ، يؤدي إلى الخلط بين الوفاء بالالتزام والوفاء بمقابل مع ما بينهما من اختلاف ، لأنه إن سمي الوفاء بأنه عقد فبم يسمى الوفاء بمقابل ؟

(١) راجع في مجموعة أحكام النقض التي يصدرها المكتب الفني : نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ س ٣٧ ج ١

(٢) سورة المائدة من الآية رقم (١) .

المطلب الثانى

تعريف الحلول ، وتكييف الوفاء مع الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لما كان موضوع الدراسة هو حلول الموفى محل الموفى له فى رجوعه على المدين وقد قمت بتعريف الوفاء وتكييفه ، فيلزم أن أعرف الحلول ثم أقوم بتكييف الوفاء محل الحلول وذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

وسأتناول ذلك فى فرعين :

الفرع الأول : تعريف الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : تكييف الوفاء مع الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

تعريف الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

أولاً : تعريف الحلول فى الفقه الإسلامى :

أ - تعريف الحلول فى اللغة :

وردت كلمة الحلول عند أهل اللغة بمعنى الوجوب والنزول ، فقد جاء فى المعجم الوسيط (... وحل الدين حلولا وجب أدائه ، وحل غضب الله على الناس نزل ، وفى التنزيل العزيز ﴿ فَيَحْلِلْ عَلَيْكُمْ غَضَبِي وَمَنْ يَحْلِلْ عَلَيْهِ غَضَبِي فَقَدْ هَوَى ﴾ ^(١) ... وحل المكان وبه حل حلولا : نزل به) ^(٢) .

ب - تعريف الحلول فى الفقه الإسلامى :

عالج فقهاء الشريعة مسائل الحلول فى نصوص متفرقة عند حديثهم عن الكفالة والصلح وغيرهما من أبواب الفقه ^(٣) وهم فى تناولهم لتلك المسائل وإن كانوا لم يعنوا بوضع تعريف للحلول ، إلا أنهم قد بينوا شروطه وخصائصه بما يسهل على من جاء بعدهم أن يضع له تعريفا فقهيا يبين حقيقته ، وهو ما حدا ببعض الباحثين المعاصرين إلى وضع تعريف له يقوم على الاستنباط من تلك النصوص ويمكن رد هذه التعريفات الواردة فيه إلى ما يلى :

التعريف الأول : عرف صاحبه الحلول بأنه : " وجوب ذات دين الدائن للموفى فى ذمة المدين به " ^(٤) ثم ذكر أن الاستعمال الفقهي للحلول لا يختلف كثيرا عما أورده أصحاب

^(١) سورة طه من الآية رقم (٨١) .

^(٢) مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط ١/ ١٩٣ ، وفى هذا المعنى المعجم الوجيز ص ١٦٨ ، المصباح المنير ١/ ١٤٧ ، القاموس المحيط ٣/ ٣٤٨ ، مختار الصحاح ص ١٥١ .

^(٣) ومن هذه النصوص ما جاء بشرح فتح القدير ٦/ ٣٠٤ ما نصه : " لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه فى استيفاء المال من الأصل " وما جاء فى البهجة شرح التحفة ٢/ ٩١ ما نصه : " ويحل المشتري للدين محل بئعه فى حوز الرهن " ، مغنى المحتاج ٢/ ١٨١ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥/ ١٧٩ حيث يقول : " وأكثر ما يجب لمن قضى دين غيره ، أن يقوم مقام صاحب الدين " .

^(٤) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ١٨

المعاجم من معان ^(١) وهذا التعريف لم يظهر معنى الحلول .

التعريف الثانى : وقد عرف صاحبه الحلول بأنه : " قيام الموفى مقام صاحب الدين فى جميع حقوقه قبل المدين المكفول عنه ، سواء أكانت الكفالة بأمر المدين المكفول عنه أم بغير أمره " ^(٢) .

وهذا التعريف وإن كان قد أظهر معنى الحلول بصورة أوضح من التعريف السابق إلا أنه يمكن أن ترد عليه المناقشات التالية :

أولاً : أنه غير جامع ، وذلك لأنه جاء قاصراً على حالة واحدة من حالات الحلول وهى حالة ما إذا كان الموفى كفيلًا فقط ، فى حين أن الحلول محل الدائن لا يقتصر على الموفى الكفيل فقط ، ولكنه يعم من وفى دين غيره سواء أكان هذا الموفى مسئولاً عن الوفاء بالدين عن المدين كالكفيل أم لم يكن كذلك كما هو الحال فى الموفى لدين غيره بالاتفاق مع الدائن أو المدين ، ويمكن رد ذلك بأن التعريف من خلال الكفالة لا يمنع من سريانه على الأبواب الأخرى طالما اشتهت مع الكفالة فى الخصائص التى يتضمنها معنى الحلول .

ثانياً : أنه قد قصر الحلول على ما للدائن من حقوق فى حين أن المدين قد يكون لديه من الدفوع قبل الدائن ما يمنع رجوع الموفى عليه ^(٣) .

التعريف الثالث : وقد عرف صاحبه الحلول بأنه عبارة عن : " قيام الموفى مقام الدائن فيما له من حقوق ، وما قد يرد عليه من دفوع " ^(٤) .

وهذا التعريف قد تفادى ما وجه إلى التعريفين السابقين من انتقادات ، حيث إنه :
أولاً : صرح بأن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول يكون بما للدائن من حقوق ، وهذا اللفظ عام ، ومن ثم لا يكون رجوع الموفى على المدين بمقتضى الحلول قاصراً على أصل الدين ، متفقاً فى هذا مع التعريف الثانى خلافاً لما يوهمه التعريف الأول .
ثانياً : لم يغفل ما قد يكون للمدين من دفوع فى مواجهة الدائن الموفى له ، والتى كان

^(١) نفس المرجع السابق فى نفس الموضع .

^(٢) د/ محمد يوسف حنفى : أحكام رجوع الكفيل على المدين المكفول عنه ص ١٩٨ .

^(٣) أ / السيد إسماعيل : نفس المرجع السابق ص ٣٤٠

^(٤) المرجع السابق نفس المكان .

للمدين أن يستعملها فى مواجهة دائئه الأصلى ، وبالحلول يكون للمدين أن يوجهها للموفى ، لقيامه مقام الدائن فى حين أن التعريفين السابقين لم يشيرا إلى ذلك صراحة أو دلالة ^(١) .

إلا أن هذا التعريف بدوره غير مسلم به ، وذلك لأنه وإن كان جامعا إلا أنه غير مانع ، وبيان ذلك :

إنه أعطى الحق فى الحلول لكل من قام بالوفاء ، وذلك غير صحيح ، لأنه يؤدي إلى القول بأن المدين يحل محل الدائن متى قام بالوفاء بدينه ، إذ إنه بوفائه للدين يطلق عليه أنه موفى وهذا غير صحيح .

التعريف المختار :

أرى أن يكون تعريف الحلول على النحو التالى :

" قيام الموفى لدين غيره مقام الدائن فيما له من حقوق وما قد يرد عليه من (دفع) " ومما يؤكد صحة هذا التعريف ما يقوله ابن قدامة : " وأكثر ما يجب لمن وفى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين " ^(٢) وبناء على هذا النص لا يكون قيام الموفى لدين غيره مقام صاحب الدين ، وهو الدائن مقتصرا على الحقوق فقط ، بل يشمل أيضا ما قد يكون للمدين من دفع فى مواجهة الدائن فيستعملها فى مواجهة من قام مقامه وهو الموفى لدين غيره .

بالإضافة إلى أنه لم يعط الحق فى القيام مقام صاحب الدين لكل موفى للدين ، ولكنه أعطى الحق للموفى لدين غيره .

ثانيا : تعريف الحلول فى القانون المدنى :

لم يورد القانون المدنى تعريفا محددا للحلول تاركا ذلك للفقهاء ، وبالتالي فقد عرف فقهاء القانون المدنى الحلول بعدة تعريفات منها :

التعريف الأول : عرف أصحابه الوفاء مع الحلول بأنه : " وفاء للحق بالنسبة للدائن ،

(١) نفس المرجع و الموضع السابقين .

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ١٧٩/٥ ، المقدسى الشرح الكبير بذيلى كتاب المغنى ١٧٩/٥ ط دار الغد العربى ، وفى هذا المعنى السرخسى : المبسوط ١٧٨/١٩ ، مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٣/٣ .

ونقل للحق بالنسبة للمدين " ^(١) وهذا التعريف لم يسلم من النقد ولم يفلت من المناقشة وذلك كما يلي :

أولاً : أنه أغفل عنصراً جوهرياً في الوفاء مع الحلول ، وهو بيان من له الحق في هذا الحلول ، وذلك لأن الحلول ليس مشاعاً بين كل الموفين بل هو لطائفة معينة منهم .
ثانياً : إن هذا التعريف خلط بين الحلول وانتقال الحق ، وليس كل انتقال للحق حلولا لأن الحق قد ينتقل بالحوالة ، والحوالة والحلول بينهما فرق واضح ، والدليل على ذلك :
أن الحوالة انتقال للحق بالكامل ، ولو كان المستحق أقل من المحال به ، ولكن الحلول لا يكون إلا بقدر ما وقع الوفاء به .

بالإضافة إلى أن الحوالة انتقال للحق ولو لم يستوف الدائن شيئاً ، ولكن الحلول لا يترتب إلا إذا وقع وفاء من الغير بحق الدائن ^(٢) .

التعريف الثاني :

وعرف القائلون به الوفاء مع الحلول : بأنه نوع من الوفاء يؤدي إلى استيفاء الدائن لحقه ، وحلول الغير الموفى محله في رجوعه على المدين ^(٣) وهذا التعريف انتقده البعض بأنه لم يوضح ممن يقع منه هذا الوفاء الذي يعطى الحق في الحلول ، فهل كل موف عن المدين له الحق في الحلول ؟

بالإضافة إلى أن هذا التعريف قد استخدم مادة الحلول ونحن ننشد بياناً لمفهومها حتى يتضح طبيعة الحق الذي للموفى الحال ^(٤) .

^(١) د/ السنهوري : الوسيط ج ٣ ص ٨٢٦ ، الوجيز ص ١١٣٦ ، د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٩٤ ، د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٨٥ ، د/ محمد شكرى سوور : المرجع السابق ص ٢٧٣ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ٣٠٤ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٨٧ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٨٢ .

^(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ١٩ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٣٤١ .

^(٣) د/ نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٧٦ ، د/ عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٣٤٤ وما بعدها ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٦٥ .

^(٤) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٩ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٣٤١ .

التعريف الثالث : عرف الوفاء مع الحلول بأنه : وفاء غير المدين عن مسئولية تبعية ينقضى به حق الدائن ، مع بقاء ذات الحق فى ذمة المدين ، ليرجع به الموفى ^(١) وقد ذكر صاحب هذا التعريف من المبررات التى تؤيد الأخذ به وذلك على النحو التالى :

أولاً : إن الوفاء لا يكون إلا عن مسئولية تبعية رتبها التقنين تارة أو ألزم الموفى بها نفسه باتفاق على الوفاء بدين ليس مسئولا عنه أصالة بل التزام فى ذمة الغير .

ثانياً : القول فى التعريف : بأن الوفاء مع الحلول ينقضى به حق الدائن يفسر أمراً جوهرياً بالنسبة للحلول ، إذ الحلول لا يتم إلا بوفاء تبرأ به ذمة المدين ولا تبرأ به ذمة المدين إلا إذا انقضى حق الدائن فى مواجهته ، وإلا تجاذب الحق الواحد شخصان هما الموفى والدائن ، وهذا يتعارض مع معنى الحلول ؛ إذ الحلول يقتضى أن يخلف أحدهما الآخر .

ثالثاً : قول صاحب التعريف ببقاء ذات الحق فى ذمة المدين ، ليرجع به الموفى يعتبر المقصود من الوفاء مع الحلول ، إذ إن مقصود الموفى من وفائه أن يرجع بذات الحق الذى وفاه على المدين ، ورجوع الموفى بالذات يؤيده أن المدين قد انقضى التزامه تجاه الدائن ، لأنه قد استوفى حقه ومن ثم لا رجوع له على المدين ، بالإضافة إلى أن المدين لا مصلحة له فى بقاء الحق بل إن مصلحته ضد ذلك ، وبالتالي يكون الموفى هو صاحب المصلحة فى بقاء ذات الحق ، وذلك لكى يرجع بما وفاه وهو حق صحيح ثابت مستحق الوفاء ، وقد يكون مكفولاً ببعض التأمينات إذ بقاء تأمينات الحق هى المصلحة المقصودة للموفى من وراء رجوعه بدعوى الحلول ^(٢) .

وهذا التعريف يعتبر أقرب التعريفات للتعريف المختار فى الفقه الإسلامى من ناحية المعنى على الأقل ، ومن ثم يكون هو التعريف الأولى بالقبول فى نظرى ، متفقاً فى ذلك مع ما قرره صاحب هذا التعريف من المبررات التى تؤيد الأخذ به .

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٢٠ .

(٢) يراجع فى ذلك د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٢٠ وما بعدها ، أ / السيد إسماعيل : انقضاء الالتزام فى عقد البيع بالتنفيذ العيني الاختيارى دراسة مقارنة ص ٣٤٢ رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ٢٠٠٠ م .

ثالثا : المقارنة :

بعد ذكر تعريف الحلول في كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح أن التعريف الراجح للحلول فى فقه القانون المدنى يتفق مع التعريف الراجح للحلول فى الفقه الإسلامى من ناحية المعنى ، وإن اختلف معه من ناحية المبنى ، ويتبين ذلك مما يلى :

أولا : إن كلا التعريفين يعطى للموفى الحق فى الرجوع ، بدعوى الحلول على المدين بذات الحق ، الذى قام الموفى بالوفاء به للدائن بدلا عن المدين ، وإن كان التعريف المختار فى الفقه الإسلامى يعطى للموفى الحق فى أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ، بما للدائن من حقوق تجاه المدين ، وهذا أعم وأشمل من الرجوع بأصل الدين ، لأنه يشمل الرجوع بتأمينات الحق .

ثانيا : إن التعريف المختار للحلول فى الفقه الإسلامى ، أوضح فى إفادة الحلول من تعريف فقه القانون المدنى للحلول ، وذلك لأن التعريف المختار للحلول فى الفقه الإسلامى لم يهمل ما قد يكون للمدين من دفع فى مواجهة الموفى ، والتي كان للمدين أن يستعملها فى مواجهة الدائن الأصلى له ، وبالحلول تنتقل هذه الدفع فى مواجهة الموفى ، وبالتالي يكون للمدين أن يستعملها فى مواجهته ، فى حين نجد أن التعريف المختار للحلول فى فقه القانون المدنى لم يشر إلى حلول الموفى محل الدائن ، فيما قد يرد عليه من دفع .

الفرع الثانى

تكيف الوفاء مع الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أولاً : تكيف الوفاء مع الحلول فى الفقه الإسلامى :

انتهيت من تكيف الوفاء إلى أنه تصرف شرعى سواء أتم بإرادة الموفى وحدها أم بإرادة الموفى والموفى له معا ، وهذا التكيف للوفاء ينطبق على كل صورته سواء أوقع من المدين أم من غير المدين ، ولكن وقوعه من غير المدين يضيف إليه وصفا جديدا ، وهو حلول الموفى محل الدائن (الموفى له) ، وهذا الوصف الجديد لا بد وأن يكون له بعض أثر وبالتالي فالوفاء مع الحلول ما هو إلا نوع من الوفاء ينقضى به التزام المدين تجاه الدائن ، ويترتب عليه قيام الموفى مقام صاحب الدين (الدائن) وبيان سبب ذلك يكون على النحو التالى :

أولاً : لما كان الوفاء تصرفا شرعيا فيلزم أن أعرف التصرف الشرعى .

تعريف التصرف الشرعى :

أ- فى اللغة :

التصرف فى اللغة عبارة عن الحدث ، والتقلب والحيلة .
جاء فى لسان العرب (والصرف حدثان الدهر اسم له ، لأنه يصرف الأشياء عن وجوها ... والصرف التقلب والحيلة ، ويقال فلان يصرف ويتصرف ويصطرف لعياله أى يكتسب لهم)^(١) .

وجاء فى معجم متن اللغة (صرف الدهر حدثاته ونوائبه)^(٢) .
وجاء فى مختار الصحاح (الصرف الحيلة ومنه قولهم ، إنه ليتصرف فى الأمور ... وصرف الدهر حدثاته ونوائبه)^(٣) .

(١) ابن منظور : لسان العرب ج ٩ ص ١٩٠ ، طبعة سنة ١٣٧٥هـ ، ١٩٥٦م ، دار صادر بيروت .

(٢) الشيخ / أحمد رضا : معجم متن اللغة ج ٣ ص ٤٤٦ ، طبعة منشورات الحياة ، وفى نفس هذا المعنى ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ج ٣ ص ٣٤٣ ، تحقيق عبد السلام هارون ، طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي وشركاه سنة ١٣٦٨هـ .

(٣) الرازى : مختار الصحاح ص ٣٦١ ، الفيومى : المصباح المنير ج ١ ص ٣٣٩ ، تحقيق الدكتور / عبد العظيم الشناوى ، الطبعة الثانية سنة ١٩٩٤م الناشر دار المعارف بمصر .

ب- فى الاصطلاح الشرعى :

لم يتعرض الفقهاء القدامى لتعريف التصرف بالحد ، لبيان المراد منه - وذلك حسبما اطلعت عليه من مصادر - ولكنهم تعرضوا لجوازه أو عدم جوازه فى كثير من أبواب الفقه ، لذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد للتصرف ، استنباطا من أقوال الفقهاء القدامى فى تطبيقات التصرف ومجالاته ؛ فعرفه بعضهم بأنه : " ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولاً أو فعلاً ، ويرتب عليه الشارع نتيجة ما " (١) .

وعرفه البعض الآخر بأنه : " ما يصدر عن الشخص من أقوال أو أفعال يترتب عليها الشارع نتيجة من النتائج " (٢) .

وعرفه البعض بأنه : " ما يصدر عن الإنسان من قول أو عمل ، ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار ، سواء أكان ذلك متضمناً لإرادة إنشاء حق من الحقوق أم لا ، وسواء أكلن الأثر المترتب فى صالح من صدر عنه القول أو العمل أم فى صالح غيره أو كان فيه ضرر له " (٣) .

وعرفه البعض بأنه : " ما يكون من تصرفات الشخص القولية ، ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً فى المستقبل " (٤) .

وبالنظر فى هذه التعريفات أجد أنها ترجع إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويمثله التعريف الأول والثانى والثالث ، وقد حدد هذا الاتجاه معنى التصرف الشرعى بأنه ما يصدر عن الشخص من أقوال أو أفعال .

الاتجاه الثانى : ويمثله التعريف الرابع ، وقد حدد معنى التصرف الشرعى بأنه ما يصدر عن الشخص من أقوال فقط .

(١) د/ محمد سلامة مذكور : المدخل للفقه الإسلامى ص ٥٠٩ ، د/ حسين حامد حسان : المدخل

لدراسة الفقه الإسلامى ص ٢٣٧ ، د/ أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد ص ١٣٢ .

(٢) الشيخ / على الخفيف : المختصر فى المعاملات الشرعية ص ٦٨ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩م

(٣) الشيخ / عيسوى أحمد عيسوى : الفقه الإسلامى المدخل ونظرية العقد ص ٣٧٥ ، الطبعة الثانية

سنة ١٩٦٠ ، د/ عبد المجيد مطلوب : النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ص ٨٠ وما بعدها .

(٤) الشيخ / محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ١٧٥ طبعة دار الفكر العربى ، سنة

ويبدو لى أن الاتجاه الأول وهو الإطلاق الأعم ، هو الأولى بالقبول ؛ لأنه ما عبر عنه الإمام الكاسانى بصدد الكلام عن حكم تصرفات الصبى غير المميز بقوله : " وأما حكم تصرفه فالتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقوال وإما أن يكون من الأفعال " (١) وبناء على ذلك ، يطلق التصرف الشرعى على ما يصدر عن الشخص من أقوال وأفعال .

ثانيا : أن الوفاء مع الحلول تصرف شرعى ، صدر من غير المدين عن إرادة سليمة خالية من العيوب ، ومن ثم فإنه يترتب عليه أثره وهو قيامه مقام صاحب الدين (الموفى له) ، وهذا الحلول أو قيام الموفى مقام الدائن ، يعتبر أثرا ونتيجة رتبها الشارع على الوفاء الصادر من غير المدين بدين واجب عليه .

وذلك ما نجده واضحا فيما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية من القول بأنه لمن وفى دين غيره غير متبرع ، أن يرجع عليه بما وفاه وأن يقوم الموفى فى هذا الرجوع مقام صاحب الدين (الدائن) (٢) .

وفى ذلك يقول الإمام الزيلعى : " لأنه - أى الموفى - ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب أى الدائن " (٣) .

ويقول الإمام السرخسى : " لأن الطالب - أى الدائن - بالاستيفاء منه - أى من الموفى - يصير كالمملك لذلك المال - من الموفى سواء أكان الموفى كفيلا أم غيره - أو كالمقيم له مقام نفسه ، فى استيفاء المال من الأصيل أى المدين " (٤) .

ويقول الإمام الدردير : " والضامن ينزل منزلة المضمون له " (٥) .

ويقول الإمام المواق : " فائدة الحماله أن يحل الضامن محل المضمون عنه فى تعذر أخذ الحق منه " (٦) .

وإن قيد ذلك الشافعية بضرورة أن يأذن المدين للموفى فى الأداء ، حتى يحق له أن يرجع عليه ، وفى ذلك يقول الإمام الحصنى : " ولو أذن شخص لشخص بأداء دينه من غير

(١) الإمام الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٠ وما بعدها .

(٢) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ١٧٩/٥ ، البهوتى : كشف القناع ٣/٣٧١ .

(٣) تبیین الحقائق ١٥٥/٤ ، ابن نجيم : البحر الرائق ٢٤٣/٦ .

(٤) المبسوط ١٧٨/١٩ .

(٥) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/٣٣٣ .

(٦) التاج والإكليل ٩٨/٥ وما بعدها .

ضمان بشرط أن يرجع عليه رجع ... وكذا إن أطلق لأنه المعتاد " (١) .
ويقول الإمام المقدسى : " وأكثر ما يجب لمن وفى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين " (٢) .

نخلص من ذلك : أن الوفاء مع الحلول تصرف شرعى ، رتب عليه الشرع قيام الموفى مقام الدائن ونزوله منزلته ، وخلافته له فيما وفاه له من دين .

ثانيا : تكييف الوفاء مع الحلول فى القانون المدنى :

تقوم صعوبة جوهرية فى سبيل التكييف القانونى للوفاء مع الحلول ، وذلك لأن حلول الموفى محل الدائن معناه انتقال حق الدائن بمقوماته وخصائصه وتوابعه وتأميناته ودفعه إلى الموفى ، وهذا الحلول لا يكون إلا بوفاء الموفى لهذا الحق ، والوفاء طريق من طرق انقضاء الحق ، ومن ثم إذا قام الموفى بالوفاء بهذا الحق للدائن فإن هذا الحق ينقضى ، فكيف ينقضى الحق بالوفاء ، ومع ذلك ينتقل إلى الموفى فيبقى بانتقاله؟ (٣) .

وبمعنى آخر كيف ينقضى الحق ويبقى فى آن واحد ؟ وإزاء هذا التناقض لجأ الفقه الوضعى إلى عدة نظريات للتغلب على هذه الصعوبات الجوهرية فى تكييف الوفاء مع الحلول .

النظرية الأولى التى لجأ إليها الفقهاء لوضع تكييف محدد للوفاء مع الحلول هى نظرية الافتراض القانونى .

المقصود بهذه النظرية : انقسم القائلون بهذه النظرية بشأن بيان المراد منها إلى رأيين :
الرأى الأول : يرى أصحابه أن الوفاء مع الحلول يؤدى إلى انقضاء الحق الموفى به ، ولكن يفترض القانون استبقاء تأمينات الحق الذى انقضى بالوفاء ، وانتقال هذه التأمينات بقوة القانون إلى حق الموفى ، وبالتالي يكون رجوعه على المدين بما وفاه من دينه مكفولا بهذه التأمينات ، فكأن دعوى الحلول فى نظر أصحاب هذه النظرية هى الدعوى

(١) كفاية الأخبار فى حل غاية الاختصار ٢٧٨/٢ طبعة دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابى الحلبي .

(٢) الشرح الكبير بذيلى المغنى ١٧٩/٥ .

(٣) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٨٢٢ وما بعدها ، الوجيز فى شرح القانون المدنى (١) ص ١١٣٥ وما بعدها ، د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٨٤ ، د/ أنور سلطان : السابق ص ٣٨٤ .

الشخصية التي يرجع بها الموفى على المدين ، كل ما هنالك أن القانون نقل إليها التأمينات
ألتى تكفل حق الدائن بعد انقضائه (١) .

إلا أن جانباً من الفقه القانوني قد انتقد هذا الرأي من عدة وجوه :

الوجه الأول : أنه يتعارض مع ما تقضى به المادة (٣٢٩) مدنى من أنه : " من حل
قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن ، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من
توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ... " .

الوجه الثانى : إن هذا الرأي يتعارض مع المنطق ؛ إذ كيف تبقى تأمينات الدين بالرغم
من انقضائه مع أن القاعدة تقول : إن الفرع يتبع الأصل وجوداً وعدماً (٢) .

ثالثاً : أن هذا الرأي يغفل ما تنطوى عليه حقيقة الحل ، ذلك لأن حلول الموفى محل
الدائن فى حق هذا الأخير لا يقتصر على التأمينات التى تكفل هذا الحق فقط ، وإنما يشمل
الحلول فى الدفع والخصائص والتوابع ، بالإضافة إلى أن التأمينات لا تنتقل منفصلة عن
الحق الذى تكفله ، بل الذى ينتقل هو الحق بكل عناصره ، والتأمينات عنصر من
عناصر هذا الحق (٣) .

الرأى الثانى : ويذهب القائلون به أمام الاعتراضات الموجهة إلى الرأى السابق إلى القول
: إن الحق لا ينقضى بل ينتقل إلى الموفى بتأميناته وخصائصه ودفعه ، ولكن كيف
يبقى الحق بعد انقضائه بالوفاء ؟ يجيب أصحاب هذا الرأى على هذا التساؤل بأن القانون
هو الذى يفترض بقاء الحق وانتقاله إلى الموفى بعد انقضائه (٤) .

هذا وقد انتقد هذا الرأى أيضاً جانب من الفقه القانوني من عدة أوجه :

الوجه الأول : إن هذا الرأى وإن كان أقرب إلى معنى الحل من الرأى السابق إلا إنه

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الثانى ص ٨٢٣ وما بعدها ، الوجيز ص ١١٣٦ ، د/ عبد

المجيد الحكيم : المرجع والموضع السابقين ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٧٣ ، د/ أنور

سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٥ ، د/ الصدة : أحكام الالتزام ج ٢ ص ١١٤ بند ١٧٤

(٢) د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٥ ، د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٨٤

(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٢٥ .

(٤) د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٨٧ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الثانى

ص ٨٢٤ ، الوجيز ص ١١٣٦ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٧٣ ، د/ عبد

المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٨٥ .

يعاب عليه أنه محض افتراض (١) .

الوجه الثانى : أن هذا الرأى يعطى لنظام قانونى بالغ الأهمية كنظام الوفاء مع الحلول أساسا قانونيا مصطنعا .

الوجه الثالث : إن انتقال الحق إلى الموفى بعد قيامه بالوفاء به يقوم على أساس حوالة الحق المفترضة ، طبقا لهذا الرأى ، إلا أنه يعاب عليه أنه يغمض الطرف عما بين النظامين من فروق جوهرية (٢) وأهم هذه الفروق :

(١) إن حوالة الحق تتعقد باتفاق المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضا المدين فى حين يتم الوفاء مع الحلول برضاء الدائن ولو لم يقبل المدين كما لو وقع الحلول باتفاق الموفى والدائن أو برضاء المدين ، ولو لم يقبل الدائن ، كما لو تم الوفاء مع الحلول باتفاق الموفى والمدين بل قد يتحقق الحلول ، دون حاجة إلى رضا كل من الدائن والمدين ، كما هو الحال فى الحلول القانونى (٣) .

(٢) كما أن حوالة الحق لا تنفذ فى حق المحال عليه (المدين) أو الغير ، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، فى حين ينفذ الحلول فى حق المدين وفى حق الغير بمجرد اتفاق الدائن والموفى فى الحلول بالاتفاق مع الدائن ، وبحكم القانون فى الحلول القانونى (٤)

(٣) بالإضافة إلى أن الرجوع بالحوالة يقتضى الرجوع بكامل الحق على خلاف الحال فى الرجوع بدعوى الحلول إذ الموفى الحال لا يرجع إلا بمقدار ما وفاه (٥) .

وإزاء هذه الانتقادات لنظرية الافتراض القانونى ، لجأ الفقه الحديث إلى تكيف الوفاء مع الحلول عن طريق تحليل نظام الوفاء مع الحلول وبيان ذلك على النحو التالى :

أولا : تكيف الفقه الحديث للوفاء مع الحلول :

ذهب الفقه الحديث إلى أن الوفاء مع الحلول عملية قانونية مركبة من عنصرين ، فهو

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٢٦ .

(٢) د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٥ .

(٣) د/ الصدة : أحكام الالتزام ، مرجع سابق ج ٢ ص ١٢٣ ، د/ البدراوى : المرجع السابق ص ٣٥٧ وما بعدها ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٣١٨ .

(٤) المراجع السابقة فى نفس الموضع ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٩٩ .

(٥) د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٧ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣١٨ ، د/ البدراوى : المرجع السابق ص ٣٨٧ ، د/ السنهورى : الوجيز ص ١١٣٨ .

بالنسبة للدائن وفاء للحق ، وبالنسبة للمدين انتقال للحق ^(١) .

وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى : " ... والخلاصة أن الدين فى الحلول يظل قائما بعد الوفاء دون أن يستبدل به دين جديد ، ولا يعتبر هذا مجرد افتراض ، بل حقيقة واقعة " ^(٢) .

وكون الوفاء مع الحلول وفاءاً للحق بالنسبة للدائن ، يرجع إلى أن الدائن قد استوفى حقه من الموفى ، وبذلك ينقضى الحق بالنسبة له .

وأما كون الوفاء مع الحلول انتقالاً للحق بالنسبة للمدين ، فلأن المدين لم يوف الحق بنفسه ، ومن ثم لا ينقضى الدين بالنسبة له ، بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذى وفى بالحق ليحل محل الدائن فيه ^(٣) إلا أن هذا التكييف للوفاء مع الحلول ، والذى ساد الفقه الحديث قد تعرض للنقد أيضا من بعض الفقه القانونى ، وذلك من عدة أوجه :

الوجه الأول : إن القول : إن الوفاء مع الحلول انقضاء للحق بالنسبة للدائن فيه خلط بين الوفاء مع الحلول ، وغيره من حالات الوفاء ، ووجه الخلط أن كل وفاء يترتب عليه انقضاء للحق الموفى به بالنسبة للدائن سواء أكان من المدين أم من غيره ، ولكن لا يترتب الحلول إلا على الوفاء الصادر من غير المدين ، لذا كان يجب القول إنه وفاء للحق بالنسبة للدائن ، ولكنه يقع من غير المدين ^(٤) .

(١) د/ السنهاورى : الوسيط ج ٣ ص ٨٢٦ ، والوجيز ص ١١٣٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٨٢ ، د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٣٥٢ ، د/ أنور سلطان : السابق ص ٣٨٦ ، د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٩٤ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٧٣ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٨١ ، د/ عبد الرشيد مأمون ص ٣١٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٨٥ وما بعدها .

(٣) د/ السنهاورى : الوسيط ج ٣ ص ٣٢٦ وما بعدها ، الوجيز ص ١١٣٧ ، د/ البدرأوى :

المرجع السابق ص ٣٥٢ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٦ ، د/ عبد الودود يحى :

المرجع السابق ص ٦٨٧ ، د/ طلبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون

دراسة مقارنة ص ٣٠٤ ، د/ عبد المنعم الصدة : المرجع السابق ص ١١٤

(٤) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٢٩ .

الوجه الثانى : إن القول بانتقال الحق بالنسبة للمدين أدى إلى كثير من اللبس والاضطراب ، فقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى إلى أن هذا الانتقال يتمثل فى صورة من صور الاستخلاف على الحق ، ويكاد يشته بالحوالة ، وأمام ذلك اللبس اضطرت إلى التتويه إلى أن هناك فارقا بين الانتقال بالحوالة والانتقال بالحلول ^(١)

الوجه الثالث : تكييف الفقه الحديث للوفاء مع الحلول بأنه يتضمن عنصرين ، عنصر الوفاء الذى أدى إلى انقضاء حق الدائن ، وعنصر انتقال الحق بالنسبة للمدين ، فيه تجزئة لعملية واحدة ، هى الوفاء التى رتب عليها المشرع الوضعى أثرا واحدا ، وهو حلول الموفى محل الدائن فى حقه الذى استوفاه ، وخلافته له فى استيفاء ذات الحق من المدين ^(٢) .

وأمام هذه الانتقادات ذهب جانب من الفقه الوضعى يبحث عن تكييف للوفاء مع الحلول يتلائم مع الغرض الذى يراد الوصول إليه بواسطته خاصة وأن الدائن يخرج من هذه العلاقة القانونية باستيفائه لحقه وذلك أمر لا خلاف فيه فى كل وفاء يقع ، سواء أوقع بفعل المدين أم بفعل غيره ولم يتبق إلا العلاقة بين الموفى والمدين ، والتى ترتبت على أساس قيام الموفى بالوفاء بالالتزام عن المدين سواء أكان قيامه بالوفاء باتفاق مع الدائن أم المدين أم رتبت له تلك العلاقة من قبل المقنن المدنى ، وهى حالات الحلول بحكم القانون ، ويحدد هذا الجانب من الفقه تكييف الوفاء مع الحلول فى رد التصرف الصادر من الموفى إلى أصوله القانونية ، ويطرح سؤالا مضمونه ماهى طبيعة وفاء الغير عن المدين ؟ والذى رتب عليه المشرع الوضعى أثرا مباشرا ، وهو حلوله محل دائنه فى الحق الذى كان لهذا الدائن ^(٣) .

ومن المقرر أن وفاء الغير عن المدين ما هو إلا صورة من صور الوفاء ، ولما كان الوفاء حسب ما انتهت إليه من تكييف له تصرفا قانونيا ينقضى به التزام المدين ، فإن هذا التكييف يسبغ على الوفاء فى جميع صورته ومن ثم فالوفاء الصادر من الغير عن

(١) المرجع نفسه نفس المكان ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ج ٣ ص ١٨٤ وما بعدها .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع نفسه ص ٣٠ .

(٣) المرجع نفسه نفس المكان .

المدين تصرف قانونى إلا أنه دخله عنصر جديد ، وهذا العنصر هو وقوعه من غير المدين ، وبالتالي لابد أن يكون لهذا العنصر الجديد بعض الأثر ، وهذا الأثر هو قيام الموفى مقام الدائن ، وخلافته له فى ذات حقه تجاه المدين ، وبناء على ذلك فالوفاء مع الحلول تصرف قانونى صادر من غير المدين يترتب عليه خلافته للدائن فى ذات حقه قبل المدين ، وهى خلافة فى حق شخصى .

ومن ثم فقد ذهب هذا الجانب من الفقه إلى تكييف الوفاء مع الحلول ، بأنه : " تصرف قانونى يترتب خلافة فى حق شخصى " (١) .

هذا : وقد ساق هذا الجانب من الفقه من المبررات التى تؤيد ما ذهب إليه من تكييف للوفاء مع الحلول ، والباحث يؤيده فى هذا التكييف وما ساقه من تبريرات لتأيد هذا التكييف للوفاء مع الحلول واعتبار التكييف المختار ، وسأذكر هذه التبريرات على النحو التالى :

أولا : إن خلافة الموفى الحال للدائن خلافة فى حق شخصى ، وبيان ذلك :

أ- إن الدائن لا يستطيع ان يحصل عليه إلا عن طريق تدخل شخص آخر ، وهذا الشخص هو المدين ، لأنه عبارة عن علاقة قانونية بين شخصين أو أكثر تعطى الجانب الدائن الحق فى مطالبة الجانب المدين بأمر معين أو بالامتناع عنه (٢) .

ب- بالإضافة إلى أن الحلول يقتضى ثلاثة أطراف ، دائن ومدين وموف وذلك لا يتصور إلا بصدد حق شخصى ، وذلك لأن الحق الشخصى هو الذى يمكن أن يتدخل طرف ثالث للوفاء به وهو هنا الموفى ، فى حين أن صاحب الحق العينى يمارس حقه مباشرة على الشئ الذى يكون موضوعه دون حاجة إلى تدخل شخص آخر (٣) .

(١) المرجع نفسه ص ٣١ .

(٢) د/ أحمد سلامة : مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٦ طبعة سنة ١٩٨١م ، د/ محمد وهيب : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ص ١١ طبعة سنة ١٩٣٦م بالمطبعة الأميرية ببولاق ، د/ محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام ج ١ مصادر الالتزام ص ٨ ط سنة ١٩٦٨م ، د/ عبد المنعم الصدة : مصادر الالتزام ص ٧ ط سنة ١٩٨٦م ، الناشر دار النهضة العربية .

(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع نفسه ص ٣١ ، د/ جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٨ ، د/ جلال العدوى : أصول الالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ٥ .

ج- كما أنه إذا قيل بأن الموفى يحل محل الدائن ويخلفه في دين بعينه قلنا هذا صحيح ، ولكن هذا الدين لا يقع إلا في ذمة المدين ، لذا كان حقا شخصا ^(١) .

د- علاوة على أن الحقوق العينية لا تنشأ بإرادة الأفراد ، لأن الحقوق العينية تفرض على الكافة التزاما باحترامها وهو أمر لا تملكه إرادة الأفراد ، بل هي واردة في القانون على سبيل الحصر ^(٢) .

الأساس القانوني لخلافة الموفى للدائن في استيفاء ذات الحق من المدين :

من المقرر أن حلول الموفى محل الدائن ، وخلافته له تترتب على قيام الموفى بالوفاء بدين المدين بغير نية التبرع ، سواء أكان هذا الوفاء بالاتفاق مع الدائن أم مع المدين أم لأن الموفى ملزم بالدين مع المدين أو عنه ، وهذا الحل أولئك الخلافة ترتب في ذمة المدين التزاما بأن يرد على الموفى ما وفاه عنه ، وكأن دينه لم ينقض في العلاقة بينه وبين الموفى ، وإن انقضى في علاقته بالدائن الأصلي ، ولكن مالذي رتب هذا الالتزام في ذمة المدين؟

من المعلوم أن التقنين المدني المصري يأخذ بخماسية مصادر الالتزام ، فقد ينشأ الالتزام عن العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون ^(٣) ومن ثم فهل ترتب التزام المدين برد ما وفاه الغير عنه بناء على العقد ؟ إذا كان هذا الأمر من الممكن تصويره في حالتى الحلول الاتفاقي فهو غير متصور بالنسبة لحالات الحلول القانوني أم ترتب بناء على الإرادة المنفردة ؟ إذا كان من الممكن أن يقع الوفاء بالإرادة المنفردة سواء أرتب حلولاً أم لم يرتب كما في حالة امتناع الدائن عن قبوله فيقوم المدين باتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، إلا أن الوفاء مع الحل قد يحصل بالاتفاق مع الدائن أو المدين أم هل يمكن أن يترتب التزام المدين برد ما وفاه الغير عنه على العمل غير المشروع ؟ بالطبع

(١) د/ جلال العدوى : المرجع السابق المصادر ص ٥ ط سنة ١٩٨٨ م ، د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع نفسه ص ٣٢ ، د/ أحمد سلامة : المصادر مرجع سابق ص ١٠ ، د/ عبد الخالق حسن أحمد : عقد الكفالة دراسة مقارنة ص ٥ ، د/ حسام الدين الأهواني : التأمينات العينية في القانون المدني المصري ط ٣ ٢٠٠٠/٢٠٠١ ص ٣٧ .

(٣) د/ حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للالتزام ج ١ المجلد الأول المصادر الإردية ص ٤٠ ط ٣ سنة ٢٠٠٠ م .

الفرق كبير بين هذا وذاك ، فالعمل غير المشروع يتطلب خطأ يستوجب تعويضا ، وهو مالا يتطلب في الحلول ، إذا هل يترتب هذا الالتزام في ذمة المدين بناءً على الإثراء بلا سبب إذا كان وفاء الغير عن المدين ، يترتب عليه إثراء المدين ، ولكن وفاء الغير وهو الموفى الحال لا يقع عرضا ، أى رغما عن المدين أو دون إرادته ، ولكنه يقع عن مسئولية قانونية ، كأن يكون متضامنا مع المدين أو كفيلًا عنه أو مسئولية عقدية ترتبت على اتفاق مع المدين أو مع الدائن على الوفاء بالدين ، بالإضافة إلى أن الموفى الحال في رجوعه على المدين لا يرجع بالتعويض ، ولكنه يرجع بذات الحق الذى وفاه .

لم يبق إلا القول بترتب هذا الالتزام في ذمة المدين ، بناءً على القانون ذاته وهو ما نقول به مع ما ذهب إليه جانب من الفقه القانوني ذلك لأن كل التزام أيا كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون فالحلول أمر رتبته القانون بشرائط معينة سواء أكان هذا الحلول بحكم القانون أم بالاتفاق مع الدائن أو المدين ، وبناءً على كل ما تقدم يمكن وصف ، وتكييف كل حالات الحلول بأنها تصرف قانوني ، ترتب عليه خلافة الموفى وحلوله محل الدائن في ذات حقه ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

من العرض السابق لموقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من تكييف الوفاء مع الحلول يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى ، فى أن الوفاء مع حلول الموفى محل الدائن صورة من صور الوفاء ، ولما كان الوفاء تصرفا (شرعيا أو قانونيا) فإن هذا الوصف يضاف على الوفاء بجميع صورته .

ولكن لما اشتمل الوفاء مع الحلول على عنصر جديد هو حلول الموفى محل الموفى له ، وقيامه مقامه ، ونزوله منزلته ، فإن أثر هذا العنصر فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ينحصر فى قيام الموفى مقام الدائن الموفى له وحلوله محله فى ذات حقه قبل المدين ، وهى خلافة فى حق شخص لأن الحلول يقتضى وجود ثلاثة أطراف دائن ومدين وموفى وهذا لا يتصور إلا بصدد الحق الشخصى ، لأنه الحق الذى يمكن أن يتدخل فيه طرف ثالث للوفاء به ، وهو هنا الموفى فى حين يمارس صاحب الحق العينى حقه على الشئ محل الحق العينى مباشرة ، دون تدخل من أحد .

(١) يراجع فى هذا المعنى د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٣٤ .

المبحث الثانى

مشروعية حلول الموفى محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا قام غير المدين بالوفاء عنه بالدين الواجب فى ذمته لدائنه ، فهل يحق لمن قام بالوفاء بالدين عن هذا المدين أن يرجع عليه بما وفاه عنه ، وأن يقوم فى هذا الرجوع مقام الدائن الموفى له أم لا ؟ ذلك ما أوضحه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على الوجه التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

من المقرر أنه إذا قام شخص بالوفاء بالدين عن المدين للدائن ، وكان غير متبرع بهذا الأداء ، فإنه يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه ، سواء أكان مسئولاً عن هذا الوفاء مع المدين بأن كان متضامناً معه ، أم كان مسئولاً عن هذا الوفاء عن المدين ، كأن كان كفيلاً للمدين بهذا الدين ، أم لم يكن كذلك ، ولكنه كان مأموراً بهذا الوفاء عن المدين ، وهو فى هذا الرجوع يقوم مقام الدائن الأسمى أو يحل محله تجاه المدين ، وذلك لأن الدائن باستيفائه الدين من الموفى يكون قد ملك هذا الدين للموفى ، وأقامه مقام نفسه فى استيفائه من المدين ^(١) .

هذا : وقد ثبتت مشروعية حلول الموفى محل الموفى له فى رجوعه على المدين بالكتاب ، والسنة ، واتفاق عامة فقهاء المذاهب الإسلامية والمعقول .

أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تعالى جعل جزاء من أحسن إلى غيره ، أن يُحسن إليه ذلك الغير ، لأنه ليس من جزاء للإحسان إلا الإحسان ^(٣) وقيام غير المدين بالوفاء عنه بالدين الواجب فى ذمته لدائنه يعد من قبيل إحسان هذا الغير إلى المدين ، لأنه خلصه منه وفك أسرهِ وحل وثاقه فلا يكون جزاء هذا المحسن أن يصيع عليه معروفه وإحسانه بإضاعة ماله وعدم تمكنه من الحصول عليه من الموفى عنه (المدين) ، بل يكون جزاؤه الإحسان إليه ، وذلك بإعطائه الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه والقيام مقام دائنه (الموفى له) فى هذا

(١) المرغنانى : الهداية ٩١/٣ ، ابن الهمام شرح فتح القدير ٣٠٥/٦ .

(٢) سورة الرحمن الآية (٦٠) .

(٣) القرطبى : أحكام القرآن ٦٣٥٢/٩ طبعة دار الريان للتراث ، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ٧/٣

وما بعدها ط ١ بمكتبة الإيمان بالمنصورة سنة ١٤١٧هـ سنة ١٩٩٦م .

الرجوع ^(١) وبالتالي يكون رجوع الموفى على المدين بما وفاه ، وحلوله محل دائئه فى هذا الرجوع أمرا مشروعا .

أما السنة فمنها :

ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أنه قال : قال رسول الله ﷺ : " من أسدى إليكم معروفا فكافئوه فإن لم تجدوا ، فادعوا له حتى يعلم أن قد كافأتموه " ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

حث النبى ﷺ على مكافأة من قدم معروفا لغيره ، وأى معروف فوق معروف من أفتك أخاه من أسر الدين ، ولا شك أن مكافأته تكون بعدم إضاعة ماله وذهابه عليه ، وذلك يكون بإعطائه الحق فى الرجوع بما وفاه على من أدى عنه ، وفى القيام مقام الموفى له فى هذا الرجوع ، ومن ثم يكون رجوع الموفى بما وفاه على المدين الموفى عنه مشروعا ^(٣) .

وأما اتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية على مشروعية حلول الموفى محل الموفى له ، فقد اتفق عامة فقهاء المذاهب الإسلامية على ذلك وهم الحنفية ^(٤) ،

^(١) ابن القيم : إعلام الموقعين ٧/٣ وما بعدها ط ٢ دار الفكر بيروت سنة ١٣٩٧هـ سنة ١٩٧٧م .

^(٢) الحديث رواه الإمام البخارى : الأدب المفرد باب من صنع إليه معروف فليكافأه برقم (٢١٥)

ص ٥٥ الطبعة الثانية بمؤسسة الكتب الثقافية ببيروت سنة ١٤١٧هـ ١٩٩٦م ، العجلونى : كشف

الخفاء ٣١٢/١ ، أبوداود : سننه ، باب الزكاة ٣١٠/٢ برقم (١٦٧٢) بلفظ من صنع .

^(٣) الصنعانى : سبل السلام ٢٩٦/٤ ، ابن القيم : إعلام الموقعين ٨/٣ .

^(٤) جاء فى المبسوط للسرخسى ١٧٨/١٩ ما نصه " لأن الطالب بالاستيفاء منه يصير كالمملك لذلك

المال من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه فى استيفائه المال من الأصيل " ، ابن الهمام : شرح فتح

القدير ٣٠٥/٦ ، وجاء بمرشد الحيران للأستاذ قدرى باشا ص ٤٨ مادة ١٩٨ قوله : " من قام عن

غيره بواجب عليه من الواجبات الدنيوية ، كما إذا قضى دينه بأمره أو أنفق من مال نفسه على

عيال غيره ، ومن تلزمه نفقتهم بأمره رجع على الأمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي فى

مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترط " ، وقد ورد هذا المعنى بمجمع الأنهر ١٤٦/٢

، وراجع فى مشروعية الحلول أيضا قاضى زادة : مجمع الأنهر ١٣٣/٢ .

والمالكية (١) والشافعية (٢)

(١) وراجع في فقه المالكية الإمام المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ٩٨ وما بعدها وقد جاء فيه " ... فائدة الحملالة أن يحل الضامن محل المضمون في تعذر أخذ الحق منه " الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م بدار الفكر بيروت ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/٣٣٣ ، وقد جاء فيه " والضامن ينزل منزلة المضمون " ، والإمام الحطاب : مواهب الجليل ج ٥ ص ١٠٣ وجاء في المدونة للإمام مالك ج ١٢ ص ٢١٦ طبعة مطبعة السعادة ١٣٢٣هـ ما نصه : " أرأيت لو أني أمرت رجلا أن ينقذ عني فلانا ألف درهم فباعه بها جارية أو عرضا من العروض أو شيئا مما يكال أو يوزن غير الورق والدنانير ، فأراد أن يرجع عليّ بم يرجع عليّ (قال) ليس له إلا مثل ما أمرته به في جميع ذلك كان الذي دفع إلى المأمور ورقا أو ذهباً أو عرضاً أو غير ذلك لأنه قد أسلفه الذي أمر بالدفع سلفاً منه للذي أمره " ، وراجع نفس هذا المعنى نفس المرجع ج ١٣ ص ٢٦٠ ، ويقول الإمام المواق في المرجع السابق ج ٥ ص ١٠٢ " من أدى عن رجل حقاً لزمه بغير أمره فله أن يرجع عليه ... وكذلك من تكفل عن صبي بحق قضى به عليه فأداه عنه بغير أمر وليه ، فله أن يرجع به في مال الصبي ، وكذلك لو أدى عنه ما لزمه من متاع كسره أو أفسده أو اختلسه لأن ما فعل الصبي من ذلك يلزمه " ، الإمام الخرشي : شرحه على مختصر خليل ٦/٢٦ وقد جاء فيه ما نصه " المشهور أن الضامن كالمسلف فيرجع بما أدى سواء كان مثلياً أو مقوماً " ، الإمام الصاوي : بلغة السالك ٢/١٥٧ ، طبعة الحلبي الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م ، الشيخ / عبد السميع الآبي الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ١١١ الطبعة الثانية سنة ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م مطبعة الحلبي وأولاده بمصر .

(٢) وقد ورد في فقه الشافعية ما يدل على قيام الموفى مقام الموفى له ، وحقه في الرجوع عليه فقد جاء في المجموع التكملة الثانية للإمام السبكي ج ١٣ ص ٤٣١ طبعة دار الفكر بيروت مانصه : " وإن كان عليه حق مؤجل فأحال به على رجل لاشئ له عليه ، وقبل المحال عليه الحوالة ، وقلنا تصح فإن قضاء المحال عليه الحق في محله بإذن المحيل رجع عليه ، وإن قضاؤه قبل حلول الحق لم يرجع على المحيل قبل محل الدين ، لأنه متطوع بالتقديم " ، وراجع في هذا المعنى الإلمم النووي : روضة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٨ الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م بالمكتب الإسلامي بيروت لبنان ، والشيخ سليمان الجمل : حاشيته على شرح المنهج ج ٣ ص ٣٥٧ وقد جاء فيها ما نصه : " ولو صالح الوكيل عن الموكل على عين مال نفسه أو على دين في ذمته بإذنه صح العقد ووقع للأذن ويرجع المأذون عليه بالمثل إن كان مثلياً أو بالقيمة إن كان مقوماً لأن المدفوع قرض لا هبة " .

والحنابلة^(١) والظاهرية^(٢) والزيدية^(٣) والإمامية

الإمام الشربيني : مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٨١ وقد جاء فيه ما نصه : " ولو صالح الوكيل على عين مال نفسه أو على دين فى ذمته بإذنه صح العقد ووقع للأذن ويرجع المأذون عليه بالمثل فى المثل والقيمة فى المتقوم لأن المدفوع قرض لا هبة " الطبعة الأخيرة بمطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م ، وفى نفس هذا المعنى الإمام الرملى : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٩٠ الطبعة الثانية بدار إحياء التراث العربى بيروت ١٤١٣هـ ١٩٩٢م ، والإمام الشيراملى : حاشيته على نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٦٣ وقد جاء فيه ما نصه : " وإذا أدى أى الموفى عن جهة الإذن فى الأداء رجع " ، والإمام الشربيني : الإقناع فى حل ألفاظ أبسى شجاع بهامش حاشيته البيجرمى على الخطيب ج ٣ ص ١٠٠ وقد جاء فيه : " ومن أدى دين غيره بإذن ولا ضمان رجع " ويقول أيضا فى نفس الموضع " ولو أدى بشرط الرجوع رجع كغير الضامن " وفى نفس المكان أيضا يقول : " وإذا غرم الضامن الحق لصاحبه رجع بما غرمه على المضمون إذا كان الضمان والقضاء للدين بإذنه أى المضمون عنه له فيها لأنه صرف ماله فى منفعة الغير بإذنه " .

(١) الإمام المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٧٩ طبعة دار الغد العربى ١٤١٥هـ ١٩٩٤م وقد جاء فيه ما نصه : " أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين " ، وقد ذكر هذا النص أيضا الإمام ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير طبعة دار الغد العربى ج ٥ ص ١٧٩ .

الإمام البهوتى : كشف القناع عن متن الإقناع ج ٣ ص ٣٧١ وقد جاء فيه ما نصه : " وإن قضى (الضامن الدين) المؤجل قبل أجله (لم يرجع) على المضمون عنه حتى يحل أجله ، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم أى الدائن .. " طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م ، وفى هذا المعنى كله راجع الشيخ مصطفى السيوطى الرحبباني : مطالب أولى النهى ج ٣ ص ٣٠٤ ، ابن مفلح : المبدع شرح المقنع ج ٤ ص ٢٥٧ ،

وراجع أيضا الإمام ابن رجب الحنبلى : القواعد فى الفقه الإسلامى القاعدة الخامسة والسبعون ص ١٤٣ وقد جاء فيها : " إذا قضى عنه أى عن المدين دينا واجبا بغير إذنه فإنه يرجع به عليه " الطبعة الثانية بدار الجيل بيروت سنة ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م .

وجاء فى كشف القناع للبهوتى ج ٣ ص ٣٧١ ما نصه : " وحكم من أدى عن غيره دينا واجبا كفيلا كان أو أجنبيا إن نوى الرجوع رجع وإلا فلا " ، ويقول الإمام البهوتى فى نفس المرجع ج ٣ ص ٣٧٢ " وكل من أدى عن غيره دينا واجبا بنية الرجوع حيث قلنا يرجع (بأقل الأمرين مما

قضى به الدين حتى قيمة عرض عوضه لرب الدين به أو قدر الدين لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبا عليه فهو متبرع بأدائه ، وإن كان المقضى أقل إنما يرجع بما غرم .

(١) قرر الظاهرية أن الموفى لا يرجع على المدين ولا يقوم مقام الموفى له في هذا الرجوع إلا أن يقول المدين للموفى أد عني ما لهذا على أو أضمنه عني فإذا أديت ما لهذا على فهو دين على وفي ذلك يقول الإمام ابن حزم : في المحلى ج ٨ ص ١١١ مسألة رقم (١٢٢٩) مانصه : " ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشئ مما ضمن عنه أصلا سواء رغب إليه في أن يضمه أو لم يرغب إليه في ذلك إلا في وجه واحد وهو أن يقول الذي عليه الحق اضمن عني ما لهذا على فإذا أديت عني فهو دين لك على فهنا يرجع عليه بما أدى لأنه استقرضه ما أدى عنه فهو قرض صحيح .

(٢) القاضى العنسى اليماني الصنعاني : التاج المذهب لأحكام المذهب ج ٤ ص ١٤٩ وقد جاء فيه : " إذا قال رجل لغيره اقض ديني فقضى به عرضا أقل من الدين فإنه يرجع على الأمر أى المدين بجمع الدين ولو لم يكن قيمة العرض أقل لأنه بمعنى البيع " طبعة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م بدار الحكمة اليمانية بصنعاء ، وجاء في نفس المرجع ج ٤ ص ١٥٣ : " إذا قال رجل لآخر أحلتك بدينك الذى لك على خالد على نفسى ، فإنه لا يبرأ بما سلمه إلى المحتال من إذن خالد ، إذا كان له عليه دين ولا يرجع بما سلم بدون إذن إن لم يكن له شئ عليه " ، وجاء في نفس المرجع ج ٤ ص ١٤٩ قول القاضى العنسى : " وإذا قال رجل لغيره سلم لفلان كذا سواء قال عني أولا فسلمه فإنه (يرجع المأمور) بما سلمه على من أمره (بالتسليم مطلقا) سواء كان كفيلا أم لا .

راجع أيضا ابن المرتضى : البحر الزخار ج ٥ ص ٧٨ وقد جاء فيه : " ولو ضمن بصحاح ودفع مكسره أو العكس رجع بما دفع حيث له الرجوع " ، وجاء في نفس المرجع ج ٥ ص ٦٩ ما نصه : " وإذا أحيل على من ليس عليه حق فقبل المحال عليه صح ... ولا يرجع المحال عليه إلا حيث سلم بأمره قلت وهو قوى .

(٣) الإمام النجفى : جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ج ٢٦ ص ١٥٣ الطبعة السابعة دار إحياء التراث العربى بيروت سنة ١٩٨١م ، وقد جاء فيه : " وإذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه " المفروض إذنه بالضمان (إلا بما أداه) لما عرفت أنه ليس له إلا ذلك نصا وفتوى ، بل هو مشروط بما إذا لم يزد عن الحق ، وإلا رجع بالحق خاصة ، فالضابط حينئذ الرجوع بأقل مما أداه ومن الحق .

والإمام الحلى : مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ج ٥ ص ٣٨٤ وقد جاء فيه ما نصه : " ويعلم من التذكرة الإجماع على الرجوع - أى رجوع الضامن بما أداه عن المدين - مع أن الإذن بمجرد الضمان ... وليعلم أنه لا فرق في ذلك بين أن يقول اضمن عني أو أد عني وهو يرجع بأقل الأمرين من الحق المضمون وما أداه ... إن المضمون عنه جعل الضامن كالوكيل في قضاء دينه ، فإن لم يكن وكيلًا على

والإباضية (١) .

٢- مشروعية حلول الموفى محل الموفى له من المعقول :

يقوم رجوع الموفى على المدين بما وفاه على أساس حلوله محل الموفى له (الدائن) على قواعد العدالة ، التي يهدف إليها كل تشريع يبغي التقدم والرقى ، وكان للفقهاء الإسلامى فضل السبق فى إرساء هذه القواعد ، ويعتبر من تقريره لتلك القواعد أن أعطى للموفى الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه ، عن طريق حلوله محل الدائن ، وقد ذكر بعض البلّاحين المعاصرين طرفاً من المبررات التي تؤكد ذلك ويتم ذكرها على النحو التالى :

أولاً : إن رجوع الموفى على المدين بما وفاه عنه ، عن طريق قيامه مقام الدائن الأصلى هو الأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية الغراء لأنه يمثل نوعاً من أنواع تقاضى الموفى لما وفاه بدلاً عن المدين الأصلى ؛ إذ أنه لو لم يتمكن من الحصول على حقه لكان فى ذلك ضرر به ، والضرر مرفوع شرعاً ؛ إذ لا ضرر ولا ضرار (٢) .

ثانياً : إن رجوع الموفى على المدين عن طريق دعوى الحلول يؤدى إلى رجوعه بذات الحق الذى وفاه عن المدين ، ولا يتضمن عنصراً زائداً لأن الزيادة بدون مقابل ربا محرم شرعاً لقوله تعالى ﴿ وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (٣) .

الحقيقة فهو كالوكيل فلا يرجع الوكيل على موكله إلا بما غرمه وصالح عليه فحسب فأما إن كان زائداً على مقدار الدين فلا يلزمه بغير خلاف " طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان ، وراجع أيضاً الشيخ الطوسى : المبسوط فى فقه الإمامية ج ٢ ص ٣٢٨ وما بعدها طبعة المكتبة المرتضوية .

(١) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٩ ص ٤٢٤ الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ — ١٩٧٢ بمكتبة الإرشاد بجدة ، وقد جاء فيه ما نصه : " ضمان المال يغرم فيه الضامن ، ويرجع على المضمون عنه إن ضمنه بإذنه اتفاقاً وكذا إن ضمنه بغير إذنه " ، ويقول أيضاً فى نفس المرجع والموضع : " وأجمعوا على من ضمن عن أحد بأمره فله أن يرجع عليه بما ضمن عنه ، ولا يجوز له الرجوع عليه - أى على المضمون عنه وهو المدين الموفى عنه إن ضمن عنه بلا أمره لأنه متبرع به ، وهو لا يرجع على من تبرع عليه ، وقيل انعقدت بلا أمر " .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٣٩ ، أ/ محمد يوسف : المرجع السابق ص ٢٠٢ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٣٤٤ .

(٣) سورة البقرة من الآية (٢٧٥) .

ثالثاً : إن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول فيه تأكيد وضمنان لحقه ، لأن الغالب أنه يوفى حقاً ثابتاً ومشهوراً وخالياً من النزاع ، وإلا لما أقدم على الوفاء ^(١) .

رابعاً : إن رجوع الموفى على المدين بدعوى قيامه مقام الدائن الأصلي يقوم على رفض أى ضرر أو إعنات بالمدين ، فإذا وقع أى ضرر بالمدين فلا رجوع للموفى عليه بما وفاه وفى ذلك يقول الإمام الدردير : " يصح للشخص أن يؤدى ديناً عن شخص آخر بغير إذنه (رفقا بالمؤدى عنه ، ويلزم رب الدين قبوله (لا عنفاً) أى لأجل العنت والضرر بالمدين (فيرد ما أداه لرب الدين ، وليس له على المدين مطالبة " ^(٢) .

خامساً : إن الموفى لا يرجع على المدين بدين جديد ولا باعتباره دائناً جديداً ، لأنه لا يجوز للموفى أن يرجع على المدين بعنصر زائد عما وفاه عن المدين ، وإلا كان مضارباً بدين المدين لأن ذلك مخالف لروح الشريعة الإسلامية ، غاية الأمر أن الموفى قد يكون أيسر طلباً من الدائن الأصلي أو يمنحه أجلاً أو يسقط عنه بعض الدين أو ينظره إذا أعسر ^(٣) .

ثانياً : فى القانون المدنى :

أعطى القانون المدنى المصرى ، والتشريع المدنى العربى الحق للموفى لدين المدين فى الحلول محل الدائن الموفى له ، والرجوع على المدين بذات حق الدائن الأصلي ، وبيان ذلك كالتالى :

أولاً : مشروعية حلول الموفى محل الدائن فى رجوعه على المدين فى القانون المدنى المصرى .

قد نظم التقنين المدنى المصرى أحكام حلول الموفى محل الدائن فى رجوعه على المدين

^(١) ويراجع فى هذا السعى / محمد يوسف حفى . المرجع السابق ص ٢٠٢ ، د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٣١ ، أ/ السيد إسماعيل ص ٣٤٤ .

^(٢) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٣٤ ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ٣/ ٣٣٤ ، الإمام مالك : المدونة ، المجلد الخامس ج ١٢ ص ٢١٨ طبعة مطبعة السعادة ١٣٢٣هـ ، وقد جاء فيها : " إن علم أنه أراد بذلك ضرره وتعبه وعنته فى ذلك فلا أرى أن يمكن من ذلك " ، المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٠٢/٥ ، الخرشى : شرحه ٢٥/٦ .

^(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٣٩ ، أ/ محمد يوسف : المرجع السابق ص ٢٠٢ ، أ/ السيد إسماعيل ص ٣٤٤ .

فى المواد ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٠ ، ٣٣١ ، من التقنين المدنى الحالى ، وهذه المواد تعطى للموفى عن المدين الحق فى الحلول محل الدائن ، متى وقع منه وفاء مبرئ لذمة المدين ، سواء وقع منه هذا الوفاء بإرادته المنفردة ، ويتحقق ذلك عندما تكون له مصلحة فى براءة ذمة المدين بأن يكون مسئولا مع المدين ، كما لو كان مدينا متضامنا أو ملزما بالوفاء بالدين عن المدين كما لو كان كفيلًا شخصيا أو عينيا ، والوفاء بالدين من الموفى فى هذه الحالة يعطى له الحق فى الحلول محل الدائن بقوة القانون ، فالقانون هو الذى أعطى له الحق فى الحلول ولو صدر منه الوفاء رغم إرادة الدائن والمدين على السواء ^(١) أو يكون له مصلحة فى تأمين وارد على مال من أموال المدين ، ويريد أن يستبقه لنفسه ، فيقوم بالوفاء بالدين الواجب فى ذمة المدين لصاحب هذا التأمين ، وبالتالي يحل محله فى هذا التأمين ، وقد أنانت هذه الحالة المادة (٣٢٦) فى فقرتيها ب ، ج ، أو وقع بالاتفاق مع الدائن أو المدين . وهو ما يعرف بالحلول الاتفاقى ، وقد تناولته المواد (٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٠) من التقنين المدنى الحالى .

هذا بالإضافة إلى بعض حالات الحلول ، التى وردت بشأنها نصوص خاصة من ذلك ما نصت عليه المادة (٧٧١) مدنى بقولها : " يحل المؤمن قانونا بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى ، التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، مالم يكن من أحدث الضرر قريبا أو صهرا للمؤمن له ، ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصا يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله " .

هذا والتقنين المدنى الحالى جاء متفقا مع التكيف الحديث للوفاء مع الحلول والذى يقضى بأن الوفاء مع الحلول لا يؤدى إلى انقضاء الدين ، بالنسبة للمدين ولكنه وفاء يترتب عليه حلول الموفى قانونا أو اتفاقا محل الموفى له ^(٢) .

وهذا التكيف هو الذى ذهب إليه البعض بقوله : " الوفاء مع الحلول تصرف قانونى يترتب عليه حلول الموفى محل الدائن " ^(٣) .

بخلاف ما كان عليه التقنين المدنى السابق من أن الوفاء مع الحلول يؤدى إلى انقضاء

(١) د/ طلبة خطاب : أحكام الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقانون ص ٣٠١ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ هامش ص ٧٨١ وما بعدها .

(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٣١ .

الدين الأصلي ، وحلول دين جديد محله ، تكون له تأمينات الدين المنقضى (القديم)^(١) ومما يؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٥/١٦٢ بأن " التأمينات التي كانت على الدين الأصلي تكون تأميناً لمن دفعه " كما أن المقنن في التقنين المدني الحالي قد أخذ بأسباب التيسير ، فيما يتعلق بإثبات الاتفاق على حلول الموفى محل الدائن فلم يشترط - سواء أكان الاتفاق على حلول الموفى مع الدائن أم مع المدين - أن يكون هذا الاتفاق ثابتاً فى محرر رسمى^(٢) كما كان عليه الحال فى التقنين المدني السابق مادة (٢٢٥) مختلط^(٣) ولم يشترط - أيضاً أن يتخذ الاتفاق على الحلول شكلاً معيناً ، ولكنه لكى يكون هذا الاتفاق حجة على الغير ، اشترط التقنين الحالي أن يكون ثابت التاريخ^(٤) .

ثانياً : مشروعية حلول الموفى محل الدائن فى رجوعه على المدين فى التشريعات العربية : نظمت أحكام حلول الموفى محل الموفى له (الدائن) فى رجوعه على المدين معظم التشريعات العربية متبعة فى ذلك القانون المدني المصرى ، ومن هذه التشريعات التقنين السورى ، وقد نظم هذه الأحكام فى المواد (٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩) وهى مطابقة لنصوص التقنين المدني المصرى ، وفى ذلك يقول الأستاذ مصطفى الزرقا : " تشجيعاً للوفاء عن الغير فتح القانون طرقاً يستطيع بها الموفى عن الغير أن يحل محل الدائن فى دينه نفسه محتفظاً بكل خصائصه ، وتأميناته ، وتوابعه ، وصفاته ، فيكون للموفى عن الغير إلى جانب حقه فى الرجوع على المدين بدعوى شخصية ، حق فى الحلول محل الدائن ... وحينئذ يكون الوفاء حلولياً ، فمتى تقرر الحلول للموفى عن الغير فى حالة من الحالات القانونية أو الاتفاقية أصبح له بمقتضى هذا الحلول ما كان للدائن من حق تجاه المدين " ^(٥) .

(١) د/ سليمان مرقس : أحكام الالتزام ص ٤٧٣ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٩٨ وما بعدها .

(٣) د/ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المدني المصرى ص ٥٩٣ .

(٤) د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٣ ، د/ أنور سلطان : أحكام الالتزام ص ٣٨٩ ،

د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٦٦ ،

د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٨٤ .

(٥) د/ مصطفى الزرقا : شرح القانون المدني السورى ، نظرية الالتزام - ٢ - أحكام الالتزام فى ذاته

الطبعة الأولى مطبعة دار الحياة دمشق سنة ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م ص ٣٧٦ وما بعدها .

والتقنين المدني العراقي ، وقد نظم هذه الأحكام فى المواد (٣٧٩ ، ٣٨١ ، ٣٨٢) وهى مطابقة لنصوص التقنين المدني المصرى إلا أن القانون العراقى اشترط لصحة الحلول بالاتفاق مع الدائن أو المدين أن يكون هذا الاتفاق على الحلول ثابتاً فى ورقة رسمية ^(١) . وكذلك أيضاً التقنين المدني الليبى ، وقد نظم هذا التقنين أحكام الوفاء مع الحلول فى المواد (٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣١٧) وهى مطابقة لنصوص التقنين المدني المصرى ، وفى ذلك يقول الدكتور / عمر حسين : " فالقانون المدني الليبى نص على الحلول فى المواد من (٣١٣ إلى ٣١٨) كما أن عبارة المادة (١/٧٧٨) استعملت مصطلح الحلول ، ويجرى العمل به على نطاق واسع " ^(٢) .

وكذلك أخذ قانون الموجبات والعقود اللبناى بأحكام حلول الموفى محل الموفى له فى المواد (٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٢ ، ٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣١٨) وهى مطابقة لنصوص القانون المدني المصرى ، وفى ذلك يقول الدكتور/المحمصانى : " الإيفاء مع الاستبدال بعبارة القانون اللبناى أو الوفاء مع الحلول بعبارة باقى القوانين العربية ، هو الإيفاء الذى يقوم به شخص لا يترتب عليه عيب الوفاء بكامله بوجه نهائى ، ويحل فيه هذا الشخص مكان الدائن ، الذى استوفى حقه ، ليتمكن من الرجوع على المدين الأصلى " ^(٣) .

وكذلك التقنين المدني السودانى ، وقد نظم أحكام الوفاء مع الحلول فى المواد (٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧) وهى مطابقته لنصوص التقنين المدني المصرى ^(٤)

(١) د/ عبد المجيد الحكيم : الموجز فى شرح القانون المدني العراقى ج ٢ أحكام الالتزام من ص ٣٦٨ إلى ص ٣٨٤ طبعة شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد ١٣٨٦ هـ ١٩٦٧ م ، د/ منذر الفضل : المرجع السابق ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) د/ عمر إبراهيم حسين : جماعية المسؤولية المدنية فى القانون المدني الليبى من ص ٢٧٧ إلى ص ٢٨١ الطبعة الأولى ١٩٩١ م منشورات جامعة قار يونس بنغازى .

(٣) د/ صبحى المحمصانى : محاضرات فى القانون المدني اللبناى - انتقال الالتزام - ص ٢٤ طبعة ١٩٥٥ ، ١٩٥٦ م ، د/ البدرائى : النظرية العامة للالتزامات فى قانون الموجبات والعقود اللبناى والقانون المدني المصرى ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣٧٦-٣٩٠ ، د/ إلياس ناصيف : موسوعة العقود المدنية والتجارية من ص ٢٠٣ إلى ص ٣٣٢ .

(٤) التشريع المدني السودانى ١٩٧١ : إصدار وزارة العدل السودانية ص ٧٢ وما بعدها .

ونظم كذلك القانون المدني الكويتي أحكام حلول الموفى محل الدائن الموفى له فى المواد (٣٩٤/أ ، ج ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧) وهى مطابقة للتقنين المدني المصري ^(١) .

وكذلك نظم القانون المدني التونسي أحكام الوفاء مع الحلول فى المواد (٢٢٤ ، ٢٢٥) وهى مطابقة لنصوص القانون المدني المصري فى الحلول بالاتفاق ^(٢) .

أما القانون المدني الأردني فلم يرد فيه ما ينظم أحكام الوفاء مع الحلول إلا فى المادة (٢/٣١٠) وقد نصت هذه الفقرة على ذلك بقولها : " إذا رهن شخص ماله فى دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين " وهذا النص يعد تطبيقاً للقاعدة التى وردت بالفقرة (أ) من المادة (٣٢٦) من التقنين المدني المصري ^(٣)

ثالثاً : المقارنة :

من البيان السابق لموقف الفقه الإسلامى والقانون المدني من مشروعية الحلول يتضح أن القانون المدني يتفق مع ما ذهب إليه عامة فقهاء المذاهب الإسلامية على مشروعية قيام الموفى مقام الموفى له (الدائن) وحلوله محله فى رجوعه على المدين بذات حق الدائن الموفى له ، لأن ذلك هو الموافق لروح التشريع الإسلامى ، الذى بنى على العدالة التى لم يصل إليها أى تشريع آخر ؛ إذ إنه لو لم يتمكن الموفى لدين المدين من الحصول على حقه لكان فى ذلك ضرر به ، والضرر مرفوع شرعاً ؛ حيث إنه لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ، كما أن رجوع الموفى على المدين يكون بذات الحق الذى وفاه عنه كما هو مقرر فى الفقه الإسلامى والقانون المدني ولا يتضمن رجوع الموفى على المدين أى عنصر زائد عما وفاه ؛ لأن رجوع الموفى على المدين بأى زيادة عما وفاه عنه يُعد من قبيل الربا المحرم شرعاً ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۚ ﴾ ^(٤) .

^(١) يراجع فى ذلك د/ طلبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني دراسة مقارنة من ص ٢٩٧ إلى ص ٣٠٦ ، وقد قارن سيادته فى هذا المرجع بين أحكام الالتزام فى القانون المصري ، والقانون المدني الكويتي .

^(٢) د/ إلياس ناصيف : موسوعة العقود المدنية والتجارية ج ٣ تنفيذ العقد التنفيذ العيني دراسة مقارنة هامش ص ٢١٧ وما بعدها ط سنة ١٩٨٨ م .

^(٣) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ هامش ص ٣٨٣ .

^(٤) سورة البقرة من الآية (٢٧٥) .

المبحث الثالث

شروط الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

يلزم حتى يحل الموفى محل الموفى له فى رجوعه على المدين الموفى عنه أن تتوافر عدة شروط ، بعض هذه الشروط يرجع إلى الموفى عن المدين ، والبعض الآخر يرجع إلى المدين نفسه ، وليبيان ذلك يحسن أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الشروط التى ترجع إلى الموفى فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : الشروط التى ترجع إلى المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

الشروط التي ترجع إلى الموفى في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يجب أن يتوافر في الموفى بالدين عن المدين شروط معينة حتى يكون له الحق في الرجوع على المدين بما وفاه حالا بذلك محل الموفى له وهذه الشرط هي :

- (١) أن يقوم الموفى بأداء الدين وأن يثبت ذلك .
 - (٢) أن يكون المال الموفى به ملكا للموفى .
 - (٣) أن يكون الموفى أهلا للوفاء بالدين .
 - (٤) ألا يكون الموفى متبرعا بالوفاء بالدين عن المدين .
- وسأتناول كل شرط من هذه الشروط في الفقهين الإسلامي والمدني في فرع مستقل .

الفرع الأول

قيام الموفى بأداء دين المدين ، وإثبات ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أولاً : قيام الموفى بأداء دين المدين ، وإثبات ذلك فى الفقه الإسلامى ، وأتناول هذا الشرط فى مسألتين :

المسألة الأولى : قيام الموفى بأداء دين المدين :

إن قيام الموفى بأداء الدين عن المدين يعد من أهم شروط حلول الموفى محل الدائن (الموفى له) ، إذ إن الموفى لا يملك الرجوع على المدين قبل الأداء ، وذلك باتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية ^(١) ؛ لأنه إذا ثبت الوفاء بالدين من قبل الموفى ثبت له الرجوع على

^(١) الإمام الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٦ ، الإمام الحصفى : الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٥ ص ٤٥٠ حيث يقول : " (ولا يطالب كفيل) أصيلاً بمال قبل أن يؤدى الكفيل عنه لأنه تملكه بالأداء " ، ويقول ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار فى نفس الموضع تعليقا على قول صاحب الدر : " أى تملك الكفيل الدين ، إنما يثبت له بالأداء لا قبله ، فإذا أداه يصير كالطالب " ، قاضى زاده : مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٣ وقد جاء فيه : " ولا يطالبه أى لا يطالب كفيل أصيلاً بمال (قبل الأداء) إلى المكفول له لأن الموجب للمطالبة هو التملك ولا يملك قبل الأداء ، ويملكه بعده فيرجع " ، والسرخسى : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ ، وفى فقه المالكية : الشيخ / عبد السميع الآبى الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ١١١ وقد جاء فيه : " ويرجع بما أدى إن ثبت الدفع " ، الإمام مالك : المدونة ج ١٣ ص ٢٨٢ حيث يقول : " رأيت إن تكفلت بمال على رجل أكون لى أن أخذ منه قبل أن يؤخذ منى المال يقضى لى بذلك عليه (قال) لا يقضى لك عليه ... لأنه لو أخذ منه ثم أعدم الحميل أو أفلس كان الذى له الحق أن يتبع الذى عليه الأصل " . وفى فقه الشافعية : الإمام الرملى : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٦٠ حيث يقول : " وللضامن بعد أدائه من ماله الرجوع على الأصيل " ، الشربىنى : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٩ .

وفى فقه الحنابلة : راجع الإمام البهوتى : الروض المربع ج ٢ ص ٢٧٨ حيث يقول : " وإن قضى الضامن الدين بنية الرجوع رجوع وإلا فلا ، وكذا كفيل ، وكل مؤد عن غيره ديناً واجباً " ، المرداوى : الإنصاف ج ٥ ص ٢٠٤ ، الرحيباني : مطالب أولى النهى ج ٣ ص ٣٠٨ .

وفى فقه الظاهرية : الإمام ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ١١١ مسألة رقم (١٢٢٩) حيث يقول : " بعد أن قر أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا إذا قال المضمون له للضامن أضمن عنى ما لهذا على فإذا أديت عنى فهو دين لك على فهنا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه فهو قرض صحيح " .

المدين بما وفاه ، وإذا انتفى الوفاء انتفى الرجوع ، وفي ذلك يقول الإمام المواق :
"وبالجملة كلما ثبت الوفاء ثبت الرجوع" (١) .

المسألة الثانية : أن يثبت أن الموفى قام بالوفاء بدين المدين .
والوفاء بالدين يثبت بأحد أمرين البينة ، وإقرار الدائن (الموفى له) (٢) .

=

وفي فقه الزيدية : العنسى : التاج المذهب ج ٤ ص ١٤٩ حيث يقول : " وإذا قال الرجل لغيره سلم
لفلان كذا سواء قال عنى أو لا فسلمه ، فإنه (يرجع الأمور) بما سلمه على من أمره (بالتسليم
مطلقا) سواء كان كفيلا أم لا " ، ابن المرتضى : البحر الزخار ج ٥ ص ٧٧ .

وفي فقه الإمامية : راجع العاملى : مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣٨٢ ، وقد جاء فيه : " وليس للضامن
مطالبة المديون قبل الأداء لأنه إذا ضمن حالا فليس له المطالبة إلى أن يؤدي فهنا أولى " ، والنجفى
: جواهر الكلام ج ٢٦ ص ٣٣ .

وفي فقه الإباضية : راجع ابن أطفيش : شرح النيل وشفاء العليل ج ٩ ص ٤٤٧ ، وقد جاء فيه :
ورجع الحميل عليه أى على المحمول عنه إن غرم المحمول له من عنده ، أما قبل أن يغرم فلا
يرجع بشئ " .

(١) الإمام المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ١٠٣ .

(٢) يراجع فى ذلك قاضى زادة : مجمع الأنهر ج ٢ ص ٨٧ وقد جاء فيه : " وشرط لغير ذلك "
المذكور من الحدود والفصاص ومالا يطلع عليه الرجال (رجلان) أى شهادة رجلان ، أو رجل
وامرأتان مالا كان الحق المراد إثباته أو غير مال كالنكاح " ، الإمام المواق : التاج والإكليل بهامش
مواهب الجليل ج ٥ ص ١٠٣ " أن الضامن لا يرجع على الغريم إلا إذا أدى عن صاحب الحق
ببينة أو إقرار " ، ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ ، الإمام الرملى : نهاية المحتاج ج
٤ ص ٤٦٤ وقد جاء فيه : " ثم إنما يرجع الضامن والمؤدى ... إذا أشهد بالأداء ... (رجلين أو
رجل وامرأتين) ، الشيخ الرشيدى : حاشيته على نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥ حيث يقول : "
أنه لا رجوع أى للموفى إلا إذا صدقه المضمون له أى أقر له ، والمضمون له هو الدائن " ،
الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢١٠ ، الإمام البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص
٣٧٣ حيث يقول : " إن أشهد الضامن بينة عادلة على الوفاء بالدين فله الرجوع وكذلك إن اعترف
المضمون له بالقضاء " ، وأيضا الإمام ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤٠٢ المسألة رقم ١٧٨٦ ،
القاضى العنسى : التاج المذهب ج ٤ ص ٨٤ ، الطوسى : المبسوط ج ٨ ص ١٧٣ ،
النجفى : جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ج ٢٦ ص ١٥٦ ، ابن أطفيش : شرح النيل وشفاء
العليل ج ١٣ ص ١١٨ .

الخرشى فى نفس الموضع ، والإمام الدردير : شرحه الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٨٧ وقد جاء فيه : " وذكر المرتبة الثالثة بقوله (وإلا) بأن كان المشهود به مالا أو آيلا له (فعدل وامرأتان) عدلتان (أو أحدهما) أى عدل فقط أو امرأتان فقط (بيمين) أى مع يمين المشهود له " ، ويقول الإمام الدسوقي فى حاشيته فى نفس الموضع تعليقا على قول الإمام الدردير (أو أحدهما

والشافعية ^(١) والحنابلة ^(٢) والظاهرية ^(٣) والإمامية ^(٤) .
وقد استدلل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه بالسنة والإجماع .
أما السنة فمنها :

- (١) ما أخرجه الإمام مسلم وأبو داود عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ " قضى بشاهد ويمين " ^(٥) .
- (٢) وبما روى عن على رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ " قضى باليمين مع الشاهد " ^(٦)

=

بيمين (أطلق المنصف وغيره فى قبول الشاهد مع اليمين فظاهره سواء كان هذا الشاهد مبرزاً فى العدالة أم لا ، وقيل لابد أن يكون مبرزاً فى العدالة " .

- (١) الإمام الرملى : نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣١٣ حيث يقول " وما ثبت بهم أى برجل وامرأتين يثبت برجل ويمين " لأنه ﷺ قضى بها فى الحقوق والأموال ثم الأئمة من بعده " ، والشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٠ ، الشيخ / سليمان الجمل : حاشيته على شرح المنهج ج ٣ ص ٣٩١ .
- (٢) ابن قدامة : المغنى ج ١١ ص ٢٥٧ وقد جاء فيه : " وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين المدعى " ، البهوتى : الروض المربع ج ٢ ص ٥٣١ ، الشيخ النجدى : حاشيته على الروض المربع ج ٧ ص ٦١٢ .
- (٣) ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤٠٥ .

(٤) الطوسى : المبسوط فى الفقه الإمامى ج ٨ ص ١٨٩ وقد جاء فيه : " كل ما كان مالا أو المقصود منه المال فإنه يثبت بالشاهد واليمين ، فالمال كالقراض والغصب والدين وقضاء الدين ... ، وأما المقصود منه المال فعقود المعاوضات كالبيع والصرف والسلم والصلح والإجابة والقراض والمساقات والهبة والوصية والجنابة التى توجب المال ... كل هذا يثبت باليمين مع الشاهد " .

- (٥) صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٢ ص ٣ كتاب الأقضية - باب وجوب الحكم بشاهد ويمين رقم (١٧١٢) ، سنن أبو داود كتاب الأقضية - باب القضاء باليمين والشاهد ج ٣ ص ٣٠٨ برقم ٣٦٠٨ ، وترتيب المسند ج ٢ ص ١٧٨ وما بعدها كتاب الأحكام فى الأقضية برقم (٦٢٧ ، ٦٢٨) ، الإمام أحمد : المسند ج ١ ص ٢٤٨ رقم ٢٢٢٤ ط مؤسسة قرطبة القاهرة ، ابن ماجه : سننه ج ٢ ص ٧٩٣ كتاب الأحكام باب القضاء بالشاهد واليمين طبعة المكتبة العلمية بيروت ، الدارقطنى : سننه ج ٤ ص ٢١٤ رقم ٣٨ كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ط دار المحاسن بالقاهرة سنة ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م ، البيهقى : السنن الكبرى ج ١ ص ١٦٧ كتاب الشهادات .
- (٦) الإمام أحمد : الفتوح الربانى ج ١٥ ص ٢١٦ وما بعدها برقم ٣١ ط دار الشهاب بالقاهرة باب ما جاء باليمين والشاهد ، الدارقطنى : العلال ج ٣ ص ٩٤ برقم ٣٠١ ط ١ سنة ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥م بدار طيبة بالرياض ، البيهقى : السنن الكبرى ج ١٠ ص ١٧٠ طبعة دار المعرفة بيروت .

- (٣) وبما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ " قضى باليمين مع الشاهد " (١)
 (٤) وبما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ " قضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق " (٢) .

وجه الاستدلال بهذه الأحاديث الشريفة :

إن النبي ﷺ قضى فى الأموال بشهادة شاهد واحد مع يمين صاحب الحق ، فدل ذلك على أن الوفاء بالدين يثبت بشهادة شاهد واحد مع يمين صاحب الحق .

ناقش المانعون للقضاء بالشاهد ويمين صاحب الحق هذا الاستدلال من السنة بقولهم :
 (١) لا نسلم بصحة هذا الاستدلال من السنة ، وذلك لأن يحيى بن معين قد طعن فى هذه الأحاديث بقوله لم يصح عن رسول الله ﷺ القضاء بالشاهد واليمين .

(٢) ولأن الزهرى عندما سئل عن القضاء بالشاهد واليمين قال : " بدعة أول من قضى بها معاوية رضى الله عنه " ، وكذلك ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبى رباح أنه قال : " كان القضاء الأول لا يقبل إلا شاهدين وأول من قضى باليمين والشاهد عبد الملك بن مروان " .

(٣) بالإضافة إلى أن ما استدلوأ به من الأحاديث وردت مورد الآحاد فهى مخالفة للحديث

(١) أخرجه الإمام الشافعى : ترتيب المسند ج ٢ ص ١٧٩ برقم ٦٣٢ طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٣٧٠هـ سنة ١٩٥١م ترتيب محمد عابد السندى ، أبو داود : سننه كتاب الأقضية باب القضاء باليمين والشاهد رقم ٣٦١٠ ج ٣ ص ٣٠٧ وما بعدها ، الترمذى : سننه ج ٣ ص ٦٢٧ كتاب الأحكام - باب ما جاء فى اليمين مع الشاهد رقم ١٣٤٣ ط دار الكتب العلمية ١٤٠٨هـ ، الدارقطنى سننه ج ٤ ص ٢١٣ كتاب الأقضية والأحكام رقم ٢٣٣ ، ابن ماجه : سننه كتاب الشهادات باب القضاء باليمين مع الشاهد ج ٢ ص ٩٣ رقم ٢٣٧١ ، البيهقى : السنن الكبرى ج ١٠ ص ١٧٣ وقال الألبانى فى آراء الغليل ج ٨ ص ٣٠٠ وما بعدها (حديث صحيح وقد صححه ابن حبان وأبو زرعة وأحمد بن حنبل وغيرهم) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد : المسند ج ٣ ص ٣٠٥ برقم ١٤٣١٧ ، ابن ماجه : السنن ج ٢ ص ٧٩٣ كتاب الشهادات باب القضاء باليمين مع الشاهد برقم ٢٣٦٩ ، الترمذى ج ٤ ص ٢١٢ برقم ٢٩ ، وقد صحح حديث جابر أبو عوانة وابن خزيمة ذكر ذلك الشيخ عبد الرحمن البنا : بلوغ الأمانى من أسرار الفتوح الربانى ، وقال اللبانى حديث جابر صحيح ، إرواء الغليل ج ٨ ص ٣٠٥ .

المشهور الذى تلقته الأمة بالقبول ، فكان بمنزلة المتواتر وهو " البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه " وبالتالي لا يكون ما استدلوا به من الأحاديث مقبولا (١) .

وأجيب عن هذه المناقشة :

بأن الأحاديث الواردة بالشاهد واليمين قد جاوزت عشرين حديثا ، منها الصحيح ، ومنها الحسن ، ومنها ما هو دون ذلك ، وهذا العدد قد صار المروى عن مثله معدودا فى الأحاديث المتواترة ، والحجة الشرعية تقوم بما دون ذلك فكيف بمثله؟ فتقرر به أن الشاهد الواحد مع يمين المدعى سبب شرعى للحكم ، ولم يأت من أبى ذلك بشئ يعتد به (٢) .

بالإضافة إلى ذلك يقول الإمام الشافعى فى الإجابة على من رد أحاديث اليمين مع الشاهد : " فكان مما كلمنى بعض من ردها أن قال : لم تروها إلا من حديث مرسل ، قلنا : لم نثبتها بحديث مرسل ، وإنما أثبتناها بحديث ابن عباس وهو ثابت عن رسول الله ﷺ الذى لا يرد أحد من أهل العلم مثله ، ولو لم يكن فيها غيره مع أن معه غيره ممن يشده (٣) .

أما الإجماع :

فقد حكاه الإمام القرافى فى كتابه المسمى بالفروق ، إذ يقول : " إجماع الصحابة على ذلك أى على إثبات الدين بالشاهد ويمين صاحب الحق والقضاء به ، وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى ، وأبى بن كعب ، وعدد كثير من الصحابة من غير مخالف " ، فيكون ذلك إجماعاً على جواز القضاء بالشاهد ويمين صاحب الحق (٤) .

(١) يراجع فى ذلك الإمام الكاسانى : البدائع ج ٦ ص ٣٤٤ ، ابن عابدين : رد المحتار ج ٦ ص

١٠٠ ، الجصاص : أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٥١ ، ابن الهمام شرح فتح القدير ١٦٢/٧ .

(٢) الإمام الشوكانى : السيل الجرار ج ٤ ص ١٦٢ ، نيل الأوطار : ج ٨ ص ٣٢٦ .

(٣) الإمام الشافعى : الأم ج ٧ ص ٧ وما بعدها ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير

ج ١١ ص ٢٥٨

(٤) الفروق ج ٤ ص ٨٧ ، الأم ٩١/٧ ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٧/١١ ، المحلى ٤٠٤/٩ .

نوقش هذا الاستدلال بالإجماع من المخالف :

بأن الزهرى اعتبر القضاء بالشاهد ويمين المدعى شئ أحدثه الناس فكيف انعقد الإجماع مع وجود المخالف ؟ (١) .

وأجيب عن هذه المناقشة :

إن القضاء بالشاهد واليمين ثبت العمل به ، فقد عمل به الصحابة رضوان الله عليهم قبل خلاف الزهرى ، وبالتالي فلا يعتد بهذا الخلاف ولا يقدر فى الإجماع (٢) .

القول الثانى :

ويذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لا يجوز إثبات الوفاء بالدين بشهادة شاهد واحد ويمين المدعى ، وعلى هذا إذا قام الموفى بالوفاء بدين المدين ولم يكن له ما يثبت به ذلك الوفاء إلا شاهد واحد مع يمين الموفى ، فلا يكون له الحق فى الرجوع بما وفاه على المدين لعدم جواز إثبات الوفاء بالدين عند أصحاب هذا القول بالشاهد الواحد ويمين المدعى ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية (٣) والزيدية (٤) والإباضية (٥) .

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة :

أما الكتاب فمنه : قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (٦) .

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى قسم الشهادة المقبولة ، والتي يقضى بها فى عقود المداينات والأموال وعددها فذكر شهادة الرجلين ، وشهادة الرجل مع المرأتين ولم يذكر الشاهد مع يمين المدعى ، وبالتالي لا يجوز القضاء به ، ولا يكون طريقا من طرق إثبات الأموال ، لأنه

(١) الجصاص : أحكام القرآن الكريم ج ٢ ص ٢٥١ .

(٢) القرطبى : أحكام القرآن ١٢٠٠/٢ ، الأم ٩/٧ وما بعدها ، د/ كمال جودة : توثيق الدين بالكتابة والشهادة من ص ٧٨ إلى ص ٨٧ ، د/ عبد الكريم زيدان : نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ١٦٠ ، ١٦١ .

(٣) البنابة ٤١/٨ وما بعدها ، البحر الرائق ٢٠٤/٧ ، مجمع الأنهر ٢٥٥/٢ ، الدر المنقى ٢٥٥/٢ .

(٤) الروض النضير ٣١/٣ وما بعدها ، سبل السلام ٢٣٠/٤ .

(٥) شرح النيل ١١٩/١٣ وقد جاء فيه : " ولا يجوز عند أصحابنا أن يحكم بشاهد ويمين المدعى " .

(٦) سورة البقرة من الآية (٢٨٢) .

يكون قسما زائدا على ما قسمه الله تعالى ، وزيادة على نص القرآن الكريم ، والزيادة على النص نسخ ، ، ونسخ القرآن بخبر الآحاد لا يجوز ^(١) .

وقد ناقش أصحاب القول الأول هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أن قولهم أن الزيادة في النص نسخ ، ونسخ القرآن بخبر الآحاد لا يجوز غير صحيح ، ذلك لأن النسخ رفع الحكم وإزالته ولا رفع هنا ، وإنما تقرير لحكم ثبت بالسنة ، وقد سكت عنه الكتاب فيبينته السنة المطهرة ^(٢) .

الوجه الثاني : إن القضاء في الأموال بالشاهد واليمين ، وإثباتها بذلك اتباع لله ورسوله ، وطاعة لهما ، ؛ إذ طاعة رسول الله طاعة الله ، ولما كان الأمر كذلك ، فإن إثبات الأموال بالشاهد ويمن المدعى حكم زاده الرسول ﷺ على ما جاء به القرآن الكريم ؟ ، فكان العمل به واجبا ، كما هو الحال في نهيه ﷺ عن نكاح المرأة على عمتها وعلى خالتها ^(٣) مع قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ^(٤) وكنهيه ﷺ عن أكل لحوم الحمر الأهلية ، وكل ذي ناب من السباع ، مع قوله تعالى « قل لا أجد في ما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا » ^(٥) .

وأما السنة فمنها :

(١) ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : " قال رسول الله ﷺ " البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه " ^(٦) .

(١) الجصاص : أحكام القرآن ج ٢ من ص ٢٤٧ إلى ٢٥٢ ، الإمام السرخسي : المبسوط ج ٧ ص ٣٠ مطبعة دار المعرفة بيروت ١٤٠٩ هـ ١٩٨٩ م .

(٢) الإمام القرافي : الفروق ج ٤ ص ٨٨ ، الإمام الشافعي : الأم ج ٧ ص ٩١ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٢٥٨ طبعة دار الغد العربي .

(٣) الإمام الشافعي : الأم ج ٧ ص ٩١ وما بعدها ، ابن القيم : الطرق الحكيمة ص ٦٨ وما بعدها ^(٤) سورة النساء من الآية رقم (٢٤) .

(٥) سورة الأنعام من الآية رقم (١٤٥) .

(٦) أخرجه الإمام الترمذي : سننه ج ٣ ص ٦٨ كتاب الأحكام باب ما جاء في اليمين مع الشاهد رقم ١٣٤٦ ، الدارقطني : سننه ج ٤ ص ٢١٨ كتاب الأقضية والأحكام باب المرأة إذا ارتدت رقم ٥٣ طبعة عالم الكتب بيروت ، الطبعة الرابعة ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م ، البيهقي : السنن الكبرى

ويستدل بهذا الحديث الشريف من وجهين :

الوجه الأول : إن النبي ﷺ أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة في جانب المدعى ، فلا تبقى واجبه على المدعى عليه على خلاف النص .

الوجه الثاني : أنه ﷺ جعل جنس اليمين حجة المدعى عليه ، لأنه ﷺ ذكر اليمين بسلام التعريف ، فيقتضى استغراق كل جنس اليمين ، فلو جعلت اليمين حجة المدعى ، لا يكون جنس اليمين حجة المدعى عليه ، بل يكون من الأيمان مالم يمس بحجة له ، وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص أيضا (١) .

وقد ناقش أصحاب القول الأول هذا الدليل بقولهم :

أن رسول الله ﷺ قال : " البينة على المدعى " والبينة مشتقة من البيان ، إذ البينة كل ما يبين الحق ويظهره كالشاهدين والشاهد والمرأتين ، وكذلك الشاهد واليمين ، لأنهما يبينان الحق ويظهرانه بدليل قضاء النبي ﷺ بهما (٢) .

(٢) وبما روى عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي : يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لى كانت لأبى فقال : الكندى هى أرضى فى يدى أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله ﷺ للحضرمي (ألك بينة) قال : لا ، قال : (فلك يمينه) قال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه ، وليس يتورع من شئ قال : (ليس لك منه إلا ذلك) فانطلق ليحلف ، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر (لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض " (٣) .

ج ١٠ ص ٢٥٢ كتاب الدعوى والبيئات باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ،
العسقلاني : التلخيص الحبير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(١) البدائع ٣٤٤/٦ ، البناءة ٤١/٨ وما بعدها ، المبسوط ج ١٧ ص ٣٠ وما بعدها .

(٢) القرافي : الفروق ج ٤ ص ٨٨ ، ابن القيم : أعلام الموقعين ج ١ ص ٩٠ .

(٣) الحديث أخرجه الإمام مسلم : صحيح مسلم بشرح النووي مجلد ١ ج ٢ ص ١٣١ كتاب الأيمان باب من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار رقم ٢٢٣ ، أبو داود : سننه كتاب الأيمان والنذور باب التغليظ فى الأيمان الفاجرة رقم (٣٢٤٥) ، الترمذى : سننه كتاب الأحكام باب ما جاء فى أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ج ٣ ص ٦٧ برقم (١٣٤٥) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ خير المدعى بين أمرين إما أن يحضر شاهدين ليثبت صحة دعواه أو يمين المدعى عليه ، والشاهد واليمين ليسا واحدا مما خير بينهما المدعى حتى يقضى بهما ^(١) .
وقد نوقش هذا الاستدلال :

بأنه لو كان قوله ﷺ (شاهدك أو يمينه) مانعا من الحكم بالشاهد واليمين لكان مانعا من الحكم بالشاهد والمرأتين ، ومعارضاً له ، وليس الأمر كذلك فلا تعارض بين كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ بل الكل من عند الله ^(٢) مصداقاً لقوله تعالى ﴿ ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً ﴾ ^(٣) .

الترجيح :

وبعد عرض أقوال الفقهاء في جواز الإثبات بالشاهد ويمين المدعى ، وذكر أدلة كل فريق ومناقشتها يظهر لى - والله أعلم - أن القول بجواز الإثبات بالشاهد ويمين المدعى فى الأموال هو الراجح ؛ لأن هذا القول لا يخالف حكم كتاب الله إذ ليس بين حكم الله ، وحكم رسول الله ﷺ اختلاف لأن الاختلاف لا يكون إلا إذا نهى الله تعالى عن القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعى ، ولم ينه الحق سبحانه وتعالى عن ذلك ، وإنما أثبتتها فى الكتاب فقال ﴿ فرجل وامرأتان ﴾ وأمسك ، ثم فسرت السنة ما وراء ذلك بقوله تعالى ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ ^(٤) ولما كان الأمر كذلك ، فإنه يمكن القول بجواز القضاء بالشاهد ويمين صاحب الحق فى حالة فقدان الرجلين أو الرجل والمرأتين ، أما فى حالة وجودهما فلا يصار إليهما ، لأنه لا يقضى بالأدنى مع وجود الأعلى ؛ إذ الشاهد أو الشاهدان أقوى من اليمين ، وما ذلك إلا بقصد المحافظة على حقوق الناس ، والتيسير عليهم فى معاملاتهم ، وإثباتها بما تيسر من وسائل الإثبات .

ثانياً : إثبات الوفاء بإقرار الدائن (الموفى له) :

مما لا شك فيه أنه إذا أقر الدائن (الموفى له) بأن الموفى قام بأداء الدين الذى لهذا الدائن

(١) الإمام الجصاص : أحكام القرآن الكريم ٢/٢٤٩ ، المبسوط ١٧/٣٠ .

(٢) الإمام ابن القيم : الطرق الحكيمة ص ١٣٧ .

(٣) سورة النساء من الآية رقم (٨٢) .

(٤) سورة الحشر من الآية رقم (٧) .

على المدين ، كان للموفى متى توافرت بقية شروط حلوله محل الدائن (الموفى له) أن يرجع على المدين بما وفاه لدائنه ، وأن يقوم مقام الدائن (الموفى له) فى هذا الرجوع ، وذلك لأن العاقل لا يتهم فيما يقر به على نفسه ؛ إذ الإقرار إخبار على وجه تنتفى عنه التهمة والريبة ، بالإضافة إلى أن الإقرار أكد من الشهادة لأن المقر لا يكذب على نفسه ، كما أنه حجة شرعية وإن كانت حجة شرعية قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره ، ومن ثم يؤخذ به المقر وحده دون سواء ؛ لأنه لا ولاية له إلا على نفسه (١) .

هذا : وقد ثبتت شرعية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب فمنه :

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾ (٢)

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى أمر عباده المؤمنين أن يكونوا قوامين بالقسط أى بالعدل ، وأن يقيموا الشهادة لله أى يؤدوها ابتغاء وجه الله تعالى ، ولو كانت هذه الشهادة على أنفسهم ، أى عاد ضررها على من قام بها ، وشهادة المرء على نفسه عبارة عن إقراره بالحق عليها (٣) فدل ذلك على مشروعية الإقرار .

أما السنة فمنها :

ما روى أن أبا هريرة وزيد بن خالد قالا : كنا عند النبى ﷺ فقام رجل فقال : أنشدك الله ما قضيت بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه وكان أفقه منه فقال : اقض بيننا بكتاب الله وأذن لى قال : قل ، قال : إن ابنى هذا كان عسيفا على هذا ،

(١) السرخسى : المبسوط ج ١٧ ص ١٨٤ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٨ ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٩٧ ، الصاوى : بلغة السالك ج ٢ ص ١٩٠ ، الرملى : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٦٥ ، الشربيني : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٣١ طبعة دار الغد العربى ، ابن الحزم : المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ ، الصنعانى : تنمية الروض النضير ص ٩٩ ، الطوسى : المبسوط ج ٣ ص ٢ ، العاملى : مفتاح الكرامة ج ٩ ص ٢٢٠ .

(٢) سورة النساء من الآية رقم (١٣٥) .

(٣) القرطبى : الجامع لأحكام القرآن الكريم ج ٣ ص ١٩٨٠ ، الشيخ الصابونى : مختصر تفسير

ابن كثير ج ١ ص ٤٤٧ .

فزنى بامراته ، فافتديت منه بمائة شاة وخادم ، ثم سألت رجالا من أهل العلم ، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وعلى امرأته الرجم ، فقال النبي ﷺ : " والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله جل ذكره ، المائة شاة والخادم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغدوا يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها ، فاعترفت فرجمها " (١) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

إن النبي ﷺ قبل الإقرار من هذه المرأة ، وعاملها بموجبه فى إقامة الحد عليها ، فدل ذلك على أن الإقرار حجة شرعية فى الإثبات ، لأنه لو لم يكن حجة فى الإثبات ، لما طلبه ﷺ ، وأثبت الحد به ، وإذا كان حجة فيما يندرى بالشبهات ؛ فلأن يكون حجة فى غيره من باب أولى (٢) .

وأما الإجماع :

فقد نقل بعض الفقهاء إجماع المسلمين على أن الإقرار حجة شرعية فى الإثبات من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير (٣) .

وأما المعقول :

فلأن الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب فى الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب ، لوجود الداعى إلى الصدق والصارف عن الكذب ؛ إذ إن عقله ودينه يحملانه

(١) أخرجه الإمام البخارى : تراجع ابن حجر : فتح البارى بشرح صحيح البخارى كتاب الحدود باب الاعتراف بالزنا رقم (٦٨٢٧ ، ٦٨٢٨) ج ١٢ ص ١٤٠ ط دار الريان ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م ، والإمام مسلم : صحيح مسلم بشرح النووى كتاب الحدود باب حد الزنا رقم (٢٥٤٩) ج ٢ ص ٨٥٢ ، الترمذى : سننه كتاب الحدود باب ما جاء فى درء الحد عن المعترف ج ٣ ص ١١٨ برقم (١٤٣٤) .

(٢) ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٨ ، د/ عبد الكريم الخطيب : نظام القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ١٣٦ .

(٣) وقد نقل هذا الإجماع الزيلعى : تبين الحقائق ج ٥ ص ٣ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٨ ، ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢ ، الشربيني : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٣٨ ، الرملى : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٦٥ ، المقدسى : الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٣١ .

على الصدق ويزجرانه عن الكذب ، ونفسه الأمانة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق الغير ، أما فى حق نفسه فلا ، فصار عقله ودينه وطبعه دواعى إلى الصدق زواجراً عن الكذب ، فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به ^(١) .

وبناء على ذلك ، إذا أقر الموفى له (الدائن) أنه استوفى حقه الذى له على مدينه من الموفى ، ثبت لهذا الموفى ^(٢) الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه متى توافرت بقية شروط رجوع الموفى على المدين ، وحلوله محل الدائن الموفى له فى هذا الرجوع .

ثانياً : قيام الموفى بأداء الدين وإثبات ذلك فى القانون المدنى :

وأتناول هذا الشرط فى مسألتين :

المسألة الأولى : قيام الموفى بأداء الدين :

إذا كان الأصل أن يقوم المدين بالوفاء بما يشغل ذمته من دين ، وذلك لأن المدين هو صاحب المصلحة الأولى فى إبراء ذمته مما يتقلها من التزام ، وعليه يقع عبء الوفاء به ، بالإضافة إلى أنه هو الذى يجبر على الوفاء بالتزامه ، ولذلك يتطلب القانون فى بعض الأحيان أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه بنفسه ، ومن ثم يكون للدائن أن يرفض الوفاء الصادر من الغير فى هذه ^(٣) الأحيان ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٠٨) مدنى بقولها : " فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .

ولكن فى غير هذه الحالات ، يجوز أن يقوم بالوفاء من ينوب عن المدين سواء أكانت هذه النيابة قانونية كما هو الحال فى الولى والوصى والقيم خاصة إذا كان

(١) الإمام ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٨ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٣١ .

(٢) الإمام الصاوى : بلغة السلك : ج ٢ ص ١٩١ ، السرخسى : المبسوط ج ١٨ ص ١٠٨ .

(٣) د/ جميل الشرفاوى : النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام ص ٢٥٨ وما بعدها ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٥٧ وما بعدها ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٢١٥ وما بعدها ، د/ سمير كامل : الوجيز فى الأحكام العامة للالتزام ص ٢٥٢ وما بعدها ، د/ عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٣٢٠ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٢٩ .

المدين ناقص الأهلية أو محجورا عليه ، أم كانت اتفاقية كما هو الحال فى الوكيل أو قضائية كالحارس ^(١) .

كما يجوز أن يقوم بالوفاء بالدين الذى شغلت به ذمة المدين شخص آخر غير المدين أو نائبه ، إذا لم يكن الوفاء بالدين متعينا على المدين بالذات ، وفى ذلك تقول المادة (٣٢٣) مدنى : " ١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من شخص له مصلحة فى هذا الوفاء ... ٢ - يصح الوفاء أيضا ... ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء " .

ويتضح من هذا النص أنه كما يصح أن يصدر الوفاء من المدين أو نائبه يصح أن يقع من شخص آخر غير المدين أو ونائبه ، وهذا الشخص قد تكون له مصلحة فى الوفاء بالدين بدلا عن المدين ، وقد لا تكون له مصلحة فى هذا الوفاء ، ويكون للموفى المصلحة فى سداد الدين عن المدين ، إذا كان ملزما بالوفاء به مع المدين أو عنه ، ويكون الموفى ملزما بالوفاء بالدين مع المدين ، إذا كان مدينا أو كفيلا متضامنا مع المدين ، أو مع غيره من الكفلاء الآخرين ، أو كان مدينا مع غيره فى دين غير قابل للانقسام ، أو كان كفيلا عينيا أو حائزا لعقار مرهون ، ويكون ملزما بالوفاء بالدين عن المدين إذا كان كفيلا شخصا للمدين ، ذلك لأن هؤلاء يجب عليهم الوفاء بالدين مثلهم فى ذلك مثل المدين الأصلي ، وبالتالي لا يجوز للدائن أن يعترض على الوفاء الصادر منهم ، حتى ولو اعترض عليه المدين بناء على اتفاقية مع الدائن ، ومن ثم إذا قام أحدهم بالوفاء بالتزام المدين كان له أن يجل محل الدائن فى رجوعه على المدين حلولا قانونيا ^(٢) .

(١) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٦٠ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ١٧ ، د/ عبد الوود يحى : المرجع السابق ص ٦٦١ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٧٥ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٦٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٨٦ ، د/ حسين النورى : المرجع السابق ص ١٩٥ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٧٢ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٦١ ، د/ جميل الشرفاوى : المرجع السابق ص ٢٥٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ٦٩ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٥٨ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٤٥٦ .

وقد لا تكون للموفى مصلحة قانونية فى الوفاء بالالتزام بدلا عن المدين ، ويتحقق ذلك فى حالة ما إذا كان الموفى قريبا أو صديقا للمدين أو شريكا له فى تجارة ، وأراد أن يجنب المدين إجراءات التنفيذ الجبرى على أمواله وما قد تسببه هذه الإجراءات من خسارة للمدين ، ويغلب فى هذه الحالة أن يكون الموفى بدين المدين فضوليا يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون إذن منه ، لأنه لو كان الوفاء الصادر من الموفى بإذن المدين كان الموفى وكىلا عنه ، ومن ثم لا يكون للموفى أن يحل محل الدائن فى رجوعه على المدين حلولا قانونيا فى هذه الحالة ، ولكن يجوز له أن يحل محل الدائن حلولا اتفاقيا ، وذلك إذا تم الاتفاق مع الدائن أو المدين على هذا الحلول ^(١) .

المسألة الثانية : أن يثبت أن الموفى قام بالوفاء بدين المدين :

والوفاء بالدين سواء كان صادر من المدين أو من غيره كالموفى بدلا عن المدين يثبت بأحد أمرين :

الأول : الكتابة أو ما يقوم مقامها كالإقرار واليمين الحاسمة .

الثانى : شهادة الشهود .

وسأتناول كل أمر من هذين الأمرين بكلمة موجزة .

أولا : إثبات الوفاء بالدين بالكتابة أو ما يقوم مقامها :

أ- إثبات الوفاء بالدين بالكتابة :

لما كان الوفاء بالدين يعتبر تصرفا قانونيا ، فإن إثباته يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، ومن ثم إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه فإنه يلزم إثباته بالكتابة ، أو بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين ، وقد نصت المادة ٦٠ من قانون الإثبات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م على ما يخص إثبات التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه بقولها : " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة

^(١) د/ حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٦٤ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق

ص ٣٣٠ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ١٨ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص

٢٧٥ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٤٥٦ ، د/ حسين النورى : المرجع السابق

ص ١٩٥ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٥٣ .

الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ... ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ... "

بيد أن المقنن المدنى لم يكتف بما جاء فى القواعد العامة فى إثبات الوفاء بالالتزام ، ولكنه إمعانا فى الاحتياط وتزويداً للموفى بمختلف الأدلة ، وضع أحكاما خاصة تمكن الموفى متى قام بالوفاء بكل الدين أو بجزء منه من الحصول على دليل كتابى لإثبات هذا الوفاء ، وهذا الدليل عبارة عن المخالصة التى يحصل عليها الموفى من الدائن بعد قيامه بأداء الدين ، ومن ثم إذا كان القانون يتطلب لإثبات الوفاء سندا مكتوبا ، فإن المخالصة تعد الدليل المألوف لإثبات الوفاء ، وهذه المخالصة يجب أن تكون واضحة لا غموض فيها حتى تؤدى إلى براءة ذمة المدين ، وأن يبين فيها الدائن ما تسلمه وفاءً للدين من الموفى أو المدين ، ويوقع عليها ويؤرخها ، ويكون التاريخ الثابت بها حجة ^(١) على الدائن والمدين ، وفى مواجهة الغير ، ولو لم يكن ثابتا بوجه رسمى مادة (١٥) إثبات ، ولذلك أعطى المشرع للموفى متى كان الوفاء بالدين جزئيا ، أن يطلب من الدائن أن يعطى له مخالصة بما تم من وفاء جزئى ، حتى ولو كان ما وفاه يقل عن حد الإثبات بالدليل الكتابى ، علاوة على تأشيريه على سند الدين بما استوفاه ، وقد قصد المشرع من ذلك تزويد المدين بأكثر من دليل على الوفاء ، وعلى براءة ذمته من الدين ^(٢) .

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ مجلد ٢ ص ٧٥٤ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٣٤٢ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٢٦ وما بعدها ، د/ طليبة خطاب : المرجع السابق ص ٢٩٢ وما بعدها ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٧٩ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٨٣ ، د/ حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٤٥ ، وراجع نقض مدنى بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٧ ج ١ برقم ٢٥ ص ٦٠٠ ، وقد جاء فى هذا الحكم بأن محكمة النقض قضت فيه : بأن الوفاء تصرف قانونى لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كانت قيمته تزيد عن نصاب الإثبات بغير الكتابة ، وتنص المادة ١٥/هـ - إثبات على أنه ومع ذلك لا يجوز للقاضى ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٥٤ وما بعدها ، د/ حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٤٦ ، د/ البدر اوى كتاب المرجع السابق ص ٣٤٣ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٩٦ وما بعدها ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٦٥ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٦١ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ١١٢ .

أما إذا كان الوفاء بالدين كلياً ، فقد أعطى المشرع للموفى الحق فى أن يطالب الدائن بأن يرد له السند الأصلى للدين أو أن يلغيه ، وذلك بأن يؤشر على السند بأنه قد أصبح لاغياً للوفاء بما يحتويه من دين ، وبالتالي لا يمكن التمسك به كدليل للمديونية ضد المدين ؛ إذ أن المخالصة قد تفقد من الموفى أو المدين ، فإذا ظل سند الدين بيد الدائن ولم يسترده الموفى منه أو لم يؤشر عليه الدائن بالإلغاء ، أمكن له أن يطالب المدين بالدين مرة ثانية ، اعتماداً على أن الموفى لن يستطيع أن يقدم المخالصة التى تبرئ ذمته ، ولكن إذا رد الدائن السند الأصلى للموفى أو أشر عليه بالوفاء بجزء من الدين ، امتنع على الدائن أن يطالب بالدين أو بما وفى به المدين أو الموفى مرة أخرى حتى ولو فقدت المخالصة من المدين الموفى (١) .

ولكن إذا كان سند الدين قد فقد من الدائن فعلاً أو ادعى ضياعه ، كان للموفى أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند ، ويحتفظ المدين بهذا الإقرار عوضاً عن سند الدين ، ولا يشترط فى الإقرار الصادر من الدائن أن يكون مصدقاً على توقيعاته حتى يكون حجة عليه ، ولكن التصديق يجعل المدين فى مأمن من إنكار الدائن لتوقيعه ، ومن ثم لا يكون أمامه إلا الطعن بالتزوير (٢) .

هذا : وإذا امتنع الدائن عن إعطاء مخالصة للموفى ، أو رد السند الأصلى للدين أو التأشير عليه فى حالة الوفاء الجزئى ، أو أن يكتب له إقراراً بضياعه فإن المشرع قد أعطى للموفى الحق فى أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً فيتيسر له بذلك الحصول

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٥٥ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٩٦ وما بعدها ، د/ حسام الأهوانى : المرجع نفسه ص ٤٤٦ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ٢٩٣ وما بعدها ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٦٦ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ١١٢

(٢) د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٦٦ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ١١٢ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٥٥ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٩٧ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٦٢ ، د/ حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٤٦ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٢١٠ .

على الدليل المطلوب لإثبات الوفاء بالدين للمدين ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٣٤٩) مدنى بقولها : " لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه ، مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه ، فإذا كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند ، فإذا رفض الدائن أن يعطى المدين مخالصة بما وفاه أو رد السند أو إلغائه ، جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً " .

ولكن إذا كان الوفاء بالالتزام يتمثل فى القيام بعمل أو بتسليم شئ فإن إثبات هذا الوفاء يكون بالقرائن على أساس أن محل الإثبات ينصب على واقعة مادية ظاهرة ^(٢) .

ب- إثبات الوفاء بالدين بما يقوم مقام الكتابة :

ويقوم مقام الكتابة فى إثبات الوفاء بالالتزام بالإقرار ، واليمين الحاسمة .

١- إثبات الوفاء بالالتزام بالإقرار :

الإقرار عبارة عن اعتراف الخصم بصحة واقعة مدعى بها عليه ^(٣) والإقرار رغم أنه وسيلة من الوسائل التى حددها القانون للقيام بالإثبات ، إلا أنه فى الحقيقة ليس طريقاً للإثبات ، بقدر ما هو إعفاء منه ؛ لأن الإقرار من جانب المدعى عليه (الموفى له) يجعل الواقعة محل النزاع غير متنازع فيها ، ولا تحتاج إلى إثبات ^(٤) .

^(١) د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٩٧ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ نفس الموضوع السابق ، د/ حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٤٧ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٦٦ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٤٧٥ ، مجموعة أحكام النقض ، نقض مدنى فى ١٧/٢/١٩٧٢ السنة ٢٣ ص ٢١١ .

^(٢) د/ حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٤٤٥ .

^(٣) د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام الآثار والأوصاف - الانتقال - الانقضاء - الإثبات ص ٥٧٦ ، د/ سمير تناغو : مصادر الالتزام والإثبات ص ١٢٢ ، د/ محمد لبيب شنب : دروس فى الإثبات ص ٨٩ .

^(٤) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام والإثبات ص ١٦٢ ، د/ جميل الشرقاوى : الإثبات فى المواد المدنية ص ١٧٢ ط ٢ سنة ١٩٩٠ الناشر دار النهضة العربية ، د/ عبد الودود يحى : الموجز فى قانون الإثبات ص ١٨٠ ط ١٩٧٨ دار النهضة العربية .

وإذا كان من النادر أن يقر الإنسان لخصمه بما يدعيه ، فإنه من الغالب أن يصدر الإقرار أثناء استجوابه ، سواء قررت المحكمة استجواب الخصم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، إلا أن استجواب الخصم إن كان بناء على طلب أحد الخصوم ، فإن المحكمة يكون لديها مطلق الحرية في إجابة ذلك الطلب أو رفضه حسب ظروف الفصل في الدعوى ^(١) والإقرار بالحق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، والصريح قد يكون مكتوبا وقد يكون شفويا يقر فيه من صدر منه بواقعة يعترف بصحتها ، ولا يشترط فيه شكل خاص ؛ إذ يمكن أن يستفاد من مجرد السكوت ^(٢) .

هذا : ويعد الإقرار تصرفا قانونيا ينعقد بإرادة منفردة هي إرادة المقر ، لذلك يجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني ، فيلزم أولا أن تتجه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني معين هو ثبوت الحق في ذمته ، وكذلك يلزم أن تتوافر في المقر أهلية التصرف في الحق الذي أقر به ، وأن يكون رضائه سليما من العيوب ، وبالتالي لا يرتب الإقرار أثره ، إذا صدر من عديم الأهلية أو ناقصها ، وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا وهي الغلط ، والتدليس والإكراه والاستغلال ، وإلا كان للمقر المطالبة بإبطال إقراره بعد إثبات العيب الذي شاب الإرادة ، وحتى يكون الإقرار الصادر من النائب عن المقر صحيحا ، يلزم إذا كانت النيابة قانونية أن يكون الإقرار صادرا بإذن من المحكمة ، وإذا كانت اتفاقية كما هو الحال في الوكيل أن تكون وكالته عن المقر خاصة تخول له سلطة الإقرار ، ومن ثم لا يصح الإقرار الصادر عن الوكيل وكالة عامة ؛ لأنها لا تعطى للوكيل إلا أعمال الإدارة ^(٣) وقد نصت على ذلك المادة (٧٠٢) مدني في فقرتها الأولى بقولها : " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار ... "

(١) د/ أسامة أحمد شوقي المليجي : القواعد الإجرائية للإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ٧٤ ط سنة ١٩٩٨ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٨١ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٧٣ .

(٢) نقض مدني في ١٩٧٤/٢/٢٦ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٢٥ ص ٤٢٨ .

(٣) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٦٤ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٨١ ، د/ سمير كامل : قواعد الإثبات وإجراءاته ص ١٣٧ وما بعدها ط ٢٠٠١/٢٠٠٢ م ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٧٥ .

هذا : وإذا تم الإقرار بالحق أمام القضاء ، وأثناء نظر الدعوى المتعلقة بالواقعة المعترف بها ، فإن هذا الإقرار يكون قضائيا ، ولكن إذا صدر الإقرار خارج مجلس القضاء أو في مجلس القضاء ، ولكن خلال نظر دعوى غير متعلقة بالواقعة التي حصل بها الإقرار ، فإنه يكون غير قضائي ، وسواء أكان الإقرار قضائيا أم غير قضائي ، فإن الأثر المترتب عليه هو ثبوت الحق في ذمة المقر ، وإعفاء خصمه من إقامة الدليل على ما كان القانون يوجب عليه إثباته ، إلا أن هذه الحجية قاصرة على المقر وخلفائيه ، ودائنييه ، وهذه الحجية لا تكون لا بالنسبة للوقائع القانونية سواء أكانت هذه الوقائع مادية أم تصرفات قانونية مهما كانت قيمة الحق المدعى به ، بيد أن هذه الحجية للإقرار لا تكون قاطعة ، إلا إذا تم في مجلس القضاء وأثناء نظر الدعوى المتعلقة بالحق المعترف به ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (١٠٤) إثبات بقولها : " الإقرار حجة قاطعة على المقر " ، وبناء على ذلك ، إذا أقر الموفى له بأنه استوفى الدين من الموفى ، وكان إقراره بذلك أمام القضاء ، كان هذا الإقرار حجة يثبت بها حصول الوفاء بالدين للموفى له (الدائن) مهما كانت قيمة الالتزام الموفى به وإذا تم الإقرار خارج مجلس القضاء أو أمام القضاء ، ولكن بصدد دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار ، وهو ما يعرف بالإقرار غير القضائي ، وهذا النوع من الإقرار لم ينظمه المشرع وإزاء ذلك اختلف الفقه في الأثر المترتب عليه أيكون له نفس حجية الإقرار القضائي أم لا ؟ ذهب البعض إلى أن الإقرار غير القضائي لا تكون له حجية الإقرار القضائي وبالتالي فإنه يخضع لسلطة القاضي التقديرية ، ويكون له أن يأخذ به أو يتركه وفق ما يرى له من دلالة ، بالإضافة إلى أنه يجوز الرجوع فيه في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة ، علاوة على أنه يجوز للقاضي أن يجزئه فيلأخذ بجزء منه ويترك الآخر ، وقد ذهبت محكمة النقض إلى الأخذ بهذا الرأي ^(٢) .

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ١٧٥ وما بعدها ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٣٩ وما بعدها ، د/ رضا المزغني : أحكام الإثبات ص ١٦١ وما بعدها ، د/ عبد الوود يحيى : المرجع السابق ص ١٨٤ وما بعدها ، د/ لبيب شنب : المرجع السابق ص ٩٤ وما بعدها .
(٢) د/ عبد الوود يحيى : المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٠١ وما بعدها ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٤٦ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٥٧٨ وما بعدها ، نقض مدني ١٩٤٥/١٢/٢٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس وعشرين عاما ج ١ ص ٣٤ القاعدة رقم ٦٨ .

وذهب البعض الآخر إلى أنه ليس هناك من فرق بين الإقرار القضائي وغير القضائي ، إلا فيما يتعلق بإثبات حصول كل منهما ، فإذا كان الإقرار القضائي ثابتاً لصدوره أمام المحكمة التي تفصل في النزاع المتعلق بالواقعة المقر بها ، فإن الإقرار غير القضائي يحتاج إلى أن يثبت أمام المحكمة التي تنظر الدعوى المتعلقة بتلك الواقعة ، فإذا ثبت حصول هذا الإقرار كان حجة قاطعة ، ولو أنه غير قضائي شأنه شأن الإقرار القضائي ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه ، ولا تجوز تجزئته .

وعلى ذلك إذا أمكن إثبات حدوث الإقرار غير القضائي أمام المحكمة التي تفصل في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها ، كان الإقرار غير القضائي كالإقرار القضائي تماماً ، وبالتالي يكون الإقرار غير القضائي بهذه المثابة حجة بما ورد فيه مهما كانت قيمته ، ويكون إقرار الموفى له بحصول الوفاء بالالتزام ، مهما كانت قيمته ، ولو كان هذا الإقرار غير قضائي ، مادام أمكن إثباته أمام القضاء أثناء نظر الدعوى المتعلقة بالواقعة التي يتعلق الإقرار بها حجة يثبت بها حصول الوفاء بالدين للموفى له (الدائن) ^(١) .

٢- إثبات الوفاء باليمين الحاسمة :

وأتناول اليمين الحاسمة كدليل لإثبات الوفاء بالدين في النقاط التالية :

- (١) تعريف اليمين الحاسمة .
- (٢) توجهها .
- (٣) الشروط الواجب توافرها فيمن يوجه اليمين ، وفيمن توجه إليه اليمين .
- (٤) شروط الواقعة موضوع اليمين .

١- تعريف اليمين الحاسمة :

اليمين الحاسمة هي : التي يوجهها أحد الخصمين للآخر ، بقصد حسم النزاع القائم بينهما ، إذا افتقد الدليل الذي يسمح به القانون ، لإثبات دعواه محتكماً لنزعة وضمير خصمه ^(٢) .

(١) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٠٢ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٥٧٩ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ١٢٣ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٨٧ وما بعدها ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٢ المجلد الأول - الإثبات ط ١٩٨٢ م ، الناشر دار النهضة العربية ص ٦٧٦ ، د/ أسامة المليجى : المرجع السابق ص ١٨٢ .

٢- توجيه اليمين الحاسمة :

أجاز القانون لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ولم يجز للقاضي أن يوجهها إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه ، وقد نصت على ذلك المادة (١١٤) إثبات بقولها : " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر " ، ولكن جواز توجيه اليمين الحاسمة من أحد الخصوم لا يعنى انتفاء كل دور للقاضي إذ لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة ، إلا بناءً على إذن من القاضي ، ومفاد ذلك : أنه إذا رأى أحد الخصوم توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فإنه يتقدم بطلب إلى القاضي لكي يأذن له فى توجيه اليمين ، متى توافرت شروط توجيهها ، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يرفض الإذن بتوجيه اليمين ، إلا إذا كان الخصم متعسفا فى توجيه اليمين الحاسمة ، كأن تكون الواقعة المراد تحليف اليمين عليها غير محتملة الصدق ^(١) .

٣- الشروط الواجب توافرها فيمن يوجه اليمين الحاسمة ، ومن توجه إليه :

يشترط فيمن يوجه اليمين الحاسمة ، أن يكون أهلا للتصرف فى الحق الذى ترتبط به الواقعة المراد توجيه اليمين بشأنها ؛ لأنه يترتب على أداء اليمين ممن وجه إليه أن يخسر من وجهها دعواه ، لذلك لا يجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة إلا فيما يجوز له التصرف فيه ، وقد نصت على ذلك المادة ٣/١١٥ إثبات بقولها : " ويجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه " ، ولا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يوجه اليمين الحاسمة باسم موكله ، إلا إذا وكل فى توجيهها وكالة خاصة ، بالإضافة إلى أنه يشترط فيمن يوجه اليمين أن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب التى قد تشوبها كالغلط والتدليس والإكراه فإن شابها عيب من هذه العيوب ، كان له أن يطالب بإبطال توجيه اليمين حتى ولو بعد أن يقبلها الطرف الآخر أو يحلفها ^(٢) .

(١) د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٥٣ ، د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٧٥ وما بعدها ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٠٦ ، د/ رضا المزغنى : المرجع السابق ص ٢٤١ وما بعدها ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٢٠٠ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ١٢٤ .

(٢) د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٩٩ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٥٣ ، د/ أسامة المليجى : المرجع السابق ص ١٨٤ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٠٧ .

هذا : ويجب أن تتوافر فيمن يوجه إليه اليمين الحاسمة أهلية التصرف في الحق موضوع اليمين حين أداء اليمين لا وقت توجيهه ، وعلى ذلك إذا كان من وجهت له اليمين أهلا للتصرف في الحق وقت توجيهه ، ثم حجر عليه قبل أن يحلفها فلا يجوز له أن يحلفها ، واشتراط أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين يرجع إلى أن من توجه إليه اليمين ، إما أن يحلف وإما أن ينكل وإما أن يرد اليمين ؛ ورد اليمين بمنزلة توجيهه ، فيشترط فيه أهلية التصرف ونكوله بمثابة الإقرار بالحق ولا يملكه إلا من يملك التصرف فيه ، ولذلك لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى القاصر ، إلا فيما يملك من أعمال الإدارة ، ولا إلى الولي فيما لا يملكه من أعمال التصرف إلا بإذن المحكمة ، ولا إلى الوصي أو القيم إلا عن أفعال صدرت منه شخصيا في حدود ولايته كقبضه الدين المستحق للقاصر أو المحجور عليه ، هذا بالإضافة إلى أنه يلزم أن يكون توجيه اليمين إلى الخصم الآخر شخصيا لا إلى نائبه ؛ لأن أداء اليمين يتعلق بذمة الخصم نفسه ^(١) .

٣- الشروط الواجب توافرها في الواقعة موضوع اليمين :

يشترط أن يتوافر في الواقعة التي يوجه اليمين الحاسمة بالنسبة لها الشروط التالية :

(١) ألا تكون الواقعة موضوع اليمين مخالفة للنظام العام ، ومن ثم لا يجوز أن يطلب شخص من آخر أن يحلف عن دين قمار ، كما لا يجوز أن يطلب خصم من آخر أن يحلف على حق سبق أن صدر بشأنه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، كما لا يجوز توجيه اليمين لإثبات إيجار منزل يدار للدعارة ، وكذلك لا يجوز توجيه اليمين بالنسبة لتصرف يشترط القانون فيه شكلا خاصا ، وذلك لأن الشكل الواجب في التصرف يعتبر شرطا لصحته ^(٢) .

(٢) وأن تكون تلك الواقعة محل اليمين منتجة في الدعوى ، وذلك بأن يتوقف عليها الفصل في النزاع وحسمه .

(١) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٧٥ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٩١ ، د/ رضا المزغنى : المرجع السابق ص ٢٤٤ وما بعدها ، د/ أسامة المليجي : المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى : الإثبات في المواد المدنية ص ١٩١ وما بعدها ، د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : أحكام الالتزام والإثبات ص ١٧٨ وما بعدها ، د/ أسامة المليجي : المرجع السابق ص ١٨٩ ، د/ محمد ليبب شنب : المرجع السابق ص ١٠٧ .

(٣) كما يجب أن تتعلق الواقعة محل اليمين بشخص من وجه إليه اليمين فإذا كانت الواقعة غير متعلقة بشخص من وجهة إليه اليمين ، انصبت اليمين على مجرد علمه بها ، وذلك لأن الأمر يتعلق بذمة الحالف فيلزم أن تكون الواقعة محل اليمين متعلقة بشخصه ، وبناء على ذلك ، إذا توافرت هذه الشروط جاز توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه بالوفاء ، باعتبار أنها من أدلة الإثبات المطلقة ، التي تثبت بها كل أنواع الوقائع سواء أكانت مادية أم تصرفاً قانونياً وأياً كانت قيمة الحق الموفى به أى ولو تجاوزت قيمته خمسمائة جنيه^(١) .

الأمر الثانى : إثبات الوفاء بشهادة الشهود :

لما كان الوفاء بالالتزام من قبيل التصرفات القانونية المدنية ، فإن إثبات الوفاء بشهادة الشهود بحسب الأصل ، لا يتحقق إلا إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على خمسمائة جنيه أو كان هناك اتفاق أو نص يقضى بجواز إثبات ما زادت قيمته على خمسمائة جنيه بها ، وقد نصت على ذلك المادة ٦٠ إثبات بقولها : " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " ، وكما هو واضح من النص ، فالإثبات بالكتابة بالنسبة للتصرفات القانونية التى تزيد على خمسمائة جنيه ليس من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفته ، فقد يتفق على جواز الإثبات بشهادة الشهود ، حتى ولو زادت قيمة التصرف على خمسمائة جنيه^(٢) وقد ينص القانون على مخالفة ذلك فقد يوجب الإثبات بالكتابة ، دون الخضوع لأحكامها ومن

(١) د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٥٥ ، د/ عبد الرزاق فرج ، توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٧٨ وما بعدها ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٢٠١ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٩١ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول - الإثبات ص ٧٠٩ وما بعدها ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ١٢٤ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ الإثبات ص ٤٩٣ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٨ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٣٠ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٢٣ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٠١ .

ذلك ما نصت عليه المادة (٧٧٣) مدنى بقولها : " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصيل بالبينة " .

هذا : وتقدر قيمة التصرف وقت صدوره لا وقت المطالبة به ، وبالتالي إذا كانت قيمة التصرف وقت إبرامه خمسمائة جنيه فاقل ، فإنه يجوز إثبات الوفاء به بشهادة الشهود ، حتى ولو زادت هذه القيمة وقت الوفاء به ، والمعتبر فى تقدير قيمة التصرف هو الالتزام الأصيل ، وليس بما يضاف إليه من ملحقات أو فوائد ، وبالتالي إذا تعددت الديون بين شخصين ، وكانت ناشئة من مصادر مختلفة ، فالعبرة فى الإثبات بقيمة كل دين على حدة ^(١) ، حتى ولو زادت هذه الديون مجتمعة عن خمسمائة جنيه ، فيكون إثبات الوفاء بكل منها بشهادة الشهود ، وإذا كان الوفاء بالدين قد تم على دفعات ، فالعبرة فى الإثبات بقيمة الالتزام الأصيل ، دون اعتبار لكل دفعة على حدة ومن ثم إذا كانت قيمة الدين الأصيل تزيد على الخمسمائة جنيه لزم إثباته بالكتابة ولو كان الوفاء به على دفعات تقل عن الخمسمائة جنيه ^(٢) إلا أنه يجوز استثناء إثبات ما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه بشهادة الشهود فى الحالات الآتية :

- ١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .
- ٢- وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي .
- ٣- فقد الدائن سند الكتابي بسبب أجنبي لايد له فيه .

وسأتناول كل حالة من هذه الحالات بكلمة موجزة :

الحالة الأولى : وجود مبدأ ثبوت بالكتابة :

مبدأ الثبوت بالكتابة عبارة عن كل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل

^(١) د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٠٢ ، د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٠١ وما بعدها ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ١١٢ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٥٨ وما بعدها .

^(٢) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٠٣ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٤٥٧ وما بعدها ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٨٣ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٨٩ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٠٣ .

الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال ^(١) ، وفى ذلك تقول المادة (٦٢) إثبات : " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " ، ويتضح من هذا النص أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة كان للقاضى أن يجيز الإثبات بشهادة الشهود ، فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، وحتى نكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة يلزم أن تتوافر الشروط التالية:

- (١) أن توجد كتابة .
 - (٢) وأن تصدر هذه الكتابة من الخصم .
 - (٣) وأن يكون من شأنها جعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال .
- ويمكن إيضاح هذه الشروط على النحو التالى :
- أولا : وجود ورقة مكتوبة :

يجب أن توجد ورقة مكتوبة حتى يمكن القول بوجود مبدأ ثبوت بالكتابة وأية ورقة مكتوبة تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ما دامت هذه الورقة ليست دليلا كاملا له حجتيه القاطعة بالنسبة لموضوع الدعوى ، وبالتالي لا يشترط فى هذه الكتابة شكل خاص ، فقد تكون الورقة سنداً غير موقع أو دفاتر تجارية أو مراسلات أو مذكرات خاصة أو أقوال وردت فى محضر تحقيق أو ورقة رسمية باطلة ، أو ورقة عرفية غير موقعة ، متى كانت مكتوبة بخط الدائن المستوفى للدين ، ولا يلزم أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة ، بل يجب أن يستخلص من مجموعة أوراق متفرقة حتى ولو كانت كل ورقة منها لا تكفى بمفردها لاستخلاص ذلك .

هذا : وقد تكون الورقة الواحدة دليلا كاملا على إثبات تصرف معين ، وفى نفس الوقت تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر ^(٢) .

(١) د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٠٩ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٠٠

(٢) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٣١ وما بعدها ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٢ الإثبات ص ٥٥٢ وما بعدها ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٠٦ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٠ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها ، د/ فتحي =

ثانيا : أن تكون الكتابة صادرة من الخصم الذى يحتج بها عليه .

يلزم لاعتبار الورقة الموجودة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم الذى يحتج بها عليه ، وذلك بأن تكون بخطه أو موقعة منه ، وفى حالة ما إذا كانت الورقة موقعة منه يجب ألا تكون دليلا كتابيا كاملا ، ويعتبر فى حكم الورقة الصادرة من الخصم أو الموقعة منه ، الورقة الصادرة ممن ينوب عنه سواء أكانت هذه النيابة قانونية كالولى والوصى والقيم أم اتفاقية كالوكيل بشرط أن تكون الورقة قد صدرت فى حدود النيابة القانونية أو الاتفاقية .

هذا : وقد لا تكون الورقة بخط الخصم ولا تحمل توقيعيه ، وإنما كتبت بإملائه أو أقر ما جاء بها ففى هذه الحالات وأمثالها تعتبر الورقة فى حكم الصادرة منه ، ومن هذا النوع من الأوراق الرسمية كمحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات ، فما يرد فيها من أقوال الخصوم يعتبر صادرا منهم ، ولو أنها ليست بخطهم أو بخط من يمثلهم ، وتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال . بالإضافة إلى كل ما سبق تعد الورقة المكتوبة الصادرة من الخصم المدعى بها عليه مبدأ ثبوت بالكتابة إذا قبلها ولم ينكرها أو لم يطعن عليها بالتزوير ^(١) .

ثانيا : أن يكون من شأن الكتابة الصادرة من الخصم جعل الواقعة المتنازع عليها قريبة الاحتمال ، ويقصد بهذا الشرط أن يكون من شأن الورقة المكتوبة جعل الورقة المراد إثباتها مرجحة الحصول ، ذلك لأن جواز الإثبات بشهادة الشهود فى هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص يمكن تكملته بالشهادة ، ولكن إذا كانت الورقة تتضمن نفيا قاطعا للواقعة المدعى بها ، فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقاضى الموضوع هو الذى يستقل بتقدير ما إذا كان من شأن الورقة أن تقرب احتمال صدق المدعى به من عدمه .

عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٥٣٤ وما بعدها ، د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج

: المرجع السابق ص ١١٠ وما بعدها ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ١١٦ .

^(١) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : الإثبات ص ٢١١ ، د/ عبد الحى يحيى : الموجز فى قانون

الإثبات ص ١٢١ ط ١٩٨٧ م ، د/ سمير كامل : قواعد الإثبات وإجراءاته ط ٢٠٠١/٢٠٠٢ م ص

١٠٦ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٢ ص ٥٦١ وما بعدها ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق

ص ١٠١ وما بعدها ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٥٣٥ .

هذا : وتعتبر الورقة المكتوبة الصادرة من الخصم المدعى عليه مبدأ ثبوت بالكتابة إذا أشارت إلى الواقعة المراد إثباتها ، حتى ولو كانت هذه الإشارة بطريقة سلبية ، ومن أمثلة ذلك ، أن يحضر الدائن أثناء عمل محضر جرد للتركة ولا يذكر الدين فى المحضر ، فمحضر الجرد الذى عمل أمام الدائن دون أن يذكر فيه الدين يعتبر مبدأ ثبوت بالنسبة للوفاء بالدين ؛ إذ لو كان الدين باقيا فى ذمة المورث (المدين) لما خلا منه محضر الجرد ، وقد توجد ورقة مثبتة لواقعة معينة ، ويكون لها صلة بالواقعة المراد إثباتها فثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال ، ومن أمثلة ذلك ، ورقة شطب الرهن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالدين المضمون بالرهن ، لأنه يمكن أن يستتبط منها أن الدائن قد استوفى حقه ^(١) .

٢- وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي :

إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي عند الوفاء بالدين ، فإنه يجوز إثبات الوفاء بالدين بشهادة الشهود أو القرائن ، ولو كانت قيمة الدين تزيد على خمسمائة جبيه ، وقد نصت على ذلك المادة ٦٣/أ بقولها : " يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي أ- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي " ، وكما هو واضح من هذا النص ، فإنه إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي جاز الإثبات بشهادة الشهود ، أي كانت قيمة التصرف المراد إثباته ، ولذلك سوف أتكلم عن المانع المادي والأدبي بكلمة موجزة .

أ- المانع المادي :

يكون المانع ماديا إذا وجد الدائن فى ظروف لا تسمح له بالحصول على دليل كتابي من المدين وقت نشوء الحق أو من الدائن وقت الوفاء بالدين من الموفى ، والغالب فى هذه الظروف أنها تتعلق بالدائن والمدين وبالوقت والمكان اللذين تم فيهما نشوء أو انقضاء الدين ، ومن أمثلة ذلك التصرفات التى تنشأ أو تنقضى عند الكوارث أو الحوادث المفاجئة أو الحريق أو السفر المفاجئ أو ما إلى ذلك ، وينطبق هذا الحكم أيضا على كل حالة يتعذر فيها الحصول على دليل كتابي ،

(١) د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٢ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص —

١٣٣ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٠٦ ، د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج :

المرجع السابق ص ٢١٢ ، د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٥٣٦ .

وذلك كمن يقرض صديقا له مبلغا من المال يزيد على خمسمائة جنيه قبيل السفر بالطائرة أو الباخرة ، وكذلك من يقوم بأداء ما على المدين من دين فى مثل تلك الحالات ، ولم يتمكن لضيق الوقت من الحصول على مخالصة بالوفاء أو الحصول على سند الدين ، ففى هذه الأحوال يجوز له أن يثبت ذلك الوفاء بشهادة الشهود مادام الوقت لم يتسع للحصول على المخالصة ، أو وجدت كارثة أو فيضان أو حرب ، أو غير ذلك منع من الحصول على الدليل الكتابى ، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الظروف التى تم فيها التصرف تعتبر مانعا من الحصول على دليل كتابى من عدمه ، إلا أن يبين أن هذه الظروف أدت إلى استحالة حصول الدائن على هذا الدليل ، استحالة مادية عند تسبب الاستحالة (١) .

ب- المانع الأدبى :

لا يقوم المانع فى هذه الحالة على ظروف مادية ، حالت دون الحصول على دليل كتابى ، وإنما يرجع المانع إلى اعتبارات وظروف نفسية كانت تربط بين المتعاقدين وقت نشوء التصرف ، ولم تكن هذه الظروف تسمح لأحدهما من الناحية الأدبية أن يحصل على دليل كتابى من الآخر ، ومن أمثلة الموانع الأدبية التى لا تسمح للشخص أن يطالب بدليل كتابى من المدين أو الدائن عند الوفاء بالدين صلة القرابة كالبنوة والأخوة ، وعلاقة الزوجية والمصاهرة ، وعلاقة الطبيب بالمريض ، والسيد بخادمه ، وصلة ذوى النفوذ بمن يدينون لهم بالولاء والاحترام ، ويجب أن ينظر فى هذا الصدد إلى كل حالة على حده ، فالحالات المذكورة وأمثالها لا تعتبر بذاتها موانع أدبية ، وإنما تعتبر كذلك إذا قرر القاضى وفقا لظروف كل حالة وملابستها ، أنها كافية لقيام مانع أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، وفى ذلك قررت محكمة النقض بأن " صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابى ، بل المرجع فى ذلك إلى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة " (٢)

(١) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١١٥ وما بعدها ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ١٣٦ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٠٧ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ١١٦ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٦ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٠٦ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٥٨ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٦/١٢/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى بمحكمة النقض لسنة ٢٧ ص ١٨٠١ ، وراجع أيضا د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٠٨ ، د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١١٦ وما بعدها .

وقد نصت المادة ٦٣/أ على ذلك بقولها : " يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي أ - إذا وجد مانع مادي أو أدبي ، يحول دون الحصول على دليل كتابي " .

هذا : وقاضى الموضوع هو الذى يستقل بتقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي ، دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، كل ما هنالك أنه يتعين عليه أن يسبب تقديره (١) .

٣- فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لايد له فيه :

قد يفقد السند الكتابي من صاحبه بسبب أجنبي لايد له فيه ، ثم تثور بعض المنازعات حول التصرف القانوني ، الذى يثبت بهذا السند ، وفى هذه الحالة يجد صاحب السند نفسه مجردا من الوسيلة اللازمة لإثبات حقه ، دون أن ينسب إليه أى تقصير فى فقد السند المكتوب الذى كان بيده ، ولذلك أجاز له القانون أن يثبت ما يدعيه بشهادة الشهود (٢) وقد نصت على ذلك المادة (٦٣) إثبات بقولها : " يجوز الإثبات بشهادة الشهود ، فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لايد له فيه " . وبناءً على هذا النص يُشترط لإعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل الكتابي ، إذا فقد بسبب أجنبي لايد له فيه أن يتوافر فى حقه أمران :

أولهما : سبق وجود السند الكتابي :

يتعين على من يدعى أنه قد سبق له الحصول على دليل كتابي أن يثبت أن هذا السند كان موجود فعلا ، وأنه كان مستوفيا للشكل الذى يقضى به القانون ، وأنه كان دليلا كاملا ومشملا على شروط الصحة التى يتطلب القانون توافرها فى السند ، كدليل كامل للإثبات ، خاصة إذا كان السند من قبيل المحررات المتطلبة قانونا فى التصرفات الشكلية .

(١) المراجع السابقة فى نفس المواضع ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٧ ، د/ رضا المزغنى : المرجع السابق ص ٢٢٥ وما بعدها .

(٢) د/ عبد الودود يحيى : الوجيز فى قانون الإثبات ص ١٢٨ ط ١٩٨٧ ، الناشر دار النهضة العربية ، د/ جميل الشرقاوى : الإثبات فى المواد المدنية ص ١٠٩ ، د/ فتحى عبد الرحيم : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام الآثار الأوصاف الانتقال الانقضاء الإثبات ص ٥٤١ ن د/ سمير كامل : قواعد الإثبات ص ١٠٨ ، د/ سمير تتاغو مصادر الالتزام والإثبات ص ١١٦ .

وللمدعى أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن لأن سبق وجود السند واقعة مادية ، يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ^(١) ولا يكفي أن يثبت المدعى أن السند الذى سبق وجوده كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأن القانون لا يحمى بهذا الاستثناء من جواز الإثبات بشهادة الشهود ، فيما يلزم لإثباته بالكتابة إلا من لم يقصر فى الحصول على الدليل الكتابى ، وعدم حصول المدعى على السند الكتابى يعد دليلاً على توافر التقصير فى جانبه ^(٢) .

ثانيهما : فقد السند الكتابى بسبب أجنبى :

بالإضافة إلى إثبات المدعى لسبق وجود السند الكتابى ، يجب أن يقيم الدليل على أن فقد السند الكتابى يرجع إلى سبب أجنبى لا دخل له فيه ، وهذا الفقد للسند قد ينشأ عن قوة قاهرة كحريق أو فيضان ، وقد يكون ناشئاً عن فعل الغير كما لو سلم المدعى السند إلى المحكمة فى قضية سابقة ، أو إلى المحامى ثم فقد السند من المحكمة أو المحامى ، كما قد ينشأ من فعل المدعى عليه كما لو سرقه أو انتزعه بالقوة أو بالحيلة من المدعى ، ولكن إذا كان فقد السند راجعاً إلى فعل المدعى نفسه ، فليس له أن يتمسك بحقه فى إثبات ما يدعيه بالبينة ، إذ لا يجوز له أن يستفيد من خطئه وإهماله فى المحافظة على السند الذى يثبت حقه لأن خطأه يستبعد فكرة الحادث القهرى .

هذا : وللمدعى أن يثبت أن فقد السند كان بسبب أجنبى ، لا يد له فيه بكل طرق الإثبات ، لأنه إثبات لواقعة مادية ، وإذا توفر هذان الأمران ، كان للمدعى أن يثبت التصرف بشهادة الشهود حتى ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه ^(٣) .

^(١) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : أحكام الالتزام والإثبات ص ١١٨ ، د/ محمد لبيب شنب دروس فى الإثبات ص ١٣٨ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٨ ، د/ رضا المزغنى : أحكام الإثبات ص ١٣٨ ط ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م بمطابع معهد الإدارة العامة للبحوث بالمملكة السعودية ، د/ سمير كامل : المراجع السابقة ص ١٠٨ .

^(٢) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١١٩ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٨ .

^(٣) يراجع فى هذا المعنى د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ١١٦ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٠٨ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٢ المجلد الأول للإثبات ص ٦١٠ وما بعدها ط ١٩٨٢ دار النهضة العربية ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٨ وما بعدها .

ولا يقتصر الإدعاء بفقد السند على الدائن ، كما هو ظاهر نص المادة (٦٣) إثبات ، ولكن يتناول ذلك كل من يدعى أمرا كان ثابتا بسند مكتوب ثم فقد منه السند بسبب أجنبي سواء أكان المدعى دائنا أم مدينا ، فقد يدعى المدين أو الموفى أنه وفى الدين ، وحصل على مخالصة بذلك من الدائن ثم فقدت منه ، فإذا توافرت الشروط السابقة فى حقه كان له أن يثبت ذلك بشهادة الشهود ، حتى ولو زادت قيمة الدين على خمسمائة جنيه^(١) .

ثالثا : المقارنة :

من البيان السابق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى على ضرورة اشتراط قيام الموفى بأداء الدين عن المدين فعلا ، حتى يستطيع أن يحل محل الدائن (الموفى له) فى الرجوع على المدين بما وفاه ، لأن الموفى لا يملك الدين الذى فى ذمة المدين إلا بعد أدائه عنه ، وبالتالي لا يملك الرجوع قبل الأداء ، والموفى بدين المدين يثبت له الرجوع على المدين ، متى ثبت وفاؤه بالدين عنه ، سواء أكانت له مصلحة فى الوفاء عن المدين أم لم تكن له مصلحة فى هذا الوفاء ، لأن هذا الحق يثبت فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى لكل من أدى عن غيره ديناً واجبا فى ذمته .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على إعطاء الحق للموفى بدين المدين فى أن يثبت أنه قام بالوفاء بهذا الدين للدائن بشهادة الشهود ، إلا أن القانون المدنى قد جعل شهادة الشهود وسيلة لإثبات التصرفات القانونية التى لم يبلغ نصابها خمسمائة جنيه ، فإذا بلغ نصاب هذه التصرفات الخمسمائة جنيه ، فإنه يلزم إثباتها بالكتابة ، إلا أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو حال مانع مady أو أدبى من الحصول على الدليل الكتابى أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإنه يجوز إثبات هذه التصرفات بشهادة الشهود ، ولو كان النصاب يزيد على الخمسمائة جنيه ، فى حين أجاز الفقه الإسلامى إثبات جميع الحقوق بالشهادة مهما بلغت قيمتها المالية ، وأيا كان مصدرها ، ولا تختلف هذه الحقوق من حيث جواز إثباتها إلا من حيث النصاب أى عدد الشهود .

كما يتفق الفقه الإسلامى مع القانون المدنى على أنه يجوز للموفى أن يثبت أنه قام بالوفاء بالدين عن المدين مهما بلغت قيمة ذلك الدين بالكتابة ؛ لأن الكتابة نوع من الإقرار ،

(١) د/ عبد الرازق فرج ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق هامش ٣ ص ١١٨ ، د/ رضا المزغنى :

والإقرار يكون باللفظ والإشارة والكتابة ^(١) .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه يجوز إثبات الوفاء الصادر من الموفى عن المدين بإقرار الدائن (الموفى له) ، وذلك بأن يقر الدائن أن الموفى قد أدى له الدين الذى فى ذمة المدين ، والإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره ، لأنه لا ولاية له إلا على نفسه وهو أكد من الشهادة ، لأن المقر لا يكذب على نفسه ، وعلى ذلك فالإقرار حجة يثبت بها حصول الوفاء بالدين من الموفى الدائن مهما كانت قيمة الالتزام الموفى به .

هذا : واليمين الحاسمة فى القانون المدنى تقابل اليمين التى يوجبها الفقه الإسلامى على المنكر ، إذ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وهذه اليمين يثبت بها جميع الحقوق المالية مهما كانت قيمتها .

^(١) ابن فرحون : تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الحكام مطبوع بهامش فتح العلى الملاك ج ٢ ص ٤٠ الطبعة الأخيرة لمكتبة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م .

الفرع الثانى

ملكية المال الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

حتى يكون للموفى الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه بدلا عنه ، وفى الحلول محل الدائن فى هذا الرجوع ، بالإضافة إلى قيامه بأداء الدين و ثبوت هذا الأداء ، أن يكون المال الذى أدى به الموفى دين المدين ملكا له ، وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على النحو التالى :

أولا : ملكية الموفى للمال الموفى به فى الفقه الإسلامى :

يلزم حتى يكون الوفاء بالدين صحيحا سواء أكان صادرا من المدين أم من غيره أن يكون الموفى مالكا لمحل الوفاء ، وذلك لأن المقصود من الوفاء هو نقل ملكية المال الموفى به من ذمة الموفى إلى ذمة الموفى له ، وبالتالي إذا كان الموفى غير مالك لمحل الوفاء ، فإنه لا يستطيع أن يحقق هذا المقصود .

وقد تعرض الفقه الإسلامى لشرط الملكية عند الحديث عن تصرفات الفضولى باعتبار أنه ليس بمالك ولا نائب عن المالك ^(١) ولكنهم اختلفوا بصدد الحكم على تصرفات الفضولى وأسفر هذا الخلاف عن قولين :

(١) عرف الحنفية الفضولى بأنه : " من يتصرف فى حق الغير بلا إذن شرعى " ، الإمام الشلبى : فى حاشيته على تبيين الحقائق ١٠٣/٤ ، ابن نجيم : البحر الرائق ص ١٦٠ ، وعرفه صاحب شرح فتح القدير بقوله : " والفضول جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لايعنيه ولا ولاية له فيه " ج ٦ ص ١٨٨ .

وعرفه المالكية بأنه : " الذى يبيع متاع غيره من غير ولاية ولا توكيل " ، الإمام التسولى : البهجة شرح النخبة ١٢٧/٢ ، التادوى : حلى المعاصم ١٢٧/٢ ، الخرشي : شرحه على مختصر خليل ١٨/٥ ، ابن جزى : قوانين الأحكام الشرعية ص ٢١٢ .

وعرفه الشافعية بأنه : " من ليس بوكيل ولا ولى ولا مالك " ، راجع مغنى المحتاج ١٥/٢ ، الجمل : حاشيته على شرح المنهج ٣٢/٣ ، الكهوجى : زاد المحتاج ١٥/٢ .

وعرفه الحنابلة بأنه : " الذى يتصرف للغير بغير إذنه " ، راجع مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل مادة (١٣) ص ٣٤ .

وعرفه الإمامية بأنه : " مالىس مالكا ولا ولى ولا وكىلا " ، راجع المحلى : قواعد العلامة ١٨٤/٤ وعرفه الإباضية بأنه : " من يبيع السلعة وليست فى ملكه " شرح النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ٥٣٧

القول الأول : ويذهب القائلون به إلى أن تصرف الفضولى صحيح ومنعقد ، ولكنه غير نافذ إلا إذا أجازته صاحب الحق فى التصرف ، فإن أجازته نفذ ، وإن رده بطل ، وأصحاب هذا القول هم الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية فى القديم ^(٣) والحنابلة فى رواية ^(٤) والزيدية فى الراجح عندهم ^(٥) والإمامية فى الراجح عندهم أيضا ^(٦) والإباضية فى أصح القولين عندهم ^(٧) .

^(١) الإمام الكسانى : بدائع الصنائع وقد جاء فيه : " أن تصرفات الفضولى التى لا مجيز لها حالة العقد تتعقد موقوفة على إجازة المجيز " ، الإمام البغدادى : مجمع الضمانات ص ٢٢٤ وقد جاء فيه : " إذا باع الرجل مال الغير يتوقف البيع على إجازة المالك " ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٢٣٩ ، الزيلعى : تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، الشلبى : حاشيته على تبين الحقائق نفس الموضوع ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ١٨٨/٦ .

^(٢) الشيخ/ عبد السميع الآبى الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ٥ ، وقد جاء فيه : " وإن باع شخص ملك غيره بغير إذنه صح بيعه ووقف (ملك غيره) أى بيعه والضمير للبائع (على رضا) أى المالك فإن أمضاه مضى على المشهور ، وإن رده رد وهو صحيح إن لم يعلم المشتري أن البائع فضولى بل (ولو علم المشتري) أنه فضولى فهو لازم من جهة المشتري منحل من جهة المالك " ، ابن الحسين الملكى : تهذيب الفروق ٢٣٨/٣ الفرق (١٨٥) ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٢٩/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢١٢ ، والكشناوى : أسهل المدارك ٨٧/٢ ط ١٤١٦ هـ — ١٩٩٥ م دار الكتب العلمية بيروت .

^(٣) الشيخ/ سليمان الجمل : حاشيته على شرح المنهج ٣٢/٣ حيث يقول : " وفى القديم ... أن عقده أى عقد الفضولى موقوف على رضى المالك إن أجازته نفذ وإلا فلا " ، النووى : روضة الطالبين ٣٥٣/٣ ، الكهوجى : زاد المحتاج ١٥/٢ ، الشربينى : مغنى المحتاج ١٥/٢ ، الرملى : نهاية المحتاج ٤٠٢/٣ ، الشبرايملى : حاشيته على نهاية المحتاج ٤٠٣/٣ .

^(٤) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٠٠/٤ ، المقدسى : الشرح الكبير ٢٢٣/٤ وقد جاء فيه : " إذا اشترى بعين مال غيره أو باع ما له بغير إذنه ففيه روايتان : الثانية يصح البيع والشراء ويقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل " ، البهوتى : كشاف القناع ١٥٧/٣ .

^(٥) ابن المرتضى : البحر الزخار ٣٢٩/٣ وقد جاء فيه : " وصح أى عقد الفضولى موقوفاً وأن يجيزه من له ولاية حال العقد " ، العنسى : التاج المذهب ٣٤٨/٢ .

^(٦) العاملى : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢٢٩/٣ وقد جاء فيها : " الأشهر أن تصرف الفضولى موقوف على الإجازة " ، الحلى : الجامع للشرائع ص ٢٤٦ .

^(٧) ابن أطفيش : شرح النيل ٢٣٢/٨ .

وقد استدلل أصحاب هذا القول ، بالكتاب ، والسنة ، والقياس ، والمعقول .
أما الكتاب فمنه :

١- عموم قول الحق تبارك وتعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ^(١) وقوله ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٢) وقوله سبحانه وتعالى ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ ^(٣)

وجه الدلالة من الآيات الكريمة :

بين الإمام الكاساني وجه الدلالة من هذه الآيات على المراد بقوله : " إن الله (تبارك وتعالى) شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة ، وبير ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء ، وبين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء ، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل " ^(٤) .

٢- قول الحق سبحانه وتعالى ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(٥) وقوله جل شأنه ﴿ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ ^(٦) .

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :

إن الله تبارك وتعالى أمر بالتعاون على البر والتقوى ، وتصرف الشخص في أموال غيره بغير إذنه فيه تعاون على البر ؛ لأنه ما قام بالتصرف عن المالك إلا بقصد تحقيق مصلحة ، ولذلك لم ينتظر حتى يحصل على الإذن منه خشية أن يفوت تحقيق تلك المصلحة على صاحب الشأن ، وبالتالي يكون تصرف الفضولي مشروعاً ^(٧) كما أن تصرف الفضولي

(١) سورة البقرة من الآية رقم (٢٧٥) .

(٢) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

(٣) سورة الجمعة الآية رقم (١٠) .

(٤) الإمام الكاساني : بدائع الصنائع ٢٢٢/٥ .

(٥) سورة المائدة من الآية (٢) .

(٦) سورة البقرة من الآية (١٩٥) .

(٧) الإمام الكاساني : البدائع ٢٢٢/٥ ، الإمام العدوي : حاشيته على شرح الخرشي ١٨/٥ حيث

يقول : " بيع الفضولي بلا مصلحة لربه حرام ، وإن باعه خوف تلفه أو ضياعه فغير حرام بل

ربما كان مندوباً " ، الإمام القرافي : الفروق ٢٤٣/٣ ، المكي : تهذيب الفروق ٢٤١/٣ .

يعد من قبيل الإحسان من المسلم لأخيه المسلم ، وذلك بإعانتة على ما هو خير له ،
بتحملة مؤنة مباشرة التصرف لعلمه بحاجته إليه ^(١) .

وأما السنة فمنها :

ما روى عن عروة البارقي رضى الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري له به
أضحية ، أو شاة فاشترى به شاتين ، فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له
بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه " ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن عروة رضى الله عنه باع الشاة الثانية دون إذن سابق من النبي ﷺ ، ومع ذلك لم
يحكم الرسول ﷺ ببطلان بيعه هذا ، وإنما أجاز له بدعائه له بالبركة ، فدل هذا على أن
تصرفه صحيح منتج لأثره بإجازته ﷺ ، ولو كان تصرفه باطلاً لرده النبي ﷺ وأنكره
عليه لأن الباطل ينكر ^(٣) .

نوقش هذا الدليل بما يلي :

أولاً : إن في أحد طريقي هذا الحديث من هو ضعيف ، ومن ليس معروفاً
بالعدالة ، وأن الطريق الأخرى معتلة ، وإن كان ظاهرها الصحة ، وهى أن
شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة ^(٤) .

وقد أجيب على هذا بقولهم :

إن من قال عنه إنه مجهول وهو سعيد بن زيد أخو حماد ، وثقه ابن سعد ، وقال حرب
سمعت أحمد يثنى عليه ، وأن الحديث قال عنه المنذرى والنووى : إسناده صحيح لمجيئه
من وجهين ، وقد رواه البخارى من طريق ابن عينة عن شبيب بن غرقدة ^(٥) .

(١) الإمام الشلبى : حاشيته على الزيلعى ١٠٣/٤ ، شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٨٩ .

(٢) الحديث رواه أبو داود : سننه ١٢٥٦/٣ باب فى المضارب يخالف برقم (٣٣٨٤) ، الدارقطنى :

سننه ٦/٣ كتاب البيوع برقم (٢٩) ، ابن ماجه : سننه ٨٠٣/٢ كتاب الصدقات باب الأمين يتجر

فيه فبرج برقم (٢٤٠٣) ، الترمذى : سننه ٥٥٩/٣ كتاب البيوع .

(٣) الزيلعى : تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، العينى : البناية على الهداية ٥١٦/٧ .

(٤) ابن حزم : المحلى ٤٣٧/٨ مسألة رقم (١٤٦٠) .

(٥) الشوكانى : نيل الأوطار .

ثانيا : وعلى فرض التسليم بصحة الحديث إلا أنه يحمل على أن عروة كان وكيلا بالبيع بقرينة فهمها منه ﷺ (١) .

ويجاب عن ذلك :

بأن عروة لم يكن وكيلا عن النبي ﷺ لأنه لم يكن مأمورا ببيع الشاة (٢) ، كما أن دعوى الوكالة بلا دليل ، وبالتالي لا يمكن إثباتها بغير نقل بل إن المنقول أن النبي ﷺ أمره أن يشتري له أضحية ، ولو كان وكيلا لنقل ذلك على سبيل المدح (٣) .

ثالثا : ثم لو صح حديث عروة لم يكن لهم فيه حجة لأنه ﷺ أمره أن يشتري له شاة فاشترى له شاتين ، فيصير الشراء لعروة بلا شك ، لأنه اشترى ، كما أراد هو لا كما أمره النبي ﷺ ، فيكون إما مستقرضا للدينار ليرده وإما متعديا فصار الدينار في ذمته بلا شك ، ثم باع شاة نفسه بدينار ، فصرفه إلى النبي ﷺ كما لزمه ، وأهدى إليه الشاة (٤) .
وأما القياس :

فقد قاس أصحاب هذا القول بيع الفضولى على الوصية بأكثر من الثلث بجامع أن كلا منهما ينعقد موقوفا على إجازة من له الحق في الإجازة (٥) .
المناقشة :

نوقش هذا الدليل بأنه قياس غير صحيح ؛ لأنه قياس مع الفارق ، لأن الوصية تحتل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع (٦) .
أما المعقول :

استدل أصحاب هذا القول من المعقول بالأدلة التالية :
أولاً : إن تصرف الفضولى صدر من أهله البالغ العاقل فى محله وهو المال المتقوم فوجب القول بانعقاده (١) .

(١) الإمام الشوكاني : نيل الأوطار ٣٢٧/٥ ، الشرييني : مغنى المحتاج ١٥/٢ .

(٢) الإمام الصنعاني : سبل السلام ٤٧/٣ ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٣٠/٢ .

(٣) الإمام البابرتي : العناية على الهداية ١٩١/٦ ، الإمام السرخسي : المبسوط ١٥٤/١٣ ، العالمى : مفتاح الكرامة ٥٨٤/٧ .

(٤) الإمام ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٤٣٧ مسألة رقم (١٤٦٠) .

(٥) ابن الهمام : شرح فتح القدير ١٨٩/٦ ، جلال الدين الخورازمى : الكفاية على الهداية ١٩٠/٦ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٠٠/٤ ، الشرح الكبير ٢٢٣/٤ .

(٦) الإمام بن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٠٠/٤ ، المقدسى : الشرح الكبير بذييل المغنى ، العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام ٢٩٦/٢ .

ثانياً : إن تصرف الفضولى لا ضرر فيه على المالك ؛ لأنه مخير فإذا رأى المصلحة فيه نفذه ، وإلا رده (٢) .

ثالثاً : إن القول بانعقاد تصرف الفضولى موقوف على إجازة المالك فيه منفعة له حيث يكفى مؤنة طلب المشتري ، ووفور الثمن ، وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ، ووصوله إلى البديل المطلوب له (٣) .

رابعاً : إن القول بتصحيح عقد الفضولى يؤدي إلى صون كلام العقادين عن الإلغاء والإهدار (٤) .

خامساً : أن انعقاد تصرف الفضولى موقوفاً على الإجازة يحقق الخير لكل من عباد الله من غير ضرر لأحد ، ولذلك فإنه يعتبر من قبيل التعاون على البر والتسامح والتيسير على الناس فى معاملاتهم ، ورفع الحرج والضيق عنهم (٥) .

سادساً : أن الإذن فى تصرف الفضولى ثابت دلالة ، لأن كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع ؛ إذ لا يوجد مثل هذا التصرف فى حال غيبته عادة إلا من صديق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل ما يرى لنفسه (٦) .

القول الثانى :

ويذهب أصحابه إلى أن تصرفات الفضولى تقع باطلة ، ولا تصححها الإجازة ، وقد ذهب إلى هذا القول الإمام الشافعى فى الجديد (٧)

(١) ابن نجيم : البحر الرائق ١٦٠/٦ ، قاضى زاده : مجمع الأنهر ٩٥/٢ .

(٢) الزيلعى : تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، الخورازمى : الكفاية على الهداية ١٨٩/٦ .

(٣) ابن الهمام : شرح فتح القدير ١٨٩/٦ ، الشلبى : حاشيته على الزيلعى ١٠٣/٤ .

(٤) الزيلعى : تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، شرح فتح القدير ١٨٩/٦ ، ابن نجيم : البحر الرائق ١٦٠/٦ .

(٥) شرح فتح القدير ١٨٩/٦ ، الزيلعى : تبين الحقائق ١٠٣/٤ .

(٦) الزيلعى : تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، مجمع الأنهر ٩٥/٢ .

(٧) الدمشقى : رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٣١ حيث يقول : " ولا يصح بيع ما لا يملكه

بغير إذن مالكة على الجديد الراجح من قول الشافعى " ، الشربىنى : معنى المحتاج ١٥/٢ ، الرملى

: نهاية المحتاج ٤٠١٢/٣ ، الجمل : حاشيته ٣٢/٣ .

والحنابلة في رواية ^(١) والظاهرية ^(٢) والزيدية في رأى ضعيف ^(٣) والإمامية في الرأى المرجوح عندهم ^(٤) والإباضية في قول ^(٥) .

أدلة أصحاب هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والقياس والمعقول .
أما الكتاب فمنه :

قوله تعالى « ولا تكسب كل نفس نفس إلا عليها » ^(٦) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى جعل كسب الإنسان عليه لا على غيره ، وتصرف الفضولى كسب لغيره لا على نفسه ، فكان منافيا لما تقضى به الآية الكريمة ، وبالتالي لا يكون صحيحا ^(٧)

ويناقش هذا الاستدلال من وجوه :

الوجه الأول : إن المراد من الآية تحمل الثواب والعقاب دون أحكام الدنيا .

^(١) المقدسى : الشرح الكبير مع المغنى ٢٢٣/٤ حيث يقول : " إذا اشترى بعين مال غيره أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان : أحدهما : لا يصح البيع " ، المغنى ٥٠٠/٤ ، المرداوى : الإنصاف ٢٨٣/٤ حيث يقول : " فإن باع ملك غيره بغير إذنه لم يصح وهو المذهب ، ... وعنه يصح ويقف على إجازة المالك " .

^(٢) ابن حزم : المحلى ٤٣٤/٨ حيث يقول : " ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له فى بيعه فإن وقع فسخ أبدا سواء كان صاحب المال حاضرا يرى ذلك أو غائبا ، ولا يكون سكوته رضا بالبيع طالبت المدة أم قصرت ... ولا يجوز لصاحب المال أن يمضى ذلك البيع أصلا إلا أن يتراضى هو والمشتري على ابتداء عقد بيع فيه " .

^(٣) الشوكانى : السيل الجرار ٤٩/٣ حيث يقول : " عقد الفضولى لا يصح من أصله لأن رضاه ليس هو الرضا المعتبر " .

^(٤) العاملى : اللعة الدمشقية ٢٢٩/٣ حيث يقول : " ... والقول الأخير أن تصرف الفضولى باطل " ، الحلى : الجامع للشرائع ص ٢٤٦ .

^(٥) ابن أطفيش : شرح النيل ٢٣١/٨ .

^(٦) سورة الأنعام من الآية (١٦٤) .

^(٧) ابن حزم : المحلى ٤٣٥/٨ .

الوجه الثانى : يحتمل أن يكون المراد من الآية كسب الإلزام والالتزام ، لا كسب المعونة والاستخدام ، فقد يتعاون المسلمون بحكم العادة والمروءة والمشاركة ^(١) .

الوجه الثالث : أنه وإن كان تصرف الإنسان له بحسب الأصل إلا أنه يجوز له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وهنا جعله لغيره فيعتقد موقوفا على الإجازة ^(٢) .
وأما السنة فمنها :

(١) ما روى عن حكيم بن حزام أنه قال : قلت : يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه ، ثم أبتاعه من السوق فقال ﷺ : " لا تبع ما ليس عندك " ^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ نهى حكيماً رضى الله عنه عن بيع ما ليس عنده أى ما ليس فى ملكه ومقدوره ، ولما كان الفضولى يبيع ما ليس عنده أى ما لا يملكه كان بيعه منهياً عنه بنص الحديث الشريف ، والنهى يقتضى البطلان ، فكان تصرف الفضولى باطلاً ^(٤) .

ويناقش هذا بما يلى :

(١) أن البيع المنهى عنه فى هذا الحديث هو البيع المطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والكامل هو البيع البات اللازم النافذ ، ومن ثم فلا اتصال له بمحل النزاع ^(٥) .
(٢) كما أن المراد من النهى فى الحديث الشريف النهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده لنفسه لا لغيره ^(٦) .

(١) ابن العربى : أحكام القرآن ٧٧٢/٢ وما بعدها ، القرطبى : أحكام القرآن ٢٥٩٢/٤ وما بعدها .

(٢) الكاسانى : بدائع الصنائع ٢٢٤/٥ .

(٣) الحديث رواه أبو داود : سننه فى كتاب البيوع برقم (٣٥٠٣) ج ٢ ص ٢٨٣ ، الترمذى فى كتاب البيوع برقم (١٢٣٢) ج ٣ ص ٥٣٤ ، النسائى : سننه فى كتاب البيوع برقم (٤٦١٣) ج ٧ ص ٢٢٨ ، ابن ماجه : سننه فى كتاب التجارات ٧٣٧/٢ برقم (٢١٨٧) ، هذا : وقد صححه النسائى وحسنه الترمذى راجع المواضع المذكورة .

(٤) الحاوى الكبير ٣٢٨/٥ ، المجموع ٢٦٢/٩ ، نيل الأوطار ١٨٩/٥ .

(٥) العناية على الهداية ١٩٠/٦ وما بعدها ، شرح فتح القدير ١٨٠/٦ ، مفتاح الكرامة ١٨٧/٤ .

(٦) ابن رشد : بداية المجتهد ١٣٠/٢ ، الحيمى : الروض النضير ٤٣/٣ ، العاملى : مفتاح الكرامة ١٨٧/٤ .

(٣) وأيضاً قد يكون المراد من النهى الوارد فى النص الشريف ؛ أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده ثم يشتريه من السوق ، ثم يسلمه بحكم البيع السابق على دخوله فى ملكه ، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال ولا يسبق حكمه سببه ^(١) وبالتأمل يتبين أن النهى الوارد فى هذا النص خاص ببيع المعدوم ، ولا يدخل فيه بيع الفضولى ، لأن بيع الفضولى ينعقد موقوفاً على شئ موجود ، فكان الحديث خارجاً عن محل النزاع ^(٢) .

(٢) وبما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : " لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك " ^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبى ﷺ نفى وقوع التصرف الصادر من الإنسان فيما لا يملكه ، ولم يفصل بين الموقوف على الإجازة أو الرد أو غيره ، فكانت تصرفات الإنسان فيما لا يملكه غير صحيحة ، والفضولى يتصرف فيما لا يملك فيكون تصرفه باطلاً ، وذلك لأن تصرفاته فاقدة للشرط والسبب ، أما السبب فلأن جواز التصرف فى العقود يتطلب حلول الملك ، وهو سبب وعلة للتصرف ، وأما الشرط فلعدم القدرة على التسليم ^(٤) .

ويناقش هذا بما يلى :

أولاً : بأنه إن أريد به لا شئ من الثلاثة لازم قلنا بموجبه ، وإن أريد لاشئ منها صحيح حملناه على ما قبل الإجازة ، لأن العام فى الأشخاص مطلق فى الأحوال

(١) ابن الهمام : شرح فتح القدير ١٨٨/٦ .

(٢) د/ عبد المجيد مطلوب : الفضالة دراسة مقارنة ص ٣٨ طبعة ١٤١٣هـ ١٩٩٣م ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة .

(٣) وهذا الحديث رواه ابن ماجه : سننه كتاب الطلاق برقم (٢٠٤٧) ج ١ ص ٦٦٠ ، الترمذى :

سننه كتاب الطلاق ج ٣ ص ٤٨٦ برقم (١١٨١) وقال : حديث حسن ، وهو أحسن شئ روى

فى هذا الباب ، وأبو داود : سننه كتاب الطلاق رقم (٢١٩٠)

(٤) النووى : المجموع ٢٦١/٩ ، العاملى : مفتاح الكرامة ١٨٥/٤ .

سلمنا بعمومه فى الأحوال لكنه معارض بحديث عروة البارقى (١) .

ثانيا : كما أن النفى ورد على تصرفات تنتج آثارها فى الحال ، وتصرفات الفضولى لا تنتج آثارها فى الحال بل تتعقد موقوفة على الإجازة (٢) .

وأما القياس :

فقياس تصرفات الفضولى على بيع السمك فى الماء ، والطير فى الهواء ، والحيوان فى الصحراء بجامع أن كلا منهما غير مقدور على تسليمه ، فيكون باطلا (٣) .

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق ، ذلك لأن بطلان بيع السمك فى الماء ، والطير فى الهواء يرجع إلى انعدام محل العقد ، أما بيع الفضولى فمحلّه موجود ، ولكن لما كان هذا المحل مملوكا لغير البائع توقفت آثار العقد على إجازة المالك الحقيقى (٤) .

وأما المعقول :

لما كان التصرف الصادر من الفضولى قد صدر عن شخص ليست له ولاية إبرامه شرعا ، وولاية إصدار التصرف ، شرط لوجوده شرعا ، كالأهلية ، وهذه الولاية إما أن تكون بالملك أو بالإذن من المالك ، والفضولى ليس مالكا لما يتصرف فيه ، ولا مأذونا بالتصرف من المالك ، وبالتالي لا يكون لتصرفه وجود ولا يترتب عليه شئ من آثاره فيكون باطلا (٥) .

ويمكن أن يناقش هذا :

بأن الولاية ليست شرطا من شروط انعقاد التصرف ، ولكنها شرط من شروط نفاذه ، وعدم وجود شرط النفاذ لا يترتب عليه بطلان التصرف ، ولكن يترتب عليه وقف نفاذه

(١) الحسين المكى المالكى : تهذيب الفروق ٢٤١/٣ .

(٢) د/ عبد المجيد مطلوب : المرجع السابق ص ٣٩ .

(٣) الماوردى : الحاوى ٣٢٩/٥ ، النووى : المجموع ٢٦٣/٩ .

(٤) ابن الهمام : شرح فتح القدير ١٨٩/٦ ، وقد جاء فيه : " بخلاف بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء لا يجوز لعدم المحل ، فإن الطير ليس بمملوك أصلا قبله ، وماليس بمملوك لأحد لا يكون محلا للبيع " .

(٥) الشيخ / زكريا الأنصارى : المنهج بهامش حاشية الجمل ٣٢/٣ ، الشربينى : مغنى المحتاج ١٥/٢

، الكهوجى : زاد المحتاج ١٥/٢ .

على الإجازة ممن يملكها ، بالإضافة إلى أن تصرف الفضولى قد صدر من أهله مضافا إلى محله ، فوجب القول بانعقاده صحيحا ، لأنه لا ضرر فيه على المالك ، طالما كان مخيرا فى إجازته أو رده ^(١) .

الترجيح :

وبعد عرض أقوال الفقهاء فى حكم تصرفات الفضولى وأدلة كل رأى ، وما ورد عليها من مناقشات يبدو لى - والله أعلم - أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائل بان تصرف الفضولى ينعقد صحيحا ، ولكنه يكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن فيه ، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض الصحيح ، ولأن القول بصحة تصرفات الفضولى ، وأنها موقوفة على إجازة صاحب الحق فى القيام بها يؤدى إلى التيسير على الناس فى معاملاتهم وتحقيق مصالحهم ، وإعانة بعضهم لبعض مصداقا لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ^(٢) بما لا ضرر فيه لأحد ^(٣) وفى ذلك يقول صاحب تهذيب الفروق : " ظاهر كلام الطراز الجواز أى جواز تصرف الفضولى لحديث عروة البارقي ... والمراد بالجواز النذب لقوله تعالى « وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى » ^(٤) .

ثانيا : ملكية الموفى للمال الموفى به فى القانون المدنى :

إذا كان محل التزام المدين هو نقل حق عينى على شئ كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فإن المقنن المدنى قد اشترط لكى يكون هذا الوفاء صحيحا أن يكون الموفى سواء

^(١) الزيلعى : تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، الشلبى : حاشيته على تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، البابرتى : العناية على الهداية ١٨٩/٦ ، المرغناني : الهداية ٦٨/٣ .

^(٢) سورة المائدة من الآية رقم (٢) .

^(٣) يراجع فى ذلك ابن الهمام : شرح فتح القدير ١٨٦/٦ ، الشبراملى : حاشيته على نهاية المحتاج ٤٠٤/٣ حيث وجه القول بجواز الإقدام على بيع الفضولى على المذهب القديم بما نصه : " ويوجه بأنه لا ضرر على المالك فيه لأنه لم يتصرف فى أى شئ من أمواله ، ولا ألزم ذمته بشئ ، وقد يكون فى ذلك مصلحة لمن يقع له العقد " ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ٤٥٢ وما بعدها حيث يقول : " وتصرف الفضولى تحته أقسام : القسم الأول : أن تدعوا الحاجة إلى التصرف من مال الغير أو حقه ويتعذر استئذانه إما للجهل بعينه أو لغيبته ، ومشقة انتظاره ، فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الإجازة " .

^(٤) سورة المائدة من الآية رقم (٢) .

أكان هو المدين أم غيره مالكا للشيء الموفى به ، وقد نصت على ذلك المادة (١/٣٢٥) بقولها : " يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به ... " وقد اشترط المقتنن المدنى ذلك ، لأن الهدف من الوفاء هو إبراء ذمة المدين من الدين ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الموفى مالكا للشيء الموفى به حتى يتمكن من نقل ملكيته للدائن ، وبالتالي إذا لم يكن الموفى مالكا للشيء الموفى به ، فلن يستطيع أن ينقل ملكيته للدائن ، فيظل الالتزام قائما فى ذمة المدين ولا يتحقق الهدف من الوفاء ومن ثم يكون الوفاء غير صحيح ^(١) .

وإذا كان القانون المدنى يشترط لى يكون وقوع الوفاء صحيحا من الموفى ، أن يكون مالكا للشيء الذى وفى به ، فإنه يثور التساؤل عن حكم الوفاء الصادر من الموفى غير المالك للشيء محل الوفاء ؟ اختلف فقه القانون المدنى فى الإجابة عن هذا التساؤل و أسفر هذا الخلاف عن اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى أن الوفاء الصادر من غير المالك للشيء الموفى به يكون باطلا بطلانا نسبيا .

وقد استدلوا على ذلك : بالقياس على بيع ملك الغير ، بجامع أن كلا منهما نقل لملكية شيء غير مملوك ، وذلك لأن المشرع رتب البطلان النسبى على بيع ملك الغير ، وقد نصت على ذلك المادة (١/٤٦٦) مدنى بقولها : " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات ، وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ، ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل " .

الاتجاه الثانى : ويرى الذاهبون إليه أن الوفاء الصادر من غير المالك يكون باطلا بطلانا مطلقا .

(١) د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ١٤ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٢ ، د/ حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٦٥ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق الأحكام ص ١٧٧ ، د/ أنور سلطان ، د/ عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٣٢٤ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٢ ، د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٨٣ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٧٧ ، د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٣٢٤ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٤٩ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٨٨ ، د/ عبد الوودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٦٣ ، د/ سمير كامل : الأحكام هامش رقم (٢) ص ٢٥٤ .

وحجتهم فى ذلك : أنه لما كان الوفاء بالالتزام تصرفاً قانونياً ، فإنه لا يقع صحيحاً إذا لم يكن الموفى مالكا لمحل الوفاء ، بالإضافة إلى أنه إذا كان الموفى غير مالك للشيء الموفى به استحال عليه أن ينقل ملكية هذا الشيء إلى الموفى له ؛ لأنه غير مالك له ، فينعدم بذلك أحد شروط التصرف القانونى ^(١) .

إلا أنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه وذلك لما يلى :

أولاً : أن القول بأن الوفاء الصادر من غير المالك باطل بطلاناً مطلقاً لا يتفق وما أورده القانون من أن صاحب المصلحة فى المطالبة بإبطال هذا الوفاء هو الدائن (الموفى له) فقط مادة (١/٤٦٦) بالإضافة إلى أن القول بأن الوفاء الصادر ممن ليس مالكا باطل بطلاناً مطلقاً يعطى الحق لكل ذى شأن فى إبطال التصرف أن يطالب به ، والأمر على خلاف ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٦٦) فى فقرتها الأولى أيضاً .

ثانياً : أن هذا القول يتصادم وصريح نص المادة (١/٤٦٧) والتي بمقتضاها ينقلب العقد صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى فى حين أن البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة ، ولما كان صاحب المصلحة فى المطالبة بإبطال الوفاء الصادر من غير المالك وهو الدائن ، فإنه يجب عليه إذا تمسك بالبطلان أن يرد ما أخذه ، بمقتضى الوفاء الذى تمسك بإبطاله ولا يمنعه من التمسك بإبطال الوفاء غير الصحيح ، أن يكون قد تملك الشيء الموفى به ، بناء على سبب آخر غير الوفاء ، كما لو كان هذا الشيء منقولاً وتملكه بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، أو عقاراً وتملكه بالتقادم القصير إذا كان حسن النية ، لأنه قد يأتى عليه ضميره أن يتمسك بهذه الحيازة ، أو ذلك التقادم ، ويكون له أن يرد الشيء الموفى به على صاحبه ، وأن يطالب الموفى بالوفاء مرة ثانية ^(٢) .

وإذا كان نص المادة (١/٤٦٦) قد أعطى للدائن الحق فى المطالبة بإبطال الوفاء الصادر من غير المالك باعتباره صاحب المصلحة فى المطالبة به ، فهل يحق للموفى أن يتمسك

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٣٤ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٦٣

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٣ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٢٦ ، د/

فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٣٢ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٤٣ ، د/

عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٦٢ وما بعدها ، د/ ياسين يحى : المرجع السابق ص ١٤٩

، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ٩٧ ، د/ إلياس ناصيف : المرجع السابق ص ١٣٢ .

ببطلان الوفاء استنادا إلى أن الشيء الذى وفى به الدين غير مملوك له ، وبالتالي يستطيع أن يسترد ما وفاه من الموفى له أم لا ؟

اختلف فقه القانون المدنى فى هذا الشأن ، وقد تبلور اختلافهم هذا فى اتجاهين :
الاتجاه الأول : ويرى القائلون به أنه ليس للموفى أن يتمسك ببطلان الوفاء الصادر منه بشئ غير مملوك له ، ليسترد ما وفى به ، وذلك لأن طلب إبطال الوفاء قاصر على الدائن قياسا على بيع ملك الغير (١) .

الاتجاه الثانى : ويرى أصحابه أنه يحق للموفى أن يتمسك بالبطلان ليسترد ما وفى به بشرط أن يسلم للدائن بدلا منه شيئا معادلا له تماما قبل أن يسترده ، وقد استدلوا على ذلك : بأن هذا القول يستند إلى قواعد العدالة ، وذلك لأنه فى جواز استرداد الموفى لما وفاه من الدائن تصحيح للوفاء غير الصحيح ، الذى قام به من قبل ، بالإضافة إلى أنه ليس للدائن مصلحة فى منع المدين من تصحيح العمل الخاطئ الذى قام به ، وبالتالي يجب عليه أن يرد له الشيء الموفى به والغير مملوك للموفى بعد أن يأخذ ما يعادله ، وهذا حكم للعدالة فيه وجه ظاهر (٢) .

هذا : وقد انتقد البعض هذا الرأى بأنه : لا يمكن الأخذ به فى ظل القانون المدنى المصرى ؛ إذ أنه لم يرد فيه ما يعطى للمدين الحق فى أن يتمسك بهذا البطلان (٣) وإذا كان من حق الدائن أن يتمسك بالبطلان ، فإنه يجب أن يكون الشيء الموفى به ما يزال باقيا فى يده ، أما إذا كان الدائن قد استهلكه أو اختلط بملكه اختلاطا لا يمكن تمييزه ، وكان الدائن حسن النية ، فليس له أن يتمسك بهذا البطلان ، وبالتالي يصبح مستوفيا لحقه ، وليس له أن يطالب بالوفاء مرة أخرى (٤) .

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٣ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٦٣ ، د/ السنهورى : الموجز ص ١١٢١ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٢٦ ، د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٨٣ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٣٤ .
(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ هامش رقم (٤) ص ٧٦٣ وما بعدها ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٢٦ .

(٣) د/ أحمد حشمت أبو شنب : المرجع السابق ص ٥٦٨ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ٩٧

(٤) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٤ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٤٩ .

وإذا لم يكن من حق المالك الحقيقي للشئ الموفى به أن يتمسك بإبطال الوفاء الحاصل من الموفى غير المالك ، لأنه ليس طرفا فى هذا التصرف ، فإن له أن يرجع على الدائن بدعوى الاستحقاق إذا كان حائزا للشئ الموفى به ولكن إذا لم يستطع المالك الحقيقي للشئ الموفى به أن يسترده من الدائن ، لأنه قد استهلكه أو اختلط بملكه اختلاطا لا يمكن تمييزه ، وكان الدائن حسن النية وقت تسلمه لذلك الشئ ووقت استهلاكه أو اختلاطه بملكه ، فإنه لا يكون له أن يرجع على الدائن بدعوى الاستحقاق ، لأن الشئ لم يعد موجودا كما لا يحق له أن يرجع على الدائن بدعوى تعويض لأنه حسن النية ، وإنما يرجع على الموفى ، إما بدعوى التعويض إذا كان سئ النية أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية ^(١) .

وإذا كان الحق فى المطالبة بإبطال الوفاء الصادر من غير المالك قاصرا على الدائن فإنه لا يجوز للمالك الحقيقي أن يطالب به ، ولكن هذا لا يحول دون حق المالك فى إقرار هذا الوفاء ، وبالتالي ينقلب هذا الوفاء صحيحا ، وتنتقل ملكية الشئ الموفى به إلى الدائن وتبرأ ذمة المدين ، وذلك لأنه وإن كانت إجازة الدائن للوفاء الصادر من غير المالك تزيل بطلانه ، فإنها لا تسرى فى حق المالك الحقيقي إلا إذا أقرها ^(٢) .

^(١) د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٢٧ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٥ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٤٩ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ٣٦٤ .

^(٢) د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٤٩ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٢٧ .

ثالثا : المقارنة :

بعد عرض موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من شرط ملكية الموفى للمال الموفى به يتبين أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أن الوفاء الصادر من غير المدين بمال غير مملوك له لا يكون صحيحا ، ولا تبرأ به ذمة المدين ، ولكنه يكون موقوفا على الإجازة وفقا للرأى الراجح فى الفقه الإسلامى ، وباطلا بطلانا نسبيا فى فقه القانون المدنى وفقا للرأى الراجح - أيضا - ، كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن صاحب الحق فى إجازة الوفاء الصادر من غير المالك للشئ الموفى به هو المالك الحقيقى له .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن الخلاف السابق فيهما حول حكم الوفاء بمال مملوك لغير الموفى مبنى على الخلاف حول هل يعتبر شرط ملكية المتصرف لمحل التصرف شرط نفاذ أم شرط انعقاد ؟

كما يتفق الفقهاء فى أن تقرير هذا الشرط يرجع إلى كون الوفاء يعد تصرفا وفقا للقول الراجح فيهما .

إلا أن فقه القانون المدنى قد اختلف مع الفقه الإسلامى فى أن الفقه الإسلامى قد جعل الوفاء الصادر من غير المالك للشئ الموفى به موقوفا على إجازة المالك الحقيقى لهذا الشئ فإن أجازته صح ، وإن لم يجزه بطل ، ولم يعط القانون المدنى للمالك الحقيقى للشئ الحق فى التمسك ببطلان الوفاء بمال مملوك له بحجة أنه ليس طرفا فى التصرف (الوفاء) ، فى حين جعل له الحق فى إجازته ، وكان الأولى بالمشرع الوضعى أن يتبع ما ذهب إليه الراجح فى الفقه الإسلامى ، ويقرر أن الوفاء الصادر من غير المالك للشئ الموفى به ، يكون موقوفا على إجازة المالك الحقيقى ، وذلك لأنه أعطى للمالك الحقيقى للشئ الموفى به حق الإجازة مع ما يترتب عليها من انتقال ملكية الشئ الموفى به إلى الدائن ، فلأن يعطيه الحق فى التمسك بالبطلان ، حتى يحتفظ بملكيته للشئ الموفى به متى رأى المصلحة فى ذلك من باب أولى .

الفرع الثالث

أهلية الموفى للوفاء بالدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

يلزم لكى يكون الوفاء الصادر من الموفى صحيحا مرتبا أثره ، وهو رجوع الموفى على المدين بما وفاه عنه حالا فى ذلك محل الدائن ، بالإضافة إلى قيامه بأداء الدين ، وثبوت ذلك ، وملكية الموفى للمال الموفى به ، أن تتوافر فى حقه الأهلية اللازمة للوفاء بالدين وسوف أبين ذلك فى الفقه الإسلامى ثم فى القانون المدنى على النحو التالى :

أولا : أهلية الموفى للوفاء بالدين فى الفقه الإسلامى :

لما كان الوفاء يعتبر تصرفا شرعيا ، فإنه يلزم أن يكون الموفى أهلا للتصرف ، ولزوم توافر شرط الأهلية ليس قاصرا على الموفى فحسب ، بل يجب أن يتوافر فى الموفى له ، بأن يكون أهلا للاستيفاء أى القبض ، حتى يترتب على الوفاء الصادر من غير المدين أثره ، وهو حلول الموفى محل الدائن فى الرجوع على المدين ، وفى ذلك يقول الإمام الغزالى : " وشرطه التكليف فلا عبارة لصبي ولا مجنون بإذن الولي ودون إذنه ، وكذلك لا يفيد قبضها الملك ... ولا تعين الحق فى استيفاء الدين " ^(١) ويقول الإمام الزركشى : " ... القبض والإقباض تعتبر فيه الأهلية " ^(٢) ويقول الإمام ابن رشد : " فإنه يشترط فيهما ... أن يكونا بالغين ، وأن يكونا غير محجور عليهما أو على أحدهما " ^(٣) .

ويقول ابن عابدين : " وشرطه أهلية المتعاقدين - أى بكونهما عاقلين - " ^(٤) .

وبناء على ذلك سوف أتناول الأهلية بشئ من التفصيل المناسب وذلك عن طريق تعريفها ، وبيان أقسامها ، والأثر المترتب على عدم توافرها أصلا بفقدانها أو نقصانها ، وذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

(١) الإمام الغزالى : الوجيز ص ١١٠ طبعة دار الفكر بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

(٢) الإمام الزركشى : المنثور فى القواعد ج ٢ ص ٣٠٠ وزارة الأوقاف بالكويت .

(٣) ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٩ طبعة دار الفكر بيروت .

(٤) ابن عابدين : حاشيته د/ المختار على الدر المختار ج ٥ ص ٨ طبعة دار الفكر بيروت

أولاً : فى الفقه الإسلامى :**تعريف الأهلية :**

أ- فى اللغة : الأهلية مصدر صناعى للفعل (أهل) والمصدر الصناعى يفيد العموم ، ويراد بها فى اللغة الصلاحية مطلقا ، فيقال أهل الأمر ولاته الذين يصلحون له ، وفلان أهل لهذا الأمر إذا كان صالحا له ، وهو أهل لكذا : أى مستوجب له ، ومنه قوله تعالى ﴿ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ﴾ (١) .

ب- فى الاصطلاح : عرف الأصوليون الأهلية بأنها " عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه " (٢) أو هى صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا (٤) .

وهى الأمانة التى أخبر الله تعالى بحمل الإنسان إياها ، وفى ذلك يقول الله تعالى ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾ (٥) .

(١) سورة الفتح من الآية رقم (٢٦) ، ويراجع الجرجاني : التعريفات ص ٣٣ ، الفيومى :

المصباح المنير ج ١ ص ٢٨ ، المعجم الوجيز ص ٢٩ ، المعجم الوسيط ج ١ ص ٣٠ ، الرازى : مختار الصحاح ص ٣١ ، الفيروز ابادى : القاموس المحيط ج ٣ ص ٣٢١ .

(٢) أمير باد شاه : تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٤٩ ، ابن نجيم : فتح الغفار شرح المنار ج ٣

ص ٨٩ ط الحلبي ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م ، صدر الشريعة : التوضيح ج ٢ ص ٣٣٧ ط دار الكتب العلمية ١٤١٦هـ .

(٣) نظام الدين الأنصارى : فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ١٥٦ ط المطبعة

الأميرية ببولاق مصر المحمية ١٣٢٢هـ

(٤) صدر الشريعة : التوضيح ٣٣٧/٢ .

(٥) سورة الأحزاب الآية رقم (٧٢) .

أقسام الأهلية :

قسم الأصوليون الأهلية إلى قسمين :

أهلية وجوب ، وأهلية أداء ، وفى ذلك يقول الإمام البزدوى : " الأهلية ضربان : أهلية وجوب ، وأهلية أداء " (١) .

(١) أهلية الوجوب :

وعرفها الأصوليون بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه (٢) أو بأنها : " صلاحية الإنسان لأن يكون له حقوق وعليه واجبات " (٣) ، وقد قسمها الأصوليون إلى قسمين أيضا : ناقصة وكاملة ، فأهلية الوجوب الناقصة عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له فقط ، وهذه الأهلية تثبت للجنين وهو فى بطن أمه ، والسبب فى ثبوت أهلية الوجوب الناقصة للجنين يرجع إلى اعتبارين :

الاعتبار الأول : أنه يتبع أمه إذ إنه جزء منها ، فينتقل بانئقالها ، ويقر بقرارها ويعتق بعقها ويرق باسترقاقها ، فحكم بعدم ثبوت الذمة له ، وبالتالي تنتفى عنه أهلية الوجوب .
الاعتبار الثانى : أنه نفس مستقلة بحياة خاصة ، وستفصل هذه النفس عن الأم ، وتصير إنسانا قائما بذاته (٤) ، فالشارع نظر لهذين الاعتبارين ، فلم ينف عن الجنين أهلية الوجوب نفيا مطلقا ، ولم يثبتها له إثباتا كاملا ، وإنما أثبت له ذمة ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق دون بعضها الآخر ، وبذلك كانت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، وبمقتضى هذه الأهلية الناقصة للجنين صار صالحا للوجوب له لا عليه ، فتثبت له الحقوق النافعة له نفعاً محضاً التى لا تحتاج إلى قبول كالميراث ، والوصية ، والنسب ، أما الحقوق التى تحتاج إلى قبول كالشراء والهبة فلم تثبت له ، لأنه ليست له عبارة ، وليس

(١) البزدوى : أصوله ج ٤ ص ٢٣٧ ط دار الكتاب العربى بيروت بالأوفست ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤ م

(٢) المراجع المذكورة بهامش (٢) .

(٣) الشيخ البرديسى : أصول الفقه ص ١٣١ .

(٤) أمير باد شاة : تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٥٠ ط دار الفكر ، ابن نجيم : منح الغفار ٩٠/٣ ،

البرديسى : أصول الفقه ص ١٣٢ وما بعدها ، الشيخ/ زكريا البرى : أصول الفقه الإسلامى

ص ٢٩٣ ط مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٧ الناشر دار النهضة العربية ، الشيخ/ على حسب الله

: أصول التشريع الإسلامى ص ٤٠٤ وما بعدها الطبعة السادسة سنة ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م ، د/ عبد

الكريم زيدان : الوجيز ص ٩٦ .

له ولي ولا وصى يقوم مقامه فى ذلك ، وكذلك لم يثبت عليه شئ من الحقوق لغيره ، كنفقة أقاربه المحتاجين وغيرها ؛ لأنه غير صالح للوجوب عليه ^(١) .

وأهلية الوجوب الكاملة : عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له ، وثبوت الالتزامات عليه ^(٢) أو عن صلاحية الشخص ، لأن تثبت له الحقوق والواجبات ^(٣) وهذه الأهلية تثبت للإنسان من حين ولادته وانفصاله حيا ، فلإنسان حين يولد يصلح لاكتساب الحقوق ، وتحمل الواجبات إما أصالة وذلك بعد بلوغه ، وإما نيابة وذلك قبل بلوغه ^(٤) .

(٢) أهلية الأداء :

وهذا النوع من الأهلية يقصد به أهلية التعامل أو المعاملة ، بمعنى أن يكون لدى الشخص قدرة على اكتساب الحقوق بناءً على تصرفاته ، وإنشائها لغيره بمقتضى هذه التصرفات ، وقد عرف الأصوليون أهلية الأداء بأنها : " عبارة عن صلاحية الإنسان لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا " ^(٥) .

أو بأنها : عبارة عن صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعا أقواله وأفعاله ^(٦) ومناطق هذه الأهلية كمال العقل والبدن ، فإذا كان العقل كاملا كانت أهلية الأداء كاملة ، وإن كان ناقصا كانت ناقصة ، وإن كان العقل مفقودا كانت أهلية الأداء ناقصة ،

(١) تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٥٠ ، الشيخ عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه ص ١٥٥ ، الشيخ/ زكريا البرديسى : أصول الفقه ص ١٣٢ وما بعدها ، د/ عبد الكريم زيدان : الوجيز فى أصول الفقه ص ٩٧ وما بعدها ، د/ صبرى معارك : عوارض الأهلية ص ١٠٧ وما بعدها .

(٢) البخارى : كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٣٧ ط دار الكتاب العربى بيروت سنة ١٣٩٤هـ ١٩٧٤م ، د/ عبد المجيد مطلوب : أصول الفقه الإسلامى ص ٥٢٩ ، د/ أنور دبور : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٣٨١ .

(٣) د/ محمد سلام مذكور : الفقه الإسلامى ص ٤٤٤ ، د/ محمد مصطفى شلبى : المدخل ص ٣٨٤

(٤) البرديسى : أصول الفقه ص ١٣٣ ، على حسب الله : أصول التشريع الإسلامى ص ٤٠٥ ، د/ صبرى معارك : عوارض الأهلية ص ١٠٧ وما بعدها ، د/ عبد الكريم الخطيب : الوجيز فى أصول الفقه ص ٩٧ وما بعدها .

(٥) النفتازانى : شرح التلويح ٢/ ٣٣٧ ، د/ عيسوى أحمد عيسوى : المدخل ونظرية العقد ص ٤٤٦ ، الشيخ أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ١٦١ ط دار الفكر العربى بالقاهرة سنة ١٤١٦هـ .

(٦) الشيخ / عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه ص ١٥٥ ، الشيخ على حسب الله : أصول التشريع الإسلامى ص ٤٠٥ ، د/ حسين حامد حسان : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٣٢٧

ولكن لما كان العقل أمرا خفيا لا يمكن الاطلاع عليه أقيم البلوغ وهذا أمر ظاهر مقامه ، وجعل قرينة على كمال العقل والتمييز ^(١) وهذه الأهلية قد تكون كاملة ، وقد تكون ناقصة ^(٢) .

(١) أهلية الأداء الكاملة : وهى عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تصدر منه التصرفات مع الاعتداد بها شرعا ، وعدم توقفها على رأى غيره .

(٢) وأهلية الأداء الناقصة : وهى عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تصدر منه بعض التصرفات دون البعض أو لصدور تصرفات يتوقف الاعتداد بها على رأى من هو أكمل منه عقلا ، وأعلم بوجوه النفع والضرر ^(٣) .

وأهلية الأداء هى المقصودة بهذه الدراسة :

الأثر المترتب على فقد أو نقصان أهلية الأداء :

إذا كان الشخص فاقدا لأهلية الأداء كما هو الحال فى الصبى غير المميز والمجنون فقد اتفق الفقهاء على أن التصرفات الصادرة منه تكون باطلة ، وفى ذلك يقول الإمام الصاوى : " لم يختلف العلماء أن بيع الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز " ^(٤) وقد ذهب الفقهاء إلى ذلك ، لأن وضع المال فى يد من لا عقل له إتلاف ^(٥) .

ولأن انتقال الملك يتوقف على الرضا ، وهو مفقود فى غير المميز ^(٦) .

(١) التفتازانى : شرح التلويح ٣٤٢/٢ حيث يقول : " لأن المعتبر فى وجوب الأداء ليس مجرد فهم الخطاب بل مع قدرة العمل به وهو البدن " ، ونظام الدين : فواتح الرحموت ١٥٦/١ ، أميرباد شاة : تيسير التحرير ٢٥٣/٢

(٢) البزدوى : أصوله ٢٣٧/٤ .

(٣) أصول التشريع الإسلامى ص ٤٠٥ ، عيسوى أحمد عيسوى : المدخل ص ٤٤٧ ، د/ أنور دبور : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٣٨٤ ، البرى : أصول الفقه الإسلامى ص ٢٩٤ .

(٤) الإمام الصاوى : بلغة السالك ١٣٨/٢ ، الشيخ عبد السميع الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ٢ .

(٥) الكاسانى : بدائع الصنائع ٢٥١/٧ ، الإمام الصاوى : بلغة السالك ١٣٨/٢ ، الأزهرى : جواهر الإكليل ٩٨/٢ ، الغزالى : الوجيز ص ١١٠ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٦/٤ .

(٦) الشيخ/ عبد السميع الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ٢ ط الحلبي .

ولأن الأهلية شرط لانعقاد العقد ، والصبي غير المميز والمجنون لا أهلية لهما إذ لا أهلية بدون العقل ^(١) ولأن الصبي غير المميز والمجنون لا عبارة لهما فلا يصح العقد منهما ^(٢) .

أما إذا كانت أهلية الأداء لديه غير كاملة أى ناقصة ، كما هو الحال فى الصبي المميز ، فإن الحكم يختلف بحسب التصرف الصادر منه ، فإن كانت التصرفات الصادرة منه نافعة له نفعا محضا أو ضارة له ضررا محضا ، فقد اتفق الفقهاء على صحة التصرفات النافعة له نفعا محضا ، وعدم صحة التصرفات الضارة له ضررا محضا ، وفى ذلك يقول الإمام الكاسانى : " وأما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع " ^(٣) .

ولكن إذا كانت التصرفات الصادرة من الصبي المميز ، دائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، فقد اختلف الفقهاء فى صحتها من عدمه وذلك على قولين : **القول الأول** : ويذهب أصحابه إلى أن التصرف الصادر من الصبي غير المميز إذا كان دائرا بين النفع والضرر ، فإنه ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة من له الحق فى الإجازة ، فإن أجازته نفذ وإن رده بطل ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(٤) والمالكية ^(٥) والحنابلة فى رواية ^(٦) والزيديّة ^(٧) .

(١) دامادا أفندى : مجمع الأنهر ٢/٢ ، الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ ، قاضى زادة : نتائج الأفكار ج ٨ ص ١٨٦ ، جلال الدين الخوارزمى : الكفاية نفس المكان ، البابرتى : العناية على الهداية ١٨٦/٨ ط دار الكتب العلمية .

(٢) الإمام الغزالى : الوجيز ص ١١٠ .

(٣) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٤) جاء فى بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ : " أما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفا على إجازة وليه فإن أجاز جاز وإن رد بطل " ، قاضى زاده : نتائج الأفكار ١٨٧/٨ ، البابرتى : العناية نفس المكان .

(٥) ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٧٤ ، الخرشي : شرحه على مختصر خليل ج ٥ ص ٢٩٢ وقد جاء فيه : " المميز إذا تصرف بمعاوضة بغير إذن وليه فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد " ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٩٤ ابن رشد : بداية المجتهد ٢١٣/٢

(٦) الإمام ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٢/٤ وقد جاء فيه : " ويصح تصرف الصبي بالبيع والشراء فيما إذن له الولي فيه فى إحدى الروايتين " ، البهوتى : كشف القناع ٤٤٢/٣ ، المرداوى : الإنصاف ٢٦٧/٤ .

(٧) الصنعانى : التاج المذهب ٣٠٧/٢ وقد جاء فيه : " أما مع حصول التمييز فيصح ولكن لا ينفذ إلا مع الإذن أو لحق الإجازة من الولي " ، ابن المرتضى : البحر الزخار ٢٩١/٣ .

وقد استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالكتاب ، والمعقول .

أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى ﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(١) ، وقوله تعالى ﴿ وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الكريمتين :

أن الله تبارك وتعالى أمرنا في الآية الأولى بابتلاء اليتامى ، والابتلاء هو الامتحان والاختبار لاستبيان ما إذا كان رشيداً أم لا ؟ وذلك بأن يؤذن له في التجارة . وهذا يفيد أن الصغير العاقل أهل للتصرف ، وأن تصرفه جائز ، لأن اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ ^(٣) ، وأمرنا في الآية الثانية بدفع أموالهم إليهم ، فلولاً أن تصرفهم معتبر شرعاً لما أمر بدفعها إليهم ، لأن الدفع إليهم تمكين لهم من التصرف فيها ^(٤) .

وأما المعقول ، فقد استدلوا منه بما يلي :

أولاً : أن التصرف الصادر من الصبي المميز ، والذي يدور بين النفع والضرر مشروع ، وقد صدر من أنه مصافاً إلى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه ^(٥) .

ثانياً : أن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز ، ويشبه الطفل الذي لا عقل له ، من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور ، وللغير عليه ولاية فالحقنأه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار ، وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن ، وبالبالغ عند الإذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن ^(٦) .

^(١) سورة النساء من الآية (٦) .

^(٢) سورة النساء من الآية (٢) .

^(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ٢/ ٢٨٠ ، الزيلعي : تبين الحقائق ٥/ ٢١٨ ، الموصلي : الاختيار ٢/ ١٠٠ .

^(٤) الزيلعي : تبين الحقائق ٥/ ٢١٨ .

^(٥) الهداية ٤/ ١١ ط الحلبي ، العناية على الهداية بهامش نتائج الأفكار ٨/ ٢٣٩ ، تبين الحقائق ٥/ ٢١٨ .

^(٦) الكفاية على الهداية ٨/ ٢٤٠ وما بعدها ، الزيلعي : تبين الحقائق ج ٥ ص ٢١٩ وما بعدها .

ثالثاً : إن الصبي المميز المأذون له في التصرف تتوافر فيه الأهلية اللازمة لصدوره إذ إنه عاقل يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ، ويعلم الغبن اليسير من الفاحش ^(١) .

رابعاً : إن في عدم اعتبار تصرفه إهداراً لآدميته وهو محض ضرر ^(٢) .

خامساً : إن الصبي المميز عاقل محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد ^(٣) .

سادساً : إن الحجر على الصبي لا لذاته ، وإنما لهدايته إلى التصرف ، وبإذن الولي يستدل على ثبوت هدايته إلى التصرف ، إذ لا يأذن له ظاهراً إلا بعد معرفة هدايته ^(٤) .

سابعاً : إن بقاء الولاية على الصبي ليتسع له طريق التحصيل ، فيحصل التصرف بطريقتين بمباشرة ، ومباشرة الولي ^(٥) .

ثامناً : إن عبارة الصبي المميز المأذون له في التصرف ، صالحة لإنشاء العقود الشرعية المترددة بين النفع والضرر ^(٦) .

تاسعاً : إن عقل الصبي المميز ناقص لعدم الاعتدال وهو البلوغ فيحتمل فيه الضرر ، فإذا أذن له الولي ترجح جانب المصلحة ^(٧) .

عاشراً : إن نقصان رأى الصبي المميز ، ينجبر برأى الولي ^(٨) .

القول الثاني : ويرى الذاهبون إليه أن تصرف الصبي المميز يقع باطلاً ، ولا يقبل الإجازة سواء أذن له فيه وليه أم لا .

(١) البابرتي : العناية على الهداية ج ٨ ص ٢٣٩ ، سعدى جلي : حاشيته نفس المكان .

(٢) الزيلعي : تبين الحقائق ج ٥ ص ٢١٩ .

(٣) الزيلعي : تبين الحقائق ج ٥ ص ٢١٩ .

(٤) البابرتي : العناية على الهداية ج ٨ ص ٢٤٠ ، قاضي زادة : نتائج الأفكار ج ٨ ص ٢٤٠ ،

الزيلعي : تبين الحقائق ٢١٩/٥ .

(٥) المرغناني : الهداية ١١/٤ ، الخوارزمي : الكفاية على الهداية ٢٤٠/٨ .

(٦) الزيلعي : تبين الحقائق ٢١٩/٥ ، الخوارزمي : الكفاية على الهداية ٢١٩/٨ .

(٧) البابرتي : العناية على الهداية ٢٤٠/٨ .

(٨) تبين الحقائق ٢١٩/٥ .

وأصحاب هذا القول هم الشافعية ^(١) والحنابلة في الرواية الثانية إلا إذا كان تصرفه فى الشئ اليسير ، فإن تصرفه يكون صحيحا ^(٢) والظاهرية ^(٣) والإمامية ^(٤) .
أدلة هذا القول :

أستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والمعقول :
أما الكتاب فمنه :

(١) قول الله تبارك وتعالى ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(٥) .
وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله سبحانه وتعالى علق دفع الأموال إلى الصبى على الاختبار ، والبلوغ وإيناس الرشد ، وبالتالي إذا لم يبلغ الصبى رشيدا لا يدفع إليه ماله إلا على سبيل الاختبار ، واختباره يكون بأن يفوض إليه الولي المساومة والمماكسة فإذا ساود وقرر الثمن عقد الولي ، لأن عقد الصبى لا يصح ^(٦) .

(١) الشيخ الجمل : حاشيته على شرح المنهج ج ٣ ص ١٦ حيث يقول : " فلا يصح عقد صبى ، أى ولو مرافقا ولو أذن له الولي " ، الزملى : نهاية المحتاج ٣/٣٨٦ .

(٢) البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ١٥١ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٥٢٥ حيث يقول : " والثانية أى الرواية الثانية لا يصح أى تصرف الصبى المميز حتى يبلغ " .

(٣) ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٢٠ مسألة رقم (١٥٢٣) وقد جاء فيه : " ولا يحل بيع من لم يبلغ إلا فيما لا بد له من ضرورة كطعام لأكله ، وثوب يطرد به عن نفسه البرد والحر وما جرى هذا المجرى إلا إذا أغفله أحد محلته وضيعه ... فإذا ضيعه أهل محلته فاشترى ما ذكرنا بحقه فقد وافق الواجب وعلى أهل محلته إمضاؤه فلا يحل لأحد رد الحق وتكون مبايعته حينئذ إن كان جائز الأمر هو الذى عقد ذلك الأمر عليه فهو عقد صحيح ، فإن كان أيضا غير جائز الأمر ، كما ذكرنا عمل وافق الحق الواجب فلا يجوز رده " .

(٤) العاملى : مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٧٠ وقد جاء فيه : " لا يصح بيع الصبى ولا شرائه أذن له الولي أو لم يأذن ... ولا فرق فى الصبى بين أن يأذن له الولي أو لا ، ولا بين أن يكون مميزا أو لا ، وأنه لا فرق بين اليسير والكثير " .

(٥) سورة النساء من الآية (٦) .

(٦) يراجع الإمام البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٤٤٥ ، الإمام الشيرازى : المهذب ج ٢ ص ٤٣٢ ، ص ٤٣٦ ، العاملى : مفتاح الكرامة ٤/١٧١ .

(٢) ولقوله سبحانه وتعالى ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ (١) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى نهى عن دفع الأموال إلى السفهاء ، والصبي المميز سفيه فلا يدفع إليه المال (٢) .

وأما السنة فمنها :

ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ " (٣) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ قد أخبر عن رفع القلم عن ثلاثة منهم الصبي حتى يبلغ ، ورفع القلم عنه يدل على أن الصبي لا يجب عليه شئ ، كما يدل على إسقاط أقواله وأفعاله ، وذلك لأن أقواله لو كانت معتبرة لكان تصرفه صحيحا ، ولو كان تصرفه صحيحا لاستلزم المؤاخذه بالتسليم ، والمطالبة بالعهد ، وقد دل الحديث على عدم المؤاخذه ولو صح تصرفه لكلف أحكام البيع ، وهو لا يكلف شيئا بنص الحديث (٤) .

وأما المعقول :

فقد استدل أصحاب هذا القول من المعقول بالآتي :

(١) سورة النساء من الآية رقم (٥) .

(٢) الزيلعي : تبين الحقائق ج ٥ ص ١٩٥ .

(٣) الحديث أخرجه الإمام أحمد : المسند ج ٦ ص ١١٣ برقم (٢٤٥٧) ، أبو داود : سننه باب المجنون يسرق أو يصيب حدا كتاب الحدود ج ٤ ص ١٣٧ رقم (٤٣٩٨) ، الترمذي : سننه باب فيمن لا يجب عليه الحد - كتاب الحدود عن رسول الله ﷺ برقم (١٣٤٣) ، وقال أبو عيسى : حديث حسن غريب ، ابن ماجه : سننه ج ١ ص ٣٣٢ باب طلاق المعتوه والصغير والنائم كتاب الطلاق برقم (٢٠٣١) ، النسائي : سننه باب من لا يقع من الأزواج كتاب الطلاق ج ٦ ص ١٥٦ برقم (٣٣٧٨) ، وكلهم رواه عن عائشة رضي الله عنها ، رواه الحاكم عن أبي قتادة ، راجع المستدرک للحاكم ، ٣٨٩/٤ باب ذكر من رفع عنهم القلم كتاب الحدود وقال فيه : حديث صحيح على شرط مسلم ط مؤسسة جواد للطباعة والتصوير بيروت لبنان الناشر دار الكتاب العربي .

(٤) الإمام السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٢٢١ ط سنة ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ بدار الكتب العلمية بيروت

أولاً : إن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذى يصلح به التصرف ، لخفائه وتزايد تزايداً خفى التدريج ، فجعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة ^(١) .

ويناقش هذا :

أن العقل يمكن الوقوف عليه بالاطلاع على أثر جريان التصرف على وفق المصلحة ^(٢) .
ثانياً : قياس الصبى المميز على غير المميز ، بجامع أن كلا منهما غير مكلف ^(٣) ويناقش هذا بأنه قياس مع الفارق ، وهذا الفارق يظهر من وجهين :

الوجه الأول : إن المميز عاقل ، وغير المميز عديم العقل ولا عبارة له ^(٤) .
الوجه الثانى : إن المميز تحصل المنفعة بتصرفه ، كما أن الشارع أمرنا باختباره أما غير المميز فلا تحصل بتصرفه أى منفعة لعدم تمييزه ، كما أنه لا حاجة إلى اختباره لأنه قد علم حاله ^(٥) .

ثالثاً : إن القول بصحة تصرفات الصبى المميز يؤدي إلى ضياع ماله ، وفيه ضرر عليه ^(٦) .

ويمكن أن يناقش هذا بأنه غير مسلم ، وذلك لأن صحة تصرفات الصبى غير المميز ليست مطلقة ، بل موقوفة على رأى الولى بما يحقق مصلحة الصبى .

القول الراجح :

بعد ذكر أقوال الفقهاء واتجاهاتهم فى حكم تصرفات الصبى المميز المأذون له فيها متى كانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر ، وذكر أدلة كل قول ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة يبدو لى أن الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الأول الذى يرى أن تصرف الصبى المميز المأذون له فيه ينعقد صحيحاً ، ولكنه موقوف على إجازة الولى فإن أجازته نفذ وإن رده بطل ، وذلك لأن الأخذ بهذا القول يؤدي إلى اختبار الصبى

(١) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٥/٤ ط دار الغد العربى القاهرة سنة ١٤١٥ هـ .

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٥٢٦ .

(٣) نفس المرجع ٥٢٥/٤ .

(٤) الزيلعى : تبیین الحقائق ج ٥ ص ١٩١ .

(٥) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٥/٤ .

(٦) النجدى : حاشية الروض المربع ج ٥ ص ١٨٢ ، البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٤٤٢ .

وتدريبه ، حتى إذا بلغ مبلغ الرجال ، كان ذا خبرة فى التصرفات بالإضافة إلى أن الأخذ بما ذهب إليه أصحاب القول الأول لا يؤدى إلى الإضرار بالصبي ، وذلك لأنه إذا كان التصرف فى مصلحة الصبي أجازته الولي وإلا رده فيبطل .
علاوة على أنه فى الأخذ بهذا الاتجاه صون لكلام الصبي المميز وتصرفاته من الإهمال ، وإعمال الكلام أولى من إهماله .

وفى القانون المدنى :

يلزم حتى يكون الوفاء بالتزام المدين صحيحا مرتبا لأثره ، وهو رجوع الموفى على المدين بما وفاه عنه ، وحلوله محل الدائن فى هذا الرجوع أن يتوافر فى الموفى - بالإضافة إلى الشروط السابقة - الأهلية اللازمة للوفاء بالدين .

هذا : وقد عرف فقه القانون المدنى الأهلية بأنها : " صلاحية الشخص بأن تثبت له الحقوق وأن تتقرر فى ذمته الالتزامات ، وأن يكون قادرا على القيام بالأعمال التى يترتب عليها كسب هذه الحقوق والتحمل بتلك الالتزامات " (١) .

وعرفها أيضا بأنها : قابلية الشخص لأن يكتسب حقا أو يتحمل بالتزام ، والأهلية بالمعنى الأول المذكور فى هذا التعريف وهو قابلية الشخص لأن يكتسب حقا أو يتحمل بالتزام ، توصف بأنها أهلية وجوب ، وبالمعنى الثانى وهو صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التى تكسبه حقا أو تحمله بالتزام ، توصف بأنها أهلية أداء (٢) وعلى ذلك فالأهلية فى فقه القانون المدنى عبارة عن كون الشخص صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل

(١) د/ محمد حسين منصور : نظرية الحق ص ٣٤٥ وما بعدها ط سنة ١٩٩٨ ، الناشر دار منشأة المعارف بالإسكندرية ، د/ حسن حسين النبراوى : المدخل لدراسة القانون ج، ٢ نظرية الحق ص ١٤٣ وما بعدها ط سنة ٢٠٠٠م ، الناشر دار النهضة العربية ، د/ محمد شكرى سرور : النظرية العامة للحق ص ٤٩٦ ط سنة ١٩٩٦م الناشر دار النهضة العربية ، د/ حسام الدين الأهوانى ، حمدى عبد الرحمن : أصول القانون ص ٤٩٦ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد ص ٢٤٤ ط سنة ١٩٨٤م ، د/ طلبة خطاب : محاضرات فى النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٣٠١ ، د/ أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون (٢) نظرية الحق ص ٣٥ ط سنة ١٩٩٥/١٩٩٦م ، د/ نبيل سعد : المدخل إلى القانون - الكتاب الثانى نظرية الحق ص ١٦٣ ط سنة ١٩٩٥م دار النهضة العربية .

بالالتزامات ، وكونه صالحا لمباشرة التصرفات المنتجة لتلك الحقوق والالتزامات بنفسه ، وهذا التعريف شامل لنوعى الأهلية .

هذا : وأهلية الأداء التى يراد بها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، التى يترتب عليها كسب الحقوق والتحمل بالتزامات هى المقصودة فى دراسة هذا الشرط ، وهذا يعنى أنه يجب أن يتوافر فى الشخص الذى يقوم بالوفاء عن المدين أهلية الأداء ، وذلك لأن الوفاء تصرف قانونى ، وهذه الأهلية تختلف باختلاف الوفاء أى من حيث كونه تصرفا أوتبرعا ، ومن ثم إذا كان الموفى فاقده الأهلية فإن وفاءه يقع باطلا بطلانا مطلقا (١) .

وأما إذا كان الموفى ناقص الأهلية ، فإن وفاءه بالتزام المدين يكون قابلا للإبطال لمصلحته هو دون الدائن ، الذى لا يجوز له أن يتمسك بإبطال وفاء ناقص الأهلية له ، لأنه لا يلحقه أى ضرر من جراء هذا الوفاء إذ قابلية الوفاء الصادر من ناقص الأهلية للإبطال مقرر لمصلحته ، وحقه فى استرداد ما أوفى به مشروطا بأن يكون قد أصابه ضرر بسبب هذا الوفاء ، ولذلك فالمدين الموفى لا يكون له مصلحة ، رغم نقص أهليته فى طلب إبطال الوفاء للرجوع فيه ، إذا لم يلحقه ضرر بسببه ، بأن وفى بما هو ثابت فى ذمته من دين ، ويتعين عليه الوفاء به ، لأنه إذا توصل إلى إبطال الوفاء ، واسترداد ما وفاه ، فإنه سيرغم على الوفاء عن طريق التنفيذ الجبرى ، ولكن إذا ترتب على الوفاء الصادر من المدين ناقص الأهلية ضرر به ، كان له أن يتمسك بإبطال هذا الوفاء ، متى أثبت المدين ناقص الأهلية ذلك (٢) وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٥) مدنى

(١) د/ احمد سلامة : المرجع السابق ص ٤١ ، د/ طلبة خطاب : محاضرات فى النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام - نظرية العقد ط ١ سنة ١٩٩٧/١٩٩٨م ص ٣٠٥ ، د/ رمضان أبو السعود : المدخل إلى القانون ج ٢ نظرية الحق ص ٣١٠ ط سنة ١٩٨٥م ، د/ حسام الدين الأهوانى : المدخل للعلوم القانونية ج ٢ مقدمة القانون المدنى ص ١٨٢ .

(٢) د/ محمد لبيب شنب : دروس فى أحكام الالتزام ص ٢٠٧ ، حسام الدين الأهوانى : أحكام الالتزام ص ٣٦٦ ، د/ عبد الرشيد مأمون : أحكام الالتزام ص ٢٨٨ ، أحمد حشمت : نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ص ٥٦٩ ، د/ السنهورى : الوجيز ص ١١٢٢ ، السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٦ ، د/ جميل الشرفاوى : المرجع السابق ص ٢٦١ .

بقولها : " يشترط لصحة الوفاء ... وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ٢- ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى " ، وتتحقق مصلحة المدين الموفى إذا كان ناقص الأهلية ، فى تمسكه بالبطلان فى الحالات التالية :

(١) إذا كان المدين ملزما بالوفاء بشئ من صنف متوسط ، وقام بالوفاء بشئ من صنف جيد ، وهو ناقص الأهلية ، فيكون من مصلحته أن يتمسك بإبطال الوفاء حتى يسترد ما وفاه للدائن ، ويقوم بالوفاء بالشئ الذى التزم به ، لأن ما التزم به أقل عبئا مما وفى به أولا .

(٢) إذا كان التزام المدين مؤجلا ، ولم يحل أجل الوفاء به ، وعجل المدين القاصر الوفاء به ، وأراد أن ينتفع بفسحة الأجل ، فإن له أن يتمسك بحقه فى الأجل وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٨٣) مدنى بقولها : " يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام لم يحل أجله " .

(٣) إذا كان التزام المدين تخييريا ، وقام بالوفاء بأعلى الأشياء محل الالتزام المخير فيها ، فله أن يسترده ثم يفى بالشئ الأقل قيمة ، وفى ذلك من المصلحة للمدين ناقص الأهلية مالا يخفى (١) .

أما إذا كان الموفى القاصر غير المدين ، ولم تكون له مصلحة فى الوفاء بالتزام المدين بأن لم يكن مسئولا عن الوفاء بالالتزام مع المدين أو عنه ، فإن تحقق شرط الضرر بالنسبة له أمر لا شك فيه ، وذلك لأنه وفاء بما لم يلتزم به ، وبغير المستحق عليه ، ولا الثابت فى ذمته ، وبناءً على ذلك لو كان الموفى كفيلا بالدين عن المدين ، وتبين أن الدائن سيرجع عليه حتما بالتزام المدين متى أعسر ، فوفى الكفيل بما كفله عن المدين دون أن تكون لديه

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٦ ، د/ رمضان أبو السعود : الأحكام ص ٤٢٧ ، د/ إسماعيل غانم : أحكام الالتزام ص ٣٨٣ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٦٦ ، د/ لبيب شنب : المرجع السابق ص ٢٠٧ وما بعدها ، د/ عبد المنعم البدرأوى : النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المدنى المصرى ص ٣٥٤ ط دار النهضة العربية ، د/ نبيل سعد : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٢٩٩ ط سنة ١٩٩١م ، د/ مصطفى الجمال : المراجع السابق ص ٢٩٥ ، د/ سليمان مرقس : أحكام الالتزام ص ٤٣٣ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٦٤ .

أهلية التصرف ، فإن وفاءه يكون مبرئاً لذمة المدين وغير قابل للرجوع فيه بسبب نقص الأهلية ، لأنه وفاء بما يلتزم به ، ولا يلحقه أى ضرر ، ولما كان شرط الضرر متوافراً فى حق الموفى من الغير ، متى كان ناقص الأهلية ، فإن وفاءه يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ، دون حاجة أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من جراء هذا الوفاء ^(١)

وإذا كان الشئ الموفى به من القاصر غير المدين ، قد استهلكه الدائن أو تصرف فيه بحسن نية ، وبالتالي استحال على ناقص الأهلية ، أن يسترده عينا كان له أن يطالبه بتعويض عادل ، طبقاً للقواعد العامة ^(٢) .

المقارنة :

من البيان السابق لما ذهب إليه الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح أن كلا منهما يتفق مع الآخر فى تعريفه للأهلية ، ذلك لأن تعريف الفقه الإسلامى للأهلية بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، هو نفس تعريف فقه القانون المدنى لها بأنها صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق أو تنقرر له الالتزامات أو لأن يكتسب حقاً أو يتحمل بالتزام . كما أن تعريف الفقه الإسلامى للأهلية بأنها صلاحية الإنسان لأن يصدر منه الفعل على وجه يعتد به شرعاً يوافق عبارة فقه القانون المدنى بأنها صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التى تكسبه حقاً أو تحمله بالتزام ، كما يتضح أن تعريف الأهلية قد ورد فى الفقهين عاماً ، بحيث يشمل أهلية الوجوب وأهلية الأداء .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن الوفاء الصادر من فاقد الأهلية يقع باطلاً ، وأن الهدف من تقرير شرط الأهلية فى الوفاء بالالتزام ، هو مراعاة أطراف الوفاء (الموفى والموفى له) .

كما يتفق القانون المدنى فى اشتراطه عدم تحقق الضرر من وفاء ناقص الأهلية ، مع ما قرره الفقه الإسلامى من أنه لا ضرر ولا ضرار .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا أجاز الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ممن له الحق فيها ، فإن الوفاء يكون صحيحاً ، وإن كان الفقه الإسلامى قد أفاد هذا الحكم صراحة ، إلا أن القانون المدنى قد أفاده بطريق الدلالة .

(١) د/ جميل الشرقاوى : المراجع السابق ص ٢٦١ وما بعدها ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٦٤

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٦٨ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٦٦

الفرع الرابع

انتفاء نية التبرع لدى الموفى عن المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لا يكفى أن تتحقق الشروط السابقة فى الموفى عن المدين حتى يحل محل الدائن فى الرجوع على المدين بما وفاه ، بل يجب أن لا يكون الموفى متبرعا بهذا الوفاء عن المدين ، ويظهر ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

اشتراط فقهاء المذاهب الإسلامية لرجوع الموفى على المدين بما وفاه عنه وحلوله محل الدائن ، ألا يكون الموفى متبرعا بهذا الوفاء ، وبالتالي إذا تبرع الموفى بالوفاء بدين المدين فلا يحق له الرجوع عليه بما وفاه عنه ^(١) .

^(١) راجع فى فقه الحنفية : الإمام السرخسى : المبسوط ٧٤/١٩ وما بعدها ، وقد جاء فيه : " لو وكله فى قبض دقيق أو غنم فقبضها وأنفق عليها فى رعيها أو كسوة الرقيق وطعامهم فهو متطوع " ، الأستاذ / قدرى باشا : مرشد الحيران ص ٥١ مادة (٢٠٥) حيث تنص على أنه : " إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ، ويكون الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشئ مما دفعه بلا أمره ، ولا رجوع له على رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه إليه " .

وفى فقه المالكية : راجع الإمام القرافى : الفروق ١٨٩/٤ - الفرق الحادى والسبعون والمائة حيث يقول : " كل من عمل عملا أو أوصل نفعا لغيره من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك ، فإن كان متبرعا لم يرجع به " ، المواق : التاج والإكليل ١٠٢/٥ حيث يقول : " من أدى عن رجل دينا عليه بغير أمره أو دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك إن فعله رفقا بالمطلوب " ، والإمام مالك : المدونة ٢١٨/١٢ وما بعدها .

وفى فقه الشافعية : راجع الإمام الشافعى : الأم ٢٢٧/٣ وقد جاء فيها : " والأجنبى إذا صالح بغير إذن المدعى عليه فهو متطوع بما أعطى عنه فليس له أن يرجع به على صاحبه المدعى عليه ، وإنما يكون له أن يرجع به إذا أمره أن يصالح عنه ، الرملى : نهاية المحتاج ٤٦٣/٤ ، الماوردى : الحاوى الكبير ٣٧٣/٦ ، الشربى : مغنى المحتاج ٢١٠/٢ حيث يقول : " ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع له عليه لتبرعه " .

وفى فقه الحنابلة راجع الإمام البهوتى : كشف القناع ٣٢٤/٣ حيث يقول : " وإن فك المعير أو المؤجر الرهن ، وأدى الدين الذى عليه بإذن الراهن رجع المعير أو المؤجر به أى بما أداه عنه (عليه) أى على الراهن (وإن قضا) أى الدين المؤجر أو المعير (متبرعا لم يرجع بشئ لتبرعه به) ، ج ٣ ص ٣٧١ حيث يقول فيها : " وإن قضى الضامن الدين أو أحال (به) أى بالدين

ثانيا : فى القانون المدنى :

يجب بالإضافة إلى الشرط السابقة لرجوع الموفى على المدين بما وفاه ، وحلوله محل الدائن فى هذا الرجوع أن يكون قد أوفى الدين عن المدين ، بقصد الرجوع به عليه ، أما إذا وفاه بقصد التبرع له به ، فلا يحق له أن يرجع عليه بما دفعه عنه ، هذا بشرط أن يتوافر فى حق الموفى الأهلية اللازمة للتبرع ، وقد نصت على ذلك المادة (١/٣٢٤) مدنى بقولها : " إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بمقدار ما دفعه " ، ولكن إذا أدى الموفى الدين عن المدين بنية التبرع ، فيجب أن تكون هذه النية واضحة لا غموض فيها ، وذلك لأن التبرع لا يفترض (١) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال البيان السابق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه يجب حتى يحق للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل محل الموفى له فى هذا الرجوع ، ألا يكون متبرعا بهذا الوفاء ، أما إذا وفى عنه بقصد التبرع له بهذا الوفاء ، فلا يحق له أن يرجع على المدين بما دفعه .

(متبرعا لم يرجع) أى الضامن بشئ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥١ حيث يقول : " فأما إن قضى الدين متبرعا غيرنا وللرجوع به فلا يرجع بشئ ؛ لأنه تطوع بذلك أشبه بالصدقة " ، المقدسى : الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٢ ، ابن حزم : المحلى ١١١/٨ ، ابن المرتضى : البحر الزخار ج ٥ ص ٧٧ ، النجفى : جواهر الكلام ١٦٨/٢٦ ، ابن أطفيش : شرح النيل ٤٢٤/٩ .

(١) يراجع فى ذلك د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٧٥ وما بعدها ، الوجيز فى شرح القانون المدنى (١) نظرية الالتزام بوجه عام ص ١١٢٥ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٦٠ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٦٢ ، د/ عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٣٢٢ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ٩٧ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٢٤ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٥٦ وما بعدها ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٠٥ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٥١ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٧٧ وما بعدها ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٦٢ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٦٠ .

المطلب الثانى

شروط الحلول التى ترجع إلى المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لكى يحل الموفى محل الموفى له فى رجوعه على المدين الموفى عنه يجب أن يتوافر فى المدين عدة شروط وهى

أولاً : أن يقوم الموفى بأداء دين واجب على المدين ، وأن تبرأ بأدائه ذمة المدين .

ثانياً : حلول أجل الدين الموفى به بالنسبة للمدين .

ثالثاً : أن يكون أداء الموفى لدين المدين محققاً لمصلحته .

وسأتناول كل شرط من هذه الشروط فى الفقهاء الإسلامى والمدنى فى فرع مستقل .

الفرع الأول

أن يكون أداء الموفى مبرئاً لذمة المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

يشترط لرجوع الموفى على المدين بما وفاه بدلا عنه ، وحلوله محل الدائن فى هذا الرجوع ، أن يكون وفاء الموفى لدين المدين مبرئاً لذمة المدين ، وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على الوجه التالى :

أولاً : الوفاء الصادر من الموفى مبرئاً لذمة المدين فى الفقه الإسلامى :

يجب حتى يحق للموفى أن يحل محل الموفى له فى الرجوع على المدين ، أن يقوم هذا الموفى بأداء الدين الواجب على المدين لدائنه بحيث تبرأ ذمة المدين بهذا الأداء ، وقد اتفق على ذلك فقهاء المذاهب الإسلامية ^(١) .

^(١) الشيخ / محمد علاء الدين : الدر المنقى شرح الملتنقى ج ٢ ص ١٤٦ وقد جاء فيه : " كل من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع كالأمر بالإنفاق وبقضاء دينه " ، الحصفكى : الدر المختار شرح تنوير الأبصار بهامش حاشية الدر المختار ج ٥ ص ٤٦٩ ، وجاء بالفتاوى الهندية للشيخ النظام ج ٣ ص ٦٢٨ ما نصه : " أمر غيره بأن يقضى دينه الذى لفلان عليه فقضاه ثم جاء إلى الأمر ليرجع عليه فقال الأمر للمأمور ما كان لفلان على دين ولا أمرتك أن تقضيه ، ولا أنت قضيت شيئا والذى له الدين غائب فأقام المأمور البينة على الدين ، والأمر بالقضاء ، فإن القاضى يقضى بالمال على الأمر الغائب ، وبالرجوع للمأمور على الأمر ، وإن كان صاحب الدين غائبا ... " ، ابن نجيم : البحر الرائق ج ٧ ص ١٤٦ ، وجاء فى تهذيب الفروق للمالكى ٢١٩/٤ ما نصه : " كل من عمل عملا أو أوصل نفعا لغيره من مال أو غيره بأمر أو بغير أمر نفذ ذلك ... فإن كان غير متبرع وهو منفعة فله أجره مثله أو مال فله أخذه ممن دفعه عنه كان ذلك مما يجب على المدفوع عنه كالدين " ، المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ١٠٢ حيث يقول : " من أدى عن رجل حقا لزمه بغير أمره فله أن يرجع عليه " ، الإمام القرافى : الفروق ١٨٩/٤ .

وجاء فى مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢١٠ وما بعدها : " وإن لم يشهد أى الموفى للدين فلا رجوع له أى على المدين إن أدى فى غيبة الأصيل - أى المدين - وكذبه لأن الأصل عدم الأداء وهو مقصور بعدم الإشهاد وكذا إن صدقه فى الأصح ، لأنه لم ينتفع بأدائه لأن المطالبة باقية ، والثانى يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته " ، الإمام الرملى : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٦٤ وما بعدها

وجاء فى كشف القناع للبهوتى ج ٣ ص ٣٧١ ما نصه : " وإن قضاه الضامن أو أحال به (ناويا الرجوع يرجع) على المضمون عنه لأنه قضاء مبرئ من دين واجب ... (وكذا حكم من أدى عن غيره دينا واجبا) كفيلا كان أو أجنبيا إن نوى الرجوع) ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير

ثانيا : كون الوفاء الصادر من غير المدين مبرئاً لزمته فى القانون المدنى :

الأصل أن يكون لكل شخص الحق فى الوفاء بدين غيره ، حتى ولو كان أجنبياً عن المدين بأن لم تكن له مصلحة فى هذا الوفاء ، طالما كان هذا الوفاء مبرئاً لزمته المدين وذلك بشرطين :

الشرط الأول : ألا تقتضى طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين بأن المدين هو الذى يقوم بالوفاء بالدين بنفسه ، واقتضاء طبيعة الدين قيام المدين بتنفيذه بنفسه ، يتحقق فى حالة ما إذا تعهد بعمل فنى لوحظت فيه مهارته الشخصية ، ومن ثم إذا لم يقم المدين بتنفيذ هذا الالتزام بنفسه ، كان للدائن أن يرفض الوفاء الصادر من غير المدين .

إما إذا كانت طبيعة الالتزام أو الاتفاق لا تستوجب أن يقوم المدين بالوفاء به بنفسه ، فإنه يجوز للأجنبى عن المدين أن يقوم بالوفاء به ، طالما كان هذا الوفاء الصادر من الغير مبرئاً لزمته المدين ، ولا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول هذا الوفاء ، لأنه ليست له مصلحة فى هذا الامتناع ، مادام يستوفى حقه استيفاءً صحيحاً فيستوى فى هذا الشأن أن يستوفيه من المدين نفسه أو من غيره ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٢٠٨) مدنى بقولها : " فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين "

الشرط الثانى : إذا لم يعترض المدين على الوفاء الصادر من الغير ، ويبلغ الدائن بهذا الاعتراض ، وبالتالي إذا اعترض المدين على الوفاء الصادر من الغير الذى ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ، وأبلغ الدائن هذا الاعتراض ، جاز للدائن أن يرفض هذا الوفاء .

ج ٥ ص ٢٥٤ ، ابن حزم : المحلى ١١٦/٨ ، ابن المرتضى : البحر الزخار ٧٨/٥ ، الصنعانى : التاج المذهب ١٥٠/٤ .

^(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٤٧٤ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٦١ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٣٢٢ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ١٨ وما بعدها ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٣٥ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٢٣

ومفاد ذلك : أنه لا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء الصادر من غير المدين ، إلا إذا اعترض الدائن والمدين معا على هذا الوفاء ، وفى ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية : " ويلزم الدائن بقبول الوفاء من الغير ... ولا يمتنع هذا الالتزام إلا حيث يعترض الدائن والمدين معا على الوفاء من غير ذى مصلحة فيه ، ولا يكفى فى ذلك اعتراض أحدهما ، استقلالا فإذا اعترض المدين على الوفاء جاز للدائن رغم ذلك أن يقبله ، وإذا اعترض الدائن وحده ، كان للغير أن يلزمه بقبوله ما دام أن المدين لم يقم بإبلاغ اعتراضه ، ويكون الوفاء فى كل هذه الأحوال مبرئا لذمة المدين " (١) .

والعلة من إقرار هذا الحكم هى احترام رغبة المدين الذى قد تمنعه اعتبارات أدبية عن قبول الوفاء الصادر من الغير ، وإن كان البعض يرى بحق أن هذه العلة لا تحقق احترام رغبة المدين إلا إذا كان إبلاغ المدين لاعتراضه على الوفاء الصادر من الغير ، يؤدي إلى أن يرفض الدائن هذا الوفاء بمجرد علمه باعتراض المدين ، لا أن يترك قبوله لهذا الوفاء أو رفضه لمطلق تقديره (٢) .

ولكن إذا لم تستوجب طبيعة الالتزام أو الاتفاق أن ينفذه المدين بنفسه ولم يعترض المدين على الوفاء الصادر من الغير ، أو اعترض ولم يبلغ الدائن هذا الاعتراض ، أو أبلغه ولم يمتنع الدائن عن قبول الوفاء من الغير ، وكان هذا الوفاء مبرئا لذمة المدين ، وذلك بأن تتجه إرادة هذا الغير إلى الوفاء بدين المدين ، كان للموفى الحق فى أن يرجع على المدين بما وفاه ، ويحل فى ذلك محل الدائن ، وأما إذا كان الغير لا يقصد الوفاء بدين المدين ، ولكن يقصد الوفاء بدين توهم أنه مدين به شخصيا للدائن ، فإن ذمة المدين لا تبرأ بذلك ، ولا يكون للموفى الحق فى أن يرجع على المدين بما وفاه ، ولكن يكون له استرداد ما دفعه للدائن بغير حق (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٣ ص ١٧٠ .

(٢) د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ١٩ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٠٥ .

(٣) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٧٣ ، د/ عبد الودود يحى : : المرجع السابق هامش رقم (٢) ص ٢٦٢ ، نقض مدنى فى ١٩٧٧/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٠٢٢ رقم ١٧٧ .

ثالثا : المقارنة :

من البيان السابق لموقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه يشترط لرجوع الموفى على المدين بما وفاه بدلا عنه من دين وحلوله محل الدائن الموفى له فى هذا الرجوع ، أن يكون الأداء الصادر من الموفى مبرئا لذمة المدين . كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أنه يجوز لغير المدين أن يقوم بالوفاء بالدين بدلا عن المدين ، سواء أكان للغير مصلحة فى هذا الوفاء أم لا ؟

وإن كان بينهما خلاف فإنه يتحدد فى أن الفقه الإسلامى جعل الأصل فى الوفاء بالدين أن يقوم به المدين بنفسه ، فى حين جعل القانون المدنى لكل شخص الحق فى أن يوفى بدين غيره ، حتى ولو كان أجنبيا عن المدين بأن لم تكن له مصلحة فى القيام بهذا الوفاء ولم يجعل الوفاء بالدين قاصرا على المدين إلا إذا اقتضته طبيعة الدين أو نص الاتفاق على أن المدين هو الذى يوفى بالتزامه بنفسه .

الفرع الثانى

حلول أجل الدين الموفى به بالنسبة للمدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

يلزم لكى يحق للموفى أن يحل محل الموفى له فى رجوعه على المدين - بالإضافة إلى كون الوفاء الصادر من الغير مبرئاً لذمة المدين - أن يحل أجل الدين الموفى به من قبل الغير بالنسبة للمدين ، وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على الوجه التالى :

أولاً : حلول أجل الدين الموفى به بالنسبة للمدين فى الفقه الإسلامى :

يشترط أيضاً بالإضافة إلى كون الوفاء الصادر من الغير مبرئاً لذمة المدين أن يكون الدين الذى قام الغير بالوفاء به عن المدين قد حل أجل الوفاء به بالنسبة للمدين ، وهذا مما انعقد عليه اتفاق عامة فقهاء المذاهب الإسلامية ^(١) .

ثانياً : حلول أجل الدين الموفى به بالنسبة للمدين فى القانون المدنى :

لا يكفى أن يكون الوفاء بدين المدين الصادر من الغير مبرئاً لذمة المدين ، حتى يكون للموفى الحق فى أن يحل محل الموفى له فى رجوعه على المدين بما وفاه ، بل يجب أن

^(١) راجع فقه الحنفية : ابن عابدين : حاشيته على الدر المختار ٥/٥٥٥ طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م حيث يقول : " وإذا عجل الكفيل الدين - أى الوفاء به - حال حياته لا يرجع على المطلوب أى المدين - إلا عند حلول الأجل " ، والإمام السرخسى : المبسوط ٢٠/٩٨ طبعة دار المعرفة بيروت ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

وفى فقه المالكية : الإمام مالك : المدونة ١٣/٢٥٧ حيث يقول : " قلت أرأيت إن تكفلت لرجل بماله على رجل إلى أجل فمات الكفيل ... قال : قال لى مالك إذا مات الكفيل قبل محل الأجل كان لسرب الحق أن يأخذ حقه من مال الكفيل ولا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا من الذى عليه الحق شيئاً حتى يحل أجل المال " ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/٣٣٧ .

وراجع فقه الشافعية : الإمام الشربيني : مغنى المحتاج ٢/٢٠٨ ، وقد جاء فيه : " وإذا مات الضامن ، وأخذ المستحق - الدائن - الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه - أى المدين - إلا فى الضمان قبل حلول الأجل " ، الإمام الرملى : نهاية المحتاج ٤/٤٦٠ .

وفى فقه الحنابلة راجع : الإمام المقدسى الشرح الكبير بذيلى المغنى لابن قدامة ٥/٢٥٩ ، حيث يقول : " وإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل ، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ولأنه تبرع بالتعجيل " ، الإمام البهوتى : كشف القناع ٣/٣٧٤ ، ابن المرتضى : البحر الزخار ٨/٧٨ ، النجفى : جواهر الكلام ٢٦/١٣٣ .

يكون الدين الذى قام الغير (الموفى) بالوفاء به بدلا عن المدين ، قد حل أجل الوفاء به بالنسبة للمدين ، وذلك لأن الأجل حق للمدين ، ومن ثم لا يسقط هذا الأجل لمجرد قيام الغير بالوفاء بالدين بدلا عن المدين ، بالإضافة إلى أن الدائن - إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف ، والأجل الواقف هو الذى يترتب على حلوله أن يصبح الالتزام مستحق الأداء لا يستطيع مطالبة المدين بالوفاء به ، وإن كان حق الدائن موجودا ومؤكدا ، مما يعطى للدائن الحق فى أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه مادة (٢٧٤) مدنى^(١) وإذا كان الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين بالالتزام المقترن بأجل واقف قبل حلول هذا الأجل ، فإنه إذا قام الغير بالوفاء بهذا الالتزام عن المدين قبل حلول أجل الوفاء به بالنسبة للمدين ، وقبل الدائن هذا الوفاء ، فلا يكون لهذا الموفى الحق فى أن يرجع بما وفاه على المدين ، قبل حلول أجل الوفاء به بالنسبة للمدين ، ولا أن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن ، إلا إذا رضى المدين أن يعجل للموفى ما وفى به عنه ، ولكن إذا وقع أداء الدين من الموفى عن المدين بعد حلول الأجل بالنسبة للمدين كان للموفى الحق فى أن يرجع على المدين بما وفاه ، ويحل فى ذلك محل الموفى له^(٢) .

أما إذا كان التزام المدين مقترنا بأجل فاسخ ، والأجل الفاسخ هو الذى يترتب على حلوله انقضاء الالتزام وزواله ، وبالتالي فإن الالتزام المقترن بأجل فاسخ التزام نافذ إلى أن تنتضى مدته ، ومن ثم يكون للدائن الحق فى أن يطالب به ، وأن يجبر المدين على الوفاء به ، لأن الوفاء به واجب فى الحال ، وعلى ذلك فإن الوفاء به يقع صحيحا ، طالما لم تنتقض مدته ، ولذلك إذا قام غير المدين بالوفاء به قبل انقضاء مدته بحلول الأجل الفاسخ بدلا عن المدين ، كان له أن يرجع على هذا المدين بما وفاه ، متى توافرت فيه بقية شروط الحلول ، ورجوع الموفى على المدين بما وفاه لا يكون إلا إلى مدة الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ ، ذلك لأن الدائن لا يملك أن يحل الموفى محله فيما يزيد على

(١) د/ جميل الشرفاوى : المرجع السابق ص ١٥٧ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص

١٧٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٦٣ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد :

المرجع السابق ص ٤٠٠ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٦٣ ، د/ مصطفى عدوى :

المرجع السابق ص ٢٤٥ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢١٧ .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ١٤٥ .

مقدار حقه ، كما أن الالتزام تحدد بمدة لا يقع الوفاء بعدها ملزما للمدين (١) .
ولكن هل يحق للموفى أن يحل محل الدائن إذا قام بالوفاء له بالالتزام المدين المقترن
بالأجل الفاسخ بعد انقضاء مدته أم لا ؟
من المعلوم أن الالتزام المقترن بأجل فاسخ التزام موجود ، ونافذ ، ويملك الدائن استيفائه
اختيارا ، واقتضاءه جبرا ، وله أن يجرى عليه كافة التصرفات الجائزة والتي تكون فى
حدود هذا الحق ، ولكن بعد حلول هذا الأجل ينتهى الالتزام ومنها الحلول ، وذلك لأن
الدائن لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما له (٢) .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا قام الغير بالوفاء
بالدين ، الذى يشغل ذمة المدين نفسه لدائنه ، وكان هذا الدين مؤجلا ولم يحل أجل الوفاء
به بالنسبة للمدين ، فإنه لا يحق للموفى أن يرجع على المدين بما أداه عنه من دين إلا
عند حلول الأجل على المدين ؛ لأن الأجل حق المدين ، وقد ثبت له ترفيها وتخفيفا عليه ،
حتى يتمكن من أداء ما عليه من دين ، وبالتالي لا يحق للموفى أن يحرمه من هذا الحق ،
برجوعه عليه قبل حلول الأجل ، بالإضافة إلى أن الوفاء الصادر من الغير قبل حلول
أجل الوفاء بالدين بالنسبة للمدين يعد تبرعا من الموفى بالتعجيل ، ومن ثم لا رجوع له
على المدين إلا بعد حلول الأجل أيا كان نوعه .

(١) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٤٢ ، د/ محمد ليبيب شنب : المرجع السابق ص
٣٦١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢١٥ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق
ص ١٣٠ وما بعدها ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٨٨ وما بعدها ، د/ حسام الدين
الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٣٣ ، د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٤٦ ، د/
أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٤٦

الفرع الثالث

أن يكون أداء الموفى محققا لمصلحة المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

يجب حتى يحل الموفى محل الدائن فى رجوعه على المدين بما وفاه - بالإضافة إلى الشرط السابقة - أن يكون أداء الموفى لدين المدين محققا لمصلحته ، وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على النحو التالى :

أولا : كون أداء الموفى للمدين محققا لمصلحة المدين فى الفقه الإسلامى :

يشترط جانب من الفقه الإسلامى لرجوع الموفى على المدين بما وفاه بدلا عنه ، أن يكون ذلك الوفاء محققا لمصلحة المدين ، ومؤديا إلى الرفق به ، ولا يكون المقصود من قيام الموفى بالأداء عنه ضرره ، وعنته ، والانتقام منه ، بإرادة سجنه ، والتغليظ والشدة فى مطالبته بما عليه من دين (١) .

ثانيا : كون أداء الموفى لدين المدين محققا لمصلحته فى القانون المدنى :

يجب حتى يحل الموفى محل الموفى له فى رجوعه على المدين أن يكون أداء الموفى لدين المدين محققا لمصلحة هذا المدين ، ويكون أداء الموفى لدين المدين بالإضافة إلى الشروط السابقة محققا لمصلحة هذا الأخير ، إذا أدى هذا الوفاء إلى تجنب التنفيذ على أموال المدين من قبل الدائن فى وقت قد يتعذر على المدين أن يتوقى مثل هذا الإجراء كما يحقق أداء الموفى مصلحة المدين ، وله أن يرجع على المدين بما وفاه ، وأن يحل محل الموفى له فى هذا الرجوع ، إذا كان هذا الوفاء الصادر من غير المدين مفيدا له ، وإمعانا فى هذا النفع

(١) الإمام المواق : التاج والإكليل ج ٥ ص ١٠٢ بهامش مواهب الجليل حيث يقول فى ذلك : " من أدى عن رجل ديناً عليه جاز ذلك ، إن فعله رفقا بالمطلوب - وهو المدين - وإما إن أراد الضرر بطلبه وإعنته ، وإرادة سجنه لعدمه لعداوة بينه ، وبينه منع من ذلك " ، والإمام الدردير : الشرح الصغير ١٥٧/٢ بهامش بلغة السلك حيث يقول : " كما يجوز للإنسان أن يؤدى ما على المدين - رفقا به لا عنتا - أى ضررا - أى لأجل ضرر المدين فلا يجوز ، فيرد ما أداه عنتا ، وليس للمؤدى مطالبة على المدين بل يجب منعه عن مطالبته قهرا عنه " ، والإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣٤ ، الإمام الخرشي : شرحه على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٥ ط المطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية ١٣١٧هـ ، ابن أطفيس : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٩ ص ٤٩٠ وقد جاء فيه ما نصه : " ومن ضمن له على رجل بأمره فى مطالبة به ، فإن قصد إعنته أثم وشاركه فى الإثم ، وإن نوى إعانة الرجل وتخليصه أحسن ، وليس له أن يأخذه به قبل أن يطالبه إذ لم يلزمه فى الأصل ، ولا هو كالواجب أداؤه عن المضمون عنه ، وعليه إعانة رب الحق على أخذه ، وهذا مطالب بغير حق ، فعلى الضامن وغيره إعانة المظلوم على تخليصه ، ومنع الظالم عن ظلمه مع القدرة " .

الذى يجب أن يتحقق للمدين من وراء وفاء الغير بدينه ، أنه إذا لم يكن الوفاء الحاصل من الغير عن المدين مفيدا له ، فإنه لا يحق لهذا الموفى أن يرجع عليه بما وفاه وكذلك إذا كانت المنفعة التى تحققت من وراء وفاء الغير عن المدين محدودة ، فإن هذا الموفى لا يحق له أن يرجع على المدين إلا فى حدود ما عاد عليه من منفعة ، وبناء على ذلك ، إذا كان دين المدين قد انقضى كله ، بأن قام المدين بالوفاء به قبل أن يوفيه للغير ، فإن هذا الغير لا يرجع على المدين بشئ مما وفاه عنه ؛ لأن المدين قام بالوفاء بدينه ومن ثم لم تعد عليه أية فائدة من وفاء الغير ، بعد قيامه بوفاء ما عليه من دين ، وإنما يرجع على الدائن ليسترد منه ما أخذ بدون وجه حق ^(١) .

وكذلك إذا كان دين المدين قد انقضى بعضه ، كما إذا قام المدين بدفع بعض أقساطه ، ثم قام الغير بالوفاء به كله دون اعتبار للأقساط التى دفعها المدين ، فإنه لا يجوز للموفى أن يرجع على المدين إلا بمقدار ما تبقى من الدين بعد خصم الأقساط ، التى قام المدين بالوفاء بها ، لأن هذا هو القدر الذى استفاد منه المدين ، كذلك إذا كان المدين يملك دفوعا تودى إلى إبراء ذمته من الدين ، كأن كان له فى ذمة الدائن دين مماثل لما فى ذمته ، وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضى الدين دون حاجة إلى الوفاء به ، أو أن الدين قد انقضى بالتقادم أو بالإبراء أو بالتجديد ، ومع ذلك قام الغير بالوفاء بالدين ، فلا يحق لهذا الموفى أن يرجع على المدين بشئ مما وفاه ، وذلك لأن المدين لم يستفد شيئا من هذا الوفاء ، أو كان الدين لم يسقط بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة لتتمام التقادم بحيث يسقط الدين بانقضائها ، لو لم يوف الغير بالدين بدلا عن المدين فى خلالها ، ومن ثم إذا وفى الغير بدين المدين فى خلال هذه المدة ، كان للمدين أن يتمسك بهذا الدفع عند رجوع الموفى عليه بما وفاه ؛ لأنه لولا وفاؤه لسقط الدين بالتقادم ، وبالتالي لم يستفد المدين شيئا من هذا الوفاء ،

(١) يراجع فى ذلك المعنى د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٤ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٧٨ وما بعدها ، د/ محمود جمال الدين ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٥٥ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٣٢٤ ، د/ طلبية خطاب : المرجع السابق ص ٢٧٧ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٣٣٤ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ٣٦٣ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٨٧ .

فكان له أن يدفع بهذا الدفع فى مواجهة الموفى ، وأيضاً إذا كان التصرف الذى أنشأ الدين باطلا لانعدام الإرادة أو العيب فى الشكل أو المحل أو لعدم مشروعية السبب ، أو كان قابلاً للإبطال ، لنقض أهلية المدين أو لعيب فى إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ومع ذلك قام الغير بالوفاء بهذا الدين عن المدين ، فلا يحق له أن يرجع على المدين بشئ مما وفاه لأنه لم يتحقق للمدين أية مصلحة من وراء هذا الوفاء الذى قام به الغير ، فقد كان بوسع المدين أن يتمسك بهذه الدفوع وبالتالي ينقضى الدين ، ويقع على المدين عبء إثبات ملكه لهذه الدفوع ^(١) .

ثالثاً : المقارنة :

من البيان السابق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه يجب أن يكون أداء الموفى للدين عن المدين محققاً لمصلحته ، بأن يكون هذا الأداء مؤدياً إلى الرفق بالمدين ومفيداً له ، كأن يجنبه التنفيذ الجبرى على أمواله فى وقت ، قد يتعذر عليه أن يتجنب هذا التنفيذ ، وأن يعطيه فسحة من الوقت يتمكن فى خلالها من الوفاء بالدين لمن أداه عنه ، فإذا لم يكن أداء الموفى للدين عن المدين مفيداً له ، فإنه لا يحق له أن يرجع على المدين بشئ مما دفعه ، ويتحقق ذلك إذا كان المدين قد قام بالوفاء بما عليه من دين ، أو كان دائناً لدائنه بمثل ما عليه من دين ، ففى هذه الأحوال وأمثالها لا يحق للموفى أن يرجع على المدين بشئ مما وفاه عنه . وإن كان الفقه الإسلامى قد تفوق على فقه القانون المدنى ، فى أنه منع الموفى من الرجوع على المدين بما أداه عنه ، متى كان القصد من هذا الوفاء إعانات المدين ، وإضراره بالتشديد عليه فى المطالبة بالدين بغرض الانتقام منه ، وأوجب على الدائن الموفى له أن يرد للموفى ما أداه له عن المدين بهذا الغرض ؛ إذ لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام كما هى القاعدة الفقهية .

(١) المراجع السابقة فى نفس المواضع ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٢٠ ، د/ أحمد حشمت أبو سنيت : المرجع السابق ص ٥٦٧ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٦٠ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٦٩ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٥٧ ، هامش رقم (١) لهذه الصحيفة ، د/ السنهورى : الوجيز فى شرح القانون المدنى (١) نظرية الالتزام بوجه عام ص ١١٢٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٣ ص ١٧٢ .