

الباب الثاني

الباب الثانى**رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول والآثار المترتبة عليه****تمهيد :**

إذا قام الموفى بالوفاء بالدين الذى وجب فى ذمة المدين ، ولم يكن الموفى مسئولا أصالة عن الوفاء بهذا الدين ، بل كان مسئولا عنه مسئولية تبعية كضامن ، أو كفيل أو قام بوفاء ما يلزم الغير من دين ، بحيث تبرأ به ذمة الموفى عنه بهذا الوفاء بقصد الرجوع عليه لا بنية التبرع ، ولم يفضل هذا الموفى أن يرجع على المدين الموفى عنه لكى يستوفى منه ما وفاه عنه ، استنادا إلى الدعوى الشخصية ، لأن رجوعه عليه بهذه الدعوى قد لا يمكنه من الحصول على حقه كاملا ، ومن ثم فإن الفقه الإسلامى والقانون المدنى قد قررا لهذا الموفى سبيلا آخر يرجع به على المدين ، وهذا السبيل هو ما يعرف بدعوى الحلول ، بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامى والقانون المدنى قد رتبا على رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول أثارا معينة .

وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتطلب تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من دعوى الحلول .

الفصل الثانى : ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثالث : الآثار المترتبة على رجوع الموفى على المدين ، بدعوى الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الأول

الفصل الأول

موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من دعوى الحلول .

إذا توافرت شروط الحلول - السابق بيانها - سواء المتطلبة فى الموفى عن المدين أو فى المدين نفسه ، كان للموفى الحق فى أن يرجع على المدين بما وفاه بدعوى الحلول ، فما موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من دعوى الحلول ؟

وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى يكون على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

ذهب بعض الباحثين المعاصرين المعنيين بالدراسات المقارنة بالفقه الإسلامى إلى القول : بأن الفقه الإسلامى لا يعرف فكرة الحلول ^(١) .

كما أنه لم يصرح بهذه التسمية ، وأن هذه التسمية مستعارة من الفقه الغربى ^(٢) . وهذا الإدعاء ، والافتراء على الفقه الإسلامى لا يمكن التسليم به ، ويمكن الرد عليه بما يلى :

أولاً : القول إن الفقه الإسلامى لا يعرف فكرة الحلول غير مسلم به ؛ لأن الفقهاء قد استعملوا لفظ الرجوع - فى أبواب الفقه المختلفة - والرجوع أعم من الحلول ، فيكون الحلول ضرباً من ضروب الرجوع ^(٣) .

ثانياً : القول إن الفقه الإسلامى لم يصرح بلفظ الحلول غير مقبول جملة وتفصيلاً ، والدليل على ذلك أن الفقه الإسلامى قد صرح بهذا اللفظ فى أكثر من موضع .

من ذلك ما جاء فى البهجة : " ويحل المشتري للدين محل بئعه فى حوز الرهن " ، وجاء بها أيضاً " وأحل المشتري فى الرهن ، والانتفاع به ، والحوز له " ^(٤) .

(١) د/ عبد الخالق حسن : الكفالة دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى هامش رقم (١) ص ٢١٤ ط ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م بدار الهدى لطباعة ، د/ عبد الفتاح مصطفى محمد : الوفاء مع الحلول ص ٢٣ حيث يقول : " لم أجد فيما اطلعت عليه من كتابات فقهاء المسلمين ذكر كلمة الحلول " .

(٢) د/ عبد الخالق حسن : المرجع والموضع السابقين .

(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٤٩ ، د/ محمد يوسف : أحكام رجوع الكفيل ص ٢٠٠

(٤) التسولى : البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٩١ ط دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ ١٩٩١ م .

ومن ذلك أيضا ما ذكره المواق " لأن فائدة الحمالة ، أن يحل الضامن محل المضمون ، في تعذر أخذ الحق منه " (١) ، وبذلك يتبين أن القول: إن الفقه الإسلامي لم يصرح بلفظ الحلول غير صحيح .

ثالثا : كما أن الفقهاء قد صرحوا بالقول بإقامة الموفى مقام الدائن ، وأن الموفى ينزل منزلة الدائن ويرجع عليه ، ألا يعد إقامة الموفى مقام الدائن ، ورجوعه عليه وإنزاله منزلته حلولا !!؟ .

ويؤكد ذلك ما جاء في شرح فتح القدير ما نصه : " وحكمها أنه أى الموفى - يملك الدين بالأداء فيصير كالتائب نفسه ، فيرجع بنفس الدين " (٢) .

وما جاء في شرح العناية : " لأنه أى الموفى - ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب " (٣) وما جاء في المبسوط : " لأن الطالب بالاستيفاء منه أى باستيفائه الدين من الموفى يصير كالمملك لذلك المال من الموفى ، أو كالمقيم له مقام نفسه ، فى استيفاء الدين من المدين " (٤) وما جاء في شرح الخرشي : " والضامن ينزل منزلة المضمون له " (٥)

وما جاء في المغنى : " وأكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين " (٦) فهذه النصوص الفقهية تدل دلالة قاطعة على أن الفقه الإسلامي قد صرح بلفظ الحلول أو ما يقوم مقامه ، ومن ثم لم يبق لمن يدعى أن الفقه الإسلامي لم يصرح بالحلول ، وأن هذه التسمية مستعارة من الفقه الغربى أية حجة أو دليل على صحة ما يدعيه ، وثبت بذلك أن الفقه الإسلامى يعرف دعوى الحلول منذ زمن بعيد (٧) .

(١) المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ٩٨ ، ٩٩ .

(٢) ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٦ ص ٣٠٥ .

(٣) البابرتى : شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ج ٦ ص ٣٠٥ ، المرغانى : فى

الهداية فى نفس الموضع ، الزيلعى : تبين الحقائق ج ٤ ص ١٥٥ ، شيخ زاده : مجمع الأنهر

ج ٢ ص ١٣٣ ، ابن نجيم : البحر الرائق ج ٦ ص ٢٤٣ .

(٤) السرخسى : المبسوط ج ١٩ ص ١٧٨ .

(٥) الخرشي : شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٤ ، بلغة السالك ج ٢ ص ١٥٦ ،

جواهر الإكليل ج ٢ ص ١١١ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٣٣

(٦) ابن قدامة : المغنى ج ٥ ص ١٧٩ ، المقدسى : الشرح الكبير بهامش المغنى فى نفس الموضع

(٧) د/ محمد يوسف حفى : أحكام رجوع الكفيل على المدين المكفول عنه ص ٢٠٢ .

رابعاً : بالإضافة إلى أن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول سبيل كل تشريع ، يهدف إلى تحقيق العدالة ، والفقه الإسلامى كتشريع صالح لكل زمان ومكان ، قد سبق كل التشريعات فى إرساء تلك القواعد .

هذا : وقد ساق بعض المعاصرين المبررات التى تقوم عليها دعوى الحلول فيما يلى :
 أولاً : إن دعوى الحلول أقرب إلى روح الشريعة الإسلامية ؛ إذ لا ضرر ولا ضرار .
 ثانياً : إن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول ، يؤدى إلى تأكيد وضمأن حقه ، لأن الغالب أن الموفى يوفى حقاً ثابتاً وخالياً من النزاع ، وإلا ما أقدم على الوفاء ^(١) .
 ثالثاً : إن رجوع الموفى بهذه الدعوى يقوم فى الفقه الإسلامى على رفض أى إعنات للمدين فى رجوع الموفى عليه ، وإن وقع فلا رجوع ^(٢) .

رابعاً : إن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول ، لا يكون إلا بنفس الدين الذى أداه عن المدين ، دون أى زيادة عليه لأن الزيادة ربا محرم شرعاً ، مهما كانت الدوافع والمبررات ^(٣) .

خامساً : إن الموفى لا يرجع على المدين بدعوى الحلول ، باعتباره دائناً جديداً ولا بدين جديد ولا بشروط جديدة ؛ إذ إنه لا يرجع عليه بعنصر زائد على ما وفاه عنه ، وإلا كان مضارباً بدين المدين ، وفى ذلك مخالفة لروح الشريعة الإسلامية ، غاية الأمر أن الموفى قد يكون أيسر طلباً من الدائن الأصلى ، أو يمنح المدين أجلاً ، أو يحط عنه بعض الدين ، أو ينظره إذا أعسر ^(٤) .

ثانياً : موقف القانون المدنى من دعوى الحلول :

لقد أعطى التقنين المدنى المصرى السابق والحالى للموفى عن المدين ، الحق فى أن يحل محل الدائن (الموفى له) ، فى نفس الدين الذى وفاه لا بدين جديد ويصبح كأنه الدائن ،

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى محمد : الوفاء مع الحلول ص ٤٠ ، أ/ السيد إسماعيل : انقضاء الالتزام فى عقد البيع بالتنفيذ العينى الاختيارى ص ٣٤٣ ، أ/ محمد يوسف : المرجع والموضع السابقين .

(٢) الخرشى : شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٥ ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣١ ، الإمام مالك : المدونة المجلد الخامس ج ١٣ ص ٢١٨ .

(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع والموضع السابقين ، أ/ السيد إسماعيل نفس المرجع والموضع .

(٤) نفس المراجع السابقة .

وبالتالى قرر له القانون أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، بما يعرف بدعوى الحلول ، وهذه الدعوى تقررت له إما بحكم القانون وفى هذه الحالة يكون الحلول قانونيا ، وإما بحكم الاتفاق وفى هذه الحالة يكون الحلول اتفاقيا ، ورجوع الموفى على المدين بمقتضى دعوى الحلول يكون بذات الحق ، الذى وفاه عنه بما لهذا الحق من خصائص وما يكفله من تأمينات ، وما يلحقه من توابع ، وما يرد عليه من دفعات ، وكذلك أعطت التقنيات العربية للموفى عن المدين الحق فى أن يرجع على المدين بما وفاه ، بدعوى الحلول بجانب حقه فى الرجوع عليه بالدعوى الشخصية ، وقد سبق عرض ذلك بالتفصيل عند الحديث عن مشروعية الحلول ^(١) .

هذا : وحلول الموفى محل الدائن (الموفى له) فى رجوعه على المدين نظام نافع ومفيد لكل أطرافه ، وليس فيه إضرار بالغير ، فالمستفيد الأول من هذا النظام القانونى هو الغير الذى وفى بالدين عن المدين ، وتتجلى استفادته منه أنه يعطيه الحق فى الرجوع على المدين لاسترداد ما دفعه عنه للدائن ؛ فحلول الموفى محل الدائن يبسر له سبيلا ممهدا للرجوع بحقه ، لأنه وإن كان فى استطاعته أن يرجع على المدين لاسترداد ما دفعه عنه ، عن طريق الدعوى الشخصية التى منحه القانون إياها ، والتى قد تجد أساسها فى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، إلا إن رجوعه بمقتضى الدعوى الشخصية قد يعرضه باعتباره دائنا عاديا لخطر إعسار المدين ، ومزاحمة بقية الدائنين العاديين له ومن ثم فإن رجوعه على المدين بما وفاه بدعوى الحلول ، يجنبه خطر إعسار مدينه ، كما يحقق له نفعاً أكثر ؛ إذ تنتقل إليه ضمانات الحق الذى وفاه إن كان مضمونا بتأمينات شخصية أو عينية حصل عليها الدائن (الموفى له) من المدين أو من غيره ، والموفى يتبوأ هذه المكانة ، دون أى خطر يهدد مصالح الدائن أو المدين ، وهذا يدفعه إلى التقدم للوفاء بدين الغير ، بالإضافة إلى أن نظام الحلول يحقق فائدة للدائن وللمدين على السواء ؛ فالدائن يستطيع عن طريق هذا النظام أن يحصل على حقه بسهولة ويسر ، ودون أن يجبر على اتخاذ إجراءات قضائية ، قد يضطر إليها فى بعض الأحيان لولا هذا النظام القانونى ، بالإضافة إلى أن نظام الحلول يمكن الدائن من الحصول على حقه فى وقت مناسب ، وهذا يساعده على الاستفادة من هذا الحق فى قضاء مصالحه ، أو فى استثماره فى مجالات أخرى قد

(١) يراجع من ص ٤٤ إلى ص ٤٨ من هذا البحث .

تدر عليه عائدا أكبر ، وبالنسبة للمدين فالحلول يجنبه التنفيذ الجبرى على أمواله بمعرفة الدائن فى وقت قد لا يقدر المدين فيه على تجنب مثل هذا الإجراء ، والوفاء مع حلول الموفى محل الموفى له ليس له أية أضرار بالنسبة لدائنى المدين الآخرين ؛ لأنه لا يسئ إلى موقفهم ؛ إذ لا يترتب عليه سوى تغير اسم الدائن فحسب ، وهكذا يتضح أن الوفاء مع حلول الموفى محل الدائن مفيد للجميع ، ولا يضر بأحد ، لذلك أقره المشرع بتأييد من الفقه ، وطبقة القضاء ، وذلك يدل على الاعتراف بفضله وملائمته ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال البيان السابق يتضح أن الفقه الإسلامى يتفق مع القانون المدنى فى معرفته لفكرة أو دعوى الحلول ، وأنه قد صرح بهذه التسمية فى الكثير من نصوصه ، ويتجلى ذلك من خلال المعانى التالية :

أولا : إن الفقهاء قد استعملوا لفظ الرجوع ، والرجوع أعم من الحلول .

ثانيا : إنهم صرحوا بلفظ الحلول أكثر من مرة .

ثالثا : كما أنهم صرحوا بإقامة الموفى مقام الدائن ، وإنزاله منزلته فى نفس الدين الذى وفاه عن المدين ، وليس فى دين جديد .

رابعا : إن رجوع الموفى بدعوى الحلول هدف لكل تشريع يسعى إلى تحقيق العدالة ، والفقه الإسلامى قد سبق كل التشريعات فى إرساء تلك القواعد .

^(١) يراجع فى هذا المعنى د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الثانى هامش رقم (١) ص ٧٨٠ ط ١٩٨١ دار النهضة العربية ، د/ فتحى عبد الرحيم : النظرية العامة للالتزامات الكتاب الثانى هامش (١) ص ٣٣٥ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : الحلول الشخصى دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى من ص ٣٣ إلى ص ٣٥ الناشر دار النهضة العربية بدون تاريخ من ص ٣٣ إلى ص ٣٥ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣٤٥ ف ٣٢٥ ط ١٩٨٧ ، د/ حسام الدين الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٣٧٠ ومابعد ط ١٩٩٦ ، د/ رمضان أبو السعود : أحكام الالتزام ص ٤٦١ ومابعد ط ١٩٩٦ ، د/ أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣٨٤ ف ٤٨٣ ط ١٩٦٢ ، د/ عبد المجيد الحكيم : الموجز فى شرح القانون المدنى ج ٢ ص ٣٦٧ ف ٧١٠ ، د/ محمد شكرى سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى ص ٢٧٤ ف ٣٦٧ ط ٢٠٠٠ م .

خامسا : إن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول ، يكون بذات الحق الذى أداه عنه ؛ لأن الزيادة ربا محرم شرعا .

سادسا : إن الرجوع بدعوى الحلول أقرب إلى روح الشريعة ؛ إذ لا ضرر ولا ضرار . كما يتفق الفقه الإسلامى مع القانون المدنى فى أن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول ، مفيد لكل أطراف الحلول .

فالموفى هو أول من يستفيد من هذا النظام ؛ وذلك لأنه يمكنه من الحصول على حقه كاملا ، عن طريق حله محل الدائن وقيامه مقامه ، وانتقال الحق إليه كما لو كان هو الدائن ذاته ، ولذلك لو كان هذا الحق مضمونا بتأمينات ، فإنه ينتقل إلى الموفى مضمونا بهذه التأمينات ، وبالتالي فالحلول يوفر للموفى ضمانا لحقه ، كما أن هذا النظام مفيد للمدين أيضا ؛ لأن الموفى قد يكون أيسر طلبا من الدائن الموفى له ، وقد يمنح المدين أجلا جديدا ، ليتمكن من الوفاء له بما أداه عنه ، وقد يحط عنه جزءا من الدين ؛ لأن الرجوع بدعوى الحلول يقوم على رفض أى إعانات بالمدين فإذا وقع فلا رجوع ، كما أنه مفيد للدائن ؛ لأنه يبسر له الحصول على حقه وليس فيه ضرر بالغير .

الفصل الثانی

الفصل الثانى

ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تبين مما سبق أنه يحق للموفى أن يرجع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن (الموفى له) حتى يتمكن من استيفاء حقه ، الذى وفاه عن المدين ، ورجوع الموفى على المدين بهذه الدعوى يعد أثرا للوفاء الصادر من غير المدين ، الذى يعطى للموفى الحق فى أن يقوم مقام الدائن (الموفى له) .

وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على الوجه التالى :

أولا : فى الفقه الإسلامى :

إذا كان الفقه الإسلامى قد أعطى للموفى الحق فى الرجوع على المدين ، بدعوى الحلول ، فما الذى يرجع به الموفى على المدين بهذه الدعوى ؟
للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن الفقهاء قد اتفقوا ^(١) على أنه يحق لمن وفى دين غيره ، أن يرجع على المدين بنفس الحق ، الذى كان للدائن الموفى له على المدين والذى قام بالوفاء به ، للدائن بدلا عنه .

(١) البابرتى : العناية على الهداية ٣٠٥/٦ وقد جاء فيها : " أنه ملك الدين بالأداء فنزل منزل الطالب ، والطالب لم يكن له أن يطالب إلا بما فى ذمته ، وكذلك من نزل منزلته " ، شرح فتح القدير ٣٠٥/٦ وقد جاء فيه : " أنه - أى الموفى يملك الدين بالأداء ، فيصير كالتطالب نفسه ، فيرجع بنفس بالدين " ، قاضى زاده : مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٣ ، بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٢ ، السرخسى : المبسوط ١٧٨/١٩ ، ابن نجيم : البحر الرائق ٢٤٣/٦ ، الكفاية على الهداية ٣٠٥/٦ الشيخ عبد الحكيم الأفغانى : كشف الحقائق شرح كنز الدقائق ٥٢/٢ ، الإمام صدر الشريعة : شرحه على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق نفس الموضع .

وفى فقه المالكية راجع : الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٣٣٥ حيث يقول : " (ورجع) الضامن على أصله (بما أدى) عنه أى بمثله إن كان مثليا بل (ولو مقوما) ؛ لأنه كالمسلف يرجع بالمثل حتى فى المقومات " ، الدسوقى : حاشيته على الشرح الكبير فى نفس الموضع ، الحطاب : مواهب الجليل ١٠٣/٥ حيث يقول : " ورجع بما أدى ولو مقوما " ، المواق : التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل فى نفس الموضع ، الشيخ عبد السميع الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ١١١ حيث يقول : : وإن دفع الضامن شيئا للمضمون له =

وقد استدلووا على ذلك بما يلي :

- أولاً : إن الموفى ملك الدين بالأداء ، فصار كالطالب نفسه ، فيرجع بنفس الحق ^(١) .
- ثانياً : إن الموفى كالمسلف ، فيرجع بما أدى ^(٢) .
- ثالثاً : إن الوفاء بالأمر استقراض من المأمور ، ولا يجوز للمقرض أن يرجع بأكثر مما أقرض على المقرض ، وإلا كان قرضاً جر نفعا ^(٣) .
- رابعاً : إن رجوع الموفى على المدين بأمر زائد عما وفاه بمقتضى دعوى الحلول تأبى الشريعة وتجعله من قبيل الربا المحرم ^(٤) .
- خامساً : إن الموفى يقوم مقام الدائن وينزل منزلته ، والأصل الرفق بالمدين وعدم إعنات لأنه لو أراد بوفائه بالدين إعنات المدين لوجب رد هذا الوفاء ، وليس من الرفق أن يرد الموفى على المدين بأمر زائد ^(٥) .

رجع على المضمون بمثل ما أدى أى المال الذى دفعه الضامن للمضمون له إن كان مثلياً — مقوماً لأنه كالمسلف " .

وفى فقه الشافعية راجع : مغنى المحتاج ٢/٢٠٩ ، الرملی : نهاية المحتاج ٤/٤٦٢ حيث يقول : أى الموفى - إلا بما غرم ؛ لأنه الذى بذله " ، الشيرازى : المذهب ج ١ ص ٤٥٠ حيث يقول قيمة الثوب عشرين ، والدين عشرة ، لم يرجع بما زاد عن العشرة ، لأنه متبرع بما زاد فلا ير . وفى فقه الحنابلة راجع : المبدع فى شرح المقنع ٤/٢٥٨ وقد جاء فيه : " وإن كان المقضى يرجع بما غرم ، ولهذا لو أبرأه غريمة لم يرجع بشئ " ، كشف القناع ٣/٣٧٢ ، مطالب أو غاية المنتهى ٣/٣٠٨ ، ابن حزم : المحلى ٨/١١١ : " وذلك بشرط أن يقول المدين للموفى لهذا على ، فإذا أديت عنى فهو دين لك على فهنا يرجع عليه بما أدى " .

وفى فقه الزيدية : التاج المذهب ٤/١٤٩ ، البحر الزخار ٥/٧٨ حيث يقول : " ولو ضمه مكسره أو العكس رجع بما دفع حيث له الرجوع " ، الطوسى : المبسوط ٢/٣٣١ ، المخت ص ١٦٦ حيث يقول : " هذا : بشرط أن يكون ما أداه لا يجاوز قدر الدين فإن جاوز الموفى لا يرجع إلا بقدر الدين ويكون متبرعاً فى الباقي " ، ابن أطفيش : شرح النيل

(١) تبیین الحقائق ٤/١٥٥ ، ابن الهمام شرح فتح القدير ٦/٣٠٥ .

(٢) الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/٣٣٥ ، مواهب الجليل ٥/١٠٣ .

(٣) مغنى المحتاج ٢/٢٠٩ ، نهاية المحتاج ٤/٤٦٢ ، تبیین الحقائق ٤/١٥٥ .

(٤) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٤٠ .

(٥) بلغة السالك ٢/١٥٧ ، حاشية الدسوقي ٣/٣٢٤ .

ولكن إذا وقع الوفاء من الغير عن طريق الصلح مع الدائن على دين المدين فما الذى يرجع به الموفى على المدين ؟

اختلف الفقهاء فى الإجابة على هذا التساؤل على قولين :

القول الأول : ويذهب أصحابه إلى أن الموفى إذا كان ضامنا للوفاء بدين المدين أو مآذونا فى الوفاء بهذا الدين من المدين ، وصالح الدائن على غير جنس الدين ؛ فإنه يرجع على المدين بكل الدين ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والزيدية ^(٢) وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه ، بأن الصلح على غير جنس الحق يكون تمليكا كالبيع ، وقيام الموفى بالوفاء بدين المدين عن طريق الصلح مع الدائن على غير جنس الدين بمثابة شرائه لدين المدين ، وتملكه له بما دفعه فيه من عوض ، ومن ثم يرجع بما اشتراه على المدين ^(٣) .

القول الثانى : ويرى أصحابه أن الموفى إذا صالح الدائن على دين المدين ، وكان هذا الصلح على غير جنس الدين ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بالأقل من الدين ومما وفى ، وإلى هذا ذهب المالكية ^(٤) والحنابلة ^(٥) والشافعية ^(٦) والإمامية ^(٧) والإباضية ^(٨) .

وقد استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بما يلى :

أولا : إن الصلح نوع إبراء ، ومسامحة ، وليس مبادلة فتقع المسامحة للموفى عنه كما

^(١) السرخسى : المبسوط ج ٢٠ ص ٥٦ وما بعدها أما إذا صالح الموفى الدائن على جنس الدين فإنه يرجع على المدين بما أدى فقط تجنبا للربا بسبب اتحاد الجنس ، وراجع فى ذلك الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣٤ ص ٣١٨ ، الكمال بن الهمام شرح فتح القدير ج ٦ ص ٣٠٨ ، المرغناني : الهداية بهامش شرح فتح القدير فى نفس الموضع .

^(٢) التاج المذهب ج ٤ ص ١٤٥ .

^(٣) المبسوط ج ٢٠ ص ٦٠ ، المرغناني : الهداية بهامش فتح القدير ج ٦ ص ٣٠٨ .

^(٤) الإمام الدسوقي : حاشيته ج ٣ ص ٣٣٥ حيث يقول : " وإذا صالح الموفى الدائن على جنس الدين الذى فى ذمة المدين ، فإنه يرجع عليه بمثل ما وفاه " ، المرجع المذكور نفس الموضع ، الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ١١١ ، الكشناوى : أسهل المدارك ج ٢ ص ١٧٠ .

^(٥) ابن قدامة : الكافي ج ٢ ص ٢٤٢ ، الإنصاف ج ٥ ص ٢٠٤ ، المبدع ج ٤ ص ٢٥٨ .

^(٦) الماوردى : الحاوى ج ٦ ص ٤٣٩ ، الرملى : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٦٢ .

^(٧) العاملى : مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣٨٤ ، الطوسى ج ٢ ص ١٣١ .

^(٨) ابن أطفيش : شرح النيل ج ٩ ص ٤٨٤ .

تقع للموفى ، ومن ثم لا يرجع الموفى على الموفى عنه إلا بالقدر الذى صالح عليه ^(١) .
ثانيا : إن القول برجوع الموفى بالقدر الذى صالح عليه الدائن عن دين المدين (الموفى عنه) ، فيه تخفيف على المدين ، وهو المقصود من وراء الوفاء عنه .

الترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ، فيما يرجع به الموفى عن المدين أن وقع وفاءه عن صلح مع الدائن على دين المدين يترجح لى ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى لنفس الأدلة التى استدلوها بها لتأييد قولهم .

ولكن إذا كان الوفاء الصادر من الغير الضامن له عن المدين ، عبارة عن إبراء الدائن لهذا الغير (الموفى) فهل له أن يرجع على المدين بشئ أم لا ؟

اختلاف الفقهاء على ذلك على رأيين :

الرأى الأول : ويذهب القائلون به إلى القول : إنه إذا أبرأ الموفى الضامن للوفاء بدين المدين ، فإنه لا يحق له أن يرجع بما أبرأه به الدائن على المدين ؛ لأن الإبراء إسقاط ، فلا يتضمن التملك ولا يتحول به أصل الدين إلى ذمة الموفى الكفيل ، بخلاف الأداء ^(٢) وقد ذهب إلى هذا الرأى الحنفية ^(٣) والحنابلة ^(٤) والزيدية ^(٥) والإمامية ^(٦) والإباضية ^(٧)

(١) الرملی : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٦٢ ، الماوردى : الحاوى الكبير ج ٦ ص ٤٣٩ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) السرخسى : المبسوط ج ٢٠ ص ٥٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٤ .

(٣) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ ، شيخ زاده : مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٤ حيث يقول : " لأن الإبراء يسقط الدين فلا يملكه الكفيل فلا يرجع " ، والشيخ محمد علاء الدين : الدر المنقى شرح المنلقى ج ٢ ص ١٣٤ .

(٤) البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٣٧٢ حيث يقول : " ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشئ " ، الرحيباني : مطالب أولى النهى ج ٣ ص ٣٠٨ ، المبدع فى شرح المقنع ج ٤ ص ٢٥٨ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٠ ، المقدسى : الشرح الكبير بهامش المغنى ج ٥ ص ٢٥٤ .

(٥) التاج المذهب ج ٤ ص ١٧٥ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٩٦ .

(٦) العاملی : مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣٨٤ ، الحلى : المختصر النافع ص ١٦٦ .

(٧) ابن أطفيش : شرح النيل ج ٩ ص ٤٧٩ .

الرأى الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه إذا أبرأ الدائن الكفيل الموفى ، فإن له أن يرجع على المدين بما فى ذمته من دين ، خاصة إذا كانت البراءة من الدين المقصود بها الغير المكلف بالوفاء (وهو الموفى الكفيل) ، وذلك لأن هذه البراءة إنما وقعت للموفى ولم تقع للمدين (١) .

وقد ذهب إلى هذا الرأى المالكية (٢) والشافعية (٣) .

وبعد هذا العرض يتبين للباحث أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول ، وهو عدم رجوع الموفى المبرأ من الوفاء من قبل الدائن بما أبرأ به وذلك لما يلى :

أولاً : إن الإبراء إسقاط لا يتضمن التملك ومن ثم لا يتحول به أصل الدين إلى ذمة الموفى (٤) .

ثانياً : إن الموفى لم يغرم شيئاً ، حتى يرجع على المدين به .

وإذا كان الوفاء الصادر من الموفى عبارة عن هبة الدائن له الدين الذى كفل الوفاء به عن المدين ، فهل للموفى أن يرجع بما وهبه له الدائن على المدين أم لا ؟
اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : ويرى أصحاب هذا القول إلى أنه إذا كان الوفاء بدين المدين قد تم عن طريق الهبة ، بأن قام الدائن بهبة الدين الذى كفل الموفى الوفاء به عن المدين ، فإن الموفى يحق له أن يرجع بهذا الدين على المدين ؛ وذلك لأن الهبة فى معنى الأداء ، ومن ثم إذا وهب له الدائن الدين الذى كفل الوفاء به عن المدين ، فقد ملكه ما فى ذمته فيرجع عليه كما إذا ملكه بالأداء (٥)

(١) القرافى : الفروق ج ٣ ص ١٨٩ ، الشيخ على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٣٤

(٢) نفس المراجع والمواضع السابقة .

(٣) المواردى : الحاوى ج ٦ ص ٤٣٩ ، المزنى فى مختصره مطبوع مع الحاوى الكبير ج ٦

ص ٤٤٥ وقد جاء فيه : " إن أبرأ الطالب الضامنين جميعاً برؤاً ، ولا يبرأ الذى عليه الأصل " .

(٤) المبسوط للسرخسى ج ٢٠ ص ٥٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٤ .

(٥) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ ، حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٤ ص ١٥٥ .

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية ^(٣) والحنابلة في رواية راجحة ^(٤) والزيدية ^(٥) والإمامية ^(٦) .

القول الثاني : ويذهب أصحابه إلى أنه إذا كان الوفاء بدين المدين قد وقع عن طريق هبة الدائن الدين للموفى ، فإنه لا يحق للموفى أن يرجع بشئ على المدين ، لأنه لم يغرم شيئاً وقد ذهب إلى هذا القول الحنابلة في الرواية المرجوحة ^(٧) والظاهرية ^(٨) .

وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم يتبين للباحث رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائل برجوع الموفى على المدين بكل الدين ، في حالة ما إذا كان الموفى كفيلاً للمدين في الوفاء بدينه ثم وهبه الدائن هذا الدين وذلك لما يلي:

أولاً : إن الهبة في معنى الأداء ، وبالأداء يتملك الموفى ما كفل الوفاء به من دين عن المدين ، فيتملكه بالهبة كذلك ^(٩) .

(١) الإمام الشلبى : حاشيته على شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ١٥٥ ، الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ ، ابن نجيم : البحر الرائق ج ٦ ص ٢٤٧ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٤ .

(٢) الخرشى : شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٧ ، العدوى : حاشية العدوى على شرح الخرشى نفس الموضع ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣٧ ، الكشناوى : أسهل المدارك ج ٢ ص ١٦٩ .

(٣) الشبرايملى : حاشيته على نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٦٤ واشترط الشافعية لرجوع الموفى الموهوب له الدين من الدائن على المدين ، أن يهب الدائن دين المدين للموفى بعد أن يقبضه منه ، وفي ذلك يقول الشبرايملى : " لو وهبه المستحق الدين فإنه لا يرجع ، بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له فإنه يرجع " ، وكذا المالكية قد اشترطوا نفس الشرط راجع : المراجع المذكورة بالهامش السابق .

(٤) المرداوى : الإنصاف ج ٥ ص ٢٠٨ ، المبدع ج ٤ ص ٢٦٠ .

(٥) التاج المذهب ج ٤ ص ١٤٥ .

(٦) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣٨٤ ، الحلى : المختصر النافع ص ١٦٦ .

(٧) الإنصاف ج ٥ ص ٢٠٨ ، المبدع ج ٤ ص ٢٦٠ .

(٨) المحلى ج ٨ ص ١١١ .

(٩) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ ، ابن نجيم : البحر الرائق ج ٦ ص ٢٤٧ ، حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٤ ص ١٥٥ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٤ .

ثانيا : إن هبة الدين للموفى من ربه تملك له منه ، وفى ذلك يقول الإمام البهوتى : " وقول رب الحق للضامن (وهبتك الحق : تملكك له فيرجع) الضامن بالدين (على مضمون) ويأخذه منه ، لأن ربه ملكه له " (١) .

ولكن إذا وقع الوفاء من غير المدين عن حوالة ؛ كأن أحال المدين الدائن بدينه عليه فما الذى يرجع به الموفى على المدين ؟

اختلف الفقهاء فى الإجابة على هذا التساؤل على قولين :

القول الأول : ويذهب أصحابه إلى أن الموفى إذا كان محالا عليه ، وقام بالوفاء بالدين عن المدين المحيل ، فإنه يرجع عليه بما أداه عنه ؛ لأن الحوالة كالأداء (٢) وقد ذهب إلى ذلك الحنفية (٣) والشافعية فى رأى القائل بصحة الحوالة على من ليس عليه دين (٤) والحنابلة (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) والإباضية (٨) .

القول الثانى : ويذهب أصحابه إلى أن الموفى إذا كان محالا عليه وقام بالوفاء بدين المدين (المحيل) للدائن المحال له ، فإنه لا يرجع على المدين بما وفاه ، وذلك لأنهم يشترطون لصحة الحوالة ، أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل بنفس الدين قدرا وصفة (٩)

(١) البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٣٦٤ ، مطالب أولى النهى ج ٣ ص ٢٩٩ .

(٢) الكاسانى : بدائع الصنائع ١٧/٦ ، البهوتى : كشف القناع ٣٧١/٣ ، المجموع ٤٣١/١٣ ، روضة الطالبين ٢٢٨/٤ ، البحر الزخار ٦٩/٥ .

(٣) ابن نجيم : البحر الرائق ج ٦ ص ٢٤٧ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٤ ، الشلبى : حاشيته على الزيلعى ج ٤ ص ١٥٥ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ ، النظام : الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٩٩ .

(٤) تكملة المجموع ج ١٣ ص ٤٣١ ، النووى : روضة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٨ .

(٥) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٤ ، المقدسى : الشرح الكبير بهامش المغنى ج ٥ ص ٢٥٩ ، البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٣٧١ .

(٦) ابن المرتضى : البحر الزخار ج ٥ ص ٦٩ .

(٧) النجفى : جواهر الكلام ج ٢٦ ص ١٦٥ ، العاملى : مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٤١٣ ، الطوسى : المبسوط ج ٢ ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٨) ابن أطفيش شرح النيل ج ٩ ص ٤٨٢ وما بعدها .

(٩) ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٥ حيث يقول : " وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط إحداها ... والثانى : أن يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه قدرا وصفة " ، الدردير : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٢٧ ، الشيخ عبد السميع الآبى الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ١٠٨ .

وقد ذهب إلى ذلك المالكية^(١) والظاهرية^(٢) .
الترجيح :

وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ، يتبين لى رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ؛ لأن الحوالة بمنزلة أداء الدين والوفاء به .

ثانيا : ما يرجع به الموفى على المدين بدعوى الحلول فى القانون المدنى :

الأصل أن رجوع الموفى على المدين الموفى عنه بدعوى الحلول ، يكون بذات الحق الذى وفاه عنه لدائنه ؛ لأن الموفى يحل محل الدائن الموفى له فى نفس حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ومن ثم إذا كان حق الدائن الموفى له تجاريا ، فإنه يظل كذلك بالنسبة للموفى ، حتى ولو لم يكن تاجرا ، ويكون للموفى أن يطالب المدين بهذا الحق بالطرق التجارية وإذا كان له مدد تقادم خاصة ، فإنه يظل كذلك بعد حلول الموفى محل الدائن ، وإذا كان السند المثبت للحق تنفيذا ، فللموفى أن يستفيد من هذه الصفة وأن ينفذ بهذا السند ، دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك ، اكتفاء بالصيغة التنفيذية الموجودة على ذلك السند ، الذى كان فى حوزة الدائن الموفى له ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض فى أحد أحكامها^(٣) .

ولا يقتصر رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول بذات الحق الذى للدائن الموفى له تجاه المدين بما لهذا الحق من خصائص ، بل يشمل أيضا توابعه ، ومن توابع هذا الحق الفوائد التى ينتجها ، كما يشمل رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول ما يضمن

(١) الإمام مالك : المدونة ج ١٣ ص ٢٦٧ وقد جاء فيها : " قلت رأييت لو أنى تكفلت عن رجل بألف درهم فغاب ، ولزمنى الذى تكفلت له فأعطيته بألف درهم دنائير أو عرضا من العروض أو طعاما ثم قدم الذى عليه الأصل بم أرجع (قال) الذى عليه الأصل بالخيار إن أحب أن يدفع قيمة ما دفع الكفيل إليه إن كان عرضا أو حيوانا فذلك له ، وإن كان طعاما فمكيلته ، وإن أحب الألف التى كانت عليه " .

(٢) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ١١٠ وقد جاء فيه : " ولسنا نرى إحاله من لاحق للمحال عنده لأنه أكل لأموال الناس بالباطل " .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٤١٥ ، نقض مدنى فى ١٩٨٣/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٢ برقم ٤٤٧ ، وراجع أيضا د/ توفيق فرج : النظرية العامة للالتزام فى أحكام الالتزام ص ١٩١ ومابعداها ، د/ عبد الرازق فرج : أحكام الالتزام مرجع سابق ص ١٨١ ومابعداها ف ١٩٠ .

الوفاء بهذا الحق من تأمينات ، سواء أكانت عينية كالرهن بنوعيه والاختصاص والامتياز أو شخصية كالكفالة ، ويعتبر في حكم التأمينات الشخصية التضامن بين المدينين ، وعدم قابلية الدين للانقسام ^(١) .

هذا : ولما كان الموفى يحق له أن يرجع على المدين ، بما وفاه عنه من حق لدائنه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، فإنه يتحمل ما يرد على هذا الحق من دفع ، قد تكون للمدين في مواجهة الدائن ، بمعنى أنه يكون للمدين أن يدفع في مواجهة الموفى بالدفع التي كان له أن يدفع بها في مواجهة الدائن الأصلي ، وذلك على أساس أن الموفى قد حل محل الدائن ، بسبب قيامه بالوفاء له بما في ذمة المدين من دين ، ومن هذه الدفع بانقضاء الدين لأي سبب من أسباب انقضائه ، والدفع بأن الدين معلق على شرط واقف ولم يتحقق ، أو على شرط فاسخ قد تحقق ، أو بأنه مؤجل ولم يحل الأجل بعد ، هذا ما لم يكن الدفع مرتبطا بشخص الدائن نفسه ، كالدفع بأن الدائن قاصرا ، إذ لا يكون للمدين أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة الموفى متى كان كامل الأهلية ^(٢) .

وقد نصت المادة (٣٢٩) مدنى بقولها : " من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحل بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل للدائن ، ولكن

^(١) د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٩٧ ف ٤٢٠ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المدنى المصرى ص ٣٨٦ ف ٣٣٦ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٧٣ ومابعداها .

^(٢) د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٧٥ ومابعداها ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢١١ ومابعداها ف ٢٠٠ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٩٢ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٨٢ ف ١٩٠ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٣ ص ١٨١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٧٠ ف ٣٥٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٩٢ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٧٢ ، د/ السنهورى : الوجيز فى شرح القانون المدنى ج ١ ص ١١٣٣ ف ١١٤٢ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٣١١ .

استثناء من هذا الأصل وهو حلول الموفى محل الدائن فى نفس حقه ، ورجوعه به على المدين ، توجد بعض الحالات التى لا يرجع فيها الموفى بذات حق الدائن ، وبالتالي يكون حلوله محل الدائن ، ليس كاملا ولكنه ناقصا ، ويكون رجوعه فيها على المدين بمقدار ما أداه من ماله للدائن ، وهذه الحالات هى :

(١) أن يقوم الموفى بأداء مبلغ للدائن أقل من قيمة الدين ، الذى له فى ذمة المدين ، والفرض أن الدائن قد ارتضى هذا الوفاء سببا لانقضاء الدين بأكمله ، وتنازل عن الجزء الباقي من حقه ، وفى هذه الحالة لا يرجع الموفى على المدين ، إلا بمقدار ما أداه للدائن ، لا بمقدار الدين الأصلى ، ويكون المدين هو المستفيد من هذا الإبراء وليس الموفى ؛ وذلك لأن الموفى ليس مضاربا ، ومن ثم فإنه يختلف عن المحال بالحق الذى يشتري الدين من الدائن ؛ فالذى يشتري الدين من الدائن ، يفعل ذلك فى الغالب على سبيل المضاربة ، ولذلك فهو يحل محل الدائن فى مطالبة المدين بالحق كاملا ، وليس بمقدار ما دفعه مقابلا للحوالة ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٩) مدنى بقولها : " من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ويكون هذا الحل بالفقر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن "

(٢) أن يقتصر الموفى على الوفاء للدائن بجزء من حقه ، الذى فى ذمة المدين ولم يرتض الدائن أن يكون هذا الوفاء سببا لانقضاء الدين بأكمله ، ولم يتنازل عما تبقى له من حق قبل المدين ، وفى هذه الحالة أيضا لا يكون للموفى أن يرجع على المدين ، إلا بمقدار ما وفاه للدائن فعلا ، ويكون رجوعه بما دفعه ، بعد أن يستوفى الدائن ما تبقى له من حق قبل المدين ؛ لأنه إذا قام شخص بالوفاء بجزء من الدين للدائن ، وحل محله فى هذا الجزء ، وجب ألا يضار الدائن من هذا الوفاء ، ومن ثم يكون استيفاء الدائن لما بقى له من حق مقدم على من وفاه ، كما أنه من المفترض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئى ، إلا بشرط تقدمه على الموفى فى استيفاء باقى الدين من المدين ، إلا أن هذه القرينة التى أقامها المشرع على هذا الوجه فى

(١) د/ عبد الرزاق فرج : المرجع السابق ص ١٨٢ ف ١٩١ ، د/ السنهورى : الوجيز ص ١١٣٣

ف ١١٤٣ ، د/ إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام والإثبات ص ٤٠٠

ف ٢٣٥ ، د/ أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣٩٨ وما بعدها ف

٤٠٢ ، د/ عبد المجيد الحكيم : الموجز فى شرح القانون المدنى ج ٢ ص ٣٨١ وما بعدها ف

٧٣٤ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢١٣ .

المادة (١/٢٣٠ مدنى) تعتبر غير قاطعة ؛ لأن نص هذه المادة ، يجيز للمتعاقدين أن يتفقا على غير ذلك ^(١) وقد نصت على هذا الحكم المادة (١/٢٣٠) بقولها : " إذا وفى الغير للدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق ، مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " .

ثالثا : القارئة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع القول الراجح فى الفقه الإسلامى ، فى أن الموفى يرجع على المدين بذات الحق الذى وفاه عنه لدائنه ، متى قام بالوفاء عنه بالمدين كله ، سواء أكان هذا الموفى ضامنا للوفاء بهذا الدين عن المدين أم معه أو لم يكون كذلك ، وسواء تم هذا الوفاء بالمدين عن طريق الصلح مع الدائن على دين المدين أو عن طريق الهبة ؛ وذلك كأن يهب الدائن للموفى الدين الذى فى ذمة المدين ، أو عن طريق الحوالة ، كأن يحيل المدين الدائن على الموفى ، أو عن طريق أداء ما ثبت فى ذمة المدين بأى سبب من أسباب ثبوت الدين ، ووجب عليه الوفاء به ، أما إذا تم هذا الوفاء بالمدين عن المدين عن طريق إبراء الدائن للموفى الضامن للوفاء بالمدين فإن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى ، فى أنه لا يحق للموفى المبرأ من الدين أن يرجع بشئ على المدين ؛ لأنه لم يغرم شيئا حتى يرجع به على المدين .

وإذا كان الوفاء الصادر من الموفى عن المدين بجزء من الدين ، فإن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى على أن الموفى لا يحق له أن يرجع على المدين ، إلا بمقدار ما أداه عنه ، ومن ثم لا يجوز له أن يرجع على المدين بأية زيادة ؛ لأن هذه الزيادة ربا محرم شرعا ، كما أن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول يقوم فى الفقهاء على رفض أى إعانات بالمدين فى رجوع الموفى عليه ، وإذا وقع فلا رجوع ، ورجوع الموفى على المدين بأى عنصر زائد ، فيه مضاربة بديون المدينين ، والمضاربة بديون المدينين تؤدي إلى إعانتهم وحدث المشقة لهم ، وفى ذلك مخالفة لروح الشريعة الإسلامية الغراء .

(١) د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٧٧ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٩٣ ومابعدها ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٧٨ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٧٥ ومابعدها .

الفصل الثالث

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على رجوع الموفى على المدين ، بدعوى الحلول فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

متى ثبت للموفى الحق فى الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن ، فإنه يترتب على ذلك أن يحل الموفى محل الدائن فيما له من حقوق تجاه المدين ، كما هو الحال فى حلوله محل الدائن فى صفات الحق الموفى به ، وتوابعه وتأميناته ، وفيما يكون للمدين من دفعوع فى مواجهة الدائن الأصلية .

وبناء على ذلك سوف أتناول هذا الفصل فى المباحث الآتية :

نفسى

المبحث الأول : حلول الموفى محل الموفى له فى صفات الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : حلول الموفى محل الموفى له فى توابع الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثالث : حلول الموفى محل الموفى له فى تأمينات الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الرابع : حلول الموفى محل الموفى له فى دفعوع الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المبحث الأول

حلول الموفى محل الموفى له فى صفات الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

قد يكون الحق الذى قام الموفى بأدائه عن المدين بسيطا ، وذلك إذا كان هذا الحق محقق الوجود فى ذمة المدين ، فورى التنفيذ ، وواردا على محل واحد ، وقائم بين شخصين هما الدائن والمدين ، وقد يكون موصوفا ، وذلك إذا كان غير محقق الوجود ، وغير فورى التنفيذ أو وقت نفاذه بمدة معينة ، كما هو الحال فيما إذا كان الحق الموفى به معلقا على شرط يجعل وجوده غير محقق أو مضافا إلى أجل يمنع تنفيذه تنفيذا فوريا ، أو يؤقت هذا النفاذ بمدة معينة ، وهذا الوصف هو الذى يلحق الحق الموفى به ذاته ، وقد لا يلحق الوصف الحق الموفى به ذاته ، ولكن يلحق محل هذا الحق ، فقد يرد هذا الحق على أكثر من محل ، ويكون للمدين أن يستبدل عند الوفاء به محلا آخر ، فيكون الالتزام بدليا ، أو يكون للمدين أن يتخير بين هذه المحال المتعددة عند الوفاء بما عليه من دين ، فيكون الالتزام تخييريا ؛ أى له خيار تعيين المحل الواجب الوفاء به من بين هذه المحال المتعددة ، وقد لا يلحق الوصف ذات الحق الموفى به ولا محله ، ولكنه يلحق أطرافه ، فقد يتعدد الدائنون أو المدينون ، وقد يقع هذا التعدد مع تضامنهم كما قد يحصل بغير تضامن بينهم ، كما قد يكون الالتزام أو الحق الموفى به قابلا للانقسام بينهم أو غير قابل للانقسام .

وسوف أتعرض فى هذا المبحث لحق الدائن ، إذا كان مشروطا أو مؤجلا ، مبينا آثارهما على حق الدائن ، وكذا حق الموفى الحال محل الدائن فى رجوعه على المدين .

ثم أتحدث عن تعدد محل الحق الموفى به ، فى صورتى الالتزام البدلى والتخييرى ، وأثر هذا الوصف على حق الدائن ، وكذلك الموفى الحال محل الدائن فى رجوعه على المدين وسأرجئ الحديث عن تعدد طرفى الحق الموفى به ، وقابليته للانقسام إلى مكانه من هذه الدراسة ، وذلك عند التعرض لوفاء المدين المتضامن لدين غير قابل للانقسام أو قابلا للانقسام .

وعلى ذلك سوف يكون تناولى لهذا المبحث فى أربعة مطالب .

المطلب الأول : الالتزام المعلق على شرط ، وحلول الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : الالتزام المقترن بأجل ، وحلول الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثالث : الالتزام البدلى ، وحلول الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الرابع : الالتزام التخييرى وحلول الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الأول

الالتزام المعلق على شرط ، وحلول الموفى به محل الدائن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

قد يجب الوفاء بالالتزام بمجرد نشوئه ، وذلك إذا لم يكون موصوفا بوصف يؤثر فى وجوده ، كما إذا كان الالتزام غير معلق على شرط أو مقترن به ، وقد لا يجب الوفاء به فور نشوئه ، وذلك إذا كان موصوفا بوصف يؤثر فى وجوده ، كما هو الحال إذا كان معلقا على شرط أو مقترنا به .

والحديث عن الشرط كوصف من أوصاف الالتزام الموفى به ، وأثره فى حلول الموفى محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، يقتضى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين .

الفرع الأول : تعريف الشرط وأنواعه ، وخصائصه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : آثار تعليق الالتزام على الشرط فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

تعريف الشرط ، وأنواعه ، وخصائصه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لتعريف الشرط ، وبيان أنواعه ، وخصائصه ، يلزم أن أتناول ذلك فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لتوضيح الشرط ، وأنواعه وخصائصه ، فى الفقه الإسلامى ، ينبغى أن أتناول ذلك فى النقاط التالية :

النقطة الأولى : تعريف الشرط :

أولاً : فى اللغة :

يقال شرط يشرط (بكسر الراء وضما) إذا شرط على صاحبه أمراً ، وشرط بكسر الراء ، مصدر بمعنى الزام الشئ والتزامه فى البيع وغيره ، ويجمع على شروط كفلس وفلوس ، والشريطة فى معنى الشرط بالتسكين ، وتجمع على شرائط ، ويقال شارطة إذا شرط كل واحد على صاحبه أمراً ، فإذا باع رجل ضيعة ، وشرط على المشتري شرطاً فقد ألزمه أمراً ، وشرط المشتري على البائع شرطاً فقد ألزمه أمراً أيضاً ، وكل واحد منهما قد التزم للآخر بما شرط له فى العقد ، ويقال فى المثل الشرط أملك عليك أولئك أى أن شرط يملك الإنسان سواء أكان له أو عليه ، ويوضح الحق ويقرره ، والشرط بفتح الراء بمعنى العلامة ، ويجمع على أشراط ، وفى التنزيل العزيز ﴿ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾ (١) أى علاماتها (٢) .

ثانياً : فى اصطلاح الفقهاء :

عرف الفقهاء الشرط اصطلاحاً بأنه : ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته (٣) وذلك كالوضوء بالنسبة للصلاة ، فإنه شرط لوجود الصلاة الشرعية ،

(١) سورة محمد من الآية رقم (١٨) .

(٢) القاموس المحيط ٣٦٥/٢ وقد جاء فيه : " الشرط إلزام الشئ والتزامه فى البيع ونحوه كالشريطة جمع شروط ، وفى المثل الشرط أملك لك أم عليك وبالتحريك العلامة جمع أشراط " ، والمعجم الوسيط

٤٧٩/١ ، المعجم الوجيز ص ٣٤٠ ، مختار الصحاح ص ٣٣٤ (مادة) شرط

(٣) العناية على الهداية ٢٢٣/١ ، شرح فتح القدير ٢٢٣/١ ، التوضيح لمن التنقيح ٢٧٥/١ ، منحة الخالق ٢٨٠/١ ، الفروق ٦١/١ ، نهاية المحتاج ٣/٢ ، مغنى المحتاج ١٨٤/١ ، مطالب أولى النهى ٦٦/٣ ،

كشاف القناع ٢٤٨/١ ، شرح تنقيح الفصول ص ٨٢ ط الأزهرية للتراث .

التي يترتب عليها أثرها من كونها صحيحة مبرئة للذمة ، وبالتالي إذا عدم الوضوء عدمت الصلاة لأنها متوقفة عليه ، ومع ذلك قد يوجد الوضوء ، ولا توجد الصلاة ؛ لأنه لا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة ، لأن الوضوء خارج عن الصلاة ، وغير مؤثر في وجوبها لاحتمال عدم دخول الوقت ، فالشرط يتعلق به وجود الحكم لا وجوبه ^(١) .

النقطة الثانية : أنواع الشرط :

يتنوع الشرط إلى نوعين :

الأول : الشرط المحض .

الثاني : شرط التقييد .

تعريف الشرط المحض :

عرف الإمام التفتازاني الشرط المحض بقوله : " شرط الشيء كأن يتوقف عليه تحققه ، ولا يكون داخلا في ذلك الشيء ، ولا مؤثرا فيه ، فبالضرورة ينتفى بانتفائه " ^(٢) .

هذا : والشرط المحض ينقسم إلى شرط حقيقي أو شرعي ، وشرط جعلي .

فالشرط الحقيقي أو الشرعي : هو ما يتوقف عليه الشيء في الواقع أو بحكم الشارع حتى لا يصلح الحكم بدونه أصلا ^(٣) وذلك كما في حولان الحول بالنسبة لوجوب الزكاة فحولان الحول أمر خارج عن الزكاة ومن ثم لا يقتضى وجوده وجود الزكاة ، فقد يوجد حولان الحول ولا توجد الزكاة لعدم ملك النصاب ، فحولان الحول شرط في وجوب الزكاة ويتوقف وجوبها عليه ، فإذا لم يوجد لا توجد الزكاة ، ولكنه غير مؤثر في وجوبها ؛ إذ الشرط يتعلق به وجود الحكم لا وجوبه ^(٤) .

(١) نفس المراجع السابقة ، السيل الجرار ١٥٥/١ ط سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .

(٢) التفتازاني : شرح التلويح ٢٧٤/١ ومابعدا ، شرح فتح القدير ٢٢٣/١ ، موسوعة الفقه الإسلامي ١٤٠/١١ .

(٣) شرح التلويح على التوضيح ٣٠١/٢ ، موسوعة الفقه الإسلامي ١٤٠/١١ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠٥/٤ ، د/ حسن الشاذلي : الشرط في العقد دراسة مقارنة ص ٤٣ ، د/ حامد الفقي : التعليق والتأقيت والإضافة في العقود وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٦٦ .

(٤) نفس المراجع السابقة .

أما الشرط الجعلى : فهو عبارة عن أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفاً من تصرفاته^(١) ويسمى هذا الشرط بالشرط المعلق أو شرط التعليق ، وذلك لأن المكلف يعتبره ويعلق عليه تصرفاً من تصرفاته بأداة من أدوات الشرط ، أو ما يقوم مقامها مما يؤدي إلى دلالة الشرط على التعليق ، ومثال الأول أن يقول شخص لآخر ، إن سافرت إلى الخارج ، فقد وكلتك فى بيع دارى ، فقد علق المكلف فى هذا المثال بفعله وإرادته ، الوكالة على سفره إلى الخارج ، وهو أمر اعتبره وعلق على حدوثه انعقاد العقد ، الذى أراده مستخدماً فى ذلك أداة من أدوات الشرط وهى (إن) فإذا وقع هذا الأمر الذى اعتبره المكلف وهو سفره إلى الخارج تحقق الشرط وتمت وكالته للآخر فى بيع داره ، والسفر إلى الخارج فى ذاته أمر خارج عن عقد الوكالة ، وليس له تأثير بذاته فى وجود هذا العقد أو عدمه ، وإنما هو مجرد واقعة اعتبرها المتصرف ، وعلق عليها تصرفه بإرادته واختياره ، فإن تحققت هذه الواقعة وجد العقد المعلق عليه ، وإلا لم يوجد ، وقد توجد هذه الواقعة وحدها ، ولا يوجد العقد ؛ لأن الوكالة قد توجد بدون هذا الشرط .

ومثال التعليق بدلالة كلمة الشرط أن يقول قائل المكافأة التى أنالها هذا العام صدقة على الفقراء ، فقد علق الصدقة على نيل المكافأة هذا العام ، وترتيب الحكم على الوصف تعليق له بهذا الوصف ، كالشرط فكأنه قال : " إن نلت مكافأة هذا العام فهى صدقة على الفقراء " ^(٢) هذا : والشرط الجعلى بمعناه السابق ينقسم إلى قسمين : الأول : شرط التعليق أو الشرط الواقف .

(١) التفقازانى : شرح التلويح على التوضيح ٣٠١/٢ ومابعدها ، ابن عابدين : حاشيته المسماه بمنحة

الخالق على البحر الرائق ٢٨١/١ ، ابن نجيم : البحر الرائق ج ١ ص ٢٨١ .

(٢) النسفى : كشف الأسرار على المنار ٤٤٨/٢ ، د/ عبد الكريم زيدان : الوجيز فى أصول الفقه ص

٦٠ ومابعدها ط ١ لدار التوزيع والنشر الإسلامية بالقاهرة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ، الشيخ البرديسى :

أصول الفقه ص ١٠٦ ط ٣ دار النهضة العربية ١٩٦٩م ، موسوعة الفقه الإسلامى ١٤١/١١ ،

د/ حسن الشاذلى : الشرط فى العقد ص ٤٤ ، د/ حامد الفقى : المرجع السابق ص ٧٠ ومابعدها

، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٤ ص ٣٠٥ .

الثانى : شرط التقييد : وذلك لأن كل منهما حاصل بفعل المكلف وتصرفه ، وليس بحكم الشارع وجعله ^(١) .

تعريف شرط التعليق والتقييد :

أولاً : تعريف شرط التعليق :

عرف الفقهاء التعليق بأنه عبارة عن ربط حصول مضمون جملة ؛ بحصول مضمون جملة أخرى ، والمراد بالجملة الأولى جملة الجزاء ، وبالثانية جملة الشرط ، والمراد بالمضمون ما تضمنته الجملة من معنى ^(٢) .

وعرف الإمام القرافي التعليق بقوله : " معنى التعليق توقيف أمر ، فى دخوله فى الوجود على دخول أمر آخر فى الوجود وهو الشرط " ^(٣) .

وعرفه الحموى بقوله : " التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بآن أو إحدى أخواتها " ^(٤) وعرفه صاحب مرشد الحيران فى المادة (٣١٥) بقوله : " التعليق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع اقترانه بأداة من أدوات الشرط " ^(٥) وهذا النوع وهو شرط التعليق ، هو المقصود بالدراسة باعتباره وصفاً من أوصاف الالتزام ، وهو ما يعرف فى الفقه الوضعى بالشرط الواقف ، والذى يعرفه البعض بأنه عبارة عن أمر مستقبل ، غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نشوء الالتزام ^(٦) .

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٤ ص ٣٠٥ ومابعدهما ، الشيخ زكى الدين شعبان : النظرية العامة للشروط فى الشريعة الإسلامية ص ٢٥ .

(٢) التلويح شرح التوضيح ج ١ ص ٢٢٣ ، حاشية رد المحتار ج ٣ ص ٣٧٤ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٤٠٤ .

(٣) الفروق ج ١ ص ٣٠ .

(٤) غمز عيون البصائر ج ٤ ص ٤١ .

(٥) قدرى باشا : مرشد الحيران ص ٧٩ .

(٦) د/ طلبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون ص ١٥٦ ، د/ حسن الشاذلى : المرجع السابق ص ٤٤ .

ثانيا : تعريف شرط التقييد :

عرفه الحموى بأنه عبارة عن : " التزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغة مخصوصة ، أو أنه ما جزم فيه بالأصل أى أصل الفعل وشرط فيه أمرا آخر " (١) .

وبعبارة أخرى : أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين أو كليهما ، بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف ، وغير موجود وقت التعاقد ، وذلك بكلمة بشرط كذا ، أو ما أشبه ذلك مما يدل على الاشتراط (٢) وذلك كما إذا اشترط فى البيع رهن بالثمن المؤجل ، فإن هذا الاشتراط أدى إلى التزام أمر لم يوجد وقت التعاقد ، وهو الرهن فى عقد وجد بصيغة مخصوصة هو عقد البيع .

ولما كان الشرط باعتباره وصفا للالتزام ، يتنوع إلى شرط واقف وشرط فاسخ ، وقد تبين من خلال تعريف شرط التعليق عند الفقهاء ، أنه يقابل الشرط الواقف فى الفقه الوضعى ، فإن الشرط الفاسخ يقابل فى الفقه الإسلامى الشرط المقيد فى بعض صورته ، التى يترتب على تحقق الشرط فيها زوال التصرف أو الالتزام (٣) .

ومن قبيل ذلك شرط الخيار لأحد المتعاقدين ، والذى يجيز لمن شرط له أن يفسخ العقد فى مدة الخيار ، وبالتالي يزول العقد وينتهى الالتزام المترتب عليه بهذا الفسخ ، وفى ذلك يقول قاضى زاده : " ومن شرط له الخيار سواء أكان بائعا أم مشترى أم أجنبيا فله أن يفسخه وله أن يجيزه فى مدته بالقول أو الفعل " (٤) .

وهو ما نصت عليه المادة (٣٣٤) من مرشد الحيران بقولها : " يفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار ، إذا فسخه من له شرط الخيار قولاً أو فعلاً " (٥) .

وفى ذلك يقول ابن جزى : " ويجوز أن يشترطه أى الخيار ، البائع أو المشترى أو كلاهما ، ثم لمن شرطه أن يمضى البيع أو يردده ، ما لم تنقضى مدة الخيار " (٦) ويتضح

(١) غمز عيون البصائر ج ٤ ص ٤١ .

(٢) موسوعة الفقه الإسلامى ج ١١ ص ١٤٢ ، د/ حسن الشاذلى : المرجع السابق ص ٥٣ ، د/ حامد الفقى : المرجع السابق ص ٩٠ .

(٣) د/ يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامى ص ٤١٠ ط ١٤١٧ هـ ١٩٩٧ م بدار النهضة العربية ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٤) مجمع الأنهر ٢٨/٢ ، الدر المنقى ج ٢ ص ٢٨ .

(٥) مرشد الحيران ص ٨٤ .

(٦) القوانين الفقهية ص ٢٣٤ ، جواهر الإكليل ج ٢ ص ٣٤ ، الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السلك ج ٢ ص ٤٦ .

من هذا النص ، أنه إذا استعمل من شرط له الخيار وهو أمر زائد على أصل التصرف أن يرد البيع أى بفسخه ، فإن فعل ذلك زال الالتزام نهائياً ، وهو معنى الشرط الفاسخ . ويقول البهوتى : " ويجوز لمن شرط له الخيار الفسخ ، ولو مع غيبة الآخر " (١) . ويقول الكهوجى : " والفسخ بالخيار أى بشرط الخيار ممن شرط له الخيار ، يرفع العقد من حينه لا من أصله " (٢) . ومن قبيل ذلك أيضاً ما جاء بشرح النيل : " من وهب شيئاً وشرط أن يفعل له كذا ، ولم يفعل له حتى مات هو أو الموهوب له بطلت الهبة ، وله أن يرجع ما لم يفعل له الشرط وقد أعطت امرأة ولداً مالا على أن يكفر عنها يمينا ، فقال محمد : إن لم يكفر حتى ماتت بطلت الهبة " (٣) .

خصائص الشرط :

يجب أن يتوافر فى الشرط كوصف للالتزام سواء أكان شرط تعليق أم شرط تقييد عدة خصائص أهمها :

(١) أن الشرط أمر زائد على أصل التصرف .

وذلك لأن الشرط عبارة عن الأمر الخارج عن الشئ ، فهو مجرد واقعة اعتبرها المكلف وعلق عليها تصرفه بإرادته ، وليس له تأثير فى وجود التصرف أو عدم وجوده ، وبالتالي إذا قال شخص لآخر ، كفلت دينك الذى على فلان إن رضى زيد ، فقد علق كفالاته للدين على رضا زيد ، فإن رضى زيد تمت الكفالة ، وإلا لم تتم ، ورضا زيد فى حد ذاته أمر خارج عن الكفالة ، وليس له تأثير فى وجودها أو عدمها ؛ لأن الكفالة قد تتم بغير هذا الشرط ، وبناءً على ذلك ، يكون الشرط مجرد واقعة ، اعتبرها المتصرف وعلق عليها الكفالة بإرادته واختياره (٤) .

(١) الروض المربع ٢/٢٤٦ ، العدة شرح العدة ص ٢٢٨ ، مجلة الأحكام الشرعية ص ١٦٩ .

(٢) زاد المحتاج ٢/٤٦ ، مغنى المحتاج ٢/٤٩ .

(٣) شرح النيل ١٢/٩٧ ومابعدا .

(٤) يراجع فى ذلك الحموى : غمز عيون البصائر ٤/٤١ حيث يقول : " والشرط ما جزم فيه بالأصل ؛ أى أصل الفعل وشرط فيه أمر آخر " ، ابن عابدين : رد المحتار ٥/٣٨١ ، موسوعة الفقه الإسلامى ١١/١٤٢ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٣٧٦ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤/٣٠٦ ، د/ حسن الشاذلى : نظرية الشرط دراسة مقارنة ص ٤٤ .

(٢) أن الشرط أمر مستقبلي .

وفى ذلك يقول الإمام الرملى : " الشرط لا يكون إلا مستقبلا " (١) .

وبالتالى إذا علق التصرف على أمر موجود وقت التعليق ، كان العقد منجزا ، لأن التعليق على الكائن الموجود يعتبر بتحيزا ، وذلك كما لو قال شخص لآخر إن كان فلان مدين لك بمائة جنية فأنا كفيل بها ، ويقبل الآخر ثم يتبين أن فلانا هذا ، وقتئذ مدينا له بهذا المبلغ فيكون عقد الكفالة منجزا ولا يكون معلقا على شرط .

(٣) أن الشرط أمر معدوم على خطر الوجود :

يلزم أن يكون الشرط أمرا معدوما على خطر الوجود ، ويتضح ذلك من تعليق الكفالة فى المثال المتقدم على رضا زيد ، ورضا زيد أمر معدوم وقت التعليق ، ولكنه محتمل الوجود فى كل لحظة ، ومن ثم فهو على خطر الوجود ، فقد يوجد فى المستقبل ، وقد لا يوجد ، وفى ذلك يقول الإمام الكاسانى : " الشرط ما فى وجوده فى المستقبل خطر وهو يكون فيما يجوز أن يوجد ، ويجوز أن لا يوجد " (٢) .

وعلى ذلك لا يصح أن يكون الشرط أمرا محقق الوجود ؛ إذ لو كان كذلك لكان أجلا وليس شرطا ، لأن الأجل أمر مستقبلي محقق الوقوع ، سواء أكان للإضافة أم للتوقيت (٣)

(٤) كما يجب أن يكون الشرط أمرا ممكنا :

بالإضافة إلى الخصائص السابقة للشرط ، ينبغى أن يكون ممكن الوقوع لأنه إذا كان مستحيل الوقوع ، كان اشتراطه دليلا على عدم الرغبة فى إتمام التصرف ، وفى ذلك يقول العاملى : " لا خلاف فى أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع

(١) نهاية المحتاج ٤٦٠/٣ وفى هذا المعنى راجع بدائع الصنائع ١٦/٣ ، ٣٨ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٤٠٤ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٣٧٦ ، حاشية الشيخ عميرة على المحلى ٢٢٥/٢ ، حاشية الجمل على المنهج ٨٠/٣ ، القرافى : الفروق ج ١ ص ٧٧ حيث يقول : " والشرط وجوبه لا يتعلقان إلا بمستقبل " ، ابن قدامة المغنى مع الشرح الكبير ٤١٣/٨ ، البحر الزخار ٢٠١/٣ ، المنتزع المختار ٦٣/٣ ، د/محمد سلام مذكور : المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٦٠٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٣ ص ٣٢ .

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٥/٢ ، د/ عبد الناصر العطار : نظرية لأجل فى الالتزام فى الشريعة الإسلامية ص ٤٧ ، د/ محمد بن راشد العثمانى : نظرية الأجل فى الفقه الإسلامى ص ٨ .

شيئاً من أفعاله ، إذا كانت مقدورة له " ^(١) وبالتالي إذا كان الشرط أمراً مستحيل الوقوع ، كان باطلاً ، وفى ذلك يقول ابن نجيم : " التعليق بكائن تنجيز ، وبالمستحيل باطل " ^(٢) ، ومعنى إمكان وجود الشرط المعلق عليه الالتزام ، أن يكون من الجائز اجتماعه مع مشروطه ^(٣) بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون التعليق على أمر يرجى الوقوف عليه ، ومن ثم إذا علق الالتزام على أمر مجهول ، فإن التعليق لا يكون صحيحاً ^(٤) .

(٥) كما يجب أن يكون الشرط مشروعاً :

وهذا أمر بدهى ، وذلك لأن الشريعة الغراء ، إذا كانت تقضى بالوفاء بالشروط ، فإنها لا تقر شرطاً يخالفها مهما كان الغرض منه ، وذلك لما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : " قال رسول الله ﷺ " المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً " ^(٥) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبى ﷺ أمر بالوفاء بالشروط بوجه عام ثم استثنى ﷺ الشروط التى تحرم ما أحله الله ورسوله وتلك التى تحل ما حرمه الله ورسوله ، وبالتالي إذا كان الشرط قد خالف ما شرعه الله ورسوله ، بأن حرم ما أحله الله ورسوله ، أو أحل ما حرمه الله ورسوله ، فإنه لا يكون مشروعاً ، بل يكون باطلاً ^(٦) .

(١) مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ج ٥ ص ٣٤٠ ، البحر الرائق ٣٢/٤ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٣٨٦ ، الفروق ٧٥/١ .

(٢) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٤٠٤ .

(٣) القرافى : الفروق ٧٥/١ .

(٤) د/حامد الفقى : المرجع السابق ص ٨١ .

(٥) الحديث أخرجه الدارقطنى سننه ك البيوع ج ٣ ص ٢٧ برقم (٩٨) طبعة دار المحاسن بالقاهرة ١٣٨٩هـ ١٩٦٦م ، الهيئى : مجمع الزوائد ك الأحكام باب الشروط ج ٤ ص ٢٠٨ طبعة دار المعارف بيروت ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م ، ابن ماجه : سننه ٧٨٨/٢ برقم (٣٥٣) ك الأحكام ، أبو داود : سننه ٣٠٢/٣ ومابعد كتاب الأقضية باب الصلح رقم (٣٥٩٤) طبعة دار الحديث بالقاهرة ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م ، الترمذى : سننه كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس ج ٣ ص ٦٢٥ رقم (١٣٥٢) وقال عنه أبو عبيس حديث حسن صحيح .

(٦) الصنعانى : سبل السلام ج ٣ ص ٩٣ ومابعد طبعة مكتبة الإيمان بالمنصور ، الشوكانى : نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٠٨ طبعة مكتبة الإيمان بالمنصورة .

ثانيا : فى القانون المدنى :

لتوضيح الشرط ، وأنواعه ، وخصائصه أتناول ذلك فى النقاط التالية :

أولا : تعريف الشرط :

يعرف شراح القانون المدنى الشرط كوصف للالتزام بأنه : " أمر مستقبلى غير محقق الوقوع ، يترتب على تحققه أو تخلفه وجود الالتزام أو زواله ^(١) وفى ذلك تقول المادة (٢٦٥) مدنى : " يكون الالتزام معلقا على شرط ، إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلى غير محقق الوقوع " .

والشرط بهذا المعنى أمر عارض ، وخارجى تضيفه الإرادة إلى الالتزام استكمل كل العناصر التى يشترطها القانون ، ومن ثم فهو لا يساهم فى تكوين الالتزام بل يضاف إليه بعد تكوينه ، ويمكن قيام الحق بدونه ، ومصدره إرادة المتعاقدين دائما ، ولكنه وصف يلحق الحق ذاته ، ولا يلحق الإرادة التى هى مصدره ، وبالتالي يكون الشرط جزءاً من نظرية الالتزام وليس جزءاً من التصرف القانونى ^(٢) .

وهذا المعنى الاصطلاحي للشرط ، يميزه عن بعض الأفكار القانونية التى يطلق عليها اسم الشرط ، وذلك كالشروط التى يتطلبها القانون لترتيب أثر معين ، مثل اشتراط الرسمية فى عقد الهبة ؛ لأن اشتراط توافر الرسمية ركن فى عقد الهبة ، وليست أمراً عارضا فيه ، بحيث لا يمكن القول بوجود الهبة إلا بتوافر هذا الشرط الشكلى ، أى تمامها فى شكل رسمى ، وكالشروط التى يطلق عليها شروط التقيد ، والتى هى عبارة عن الشروط أو البنود التى يتفق عليها المتعاقدان فى تنظيم علاقتهما التعاقدية ؛ كأن يتفق البائع والمشتري على تقسيط الثمن أو دفعه فى وقت معين أو مكان معين ، أو على تسليم المبيع فى حالة معينة ، أو

(١) السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول ص ١١ ف ٣ ط ١٩٨٣م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/ عبد المنعم البدر اوى : أحكام الالتزام مرجع سابق ص ٢٣٠ ف ٢٠٦ ، د/ الصدة : أحكام الالتزام ج ٢ ص ٤ ف ٣ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : دروس أحكام الالتزام ص ٢٣٧ ف ١٣٨ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٨٣ ف ٩٧ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٦٨ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٤٣ ف ٢٤ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٧٩ ف ٢٢٤ ، د/ محمد شكرى سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام ص ١٥٢ ف ٢٠٠ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ص ٢٦٢ .

الاتفاق على عدم التعامل فى الشئ محل التعاقد مدة معينة ، كما يختلف الشرط باعتباره وصفا للالتزام عن الشرط الجزائى ، الذى هو فى حقيقته عبارة عن التعويض الاتفاقى عن الإخلال بالتعاقد ، كما يختلف الشرط بهذا الوصف ، عما يطلق عليه شروط انعقاد العقد من تراض ومحل سبب ؛ لأنها أركان للعقد ، كما يختلف الشرط باعتباره وصفا للالتزام عن شروط صحة العقد من حيث كمال الأهلية ، وسلامة إرادة المتعاقدين ؛ لأن هذه الشروط يتطلبها القانون ، لى يترتب عليها آثارا قانونية معينة ^(١) .

والشرط كوصف للالتزام يرد على الحقوق المالية ، سواء أكانت شخصية أم عينية أم ذهنية ، دون الحقوق غير المالية خاصة ، المتعلقة بالأحوال الشخصية ؛ لأنها لا تقبل التعليق على الشرط ؛ وذلك كالحقوق الناشئة عن الزواج والحجر والإذن بالتجارة للصبي المميز والنسب والأهلية ^(٢) .

ثانيا : أنواع الشرط :

يتضح من التعريف السابق للشرط أنه ينقسم إلى نوعين :

الأول : شرط واقف الثانى : شرط فاسخ

فالشرط الواقف : هو ما يترتب على تحققه وجود الالتزام ، فإن تخلف لم يخرج الالتزام المعلق عليه إلى حيز الوجود ، وبذلك يكون الشرط واقفا لوجود الالتزام ، إلى أن يتحقق ذلك الشرط ، إن كتب له أن يتحقق ، ومن هنا سمي بالشرط الواقف ^(٣) .

(١) د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٥٣١ ف ٢٠٦ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٦٩ ف ٣١٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٧٩ ف ٢٢٤ ، د/ عبد الرازق فوج : المرجع السابق ص ١٠٧ ف ١٠٠ ، د/ نبيل سعد : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ١٩٢ ط ١٩٩٢ الناشر دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية ، د/ محمد شكرى سرور : الموجز ص ١٥٢ ف ٢٠٠ ، د/ سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات المجلد الرابع أحكام الالتزام ص ٤٩٣ ف ٢٣٨ ط ١٩٩٢ م ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٤١ ف ١٤٦ .

(٢) د/ محسن البيه : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣٥٣ ومابعد ص ٢٦٣ ط ١٩٩٦/١٩٩٧ م الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٩٤ ف ١٥٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٩٥ ف ٢٣٩ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول ص ٤٤ ف ٢٥ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٨٥/٣/٢٨ ، فى الطعن رقم ٢٠٦٩ السنة ٥١ قضائية ص ٢١٧ رقم ١٠ ، مجموعة نادى القضاة - المجلد الثانى الصادرة سنة ١٩٨٩ م .

ومثال ذلك : أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، إذا تحقق بأن تزوج الابن ، فقد وجد التزام الأب بالهبة ، وإذا تخلف الشرط بأن لم يتزوج الابن ، فإن التزام الأب بإعطاء الهبة لابنه لا يوجد ، أو أن يعد ولده بمكافأة معينة إذا نجح في الامتحان بدرجة ممتاز ، فيكون نجاح الولد في الامتحان وحصوله على درجة ممتاز ، شرطا يتوقف عليه نفاذ أثر إرادة الواعد من حيث التزامه بالمكافأة ، والشرط الواقف بهذا المعنى واقعة تتدخل إرادة الدائنين وإرادة شخص آخر في تحقيقها ، ومن ثم لا يتوقف تحقيقها على محض الصدفة وحدها ، كما هو الحال إذا استأجر شخص سيارة للقيام برحلة خلوية ، إن كان الجو صافيا ^(١) .

أما الشرط الفاسخ :

فهو الذى يترتب على تحقيقه زوال الالتزام المعلق عليه ، فالالتزام المعلق على شرط فاسخ موجود ونافذ فى الحال ، ولكن مصيره من حيث استمرار وجوده أو زواله مجهول ؛ لأنه معلق على تخلف الشرط أو تحققه ، فإذا تخلف الشرط ، فإن الالتزام يصبح مؤكدا فى وجوده بصفة نهائية ، وإذا تحقق زال الالتزام وانفسخ ، اعتبر كأن لم يكن .
ومثال ذلك : أن يهب شخص لآخر ملكية عين معينة على أن تفسخ الهبة ، إذا رزق الواهب بولد ، ففي هذه الحالة تنتقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له فور العقد ، ولكنها تنفسخ إذا رزق الواهب بولد ، فهذا هو الشرط الفاسخ الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام ^(٢) ويلاحظ أن وجود الشرط الفاسخ قد يتضمن بالضرورة وجود الشرط الواقف ، ويتضح ذلك فيما إذا وهب شخص ابنه قطعة أرض بشرط أن يتزوج الابن من

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٣٥ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٣١ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٠ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٦٨ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٤١ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٩٧ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٠٧ .

(٢) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٥٤ ومابعدهما ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٣٣ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٧٩ ، د/ محمود شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٥٣ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٤٤ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٩٢ ، د/ محمد ياسين : المرجع السابق ص ٨٤ .

فتاة معينة مثلا ، فإن الابن يكون مالكا لهذه القطعة من الأرض تحت شرط واقف ، والأب مالكا لها تحت شرط فاسخ ، والشرط واحد في الحالتين (١) .

كما يصعب في بعض الأحوال تحديد ما إذا كان الشرط واقفا أو فاسخا ، كما في حالة تعليق البيع على شرط موافقة الغير على الشئ المبيع ، فهل الشرط هنا واقف بحيث لا يتم البيع ، إلا إذا وافق الغير على المبيع أم فاسخ بحيث ينفذ البيع في الحال ، ولكنه قد يتعرض للفسخ إذا لم يوافق الغير على البيع ؟ المرجع في هذه الحالة هو التأكد من نية الطرفين ، التي قد يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد ، لتحديد ما إذا كان الشرط واقفا أم فاسخا ، واستخلاص القاضي لهذه النية من المسائل الموضوعية ، التي لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، وإن كان يتعين عليه أن يبين الأسباب السائغة التي أقام عليها استنباطه (٢) .

وتجب التفرقة في هذا الصدد بين الشرط الفاسخ ، كوصف للالتزام يجعل حق الدائن مهددا بالزوال ، بمجرد تحققه ، دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ، وهو ما يعرف بالشرط الفاسخ الصريح ، وبين الشرط الفاسخ الضمني ، الذي افترض القانون توافق إرادة المتعاقدين عليه في جميع العقود الملزمة للجانبين ، ومؤدى هذا الشرط أن يكون لكل طرف في العقد الملزم للجانبين أن يطالب بفسخ العقد ، إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ؛ وذلك نتيجة للارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، والفسخ في هذا الشرط الضمني لا يتم نتيجة اتفاق المتعاقدين ، بل يتم نتيجة نص القانون

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٣٧ ف ٢٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٣٨ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٩٨ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٥٤ ف ٢٠٣ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٠٨ ف ١٠١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٥٥ .

(٢) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٣٧ ، د/ حسام الدين الأهوانى : أحكام الالتزام : المرجع السابق ص ١٩١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٥٥ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٣ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٩٩ .

عليه ، وهذا يؤدي إلى جعل الشرط الفاسخ الضمنى متخلفا فى أصله وطبيعته وأحكامه عن الشرط الفاسخ الصريح ، وإن كان كل منهما يؤدي إلى فسخ العقد ^(١) .

ثالثا : خصائص الشرط :

يلزم لقيام الشرط سواء أكان واقفا أم فاسخا أن تتوافر فيه الخصائص التالية :

(١) أن يكون أمرا مستقبلا .

(٢) وأن يكون غير محقق الوقوع .

(٣) وأن يكون ممكنا .

(٤) وأن يكون مشروعا .

وأتناول هذه الخصائص بشئ من الإيضاح فيما يلى :

أولا : أن يكون الشرط أمرا مستقبلا :

يجب أن يكون الشرط كوصف للالتزام أمرا مستقبلا ؛ لأن الأمر المستقبل وحده هو الذى يكون محتمل الوقوع ؛ إذ التعليق على أمر تحقق بالفعل ، أو قد تحقق فى الماضى يعتبر أمرا منجزا يترتب عليه أثره فى الحال ، وليس شرطا حتى ولو كان العاقدان يجهلان وقت العقد تحققه ، ومن ثم إذا تعهد شخص بإعطاء ابنه جائزة إذا نجح فى الامتحان ، ثم تبين أن النتيجة كانت قد ظهرت وقت التعهد ، فإن الالتزام يكون منجزا ، وليس معلقا على شرط ، وسواء فى ذلك كان الأمر إيجابيا أم سلبيا ؛ ففي المثال السابق ، وهو تعهد شخص بأن يعطى ابنه جائزة إذا نجح فى الامتحان ، نجد أن التزام المتعهد معلق على أمر إيجابى ، ويكون الأمر المستقبل سلبيا ، كما إذا أوصى زوج لزوجته بدار تسكنها ، بشرط أن تتفرغ لتربية أولادها منه وإلا فسخت الوصية ، ففي هذا المثال التزام الزوجة معلق على أمر مستقبل ولكنه سلبى ، وهو عدم زواجها لتتفرغ لتربية أولادها من الموصى ، على أنه لا يوجد فرق فى الحكم بين ما إذا كان الشرط إيجابيا أو سلبيا ، إلا من ناحية تقدير الوقت الذى قد يتحقق فيه الشرط أو يتخلف ، ففي الشرط الإيجابى تحدد فى الغالب مدة قصيرة ، إذا لم يتحقق الشرط خلالها اعتبر متخلفا ، وفى الشرط السلبى

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق هامش (٣) ص ٣٥ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٣ ،

د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٣٢ ومابعداها ، نقض مدنى فى ٣٠/١٠/١٩٨٥م فى الطعن

رقم ١٩٥٢ السنة ٥٤ قضائية مجموعة أحكام محكمة النقض .

تكون المدة المحددة لتحقيق الشرط عادة طويلة ، فالزوجة الموصى لها بالدار فى المثال السابق ، بشرط عدم زواجها بعد موت زوجها ، يكون التعليق طول حياتها ^(١) .

ثانيا : الشرط غير محقق الوقوع :

لا يكفى فى الأمر الذى يصلح شرطا ، واصفا للالتزام ، أن يكون مستقبلا ، وإنما يلزم أن يكون هذا الأمر غير محقق الوقوع ، بمعنى أن يكون وقوعه أو عدم وقوعه محتملا ، فإذا كان وقوعه محققا فى المستقبل ، حتى ولو طال على تحققه الأمد ، فإنه لا ينهض أن يكون شرطا ، بل يكون أجلا ، ذلك لأن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضائه ، لا وجوده أو زواله ، وفى ذلك يختلف الشرط عن الأجل اختلافا جوهريا ، ويترتب على ذلك ، أنه يعتبر التزاما معلقا على شرط أن يلتزم شخص بأن يدفع لآخر مبلغا من النقود فى موسم الحصاد المقبل ؛ لأن موسم الحصاد فى المألوف من شئون الحياة لابدآت ، وبالتالي فلا يصلح أن يكون شرطا ؛ لأنه محقق الوقوع .
فيكون أجلا اقترن به الالتزام ^(٢) ويعد الأمر المحقق الوقوع أجلا حتى ولو لم

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٧ ومابعدھا ف ٦ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٣٢ ف ٣٢١ ، د/ محسن إبراهيم البيه : المرجع السابق ص ٣٥٧ ، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ١٨٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٣٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨١ ، د/ ياسين محمد يحى : المرجع السابق ص ٨٤ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٠٢ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ١٩٢ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٦٩ ومابعدھا ، د/ الصدة : المرجع السابق ٥/٢ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٤٢ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٤ .

^(٢) د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٣٢ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٣٤ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٥ ، ٦ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٩٨ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٥٧ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٧٠ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨١ ، د/ أحمد سلامة : أحكمم الالتزام : المرجع السابق ص ١٣٨ ، د/ نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص ١٩٤ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٣٨ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٥٨ ، =

يعلم وقت تحققه ، وذلك كالوفاء ؛ إذ الالتزام المعلق على الوفاء مثلاً هو التزام مضاف إلى أجل ، وليس معلقاً على شرط ؛ لأن الوفاء أمر محقق الوقوع فى المستقبل ، ومن أمثلة ذلك التأمين من الوفاء لصالح مستفيد معين ، فالالتزام شركة التأمين الناشئ عن العقد التزام مضاف إلى أجل ، وهو وفاة المؤمن عليه ، غير أن الأمر المحقق الوقوع إذا لم يكن تاريخ وقوعه محققاً ، مثل وفاة شخص معين ، فإنه يصلح لأن يكون شرطاً ، إذا علق الالتزام على وقوعه فى فترة معينة ؛ حيث تصبح وفاته فى هذه الفترة أمراً غير محقق الوقوع ، ومثال ذلك التأمين المؤقت من الوفاء ، حيث يتفق على أن شركة التأمين لا تدفع المبلغ المتفق عليه إلى المستفيد ، إلا إذا توفى المؤمن على حياته خلال فترة معينة كعشر سنوات مثلاً ، من تاريخ التعاقد وفى هذه الحالة يعتبر التزام شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين معلقاً على شرط ؛ لأن وفاة المؤمن على حياته خلال المدة المحددة أمر غير محقق الوقوع ، ومن ثم إذا لم تتحقق الوفاء خلال هذه المدة ، فإن الشرط المعلق عليه الالتزام يكون قد تخلف ، وبالتالي لا ينشأ الالتزام فى ذمة الشركة ، ولا يحق للمستفيد أن يطالبها بشئ^(١) .

وكون الشرط غير محقق الوقوع يقتضى بالضرورة ألا يكون تحققه متروكاً لمحض إرادة المدين ، وفى هذا الصدد تقتضى المادة (٢٦٧) مدنى بأنه : " لا يكون الالتزام قائماً ، إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم " . ولتوضيح ذلك ينبغى التمييز بين ثلاثة أنواع من الشروط من حيث تعلقها بإرادة المتعاقدين :

=

د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٥٢ ، د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٧٠ ، نقض مدنى فى ١٠/١١/١٩٩١ السنة ٤٢ ص ١٣٨ مجموعة أحكام النقض .

^(١) د/السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠ وما بعدها ف ١٠ ، د/عبد الوود يحيى : المرجع السابق ص ٥٣٢ وما بعدها ف ٣٢١ ، د/محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٨١ ف ٢٢٦ ، د/سمير كامل : المرجع السابق ص ١٥٧ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٥٨ وما بعدها ، د/نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٤ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٠٤ ف ٢٤٣ .

الأول : الشرط الاحتمالى :

وهو الأمر الذى يتوقف حصوله على المصادفات وحدها ، دون أن يكون لإرادة أحد العاقدين دخل فى تحققه ، كما لو التزم شخص لآخر بجائزة مالية إذا ولد له مولود ذكر ، وهذا الشرط الاحتمالى هو الصورة النموذجية للتعليل على الشرط ، ما دام أنه يعلق وجود الالتزام أو زواله على واقعة مستقبلية ، يكون أمر تحققها متروكا للصدفة وحدها (١) .

الثانى : الشرط المختلط :

وهو الذى يتوقف تحققه على إرادة طرفى التصرف ، وإرادة الغير معا ، كما إذا التزم شخص بهبة مال معين لآخر ، إذا تزوج من سيدة بعينها ، فهذا الشرط يتعلق بإرادة المشترط عليه ، وبإرادة من اشترط الزواج منها وحكم الشرط المختلط أنه شرط صحيح ، ويترتب الأثر الذى قصده المتعاقدان فى حال تحققه أو تخلفه (٢) .

الثالث : الشرط الإرادى :

وهو الذى يكون تحققه مرهونا بإرادة أحد العاقدين فحسب ، دون تدخل لإرادة الغير ، وهذا الشرط يكون إراديا بسيطا ، وقد يكون إراديا محضا فالشرط الإرادى البسيط : هو الذى يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفى التعاقد ، مضافا إليها القيام بعمل معين ؟ يتوقف تحققه على بعض الظروف والملابسات التى لا يستأثر بها وحده ، وذلك كأن يتعهد شخص لآخر بأن يهبه سيارة إذا تزوج ، فالزواج شرط إرادى يتعلق بإرادة الدائن أو المدين ، ولكن إرادة المشترط عليه ليست مطلقة ؛ إذ الزواج أمر تحيط به فوق إرادة المشترط عليه - ظروف وملابسات اجتماعية واقتصادية ، تجعل منه فى الواقع أمرا غير محقق الوقوع ، ومن ثم يصلح الشرط الإرادى البسيط لتعليق الالتزام عليه ، سواء أكان واقفا أم فاسخا ، متعلقا بإرادة الدائن أو بإرادة المدين (٣) .

(١) د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٣٣ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٥٧ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٥٩ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٨٢ ف ٢٢٦ ، نقض مدنى فى ١٩٩٦/٦/٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ .

(٢) المراجع السابقة فى نفس المواضع ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ٢٦٥ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٣ ومابعداها ف ١٢ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١١٢ ، د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٣٣٥ ومابعداها ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق

والشرط الإرادى المحض :

هو الذى يتوقف على محض إرادة أحد طرفى الالتزام وحدها ، أى على مجرد التعبير عن إرادة أى منهما ، دون أن يطلب منه القيام بعمل ما ، كأن يقول شخص لآخر أبيعك منزلى إذا أردت أنا ، أو أبيعك منزلى إذا أردت أنت ، وفى الحالة الأولى الشرط متوقف على محض إرادة المدين ، وفى الحالة الثانية الشرط متوقف على محض إرادة الدائن ، وحكم هذا الشرط يختلف بحسب ما إذا كان واقفا أو فاسخا ، فإذا كان الشرط واقفا ، فإنه لا يكون صحيحا إلا إذا تعلق بإرادة الدائن ، ومن ثم إذا تعلق الشرط الواقف على محض إرادة الدائن ، كان الالتزام موجودا معلقا على إرادته إن شاء تقاضى الدين من المدين ، وإن شاء أحله منه ، وذلك كأن يقول شخص لآخر : أبيعك منزلى إذا أردت أنت ، أو أبيعك سيارتى إذا أردت أنت ، أما إذا كان الشرط الواقف معلقا على محض إرادة المدين ، فإن هذا الشرط يقع باطلا ، ومعه الالتزام الذى علق عليه ، وذلك لأن تعليق الشرط الواقف على محض مشيئة المدين ، بأن يلتزم إذا أراد ، أو رأى أن الالتزام معقول ومناسب له ، يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية ؛ إذ أن الالتزام قد علق وجوده على محض إرادة المدين فهو إن شاء حققه وإن لم يشأ لم يتحقق ، مثاله أن يقول شخص لآخر أبيعك هذا المال إذا أردت أنا ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٦٧) مدنى بقولها : " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف ، يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم " أما إذا كان الشرط الإرادى المحض فاسخا ، فإنه يكون صحيحا سواء تعلق بمحض إرادة المدين أو بمحض إرادة الدائن ، ومثال ذلك أن يقول شخص لآخر أبيعك سيارتى ، على أن يفسخ العقد إذا أردت أنا ، أو إذا أردت أنت ^(١) .

ص ٢٤٣ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٣٤ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٢ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٣٩ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦٠ ومابعدا ، د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٨٩ .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٤ ومابعدا ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٣٤ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٣ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٧٣ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٥١ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦١ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٩٥ .

ثالثا : أن يكون الشرط أمرا ممكنا :

أى أن يكون وقوعه محتملا وليس مستحيلا ، فإذا كان وقوعه غير ممكن أو غير محتمل بأن كان مستحيلا ، فإنه لا يصلح أن يكون شرطا ؛ لأنه إذا علق الالتزام على شرط مستحيل ، فإن التعليق ينتفى في الحقيقة ؛ وذلك لفقد صفة الاحتمال ، التى تستلزم أن يكون وقوع الشرط ممكنا ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٦٦ مدنى) فى فقرتها الأولى : " لا يكون الالتزام قائما ، إذا علق على شرط غير ممكن " والاستحالة التى تتنافى مع شرط الإمكان قد تكون مادية ، وقد تكون قانونية ، فالاستحالة المادية هى التى يكون المرجع بالنسبة لها طبيعة الأشياء ، ومثالها أن يتعهد شخص لآخر بمكافأة مالية ، إذا اكتشف دواء يديم الحيلة ، فالشرط هنا مستحيل استحالة مادية ، والاستحالة القانونية هى التى ترجع إلى حكم القانون ، كأن يتعهد شخص لآخر بالتزام معين إذا تزوج بأحد المحرمات عليه أو إذا رفع استئنافا صحيحا بعد فوات مواعيد الاستئناف ، فالشرط هنا مستحيل استحالة قانونية ؛ لأن القانون يحرم الزواج بالمحرمات ويجعل الاستئناف غير مقبول بعد فوات الميعاد المحدد له قانونا ، ومن ثم إذا كان الشرط واقفا ، فإن الالتزام المعلق عليه لن يوجد لأن الشرط لن يتحقق ، وإذا كان الشرط فاسخا ، فإن الالتزام لا يمكن أن يزول فى المستقبل ؛ لأن الشرط لن يتحقق ، فيعتبر الالتزام فى هذه الحالة ، كما لو كان غير معلق على شرط أى منجزا ^(١) والمقصود بالاستحالة التى تجعل الشرط غير صحيح الاستحالة المطلقة ، أى الاستحالة التى تقوم بالنسبة لجميع الناس ، كما فى الأمثلة السابقة ، أما بالنسبة للاستحالة النسبية ، وهى التى

=

السابق ص ١٥٨ وما بعدها ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٤٤ ، د/ الصدة :

المرجع السابق ص ٨ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٠٦ .

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٢ ف ١١ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع

السابق ص ٢٣٩ ، ٤٤٠ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٥٦ ،

د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٣٨ ، د/ عبد الوودود يحى : المرجع السابق ص

٥٣٥ وما بعدها ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦٣ ، د/ سليمان مرقس :

المرجع السابق ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص

١٨٨ وما بعدها ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٤ ، د/ نبيل

سعد : المرجع السابق ص ١٩٦ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٣٤ ، د/ الصدة

: المرجع السابق ص ٦ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٤٢ .

تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر ، فلا تؤدي إلى بطلان الشرط ولا إلى بطلان الالتزام المعلق عليه ، وذلك كما لو تعهد شخص لآخر بمكافأة مقابل رسم لوحة معينة وهو لا يعرف الرسم ، فالتعهد هنا يكون صحيحا ؛ لأن معرفة الرسم ليست مستحيلة على الكافة وإنما فقط بالنسبة للموعد له ، والاستحالة النسبية لا تمنع وجود الالتزام ، وكذلك إذا كان الشرط مستحيلا وقت تعلق الالتزام عليه ، ولكن من الممكن حصوله في المستقبل ، حتى ولو كان هذا الإمكان مجرد أمل في حصوله مستقبلا ، فإنه يصلح أن يكون شرطا يتصف به الالتزام ، وذلك كما إذا تعهد شخص بإعطاء مكافأة مالية لمن يصل إلى اكتشاف دواء لمرض استعصى على الدواء حتى الآن ^(١) .

ويشترط في الاستحالة المطلقة التي تؤدي إلى بطلان الشرط ، أن تكون قائمة وقت تعليق الالتزام عليه لا بعد ذلك ، ومن ثم إذا كان الشرط ممكنا وقت تعليق الالتزام عليه ، فإنه يكون صحيحا حتى ولو أصبح مستحيلا بعد ذلك ، وتعتبر الاستحالة الطارئة تخلفا للشرط يترتب عليه نتائجه من حيث وجود الالتزام أو زواله ، ولكن إذا كان الشرط مستحيلا استحالة قانونية وقت تعليق الالتزام عليه ، ثم زالت هذه الاستحالة بتشريع صدر أثناء فترة التعليق ، فإن ذلك لا يؤثر في اعتبار الشرط مستحيلا ، وبالتالي إذا تعهد شخص في ظل القانون الحالي ، الذي لا يجيز التصرف في الأعضاء البشرية ، ببيع إحدى كليتيه لأحد المراكز الطبية عند وجود مريض في حاجة إليها ، ثم صدر قانون يجيز التصرف في الأعضاء البشرية ، وقت تنفيذ التعهد ، فإنه يجب القول : إن الشرط كان باطلا منذ البداية ، لاستحالاته استحالة قانونية وقت تعليق الالتزام عليه ، وزوال هذه الاستحالة أثناء فترة التعليق ، لا يؤثر في اعتبار الشرط مستحيلا ، وتقدير إمكان تحقق الشرط أو استحالاته مسألة موضوعية ، لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ، أما تحديد معنى الإمكان وعدمه قبل تطبيقه على الواقع ، فيخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض ؛ وذلك لأنه يتعلق بفهم القانون ^(٢) .

(١) المراجع السابقة في نفس المواضع ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د/محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦٤ ومابعدهما .

(٢) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٢٢ ، ومابعدهما ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٠٨ ومابعدهما ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٤ ، د/محسن عبد الحميد البيه : المرجع السابق ص ٣٦٤ ومابعدهما ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٦٠ .

رابعاً : أن يكون الشرط أمراً مشروعاً :

لكي يعتبر الشرط أمراً مشروعاً ، يجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، ومن ثم لا يكفي لاعتبار الشرط غير مشروع ، أن يخالف نصاً من نصوص القانون ، وإنما يجب ألا يكون متعارضاً مع الأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام في المجتمع ، وذلك مثل احترام الحريات الشخصية ، كحرية الرأي ، وحرية العمل ، وحرية العقيدة ، وحرية الزواج ، وألا يخالف ما تقضى به الآداب العامة ، وعلى ذلك فجميع ما نهى عنه قوانين العقوبات لا يصلح أن يكون محلاً للشرط ؛ وذلك كأن يتعهد شخص بأن يهب آخر مبلغاً من المال ، إذا قتل شخصاً معيناً ، وأيضاً لا يصلح أن يكون شرطاً ، الأمور التي تتعلق بالأحوال الشخصية كالطلاق والزواج والنسب وغير ذلك ، وبالتالي لا يجوز أن يهب شخص آخر منزلاً بشرط عدم زواجه مطلقاً ، وكذلك لا يجوز أن يكون الشرط أمراً مخالفاً للآداب العامة ؛ وذلك كأن يهب شخص سيدة داراً بشرط استمرارها في معاشرته معاشرة غير مشروعة ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٢٦٦ مدني) بقولها : " لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً ، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم .

ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالفاً للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

ولبيان حكم الشرط غير المشروع والمستحيل طبقاً لهذا النص يلزم أن نفرق بين ما إذا كان الشرط المعلق عليه الالتزام واقفاً أو فاسخاً ، فإذا كان الشرط غير المشروع أو المستحيل واقفاً ، فإنه يتمتع معه نشوء الالتزام ؛ إذ إن الشرط في هذه الحالة يعتبر بمثابة الباعث إلى الالتزام ، ولما كان الشرط باطلاً لعدم مشروعيته أو لاستحالته كان الباعث

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٠ ومابعدهما ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٣٨٤ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٠٨ ومابعدهما ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦٥ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٥ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٦٠ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٧٠ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٤٠ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٦٢ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٧ ، د/ محمد علي عمران : الوجيز في آثار الالتزام ص ١٤٥ وما بعدها ط ١٩٨٤ .

الدافع إلى الالتزام غير المشروع أو المستحيل مؤديا إلى بطلان التصرف ، وإلى عدم نشوء الالتزام بآلتالي (١) .

أما إذا كان الشرط غير المشروع أو المستحيل فاسخا ، فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كان الشرط غير المشروع أو المستحيل هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وبين ما إذا لم يكن هذا الشرط باعثا دافعا إلى التعاقد فإن كان هذا الشرط الفاسخ غير مشروع أو مستحيل ، وكان هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، ففي هذه الحالة يكون عنصرا جوهريا من عناصر التعاقد ، ويستتبع ذلك عدم قيام الالتزام ابتداءً ، شأنه في ذلك شأن أى التزام يقوم على سبب غير مشروع أو غير ممكن ؛ وذلك كأن يهب شخص امرأة مالا معيناً ، بشرط الاستمرار في معاشرتها معاشرة غير مشروعة ؛ فالهبة في هذه الحالة تعتبر باطلة ، وكذلك الشرط ، وبطلان عقد الهبة يرجع إلى سبب الالتزام ، وهو الباعث الدافع إلى التعاقد غير المشروع ، أو أن يعد شخص آخر بأن يعطيه مالا معيناً إذا لمس السماء ، أما إذا لم يكن الشرط الفاسخ غير المشروع هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، فإن الشرط نفسه هو الذى يكون لاغيا ، ويبقى الالتزام قائما منجزا ، وغير مهدد بالزوال ؛ لأن الشرط في هذه الحالة لا أهمية له (٢) وإن كان البعض يسوى بين الأمرين ، ويعتبر الشرط غير المشروع باطلا ، ويكون الالتزام المعلق عليه باطلا أيضا سواء أكان الشرط دافعا إلى الالتزام أم لا ؟ (٣) .

(١) المراجع السابقة في نفس المواضع .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٠ ومابعدا ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٣٦ ومابعدا ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٨٠ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٥ ، د/ نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص ١٩٧ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٤١ ، د/سمير كامل : المرجع السابق ص ١٦٢ ومابعدا ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٦١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٠٣ ومابعدا ف ١٧٤ ، نقض مدنى فى ١٩٧٨/٤/٢٥ السنة ٢٩ ص ١١١٢ مجموعة أحكام النقض .

(٣) د/ محمد شكرى شرور : المرجع السابق ص ١٦١ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٤٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٦١ ومابعدا .

ثالثا : المقارنة :

يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أن الشرط كوصف من أوصاف الالتزام (الدين) هو ما يعرف بالشرط الجعلى ، الذى هو عبارة عن أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعتبره المكلف ويعلق عليه حصول تصرف من تصرفاته ، بأداة من أدوات الشرط بحيث يترتب على حدوثه حصول المكلف على تصرفه ، وعلى عدم حدوثه عدم حصوله على تصرفه ؛ لأن فقه القانون المدنى يعرف الشرط الجعلى الذى تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل جميع عناصره التى يتطلبها القانون كوصف من أوصافه بأنه : " أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله " .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، على أن الشرط بالمعنى السابق أمر عارض وخارجى عن الالتزام أو العقد الذى علق وجوده عليه ؛ لأنه عبارة عن واقعة علق عليها وجود الالتزام أو زواله ، فإن وجدت وجد الالتزام أو زال ، وإن لم توجد لا يوجد الالتزام ، فهذا الشرط يضاف إلى الالتزام بإرادة العاقدين ، بعد استكمال جميع عناصره المتطلبة شرعا وقانونا كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامى من أن الشرط يتنوع إلى شرط تعليق أى واقف ، وشرط تقييد أى فاسخ .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى تحديده لمعنى شرط التعليق أو الواقف ؛ إذ يحدد الفقه الإسلامى معنى شرط التعليق بأنه : عبارة عن (توقف) أمر فى دخوله فى الوجود على دخول أمر آخر فى الوجود ، وهو نفس المعنى الذى حدده فقه القانون المدنى بقوله : " الشرط الواقف هو ما يترتب على تحققه (وجوده) وجود الالتزام أو التصرف المعلق عليه .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن شرط التقييد أو الشرط الفاسخ ، هو ما يترتب على تحققه زوال التصرف أو الالتزام المعلق عليه ، وهذا يعنى أن الالتزام المعلق

على الشرط الفاسخ موجود ونافذ فى الحال ، ولكن استمرار وجوده ونفاذه مقيد بتخلف الشرط الفاسخ .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه يلزم لقيام الشرط ، سواء أكان شرط تعليق (واقف) أم شرط تقييد (فاسخ) أن تتوافر فيه عدة خصائص أهمها :

(١) إنه أمر زائد على أصل التصرف .

وذلك لأن الشرط عبارة عن الأمر الخارج عن التصرف ؛ إذ هو مجرد واقعة ، اعتبرها المكلف وعلق عليها تصرفه بإرادته ، وليس له أى تأثير فى استكمال التصرف لعناصره المتطلبة شرعا وقانونا أو عدم استكماله .

(٢) إنه أمر مستقبلي .

لأن التعليق لا يكون إلا على أمر غير موجود ، وإن كان محتمل الوقوع ، والأمر المحتمل الوجود هو الأمر المستقبلي ، ومن ثم لا يصح التعليق على أمر قد تحقق وقت التعليق ؛ لأن التعليق على أمر موجود وقت التعليق تنجيز لا تعليق .

(٣) إن الشرط أمر معدوم على خطر الوجود .

فلا يكفى فى الأمر الذى يصلح أن يكون شرطا واصفا للالتزام أن يكون مستقبلا ، وإنما يجب أن يكون ذلك الأمر معدوما ، ولكنه على خطر الوجود أى غير موجود ولكنه محتمل الوجود فى كل لحظة ، وبالتالي لا يصح أن يكون الشرط محقق الوجود ؛ لأنه لو كان كذلك لكان أجلا .

(٤) كما يجب أن يكون الشرط أمرا ممكنا .

وهذا مما يتفق فيه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ؛ لأنه لو كان الشرط غير ممكن الوقوع بأن كان مستحيل الوقوع لكان باطلا ؛ لأن التعليق على الأمر المستحيل لا فائدة منه .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط مشروعية الشرط ، وإن كان معنى المشروعية فى الفقه الإسلامى يختلف عن معناها فى القانون المدنى ؛

فالمشروعية في الفقه الإسلامى ، تعنى عدم مخالفة الشرط لما جاءت به الشريعة الإسلامية ، فإن خالف ذلك بأن أحل حراما أو حرم حلالا ، فإنه لا يكون مشروعا بل يكون باطلا ، أما المشروعية في القانون المدنى ، فتعنى عدم مخالفة الشرط للنظام العام والآداب ، والنظام العام والآداب يعنى الأسس التى يقوم عليها النظام فى المجتمع ، وهذه الأمور وإن كانت لا تتنافى مع ما جاء فى الشريعة الإسلامية الغراء ، باعتبار أنها قد تضمنت ، التنظيم الكامل لحماية تلك المبادئ ؛ لأن هذه الشريعة تعتبر أن مبادئها أساسا لمكونات النظام العام والآداب العامة ، ومع ذلك يبقى الفرق بين فكرة النظام العام والآداب فى الشريعة الإسلامية ، وفى القوانين الوضعية من حيث المصدر ، فمصدر هذه الفكرة فى الشريعة الإسلامية هو الوحي ، بينما مصدرها فى القوانين مستمد من نظم الجماعة الوضعية ، كما يبدو الفرق من جهة إمكان تغيير الأفكار المكونة للنظام العام والآداب ، فهذه الأفكار يمكن تغييرها فى القوانين الوضعية وفقا لمفاهيم كل جماعة على حدة ، أى أن هذه المفاهيم هى أداة تغييرها ، أما فى الفقه الإسلامى فأداة تغيير هذه الأفكار هو النص الشرعى ذاته ، ذلك لأنه قد حوى من السعة والمرونة ، ما يؤدى إلى اتساع تفسيره بما يتلائم مع تغيير الوقائع ، وتبدل الأحوال .

الفرع الثانى

آثار تعليق الالتزام على الشرط ، وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

لتعليق الالتزام على الشرط ، أيا كان نوعه ، أى سواء أكان الشرط المعلق عليه واقفا أم فاسخا آثار معينة ، ولكن تختلف هذه الآثار بحسب ما إذا كان الالتزام ما زال فى فترة التعليق ، أى قبل أن يتحقق الشرط الواقف أو يتخلف الشرط الفاسخ ، وما إذا كان الشرط قد تحقق إذا كان واقفا أو تخلف إذا كان فاسخا .

وعلى ذلك سوف أتناول آثار تعليق الالتزام على الشرط فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على الوجه التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لبيان آثار تعليق الالتزام على الشرط وحلول الموفى به محل الموفى له يلزم أن أتناول ذلك فى الفقه الإسلامى فيما يلى :

أولاً : آثار تعليق الالتزام على الشرط أثناء فترة التعليق .

ثانياً : آثار تعليق الالتزام على الشرط بعد انتهاء فترة التعليق .

ثالثاً : حلول الموفى بالالتزام محل الموفى له .

أولاً : آثار تعليق الالتزام على الشرط أثناء فترة التعليق .

اختلف الفقهاء حول الأثر المترتب على تعليق الالتزام على الشرط قبل تحققه ، إذا كان واقفاً أو تخلفه إذا كان فاسخاً وذلك على قولين :

القول الأول : ويذهب أصحابه إلى أن الالتزام إذا علق على شرط ، فإنه لا يوجد إلا بعد تحقق الشرط الذى علق عليه ، فإذا تحقق هذا الأمر الذى علق عليه الالتزام وجد الالتزام ، وترتب عليه أحكامه وآثاره من وقت تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط فلا يوجد التزام ولا تترتب عليه أية آثار ، وتعتبر صيغة التعليق علة اسما ، أو سببا مجازيا للالتزام المعلق على شرط .

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية^(١)

(١) حاشية رد المحتار ٣٨٦/٥ ومابعداها وقد جاء فيها : أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم ، فإن نحو أنت طالق سبب الطلاق فى الحال ، فإذا قال أنت طالق إذا دخلت الدار منع انعقاده سببا

والمالك _____ية^(١) والحنن _____ابلة^(٢) والزير _____دية^(٣) .

وقد استدلوأ على ذلك بأمرين :

أولهما : أن شرط التعليق يمنع المعلق عن السببية ، لحكمة قبل تحقق الشرط ، وذلك لأن صيغة التعليق وحدها ليست هى سبب الحكم ، بل هى جزء السبب ، فقول القائل : إن شفى الله مريضى أتصدق بكذا ، ليس سببا كاملا لوجوب الصدقة ؛ لأن السبب هنا فى الحقيقة هذه الصيغة مجتمعة مع شفاء المريض وبوجودهما معاً ينشأ سبب وجوب النذر ، وبالتالي لا يوجد سبب النذر إلا عند تحقق الشرط وهو شفاء المريض ؛ لأن الجملة الشرطية تفيد وجود الجزاء عند وجود الشرط ، لذلك لا يوجد التزام إلا عند وجود الأمر المعلق عليه ، وقبل وجود الأمر المعلق عليه لا يوجد الالتزام^(٤) .

وثانيهما : أنه لا يمكن القول : إن الالتزام المعلق وجد وتأخرت أحكامه ، لأن تأخير الأحكام معناه تأجيلها إلى زمن تتحقق فيه وتثبت ، والحال عند التعليق ليس كذلك ؛ لأن المعلق عليه قد يوجد وقد لا يوجد ، فإذا وجد فليس هناك مانع من القول بوجود الالتزام قبل ذلك ، ولكن تأخرت أحكامه إلى حين وجود الشرط ، ولكن فى حال عدم وجوده ، وبإل والتأكد من عدم وجوده ، أيستمر الالتزام موجودا وحكمه متأخرا ؟ وإلى أى زمن ؟

=

للحال ، وجعله متأخرا إلى وجود الشرط " ، الهداية ٢٣٧/١ ومابعدهما ، العناية على الهداية

٣٨٤/٣ ، شرح فتح القدير ٣/٣٨٥ ، د/ محمد سلام مذكور : الفقه الإسلامى ص ٥٢٥ .

(١) الفروق ١/٢٢٩ ، مواهب الجليل ٣/٤٢٢ ، فتح العلى المالك ١/٢٩٣ ، ٣٠٢ .

(٢) الروض المربع ٢/٤٢٢ ، أعلام الموقعين ٣/٦٦ ، النجدى : حاشية الروض المربع ٦/٥٤٧ حيث يقول " والمعلق للطلاق على شرط هو إيقاع له عند الشرط ، كما لو تكلم به عند الشرط " .

(٣) البحر الزخار ٣/١٩١ وقد جاء فيه : " قلنا أى الزيدية يقع أى الطلاق بمجموعهما أى الشرط والجزاء ؛ إذ هو معلق بحدوث الشرط وقد حدث " ، التاج المذهب ٢/١٣٠ .

(٤) حاشية رد المحتار ٥/٣٨٦ ومابعدهما ، شرح مسلم الثبوت على فواتح الرحموت للأنصارى مطبوع

على المستنصفى للغزالي ١/٢٦ ط دار الفكر بيروت ، البخارى : كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى ٢/٢٧١ ومابعدهما طبعة دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة ، صدر الشريعة : التقيح

وشرحه التوضيح ج ١ ص ٢٧٨ ، الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٨ ،

الشيخ عيسوى أحمد عيسوى : الفقه الإسلامى المدخل والنظرية ص ٥٠٧ ط دار التأليف ١٩٦٠م

، الشيخ محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامى ص ٦١٤ ط ٤ دار النهضة العربية ١٩٦٩ .

مع أنه من المؤكد أنه قد لا يحصل الأمر المعلق عليه ، ففي المثال السابق إن لم يشف المريض بأن ظل مريضاً مدة طويلة أو فارق الحياة ، أيسمّر الالتزام موجوداً والوفاء به متأخراً إلى غير زمن وإلى غير غاية ؟ وإن قلنا أن الالتزام بطل ، فما الذى أبطله وما الذى سلبه السببية التى تثبت له ؟ لا مفر من هذا إلا القول : إن عدم تحقق الشرط أزال وجود الالتزام المعلق عليه ، ولا يوجد شئ يزيل شيئاً موجوداً وثابتاً ومحققاً ، إلا إذا كلن ذلك الشئ الموجود قد أرتبط فى وجوده وعدمه بالشئ المعدوم ، وذلك ما لا يقول به الشافعية ، لأنهم يفرضون وجود الالتزام قبل وجود الشرط ^(١) .

القول الثانى : ويرى الذاهبون إليه أن الالتزام المعلق على شرط ينعقد سبباً فى الحال ، ولكن التعليق يؤخر الحكم إلى وقت تحقق الشرط ، فالعقد المعلق على شرط موجود ، ولكن حكمه تأخر إلى زمن تحقق الشرط الذى علق عليه .
وذهب إلى ذلك الشافعية ^(٢) .

وقد استدلوا على ذلك بدليلين :

الأول : أن الالتزام المعلق على شرط ينعقد سبباً فى الحال ، ولكن لا يترتب عليه حكمه إلا بعد تحقق الشرط المعلق عليه ، وذلك كأن يقول شخص لآخر : إن سافرت إلى الخارج فأنت وكيلى فى بيع دارى ، فالموجب لعقد الوكالة عبارة (أنت وكيلى) ، فهذه العبارة هى المنشئة لعقد الوكالة ، إذ لو صدرت من غير تعليق لأنشأت عقد الوكالة فى الحال ، ووجود الشرط بجوارها لا يزيل كونها سبباً ، ولكنه يؤخر الحكم والأثر فقط ، لأنه لو قيل بأن وجود الشرط يزيل كون هذه العبارة سبباً فى إنشاء الوكالة ما انعقدت الوكالة بعد ذلك ، لأنها لو انعقدت لكانت بغير سبب يودى إلى إنشائها ، ويكون التعليق هو الذى أزال السببية ، مع وجود ما يصلح لها من الصيغة وذلك باطل ، لأنه من المتفق عليه أنها سبب بيقين عند وجود الشرط المعلق عليه .

(١) أميرباد شاة : تيسير التحرير ج ١ ص ١٢٩ ، ابن نجيم : فتح الغفار بشرح المنار ٥٨/٢ وما بعدها ، التلويح على التوضيح ٢٧٦/١ ، محمد سلام مذكور : المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٦١٤ ، أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٨ وما بعدها .

(٢) البزدوى : كشف الأسرار ٢٧٣/٢ ، ابن عبد الشكور : مسلم الثبوت شرح فواتح الرحموت ج ١ ص ٤٢ ، الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٧ ، والشيخ أحمد إبراهيم بك : الالتزام فى الشرع الإسلامى ص ١٧٤ .

وإن قيل : إن الشرط لا يزيل السببية ولا يؤخر الأحكام ، كان التعليق على الشرط لغوا ، وذلك باطل أيضا ، لأن التعليق قصد قصده المتكلم المنشئ للالتزام ، وإذا بطل أن التعليق يزيل السببية ، وبطل كونه لا أثر له فلم يبق إلا إنه لا يزيل السببية ، ولكن يؤخر الالتزام إلى وقت وجود الشرط ^(١) .

الثاني : أن الالتزام المعلق على شرط إذا صدر من صحيح كامل الأهلية ، ثم زالت أهليته بأن جن قبل تحقق الشرط ، وتحقق الشرط بعد ذلك ، وقع الالتزام المعلق ووجد ، فإذا قال رجل لزوجته : أنت طالق إن زرت فلانه ، ثم جن فزارتها بعد جنونه وقع الطلاق وهذا دليل على أن المعلق ينعقد سببا بمجرد وجوده ؛ إذ لو كان انعقاده متأخرا إلى وجود الشرط ما انعقد في هذه الصورة ، لأن العاقد ليس أهلا للانعقاد في وقته ؛ إذ المجنون ليس أهلا لأن يصدر عنه العقد وقت جنونه ^(٢) .

الترجيح :

بعد عرض أدلة القولين يترجح لى ما ذهب إليه الشافعية من أن الالتزام أو العقد المعلق على شرط ينعقد سببا لحكمه في الحال ، وإن تأخرت أحكامه وآثاره إلى وقت تحقق الشرط وذلك لما يلي .

(١) إن القول : إن الالتزام المعلق على شرط ينعقد سببا لحكمه في الحال ولكن لا تترتب عليه أحكامه إلا بعد تحقق الشرط هو الأقرب إلى العقل والمنطق لأن فيه صون لعبارة المعلق من الإهدار ، وإلا لكان كلامه المتضمن لصيغة التعليق لغوا وضربا من الهزل .

(٢) كما أن القول بانعقاد الالتزام المعلق على شرط سبب لحكمه في الحال ليس بدعا من القول ، لأن هناك كثيرا من التصرفات تنعقد أسبابا لأحكامها في الحال مع تراخي أحكامها ، ومن أمثلة هذه التصرفات العقد المشروط فيه الخيار ، والعقد الموقوف ، فتأخير أحكامها لأمر خارج عنها ، وليس داخلا فيها كالعقد المعلق .

(١) تيسير التحرير ج ١ ص ١٢٤ ، البزدوى : كشف الأسرار ٢٧٢/٢ ومابعدها ، ابن عبد الشكور : مسلم الثبوت شرح فوائح الرحموت ٤٢٩/١ ، الشيخ محمد أبو زهرة : المرجع السابق ص ٢٤٧ .

(٢) الشيخ / محب الله بن عبد الشكور : مسلم الثبوت شرح فوائح الرحموت ج ١ ص ٤٢٧ ، الشيخ أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٨ ، د/محمد سلام مذكور : المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٦١٣ .

(٣) بالإضافة إلى أن مذهب إليه الشافعية يؤيده طبيعة التعامل واتساع دائرته ، ورغبة كثير من المتعاقدين في إبرام كثير من العقود ، وربما كان التعليق على الشرط يحقق لهم قدرا من الروية والتدبر واحتمال خداع المستفيد من الالتزام المعلق أمر غير وارد ؛ إذ لا يملك المعلق للالتزام على الشرط التحكم في تحقق الشرط من عدمه ^(١) .

(٤) وقد وصف الشيخ على الخفيف ما ذهب إليه الشافعية من أن العقد ينعقد سببا لحكمه في الحال ، وإن تأخر حكمه بسبب التعليق بقوله : " إن هذا رأى وجيه ، فإن ترتب الآثار على العقود ترتب شرعى ، والشارع قد أخرها في الحالين (بقصد حالتي التعليق والإضافة) فالتفريق بينهما ليس له دليل سليم " ^(٢) وعلى ذلك فالالتزام المعلق موجود وصيغته سبب لانعقاده في الحال ، ولكنه غير كامل الوجود ؛ لأن آثاره غير مؤكدة ، بل محتملة الحصول أثناء فترة التعليق ، حيث تتأخر إلى زمن تحققه ، وعندها يصبح العقد ناجزا ، وإن لم يتحقق الشرط اعتبر الالتزام كأن لم يكن ، ولهذا كان الالتزام غير كامل الوجود أثناء فترة التعليق .

ثانيا : آثار تعليق الالتزام على الشرط بعد انتهاء فترة التعليق :

تبين مما سبق أن الشرط المعلق عليه الالتزام قد يكون واقفا وهو الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام المشروط ، وعلى عدم تحققه عدم وجود ذلك الالتزام ^(٣) .
وشرط فاسخ وهو الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام المعلق عليه ، وذلك كشرط الخيار لأحد المتعاقدين ^(٤) .

وفى ذلك يقول الإمام البابرتى : " التقييد بالشرط غير التعليق عليه ؛ إذ هما متغايران ، فى التقييد الحكم ثابت فى الحال على عرضية أن يزول إن لم يوجد الشرط ، وفى التعليق به الحكم غير ثابت فى الحال وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط " ^(١) .

^(١) د/ محمد نجيب عوضين : عنصر المدة وأثره فى العقود دراسة مقارنة ص ٧٣ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٨٥م ١٤٠٥هـ ، د/ حامد عبده الفقى : التعليق والتأقيت والإضافة فى العقود فى الفقه الإسلامى ص ١٠١ ومابعدا .

^(٢) الشيخ على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية هامش (١) ص ٢٤٣ ط ١ ١٤١٧هـ — ١٩٩٦م الناشر دار الفكر العربى بالقاهرة .

^(٣) ص ٣٧٩ من هذا البحث .

^(٤) ص ٣٨٠ من هذا البحث .

وبناءً على ذلك فإن الحكم فى حالة التعليق غير ثابت فى الحال فإذا وجد الشرط ثبت الحكم عند وجوده ، وذلك كما لو اتفق شخص مع آخر على دفع الدين ، الذى فى ذمته له عند قدوم زيد فلا يجب عليه أداء الدين فى الحال ، ولكن يثبت هذا الحكم ، وهو أداء الدين عند تحقق الشرط وهو قدوم زيد ، أما فى حالة التقييد بالشرط ، فالحكم ثابت فى الحال ، ولكن على خطر أن يزول ، وبالتالي إذا اتفق البائع مع المشتري على أن يدفع الأخير ثمن المبيع نقداً فى الحال ، ولم يتم ذلك فالبيع ينقل ملكية المبيع فوراً ، ولكن للبائع حق الفسخ إذا لم يتحقق الشرط بدفع الثمن نقداً وفى الحال ، وفى هذه الحالة يزول الالتزام نهائياً ^(٢) .

ثالثاً : حلول الموفى بالالتزام المعلق على شرط محل الموفى له :

بناءً على ما سبق يتبين أن الالتزام المعلق على شرط واقف لما كان ينعقد سبباً لحكمه فى الحال وفقاً للرأى الراجح كان هذا الالتزام موجوداً ، ولكن وجوده غير كامل ، ولا يكون وجوده كاملاً إلا بعد تحقق الشرط المعلق عليه ، ولذلك فإنه لا يلزم المدين أن يوفى بما فى ذمته من التزام معلق على شرط ، إلا بعد تحقق ذلك الشرط ، أما قبل تحققه فلا يلزم بذلك ، ومن ثم إذا قام غير المدين بالوفاء به بناءً على اتفاقه مع الدائن ، على أن يحل محله فى الرجوع على المدين بما وفاه ، فلا يحق له أن يرجع على المدين بشئ ، طالما كان ذلك الوفاء قبل تحقق الشرط ، وذلك لأن ما قام الغير بالوفاء به للدائن ، يعد حقاً غير محقق الوجود ؛ إذ إنه يحتمل أن يوجد أو لا يوجد ، وبالتالي يحق للموفى أن يسترد ما وفاه للدائن لأنه أخذه منه بغير حق ^(٣) .

أما بالنسبة للالتزام المعلق على شرط فاسخ ، فهو التزام موجود وجوداً كاملاً ، وبالتالي يلزم المدين بالوفاء به أثناء فترة التقييد ، أى قبل تحقق الشرط أو تخلفه ، ولذلك إذا قام غير المدين بالوفاء به بناءً على اتفاق بينه وبين المدين ، ليحل بذلك الوفاء محل دائن المدين فى الرجوع عليه بما وفاه ، أو بناءً على اتفاق بينه

(١) العناية على الهداية ٣٩٨/٧ ، فتح العلى المالك ج ١ ص ٢٩٣ فيما يخص الشرط الواقف جـ

١ ص ٣٠٢ فيما يخص الشرط الفاسخ ، شرح النيل ج ١٢ ص ٩٧ وما بعدها .

(٢) د/ عبد الناصر العطار : الأجل فى الشريعة الإسلامية ص ٥٩ .

(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ١٥٠ .

وبين الدائن ، ليحله محله في الرجوع على المدين بما وفاه ، كان له ذلك ، ويكون الحق الذى حل الموفى محل الدائن بسبب قيامه بالوفاء به التزاما موصوفا بالشرط ، وإذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام وانتهى التزام المدين فى مواجهة الدائن ، ولا يكون أمام الموفى إلا أن يرجع على الدائن ، إن كان الوفاء له بالدين قد حدث ، بناء على اتفاق بينهما ليسترد ما أخذه منه بغير حق ، أو أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، إن كان الوفاء قد حصل بإذنه ، ليسترد منه ما أداه عنه بإذنه (١) .

ثانيا : فى القانون المدنى :

لبيان آثار تعليق الالتزام على الشرط وحلول الموفى به محل الموفى له فى القانون المدنى يلوم أن أتناول ذلك فى النقاط التالية :

- (١) آثار تعليق الالتزام على الشرط أثناء فترة التعليق .
- (٢) آثار تعليق الالتزام على الشرط بعد انتهاء فترة التعليق .
- (٣) حلول الموفى بالالتزام المعلق على الشرط محل الموفى له .

أولا : آثار تعليق الالتزام على الشرط خلال مرحلة التعليق :

لتحديد آثار تعليق الالتزام على الشرط أثناء فترة التعليق ، ينبغى أن أفرق فى هذا الشأن بين أثر تعليق الالتزام على الشرط الواقف والشرط الفاسخ :

(أ) آثار تعليق الالتزام على الشرط الواقف :

لما كان الشرط الواقف هو الذى يتوقف نفاذ الالتزام على تحققه ، فقد نصت المادة (٢٦٨) مدنى على أنه : " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ، ولا التنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه " وبناء على هذا النص ، هل يترتب على الشرط الواقف أثناء فترة التعليق ، أن يكون حق الدائن المعلق عليه محتمل الوجود أم أنه موجود وقائم ولكنه غير نافذ ؟ اختلف فقهاء القانون المدنى فى ذلك ، على اتجاهين :

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٥٢ .

الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى أن حق الدائن المترتب على الشرط الواقف خلال فترة التعليق ، ما هو إلا حق محتمل الوجود ، وليس مؤكد الوجود فعلا ، وذلك لأن الشرط ؛ قد يتحقق ، وقد لا يتحقق ، وبالتالي فحق الدائن فى فترة التعليق ليس مؤكدا ، وإن كان ذلك لا يمنع من وجود رابطة قانونية تربط بين الدائن والمدين فى هذه الفترة ، ومن ثم فليس للمدين أن يتحلل من التعهد الذى التزم به للدائن ، وعلقه على الشرط الواقف (١) .

الاتجاه الثانى : ويرى الذاهبون إليه إلى أن حق الدائن المترتب على الشرط الواقف أثناء فترة التعليق حق موجود وقائم ، وإن ظل معلقا على أمر عارض ، وهو الشرط الواقف الذى لحق بالالتزام ، وارتبط به بعد تكوينه ووجوده ، ولا شأن له بهذا الوجود أو ذلك التكوين ، وهناك فرق بين وجود الالتزام ونفاذه ؛ فالحق المعلق على شرط واقف موجود ، وإن كان تنفيذه يرتبط بتحقق الشرط المعلق عليه ، ومن ثم لا يصبح هذا الالتزام منجزا إلا بتحقيق الشرط ، أما قبل ذلك فهو موجود وقائم غاية الأمر ، أنه لحق به وصف عارض وهو الشرط جعل تنفيذه متوقفا على حدوث أمر مستقل ، ولا يجوز وصف حق الدائن فى مرحلة التعليق بأنه مجرد حق احتمالى ليس له وجود يقينى ؛ لأن الحق الاحتمالى ينقصه عنصر جوهرى من عناصر تكوينه ، ولا وجود له إلا إذا اكتملت جميع عناصره (٢) .

(١) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٧٤ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٤١ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ٩ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦٨ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٧٨ ف ٥٣ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٦٣ ف ٢١٦ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٦ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٤٦ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٢ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٤٨ .

(٢) د/ محمد شتا أبو سعد : الشرط كوصف للتراضى ، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨١م ص ٣٤٩ ، د/ مصطفى عدوى : النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ص ٢٧١ ومابعدھا ط ١ سنة ١٩٩٣م ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٧٢ ف ٥٢ .

وما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثانى هو ما ذهبت إليه محكمة النقض فى أحد أحكامها ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه : " من المقرر فى قضائها أن من شأن الشرط الواقف أن يوقف تنفيذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة ، فيكون الالتزام فى التعليق موجودا ، غير أن وجوده ليس مؤكداً " (١) .

ويترتب على القول بوجود حق الدائن خلال مرحلة التعليق ما يأتى :

(١) إن هذا الحق ينتقل إلى الخلف العام ، عن طريق الميراث ؛ إذا توفى الدائن أثناء فترة التعليق ، كما ينتقل إلى الخلف الخاص عن طريق تصرف الدائن فى حقه هذا أثناء حياته ، ولكن نقل هذا الحق فى الحالتين يكون معلقا على الشرط ذاته .

(٢) إنه يجوز للدائن أن يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه كوضع الأختام ، وتحرير قوائم الجرد ، وتسجيل العقد إذا كان موضوع الحق عقارا ، وتنتقل ملكية العقار إليه معلقة على الشرط الواقف ، وأن يطلب تعيين حارس على الشئ محل الحق ، وأن يقوم بقيد الرهن الضامن لحقه ، وأن يتدخل فى الدعاوى المرفوعة من المدين أو عليه ، وفى إجراءات قسمة ماله بينه وبين شركائه ، وأن يستعمل باسم مدينة حقوقه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وكذلك الدعاوى التى لا يشترط فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء .

(٣) إنه يحق للدائن أن يرفع على المدين دعوى صحة توقيع العقد قبل تحقق الشرط ، حتى يطمئن إلى عدم إنكار المدين لتوقيعه السند المثبت لنشوء هذا الحق المعلق على شرط ، ولكن لا يجوز للدائن أن يرفع دعوى صحة ونفاذ العقد قبل تحقق الشرط .

(٤) إنه يشترط أن تتوافر الأهلية اللازمة لإبرام التصرف المعلق على الشرط الواقف ، وقت إبرام ذلك التصرف لا وقت تحقق الشرط .

(٥) يكون القانون الذى يحكم العقد هو القانون السارى وقت إبرام العقد ، وليس ذلك القانون الجديد ، الذى يكون ساريا وقت تحقق الشرط (٢) .

(١) نقض مدنى فى ١٠/١/١٩٩١ - مجموعة أحكام النقض السنة ٤٢ ص ١٣٨ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٢ ومابعدهما ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦٩ ،

٣٧٠ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٤٨ ومابعدهما ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص

٢٧٣ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٦٤ ومابعدهما ، د/ عبد الوود يحيى : المرجع السابق ص

٥٣٨ ف ٣٢٣ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١١٤ ومابعدهما ف ١٠٩ ، د/ فتحى عبد

ويترتب على عدم نفاذ حق الدائن المعلق على شرط واقف خلال فترة التعليق ما يلي :

(١) إنه لا يجوز للدائن أن يطالب بالوفاء بالالتزام ، لأنه طبقا للمادة (٢٦٨) مدنى أن الالتزام المعلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط لا يكون قابلا للتنفيذ القهرى ، ولا التنفيذ الاختيارى ، ومن ثم إذا وفى المدين بالالتزام المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق ، معتقدا استحقاق الوفاء ، فإنه يكون موفيا بغير المستحق ، ويكون له أن يسترد ما وفاه .

(٢) لا تبدأ مدة التقادم المسقط للالتزام المعلق على شرط واقف فى السريان طوال فترة التعليق ، لأن الالتزام لم ينفذ بعد .

(٣) كما لايجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين الالتزام ، المعلق على شرط واقف وبين دين حال فى ذمة المدين ، وذلك لأن من شروط المقاصة أن يكون الدينان فى درجة واحدة من القوة ، وبالتالي لا يمكن إجراء المقاصة بين دينين ، أحدهما بات والآخر معلق

(٤) إنه إذا كان محل التزام المدين المعلق على شرط واقف هو نقل حق عيني على شئ معين بالذات ، فإنه لا تنتقل الملكية إلى الدائن إلا معلقة على الشرط الواقف ، سواء أكان الشئ محل التزام المدين منقولا أم عقارا وتم التسجيل ، ويعتبر المدين مالكا للشئ محل التصرف تحت شرط فاسخ ، ومن ثم تبقى له سلطة التصرف فى ذلك المال من جديد ، والقيام بأعمال إدراته ، على أن يسترد عند تحقق الشرط ما أنفق فى ذلك باعتباره حائزا حسن النية ، وحق رفع دعاوى الحيازة ودعوى الملكية المتعلقة بهذا المال ، ولكن إذا هلك هذا المال تحمل المدين تبعه هلاكه ، ويجوز لدائنيه أن ينفذوا على هذا المال باعتباره مملوكا لمدينهم ^(١) .

الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ١٩٥ ف ١٥٩ ، د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٤٤ ف ٢٢٤ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٨ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٩/٢ ف ١٢ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٠٥ ومابعدها ف ١٧٧ .

(١) د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٧٨ ف ٢٢٨ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٦٨ ف ٣٧٧ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٣٨ ف ٣٢٣ ، د/البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٤٥ ف ٢٢٥ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٢ ص ٩ ف ١٢ ، د/عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١١٥ ف ١٠٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ص

ب- آثار تعليق الالتزام على الشرط الفاسخ :

الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ، وواجب النفاذ فوراً ، ولكنه مهدد بخطر الزوال فى المستقبل فعلاً إذا تحقق الشرط الفاسخ ، ويترتب على ذلك عدة آثار .

(١) إنه يلزم توافر أهلية الملتزم وقت إبرام العقد المعلق على شرط فاسخ .

(٢) إن حق الدائن المعلق على شرط فاسخ يخضع للقانون السارى وقت قيام الالتزام ولا يخضع للقانون الذى قد يكون سارياً وقت تخلف ذلك الشرط .

(٣) إنه يحق للدائن أن يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كما أنه

يجوز له أن يتصرف فى هذا الحق فى خلال فترة التعليق بكافة التصرفات ، وتكون

هذه التصرفات مهددة بالزوال إذا تحقق الشرط ، وذلك كالحق المتصرف فيه ، كما

ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام للدائن عن طريق الميراث ^(١) .

ويترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ نافذاً ، ومستحقاً للأداء الفورى ما يلى :

(١) إنه يحق للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ الجبرى على أموال المدين للحصول على

حقه ، كما يجوز له أن يطعن فى تصرفات مدينه الضارة ، بدعوى عدم نفاذ

التصرف (البوليصة) .

(٢) إذا كان موضوع الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو نقل ملكية مال معين بالذات ،

انتقلت هذه الملكية إلى الدائن بمجرد العقد إذا كان محل الالتزام منقولاً ، وإذا كان

٢٤٧ ف ١٤٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٠٦ ف ١٧٨ ، د/ أحمد سلامة :

المرجع السابق ص ١٤٣ ف ١١١ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٧٩ ف ٥٣ ،

د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٠٩ .

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٥ ف ٢٥٠ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص —

٥٤ ف ٣٣ ، د/ الببراوى : المرجع السابق ص ٢٤٧ ف ٢٢٧ ، د/ محسن البيه : المرجع

السابق ص ٣٧١ ف ٢٧٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٩ ف ٢٢٨

، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٣٩ ف ٣٣٣ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق

ص ١٨٠ ف ٥٣ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٩٩ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى :

المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٨٧ ف ١٠٣ ، د/ محمد

على عمران : المرجع السابق ص ١٤٩ وما بعدها .

محل الالتزام عقارا ، كان للدائن أن يطالب المدين بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل ، ومتى تم نقل ملكية العقار ، فإنه لا يجوز للدائن أن يستند إليها في أخذ العقار المجاور عن طريق الشفعة ، كما أن انتقال هذا الحق إلى الدائن مقترنا بالشرط الفاسخ ، يقابله بقاء المدين مالكا له تحت شرط واقف ، وبالتالي يحق للمدين أن يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كما هو الحال بالنسبة للدائن تحت شرط واقف (المتصرف إليه) .

(٣) إن المدين يكون ملزما بالوفاء بالالتزام المعلق على شرط فاسخ في فترة التعليق ، وبالتالي إذا قام المدين بهذا الوفاء ، فلا يحق له أن يرجع في أدائه ، ولا أن يسترد ما وفاه .

(٤) إن مدة التقادم المسقط لحق الدائن تبدأ من وقت إبرام العقد ، إذا لم يطالب بحقه ، كما أن مدة التقادم المكسب تحسب للمالك الذي اكتسب حقه مقترنا بشرط فاسخ من وقت العقد أيضا وبالتالي إذا أكمل هذا المالك مدة التقادم المكسب ثم تخلف الشرط الفاسخ ، فإنه يكسب تلك الملكية بذلك التقادم بغض النظر عن العقد وإذا تحقق الشرط وزال العقد بتحقيقه ظل أثر التقادم المكسب لصالح الدائن (المتصرف إليه) الذي زال العقد بالنسبة إليه ، وأصبح كأن لم يصدر إليه تصرف أصلا^(١) ويترتب على كون حق الدائن المعلق على شرط فاسخ معرضا للزوال بتحقيق الشرط ما يلي :

(١) إن الدائن تحت شرط فاسخ إذا استوفى الدين من مدينة ، ثم تحقق الشرط جاز للمدين أن يسترد ما دفعه طبقا للأحكام العامة في دفعه غير المستحق ، وإذا تصرف الدائن في الحق المقترن بالشرط الفاسخ حال حياته ، أو انتقل بالميراث بعد وفاته إلى ورثته ، فإنه ينتقل إلى المتصرف إليه أو إلى ورثته متصفا بكونه حقا معرضا للزوال .

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٥٢ ف ٥٢ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٦ ف ٢٥٠ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٤٦ ف ٢٢٧ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٦٥ ف ٢١٧ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٦٦ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢٠٠ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٤٩ وما بعدها ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٤٩ ف ١٤٤ .

(٢) إنه لا يستطيع الدائن الذى اقترن حقه بشرط فاسخ ، أن يأتى بالأعمال التى تعوق المدين ، وهو صاحب حق معلق على شرط واقف من استعمال حقه ، إذا أصبح هذا الحق مستحق الأداء بتحقيق الشرط الواقف .

(٣) إنه قد اختلف فقهاء القانون المدنى فى إمكانية تمسك الدائن الذى اقترن حقه بشرط فاسخ - بالمقاصة بين حق من هذا النوع محتمل الزوال ، وبين دين بسيط فى ذمة الدائن لمدينه ، فذهب البعض إلى أنه لا تقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ، ودين بات ، طالما بقى التعليق قائما ؛ لأن الدين المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال ، والدين البسيط منجز (١) .

وذهب البعض الآخر : إلى جواز المقاصة حالة تعليق الالتزام على الشرط الفاسخ ؛ لأن دين المدين فى هذه الحالة مستحق الأداء ، وجواز المقاصة بهذا الحق مشروط ، بأن يكون مصير المقاصة نفسها مرهونا بتحقيق الشرط الفاسخ ، فإذا تحقق زالت المقاصة بأثر رجعى (٢) .

ثانيا : آثار تعليق لالتزام على الشرط بعد انتهاء فترة التعليق :

يتبين مصير الالتزام بعد انتهاء مرحلة التعليق ، وتنتهى فترة التعليق بتحقيق الشرط أو تخلفه ، وسواء أتحقق الشرط أم تخلف ؛ فإنه يترتب على كل أثره فى حالتى تعليق الالتزام على الشرط الواقف ، والشرط الفاسخ وقبل بيان آثار تعليق الالتزام على الشرط بنوعيه بعد انتهاء فترة التعليق ، وأوضح أولا : كيف تنتهى فترة التعليق ، ثم أبين آثار تعليق الالتزام على الشرط بنوعيه بعد انتهاء فترة التعليق ثانيا .

أولا : كيف تنتهى فترة التعليق :

تنتهى فترة التعليق إذا تبين مصير الشرط ، بأن تحقق أو ثبت ، أنه قد تخلف بصفة نهائية ، ومن ثم إذا كان الالتزام معلقا على شرط هو ألا يقع أمر فى وقت معين ، فإن الشرط كما تقول محكمة النقض يتحقق : " إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر ، وهو يكون كذلك

(١) د/ السنهاورى : المرجع السابق هامش (١) ص ٥٥ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٧ ف ٢٥٠

، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٧١ ف ٢٧٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٧ .

(٢) د/ عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٤٦ ف ٢٢٧ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق

ص ١٨٠ ف ٥٣ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢٠٠ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق

ص ٢٠٧ ف ١٨٠ .

بانقضاء مدة طويلة من الزمن ، يصبح معها عدم وقوعه أمرا يبلغ حد اليقين ، وتقرير ذلك بأدلة مبررة عقلا ، مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ^(١) .

ويعتبر الشرط متحققا ، إذا تم على الوجه الذى اتفق عليه المتعاقدان ، وقاضى الموضوع هو الذى يحدد هذا الوجه ، الذى يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط ، وذلك بالرجوع إلى اتفاقهما ، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف ، ولا معقب على حكمه ، فإذا اتفق المتعاقدان على قيام شخص بأمر ما ، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات ، كما إذا كان لشخصية القائم بهذا الأمر ، والذى حدده الطرفان اعتبار ملحوظ ، أو قصد أن يقوم به أى شخص ، كما هو الحال إذا لم تكن لشخصية القائم به أى اعتبار ، وإذا كان المتعاقدان قد حددا وقتا معيناً ، يجب أن يتحقق فيه الشرط ، فإنه يلزم أن يتحقق الشرط فى ذلك الوقت ، فإذا مضت المدة دون أن يتحقق الشرط فإن ذلك يعنى أن الشرط قد تخلف ، حتى ولو تحقق بعد ذلك ، وإذا لم يحدد الطرفان وقتا معيناً يتحقق فيه الشرط ، ثم مضت مدة طويلة ولم يتحقق الشرط ، فلا يعنى أن هذا الشرط قد تخلف ، إلا إذا ثبت بطريقة مؤكدة تبلغ حد اليقين أنه لن يتحقق ^(٢) .

وينطبق ذلك على الشرط السلبي ، وهو ألا يقع أمر فى خلال مدة معينة ويعتبر الشرط متحققا حكما حتى ولو تخلف فعلا ، إذا كان من له مصلحة فى تخلفه هو الذى حال دون هذا التحقق بخطأ منه ، كالمدين فى الشرط الواقف ، والدائن فى الشرط الفاسخ ، ومثال ذلك فى الشرط الواقف أن يتعهد شخص لآخر بدفع مبلغ معين إذا نقل إلى مدينة معينة ، ثم سعى بعد ذلك إلى عدم إتمام هذا النقل ، فى هذه الحالة يعتبر الشرط متحققا حكما ، إذا لولا فعل المدين لتحقق الشرط ، ووجب عليه الوفاء به ، ومثال الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص شقة لآخر على

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٣٨ .

(٢) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٧٢ ف ٢٧٩ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٦٥ وما بعدها ف ٢١٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٠ ف ٢٢٩ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٨ ف ٢٥١ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٨١ ف ٥٣ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٥٢ وما بعدها ف ١٤٥ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٠٦ وما بعدها ف ١٧٩ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٤١ وما بعدها ف ٢١٨ وما بعدها .

أن ينفسخ عقد الإيجار ، إذا تزوج ابن المؤجر ، فيعمد المستأجر إلى قتل هذا الابن ، ويعتبر الشرط متخلفا حكما ولو تحقق فعلا ، إذا كان تحققه راجعا إلى فعل من جانب الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق ، كالدائن فى الشرط الواقف ، والمدين فى الشرط الفاسخ ، ومثاله فى الشرط الواقف أن تتعهد شركة تأمين بدفع مبلغ للمؤمن له إذا احترقت منشأته فيقوم بإحراقها ، ومثاله فى الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص لآخر سيارة على أن ينفسخ الإيجار ، إذا عطبت سيارة شقيقه ، فيقوم المؤجر بإعطاب هذه السيارة لشقيقه ^(١) هذا : ولا يلزم اعتبار الشرط قد تحقق أو تخلف بناء على هذا التحديد السابق ، أن يصل خطأ المدين أو إهماله فى هذا الشأن إلى درجة العمد أو الغش ، ولكن يكفى أن يكون تدخل المدين غير مشروع ؛ لأن هذا التدخل يقضى على عنصر الاحتمال ، الذى يجب توافره فى الشرط ^(٢) .

ثانيا : آثار تعليق الالتزام على الشرط بعد انتهاء فترة التعليق :

ينتهى تعليق الالتزام على الشرط - كما سبق القول - بتحقيق الشرط أو تخلفه ، ويترتب على ذلك عدة آثار ، سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الفاسخ .

أولاً : بالنسبة للشرط الواقف :

إذا تحقق الشرط الواقف ، فإن الحق المعلق عليه يصبح نافذا ، ومن ثم تترتب عليه كل آثار الحق النافذ المستحق الأداء ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٦٨) مدنى بقولها : " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا ، إلا إذا تحقق الشرط " ويتضح من هذا النص أنه إذا تحقق الشرط ، فإن الالتزام المعلق عليه يكون نافذا ، ويكون للدائن بعد تحقق الشرط الواقف ، أن ينفذ بحقه اختيارا أو إجبارا ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية

^(١) د/ عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٤٢ ومابعدھا ف ٢٢٠ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٦٧ ف ٢٢٠ ومابعدھا ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥١٨ ف ٢٥١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٠٧ ف ١٧٩ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ١٩٨ ف ١٦١ .

^(٢) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٧٢ ف ٢٧٩ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٠٧ ف ١٧٩ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٢٠ ومابعدھا ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٠ ومابعدھا .

تمهيدا لهذا التنفيذ ، كما يجوز له أن يتمسك بالمقاصة بهذا الحق ، إذا توافرت شروط المقاصة ، كما تبدأ مدة التقادم المسقط لحق الدائن في السريان من وقت تحقق الشرط وإذا كان المدين قد وفى بالدين للدائن أثناء فترة التعليق ، فإنه لا يجوز له استرداده بعد تحقق الشرط لأن حق الدائن بعد تحقق الشرط الواقف ، يعتبر موجودا وناظرا من وقت إنشائه ، وإذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف التزاما بنقل ملكية شئ معين بالذات ، وكان الدائن قد تصرف في هذا الشئ ، خلال فترة التعليق ثم تحقق الشرط بعد ذلك ، فإن هذا الشئ يصبح مملوكا للدائن بصفة نهائية ، ومن ثم تنفذ تصرفاته التي أجراها أثناء فترة التعليق وأيضا بالنسبة للمتصرف إليه ، فالملكية تنتقل إليه من وقت التعاقد مع الدائن ، لا من وقت تحقق الشرط ^(١) .

أما إذا تخلف الشرط الواقف ، فإن الالتزام الذي كان معلقا عليه يصبح عدما ، ويعتبر كأن لم ينشأ أصلا ، ويستتبع ذلك أن تزول كل التصرفات والإجراءات التحفظية التي أجراها الدائن أثناء فترة التعليق ، والآثار المترتبة على تلك التصرفات والإجراءات ، وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه : " متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو رسو الأطنان الواردة به على البائع في جلسة المزايمة أمام المحكمة ، وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك الجلسة على الطاعن (المشتري) دون البائع ، فإنه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع باعتباره كأن لم يكن ، ولا يعيده إلى الوجود إجازة صاحب المصلحة في التمسك بانعدامه ما دام أنه لم ينعقد أصلا منذ البدائة ، نتيجة لإعمال الأثر الرجعي لتخلف الشرط الواقف ^(٢) .

^(١) د/ السنهاوري : المرجع السابق ص ١٤٧ وما بعدها ف ٧٧ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٧٧ ف ٣٣٠ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٩٨ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٤٥ ف ١١٤ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٤٨ ف ١٥٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩١ ف ٢٣٠ .

^(٢) المراجع السابقة في نفس المواضع ، نقض مدنى في ١١/١/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤٩ ، ونقض مدنى في ٧/٦/١٩٦٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ١٣٢٣ رقم ١٨٢ .

ثانيا : بالنسبة للشرط الفاسخ :

إذا انتهت مرحلة تعليق الالتزام على الشرط الفاسخ بتحقق هذا الشرط ، فإن الالتزام المعلق عليه يزول من وقت الاتفاق على إنشائه ، وليس من وقت تحقق الشرط ، وبالتالي يعتبر هذا الالتزام كأن لم يوجد منذ البدائة ، وزوال هذا الالتزام يكون بقوم القانون ، دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعدار ، وذلك إعمالا لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم لا يحتاج زوال الالتزام في هذه الحالة إلى المطالبة بفسخه ، ولا إلى إصدار حكم بذلك ، ولكن إذا حصل نزاع بين طرفي الالتزام ، وجب اللجوء إلى القضاء ليقرر الفسخ ، ولا يجوز للقاضي أن يمنح أية مهلة للفسخ ، كما يفعل في فسخ العقد الملزم للجانبين إذا أخل أحدهما بالتزامه ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بفسخ العقد ، لتحقيق الشرط الفاسخ ، ومن ثم يستطيع دائنوا البائع تحت شرط فاسخ أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد فسخ العقد ، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزلا عن الفسخ باتفاقهما على ذلك ؛ لأن العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه لتحقيق الشرط الفاسخ ، ولا يكون أمامهما لتحقيق هذا الغرض ، إلا أن يبرما عقدا جديدا ، لا يحدث أى أثر إلا من وقت إبرامه ^(١) .

وقد نصت المادة (٢٦٩) مدنى فى صدر الفقرة الأولى منها على أنه : " يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام " ، ويترتب على زوال الالتزام بتحقيق الشرط الفاسخ ما يلى :

(١) أن تزول جميع التصرفات والإجراءات التنفيذية والتحفطية ، التى صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ أثناء فترة التعليق .

(٢) إذا وفى المدين بالدين المعلق على شرط فاسخ خلال فترة التعليق ، كان له أن يسترد ما وفاه ، بعد تحقق ذلك الشرط باعتبار أن هذا الوفاء أصبح غير مستحق بعد تحقق الشرط الفاسخ ، فإذا استحال الرد لغير سبب أجنبى ، ، كان على الموفى له أن

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٤٩ ومابعدهما ف ٧٨ ، د/ عبد الوود يحى : المرجع السابق ص ٥٤٢ ف ٣٢٤ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٨٠ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٧٥ ومابعدهما ف ٢٨٢ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٥٠ ومابعدهما ف ١٤٤ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٨٣ ، د/ عبد الرازق فوج : المرجع السابق ص ١٢٠ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٧٩ ف ٣٣٠ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٢ ف ٢٣٠ .

يعوض الموفى عما أصابه من ضرر ، أما إذا كانت استحالة الرد راجعة إلى سبب أجنبي ، فلا يكون ثمة محل للالتزام بالرد ، ولا بالتعويض ^(١) وقد نصت على ذلك عجز الفقرة الأولى من المادة (٢٦٩ مدنى) بقولها : " ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه ، وجب عليه التعويض " .

بيد أنه يستثنى من زوال جميع التصرفات والإجراءات التى أجراها الدائن تحت شرط فاسخ إذا تحقق هذا الشرط ، أعمال الإدارة التى قام بها الدائن أثناء فترة التعليق ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (٢/٢٦٩) مدنى بقولها : " على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط " ، ويتضح من هذا النص أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن خلال فترة تعليق الالتزام على الشرط الفاسخ ، تبقى نافذة رغم تحقق هذا الشرط ، والسبب فى بقاء هذه الأعمال ونفاذها فى حق المدين رغم تحقق الشرط ، أن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها فى الوقت المناسب ، حتى لا يتعطل استغلال الأموال ولكن يشترط لبقاء هذه الأعمال - بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ - أمرين :

الأول : أن يكون من صدرت عنه هذه الأعمال حسن النية ، وبالتالى لا يجوز لمن صدرت عنه أن يتخذها ذريعة يتوصل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر ، إذا تحقق الشرط ، وإلا لم تكن نافذة .

الثانى : ألا يتجاوز من صدرت عنه هذه الأعمال الحد المألوف فى أعمال الإدارة ، فلا يعقد إجارة تزيد على ثلاث سنوات ، ولا يبيع إلا الموجود من المحصولات فلا يجوز له أن يبيع المحصولات المستقبلية لسنين قادمة ^(٢) .

(١) د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ف ٣٢٥ ص ٥٤٢ ومابعداها ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٥٠ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ف ١١٢ ص ١٢٠ ومابعداها ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٤٨ ف ٢٣١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٧٥ ومابعداها ف ٢٨٢ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٢ ف ٢٣٠ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٠٩ ف ١٨١ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٠ ومابعداها ف ٤٠ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٢٤ ف ٢٥٣ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٠ ف ٢٢٦ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٥١ ومابعداها ف ١٤٤ .

ومن الأمثلة لأعمال الإدارة بالإضافة إلى الإيجار ، قبض الأجرة ، وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن ، وتجديد القيد وتسجيل العقد والقسمة ، فإذا أجرى المالك قسمة العين الشائعة ، التي يملكها تحت شرط فاسخ ، فإن هذه القسمة لا تنفسخ سواء أكانت قضائية أم رضائية بتحقق الشرط ^(١) .

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ استقر الالتزام الذي كان معلقا عليه بصفة نهائية ، بعد أن كان مهددا بخطر الزوال ، وأصبح باتا وغير معرض للزوال ، وأصبحت كافة الإجراءات والتصرفات التي قام بها الدائن خلال مرحلة التعليق غير قابلة للزوال ^(٢) .

ثالثا : مدى حلول الموفى بالالتزام المعلق على شرط محل الموفى له في الرجوع على المدين :

تبين مما سبق أن الالتزام يكون معلقا على شرط ، إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على تحقق أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فإذا ترتب على تحقق هذا الأمر وجود الالتزام كان شرطا واقفا ، وإذا ترتب على تحققه زوال الالتزام كان هذا الأمر شرطا فاسخا ، ولبيان حق الموفى بالالتزام المعلق على شرط في الحلول محل الدائن في الرجوع على المدين ، يلزم أن أبين ذلك في حالة ما إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف أولا ، ثم أبين ذلك أيضا في حالة تعليق الالتزام على شرط فاسخ ثانيا .

أولا : تعليق الالتزام على شرط واقف ، وحلول الموفى به محل الموفى له :

الشرط الواقف هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام ووجوب تنفيذه ، أما قبل تحقق الشرط الواقف ، فإن الالتزام المعلق عليه لا يكون له وجود يقينى بل يكون وجوده

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٧٠ ومابعداها ف ٤٠ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٨٦ ف ٢٨٢ .

(٢) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٧٧ ف ٢٨٢ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٢ ف ٢٣٠ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٨٠ ، د/ محمد ياسين يحيى : المرجع السابق ف ١٠٥ ص ٨٩ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٦٨ ف ٢٢٤ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٨٤ ف ٥٣ ، د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٤٨ ف ٢٣٠ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ١٢ ف ١٨ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٤٣ ، نقض مدنى فى ١٩٧٨/٤/٢٥ طعن رقم ٦٦١ السنة ٤٤ قضائية ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ ص ١١١٢ برقم ٢١٨ .

محتملا ، ويكون حق الدائن قبل المدين حقا محتملا - كذلك - أى غير مؤكد الوجود ، وبالتالي فإن الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون نافذا ومستحق الأداء قبل تحقق ذلك الشرط ، ويترتب على ذلك أنه إذا قام المدين بالوفاء بالالتزام المعلق على شرط واقف قبل تحققه ، فإنه يعتبر موفيا بغير المستحق ، ومن ثم يكون له أن يسترد ما وفاه ^(١) .

هذا : إذا وقع الوفاء من المدين ، أما إذا وقع من غير المدين ، فإن وفاءه يكون وفاءا بما ليس بواجب ؛ لأن الالتزام المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء ، قبل تحقق ذلك الشرط ، ومن ثم فليس للموفى به أن يرجع على المدين بما وفاه بدعوى الحلول قبل تحقق الشرط الواقف ، أما إذا وفى هذا الغير عن المدين بالالتزام المعلق على الشرط الواقف بعد تحققه ، فإن هذا الوفاء يعد وفاءا بالتزام بسيط ، وبالتالي يكون له أن يرجع على المدين بدعوى الحلول متى توافرت شروطها ^(٢) .

كما يترتب على كون الالتزام المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء قبل تحقق ذلك الشرط ، أنه لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء به ، كما لا يجوز له أن يباشر الإجراءات اللازمة للتنفيذ على أموال المدين تنفيذا جبريا ، وما يصدق على المدين يصدق على غير المدين ، وبالتالي لا يملك الدائن أن يستوفى حقه من غير المدين ، ويحله محله فى الرجوع على المدين بما وفاه له ، وذلك لأنه يكون قد استوفى ما هو غير مستحق له ، بالإضافة إلى أنه لا يحق له أن يحل من وفاه فى أكثر مما له ^(٣) .

ولكن إذا وفى المدين بالالتزام المعلق على شرط واقف قبل تحقق ذلك الشرط ، أو اتفق مع غيره على أن يوفى به ، ولم يسترد ما وفاه حتى تحقق الشرط ، فإن هذا الوفاء يقع

^(١) د/ عبد المنعم الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ٩ ف ١٢ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٤٦ ف ١٥٥ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٤٢ ومابعداها ف ١١١ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٦٤ ف ٢١٦ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٠٩ .

^(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ١٥٠ .

^(٣) د/ الصدة : المرجع السابق ٩/٢ ف ١٢ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٤٢ ومابعداها ف ١١١ ، د/ حسام الدين الأهوانى ص ٢٠٩ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٤٦ ف ١٥٥ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٦٤ ف ٢١٦ .

صحيحاً ، ويكون للموفى أن يحل محل الدائن فى الرجوع على المدين بما وفاه بأثر رجعى من وقت قيام الالتزام ، استناداً إلى فكرة الأثر الرجعى للشرط ^(١) .

هذا إذا كان الحلول اتفاقياً أما إذا كان قانونياً ، ويكون الحلول قانونياً إذا كان الموفى ملزماً بالوفاء بالالتزام مع المدين أو عنه ، ولما كان التزام المدين المعلق على شرط واقف ، قبل تحقق ذلك الشرط غير مستحق الأداء ، ولا يجب الوفاء به إلا بعد تحقق ذلك الشرط ، فإنه لا يتحقق الحلول ، ولا يجوز للموفى أن يرجع على المدين ، متى قام بالوفاء بذلك الالتزام ، إلا بعد تحقق الشرط الواقف ^(٢) .

ثانياً : تعليق الالتزام على شرط فاسخ وحلول الموفى به محل الموفى له :

الشرط الفاسخ هو الذى يترتب على تخلفه استقرار الالتزام نهائياً ، ويترتب على تحققه زوال الالتزام بأثر رجعى ، إلا ما استثنى من أعمال الإدارة طبقاً لما تقضى به المادة (٢٢٩) مدنى فى فقرتها الثانية ^(٣) .

ولكن الالتزام المعلق على شرط فاسخ يكون موجوداً ، ومستحق الأداء فى خلال فترة التعليق أى قبل تحقق الشرط أو تخلفه ، ولذلك يجب على المدين الوفاء به ، فإذا امتنع كان من حق الدائن أن يتخذ الإجراءات التنفيذية لإجباره على الوفاء ، ومن ثم إذا قام الغير بالوفاء بهذا الالتزام ، سواء أكان هذا الوفاء بالاتفاق مع الدائن على حلول الموفى محله ، أم كان بالاتفاق مع المدين على أن يحل الموفى محل الدائن فى الرجوع عليه أم كان الموفى ملزماً بالوفاء مع المدين أو عنه ، كان هذا الوفاء صحيحاً ، ويكون للموفى الحق فى الحلول محل الموفى له فى الرجوع على المدين ، حتى ولو لم يتبين مصير هذا الالتزام بالزوال أو بالنفاذ ، فإذا كان مصيره إلى الزوال بأن تحقق الشرط الفاسخ ، كان للموفى الحق فى استرداد ما وفاه

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٥٠ .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ١٥١ .

(٣) يراجع فى ذلك د/ محمد لبيب شنب : دروس فى أحكام الالتزام ص ٣٧٦ ف ٣٢٧ الناشر دار النهضة العربية بدون تاريخ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٢٠ ومابعدھا ف ١١٢ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٩٦ ف ١٦٠ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٣٩ ف ٣٢٣ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٤٦ ف ٢٢٧ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٨٨ ف ٢٢٨ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٨٠ .

على أساس دعوى استرداد ما دفع بغير حق ، لا على أساس الحلول ، وإذا كان مصيره إلى
انفاد بأن تخلف الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الذى كان معلقا على الشرط الفاسخ يستقر نهائيا
، ويكون للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه بدعوى الحلول ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن الاتجاه الثانى فى فقه القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه
الإسلامى من أن الالتزام المعلق على شرط موجود وقائم ، كل ما هناك أنه قد لحقه
وصف هو الشرط ؛ لأنه ينعقد سببا لحكمه فى الحال ، وأن كان التعليق يؤخر
ترتب الحكم عليه إلى أن يتحقق الشرط ، بالإضافة إلى أن القول بأن الالتزام
المعلق على شرط ينعقد سببا لحكمه فى الحال ، ولكن لا تترتب عليه أحكامه إلا
بعد تحقق الشرط هو الأقرب إلى العقل إذ فيه صون لكلام المعلق من الإهدار .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه إذا انتهت فترة
التعليق بتحقيق شرط التعليق (الواقف) ووجوده ثبت الحكم ، وأصبح الحق المعلق
على الشرط نافذا ، وترتب عليه كل آثار الحق النافذ المستحق الأداء ، وبالتالي إذا
وفى الغير بالدين عن المدين أثناء فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فإنه لا يجوز
للموفى أن يسترد ما وفاه للدائن ، لأن الحق أصبح مستحق الأداء بتحقيق الشرط ،
ولا يكون أمام الموفى إلا أن يرجع على المدين بما وفاه وأن يحل فى ذلك الرجوع
محل الدائن (الموفى له) ، أما إذا تخلف (شرط التعليق) ، فإن الحق المعلق عليه
يصبح معدوما ، ويعتبر كأن لم ينشأ أصلا .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه إذا انتهت فترة
التقييد بالشرط الفاسخ أو المنهى بتحقيق هذا الشرط فإن الالتزام المعلق عليه يزول
نهائيا من وقت الاتفاق على إنشائه ، وليس من وقت تحقق الشرط .

أما إذا انتهت فترة التعليق بتخلف الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام المعلق عليه يصبح
مستقرا بعد أن كان مهددا بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن المدين لا يلتزم
بالوفاء بالحق المعلق على شرط واقف إلا بعد تحقق ذلك الشرط ؛ لأنه وإن كان
الالتزام المعلق على شرط واقف ينعقد سببا لحكمه فى الحال وفقا للاتجاه الراجح

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٥١ .

فى الفقه الإسلامى ، إلا إن وجوده لا يكون كاملا إلا بعد تحقق الشرط ، ومن ثم إذا قام الغير بالوفاء بالدين المعلق وجوده على شرط واقف عن المدين قبل تحقق ذلك الشرط ، بناء على اتفاق بينه وبين الدائن بأن يحل محله فى الرجوع على المدين بما وفاه ، فإنه لا يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ؛ لأن ما قام بالوفاء به للدائن يعد حقا غير محقق الوجود فى ذمة المدين ، ولذلك يجوز له أن يسترد ما وفاه من الدائن (الموفى له) ، لأنه أخذه بغير حق .

كما يتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أنه إذا كان الحق الموفى به معلقا على شرط فاسخ ثم قام الغير بالوفاء به عن المدين أثناء فترة التقيد أى قبل تحقق الشرط أو تخلفه ، فإنه يحق له أن يرجع بما وفاه على المدين على ما ذهب إليه بعض الفقهاء ، وأن ينزل فى ذلك منزلة الدائن لأن الحق المعلق على شرط فاسخ أثناء فترة التقيد يعتبر حقا موجودا وقائما على عرضية أن يزول متى تحقق الشرط الفاسخ .

المطلب الثاني

الالتزام المقترن بأجل ، وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

قد يوجد الالتزام ويجب الوفاء به فور نشوئه ، وذلك إذا كان منجزا ولم يكن موصوفا بوصف يؤثر فى وجوب الوفاء به بمجرد وجوده صحيحا ، وقد يوجد هذا الالتزام ، ويكون موصوفا بوصف يودى إلى عدم الوفاء به فورا ، وذلك إذا كان مقتربا بأجل يتراخى الوفاء به إلى وقت تحققه أو يتم الوفاء خلاله .
وسأتناول الأجل كوصف من أوصاف الالتزام ، وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى فرعين :

الفرع الأول : تعريف الأجل ، وخصائصه وأقسامه باعتبار أثره على الالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : الآثار المترتبة على تأجيل الالتزام ، وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الفرع الأول**تعريف الأجل ، وخصائصه وأقسامه باعتبار أثره على الالتزام
في الفقه الإسلامي والقانون المدني**

لتعريف الأجل وبيان خصائصه ، وأقسامه باعتبار أثره على الالتزام ينبغي أن أتناول ذلك في الفقه الإسلامي والقانون المدني على النحو التالي :

أولاً : في الفقه الإسلامي :

لكي أعرف الأجل وأوضح خصائصه وأقسامه يجب أن أتناول ذلك فيما يلي :

أولاً : تعريف الأجل :

أ- في اللغة :

الأجل مصدر أجل الشيء أجلاً من باب تعب ، والأجل غاية الوقت في الموت وحلول الدين ، والأجل مدة الشيء ، وأجل الشيء مدته ، والتأجيل تحديد وقت انتهاء الشيء أو حلوله ^(١) وعلى ذلك فالأجل في اللغة : عبارة عن المدة المحددة لانتهاء أمر ما أو حلوله ، ومنه قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ ^(٢) أى إلى مدة محددة معلومة ^(٣) ، وقوله تعالى ﴿ أَيْمًا الْأَجَلَيْنِ قُضِيَتْ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾ ^(٤) أى المديتين .

ب- في اصطلاح الفقهاء :

لم أعر - فيما اطلعت عليه من مصادر - للفقهاء القدامى على تعريف جامع مانع للأجل ، يبين حقيقته الشرعية ؛ لذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد للأجل ،

^(١) القاموس المحيط ج ٣ ص ٣١٧ وقد جاء فيه ما نصه : " الأجل غاية الوقت في الموت وحلول الدين والتأجيل تحديد الأجل " ، ومختار الصحاح ص ٧ وقد جاء فيه ما نصه : " الأجل مدة الشيء واستأجله فأجله إلى مدة ، والأجل والآجلة ضد العاجل والعاجلة " ، المعجم الوسيط ج ١ ص ٧ وقد جاء فيه ما نصه : " الأجل مدة الشيء ، والأجل الوقت الذي يحدد لانتهاء الشيء أو حلوله يقال ضربت له أجلاً ، ويقال جاء أجله إذا حان موته ، والأجل غاية الوقت المحدد للشيء " ، وفي التنزيل العزيز يقول تعالى : ﴿ وَبَلَّغْنَا أَجَلَنَا الَّذِي أَجَّلْتَ لَنَا ﴾ سورة الأنعام من الآية رقم (١٢٨) .

^(٢) سورة البقرة من الآية رقم (٢٨٢) .

^(٣) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ١١٨٨ ط دار الريان للتراث .

^(٤) سورة القصص من الآية رقم (٢٨) .

استنباطاً من أقوال الفقهاء القدامى فى تطبيقات الأجل الشرعى ومجالاته ^(١) .

وهذه المحاولات جميعاً تدور حول معنى واحد ، وهو أن الأجل عبارة عن : مدة مستقبلية محققة الوقوع مضروبة بالشرع ، أو بالقضاء أو بالاتفاق ، ليضاف تنفيذ أمر ما إلى لحظة انقضائها ، أو ليتوقف التنفيذ بمداهها ^(٢) وهذه محاولة موفقة لتعريف الأجل فى الفقه الإسلامى ؛ إذ يعتبر هذا التعريف جامعاً لكل أفراد المعرف ، مانعاً من دخول غير أفراد فيه .

ثانياً : خصائص الأجل :

للأجل عدة خصائص هى :

(١) الأجل مدة مستقبلية .

(٢) الأجل أمر محقق الوقوع .

(٣) الأجل أمر زائد على أصل التصرف ^(٣) .

وسأتناول كل خاصية من هذه الخصائص بكلمة موجزة .

^(١) من هذه الأقوال ما جاء فى الاختيار للموصلى جـ ٢ ص ٩ ط الحلبي : " وكل دين حال يصح تأجيله " ، وما جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٩٢ ما نصه : " وصح تأجيل كل دين إلا القرض " ، وما جاء فى الكافى فى فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص ٣٥٧ : " الثمن أبداً حال إلا أن يذكر المتبايعان له أجلاً فيكون إلى أجله " ط ٢ بدار الكتب العلمية ١٤١٣ هـ ١٩٩٢ م ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٨ حيث يقول : " ويجوز تأجيل المنفعة إلى أجل معلوم فى إجارة الذمة لأن الدين يقبل التأجيل " ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٧٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٠٠ وقد حاء فيه مانصه : " ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمان معلوم " ، المغنى مع الشرح الكبير جـ ٤ ص ٥٦١ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٤٤ مسألة رقم (١٤٦٥) ، التاج المذهب للعنسى جـ ٢ ص ٥٠٤ شرح النيل ٦٤٣/٨ .

^(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٥/٢ ، د/ أبو اليزيد أبو العزم : الأجل ومسقطاته دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة ص ٣٥ ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م ص ٣٥ ، د/ عبد الناصر العطار : نظرية الأجل فى الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ص ٤٧ ، ص ٦٧ ط مطبعة السعادة بالقاهرة ١٩٧٨ م .

^(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية جـ ٢ ص ٥ وما بعدها .

(١) الأجل مدة مستقبلية :

ذلك لأن فكرة التأجيل تتضمن بالضرورة صفة الاستقبال ، ولا تنصرف إلى الماضي ولا إلى الحاضر ، وإلا لم يكن هناك معنى للتأجيل ؛ إذ المدد الماضية من مدد التاريخ ولا يطلق عليها أجلا ، وأما المدة الحاضرة فهي تنقضي بمجرد أن تنشأ لأن الزمان يمر بلا توقف وما ينقضي منه لا يعود ، وعلى ذلك فالمدة المستقبلية هي الأولى باصطلاح الأجل ^(١) وقد أرشد إلى ذلك القرآن الكريم حيث يقول الحق تبارك وتعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَقَّؤْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ ^(٢) فقد جعل الله تعالى الأربعة أشهر والعشرة أيام مدة لعدة المتوفى عنها زوجها ، وأطلق على هذه المدة اسم الأجل ، ولا شك أن هذه المدة يبدأ حسابها مستقبلا بعد الوفاة ^(٣) ، ومما يؤكد أن الأجل مدة مستقبل ، ما نص عليه الإمام الرازي عند تفسيره لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ ^(٤) من أن : " أجل الدين : الوقت المعين في المستقبل ، وأصله من التأخير " ^(٥) .

(٢) الأجل أمر محقق الوقوع :

وتحقق الوقوع بالنسبة إلى الأجل يرجع إلى أن الأجل عبارة عن الزمن المستقبل أو المدة المستقبلية ، وتحقق الوقوع من خواص الزمن ، إذ الزمان من لوازم الوجود الخارجي ، والإضافة إليه إضافة إلى ما قطع بوجوده ^(٦) ، وعلى ذلك ، فإن الأجل سواء أكان

(١) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ٤٩ ومابعداها ، د/ أبو اليزيد أبو العزم : المرجع السابق ص ٣٦ ومابعداها .

(٢) سورة البقرة الآية رقم (٢٣٤) .

(٣) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٩٩٣/٢ ومابعداها .

(٤) سورة البقرة من الآية رقم (٢٨٢) .

(٥) الإمام الرازي : التفسير الكبير ٩٥/٧ ط ١ دار الكتب العلمية بيروت ١٤١١هـ - ١٩٩٠م

، وراجع أيضا : تهذيب الفروق ٢٨٥/٣ وقد جاء فيه : " إن الأجل معناه تأخير المطالبة " أي إلى زمن مستقبل .

(٦) أميربادشاه : تيسير التحرير ١٢٩/١ ط دار الفكر بيروت ، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢ ص ٥

ومابعداها ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٩٢ حيث يقول : " الأجل لا يحل قبل وقته " ، غمز

للإضافة أو للتوقيت فهو محقق الوقوع ؛ لأنه مدة من الزمان ، والزمان يمر حتما بدون انقطاع ، وقد أشار إلى ذلك القرآن الكريم فى كثير من آياته منها قول الله تبارك وتعالى ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّ اللَّهَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ قَادِرٌ عَلَى أَنْ يَخْلُقَ مِثْلَهُمْ وَجَعَلَ لَهُمْ أَجَلًا لَا رَيْبَ فِيهِ فَأَبَى الظَّالِمُونَ إِلَّا كُفُورًا ﴾ (١) فقد بين الحق تبارك وتعالى أن لنا أجلا لا ريب فيه وهو مدة قيامنا فى الدنيا حتى موتنا ، وهذا أمر لا شك فيه ، إذ إنه مشاهد (٢) وقول الله تعالى أيضا ﴿ فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُمْ الرِّجْزَ إِلَى أَجَلٍ هُمْ بِالْغُوهِ إِذَا هُمْ يَنْكُثُونَ ﴾ (٣) فقد بينت هذه الآية أنه لا بد من بلوغنا لأجلنا التى لا ريب فيها ، لأنها واقعة ومحققة لا محالة ، وبالتالي فإن الأجل لا بد من تحققه وحدوثه ، فكان متحقق الوقوع (٤) .

٣- الأجل أمر زائد على أصل التصرف :

وذلك يتحقق فى التصرفات التى تتم منجزة ، وتترتب أحكامها عليها فور صدورها ، ولكن قد يتأخر تنفيذ هذه الأحكام إلى أجل معين ، وفى ذلك يقول المالكي : " الأجل معناه تأخير المطالبة ، وتأخير المطالبة صفة للدين " (٥) ويقول الإمام السرخسى فى ذلك أيضا : " إن الأجل (٦) يعتبر أمرا لا يقتضيه العقد ، وإنما شرع رعايته للمدين على خلاف القياس .

وعلى ذلك فإن الأجل يعد وصفا عارضا وخارجا عن ماهية هذه التصرفات ، ولكنه يلحق الآثار المترتبة عليها ، وذلك كالثمن فى عقد البيع وفى ذلك يقول البهوتى : " من الشروط الصحيحة (شرط من مصلحة العقد) أى مصلحة تعود على المشتري كاشتراط صفة فى الثمن ، كتأجيله أو تأجيل بعضه إلى وقت معلوم " (٧) .

=

عيون البصائر ١١/٤ ، القرافى : الفروق ٢٧٨/٣ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٣٢٩ ، ابن

قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٦١/٤ .

(١) سورة الإسراء الآية رقم (٩٩) .

(٢) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٣٩٥٠/٦ .

(٣) سورة الأعراف الآية رقم (١٣٥) .

(٤) د/عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ٦٦ .

(٥) تهذيب الفروق ٢٨٥/٣ ، الفروق ٢٧٨/٣ .

(٦) الإمام السرخسى : المبسوط ٢٤/١٣ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ٨٨/٦ .

(٧) كشاف القناع ١٨٩/٣ .

ولا يتحقق كون الأجل أمراً زائداً على أصل التصرف في التصرفات المؤقتة بطبيعتها والتي تعتبر المدة فيها ركناً أو شرطاً ، حسب اختلاف الفقهاء في ذلك كالإجارة والمساقاة ، وفي ذلك يقول الإمام السيوطي : " كل عقد كانت المدة ركناً فيه لا يكون إلا مؤقتاً كالإجارة والمساقاة والهدنة " (١) .

وكذلك لا يعتبر الأجل أمراً زائداً على أصل التصرف بالنسبة للتصرفات التي لا تقبل التأقيت كالبيع والنكاح والوقف (٢) .

ثالثاً : أقسام الأجل باعتبار أثره على الالتزام :

ينقسم الأجل بهذا الاعتبار إلى نوعين :

الأول : أجل إضافة .

الثاني : أجل تأقيت (٣) .

وسأتناول كل نوع من هذه الأنواع بكلمة موجزة .

أولاً : أجل الإضافة :

أجل الإضافة عبارة عن : مدة مستقلة محققة الوقوع مضروبة بالشرع أو القضاء أو الاتفاق ، ليضاف تنفيذ أمر ما إلى لحظة ، إنقضائها (٤) .

فأجل الإضافة يرقى ابتداء تنفيذ الالتزام ، وما يترتب عليه من آثار إلى لحظة انقضاء المدة المضروبة أجلاً ، وذلك كما هو الحال في إضافة الإجارة إلى الزمن المستقبل ، وفي ذلك يقول

(١) الأشباه والنظائر ص ٢٨٢ .

(٢) السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٢٨٢ حيث يقول : " كل عقد كانت المدة ركناً فيه لا يكون إلا مؤقتاً كالإجارة والمساقاة والهدنة ، وكل عقد لا يكون كذلك لا يكون مطلقاً وقد يعرض له التأقيت حيث لا ينافيه كالقراض يذكر فيه مدة ويمنع من الشراء بعدها فقط ، وكالإذن المقيد بالزمان في أبوابه ، وكالوصاية والحاصل أن ما لا يقبل التأقيت بحال ومتى أفت بطل البيع بأنواعه والنكاح والوقف قطعاً ويقبله وهو شرط في صحته الإجارة وكذا المساقاة ، والهدنة على الأصح ، ويقبله وليس شرطاً في صحته الوكالة والوصاية " ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٥/٢ حيث يقول : " وأركانها أي المساقاة أربعة والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها " ، العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام ٢٩٣/٢ حيث يقول : " التوقيت في الإجارة والمساقاة والمزراعة ، ولو وقع التوقيت في النكاح لأفسده لمنافاته لمقصوده " .

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢ ص ٦ ومابعدا ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٠٣ .

(٤) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٠٣ ، د/ أبو زيد أبو العزم : المرجع السابق ص ١٨٤ .

المقدسى : " ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلى العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح ، سواء أكانت العين مشغولة وقت العقد أم لم تكن ، وكذلك إن أجره شهر رجب في المحرم " (١) وكما هو الحال في السلم ، إذ يضاف تسلم المسلم فيه إلى وقت حلول الأجل أى عند انتهائه ، وكذا الوصية لأنها تمليك المال في المستقبل أى بعد موت الموصى ، إذ الإيصاء في الحال لا يتصور (٢) وقد ضبط الإمام علاء الدين التصرفات التي يجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل والتي لايجوز فيها ذلك بقوله : " أعلم أنه يصح أربعة عشر عقدا وهي (الإجارة) مضافة إلى الزمان المستقبل ، كأجرتك أو فاسختك رأس الشهر أو أول رمضان وهو في شعبان وكذا إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك (وكذا فسخها والمزارعة ، والمعاملة ، والمضاربة ، والوكالة ، والكفالة ، والإيصاء) أى جعله وصيا والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعنق والوقف وكذا تصح العارية والإذن في التجارة مضافين ، وما لا يصح إضافته إلى الزمان المستقبل البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبه والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين " (٣) ويقول الإمام الزيلعى في تعليل عدم إضافة هذه التصرفات إلى الزمان المستقبل : " لأن هذه الأشياء تمليك وقد أمكن تنجزها للحال ، فلا حاجة إلى الإضافة " (٤) .

(١) الإمام المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى ١٧٢/٦ ، البهوتى : الروض المربع ٣٠٦/٢ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ١٣٠/٦ ، تبيين الحقائق ١٤٨/٥ ، البدائع ٢٠٣/٤ ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، الشرح الكبير للدردير ١٠/٤ وما بعدها ، إلا إن الشافعية لا يجيزون إجارة الأعيان إلى الزمان المستقبل ، إذا كانت لغير المستأجر الأول وعن مدة غير متصلة ، ولكنهم أجازوا إضافة الإجارة إلى الزمان المستقبل إذا كانت واردة على شئ موصوف في الذمة وفي ذلك يقول الشربيني الخطيب ٣٣٨/٢ : " ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبل كإجارة الدار لسنة مستقبل أو سنة أولها من الغد : ، ويقول النووي في المنهاج في نفس الموضوع : " ويجوز تأجيل المنفعة إلى أجل معلوم في إجارة الذمة لأن الدين يقبل التأجيل ... كألزمت ذمتك الحمل لكذا إلى مكة مثلا أول شهر كذا " .

(٢) تبيين الحقائق ١٤٨/٥ ، مجمع الأنهر ٤٠٤/٢ ، نهاية المحتاج ٢٧٥/٥ .

(٣) الدر المنقى شرح المنقى بهامش مجمع الأنهر ٤٠٤/٢ وما بعدها .

(٤) تبيين الحقائق ١٤٨/٥ ، قدرى باشا : مرشد الحيران ص ٨٢ وما بعدها مادة ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، السيوطى

: الأشباه والنظائر ص ٣٧٧ وما بعدها ، د/ محمد سلام مذكور : الفقه الإسلامى ص ٥٢٠ وما

بعدها ، الشيخ أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٥٠ وما بعدها ، د/ عبد المجيد مطلوب :

النظريات العامة في الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ص ١٩٨ وما بعدها ط ١٤١٣هـ — ١٩٩٣م دار

النهضة العربية .

الثانى : أجل التأقيت :

وهو عبارة عن مدة مستقبلية محقة الوقوع ، مضروبة بالشرع أو القضاء أو الاتفاق يتوقف تنفيذ أمر ما بمداها (١) .

فأجل التأقيت مدة مستقلة محقة الوقوع يستمر فيها تنفيذ الالتزام ، حتى لحظة انقضائها ، ويترتب على انتهائها زوال التصرف ، وانتهاء الحق الذى اكتسب خلال هذه المدة المتفق عليها (٢) .

والآجال التوقيئية قد تكون محددة من قبل الشارع الحكيم كما هو الحال فى المدة التوقيئية المضروبة للصيام المفروض ، وللحج ، وعدة المطلقة وغير ذلك من المدد المضروبة آجالا للأمور الشرعية من قبل الشارع الحكيم ، وقد تكون محددة بواسطة القضاء ، كما هو الحال فى المدة المستقبلية التى يحددها القاضى أجلا لأمر من الأمور كإحضار الخصم ، وإقامة البينة ، وقد تكون الآجال التأقيئية مضروبة بالاتفاق أو بإرادة الأفراد ، كما هو الحال فى المدد التى يحددها الطرفان لإنهاء تنفيذ التزاماتهم (٣) .

هذا : والتصرفات التى تتأقت بإرادة الأفراد لإنهاء التزاماتهم ، لها أمثلة كثيرة فى الفقه الإسلامى ، من هذه الأمثلة ، الإجارة وفى ذلك يقول الإمام البهوتى (٤) : " والإجارة شرعا عقد على منفعة مباحة (معلومة) لا مجهولة (مدة معلومة) كيوم أو شهر أو سنة (من عين معينة أو موصوفة فى الذمة) كسكنى هذه الدار سنة ، أو دابة صفتها كذا للحمل أو الركوب سنة مثلا ، (أو) على عمل معلوم كحملة إلى موضع كذا "

وقد وضع العز بن عبد السلام ضابطا لما يصح من التصرفات بقوله : " اعلم أن الله تعالى شرع فى كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه ولذلك شرط التوقيت فى الإجارة والمساقاة والمزارعة ، ولو وقع التوقيت فى النكاح لأفسده لمنافاته لمقصوده " (٥) .

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢ ص ٧ ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٠٦ .
 (٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢ ص ٧ ، د/ أبو اليزيد أبو العزم : الأجل ومسقطاته ص ٢٠١ .
 (٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢ ص ٥ ، د/ أبو اليزيد أبو العزم : المرجع السابق نفس المكان .
 (٤) الإمام البهوتى : شرح منتهى الإيرادات ٣٥٠/٢ طبعة دار الفكر بيروت ، والشيخ/ عبد الله القارى : مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ص ٢٠٩ مادة رقم (٥٣٤) ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، البهوتى : الروض المربع ج ٢ ص ٣٠٦ .
 (٥) قواعد الإحكام ٢٩٣/٢ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٩٢ ، بداية المجتهد ١٨٥/٢ ص ١٧٠ ، ص ٢٥٢ طبعة دار الفكر بيروت .

وما ذهب إليه العز بن عبد السلام يعد ضابطا محددا للالتزامات التي يصح تأقيتها ، وتلك التي لا يصح أن تكون مؤقتة ، ذلك أنه إذا كان التأقيت في الالتزام هو سبيل تحصيل مقاصده المشروعة ، فإن التأقيت يصبح من مقتضياته ، وعلى ذلك يمكن القول : إنه يجوز تأقيت جميع الالتزامات عدا ما يتنافى التأقيت مع مقتضاه ، ويحدث هذا عندما لا يحقق التوقيت مقاصد الالتزام المشروعة أو يتصادم معها ، كما هو الحال إذا كان محل الالتزام عينا ؛ لأن تمليكات الأعيان لا يصح تأقيتها ، وفي ذلك يقول النجدي : " ولا تصح الهبة مؤقتة كوهبتك هذا سنة أو شهرا ؛ لأنها تمليك عين ، فلا توقت كالبيع " (١) .

هذا : وقد فصل الإمام السيوطي القول فيما يصح توقيته من الالتزامات وما لا يصح بقوله : " كل عقد كانت المدة ركنا فيه لا يكون إلا مؤقتا كالإجارة والمساقاة والهدنة ، وكل عقد لا يكون كذلك لا يكون إلا مطلقا ، وقد يعرض له التوقيت ، حيث لا ينافيه كالقراض يذكر فيه المدة ويمنع من الشراء بعدها فقط وكالإذن المقيد بالزمان وكالوصاية ، ومما لا يقبل التأقيت الجزية في الأصح ، ومما يقبله الإيلاء والظهار والنذر واليمين ونحوها ، والحاصل أن ما لا يقبل التأقيت بحال ومتى أقت بطل البيع بأنواعه والنكاح والوقف قطعا والجزية ، ويقبله وهو شرط في صحته الإجارة وكذا المساقاة والهدنة على الأصح ويقبله وليس شرطا في صحته الوكالة والوصاية (٢) .

(١) حاشية النجدي على الروض المربع ١٣/٦ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٩٢ ، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٣٢٩ ، ابن أطفيش : شرح النيل ١٣/٨ ، د/ صبحي المحمصاني : النظرية العام للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها ، ابن المرتضى : البحر الزخار ٣/٣٩٦ .

(٢) الإمام السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٢٨٢ ، بداية المجتهد : المواضع السابقة ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٩٢ ، د/ صبحي المحمصاني : المرجع والموضع السابقين .

ثانياً : فى القانون المدنى :

وأتناول تعريف الأجل ، وبيان خصائصه ، وأقسامه باعتبار أثره على الإلتزام فى القانون المدنى على الوجه التالى :

أولاً : تعريف الأجل :

عرف البعض الأجل بأنه : عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه نفاذ الإلتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعى (١) .

وعرفه البعض الآخر بأنه : أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على حلوله نفاذ الإلتزام أو انقضاؤه ، فإذا ترتب على حلوله نفاذ الإلتزام سمي أجلاً واقفاً ، وإن ترتب عليه انقضاء الإلتزام سمي أجلاً فاسخاً (٢) ، وبهذا المعنى عرفته المادة (٢/٢٧١) مدنى بقولها : " يكون الإلتزام لأجل ، إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع "

ثانياً : خصائص الأجل :

يشترط أن يتوافر فى الأجل عدة خصائص حتى يكون الإلتزام المقترن به مؤجلاً ، وهذه الخصائص هى :

- (١) أن يكون أمراً مستقبلاً .
 - (٢) وأن يكون أمراً محقق الوقوع .
 - (٣) وأن يكون وصفاً عارضاً للإلتزام أى زائداً على أصل التصرف .
- وسأبين هذه الخصائص بشئ من التفصيل .

١- الأجل أمر مستقبل :

يلزم أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً ، والأمر المستقبل هو الوقت الذى لم يحل بعد ، وهذا الوقت قد يكون تاريخاً معيناً ، يحدد لنفاذ الإلتزام أو لانقضائه ، وذلك كالإلتزام المقترض برد القرض فى تاريخ معين ، وكالإلتزام المستأجر بإخلاء العين المؤجرة فى تاريخ معين

(١) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٢٧ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٨٤ ف ٢٨٧ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٥ ف ٢٣٣ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٤٩ ف ١١٦ ، د/ نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص ٢٠٧ .

(٢) د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٥ ف ٢٣٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٥٨ ف ١٤٨ ، د/ الصدة : المرجع السابق ١٩/٢ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٦٠ ف ١٦٠ .

أيضا ، وقد يكون واقعة مستقبلية ، لا يعرف تاريخ وقوعها بالضبط ، ولكنها لم تحدث بعد ، وذلك كأن أتعهد لك فى بداية العام الدراسى بأن أؤجر لك سيارة فى أجازة نصف العام الدراسى التى لم يكن قد تحدد تاريخها بعد ، وعلى ذلك فإذا كان الأمر الذى أضيف إليه الالتزام قد تحقق ، فإن الالتزام ينشأ منجزا ، وذلك كأن يتعهد شخص بأن يعطى لآخر شيئا عند وفاة شخص ثالث ، ثم تبين أن هذا الشخص قد توفى وقت التعهد ، وبناءً على ذلك ، إذا كان الأمر الذى ضرب أجلا لنفاذ الالتزام أو انقضائه قد وقع فى الماضى أو الحاضر ، فإن الالتزام لا يعتبر مضافا إلى أجل ، حتى ولو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعاقد أن الأجل الذى يضربانه للمستقبل ، قد حل فى الماضى أو فى الحال ^(١) ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٧١) مدنى فى فقرتها الأولى بقولها : " يكون الالتزام إلى أجل ، إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل " .

٢- الأجل أمر محقق الوقوع :

وذلك يعنى أن الأجل سيقع حتما فى المستقبل ؛ لأنه يكون عادة ميعادا فى التقويم ، أى تاريخا معيناً يقع فى يوم معين من شهر معين من سنة معينة ، وهذا الميعاد لا بد واقع وفقا للمألوف من شئون الحياة ، وهذا ما يميز الأجل عن الشرط ، الذى هو أمر غير محقق الوقوع فى المستقبل ، وإن كان وقوعه ممكنا ، ولذا فالحق المؤجل كامل الوجود ، وإن كان نفاذه متوقفا على حلول الأجل ، فى حين الحق المعلق على شرط حق ناقص وغير مؤكد الوجود ، ولذلك كان للشرط أثر رجعى ^(٢) ويعتبر الأجل محقق الوقوع ، حتى ولو كان تاريخ وقوعه مجهولا للمتعاقدين ، طالما كان وقوعه حتميا ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٢٧١) مدنى بقولها : " ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملا ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه " ، ويسمى الأجل فى هذه الحالة بالأجل غير المعين

(١) د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٤٧ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٩١ وما بعدها ف ٤٧ ، ٤٥٨ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٥ ف ٢٣١ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٢٠٥ ف ١٦٨ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٩٥ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٩٢ ف ٤٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٦٠ ف ١٤٩ ، نقض مدنى فى ١٨/١/١٩٨٧م مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٣ ص ٢٤ .

بالمقابلة للأجل المعين الذى يعرف ميعاد حلوله ، ومثال الأجل غير المعين الموت ؛ فالموت أمر محقق الوقوع ، ولكن لا يعلم أحد متى سيقع ، ولذلك كان الموت أجلا غير معين ، وعلى ذلك إذا التزم شخص بدفع مبلغ معين فى يوم وفاة شخص آخر ، كان هذا أجلا ولكنه غير معين (١) .

٣- الأجل وصف عارض للالتزام :

بمعنى أن الأجل يعد أمرا زائدا على أصل التصرف ، يمكن أن تتصف به الإرادة وأن تتجرد عنه ، ولذلك فالأجل لا يقترب بالالتزام ، إلا بعد أن يستوفى جميع عناصره الجوهرية ، وبالتالي فإن اقتران الالتزام بالأجل لا يؤثر فى وجوده ؛ إذ إنه يقوم بدونه ، ولا يحتاج إليه فى قيامه ، غاية الأمر أن الأجل يلحق بالأثر دون المصدر ، بأن يجعل تنفيذ الالتزام متراخيا إلى وقت محدد ، إذا كان الأجل واقفا ، أو أن يجعله نافذا إلى وقت معين إذا كان الأجل فاسخا أو منهيًا ، وبذلك يختلف الأمر العارض بالمعنى المتقدم عن العنصر الجوهرى ، فى أن العنصر الجوهرى لا يتصور قيام العقد وما يترتب عليه من التزامات بدونه ؛ لأنه أمر لازم يلحق تكوين العقد ووجوده ، ومن ثم لا يصلح أن يكون وصفا (٢) وفى ذلك يقول الدكتور السنهاورى : " إن الأجل عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى فيه ، فهو كالشرط وكل وصف آخر من أوصاف الالتزام لا يقترب بالالتزام ، إلا بعد أن يستوفى الالتزام جميع عناصره الجوهرية ، ويأتى الأجل بعد ذلك عنصرا إضافيا يقوم الالتزام بغيره ويتصور بدونه ، ولا يحتاج إليه فى قيامه بذاته ، فإذا التزم شخص إلى أجل ، فإن التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية من رابطة ومحل وسبب ، قبل أن يضاف إليه الأجل ويقترب به ويعدل من آثاره ، فبعد أن كان الأصل فى الالتزام أن يكون منجزا واجب لأداء فى الحال ، وأن يبقى أثره دائما ؛ إذ

(١) د/ السنهاورى : المرجع السابق ص ٩٣ ف ٥٠ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٥٤٧ ف ٣٢٧ ، د/ محسن البيه ص ٣٨٤ ومابعداها ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٥ ومابعداها ف ٢٣٢ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢١٤ ف ١٨٦ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد ص ٣٩٥ ومابعداها ف ٢٣٣ ، د/ جميل الشرفاوى : المرجع السابق ص ١٥٣ ف ٤٩ .

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٣٢ ف ٢٥٥ ، د/ حسام الدين الأهوانى ص ٢٢٧ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٣٨ .

بالأجل يعدل من ذلك ، إما بأن يجعل الالتزام مترأخى النفاذ إلى وقت معين ، وإما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر " (١)

ثالثا : أقسام الأجل باعتبار أثره على الالتزام :

ينقسم الأجل باعتبار أثره على الالتزام إلى أجل واقف ، وأجل فاسخ .

أ- الأجل الواقف :

وهو عبارة عن : أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على حلوله نفاذ الالتزام ، فالأجل الواقف لا يرتبط بوجود الالتزام ؛ لأن الالتزام قائم وموجود قبل اقترانه به ، وإنما يرتبط بتأخير تنفيذ الالتزام أو بعبارة أخرى يترتب على حلوله أن يصبح الالتزام واجب التنفيذ ومستحق الأداء ، بعد أن كان الأجل قد وقف تنفيذه إلى حين حلول ذلك الأجل ، ومن أمثلة الأجل الواقف التزام المقرض برد مبلغ القرض فى تاريخ معين ، والتزام المشتري بدفع ثمن المبيع على أقساط متوالية ، التزام المقاول بتسليم البناء الذى تعهد بإقامته فى وقت معين (٢) ، هذا وقد نصت المادة (٢٧٢) مدنى على صورة خاصة من صور الأجل الواقف ، وهى صورة اشتراط الوفاء عند المقدرة أو الميسرة بقولها : " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسباً لحلول الأجل ، مراعى فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " .

ويتضح من هذا النص ، أنه إذا تبين من الالتزام أى من اتفاق الطرفين على الالتزام أن وفاء المدين بهذا الالتزام يكون عند المقدرة أو الميسرة ، اعتبر هذا الاتفاق إضافة إلى أجل واقف ، وليس تعليقا على شرط واقف ، وإذا لم يتفق الطرفان على تحديد أجل لوفاء المدين بالتزامه ، وجب على القاضى أن يحدد موعدا مناسباً ، لحلول ذلك الأجل ، مراعى

(١) د/ السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ٣ المجلد الأول أوصاف الالتزام والحوالة ط ١٩٨٣م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ص ٩٦ ف ٥١ .

(٢) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٤٢ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٦ ف ٢٣٤ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٩١ ومابعدها ف ١٠٩ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٧ ف ٣٣٣ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٥٨ ، د/ عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٢١٤ ف ١٩٠ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٥٢ ف ١٧١ .

فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، وما يجب أن يبذله المدين من عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، ويكون المدين حريصا على الوفاء بالتزامه إذا قدم وفاء الدين على كثير من مطالبه غير الضرورية ، وإذا عجز القاضى عن تحديد موعد للوفاء بالالتزام من قبل المدين ، يصبح فيه موسرا حال حياته ، تربص به حتى الموت ، فإذا مات حل دينه وشارك الدائن بقية دائنى المدين فى استيفاء حقه من التركة مشاركة غرماء ؛ لأنه مات معسرا ، وتحديد موعد يصبح فيه المدين قادرا على الوفاء بدينه مسألة واقع ، لا يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض ، ولكن حلول الدين عند اقرب الأجلين ، الموت أو المقدرة على الوفاء مسألة قانون ، ومن ثم يخضع فيها القاضى لرقابة هذه المحكمة ، أما إذا تبين أن نية الطرفين قد اتجهت - عند الاتفاق على الالتزام - إلى تعليق الالتزام على شرط واقف ، هو المقدرة على الوفاء أو الميسرة ، وليس إضافته إلى أجل ، فإنه يترتب على ذلك أن يصبح الوفاء بالدين من المدين معلقا على شرط واقف ، ومن ثم إذا أيسر المدين تحقق الشرط ، ووجب عليه الوفاء بالالتزام ، أما إذا لم يوسر تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام نهائيا ^(١) .

ب- الأجل الفاسخ :

وهو عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه انقضاء الالتزام ، والحقيقة أن وصف الأجل بأنه فاسخ يعوزه الدقة ؛ وذلك لأن الفسخ فى المعنى الاصطلاحي يزيل العقد ، ليس فى المستقبل فحسب بل فى الماضى أيضا ، وبذلك يكون له أثر رجعى وليس الأمر كذلك ؛ لأن الأجل ليس له أثر رجعى سواء أكان واقفا أم فاسخا ، ولذلك يفضل الفقه الفرنسى استعمال عبارة الأجل المسقط أو المنهى ، بدلا من عبارة الأجل الفاسخ ، التى استبقاها التقنين المصرى ^(٢) وقد نصت على ذلك المادة

(١) السنهورى : المرجع السابق ص ١٠٠ ومابعدھا ف ٥٤ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٣٦ ومابعدھا ف ٢٥٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٦٠ ومابعدھا ف ١٥٠ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٢٦ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٧ ومابعدھا ف ٢٣٤ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٤٩ ومابعدھا ف ٣٢٩ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٧ ومابعدھا .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٠٣ ف ٥٥ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٤٢ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٩ ف ٢٣٥ ، د/ فتحى عبد الرحيم

(٢/٢٧٤) مدنى بقولها : " يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام " ويرى البعض أن الأجل الفاسخ يظهر فى الالتزامات الناشئة عن أى عقد من عقود المدة أو العقود الزمنية كعقد الإيجار ، وعقد التوريد وعقد العمل ، كما يظهر أيضا فى الالتزامات التى تنشأ عن العقود التى لا يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها ، وذلك كفتح مصرف لاعتماد بمبلغ معين لمصلحة أحد عملائه ، على أن يستخدمه مدة معينة ، فإذا مضت هذه المدة سقط التزام المصرف بانقضائها ^(١) .

ويرى البعض الآخر : أن الأجل الفاسخ لا يظهر إلا فى الالتزامات التى تنشأ عن العقود التى لا يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها ، كما فى فتح المصرف للاعتماد السابق ذكره ، ولا يظهر فى الالتزامات التى تنشأ عن العقود ، التى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد ، وذلك لأن الأجل عنصر جوهري فى هذه العقود ، لأنه محل التعاقد ذاته ، والقاعدة أن ما يصح أن يكون أجلا يقترب بالالتزام هو الأجل الذى يعتبر عنصرا عارضا فى هذا الالتزام ، وليس ذلك الذى يعد عنصرا جوهريا فيه ، والأجل الذى يكون عنصرا عارضا فى الالتزام هو الذى يصدق عليه أن يكون وصفا لذلك الالتزام ، ولا يصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية فى العقد ، والدليل على ذلك أن العقد الزمنى إذا انعدم فيه الأجل ، فإنه يكون باطلا لانعدام المحل ، ولو كان الأجل فى هذا العقد وصفا وكان باطلا ، لكان من الجائز أن يسقط الأجل ، ويبقى العقد كما هو الحال فى الشرط ^(٢) .

=

عبد الله : المرجع السابق ص ١٩٦ ف ١٦٠ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٣٣ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٥٢ ف ١١٧ .

^(١) د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٥٥ ف ٤٩ ، د/ محسن عبد الحميد البيه : المرجع السابق ص ٣٨٦ ف ٢٨٨ .

^(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٩٨ ف ٥٢ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٣٤ .

ثالثا : المقارنة :

يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى تعريفه للأجل ؛ حيث عرف الفقه الإسلامى الأجل بأنه عبارة عن مدة مستقبلية محققة الوقوع مضروبة بالشرع أو بالقضاء أو بالاتفاق ليضاف تنفيذ أمر ما إلى لحظة انقضائها أو لتوقيت التنفيذ بمداهما .

وعرفه فقه القانون المدنى بأنه عبارة عن : أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف وقوعه على نفاذ الالتزام أو انقضاؤه ، وقد ذكر فقهاء القانون المدنى أن الأمر المستقبل هو الوقت الذى لم يحل بعد .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، على أنه يشترط حتى يكون الالتزام مؤجلا أن يتوافر فيه عدة خصائص وهى :

(١) أن الأجل أمر مستقبل :

فالأجل عن أمر مستقبل ؛ لأن التأجيل يتضمن بالضرورة صفة الاستقبال ، ولا ينصرف إلى الماضى أو الحاضر ، لأنه لو انصرف إلى الماضى أو الحاضر لما كان هناك معنى للتأجيل ؛ لأن المدد الماضى من مدد التاريخ ، ولا يطلق عليه أجالا ، والحاضرة تنقضى بمجرد إنشائها ، إذ الزمان يمر حتما بلا توقف ، وما ينقضى لا يعود .

(٢) أن الأجل محقق الوقوع :

إذ الأجل عبارة عن مدد من الزمان ، والزمان يمر حتما وبدون انقطاع ، وبتعبير فقه القانون المدنى أن الأجل عبارة عن ميعاد معين فى التقويم ؛ أى تاريخ معين أو مدة معينة ، كيوم معين من شهر معين من سنة معينة ، وهذا الميعاد لا بد أن يتحقق وفقا للمألوف من شئون الحياة .

(٣) أن الأجل أمر زائد على أصل التصرف :

بالنسبة لهذه الخاصية أجد أن القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أن الأجل أمر زائد على أصل التصرف ، لأنه وصف خارج عنه ، وليس عنصرا جوهريا فيه مالم يكون التصرف من العقود المؤقتة ، فى حين ذهب القانون المدنى إلى جعل الأجل بهذا المعنى وصفا لجميع أنواع الالتزامات ، سواء أكانت مؤقتة أم غير مؤقتة ، واعتبر المؤقتة مضافة إلى أجل منهى أو فاسخ ، كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى تقسيم

الأجل باعتبار أثره على الالتزام إلى أجل إضافة وأجل تأقيت ، لأن أجل الإضافة في الفقه الإسلامي يقابله الأجل الواقف في القانون المدني ؛ لأنه في نفس معناه ؛ إذ الأجل الواقف عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام ، وأجل الإضافة عبارة عن مدة مستقبلية محققة الوقوع مضروبة بالشرع أو القضاء أو الاتفاق ، ليضاف تنفيذ أمر ما إلى لحظة انقضائها أو وقوعها .

وأجل التأقيت في الفقه الإسلامي يقابله الأجل الفاسخ (المنهى) ؛ لأنه في نفس معناه ؛ إذ الأجل الفاسخ عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه انقضاء الالتزام ، وأجل التأقيت عبارة عن مدة مستقبلية محققة الوقوع مضروبة بالشرع أو القضاء أو الاتفاق ، يتوقف تنفيذ أمر ما بمداها " أى يستمر خلالها تنفيذ الالتزام وينقضى لحظة انتهائها ، فإذا انتهت زال التصرف ، وانتهى الحق الذي اكتسب خلالها .

الفرع الثانى

الآثار المترتبة على تأجيل الالتزام ، وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تختلف الآثار التى تترتب على تأجيل الالتزام ، بحسب ما إذا كان الأجل المقترن بالالتزام
أجل إضافة أو أجل توقيت ، وبالتالي سوف أتناول الآثار المترتبة على تأجيل الالتزام ،
وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لبيان الآثار المترتبة على تأجيل الالتزام ، ومدى حلول الموفى به محل الموفى له فى
الفقه الإسلامى يلزم أن أتناول ذلك فى النقاط التالية :

النقطة الأولى : أثر أجل الإضافة على الالتزام ، ومدى حلول الموفى به محل الموفى له
النقطة الثانية : أثر أجل التوقيت على الالتزام ، ومدى حلول الموفى به محل الموفى له
أولاً : أثر أجل الإضافة على الالتزام ، ومدى حلول الموفى به محل الموفى له :

إذا انعقد الالتزام مستوفياً أركانه وشروطه ، ثبت فى الذمة ، وشغلت به فى الحال ،
ولكن إذا اقترن به أجل الإضافة ، فإنه يتأخر تنفيذه إلى الوقت المحدد ، الذى
أضيف إليه الالتزام ، وعلى ذلك فأجل الإضافة لا يؤثر على وجود الالتزام ، ولكنه
يؤخر تنفيذه والمطالبة به إلى حلول الوقت الذى أضيف إليه ^(١) وفى ذلك تقول
مجلة الأحكام العدلية (مادة ٤٤٠) : " الإجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول
وقتها ، بناءً عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرد قوله ما أن وقتها " فهذه
الإجارة معتبرة لوقت معين فى المستقبل ^(٢) واقتران أجل الإضافة بالالتزام يترتب
عليه تأخير تنفيذه إلى وقت انقضاء مدة الأجل المضاف إليه ، وفى
ذلك يقول ابن أمير الحاج : " أما الإضافة فلثبتت حكم السبب فى وقته ، أى لتعيين

(١) ابن عبد البر : الكافى ص ٣٣٧ حيث يقول : " إذا انعقد السلم على ما وصفنا كان المبيع فى ذمته
إلى حلوله أجله " ، بدائع الصنائع ٦/٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٩ ، كشف القناع
٣١٦/٣ وقد جاء فيه : " ويصح تأجيل الدين ولزومه إلى أجله سواء أكان الدين قرضاً أو غيره " ،
المحلى ٤١/٩ ط دار الجيل ، التاج المذهب ٣٢٠/٢ .

(٢) د/ صبحى المحمصانى : الموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ٢٢٢/٢ .

زمان وقوعه لا لمنعه أى الحكم من الوقوع " ^(١) ويقول التسولى : " وليس باللازم للمقترض (أن يرد) القرض لمقرضه قبل انقضاء أجل قد حدا بنص أو عادة ؛ لأن العادة كالشرط ^(٢) .

ويترتب على تأخير تنفيذ الالتزام والمطالبة به إذا اقترن بأجل الإضافة ، حتى يحل الأجل الذى أضيف إليه الالتزام فى المستقبل ما يلى :

(١) إنه لا تجوز مطالبة الملتزم بتنفيذ التزامه المقترن بأجل الإضافة إلا بعد حلول الأجل الذى أضيف إليه ، وفى ذلك يقول البهوتى : " ولا يطالب مدين بدين مؤجل ؛ لأنه لا يلزمه أدائه قبل حلوله " ^(٣) وبالتالي إذا قام غير المدين بالوفاء بهذا الدين والذى قد يكون مسئولا عن الوفاء به عن المدين أو معه ، فإنه لا يحق له أن يرجع بما وفاه على المدين قبل أن يحل أجل الوفاء به ؛ إذ لا يطالب المدين بدين لم يحل أجل الوفاء به ^(٤) ولكن إذا قام هذا الغير بالوفاء بالدين الذى لم يحل أجل الوفاء به ، بالنسبة للمدين بالاتفاق بينه وبين الدائن الموفى له ، فإنه يحل فيه محل الدائن موصوفا بالأجل .

(٢) يجوز للمدين بالالتزام مقترن بأجل إضافة ، أن يفى به قبل حلول الأجل ، أو أن يأذن لغيره فى الوفاء به قبل حلول الأجل أيضا ويعد ذلك من قبيل النزول من المدين عن حقه فى الأجل ، وبالتالي إذا كان الموفى به غير المدين مأذونا له من قبل المدين فى الوفاء بالدين ، فإنه يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه ، وأن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن الموفى له ، إلا أن جواز الوفاء من المدين أو غيره المأذون له من قبل المدين فى الوفاء بالدين قبل حلول أجل الوفاء به مقيد بما إذا لم يكن هناك ضرر على الدائن من

^(١) التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام فى علم الأصول الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية ج ١ ص ١٨٠ الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ١٩٩٦م دار الفكر بيروت ، تيسير التحرير ج ١ ص ١٢٩ طبعة دار الفكر بيروت .

^(٢) البهجة شرح النخفة ج ٢ ص ٥٤٤ طبعة ١٤١٢هـ ١٩٩١م دار الفكر بيروت ، التادوى : حلّى المعاصم لفكر بن عاصم نفس المكان .

^(٣) الروض المربع ٢/٢٨٦ ، شرح منتهى الارادات ٢/٢٧٤ ، التقرير والتحبير ١/١٧٨ ، تهذيب الفروق ٣/٢٨٥ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٣٢٩ ، المحلى ٨/٨٠ .

^(٤) كشف القناع ٣/٣٧ ، ٤١٧ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ص ٣٥٨ ، ابن حزم : المحلى ٨/٨٠ مسألة رقم (١١٩٩) ، مرشد الحيران مادة رقم (٢١١) ص ٥٢ .

قبول تعجيل الوفاء بالدين ، الذى لم يحل أجل الوفاء به ، وفى ذلك يقول ابن نجيم :
"الدين المؤجل إذا قضاؤه قبل حلول الأجل ، يجبر الطالب على تسلمه ؛ لأن الأجل حق
المدينون فله أن يسقطه " ، وقد علق الحموى على ذلك بقوله : " ينبغي أن يقيد بأن لا
يكون على الطالب فى أخذه ضرر " (١) .

ثانيا : أثر أجل التوقيت على الالتزام ، ومدى حق الموفى به فى الحلول محل الموفى له
فى الرجوع على المدين بما وفاه :

الالتزام المقترن بأجل توقيت موجود ونافذ فى الحال ، ولكن تنفيذه محدد بمدى المدة
المضروبة له أجلا لتنفيذه فى خلالها ، وبالتالي فإن تنفيذ الالتزام المقترن بأجل توقيت
يستمر طوال المدة المضروبة له ، وحتى تنتهى (٢) .

وفى ذلك تقول مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٦٣٩) : " لا يطالب الكفيل فى الكفالة
المؤقتة إلا فى مدة الكفالة ، مثلا لو قال أنا كفيل من هذا اليوم إلى شهر ، لا يطالب
الكفيل إلا فى ظرف هذا الشهر ، وبعد مروره يبرأ من الكفالة " (٣) .

وأىضا لو أجر محمد داره لأحمد مدة شهر مثلا ، كان التزام محمد وهو المؤجر بتسليم
داره ، وتمكين المستأجر من الانتفاع بها التزاما مستمرا حتى ينقضى الشهر ، وأيضا لا
يجوز للمؤجر أن يطالب المستأجر (أحمد) بتسليم الدار قبل انتهاء الأجل المحدد (٤) .

(١) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٢٩٧ ، الحموى : غمز عيون البصائر ١٠٤/٣ ، المرغنانى : الهداية
٥٠/٣ وقد جاء فيه : " من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه " ، الدردير : الشرح الكبير بهامش
حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣ ومابعداها وقد جاء فيه : " فإن أراد المقرض رده أى القرض قبل الأجل لزم
المقرض قبوله لأن الأجل حق لمن هو عليه " ، كشاف القناع ٢٤٠/٣ ، قدرى باشا : مرشد الحيران
ص ٥٢ مادة (٢١٢) ، ابن أطفيس : شرح النيل ٩٣/٩ ، وذهب الظاهرية إلى القول بأن الدائن لا يجبر
على قبول الدين إذا قام المدين بالوفاء به قبل حلول أجله إلا إذا كان التعجيل برضاء الدائن نفسه ، المحلى
٨١/٨ مسألة رقم (١٢٠٠) .

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦٨/٦ ومابعداها ، د/عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ٣٧٢ ، د/أبو
اليزيد أبو العزم : المرجع السابق ص ٢١٣ ، د/صباحي المحمصانى : المرجع السابق ج ٢ ص ٢٢٠

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٦٣٩) وفى هذا المعنى : بدائع الصنائع ٧/٦ ، ٨ ، الدر المختار شرح تنوير
الأبصار مطبوع بأعلى الصحيفة بحاشية ابن عابدين ٤٢٢/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير
٣٣٧/٣ ، الشرح الكبير للدردير نفس المكان ، الشربيني : مغنى المحتاج ٢٠٧/٢ .

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦٩/٦ ، د/عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ٣٧٢ .

ويترتب على نفاذ أجل التوقيت في الحال ، واستمرار هذا التنفيذ حتى تنتهي المدة المضروبة للأجل ما يلي :

(١) أنه يحق للملتزم له (الدائن) أن يطالب الملتزم (المدين) بتنفيذ التزامه المقترن بأجل توقيت ، وذلك لأن الالتزام المقترن بأجل توقيت التزام موجود ونافذ في الحال ، وإن استمر تنفيذه المدة المحددة له ^(١) .

وعلى ذلك ، إذا وفى هذا الالتزام غير المدين ، بناءً على اتفاق بينه وبين المدين أو بينه وبين الدائن ، كان له أن يرجع على المدين بما وفاه ، وأن يحل في هذا الرجوع محل الدائن (الموفى له) ، ويكون حله محل الدائن في هذا الالتزام موصوفاً بكونه مقترناً بأجل توقيت .

(٢) أنه يتمتع على الملتزم (المدين) أن يتصرف في التزامه المقترن بأجل توقيت ، تصرفاً يخل بحق الملتزم له (الدائن) .

ففي المثال السابق ، لو قام محمد بإجارة الدار لشخص غير (أحمد) في نفس المدة المضروبة أجلاً لأحمد ؛ كانت الإجارة الثانية ملغاة ؛ لأن فيها إبطالا لحق المستأجر ، والعين مشغولة بالإجارة المعقودة مع (أحمد) ، فلا تشغل بإجارة ثانية في نفس مدتها ، إذ المشغول لا يشغل ، أما لو باع محمد الدار لغير أحمد صح البيع ، وذلك لأن مورد البيع العين ، ومورد الإجارة المنفعة ، وبالتالي فليس في البيع إبطال لحق أحمد المستأجر ^(٢) .

ثانياً : في القانون المدني :

تختلف الآثار المترتبة على تأجيل الوفاء بالالتزام ، بحسب ما إذا كان الأجل الذي اقترن بالالتزام واقفاً أو فاسخاً ، وإمكانية حلول الموفى به من الغير محل الموفى له (الدائن) في رجوعه على المدين ، ولذلك سوف أتناول أثر الأجل الواقف على الالتزام أثناء فترة التأجيل ومدى حق الموفى به في الحلول محل الدائن الموفى له أولاً .

(١) ابن عابدين : حاشيته رد المحتار على الدر المختار ٤٢٣/٥ وما بعدها ، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ص ٣٧٢ مادة رقم (١١٥٢) .

(٢) راجع الإمام السيوطي : الأشباه والنظائر ص ١٥١ ط دار الكتب العلمية بيروت

ثم أتناول أثر الأجل الفاسخ على الالتزام أثناء فترة التأجيل ومدى حلول الموفى به محل الموفى له ثانيا .

أولاً : أثر الأجل الواقف قبل حلوله على الالتزام المؤجل ، ومدى حلول الموفى به من الغير محل الموفى له .

إذا اقترن الالتزام بالأجل الواقف ، فإن هذا الالتزام يتأخر تنفيذه ، حتى وقت حلول ذلك الأجل ، مع أن الالتزام المقترن بالأجل الواقف محقق الوجود ، ولكنه غير مستحق الأداء أو غير نافذ ^(١) .

ويترتب على أن الحق المقترن بأجل واقف موجود ، قبل حلول ذلك الأجل عدة آثار أهمها :
(١) يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه ، مثل : قيد الرهن المقرر لضمان حقه ، وتجديد هذا القيد ، وطلب وضع الأختام ، ورفع الدعوى الصورية ، والدعوى غير المباشرة ، وقد قرر المقنن المدني هذا الأثر صراحة في المادة ١/٢٧٤ مدني ؛ حيث تنص هذه الفقرة على أنه : " يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه "

(٢) كما يجوز للدائن بالحق الشخصي المقابل للالتزام المضاف إلى أجل واقف أن يطلب المدين بتأمين شخصي أو عيني ، إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره ، واستند في هذه الخشية إلى سبب معقول .

(٣) كما يمكن أن ينتقل التزام المدين المضاف إلى أجل واقف ، وكذلك حق الدائن المقابل له إلى الخلف العام عن طريق الميراث ، وإلى الخلف الخاص بكافة أنواع التصرفات ، مضافا إلى ذلك الأجل .

(٤) إذا قام المدين بالوفاء بالالتزام المضاف إلى أجل واقف باختياره قبل حلول ذلك الأجل مع علمه به ، فإنه يكون موفيا بدين موجود في ذمته ، ومن ثم لا يجوز له أن يسترد ما وفاه باختياره ؛ لأنه يعد متنازلا عن الأجل ، وكذلك إذا وفى الغير بهذا الالتزام

^(١) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١١٥ ف ٦٥ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٨٦

ف ٢٨٨ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢٠٧ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٨٢

، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٦٣ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق

ص ٢٤٥ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٣٩٩ .

قبل حلول أجله ، وكان ذلك الوفاء بإذن المدين ، فإنه يحق لذلك الغير أن يحل محل الموفى له فى الرجوع على المدين بما وفاه ؛ لأن المدين قد أسقط حقه فى الأجل بإذنه لهذا الغير فى القيام بالوفاء بدلا عنه مع علمه بالأجل ، ولكن إذا كان وفاء الغير بهذا الالتزام بدون إذن المدين ، فإنه لا يجوز له أن يرجع عليه إلا بعد حلول ذلك الأجل ^(١) .

ويترتب على أن حق الدائن المضاف إلى أجل واقف ، غير نافذ أو غير مستحق الأداء ، قبل حلول ذلك الأجل عدة آثار أهمها :

(١) إنه لا يجوز للدائن بالالتزام المضاف إلى أجل واقف ، أن يجبر المدين على الوفاء بهذا الالتزام قبل حلول أجله الذى أضيف إليه ؛ وذلك لأن الالتزام المؤجل التزام غير مستحق الأداء ، وبالتالي فلا يقبل التنفيذ الجبرى ، وإذا قام الدائن بهذا الالتزام ، برفع دعوى ضد المدين يطالبه فيها بالوفاء بالتزامه قبل حلول أجله ، وجب على المحكمة ألا تقبل هذه الدعوى .

(٢) لا يسرى التقادم المسقط للالتزام المؤجل ، إلا بعد وقت حلول أجله ، لأنه قبل حلول أجله يكون غير مستحق الأداء ، وبالتالي لا يجوز للدائن أن يطالب به ، بالإضافة إلى أن المادة (١/٣٨١) مدنى قد نصت على أنه : " لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص ، إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء " .

(٣) كما لا يجوز للدائن بالالتزام المؤجل أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين حقه المؤجل ، وبين ما قد ينشأ فى ذمته من دين مستحق الأداء لمدينه ؛ لأن المقاصة القانونية نوع من التنفيذ الجبرى ، وبالتالي لا تقع إلا بين دينين مستحقى الأداء " .

(٤) كما لا يجوز للدائن بالالتزام مؤجل أن يستعمل الدعوى البوليصة ، ولا الحق فى الحبس ضد مدينه ؛ لأنه يشترط لاستعمالهما أن يكون حق الدائن مستحق الأداء .

^(١) د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢١٨ وما بعدها ف ١٩٢ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٦٣ ف ١٥٣ ، د/ طلبة وهبة خطاب : المرجع السابق ص ١٦٣ ف ١٧٢ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ١٩ وما بعدها ف ٣٣ ، د/ محمد لبيب شنب / المرجع السابق ص ٣٦٥ وما بعدها ف ٣١٤ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢١٥ وما بعدها ف ١٨٨ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٩٩ وما بعدها ف ٢٣٧ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٢٩ ف ١٢١ .

(٥) إذا وفى المدين بالالتزام المؤجل للدائن ، مع علمه بقيام الأجل ، اعتبر هذا منه نزولا عن الأجل ، وبالتالي لا يجوز له أن يطالب الدائن باسترداد ما وفاه ، بناءً على دعوى استرداد غير المستحق ، وكذلك إذا وفى الغير بهذا الالتزام بأمر المدين ، فإنه يكون لهذا الموفى أن يرجع على المدين بما وفاه ، وأن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن ، أما إذا وفى الغير بهذا الالتزام بدون إذن من المدين قبل حلول أجل الدين فلا يجوز له أن يرجع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد حلول أجل الالتزام الذى قام بالوفاء به للدائن ، ولكن إذا قام المدين بالوفاء بالتزامه المؤجل لدائنه وهو يجهل قيام الأجل ، فإنه يجوز له أن يرجع على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ليسترد ما أداه قبل حلول أجله ، وقد نصت على ذلك المادة (١/١٨٣) مدنى بقولها : " يصح كذلك استرداد غير المستحق ، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام لم يحل أجله ، وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل ، " ، بيد أن المقنن المدنى أجاز للدائن بدلا من أن يرد الدين للمدين ، ثم يستوفيه ثانية عند استحقاقه ، أن يقتصر على رد أقل القيمتين قيمة ما استفاده بسبب الوفاء المعجل ، وقيمة ما لحق المدين من ضرر بسبب الوفاء بالدين قبل حلول أجله ، وذلك تطبيقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، وإذا كان الالتزام الذى قام المدين بالوفاء به قبل حلول أجله نقودا التزم الدائن أن يرد للمدين فائدة هذه النقود ، عن المدة الباقية لحلول الأجل بالسعر القانونى أو الاتفاقى ، وذلك لأن الأجل تقابله منفعة ووفاء المدين بالدين قبل حلول أجله عن غلط يفوت عليه هذه المنفعة (١) .

وقد نصت على ذلك المادة (٢/١٨٣) مدنى بقولها : " على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل ، فى حدود ما لحق المدين من

(١) د/ البدراوى : المرجع السابق ص ٢١٦ ف ١٩١ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٣٣ ، د/ الصدة : المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٠٠ ومابعدهما ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢١٦ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٦٣ ، د/ محمد ياسين يحيى : المرجع السابق ص ٩٣ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٩٠ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٤٦ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢١٠ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٧٧ ف ٣٢٤ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٦٣ ومابعدهما .

ضرر ، فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا ، التزام الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل " .
ثانياً : أثر الأجل الفاسخ قبل حلوله على الالتزام ، ومدى حلول الموفى به محل الموفى له فى رجوعه على المدين .

يقتصر أثر الأجل الفاسخ على الالتزام ، الذى يتصف به على مجرد وضع حد زمنى ينهى الالتزام بحلوله ، أما قبل ذلك فالالتزام المقترن بأجل فاسخ نافذ ومستحق الأداء ويترتب عليه جميع آثار الالتزام المنجز ، كل ما هنالك أنه إذا انتهى الأجل الفاسخ زال الالتزام بالنسبة للمستقبل ولا يكون لزوال الالتزام أثر رجعى ، وقد نصت على ذلك المادة (٢/٢٧٤) مدنى بقولها : " ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الالتزام أثر رجعى " .

هذا : ويترتب على كون الالتزام المقترن بأجل فاسخ أو أجل توقيت التزام نافذ ومستحق الأداء ما يلى :

(١) أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الوسائل التنفيذية اللازمة للمطالبة بحقه من وقت نشوئه ، كما يجب على المدين أن يقوم بالوفاء بهذا الالتزام المقترن بالأجل الفاسخ بمجرد نشوئه ؛ لأنه مستحق الأداء ، وإذا قام الغير بالوفاء به عن المدين ، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن بما وفاه ، سواء أكان وفاؤه بهذا الالتزام بالاتفاق مع الدائن أم مع المدين أم من تلقاء نفسه ، وسواء أكان مسئولاً عن الوفاء بهذا الدين مع المدين أم عنه أم لا ؟

(٢) كما يجوز له أن يطعن فى تصرفات مدينه الضارة به بالدعوى البوليصة كما يسرى التقادم بالنسبة لحق الدائن من وقت نشوئه ؛ لأنه مستحق الأداء من هذا الوقت ، ولما كان هذا الحق سيزول حتماً بانقضاء الأجل الفاسخ ، فإن هذا الحق إذا انتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص ، فإنه ينتقل إليهم مقترناً بهذا الوصف ، أى باعتباره حقاً مؤقتاً بحلول الأجل ؛ لأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما له (١) .

(١) يراجع فى ذلك د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٢٢ ومابعداها ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢١١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٩٢ ومابعداها ف ٢٩٣ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٥٨ ف ٥٠ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٢١١ ف =

ثالثا : المقارنة :

من خلال البيان السابق يتضح أن فقه القانون المدني يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي ، من أنه يقتصر أثر اقتران الالتزام بأجل الإضافة على تأخير تنفيذ ذلك الالتزام والمطالبة به إلى وقت حلول الأجل الذى أضيف إليه ، وذلك لأن الالتزام المقترن بأجل إضافة ، وإن كان موجودا قبل حلول الأجل المضاف إليه ، إلا إنه غير مستحق الأداء .

كما يتفق فقه القانون المدني مع الفقه الإسلامي ، فى أنه لا تجوز مطالبة الملتزم بتنفيذ الالتزام المقترن بأجل الإضافة ، قبل حلول الأجل المضاف إليه ، ولكن يجوز للملتزم بتنفيذ الالتزام المقترن بأجل الإضافة ، أن يقوم بالوفاء به من تلقاء نفسه قبل حلول ذلك الأجل ، ويعد ذلك نزولا منه عن حقه فى الأجل ، كما يجوز له أن يأذن لغيره فى أدائه ، وفى هذه الحالة يحق للموفى أن يرجع عليه بما وفاه ، وأن يحل فى ذلك محل الدائن (الموفى له) ما دام لم يترتب على تعجيل الوفاء بالالتزام أى ضرر للدائن .

كما يتفق فقه القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي فى أن الالتزام المقترن بأجل توقيت (فاسخ أو مهنى) موجود ونافذ ومستحق الأداء فى الحال ، ويترتب عليه جميع آثار الالتزام المنجز ، ويقتصر أثر اقتران الالتزام بأجل التوقيت ، على وضع مدة معينة يستمر تنفيذ الالتزام خلالها وحتى تنتهى .

كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي على أنه يترتب على كون الالتزام المقترن بأجل توقيت (فاسخ) نافذا فى الحال ، ويستمر نفاذه حتى تنتهى المدة المحددة له أجلا ، أنه يحق للدائن أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه المقترن بأجل توقيت لأنه التزام موجود ونافذ فى الحال ، وإن استمر تنفيذ المدة المضروبة له ، وبالتالي إذا قام غير المدين بالوفاء به للدائن قبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذه ، فإنه يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه ، وأن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن الموفى له ، ويكون رجوعه على المدين موصوفا بكونه مقترنا بأجل توقيت (فاسخ أو مهنى) .

=

١٧٤ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٥١ ومابعداها ف ٣٣٠ ، د/ ياسين محمد يحيى :

المرجع السابق ص ٩٣ ومابعداها ف ١١٢ ، ١١٣ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٥٦ ف

١٢٠ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٠١ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع

السابق ص ٢٤٤ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٣٠ ومابعداها .

المطلب الثالث

الالتزام البدلى وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

قد لا يلحق الوصف الالتزام ذاته ، كما هو الحال فى الشرط ، والأجل كما سبق بيانه ، ولكن قد يلحق الوصف محل الالتزام ، وذلك بأن يكون محل الحق الذى التزم به المدين شيئا واحدا بداية ، ولكنه يتعدد عند الوفاء به ، بحيث يكون للمدين أن يستبدل محل الالتزام الأصلى بشئ آخر ، ويكون له أن يفى به بدلا من هذا المحل الأصلى ، وتبرأ ذمته بهذا الوفاء ، وفى هذه الحالة يكون الالتزام موصوفا بكونه بدليا .

وبيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لبيان الالتزام البدلى ومدى حق الموفى به فى الحلول محل الموفى له ينبغى أن أتناول ذلك فيما يلى :

أولاً : تعريف الالتزام البدلى :

ثانياً : مشروعيته ، وبيان مسألة العربون كأحد تطبيقاته .

ثالثاً : مدى حق الموفى به فى الحلول محل الموفى له فى الرجوع على المدين .

وسوف أتناول ذلك تباعا .

أولاً : تعريف الالتزام البدلى :

لم أعر - فيما اطعلت عليه - على تعريف للالتزام البدلى عند الفقهاء القدامى ، وإن كانوا قد تعرضوا لفكرة الالتزام البدلى فى مسائل متفرقة فى كتبهم ومن أشهر هذه المسائل مسألة العربون ^(١) ، وذلك على أساس أنه فى حالة العقد المصحوب بدفع عربون ، مع اشتراط عدم رده لمن دفعه فى حالة عدوله عن إتمام العقد واختياره فسخه مع خسارة قيمة العربون ، يكون اختيار دافع العربون (المشتري) تركه للبائع وفقده بدلا عن الالتزام الأصلى وهو إتمام العقد ^(٢) .

(١) العربون : " هو أن يشتري الرجل السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن ، وإن لم يأخذها فذلك للبائع " ، راجع ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ ، ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٢٢ ، نهاية المحتاج ٤٧٦/٣ ، البحر الزخار ٢٩٥/٣ .

(٢) / على عبده محمد : الالتزام البدلى فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى دراسة مقارنة ص ٦٧ ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م .

ومن هذه المسائل أيضا شرط الواقف لنفسه الحق في استبدال الوقف ^(١) وذلك على أساس أن الواقف يلتزم بتقديم العين الموقوفة ، فإذا اشترط لنفسه الحق في استبدال الوقف ، كان له أن يقدم للوقف عينا أخرى ، غير التي التزم بتقديمها ، وبالتالي فإنه يكون قد أعطى لنفسه الحق في تقديم بديل عن التزامه الأصلي ، وهو تقديم العين الموقوفة ^(٢) .

^(١) وقد عرف الحنفية الوقف بقولهم هو : " حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة " ، تبين الحقائق ٣/٣٢٤ ، البحر الرائق ٣/٢٠٢ ، الاختيار ٣/٤٠ ، وعرفه المالكية بقولهم : هو إعطاء المنافع على سبيل التأبيد ، والإمام أبو الحسن الشاذلي : كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني بهامش حاشية العدوى على كفاية الطالب الرباني ٢/٢١٠ ط الحلبي ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م ، العدوى : حاشيته على كفاية الطالب الرباني نفس المكان .

وعرفه الشافعية بأنه عبارة عن : " حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود " راجع الشربيني : الإقناع بهامش حاشية الشيخ سليمان البيجرمي ٣/٢٠٢ ، الشيخ / سليمان البيجرمي : حاشيته المسماة بتحفة الحبيب على الخطيب في نفس الموضع . وعرفه الحنابلة بأنه عبارة عن تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة ، راجع العدة شرح العدة ص ٢٨٠ ، ابن قدامة : العدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل في نفس الموضع ط مكتبة الكليات الأزهرية هذا : وقد اختلف الفقهاء في جواز استبدال الوقف ، وعدم جواز ذلك على رأيين :

الرأي الأول : أجاز استبدال الوقف إذا شرط الواقف ذلك أو تعطلت منافع الشيء الموقوف ، فأجاز للواقف إذا شرط استبدال الوقف أن يقدم شيئا آخر غير الشيء الذي التزم بتقديمه ، وأجازوا أيضا لناظر الوقف إذا تعطلت منافع الشيء الموقوف أن يبيعه ويشتري شيئا آخر مكانه سواء أكان هذا الشيء عقارا أم منقولا ، وإلى هذا ذهب الحنفية ، يراجع في ذلك شرح فتح القدير ٥/٤٣٩ ومابعداها ، الهداية ٣/١٨ ، مجمع الأنهر ١/٢٢٦ ، القوانين الفقهية ص ٣١٩ ، الشافعية في وجه إذا كان الشيء الموقوف منقولا راجع المذهب ١/٥٨١ ، مغنى المحتاج ٢/٣٩٢ ، الحنابلة راجع ابن قدامة المغنى مع الشرح الكبير ٦/٣٤٤ ، النجدي : حاشية الروض المربع ٥/٥٦٤ ، الروض المربع في نفس الموضع ، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل مادة (٧٧٠) ص ٢٨٠ ، الزيدية يراجع ابن المرتضى : البحر الزخار ٤/١٥٩ ، الصنعاني : التاج المذهب ٣/٣١٠ ومابعداها ، والإمامية : يراجع الطوسي : المبسوط ج ٣ ص ٣٠٠ ومابعداها والإباضية : يراجع ابن أطفيس : شرح كتاب النيل ١٣/٤٦٢ ومابعداها .

الرأي الثاني : ذهب القائلون به إلى القول بعدم جواز استبدال الوقف ولو شرط الواقف ذلك ، وقد ذهب إلى ذلك الظاهرية ، يراجع ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١٨٣ مسألة رقم (١٦٥٧) .

^(٢) أ/على عبده محمد على : المرجع السابق ص ٦٨ .

وغير ذلك من المسائل التي أجاز الفقه الإسلامي للمدين أن يقدم فيها بديلا عن التزامه الأصلي (١) .

وبالنظر في هذه المسائل التي تعد أساسا لمشروعية الالتزام البدلي في الفقه الإسلامي ، يمكن تعريف الالتزام البدلي بأنه عبارة عن : قيام المدين بالوفاء بشئ غير المكلف به فتبرأ ذمته من المطالبة بذلك الشئ (٢) .

ثانيا : مشروعية الالتزام البدلي :

مما تقدم يتضح أن فكرة الالتزام البدلي تقوم على أساس أنه يجوز للمدين أن يقوم بالوفاء بشئ آخر ، غير الشئ الملتزم به أصلا ، بحيث تبرأ ذمته بهذا الوفاء كما هو الحال في مسألة العربون التي تعتبر تطبيقا عمليا لفكرة الالتزام البدلي بجانب المسائل السابقة الإشارة إليها ، ولذلك سوف أقتصر على بيان مسألة العربون .

بيان مسألة العربون :

لبيان هذه المسألة يلزم أن أعرف العربون ثم أوضح حكم التعاقد به وما يدل عليه دفع العربون ، وتكييف العربون .

(١) تعريف العربون :

أ- في اللغة :

جاء لفظ العربون على عدة لغات ؛ منها العربون بضم العين وإسكان الراء ، والعربون بفتح العين والراء ، والعربان بضم العين وإسكان الراء ، وفي ذلك يقول الرازي : " (العربون) بوزن العرجون ، و(العربون) بفتحتين ، و(العربان) بوزن الفرقان ويقال (عربنه) إذا أعطاه ذلك " (٣) وأعرب في بيعه

(١) ومن هذه المسائل أيضا استبدال الرهن ، وقد جاز استبدال الرهن فقهاء المذهب الحنفي يراجع في ذلك الشيخ النظام : الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٤٤٨ وقد جاء فيها : رهن عينا ثم دفع عينا أخرى مكانها وأخذها المرتهن جاز ، ولكن الرهن هو الأول ما لم يردده ، وبعده يصير الثاني رهنا " ، البغدادى : مجمع الضمانات ص ١٠٦ الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بالقاهرة ١٣٠٨هـ ، المرغانى : الهداية ١٥٧/٤ .

(٢) أ/ على عبده محمد على : الالتزام البدلي في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة ص ٦٩ .
(٣) الرازي : مختار الصحاح ص ٤٢٢ ، وفي هذا المعنى ابن بطال الراكبي : النظم المستعذب شرح غريب المذهب مطبوع بذيال المذهب للشيرازي ٣٥٥/١ ط الحلبي ، الفيومي : المصباح المنير =

أعطى العربون ، وعربنه مثله ، والعربون أعجمى معرب وهو أن يشتري الرجل شيئاً أو يستأجره ، ويعطى بعض الثمن أو الأجرة ، ثم يقول إن تم العقد احتسبناه ، وإلا فهو لك ولا أخذه منك ^(١) .

ب- فى الإصطلاح الفقهاء ^(٢) :

عرف المالكية العربون بأنه عبارة عن شراء الرجل سلعة بثمن معلوم ، على أن يعطى المشتري البائع شيئاً من الثمن مقدماً على أنه أى المشتري إن كره المبيع ورده لبائعه (لم يعد) ما أعطاه للبائع (إليه) أى إلى المشتري وإن أحبه حاسب به البائع من الثمن أو تركه له مجاناً ^(٣) .

ويوضحه الإمام ابن رشد بقوله : " وصورته أن يشتري الرجل شيئاً ، فيدفع إلى البائع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه إن نفذ البيع بينهما ، كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به " ^(٤) .

وبينه الإمام مالك بقوله : " وذلك فيما نرى - والله أعلم - أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكاري الدابة ثم يقول للذى اشتري منه ، أو تكارى منه ، أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أنى إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك ،

=

٤٠١/٢ ط ١٩٩٤ تحقيق د/عبد العظيم الشناوى ، الفيروز أبادى : القاموس المحيط ج ٤ ص ٢٤٣ ، مادة (عربن) .

^(١) الفيومى : المرجع السابق نفس المكان ، وفى هذا المعنى راجع المعجم الوسيط ج ٢ ص ٥٩١ ، المعجم الوجيز ص ٤١٢ طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م ، ابن بطال : النظم المستعذب شرح غريب المذهب ج ١ ص ٣٥٥ .

^(٢) لم أعثر على تعريف للعربون عند الحنفية فيما اطلعت عليه سواء فى كتبهم أو فى كتب المذاهب الأخرى التى تتعرض لذكر مذهبهم .

^(٣) جواهر الإكليل ٢/٢٤ ، التاج والإكليل ٤/٣٦٩ ، مواهب الجليل نفس المكان الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي ٣/٦٣ ، الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك ٢/٣٤ .

^(٤) بداية المجتهد ٢/١٢٢ .

فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة ، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة ، فما أعطيتك لك باطل بغير شيء " (١) .

وعرفه الشافعية بأنه : " أن يشتري الرجل سلعة فيدفع درهما أو ديناراً على أنه إن أخذ السلعة بالمبيع كان المدفوع من الثمن ، وإن لم يتم البيع ورد السلعة كان المدفوع هبة للبائع " (٢) ، وعرفه الحنابلة بأنه عبارة عن دفع بعض ثمن في بيع عقده أو أجره بعد عقد إجارة ، ويقول مشتر أو مستأجر إن أخذته أى المبيع أو المؤجر احتسب ما دفعت من ثمن أو أجره وإلا فهو لك " (٣) وعرفه الزيدية بأنه عبارة عن دفع الشيء إلى البائع ، على أنه إن تم البيع فمن الثمن ، وإلا فهبة " (٤) .

٢- حكم التعاقد بالعربون :

لبيان حكم التعاقد بالعربون ، ينبغي أن أوضح محل اتفاق الفقهاء فى التعاقد به ، ثم أبين محل اختلافهم فى التعاقد به أيضاً .

يتلخص محل اتفاق الفقهاء فى جواز التعاقد بالعربون ، فيما إذا اشترى شخص شيئاً ، وأعطى البائع عربوناً على أنه إن كره البيع أخذ العربون واسترده ثانياً من البائع ، وإن اختار المشتري إتمام البيع حاسبه البائع بالعربون من الثمن ؛ لأن الشريعة الغراء تحارب أكل أموال الناس بالباطل (٥) .

(١) الموطأ للإمام مالك ٤٧٥/٢ ، الزرقانى : شرحه على الموطأ ٢٥٠/٣ وما بعدها ط دار المعرفة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

(٢) الشيرازى : التنبيه ص ٨٨ ط عالم الكتب بيروت ١٤٠٣هـ — تحقيق أ/ عماد الدين أحمد حيدر ، نهاية المحتاج ٤٧٦/٣ ، جلال الدين المحلى : شرحه على منهاج الطالبين بهامش حاشية قليوبى وعميرة ١٨٦/٢ ، الشيخ زكريا الأنصارى : شرحه على المنهج بهامش حاشية الجمل ٧١/٣ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ١٦٥/٢ ، الروض المربع ٢٤٤/٢ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ ، حاشية الروض المربع النجدى ٤٠٨/٤ ، كشف القناع ٢٩٥/٣ .

(٤) ابن المرتضى : البحر الزخار ٢٩٥/٣ .

(٥) حاشية العدوى على شرح الخرشي ٨٧/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٣/٣ ، كشف القناع ١٩٥/٣ ، المجموع ٣١٧/٩ ط ١ بدار الفكر بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م تحقيق أ/ محمود مطر يحيى ، السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ٩١/٢ .

أما الذى يعد محلا لاختلاف الفقهاء فى جواز التعاقد بالعربون فهو : أن يدفع المشتري للبائع درهما ، على أنه إن اختار البيع حاسبه به من الثمن ، وإن كره البيع كان ما دفعه حقا للبائع لا يردده إلى المشتري ، وهذه الصورة مطابقة لتعريفات الفقهاء للعربون ، وقد اختلف الفقهاء فى جوازها وعدم جوازها على قولين :

القول الأول :

ويذهب أصحابه إلى عدم جواز بيع العربون .
وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية ^(٣) والزيدية ^(٤) ، وأبو الخطاب من الحنابلة ^(٥) وروى المنع عن ابن عباس رضى الله عنهما من الصحابة والحسن من التابعين ^(٦) .

وقد استدلل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٧) .

^(١) لم يذكر فى كتب الحنفية حكما للعربون ، ولكن ذكرت كتب بعض المذاهب الأخرى أن الحنفية يمنعون بيع العربون ، من هذه الكتب : المجموع للنووى ج ٩ ص ٣١٧ حيث يقول : " مذاهب العلماء فى بيع العربون : قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه إذا كان المشروط فى نفس العقد ، وحكاه المنذرى عن ابن عباس ، والحسن ، ومالك ، وأبى حنيفة " ، والشرح الكبير للمقدسى حيث يقول فيه : " فصل فى العربون واختار أبو الخطاب أنه لا يصح وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى " والمقصود بأصحاب الرأى الحنفية ، راجع المغنى والشرح الكبير ٥١٨/٤ ط دار الغد العربى ، وأيضا ابن المرتضى : مقدمة البحر الزخار ص ٣٥

^(٢) الإمام الخرشى : شرحه على مختصر خليل ٨٧/٥ ، العدوى : حاشيته على شرح الخرشى نفس الموضع ، بداية المجتهد ١٢٢/٢ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٦٣/٣ .

^(٣) الرملى : نهاية المحتاج ٤٧٦/٣ ، جلال الدين المحلى : شرحه على المنهاج ١٨٦/٢ .

^(٤) ابن المرتضى : البحر الزخار ٢٩٥/٣ .

^(٥) المبدع شرح المقنع ٥٩/٤ ط المكتب الإسلامى بيروت ١٤٠٠هـ ، المرداوى ، الإنصاف ٣٥٧/٤ ومابعدها

^(٦) النووى : المجموع ٣١٧/٩ ، المغنى والشرح الكبير ٥١٨/٤ .

^(٧) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى نهى عن أكل أموال الناس بغير حق ، ومن أكل أموال الناس بغير حق بيع العربون ؛ لأن المبلغ الذى يأخذه البائع فى حالة رفض المشتري إتمام البيع ، إنما يأخذه بغير عوض ، فكان من باب الغرر والقمار والمخاطرة وأكل المال بغير عوض محرم بالإجماع ^(١) .

وأما السنة فمنها :

ما رواه الإمام مالك وغيره عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : " نهى النبى ﷺ عن بيع العربان " ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبى ﷺ قد نهى فى هذا الحديث الشريف عن بيع العربان ، والنهى يقتضى الفساد ، فيكون البيع المصحوب بدفع عربون مع اشتراط عدم رده فى حالة عدم إتمام البيع فاسدا ^(٣) .

مناقشة هذا الدليل :

نوقش ما استدلل به أصحاب هذا القول من السنة بأن هذا الحديث ضعيف ، وذلك لأن الثقة الذى رواه عن الإمام مالك قد أبهم ، فيكون الحديث منقطعا ؛ لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ولم يدركه فبينهما راو لم يسم ^(٤) .

(١) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ١٧٢٠/٣ ط دار الريان للتراث ، بداية المجتهد ١٢٢/٢ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٣٦٩/٤ .

(٢) الحديث أخرجه الإمام مالك فى موطنه رقم (١) ك البيوع باب ما جاء فى بيع العربان ط ٤ بدار الحديث بالقاهرة ١٤١٩هـ ١٩٩٩م ، ابن ماجه : سننه ك التجارات باب بيع العربان برقم (٢١٩٣) ط دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابى الحلبي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، الإمام أحمد / مسنده ج ١١ ص ١٢ برقم (٦٧٢٣) شرح أ/ أحمد محمد شاكر ط دار المعارف الحديث ، أبو داود : سننه مع شرح عون المعبود ٣٩٩/٩ ط ٢ بمؤسسة قرطبة بالقاهرة ١٣٨٨هـ ١٩٦٩م .

(٣) ابن المرتضى : البحر الزخار ٢٩٥/٣ .

(٤) الصنعاني : سبل السلام ٨١١/٣ تحقيق أ/ إبراهيم عصر ط دار الحديث بالقاهرة ، البيهقي : السنن الكبرى ٣٤٢/٥ ، الشوكاني : نيل الأوطار ١٨٦/٥ ، الإمام محمد شمس الدين أبادى : عون المعبود شرح سنن أبي داود ٤٠١/٩ .

وقد أجيب عن هذه المناقشة من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : ذهب جماعة من أهل الحديث إلى أن هذا الحديث صحيح لأن سنده وإن كان ضعيف لإبهام الثقة ، الذى رواه عنه الإمام مالك ، إلا إن الحديث فى ذاته صحيح لمعرفة هذا الثقة فقد قال ابن عبد البر : الأشبه أنه ابن لهيعة ، وقال ابن عدى : الحديث عن ابن لهيعة مشهور ، وقال البيهقى : رواه حبيب بن أبى ثابت عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمى عن عمرو بن شعيب ، وقيل عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب ^(١) وقال الشوكانى : " رواه البيهقى موصولا من غير طريق مالك " ^(٢) .

الوجه الثانى : إن هذا الحديث ورد من عدة طرق يقوى بعضها بعضا ^(٣) .

الوجه الثالث : إنه يتضمن الحظر وهو أرجح من الإباحة ^(٤) .

وأما المعقول :

فقد استدل جمهور الفقهاء بالمعقول من عدة وجوه :

الوجه الأول : إن التعاقد بالعربون بمنزلة الخيار المجهول ، وذلك لأنه اشترط فيه أن يكون للمشتري الحق فى رد المبيع من غير ذكر مدة محددة فلم يصح كما لو قال المشتري للبائع لى الخيار متى شئت رددت لك السلعة ومعها درهم ^(٥) .

الوجه الثانى : فى بيع العربون شرط للبائع شيئا بغير عوض ، فلم يصح كما لو شرطه الأجنبى عن العقد ، وهذا شرط فاسد ، فكذلك العربون ^(٦) .

الوجه الثالث : إن بيع العربون يشتمل على شرطين فاسدين :

^(١) الزرقانى : شرح موطأ مالك ٢٥٠/٣ ومابعدها ط دار المعرفة بيروت ١٤٠٧هـ — ١٩٨٧م ، البيهقى : السنن الكبرى ٣٤٢/٥ ، عون المعبود ٣٩٩/٩ .

^(٢) الشوكانى : نيل الأوطار ١٨٧/٥ ط ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م بمكتبة الإيمان بالمنصورة .

^(٣) عون المعبود ٤٠١/٩ ، الصنعانى : سبل السلام ٨١١/٣ ، الشوكانى : نيل الأوطار ١٨٧/٥ .

^(٤) الشوكانى ج ٥ ص ١٨٧ ، الإمام شمس الدين أبادى : عون المعبود ج ٩ ص ٤٠١ .

^(٥) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ ، المقدسى : الشرح الكبير بذييل المغنى لابن قدامة ٢٧٠/٤ .

^(٦) ابن قدامة : المرجع والموضع السابقين ، بداية المجتهد ١٢٢/٢ ، البحر الزخار ٢٩٥/٣ ، د/ محمد الصديق الضيرير : الغرور وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى ص ١٠٤ الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ ١٩٦٧م بدار نشر الثقافة بالقاهرة .

الأول : شرط كون ما دفعه المشتري للبائع مجانا ، إن اختار ترك السلعة .

الثانى : شرط رد المبيع على البائع إذا لم يرض المشتري بالمبيع ^(١) .

القول الثانى :

ويذهب أصحاب هذا القول إلى جواز بيع العربون .

وقد ذهب إلى ذلك الإمام أحمد بن حنبل ، وروى الجواز عن عمر وابنه عبد الله رضى الله عنهما من الصحابة ، وعن جماعة من التابعين منهم مجاهد ، وابن سيرين .، ونافع بن الحارث ، وزيد بن أسلم ^(٢) .

وقد استدل أصحاب هذا القول على جواز بيع العربون بالسنة والأثر والمعقول .
أما السنة فمنها :

ما رواه ابن أبى شيبة عن زيد بن أسلم أن النبى ﷺ " أحل العربان فى البيع " ^(٣) .
وجه الدلالة من الحديث الشريف :

واضحة فى جواز بيع العربون ؛ حيث أحل النبى ﷺ بيع العربون وهو يقتضى الجواز .
مناقشة هذا الدليل :

نوقش هذا الحديث الشريف الدال على جواز بيع العربون ، بأنه حديث مرسل ، وفى إسناده إبراهيم بن يحيى وهو ضعيف ^(٤) وقال أهل الحديث عن هذا الحديث أنه غير معروف عن رسول الله ﷺ ^(٥) .
وأما الأثر فمنه :

ما روى عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية ، فإن

(١) الإمام الرملى : نهاية المحتاج ٤٧٧/٣ ، جلال الدين المحلى : شرحه على المنهاج بهامش حاشيتنا قليوبى وعميرة ١٨٦/٢ ، عون المعبود ٤٠١/٩ .

(٢) الإمام المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى ٢٧٠/٤ ، النجدي : حاشيته على الروض المربع ٤٠٨/٤ ، ابن مفلح : المبدع ٥٩/٤ ، المرداوى : الإنصاف ج ٤ ص ٣٥٧ وما بعدها ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة : فى مصنفه - باب فى العربان فى البيع برقم (٢٣١٩٥) ج ٥ ص ٧ ط ١ بدار التاج بيروت ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

(٤) الشوكانى : نيل الأوطار ١٨٧/٥ ، عون المعبود ٤٠١/٩ .

(٥) بداية المجتهد ١٢٢/٢ طبعة دار الفكر بيروت .

رضى عمر وإلا فله أى لصفوان كذا وكذا ^(١) وروى هذه القصة الأثرم بإسناده ^(٢) .
وجه الدلالة من هذا الأثر :

أن نافع بن الحارث اشترى من صفوان بن أمية بشرط العربون ورفع الأمر إلى عمر بن الخطاب ، ولم ينكر شراؤه ، فدل ذلك على جوازه ، وعلى فرض أنه لم يرفع إليه أمر هذا الشرط ، وإنما رفع إليه البيع مجردا عنه ، فإن إقدام نافع عليه ، ورضا صفوان به ، وعدم إنكار ذلك عليهما دليل على أنه جائز ومشروع ^(٣) .

مناقشة الأثر :

نوقش الأثر المستدل به على جواز بيع العربون ، بأنه يفيد أن نافع بن الحارث هو الذى عرض الشراء على صفوان بن أمية ، وليس عمر بن الخطاب ، ولا يفيد أن نافعا أبلغ عمر رضى الله عنه بشرط العربون ، وأنه وافقه عليه ، ولذلك لا يمكن نسبة هذا الأمر إلى عمر رضى الله عنه ، فضلا عن عدم إمكان نسبة الحكم بإجازة بيع العربون إليه ، بالإضافة إلى أن الأثر يفيد أن نافعا لم يكن موكلا من عمر بالشراء ؛ لأنه علق إمضاء البيع ونفاذه على رضا عمر ، فيكون أجنبيا عن العقد .

وعلى فرض أن نافعا شرط العربون لصفوان بن أمية ، إلا أنه شرط سابق على البيع الذى تم بعد ذلك باتا بين عمر و صفوان ، فيكون البيع بين عمر و صفوان صحيحا ^(٤) لأنه خلا عن الشرط المفسد ^(٥) وبالتالي تدخل هذه الصورة ضمن الصور التى أجازها الفقهاء وأما المعقول فمنه :

قياس بيع العربون على صورة ما إذا دفع المشتري إلى البائع قبل البيع درهما وقال له لا تبع هذه السلعة لغيري ، وإن لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد

(١) أخرجه ابن أبي شيبة : مصنفه فى الأحاديث والآثار ج ٥ ص ٧

(٢) المقدسى : الشرح الكبير ٢٧٠/٤ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ .

(٣) د/ رمضان الشرنباوى : حماية المستهلك ص ١٦٣ ط ١ بمطبعة الأمانة ١٤٠٤ هـ ، أ/ على عبده محمد على : المرجع السابق ص ١٢٧ .

(٤) د/ فتحى السيد لاشين : عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية ص ٢٤٤ وهو رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٤٠٣ هـ ١٩٨٢ م ، أ/ على عبده محمد : المرجع السابق ص ١٢٨ .

(٥) الإمام المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى لابن قدامة ٢٧٠/٤ ، ابن قدامة المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ طبعة دار الغد العربى ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م .

مبتدئ ، وحسب الدرهم من الثمن ، صح ذلك البيع لأنه خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذى اشترى لعمر كان على هذا الوجه ، فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر ، وموافقته القياس والأئمة القائلين بفساد العربون ، وإن لم يشتر السلعة فى هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم ؛ لأنه يأخذه بغير عوض ^(١) .

ويناقش هذا الدليل من المعقول :

بأن محل الخلاف بين القائلين بمنع العربون ، والقائلين بجوازه هو اشتراط دفع العربون فى صلب العقد ، وعدم جواز رده للمشتري ، إذا عدل عن إتمام البيع ويكون من حق البائع ، وعلى ذلك لا يكون الاستدلال بهذا الدليل من المعقول مؤيدا لوجهة نظر أصحاب هذا القول ، ولا يدل على مذهبهم ، بل هى صورة من الصور التى أجازها الفقهاء .

الرأى الراجح :

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ، ومناقشة ما أمكن مناقشته يبدو لى - والله أعلم - أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى القائل بجواز العقد المصحوب بدفع عربون ، مع اشتراط فقده عند العدول عن إتمام العقد من المشتري ، وحسبانه من الثمن عند إتمامه ، وذلك لأن الأحاديث التى استدلت بها ، ضعيفة لا تصلح للاستدلال ، فالحديث الذى استدلت به أصحاب القول الأول وهو أن النبى ﷺ نهى عن بيع العربون لم تصح نسبته إلى النبى ﷺ على وجه اليقين ، وفى ذلك يقول الصنعانى : " رواه مالك قال بلغنى عن عمرو بن شعيب به ، وأخرجه أبو داود ، وابن ماجه ، وفيه راو لم يسم ، وسمى فى راوية ، فإذا هو ضعيف وله طرق لا تخلو من مقال " ^(٢) .

وأیضا لم يصح الحديث الذى استدلت به أصحاب القول الثانى وهو ما رواه زيد بن أسلم أن النبى ﷺ سئل عن بيع العربان فأحلّه ، ويقول الشوكانى فى هذا الحديث : " إنه مرسل ، وفى إسناده إبراهيم ابن أبى يحيى وهو ضعيف " ^(٣) ولأنه بالنظر إلى ما استدلوا به من المعقول يتبين أن أدلة أصحاب القول الثانى من المعقول هى الأولى بالقبول ؛ إذ يؤيدها

(١) ابن مفلح : المبدع ٥٩/٤ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ .

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢٦ ، الشيخ سيد سابق : فقه السنة ج ٣ ص ١٧١ ط ١١ الناشر دار

الفتح للإعلام العربى بالقاهرة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٧٨ .

مسلك سيدنا عمر رضى الله عنه ، وهو من كبار الصحابة ، وما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن اشتراط العربون فى التعاقد يعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل ، لأنه يترتب عليه أن يأخذ البائع بلا مقابل غير مسلم ، لأن المقابل هو انتظار البائع وعدم إمكان تصرفه فى المبيع ، حتى يختار المشتري مع ما يترتب على ذلك من تفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة على البائع ^(١) .

كما أنه ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ، من أن التعاقد بالعربون بمنزلة الخيار مجهول المدة غير مسلم أيضا ؛ لأنه يمكن تحديد مدة معينة يكون للمشتري خيار الرجوع عن العقد خلالها ، فإذا مضت هذه المدة ولم يرجع المشتري تأكد العقد وزال الخيار ، وإذا لم يتم تحديد المدة فليس هناك ما يمنع أن يحددها القاضى ، بالإضافة إلى أن القول بجواز التعامل بالعربون فيه توسعة على الناس ، ودفع للحرص والضيق عنهم فى معاملاتهم ، ولعل هذا ما جعل مجمع الفقه الإسلامى المنعقد فى برونائى ، يقرر جواز البيع بالعربون ، إذا قيدت فترة الانتظار بمدة محددة ، وبعد انقضائها دون رجوع من المشتري بحسب العربون جزءا من الثمن ، أما إذا عدل المشتري خلال هذه المدة المحددة كان العربون من حق البائع ^(٢) وعلى ذلك يكون التعاقد المصحوب بالعربون ، جائزا وتطبيقا لفكرة الالتزام البدلى فى حالة فقدته ، مقابل عدم إتمام العقد واعتبار فقدته بديلا عن الإقدام على إتمام التعاقد ، يدل على مشروعية الالتزام البدلى فى الفقه الإسلامى .

٣- دلالة العربون :

يدل دفع العربون عند التعاقد فى الفقه الإسلامى على أمرين :

الأول : إما أن يكون الهدف من دفع العربون عند التعاقد هو تأكيد العقد وتنفيذه ، واعتبار العربون جزءا من الثمن ، وذلك كما لو قال شخص لآخر ، بعث لك هذا الشئ على أن تدفع من ثمنه جزءا كعربون ، فدفع إليه المشتري هذا الجزء من ثمن الشئ كعربون ، فإن دفع هذا العربون يدل على تأكيد تنفيذ العقد ، ويعتبر هذا العربون من جملة الثمن ، ودفع العربون فى هذه الحالة جائز شرعا بلا خلاف بين الفقهاء ؛ لأن هذه الحالة صورة من

(١) د/ السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٢ ص ٩٥ .

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامى المنعقد فى دورة المؤتمر الثامن ببندر سبرى باجون - برونائى دار

السلام من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١ إلى ٢٧ يونيو ١٩٩٣م .

الصور التي اتفق الفقهاء على جوازها ، وهى أن يشتري شخص شيئا ، ويعطى البائع عربونا على أنه إن كره البيع أخذ العربون ، واسترده ثانيا من يد البائع وإن اختار المشتري إتمام البيع ، حسب العربون من جملة الثمن ^(١) .

الثانى : وإما أن تكون دلالة العربون ، والهدف من دفعه إعطاء الحرية للمشتري فى إتمام العقد أو العدول عنه ، وتركه للعربون بديلا عن إتمامه ، وهذه الدلالة واضحة فى الصورة التى أجازها الحنابلة للعربون ، ومنعها غيرهم وهى الصورة التى يدفع فيها المشتري إلى البائع درهما أو غيره ، على أنه إن اختار البيع حسب الدرهم من الثمن ، وإن كره المشتري البيع ، كان ما دفعه حقا للبائع لا يسترده المشتري ، وذلك فى مقابل عدوله عن إتمام البيع ^(٢) وعلى ذلك يعد ترك العربون فى هذه الحالة بديلا عن التعاقد ، وهو خيار للمدين (المشتري) ولا يستطيع الدائن (البائع) أن يطالبه بإتمام العقد ، متى عدل عنه ، واختار البديل وهو خسارة العربون .

٤- تكيف العربون :

لما كان تعريف العقد المصحوب بالعربون عند القائلين بجوازه عبارة عن أن يشتري الرجل السلعة ، ويدفع إلى البائع درهما أو غيره ، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها فذلك للبائع ^(٣) فإنه يتضح من هذا التعريف أن بيع العربون يثبت فيه الخيار للمشتري فى أن يتم البيع ، ويكون العربون جزءا من الثمن ، أو أن يكره البيع فلا يتمه ويفقد العربون ، وبناء على ذلك يمكن القول : إن خيار المشتري هنا هو خيار شرط يقبله شئ من المال بديلا عن البيع فى حالة الرد ^(٤) وهذا الخيار غير معين بوقت محدد ، بالإضافة إلى أن هذا الخيار يكون للمشتري دون البائع ، وذلك لأن العقد المصحوب

(١) الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٣ ، العدوى : حاشيته على شرح الخرشى ج ٥ ص ٨٧ ، النووى : المجموع ج ٩ ص ٣١٧ ، البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ١٩٥ .

(٢) المقدسى : الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٦٩ وما بعدها ، جواهر الإكليل ٢/٢٤ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٧٦ .

(٣) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥١٨/٤ .

(٤) النجدي : حاشية الروض المربع ج ٤ ص ٤٠٨ .

بالعربون لازم من جهة البائع ، فلا يستطيع رده ^(١) ويظهر أثر هذا الخيار عندما يختار المشتري فقد العربون بدلا من إتمام البيع ؛ وذلك لأن محل التزام المشتري هو إتمام البيع بدفع الثمن للبائع ، ولكنه إذا اختار ترك العربون للبائع ، فكأنه أدى بدلا عن التزامه الأصلي ، وهذا البديل هو العربون ^(٢) .

ثالثا : حلول الموفى بالالتزام البديلى عن المدين محل الموفى له :

وبعد تصور الالتزام البديلى فى الفقه الإسلامى ، يمكن تطبيق ذلك التصور على قيام الغير بالوفاء عن المدين بالتزام بدلى ، واقتصر فى ذلك التطبيق على مسألة العربون ، بناء على رأى القائل بجواز العقد المصحوب بدفع العربون ، والذى يخسر فيه المشتري قيمة العربون ، إذا عدل عن إتمام العقد ودفع باقى الثمن ويحسب من الثمن إذا لم يعدل المشتري عن إتمام العقد ، ويكون ذلك بمثابة الوفاء للدائن (البائع) بالالتزام البديل عن الالتزام الأصلي ، وهو إتمام العقد ودفع باقى الثمن ويحسب من الثمن إذا لم يعدل المشتري عن إتمام العقد ، بأن قام بالوفاء بالالتزام الأصلي ، وهو دفع باقى الثمن للبائع ^(٣) .

وعلى ذلك ، إذا قام الغير بالوفاء بالالتزام الأصلي عن المدين ، بناء على اتفاق بين الموفى والدائن ، كان له أن يرجع على المدين بما وفاه وأن يقوم فى ذلك الرجوع مقام الدائن ، ويكون التزام المدين فى مواجهة الموفى ، كما كان فى مواجهة الدائن الموفى له ، لأن الموفى يقوم مقام الدائن الموفى له ، وبالتالي يكون للمدين أن يؤدي الالتزام الأصلي للموفى ويتم التعاقد ، ويحسب العربون من الثمن - وله أيضا - أن يترك العقد ويخسر العربون ، وتكون خسارة العربون بمثابة الوفاء بالالتزام البديل عن الالتزام الأصلي ؛ لأن الخيار فى الأصل للمدين فلا يسقطه وفاء الغير عنه ، كما أن الموفى لا يستطيع أن يرجع على المدين بأكثر مما كان للدائن (الموفى له) قبل المدين ^(٤) .

(١) د/ الصديق محمد الأمين الضرير : الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى ص ١٠٢ ، رسالة

دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م

(٢) أ/ على عبده : السابق ص ١١١ .

(٣) فى هذا المعنى الإمام المقدسى : الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٦٩ ومابعداها ، النجدي : حاشية

الروض المربع ج ٤ ص ٤٠٨ .

(٤) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٥١٨ ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش

حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٣٥ .

أما إذا تم الوفاء من الغير ، بالاتفاق مع المدين ، فإن الوفاء من الغير يتحدد بالالتزام الأصلي ، وهو إتمام العقد وتنفيذه ، في حالة التعاقد بالعربون ، لأن أداء الموفى عن المدين بإذنه في حكم اقتراض المدين من الموفى ما يؤديه عنه ^(١) لذلك يتحدد التزام المدين قبل الموفى بما وفاه عنه ، فيرجع الموفى به على المدين بدعوى الحلول ، وينطبق ذلك على كل من وفى دين عن غيره ^(٢) .

ثانياً : فى القانون المدنى :

وأتناول فيه تعريف الالتزام البدلى ، ومشروعيته ، وبيان مسألة العربون كأحد تطبيقاته ثم أوضح حلول الموفى بالالتزام البدلى محل الموفى له فى رجوعه على المدين ، وذلك سيكون تباعاً :

أولاً : تعريف الالتزام البدلى :

عرف بعض فقهاء القانون المدنى الالتزام البدلى بأنه : " التزام يكون محله شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر " ^(٣) وعرفه البعض الآخر بأنه : " التزام يكون محله شيئاً واحداً ، ولكن للمدين بنص القانون أو بموجب الاتفاق أن يبرئ ذمته منه ، إذا هو أدى بدلاً من هذا الشئ شيئاً آخر " ^(٤) وبناء على ذلك ، فالمدين فى الالتزام البدلى يكون ملزماً مبدئياً بشئ واحد ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام الأصلي ، إذا قام بالوفاء بشئ آخر ، ولا يظهر هذا البديل إلا عند استحقاق الوفاء بالالتزام الأصلي ^(٥) ولما كان التزام المدين يتحدد بداية فى شئ واحد ، هو محل الالتزام الأصلي ، فإن هذا الشئ وليس البديل ، الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه ، وهو الذى يعين طبيعة الالتزام وعلى ذلك

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٧٢ ، د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٥٣ .

(٣) د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٦١ ف ٢٤٢ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق

ص ١٩٢ ف ٢٥٣ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٢٢٣ ف ١٨٧ .

(٤) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٥٦٣ ف ٢٦٣ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٩٢ .

(٥) د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٠٠ ف ١٢١ ، د/ البدرأوى : المرجع السابق

ص ٢٦١ ف ٢٤٢ .

، فإذا كان المحل الأصلي للالتزام البدلى هو أداء شئ عقارى ، كان الالتزام عقاريا ، ولو كان المحل البديل منقولاً^(١) ومثال الالتزام البدلى أن يقترض شخص من آخر مبلغا من النقود ، ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل ، إذا لم يشأ - أن يرد مبلغ القرض ، أن يعطيه بدلا منه سيارة أو قطعة أرض معينة مثلا ، فالمبلغ الذى اقترضه هو محل الالتزام الأصلى ، والسيارة أو قطعة الأرض هى البديل ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٧٨) مدنى بقولها : " ١ - يكون الالتزام بدليا ، إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمته إذا أدى بدلا منه شيئا آخر ٢ - والشئ الذى يشمل محل الالتزام لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام ، وهو الذى يعين طبيعته " .

ثانيا : مشروعية الالتزام البدلى :

يدل على مشروعية الالتزام البدلى ، أن التقنين المدنى المصرى قد نظم أحكامه فى المادة (٢٧٨) مدنى سالفه الذكر ، وذلك على عكس ماكان عليه الحال فى القانون المدنى القديم ، الذى لم يرد بين نصوصه ما ينظم أحكامه ، وإن كان حكم الالتزام البدلى ، كان مطبقا فى هذا القانون دون نص^(٢) .

كما نظم التقنين المدنى السورى الالتزام البدلى وأحكامه فى المادة (٢٧٨) مدنى وهى مطابقة للمادة (٢٧٨) مدنى مصرى تمام التطابق ، كما نظم التقنين المدنى الليبى أحكام الالتزام البدلى فى المادة (٢٦٥) مدنى ليبى وهى مطابقة للمادة (٢٧٨) مدنى مصرى أيضا^(٣) .

وأیضا نظم التقنين المدنى الكويتى أحكام الالتزام البدلى فى المادة (٣٤٠) مدنى كويتى ، وهى مطابقة لنص المادة (٢٧٨) مدنى مصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة^(٤) .

(١) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٤٠٦ ف ٢٣٥ ، د/ محمد شكرى سرور : نفس المرجع الموضع السابق ، د/ سليمان مرقس ص ٥٦٣ ف ٢٧٢ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول ص ٢٠١ ومابعدھا ف ١٠٣ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠٢ هامش رقم (٢) .

(٤) د/ طلبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة ص ١٨٥ ف ٢٠٠ ط ١ ١٩٨٣ الناشر دار الفكر العربى بالقاهرة ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠٢ هامش رقم (٢) .

كما نظم قانون الموجبات والعقود اللبناني الالتزام البدلى وبين أحكامه فى المواد (٦٨ ، ٦٩) منه ، وتتفق أحكام هذه المواد مع نص المادة (٢٧٨) مدنى مصرى ، إلا أن القانون اللبناني قد نص زيادة على ما جاء بالتقنين المدنى المصرى على حكم هلاك الشئ الأصلى فى الالتزام البدلى ، وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة فى التقنين المدنى المصرى ^(١) .

كما نظم التقنين المدنى العراقى الالتزام البدلى فى المادة (٣٠٢) مدنى عراقى وهى مطابقة فى الحكم لنص المادة (٢٧٨) مدنى مصرى ، ونظم أيضا التقنين المدنى الأردنى أحكام الالتزام البدلى فى المادة (٤١١) وهى مطابقة لنص المادة (١٧٨) مدنى مصرى ، مع اختلاف طفيف فى العبارة ^(٢) أما قانون الالتزامات والعقود المغربى ، فإنه لم ينظم الالتزام البدلى ، وإن كان قد أفرد بابا خاصا للالتزام التخييرى ^(٣) .

ثالثا : بيان مسألة العربون كمصدر اتفاقى للالتزام البدلى :

لبيان ذلك يلزم أن أعرف العربون ، وأن أبين حكم التعاقد به ، ودلالته وتكييفه .

أ- تعريف العربون :

عرف البعض العربون بأنه : عبارة عن مبلغ من النقود أو أى شئ آخر غيره يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل العقد مبرما بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه ^(٤) .

وعرفه البعض الآخر بأنه : عبارة عن مبلغ من النقود ، يدفعه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد ^(٥) .

(١) د/ مصطفى الجمال : المرجع السابق ص ١٦٦ وما بعدها ف ٨٣ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع والموضع السابقين .

(٣) ا/ حسن الفكهنى وآخرون : المرجع السابق ج ١ ص ٥١٥ .

(٤) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى ص ١٨٧ ف ٨٥ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية ص ١١٦ ط ١ سنة ١٩٩٦ .

(٥) د/ سليمان مرقس : شرح القانون المدنى ج ٣ العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع ص ٧١ ف ٤٣ ط ٤ سنة ١٩٨٠ الناشر عالم الكتب القاهرة ، د/ أحمد سلامة المصادر ص ١١٥ ، د/ خميس خضر : العقود المدنية الكبيرة ص ٦٨ ف ٣٣ ، أستاذى الدكتور / عبد الله النجار : مصادر الالتزام ص ٧٣ ف ٧٢ ، د/ حسين قاسم : الموجز فى عقد البيع ص ١٢٣ .

وبالنظر إلى هذين التعريفين أجد أن الفارق بينهما ، أن التعريف الأول أجاز أن يكون العربون من النقود أو من غيرها ، بينما اشترط التعريف الثاني أن يكون العربون من النقود ، والحق أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون العربون أى شئ غير النقود ^(١) وإن كان الشائع فى العمل أن يقتصر العربون على النقود ^(٢) .

ب- حكم التعاقد بالعربون :

أجاز القانون المدنى التعاقد بالعربون ، وذلك بأن يدفع أحد المتعاقدين عند انعقاد العقد مبلغا من المال للمتعاقد الآخر ، يكون فى الغالب نقودا ، ويسمى هذا المبلغ بالعربون ، ودفع هذا المبلغ يكون أمانة على انعقاد العقد ، ويقع ذلك كثيرا فى العقود التى يلتزم أحد طرفيها بدفع مبلغ من النقود مقابل التزام الطرف الآخر بنقل الملكية أو تمكينه من منفعة ، كعقد البيع والإيجار ؛ إذ يدفع البائع إلى المشتري أو المستأجر إلى المؤجر مبلغا من النقود عند إبرام العقد بينهما ، ويكون هدف المتعاقدين من ذلك ، إما تقرير الحق فى العدول عن العقد لكل منهما بمحض أرائته ، وتحديد ثمن هذا العدول ، ومن ثم إذا عدل عن العقد من دفع العربون فقده ، لأن ما دفعه يكون ثمنا لعدوله ، أما إذا عدل من قبضه ، فإنه يلتزم بان يرد للمتعاقد الآخر ما قبضه ومثله معه ؛ فهو يرد ما قبض ؛ لأنه لا يحق له أن يحتفظ بما قبضه بعد عدوله ، ويرد مثل ما قبض على سبيل التعويض ، وإما لتأكيد قيام العقد عن طريق التعجيل بدفع جزء من ثمن الشئ محل التعاقد ، كما هو الحال فى عقد البيع ، أو جزء من ثمن منفعته ، كما هو الحال فى عقد الإيجار ^(٣) .

ج - دلالة العربون :

تحدد دلالة العربون بحسب ما يقصده المتعاقدان من دفع العربون عند دفعه ، وهذه الدلالة لا تخلو من فرضين :

^(١) د/ عبد الحى حجازى : موجز النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ص ١٣٥ ف ١٩١
^(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ١٨٧ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٦٦

^(٣) د/ عبد الرازق فرج ، د/ عبد السميع أبو الخير : الموجز فى شرح أحكام عقد البيع ص ٥٣ ، د/ محمد على عمران : الوجيز فى عقد البيع ص ٨١ وما بعدها ف ٣٣ ، د/ محمد ناجى ياقوت العقود المسماة - عقد البيع - والإيجار والمقاوله - الكتاب الأول عقد البيع ص ٢١ ف ١٨ .

الفرض الأول : قد يكون قصد المتعاقدين من دفع العربون هو إعطاء أحدهما أو كلاهما خيار العدول عن العقد الذى اتفقا عليه ، مقابل مبلغ العربون ، فإذا عدل من دفعه خسره ، وإذا عدل من قبضه التزم برده مضافا إليه مثله .

الفرض الثانى : وقد يكون قصد المتعاقدين من دفع مبلغ العربون هو تأكيد انعقاد العقد ، واعتباره باتا ، أى نهائيا لا رجوع فيه ولا نكوص عنه ، وذلك عن طريق البدء فى تنفيذه بدفع جزء من المقابل الذى يلتزم به أحدهما ، وهو الثمن بالنسبة لعقد البيع ، والأجرة بالنسبة لعقد الإيجار ^(١) والمرجع فى تحديد ما إذا كان دفع العربون عند التعاقد يدل على العدول أو البتات ، هو قصد المتعاقدين عند إبرام العقد ، هذا إذا أمكن للقاضى معرفة قصد المتعاقدين من دفع العربون ، ولكن إذا غم على القاضى قصد المتعاقدين ، وثار الشك حول تفسير قصدهما من دفع العربون ، فهل يفسر دفع العربون بأن العاقدین قصدا به أن يكون عربون بتات أم عربون عدول ؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة موقف القانون المدنى السابق والحالى .

موقف القانون المدنى المصرى السابق (القديم) :

إزاء عدم ورود نص ينظم أحكام العربون فى القانون المدنى القديم ظل القضاء المصرى مترددا بين الأخذ بدلالة البتات ، ودلالة العدول للعربون ، وكان مرجعه فى ذلك هو تفسير نية المتعاقدين ، بحسب العرف الجارى ، والعرف الجارى آنذاك كان يجعل دلالة العربون فى العقد الابتدائى جواز العدول ، وفى النهائى البتات ^(٢) .

أما القانون المدنى المصرى الحالى فقد جاء حاسما لهذا التردد ، وجاعلا من دفع العربون وقت إبرام العقد ، قرينة قانونية على منح كل من المتعاقدين خيار العدول عن العقد الذى أبرماه إلى أن يثبت أنهما قصدا غير ذلك صراحة أو ضمنا ، وقد نصت المادة (١٠٣) مدنى على ذلك بقولها : "١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين

(١) د/ سمير تتاغو : عقد البيع ص ٦٠ ف ١٤ ، د/ خميس خضر : المرجع السابق

ص ٦٨ ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٧١ ف ٧٣ ، د/ عبد الفتاح عبد

الباقي : المرجع السابق ص ١٨٨ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٤ ص ١٣ ومابعداها ف ٤٥ ، د/ محمد على عمران : الوجيز فى

شرح عقد البيع ص ٨٢ ومابعداها ف ٣٣ ، د/ سمير تتاغو : عقد البيع ص ٥٩ ف ١٤ .

الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " .
ويتضح من هذا النص أن القانون المدنى المصرى قد غلب دلالة العدول فى دفع العربون على دلالة تأكيد العقد ، إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى يدل على أن العربون إنما دفع لتأكيد العقد والبدء فى تنفيذه (١) .

وفى حالة ما إذا كان قصد المتعاقدين من دفع العربون هو الدلالة على حق كل منهما فى العدول عن العقد خلال مدة معينة متفق عليها بينهما ، فإنه إذا لم يعدل أى منهما عن العقد ، خلال هذه المدة المتفق على جواز العدول فيها ، أصبح العقد باتاً واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال تنفيذه ، أما إذا عدل أحدهما فى خلال تلك المدة المتفق عليها ، فإن كان العدول ممن دفع العربون فقده ، وأصبح حقاً خالصاً لمن قبضه ، وإن كان العدول من جانب الطرف الذى قبض العربون ، كان عليه رده إلى من دفعه ، بالإضافة إلى دفع مبلغ مساو له من ذمته الخاصة مقابل عدوله عن العقد (٢) .

وعلى ذلك ، فدفع العربون بناء على نص المادة (١٠٣) مدنى فى فقرتها الأولى يقيم قرينة قانونية على أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون لكل منهما خيار العدول عن العقد الذى عقده ، دون اعتداد بإرادة الطرف الآخر ، شريطة أن يكون دفع العربون قد تم عند التعاقد ، لا بعد ذلك ، إلا أن هذه القرينة بسيطة أى يمكن إثبات عكسها ، ومن ثم يجوز دحض هذه القرينة بإقامة الدليل على أن الإرادة

(١) د/ خميس خضر : المرجع السابق ص ٦٩ ف ٣٣ ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٧٣ ف ٧٢ ، د/ عبد الرازق فرج ، د/ عبد السميع أبو الخير : الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع طبعة ١٩٨٦ ص ٥٤ ، د/ سمير تنأغو : المرجع السابق ص ٦٠ ف ١٤ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٨٣ ف ٣٣ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ١ : نظرية الالتزام بوجه عام - المصادر - المجلد الأول - العقد ص ٣٣٧ وما بعدها ف ١٤٢ ، د/ محمد يحيى مطر : النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد) ص ٦٧ وما بعدها ، د/ سمير تنأغو : عقد البيع ص ٦٠ ف ١٤ ، د/ أحمد سلامة : مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ١١٦ .

المشتركة للعاقدين قد اتجهت صراحة أو ضمناً إلى ما يخلفها ، ويجوز إثبات عكس هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ^(١) .

هذا : وقد وافق القانون المدني المصري في الأخذ بدلالة العدول القانون المدني الليبي في المادة (١٠٣) منه ، والقانون المدني السوري في المادة (١٠٤) منه ، والقانون المدني الأردني في المادة (١٠٧) منه ، وقانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩١١ في المادة (١١٦) منه ، أما القانون المدني العراقي في المادة ٩٢ منه ، وأيضاً القانون المدني المغربي في المادة (٢٨٨) مدني منه ، وكذلك القانون المدني التونسي في المادة (٣٠٣) منه ، والقانون المدني اليمني في المادة (٥٦٧) منه ، والقانون المدني الإماراتي في المادة (١٤٨) منه ، فقد جعلوا دفع العربون دليلاً على بقاء العقد وتأكيدده ، إذا لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك ^(٢) .

د- تكيف العربون .

تعددت آراء فقهاء القانون المدني حول تكيف عربون العدول ، وبيان طبيعته القانونية حيث إنه لا يثور البحث عن التكيف القانوني إلا بالنسبة لعربون العدول ، ويمكن حصر آراء الفقهاء في تكيف عربون العدول على النحو التالي :

(١) العربون بدل في التزام بدلي .

(٢) العربون عقد معلق على شرط .

(٣) العربون شرط جزائي في العقد .

(٤) العربون يتضمن اتفاقين متميزين .

وسأوضح كل تكيف بشئ من التفصيل حتى يمكن الوصول إلى التكيف الراجح :

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ١٨٩ ف ٨٦ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٦٠ ف ١٤ ، د/ عبد الحكم فودة : الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي ص ٢٠٣ ف ١٦٤ طبعة ١٩٩٢ الناشر دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى ، د/ السنهوري : الوسيط ج ١ ص ٣٣٤ ف ١٤٠ .

^(٢) د/ عبد الودود يحيى : مصادر الالتزام هامش ص ٥٥ ف ٤٠ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ١٧٤ وما بعدها ف ١٤١ ، د/ محمود عبد الحكم : البيع بالعربون ص ٦١٧ ف ١٨ وهو بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفهما الأشراف العدد الأول ٢٠٠١ م .

(١) العربون بدل فى التزام بدلى :

ويذهب القائلون بهذا الرأى فى تكييف عربون العدول إلى أنه إذا كانت دلالة العربون هى جواز الرجوع عن العقد ، فإن العاقد الذى يرجع عن العقد ، يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر ، وهذا الالتزام ليس تعويضا عن ضرر أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد ؛ لأن نص المادة (١٠٣) مدنى صريح فى أن هذا الالتزام موجود حتى ولو لم يترتب على العدول أى ضرر ؛ إذ إن العربون معناه أن المتعاقدين قد أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما ، فى نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، أى أنهما جعلتا العربون مقابلا للحق فى الرجوع ، وبالتالي لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، أقل من قيمة العربون ، كما لا تجوز زيادته إذا كان الضرر أكبر منه ، مالم يكن هناك تعسف فى استعمال حق العدول ، فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف ، وليس تعويضا عن العدول فى ذاته ، كما لا يجوز عدم الحكم بالعربون ، حتى إذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر قد حدث للطرف الآخر من جراء العدول ، وإذا كان العربون هو مقابل العدول عن العقد ، أى بدل عن هذا الرجوع ، فإنه يمكن تكييفه بأنه بدل فى التزام بدلى ^(١) ويكون المدين - بائعا كان أو مشتريا - ملتزما التزاما أصليا بالالتزام الوارد فى العقد ، ودائنا فى الوقت ذاته بالحق المقابل لهذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام الأصلى ، ويسقط الحق المقابل له ، إذا هو أدى العربون ^(٢) فالعدول لا يكون عن العقد فى جملته ، وإنما يكون عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، ودفعه يعد تنفيذا للعقد فى أحد شطريه وهو البذل ، ومن ثم إذا عدل البائع عن عقد البيع فقد العربون كبذل عن التزامه بنقل الملكية ، ويسقط حقه المقابل له وهو حقه فى الثمن ، وإذا عدل المشتري خسر العربون كبذل عن التزامه

(١) يراجع فى ذلك : د/ السنهورى : الوسيط ج ٤ ص ١١٩ وما بعدها ف ٤٦ ، د/ مصطفى عدوى : المصادر ص ١٣٥ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ١٨٨ وما بعدها ف ١٥٤ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٨٦ ف ٣٣ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٤ ص ١٢٠ ف ١٤٦ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ٩٤ ف ١٥٩ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : النظرية العامة للالتزام - ص ١٣٦ مصادر الالتزام ط ١ سنة ١٩٩٦ م ، د/ سمير نتاغو : المرجع السابق ص ٦٢ ف ١٤ .

بدفع الثمن ويسقط حقه المقابل له ، وهو ملكية الشيء المبيع ^(١) .

وإذا كان العربون مقترنا بوعده بالبيع أو بالشراء - ملزم لجانب واحد ، فإن هذا هو الالتزام البدلى المحض ، لأن الواعد الذى دفع العربون يلتزم بإبرام العقد النهائى ، إذا ظهرت رغبة الموعود له فى إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يتخلى عن التزامه الأصلي ، مقابل تركه للعربون بديلا عنه وهذا هو البدل ^(٢) .

ويعترض البعض على تكييف العربون بأنه بدل فى التزام بدلى ، بأن الالتزام البدلى عبارة عن التزام واحد له محلين متعادلين ، أحدهما أصلى والثانى يجوز للمدين أن يفى به بدلا من المحل الأصلى ، وليس الأمر كذلك فى البيع بالعربون ؛ لأن الالتزامات التى ينشؤها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ، لكل منها محله الخاص ، ويستطيع البائع فى البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعا بمجرد عدوله عن البيع ، على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو التزامه بقيمة العربون ، وبالتالي لا يستقيم اعتبار ذلك التزاما بدليا ^(٣) ويمكن الرد على هذا الاعتراض بما يلى :

(١) أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون المحل الأصلى فى الالتزام البدلى محالا متعددة ، ويكون البديل محلا واحدا ^(٤) .

(٢) كما أن العدول عن العقد بترك العربون ، يعد تنفيذا للعقد وليس فسخا له ^(٥) .

(٢) العربون عقد معلق على شرط :

وذهب البعض إلى أن التعاقد بالعربون ، يعتبر تعاقدًا معلقًا على شرط بمعنى أن اشتراط العربون فى العقد يكون بمثابة إلحاق شرط بالعقد ، غير أن من ذهبوا إلى هذا التكييف ، قد اختلفوا حول تحديد طبيعة هذا الشرط ؛ فذهب بعضهم إلى أن التعاقد بالعربون ، يعتبر

(١) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٣٦ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ١٩٤ ف ١٨٥ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٤ هامش (١) ص ١٢٠ ف ١٤٦ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٣٧ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ٩٤ ف ١٥٨ .

(٣) د/ سليمان مرقس : عقد البيع مرجع سابق ص ٧٦ ومابعداها ف ٤٣ .

(٤) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ هامش رقم (١) ص ١٢٠ ف ٤٦ .

(٥) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٣٦ ، د/ سمير تTAGO : المرجع السابق ص ٦٢ ،

د/ السنهورى الوسيط ج ٤ ص ١٢٠ ف ٤٦ ، د/ محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق ص ٢٩ ف ١٨

تعاقدًا معلقًا على شرط واقف مضمونه هو عدم عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة ، ويترتب على ذلك ، أن العقد لا ينتج أى أثر ، حتى يتبين مصير الشرط ، فإذا انقضت المدة المحددة دون عدول من أحد المتعاقدين تحقق الشرط ، وأنتج العقد أثره من وقت العقد ، وعندئذ يحسب العربون من أصل الثمن ويستقر التعاقد نهائياً ^(١) أما إذا حدث العدول عن العقد خلال الفترة المحددة ، فإن الشرط الواقف يعد متخلفاً ، وبالتالي لا ينتج العقد آثاره القانونية ، إلا فيما يتعلق بإلزام الطرف الذى عدل عن التعاقد بأن يتحمل خسارة العربون الذى دفعه إذا كان مشترياً ، أو يردده ومعه مثله إذا كان بائعاً ^(٢) .

وذهب البعض الآخر إلى أن التعاقد بالعربون يعتبر عقداً معلقاً على شرط فاسخ ، مضمونه تحقق العدول عن التعاقد خلال مدة معينة ، ويترتب على هذا التكييف أن العقد ينتج كل آثاره فور انعقاده ، ولكنه يكون مهدداً بالزوال ، خلال المدة التى يجوز فيها العدول عنه ، وبالتالي إذا عدل أحد المتعاقدين خلال هذه المدة ، تحقق الشرط الفاسخ ، وترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعى ووجب على من عدل أن يترك العربون ، إن كان هو الذى دفعه أو يردضعفه إن كان هو الذى قبضه ، أما إذا مرت المدة ولم يعدل أى من المتعاقدين عن التعاقد ، فقد تخلف الشرط الفاسخ ، وظل العقد مرتباً لآثاره ؛ حيث يلتزم المشتري بدفع باقى الثمن بعد خصم العربون ، ويلتزم البائع بتسليم المعقود عليه ، ونقل ملكيته إلى المشتري ^(٣) .

هذا : وقد انتقد البعض تكييف التعاقد بالعربون بأنه معلق على شرط بما يلى :

أولاً : يؤخذ على تكييف التعاقد بالعربون أنه عقد معلق على شرط واقف أو فاسخ ، أنه

(١) د/ سليمان مرقس : عقد البيع مرجع سابق ص ٧٥ ف ٤٣ ، د/ خميس خضر : المرجع السابق ص ٦٩ ف ٣٣ ، د/ محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق ص ٢٨ ف ١٨ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ١٨٦ ف ١٥١ .

(٢) د/ خميس خضر : المرجع السابق ص ٦٩ ف ٣٣ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٨٤ ومابعدهما ، د/ محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق ص ٨٢ ف ٢١٨ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ١٨٧ ف ١٥٢ .

(٣) د/ سليمان مرقس : عقد البيع مرجع سابق ص ٧٦ ف ٤٣ ، د/ محمد على عمران : الوجيز فى عقد البيع ص ٨٥ ف ٣٣ .

متى تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإنه يترتب على ذلك زوال العقد كله بجميع آثاره ، فلا يبقى ثمة سند قانوني لإلزام من رجع عن العقد ، بأن يدفع من ماله إلى العاقد الآخر ما يساوى قيمة العربون وفقا لنص المادة ١٠٣ مدنى (١) .

ثانيا : كما يؤخذ على هذا التكييف أنه يصعب ربط عربون العدول بفكرة الشرط ؛ لأن الشرط أمر عارض ، ومجرد وصف لا يدخل فى مضمون الرابطة القانونية ، ولا يرد إلا على تصرف استجمع وجوده ابتداء ، أما الحق فى العدول المستفاد من دفع العربون ، فهو محض مشيئة وعمل إرادى ، فيتولد لصاحب الخيار حقا إراديا ، يمكنه من التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، ويصبح التعبير عن العدول ليس إخبارا ، وإنما تعبيراً عن إرادة ، يحمل فى طياته كافة مقومات التصرف القانوني ؛ إذ إن العدول ما هو إلا تنفيذ للبند الاتفاقى الوارد فى العقد فيكون لصاحبه التحلل من العقد بإرادته المنفردة دون اثر رجعى ، وبذلك تكون خسارة العربون أو رد ضعفه ضمن الالتزامات المتولدة عن ذات العقد ، وفى نفس الوقت ثمنا لاستعمال الحق فى العدول ، فالمتعاقدين بالعربون يستعمل حقا له يقرره العقد ذاته فى مقابل مبلغ متفق عليه ، ومن يستعمل حقا لا يخطئ ولا يخل (٢) .

(٣) العربون شرط جزائى فى العقد :

ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف التعاقد بالعربون ، بأنه شرط جزائى فى العقد ؛ لأن العقد يبرم بصفة نهائية ، وينتج آثاره فى الحال ، وفى حالة العدول عنه يلعب العربون دوره كتعويض جزائى عن فسخ العقد لعدم تنفيذه (٣) .

وقد انتقد البعض هذا التكييف بأن العربون مغاير للشرط الجزائى تماما ، ويظهر ذلك فيما يلى :
أولا : إن العربون لا يحمل معنى التعويض بل هو مقابل للعدول عن العقد ، وبالتالي فلا يجوز للقاضى أن يخفض من مقداره ، ولا أن يمتنع من الحكم به ، حتى ولو لم

(١) د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : مصادر الالتزام مرجع سابق ص ١٣٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ١٩٣ ف ٨٩ .

(٢) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٣٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون : أحكام الالتزام ص ٨٢ .

(٣) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ١٣٤ ، د/ محمد بندارى : العدول الاتفاقى أو القانونى عن البيع دراسة مقارنة بحث منشور بالمجلة العلمية التى تصدرها كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد الحادى عشر ط ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ، د/ عبد الرشيد مأمون : أحكام الالتزام ص ٨٣ ف ٦٣ .

يلحق بالمتعاقد الآخر أى ضرر من جراء العدول عن العقد ، كما لا يجوز له أن يزيد مقداره ، مالم يكن هناك تعسف فى استعمال الحق فى العدول ، فتصبح الزيادة تعويضاً عن التعسف فى ذاته لا عن العدول ، هذا كله بخلاف الشرط الجزائى ، الذى هو تعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بتنفيذ العقد ، وتقدير هذا التعويض يكون باتفاق المتعاقدين ، ولما كان الشرط الجزائى عبارة عن تعويض اتفاقى للإخلال بتنفيذ العقد من أحد المتعاقدين ، فإنه يجوز للقاضى أن يخفض مقداره إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، حتى يتناسب مع الضرر ، بل يجوز للقاضى ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر (١) .

ثانياً : إن العربون لا يستخدم كجزء عن التأخير فى تنفيذ العقد ؛ إذ إنه ليس هناك ما يسمى بعربون التأخير ، بخلاف الشرط الجزائى الذى يستخدم كجزء عن التأخير فى تنفيذ العقد (٢) .

ثالثاً : فى التعاقد بالعربون يجوز لكل من الطرفين أن يتحلل من الالتزامات التى تترتب على التعاقد ، فى مقابل تحمله قيمة العربون ، ولا يجوز للطرف الآخر أن يرفض ذلك ، أما فى التعاقد بالشرط الجزائى ، فيتم دفع قيمته عند إخلال أحد المتعاقدين بالعقد ، وحدث الضرر بسبب هذا الإخلال ، وبالتالي لا يجوز لأى من المتعاقدين أن يتحلل من تعاقد ، فى مقابل دفعه لقيمة الشرط الجزائى إلا إذا قبل الطرف الثانى ؛ وذلك لأن الشرط الجزائى التزام ثانوى لا يغنى عن الوفاء بالالتزام الأصلى ، ولا يقوم مقامه ، إلا إذا صار الالتزام الأصلى مستحيلاً ، أو قبل الدائن أن يستبدل به قيمة الشرط الجزائى (٣)

٤- التعاقد بالعربون معلق على شرط واقف ، ومتضمن فى نفس الوقت لاتفاقيين متميزين

(١) د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ١٤٠ ف ٢٠٢ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٤ ص ١٢٠ ف ٤٦ ، د/ مصطفى عدوى : أحكام الالتزام ص ٨٨ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٨٣ ف ٣٣

(٢) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٨٨ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٦٢ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٧٨ .

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الإرادة المنفردة ص ٩٣ ومابعدهما ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق فى نفس المكان ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق نفس المكان .

ويذهب إلى هذا التكييف للتعاقد بالعربون الدكتور / سليمان مرقس موافقا في ذلك ما ذهب إليه كثير من الفقهاء في تكييف العربون ، بأنه عقد معلق على شرط واقف ، وهو عدم عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة ، ويضيف إلى هذا التكييف أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين :

أولهما : الاتفاق على البيع مقترنا بشرط واقف أو فاسخ حسب قصد المتعاقدين .
ثانيهما : الاتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول ، يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازي قيمة العربون ، ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتا ، أيا كانت طبيعة الشرط المقترن به البيع ، فإذا استعمل أحد الطرفين حقه في العدول تحلل من البيع ، ووجب عليه في ذلك دفع ما يوازي العربون ، وإن لم يستعمل حقه في الرجوع فلا يجب عليه دفع أى شئ ^(١) .

وقد انتقد البعض هذا التكييف للتعاقد بالعربون بأنه يتعارض مع اعتبار خيار العدول المستفاد من دفع العربون حقا متولدا عن العقد ذاته ، واعتبار العدول تنفيذا لهذا العقد ، وذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين ، وبالتالي فلا محل للقول بوجود هذا الاتفاق المزدوج ^(٢) .

التكييف الراجح للتعاقد بالعربون :

وبعد عرض آراء الفقهاء في تكييف العربون ، ومناقشة ما أمكن مناقشته ، يبدو لى أن التكييف الراجح هو ما ذهب إليه الرأي القائل بأن التعاقد بالعربون بدل في التزام بدلى ، ذلك لأن الالتزام البدلى هو ذلك الالتزام الذى يقع على محل واحد ، وهذا المحل هو أداء شئ معين بالذات ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى شيئا آخر بدلا منه ، فالمدين بائعا كان أو مشتريا ، يلتزم أصلا بالالتزام الوارد فى العقد ، وهذا هو الشئ الأصلى الذى التزم به ، ولكن تبرأ ذمته إذا أدى شيئا آخر بدلا منه ، وهذا الشئ الآخر هو مبلغ العربون ، ودفع

^(١) د/ سليمان مرقس : شرح القانون المدنى جـ ٣ العقود المسماة - المجلد الأول عقد البيع ط ١٩٨٠ ص ٧٧ ف ٤٣ .

^(٢) د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الكتاب الأول المصادر الإرادية ص ١٣٨ .

العربون يعتبر تنفيذا للعقد وليس فسخا له ^(١) وهو تنفيذ عيني ، وليس تنفيذا بطريق التعويض ؛ لأن التعويض لا يستحق ، إلا إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر ، وعلاقة سببية ، بالإضافة إلى أن التعويض يكون بقدر الضرر ، أما العربون فهو بديل عن العدول وضمن له ، بصرف النظر عن وجود خطأ في العدول ، أو مقدار الضرر المترتب على هذا الخطأ ^(٢) .

ثالثا : حلول الموفى بالالتزام البدلى محل الموفى له :

إذا قام الغير بالوفاء عن المدين بالتزام بدلى ، سواء تم هذا الوفاء ، بناء على اتفاق هذا الغير مع المدين على الوفاء بالدين ، وعلى حله محل الدائن ، أو بناء على أن الموفى عن المدين له الحق في الحلول محل الموفى له قانونا ، وذلك إذا كان الموفى ملزما بالوفاء بهذا الالتزام البدلى عن المدين ، كما لو كان كفيلا بالوفاء بهذا الالتزام عنه ، أو كان ملزما بالوفاء به معه ، كما لو كان الموفى متضامنا في الوفاء بهذا الالتزام مع المدين ، على اعتبار أن ذلك كله وفاء من جهة المدين أو عنه ، فإنه يكون لهذا الموفى عن المدين أن يحل محل الموفى له (الدائن) في الرجوع على المدين بأصل الالتزام ؛ لأن الأصل في الالتزام البدلى أن يقع محله على شئ واحد ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا وفى بدلا منه شيئا آخر ، ويكون للمدين الحق في أن يؤدي للموفى عنه - متى رجع عليه بما وفاه - الالتزام البديل ؛ لأن الأصل أن الاختيار في الوفاء بالالتزام البدلى للمدين ، ولا يسقط وفاء الغير عنه حقه في الوفاء بالبديل ، وإلا أصبح حلول الموفى محل الموفى له في وصف زائد على الالتزام الذي وفاه عن المدين ؛ وذلك لا يسرى في حق المدين ؛ لأن له أن يتمسك بحقه في اختيار البديل ^(٣) الذي تقرر له بمقتضى الاتفاق ، كما هو الحال في

(١) د/ محمد على عمران : الوجيز في عقد البيع مرجع سابق ص ٨٦ ف ٣٣ ، د/ السنهوري : الوسيط ج ٤ ص ١٢٠ ف ٤٦ ، د/ محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٢٩ ف ١٨ ، د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٢) د/ محمد ناجي ياقوت : المرجع والموضع السابقين ، د/ سمير تـاـغو : عقد البيع ص ٦٢ ومابعدھا ف ١٤ ، هامش رقم (١) ص ٦٣ ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٧٣ ومابعدھا ف ٧٢ .

(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ١٥٣ ، د/ عبد الحكم فودة : المرجع السابق ص ١٩٢ .

مسألة العربون السابق بيانها ، أو بمقتضى نص فى القانون كما هو الحال فيما نصت عليه المادة (٤٤٢) بقولها : " إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه ، بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان ، بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه من الفوائد القانونية وجميع المصروفات " أما إذا وقع الوفاء عن المدين بالالتزام البدلى باتفاق الموفى مع الدائن ، فإن الموفى لا يؤدى للدائن إلا محل الالتزام الأصلي بالنسبة للمدين لأن الخيار بين المحلين الأصلي والبدلى فى الالتزام البدلى للمدين وليس للدائن ؛ إذ لا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالمحل الأصلي دون البدلى ، ومن ثم لا يكون للموفى عن المدين بالالتزام البدلى بالاتفاق مع الدائن ، أن يرجع على المدين بدعوى الحلول إلا بما وفاه وهو المحل الأصلي للالتزام البدلى ، دون المحل البدلى ، ومع ذلك يبقى للمدين أن يؤدى الالتزام البدلى للموفى عند رجوعه عليه ؛ لأن الموفى الحال من جهة الدائن لا يحق له أن يرجع على المدين بوصف زائد ، عما كان للدائن الذى وفاه ، وقد كانت ذمة المدين تبرأ قبل الدائن ، إذا وفاه بمحل بدلى عن المحل الأصلي للالتزام ، فيظل له ذلك قبل الموفى ، الذى له الحق فى الحلول محل الدائن بالاتفاق معه ^(١) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق يتبين أن فقه القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى تعريفه للالتزام البدلى ، حيث عرف فقه القانون المدنى الالتزام البدلى بأنه : " التزام يكون محله شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر " ، وعرفه الفقه الإسلامى بأنه عبارة عن قيام المدين بالوفاء بشئ غير المكلف به ، أى الملتزم به أصلاً فتبرأ ذمته من المطالبة بالشئ المكلف به .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه أقر مشروعية الالتزام البدلى ، ويتضح ذلك أن القانون المدنى ، وكذلك معظم التشريعات المدنية العربية ، قد نظمت أحكامه ضمن نصوص تشريعاتها المدنية ، ولم يشذ عن ذلك إلا قانون الالتزامات والعقود المغربى ، فإنه لم ينظمه ضمن نصوصه ، وقد حدثت هذه القوانين حذو الفقه الإسلامى ، فى تنظيمه للالتزام

(١) يراجع فى هذا المعنى د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ١٥٣ ، د/ عبد الحكم فودة :

البدلى فى كثير من التطبيقات ، كما هو الحال فى مسألة استبدال الوقف ، التى أجازها جمهور الفقهاء ، ومسألة استبدال الرهن التى أجازها فقهاء المذهب الحنفى ، ومسألة العربون التى أجازها الحنابلة وبعض الصحابة والتابعين .

وعن مسألة العربون ، فإنه بالنظر فى تعريف فقه القانون المدنى وتعريف فقهاء المذاهب الإسلامية له يتضح ما يلى :

أولاً : يختلف فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى تحديد من يقوم بدفع العربون من المتعاقدين ، فبينما يحصر الفقه الإسلامى من يدفع العربون فى المشتري مع احتسابه من الثمن فى حالة الرضا بإتمام العقد ، وعدم احتسابه من الثمن ، إن كره المشتري السلعة ، وفى هذه الحالة يصبح العربون حقا للبائع .

يعطى القانون المدنى لأى من المتعاقدين الحق فى أن يدفع العربون للآخر عند إبرام العقد ، سواء أكان البائع أم المشتري ، وإذا دفع المشتري عربونا للبائع ثم عدل عن إتمام العقد ، فإنه يخسره فى مقابل عدوله ، ويصير العربون حقا للبائع ، أما فى حالة إتمام العقد فإن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى احتساب العربون من الثمن .

كما يختلف فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن فقه القانون المدنى يجعل العقد المصحوب بدفع عربون عقدا جائزا فى حق طرفى العقد ؛ بحيث يكون لكل منهما الحق فى العدول عنه فى حين يجعل الفقه الإسلامى العقد المشتمل على عربون عقدا جائزا فى حق المشتري ولازما فى حق البائع ، وبالتالي لا يجوز للبائع العدول عنه .

ويتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه القول الراجح فى نظرى فى الفقه الإسلامى والقائل بجواز التعاقد بالعربون لما سقته من مؤيدات لهذا الترجيح .

إلا أن القانون المدنى يختلف مع ما يذهب إليه القول الراجح فى أن هذا القول يذهب إلى أن البائع لا يحق له أن يعدل عن إتمام العقد ، متى اختار المشتري ذلك ؛ لأن العقد لازم بالنسبة له ، فى حين يذهب القانون المدنى إلى أن البائع يحق له أن يعدل عن إتمام العقد ، وفى هذه الحالة يلتزم بأن يرد للمشتري العربون ومثله معه ؛ لأن العقد جائز بالنسبة لهما .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أن دفع العربون عند التعاقد يدل على أحد أمرين :

الأول : إما أن يكون الهدف من دفع العربون عند التعاقد ، هو تأكيد العقد وتنفيذه ، واعتبار العربون جزءا من الثمن .

الثانى : وإما أن يكون الهدف من دفع العربون هو إعطاء الحرية للمشتري فى إتمام العقد أو فى العدول عنه هذا فى الفقه الإسلامى أو إعطاء الحرية لطرفى العقد فى العدول عنه ، مقابل خسارة العربون ، إذا حدث العدول من دافعه ، أو مقابل رده مضافا إليه مثله ، إذا حصل العدول ممن قبضه هذا فى القانون المدنى .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه لما كان التعاقد بالعربون يثبت فيه الخيار للمشتري فى أن يتم العقد ، ويكون العربون جزءاً من الثمن ، أو أن يعدل عنه ويفقد العربون كمقابل وبدل لعدم إتمام العقد ، وخيار المشتري هنا هو خيار شرط ، يقابله شئ من المال بدلا عن البيع فى حالة الرد ، ومن ثم فإن التعاقد بالعربون يعد بديلا عن التزام المشتري الأصلي فى حالة اختياره عدم إتمام العقد ، كما يثبت فيه الخيار للبائع فى القانون المدنى ، وبالتالي إذا عدل عن إتمام العقد ، فإنه يلتزم برد العربون للمشتري ومثله معه ، ولا يثبت للبائع خيار فى البيع بالعربون فى الفقه الإسلامى ؛ لأن العقد المصحوب بدفع العربون لازم من جهة البائع ، ومن ثم لا يستطيع رده .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما يذهب إليه القول الراجح فى الفقه الإسلامى القائل بجواز العقد المشتمل على العربون ، والذي يفقد فيه المشتري قيمة العربون ، إذا عدل عن إتمام العقد ، ويصير ذلك بديلا عن الوفاء للدائن بالالتزام الأصلي ، وهو إتمام العقد ودفع باقى الثمن ، ويحسب من الثمن إذا أتم المشتري العقد بأن قام بالوفاء بالالتزام الأصلي ، وهو دفع باقى الثمن ، كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا قام الغير بالوفاء بالالتزام الأصلي عن المدين ، وكان هذا الوفاء بالاتفاق بين الموفى والدائن (الموفى له) فإنه يحق لهذا الموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يقوم فى هذا الرجوع مقام الدائن ، وفقا للرأى الراجح فى هذا الشأن ، ويكون التزام المدين فى مواجهة الموفى كما كان فى مواجهة الدائن ، ومن ثم يكون للمدين أن يؤدي الالتزام الأصلي للموفى ويتم التعاقد ، ويحسب العربون من الثمن ، و يكون له أيضا أن يترك العربون ويصير تركة للعربون بديلا عن الوفاء بالالتزام الأصلي ؛ لأن الخيار فى الفقه الإسلامى للمدين بالثمن (المشتري) فلا يسقطه وفاء الغير عنه ، بالإضافة إلى أن الموفى لا يحق له أن يرجع على المدين بأكثر مما كان للدائن قبله ، أما إذا تم الوفاء من الغير بالاتفاق مع المدين (المشتري) ، فإن هذا الوفاء يكون بالالتزام الأصلي وهو إتمام العقد ودفع باقى الثمن ؛ لأن وفاء الغير عن المدين بإذنه فى حكم اقتراضه من الموفى ما يصح الوفاء به ، وبالتالي فإن رجوع الموفى عليه يكون بما وفاه عنه وهو الالتزام الأصلي .

المطلب الرابع

الالتزام التخييري وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا كان محل الحق الذى التزم المدين بالوفاء به ، يكون موصوفاً وذلك إذا كان شيئاً واحداً منذ البداية ، ولكنه قد يتعدد عند الوفاء به ، بحيث يكون للمدين أن يستبدل محل الالتزام الأصلي بشئ آخر ، ويكون له أن يفى به بدلاً من هذا المحل الأصلي ، وتبرأ ذمته بهذا الوفاء ، فإنه يكون موصوفاً أيضاً ، إذا ورد هذا الحق على أكثر من محل ، بحيث يكون للمدين أو للدائن أن يتخير المحل الذى يتم الوفاء به ، وفى هذه الحالة يكون الالتزام موصوفاً بكونه تخييراً^(١).

وسوف أتناول ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

وقبل أن أتناول الالتزام التخييرى بالدراسة تجدر الإشارة إلى أن المادة (٢٧٥) من التقنين المدنى المصرى قد نصت على أنه : " يكون الالتزام تخييراً ، إذا شمل محله ، أشياء متعددة ، تبرأ ذمة المدين براءة تامة ، إذا أدى واحداً منها " ويتضح من هذا النص أن الالتزام التخييرى يلتقى مع خيار التعيين فى كون المحل واحداً مبهماً من أشياء معينة ، وبمطالعة الأحكام التى ذكرها شراح القانون المدنى للالتزام التخييرى أجد أنها تقترب كثيراً من الأحكام التى ذكرها الفقهاء المجيزون لخيار التعيين ، كما سيتضح ذلك من خلال عرض هذا المطلب ، مما يجعلنى أقرر باطمئنان أن دراسة الالتزام التخييرى يقابلها فى الفقه الإسلامى خيار التعيين^(١) ، وبناءً على ذلك سوف أتناول هذا المطلب فى فرعين :

الفرع الأول : تعريف خيار التعيين ، ومشروعيته ، وشروط تحققه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : صاحب الحق فى خيار التعيين ، وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

(١) د/ إبراهيم علوان : خيار التعيين ، وأثره على العقد بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى دراسة مقارنة ص ٥٠ وهى رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤١٧هـ — ١٩٩٦م ، د/محمد إبراهيم بندارى : الالتزام التخييرى دراسة مقارنة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية ص ١٦ ف ١٠ ط ١٩٩٥ الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/ طلبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة ص ١٧٩ ، د/ السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ٣ المجلد الأول أوصاف الالتزام بهامش رقم (١) ص ١٦١ وما بعدها ط ١٩٨٣م .

الفرع الأول

تعريف خيار التعيين ومشروعيته وشروط تحققه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

لتعريف خيار التعيين ، وبيان مشروعيته وشروط تحققه يلزم أن أتناول ذلك فى كل من
الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لبيان هذا الفرع يجب أن أعرف خيار التعيين أولاً ، ثم أبين مشروعيته ثانياً ثم أوضح
شروط تحققه ثالثاً .

أولاً : تعريف خيار التعيين :

أ- فى اللغة :

خيار التعيين مركب إضافى مكون من كلمتين كلمة (خيار) وهى مضاف ، وكلمة تعيين
وهى مضاف إليه ، ولا يعرف المركب إلا بمعرفة شقيه ، فكلمة خيار بكسر الخاء واحد
الخيارات واسم من الاختيار ، والتخير ، ويراد بالخيار عند العرب : طلب خير الأمرين
، ويقال : خير بين الأمرين ، فضل بعضها على بعض ، وخير الشئ على غيره فضله
عليه ، وخيرته بين الشيئين والأشياء فوضت إليه الاختيار فاختر أحدهما ، وتخيرته ^(١) .
والتعيين مصدر عيّن مأخوذ من عين الشئ أى نفسه ، يقال هو بعينه ، ويقال : تعيين
الرجل إذا رفع بصره ، وتأنى ليصيب شيئاً بعينه ، وعاین الشئ عياناً رآه بعينه ، وتعين
عليه الشئ لزمه بعينه ، وتعيين الشئ تخليصه من الجملة ، وتخصيصه منها ^(٢) وعلى
ذلك يكون المراد بخيار التعيين فى اللغة تحديد ، وتمييز خير الأشياء بعد أن كان شائعاً .

ب- فى اصطلاح الفقهاء :

لما لم يكن خيار التعيين محل اتفاق بين الفقهاء ؛ حيث أجازوه البعض ، ومنعه
البعض الآخر لذا لم يتعرض لتعريفه إلا المجيزون له ، ومن ثم فقد عرفه
الحنفية بقول بعضهم : " هو أن يشتري أحد ثوبين ، أو ثلاثة غير معين ، على أن

(١) المصباح المنير ١/١٨٥ ، المعجم الوجيز ص ٢١٥ ، المعجم الوسيط ١/٢٦٤ ، القاموس المحيط

٢/٢٥ ، مختار الصحاح ص ١٩٤ مادة (خير) .

(٢) المعجم الوجيز ص ٤٤٣ ومابعداها ، المعجم الوسيط ٢/٦٤١ ، القاموس المحيط ٢/٢٤٧ ، مختار

الصحاح ص ٤٦٧ ، المصباح المنير ٢/٤٤٠ ومابعداها مادة (عيّن) .

يأخذ أيهما شاء ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه المبيع " (١) وقول البعض الآخر: " هو أن يبيع أحد العبدین أو الثوبین على أن يأخذ أيهما شاء أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيهما شاء " (٢) .

وعرفه المالكية بقولهم : " بيع بت في بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه ، هذا إذا لم يجمع الخيار بأن يشتري أحد الثوبين على أنه بالخيار في تعيينه فقط ، وأما إن جمعه بأن يشتري أحدهما على أنه بالخيار في تعيينه ، وهو فيما يعنيه بالخيار ، فيحد بأنه : بيع بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه وبته " (٣) .

وعرفه الدسوقي بقوله هو : " بيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه " (٤) . وعرفه الزيدية بقول بعضهم : " خيار تعيين المبيع ، كبيع ثوب من ثياب على أن يختار ، أو ثيابا على أن يرد ما شاء " (٥) .

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بعدة تعريفات منها :

(١) أن يكون للعاقד حق تعيين أحد الشيئين ، أو الثلاثة التي ذكرت في العقد بمقتضى شرط فيه (٦) .

(٢) أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن ، والصفة التي ذكرت في العقد (٧) .

(١) ابن عابدين : حاشيته على الدر المختار ٩٦/٥ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ٥٢١/٥ .

(٢) الإمام الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٢١ وقرب منه تعريف الإمام ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٦ ص ٢٣ ، وقاضى زاده : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣١ .

(٣) الإمام الخرشى : شرحه على مختصر خليل ج ٥ ص ١٢٣ .

(٤) الإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٠٦ .

(٥) ابن المرتضى : البحر الزخار ج ٣ ص ٣٥٥ ، العنسى : التاج المذهب الجامع لأحكام المذهب ج ٢ ص ٣٣١ .

(٦) الأستاذ : مصطفى شلبى : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى ص ٥٠٣ طبعة ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩ بدار التاليف .

(٧) د/ وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامى وأدلته ج ٤ ص ٢٥٢ ط ٣ ١٤٠٩ هـ ١٩٨٩ م بدار الفكر بدمشق .

(٣) أن يكون المشتري ، أو البائع بالخيار بمقتضى شرط فى العقد ، فى أن يعين واحدا من شيئين ، أو ثلاثة أشياء ، متفاوتة قيمتها فيما بينها ^(١) .

(٤) أن يكون لأحد العاقدين حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة إلى ذكرت فى العقد مع ثمن كل منها ، ليكون هذا المعين هو محل العقد ^(٢) .

(٥) أن يشتري أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيهما شاء ^(٣) .

ثانيا : مشروعية خيار التعيين :

لم يكن القول بجواز خيار التعيين محل اتفاق بين الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فى القول بجواز هذا الخيار ، وعدم جوازه ، وذلك على قولين :

القول الأول : ويذهب أصحابه إلى القول بعدم جواز خيار التعيين ، وقد ذهب إلى هذا القول الإمام زفر من الحنفية ^(٤) والشافعية فى المعتمد عندهم ^(٥) والحنابلة فى الراجح عندهم ^(٦) .

(١) الإمام محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٣٦٤ ط دار الفكر العربى بالقاهرة ١٤١٦هـ — ١٩٩٦م .

(٢) د/ عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٣١٧ ط ١٢ بمؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٦هـ — ١٩٩٥م .

(٣) د/ محمد سلام مذكور : الفقه الإسلامى ص ٥٣١ ط ٢ بمطبعة الفجالة الجديدة بالقاهرة ١٩٥٥م .

(٤) قاضى زاده : مجمع الأنهر ٣١/٢ وقد جاء فيه : " ويجوز خيار التعيين والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر " ، والمرغنانى : الهداية ٣١/٣ .

(٥) النووى : روضة الطالبين ٣٥٨/٣ حيث يقول : " لو قال بعثك عبدا من العبيد أو إحدى عبيدى أو عبيدى هؤلاء أو شاة من هذا القطيع فهو باطل ، وكذا لو قال بعثهم إلا واحدا مبهما ، وسواء تساوت قيمة العبيد أو الشياه أم لا ، وسواء قال لك الخيار فى التعيين أم لا ؟ ، المجموع ٢٨٦/٩ ومابعدهما ، والمحلى : شرحه على منهاج الطالبين بهامش حاشيتا قليوبى وعميرة ١٦١/٢ ط دار إحياء الكتب العربية فيصل البابى الحلبي ، الرافعى : فتح العزيز شرح الوجيز بذييل المجموع ١٣٣/٨ ط دار الفكر .

(٦) المقدسى : الشرح الكبير بذييل المغنى لابن قدامة ط دار الغد العربى ٢٣٨/٤ حيث يقول : " ولا يجوز أن يبيع عبدا غير معين لأنه مجهول ؛ ولأنه غرر ، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر ، ولا عبدا من عبيده سواء قلوا أو كثروا وبه قال الشافعى " ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٤٥٤/٤ ، كشاف القناع ١٦٧/٣ .

والظاهرية^(١) وقول عند الزيدية^(٢) ، والإمامية فى المعتمد عندهم^(٣) .
وقد استدلل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالكتاب ، والسنة والمعقول .
أما الكتاب فمنه :

قول الحق سبحانه وتعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون
تجارة عن تراض منكم ﴾^(٤) .
وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى حرم أن يأخذ المرء مال غيره بغير تراض منهما ، وسماه باطلاً ،
والتراضى لا يتحقق إلا فيما هو معلوم متميز ، والمعقود عليه فى خيار التعيين مجهول ؛
فيكون من الباطل المنهى عنه بنص الآية الكريمة ، وكيف العمل ؟ إذا قال البائع : أعطيك
من هذه الجهة ، وقال المشتري : بل من هذه الأخرى ، فإن جعلنا قول أحدهما أولى من
قول الآخر ، فقد أجبرناه على ما يكره ، وهذا ظلم لا خفاء فيه^(٥) .
مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بأنه غير مسلم ؛ وذلك لأنه يكفى لتحقيق الرضا أن يكون واقعا على
جملة الأشياء ، التى وقع العقد على أحدها ، فيكون متعلق الرضا فى الجملة ، ومتى تم
التراضى على من له الخيار ، فقد تحقق التراضى الذى هو مناط البيع والشراء^(٦) .
وأما السنة فمنها :

ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أنه قال : " نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر " ^(٧) .

(١) المحلى ٤٢٩/٨ وما بعدها .

(٢) البحر الزخار ٣٥٥/٣ .

(٣) الهذلى : شرائع الإسلام ١٦٧/١ ، الحلى : الجامع للشرائع ص ٢٤٩ .

(٤) سورة النساء من الآية رقم (٢٩) .

(٥) ابن حزم : المحلى ٤٣٠/٨ ، د/ إبراهيم علوان : المرجع السابق ص ١٠٧ .

(٦) الإمام الشوكانى : السيل الجرار ٢٧/٤ ، د/ إبراهيم علوان : المرجع السابق ص ١١٠ .

(٧) الحديث أخرجه الإمام مالك فى موطنه عن أبى حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب ٥١٣/٢ وما بعدها باب
البيع الغرر رقم (٧٥) ط ٤ مدار الحديث بالقاهرة تحقيق أ/ محمد فؤاد عبد الباقي ١٤١٩هـ - ١٩٩٩ ،
الإمام مسلم : صحيحه عن طريق عبيد الله بن عمر عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله
عنه - كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر برقم (١٥١٣) ط ١ دار القلم - بيروت

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ، والبيع مع خيار التعيين فيه غرر ؛ وذلك لأن المعقود عليه مجهول ، وليس هناك غرر أعظم من أن يكون محل العقد مجهولا ؛ بحيث لا يدري البائع أى شئ هو الذى باع ، ولا يدري المشتري أى شئ اشترى ، فيكون البيع مع خيار التعيين منهيًا عنه ، لما فيه من الغرر ^(١) .
ويناقش ذلك :

بأن هذا الاستدلال غير مسلم ، وذلك لأنه إذا شرط خيار التعيين بأن قال البائع على أن تأخذ أيهما شئت ، فإن البيع يكون قد انعقد ، موجبا للملك عند اختياره لا للحال ، والمعقود عليه عند اختياره معلوم ومن ثم فلا يدخل فيه الغرر ^(٢) .
وأما المعقول :

فلأن المبيع مجهول وقت التعاقد إذ إنه أخذ الثياب أو العبيد وهى متفاوتة فى نفسها ، وجهالة المبيع فيما يتفاوت تفسد العقد ؛ لأنها تؤدى إلى الغرر المنهى عنه ^(٣) .
ويناقش ذلك :

بأن البيع لا ينعقد موجبا للملك فى الحال ، حتى تكون هناك جهالة وغرر ، ولكنه ينعقد موجبا للملك عند اختيار من له حق الاختيار ، والمبيع عند الاختيار يكون معلوما ، وبالتالي تنتفى الجهالة والغرر ، ويكون البيع مع خيار التعيين صحيحا ، وليس فاسدا ^(٤) .

١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م ، الإمام البخارى : صحيحه كتاب البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبله ١٤٥/٣ (رقم ٩٣) طبعة عالم

(١) الإمام ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٤٣٠ .

(٢) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٤ طبعة دار الفكر بيروت ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م ، الخوارزمى : الكفاية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٢١ طبعة دار إحياء التراث العربى .

(٣) الإمام المقدسى : الشرح الكبير مطبوع مع المغنى لابن قدامة طبعة دار الغد العربى ٤٣٨/٤ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٤٥٤/٤ .

(٤) الإمام الكاسانى : بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ ، جلال الدين الخوارزمى : الكفاية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٢١ ، الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ص ٣٦٥ .

القول الثانى :

ويذهب أصحابه إلى القول بجواز خيار التعيين ، وقد ذهب إلى هذا القول الحنفية ما عدا زفر ^(١) والمالكية ^(٢) وقول قديم عند الشافعية ^(٣) ووجه مرجوح عند الحنابلة ^(٤) والزيدية فى المعتمد عندهم ^(٥) وقول ضعيف عند الإمامية ^(٦) والإباضية ^(٧) .
وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالقياس ، والمعقول .

أما القياس :

فهو قياس خيار التعيين على خيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن فى كل ؛ إذ كل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن لاختيار ما هو الأوفق والأرفق ، وورود الشرع فى خيار الشرط للحاجة إلى التأمل فى الاختيار يعتبر ورودا فى خيار التعيين ^(٨) .

أما المعقول :

إن الناس قد تعاملوا بهذا البيع ، واعتادوا التعامل به ، نظرا لحاجتهم إليه ؛ وذلك لأن كل واحد لا يمكنه أن يدخل إلى السوق فيشتري ما يحتاج إليه ، خصوصا الأكابر والمخدرات من النساء ، فيحتاج إلى أن يأمر غيره بالشراء له ، وقد لا تتدفع حاجته بشراء شئ واحد

^(١) البحر الرائق ٢٣/٦ وقد جاء فيه : " وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة وهو أن يبيع أحد العبدین أو الثلاثة أو أحد الثوبين أو الثلاثة على أن يأخذ المشتري واحدا " ، الهداية ٣١/٣ ، تبیین الحقائق ٢١/٤ ، شرح فتح القدير ٥٢١/٥ ، بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ .

^(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للرددير ١٠٦/٣ وقد جاء فيها : " بيع الاختيار بيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه كأبيك أحد هذين الثوبين على البت بدينار ، وجعلت لك يوما أو يومين تختار فيه واحدا منها " ، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٢٣/٥ ، الحطاب : مواهب الجليل ٤٢٤/٤ ط ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م .

^(٣) روضة الطالبين ٣٥٨/٣ وقد جاء فيها : " وحكى قولا قديما أنه لو قال بعثك أحد عبدى أو عبيدى الثلاثة على أن تختار من شئت فى ثلاثة أيام أو أقل صح العقد وهذا شاذ ضعيف " ، المجموع ٢٨٧/٩ ، حاشيتا قليوبى وعميرة ١٦١/٢ .

^(٤) الفروع ٢٦/٤ ط ١٤٠٥ هـ بعالم الكتب ، المرداوى : تصحيح الفروع ٢٧/٤ نفس الطبعة .

^(٥) التاج المذهب ٣٣١/٢ ، البحر الزخار ٣٥٥/٣ .

^(٦) مفتاح الكرامة ٣٥٣/٤ ، الحلبي : شرائع الإسلام ١٦٧/١ ومابعدھا .

^(٧) شرح كتاب النيل ٢٧٤/٩ .

^(٨) بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ ، الهداية ٣١/٣ .

معين من جنس ما يرغب فى شرائه فعساه لا يوافق رغبته من كل الوجوه ، فيحتاج إلى أن يشتري له رسوله أو وكيله واحدا من اثنين أو من ثلاثة من ذلك الجنس ويحملها إليه جميعا ليختار أحدهما بالثمن المذكور ويرد الباقي ، فجوز ذلك لحاجة الناس ، ولا حاجة فيما زاد على الثلاثة ؟، لأنها تندفع بالتحري فى ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد ، والوسط ، والردئ فلا حاجة إلى الأربعة ^(١) .

الترجيح :

وبعد عرض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشة ما استدل به أصحاب القول الأول يتبين لى - والله أعلم - رجحان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثانى القائل بصحة خيار التعيين ، وجواز العقد على واحد مبهم من أشياء معلومة ؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض الصحيح .

ثالثا : شروط تحقق خيار التعيين :

يلزم لتحقيق خيار التعيين عند الفقهاء القائلين به ، أن تتوافر عدة شروط أهمها مايلى :

- (١) أن يرد التخيير على أشياء متعددة :
 - (٢) أن يتوافر فى الأشياء محل التخيير الشروط الواجب توافرها فى محل التعاقد .
 - (٣) أن يذكر الحق فى التعيين فى صلب العقد .
 - (٤) أن تكون الأشياء محل التخيير متفاوتة فيما بينها .
 - (٥) أن تكون الأشياء محل التخيير ثلاثة فأقل .
 - (٦) أن تكون مدة الخيار معلومة .
- وسأوضح كل شرط من هذه الشروط بكلمة موجزة .
- الشرط الأول :** أن يرد التخيير على أشياء متعددة .
- ينبغى لتحقيق التخيير أن يكون واردا على أشياء متعددة ، وهذا شرط بدهى لقيام خيار

^(١) يراجع البحر الرائق ٢٣/٦ ، الهداية ٣١/٣ ، تبين الحقائق ٢١/٤ ، شرح فتح القدير ٥٢١/٥ ، بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ ، د/عبد المجيد مطلوب : النظريات العامة فى الفقه الإسلامى - المال والملك والعقد دراسة مقارنة ص ٢٧٢ ، د/أنور دبور : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٤٤٢ ، الشيخ : عيسوى أحمد عيسوى : الفقه الإسلامى المدخل ونظرية العقد ص ٥٦٤ ، الإمام محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ص ٣٦٥ ومابعدا .

التعيين ؛ إذ لا يمكن قيامه فى عقد على شئ واحد ، ولو كان هذا الشئ ذا أجزاء متعددة ، ككتاب مكون من عدة أجزاء ، فلا اختيار للعائد بين هذه الأجزاء ؛ لأنه يؤدى إلى تفريق الصفة على صاحبها وهذا لا يصح ، وهذا الشرط وإن لم يصرح به الفقهاء المجيزون لاختيار التعيين ، إلا إنه ظاهر الوضوح فى كلامهم ^(١) .

الشرط الثانى : أن يتوافر فى الأشياء محل التخيير الشروط الواجب توافرها فى محل التعاقد وهى :

- (١) أن يكون محل التعاقد معلوما للعاقدين .
 - (٢) أن يكون محل التعاقد موجودا .
 - (٣) أن يكون محل التعاقد مقدورا على تسليمه .
 - (٤) أن يكون محل التعاقد قابلا للتعامل فيه أو مشروعاً .
- وسأبين كل شرط من هذه الشروط بكلمة موجزة فيما يلى :
- (١) أن يكون محل التعاقد معلوما للعاقدين .

لكى يكون خيار التعيين صحيحاً يلزم أن تكون الأشياء التى يجرى فيها التخيير معلومة ، وثمن كل واحد منها معلوما ، ذلك لتتنقى الجهالة الفاحشة التى تفضى إلى المنازعة ؛ لأن الجهالة متى كانت مفضية إلى النزاع كانت مانعة من التسليم والتسلم ، فلا يحصل المقصود من العقد ، ولكن إذا كانت جهالة الأشياء محل التعاقد لا تؤدى إلى النزاع بين المتعاقدين ، كما هو الحال فى العقود ، التى فيها خيار ينصب على تعيين واحد غير معلوم من بين أشياء معلومة ، وثمن كل واحد منها معلوما ، فإن محل التعاقد يكون

(١) هذا : مع ملاحظة أن الفقهاء القائلون بجواز خيار التعيين قد اختلفوا فى ضبط العدد الذى يكون محلاً لخيار التعيين ، فذهب الحنفية ما عدا زفر إلى أن خيار التعيين لا يجوز فيما زاد على الثلاثة ويجوز فى الاثنين والثلاثة ذلك لأن خيار التعيين شرع استحساناً للحاجة إليه ، وهذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والوسط والردئ فيها ، وذهب المالكية ، والزيدية ، والإباضية : إلى أن خيار التعيين يجوز فى القليل والكثير ؛ لأن الحاجة تدعو إلى الخيار بين أكثر من ثلاثة ، وكثرة المحال لا تؤدى إلى الضرر ما دامت المحال محصاة ومحددة ، واشترط الخيار فيها لأحد العاقدين ، يراجع فى ذلك شرح فتح القدير ٥/٢١١ ، الهداية ٣/٣١ ، شرح الخرشي ٥/١٢٣ ، حاشية الدسوقي ٣/١٠٦ ، البحر الرخار ٣/٣٥٥ ، التاج المذهب ٢/٣٣١ .

معلوماً ، وعلى ذلك إذا كانت الأشياء التى يجرى التخيير فيها مجهولة أو كانت معلومة ولكن لم يذكر مع كل واحد منها ثمنه ، فإن العقد المقترن به هذا الخيار يكون فاسداً ^(١) . وفى ذلك يقول ابن نجيم : " الفساد فى ثلاثة ، الأولى : إذا لم يفصل ولم يعين محل الخيار لجهالتهما ، الثانية : فصل ولم يعين محله لجهالة المبيع ، والثالثة : عين محله ولم يفصل الثمن لجهالة الثمن " ^(٢) .

وتحقق العلم بمحل العقد يحصل بأحد أمرين :

الأول : المشاهدة ؛ لأن مشاهدة المعقود عليه ورؤيته رؤية نافية للجهالة تؤدى إلى التعرف عليه ، وقطع المنازعة بشأنه ، وفى ذلك يقول الإمام البهوتى : " والعلم به يحصل برؤية تحصل بها معرفته أى المبيع مقارنة تلك الرؤية للعقد بأن لا تتأخر عنه " ^(٣) والمشاهدة تختلف من عين لأخرى ، والمعتبر فى كل عين ما يليق بها ^(٤) ، ولذلك تكفى رؤية بعض المعقود عليه إن دلت على باقيه كظاهر صبرة من شعير أو غيره ، لأنه برؤية البعض يزول غرر الجهالة ؛ إذ إن باطن الصبرة فى الغالب كظاهرها ، وكذلك تكفى رؤية الظاهر ، إذا كانت هناك مشقة فى رؤية الباطن كرؤية أساس الحيطان ، والجوز فى قشره ^(٥) وإذا تعذرت رؤية المعقود عليه لكون العاقد أعمى ، فإن العلم به يكون بالذوق إذا كان مطعوماً ، أو بالشم إن كان مما يعلم به ، أو باللمس إذا كان مما

(١) بدائع الصنائع ٢٣٣/٥ طبعة دار الفكر بيروت ١٤١٧هـ ١٩٩٦م ، الموصلى : الاختيار ٥/٢ ، الخطاب : مواهب الجليل ٢٧٦/٤ ، بداية المجتهد ١٢٩/٢ ط دار الفكر بيروت وقد جاء فيه : " والغرر ينتفى عن الشئ بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر وذلك فى الطرفين الثمن والمثمن " ، الرهونى : حاشيته على شرح الزرقانى ج ٥ ص ٨٥ ط دار الفكر بيروت ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م ، التاج المذهب ٣١٣/٢ ، البهوتى : شرح منتهى الإرادات ١٤٦/٢ .

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق ٢٣/٦ .

(٣) البهوتى : كشف القناع ١٦٣/٣ ، الموصلى : الاختيار ٥/٢ .

(٤) النووى : المنهاج المطبوع مع مغنى المحتاج ٢٠/٢ ، الشربيني : مغنى المحتاج ٢٠/٢ ، الكهوجى : زاد المحتاج ١٨/٢ ، د/ على القليصى : فقه المعاملات المالية فى الشريعة الإسلامية ص ٧٣

ط ١٤١١هـ ١٩٩١م

(٥) مغنى المحتاج ١٩/٢ وما بعدها ، المذهب ٣٥١/١ ، زاد المحتاج ١٨/٢ .

يعرف به أيضا ، من غير حاجة إلى حاسة البصر ، أما إذا كان لا يعلم إلا عن طريق المشاهدة بحاسة البصر ، فللأعمى أن يوكل غيره في مشاهدة المعقود عليه ^(١) .

الثانى : وصف المعقود عليه : وذلك إذا لم يكن حاضرا مجلس العقد ، أو كان حاضرا ولكن تعذرت رؤيته كما لو كانت أمتعة في ظروفها ، ووصف محل العقد أو الشيء المعقود عليه الذى يتحقق العلم به ، يكون بذكر جميع صفاته ، التى تؤدى إلى ضبطه .

وفى ذلك يقول البهوتى : " يصح البيع بصفة تضبط ما يصح السلم فيه ؛ لأنها تقوم مقام الرؤية فى تمييزه " ^(٢) ومما يدل على أن الوصف يقوم مقام الرؤية قول النبى ﷺ " لا تبأشر المرأة المرأة فتنتعتها لزوجها كأنه ينظر إليها " ^(٣) هذا إذا كان محل التعاقد مما لا يعرف بالأنموذج ، كبعض أنواع الثياب والحيوان ، وفى ذلك يقول الموصلى : " فإن كان - أى المعقود عليه - مما لا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة " ^(٤) أما إذا كان المعقود عليه مما يعرف بالأنموذج كالكيلى ، والوزنى ، والعددى المتقارب ؛ فرؤية الأنموذج كروية الجميع ، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب ^(٥) .

هذا : ويذهب الشافعية فى الصحيح عندهم ، والحنابلة فى رواية أنه لا يتحقق العلم بالمعقود عليه الغائب عن طريق الوصف ، بل يلزم لتحقق العلم بالمعقود عليه أن يراه

(١) التحدى : حاشية الروض المربع ٣٥٣/٤ ، الروض المربع فى نفس الموضع

(٢) كشاف القناع ١٦٣/٣ ، بدائع الصنائع ٢٤٣/٥ ، الموصلى : الاختيار ٥/٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١١٦ وما بعدها ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٢٩٤/٤ ، الشريينى مغنى المحتاج ١٨/٢ ، المحلى ٣٤٠/٨ .

(٣) الحديث رواه الإمام البخارى : فى صحيحه - كتاب النكاح - باب لا تبأشر المرأة المرأة فتنتعتها لزوجها ج ٨ ص ٦٩ رقم (١٧٠) طبعة عالم الكتب بيروت .

(٤) الموصلى : الاختيار ج ٢ ص ٥ .

(٥) الموصلى : المرجع السابق نفس المكان ، مع ملاحظة أن الحنابلة لا يجيزون بيع الأنموذج فى الراجح عندهم ، وفى ذلك يقول البهوتى فى الروض المربع ٢٣٧/٢ : " ولا يصح بيع الأنموذج بأن يريه صاعا مثلا ، ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه " ، ويقول النجدي فى حاشية الروض المربع ٣٥٣/٤ تعليقا على ذلك : " لعدم رؤية المبيع وقت العقد وقيل : ضبط الأنموذج كذكر الصفات فإذا جاء على صفته ليس له رده ، وصوبه فى الإنصاف " .

العائد تجنباً للغرر ، حتى ولو كان هذا الوصف يصح به السلم ^(١) ويذهب المالكية إلى الاكتفاء بالرؤية السابقة للمعقود عليه الغائب لتحقيق العلم به مادام لم يحدث له تغيير بعد رؤيته إلى وقت العقد أو اشترط العائد أنه بالخيار إذا رآه ^(٢) .

(٢) أن يكون محل التعاقد موجوداً .

يشترط كذلك لصحة خيار التعيين أن تكون الأشياء المعقود عليها ، والتي يجرى التخيير فيها محققة الوجود عند التعاقد ، فإن كانت هذه الأشياء معدومة أو غير محققة الوجود عن التعاقد ، كان العقد باطلاً ؛ إذ لا يكفي أن تكون ممكنة الوجود في المستقبل ؛ لأن المعدوم ، وماله خطر العدم لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ^(٣) وفي ذلك يقول الإمام الكاسلاني : " وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع منها أن يكون معدوماً ، فلا ينعقد بيع المعدوم ، وماله خطر العدم كبيع نتاج النخيل ، بأن قال بعث ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل ؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم ، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم " ^(٤) فلا يصح بيع ولد الدابة وهو في بطنها ؛ لأنه قد يظهر ميتاً ، وكذلك لا يصح بيع البيض في الطير ، ولا اللبن في الضرع ؛ لأنه قد يكون انتفاخاً لا لبناً ، ولا بيع ما تحمله الشجرة هذا العام لأنه معدوم قد يحصل وقد لا يحصل ^(٥) فكان غرراً ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر ^(٦) كما ورد النهي من الشارع عن بيع حبل الحبله وهو بيع كان يبتاعه أهل الجاهلية ،

(١) مغنى المحتاج ١٨/٢ ومابعدها ، المغنى مع الشرح ٢٩٤/٤ ومابعدها .

(٢) التاج والإكليل ٢٩٦/٤ ، المدونة : المجلد الرابع ٢٠٧/٩ ط مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ .

(٣) المعدوم هو المقطوع بعدم وجوده ، وماله خطر العدم : هو ما يحتمل الوجود والعدم ، راجع الدكتور حسين حامد حسان : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٢٩٢ طبعة ١٩٨١ م .

(٤) بدائع الصنائع ٢٠٧/٥ ، بداية المجتهد ١١١/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٠ ، شرح المنهاج بهامش حاشيتا قليوبى وعميرة ١٧٦/٢ ، المذهب ٣٥٣/١ ، نهاية المحتاج ٤٤٨/٣ ، كشف القناع ١٦٢/٣ ، البحر الزخار ٢٩٤/٣ ، عيون الأزهار ص ٢٤٩ .

(٥) يراجع فى ذلك د/ على أحمد القليصى : المعاملات المالية فى الشريعة الإسلامية ص ٤٤ ، د/حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ٢٩٣ ومابعدها ، د/ محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامى ص ٥٧٧ ومابعدها ، الإمام محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٥٦ ومابعدها ، الشيخ / محمد مصطفى شلبى : المدخل ص ٣٧٧ .

(٦) هذا الحديث سبق تخريجه ص ٤٨٤ ومابعدها .

وذلك بأن الرجل كان يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ، ثم تنتج التى فى بطنها ^(١) هذا إذا كانت طبيعة العقد تقتضى وجود المحل وقت التعاقد كما هو الحال فى عقد البيع وما هو فى حكمه ، أما إذا كانت طبيعة العقود لا تقتضى وجود المحل وقت التعاقد ، فإن الشارع الحكيم قد أجاز انعقادها ؛ لأن المعقود عليه فى هذه العقود ، وإن لم يكن موجودا وقت التعاقد ، إلا أن وجوده متوقعا فى المستقبل حسبا ، تقتضيه طبيعة العقد ^(٢) كما هو الحال فى عقد الإجارة ^(٣) والعارية ^(٤) والسلم ^(٥) والمساقاة ^(٦) والمزارعة ^(٧) .

هذا : وقد انفرد المالكية بالقول بجواز التبرع بالمعدوم وقت التعاقد ؛ وذلك لأن المتبرع متفضل ، والمتبرع له لم يبذل عوضا فى سبيل حصوله على الشئ المتبرع به ، وبالتالي لا يلحقه ضرر بعدم حصوله عليه ^(٨) .

(١) الحديث رواه الإمام البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما - ك البيوع - باب الغرر ، وحبل الحبلية ج ٣ ص ١٤٥ رقم (٩٣) طبعة عالم الكتب بيروت ، الإمام مسلم : صحيحه بشرح النووى ك البيوع باب النهى عن بيع الغرر وحبل الحبلية ج ١٠ ص ٤١٣ رقم (١٥١٤) الطبعة الأولى بدار العلم بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

(٢) د/محمد سلام مذكور : المدخل ص ٥٧٨ ، الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٥٦ ، د/أنور دبور : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى - القسم الثانى - النظريات العامة ص ٣٧١ .

(٣) الإجارة هى : عقد يفيد تملك منافع شئ مباح مدة معلومة بعوض غير ناشئ عن المنفعة ، أسهل المدارك ١٧١/٢ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٦هـ - ١٩٩٢م .

(٤) العارية هى : إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ، مغنى المحتاج ٢/٢٦٣ .

(٥) السلم بيع أجل بعاجل ، مجمع الأنهر ٩٧/٢ ، وعرفه المالكية بأنه عبارة عن بيع شئ موصوف فى الذمة بغير جنسه مؤجلا ، الكتاوى : أسهل المدارك ١١٠/٢ ، وعرفه البهوتى بأنه عقد على موصوف مؤجل بأجل معلوم ، الروض المربع ٢/٢٦٤ .

(٦) والمساقاة عبارة عن دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره ، مجمع الأنهر ٥٠٤/٢ ، ابن عبد البر : الكافى ص ٣٨١ .

(٧) والمزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج ، تبين الحقائق ٢٧٨/٥ وعرفها ابن قدامة بقوله : " معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما " ، المغنى مع الشرح الكبير ١٠٩/٦ .

(٨) القوانين الفقهية ص ٣١٥ ، شرح الخرشي ١٠٣/٧ ، أسهل المدارك ٢١٤/٢ حيث يقول : " وتصح الهبة بالمجهول والغرر " .

(٣) أن يكون محل التعاقد مقدورا على تسليمه .

يشترط أيضا لصحة التعاقد أن يكون المتعاقد قادرا على تسليم المعقود عليه حسا وشرعا بغير مشقة كبيرة ، وقد نص الفقهاء على أمثلة كثيرة للمعقود عليه الغير مقدور على تسليمه حسا وقت التعاقد ، فقالوا لا يصح بيع الضال كالبعير الشارد ، والعبد الأبق ، والطير فى الهواء والسمك فى الماء ^(١) وكذلك لا يصح أن يكون المعقود عليه جزءا معينا مما تنقص قيمته بالقطع أو بالنزع أو بالكسر ، كما هو الحال فى بيع جذع فى سقف أو أجر فى حائط أو جزء من حيوان للعجز عن التسليم شرعا ، فيكون بيعا فاسدا لما فيه من الضرر ، بالبائع لإضاعة ماله ^(٢) وعلى ذلك إذا كانت الأشياء التى يجرى فيها خيار التعيين غير مقدور على تسليمها ، فإن العقد لا ينعقد ويبطل الخيار تبعا .

(٤) أن يكون محل التعاقد قابلا للتعامل فيه أو مشروعاً :

بالإضافة إلى ما ذكر من شروط ، يجب توافرها فى محل التعاقد ، الذى يجرى فيه التخيير ، يشترط - أيضا - أن يكون ذلك المحل قابلا للتعامل فيه أو مشروعاً ، وإلا وقع العقد باطلا ، ويكون محل التعاقد قابلا للتعامل فيه ، إذا كان مالا ^(٣) متقوما ^(٤) مملوكا لم

(١) الهداية ٤٣/٣ ، الاختيار ٢/٢ ، بدائع الصنائع ٢١٩/٥ ، مجمع الأنهر ٥٥/٢ ، الدر المنقى بهامش مجمع الأنهر ٥٥/٢ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٦٨/٤ ، بداية المجتهد ١١١/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٨/٣ ومابعداها ، مغنى المحتاج ١٢/٢ ومابعداها ، حاشية قليوبى وعميرة على شرح الجلال المحلى ١٥٨/٢ ، زاد المحتاج ١٣/٢ ، كشاف القناع ١٦٢/٣ ، الروض المربع ٢٣٦/٢ ، منتهى الإرادات ١٤٥/٢ ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى ٣٨٣/٣ ، البحر الزخار ٣٠٩/٣ ، مفتاح الكرامة ٢٧٠/٤ .

(٢) الكاسانى : بدائع الصنائع ٢٥٠/٥ .

(٣) المال : هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة هذا عند الحنفية ، راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤/٥ ، وعرفه جمهور الفقهاء بأنه : ماله قيمة ماله يباع بها وتلزم متلفة ، وإن قلت ، ومالا يطرحه الناس ويباح اقتناؤه بلا حاجة ، راجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٧ ، كشاف القناع ١٥٢/٣ ، شرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢ ، د/ السنهاورى : مصادر الحق ٩٣/٣ .

(٤) المتقوم هو : المال المباح الانتفاع به شرعا راجع ابن عابدين : حاشيته ٥/٥ .

يتعلق به حق لازم ^(١) فما ليس بمال في نظر الشارع لا يجوز التعامل فيه ، ولذلك لا ينعقد بيع الحر ؛ لأنه ليس بمال ^(٢) وقد نهى الشارع عن بيع الحر ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : قال الله تعالى " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكمل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره " ^(٣) .

وكذلك لا ينعقد بيع الميتة والدم لعدم ماليتهما ، وكذلك ما كان مالا إلا إنه لا قيمة له في نظر الشارع ، كالخمر والخنزير ، اللذين حرمهما الشارع على المسلمين في حال الاختيار ومن ثم لا يجوز للمسلم التعامل فيها إلا في حال الاضطرار ^(٤) وفي ذلك يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٥) .

بالإضافة إلى أن الخمر والخنزير وإن كانا مالا - عند غير المسلمين - إلا أنهما غير مقومين ؛ لأن الشارع أمر بإهانتها وفي جعلهما محلاً للتعامل إعرار لهما ، ومن ثم لا يجوز للمسلم أن يتعامل فيهما ، وإن تعامل فيهما كان تعامله باطلاً ^(٦) .

كما يجب أن يكون المعقود عليه مملوكاً للعائد ، وبالتالي لا يجوز أن تكون الأشياء التي لا تقبل الملك محلاً للتعامل كما هو الحال في الأشياء المشتركة بين المسلمين كالمراعى ، والمياه ، والطرق ، والأسواق ، والقنوات وغير ذلك ^(٧) وكذلك لا يجوز التعامل في

^(١) د/ حسين حامد حسان : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ٢٨١ .

^(٢) بدائع الصنائع ٢١٠/٥ وقد جاء فيها : " لا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال " ، مواهب الجليل ٢٦٣/٤ ، المذهب ٣٤٧/١ ، كشاف القناع ١٥٧/٣ .

^(٣) الحديث أخرجه الإمام البخاري : صحيحه ك البيوع - باب إثم من باع حراً ج ٣ ص ١٧٠ رقم (١٧٠) طبعة عالم الكتب بيروت .

^(٤) بدائع الصنائع ٢١٢/٥ ومابعداها ، شرح منتهى الإرادات ٤٢/٢ ، بداية المجتهد ٩٤/٢ ومابعداها ، بلغة السالك ٦/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٤/٣ ، التاج المذهب ٢٤١/٢ ، شرح النيل ١٨/٨ .

^(٥) سورة النحل الآية رقم (١١٥) .

^(٦) تبیین الحقائق ٤٤/٤ ، التاج المذهب ٣١٣/٢ .

^(٧) تبیین الحقائق ٤٨/٤ ، بدائع الصنائع ٢١٧/٥ ومابعداها ، مغنى المحتاج ٩/٢ ، كشاف القناع ١٦٠/٣ ومابعداها ، التاج المذهب ٣٤٣/٢ .

الأشياء التي تقبل الملك قبل تملكها ، كما هو الحال في المال المباح ، كالطير في الهواء ، والسماك في الماء ، والصيد في الصحراء ؛ لأن هذه الأشياء لا تكون مملوكة ، إلا بالاستيلاء عليها وحيازتها ^(١) وكذلك لا يجوز أن يكون الشيء محلاً للتعاقد إذا تعلق به حق لازم ، كما هو الحال إذا تعلق بالمال محل التعاقد حقا لله تعالى ، وكان التعامل في هذا المال يفوت هذا الحق ، ولذلك يقرر الفقهاء عدم جواز التعامل في المساجد بالبيع أو غيره ، لأن التعامل فيها يفوت حقا لله تعالى ^(٢) ، أو تعلق بالمال محل التعاقد حقا للآدمي ، فيمتنع التعامل فيه بما يفوت هذا الحق ، لذلك نص الفقهاء على أنه لا يجوز التعامل في المرهون ، بعد قبضه بغير إذن المرتهن ^(٣) .

الشرط الثالث : أن يذكر الحق في التعيين في صلب العقد .

اتفق المجيزون لخيار التعيين على أنه ينبغي أن يذكر المتعاقدان شرط الخيار في صلب العقد ، وإلا كان العقد فاسدا ، لوجود الجهالة المفضية إلى النزاع بينهما ؛ وذلك كأن يقول البائع بعثك هذا بكذا أو هذا بكذا ، ولك الخيار في أن تأخذ أيهما شئت ، أو على أنى بالخيار في التعيين لأيهما شئت ، إلا إنه لا يشترط أن يذكر لفظ الخيار بل يكفي ذكر أى لفظ في معناه ، كأن يقول بعثك هذا بكذا أو هذا بكذا على أن تأخذ أحدهما وترد الباقي ، أما إذا لم يذكر لفظ الخيار بأن قال : بعثك أحد هذين الكتابين أو الكتب بكذا وسكت ، ولم يذكر خيار التعيين ، فسد البيع ؛ للجهالة المفضية إلى النزاع ^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ٢١٨/٥ ، المهذب ٣٤٩/١ / كشف القناع ١٥٧/٣ ، التاج المذهب ٣٤٣/٢ ، د/ حسين حامد : المرجع السابق ص ٢٨٧ ومابعدهما ، د/ محمد عبد العزيز : خيار التعيين دراسة مقارنة ص ٧٢ ومابعدهما ط ١ بمطبعة الصفا والمروة بأسبوط ١٤١٧هـ ١٩٩٦م

(٢) البدائع ٢١٨/٥ ، مواهب الجليل ٢٦٣/٤ ، نهاية المحتاج ٤٧٧/٣ ، كشف القناع ١٦/٣ ، التاج المذهب ٣٤١/٢ .

(٣) الهداية ١٤٥/٤ ، تكملة البحر الرائق ٩٨/٨ ، الاختيار ٦٩/٢ ، الشرح الصغير بهامش بلغه السالك ٧/٢ ، التاج والإكليل ٢٦٩/٤ ، جلال الدين المحلي : شرحه على المنهاج وحاشيتا قلوبوي وعميرة ١٥٩/٢ ، كشف القناع ٣٣٤/٣ ، النجدي : حاشيته الروض المربع ٦٦/٥ ، البهوتي : الروض المربع ٢٧٢/٢ ومابعدهما ، البحر الزخار ١١٨/٤ ، شرح كتاب النيل ١٤٧/١١ ، الحلي : المختصر النافع في فقه الإمامية ص ١٦١ .

(٤) المبسوط ٥٥/١٣ ، البحر الرائق ٢٣/٦ ، تبیین الحقائق ٢١/٤ ، شرح فتح القدير ٥٢١/٥ ، حاشية سعدى جلبى ٥٢١/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للرددير ١٠٦/٣ ، المدونة المجلد الرابع ج ١٠ ص ١٧٠ ، البحر الزخار ٣٥٥/٣ ، التاج المذهب ٣٣٥/٢ ، السيل الجرار ٩٥/٣ ، د/إبراهيم علوان : المرجع

السابق ص ١٥٥ ومابعدهما .

الشرط الرابع : أن تكون الأشياء محل التخيير متفاوتة فيما بينها .

فالأشياء المتفاوتة فيما بينها ، وتصح أن تكون محلاً للتخيير هي القيميات ، وذلك كالبقر والغنم والثياب ؛ لأنها لا يوجد لها مثل في الأسواق ، وإن وجد كان متفاوتاً في القيمة ؛ بحيث يوجد منها الجيد والمتوسط والردئ فيتحقق فيها التخيير ، أما إذا كانت الأشياء محل التخيير غير متفاوتة فيما بينها ، كالميكلات والموزنات المتحدة في الجنس ، فلا فائدة في التخيير بينها ، إذا كانت متساوية من كل الوجوه كالجودة والرداءة وغيرهما ، ولكن إذا كانت مختلفة الجنس ، فإنها تلحق بالقيميات ^(١) .

الشرط الخامس : أن تكون الأشياء محل التخيير ثلاثة فأقل :

اختلف القائلون بخيار التعيين في الأخذ بهذا الشرط على رأيين :

الرأى الأول : ويذهب القائلون به إلى أنه لا يصح خيار التعيين في أكثر من ثلاثة أشياء ، وإنما يصح في ثلاثة فأقل ، ومن هذا الرأى الحنفية ما عدا زفر ^(٢) .

وقد استدلوا على ذلك :

بأن خيار التعيين شرع استحساناً على خلاف القياس للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق والأرفق ، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة أشياء لا أكثر ؛ لأن الثلاثة تشتمل على الجيد ، والمتوسط ، والردئ ، فيكون التخيير بين أكثر من ثلاثة لا حاجة إليه فيبقى على أصل القياس وهو عدم الجواز ^(٣) .

الرأى الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه يصح خيار التعيين فى أكثر من الثلاثة والأربعة والخمسة ، فلم يحددوا عدداً معيناً من الأشياء التى يجرى فيها التخيير ، وإنما

^(١) يراجع فى ذلك البحر الرائق ٢٥/٦ وقد جاء فيه " محل الخيار أى خيار تعيين الأشياء

المتفاوتة كالعبيد والثياب ، فعلى هذا لا يدخل خيار التعيين فى المثليات من جنس واحد ؛ لأنه لا فائدة له لعدم التفاوت فيها " ، الزيلعى : تبين الحقائق ٢٣/٤ ، منحة الخالق على البحر الرائق ٢٣/٦ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٥٨/٣ ، التاج المذهب ٣٣٢/٢ ، الشيخ محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ص ٥٠٤ ، د/ وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامى وأدلته ج ٤ ص ٥٢٦ ، د/ حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ٤٦٣ .

^(٢) الهداية ٣١/٣ ، بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ ، البحر الرائق ٢٣/٦ .

^(٣) تبين الحقائق ٢١/٤ ، المبسوط ٥٥/١٣ ، المراجع السابقة نفس المواضع .

جاءت عباراتهم بصيغة الجمع ، مما يؤكد أنهم لا يشترطون هذا الشرط ، ومن هذا الرأي المالكية ^(١) والزيدية ^(٢) .

وقد استدلوا على ذلك :

بأن الحاجة التي من أجلها أجاز الفقهاء هذا الخيار قد لا تندفع بالتخيير في ثلاثة أشياء ؛ لأن مراتب الشئ الواحد قد تزيد على ذلك بكثير ^(٣) .

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم يتبين لى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثانى ، وذلك لأن حصر التخيير فى ثلاثة أشياء لا يتناسب مع العصر الذى نعيش فيه ؛ لأن تطور الحياة جعل مراتب الشئ الواحد تزيد على الثلاثة ، بالإضافة إلى أن الأشياء الثلاثة قد تكون على صفة واحدة من الجودة والرداءة فى قصر التمييز عليها ، تضيق على الناس وإيقاع لهم فى الحرج والمشقة مما لا يؤدى إلى دفع الغبن عنهم ، ويتنافى مع الهدف من شرعية خيار التعيين .

الشرط السادس : أن يكون لخيار التعيين مدة معلومة .

اختلف الفقهاء المجيزون لخيار التعيين ، فى مدى لزوم ذكر مدة معلومة لخيار التعيين من عدمه على قولين :

القول الأول : ويرى الزاهبون إليه أنه يلزم أن يكون لخيار التعيين مدة معينة يتم اختيار المبيع خلالها ، ومن هذا القول بعض الحنفية ^(٤) والمالكية ^(٥) والزيدية ^(٦) .

(١) أسهل المدارك ٧٥/٢ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٧/٣ .

(٢) البحر الزخار ٣٥٥/٣ ، التاج المذهب ٣٣١/٢ ، شرح الأزهار ٨٨/٣ طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت توزيع مكتبة اليمن الكبرى بصنعاء .

(٣) د/ محمد إبراهيم بندارى : الالتزام التخيري دراسة مقارنة ص ٣٠ ، د/ إبراهيم علوان خيار التعيين دراسة مقارنة ص ١٥٩ .

(٤) البحر الرائق ٢٤/٦ ومابعداها ، الهداية ٣١/٣ ، تبين الحقائق ٢١/٤ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٩١/٣ ومابعداها ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٩١/٣ ومابعداها .

(٦) التاج المذهب ٣٣١/٢ ومابعداها ، ابن المرتضى : البحر الزخار ٣٤٢/٣ .

وقد استدلل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه .

بقياس خيار التعيين على خيار الشرط ، وذلك لأنه لو كان المبيع شيئاً واحداً معيناً ، وشرط في البيع الخيار ، لكان بيان المدة شرط لصحة العقد بالإجماع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين ، والجامع بينهما أن ترك التوقيت في الخيارين تجهيل لمدة الخيار ، وتجهيل مدة الخيار يؤدي إلى فساد العقد ، فكان لا بد أن يكون لخيار التعيين مدة معلومة ^(١) .

القول الثاني : ويذهب أصحابه إلى أنه لا يشترط أن يكون لخيار التعيين مدة معينة ، بل يصح من غير ذكر مدة له .

وقد ذهب إلى ذلك بعض الحنفية ^(٢) .

وحجتهم في ذلك : أنه لا معنى لتوقيت خيار التعيين ، بخلاف خيار الشرط فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد بعد مضي الوقت ، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك ؛ لأن العقد لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ، ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيين ، فلا فائدة من التوقيت في خيار التعيين ^(٣) .

وبعد عرض آراء الفقهاء في لزوم ذكر مدة يتم خلالها إعمال خيار التعيين وعدم لزوم ذلك ، ودليل كل رأى ، يتبين والله أعلم أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائل بضرورة تحديد مدة معينة ، لإعمال خيار التعيين خلالها ، وذلك لأنه وكما يقول ابن عابدين : " إن التوقيت له فائدة ، وهي أن يجبر من له الحق في التعيين بعد مضي المدة ، كما أن فيه دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشتري ، فيفوت على البائع نفعة ، وتصرفه في ملكه " ^(٤) .

بالإضافة إلى أنه لو ثبت خيار التعيين مطلقاً غير مقيد بوقت ، لكان العاقد الذي لم يكن له الخيار في حيرة لا يدري مال ملكه ، لذا فالراجح أن يكون لخيار المتعين مدة معلومة ^(٥)

(١) بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ ، البحر الرائق ٢٥/٦ ، تبين الحقائق ٢١/٤ ومابعدا .

(٢) المراجع المذكورة في الهامش السابق في نفس المواضع ، هذا إذا لم يذكر معه خيار الشرط فإذا ذكر خيار الشرط كانت مدة خيار الشرط مدة لخيار التعيين .

(٣) تبين الحقائق ٢١/٤ ، بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ ، البحر الرائق ٢٥/٦ .

(٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٩٧/٥ طبعة دار الفكر بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م .

(٥) الشيخ / محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٣٦٦ ، الشيخ / أحمد إبراهيم : المعاملات الشرعية ص ١٢٣ طبعة ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م بدار الأنصار بالقاهرة .

وبناءً على رأى الراجح القائل بضرورة توقيت خيار التعيين بمدة معينة فهل هذه المدة محددة بوقت لا تصح الزيادة عليه أم لا ؟

اختلف الفقهاء القائلون بضرورة توقيت خيار التعيين بمدة معينة بصدد الإجابة عن هذا التساؤل إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : ويرى القائل به أن مدة خيار التعيين لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أيام ، كما هو الحال فى خيار الشرط ، لأن الشرع إنما ورد بالثلاثة أيام ، فيبقى ما زاد عليها على أصل القياس ، وهو المنع وقد ذهب إلى هذا رأى الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى ^(١) .

القول الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه يجوز أن تزيد مدة خيار التعيين على ثلاثة أيام بل ويجوز للعاقدين أن يتفقا على أى مدة كانت ، مادامت محددة ومعلومة ، وقد ذهب إلى ذلك الإمام أبو يوسف ومحمد بن الحسن والكرخى والطحاوى ^(٢) والزيدية ^(٣) وقد استدلوا على ذلك :

بأن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى أكثر من الثلاثة أيام ، فصار كالتأجيل فى الثمن ، والجامع بينهما أنها مدة ملحقة بالعقد لمساس الحاجة إليها ^(٤) .

القول الثالث : ويذهب القائلون به ، إلى أن مدة الخيار تختلف بحسب الحاجة ، وقد ذهب إلى ذلك المالكية ^(٥) .

وحجتهم فى ذلك أن جواز البيع مع الخيار ، يرجع إلى حاجة الناس إلى المشورة فيه أو إلى اختيار المبيع ، وهذه الحاجة تتفاوت بتفاوت المبيعات مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب ، والشهر ونحوه فى اختيار الدار وفى الفواكه ساعة ، وفى الرقيق جمعة فما دونها ^(٦) .

(١) بدائع الصنائع ٢٣٤/٥ ، الهداية ٣/٣١ ، شرح فتح القدير ٥/٥٣٣ ، الكفاية على الهداية ٥/٥٢٣ .

(٢) المراجع السابقة فى نفس المواضع .

(٣) البحر الزخار ٣/٣٤٢ ، التاج المذهب ٢/٣٣١ .

(٤) شرح فتح القدير ٥/٥٢٣ ، بدائع الصنائع ٥/٢٣٤ ، البحر الزخار ٣/٣٤٢ .

(٥) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/٩٧ وما بعدها ، ابن جزى :

القوانين الفقهية ص ٢٣٤ وما بعدها ، الحطاب : مواهب الجليل ٤/٤١٠ وما بعدها ، ابن

رشد : بداية المجتهد ٢/١٥٨ .

(٦) المراجع السابقة فى نفس المواضع .

وبعد عرض أقوال الفقهاء بشأن تحديد مدة معينة لخيار التعيين أرى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى القائل بأن تحديد مدة خيار التعيين يخضع لاتفاق العاقدین ، أيا كانت المدة التى يتم الاتفاق عليها ، طالما كانت معلومة ؛ وذلك لأن تحديد مدة الخيار بثلاثة أيام كما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة فيه تضيق على العباد ؛ إذ قد تدعو الحاجة إلى أكثر من ذلك ، كما أن القياس على خيار الشرط قياس مع الفارق ، وذلك لأن العقد المقترن بخيار الشوط غير لازم أما المقترن بخيار التعيين ، فلازم فى واحد غير معين .

ثانيا : فى القانون المدنى :

سأعرف خيار التعيين أولاً ، ثم أبين مشروعيته ثانيا ، وشروط تحققه ثالثاً .

أولاً : تعريف خيار التعيين :

تبين مما سبق أن خيار التعيين فى الفقه الإسلامى يقابل الالتزام التخييرى فى القانون المدنى ، ولذلك سوف أعرف الالتزام التخييرى فى القانون المدنى .

تعريف الالتزام التخييرى :

تعرض القانون المدنى لتعريف الالتزام التخييرى فى المادة (٢٧٥ مدنى) ؛ حيث نصت هذه المادة على أنه : " يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة ، إذا أدى واحداً منها " ولما كانت النصوص القانونية لا تحفل غالباً بذكر التعريفات تاركة ذلك للمهتمين بالدراسات القانونية ، لذلك عرفه بعضهم بأنه التزام يتمثل محله فى أكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها وعرفه البعض الآخر ^(١) بقوله : هو التزام يرد على أمور متعددة ، ولكن لا يكون المدين ملزماً إلا بأداء واحد منها ^(٢) وعرفه البعض : بأنه التزام متعدد المحل ولكن واحداً فقط من هذه المحال هو الواجب الأداء ^(٣) .

(١) د/ طلبة وهبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون ص ١٨٠ ط ١٩٨٣ بدار الفكر العربى ، د/ محمد شكرى سرور : موجز أحكام الالتزام ص ١٨٨ ط ٢٠٠ الناشر دار النهضة العربية ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : دروس أحكام الالتزام ص ٢٦٩ .

(٢) د/ عبد المنعم البدر اوى : أحكام الالتزام ص ٢٥٧ ، د/ عبد المنعم الصدة : أحكام الالتزام ج ٢ ص ٢٥ ، د/ مصطفى عدوى : النظرية العامة للالتزام : أحكام الالتزام ص ٢٨٧ ط ١٩٩٣ م ، د/ محمد لبيب شنب دروس فى أحكام الالتزام ص ٣٨٣ .

(٣) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول ص ١٥٣٦ ومابعدهما ، د/ أحمد سلامة : نظرية الالتزام ص ١٦٣ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام ص ٤٠٨ .

وإن كان هناك اتجاه لبعض فقهاء القانون المدني لم يذكر تعريفاً للالتزام التخييري ، ولكنه اكتفى بذكر المادة (٢٧٥ مدني) معلقين على مدلولها بقولهم : إن الالتزام يكون تخييرياً ، إذا لم يقع الاتفاق على محل واحد بهذا الالتزام ، وإنما وقع على عدة محال يكون للمدين في الأصل أن يختار أيها منها للوفاء بالالتزام ، وتبرأ ذمته منه ، إلا إذا جعل القانون أو الاتفاق الاختيار للدائن ؛ فيكون له أن يحدد باختياره المحل الذي ينحصر فيه التزام المدين ^(١) .

ثانياً : مشروعية الالتزام التخييري :

اتفقت التشريعات المدنية على مشروعية الالتزام التخييري ، ولذلك فقد نظم القانون المدني المصري أحكام الالتزام التخييري في المواد (٢٧٥ من ٢٧٧) ، وإذا كان هذا التقنين شرع في بيان أحكام الالتزام التخييري في المادة (٢٥٧) م إذ تنص على إنه : " يكون الالتزام تخييرياً ، إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها " دون أن يصدر هذه المادة بالنص على جواز الالتزام التخييري بكلمة يجوز أو يصح ، كما فعل القانون المدني الأردني الذي نظم الالتزام التخييري في المواد (٤٠٧ ، ٤٠٨) ونص في المادة ٤٠٧ مدني أردني على أنه : " يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن تبرأ ذمة المدين ، إذا أدى واحداً منها " ^(٢) ولكن شروع المقتن المصري في بيان أحكام الالتزام التخييري يدل على مشروعيته ، وإلا لما بين أحكامه ^(٣) .

^(١) د/ جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام ص ١٩٠ ، د/سمير كامل : الوجيز في الأحكام العامة للالتزام ص ١٩٠ ، د/ محسن البيه : النظرية العامة للالتزامات ج ٢ : أحكام الالتزام ص ٣٩٩ ومابعدهما ط ١٩٩٧م الناشر مكتبة الجلاء المنصورة .

^(٢) يراجع في ذلك الأستاذ / حسن الفكهاني : التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء ج ١ ص ٥١٤ ومابعدهما ، د/ منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي ، والقوانين الوضعية ص ١٧٥ ، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات والأحكام بهامش (١) ص ٢١٨ .

^(٣) يراجع في ذلك د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١٥٣ ومابعدهما ، د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٥٨ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٢٥ ، د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ١٩٠ ومابعدهما .

وكذلك فقد نظم التقنين المدني العراقي الالتزام التخييري في المواد (من ٢٩٨ إلى ٣٠٠) مدني عراقي ، وقد نصت المادة ١/٢٩٨ مدني عراقي على أنه : " يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة " (١) .

وأيضاً نظم القانون المدني الكويتي الالتزام التخييري في المواد (من ٣٣٦ إلى ٣٣٩) مدني كويتي وهي مطابقة للتقنين المدني المصري (٢) .

وأيضاً نظم قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات الالتزام التخييري في المادة (٤٣٤) مدني إماراتي ومابعدھا ، وقد نصت المادة ٤٣٤ على أنه : " يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء ، على أن تبرأ ذمة المدين ، إذا أدى واحدا منها " (٣) .

وأيضاً نظم تقنين الموجبات والعقود اللبناني الالتزام التخييري في المواد (من ٥٦ إلى ٦٧) مدني لبناني ، وقد نصت المادة ٥٦ على أنه " الموجب التخييري هو الذي يكون موضوعه مشتملاً على جملة أشياء تبرأ ذمة المدين تماماً بأداء واحد منها " (٤) .

وقد أخذ بالالتزام التخييري أيضاً قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر ١٩٨٤م في المادة ١٠٩ منه ، والتي نصت على أنه : " يجوز الاتفاق على أن يكون المعقود عليه أحد شيئين أو أشياء ثلاثة ويكون خيار تعيينه من بينها لأحد العاقدين وذلك بشرط بيان بدل كل منهما ومدة الخيار " (٥) .

(١) /حسن الفكهناني : المرجع السابق من ص ٥١٤ إلى ٥٢٧ ، د/السنهوري الوسيط ج ٣ المجلد الأول هامش رقم (١) للصحيفة رقم ١٦٠ ، هامش رقم (٢) للصحيفة رقم (١٧٥) ومابعدھا ، هامش رقم (١) للصحيفة رقم ١٩٠ .

(٢) د/طلبة وهبة خطاب : المرجع السابق ص ١٨٠ إلى ١٨٤ ، د/السنهوري : المرجع السابق نفس المواضع السابقة .

(٣) د/فتحي عبد الرحيم عبد الله : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام والإثبات ط ٢ ١٩٨٩م الناشر مكتبة الجلاء بالمنصورة هامش رقم (١) للصحيفة ٢١٨ .

(٤) د/مصطفى الجمال : أحكام الالتزام ط ١٩٩٠م ص ١٥٧ إلى ١٦٤ ، د/السنهوري : المرجع السابق هامش رقم (١) للصحيفة رقم ١٦٠ ، وهامش رقم (٢) للصحيفة رقم ١٧٥ ومابعدھا ، وهامش (٢) للصحيفة ١٩٠ .

(٥) د/ياسين محمد يحيى : النظرية العام للالتزامات ج ٢ أحكام الالتزام ص ٩٧ ف ١١٦ طبعة ١٩٩٠م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

وقد نظم الالتزام التخييري التقنين المدني السوري في المواد (من ٢٧٥ إلى ٢٧٧) وهي مطابقة للتقنين المدني المصري ^(١) .

وكذلك نظم التقنين المدني الليبي الالتزام التخييري في المواد من (٢٦٢ إلى ٢٦٤) مدني ليبي وهي مطابقة للمواد (٢٧٧ ، ٢٧٦ ، ٢٧٥) من التقنين المدني المصري ^(٢) .

وأيضاً نظم قانون الالتزامات والعقود المغربي أحكام الالتزام التخييري في الفصل من (١٤١ إلى ١٥٢) من قانون الالتزامات والعقود المغربي ^(٣) .

ثالثاً : شروط تحقق الالتزام التخييري :

يلزم حتى يكون الالتزام تخييرياً ، ويتحقق فيه وصف التخيير أن تتوافر فيه الشروط التالية :

- (١) أن يكون محل الالتزام التخييري متعددًا .
- (٢) وأن يكون واحداً من هذه المحال هو الواجب الأداء .
- (٣) وأن يتوافر في كل محل من المحال المتعددة الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام .

هذه هي الشروط التي تطلبها القانون المدني ، حتى يكون الالتزام موصوفاً بكونه تخييرياً ، وبعد أن أوضح هذه الشروط ، ينبغي أن أبين موقف القانون المدني من بقية الشروط التي تطلبها الفقه الإسلامي توافرها حتى يكون الالتزام تخييرياً وهذه الشروط هي :

- (١) أن يذكر الحق في التخيير أو التعيين في صلب العقد .
 - (٢) أن تكون الأشياء محل التخيير متفاوتة فيما بينها .
 - (٣) أن تكون مدة الخيار معلومة .
 - (٤) أن تكون الأشياء محل التخيير ثلاثة فأقل .
- أ- توضيح الشروط التي تطلبها القانون المدني حتى يكون الالتزام تخييرياً .

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق في نفس المواضع السابقة .

(٢) د/ السنهوري : المرجع والموضع السابقين .

(٣) الأستاذ / حسن الفكهاني : التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي - في ضوء الفقه والقضاء ج ١ من ص ٥١٤ إلى ص ٥٢٧ طبعة الدار العربية للموسوعات بالقاهرة ١٩٨٦ م .

(١) أن يكون محل الالتزام التخييري متعدداً :

اشتراط فقهاء القانون المدني أن يكون محل الالتزام التخييري متعدداً ، حتى يكون الالتزام موصوفاً بالتخيير ، وذلك بأن يوجد أكثر من شئ ؛ بحيث يمكن أن يقع عليه التخيير ، كما هو الحال في التزام البائع بأن يبيع للمشتري أرضاً أو داراً يملكها ، والتزام الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً أو سيارة أو أسهماً أو سندات أو غير ذلك ، وبالتالي إذا كان محل الالتزام شيئاً واحداً ، فإنه لا يكون تخييراً ، بل يكون بسيطاً ^(١) .

وهذا مانصت عليه المادة (٢٧٥) مدني بقولها : " يكون الالتزام تخييراً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة ، إذا أدى واحداً منها " .

(٢) أن يكون واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء .

إذا كان الالتزام لا يوصف بكونه تخييراً ، إلا إذا كان محله متعدداً ، فإن المدين لا يلزم حتى يكون موفياً لالتزامه ، إلا بالوفاء بواحد فقط من هذه المحال وهو الذي يقع عليه اختياره ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين براءة تامة بهذا الأداء ، ويكون وفاؤه بواحد من هذه المحال المتعددة ، وفاءً بأداء أصيل ، وذلك لأن جميع محال الالتزام التخييري على قدم المساواة ، فليس من بينها شئ أصيل وآخر بديل ، بل إنها جميعاً أشياء أصيلة ، ومثال ذلك أن يتفق مالك الأرض مع مستأجرها ، على أن الأجرة هي عشرون جنيهاً أو خمس أرانب من القمح ، وفي هذا المثال نجد أن محل التزام المستأجر يشمل شيئين لا واحداً ، وهما المبلغ النقدي وكمية القمح ، على أنه لا يلزم إلا بأداء أحدهما فقط ، وهو الذي يقع عليه اختياره فإذا لم تبرأ ذمة المدين إلا بأداء جميع هذه المحال المتعددة ، فإن الالتزام المدين في هذه الحالة لا يكون موصوفاً بكونه تخييراً ، بل يكون بسيطاً يخضع لنفس

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١٦١ ف ٨٤ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٥٨ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ٢/ ٢٥ ، د/ محمد إبراهيم بنداري : الالتزام التخييري دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية ط ١٩٩٥ الناشر دار النهضة العربية ص ٢٧ ، د/ حسام الدين الأهواني : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٢٤٣ ط ١٩٩٦ م ، د/ عبد الودود يحيى : الموجز في النظرية العامة للالتزامات القسم الثاني أحكام الالتزام ط ١٩٩٤ ص ٥٥ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : خيار التعيين دراسة مقارنة ص ٧٥ .

قواعد الالتزام البسيط ^(١) وفي ذلك تقول المادة (١٥٧) مدنى : " يكون الالتزام تخييريا ، إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة ، إذا أدى واحدا منها ... " .

٣- أن يتوافر فى كل محل من المحال المتعددة الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام : ذلك لأنه قد يقع اختيار المدين على أى محل من هذه المحال المتعددة ، فيضحي هو المحل الوحيد ، والشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام هى :

(١) أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود .

(٢) أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

(٣) أن يكون مشروعا أو قابلا للتعامل فيه .

١- كون المحل موجودا أو ممكن الوجود :

إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شئ ، يجب أن يكون الشئ موجودا وقت نشوء الالتزام ؛ لأنه لا يمكن نقل حق عينى على شئ معدوم ، وبالتالي إذا لم يكن الشئ محل العقد موجودا وقت العقد ، فإن العقد يقع باطلا لعدم وجود المحل ، ولكن إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تأجيل نقل الحق العينى أو إنشاء حقوق عينية أخرى إلى موعد فى المستقبل ، فلا يشترط فى هذه الحالة أن يكون الشئ محل الالتزام موجودا وقت انعقاد العقد ، بل يكفى أن يكون ممكن الوجود فى المستقبل ، ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ما ستنججه أرضه من محصولات ، بعد شهور معينة من ظهورها ففى هذه الحالة ينعقد البيع صحيحا ، رغم أن محل الالتزام غير موجود وقت انعقاده ؛ وذلك لأن المتعاقدين لم يقصدا أن يرد التعاقد على شئ موجود وقت التعاقد ، كما أنهما لم تتجه إرادتهما إلى نقل

(١) د/عبد الفتاح عبد الباقي : دروس أحكام الالتزام ص ٢٦٩ طبعة مطبعة نهضة مصر بالقاهرة ،

د/ محمد بندارى : المرجع السابق ص ٣٦ وما بعدها ، د/ أحمد سلامة : مذكرات فى نظرية

الالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام ص ١٦٣ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : خيار التعيين

دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ص ٧٥ ط سنة ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م مطبعة

الصفاء والمروة بأسويوط ، د/عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٥٨ ، د/ سمير تناعو :

المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام ص ٢٦٣ طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية ،

د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ١٩٠ ، د/ مصطفى عدوى : : المرجع السابق

ص ٢٨٧ ، د/حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٤٣ .

ملكية المحصول في الحال إلى المشتري ، بل عندما ينتج هذا المحصول ، لذلك يكفي لصحة انعقاد البيع في هذه الحالة ، أن يكون وجود المحصول ممكناً في المستقبل ^(١) .

وقد نصت على ذلك المادة (١/١٣١ مدني) بقولها : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً " ، أما إذا كان الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فقد أجاز القانون المدني التعاقد على المعدوم ، ولم يشترط في هذه الحالة سوى أن يكون محل الالتزام ممكناً ، ومن ثم إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل ، وكان غير ممكن ، فإن الالتزام لا ينشأ ولا ينعقد العقد ؛ لأنه لا التزام بمستحيل ، والاستحالة قد تكون مطلقة ، وقد تكون نسبية ، فالاستحالة المطلقة تتحقق إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته ، بحيث لا يستطيع أى شخص أن يقوم به والاستحالة المطلقة تمنع نشوء الالتزام ، إذا كانت قائمة وقت العقد ^(٢) .

وقد نصت المادة (١٣٢ مدني) على ذلك بأنه : " إذا كان الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " .

(١) د/ محمد لبيب شنب : الوجيز في مصادر الالتزام ص ٢٠٧ ومابعدهما ف ١٥٧ ط ١٩٩٢ م ، أستاذي د/ عبد الله النجار : مصادر الالتزام ص ٩٣ ف ٨٩ ط ١٤١٧ هـ — ١٩٩٧ م ، د/ عبد الودود يحيى : الموجز في النظرية العامة للالتزامات القسم الأول ص ١١٣ ف ٧١ ط ١٩٨٦ الناشر دار النهضة العربية ، د/أنور سلطان : الموجز في مصادر الالتزام ص ١٨٥ ف ١٥٦ ط ١٩٩٥ الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، د/ سمير تناغو : مصادر الالتزام والإثبات ص ٧١ ف ٦٤ ط ١٩٩٠ م بمطبعة رمضان وأولاده بالإسكندرية ، د/ محمد بنداري : دروس في مصادر الالتزام ص ٥١ ومابعدهما ط ١٩٩٧ م ، د/ محمود الديب : الوجيز في مصادر الالتزام ص ٨٠ ومابعدهما ف ٦١ ط ١٩٩٥ م .

(٢) أستاذي الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٤ ف ٩٢ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ١٩٣ ف ١٦٥ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٧٠ ف ٦١ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٥ ومابعدهما ف ٧٣ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٢٠٦ ومابعدهما ف ١٥٦ ، د/ توفيق فرج ، د/ يحيى مطر : الأصول العامة للقانون - الكتاب الثاني - نظرية العقد ص ٤٨٤ ، د/ مصطفى الجمال ، د/ عبد الحميد الجمال : القانون والمعاملات ص ٢٤٩ ط ١٩٨٧ م .

أما إذا كانت الاستحالة المطلقة لاحقة لقيام العقد ، فإنها لا تمنع من انعقاده وإن أدت إلى انقضائه لاستحالة تنفيذه ؛ وبالتالي بفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين ، ويسأل المدين عن تعويض الدائن ، إذا كان له يد في هذه الاستحالة ^(١) .

والاستحالة المطلقة قد تكون طبيعة ، وقد تكون قانونية ؛ فالاستحالة المطلقة الطبيعية ترجع إلى طبيعة الالتزام ، وذلك كالالتزام ناقل البضاعة ، بنقل بضاعة ، تبين أنها نقلت فعلا قبل قيام التزامه ، والاستحالة القانونية ترجع إلى منع القانون ذاته لقيام محل الالتزام ، وذلك كتعهد محام باستئناف حكم يمنع القانون استئنافه لفوات ميعاده ، ويترتب على الاستحالة المطلقة ، سواء أكانت طبيعية أم قانونية ، عدم قيام الالتزام وبطلان العقد ، إذا كانت هذه الاستحالة سابقة أو معاصرة للتعاقد وانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه ، إذا كانت لاحقة لقيام العقد ^(٢) أما الاستحالة النسبية ، فإنها لاتمنع من قيام الالتزام سواء أكانت سابقة أم لاحقة للعقد ، ومن ثم ينعقد العقد مع قيامها ؛ لأنها لا تتحقق إلا بالنسبة للمدين فحسب ، بحيث يكون هو وحده الذى لا يمكنه القيام بالعمل أو الامتناع عنه ، فى حين يستطيع غيره ، أن يقوم بهذا العمل ، أو أن يتمتع عنه ^(٣) .

(٢) أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلاً للتعيين :

يشترط فى محل الالتزام - بالإضافة إلى ما سبق - أن يكون معينا أو قابلاً للتعيين على الأقل ، ومحل التزام المدين قد يكون عبارة عن التزامه بالقيام بعمل أو امتناعه عن القيام به ، وقد يكون التزاماً بإعطاء شئ ، كما قد يكون محل التزام المدين مبلغاً من النقود .

^(١) د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ١٩٤ ف ١٦٦ ، أستاذى د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٤ ومابعدهما ف ٩٢ ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٧٢ ف ٦٤ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٦ ومابعدهما ف ٧٤ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٢٠٦ ، د/ توفيق فرج ، د/ يحيى مطر : المرجع السابق ص ٤٨٥ ، د/ مصطفى الجمال ، د/ عبد الحميد الجمال : المرجع السابق ص ٢٤٩ .

^(٢) أستاذى د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٥ ف ٩٢ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٢٠٧ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ١٩٤ ف ١٦٥ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٦ ف ٢٧٣ ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٧١ ف ٦٤ ، د/ توفيق فرج ، د/ يحيى مطر : المرجع السابق ص ٤٨٥ .

^(٣) المراجع السابقة فى نفس المواضع .

فإذا كان محل التزام المدين عملاً أو امتناع عن عمل وجب أن يكون العمل المراد القيام به أو الامتناع عنه معيناً أو قابلاً للتعيين ، ويكون التزام العامل فى عقد العمل معيناً ، إذا حدد نوع العمل المطلوب منه أدائه ، وعدد الساعات التى عليه أن يؤديها ، وساعة بدء العمل ووقت الفراغ منه ، ويوم راحته الأسبوعية ، ويكون العمل قابلاً للتعيين ، إذا لم يحدد إلا نوع العمل الذى يجب على العامل أن يؤديه بموجب عقد العمل ، بحيث يمكن أن تحدد بقية عناصره ، وفقاً لما يقوم به العمال الآخرون ، لدى رب العمل ، أما إذا التزم العامل بأداء عمل ، ولم يحدد نوعه ولا قدره ، ولم يكن من المستطاع تحديد ما يلتزم بأدائه ، كان الالتزام غير قائم ، وكان العقد باطلاً ، وأيضاً إذا تعهد مقاول بإقامة بناء ، فإنه يلزم تحديد طوابق هذا المبنى ، وعدد حجراته أما إذا لم يكن العقد متضمناً هذا التعيين ، فيجب أن يكون العمل قابلاً للتعيين على ضوء الظروف المحيطة بالعقد كما فى حالة التزام المقاول ببناء كلية تتسع لعدد معين من الطلاب ، أما إذا كان العمل غير معين وغير قابل للتعيين اعتماداً على الظروف المحيطة به كتعهد المقاول بإقامة بناء دون تحديد ، فإن الالتزام لا يقوم ؛ لأن المحل يكون فى حكم المعدوم ^(١) .

وإذا كان محل التزام المدين عبارة عن تعهده بإعطاء شئ ، فإن موضوع هذا الالتزام يتعين ، بتعيين الشئ المطلوب نقل ملكيته أو إنشاء الحق العيني عليه (رهن أو ارتفاق) ، وهذا الشئ المطلوب نقل ملكيته أو إنشاء حق عيني عليه لا يخلو من أن يكون قيمياً أو مثلياً ؛ فإن كان قيمياً ، فالأشياء القيمة هى التى يغلب أن تتفاوت أحادها ، ومن ثم يجب أن تتعين بذاتها ، وتحديد الشئ المعين بذاته ، يجب أن يكون بوصفه وصفاً مانعاً لأى جهالة ، وذلك ببيان الأوصاف التى تحدد ذاتيته ، فإذا كان منزلاً ، فإنه يجب أن يوصف

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ج ١

مصادر الالتزام ص ٨١ ف ٧٦ ط ١٩٦٨م الناشر دار النهضة العربية ، د/ عبد الرزاق فرج ص ٢٠٢ ، أستاذي الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٦ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٧٣ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ١٣١ ، د/ مصطفى الجمال : النظرية العامة للالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ١٤٩ ف ١٣٠ ط ١٩٨٥م ، د/ جلال العدوى المصادر ص ١٢٤ ط ١٩٨٨م ، د/ توفيق فرج : النظرية العامة للالتزام فى مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية ص ١٩٤ ط ١٩٨٨ ، د/ محمد بندارى : المصادر ص

١٥٧ ، د/ محمود الديب : المصادر ص ٨٤ ومابعداها

فى العقد وصفا دقيقا ، وذلك ببيان موقعه ومساحته ، وعدد طوابقه وإذا كان الالتزام منصبا على قطعة أرض ، وجب ذكر حدودها ، ومساحتها وموقعها ^(١) .

والأشياء المثلثة : هى التى لا تتفاوت أحادها على نحو يعتد به ، ويقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء ، وتعيين هذه الأشياء المثلثة ، يكون بذكر جنسها ونوعها ومقدارها ، وذلك كخمسة أرادب من القمح الهندى مثلا ، وخمسين قنطارا من القطن الأشمونى ، ويكفى أن يكون المحل معينا بجنسه ونوعه فقط ، إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره ، كما إذا تعهد شخص بتوريد الأغذية اللازمة لمدرسة أو مستشفى مثلا ، فتحدد كمية الأغذية يقدر وفقا للحاجة فى نطاق حد أدنى أو أقصى ، وإذا كان محل الالتزام فى الأشياء المثلثة مما تتفاوت درجة جودته ، فإنه يجب الاتفاق على درجة الجودة ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة معينة ، ولم يوجد عرف يحدد هذه الدرجة ، ولم يمكن استخلاصها من أى ظرف من ظروف التعاقد ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط ^(٢) وقد نصت على ذلك المادة (١٣٣) مدنى بقولها : " ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، إلا كان العقد باطلا ٢ - ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط ؛ إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا صنف متوسط " .

(١) أستاذى الدكتور : عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٦ ، د/ عبد الرزاق فرج : المرجع السابق ص ٢٠٣ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٩٤ ، د/ أحمد سلامة : المصادر ص ١٣٧ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ١٢٩ ومابعدهما ف ١٤١ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٨ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٢٠٣ ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٧٢ ومابعدهما .

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٨٠ ومابعدهما ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ١٣٠ ، د/ سمير تتاغو : المرجع السابق ص ٧٣ ، أستاذى د/ عبد الله النجار ص ٩٦ ومابعدهما ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/ محمد بندارى : المرجع السابق ص ١٥٦ ، د/ عبد الرزاق فرج : المرجع السابق ص ٢٠٣ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٨ .

وإذا كان محل التزام المدين مبلغاً من النقود ، وجب تعيين هذه النقود بذكر نوعها ومقدارها ، وذلك كأن يذكر عدد معين من الجنيهات المصرية مثلاً ، ويلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء بالنقود أى أثر ^(١) .

(٣) أن يكون محل الالتزام قابلاً للتعامل فيه أو مشروعاً .

لما كان الالتزام إما أن يكون التزاماً بإعطاء شئ ، وإما أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإذا كان محل العقد التزاماً بإعطاء شئ كما هو الحال إذا كان التزام المدين عبارة عن نقل ملكية شئ ، أو إنشاء حق عيني عليه كرهن أو ارتفاع ، وجب أن يكون ذلك الشئ قابلاً للتعامل فيه ، والشئ قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى طبيعته ، أو لأن التعامل فيه يتنافى مع الغرض الذى خصص له ، أو لأن التعامل فيه غير مشروع والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هى الأشياء المشتركة بين جميع الناس ، والتي لا يستأثر أحد بحيازتها ؛ وذلك كالهواء ، وأشعة الشمس وماء البحر ، ولكن إذا عولجت هذه الأشياء معالجة علمية بحيث يكون من الممكن حيازتها والاستئثار بها ، فإنها تصبح محلاً للتعامل ، وذلك كالهواء المضغوط والماء المعبأ المعروف بالمياه المعدنية ^(٢) .

والأشياء التى يتنافى التعامل فيها مع الغرض الذى خصصت له ، كالأموال العامة ؛ إذ لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم مادة (٢/٨٧) مدنى مصرى ، أما إذا كان التعامل فى هذه الأشياء لا يتنافى مع الغرض الذى خصصت له ، فإنه من الممكن أن تكون محلاً لبعض أنواع

^(١) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٢٠٣ ، أستاذي الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٧ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٧٣ ، د/ عبد الرزاق فرج : المرجع السابق ص ٢٠٤ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٢٤١ ، د/ محمود الديب : المرجع السابق ص ٨٤ ف ٦٤ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٨

^(٢) د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٧٤ ومابعداها ، د/ عبد الرزاق فرج : المرجع السابق ص ٢٠٧ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٢٤٢ ومابعداها ف ٢٠٨ ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٧ ومابعداها ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١١٩ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٩٧ ومابعداها ، د/ محمد بندارى : المرجع السابق ص ١٥٨ ، د/ محمد يحيى مطر : النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد ص ١٣٧ ط ١٩٩١ .

التعامل ، كإقامة الحمامات على الشواطئ ، وإيجار جزء من الطريق العام ، وفى ذلك تقول المادة (٨١ مدنى) : "١- كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته ، أو بحكم القانون ، يصح أن يكون محلا للحقوق المالية ٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية " ، وقد يرجع عدم جواز التعامل فى بعض الأشياء إلى عدم المشروعية نتيجة لوجود نص فى القانون يمنع هذا التعامل ، أو لأن هذا التعامل يخل بفكرة النظام العام والآداب ، وعلى ذلك إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل ، فإنه يجب أن يكون هذا العمل غير مخالف للنظام العام والآداب ، وإلا كان غير مشروع ، وذلك كالالتزام شخص بقتل آخر ، أو إتلاف أمواله أو بسرقة مبلغ من النقود ، وإن كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ، وجب ألا يكون هذا الامتناع مخالفا للقانون ، ومن ثم إذا تعهد شخص لآخر بأنه ممتنع عن أداء الضرائب المستحقة عليه للدولة ، أو بعدم أداء الشهادة فى دعوى استدعى للشهادة فيها ، أو التزم بالامتناع عن الزواج ، أو عن ممارسة مهنة أو حرفة معينة مدى الحياة ، فإن محل الالتزام يكون غير مشروع لمخالفته القانون ، ولمساسة بالحريّة الشخصية التى كفلها القانون ، ولمخالفة ذلك للنظام العام والآداب ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (١٣٥) مدنى بقولها : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب ، كان العقد باطلا " ، وفكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة تستعصى على الضبط الدقيق ، ومع ذلك عرفها البعض بأنها : مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية التى يقوم عليها المجتمع ، والتى لا يجوز للأفراد أن يخالفوها فى اتفاقاتهم ^(٢) .

(١) أستاذي د/عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٨ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : المرجع السابق ص ٩١ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٢٠٥ ف ١٥٥ ، د/ مصطفى الجمال ، د/ عبد الحميد الجمال : المرجع السابق ص ٢٥٠ ، د/ محمد بندارى : دروس فى مصادر الالتزام ج ١ ص ٨٦ ف ٦٧ ، د/ جلال على العدوى : أصول الالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ١٢٨ وما بعدها ط ١٩٨٨ م

(٢) د/ توفيق فرج ، د/ يحيى مطر : المرجع السابق ص ٤٩١ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٠ ، أستاذي الدكتور/عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٨ ، د/ سمير تناعو :

أما الآداب العامة : فهي مجموعة الأسس الأخلاقية السائدة ، التى يرى المجتمع أنها ضرورية لحفظه من الانحلال ، وفكرة النظام العام ، وكذلك الآداب نسبية ، تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فما يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب فى بلد معين ، وفى جيل معين قد لا يعتبر كذلك فى بلد آخر أو فى جيل آخر ^(١) .

ب- بيان موقف القانون المدنى من بقية الشروط ، التى تتطلب الفقه الإسلامى توافرها حتى يكون الالتزام تخييريا :

(١) أن يذكر الحق فى التخيير أو التعيين فى صلب العقد :

لا يشترط فى القانون المدنى أن يتضمن العقد نصا خاصا يقرر الخيار ، ولا صاحب الحق فيه ، ولكن يكفى أن تتجه نية الطرفين بكيفية واضحة لا تدع مجالا للشك إلى جعل الخيار للدائن ، وإذا لم ينص فى العقد على صاحب الحق فى التخيير ، ولم تظهر من نية الطرفين أن الخيار للدائن ، فإن الخيار يكون للمدين ^(٢) .

(٢) أن تكون الأشياء محل التخيير متفاوتة فيما بينها :

لم يشترط القانون المدنى أن تكون الأشياء محل التخيير متفاوتة فيما بينها كالقيميات ، ولكن يجوز أن تكون الأشياء محل الالتزام التخييرى من القيميئات أو من المثليات ، ويجوز أن يكون أحدهما قيميا والآخر مثليا ، وبالتالي فأى أداء يصلح أن يكون محلا

المصادر ص ٧٥ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : المرجع السابق ص ٩٠ ، د/ محمد بندارى :

المصادر ص ١٥٩ ، د/ محمود الديب : المصادر ص ٨٦ .

(١) د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ١٢٢ ، أستاذى الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع

السابق ص ٩٩ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : المرجع السابق ص ٩٠ ، د/ محمود الديب :

المرجع السابق ص ٨٦ ، د/ محمد بندارى : دروس فى مصادر الالتزام - الكتاب الأول - العقد

والإرادة المنفردة ص ١٥٩ .

(٢) د/ مصطفى عدوى : أحكام الالتزام ص ٢٨٨ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول ص ١٧٠

ف ٩١ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٣٢ ف ٣٣٥ ، د/ جميل الشرقاوى :

المرجع السابق ص ١٩٠ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٣٨ ، د/ حسام الدين

الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٤٤ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٨١ ، د/ عبد

الودود يحى : المرجع السابق ص ٤٨٦ .

للاللتزام التخييري إذا اقترنت به أداءات أخرى ، سواء أكانت من نوعه أم من غير نوعه ، كل ما هنالك أنه يجب لكي يقوم الللتزام التخييري أن يتعدد محل الللتزام ^(١) .

(٣) أن تكون مدة الخيار معلومة :

لم ينص القانون المدني المصري على تحديد مدة معينة ، يتم فيها الاختيار ، ومن ثم يجوز ذكر خيار التعيين ، بدون تحديد مدة ويكون صحيحا ، وفي هذه الحالة إذا لم يعمل من له الخيار حقه في الاختيار في وقت معقول ، فإنه يكون للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء ، ليحدد أجلا للاختيار ، فإذا لم يقم من له الحق في الاختيار باستعماله في غضون هذا الأجل ، فإن القاضي هو الذي يقوم بالاختيار بنفسه ، وقد نهج القانون المدني اللبناني نفس نهج القانون المدني المصري ، وإن كانت هذه القوانين لم تمنع من تحديد مدة معينة يتم فيها أعمال الخيار ، ولذلك ذهب فقهاء القانون المدني المصري ، أن الغالب أن يحدد المتعاقدان مدة معينة ، يستعمل في خلالها هذا الخيار ^(٢) .

في حين تنص بعض القوانين المدنية العربية صراحة ، على أن يكون لخيار التعيين مدة محددة يتم فيها الخيار ، وذلك كالقانون المدني العراقي في المادة (١/٢٩٩) ، القانون المدني الأردني في المادة (١/٤٠٨) والقانون المدني الكويتي في المادة (١/٣٣٧) وقد قضت هذه المواد بأنه : " يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار ، فإذا أطلق الخيار ، دون هذه المدة حددت له المحكمة المدة المناسبة ، بناءً على طلب أي من الطرفين ^(٣) .

^(١) د/ حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ص ٢٤٣ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : المرجع السابق ص ٩٣ ومابعداها ، د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ١٩٠ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٨٠ .

^(٢) د/ محمد بنداري : الللتزام التخييري ص ٤٠ ف ٣٢ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : خيار التعيين دراسة مقارنة ص ٩٤ ، د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ١٩١ ف ٥٥ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٤٨٧ ، د/ طلبة خطاب : أحكام الللتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص ١٨٠ ومابعداها ف ١٩٧ ، د/ إبراهيم علوان : خيار التعيين وأثره على العقد دراسة مقارنة ص ١٦٢ .

^(٣) د/ محمد بنداري : المرجع السابق بنفس الموضع ، د/ طلبة خطاب : المرجع والموضع السابقين ، د/ عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ج ٢ أحكام الللتزام ص ٢٢٧ ف ٤٠١ ط دار الحرية بغداد ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ م ، د/ عبد القادر الفار : أحكام الللتزام ، وآثار الحق في =

(٤) أن تكون الأشياء محل التخيير ثلاثة فأقل :

لم يشترط القانون المدني أن تكون الأشياء محل التخيير ثلاثة فأقل ، وإنما اشترط أن تتعدد الأشياء التي يرد عليها الاختيار ، حتى يكون الالتزام تخييرياً ، وبالتالي تكون هناك فرصة للاختيار ، سواء أكانت هذه الأشياء اثنين أم ثلاثة أم أكثر ، وقد نصت المادة (٢٧٥ مدني) على ذلك بأنه : " يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها " وعلى ذلك إذا التزم شخص بأحد أمرين ، وكان هـ احد منهما غير ممكن أو غير مشروع ، فلا نكون بصدد التزام موصوف ، وإنما نكون بصدد التزام بسيط ؛ لأن الذي يصلح لأن يكون محلاً للالتزام هو أمر واحد ^(١) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق ذكره في تعريف خيار التعيين في الفقه الإسلامي والالتزام التخييري في القانون المدني يتضح ، أنه وإن كان بين كل من التعريفين خلاف في اللفظ ، إلا أنهما يتفقان على مايلي :

أولاً : إن كلا منهما يتطلب أن يتعدد محل الالتزام حتى يقوم وصف التعيين أو التخيير ، وإن كان جانباً من الفقه الإسلامي قد حدد هذه المحال باثنين أو ثلاثة ، فإن كانت أكثر من ذلك ، فإن خيار التعيين يكون غير صحيح عند هذا الجانب بخلاف القانون المدني الذي لم يحدد عدداً معيناً للمحال التي يجري فيها التخيير ، وقد وافقه في ذلك الجانب الآخر من الفقه الإسلامي .

=

القانون المدني الأردني ص ١٥٥ ط الثقافة بالأردن ١٩٩٥ م ، د/ إبراهيم علوان : المرجع السابق ص ١٦٢ .

^(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة : أحكام الالتزام ج ٢ ص ٢٥ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ١٦٤ ، د/ محمد علي عمران : الوجيز في آثار الالتزام ص ١٨٤ ، د/ محمد أنور عبد العزيز : المرجع السابق ص ٧٥ ، د/ محمد بنداري : المرجع السابق ص ٢٨ ، د/ عبد المنعم البدر أوى : المرجع السابق ص ٢٥٨ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢١٥ ومابعدھا .

ثانيا : إن كلا من التعريفين ينص على أن المدين لا يجب عليه الوفاء إلا بأحد هذه المحال المتعددة ، فإذا وفى المدين بأحد هذه المحال برأت ذمته من الالتزام متعدد المحال براءة تامة كما يتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه القول الراجح فى الفقه الإسلامى من القول بجواز خيار التعيين ، ومشروعيته وصحة العقد على محل واحد مبهم من محال متعددة ، كما يتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من اشتراطه لتعدد المحال التى يرد التعاقد على واحد مبهم منها باستعمال خيار التعيين ؛ لأنه يلزم حتى يكون الالتزام موصوفا بالتخيير أن تكون محاله متعددة .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه يلزم أن يتوافر فى الأشياء محل التخيير الشروط الواجب توافرها فى محل التعاقد ، وهذه الشروط هى :

- (١) أن يكون محل التعاقد معلوما للعاقدين .
- (٢) أن يكون محل التعاقد موجودا .
- (٣) أن يكون محل التعاقد مقدورا على تسليمه .
- (٤) أن يكون محل التعاقد مشروعا .

أما بالنسبة للشروط الأول فإن الفقه الإسلامى يتطلب أن يكون كل شئ من الأشياء التى هى محل التخيير معلوما للعاقدين علما يمنع الجهالة الفاحشة ، التى تؤدى إلى المنازعة بين العاقدين ، وهذا الشرط يعبر عنه فى القانون المدنى بلزوم تعيين المحل أو قابليته للتعيين ، وحتى يكون التعاقد صحيحا ، فإن الفقه الإسلامى يوجب أن يكون محل التعاقد معلوما وقت العقد ، وإلا كان العقد باطلا ، ومعلومية المحل تكون بمعانيته ، حتى يحصل للعاقدين العلم به علما كافيا ، يمنع الجهالة الفاحشة التى تقضى إلى المنازعة ، ويتحقق العلم بمحل العقد بأحد أمرين : إما برؤيته ، وإما بوصفه وصفا يحقق العلم ، وأما القانون المدنى فيطلب حتى يكون التعاقد صحيحا أن يكون محل الالتزام معينا ، وتعيين محل الالتزام يكون بذكر أوصافه التى تحدده وتميزه عن غيره ، فإذا لم تذكر هذه الأوصاف فيكفى أن يذكر من الأوصاف ما يجعل محل العقد قابلا للتعيين ، وفى ذلك يختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، لأن الفقه الإسلامى لا يكتفى بذكر الأوصاف التى تجعل محل التعاقد قابلا للتعيين ، بل لابد من تحقق العلم بمحل التعاقد عن طريق الرؤية أو وصفه

وصفا يحقق العلم به ، وبالنسبة للشرط الثانى فإنه يشترط فى المحال التى يجرى فيها التخيير أن تكون موجودة وقت التعاقد ، ولا يكتفى بإمكان وجودها فى المستقبل ، ومن ثم إذا لم يتحقق وجودها عند التعاقد ، بأن كانت معدومة كان العقد باطلا ، فى حين يكتفى القانون المدنى بإمكان وجودها فى المستقبل ، وفقا لما يقصده العاقدان ، ومن ثم فإن القانون المدنى لا يشترط فى محل الالتزام أن يكون موجودا عند التعاقد دائما ، ولكن الذى يحدد ذلك هو قصد العاقدان ، فإن قصدا أن يكون التعاقد على شئ موجود وجب أن يكون ذلك الشئ محقق الوجود فى ذلك الوقت ، وإن اتجهت إرادة المتعاقدين إلى التعاقد على شئ سيوجد فى المستقبل ، وجب أن يكون ذلك الشئ ممكن الوجود فى الوقت المحدد لنشوء الحق عليه ، إلا أن جواز التعامل فى الأشياء التى ستوجد فى المستقبل يستثنى منه التعامل فى التركات المستقبلية فقد حظر القانون التعامل فيها ، فالأصل فى القانون المدنى جواز التعاقد على الأشياء المستقبلية ، والاستثناء المنع ، وبالنسبة للشرط الثالث فإن الفقه الإسلامى يشترط أن يكون كل واحد من محال التخيير المتعددة مقدورا على تسليمه ، ويقابل هذا الشرط فى القانون المدنى ، إمكان محل الالتزام بأن يكون محل الالتزام ممكنا ، واشترط الفقه القانونى لإمكان محل الالتزام ، يظهر فى حالة ما إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل ، ومن ثم إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل وكان غير ممكن فإن الالتزام لا ينشأ ولا ينعقد ؛ لأنه لا التزام بمستحيل ، والوقت الذى يعتد فيه بهذه الاستحالة هو وقت انعقاد العقد إذا كانت الاستحالة لاحقة لإبرام العقد ، فلا تمنع من قيام الالتزام وانعقاد العقد ، وفى ذلك يتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن الوقت الذى يعتد فيه بالقدرة على تسليم محل التعاقد - إنما هو وقت انعقاد العقد ، وبالتالي إذا كان تسليم محل التعاقد غير ممكن وقت إبرام العقد كان العقد باطلا .

كما يتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه يجب أن تكون الأشياء محل التعاقد ، والتى يجرى فيها التخيير قابلة للتعامل فيها ، وإلا كان العقد باطلا ، والشئ يكون غير قابل للتعامل فيه إذا كان غير مملوك لأحد ، كما هو الحال فى الأشياء المباحة كالطير فى الهواء ، والسماك فى الماء ، إلا إذا أمكن الاستيلاء عليها بحيازتها ، وأيضا إذا كان مملا لا يمكن الاستئثار بحيازته ، وذلك لاشتراكه بين الناس جميعا ، كالماء والهواء ، إلا إذا أمكن حيازته ؛

ومعالجته معالجة علمية ، وأيضا يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه قانونا إذا كان التعامل فيه يخرج عن الغرض الذى خصص له ، وفى ذلك يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فيما ذهب إليه من عدم جواز التعامل فى الأشياء التى تتعلق بحق الله تعالى ، كما هو الحال فى المساجد .

ولكن يختلف القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فيما ذهب إليه من عدم جواز التعامل فى الأشياء ، التى يؤدى التعامل فيها إلى مخالفة قاعدة أو نص من نصوص الشريعة الإسلامية الغراء ، كما هو الحال فيما إذا كان محل التعاقد ليس بمال ، وذلك كالحر والميتة أو كان مالا ، ولكنه لا قيمة له فى نظر الشارع الحكيم كالخمر والخنزير ، إذ لا يمنع القانون المدنى التعامل فى هذه الأشياء ، إلا إذا كان التعامل فيها يؤدى إلى مخالفة النظام العام والآداب العامة ، وهذه الفكرة غير منضبطة لأن المرجع فيها ليس شرع الله ، وإنما المرجع فيها هو عادات وأعراف المجتمعات المختلفة ، لذلك فما يعتبر مباحا فى بلد قد يكون غير مباح فى أخرى ، كما أنه لما كان الضابط فيها ليست قواعد الشرع ، فإنه من المتصور أن يتصادقوا على إباحة ما هو منهى عنه شرعا ، ومنع ما هو مباح شرعا .

كما يختلف فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى المجيز لخيار التعيين فى ضرورة ذكر الخيار فى صلب العقد بينما يرى الفقه الإسلامى أنه لا بد من ذكر الخيار فى صلب العقد ، وإلا كان باطلا لوجود الجهالة التى تقضى إلى المنازعة ، ويرى فقه القانون المدنى أنه يكتفى فى ذلك بأن تتجه نية العاقدين بكيفية واضحة إلى تضمين العقد للتخير .

كما يختلف فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فيما ذهب إليه من ضرورة أن تكون الأشياء محل التخير من القيمات فبينما ذهب الفقه الإسلامى إلى ذلك ، لأن القيمات ، متفاوتة فيما بينها حيث يوجد منها الجيد والمتوسط والردئ ومن ثم يكون للتخير فائدة ، أما إذا كانت غير متفاوتة فيما بينها كالمثلثات ، فإن التخير لا تكون له فائدة ؛ لأن المثلثات متماثلة من كل الوجوه ، يذهب القانون المدنى إلى عدم اشتراط ذلك ، ومن ثم يجوز أن تكون الأشياء محل التخير من القيمات أو من المثلثات بل يجوز أن يكون أحد المحال قيميا والآخر مثليا ، والثالث عمل أو امتناع عن عمل .

هذا : وقد اتفق فقه القانون المدنى مع ما ذهب إليه جانب من المجيزين لخيار التعيين فى الفقه الإسلامى من جواز تعدد محل التخير ، وعدم تحديدها بعدد

معين ، وبالتالي يجوز أن تتعدد محال الالتزام التخييري عند هذا الجانب وكذلك في القانون المدني إلى أربعة أشياء أو خمسة أو أكثر .

كما يتفق الرأي الراجح في فقه القانون المدني مع ما ذهب إليه الاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي من ضرورة أن يكون لخيار التعيين مدة يتم خلالها إعماله . ولكن اختلف فقه القانون المدني مع الفقه الإسلامي في تحديد المدة اللازمة لإعمال خيار التعيين خلالها ، فبينما يرى بعض فقهاء المذاهب الإسلامية أن مدة خيار التعيين لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أيام يرى البعض الآخر ، أنه يجوز أن تزيد هذه المدة على الثلاثة أيام بل يجوز للعاقدين أن يتفقا على أي مدة كانت ، طالما كانت محددة ومعلومة ، ويرى البعض الثالث أن هذه المدة تقدر حسب الحاجة ، بذهب القانون المدني إلى أن الغالب أن يحدد العاقدان مدة معينة يستعمل خلالها هذا الخيار ، فإذا لم يحدد العاقدان ميعادا للاختيار أو حددا ، ولكن لم يستعمل من له الخيار حقه في الاختيار في وقت معقول ، فإنه يكون للطرف الآخر أن يلجأ إلى للقضاء ، ليحدد أجلا للاختيار ، وإذا لم يقم من له الخيار بإعماله في غضون هذا الاجل ، فإن القاضي هو الذي يقوم بالاختيار بنفسه .

الفرع الثانى

صاحب الحق فى خيار التعيين ، وحلول الموفى به محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لبيان صاحب الحق فى خيار التعيين ، ومدى حق الموفى به عن المدين فى الحلول محل الموفى له ، يجب أن أوضح ذلك فى الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى وذلك على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لتوضيح صاحب الحق فى خيار التعيين ، ومدى حق الموفى به فى الحلول محل الموفى له ينبغى أن أبين من هو صاحب الحق فى خيار التعيين أولاً ، ثم أعرض لحلول الموفى به محل الموفى له ثانياً .

أولاً : صاحب الحق فى خيار التعيين :

اتفق الفقهاء القائلون بصحة خيار التعيين ، على أن هذا الخيار يثبت للمشتري^(١) وذلك لأن المشتري يحتاج إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق بالنسبة له ، وما شرع خيار التعيين إلا لدفع هذه الحاجة ، فاختص المشتري بخيار التعيين بحسب الأصل دون البائع ؛ لأن البائع ليس فى حاجة إلى اختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان بيده قبل البيع وهو أدرى بما يلائمه منه^(٢) وإذا كان المشتري هو صاحب الحق فى خيار التعيين بحسب الأصل ، فهل يجوز إعطاء البائع الحق فى خيار التعيين أم لا ؟

اختلف الفقهاء القائلون بمشروعية خيار التعيين فى الإجابة عن هذا التساؤل ، على قولين : القول الأول : ويذهب أصحابه إلى أنه لا يجوز أن يكون للبائع خيار فيما يبيعه وقد ذهب إلى ذلك بعض الحنفية^(٣) .

وقد استدلوا على ذلك بالمعقول ، ويصوره ابن الهمام فى عبارة موجزة إذ يقول : " لا يجوز أى خيار التعيين للبائع بل يختص بالمشتري ؛ لأن البائع لا حاجة له إلى

(١) شرح فتح القدير ٥/٥٢٢ ، تبين الحقائق ٤/٢٢ ، بدر المنتقى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٣١/٢ ، حاشية الشلبى على الزيلعى بهامش تبين الحقائق ٤/٢٢ ، مواهب الجليل ٤/٤٢٤ ، التلج المذهب ٢/٣٣٥ ، البحر الزخار ٣/٣٢٨ .

(٢) تبين الحقائق ٤/٢٢ ، شرح فتح القدير ٥/٥٢٢ .

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥/٩٦ ط دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ — ١٩٩٥م ، حاشية الشلبى على الزيلعى ٤/٢٢ ، بدر المنتقى شرح الملتقى ٣١/٢ .

اختيار الأوفق والأرفق ؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما يلائمه منه فيرد جانب البائع إلى القياس " (١) .

القول الثاني : ويرى الذاهبون إليه أنه يجوز أن يكون خيار التعيين للبائع ، كما جاز للمشتري ، وقد ذهب إلى ذلك البعض الآخر من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والزيدية (٤) وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بالقياس ، والمعقول .

أما القياس :

فقياس خيار التعيين على خيار الشرط بجامع أن كلا منهما خيار ، ولما كان يجوز في خيار الشرط أن يشترط للمشتري وللبيع ، فكذلك في خيار التعيين يجوز للبائع - كما يجوز للمشتري - وفي ذلك يقول ابن الهمام : " ويجوز خيار التعيين للبائع استحسانا ؛ لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط " (٥) .

وأما المعقول :

فهو أن خيار التعيين شرح للحاجة إلى دفع الغبن ، ليختار المتعاقد ما هو الأوفق والأرفق ، وهذه الحاجة قد تتحقق في جانب البائع ، كما هي متحققة في جانب المشتري ، ومما يؤكد ذلك ما يقوله الإمام الحصفكي من أنه : " قد يرث قيميا ويقبضه وكيله ، ولا يعرفه فيبيعه بهذا الشرط ، فمست الحاجة إليه " (٦) .

وما يقوله ابن عابدين : " بأن الإنسان مادام المبيع في ملكه لا يتأمل فيما يلائمه ، وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع " (٧) .

(١) شرح فتح القدير ٥٢٢/٥ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥٤ ط ٤ دار إحياء التراث العربي ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ٩٦/٥ ، البحر الرائق ٢٣/٦ .

(٣) الإمام الخطاب : مواهب الجليل ٤٢٤/٤ وقد جاء فيه : " وإن اشترى أحد ثوبين يريد بخيار فإن ضاعا في هذه الصورة فإنه يضمن واحدا بالثمن ولا ضمان عليه في الآخر ، سواء أكان الخيار له أو للبائع " .

(٤) ابن المرتضى : البحر الزخار ٣٢٨/٣ ، التاج المذهب ٣٣٥/٢ وقد جاء فيه : " ويشترط أن يكون الخيار أي خيار التعيين لأحدهما لا لهما فيفسد لأنه يؤدي إلى التشاجر " .

(٥) ابن الهمام : شرح فتح القدير ٥٢٢/٥ .

(٦) الدر المختار المطبوع مع حاشية ابن عابدين ٩٦/٥ وما بعدها .

(٧) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ٩٧/٥ .

وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم يتبين أن الراجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني القائل بجواز أن يكون خيار التعيين لنبائع كما جاز للمشتري لقوة ما ذكره من أدلة .

ثانيا : حلول الموفى به عن المدين محل (الدائن) الموفى له :

مما تقدم يتضح أن خيار التعيين يعطى للعاقد الحق فى أن يختار واحد من الأشياء التى يشملها محل التعاقد ، والتى بتعددتها يكون محل التعاقد موصوفا بكون تخييريا ، والعاقدا قد يكون المشتري ، وقد يكون البائع ، وبالتالي إذا كان العاقد الذى أعطى له حق الاختيار هو المشتري ، ثم قام باختيار شئ من الأشياء ، التى كانت محلا للتعاقد فى المدة المحددة لذلك أصبح للالتزام محل واحد بعد أن كان له أكثر من محل ، فإذا أدى للبائع ثمن ما وقع عليه اختياره تم العقد ونفذ الالتزام ، وبرئت ذمة المشتري .

ولكن ما الحكم إذا قام غير المشتري بالوفاء بثن من ما وقع عليه اختياره أيكون للموفى الحق فى الرجوع على المشتري ، بما وفاه عنه أم لا ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان الموفى مأذونا من قبل المشتري فى هذا الوفاء .

الحالة الثانية : إذا قام الموفى بالوفاء بدون إذن الموفى عنه (المشتري هنا) .

بالنسبة للحالة الأولى : وهى قيام الموفى بالوفاء عن المشتري بإذنه :

فإن الفقهاء قد اتفقوا^(١) على أنه يحق للموفى أن يرجع على الموفى له بما وفاه ، وأن يحل محل الموفى له فى هذا الرجوع ، وهو فى هذا الرجوع لا يرجع على

(١) العناية على الهداية ٣٠٥/٦ حيث يقول : " ومن قضى دين غيره بأمره رجع عليه " ، الدر المنقى شرح المنقى ١٣٣/٢ ، مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، الذخيرة ١٣٠/٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٩ ، التلج والإكليل ١٠٤/٥ ، حاشية الشبراملى على نهاية المحتاج ٤٦٣/٤ حيث يقول : " إن أدى من جهة الإذن فى الأداء رجع " ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ ، الإنصاف ٢٠٦/٥ ، كشف القناع ٣٧١/٣ ، شرح منتهى الإرادات ٢٥١/٢ حيث يقول : " وكل مؤد عن غيره ديناً واجبا ، فيرجع إن نوى الرجوع وإلا فلا " ط دار الفكر بيروت ، المحلى ١١٧/٨ وقد اعتبر ابن حزم الوفاء بالإذن وكالة ، ورتب عليه الرجوع ، التاج المذهب ١٤٩/٤ ، البحر الزخار ٧٧/٥ وقد جاء فيه " إن قال ... يدفع عنى رجع " ، الحلى : شرائع الإسلام ١٠٩/١ حيث يقول : " ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه " ، جواهر الكلام ١٥٣/٢٦ ، شرح كتاب النيل ٤٢٤/٩ ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٢٤٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ ، حاشية البيجرمى ١٠٠/٣ .

الموفى عنه باختيار جديد ؛ لأن ما قام به الموفى بالوفاء به قد تحدد بما أذن له الموفى عنه في الوفاء به ، وبما وقع الوفاء به للدائن ، واختيار محل الوفاء كان في فترة سابقة على وقوع الوفاء .

وقد استدلوا على ذلك ، بأن الوفاء الحاصل من الموفى ، قد حدث بأمر الموفى عنه فكان بمنزلة أمره بالدفع إليه ، وإذا أمره بالدفع إليه ، كان للموفى أن يرجع عليه به ، فذلك إذا أمره بالدفع إلى غيره ؛ لأنه صرفه إلى منفعة الغير بإذنه ، فكان له أن يرجع عليه به .
الحالة الثانية : إذا قام الموفى بالوفاء بدين المشتري بغير إذنه ، فقد اختلف الفقهاء في جواز رجوع الموفى على المشتري بما وفاه عنه ، وعدم جواز ذلك إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويرى القائلون به أنه لا يجوز للموفى أن يرجع على الموفى عنه بما وفاه ، طالما وقع هذا الوفاء بغير إذن الموفى عنه .

ومن هذا الاتجاه الحنفية ^(١) والشافعية ^(٢) والحنابلة في رواية مرجوحة ^(٣) والظاهرية ^(٤) والزيدية ^(٥) والإمامية ^(٦) والإباضية في الراجح عندهم ^(٧) .

وقد استدلوا على ذلك بأن الموفى إذا أدى الدين عن غيره بغير إذنه ، فإنه يكون متبرعا ، ولا رجوع للمتبرع بشئ مما دفعه ، وصار كما لو علف دواب الموفى عنه بغير إذنه ^(٨) .
الاتجاه الثاني : ويذهب أصحابه إلى القول بأنه يجوز للموفى دين غيره أن يرجع على الموفى عنه بما وفاه ، ولو كان وفاؤه بغير إذنه .

(١) العناية على الهداية ٣٠٤/٦ ومابعداها وقد جاء فيها " وإن كفل بغير أمره لم يرجع ؛ لأنه متبرع بأدائه ، والمتبرع لا يرجع " ، الهداية ٩١/٣ ، مجمع الأنهر ١٣٢/٢ ، البحر الرائق ٢٤٤/٦ .

(٢) مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ وقد جاء فيه " وإن انتفى إذنه فيهما أى فى الضمان والأداء فلا رجوع لتبرعه " ، وزاد المحتاج ٢٣٣/٢ وقد جاء فيه " ومن أدى دين غيره بلا إذن فلا رجوع لتبرعه " .

(٣) الإنصاف ٢٠٤/٥ ومابعداها وقد جاء فيه " الحالة الرابعة أن يضمن بغير إذنه ويقضى بغير إذنه فهذه فيها روايتان الثانية لا يرجع ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ ومابعداها ، الشرح الكبير فى نفس المكان .

(٤) المحلى ١١٧/٨ .

(٥) البحر الزخار ٧٧/٥ ، التاج المذهب ١٤٩/٤ .

(٦) جواهر الكلام ١٣٣/٢٦ ومابعداها .

(٧) شرح كتاب النيل ٤٢٤/٩ .

(٨) الهداية ٩١/٣ ، البحر الرائق ٢٤٤/٦ ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ .

ومن هذا الاتجاه المالكية ^(١) والحنابلة إذا كان ناويا للرجوع ^(٢) .

وقد استدلوا على ذلك : بأنه إذا وقع الوفاء بالدين بغير إذن الموفى عنه ، فإنه يجوز للموفى أن يرجع عليه بما وفاه ؛ لأنه قضاء مبرئ من دين واجب على الموفى ، فكان من ضمان من هو عليه ؛ كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه ^(٣) ولأن الموفى كالمسلف ، فيرجع متى ثبت الدفع ^(٤) وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلّتهم ، يتبين أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني ، القائل برجوع الموفى على المدين بما وفاه عنه ، ولو حدث الوفاء بغير إذن الموفى عنه ؛ وذلك لأن القول بأن الموفى يكون متبرعا عند عدم حصوله على إذن بالوفاء من الموفى عنه غير مسلم ؛ لأن التبرع لا يثبت إلا بيقين ولا يفترض ، إذ الأصل فيمن يغرم مالا أن تتجه نيته إلى الرجوع به لا إلى التبرع ^(٥) . وينطبق نفس الحكم إذا كان الخيار في تعيين محل التعاقد للبائع ، وتم منه الاختيار فلا فائدة من التكرار .

ولكن إذا لم يقم المشتري بتعيين أحد محال الالتزام ، وقام الغير بالوفاء بثمن أحد هذه المحال للبائع بناءً على اتفاق بين الغير الموفى ، والبائع الموفى له ، كان للموفى أن يرجع بما وفاه على المشتري ، ولكن التزام المشتري في مواجهة الموفى يكون موصوفاً بكونه تخييرياً بمعنى أنه يكون للمشتري الموفى عنه أن يختار أحد محال الالتزام ، ولو كان غير المحل الذي قام الموفى بالوفاء بثمنه ، ليوفى بثمنه لذلك الغير الموفى عن المشتري ، وبذلك يكون الموفى قد حل محل الموفى له في وصف الحق الموفى به ^(٦) .

(١) جاء في التاج والإكليل ١٠٢/٥ " من أدى عن رجل حقاً لزمه بغير أمره يرجع عليه " ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣٣٥/٣ .

(٢) المرداوى : الإنصاف ٢٠٤/٥ وقد جاء فيه " الرابعة : أن يضمن بغير إذنه ويقضى بغير إذنه فهذه فيها روايتان إحداهما يرجع وهو المذهب بلا ريب ونص عليه " ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى القاعدة الخامسة والسبعون ص ١٤٣ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ .

(٣) الرحيباني : مطالب أولى النهى ٣٠٨/٣ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير مطبوع بذيّل المغنى ٢٥٤/٥ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٥/٣ ، مواهب الجليل ١٠٣/٥ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل نفس المكان .

(٥) د/ أسامة العبد : العين والدين ص ٣٦٨ وهو بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الخامس عشر ١٤١٩هـ .

(٦) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ١٥٢ .

ثانيا : فى القانون المدنى :

أبين صاحب الحق فى خيار التعيين أولا ، ثم أوضح حق الموفى به عن المدين فى الحلول محل الموفى له ثانيا .

أولا : صاحب الحق فى خيار التعيين .

نصت المادة (٢٧٥ مدنى) على أنه : " يكون الالتزام تخييريا ، إذا شمل محله أشياء متعددة ، تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها ، ويكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

ويتضح من هذا النص أنه إذا شمل محل الالتزام عدة أشياء ، فإنه يلزم تحديد صاحب الحق فى اختيار الشئ الذى يجب الوفاء به ، من بين الأشياء التى شملها محل الالتزام ، وهذا التحديد إما أن يكون بنص القانون أو بناءً على اتفاق المتعاقدين ، ولكن إذا خلا العقد ولم ينص القانون على تعيين من له الحق فى الخيار ، فإن الخيار يكون للمدين لا للدائن تطبيقا لنص المادة المذكورة ، وإعمالا لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين ^(١) .

ولكن إذا كان الأصل أن الخيار يكون للمدين لا للدائن فهل يمكن إعطاؤه للدائن ؟

تجيب المادة (٢٧٥ مدنى) على هذا التساؤل بقولها : " ويكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك " وعلى ذلك ، فقد يتفق المتعاقدان على أن الدائن (المشتري) هو الذى يكون له الحق فى مطالبة المدين (البائع) بأداء من الأداءات المختلفة محل الالتزام التخييري ، وقد نص القانون على ذلك ، كما هو الحال فى المادة (٢٧٣) مدنى والتى تقضى بأنه : " إذا أضعف المدين بفعله ما أعطاه للدائن من تأمين خاص ، فالدائن بالخيار بين أن يطلب استيفاء الدين قبل حلول أجله ، أو أن يطالب المدين بتكملة التأمين ؛ فالتخيير فى هذه الحالة للدائن وليس للمدين بنص القانون ^(٢) وكما هو الحال فى نص الملة (١/١٠٤٨) مدنى مصرى ^(٣) .

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول ص ١٧٠ ف ٩١ ط ١٩٨٣ ، د/ عبد الرزاق فرج أحكام الالتزام ص ١٣٨ ، د/ محمد بندارى : الالتزام التخييري ص ٥٩ ومابعدا ، د/ محمد أنور عبد العزيز : خيار التعيين دراسة مقارنة ص ١٢٢ ، د/ محمد لبيب شنب : أحكام الالتزام ص ٣٣٢ .

(٢) د/ أحمد سلامة : الأحكام ص ١٦٤ ، الصدة : أحكام الالتزام ٢٥/٢ ومابعدا ، د/ محمد على عمران : الوجيز فى آثار الالتزام ص ١٨٥ ط ١٩٨٤ م ، د/ عبد الرزاق فرج : المرجع السابق ص ١٣٨ .

(٣) وتنص المادة ١/١٠٤٨ مدنى على أنه : " إذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا ، أو أن يستوفى حقه فورا " .

ولما كان الخيار للمدين (البائع) بحسب الأصل ، فإنه إذا أدعى الدائن (المشتري) أن الخيار له ، وجب عليه أن يستند في ذلك إلى نص في القانون يخوله إياه أو أن يثبت أن الاتفاق قد تم بينه وبين المدين على ذلك ، ولا يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا بل يمكن أن يكون ضمنيا يستفاد من الظروف ^(١) .

ثانيا : حق الموفى بأحد محال الالتزام التخييري عن المدين فى الحلول محل الموفى له (الدائن) :

طبقا لنص المادة (١٧٥ مدنى) والتي تنص على أنه : " يكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك " الأصل أن يكون الخيار للمدين ، ويكون للدائن فى حالتين إحدهما : إذا نص القانون على ذلك ، ثانيهما : أن يتفق المتعاقدان على ذلك فى العقد ، ومن ثم إذا اتفق المتعاقدان فى العقد على أن يكون الخيار للدائن (المشتري) فإن ذمته تبرأ بمجرد أن يوفى المدين (البائع) بثمن ما يقع عليه اختياره ؛ لأن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بشئ واحد من المحال التخييرية ، إذا كان الالتزام تخييريا ^(٢) هذا إذا وقع الوفاء من المدين ، ولكن إذا وقع الوفاء من موف حال ، أى من الغير الذى توافرت فيه شروط الحلول ، فإن كان قد وفى عن المدين ، وللمدين حق الخيار ، فإن له أن يحل محل الموفى له (الدائن) فى الرجوع على المدين بدعوى الحلول ، والموفى لا يرجع على المدين فى هذه الحالة باختيار جديد ؛ لأن محل الالتزام قد تحددت أوصافه بما وقع به الوفاء للدائن ، وبما اتفق الموفى على الوفاء به عن المدين ؛ إذ الأصل أن يرجع الموفى على الموفى عنه بما وفى من ماله ، ومحل الاختيار قد تحدد فى الفترة السابقة على الوفاء ، وينطبق نفس الحكم إذا كان الموفى الحال متفقا مع الدائن على الحلول ؛ لأن الدائن بقبوله محلا للوفاء بعينه ، متى كان له الخيار فقد حدد محل الالتزام ، وليس له أن يحل الموفى فى أكثر مما له ^(٣) .

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٧١ ، د/ محمد بندارى : المرجع السابق ص ٦٠ ومابعدها

، د/ محمد أنور عبد العزيز : المرجع السابق ص ١٢٢ ومابعدها .

^(٢) د/ مصطفى عدوى : النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ص ٢٨٨ .

^(٣) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ١٥٢ .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق يتبين أن القانون المدنى يختلف مع القائلين بصحة خيار التعيين من فقه المذاهب الإسلامية ، فيما يتعلق بتحديد من يثبت له الحق فى خيار التعيين ، فبينما يتفق القائلون بصحة هذا الخيار ، على أنه يثبت للمشتري (الدائن) أما البائع (المدين) فثبت خيار التعيين له محل خلاف بينهم ، وإن كان الراجح هو ثبوت خيار التعيين له - أيضاً - نجد أن القانون المدنى على العكس من ذلك ، حيث إن الأصل فيه هو ثبوت خيار التعيين للمدين (البائع) إلا إذا اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن (المشتري) ، كما هو الحال فى نص المادة (٢٧٣) مدنى .

ويتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه يحق للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل فى هذا الرجوع محل الموفى له (الدائن) إذا أدى عنه بإذنه ، أى بعد اختياره لمحل الوفاء ، ولذلك فإن الموفى لا يرجع على المدين باختيار جديد ؛ لأن ما قام الموفى بالوفاء به قد تحدد ، بما أذن له المدين فى الوفاء به عنه ، وبما وقع الوفاء به .

وإذا وقع الوفاء بالدين بدون إذن المدين ، فإن القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه القول الراجح فى الفقه الإسلامى من أنه يحق للموفى دين غيره أن يرجع على هذا الغير بما وفاه ، ولو كان هذا الوفاء قد تم بغير إذن الموفى عنه طالما تم هذا الوفاء ، بعد اختيار المدين لمحل الوفاء فى الالتزام التخييري ، وذلك لأنه قضاء مبرئ من دين واجب على الموفى عنه ، ولأن الموفى كالمسلف ، فيرجع متى ثبت الدفع ولا يقال إن الموفى هنا متبرع ، ما دام الوفاء قد وقع بغير إذن المدين ، لأن التبرع لا يفترض .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أنه إذا لم يقم المشتري بتعيين أحد المحال ، التى جرى فيها التخيير، وقام الغير بالوفاء بثمن أحد هذه المحال للدائن ، بناءً على اتفاق بينه وبين الموفى ، فإنه يكون للموفى أن يرجع على الموفى عنه ، ولكن يظل التزام الموفى عنه فى مواجهة الموفى موصوفاً بكونه تخييراً ، بمعنى أن الموفى عنه يكون له الحق فى تعيين المحل الذى سيوفى به ، ولو كان غير المحل الذى قام بأدائه عنه للموفى له ، وبذلك يكون الموفى قد حل محل الموفى له فى وصف الحق الموفى به .

المبحث الثانى

حلول الموفى محل الموفى له فى توابع الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

يستند الحلول إلى فكرة العدالة التى يتبناها كل تشريع ، يهدف إلى الرقى ذلك لأن قيام الموفى مقام الموفى له ، يؤدى إلى تمتع الموفى بمزايا الحق الموفى به ، وتحمل تبعاته ، ومن مزايا قيام الموفى مقام الدائن الأصلى فى الرجوع على المدين ، أن يرجع الموفى بتوابع الحق الموفى به .

وبيان هذه التوابع فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يكون على الوجه التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

تتحدد توابع الحق الموفى به فى أمرين :

الأول : ما أنفقه الموفى من مصروفات فى سبيل الوفاء بما على المدين من دين .

الثانى : الفوائد التى تترتب على الحق الذى قام الموفى بالوفاء به عن المدين .

وسأوضح هذين الأمرين تباعاً .

الأمر الأول : رجوع الموفى على المدين بالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بدين المدين ، وحلوله فى ذلك محل الموفى له .

إذا تحمل الموفى نفقات ومصروفات ضرورية ، عند قيامه بالوفاء بدين المدين ، كما لو كان الموفى به يحتاج إلى مصاريف نقل إلى محل الوفاء أو كان يحتاج إلى نفقات ضرورية لحفظه حتى وقت الوفاء به ، فهل يحق للموفى أن يحل محل الدائن فى الرجوع بهذه المصروفات على المدين أم لا ؟

اتفق الفقهاء على القول بأن الموفى يحق له أن يرجع على المدين بما تكبده من مصروفات فى سبيل الوفاء بدين المدين ، وأن يحل فى ذلك محل الدائن الموفى له ^(١) وذلك لأنه لو

(١) جاء فى تبیین الحقائق ١٣/٤ ومابعدهما ما نصه " وأجرة الكيل على البائع وكذا أجرة وزن المبيع وزرعه وعده على البائع ؛ لان الكيل والوزن والزرع والعد فيما بيع مكايلة أو موازنة أو مزارعة أو معادة من تمام التسليم ، وتسليم المبيع على البائع ، فكذا إتمامه وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري لما ذكرت أن الوزن من تمام التسليم ، وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه " ، مجمع الأنهر ٢٠/٢ ، الدر المتقى شرح الملتنقى نفس المكان ، البحر الرائق ٣٣٠/٥ ، الفتاوى الهندية ٢٨/٣ ، وجاء فى الشرح الكبير للإمام الدردير بهامش حاشية الدسوقي ١٤٤/٣ ما نصه : " (والأجرة) للكيل أو الوزن أو العد الحاصل به لتوفية (عليه) أى على البائع إذ لا تحصل

قام المدين بالوفاء بما عليه من دين بنفسه لأنفق هذه المصروفات ؛ لأنها من تمام التوفية ، وما كان من تمام التوفية فهو واجب على من عليه الحق ؛ لأن التوفية واجبة ، فكذلك ما كان من تمامها ^(١) ؛ ولأن الله تعالى أوجب على كل من عليه حق أن يوفى ما عليه ، فكان الوفاء بالحق واجبا ، وكذلك ما أدى إليه ^(٢) .

وبالتالى إذا قام الغير بالوفاء بدين المدين ، وتكبد هذه النفقات ، فإنه يرجع على المدين بها ويحل محل الدائن الموفى له فى هذا الرجوع ، باعتبارها من توابع الحق الموفى له .
الأمر الثانى : الفوائد (الربوية) التى تترتب على الحق الذى قام الموفى بالوفاء به عن المدين إذا قام بأداء ما على المدين من دين لدائنه ، وكان هذا الحق يزتب فوائد ربوية فى ذمة المدين ، حتى وقت الوفاء به منه ، فهل يحق له أن يرجع على المدين بهذه الفوائد وأن يحل محل الموفى له (الدائن) فى هذه الفوائد أم لا ؟

التوفية إلا بذلك كما أن أجرة الثمن إذا كان مكيلا أو موزونا أو معدودا على المشتري لأنه بائع له " ، حاشية الدسوقي ١٤٤/٣ ومابعدا ، بلغة السالك ٧٠/٢ ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك نفس المكان ، وجاء فى نهاية المحتاج ١٠١/٤ مانصه " وأجرة كيال المبيع أو وزانه أو من ذرعه أو عده ، ومؤنة إحضاره - إذا كان غائبا - إلى محل العقد على البائع وأجرة كيال الثمن ، ومؤن إحضار الثمن الغائب إلى محل العقد على المشتري " ، ومغنى المحتاج ٧٣/٢ ، وجاء بكشاف القناع ٢٤٧/٣ مانصه " ومؤنة توفية المبيع والثمن ونحوهما من أجرة كيل ، وأجرة وزن ، وأجرة ذرع ، وأجرة نقد على بازله من بائع ومشتري ونحوهما ؛ لأن توفيته واجبة عليه ، فوجب عليه مؤنة ذلك " ، شرح منتهى الإرادات ١٩١/٢ ومابعدا ، المغنى مع الشرح الكبير ٤٤٣/٤ ، وجاء بالمحلى ٨١/٩ ومابعدا مسألة رقم (١٥٩١) ما نصه " ومن كان لآخر عنده حق من بيع أو سلم أو غير ذلك من جميع الوجوه بكيل أو وزن أو ذرع ، فالوزن والكيل والذرع على الذى عليه الحق ، ومن كان عليه دنانير أو دراهم أو شئ بصفة من سلم أو صداق أو إجارة فالتقليب على الذى عليه الحق أيضا ؛ لأن الله تعالى أوجب على كل من عليه حق أن يؤدي ما عليه من ذلك من هو له عليه ، وحكم رسول الله ﷺ بأن يعطى لكل ذى حق حقه " ، البحر الزخار ٣٧٠/٣ ، مفتاح الكرامة ٧٠٧/٤ ، شرح كتاب النيل ٢٨٣/٨ .

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ١٥٧/٥ ، كشاف القناع ٢٤٧/٣ .

(٢) ابن حزم : المحلى ٨١/٨ ومابعدا .

من المقرر أنه لا يجوز للموفى أن يرجع على المدين بشئ زائد عما وفاه عنه ؛ لأن هذه الزيادة تعد في نظر الشريعة الإسلامية من قبيل الربا ، والربا محرم كله ، وقد وردت الأدلة الدالة على تحريمه من الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب فمنه :

قول الله تعالى ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ النَّبِيعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ^(١) وقوله تبارك وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الكريمتين :

أن الله سبحانه وتعالى قد نصر صراحة في الآية الأولى على حرمة الربا ، وجعل هذا التحريم ، في مقابل حل البيع ليؤكد الحرمة ويبرزها ، وفي الآية الثانية حث على ترك التعامل بالربا بقوله ﴿ إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ وتوعد من لم يترك هذا الداء بإعلان الحرب عليه من الله ورسوله ثم بين طريق الخلاص لمن يقع في هذا الإثم العظيم ، وفي ذلك أبلغ الدلالة على حرمة الربا ^(٣) .

وأما السنة :

فقد ورد بها أحاديث كثيرة تدل على حرمة الربا ، وتنتهي المؤمنين عن التعامل به ، وتعتبره من أكبر الكبائر ، ومن السبع المهلكات ، ومن هذه الأحاديث ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال : " اجتنبو السبع الموبقات ، قيل يا رسول الله ماهي ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات " ^(٤) .

^(١) سورة البقرة من الآية (٢٧٥) .

^(٢) سورة البقرة الآية رقم (٢٧٨) والآية رقم (٢٧٩) .

^(٣) يراجع في ذلك الإمام القرطبي : أحكام القرآن ١١٦٤/٢ ومابعدھا طبعة دار الريان للتراث ، وفي هذا المعنى أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار : عقد التأمين ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ص ٢٤١ ومابعدھا الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ١٩٩٤م الناشر دار النهضة العربية ، د/ أحمد القليصی : فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية ص ١١ ومابعدھا ١٤١١ هـ ١٩٩١ م .

^(٤) الحديث رواه الإمام البخاری : صحيحه بشرح ابن حجر - ك الوصايا - باب قول الله تعالى ﴿ إِنَّا الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ الآية (١٠) من سورة النساء

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ قد نهى عن ارتكاب أى واحدة من السبع الملهكات ، والنهى يقتضى التحريم ، ومن هذه السبع أكل الربا الذى دل الحديث الشريف على أنه من أكبر الكبائر .

وأما الإجماع :

فقد نقل الفقهاء إجماع الأمة على تحريم الربا وفى ذلك يقول ابن قدامة " أجمعت الأمة على أن الربا محرم " (١) .

بالإضافة إلى أن الأصل فى قيام الموفى بأداء الدين عن المدين هو الفرق به ؛ وليس من الفرق أن يرجع عليه بأمر زائد عما وفاه عنه ؛ لأن فى ذلك إرهاباً بالمدين ، وإعناتاً له ، وقصد إعنات المدين يوجب رد الوفاء (٢) .

وعلى ذلك لا يحق للموفى أن يرجع على المدين بما يسمى بالفوائد الربوية ، التى تبيحها القوانين الوضعية ؛ لأنها ربا محرم تأباه الشريعة الإسلامية ، إذ الأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز أخذ المال بلا مقابل ؛ لأنه يعد أكلاً للمال بالباطل ، وقد نهت الشريعة الغراء عنه .

رقم (٢٧٦٦) ج ٥ ص ٤٦٢ ط دار الريان للتراث ، الإمام مسلم : صحيحه : بشرح النووي ٧٠/٢ ك الإيمان - باب الكبائر وأكبرها رقم (١٤٥) ط دار الفكر بيروت ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .

(١) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٣٣٩/٤ ، المقدسى : الشرح الكبير بذيّل المغنى ٣٣٨/٤ ، الموصلى : الاختيار ٣٠/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢١٤ ط دار الفكر ، مغنى المحتاج ٢١/٢ ومابعدا ، زاد المحتاج ٢١/٢ ط ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م بالشئون الدينية بدولة قطر ، نهاية المحتاج ٣/٢٤ ط دار إحياء التراث العربى ، ويقول الإمام الزيلعى : " وأجمعت الأمة على تحريمه - أى الربا - حتى يكفر جاحده " ، تبیین الحقائق ٨٥/٤ ، البحر الزخار ٣٣٠/٣ ومابعدا ، المحلى ٨/٤٦٨ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٨/٣٥ .

(٢) الإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ٣٣٤/٣ ، شرح الخرشي ٢٥/٦ .

ثانيا : فى القانون المدنى :

الأصل أن يتحمل المدين بالمصروفات التى ينفقها ، فى سبيل الوفاء بالدين ، ومن قبيل هذه النفقات التى قد يتطلبها الوفاء بالدين ، نفقات الوزن أو العد أو الفرز أو القياس أو الكيل ، ونفقات إرسال الدين إلى الدائن إذا كان مبلغا من النقود ، ونفقات المخالصة ، والشيك ، والحوالة البريدية ، وما إلى ذلك ، وقد نصت على ذلك المادة ٣٤٨ مدنى بقولها : " تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " وبالتالى إذا وفى الغير بهذا الدين عن المدين ، وتحمل إنفاق هذه المصروفات فى سبيل قيامه بالوفاء به فإنه يحق له أن يرجع بما أنفقه على المدين ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٨٠٠ بقولها : " ويرجع بأصل الدين ، وبالفوائد والمصروفات على أنه فى المصروفات ، لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التى اتخذت ضده " (١) .

وبالنسبة للفوائد :

إذا كان الحق الذى قام الموفى بالوفاء به عن المدين - ينتج فوائد قانونية أو اتفاقية بسعر معين ، فإنه ينتقل إلى الموفى منتجا لهذه الفوائد بذلك السعر ، ويكون للموفى الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما يستحق (٢) أما إذا كان هذا الدين غير منتج لفوائد ، فلا يحق للموفى أن يرجع على المدين بأية فوائد إلا من تاريخ المطالبة القضائية ، وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة (٢٢٦) مدنى (٣) وفى هذا المعنى قضت

(١) يراجع فى ذلك د/ السهنورى : الوسيط جـ ٣ المجلد الثانى ص ٩١٣ ف ٤٥٨ ، د/ مصطفى عدوى : أحكام الالتزام مرجع سابق ص ٣٧٩ ، د/ محمد ياسين يحيى : المرجع السابق ص ١٧٥ ف ٢٠٩ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٧٣ ف ٣٠٤ ، د/ جميل الشرقاوى : أحكام الالتزام : المرجع السابق ص ٢٩٢ ف ١٠١ ، د/ سمير كامل : الأحكام مرجع سابق ص ٢٦٩ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٧٣ .

(٢) د/ السهنورى : المرجع السابق ص ٨١١ ف ٣٩٣ ، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٨٦ ، د/ همام محمود : التأمينات العينية والشخصية ص ١٤٦ .

(٣) وتنص المادة (٢٢٦) مدنى على أنه : " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد

محكمة النقض بأنه : " للوارث الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم من الدين ، الذى وفاه عن التركة كل بقدر نصيبه ، بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية ، فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه ، بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفعات ، عملا بالمادة (٣٢٩) من القانون المدنى ، فإذا كانت الفائدة المقررة للدين ٢% فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك " (١) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما تقدم يتضح ، أن القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه إذا تكبد الموفى نفقات أو مصروفات ضرورية عند قيامه بالوفاء بالدين عن المدين ، كما لو كان الموفى به يحتاج إلى مصاريف نقل إلى مكان الوفاء به أو مصاريف حفظ ، حتى وقت الوفاء به ، فإنه يحق للموفى أن يرجع على المدين بما تحمله من مصروفات فى سبيل الوفاء بالدين عن المدين ؛ لأنه لو وفى المدين بالدين بنفسه لأنفق هذه المصروفات ؛ لأنها من تمام التوفية ، وبالتالي إذا قام الغير بالوفاء بالدين وأنفق هذه المصروفات ، كان له أن يرجع بها على المدين ، ويحل محل الدائن الموفى له فى هذا الرجوع ؛ لأنها من توابع الحق ، ولكن اختلف الفقه الإسلامى اختلافا جليا مع ما ذهب إليه القانون المدنى من أحقية الموفى فى الرجوع على الموفى عنه بالفوائد ، سواء أكانت هذه الفوائد اتفاقية أم قانونية ، وسواء أترتبت هذه الفوائد من وقت الوفاء بالدين أم من وقت المطالبة القضائية به من المدين ، وسواء أكانت قليلة أم كثيرة ذلك لأن ترتيب الفوائد من قبيل الربا المحرم الذى نهى عنه الشارع الكريم بقوله ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٢) .

قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية ، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها .

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٧/٢/٢٣ فى الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ قضائية ، وهذا الحكم مذكور فى كتاب التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه للأستاذ / محمد كمال عبد العزيز ص ١٠٢٣ ط ١٩٨٠ ، وفى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٨٣/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ١٧٩ ص ٨٧٣ وقد جاء فيه : " ويعتبر من توابع الحق الفوائد فتنقل إلى الموفى بسعرها المعين "

(٢) سورة البقرة من الآية رقم (٢٧٥) .

المبحث الثالث

حلول الموفى محل الموفى له فى تأمينات الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لما كان الحلول يقوم على أساس فكرة العدالة ، التى يهدف إليها كل تشريع ينشد التقدم والرقى ، فإنه إذا قام الموفى بأداء الدين الواجب فى ذمة المدين للدائن الأسمى ، كان له أن يحل محل الموفى له فيما له من حقوق تجاه المدين ؛ لأن الغرم بالغنم .

وبيان ذلك سوف يكون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على الوجه التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

إذا كان الدين محل الحلول مضمونا بتأمينات سواء أكانت هذه التأمينات عينية كالرهن أم شخصية كال كفالة ، فإنه إذا قام الموفى بالوفاء بهذا الدين المضمون بتلك التأمينات للدائن ، فإنه ينتقل إليه بما يكفله من تأمينات ، ومما يشهد لانتقال الدين المضمون بالتأمين العينية كالرهن للموفى عن المدين قول الإمام التسولى فى المسألة الملقبة بقلب الرهن : " ويحل المشتري للدين محل بائعه فى حوز الرهن ، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له وأحل - أى البائع للدين - المشتري محله فى الرهن والانتفاع به والحوز له " (١) . ويتضح من هذا النص أن المشتري لدين الرهن يحل محل البائع فى حوز الرهن باعتباره تأميناً لحقه .

ومن قبيل ذلك ما جاء فى مواهب الجليل : " رجل اشترى ديناً وفيه رهن أو حميل فهل يدخل الرهن والحميل فى الدين أو لا ؟ بعض الناس أفتى بدخول الرهن والحميل من غير تفصيل " (٢) .

بالإضافة إلى أن فقهاء المذاهب الإسلامية ، قد ذهبوا إلى أن الشئ المرهون متعلق بالدين وتبع له ؛ لأنه ضمان لاستيفائه ، ومن ثم فهو باق على رهنه ما بقى الدين فى ذمة المدين ، ولهذا يؤول الرهن إلى من له الحق فى استيفاء الدين

(١) البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٩١ ط دار الفكر بيروت ١٤١٢هـ - ١٩٩١ ، التادوى : حلى المعاصم لفكر ابن عاصم وهو شرح لتحفة الحكام لابن عاصم ٩٠/٢ .

(٢) الحطاب : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٣٦٨/٤ ط دار الفكر بيروت ، الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير للدردير ٦٣/٣ ، بلغة السالك ٣٤/٢ وإن كان الإمام الدسوقي والصاوى قيد ذلك باشتراط مشتري الدين دخول الرهن والحميل فى الدين .

وهو من قام بالوفاء بدين المدين المكفول بتأمين عينى ، وهذا ما عبر عنه ابن قدامة بقوله : " يتعلق دين الرهن بالمرهون وبذمة الراهن " (١) .

فضلا عن أن ما ذكره الفقهاء من نصوص تدل على مشروعية حلول الموفى محل الموفى له (الدائن الأصلي) فى رجوعه على المدين تدل - أيضا - على أن الموفى يحل محل الدائن الموفى له فى التأمينات التى تكفل الوفاء بالحق ، الذى قام بالوفاء به عن المدين ، من هذه النصوص :

(١) ما قاله المرغناني : " لأنه - أى الموفى - ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب " (٢) .
(٢) وما يقوله الإمام السرخسى : " لأن الطالب بالاستيفاء منه - أى باستيفائه الدين من الموفى - يصير كالمملك لذلك من الكفيل ، أو كالمقيم له مقام نفسه فى استيفاء المال من الأصيل " (٣) .

(٣) وما يقوله الإمام الدردير : " والدائن إذا قام بالوفاء بالدين المضمون ينزل منزلة المضمون له " (٤) .

(٤) وما يقوله المقدسى : " وأكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين " (٥) .

ويستفاد من هذه النصوص أن الموفى للدين ينزل منزلة الدائن ، ويقوم مقامه فى حقوقه تجاه المدين ، ومن هذه الحقوق قيامه مقام الدائن فى التأمينات ، التى تضمن الوفاء بالدين ، علاوة على أنه لا ضرر على المدين من انتقال التأمينات إلى الموفى ؛ لأن المرهون باق على ملكه ، حتى يرد للموفى ما وفاه عنه (٦) .

(١) المغنى مع الشرح الكبير ٧٣/٥ ، وفى هذا المعنى بدائع الصنائع ٢١٩/٦ ، مغنى المحتاج ١٤٠/٢ ، التاج المذهب ٢٤٢/٣ وما بعدها ، مفتاح الكرامة ٣٢٣/٥ ، شرح كتاب النيل ١٨٧/١١ ، الشيخ أحمد أبو الفتح : المعاملات فى الشريعة الإسلامية ٥٩٧/٢ ط ١ سنة ١٣٣٢ هـ - ١٩١٣ م بمطبعة البوسفور بمصر ، د/ فرج توفيق الوليد : الرهن فى الشريعة الإسلامية ص ٥٠١ طبع مطبعة القضاء بالنجف الأشرف ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .

(٢) الهداية ٩١/٣ .

(٣) المبسوط ١٧٨/١٩ .

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٣٣٣/٣ .

(٥) المقدسى : الشرح الكبير ١٧٩/٥ .

(٦) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحنول ص ٢٠٢ .

والقاعدة أنه " لا ضرر ولا ضرار " ^(١) ولكن إذا كان الدين مضمونا بتأمينات شخصية كالكفالة ، فهل ينتقل الحق الموفى به إلى الموفى مضمونا بتلك التأمينات الشخصية أم لا ؟ اتفق الفقهاء ^(٢) في الإجابة على هذا التساؤل حيث إنهم يذهبون إلى أنه إذا كان الدين الموفى به موثقاً بتأمينات شخصية ، كما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقود متوالية ومستقلة

(١) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٠٥ ، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٣ .

(٢) راجع في فقه الحنفية : الإمام السرخسي : المبسوط ٣٧/٢٠ وقد جاء فيه : " إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم إن الطالب أخذ الكفيل بها ، فأعطاه كفيلاً آخر بها ثم أداها الآخر إلى الطالب لم يرجع بها على الأصيل ؛ لأنه ما تحمل بها عن الأصيل ولا أمره الأصيل بهذه الكفالة ، وثبوت حق الرجوع للكفيل عند الأداء بسبب الأصيل بالكفالة ، فإنما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الأول ، ثم الكفيل الأول يرجع على الأصيل ، لأن أداء كفيله بأمره بمنزلة أدائه بنفسه ، ولأنه قد اسقط عن الأصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من ماله بنفسه إلى الكفيل الآخر ، فكأنه أسقط ذلك بأدائه إلى الطالب " ، الكاساني بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢١ .

وفي فقه المالكية : راجع الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٤٢ وقد جاء فيه : " كترتبهم في الحماله أى ضمن كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فله أخذ جميع حقه من أحدهما ، ولو كان الآخر حاضراً ملئاً سواء شرط بعضهم عن بعض أم لا علم أحدهما بحماله الآخر أم لا ؟ ورجع الغارم المؤدى بغير المؤدى عن نفسه - أى رجع من أدى الدين لربه على الضامن الآخر بغير القدر الذى أداه عن نفسه " ، المدونة : المجلد الخامس ٢٦٠/١٢ وما بعدها ، الذخيرة ٢٢٣/٩ ، وفي فقه الشافعية راجع مغنى المحتاج ٢١٠/٢ وقد جاء فيه : ولو ضمن شخص الضامن بإذنه ، وأدى الدين المستحق رجع على الضامن لا على الأصيل ثم يرجع الأول على الأصيل " ، روضة الطالبين ٢٦٨/٤ ، الحاوى الكبير ٤٤٥/٦ .

وفي فقه الحنابلة راجع : كشاف القناع ٣٦٨/٣ وقد جاء فيه : " إذا ضمن الضامن آخر وأدى الدين الضامن الثانى وهو ضامن الضامن رجع على الضامن الأول ؛ لأنه أصله (وهو) أى ثم يرجع الضامن الأول بعد أداءه للثانى على الأصيل المضمون عنه لقيامه عنه بواجب " ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٦/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير مطبوع مع المغنى لابن قدامة ٢٥٥/٥ ط دار الغد العربى ، المبدع فى شرح المقنع ج ٤ ص ٢٥٤ .

ابن حزم : المحلى ١١١/٨ ، وذلك بشرط أن يقول الكفيل الأول للثانى اضمن عني ما لهذا على ، فإذا أدبت عني فهو لك على فهنا يرجع عليه " ، الصنعاني : التاج المذهب ١٤٢/٤ ، الشوكاني : السيل الجرار ٢٣٥/٤ ، العاملى : مفتاح الكرامة ٣٨٥/٥ حيث يقول : " ويصح ترامي الضمان ويرجع كل ضامن بما أداه على مضمونه لا على الأصيل إذا ضمن بإذنه ثم يرجع الضامن الأول على الأصيل " ، والنجفى : جواهر الكلام ١٣١/٢٦ ، ابن أطفيش : شرح كتاب النيل ٤٤٨/٩ ، وقد جاء

، وذلك بأن يكفل المدين كفيل ، ويكفل هذا الكفيل آخر ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الوفاء بهذا الدين فى مواجهة الدائن ، وبالتالي إذا قام أحدهم بالوفاء بذلك الدين للدائن كان له أن يرجع على من كفله بكل الدين أى أن الحق الموفى به ينتقل إليه مضمونا بما تقرر له من تأمينات شخصية .

وقد استدلوأ على ما ذهبوا إليه من أنه إذا كفل الكفيل كفيل آخر ثم كفل هذا الأخير ثالث وهكذا ، ثم أدى الكفيل الثانى أو الثالث ما كفله من دين كان له أن يرجع بما وفاه على من كفله ، ليستفيد بالتأمين الشخصى ، ولا يرجع على الأصيل وهو المدين لما يلى :

أولا : إن رجوعه بسبب الكفالة ، وبالتالي فهو يرجع بما أداه على من أمره بها ، وهو الكفيل الذى كفله ^(١) .

ثانيا : إنه لا يرجع على المدين ؛ لأنه ما تحمل بهذه الكفالة عنه ولا أمره بها ^(٢) .

ثانيا : فى القانون المدنى :

إذا كان الحق محل الحلول مضمونا بتأمينات ، كانت مقررة لضمان الوفاء به فإنه ينتقل إلى الموفى عن المدين ، والذى حل بالوفاء به للدائن محل هذا الأخير مكفولا بهذه التأمينات ، ولا يلزم حتى تنتقل هذه التأمينات مع الحق الموفى به أن تكون من نوع خاص ، ذلك لأن الحق الموفى به ينتقل إلى الموفى بما يكفله من تأمينات ، بصرف النظر عن نوع هذه التأمينات ؛ فقد تكون شخصية ، وذلك كما لو كان للحق كفيل شخصى ، فإن هذا الكفيل يبقى ضامنا للحق بعد انتقاله إلى الموفى ، ولا يحق له أن يعترض على تغيير الدائن ؛ لأن المدين الذى يكفله لم يتغير فلا عبرة بتغير الدائن ، وفى حكم التأمينات الشخصية أن يكون للحق مدينون متضامنون متعددون ، أو له مدينون متعددون وهو غير قابل للانقسام ، ففى هذه الحالات ينتقل الحق الموفى به إلى الموفى على هذا الوصف ، وبالتالي يستطيع الموفى أن يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن ، أو على أى مدين من المدينين بالحق غير القابل للانقسام ، وقد تكون هذه التأمينات عينية ، وذلك كالرهن الرسمى والحيازى ، سواء أكان هذا الراهن هو المدين نفسه أم كان كفيلا عينيا آخر ، أو كانت هذه التأمينات العينية حقوق

=

فيه " وكذا يرجع حميل على حميل إن غرم للمحمول له (و) يرجع (هو) أى الحميل المحمول عنه (على) غريم (محمول عنه) إن أعطى هذا الحميل المحمول عنه لمن حمل عنه لا قبل أن يعطى " .

(١) السرخسى : المبسوط ٣٧/٢٠ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢١ .

(٢) النووى : روضة الطالبين ٢٦٨/٤ ، الحاوى الكبير ٤٤٥/٦ .

امتياز خاصة أو عامة على عقار أو على منقول ، ففي جميع هذه الحالات ينتقل الحق مضمونا بهذه التأمينات ^(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأن : " الموفى يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفع و هو ما تقضى به المادة (٣٢٩) من القانون المدني ، ويقع الحل في التأمينات بحكم القانون ، دون الحاجة لاتفاق الموفى مع الدائن على إحلاله في الرهن أو في أى تأمين آخر " ^(٢) .

إلا أنه يلزم حتى يستطيع الموفى أن يحتج في مواجهة الغير بانتقال هذه التأمينات إليه ، خاصة إذا كانت من قبيل التأمينات العقارية أن يؤثر بذلك الانتقال على هامش القيد الأصلي (مادة ١٩ من قانون الشهر العقاري) ^(٣) وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٩) مدني بقولها : " متى حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات " .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون المدني يتفق مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامي من أنه إذا كان الدين الذي قام الموفى بأدائه عن المدين مضمونا بتأمينات عينية كالرهن ، أو شخصية كالكفالة ، فإنه ينتقل إليه مكفولا بهذه التأمينات وذلك لأن الحلول يترتب على الوفاء وحق الدائن مضمونا بهذه التأمينات قبل الوفاء به فكذا من نزل منزلته ، وبالتالي فإنه يحق للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل في هذا الرجوع محل الدائن الموفى له ، ويقوم مقامه في هذه التأمينات التي تضمن الوفاء بالدين .

(١) يراجع في ذلك د/ السنهاوري : الوسيط ج ٣ ص ٨١٢ وما بعدها ف ٣٩٤ ، د/ عبد الحى حجازي : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٥٣ ط ١٩٥٤ ، د/ عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ج ٢ في أحكام الالتزام ص ٣٧٩ ف ٧٣٠ ، د/ رمضان أبو السعود : أحكام الالتزام ص ٤٧٥ ط ١٩٩٨ ، د/ عبد الرشيد مأمون : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام ص ٣١٥ ف ٢٩٢ ، د/ فتحى عبد الرحيم : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام ص ٣٤٣ ف ٢٨٠ ، د/ سمير كامل : الوجيز في الأحكام العامة للالتزام ص ٢٧٤ ، د/ مصطفى عدوى : أحكام الالتزام ص ٣٩١ .

(٢) نقض مدني في ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٢٤ ص ٧٤٥ .

(٣) د/ نبيل سعد : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣١١ ط سنة ١٩٩٢ م ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٧٤ هامش رقم (١) .

المبحث الرابع حلول الموفى محل الموفى له فى دفع الحق الموفى به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تمهيد وتقسيم :

يقوم الحلول على أساس إقامة علاقة عادلة ومتوازنة بين غرم الموفى وغنمه ، ولذلك فليس من العدالة أن يستفيد الموفى بمزايا الحق فى الحلول - وقد سبق بيان ذلك - عند الحديث على حق الموفى الحال فى الرجوع على المدين بالحق الموفى به ، مضمونا بالتأمينات العينية والشخصية ، التى كان الدائن الأصلى (الموفى له) يتمتع بها دون أن يتحمل تبعات هذا الحق ، لذلك أقر الفقه الإسلامى والقانون المدنى للمدين الحق ، فى أن يتمسك بدفع الحق الموفى به فى مواجهة الموفى عنه ، عند رجوعه عليه بهذا الحق ، والتى كان للمدين أن يدفع بها مطالبة الدائن الأصلى له (الموفى له) ؛ لأن الموفى يقوم مقام الموفى له وينزل منزلته ، وأهم هذه الدفعود الدفع بعدم حلول الأجل ، والدفع بكون الالتزام الموفى به معلقا على شرط واقف لم يتحقق ، أو مقترن بشرط فاسخ قد تحقق ، والدفع بالحق فى الحبس ، والدفع بفسخ العقد ، ولما كان الدفع بكون الالتزام لم يحل أجله بعد ، وبكون الالتزام الموفى به معلقا على شرط واقف لم يتحقق أو فاسخ قد تحقق قد تم التعرض لهما عند الحديث على الشرط والأجل كصفتين من صفات الحق الموفى به ، لذلك سأتناول هذا المبحث فى مطلبين :

المطلب الأول : الدفع بالحق فى الحبس فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : الدفع بفسخ العقد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

الدفع بالحق فى الحبس فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا كان للمدين فى ذمة الدائن حق لم يستوفه ، فللمدين الحق فى أن يحبس ما فى ذمته للدائن ، حتى يستوفى ماله فى ذمته ، وقبل أن أبين حق المدين فى حبس ما تحت يده حتى يستوفى ماله فى ذمة دائنه ، وأن يدفع بذلك فى مواجهة من يقوم بالوفاء عنه ، يلزم أن أضع تصورا عن الحق فى الحبس ، حتى يمكن ترتب هذا الحكم عليه ، وبناءً على ذلك سوف أوضح هذا المطلب فى فرعين :

الفرع الأول : تعريف الحق فى الحبس ، ومشروعيته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الفرع الثانى : شروط استعمال المدين للحق فى الحبس ، ومدى حقه فى الدفع به فى مواجهة الموفى الحال فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الفرع الأول

تعريف الحق فى الحبس ومشروعيته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لتعريف الحق فى الحبس وبيان مشروعيته يجب أن أتناول ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على الوجه التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لتعريف الحق فى الحبس ، وبيان مشروعيته يلزم أن أعرفه أولاً ثم أبين مشروعيته ثانياً

أولاً : تعريف الحق فى الحبس :

أ- فى اللغة :

الحبس مصدر الفعل الثلاثى حبس من باب ضرب ضرباً ، ويُجمع على حبوس كفلس وفلوس يقال : حبسه يحبسه حبساً ومحبساً أى منعه فهو محبوس ، ويقال : حبسه عنه أى منعه ، والحبس المنع وهو ضد التخلية ، ويطلق الحبس بمعنى الوقف ، يقال : حبس الشئ أى وقفه لا يباع ولا يورث ، وإنما تملك غلته ومنفعته ، وأحبس فرساً فى سبيل الله أى أوقفه فهو حبس وحبيس ^(١) .

والمعنى الذى يتناسب مع حبس الديون هو الحبس بمعنى المنع ، الذى هو ضد التخلية ، لأن الملتزم فى العقود والتصرفات يمتنع عن تنفيذ عهده ويحبس ما تحت يده ، إذا تعرض حقه المقابل لما تحت يده للفوات .

ب- فى اصطلاح الفقهاء :

لم يتعرض الفقهاء القدامى لتعريف الحق فى الحبس بالحد لبيان المراد منه ، وذلك باستقراء ما اطلعت عليه من مصادر ، ولكنهم تحدثوا عنه فى كثير من أبواب الفقه كالبيع والإجارة وغيرهما ، لذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد للحبس استنباطاً من أقوال الفقهاء القدامى ، بصدد الحق فى الحبس ، ومن ثم عرف هذا البعض الحق فى الحبس بأنه : " ثبوت الامتناع للملتزم عن أداء العهدة التى وجب أدائها لمستحقيها ، ضماناً لحقه المقابل له " ^(٢) .

(١) القاموس المحيط ٢/٢٠٣ وما بعدها ، المعجم الوسيط ١/١٥٢ ، المعجم الوجيز ص ١٣١ ، مختار

الصحاح ص ١٢٠ ، المصباح المنير ١/١١٨ (مادة حبس) .

(٢) د/ محمد عيسى : حبس الأعيان والديون ص ٩٨ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

ولتأكيد صحة هذا التعرف أذكر بعض النصوص الفقهية التي تقرر هذا المعنى ، فقد جاء في بدائع الصنائع : " ولو نقد الثمن كله إلا درهما ، كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي ؛ لأن المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزأ فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء من أجزاء الثمن " (١) .

وتتص المادة (٤٥٤) من مرشد الحيران على أنه : " للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن إن كان الثمن حالا ؛ ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحدة ، وسمى لكل منهما ثمنا ، فله حبسه إلى استيفاء كل الثمن " (٢) .

وجاء بالشرح الصغير ما نصه : " (السلعة المحبوسة) أى التي حبسها بائعها ، ولم يسلمها للمشتري (للثمن) أى لأجل الثمن " (٣) .

وجاء بالشرح الكبير : " أن ضمان المبيع بالخيار من البائع ، واستثنى من ذلك خمس مسائل منها : السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال ، أى لأتيان المشتري به " (٤) .

وجاء في مغنى المحتاج : " وللبائع حبس مبيعه ، حتى يقبض ثمنه كله الحال أصاله — وإن خاف فوته بلا خلاف ، كذا للمشتري حبس الثمن ، إن خاف فوت المبيع بلا خلاف " (٥) .

وجاء في المحلى : " فإن أبى المشتري من أن يدفع الثمن مع عدم قبضه لما اشترى وقل : لا أدفع الثمن إلا بعد أن أقبض ما اشتريت ، فللبائع أن يحبس ما باع حتى ينصف وينتصف معا " (٦) .

وبالنظر إلى هذه النصوص ، يتبين أنها تتفق على فكرة إعطاء الحق للملتزم بتعهد معين أن يتمتع عن أداء ما وجب في ذمته ، حتى يقوم الطرف الآخر بأداء التزامه ، ضمانا لحصوله على حقه ، وعدم تعرضه للفوات .

(١) الكاسانى : بدائع الصنائع ٣٧٠/٥ ، السرخسى : المبسوط ١٩٢/٣ ، الفتاوى الهندية ١٥/٣ .

(٢) أ/ محمد قدرى باشا : مرشد الحيران ص ١١٤ ، مجلة الأحكام العدلية مادة (٢٧٨) ، سليم باز : شرح المجلة ١٤٥/١ .

(٣) الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٧٠/٢ .

(٤) الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٤٦/٣ .

(٥) الشربيني : مغنى المحتاج ٧٥/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٥/٤ .

(٦) ابن حزم : المحلى ٤٠٩/٨ مسألة رقم (١٤٤٠) ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٤٩٦/٤ .

ثانيا : مشروعية الحق فى الحبس :

إن الحق فى الحبس مشروع ؛ لأنه يقوم على أساس متين فى الشرع الإسلامى الحنيف وهو القصاص ، والمساواة ، والتكافؤ فى الحقوق والالتزامات ، وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة .

أما الكتاب فمنه :

قول الله تعالى ﴿ الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ (١) .

دلت هذه الآية الكريمة على مشروعية الحق فى الحبس بصيغة العموم فى موضعين :
الأول : قول الحق تبارك وتعالى ﴿ والحرمات قصاص ﴾ والحرمات جمع حرمة ،
والحرمة ما منعت من انتهاكه (٢) والقصاص هو المساواة مع استيفاء الحق (٣) .

وجه الدلالة من الآية على حق حبس الديون والأعيان :

إن هذه الآية وإن كانت واردة فى معاملة المشركين بالمثل ، حيث إنهم صدوا رسول الله ﷺ ، وحبسوه عن الدخول والوصول إلى البيت الحرام ومن معه من المسلمين ، لما سار معتمرا فى سنة ست من الهجرة ، فاقتص الله سبحانه وتعالى لهم حيث مكنهم من دخول مكة ، وأداء العمرة سنة سبع من الهجرة (٤) إلا أن هذه الآية عامة عموم متفق عليه (٥) وبالتالي فالحرمات قصاص سواء فيما وردت بمناسبته ، وهو اقتصاص الله تعالى للمسلمين بتمكينهم من أداء العمرة فى العام السابع من الهجرة ، أو فى الحقوق أو فى الأنفس ، فالحقوق والأنفس لها حرمتها ، ويقتص من المعتدى عليها ويعامل بمثل ما فعل ، وبالتالي إذا كان كل من طرفى التعامل فى المعاملات المالية التبادلية دائنا ومدينا للآخر ، وامتنع أحدهما عن أداء التزامه بدون وجه حق ، كان هذا انتهاكا لحرمة الطرف الآخر ، فيقتص منه ويعامله بمثل ما فعل ، ويحبس ما تحت يده حتى يجبره

(١) سورة البقرة الآية رقم (١٩٤) .

(٢) القرطبى : أحكام القرآن ٧٢٩/١ .

(٣) ابن العربى : أحكام القرآن ٦١/١ طبعة دار الجبل بيروت تحقيق أ/ على محمد البجاوى .

(٤) ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ٢٩٥/١ ط ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م بمكتبة الإيمان بالمنصورة تحقيق أ/ محمد

عبد الرؤوف سعد ، ابن العربى : المرجع السابق ١١١/١ ، القرطبى : المرجع السابق ٧٢٩/١ .

(٥) القرطبى : أحكام القرآن ٧٢٠/١ .

على القيام بتنفيذ ما التزم به معاملة له بالمثل ، ومساواة لما فعل ، لأن أحدهما ليس بأولى بالإنصاف من الآخر ^(١) .

الموضع الثانى : قول الحق تبارك وتعالى ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة على الحق فى الحبس :

إن هذه الآية وإن كانت واردة فى وجوب معاملة مشركى مكة بالمثل - كما سبق بيانه - إلا إنها عامة أيضا لأنها وردت بصيغة من صيغ العموم ، وهى الشرط والجزاء فأداة الشرط (من) فى قوله تعالى ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ والجزاء فى قوله تعالى ﴿ فاعْتَدُوا ﴾ فكانت الآية عامة ^(٣) وهذا العموم فى جميع الأشياء ^(٤) ولذلك يقول بعض المفسرين " وجاز لمن اعتدى عليه فى نفس أو مال أن يعتدى بمثل ما تعدى عليه به ^(٥) أى لا يجاوز الحد فى اعتدائه ، الذى يصل به إلى الحصول على حقه ، ويقول بعض المفسرين فى ذلك " فمن ظلمك فخذ حقه منه بقدر مظلمتك ^(٦) سواء أكانت هذه المظلمة فى نفس أو مال ، ولذلك إذا امتنع شخص عن أداء ما التزم به لشخص آخر ، وكل منهما دائن ومدين للآخر ، وكان هذا الامتناع بدون وجه حق ، فإن هذا الشخص الممتنع عن أداء التزامه ، يعتبر معتديا على حق الطرف الآخر ، ومن ثم يجوز للشخص المعتدى على حقه أن يعامله بمثل ما اعتدى ، ويمتنع عن أداء التزامه ويحبسه ، ضمانا لحقه ، ومعاملة له بالمثل " ^(٧)

(١) المحلى ٤٠٨/٨ ، د/ محمد على عيسى : المرجع السابق ص ١٠١ .

(٢) سورة البقرة من الآية (١٩٤) .

(٣) التفاتانى : شرح التلويح على التوضيح ١٠٧/١ حيث يقول : " ومنها أى من ألفاظ العموم (من) وتكون شرطية ، واستفهامية ، وموصولة وموصوفة والأوليان تعمان ذوى العقول " ، وصدر الشريعة : متن التقيح ١٠٢/١ ، التوضيح ١٠٤/١ ، المحلى : شرحه على جمع الجوامع للسبكي ٤٠٩/١ حيث يقول : " وصيغ العموم كمن الاستفهامية والشرطية والموصولة " .

(٤) ابن العربى : أحكام القرآن ١١٢/١ .

(٥) القرطبي : أحكام القرآن ٧٢٩/١ .

(٦) القرطبي : المرجع السابق ٧٣٤/١ .

(٧) د/ محمد على عيسى : المرجع السابق ص ١٠٣ .

ومما يؤيد صحة هذا الاستدلال أن بعض الفقهاء قد استدلوا بهذه الآية صراحة على الحق في الحبس ، ومن ذلك ما يقوله ابن حزم بصدد الكلام عن الحق في الحبس : " و لاضمان على البائع فيما هلك عنده من غير تعديه ؛ لأنه احتبس بحق ، وقال الله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (١) .
وأما السنة فمنها :

(١) ما روى عن عبادة ابن الصامت أن النبي ﷺ قال " لا ضرر ولا ضرار " (٢) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ نهى عن الضرر وهو ضد النفع ، والنهي يقتضى التحريم (٣) فيكون الضرر محرماً بنص الشرع ، وامتناع الملتزم عن أداء ما وجب عليه بدون وجه حق ، مع قدرته على أدائه فيه ضرر على الطرف الآخر في المعاملات التبادلية ، وبالتالي يحق للطرف المتضرر من عدم حصوله على حقه أن يزيل ذلك الضرر ، بحبس ما تحت يده للممتنع ، معاملة له بمثل معاملته ، ودفعاً للضرر عن نفسه ، ويؤيد ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن تقرير الحق في الحبس يؤدي إلى رفع الضرر من ذلك ما يقوله الإمام الرملى : " وللبائع حبس مبيعه ، حتى يقبض ثمنه الحال وكذا للمشتري حبس ثمنه حتى يقبض المبيع الحال كذلك إن خاف فوته بلا خلاف لما فى التسليم حينئذ من الضرر الظاهر " (٤) .

وما جاء فى الشرح الكبير مانصه " للبايع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار الثمن ، لما فى ذلك من الضرر " (٥) .

(٢) وما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ " مطل الغنى ظلم " (٦) والمطل عبارة عن تأخير أداء ما استحق أداؤه من غير عذر من

(١) ابن حزم : المحلى ٤٠٩/٨ ، سورة البقرة من الآية رقم (١٩٤) .

(٢) الحديث تقدم تخريجه ص ١٣٨ من هذا البحث

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ٣١٤ ، سيل السلام ج ٣ ص ١٣٥ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٧٥ .

(٥) المقدسى : الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣ .

(٦) الحديث أخرجه الإمام البخارى فى صحيحه بشرح ابن حجر ك الاستقراض باب مطل الغنى ظلم برقم

(٢٤٠٠) ج ٥ ص ٦١ طبعة مكتبة الغزالى بدمشق ، مؤسسة مناهل العرفان بيروت ، الإمام مسلم

فى صحيحه بشرح النووى ج ٦ ص ٢٤٤١ ك المساقاة باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ،

واستحباب قبولها إذا أحيل على ملئ برقم (١٥٦٤) ، الإمام النسائى فى سننه بشرح السيوطى ك البيوع

باب الحوالة ج ٧ ص ٣١٧ ط دار الريان للتراث ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م ، أبو داود : سننه ج ٣

ص ٢٤٥ ك البيوع باب فى المطل برقم (٣٣٤٥) ط الدار المصرية اللبنانية ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م ،

الإمام مالك : الموطأ ج ٢ ص ٥٢٠ برقم ٨٤ طبعة دار الحديث بالقاهرة الطبعة الرابعة ١٤١٩هـ

١٩٩٩م ك البيوع باب جامع الدين والحوال .

قادر على الأداء ^(١) وهو من إضافة المصدر إلى الفاعل ، والمعنى على هذا أنه يحرم على الغنى القادر أن يماطل صاحب الدين بعد استحقاقه ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ حكم على المطل بأنه ظلم ، الظلم محرم ، والذي يمتنع عن أداء ما وجب عليه أدائه أو يتأخر فيه يعد مماطلا ظالما ، والظلم يجب رفعه ، ولا يمكن رفع الظلم فى هذه الحالة إلا إذا حبس المظلوم ما تحت يده ، حتى يستوفى ما على الطرف الآخر ^(٣) .

ثانيا : فى القانون المدنى :

١- تعريف الحق فى الحبس :

عرف جانب من الفقه القانونى الحق فى الحبس بأنه : " سلطة تثبت لمدين تقوم به فى الوقت ذاته صفة الدائن قبل دائه ، وتخوله أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه ، بسبب التزام المدين ومرتبطة به " ^(٤) والتعبير عمن له سلطة الحق فى الحبس بأنه المدين فى هذا التعريف ، رغم أنه يتمتع فى ذات الوقت بصفته كدائن ؛ لأنه حين يعتصم بالحق فى الحبس إنما يعتصم به بصفته كمدين يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وإن كان فى الحقيقة يبتغى من وراء ذلك الوصول إلى حقه كدائن ، ولكن هذه الصفة لا تظهر إلا فى مرحلة لاحقة ؛ لأنه لا يظهر فى البداية ، كمدين يمتنع عن أداء ما عليه ليصل فى النهاية إلى اقتضاء حقه كدائن ^(٥) .

(١) الصنعانى : سبل السلام ج ٣ ص ٩٦ ، نيل الأوطار ٢٨٦/٥ .

(٢) الشوكانى : نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٨٦ ، سبل السلام ج ٣ ص ٩٦ .

(٣) نفس المراجع والمواضع السابقة .

(٤) يراجع فى هذا د/ محمد لبيب شنب : دروس فى أحكام الالتزام - الناشر دار النهضة العربية

بالقاهرة بدون تاريخ ص ٣٣٤ ف ٢٨٤ ، د/ عبد الرازق حسن : النظرية العامة للالتزام - الكتاب

الثانى - أحكام الالتزام ص ٧٢ ف ٧٥ ط مطبعة الفجر الجديد بالقاهرة ١٩٨٥ ، د/ عبد الودود

يحيى : أحكام الالتزام مرجع سابق ص ٤٨٢ ف ٣٠٣ ، د/ لاشين الغياتى : دروس فى أحكام

الالتزام ص ٩٥ ط ١٩٩٥ م ، د/ جلال إبراهيم : أحكام الالتزام ص ٢٩٢ ف ١٦٥ ، د/ محسن

البيه : المرجع السابق ص ٣٠٠ ف ٢٢٢ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٥) د/ جلال محمد إبراهيم : النظرية العامة للالتزام القسم الثانى - أحكام الالتزام ص ٢٩٢ هامش

لذلك عرف جانب آخر من الفقه القانوني الحق في الحبس ، بأنه : الحق الذى يثبت للدائن ، الذى يكون ملتزما بتسليم شئ معين لمدينه ، فى أن يمتنع عن تسليم هذا الشئ حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين طالما أن التزامه بتسليم الشئ مترتب عليه بسبب الحق الذى يطلب الوفاء به ومرتب به " (١) .

فالحق فى الحبس يفترض وجود شخصين ، كل منهما مدين ودائن للآخر فى نفس الوقت ، ويجيز لكل منهما أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ، إذا لم يقم الآخر بالوفاء بالتزامه ، أو لم يقدم تأمينا يضمن الوفاء به ، وذلك كأن يمتنع البائع عن تسليم المبيع ويحبسه عن المشتري حتى يستوفى الثمن ، وأن يحبس المودع لديه الوديعة ، حتى يتقاضى أجره من المودع ، أو يستوفى منه التعويض عما أصابه من خسارة بسبب الوديعة (٢) .

هذا : والحق فى الحبس يقوم على مبدأ عام مضمونه ، أن المدين إذا كان دائنا فى نفس الوقت لدائنه ، فمن حقه أن يستوفى الدين الذى له من المدين الذى عليه ، وهذا المبدأ يرتكز على اعتبارات العدالة وحسن النية ، التى يجب أن تسود المعاملات ؛ لأنه ليس من العدالة فى شئ أن يلزم شخص آخر بأن يؤدي حقه ، دون أن يفى هو بما عليه (٣) وعلى ذلك ، فالحق فى الحبس يثبت لكل شخص يكون مدينا لآخر ودائنا له فى نفس الوقت سواء أكان مصدر هذا الدين عقدا من العقود التبادلية التى يترتب عليها التزامات متقابلة ومترابطة على عاتق كل طرف من طرفيها ، والتى يأخذ فيها الحق فى الحبس صورة الدفع بعدم التنفيذ ، وصورة الدفع بعدم التنفيذ ما

(١) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٣٦ ف ٢١٥ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : دروس أحكام الالتزام ص ٢١٣ ف ١٢٣ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٣٦ ف ١٧٥ ، د/ مصطفى عدوى : الأحكام مرجع سابق ص ٢٠٣ ، د/ سمير كامل : الأحكام ص ١٣٧ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٦٣ .

(٢) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٣٤ ف ٢٨٤ ، د/ مخسن البيه : المرجع السابق ص ٣٠١ ف ٢٢٤ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢١٣ ف ١٢٣ ، د/ عبد الوود يحيى : المرجع السابق ص ٤٨٣ .

(٣) د/ السنهورى : الوسيط ج ٢ المجلد الثانى ص ١٤٦٩ وما بعدها ف ٦٣٩ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٩٣ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٨٨ ف ٦٢ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢١٤ .

هى إلا تطبيق للحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين ، أم كان مصدره العقد الملزم لجانب واحد كما هو الحال فى عقد الوديعة إذ يلتزم المودع لديه برد الوديعة بموجب عقد الوديعة وهو عقد ملزم لجانب واحد وهو المودع لديه ، ومع ذلك يحق للمودع لديه أن يحبس الوديعة حتى يستوفى ما أنفق عليه من مصروفات ، أو كان مصدر هذا الدين هو العمل غير المشروع ، أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٢٤٦) بقولها : " ١- لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محزره ، إذ هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " .

(٢) مشروعية الحق فى الحبس :

أخذ التقنين المصرى القديم بحق الحبس ، وكان يعتبره حقاً عينياً ، فقد كانت المادة (١٩/٥) من التقنين المدنى السابق تذكره ضمن الحقوق العينية ، لذلك حينما عدت الحقوق العينية ، التى تترتب على الأموال ، ذكرت على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس ، ولم يكتف المشرع المصرى فى التقنين المدنى السابق بأن يقرر حق الحبس فى حالات معينة بنصوص خاصة ، ومتفرقة كما هو الحال فى نص المادة (٣٥٠/٢٧٩) والخاصة بحق البائع الذى لم يدفع له المشتري الثمن فى أن يحبس المبيع ، حتى يدفعه له ، والمادة (٤١٢ ، ٤١١/٣٣١) التى تقرر للمشتري الحق فى حبس الثمن ، إذا حصل له تعرض فى وضع يده على المبيع ، والمادة (٤٧٧/٣٩٠) والتى تنص على حق المستأجر الذى فسخ عقده بسبب بيع العين المؤجرة فى حبس هذه العين إلى حين استيفائه التعويض المستحق له من الفسخ ، والمادة (٥٩٦/٤٨٨ ، ٥٩٧) والتى تعطى للمودع لديه الحق فى

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٤٧٧ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٤٨

، د/ أحمد سلامة ص ٩٠ وما بعدها .

حبس الوديعة إلى أن يستوفى ما صرفه عليها ، وتعويض ما سببته له من أضرار ^(١) بل وضع نظرية عامة لأحوال حق الحبس في المادة (٧٣١/٦٠٥) ، ولكنه لم يبلغ بذلك الدرجة المرجوة ، لأن نص المادة سألقة الذكر لم يتسع للحالة ، التي يلبس فيها الحق في الحبس لبوس الدفع بعدم التنفيذ ، وهي حالة العقود الملزمة للجانبين ، فاضطر الفقه والقضاء أن يسد هذا النقص عن طريق وضع قاعدة عامة استتبطها من النصوص التي جاء بها هذا التقنين ^(٢) وهذا يؤدي إلى القول بأن التقنين المدني السابق قد قرر حق الحبس في تطبيقات محصورة ومحددة شأنه في ذلك شأن الحقوق العينية ، ولم يصل إلى جعل حق الحبس من المبادئ العامة ، التي تجد لنفسها التطبيق في أحوال لا تنتهي ^(٣) .

أما في التقنين المدني الحالي :

فقد رفض المشرع اعتبار الحق في الحبس من الحقوق العينية ، وإنما جعله مجرد دفع يعتصم به الدائن ، باعتباره وسيلة فعالة من وسائل الضمان ، كما أنه استعاض عن بيان أحوال الحق في الحبس على سبيل الحصر ، بإيراد قاعدة عامة لها ما يؤهلها ؛ لأن تتناول جميع التطبيقات ، التي يملئ العقل وجوب تخويل هذا الحق ^(٤) وبهذا خرج المشرع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة ، التي وردت له في التقنين المدني السابق على سبيل الحصر ، إلى حيز المبادئ العامة التي تجد لنفسها التطبيق في أحوال لا تنتهي ، وأصبح لكل مدين الحق في أن يتمتع عن الوفاء بالتزامه ، استنادا إلى حقه في الحبس ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به ^(٥) ويؤكد على ذلك

^(١) تراجع في ذلك د/ السنهوري : المرجع السابق ص ٤٦٢ وما بعدها ف ٦٣٨ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٣٢ وما بعدها ، وهامش رقم (٢٥٥) لذات الصحيفة ، د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٤٥ ف ١٠٩ ، د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق هامش رقم (١) ص ١٣٥ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٩١ هامش رقم (٢) ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٩٨ وما بعدها هامش رقم (١) ص ٢٩٩ .

^(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٣٣ .

^(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢١٧ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٩٩ وما بعدها .

^(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦٥١/٢ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٢٩٩ وما بعدها ، د/ فتحي عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٤٦ ، د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١٤٦٦ ف ٦٣٩ .

^(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦٤٨/٢ .

المادة (١/٢٤٦) مدنى بقولها : " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه هذا " .

هذا : وقد أخذت بعض التشريعات العربية بما وصل إليه التقنين المدنى المصرى الحالى ، من هذه التقنيات التقنين المدنى السورى فى المادة (٢٤٧) مدنى سورى وهى مطابقة للمادة (٢٤٦) مدنى مصرى ، والتقنين المدنى العراقى فى المواد (من ٢٨٠ إلى ٢٨٢) مدنى عراقى ، وهذه المواد تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى الخاصة بالحق فى الحبس ، وإن كان التقنين المدنى العراقى حرص على مسايرة الفقه الإسلامى فى تطبيقاته المختلفة للحق فى الحبس ، إلا إنه انتهى إلى وضع قاعدة عامة هى ذات القاعدة التى جاء بها التقنين المدنى المصرى (١) .

وأىضا أخذ التقنين المدنى الكويتى بما أخذ به التقنين المدنى المصرى فى المادة ٣١٨ مدنى كويتى وهى مطابقة للمادة ٢٤٦ مدنى مصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة (٢) وكذلك أخذ التقنين المدنى الليبى ، بما انتهى إليه التقنين المدنى المصرى فى المادة (٢٤٩) مدنى ليبى وهى مطابقة للمادة (٢٤٦) مدنى مصرى ، وأىضا أخذ التقنين الأردنى بما أخذ به القانون المدنى المصرى فى المواد (من ٣٨٧ إلى ٣٨٩) وهى مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى الخاصة بالحق فى الحبس ، مع اختلاف طفيف فى الصياغة (٣) وكذلك جعل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى من الحق فى الحبس نظرية عامة فى المواد (٢٧١ ، ٢٧٢) مدنى لبنانى ولم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، كما أنه لم يجعل من الحق فى الحبس حقا عينيا ، بالإضافة إلى أنه تناول فى هذا التقنين حالتى الدفع بعدم تنفيذ العقد ، والارتباط بين الشئ المحبوس ، والدين المحبوس من أجله ، و أوجب ألا يكون الالتزام المحبوس سببه إحراز الأشياء المفقودة أو المسروقة أو الأشياء التى انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقى ، كما أورد له تطبيقات مختلفة فى مواد متفرقة (٤) .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق هامش (١) ص ١٤٧٣ .

(٢) د/ طلبية وهبة خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون ص ١٠٠ ف ٩٤ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٤٧٣ ومابعداها هامش رقم (١) .

(٤) د/ صبحى المحمصانى : محاضرات فى القانون المدنى اللبنانى - آثار الالتزام ص ٤٦ وما بعدها طبعة ١٩٥٤/١٩٥٣ ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة ج ٢ ص ٢٦٥ ومابعداها طبعة ١٩٤٨ م ، د/ مصطفى الجمال : أحكام الالتزام ص ٣٥٢ ومابعداها ط ١٩٩٠ م .

وأيضاً القانون المدنى الجزائى ، الذى نص صراحة على الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، واعتبره تطبيقاً خاصاً للحق فى الحبس وذلك فى المادة (١٢٣) منه ^(١) .

وكذلك أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربى بالحق فى الحبس واعتبره مبدأ عاماً ، ويؤيد ذلك أنه نص فى المادة ٢٣٢ مدنى مغربى على الدفع بعدم التنفيذ باعتباره تطبيقاً للحق فى الحبس ، الذى يفترض وجود التزامين ، كل منهما مترتب على الآخر ومرتبطة به ^(٢) وأيضاً أخذ القانون المدنى اليمنى بالحق فى الحبس ، واعتبره مبدأ عاماً ، وذلك فى المادة (٣٦٦) مدنى يمنى ^(٣) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق ، يتبين أن فقه القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى تعريفه للحق فى الحبس ، ويتضح هذا الاتفاق من خلال الحقائق التالية :

أولاً : إن التعريفين يتفقان على أن الحق فى الحبس يعطى للمدين بتعهد معين أن يمتنع عن أداء ما وجب فى ذمته حتى يستوفى حقه قبل الطرف الآخر (الدائن له) ، طالما أن التزامه بالوفاء بهذا التعهد مترتب على هذا الحق ومرتبطة به .

ثانياً : إن الحق فى الحبس يعد وسيلة ضمان لحق كل شخص يكون مديناً لآخر ودائناً له فى نفس الوقت ، وبالتالي لا يتعرض حقه للفوات .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى على مشروعية الحق فى الحبس ؛ لأنه يقوم على أساس العدالة والمساواة فى الحقوق والالتزامات ؛ لأنه ليس من العدالة فى شئ أن يلزم شخص آخر بأن يؤدى حقه ، دون أن يفى هو بما عليه .

هذا : وقد جعل التقنين المدنى المصرى الحالى ، وكذلك التقنينات المدنية العربية الحق فى الحبس مبدأ من المبادئ العامة التى لها تطبيقات عديدة فى أحوال لا تحصر ولا تنتهى ، موافقاً فى ذلك الفقه الإسلامى ، وبذلك أصبح لكل مدين الحق فى أن يمتنع عن الوفاء بما وجب فى ذمته ، ضماناً لحقه المقابل له ، مستنداً فى ذلك إلى حقه فى حبس ما تحت يده ما دام الدائن له لم يقم بالوفاء ، بما وجب عليه الوفاء به من دين ، نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً به .

(١) د/ محمد صبرى السعيد : شرح القانون المدنى الجزائى - النظرية العامة للالتزامات ج ١ مصادر

الالتزام - الكتاب الأول - التصرف القانونى - ص ٣٩٨ ف ٣٩٣ الطبعة الأولى ١٩٨٥/١٩٨٦ م .

(٢) د/ أحمد حسن البرعى : نظرية الالتزام فى القانون المغربى - مصادر الالتزام ص ٢٣٨ ط ١ سنة ١٩٨١ م ١٤٠١ هـ .

(٣) د/ جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام فى قانون الجمهورية العربية اليمنية - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ص ٤٠٧ هامش رقم (١) ط ١٩٨٨ م الناشر دار النهضة العربية القاهرة .

الفرع الثانى

شروط استعمال المدين للحق فى الحبس ، وحقه فى الدفع به فى مواجهة الموفى الحال فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

لبيان شروط استعمال المدين للحق فى الحبس ، وحقه فى الدفع به فى مواجهة الموفى الحال ، يلزم أن أتناول ذلك فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

(١) شروط استعمال المدين للحق فى الحبس :

اشترط الفقهاء لاستعمال الحق فى حبس الأعيان والديون ، والدفع به فى مواجهة الطرف الآخر الممتنع عن أداء ما وجب فى ذمته من التزام مقابل شروطا معينة ، بحيث إذا لم تتوافر هذه الشروط ، لم يكن لمن شرع له هذا الحق أن يتمسك به ، وقد أجمل الإمام الكاسانى هذه الشروط عند تناوله للحق فى حبس المبيع بقوله : " وأما شروط ثبوته فشيئان أحدهما : أن يكون أحد البدلين عينيا والآخر دينيا ، فإن كانا عينين أو دينيين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معا والثانى أن يكون الثمن حالا ، فإن كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس ؛ لأن ولاية الحبس تثبت حقا للبائع لطلبه المساواة عادة لما بينا ، ولما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية " ^(١) وهذا النص قد أبان عن شرطين من شروط الحق فى حبس الديون والأعيان وهما : ١- أن يكون أحد البدلين عينيا والآخر دينيا ٢- أن يكون الثمن حالا ٣- أن يكون كل من البدلين مختصا بالآخر .

وسوف أتناول كل شرط من هذه الشروط بكلمة موجزة .

الشرط الأول : أن يكون أحد البدلين عينيا والآخر دينيا :

يلزم حتى يتوافر لطرفى الالتزام الحق فى أن يحبس كل منهما ما التزم به فى مواجهة الطرف الآخر ، أن يكون أحد البدلين عينيا والآخر دينيا ، أما إذا كان كل منهما عينيا أو دينيا ، فإنه لا يملك أي منهما الحق فى الحبس ^(٢) ويكون أحد البدلين عينيا والآخر دينيا فى الالتزامات التبادلية والمتقابلة ، وهذه الالتزامات قد تنشأ عن عقد من عقود المعاوضات التى ترتب التزامات متقابلة ، وذلك كعقد البيع الذى يرتب على كل من طرفيه التزامات متبادلة ، فالبائع يكون مدينا للمشتري بتسليم المبيع ، ودائنا له بثمنه ، والمشتري مدينا

(١) الإمام الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٦٩ .

(٢) المرجع السابق فى نفس الموضع .

للبيع بالثمن ، ودائنا له بتمليكه الشئ المبيع بتسليمه له ، أو بالتخلية بينه وبينه ، فالبيع تحقق فيه صفة كونه دائنا ومدينا ، والمشتري كذلك تحققت فيه نفس الصفة ، وبالتالي يحق لكل منهما إذا خاف فوات حقه المقابل للالتزامه ، أن يحبس مالتزم به سواء أكان عينا أم دينا في الذمة ، حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ^(١) .

وقد تنشأ هذه الالتزامات المتقابلة ، ولو لم يكن هناك عقد لإنشائها وذلك مثل اللقطة ؛ فالشارع قد أباح للناس التقاط المال إذا وجدوه في الطريق ، ليحفظوه ويردوه على أصحابه ، وهذا الالتقاط مأذون فيه شرعا ، بل قد يكون واجبا إذا خاف الملتقط ضياع الشئ الملتقط ، وفي ذلك يقول الإمام المرغناني : " اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها ؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا ، بل هو الأفضل عند عامة العلماء ، وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا " ^(٢) .

وإذا كان أخذ الشئ الملتقط مباحا شرعا ، إذا كان الملتقط سيحافظ عليه ويرده لصاحبه ، فإنه إذا أنفق عليه مالا جاز حبسه عن ماله ، حتى يسترد ما أنفقه ، وفي ذلك يقول الإمام الزيلعي : " ومنعها من ربه بأخذ النفقة ، أي إذا جاء صاحبها وطلبها منعه إياها ، حتى يوفى النفقة التي أنفق عليها ؛ لأن هذا دين وجب بسبب هذا المال لإحيائه ، فكان له تعلق بهذا المال " ^(٣) ولذلك يجب تعريف الشئ الملتقط ليظهر مالكة ، وبالتالي تترتب الالتزامات المتقابلة بين المالك والملتقط ، فالمالك يلتزم بدفع ما أنفقه الملتقط على الشئ الملتقط والملتقط يلتزم بتسليم الشئ الملتقط إلى صاحبه ، وهذه الالتزامات لم تترتب على عقد بل نشأت عن سبب آخر غير العقد ، وهو الالتقاط ، والنفقة على الشئ الملتقط ^(٤) .

(١) د/ محمد علي عيسى : المرجع السابق ص ١٩٤ ، د/ محمد حسن عبد الرحمن : أحكام الدفع بعدم التنفيذ ص ٦٨ ، وهو بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط العدد التاسع ط ١٤١٧هـ — ١٩٩٧م .

(٢) الميرغناني الهداية ١٧٥/٢ ط الحلبي ١٣٨٤هـ — ١٩٦٥م ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١١٩/٤ ، مغنى المحتاج ٤٠٧/٢ ، النجدي : حاشية الروض المربع ٥٠٧/٥ ، البهوتي : الروض المربع ٣٣٢/٢ .

(٣) تبیین الحقائق ٣٠٦/٣ .

(٤) د/ محمد علي عيسى : المرجع السابق ص ١٩٥ .

الشرط الثانى : أن يكون الثمن حالا :

فإذا كان الثمن مؤجلا ، فلا يثبت للبائع الحق فى حبس الشئ المبيع ؛ وذلك لأن ولاية الحبس تثبت حقا له ، لطلبه المساواة عادة ، وبالتالي إذا تم البيع بثمن مؤجل ، فإن البائع يكون قد أسقط حق نفسه ، فبطلت ولايته فى الحبس ، وفى ذلك يقول الكاسانى : " والثانى : أن يكون الثمن حالا فإن كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس ؛ لأن ولاية الحبس تثبت حقا للبائع لطلبه المساواة عادة ، ولما باع بثمن مؤجل ، فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية " ^(١) وإذا كان الثمن مؤجلا فى العقد ، ولم يقبض المشتري المبيع حتى حل الأجل ، فللمشتري أن يقبض المبيع قبل أن ينقد الثمن وليس للبائع حق الحبس ؛ لأنه أسقط حقه بالتأجيل ، والساقط متلاشى لا يحتمل العود ^(٢) وفى ذلك يقول الشربيني الخطيب : " أما الثمن المؤجل فليس للبائع حبس المبيع به ، وإن حل قبل التسليم " ^(٣) .

الشرط الثالث : إن يكون كل من البديلين مختصا بالآخر :

بالإضافة إلى الشرطين السابقين ، يشترط الفقهاء ليتوافر للشخص الحق فى التمسك بحبس العين أو الدين ، أن يكون كل من الحقين المتقابلين فى حق الحبس مختصا بالآخر ، ومقابلا له ، وفى ذلك يقول الإمام جلال الدين المحلى : " وللبيع حبس مبيعه ، حتى يقبض ثمنه الحال بالأصالة " ^(٤) وجاء فى بدائع الصنائع : " ثبوت حق الحبس لاستيفاء الثمن " أى ثمن المبيع المحبوس ويدل ما ذهب إليه الفقهاء على أنه لا بد من وجود ارتباط بين المبيع وثنمه ، لذلك قرروا أن البائع يحبس المبيع حتى يستوفى ثمنه ، وليس ثمن مبيع آخر أو سلعة أخرى ، قد تكون محل تعاقد بين الطرفين ؛ لأنه وإن كان تعدد المعاملات والعقود بين

(١) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٩٦ .

(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ٣٦٩ ، مغنى المحتاج ٧٥/٢ .

(٣) المحلى : شرحه على منهاج الطالبين مع قلوبى وعميرة ٢١٩/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٥/٤ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٧٥ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٦٩ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٦٩ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٤٠ ومابعدهما وقد جاء فيه : " للبائع حبس المبيع على ثمنه " ، التاج المذهب ج ٢ ص ٤٨٨ ، مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ٧٢٠ .

متعاملين قد يحدث كثيرا ، ومن ثم يحق لكل منهما أن يستعمل حقه في الحبس ، حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، إلا أن هذا الحق في الحبس يكون في كل عقد على حده ، ولا يصح الخلط في حق الحبس بين أكثر من عقد ، حتى لا تضطرب المعاملات بين الناس ، وإن كان طرف التعامل في العقدين واحدا ، وذلك يحتمه ما ذهب إليه الفقهاء من عينية محل العقود ، وفي ذلك يقول المكي المالكي : " القاعدة الثانية : قاعدة التخيير في تسليم المعقود عليه ، وعدمه فمتى كان في الذمة كان لمن هو عليه أن يتخير بين الأمثال ويعطى أى مثل شاء ، ومتى كان معيناً من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره ، فلو اكتال رطل زيت من خابية وعقد عليه ، لم يكن له أن يعطى غيره من الخابية " (١) .

إذا توافرت الشروط السابقة ، كان لكل من طرفي التعامل الحق في أن يحبس ما التزم به إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه تجاهه ، فإذا طُلب أحدهما من الآخر أو من غيره بأداء التزامه ، كان له أن يدفع في مواجهته بحقه في حبس ما تحت يده أو ما في ذمته ، حتى يقوم الطرف الثاني بأداء ما عليه له .

(٢) مدى حق المدين في الدفع بالحق في الحبس في مواجهة الموفى الحال .

بتطبيق ما سبق على ما للمدين من حق في أن يدفع في مواجهة الموفى الحال عنه عند رجوعه عليه بما وفاه للدائن ، بأن له الحق في حبس ما للدائن عنده ، حتى يستوفى ماله من حق في ذمته يجب التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا تم الوفاء بالدين من الموفى عن المدين بإذنه ، وذلك بان يأذن المدين للموفى في الوفاء بما عليه من دين للدائن (الموفى له) وفي هذه الحالة يكون للموفى الحق في الرجوع على المدين بما وفاه ، وأن يحل في هذا الرجوع محل الموفى له ، وأن ينزل منزلته (٢) ولا يحق للمدين أن يدفع في مواجهته ، بأن له الحق في حبس ما في ذمته للدائن ، حتى يستوفى ماله في ذمته ؛ لأن الحق في الحبس يسقط بالوفاء من المدين أو من نائبه ، والموفى في هذه الحالة يكون نائبا ووكيلا عن المدين ، فيكون وفاؤه عن المدين بمنزلة وفاء

(١) الحسين المالكي : تهذيب الفروق ج ٢ ص ١٥١ .

(٢) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٢٧٠ ومابعداها ، العناية على الهداية ٣٠٤/٦ وقد جاء فيها : "ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه " ، القوانين الفقهية ص ٢٣٩ ، مواهب الجليل ١٠٤/٥ ، نهاية المحتاج ٤٦٣/٤ ، كشف القناع ٣٧١/٣ .

المدين عن نفسه ، والحق فى الحبس يسقط بالوفاء من المدين أو من نائبه لانتفاء علة الحبس ، ولأن المدين بالثمن قد حبسه ، حتى يستطيع الحصول على المبيع ، وبإذنه فى الوفاء لم يعد هناك ثمن أى بعد قيام الموفى بأدائه ، وحبس الثمن ولا ثمن محال ^(١) .

الحالة الثانية : إذا حصل الوفاء من الموفى بغير إذن المدين :

وذلك بان يقوم الموفى عن المدين بأداء دينه ، بدون أن يأذن له المدين فى هذا الوفاء ، وفى هذه الحالة تجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : أن يقوم الموفى بهذا الوفاء ، متبرعا به عن المدين ، وفى هذه الحالة لا يحق للموفى أن يرجع بما وفاه على المدين باتفاق الفقهاء ^(٢) وبالتالي فلا حاجة للمدين فى أن يدفع فى مواجهته بالحق فى الحبس .

الفرض الثانى : أن يقوم الموفى بأداء الدين عن المدين ، بنية الرجوع عليه بما وفاه ، وفى هذا الفرض اختلف الفقهاء فى جواز رجوع الموفى بما أداه على المدين ، وعدم جواز ذلك على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويرى القائلون به أنه لا يحق للموفى أن يرجع على المدين ما دام وفاؤه لم يكن بأمر من المدين ، ومن هذا الاتجاه الحنفية ^(٣) والشافعية ^(٤) والظاهرية ^(٥) والزيدية ^(٦) والإمامية ^(٧) والإباضية ^(٨) .

(١) جاء فى بدائع الصنائع ٣٧٠/٥ ما نصه : " وكذا المشتري إذا نقد الثمن كله بطل حق الحبس " ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤٧٩/٤ ، مغنى المحتاج ٧٥/٢ ومابعداها ، المغنى مع الشرح الكبير ٤٩٦/٤ حيث يقول : " وللبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض " ، التاج المذهب ٤٨٨/٢ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٠٤/٦ ، المبسوط للسرخسى ٧٤/١٩ ، الفروق ١٨٩/٤ ، المدونة ٢١٨/١٢ ومابعداها ، الحاوى الكبير ٣٧٣/٦ ، مغنى المحتاج ٢١٠/٢ ، كشف القناع ٣٧١/٣ ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥١/٥ ، المحلى ١١١/٨ ، البحر الزخار ٧٧/٥ ، جواهر الكلام ١٦٨/٢٦ ، شوح النيل ٤٢٤/٩ .

(٣) العناية على الهداية ٣٠٤/٦ ومابعداها .

(٤) نهاية المحتاج ٤٦٣/٤ .

(٥) المحلى ١١١/٨ .

(٦) البحر الزخار ٧٧/٥ ، التاج المذهب ج ٤ ص ١٤٩ .

(٧) جواهر الكلام ج ٢٦ ص ١٦٨ ، مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣٨٧ .

الاتجاه الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه يحق للموفى عن المدين أن يرجع عليه بما وفاه ، طالما وقع وفاؤه بنية الرجوع على الموفى عنه .
ومن هذا الاتجاه : المالكية ^(٢) والحنابلة ^(٣) ، وقد تقدم سرد أدلة الاتجاهين ، وترجح الاتجاه الثانى فلا داعى لتكرارها ^(٤) وبناء على ما ذهب إليه الاتجاه الثانى (الراجح) يكون للموفى الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه ، مادام هذا الوفاء قد وقع بنية الرجوع .
وبالتطبيق على حق المدين فى حبس ما فى ذمته ، حتى يستوفى ماله فى ذمة الدائن ، يكون للمدين الحق فى أن يدفع رجوع الموفى عليه ، بأن له الحق فى حبس ما فى ذمته ، حتى يقوم الدائن بالوفاء له بما فى ذمته أو تحت يده .

ثانيا : فى القانون المدنى :

(١) شروط استعمال المدين للحق فى الحبس .

نصت المادة (٢٤٦) مدنى على أنه : " ١- لكل من التزام بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به ، أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .
٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محزره ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

ويتبين من هذا النص أنه يشترط لاستعمال الحق فى الحبس توافر ثلاثة شروط هى :

- (١) أن يكون الحابس ملتزما بأداء شئ .
- (٢) أن يكون للحابس حق مستحق الأداء فى ذمة الدائن له بالتزامه .

=

(١) شرح النيل ٤٢٤/٩ ، الشماخى : كتاب الإيضاح ٤٤١/٣ .

(٢) المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ١٠٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٩ ، القرافى : الفروق ج ٤ ص ١٨٩ .

(٣) الإمام الخرقى : مختصره المطبوع مع المغنى والشرح الكبير ٢٥١/٥ حيث يقول : " فمتى أدى رجوع عليه سواء قال له اضمن عنى أو لم يقل " ، ويقول ابن قدامة تعليقا على ذلك يعنى إذا أدى محتسبا بالرجوع على المضمون عنه " ، الروض المربع ٢٧٨/٢ وقد جاء فيه : " وإن قضى الضامن الدين بنية الرجوع رجوع وإلا فلا ، وكذا كفيل ، وكل مؤد عن غيره دينا واجبا " .

(٤) ص ٥٢٠ وما بعدها من هذا البحث .

(٣) أن يوجد ارتباط بين التزام الحابس وحقه .

وسأتناول كل شرط من هذه الشروط بشئ من التوضيح .

(١) أن يكون الحابس ملتزماً بأداء شئ .

لما كان الحق فى الحبس يخول للشخص سلطة الامتناع عن الوفاء بالتزام واجب فى ذمته ، لذلك فأول شرط لنشوءه أن يكون الحابس ملتزماً بأداء شئ ، وهذا الشئ هو المحل الذى يقع عليه الحق فى الحبس ، والأصل أن الحبس يكون ممكناً أياً كان محل التزام الحابس ، ومن ثم لا يقتصر الحق فى الحبس على ما إذا كان محل التزام الحابس أداء شئ مادي ؛ فقد يكون محل التزام الحابس إعطاء شئ معين بالذات ، كما فى التزام البائع بتسليم عين معينة ؛ إذ يجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ثمنها من المشتري ، وقد يكون محل التزام الحابس إعطاء شئ غير معين بالذات ، وذلك كالنقود كما هو الحال فى التزام المشتري بدفع الثمن ؛ إذ يجوز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم البائع بتسليم المبيع له ، وقد يكون التزام الحابس عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فالعامل مثلاً يستطيع أن يمتنع عن القيام بعمل معين ، حتى يستوفى ما استحق له من أجر ، والمقابل - هو ملتزم بأداء عمل ما - يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يدفع له رب العمل ما تعهد بتعجيله له من أجر ^(١) .

وذلك خلافاً لما يراه البعض من أن العبارة الواردة بالمادة (١/٢٤٦) وهى " لكل من التزم بأداء شئ " لا تتسع لإعطاء الحق فى الحبس لمن كان التزامه عبارة عن القيام بعمل لا يكون محله تسليم شئ ، أو الامتناع عن عمل ، ومع ذلك فإن رأى الرأى الراجح فى فقه القانون المدنى يذهب إلى أن الحق فى الحبس يتصور أياً كان محل التزام الحابس ، أى سواء أكان محل التزامه عبارة عن القيام بإعطاء شئ أم القيام بعمل أم الامتناع عن

(١) د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٤٨٥ ف ٣٠٥ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٢ المجلد

الثانى ص ١٤٧٥ وما بعدها ف ٦٤٢ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٢١ ف

١٢٨ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦١ ف ١٣٦ ، نقض مدنى فى

١٩٧٩/٥/٣١ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٤٨٨ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع

السابق ص ٧٤ .

عمل ؛ لأنه يفسر عبارة " أداء شئ " بمعناها الواسع ، وليس مجرد شئ مادي ^(١) بيد أنه لما كان الحبس يعد بمثابة حجز من الحابس على ما تحت يده ، فإنه لا يصح أن يكون محله شيئاً من الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها ، ذلك لأن حبسها يفوت الغرض الذى قصده المشرع من تقرير عدم جواز الحجز عليها ، وبالتالي لا يجوز لمن له استعمال الحق فى الحبس ، أن يحبس ما يوجد تحت يده من فراش وثياب للمدين وزوجته ، وأيضاً لا يجوز لرب العمل أن يحبس أجور العمال ، ومرتبات المستخدمين إلا فى حدود الربع وهو الحد الجائز الحجز عليه قانوناً مادة (٣٠٩ مرافعات) كما لا يجوز أن يرد الحبس على الأموال العامة ؛ لأن حبسها يؤدى إلى تعطيل المنفعة العامة ، التى خصصت لها هذه الأموال ، ومن ثم إذا استأجر شخص شيئاً من هذه الأموال كحديقة أو رصيف وأنفق عليه بعض النفقات ، فإنه لا يستطيع أن يحبسه حتى يستوفى ما أنفق ^(٢) ولمن تقرر له الحق فى الحبس أن يستعمله أياً كان مصدر التزامه ، أى سواء أكان التزام الحابس ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين ، كما هو الحال فى حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، وحق المشتري فى حبس الثمن حتى يحصل على المبيع ، وهذه الحالة تعرف بالدفع بعدم التنفيذ الذى هو أحد تطبيقات الحق فى الحبس أو كان ناشئاً عن عقد ملزم لجانب واحد ، كما هو الحال فى حق المودع لديه فى حبس الوديعة حتى يسترد ما هو مستحق له فى ذمة صاحبها ، أو كان ناشئاً عن غير عقد ، كالفعل النافع أو الفعل الضار أو نص فى القانون ، وعلى ذلك إذا تصادمت سيارتان بخطأ مشترك يجعل صاحب كل سيارة مدنياً بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، وتم تقدير حق أحدهما فى التعويض ولم يقدر حق الآخر كان لمن يلتزم بالتعويض الذى تم تقديره أن يحبس التعويض الذى يلتزم به حتى يتم تقدير التعويض الذى يلتزم به الآخر ، وفى هذا المثال ينشأ الالتزام الذى هو محل للحق فى الحبس عن الفعل الضار ، وقد يكون التزام الحابس ناشئاً عن الفعل النافع ،

(١) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٠٤ ف ٢٢٦ ، د/ محمد شكرى شرور : المرجع السابق ص ١٣٨ ف ١٧٧ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٤٧ ف ٢٢٠ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣١١ ف ١٨١ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٤٨ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٢١ ف ١٢٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣١٢ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١١٢ ف ١٣٦ ، د/ محمد شكرى شرور : المرجع السابق ص ١٣٨ ف ١٧٨ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٣٧

وذلك كما لو أنفق حائز عين مملوكة لآخر ، مصروفات ضرورية ونافعة لازمة لحفظها وصيانتها ، فإنه يحق له أن يمتنع عن رد هذه العين إلى مالكها ، حتى يسترد منه ما أنفقه عليها من مصروفات ^(١) والغالب أن يكون الشيء المحبوس شيئاً مادياً مملوكاً للمدين ، وذلك كما في حالة حبس الشيء المؤجر بعد انتهاء مدة الإيجار إلى أن يقوم المؤجر برد ما قدمه المستأجر ، لضمان الوفاء بالأجرة ويشترط ألا يكون الحابس للشيء قد وضع يده عليه بطريقة غير مشروعة كالغصب أو السرقة ، وفي ذلك تقول المادة (٢/٢٤٦) مدنى : " إلا أن يكون التزام الحابس بالرد ، ناشئاً عن عمل غير مشروع " ، ومن ثم لا يجوز لصن سرق شيئاً أو اغتصبه من مالكه ، أو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة أن يحبسه عن مالكه ، حتى يستوفى ما أنفقه ؛ لأن التزامه بالرد لم يكن مصدره مشروعاً ، ولذلك عليه أن يسلمه لصاحبه ، ثم يرجع عليه بما أنفقه على ذلك الشيء من مصروفات ، ويحرم بذلك من استعمال الحق فى الحبس ^(٢) أما إذا كانت حيازة الحابس للشيء الذى تحت يده بسبب مشروع ، فإنه يجوز له أن يمارس عليه الحق فى الحبس ، حتى ولو كان سيئ النية ؛ لأن العبرة هنا بأصل وضع اليد هل هو مشروع أم لا ؟ وليست العبرة بحسن أو سوء نية الحائز ، وعلى ذلك فقد يكون الحائز سيئ النية ، ومع ذلك يكون له أن يستعمل الحق فى الحبس ، مادام قد توصل إلى وضع يده على الشيء المحبوس بطريق مشروع ، وذلك كالمستأجر الذى يبنى فى الأرض المؤجرة بدون علم المؤجر ؛ إذ يمكنه الامتناع عن رد الأرض إلى صاحبها بالرغم من سوء نيته إلى أن يسترد ما أنفقه فى البناء عليها ، وذلك لأن التزامه بالرد نشأ من مصدر مشروع وهو عقد الإيجار ^(٣) .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٤٧٧ ومابعدھا ف ٦٤٣ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ١٤٨ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ١٧٦ ومابعدھا ، د/نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص ١٧٣ ومابعدھا .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٤٧٩ ف ٦٤٢ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣١٣ ف ١٨١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦٢ ف ١٣٦ ، د/فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٤٩ ف ١١٢ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٥١ ف ٢٢١ ، د/ نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص ١٧١ .

(٣) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٣٠٦ ف ٢٢٦ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٤٨٦ ف ٣٠٥ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢٠٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد

(٢) أن يكون للحابس حق مستحق الأداء في ذمة الدائن له بالتزامه .

إذا كان الحق في الحبس يفترض وجود شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر ، فإنه يشترط أن يكون حق الحابس مدنيا ، ومحقق الوجود ومستحق الأداء ، وعلى ذلك إذا كان حق الحابس طبيعيا وليس مدنيا ، فإنه لا يجوز له أن يتمتع عن الوفاء بالتزامه المدني حتى يقوم دائئه بالوفاء بالتزامه الطبيعي ؛ لأن في ذلك إجبار بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي ، لا جبر في تنفيذه لانتفاء عنصر المسؤولية فيه ، كما يجب أن يكون حق الحابس محقق الوجود ، ومن ثم إذا كان حقه محل نزاع جدى ، فإنه لا يجوز له أن يحبس ما تحت يديه ليستوفيه ، ولذلك لا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة عن المؤجر ، حتى يفي له بما يطالبه به من تعويض ، استنادا إلى إخلال المؤجر بالتزامه بالقيام بالترميمات الضرورية اللازمة للانتفاع بالعين المؤجرة ، مادام هذا التعويض محل نزاع ، ولم يصدر بشأنه حكم نهائى ^(١) بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون حق الحابس مستحق الأداء ، وبالتالي إذا كان حق الحابس قبل دائئه معلقا على شرط واقف ، أو مضافا إلى أجل واقف كذلك ، فإنه لا يجوز له أن يتمتع عن تنفيذ التزامه الحال الأداء ، حتى يفي دائئه بالتزامه المعلق على شرط واقف لم يتحقق بعد أو المؤجل الذى لم يحل أجله بعد ، ومع ذلك فالأجل الذى يمنحه القاضى مهلة للوفاء (نظرة الميسرة) ، بعد أن أصبح الالتزام مستحق الأداء ، لا يحول دون استعمال الدائن للحق في الحبس لاستيفاء هذا الالتزام ، وكذلك الأجل الذى يتبرع به الدائن للمدين ، بعد حلول أجل حقه ، مالم يرد الدائن بذلك أن يتنازل عن حقه في الحبس أو كانت هذه الإرادة مفترضة في جانب الدائن بنص القانون (مادة ٤٥٩/١) ، ولكن إذا كان حق الحابس مؤكدا الوجود ، ولكنه غير محدد المقدار ، فإنه يكون له أن يتمتع عن الوفاء به حتى يفي الطرف الآخر بالتزامه ؛ لأنه لا يشترط أن يكون حق الحابس محدد المقدار ، كل ما هنالك

=
: المرجع السابق ص ٣١٤ ف ١٨١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦٣ ف

١٣٦ ، د/ محمد ياسين : المرجع السابق ص ٦٧ ف ٧٣ .

(١) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٣٧ وما بعدها ، د/ محمود عبد الرحمن محمد :

المرجع السابق ص ٣١٥ ف ١٨٢ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ٧٦ ف ٧٨ ،

د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٤١ ف ٣١٩ ، د/ طلبة وهبة خطاب : المرجع السابق

ص ١٠٠ ف ٩٦ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٦٦ ف ٧٢

أنه يجب عليه أن يقوم بتقديره في أجل معقول ، حتى لا تطول مدة الحبس ، فإذا لم يقدّر ذلك ، جاز للقاضي أن يحدد له أجلاً يقوم فيه بتقدير حقه ، حتى لا يطول أمد الحبس ^(١) .

(٣) أن يوجد ارتباط بين التزام الحابس وحقه .

لا يكفي لقيام الحق في الحبس أن يوجد التزام على الحابس وحق له ، على دأئه مستحق الأداء ، ولكن يجب بالإضافة إلى ذلك أن يقوم ارتباط بين التزام الحابس وحقه ، وقد عبرت المادة (١/٢٤٦ مدنى) عن هذا الشرط بقولها : " يجب أن يكون التزام الطرف الآخر مترتب عليه بسبب التزام المدين (الحابس) ومرتب به " وعبارة هذا النص غير موفقه ؛ لأنه لا يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين حق الحابس والتزامه برد الشئ ، ولكن يكفي أن يوجد ارتباط بين الشئ وبين الدين ؛ إذ علاقة السببية لا تتوافر إلا إذا كان الالتزامان قد نشأ عن عقد ملزم للجانبين ، والحق في الحبس لا يقتصر مصدره على العقود الملزمة للجانبين ، بل هو يتجاوز العقود جميعاً ، ومن ثم يكفي أن يكون هناك ارتباط بين حق الحابس والتزامه بأداء ما فى ذمته ^(٢) وهذا الارتباط بين الدينين ، قد يكون قانونياً أو معنوياً وقد يكون مادياً أو موضوعياً .

(١) الارتباط القانونى أو المعنوى :

يقوم الارتباط القانونى أو المعنوى ، إذا وجدت علاقة تبادلية بين التزام الحابس وحقه ، بحيث يكونان معا علاقة تبادلية ، يقابل فيها أحدهما الآخر ، سواء أكانت هذه العلاقة تعاقدية أم غير تعاقدية ، وهذا الارتباط القانونى بين التزام الحابس وحقه يوجد فى أقوى صورته بين الالتزامات المتبادلة التى تنشأ من العقود الملزمة للجانبين ، كعقد البيع الذى يرتب التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، والذى يكون لكل من طرفيه الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بالوفاء بما تعهد به ؛ إذ يكون كل التزام من هذه الالتزامات هو سبب الالتزام المقابل له ، وفى هذه الحالة يتخذ الحق فى الحبس صورة الدفع بعدم التنفيذ الذى يعد تطبيقاً للقاعدة العامة للحق فى الحبس ، وقد نصت على ذلك المادة

(١) د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣١٦ ف ١٨٢ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ١٤٩ ومابعدها ف ١١٢ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٧٢ .

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص ١٧٣ ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٠٢ ف ٩٨ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٤٨٧ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ١٥٠ ف ١١٣ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٣٩ ومابعدها ف ١٨٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦٤ ف ١٣٩ ، د/ الببراوى : المرجع السابق ص ١٨٩ ف ١٦٧ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣١٨ ف ١٨٣ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٦٧ ف ٧٣ .

(١٦١) مدنى بقولها : " فى العقد الملزم للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابله مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ مالتزم به " ، وهذا هو ما أكدته - أيضا - قضاء محكمة النقض ^(١) وما ينطبق على عقد البيع ينطبق على غيره من العقود الملزمة للجانبين ، كالإيجار والمقاوله وغيرهما ^(٢) .

هذا : ويبقى الارتباط القانونى قائما فى حالة العقود الملزمة للجانبين ، حتى بعد انحلال الرابطة العقدية بالفسخ أو البطلان ، وبالتالي إذا فسخ العقد الملزم للجانبين أو بطل ، وتعين على كل من طرفى العقد المنحل أن يرد للآخر ما كان قد تسلمه بموجب العقد ، كان لكل منهما أن يحبس ما هو ملتزم برده ، حتى يستوفى ما هو مستحق له ^(٣) كما قد يوجد الارتباط القانونى بمناسبة العقد الملزم لجانب واحد ، ففى الوكالة بلا أجر يكون للوكيل أن يحبس ما يوجد تحت يده من أشياء للموكل ، حتى يستوفى ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة ، التنفيذ المعتاد مع الفوائد وقت الإنفاق ، وإذا كان التزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل مصدره الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) ، إلا إنه نشأ بمناسبة عقد الوكالة ، وبالتالي يوجد ارتباط بين التزام الموكل والتزام الوكيل الذى نشأ عن هذا العقد ، بالإضافة إلى أنه قد يوجد الارتباط القانونى بين الالتزامات ، ولو لم يكن ثمة عقد على الإطلاق ، وذلك كما فى التزام الفضولى برد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، والذى يقابله التزام رب العمل برد ما تحمله الفضولى من نفقات ، وبتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب ما قام به من عمل ، والتزام الفضولى مصدره القانون ، والتزام رب العمل مصدره الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) ، وعلى ذلك يكون التزام الفضولى ورب العمل غير ناشئين عن عقد ، ومع ذلك توجد بينهما علاقة تبادلية تجيز للفضولى استعمال الحق فى الحبس ^(٤) .

(١) نقض مدنى فى ٢٦/١٠/١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٥٧٢ .

(٢) د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٢٠ ف ١٨٤ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله :

المرجع السابق هامش رقم (٢) ص ١٥١ .

(٣) د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٤٠ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص

١٩٠ ومابعداها ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦٥ ، د/ مصطفى عدوى : النظرية العامة

لالتزام (أحكام الالتزام) ص ٢١٢ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ١٥١ ومابعداها

، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٤) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٤٨٤ ومابعداها ف ٦٤٣ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص

٣٠٩ ومابعداها ف ٢٢٩ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣١٩ ومابعداها ف ١٨٤ ،

د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٦٧ ف ٧٣ .

٢ - الارتباط المادى :

وينشأ هذا الارتباط المادى عن واقعة مادية ، هى قيام شخص ما بحيازة شئ أو بإحرازه ، وفى هذه الحالة يحق لهذا الشخص أن يسترد من مالك ذلك الشئ ، المصروفات أو النفقات الضرورية أو النافعة التى أنفقها عليه ، وله أيضا أن يحبس ذلك الشئ ، حتى يقوم المالك بدفع هذه المصروفات ، فحق الحابس فى استرداد ما أنفقه قد نشأ فى هذه الحالة عن واقعة مادية هى حيازة الشئ أو إحرازه ، وعلى ذلك فالعلاقة بين من فى يده الشئ ، وبين من له حق استرداده قد نتجت عن مجرد حيازة الشئ أو إحرازه دون أن توجد أى رابطة أخرى تربط بينهما ، ولذا حتى يستطيع الحائز للشئ أو محزره أن يستعمل الحق فى الحبس ، يلزم أن يتحقق الارتباط المادى بين الشئ الذى فى يده ، وبين ماله الحق فى استرداده ، وذلك بأن يكون حق الحائز للشئ أو محزره قد نجم عن الشئ ذاته ، وقد نصت المادة (٢/٢٤٦) مدنى على أنه : " ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محزره ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ ، حتى يستوفى ما هو مستحق له " (١) .

هذا : والارتباط المادى يظهر فى حالتين :

الحالة الأولى : أن يقوم حائز الشئ أو محزره بإنفاق مصروفات ضرورية أو نافعة عليه ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ ، حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ومن هذا القبيل أيضا أنه يجوز لمن اشترى بحسن نية منقولاً مسروقاً أو ضائعاً فى سوق أو مزاد علنى أو مما يتجر فى مثله أن يحبس المنقول ، حتى يؤدى له المالك الثمن الذى دفعه ، متى طلب مالك المنقول استرداده من المشتري قبل انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة (٢) .

الحالة الثانية : أن يسبب الشئ ضرراً للحائز ، فإذا أصاب الحائز ضرراً من الشئ يستحق عنه تعويضاً ، كما لو فر حيوان من حارسه ، وألحق ضرراً بأحد المارة ، كان للمضرور الحق فى حبسه ، حتى يحصل على تعويض ما أصابه من ضرر (٣) على أنه

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٤٨٨ ومابعدهما ف ٦٤٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦٥ ومابعدهما ف ١٤٠ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٤١ ف ١٨٣ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ٦٧ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٥٢ ومابعدهما ف ١١٤ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٧٤ ومابعدهما .

(٢) المراجع السابقة فى نفس المواضع .

(٣) د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٢١٣ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ١٧٥ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٤١ .

يشترط في حالات الارتباط المادى ألا يكون وجود الشئ في يد الحابس ، قد نشأ عن عمل غير مشروع كالغصب أو السرقة ، فإذا نشأ هذا الارتباط عن عمل غير مشروع ، فإنه لا يجوز للحائز أن يستعمل الحق في الحبس ^(١) ومتى توافرت شروط الحق في الحبس لم يكن لمالك الشئ أن يطالب حائزه بتسليمه ، إلا إذا وفى له ما فى ذمته من دين ، ويكون للحائز أن يبقى الشئ محبوسا فى يده ، حتى يستوفى حقه كاملا ^(٢) .

(٢) حق المدين فى الدفع بالحق فى الحبس فى مواجهة الموفى الحال .

متى توافرت شروط الحق فى الحبس ، ولم يوجد التزام على عاتق أحد طرفى الالتزام ، بأن يبدأ بتنفيذ التزامه ، كان لكل من طرفى الالتزام متى تحققت فيهما صفة الدائن والمدين ، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بالوفاء بما تعهد به نحوه ، ومن ثم إذا قام أحدهما بالوفاء بالتزامه للطرف الثانى ، فإنه يكون قد أسقط حقه فى حبس ما التزم بأدائه ، ولكن إذا وفى عن أحدهما موف له الحق فى الحل محل الدائن ، فإن أمر هذا الموفى لا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون حله محل الدائن الموفى له قانونيا .

الحالة الثانية : أن يكون حله محل الموفى له اتفاقيا .

فإن كان حلول الموفى محل الموفى له قانونيا ، كما هو الحال إذا كان ملزما بالدين عن المدين أو معه ، فإن وفاءه بالدين عن المدين ، يكون بمثابة وفاء المدين عن نفسه ، ومن ثم ينقضى حق المدين فى حبس ما تحت يده ، ويكون لهذا الموفى أن يحل محل الموفى له فى رجوعه على المدين ، وإن كان حله محل الموفى له اتفاقيا ، وذلك كما إذا وفى عن أحدهما بالاتفاق معه ، فالمدين الذى أدى عنه الموفى دينه ، كان يمارس حقه فى الحبس باعتباره دائنا ، ولكنه أسقط حقه هذا باتفاقه مع الغير على الوفاء بالدين عنه ، والدائن الذى وفى له لم يعد له الحق فى أن يحبس ما تحت يده ؛ لأنه استوفى حقه ، وعلى ذلك لا يجوز للمدين أن يدفع فى مواجهة الموفى الحال عند رجوعه عليه بما أداه عنه ، بالحق فى الحبس على أية حال ، وبالتالي لو أن بائعا لم يستوف الثمن من المشتري فحبس العين

(١) د/ نبيل سعد : المرجع والموضع السابقين ، د/ طلبة خطاب : المرجع السابق ص ١٠٣ ف ٩٨ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ١٦٦ ف ٤٠ .

(٢) د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٤١ ف ١٨٤ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ١٧٨ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ١٥٥ ف ١١٦ .

المبيعة ولم يسلمها له ، ثم اتفق مع غير هذا المشتري أن يوفيه الثمن فوفاه له ، ففي هذه الحالة يكون البائع قد أسقط حقه في حبس العين المبيعة ، وعليه أن يسلمها للمشتري ، ولا يملك المشتري عند رجوع الموفى عليه بدعوى الحلول أن يدفع في مواجهته بحقه في حبس الثمن حتى يتسلم العين المبيعة ؛ لأن البائع قد سلمها له ، ولو اتفق الموفى مع المشتري على الحلول محل البائع في الرجوع عليه ، وأقرضه الثمن الذي وفاه للبائع ، فلا محل لأن يدفع بحقه في حبس العين المبيعة ؛ لأنه استوفى الثمن ، ولا يملك المشتري أن يدفع دعوى حلول الموفى محل الموفى له في الرجوع عليه بما وفاه ، بأنه يحق له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه تجاه البائع ؛ لأنه أسقط حقه في هذا الدفع باتفاقه على الوفاء بالتزامه من القرض الذي أعطاه له الموفى والذي خصص للوفاء بثمن المبيع ^(١) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في وضع شروط معينة لاستعمال الحق في الحبس ، وإن اختلف كل منهما عن الآخر فيما وضعه من شروط ، فبينما يشترط الفقه الإسلامي لاستعمال الحق في الحبس :

- (١) أن يكون أحد البديلين عينا والآخر ديناً
- (٢) أن يكون الثمن أو ما يجب الوفاء به للحابس حالا .
- (٣) وأن يكون كل من البديلين مختصاً بالآخر .

يشترط فقه القانون المدني :

- (١) أن يكون الحابس ملتزماً بأداء شيء .
- (٢) وأن يكون للحابس حق مستحق الأداء في ذمة الدائن له .
- (٣) وأن يوجد ارتباط بين التزام الحابس وحقه .

ولكن يختلف فقه القانون المدني مع الفقه الإسلامي في تحديد محل التزام الحابس ، حتى يحق له أن يحبس ما تحت يده أو مافى ذمته ، فبينما يذهب الفقه الإسلامي إلى أنه يلزم أن يكون ما يجب على الحابس أدائه ديناً في مقابله عين أو عينا في مقابله دين ، ويعبر عن ذلك بقوله : " أن يكون أحد البديلين عينا والآخر ديناً ، فإن كانا عينيْن أو دينيْن فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معا " بـ يذهب القانون المدني إلى أنه يحق لمن له حق في ذمة دائنه أن يحبس ما يجب عليه الوفاء به أياً كان محل التزامه ، ومن ثم لا يقتصر الحق في الحبس على ما إذا كان محل التزام الحابس أداء شيء مادي ، ولكن قد يكون استعمال الحق في الحبس ممكناً ، إذا كان

(١) يراجع في هذا المعنى د/عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٢٣٤ وما بعدها بند ١٤٤ .

محل التزام الحابس إعطاء شئ معين بالذات كالنقود ، أو إذا كان عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، وفقا لما يذهب إليه رأى الراجح فى فقه القانون المدنى ولكن يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه يشترط أن يكون حق الحابس مستحق الأداء فى ذمة من يستعمل فى مواجهته الحق فى الحبس ، فإذا كان حقا مؤجلا أو معلقا على شرط واقف ، فلا يثبت له الحق فى حبس ما تحت يده لدائنه ، ولا يجوز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه الحال الأداء ، لأن الحق فى الحبس ثبت لمساواة الحابس مع الطرف الآخر ، ولما كان حق الحابس مؤجلا فى ذمة مدينه ، فقد أسقط حق نفسه .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه يجب أن يكون كل من الحقين المتقابلين فى الحق فى الحبس مختصا بالآخر ومرتبطا به ويتحقق ذلك ، إذا وجدت علاقة تبادلية بين التزام الحابس وحقه ، سواء أكانت هذه العلاقة تعاقدية أم غير تعاقدية ، ويتجلى ذلك الارتباط بين الحقين فى العقود الملزمة للجانبين ، كعقد البيع الذى يرتب التزاما على البائع بنقل ملكية المبيع ، والتزاما على المشتري بدفع الثمن ، والذى يكون للبائع فيه أن يحبس المبيع حتى يستوفى ثمنه ، وليس ثم مبيع آخر أو سلعة أخرى قد تكون محل تعاقد بينهما ؛ لأنه قد يحدث كثيرا أن تتعدد المعاملات بين العاقدين ، وبالتالي يحق لكل منهما أن يستعمل حقه فى الحبس ، حتى يقوم المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه ، إلا ان استعمال هذا الحق يكون فى كل عقد على حدة ؛ لأن كل التزام من الالتزامات الناشئة عن كل عقد هو السبب فى الالتزام المقابل له .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ، فى أنه إذا قام الغير بالوفاء بالدين عن المدين بإذنه ، فإنه يحق لهذا الموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن (الموفى له) وفى هذه الحالة لا يحق للمدين أن يدفع فى مواجهته بحقه فى حبس ما فى ذمته للدائن ، حتى يستوفى ماله فى ذمته ؛ لأن الحق فى الحبس يسقط بالوفاء من المدين بدينه أو من نائبه ، والموفى عنه بإذنه يعد وكىلا عنه أو نائبا له ، فيكون وفاءه عن المدين بمنزلة وفائه عن نفسه .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع ما يذهب إليه الاتجاه الراجح فى الفقه الإسلامى ، من أنه إذا قام الموفى بأداء الدين عن المدين بغير إذنه ، وكانت لديه نية الرجوع عليه بما وفاه ، فإنه يحق له أن يرجع بما وفاه على المدين ، ولكن يظل للمدين الحق فى أن يدفع رجوع الموفى عليه بأن له الحق فى حبس ما فى ذمته حتى يقوم الدائن بالوفاء له بما له فى ذمته من دين .

المطلب الثاني**الدفع بفسخ العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني**

يلزم حتى يتمكن الموفى من الرجوع على المدين بما أداه عنه ، وأن يحل في ذلك الرجوع محل الموفى له (الدائن) أن يكون قد أدى عن المدين ديناً واجباً في ذمته ، ومن ثم إذا كان ما في ذمة المدين من دين ، قد سقط عنه ، نتيجة لفسخ العقد الذي ترتب عليه الالتزام بالدين ، ومع ذلك قام الموفى بأداء ذلك الدين عن المدين ، فإنه يكون للمدين أن يدفع في مواجهة الموفى عنه عند رجوعه عليه بما وفاه بفسخ العقد المترتب عليه التزامه بالدين .

ولبيان ذلك أتناول هذا المطلب في الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف الفسخ ومشروعيته في الفقه الإسلامي و القانون المدني .

الفرع الثاني : شروط الفسخ وأسبابه في الفقه الإسلامي و القانون المدني .

الفرع الثالث : نطاق الفسخ ، وكيفية دفع المدين به في مواجهة الموفى في الفقه الإسلامي و القانون المدني .

الفرع الأول

تعريف الفسخ ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

أولاً : في الفقه الإسلامي :

سأعرف الفسخ أولاً ، ثم أبين مشروعيته ثانياً .

أولاً : تعريف الفسخ :

أ- في اللغة :

الفسخ بفتح الفاء وسكون السين مصدر فسخ من باب قطع ، وقد وردت له معان كثيرة . فقد جاء بمعنى الرفع : يقال فسخت العقد فسخاً أى رفعتة ، وبمعنى الإزالة يقال : فسخت المفصل عن موضعه أى أزلته ، وبمعنى النقض يقال : فسخت البيع والأمر أى نقضتهما فانقضيا ، وانفسخ الشيء : انتقض وزال ، وتفاسخ البيعان البيع أى اتفقا على فسخه ^(١) . وعلى ذلك يكون معنى الفسخ في اللغة الرفع والإزالة .

ب- في اصطلاح الفقهاء :

وذكر الفقهاء للفسخ عدة تعريفات ، ولما كانت هذه التعريفات قد وردت في عبارات متباينة ، لزم أن أذكر هذه التعريفات ثم أختار في ضوئها التعريف المناسب للفسخ . فقد عرف ابن نجيم الفسخ بقوله : " وحقيقته : حل ارتباط العقد ^(٢) وعرفه السيوطي بقوله : الفسخ حل ارتباط العقد " ^(٣) .

والحل جنس في تعريف يشمل كل حل وقوله (ارتباط) مصدر ارتبط بمعنى الربط يقال : ربطه أى شده ، وبإضافة حل إلى ارتباط خرج ما سوى الارتباط ، وبإضافة الارتباط إلى العقد خرج ما سوى العقد ، ويلاحظ على هذين التعريفين أنهما استعمالاً لفظ الحل وهو مشترك ، واستعمال المشترك في التعريف غير مرغوب فيه ^(٤) .

(١) القاموس المحيط ج ١ ص ٢٦٤ ، المعجم الوسيط ج ٢ ص ٦٨٨ ، المصباح المنير ج ٢ ص ٤٧٢ ، المعجم الوجيز ص ٤٧١ ، مختار الصحاح ص ٥٠٣ مادة فسخ .

(٢) الأشباه والنظائر ص ٣٧٤ ، بدائع الصنائع ٤١٨/٥ وقد جاء فيه : " والفسخ رفع العقد في الأصل ، وجعله كأن لم يكن " ، العيني : البناية على الهداية ٢٠٨/٧ .

(٣) الأشباه والنظائر ص ٢٨٧ .

(٤) د/ حمد الله سيدجان : فسخ عقود المعاملات ص ١٣٣ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

وعرفته مجلة الأحكام الشرعية بقولها : " الفسخ : إزالة العقد وإلغاؤه " ^(١) وهذا التعريف غير مقبول ، وذلك لأن الفسخ قد لا يزيل العقد من أصله ، وفي ذلك يقول الإمام الحموى : " إذا جعل العقد كأن لم يكن جعل الفسخ أيضا كأن لم يكن ؛ لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون ، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل ، وإذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه ، فيتمكن في هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في حق المستقبل دون الماضي " ^(٢) وعرفه بعض الباحثين بأنه : رفع العقد بإرادة العاقدين ، أو بسبب آخر خارج عن إرادتهما ^(٣) .

ويلاحظ البعض على هذا التعريف أنه استعمل لفظ (رفع) وهو مشترك واستعمال المشترك في التعريف غير مرغوب فيه ^(٤) .

وعرف البعض الآخر من الباحثين الفسخ ، بأنه عبارة عن : " نقض الحكم الناشئ عن العقد القابل لذلك " ^(٥) .

قوله نقض مصدر نَقَضَ من باب نصر ^(٦) والنقض جنس في التعريف وهو ضد الإبرام . والمراد (بالحكم) الأثر المترتب على العقد ، وبإضافة النقض إلى الحكم المترتب على العقد ، يخرج ما سوى العقد ، كنقض البناء والعهد مثلا ، وقوله (الناشئ) صفة للحكم وقوله (القابل لذلك) صفة للعقد ، وهذه العبارة توضح أن من العقود ما يقبل الفسخ ومنها ما لا يقبل الفسخ كالخلع ^(٧) .

وهذا التعريف هو المناسب والمختار للفسخ ؛ لأنه لم يرد عليه ما ورد على التعريفات السابقة ، إذ إنه استعمل كلمة نقض في معناها المتبادر منها ، وجعل النقض موجها إلى الحكم المترتب على العقد لا إلى العقد ؛ لأن العقد إذا انعقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه

(١) مادة (٢١٩) من مجلة الأحكام الشرعية ، كشاف القناع ٢٥٠/٣ .

(٢) الحموى : غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٤٤٤/٣ .

(٣) د/ جمال الدين عطوه : المسؤولية العقدية ص ٣٩٨ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

(٤) د/ حمد الله سيدجان : المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٥) أستاذى الدكتور/ على مرعى : فسخ العقد ص ٣٢ ، نقلا عن د/ حمد الله سيدجان : المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٦) مختار الصحاح ص ٦٧٦ ، المصباح المنير ٦٢١/٢ .

(٧) د/ محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد ص ٤٤٧ ط ١ ١٣٧٢ هـ ١٩٥٢ م بالقاهرة ، الشيخ محمد أبو

زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٣٥٩ ومابعدا ، د/ حمد الله سيدجان : المرجع السابق ص ١٣٦ .

وشروطه ، ولم يقترن به شرط فاسد ، وجب على المتعاقدين تنفيذه امتثالاً لقول الحق تبارك وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (١) .

وإذا كان الأصل في العقود اللزوم ، والأصل في اللزوم هو التنفيذ العيني ، وذلك بالوفاء بما يترتب على العقد من التزامات ، إلا أن الشارع الحكيم ، قد يعطى للعاقدين أو أحدهما حق فسخ العقد أو إنهائه تحقيقاً لمصلحتهما ، أو لتأكيد رضاها بالعقد ، أو يعطى لكليهما الحق في أن يدرج في العقد شرطاً ينص بأن يكون لهما أو لأحدهما الحق في أن يستعمل حقه في فسخ العقد أو إجازته ، خلال فترة معينة من الزمن كما هو الحال في خيار الشرط ، أو بسبب معين كخيار العيب ، وقد يحدث لأحد المتعاقدين أمر يمنعه من تنفيذ مالتزم به ، كأن تطرأ له حادثة قاهرة ، تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فيفسخ العقد ، بسبب هذه الاستحالة التي يعبر عنها الفقهاء بالجائحة أو الآفة السماوية ، بالإضافة إلى أن بعض العقود لا يكون ملزماً إلا لجانب واحد ، أما الجانب الآخر فغير ملزم بالتمسك بها ، ومن ثم يكون له الحق في فسخها متى شاء ، علاوة على ذلك ، هناك بعض العقود لا تلزم أى عاقد من عاقيدها ، ويكون لكل واحد منهما فسخها متى شاء ، وهذا التعريف يشمل كل هذه الأسباب (٢) .

ثانياً : مشروعية الفسخ :

لقد ثبتت مشروعية الفسخ بالكتاب ، والسنة ، والقياس .
أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (٣) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

إن الحق تبارك وتعالى نهى عباده المؤمنين عن أن يأكلوا أموالهم بينهم بغير حق ، وأخذ الأموال بغير أن يكون لها مقابل ، يعد من قبيل أكلها بالباطل ، ولما كان التراضي شرطاً لتحقيق صحة العقد ، كان لابد من وجوده ، وبالتالي إذا انعدم التراضي من العاقدين أو أحدهما حول العقد وجب فسخه ، ورد كل عوض إلى

(١) سورة المائدة من الآية رقم (١) .

(٢) د/ حمد الله سيدجان : المرجع السابق ص ١٣٦ ومابعدا .

(٣) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

صاحبه ؛ إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، وإلا كان أكلا للأموال بالباطل وهو منهي عنه بنص الآية الكريمة ^(١) .

وأما السنة فمنها :

ما روى عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : " لا ضرر ولا ضرار " ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ نفى ذات الضرر ، ونفى ذات الضرر ، يدل على النهى عنه ، والنهى عن ذات الضرر يدل على تحريمه ، فكان الضرر محرماً ؛ لذلك إذا لم يؤد العقد وظيفته التي نشأ من أجلها بسبب وجود عيب في المعقود عليه ، أو بسبب هلاكه ، لم يكن للبائع أن يطالب المشتري أو المستأجر بالثمن أو بالأجرة والحال كذلك ؛ لأنه سيدفع مالا بدون مقابل ، مما يؤدي إلى لحوق الضرر به ، والضرر منهي عنه بنص الحديث الشريف ، فشرع فسخ العقد ورد كل عوض إلى صاحبه ، لإزالة ما قد يصيب أحد العاقدين من ضرر ^(٣) .

وأما القياس :

فقياس الفسخ على الإقالة يقتضى مشروعيته بجامع أن كلا منهما يؤدي إلى رفع الحرج والضيق عن العاقدين ، بسبب ما أبرماه من عقد ، وقد حث الإسلام على إعفاء النادم من التزامه المترتب على ما عقده من عقد ، إذا طرأ له عذر جعله في حرج من تنفيذ هذا الالتزام ، والوفاء به ^(٤) وذلك لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ : " من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة " ^(٥) .

(١) يراجع في هذا المعنى الإمام ابن العربي : أحكام القرآن ٩٧/١ ، ٤٠٨ ومابعدهما ، الإمام القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ج ١ ص ٧١٣ ، ج ٣ ص ١٧٢٠ ومابعدهما .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث ص ١٣٨ من هذا البحث .

(٣) يراجع في هذا المعنى ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٠٦ ، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٧ ، الشوكاني : نيل الأوطار ٣١٤/٥ ، الصنعاني : سبل السلام ١٣٥/٣ ، د/عبد الكريم زيدان : الوجيز في شرح القواعد الفقهية ص ٨٨ ومابعدهما .

(٤) الإقالة شرعاً : رفع العقد الواقع بين المتعاقدين ، سبل السلام ٥٠/٣ وعرفها البهوتي بقوله : " الإقالة فسخ للعقد لا بيع لأنها عبارة عن الدفع والإزالة " ، كشاف القناع ٤٨/٣ ، ويراجع في هذا القياس : الصنعاني : سبل السلام ٥٠/٣ .

(٥) الحديث رواه أبو داود : سننه ك البيوع باب فضل الإقالة ٢٧٢/٣ برقم (٣٤٦٠) ط دار الحديث بالقاهرة ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ، ابن ماجه : سننه ك التجارات باب الإقالة ٧٤١/٢ رقم (٢١٩٩) ، البيهقي : السنن الكبرى ك البيوع باب من قال المسلم إليه بعض السلم ٢٧/٦ ط دار الفكر ، مجمع

ثانيا : فى القانون المدنى :**تعريف الفسخ :**

عرف البعض الفسخ بأنه : حق كل عاقد فى العقد الملزم للجانبين فى أن يطلب حل الرابطة العقدية ، وزوال كل من يترتب عليها بأثر رجعى متى لم يتم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ^(١) .

وعرفه البعض الآخر بأنه عبارة عن حل الرابطة العقدية - قبل تنفيذ العقد أو قبل تمام تنفيذه - بناءً على طلب أحد طرفى العقد ، إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه ^(٢) .

وعلى ذلك ففسخ عقد البيع يعنى إنهاء كل آثاره بالنسبة للبائع والمشتري ، جزاء إخلال أحدهما بالتزامه ؛ فالفسخ ما هو إلا جزاء عن إخلال أحد العاقدين بالتزامه ، وبمقتضاه يستطيع المتعاقد الآخر أن يحل الرابطة العقدية ، ليتحرر نهائياً من الالتزامات التى تنشأ عن العقد ، دون أن يحرم من حقه الأصل فى التمسك بالعقد ، والإصرار على إعماله ، والمطالبة بالتنفيذ العينى للحقوق الناجمة له منه، إذا رأى ذلك أفضل له ^(٣) وهذا ما أكدته محكمة النقض ؛ حيث عرفت الفسخ بأنه حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه ، والأصل ألا يقع إلا بحكم القاضى ^(٤) وقد نصت على ذلك المادة (١/١٥٧) مدنى بقولها : " ١ - فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض فى الحالتين ، إن كان له مقتضى "

=

الزوائد ١١٣/٤ باب فيمن أقال أخاه بيعاً ، نصب الرأية ٣٠/٤ ط دار الحديث بالقاهرة ، الحاكم : المستدرك على الصحيحين ٥٢/٢ برقم (١٦٢/٢٢٩١) ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤١١هـ - ١٩٩٠م وقال : هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وقد نقل ذلك الإمام الزيلعى : نصب الرأية ٣٠/٤ ط دار الحديث بالقاهرة ، الصنعانى : سبل السلام ٥٠/٣ ط مكتبة الإيمان بالمنصورة .

^(١) د/ محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ج ١ مصادر الالتزام ص ١٨٤ ف ١٦٨ طبعة ١٩٨٦ بمطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر .

^(٢) د/ مصطفى عدوى : المصادر ص ٤١٤ ، د/ حسنى عبد الدائم : المصادر اللاإرادية ص ٤٨٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد ص ٦١١ ف ٣١٢ .

^(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق نفس الموضع ، د/ محمود الديب : الوجيز فى مصادر الالتزام ج ١ ص ١٧٤ ف ١٣٦ ط ١ سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .

^(٤) نقض مدنى فى ١٨/١/١٩٨٩ طعن رقم ٥٣٧ السنة ٥٦ قضائية مجموعة المكتب الفنى السنة الأربعون ج ١ ص ٢٠١ رقم ٤٣ .

ويتضح من هذا النص أن الفسخ حق مقرر ، لكل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين في حالة عدم قيام المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه ، في أن يطلب فض الرابطة التعاقدية حتى يتخلص هو من التزامه ^(١) .

مشروعية الفسخ :

أجاز القانون المدني المصري القديم الفسخ ؛ حيث نصت المادة (١٧٣/١١٧) على أنه : " إذا امتنع المدين عن وفاء ما هو ملزم به بالتزام ، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذي لم يقدّم بوفائه فقط " ثم جاء التقنين المدني المصري الحالي ، فنص في المادة (١/١٥٧) مدني على جواز فسخ العقود الملزمة لجانبين ، بناءً على طلب أحد طرفي العقد متى أخل الطرف الآخر بالتزامه ، وفي ذلك تقول هذه المادة " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين ، أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين ، إن كان له مقتض " والفسخ بناءً على هذا النص يفترض وجود عقد ملزم للجانبين ، يتخلف فيه أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه ، فيطلب الآخر فسخه ، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به ، ويقع الفسخ بناءً على حكم يقضى به ، أو بتراضى العاقدين أو بحكم القانون ^(٢) .

هذا : وقد أخذت التشريعات العربية بنظام الفسخ ، متبعة في ذلك التقنين المدني المصري ، ومن هذه التقنيات التقنين المدني السوري في المادة (١٥٨) وهي مطابقة لنص المادة (١٧٥) مدني مصري ، والتقنين المدني الليبي في المادة (٥٩) مدني ليبي وهي مطابقة لنص المادة (١٥٧) مدني مصري ، والتقنين المدني العراقي في المادة (١٧٧) مدني عراقي ، وهي موافقة لنص المادة (١٥٧) مدني مصري ، والتقنين المدني اللبناني في المواد (من ٢٣٩ إلى ٢٤١) مدني لبناني ^(٣)

(١) أستاذي الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٣٥ ف ١٣٨ ، د/عبد الرزاق فرج : المرجع السابق : المصادر ص ٣٢٥ ف ٢٦٨ ، د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : المصادر ص ١٤٥ ، د/ الصدة : المصادر ص ٣٩٦ ف ٣٦٨ .

(٢) د/ السنهوري : الوسيط ج ١ المجلد الأول - العقد ص ٩٥٤ ف ٤٦٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٣) يراجع في ذلك د/ السنهوري : المراجع السابق هامش (١) ص ٩٥٣ وما بعدها ، د/ يحيى مطر : النظرية العام للالتزامات نظرية العقد ص ٢١٩ ط ١٩٩١ م .

والتقنين المدني الأردني في المادة (٢٤٦) مدني أردني وهي مقاربة للنص المصري ^(١) والتقنين المدني اليمني في المادة (٢١٩) مدني يمني وهي مطابقة للنص المصري ^(٢) والتقنين المدني الجزائري في المادة (١١٩) مدني جزائري وهي مطابقة لنص المادة (١٥٧) مدني مصري والتقنين المدني السوداني في المادة (١٤٢) مدني سوداني ^(٣) والتقنين المدني المغربي في المادة (٢٥٩) مدني مغربي ، وهي مطابقة لنص التقنين المدني المصري ^(٤) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق ، يتضح أن القانون المدني يختلف مع الفقه الإسلامي في تعريف الفسخ ، ويتضح ذلك من خلال ما يلي :

أولاً : إن القانون المدني قد جعل الحق في الفسخ مقصوراً على العقود الملزمة للجانبين ، وأعطاه لأي من العاقدين ، إذا لم يقم المتعاقد لآخر بتنفيذ التزامه ، أما الفقه الإسلامي فقد قرر الفسخ في كل العقود التي تقبله .

ثانياً : إن القانون المدني قد ذهب إلى أن الفسخ يحل الرابطة العقدية ، ويزيل كل الآثار المترتبة عليها بأثر رجعي ، أما الفقه الإسلامي فلم يجعل الفسخ مزيلًا للعقد ؛ لأنه لو جعله مزيلًا للعقد وأعتبره كأن لم يكن ، لكان الفسخ كذلك ؛ لأن فسخ العقد بدون عقد محال ، ولكن يمكن أن يقال : إن الفسخ يزيل آثار العقد ، ويؤدي إلى اعتبار العقد كأن لم يكن بالنسبة للمستقبل لا الماضي .

ولكن اتفق القانون المدني مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامي من القول بمشروعية الفسخ ؛ لأنه يؤدي إلى رفع الحرج والضيق عن العاقدين ، بسبب ما أبرماه من عقد قد لا يكون تنفيذه في مصلحتهما ، وقد أخذت بنظام الفسخ معظم التشريعات العربية متبعة في ذلك التقنين المدني المصري .

(١) د/ توفيق فرج : النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية هامش (١) ص ٣٣٩

(٢) د/ جميل الشراكوي : النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية الكتاب الأول : مصادر الالتزام ص ٤١١ ف ٨٥ الناشر دار النهضة العربية سنة ١٩٨٨ م .

(٣) د/ محمد صبري السعدني : شرح القانون المدني الجزائري ص ٣٨١ ف ٣٧٢ ، د/ توفيق فرج : المرجع والموضع السابقين .

(٤) د/ أحمد البرعي : نظرية الالتزام في القانون المغربي ص ٢٣١ .

الفرع الثانى

شروط الفسخ ، وأسبابه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

وسأبين شروط الفسخ أولاً ، ثم أوضح أسبابه ثانياً .

اشتراط الفقهاء لوقوع الفسخ توافر عدة شروط أهمها :

(١) أن يكون العقد المراد فسخه غير لازم .

وعدم لزوم العقد قد يكون بسبب وجود أحد الخيارات المعتبرة فيه ، وذلك كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب ، وبالتالي يجوز للمشتري فى خيار الرؤية أو العيب ، وللمن له شرط الخيار ، ولو كان البائع نفسه أن يفسخ العقد فى مدة الخيار ؛ لأن الحكمة من مشروعية الخيار أن تكون هناك فرصة لإمضاء العقد أو فسخه ، فوجود أحد الخيارات فى العقد شرط أساسى فى جواز الفسخ ^(١) وقد يكون عدم لزوم العقد راجعاً إلى طبيعته ، بأن كان العقد غير لازم ، وعدم لزوم العقد قد يكون لطرف واحد من أطرافه ، وذلك كالرهن والكفالة ، فهما لازمان بالنسبة للراهن والكفيل وذلك لتعلق حق المرتهن والمكفول له بالعين المرهونة ، وبذمة الكفيل ، ولكنهما غير لازمين بالنسبة للمرتهن ، والمكفول له ، وبالتالي يجوز للمرتهن أن يفسخ عقد الرهن من جهته دون حاجة إلى رضا الراهن ، ولكن ليس للراهن فسخه ، دون رضا المرتهن ، لتعلق حقه بالرهن ، وكذلك الحال بالنسبة للكفالة ^(٢) فإنها لازمة بالنسبة للكفيل وغير لازمة بالنسبة للمكفول له ، وقد يكون غير

(١) بدائع الصنائع ٣٨٧/٥ وقد جاء فيه : " خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية " ويقول فى ص ٣٩١ : وصفته - أى صفة البيع بشرط الخيار - أنه بيع غير لازم ؛ لأن الخيار يمنع لزوم العقد " ، ص ٤٤٢ ، ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٣٤ ، الفواكه الدوانى ١٢٤/٢ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٨٧ ، مغنى المحتاج ٤٣/٢٠ ، كشف القناع ١٩٨/٣ ، الحجاوى الإقناع ٨٣/٢ ط دار المعرفة بيروت ، الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٣٦١ ، د/ محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد ص ٤٦٧ .

(٢) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٧٢ - تهذيب الفروق ٣١/٤ ومابعداها ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٧٦ ، للشيخ/ محمد أبو زهرة : المرجع السابق ص ٣٦١ ، د/ محمد على محجوب : الوسيط فى التشريع الإسلامى ونظرياته العامة ص ٣٤٩ ط شركة الإعلانات الشوقية ، الأستاذ/ على قراعة : أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية ص ٧٣ ط دار مصر للطباعة

لازم بالنسبة لعاقديه مثل الشركة ، والمضاربة ، والعارية ، ومال إلى ذلك ، وبالتالي يجوز لأحد العاقدين أن يفسخ العقد الجائز أو غير اللازم لطرفيه دون حاجة إلى رضا العاقد الآخر ^(١) .

(٢) أن يكون كل من العاقدين على علم بفسخ الآخر للعقد .

وقد اختلف الفقهاء حول ضرورة اشتراط علم كل من العاقدين بفسخ العقد ، وذلك على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويرى القائلون به أنه يشترط علم المتعاقدين بفسخ العقد ، ومن هذا الاتجاه الإمام أبو حنيفة ومحمد ^(٢) .

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بأن الفسخ تصرف في حق العاقد الآخر ، ولذلك لا يجوز بدون علمه كالموكل إذا عزل الوكيل ، فإن حكم العزل لا يثبت في حق الوكيل ما لم يعلم ^(٣) .

الاتجاه الثاني : ويذهب القائلون به إلى أنه لا يشترط علم أي من المتعاقدين بفسخ الطرف الآخر للعقد .

ومن هذا الاتجاه الإمام أبو يوسف وزفر من الحنفية ^(٤) والمالكية ^(٥) والشافعية ^(٦) والحنابلة ^(٧) .

وقد استدلوا على ذلك بأن الفسخ رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلم يفتقر إلى

=

بالقاهرة ، د/ أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد ص ٢٧٥ ط دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٩ م .

(١) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٧٢ ، الفروق ١٣/٤ ، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٢٧٥ ، أبو زهرة : المرجع السابق ص ٣٦١ ومابعدا ، د/ أحمد فراج : المرجع السابق ص ٢٧٥ .

(٢) الهداية ٢٩/٣ ومابعدا ، تبين الحقائق ١٨/٤ .

(٣) مجمع الأنهر ٩٢/٢ ، حاشية الشلبي على الزيلعي ١٨/٤ .

(٤) الهداية : الموضوع السابق ، مجمع الأنهر ٢٩/٢ ، تبين الحقائق ١٨/٤ .

(٥) القوانين الفقهية ص ٢٣٤ ط دار الفكر .

(٦) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٨ ط الحلبي

(٧) المغنى مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٢٧ ومابعدا ط دار الغد العربي .

حضوره كالطلاق ^(١) بالإضافة إلى أنه فسخ متفق على ثبوته ، فكان الاتفاق على ثبوته بمنزلة العلم به ^(٢) .

وبعد عرض آراء الفقهاء واتجاهاتهم ، يبدو لى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثانى ، وذلك لأن إعطاء الحق فى فسخ العقد لأحد العاقدين الهدف منه هو رفع الضرر عنه ، ومن ثم إذا لم يكن لمن أعطى الحق فى فسخ العقد ، الحق فى فسخه دون توقف على علم المتعاقد الآخر ، لما كان لإعطائه هذا الحق فائدة ؛ لأن العاقد الذى ليس له الحق فى الفسخ قد يخفى نفسه عن له الحق فى فسخ العقد ، فتطول مدة بقاءه ويزداد الضرر ^(٣) .

٣- أن يتحقق السبب الموجب لفسخ العقد إذا كان لازماً ، وأن يظل ذلك السبب باقياً ، حتى يستعمل العاقد حقه فى الفسخ .

للفسخ أسباب نص عليها الفقهاء ^(٤) - سأذكرها فيما بعد - وحتى يقع الفسخ فلا بد من وجود سبب من الأسباب التى تقتضى الفسخ ، فمثلاً إذا كان السبب المقتضى للفسخ هو ظهور عيب بالمبيع ، فيشترط أن يكون ذلك العيب من العيوب الموجبة لخيار رده ، كما يشترط أن يكون ذلك العيب موجوداً بالمبيع قبل أن يتسلمه المشتري ، وأن يكون المشتري غير عالم به وقت التعاقد ^(٥) .

(١) المغنى مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٢٨ ، د/ على مرعى : الخيارات فى الفقه الإسلامى ص ٦٧ .

(٢) د/ على مرعى : المرجع السابق فى نفس المكان .

(٣) فى هذا المعنى أستاذى الدكتور/ على أحمد مرعى : الخيارات فى الفقه الإسلامى ص ٦٧ ط مطبعة الأخوة الأشقاء بالقاهرة ١٩٧٩ م .

(٤) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٧٤ وقد جاء فيه : " إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد أشياء : خيار الشرط ، وخيار عدم النقد إلى ثلاثة أيام وخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار الاستحقاق ، ... وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وخيار هلاك بعض المبيع قبل القبض وإقالة ... إلخ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٧٨ حيث يقول : " إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف المشروط ، وإقالة ، والتخالف ، وهلاك المبيع قبل قبضه " .

(٥) الهداية ٣/٣٦ ، مجمع الأنهر ٢/٤٠ ومابعدا ، تبين الحقائق ٤/٣١ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٨ ، بداية المجتهد ٢/١٣٢ ، الشرح الكبير ٤/١٠٨ ، كفاية الأخيار ١/٢٥٢ ، مغنى المحتاج ٢/٥٠ ،

كما يجب أن يظل السبب المقتضى للفسخ موجودا إلى حين استعمال العاقد الحق فى الفسخ ، وذلك يتحقق فى خيار المجلس ، إذ يثبت بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحق فى فسخ العقد أو إمضائه مادام فى مجلس العقد ، ولم يختَر أحدهما أو كلاهما لزوم العقد ، فإذا انتهى المجلس بالتفرق أو بالتخاير ، كأن اختار معا إمضاء العقد سقط الخيار ولزم العقد ولا يجوز لأحد من المتعاقدين بعد ذلك أن يفسخ العقد ، استنادا إلى خيار المجلس ، لزوال سبب الفسخ وهو التفرق أو التخاير ^(١) .

(٤) ألا يترتب على الفسخ تفريق للصفقة ^(٢) .

ولبيان هذا الشرط يلزم أن أتحدث عن تفريق الصفقة بشئ من الإيجاز .
تعريف الصفقة :

الصفقة فى اللغة عبارة عن ضرب اليد على اليد عند العقد ، وكانت العرب إذا تم البيع ضرب أحد العاقدين على يد صاحبه ، ثم استعملت الصفقة فى العقد فقول بارك الله لك فى صفقة يمينك ^(٣) .

وفى اصطلاح الفقهاء : أن يجمع بين ما يصح بيعه ، ومالا يصح بيعه فى عقد واحد ^(٤) ولذلك فحين تطلق كلمة الصفقة يقصد بها ما يشمله عقد واحد سواء أكان ما يشمله هذا العقد شيئا واحدا حقيقة أم حكما كالثوب أو الدار ونحوهما ، مما يمكن الانتفاع به انتفاعا كاملا دون توقف على شئ آخر ، أو كان ما يقع عليه العقد الواحد شيئا واحدا حكما ، متعدد حقيقة كمصراعى باب أو نعلين ونحوهما من كل مزدوجين لا يستغنى بأحدهما عن

زاد المحتاج ٥٣/٢ ، حاشية الروض المربع ٤١/٤ ومابعداها ، المحلى ٧١/٨ مسألة رقم (١٥٧٦) ، التاج المذهب ٤١٢/٢ ومابعداها .

(١) الإمام جلال الدين المحلى : شرحه على منهاج الطالبين بهامش حاشيتا قليوبى وعميرة ١٩١/٢ ، مغنى المحتاج ٤٤/٢ ومابعداها ، زاد المحتاج ٤٩/٢ ، حاشية الروض المربع ٤١٧/٤ ، الروض المربع ٢٤٥/٢ ومابعداها ، المحلى ٣٥٥/٨ ، مفتاح الكرامة ٥٤٠/٤-٥٤٤ ،
(٢) بدائع الصنائع ٤٠٥/٥ .

(٣) الجرجاني : التعريفات ص ١١٧ النسخة طلبية الطلبة ص ١١٨ ، المصباح المنير ج ٢ ص ٣٤٣ ، ابن بطال : النظم المستعذب فى شرح غريب المذهب بذي المذهب ٣٥٧/١ .

(٤) النجدي : حاشية الروض المربع ٣٦٧/٤ ، الحجاوى : الإقناع ٧٢/٢ .

الآخر ، أو كان ما وقع عليه العقد متعددًا حقيقةً وحكما كالأدوات المنزلية ونحوها من كل متعدد شمله عقد واحد ، ويمكن الانتفاع بأحدهما انتفاعًا كاملاً ، وعلى ذلك فالصفقة قد تكون واحدة إذا كان المبيع شيئاً واحداً حقيقةً وحكما كالدابة ، أو حكماً فقط كالخذاء ، وقد تكون متعددة إذا كانت الأشياء المبيعة في أكثر من عقد ، كما لو قال البائع بعثك هذا الفرس بكذا ، فقال المشتري قبلت ، وقال بعثك هذا الكتاب بكذا فقال المشتري ، قبلت فهذه ، صفقات متعددة (١) .

ولما كانت الصفقة التي هي عبارة عما يشتمله العقد ، قد تكون واحدة وقد تكون متعددة ، فإذا كانت واحدة ، ووجد بعضها معيباً ، فإنه يفرق في هذا الشأن بين أمرين :

الأول : أن يطلع المشتري على العيب قبل القبض أو يقبض بعض المبيع (الصفقة) دون البعض ، فوجد فيما قبضه عيباً ، فهل يحق له أن يرد المعيب وحده بحصته من الثمن أم لا ؟ اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويرى أصحابه أنه يحق للمشتري إذا اطلع على عيب بالمبيع قبل قبضه أو بعد قبض بعضه فوجد به عيباً ، أن يرد المعيب من الصفقة بحصته من الثمن .

ومن هذا الاتجاه الحنفية (٢) والمالكية إذا كان المعيب وجه الصفقة والمقصود بالشراء (٣) والشافعية (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) .

وقد استدلوا على ذلك ، بأن رد المعيب وحده بحصته من الثمن فيه تفريق للصفقة قبل تمامها ، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل ، وتام الصفقة يكون بالقبض ، بالإضافة إلى أن رد المعيب وحده بحصته من الثمن فيه ضرر بالبائع ؛ لأنه يترتب عليه كما يقول الإمام الكاساني : " لزوم البيع في الجيد بثمن الردئ ؛ لأن ضم الردئ إلى الجيد في البيع عادة التجار ترويضاً للردئ بواسطة الجيد ، فمن الجائز أن يرى المشتري العيب بالردئ فيرده فيلزم البيع بالثمن الردئ ، فيتضرر به البائع ، فدل أن في التفريق ضرراً فيجب دفعه ما أمكن " (٧) .

(١) بدائع الصنائع ٤٢٤/٥ وما بعدها ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/٣٥ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٠/٤ ، د/ حمد الله سيد : المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٤٢٥/٥ .

(٣) ابن رشد : بداية المجتهد ١٣٤/٢ وما بعدها .

(٤) حاشية الجمل على شرح المنهج ١٤٩/٣ ، الشيرازي : المهذب ١/٣٧٧ .

(٥) ابن المرتضى : البحر الزخار ٣/٣٦١ .

(٦) العاملی : مفتاح الكرامة ٤/٦٢٩ .

(٧) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٤٢٤ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣/١٣٤ ، حاشية الجمل ٣/١٤٩ .

الاتجاه الثانى : ويذهب أنصاره إلى القول : إنه إذا تعيب بعض الصفقة قبل القبض لم يفسخ العقد فى الباقي ، ويكون للمشتري أن يرد المعيب بحصته من الثمن ويأخذ الباقي . ومن هذا الاتجاه : الحنابلة ^(١) والظاهرية ^(٢) .

وقد استدلوا على ذلك ، بأن العقد وقع صحيحاً فذهاب بعضه لا يفسخه ، ولكن يبدو لى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول ؛ وذلك لأن رد المعيب وحده فيه تفريق للصفقة ، وإضرار بالبائع والضرر مرفوع شرعا .

الأمر الثانى : أن يطلع المشتري على العيب بعض القبض ، وفى هذه الحالة إما أن يكون المبيع شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً ، وإما أن يكون أشياء حقيقة ، ولكن شيئاً واحداً تقديراً كالقرطين والخفين ، وكل شئ لا ينتفع به بغير الآخر ، والحكم فى هذه الحالة على الخلاف السابق ، والراجح فى هذه الحالة أيضاً أن المشتري لا يملك رد المعيب وحده بحصته من الثمن لما فى ذلك من تفريق الصفقة والضرر بالبائع ^(٣) .

ولكن إذا كان المبيع متعدداً حقيقة وتقديراً كعبدتين وثوبين وشاتين ، فهل يحق للمشتري إذا وجد فى بعضها عيباً أن يرد المعيب بحصته من الثمن أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى الإجابة عن هذا التساؤل ، على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى جواز رد بعض الصفقة أى المعيب منها خاصة بحصته من الثمن ، وقد استدلوا على ذلك :

بأن الحق فى الرد يثبت فى أحد المبيعين ، فكان للمشتري رده ، وذلك لأن الحق فى الود إنما يثبت إذا فانت السلامة ، والسلامة فانت فى أحد المبيعين ، فكان للمشتري رده خاصة ، وليس فى ذلك تفريق ممنوع للصفقة لأن تفريقها باطل قبل القبض لا بعده ^(٤) .

ومن هذا الاتجاه الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ^(٥) والمالكية إن لم يكن المعيب وجه الصفقة ، والمقصود بالشراء ^(٦) .

(١) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٥٢١ ط دار الغد العربى .

(٢) ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٧٢ مسألة رقم (١٥٨١) .

(٣) بدائع الصنائع ٤٢٤/٥ ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٣٤/٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٤٢٦/٥ ط دار الفكر بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .

(٥) المرجع السابق فى نفس الموضع .

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٣٤/٣ ، بداية المجتهد ١٣٤/٢ ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٦٤/٢ .

الاتجاه الثانى : ويرى القائلون به أنه يجوز رد بعض الصفقة إذا كان المبيع متعددًا ووجد فى بعضه عيبًا ، ولكن المشتري بالخيار فى هذه الحالة إما أن يرد كل المبيع ، وإما أن يمسك الكل بجميع الثمن .

ومن هذا الاتجاه الإمام زفر من الحنفية ^(١) والشافعية ^(٢) والحنابلة ^(٣) والظاهرية ^(٤) . وقد استدلوا على ذلك ، بأن التفريق بين السلع المشتراة صفقة واحدة برد المعيب منها ، فيه إضرار بالبائع ؛ لأن ضم الجيد إلى الرديء فى البيع من عادة التجار ، ليروج الرديء بواسطة الجيد ، وقد يكون العيب فى الرديء فيرده المشتري على البائع ، ويلزمه البيع فى الجيد بثمن الرديء ، وهذا إضرار بالبائع ، والضرر مرفوع شرعا ^(٥) .

وبعد عرض آراء الفقهاء واتجاهاتهم يتضح لى - والله أعلم - أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى القائل بعدم رد بعض الصفقة إذا كان المبيع متعددًا ووجد فى بعضه عيبًا ، وذلك لأن رد بعض الصفقة إذا وجد فيه عيبًا يؤدى إلى تفريقها ، بالإضافة إلى أنه يترتب على الرد أن يأخذ المشتري الجيد بثمن الرديء ، وفى هذا إضرار بالبائع والضرر مرفوع .

(٥) ألا يتناول صاحب الحق فى الفسخ عن استعمال حقه .

فمثلا إذا تلف المبيع بأفة سماوية قبل القبض ، فإن المشتري يكون له الخيار فى فسخ العقد أو إمضائه ، فإذا تنازل المشتري عن خياره فى فسخ العقد لزمه ، ولم يكن له أن يطالب بفسخ العقد ، بعد تنازله عن ذلك ، وفى ذلك يقول الكاسانى : " الإنسان بسبيل من التصرف فى حقه استيفاء وإسقاطا " ^(٦) .

وكذلك الحال إذا كان بالعين المشتراة عيب ، فللمشتري الحق فى أن يفسخ عقد البيع أو يمضيه ، فإذا تنازل المشتري عن حقه فى فسخ البيع ورضى بالعين المشتراة المعيبة ، كان له لك ، وفى هذا يقول الكاسانى : " وإن كان المشتري

(١) الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٥ ص ٤٢٦ .

(٢) الشيخ زكريا الأنصارى : شرح المنهج مطبوع معه حاشية الجمل ١٤٩/٣ ، حاشية الجمل ١٤٩/٣ .

(٣) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٥٢٠/٤ .

(٤) المحلى ٥٠٩/٨ مسألة رقم ١٤٩٧ .

(٥) بدائع الصنائع ٤٢٦/٥ .

(٦) البدائع ٤١٩/٥ ، بداية المجتهد ١٣٤/٢ ، مغنى المحتاج ٤٨/٢ ، المحلى ٥٠٩/٨ .

دارا فسكنها ، بعد ما علم بالعيب أو ردم منها شيئاً أو هدم سقط خياره
والحاصل أن كل تصرف يوجد من المشتري في المشتري بعد العلم بالعيب يدل
على الرضا بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع ^(١) .

ثانيا : أسباب الفسخ :

للفسخ أسباب كثيرة ذكرها ابن نجيم والسيوطي على سبيل الإجمال ، وسأقتصر على
ذكرهما لهذه الأسباب على تلك الكيفية ؛ لأنها ليست المقصودة بهذه الدراسة ، يقول ابن
نجيم ذكرا لأسباب الفسخ : " إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد أشياء : خيار
الشرط ، وخيار عدم النقد إلى ثلاثة أيام ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار
الاستحقاق ، وخيار الغبن ، وخيار الكمية ، وخيار كشف الحال ، وخيار فوات الوصف
المرغوب فيه ، وخيار هلاك بعض المبيع قبل القبض ، وبالإقالة ، والتخالف ، وهلاك
المبيع قبل القبض ، وخيار التغرير الفعلي كالتمصية على إحدى الروايتين ، وخيار
الخيانة في المراجعة والتولية وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا فهذه ثمانية عشر سببا ،
وكلها يباشرها العاقد إلا التخالف ، فإنه لا يفسخ ، وإنما يفسخه القاضي ، ولكها يحتاج
إلى الفسخ ، ولا يفسخ فيها بنفسه " ^(٢) هذا وقد أوصل الإمام السيوطي هذه الأسباب إلى
ثلاثين سببا ، وفي ذلك يقول : " إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب
: خيار المجلس ، و الشرط ، والعيب ، وخلف المشروط ، والإقالة ، والتخالف ، وهلاك
المبيع قبل القبض ، وزيد عليه أمور : خيار تلقى الركبان ، وتفريق الصفقة دواما وابتداءً
، وفلس المشتري ، وما رآه قبل العقد إذا تغير عن وصفه ، وما لم يره على قول ،
والتغرير الفعلي من التمصية ونحوها ، وجهل الدكة تحت الصبرة وجهل الغصب ، مع
القدرة على الانتزاع ، وطريان العجز مع العلم به ، وجهل كون المبيع مستأجرا ،
وتعذر قبض المبيع لغصب ونحوه ، وتعذر قبض الثمن لغيبة مال المشتري إلى مسافة
القصر ، وظهور الزيادة في الثمن في المراجعة ، وظهور الأحجار المدفونة في الأرض
المبيعة إذا ضر القلع والترك أو القلع فقط ، ولم يترك البائع الأحجار ، واختلاط الثمرة
والمبيع قبل القبض بغيره إن لم يسمح البائع ، وتعيب الثمرة بترك البائع السقى والتنازع

(١) البدائع ٤١٨/٥ ، المراجع السابقة في نفس المواضع .

(٢) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٧٤ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٢ .

فى السقى ، إذا ضر الثمرة وضر تركه الشجرة ، وتعذر الفداء بعد بيع الجانى ، والخيار فى الأخير للأجنبى لا للبائع ولا للمشتري فهذه نحو ثلاثين سببا ، وكلها يباشرها العاقد دون الحاكم إلا فسخ التحالف ، ففى وجه إنما يباشره الحاكم ، والأصح لا يتعين بل هو أو أحدهما ، وكلها تحتاج إلى فسخ ، ولا يفسخ شئ منها بنفسه إلا التخالف فى وجه ، واختلاط المبيع قبل القبض على قول (١) .

وقد قسم البعض هذه الأسباب إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : أسباب الفسخ التى ترجع إلى المعقود عليه وهى :

(١) استحقاق المعقود عليه .

(٢) هلاك المعقود عليه .

(٣) تعيب المعقود عليه .

القسم الثانى : أسباب الفسخ التى ترجع إلى العاقدين :

(١) اختلاف المتعاقدين .

(٢) وجود أحد الخيارات فى العقد .

(٣) عدم وفاء أحد العاقدين بمقتضى العقد .

(٤) اتفاق العاقدين على فسخ العقد (الإقالة) .

القسم الثالث : أسباب الفسخ التى ترجع إلى العقد وهى :

الفسخ بسبب جواز العقد (٢) .

ويقول واضعو الموسوعة الفقهية الكويتية : " أسباب الفسخ خمسة ، إما الاتفاق أو التراضى ، ومنه الإقالة ، وإما الخيار ، وإما عدم اللزوم ، وإما استحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المتقابلة وإما الفساد " (٣) .

فهذه أسباب فسخ العقد ، قد ذكرتها مجملية ؛ لأن ذكرها بهذه الكيفية يفى بالغرض المقصود منها ؛ إذ متى وجد سبب من هذه الأسباب التى تؤدى إلى فسخ العقد ، ثم تقرر فسخه ، فامتنع العاقدان من الوفاء بما ترتب على العقد المفسوخ من التزام ، فقام الغير

(١) السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٨٧ ومابعداها ، حاشية قليوبى ١٨٩/٢ ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ٢٨٥ قاعدة ١١٦ .

(٢) د/ حمد الله سيد جان : المرجع السابق ص ٢٩٨ ، ٧٩٣ ، ٩١٣ .

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣٢ ص ١٣٣ .

بالوفاء عن أحد العاقدین بهذا الالتزام المترتب على العقد المفسوخ ، فإنه يحق للمتعاقد الموفى عنه ، إذا رجع عليه الموفى بما وفاه ، أن يدفع فى مواجهته بفسخ العقد الذى ترتب عليه الالتزام ، الذى قام بوفائه وبالتالى لا يكون أمام الموفى إلا الرجوع على الدائن (الموفى له) لاسترداد ما أخذه منه بغير حق (١) .

ثانياً : فى القانون المدنى :

شروط الفسخ :

تنص المادة (١/١٥٧) مدنى على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتضى " ، ومن خلال هذا النص يتضح أنه يجب لقيام الحق فى الفسخ لأحد أطراف العقد أن تتوافر الشروط الآتية :

- (١) أن يكون العقد الذى يرد عليه الفسخ ملزماً للجانبين .
 - (٢) عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .
 - (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ ، قد نفذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه على الأقل ، وقادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه إذا حكم بالفسخ .
- وسأوضح هذه الشروط بشئ من التفصيل .

الشرط الأول : أن يكون العقد الذى يرد عليه الفسخ ملزماً للجانبين .

فالفسخ لا يقع إلا فى العقود الملزمة للجانبين ، لأنها تولد التزامات متقابلة فى ذمة طرفيها ، وذلك كالبيع والإيجار ، بالإضافة إلى أن الفسخ مبنى على فكرة الارتباط بين الالتزامات ، التى رتبها هذه العقود على عاتق طرفيها ، وبالتالى إذا لم يقم أحد أطرافها بتنفيذ التزامه الناتج عنها ، كان للطرف الآخر أن يتخلص من الالتزام المقابل عن طريق المطالبة بفسخ العقد ، والعقد الملزم للجانبين هو الذى ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة عاقيه ، وذلك كعقد البيع والإيجار والفسخ يرد على جميع العقود الملزمة للجانبين ، سواء أكانت هذه العقود من عقود المدة أم من العقود الزمنية كالإيجار ، أم من العقود الفورية كالبيع (٢) أما العقود

(١) الأستاذ / أحمد أبو الفتوح : كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ج ١ ص ١٣٦ الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ ١٩١٣م مطبعة البوسفور بالقاهرة .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ١ المجلد الأول نظرية العقد ص ٩٥٦ ف ٤٦٨ ، د/ محمود جمال

الدين زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ج ١ مصادر الالتزام

الملزمة لجانب واحد ، وهى التى لا تنشئ التزامات إلا فى جانب أحد المتعاقدين فقط دون الآخر ، وذلك كالوديعة بغير أجر ، والهبة بدون عوض ؛ فلا يتصور إعمال الفسخ فى هذه العقود ، لأن الملتزم بمقتضاها هو أحد المتعاقدين وحده ، ومن ثم إذا لم يتم بتنفيذ التزامه ، فإن مصلحة المتعاقد الآخر تتحدد فى مطالبته بتنفيذ التزامه ، دون المطالبة بفسخه ، لأنه ليس فى ذمته التزام مقابل يتحلل منه بفسخ العقد ^(١) .

الشرط الثانى : عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه رغم إعداره بذلك .

وهذا الشرط جوهرى فى الفسخ ؛ لأن الفسخ جزاء يتقرر لصالح الدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه بعد إعداره بالوفاء وبالتالي يجب أن يكون المدين قد أخل فعلا بتنفيذ التزامه ، سواء أكان هذا الإخلال كلياً بأن كان المدين لم يف بالتزامه أصلاً ، أو كان جزئياً بأن كان المدين قد وفى ببعض التزاماته دون البعض الآخر ، أو كان تنفيذه لالتزامه قد وقع معيباً أو بعد فوات الوقت المحدد للتنفيذ ، ولكن هذا الإخلال لا يعتد به كمسوغ لطلب الفسخ ، إلا إذا تقاعس المدين عن أداء التزامه بعد إعداره من دأئه بوجوب هذا الأداء ^(٢) وفى ذلك تقضى المادة (١٥٧/١) مدنى بأنه : " فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين

ص ١٦٩ ف ١٧٠ ، د/ الصدة : مصادر الالتزام ص ٣٩٩ ف ٣٦٩ الناشر دار النهضة العربية ١٩٨٦م ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ٣٢٦ ومابعدھا ف ٢٧٠ ، د/ أحمد شوقى عبد الرحمن : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ص ١٥٦ ط ١٩٨٩م ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق المصادر ص ٤١٩ ومابعدھا أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٣٦ ومابعدھا ف ١٣٩ ، د/ عبد الرشيد مأمون : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول مصادر الالتزام ص ٢٥٦ ف ٢٠٦ .

^(١) د/ السنهورى : المرجع والموضع السابقين ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق نفس الموضع ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ٣٢٧ ، أستاذى الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٣٧ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٣٩٩ ف ٣٦٩ ، د/ محمد لبيب شنب : الوجيز فى مصادر الالتزام ص ٣٢١ .

^(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٦٢٠ ف ٣١٦ ، أستاذى الدكتور/ عبد الله النجار : مصادر الالتزام ص ١٣٧ ، د/ محمد على عمران : مصادر الالتزام ص ١٨٧ ، د/ أنور سلطان : مصادر الالتزام ص ٢٧١ ف ٣١٠ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٤٠٠ ف ٣٧١ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٢٢ ف ٢٥٣ .

بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه " ، وذلك بشرط أن يكون إخلال المدين بتنفيذ التزامه ثابتاً بسند رسمي ، وثبوته بوجه رسمي يكون عن طريق الإعذار ، لا سيما في الفسخ الذي يقع بقوة القانون دون حاجة إلى حكم قضائي ، والذي يكون نتيجة شرط صريح في العقد يقضى به ، أما الفسخ القضائي فلا يتطلب أن يكون إخلال المدين بالوفاء بالتزامه ثابتاً بوجه رسمي ، وذلك أن مجرد رفع دعوى الفسخ تأسيساً على عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، يعد إعداراً له بوجوب هذا التنفيذ في وقت معقول ، وإلا اعتبر ممتعاً عن الوفاء بالتزامه ، بما يعطى للدائن الحق في المطالبة بالفسخ ، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون إخلال المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى فعله ، فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعاً إلى استحالة تنفيذه ، بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإن هذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء التزام المدين ، وانقضاء الالتزام المقابل له تبعاً لذلك ، ويفسخ العقد بقوة القانون (١) .

هذا : ويجوز للمدين بعد رفع دعوى الفسخ عليه من الدائن ، أن يتوقى الحكم به ، إذا هو قام بالوفاء بالتزامه ، قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ ، وذلك بشرط ألا يكون تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه إلى هذا الوقت من شأنه أن يضر بالدائن ، فإن كان هذا التأخير قد سبب ضرراً للدائن ، فللقاضي أن يلزم المدين بدفع تعويض عادل للدائن ، نظير ما أصابه من ضرر ، من جراء تأخير المدين في تنفيذ التزامه بعد إعداره (٢) .

الشرط الثالث : أن يكون طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو على الأقل مستعداً لتنفيذه ، وقادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه إذا حكم بالفسخ .

يشترط بالإضافة إلى ما سبق ألا يكون طالب الفسخ قد وقع منه تقصير أو تأخير في الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد الملزم للجانبين ، ومن ثم إذا لم يكن قد قام بالوفاء بها فعلاً ، فعلى الأقل يجب أن يكون مستعداً للوفاء بها ؛ لأنه ليس من العدل أن يخل هو

(١) د/ عبد الودود يحيى : النظرية العامة للالتزامات - القسم الثاني - مصادر الالتزام ص ١٩١ ف ١٢٦ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق المصادر ص ٣٢٧ ف ٢٧١ ، د/ حسنى عبد الدايم : مصادر الالتزام في المصادر الإرادية ص ٤٩١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٥٦ وما بعدها ف ٢٠٧ .

(٢) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٣٢٤ ف ٢٥٤ ، د/ الصدة : المرجع السابق ص ٤٠٢ ف ٣٧١ ، د/ سمير تناعو : مصادر الالتزام والإثبات ف ١٤٤ ص ١٩١ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ١٨٧ ف ١٧١ .

بالتزامه ، ثم يطالب بالفسخ ، لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام ، وعلى ذلك لا يجوز للمشتري المتأخر فى دفع ثمن ما اشتراه ، أن يطالب بالفسخ لعدم قيام البائع بتسليمه المبيع ، وإنما يجب عليه أن يبدأ أولاً بدفع الثمن أو على الأقل بإبداء استعداده لدفعه قبل أن يعذر البائع بتسليم المبيع ؛ لأن تأخره فى دفع ما عليه يعطى للبائع الحق فى الامتناع عن تسليم المبيع له ، استعمالاً للحق فى الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ ، ومتى كان امتناع البائع عن الوفاء بحق ، فإن امتناعه لا يستتبع الفسخ ^(١) ولما كان الفسخ يترتب عليه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، وهو مقتضى أثر الفسخ ، فإنه يجب أن يكون طالب الفسخ قادراً على ذلك ، فإذا لم يكن فى وسعه أن يعيد الحال إلى ما كان عليه فلا يحق له أن يطالب بالفسخ ، وبالتالي إذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد وباعه لآخر ، فالتزامه بالضمان يحرمه من المطالبة بالفسخ ؛ لأنه لا يستطيع أن يسترد الشئ من يد المشتري ليرده على من تعاقد معه ؛ إذ فى ذلك إخلال بالضمان ، ومن ثم فليس له إلا أن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض ^(٢) .

أسباب الفسخ :

تحدد أسباب فسخ العقد فى الأمور التالية :

- (١) تحقق الشرط الفاسخ .
 - (٢) استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى ، لا يد للمدين فيه فى العقود الملزمة للجانبين .
 - (٣) عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، لسبب يرجع إلى خطئه فى العقود الملزمة للجانبين .
- وسوف أتناول كل سبب من هذه الأسباب بكلمة موجزة .

أولاً : تحقق الشرط الفاسخ :

تنص المادة (٢٦٥) مدنى على أنه : " يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع " ويتضح من هذا النص أن الالتزامات المترتبة على العقد قد تكون معلقة على شرط فاسخ ، وذلك إذا كان زوالها مترتباً على

(١) د/عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ١٩١ ف ١٢٦ ، د/عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٥٧ ف ٢٠٨ ، د/الصدّة : المرجع السابق ص ٤٠٠ ومابعدهما ف ٣٧١ ، د/محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٩٠ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٢٧٠ ومابعدهما ف ٣٠٩ .

(٢) المراجع السابقة فى نفس المواضع ، د/عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ٣٢٨ ف ٢٧٣ ، أستاذي الدكتور /عبد الله النجار ص ١٣٧ ومابعدهما ، د/محمود الديب : المرجع السابق ص ١٧٧ ف ١٣٧ ، د/حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ٤٩٢ .

أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فإذا تحقق ذلك الشرط الفاسخ زالت الالتزامات التي كانت مترتبة عليه ، وبالتالي يزول العقد الذي أنشأ هذه الالتزامات بانحلال قوته الملزمة ، ولذلك إذا اتفق المتعاقدان على أنه يترتب على تحقق أمر مستقبل الوقوع زوال الالتزامات الناشئة عن العقد ، فإن هذا العقد يكون معلقا على شرط فاسخ ، بحيث إذا تحقق هذا الشرط انفسخ العقد ، وانحلت قوته الملزمة ، وزالت الالتزامات المترتبة عليه ^(١) .

ثانيا : استحالة تنفيذ المدين لالتزامه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه في العقود الملزمة للجانبين نصت المادة (١/١٥٨) مدنى على أنه : " فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المتقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " ، ونصت المادة (٣٧٣) مدنى على أنه : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به ، أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه " ، ويتضح من هذين النصين ما يلى :

أولاً : إن الالتزام ينقضى إذا أثبت المدين أن تنفيذه أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

ثانيا : إن العقود الملزمة للجانبين تنفسخ من تلقاء نفسها ، إذا انقضى أحد الالتزامات المتقابلة ، التي تقع على أحد عاقيها ، لأنه يترتب على انقضائه انقضاء الالتزام المقابل له ، وبذلك تكون استحالة تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين سببا لانفساخ العقد بقوة القانون ^(٢) .

ثالثا : عدم تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين فى العقود الملزمة للجانبين .

تنص المادة (١٥٧) مدنى على أنه : " ١- فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى ٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا ، إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز أن يرفض الفسخ ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته " .

^(١) د/ جلال على العدوى : أصول الالتزامات ج ١ مصادر الالتزام ص ٢٤٩ ومابعدھا ط ١٩٨٨م ،

د/ سليمان مرقس : الوافى شرح القانون المدنى ج ٢ نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٦٣٧

ومابعدھا ف ٣٣٣ الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧م .

^(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٦٤٠ ومابعدھا ف ٣٣٥ ، د/ جلال العدوى : المرجع السابق

كما تنص المادة (١٥٨) مدنى على أنه لا يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى حكم قضائى ، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يغنى عن الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه " ، وتنص المادة (٤٦١) مدنى على أنه : " فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " ومن هذه النصوص يتضح ، أنه فى العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد ، يكون عدم وفاء أحد المتعاقدين سببا ، إما لفسخ العقد بحكم قضائى ، بناءً على مطالبة الطرف الآخر ، وإما لانفساخ العقد من تلقاء نفسه ، بناءً على اتفاق العاقدين سواء أكان هذا الاتفاق يعفى الدائن من إعذار المدين بالوفاء بالتزامه أم لا فى الحالتين يفسخ العقد ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتضح أن القانون المدنى يختلف مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من اشتراط عدم لزوم العقد حتى يقع الفسخ ، ذلك لأن القانون المدنى يقرر صراحة أنه يشترط لقيام الحق فى الفسخ ، أن يكون العقد الذى يرد عليه الفسخ ملزما للجانبين ؛ لأن العقد الملزم للجانبين هو الذى يترتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه ، وبالتالي إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه ، كان للمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد ، حتى يتخلص من الالتزامات المترتبة عليه ، أما فى العقود الملزمة لجانب واحد إذا لم يقم الطرف الملزم بتنفيذ ما التزم به ، لم يكن للمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد ؛ لأنه غير ملزم بشئ يريد أن يتخلص منه بفسخ العقد ، وبالتالي ليس أمامه إلا المطالبة بتنفيذ العقد .

أما الفقه الإسلامى فقد جعل جواز العقد شرطا لوقوع الفسخ سواء أكان هذا الجواز بالنسبة لطرفى العقد أم كان بالنسبة لطرف واحد ، ولم يجعل العقد الملزم للجانبين محلا للفسخ إلا إذا اتفق طرفيه على فسخه ، ولم يجعل من شروط قابليته للفسخ عدم قيام أحد عاقديه بتنفيذ التزامه المترتب على العقد ؛ لأنه أوجب على من عليه دين أن يقضيه متى كان قادرا على أدائه ، وألا

(١) د/ جلال على العدوى : المرجع السابق ص ٢٥١ ، د/ محمد بن داري : دروس فى مصادر

الالتزام - الكتاب الأول - العقد والإرادة المنفردة ص ٢٤٤ ف ١٧٥ ط ١٩٩٧ م ، أستاذى الدكتور

/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٣٨ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٦٣٦

ومابعدهما ف ٣٣٢ ومابعدهما .

يُمْتَنَعُ مِنْ أَدَائِهِ ، وَإِلَّا كَانَ ظَالِمًا يَسْتَوْجِبُ الْعُقُوبَةَ حَتَّى يُجْبَرَ عَلَى أَدَائِهِ ، وَأُجِيزَ لِلدَّائِنِ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ مِنْهُ بِغَيْرِ رِضَا ، وَفِي ذَلِكَ يَقُولُ الْإِمَامُ الْقُرْطُبِيُّ عِنْدَ تَفْسِيرِهِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ ^(١) : " إِنْ أَمَرَ بِالْأَدَاءِ يَفِيدُ الْوَجُوبَ بِقَرِينَةِ الْإِجْمَاعِ ، عَلَى وَجُوبِ أَدَاءِ الدَّيُونِ ، وَثُبُوتِ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِهِ ، وَجِبْرِهِ الْغَرَمَاءَ عَلَيْهِ " ^(٢) .

كَمَا يَخْتَلِفُ الْقَانُونُ الْمَدْنِيُّ مَعَ الْإِتِّجَاهِ الرَّاجِحِ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الْذَاهِبِ إِلَى عَدَمِ تَوْقُفِ الْفَسْخِ عَلَى عِلْمِ الْمُتَعَاقِدِ الْآخِرِ ، مَتَى وَجَدَ سَبَبَهُ ؛ إِذْ أَنَّ الْقَانُونَ الْمَدْنِيَّ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ لَهُ الْحَقُّ فِي الْمَطَالِبَةِ بِالْفَسْخِ ، أَنْ يَقُومَ بِإِعْذَارِ الْمَدِينِ بِالْوَفَاءِ بِالتَّزَامِهِ قَبْلَ الْمَطَالِبَةِ بِالْفَسْخِ وَلَكِنْ يَتَّفَقُ الْقَانُونُ الْمَدْنِيُّ مَعَ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ فِيْمَا يَذْهَبُ إِلَيْهِ مِنْ اشْتِرَاطِهِ عَدَمَ تَنَازُلِ صَاحِبِ الْحَقِّ فِي الْفَسْخِ عَنْ اسْتِعْمَالِهِ ، كَمَا إِذَا كَانَ فِي الْعَيْنِ الْمُبِيعَةِ عَيْبًا ، فَإِنْ الْمُشْتَرِي يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ الْبَيْعِ أَوْ إِمْضَائِهِ ، فَإِذَا تَنَازَلَ عَنْ حَقِّهِ فِي فَسْخِ الْعَقْدِ بِأَنْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَطَالِبَ بِفَسْخِهِ بَعْدَ تَنَازُلِهِ ، لِأَنَّ الْقَانُونَ الْمَدْنِيَّ أَجَازَ لِلْمُتَعَاقِدِ الَّذِي تَوَافَرَ لَهُ الْحَقُّ فِي الْمَطَالِبَةِ بِفَسْخِ الْعَقْدِ ، أَنْ يَتَنَازَلَ عَنِ الْمَطَالِبَةِ بِالْفَسْخِ ، وَيَطَالِبُ بِتَنْفِيزِهِ .

كَمَا يَتَّفَقُ الْقَانُونُ الْمَدْنِيُّ مَعَ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ ، فِي أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ سَبَبٌ يُوجِبُ فَسْخَ الْعَقْدِ ، وَأَنْ يَظَلَّ هَذَا السَّبَبُ مُوجُودًا ، حَتَّى يَقْضَى بِالْفَسْخِ ، وَذَلِكَ وَاضِحٌ مِمَّا يَذْهَبُ إِلَيْهِ الْقَانُونُ الْمَدْنِيُّ مِنْ أَنَّهُ إِذَا قَامَ الْمَدِينُ بِالْوَفَاءِ بِالتَّزَامِهِ قَبْلَ أَنْ يَحْكُمَ بِالْفَسْخِ ، فَإِنَّهُ يَتَوَقَّى الْحُكْمَ بِفَسْخِ الْعَقْدِ ، ذَلِكَ بِشَرْطِ أَلَّا يَكُونَ تَأْخِيرُهُ فِي الْوَفَاءِ إِلَى هَذَا الْوَقْتِ قَدْ أَضَرَ بِالْدَّائِنِ

وَلَكِنْ يَخْتَلِفُ الْقَانُونُ الْمَدْنِيُّ مَعَ مَا يَذْهَبُ إِلَيْهِ الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ ، مِنْ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ أَلَّا يَتَرْتَبَ عَلَى الْفَسْخِ تَفْرِيقٌ لِلصَّفَقَةِ ، لِأَنَّ مَا أَوْرَدَهُ الْقَانُونُ الْمَدْنِيُّ مِنْ شُرُوطٍ لِلْفَسْخِ ، لَمْ تَتَضَمَّنْ هَذَا الشَّرْطَ .

(١) سُورَةُ الْبَقَرَةِ مِنَ الْآيَةِ (٢٨٣) .

(٢) أَحْكَامُ الْقُرْآنِ ج ٢ ص ١١٧٩ ، ص ٢٢٣ ط دار الريان للتراث ، الْجِصَاصُ : أَحْكَامُ الْقُرْآنِ ج ٢

ص ١٩٥ وَمَابَعْدُهَا ط دار إحياء التراث العربي ١٤١٢ هـ .

الفرع الثالث

نطاق الفسخ ، وحق المدين فى الدفع به فى مواجهة الموفى فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

لتوضيح هذا الفرع : أتناول نطاق الفسخ أولاً ، ثم أبين كيفية دفع المدين بفسخ العقد فى مواجهة الموفى عنه ثانياً .

أولاً : نطاق الفسخ :

يتحدد مجال الفسخ فى العقود اللازمة التى تقبل الفسخ ، وذلك بأن يتحقق فيها سبب من أسباب الفسخ - السابق ذكرها - وفى العقود الجائزة ، وقد قسم الفقهاء العقود ، من حيث الجواز واللزوم إلى ثلاثة أقسام ^(١) .

القسم الأول : عقد لازم من الطرفين ، وهو ما لا يجوز لأحد عاقيه فسخه بعد تمامه صحيحاً ^(٢) وهو نوعان :

النوع الأول : عقد لازم من الطرفين ، وقد اختلف الفقهاء فى جواز فسخه وعدم جواز ذلك ، ومن هذا النوع عقد الحوالة ، وقد أسفر خلاف الفقهاء فى هذا الأمر عن اتجاهين .
الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى أن عقد الحوالة من العقود التى تحتل الفسخ ؛ لأن فيها معنى معاوضة المال بالمال ، فكانت محتملة للفسخ .

(١) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٧٢ وفى ذلك يقول : " هى أى العقود أقسام لازم من الجانبين كالبيع والصرف والسلم ، والتولية ، والمرابحة ، والوضعية ، والتشريك ، والصلح والحوالة والإجارة والهبة بعد القبض ، والصداق ، والخلع بعوض إلخ ، وجائز من الجانبين : كالشركة ، والوكالة ، والمضاربة ، والوصية ، والعارية إلخ ، وجائز من أحد الجانبين فقط كالرهن جائز من جانب المرتهن ، ولزام من جانب الراهن بعد القبض والكفالة جائزة من جانب الطالب لازمة من جانب الكفيل " ، البحر الرائق ٢٨٢/٥ ، الفروق ١٣/٤ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٧٥ .

(٢) د/ يوسف موسى : المرجع السابق ص ٤٤٧ ، الشيخ محمد أبو زهرة : المرجع السابق ص ٣٦١ .

ومن هذا الاتجاه الحنفية ^(١) وذهب المالكية ^(٢) ورواية عن الإمام أحمد ^(٣) والظاهرية ^(٤) والزيدية ^(٥) والإمامية ^(٦) إلى ذلك إذا غر المحيل المحتال ، بأن أحاله على مفلس ، ولم يعلم المحتال بذلك ، فله أن يفسخ العقد إلا أن يرضى بعد العلم ، لأن الإفلاس عيب في المحال عليه ^(٧) كما أنه لم يحله على ملئ ، ولا تجوز الحوالة إلا على ملئ بنص الخبر ^(٨) **الاتجاه الثاني** : وقد ذهب القائلون به إلى أن الحوالة لا تقبل الفسخ ، ومن هذا الاتجاه الشافعية ^(٩) والمذهب عند الحنابلة ^(١٠) والمالكية ^(١١) والظاهرية ^(١٢) والزيدية ^(١٣) والإمامية ^(١٤) إذا لم يغر المحيل المحتال بأن كان المحتال يعلم بإفلاس المحال عليه أثناء انعقاد العقد أو علم بعد إبرام العقد ، ورضى بإفلاس المحال عليه ^(١٥) .

^(١) بدائع الصنائع ٢٧/٦ وقد جاء فيها عن بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة : " أنه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة ، وحكم الحوالة ينتهي بأشياء منها فسخ الحوالة ؛ لأن فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة الفسخ " ، البحر الرائق ٢٧٢/٦ ، الاختيار ج ٣ ص ٤ .
^(٢) بداية المجتهد ٢٢٥/٢ حيث يقول : " إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ ، قال مالك وأصحابه إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم " ، والقوانين الفقهية ص ٢٨٠ .
^(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٢٢٤/٥ وقد جاء فيه : " وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم به " .

^(٤) المحلى ١٠٨/٨ .

^(٥) البحر الزخار ٦٨/٥ .

^(٦) جواهر الكلام ١٦٦/٢٦ .

^(٧) المغنى مع الشرح الكبير ٢٢٤/٥ .

^(٨) المحلى ١٠٨/٨ وما بعدها .

^(٩) الحاوى الكبير ٤٢٢/٦ ، نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٦/٢ وقد جاء فيه : " والحوالة من العقود اللازمة ولو فسخت لا تنفسخ " .

^(١٠) المغنى مع الشرح الكبير ٢٢٤/٥ .

^(١١) الذخيرة ٢٤٩/٩ ، المدونة ٢٨٨/١٣ .

^(١٢) المحلى ١٠٨/٨ .

^(١٣) البحر الزخار ٦٨/٥ .

^(١٤) جواهر الكلام ١٦٦/٢٦ .

^(١٥) الإنصاف ٢٢٨/٥ ، كشف القناع ٣٨٦/٣ .

وقد استدلل أصحاب هذا الاتجاه بالسنة والمعقول .

أما السنة فمنها :

ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال : " مطل الغنى ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبّع " (١) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ أمر بقبول الحوالة ، واشترط لهذا القبول أن يكون المحال عليه مليئاً أى قادراً على الوفاء للمحتال بما وجب فى ذمته من دين بمقتضى الحوالة (٢) فلو جاز فسخ الحوالة ، لما كان لذكر الملاءة فى الحديث فائدة ؛ لأن المحتال إذا لم يصل إلى حقه رجع به ، فعلم من تقييد المحال عليه بالملاءة ، أن الحق قد انتقل انتقالاً لا رجوع له واحتمال الفسخ ينافى ذلك (٣) .

ويناقش هذا الاستدلال :

بأنه لا حجة للمستدل فى هذا الاستدلال لأن النبي ﷺ علق الحكم بشرط الملاءة ، فإذا ذهبت الملاءة بالإفلاس أو الهلاك ذهب الحكم أيضاً (٤) .

وأما المعقول :

فقياس عدم رجوع المحتال على المحيل إذا تعذر حصول المحتال على حقه من المحال عليه لنفسه بعد الحوالة أو جحوده لها أو للدين على ما لو أخذ شخص عوضاً عن دينه ثم تلف العوض فى يده (٥) .

ويناقش هذا القياس :

بأنه قياس مع الفارق ؛ لأنه فى حال إعطاء العوض عن الدين فإن العوض يتعين بدلاً عن الدين ، وبقبضه العوض صار مستوفياً لدينه من كل وجه ، شأنه فى ذلك شأن المشتري ، إذا قبض المبيع ثم هلك فى يده ، فليس له الرجوع على البائع ؛ لأن تبعة الهلاك عليه ، بخلاف الحوالة ؛ لأن الدين لم يتعين فيها ؛ لأنه فى الذمة وما فى الذمة لا يتعين إلا بالقبض (٦) .

(١) تقدم تخريج الحديث فى ص ٥٤٣ من هذا البحث بهامش رقم (٥) يراجع مشروعية الحق فى الحبس من السنة .

(٢) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٢٥/٥ ، الصنعاني : سبل السلام ٩٦/٣ .

(٣) الماوردى ك الحاوى الكبير ٤٢١/٦ ، الرملى : نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٨/٦ .

(٥) مغنى المحتاج ١٩٦/٢ ، سبل السلام ٩٧/٣ .

(٦) د/ حمد الله سيد : المرجع السابق ص ٤٥٣ .

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يبين لى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه ^{المأخوذ} الأول ، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض الصحيح ؛ ولأن قول النبي ﷺ " إذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل " يدل على أن الملاءة علة لثبوت الحوالة وعدم العلة لعدم المعلول ، فتتفسخ الحوالة ويعود المحتال إلى حقه ^(١) .

النوع الثاني : عقد لازم من الطرفين يحتل الفسخ ^(٢) ولكن لا يملك أحد عاقيه فسخه بدون رضا العاقد الآخر أو وجود سبب للفسخ ^(٣) وذلك كالبيع أو الإجارة أو الصلح وما مائل ذلك .

القسم الثاني : عقود جائزة من أحد الجانبين ، ولازمة من الجانب الثاني ، وذلك مثل عقد الرهن والكتابة والكفالة ؛ فهذا النوع من العقود ، لازم فى حق أحد العاقلين ، وجائز فى حق العاقد الآخر فعقد الرهن جائز فى جانب المرتهن ، ومن ثم يجوز له أن يفسخه فى أى وقت يشاء ، ولا يتوقف ذلك على رضا الراهن أو عدم رضائه ، ولكنه لازم فى جانب الراهن ، وبالتالي لا يجوز للراهن أن يفسخ عقد الرهن إلا برضاء المرتهن ؛ وذلك لأن المراد من عقد الرهن هو التوثيق ، ولا يحصل هذا التوثيق إلا إذا كان لازماً فى حق الراهن ، حتى يتمكن المرتهن من استيفاء حقه ، أما المرتهن فله أن يتنازل عن هذه الوثيقة للراهن ، ويفسخ عقد الرهن ؛ لأن هذه الوثيقة شرعت لمصلحته ، فكان عقد الرهن جائزاً بالنسبة له ^(٤) .

القسم الثالث : عقود جائزة من الطرفين ، وهى التى يكون لأحد عاقيها أن يتحلل منها بالفسخ من غير توقف على رضا العاقد الآخر ، وذلك كالشركة ، والوكالة ، والعارية ، والوديعة وما مائل ذلك ^(٥) .

(١) الذخيرة ٢٥١/٩ .

(٢) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٧٢ ، الفروق ١٣/٤ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٧٥ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٣٣٦/٤ .

(٣) الحموى : غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٤٣٦/٣ ، د/ حسين حامد حسان : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ص ٤٥٢ ط ١٩٨١ م .

(٤) البحر الرائق ٢٨٢/٥ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٧٦ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٣٣٧/٤ ، غمز عيون البصائر ٤٣٧/٣ .

(٥) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ٣٧٢ ، القرافى : الفروق ١٣/٤ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٧٥ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٣٣٨/٤ .

ثانيا : دفع المدين بفسخ العقد فى مواجهة الموفى عنه .

إذا تحقق سبب من أسباب فسخ العقد - السابق ذكرها - كأن رد المعقود عليه بسبب وجود عيب به ، أو كان أحد العاقدين قد اشترط أن له الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه ، فإن العقد لا يكون نافذا إلا إذا أسقط خياره ، أو رضى من له الخيار بالمعقود عليه معيبا ، أو مضت مدة الخيار ، أما إذا لم يرض من له الخيار بالعيب ، أو لم تنته مدة الخيار ، ثم طالب الدائن وهو البائع هنا - المدين - وهو المشتري - بالثمن ، كان للمشتري أن يدفع هذه المطالبة ، بأنه قد فسخ العقد بماله من حق فى فسخه بمقتضى الخيار ، وبالتالي لا يجب عليه أن يوفى بالثمن ؛ لأنه إذا انفسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين (الثمن) سقط الدين عن المدين (١) .

وإذا وفى الغير بهذا الدين المترتب على العقد ، الذى قام المدين بفسخه ثم أراد الرجوع بما وفاه على المدين ، فإنه يحق للمدين أن يدفع فى مواجهته بفسخ العقد المترتب عليه هذا الدين ، وفى هذه الحالة يكون الموفى ، قد وفى بدين غير مستحق على المدين ، ومن ثم لا يكون له أن يرجع به على المدين ، وإنما يرجع به على الموفى له (الدائن) (٢) ولكن إذا وقع الوفاء من الغير بإذن المدين ، فإن إذنه يكون بمثابة إسقاط للخيار ، وإمضاء للعقد وبالتالي يكون للموفى الحق فى الرجوع على المدين بما وفاه بإذنه ، وأن يحل فى ذلك محل الموفى له الدائن باتفاق الفقهاء (٣) .

وإذا كان العقد لازما لأحد الطرفين دون الآخر كالرهن ، والكفيل فى عدى الرهن ، والكفالة ، فلا يملك أيهما أن يفسخ العقد لتعلق حق الغير به ، وللمرتهن والمكفول له أن يطالبا بإنفاذ عقدهما ، وبالتالي إذا قام الغير بتقديم رهن أو بكفالة الكفيل وغرم شيئا ، كان له أن يرجع به على من وقع الرهن أو الكفالة لمصلحتهما من ضامن أو مدين ، ولا

(١) الأستاذ / أحمد أبو الفتح : المرجع السابق ج ١ ص ١٣٦ ، د/ يوسف قاسم مبادئ الفقه الإسلامى ص ٤٢٥ ط ١٤١٧ هـ ١٩٩٧ م .

(٢) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٨٦ ، شرح الخرشي ٢٤٤/٥ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ١٥٧ ، ابن رجب : القواعد فى الفقه الإسلامى ص ٢٣٢ .

(٣) يراجع فى ذلك ص ٥٥٤ من هذا البحث .

يستطيع الضامن أو المدين أن يدفع رجوع الغير الذى قدم الرهن أو قام بكفالة الكفيل بما غرم ، مادام ذلك قد وقع بإذن منهما ^(١) .

أما إذا وقع تقديم الرهن أو كفالة الكفيل بغير إذن الضامن أو المدين ، فهل لهما أن يرجعا بما غرما على الضامن أو المدين أم يعتبر ما غرماه فى حكم التبرع ؟ على خلاف السابق فيما إذا وفى الغير عن المدين ديناً بغير إذنه ^(٢) .

هذا : إذا كان العقد لازماً يقصد منه العوض ، أما إذا كان العقد لازماً لا يقصد منه العوض كالخلع ، فإن المدين فيه لا يستطيع أن يدفع مطالبة الدائن بالالتزام المترتب عليه بفسخه لأن هذا العقد لا يقبل الفسخ ^(٣) .

وأيضاً لا يملك المدين أن يدفع رجوع الموفى من الغير عليه بما وفاه عنه سواء أكان ذلك الرجوع بدعوى الحلول أو بغيرها ، لأن وفاء الغير عن المدين بالدين المترتب على ذلك العقد الذى لا يقبل الفسخ ، وفاءً بدين واجب فى ذمة المدين ، فكان وفاء مبرئاً لذمة المدين ، والوفاء بالدين الواجب يستوجب رجوع الموفى على المدين بما وفاه ما دم هذا الوفاء قد وقع بإذن المدين ^(٤) .

أما إذا كان الوفاء قد وقع من المؤدى بغير أمر المدين ، فهل للموفى من الغير أن يرجع بما وفاه على المدين وأن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن (الموفى له) أم لا ؟ على خلاف السابق فيما إذا وفى الغير عن المدين ديناً بغير أمره ^(٥) .

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية ص ٢٤٧ .

(٢) راجع ص ٥٥٤ وما بعدها من هذا البحث .

(٣) الإمام محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٣٥٩ وما بعدها ، د/ محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص ٤٤٧ ، الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ ١٨٥٢م بالقاهرة ، الشيخ مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ١ ص ٥٧٧ .

(٤) مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، الشرح الكبير للدريز بهامش حاشية الدسوقي ٣/٣٣٥ ، حاشية الشبراوى على نهاية المحتاج ٤/٤٦٣ ، كشاف القناع ٣/٣٧١ ، د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٢٤٨ .

(٥) راجع ص ٥٢٠ من هذا البحث .

ثانيا : فى القانون المدنى :**أ- نطاق الفسخ :**

ينحصر نطاق الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين ، والمنعقدة انعقادا صحيحا ، ومن ثم فلا مجال للفسخ فى التصرفات الصادرة من جانب واحد كالكفالة والهبة بغير عوض ، وذلك أمر تقتضيه طبيعة الفسخ ولا مجال له أيضا فى العقود الباطلة ، وذلك لأن الفسخ جزاء يقع على إخلال العاقد بالتزامه ، وهذا يفترض بالضرورة أن يكون العقد قد انعقد صحيحا ، وترتبت عليه آثاره ثم تقاعس أحد طرفيه عن أداء الالتزام الذى فرض عليه بمقتضى هذا العقد ، وبناءً على ذلك ، فالفسخ لا يكون إلا فى العقود التبادلية ، أى الملزمة للجانبين كالبيع والإيجار والشركة ؛ لأنه نظام مؤداه أن يخل أحد العاقدين بالتزامه فيترخص للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، حتى يتحرر هو الآخر من التزامه ، وهذا يقتضى أن يكون العقد من شأنه أن يولد التزامات مترابطة على كلا العاقدين أى يكون ملزما للجانبين ^(١) .

هذا : والفسخ يرد على العقود الملزمة للجانبين بكافة صورها سواء أكانت من عقود المدة ، أم من العقود الفورية ، إلا أن الأثر الذى يترتب على الفسخ فى كل منهما يختلف عن الآخر ؛ فالفسخ فى عقود المدة لا يكون له أثر رجعى ؛ إذ يقتصر أثره على المستقبل دون الماضى ، وبالتالي يظل العقد محتفظا بآثاره فى المدة السابقة على فسخه ، فإذا كان العقد إيجارا وتم فسخه ، احتفظت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ بصفتها كأجرة ، وبقي لها ضمان امتياز المؤجر ، كما يرد الفسخ على العقود الملزمة للجانبين سواء أوقع بحكم القضاء أم بالاتفاق عليه أم بحكم القانون ^(٢) .

ب- حق المدين فى الدفع بالفسخ فى مواجهة الموفى :

إن أهم ما يترتب على الفسخ من آثار ، أن يعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ، ومن ثم يزول العقد زوالاً يرد أثره إلى وقت إبرامه ،

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد ص ٦١٦ ومابعدهما ف ٣١٤ ، د/ محمد على عمران : مصادر الالتزام ص ١٨٧ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٤١٩ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٩٥٥ ومابعدهما ف ٤٦٧ ، نقض مدنى فى ١٢/٣/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض التى يصدرها المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ١٧٣٥ رقم ٣٢٤ .

(٢) د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ١٨٧ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٤١٩ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٩٥٦ ف ٤٦٨ .

ويحتج بهذا الزوال في مواجهة الجميع ^(١) بما فيهم الموفى من الغير عن المدين ، على أساس أن الوفاء الحاصل منه بعد فسخ العقد لم يقع بالتزام واجب الوفاء ، بحيث تبرأ به ذمة الموفى عنه ، بل هو وفاء بغير المستحق ، وبالتالي يستوجب الرد ، ولكن إذا وقع الوفاء من الغير قبل فسخ العقد ، فإنه يكون للموفى أن يحل محل الدائن ، في رجوعه على المدين بما وفاه عنه لدائنه ؛ وذلك لأن وفاءه وقع بالتزام صحيح برئت به ذمة المدين ، يستوى في ذلك أن يكون الوفاء بالتزام المدين قد وقع من الغير قبل أن يعلن الدائن عن رغبته في الفسخ ، أو بعد أن أعلن رغبته فيه بأن رفع دعوى يطالب فيها بفسخ العقد ، ولكن تم الوفاء أثناء نظر هذه الدعوى ، وقبل صدور حكم نهائي فيها ؛ إذ للدائن أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ، ويكون رجوع الموفى على المدين بما وفاه عنه بدعوى الحلول ، متى توافرت شروطها إذ في قبول الدائن للوفاء بالالتزام من الغير ، إسقاط لحقه في التمسك بالفسخ ، هذا إذا كان الفسخ قضائياً ^(٢) أما إذا كان الفسخ اتفاقياً ، فإن قبول الدائن للوفاء الصادر من الغير ، بناء على اتفاهه معه على الوفاء له بالدين عن المدين ، يعد إسقاطاً للحق في الفسخ ؛ لأن الحق في الفسخ مقرر لمصلحة الدائن ، حتى مع اشتراط كون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه متى أخل المدين بتنفيذ التزامه ، من غير حاجة إلى إعدار أو حكم قضائي ؛ إذ للدائن أن يعدل عنه إذا طلب التنفيذ ، وإلا أصبح مصير العلاقة التعاقدية بيد المدين ، إن شاء امتنع عن تنفيذ التزاماته ، فيصبح العقد مفسوخاً ^(٣) وعلى ذلك إذا وقع الوفاء بالالتزام من الغير مستوجبا لحلول الموفى محل الموفى له لتوافر شروط رجوعه على المدين بدعوى الحلول ، كان له أن يرجع على المدين بما وفاه بهذه الدعوى ، ولم يكن للمدين أن يدفع في مواجهته بسبق طلب الدائن للفسخ ، أو سبق تمسكه به ، أما إذا وقع الوفاء بالالتزام من غير الدائن بعد وقوع الفسخ ، برضا طرفي التعاقد ، أو بحكم القاضي إذا نازع أحدهما الآخر ، فإنه يحق للمدين أن يدفع رجوع الموفى عليه بدعوى حلوله محل الموفى له بسبق الفسخ ، وفي هذه الحالة يكون الوفاء الصادر من الغير وفاء بغير المستحق ، والوفاء بغير المستحق يستوجب الرد ، لعدم وجود الالتزام والحلول خلافة في التزام قائم ، هذا : إذا وقع الفسخ بالاتفاق أو بحكم القضاء ، أما إذا فسخ العقد بسبب تحقق الشرط

(١) د/ الصدة : المرجع السابق ص ٤٠٥ ومابعدهما ف ٣٧٦ ، د/ محمد يحيى مطر : المرجع السابق

ص ٢٣٢ ومابعدهما ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٤ ومابعدهما ، د/ أحمد شوقي عبد

الرحمن : المرجع السابق ص ١٦٣ ومابعدهما ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢١٠

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٢٤٠ .

(٣) د/ الصدة : مصادر الالتزام ص ٤٠٤ ف ٣٧٤ ، د/ محمد جمال الدين زكي ص ١٩٣ ف ١٧٧

الفاسخ الذى تضمنه ، بعد أن تم الوفاء بالالتزامات المترتبة على هذا العقد من طرفيه ، فإن لهما أن يترادا ما وقع الوفاء به ، وإذا وقع الوفاء بالالتزام من غير المدين ، فإنه يكون وفاء بغير المستحق ، والوفاء بغير المستحق يستوجب الرد (١) .

أما إذا تم الانفساخ لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبى ، لا يد للمدين فيه ، فإن مطالبة الدائن للمدين بالوفاء بالتزامه تدفع ، بانقضاء الالتزام بسبب فسخ العقد ، وإذا قام الغير بالوفاء بالتزام المدين ، فإنه يواجه نفس الدفع عند رجوعه على المدين بدعوى الحول ليستوفى منه ما وفاه عنه ، خاصة إذا كان ذلك الغير متفقا مع الدائن على الوفاء له ، بما فى ذمة مدينه من دين ، ليحل محله فى الرجوع على المدين ، كما يواجه الموفى عن المدين نفس الدفع إن وفى بدينه عنه ، لمسؤوليته عن هذا الدين مع المدين أو عنه ، وذلك لانقضاء التزام المدين بالسبب الأجنبى ، ولكن إذا قام الغير بالوفاء بالدين عن المدين ، وكان الدائن قد أعذره بالوفاء ، فإن إعدار الدائن له يضعه فى موضع المقصر فى تنفيذ التزامه ، متى كان الدين واجب الوفاء ، وفى مقدور المدين الوفاء به قبل وقوع السبب الأجنبى ، ومن ثم إذا كان الحق قد انقضى باستحالة التنفيذ لوقوع السبب الأجنبى ، خاصة إذا كان محل الحق تسليم شئ قد هلك بسبب أجنبى ، فإنه يحق للدائن أن يرجع على المدين بالتعويض ، وهذا التعويض هو ما يرجع به الموفى على المدين ، ولا يكون لهذا الموفى أن يرجع بذات الحق الذى وفاه بناءً على رجوعه بدعوى الحلول ؛ لأن الحق قد انقضى وبالتالي لا يبقى له إلا أن يرجع بالتعويض المستحق للدائن (٢) وإذا كان وفاء الغير عن المدين بالاتفاق معه ، فلا يكون للمدين أن يدفع رجوع الموفى عليه بدعوى الحلول بسبق الفسخ فى أى حالة من حالات الفسخ السابقة ، لأنه اتفق مع الموفى على أن يوفى عنه بالتزامه ، وهو عالم بما يرد على دعوى دائنه من دفع يجوز له أن يتمسك بها ، ولكنه أسقط حقه فى التمسك بها بقبوله وفاء الموفى عنه ، كما أن الموفى باتفاق المدين معه على أنه يوفى عنه إنما يقرض المدين مالا يخصص للوفاء بالتزامه ويقع هذا التخصيص من جهة المدين ، لأنه اختار أن يوفى دائنه من المال الذى أقرضه له الموفى ، وعلى ذلك فقد وقع الوفاء من مال القرض مما يؤكد استعمال المدين لهذا المال فى وفاء مبرئ لزمته باختياره هو ، وإذا ترتبت دفع للمدين فيما يتعلق بعقد القرض ؛ فهذه الدفع لا صلة لها بعلاقة المدين بدائنه ، ولا تمس أصل الحق الموفى به ، وإن تعلقت بالعلاقة المترتبة على القرض فيما بين الموفى المقرض والمدين ، ولكن لا تدفع بها دعوى حلول الموفى محل الدائن الموفى له (٣) .

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٢٤٠ ومابعدا .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٢٤١ ، المادة رقم ٤٣٧ مدنى .

(٣) د/ عبد المجيد الحكم : الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى ج ٢ ص ٣٨٠ ف ٧٣٢ .

ثالثا : المقارنة :

مما سبق يتبين أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامى فى أن نطق الفسخ ومجاله العقود الصحيحة لا الباطلة أو الفاسدة ؛ ذلك لأن العقد الباطل فى نظر الفقهاء ، هو الذى فقد أحد أركانه ، كأن ينعقد فيه ركن الرضا ، أو يختل محل العقد كأن يكون غير موجود ، أو غير ممكن الوجود وقت العقد ، وبالتالي فهذا العقد يعد معدوما ، وغير قابل لأن يترتب عليه أى أثر ومن ثم لا يدخل مجال الفسخ ونطاقه .

ولكن يختلف القانون المدني مع الفقه الإسلامى ، فى أن القانون المدني يحصر نطاق الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين ، دون العقود الملزمة لجانب واحد ، فى حين يذهب الفقه الإسلامى إلى جعل العقود الملزمة لجانب واحد ، والجائزة من الطرفين هى المجال الخصب للفسخ ، وجعل جواز العقد سببا من أسباب الفسخ ، كما أجاز فسخ العقود الملزمة للجانبين ، متى اتفق عاقدوها على ذلك ، أما إذا امتنع أحد طرفيها عن تنفيذ التزامه المترتب على هذه العقود الملزمة للجانبين ، فإنه يجبر على ذلك ، والحق ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من جواز فسخ العقود الجائزة وجعلها محلا للفسخ ، لأنه لو امتنع ذلك للزم العقد ، ولأدى ذلك إلى أن يمتنع الطرف الثانى عن إبرام العقد الجائر خوفا من لزومه ، فتتعطل مصالح الناس ، ولكن يتفق فقه القانون المدني مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامى من أنه إذا وفى الغير بالدين الواجب فى ذمة المدين ، بعد قيام المدين بفسخ العقد الذى ترتب عليه هذا الدين ، فإنه لا يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه ، وإنما يجوز له أن يرجع على الدائن ليسترد منه ما أخذه بغير حق ، وإذا رجع على المدين ، فإنه يحق له أن يدفع فى مواجهته بفسخ العقد الذى ترتب عليه هذا الدين .

كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامى ، على أنه إذا وفى الغير بإذن المدين ، فإنه يحق للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه بإذنه ، وأن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن (الموفى له) ولا يكون للمدين أن يدفع فى مواجهته بفسخ العقد الذى ترتب عليه هذا الدين ؛ لأن الوفاء وقع بإذنه .

كذلك الحال إذا وقع الوفاء بالدين بعد فسخ العقد المترتب عليه باتفاق الموفى مع الدائن ، فإن الموفى لا يحق له أن يرجع على المدين بشئ ، ولكنه يرجع على الدائن ليسترد منه ما أداه له بغير حق ، وإن رجع على المدين كان له أن يدفع هذا الرجوع ، بفسخ العقد المترتب عليه هذا الدين ، وهذا مما يتفق فيه القانون المدني مع الفقه الإسلامى .