

الباب الثالث

الباب الثالث **حالات الحلول في الفقه الإسلامي والقانون المدني**

تمهيد :

إن حلول الموفى محل الدائن في رجوعه على المدين ، لا ينتظم حالة واحدة ، ولكنه قد يكون باتفاق الدائن مع الموفى أو باتفاق المدين مع الموفى ، وهو ما يعرف بالحلول الاتفاقى ، وقد يكون حلول الموفى محل الموفى له بغير اتفاق وهو ما يعرف فى فقه القانون المدني بالحلول غير الاتفاقى أو القانونى .

وبيان ذلك يقتضى تقسيم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : أوضح فيه حلول الموفى محل الدائن (الموفى له) حولا اتفاقيا فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى .

الفصل الثانى : أبين فيه حلول الموفى محل الموفى له حولا غير اتفاقى فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى .

الفصل الأول

الفصل الأول

حلول الموفى محل الدائن حلولا اتفاقية في الفقه الإسلامى و القانون المدنى

الحلول الاتفاقى لا يترتب إلا بناء على اتفاق ، وهذا الاتفاق يأخذ صورتين ؛ لأنه إما أن يتم بين الموفى والدائن ، وإما أن يتم بين الموفى والمدين ، ولبيان ذلك ينبغي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين .

المبحث الأول : الحلول بالاتفاق مع الدائن فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى .

المبحث الثانى : الحلول بالاتفاق مع المدين فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى .

المبحث الأول

الحلول بالاتفاق مع الدائن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

أولاً : حلول الموفى بالاتفاق مع الدائن فى الفقه الإسلامى :

رغم أن الفقه الإسلامى قد نص على هذه الحالة ، إلا أن بعض الباحثين المعاصرين ، اختلفوا حول معرفة الفقه الإسلامى لحلول الموفى بالاتفاق مع الدائن ، وذلك على قولين : القول الأول : ويرى أصحابه أن الفقه الإسلامى عرف حلول الموفى بالاتفاق مع الدائن ، وذلك لما جاء فى الفقه المالكى عند الحديث عن مسألة قلب الرهن ^(١) ومفاد هذه المسألة كما نص عليها الإمام التسولى بقوله : " جرى العمل ببيع دين الغائب من غير حضوره ولا إقراره ، فى المسألة الملقبة عند العامة اليوم بلقب الرهن ، وهى أن يكون بيد إنسان رهن فى دين مؤجل فيحتاج إلى دينه قبل الأجل فيبيعه بما يباع به ، ولو مع غيبة راهنه ، ويحل المشتري للدين محل بائعه فى حوز الرهن ، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له ، والبيع للرهن بالتفويض ، الذى جعل للمرتهن البائع للدين وغير ذلك ، ويكتب بظهر الوثيقة أوطرتها ^(٢) اشترى فلان جميع الدين أعلاه ، أو محوله بكذا وقبض البائع جميع الثمن معاينة ، أو باعترافه بعد التقليل والرضا كما يجب ، وأحل المشتري محله فى الرهن والانتفاع به ، والحوز له والتفويض ، تملك المشتري مشتراه ^(٣) .

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بما يأتى :

أولاً : إن مسألة قلب الرهن المذكورة فى الفقه الإسلامى ، تقابل تماماً الحلول بالاتفاق مع الدائن ، غاية الأمر أن الفقه الإسلامى يسميها بيعاً ، والفقه القانونى يسميها وفاء مع الحلول .

^(١) د/ صبحى المحمصانى : الموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٣٤٥ طبعة ١٩٤٨م بمطبعة الكشف بيروت ، د/ عبد المجيد الحكيم : الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى ج ٢ أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامى ص ٣٩٠ بند ٧٤٨ عند تعرضه لموقف الفقه الإسلامى من الوفاء مع الحلول طبعة شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م .

^(٢) لعل فى العبارة تصحيحاً ويكون المراد أو طرفها ويقوى ذلك قوله " بظهر الوثيقة " .

^(٣) الإمام التسولى : البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٩١ ، الإمام التادوى : حلى المعاصم بذيل البهجة ج ٢ ص ٩٠ طبعة دار الفكر بيروت ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .

ثانياً : إن النتائج التي تترتب على هاتين التسميتين واحدة ، وهى حلول الموفى أو المشتري محل الدائن ، أو البائع فى حقوقه فى الرهن .

ثالثاً : إن الفقه الإسلامى أدق تعبيراً ذلك ؛ لأن الحلول بالاتفاق مع الدائن ، لا يعدو أن يكون بيعاً للحق من قبل صاحبه ^(١) .

القول الثانى : ويذهب القائلون به إلى أن الفقه الإسلامى لا يعرف حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق مع هذا الأخير ^(٢) .

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

أولاً : إذا كان الفقه الإسلامى ، يعتبر مسألة قلب الرهن من قبيل البيع ؛ فإن البيع يقتضى فورية التملك ، وتأجيل التملك يتنافى مع مقتضى عقد البيع ، فهل يملك الدائن فى قلب الرهن ، أن ينقل الملك فى الحال ؟ ثم ماذا عن الوثيقة (الرهن) هل له أن يملكها الموفى أم هى ضمان للحق ؟ فإذا كانت ضماناً لحق انتقل بالتملك فلا محل لوجودها ، وإن كانت ضماناً لحق لم ينتقل ، فلا مجال للقول بأنه بيع ، لأن البيع يقتضى انتقال الملك فى الحال ثانياً : إن للدائن أن يحدد ما يحل فيه الموفى ، وهو لا يملك ذلك هنا ؛ لأنه لا حدود على الملك .

ثالثاً : ما يطلق عليه أصحاب القول الأول ، بأنه حلول لا يخرج عن كونه حوالة حق مع الوثيقة (الرهن) ، وفرق بين الحوالة والحلول ^(٣) .

ويمكن مناقشة ما استدل به أصحاب هذا القول بالتالى .

أولاً : التسليم بأن البيع يقتضى فورية التملك ، لا يلزم منه التسليم بفورية التسليم ، والدليل على ذلك أن المسلم فيه فى عقد السلم مؤجل التسليم ، على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ^(٤) .

(١) د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٩٠ ، د/ صبحى المحمصانى : المرجع السابق ص

٣٤٥ ، أ/ السيد إسماعيل : المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول دراسة مقارنة ص ٣٨ .

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

(٤) ويمثل جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية عند التصريح بالأجل ، والظاهرية ، راجع الإمام المرغانى : الهداية ج ٣ ص ٧٣ حيث يقول : " ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً " ، والإمام ابن

كما أن الثمن فى عقد البيع يجوز تأجيله ^(١) .

ثانياً : إن أصحاب هذا القول قد سلموا بأن مسألة قلب الرهن حلول ، إلا أنها قاصرة على حالة واحدة من حالات الحلول الاتفاقى ، وهى حالة الحلول بالاتفاق مع الدائن ^(٢) .

ثالثاً : أن تصوير الإمام التسولى ^(٣) لمسألة قلب الرهن يتفق مع ما يرجع به الموفى على المدين ؛ ذلك لأن أصل الحق مضاف إلى أجله والوثيقة (الرهن) تأمين له ، وبحلول الموفى محل الدائن ينتقل الحق إليه ، بما لحقه من خصائص

=

الهام : شرح فتح القدير ج ٦ ص ٢١٧ حيث يقول : " ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى " ، الموصلى : الاختيار ج ٢ ص ٣٥ ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٠٥ حيث يقول " (أن يؤجل) أى السلم بمعنى المسلم فيه (بمعلوم) أى بأجل معلوم للمتعاقدين وإلا فسد " ، ويقول الإمام الدسوقي فى نفس الموضع : (وأن يؤجل) أى الأجل أن يسلم من بيع ما ليس عند الإنسان المنهى عنه " ، ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٣ ، الإمام البهوتى : الروض المربع ج ٢ ص ٢٢٦ حيث يقول : " الشرط الرابع ذكر أجل معلوم للحديث السابق ولأن الحلول يخرج عن اسمه ومعناه فلا يصح السلم إن أسلم حالاً " ، المقدسى : العدة شرح العدة ص ٢٣٦ ، مجلة الأحكام الشرعية مادة (٤٨٨) ، الشيخ الرشيدى : حاشيته على نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٩٠ حيث يقول : " قوله وإلا تعين كونه مؤجلاً " بمعنى أنه يتعين التصريح بالتأجيل وإلا يبطل ، والإمام الرملى : نهاية المحتاج فى نفس الموضع ، الشربينى : الإقناع بهامش تحفة الحبيب على الخطيب ج ٣ ص ٤٥ ، الشيخ سليمان البيجرمى : حاشيته على متن الإقناع نفس الموضع ، الإمام ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١٠٥ حيث يقول : " والسلم لا يجوز إلا إلى أجل مسمى ولا بد " .

^(١) يراجع فى ذلك ابن نجيم : البحر الرائق ج ٦ ص ١٣٢ وقد جاء فيه : " وصح تأجيل كل دين إلا القرض لأن الدين حقه فله أن يؤخره سواء كان ثمن مبيع أو غيره تيسيراً على من عليه " ، الإمام الزيلعى : تبين الحقائق ج ٤ ص ٨٤ ، الشلبى : حاشيته على تبين الحقائق نفس الموضع ، الموصلى : الاختيار ج ٢ ص ٨ ومابعداها وقد جاء فيه : " ومن باع بثمن حال ثم أجله صح لأنه حقه ، ألا ترى أنه يملك إسقاطه فيملك تأجيله ؟ " ، الإمام البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ١٨٥ ، الإمام ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١٠٥ .

^(٢) د/ عد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٣٨ .

^(٣) الإمام التسولى : البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٩١ .

وتأمينات ، وقد تقدم تفصيل ذلك ، عند الحديث عن حلول الموفى محل الدائن فى خصائص حقه ، وما لحق هذا الحق من توابع ، وما كفله من تأمينات ، وما ورد عليه من دفع (١) .

رابعاً : إنه لا يشترط رضا المدين المكفول عنه ، بالوفاء الصادر من الموفى طالما ، كان الموفى لا يقصد من وفائه إرهاب المدين وإعناته (٢) وهذا يتفق مع كون المدين خارجاً عن اتفاق الموفى مع الدائن على الحلول .

الرأى الراجح :

وبعد عرض الآراء التى قيلت فى معرفة الفقه الإسلامى لحلول الموفى بالاتفاق مع الدائن من عدمه ، وذكر أدلة كل قول ، ومناقشة ما أمكن مناقشته ، يتبين لى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائل ، بمعرفة الفقه الإسلامى لحلول الموفى بالاتفاق مع الدائن ، وأضيف لتأييد ذلك بعض النصوص الفقهية ، التى يستفاد منها حلول الموفى بالاتفاق مع الدائن ، من ذلك :

(١) ما جاء فى بدائع الصنائع من أنه : " إذا قال رجل للطالب : إن لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على ، فرضى بذلك الطالب جازت الحوالة ، إلا أنه إذا أدى لا يرجع على المحيل ، إلا إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ؛ لأن الحوالة إذا كانت بأمر المحيل أو قبوله صار المحال مملوكا الدين من المحال عليه ، بما أدى إليه من المال ، فكان له أن يرجع بذلك على المحيل " (٣) .

(٢) ما جاء فى التاج المذهب من أنه : " إذا قال أحلتك بدينك الذى لك على خالد على نفسى فإن سلم بأمر خالد أو لحقت بالوفاء بالدين إجازة خالد ، برئت ذمته من دينه ، ويرجع عليه إن لم يكن بذمته دين " (٤) .

(١) يراجع من ص ٣٧٢ إلى ص ٥٩٩ من هذا البحث .

(٢) الإمام الخرشى : شرحه على مختصر خليل ٢٥/٦ حيث يقول : (ص) كأدائه رفقا لا عنتا فيرد

(ش) أى كأداء الشخص الدين سواء أكان ضامنا أو غيره رفقا بمن عليه وبمن له ويلزم رب الدين

قبوله ولا كلام له ولا لمن عليه " ، المرداوى : الإنصاف ج ٥ ص ٢٠٤ ومابعداها .

(٣) الإمام الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٨ ، الإمام النووى : روضة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٨ .

(٤) الإمام الصنعانى : التاج المذهب ج ٢ ص ١٥٣ .

ثانيا : حلول الموفى بالاتفاق مع الدائن فى القانون المدنى :

يجوز للدائن عند استيفائه حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير (الموفى) ، على أن يحله محله فيما له من حقوق ، وما قد يرد عليه من دفعوع فى مواجهة المدين ، ولا يشترط لتوافر هذا الاتفاق شكل خاص ، ولكن يكفى أى تعبير عن الإرادة يكون له معنى الحلول ، طالما كان هذا التعبير عن الإرادة صريحا ، وغير غامض فى الدلالة على الحلول (١) .

كما لا يشترط أن يكون ثابتا فى ورقة رسمية ، كما كان منصوبا عليه فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، الذى كان يشترط أن يكون الاتفاق على الحلول ثابتا فى ورقة رسمية ؛ نظرا لما ينطوى عليه من خطورة ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت الحكم الخاص بجعل الاتفاق فى ورقة رسمية ؛ لعدم ضرورته (٢) .

وهذا الاتفاق الذى يبرمه الموفى مع الدائن ، ويحل الدائن الموفى بمقتضاه محله تجاه المدين ، يحقق مصلحة للدائن ، والموفى ، والمدين فى نفس الوقت ، وتتحدد مصلحة الدائن فى حصوله على حقه تجاه المدين ، عند حلول ميعاد استحقاقه ، أو قبل ذلك متى تم الاتفاق بين الموفى والدائن ، على تعجيل الوفاء ، كما أن مصلحة المدين تظهر فى انقضاء التزامه بهذا الوفاء ، ويتخلص بذلك من مطالبة الدائن له ، فقد يكون الموفى الذى حل محل الدائن تجاه هذا المدين أكثر رفقا وتساهلا عليه ، وإلا لما أقدم على الوفاء بالتزامه ، وتبدو مصلحة الموفى فى أنه يقوم مقام الدائن ، فى حقه بما له من ضمانات ، وهذا يعد تأمينا لحصوله على ما وفاه عن المدين ، وبالتالي يعتبر حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق معه ، وسيلة مأمونة لاستثمار أمواله (٣) وهذا الاتفاق الذى يترتب عليه حلول الموفى

(١) السنهاورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٩٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٢٥ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٧ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٨٧ ، د/ حسين النورى : نظرية الالتزام ص ٢٠٤ ، د/ السيد على المغازى : الوجيز فى نظرية الالتزام ص ٣٥٥ .

(٢) د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٣٣٩ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٣٧ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٧ ، د/ سمير تناعو : المرجع السابق ص ٣٢٨

(٣) د/ السنهاورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٩٨ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٧٢ ، د/ عبد الدود يحيى : المرجع السابق ص ٦٩٣ ، د/ إلياس ناصيف : المرجع السابق ص ٢١٩ .

محل الدائن عن طريق الاتفاق معه على ذلك ، لا يكون المدين طرفا فيه ، بل يعد أجنبيا عن هذا الاتفاق ، ومن ثم لا يلزم رضاؤه لقيامه ، بل يسوغ وقوعه ، رغما عن إرادته ، وللدائن في هذا الاتفاق دور هام إذ إن له كامل الحرية في أن يرتضى حلول الموفى محله أو لا يرتضيه ، وأن يحدد مدى هذا الإحلال متى قبل إحلال الموفى محله ^(١) ، ولكن يشترط في الحلول بالاتفاق مع الدائن ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء ، وإلا كان الاتفاق غير صحيح ، وإن كان من الجائز أن يتم الاتفاق على الحلول ، قبل أو وقت الوفاء على الأكثر ؛ والعلة من ذلك أمران :

أولهما : أن الوفاء يترتب عليه انقضاء الحق بصفة نهائية ، حتى ولو كان حاصلًا من غير المدين ، وبانقضاء الحق لم يعد من الممكن الاتفاق على الحلول ؛ لأن الحلول لا يمكن إلا ما بقي الحق قائما ؛ والفرض أنه انقضى بالوفاء .
ثانيهما : بالإضافة إلى أن تقرير هذا الشرط ، يؤدي إلى تفادي ما قد يحدث من تحايل ؛ لأنه وكما تقول مجموعة الأعمال التحضيرية : " قد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه ، فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار ؛ لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر في الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء ^(٢) وهذا ما قضت به محكمة النقض أيضا ^(٣) .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٥٥ وهامش نفس الصحيفة ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٦٨ ، د/ السنهورى : الوجيز ص ١١٣٠ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٠٩ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٦٧ ، د/ أحمد سلامة : أحكام الالتزام ص ٢٤٦ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٨ .

(٢) د/ جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٨ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٩٩ ، د/ عبد المنعم الصدة : المرجع السابق ص ١١٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٢٦ ، وراجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٨١ ، د/ محمد لبيب شنب : دروس في أحكام الالتزام ص ٢٣٠ ، د/ إلياس ناصيف : المرجع السابق ص ٢٢١ .

(٣) نقض مدنى ، جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ص ٧٤٥ طعن ٣٨٨ السنة ٤٣ ق .

هذا : ويخضع الاتفاق على الحلول للقواعد العامة فى الإثبات ، وبالتالى إذا زاد المبلغ المراد الحلول فيه ، عن خمسمائة جنيه لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها ^(١) . وإذا كان لا يشترط أن يكون الاتفاق على الحلول ثابتا فى ورقة رسمية ؛ فإنه يشترط فى المخالصات التى تعطى للموفى بعد الوفاء بالحق ، والتى تتضمن الاتفاق على الحلول ، أن تكون ثابتة التاريخ ، حتى تكون حجة على الغير ، وذلك كدائن مرتهن ثان متأخر فى المرتبة ، أو موف ثان أحله الدائن محله ، أو محال له بالحق من قبل الدائن ، فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموفى للدين ، فإن كانوا هم السابقون فى الوفاء أو فى الحوالة ، بما هو ثابت فى السند الثابت التاريخ ، الذى بأديهم كان الدين لهم ، وإن كان الموفى هو السابق فى الوفاء ، بمقتضى التاريخ الثابت فى سند الوفاء ، والاتفاق على الحلول ؛ فإن الأسبقية تكون له ^(٢) وقد نصت على هذه الحالة من حالات الحلول الاتفاقي المادة (٣٢٧) مدنى بقولها : " للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين ، أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء "

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٨٠٠ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٣٩ ، د/ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٥٥ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٧٢ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٩ ، د/ سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٦٦ ، (٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٨٠٠ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٩ ، د/إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٨٩ ، د/جلال العدوى : المرجع السابق ص ٣٢١ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق هامش (٢) ص ٢٧٩ ، د/ حشمت أبو ستيت : المرجع السابق ص ٥٩٤ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٨ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٤

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه يجوز للدائن أن يتفق مع الموفى ، على أن يحله محله ، وينزله منزلته ؛ إذا أوفى له بالدين الذى فى ذمة مدينه ، ولا يتوقف هذا الاتفاق على رضا المدين ، ما دام لا يقصد الموفى من أدائه للدين إرهاب المدين أو إعناته .

كما يتفق القانون المدنى فى اشتراطه لإثبات تاريخ الوفاء فى المخالصة التى تعطى للموفى من الدائن بعد الوفاء بالدين ، والتى تتضمن الاتفاق على الحلول ، مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامى ، من اشتراط كتابة اتفاق الدائن مع الموفى على حلوله محله فى الرهن ، والانتفاع به والحوز له ، وفى ذلك يقول الإمام التسولى : " ويكتب فى ظهر الوثيقة أو طرفها اشترى فلان جميع الدين أعلاه ، وأحل المشتري محله فى الرهن ، والانتفاع به ، والحوز له " .

كما يتفق ما يذهب إليه القانون المدنى من اشتراط عدم تأخير اتفاق الدائن مع الموفى ، على الحلول عن وقت الوفاء ، بأن يكون سابقا على الوفاء أو معاصرا له ، سدا لباب التحايل والتواطؤ ، مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامى ، من محاربته للتحايل ، والغش الذى يفسد كل شئ .

المبحث الثانى

حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق مع المدين فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى أولاً : فى الفقه الإسلامى :

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أنه يجوز للغير أن يقوم بالوفاء بدين المدين ، وأن وفاؤه يكون مبرئاً لذمته ، بشرط ألا يقصد الغير من الوفاء بدين المدين إعنائه ، ولحوق الضرر به ^(١) فإنه عندما يقدم الغير على الوفاء بأمر المدين ، فهذا الأمر الصادر من المدين للغير ، بأن يقوم بالوفاء بما فى ذمته من دين ، يكون بمنزلة اتفاق بين الموفى والمدين ، على قضاء هذا الدين عنه ، وهذا الاتفاق يترتب عليه ، أن يحل الموفى محل الموفى له (الدائن) فى رجوعه على المدين ، وهذا لا خلاف فيه عند عامة فقهاء المذاهب ، الحنفية ^(٢) ،

^(١) المرغانى : الهداية ج ٣ ص ٩١ وقد جاء فيها : " فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه " لأنه قضى دينه بأمره ، " وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه " ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٦ ص ٣٠٤ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٢ .

وفى فقه المالكية : جاء فى المدونة المجلد الخامس ج ١٢ ص ٢١٨ : " سئل عن رجل ابتاع ديناً على رجل ، وقد كان بينه وبين المشتري وبين الذى عليه الدين عداوة (قال) إن علم إنه إنما أراد بذلك ضرره وتعبه وعنته فلا أرى أن يمكن من ذلك وإن كان ذلك على وجه الفرق بالذى عليه الدين فذلك جائز " ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٣٤ ، الإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣٤ ، الإمام الرزقانى : شرحه على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٦ طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٣٩٨هـ .

وفى فقه الشافعية : الشربىنى : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٠ وقد جاء فيه : " ولا يشترط رضا المضمون عنه وهو المدين (قطعا) لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز " ، الشيخ زكريا الأنصارى : المنهج على حاشية الجمل ج ٣ ص ٣٧٩ ، الرملى : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٣٨ ، المجموع ٧/١٤ .

وفى فقه الحنابلة يراجع البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٣٦٦ ، ابن مفلح : المبدع فى شرح المقنع ج ٤ ص ٢٥٢ حيث يقول : " لو قضى الغير الدين عنه أى عن المدين بغير إذنه ورضاه صح " .

^(٢) الهداية ج ٣ ص ٩١ وقد جاء فيها : " فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره " ، السرخسى : المبسوط ج ١٩ ص ١٧٨ ، النظام : الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٩٨ ومابعداها ، الإمام الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٨ وقد جاء فيها =

والمالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والظاهرية^(٤)

: " لأن الحوالة إذا كانت بأمر المحيل صار المحال مملكا الدين من المحال عليه بما أدى من المال ، فكان له أن يرجع بذلك على المحيل " .

(١) الإمام مالك : المدونة المجلد الخامس ج ١٢ ص ٢١٦ ، وقد جاء فيها : " أرأيت لو أنى أمرت رجلا أن ينقد عنى فلانا ألف درهم فباعه بها جارية أو عرضا من العروض أو شيئا مما يكال أو يوزن غير الورق والدنانير فأراد أن يرجع على بم يرجع على ؟ قال ليس له إلا مثل ما أمرته به فى جميع ذلك كان الذى دفع إلى المأمور ورقا أو كان ذهباً أو عرضا أو غير ذلك لأنه قد أسلفه الذى أمر بالدفع سلفا منه للذى أمره " .

(٢) الإمام السبكي : التكملة الثانية للمجموع ج ٣ ص ٤٣٠ ومابعداها وقد جاء فيها : فى حوالة المدين (المحيل) المحال على المحال عليه الذى ليس للمحيل دين عليه ، فعلى رأى من قال تصح الحوالة فى هذه الحالة إذا رضى المحال عليه يكون للمحال عليه أن يطالب المحيل بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه ، فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل ، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع " ، وجاء فى مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٩ ما نصه : " (وللضامن) الغارم (الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه فى الضمان والأداء " لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه ، الحصنى : كفاية لأخيار فى حل غاية الاختصار ج ١ ص ٢٧٨ .

(٣) الإمام المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٥٣ وقد جاء فيه : " ضمن بأمره ، وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضا ، لأن إذنه فى الضمان تضمن إذنه فى الأداء ، إذ الضمان يوجب عليه الأداء فيرجع عليه ، كما لو أذن فى الأداء صريحا " ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٢ ، الإمام البيهوتى : كشاف القناع ج ٣ ص ٣٩٨ وقد جاء فيه : " وإن صالح عن المنكر أجنبى بإذنه أى بإذن المنكر (أو بغير إذنه اعترف) الأجنبى (للمدعى بصحة دعواه) على المنكر أو لم يعترف له بصحتها صح الصلح ولو لم يذكر أى الأجنبى (أن المنكر وكله) فى الصلح عنه ؛ لأنه قصد برائته وقطع الخصومة عنه وأشبه ما لو قضى دينه (ويرجع) الأجنبى على المنكر بما دفعه من العوض مع الإذن فى الأداء أو فى الصلح أما إذا لم يأذن فى الصلح ولا فى الأداء فلا رجوع له ولو نوى الرجوع عليه لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أدائه " .

(٤) ويتحقق حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق مع المدين ، إذا قال المدين للموفى اضمن عنى ما لهذا على فإذا أدبت عنى فهو دين لك على ، وفى ذلك يقول ابن حزم فى المحلى ج ٨ ص ١١١ : " ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبدا بشئ إلا فى وجه واحد وهو أن يقول الذى عليه الحق اضمن عنى ما لهذا على ، فإذا أدبت عنى فهو دين لك على ، فههنا يرجع عليه بما أدى عنه ؛ لأنه استقرضه ما أدى عنه فهو قرض صحيح " .

والزيدية^(١) والإمامية^(٢) والإباضية^(٣) ويؤكد ذلك ما يلي :

أولاً : إن الدائن ليس طرفاً في اتفاق المدين مع الموفى على حلوله محل دائنه ، متى قام بالوفاء عنه بدينه ، ولا يشترط رضاه بهذا الاتفاق ، ولا قبوله له ؛ لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه ، فلم يوضع على قواعد المعاقبات^(٤) .

ثانياً : إن الحلول باتفاق المدين مع الموفى ، ليس فيه ضرر للدائن ، بل فيه نفع له^(٥) .

ثانياً : حلول الموفى بالاتفاق مع المدين فى القانون المدنى :

قد يحل أجل الوفاء بحق الدائن ، دون أن يكون لدى المدين من الأموال ما يكفى للوفاء به ، ففي هذه الحالة أجاز المقنن المدنى لهذا المدين أن يتفق مع شخص آخر على أن يقرضه مبلغاً من المال ؛ ليفى به ما عليه من دين ، مقابل حلول هذا المقرض محل الدائن الموفى له ، فيما لهذا الدائن من حق تجاه المدين ، ليشجعه على إقراضه^(٦) .

(١) التاج المذهب ج ٤ ص ١٤٩ وقد جاء فيه : " وإذا قال رجل لغيره سلم لفلان كذا سواء قال عنى أو لا فسلمه ، فإنه (يرجع الأمور بما سلمه على من أمره بالتسليم مطلقاً سواء أكان كفيلاً أم لا) " ، البحر الزخار ج ٥ ص ٧٧ .

(٢) العاملى : مفتاح الكرامة ٣٨٨/٥ ، الطوسى : المبسوط ٣٢٤/٢ وقد جاء فيه : " فإذا ضمن بأمره وقضى بأمره ، فإنه يرجع به عليه ؛ لأنه أذن له فى ذلك فيلزمه قضاؤه " ، وجاء فى المبسوط أيضاً ج ٢ ص ٣١٨ : " إذا كان لزيد على عمرو ألف درهم فأحاله بها على رجل لا دين له عليه كان للمحال عليه أن يطالب المحيل بتخليصه منه ، كما يكون ذلك للضامن فإذا قضاها المحال عليه قبل أن يخلصه نظر ، فإن كان بأمره رجع على المحيل ؟ ، وإن لم يكن بأمره لم يرجع " ، النجفى : جواهر الكلام ١٧٢/٢٦ .

(٣) ابن أطفيش : شرح كتاب النيل ٤٥٢/٩ حيث يقول : " ضمان المال يغرم فيه الضامن ويرجع على المضمون عنه إن ضمنه بإذنه اتفاقاً " .

(٤) الرملى : نهاية المحتاج ٤٣٨/٤ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ١٩٤/٢ ، حاشية الجمل ٣٧٩/٣ .

(٥) شرح فتح القدير ٣٠٤/٣ ، العناية : نفس الموضوع .

(٦) د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٩ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٨٢ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٩٥ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٨١ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٩ ، د/ مصطفى الزرقا : المرجع السابق ص ٣٧٩ .

ويلزم أن يكون هذا الشخص ، الذى اتفق معه المدين على الإقراض أجنبيا ، وليس ملزما بالوفاء بالدين ؛ لأنه إذا كان ملزما بالوفاء بالدين ، فإنه يحل محل الدائن الموفى له حولا قانونيا ، ومن ثم فإن أطراف الاتفاق على الحلول هنا ، هو المدين والغير المقرض ، ولا تلزم موافقة الدائن على ذلك ، فالوفاء مع حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق مع المدين ، يتم دون حاجة إلى رضا الدائن ، بل ورغما عن إرادته ^(١) وهذا الحكم الذى قرره المقتن المدنى للمدين ، فى أن يتفق مع الغير على الحلول ، ولو لم يرض الدائن بذلك يبدو غريبا ، وغير طبيعى ؛ لأنه يبيح للمدين أن يتصرف فى حق الدائن ، دون أن يكون للدائن حق فى الاعتراض على ذلك ، وما على الدائن إلا أن يقبل ما اتفق عليه المدين مع الغير ، فإن لم يقبل تم رغما عن إرادته ، عن طريق العرض الحقيقى والإيداع ، وفى هذه الحالة إما أن يقبل الدائن هذا العرض ، فيتم الحلول أو يأبى فيقوم المدين بإيداع المال على ذمة الدائن ويصدر حكم بصحة العرض والإيداع ، ويتم الحلول أيضا فى هذه الحالة ^(٢) وليس هناك من مبرر لهذا الحكم إلا الاعتبار العملية ؛ إذ إن هذا الاتفاق على الحلول ، يحقق مصلحة المدين ، والدائن ، المقرض ، فمصلحة المدين ، تتحقق فى أن هذا النوع من الحلول ، يسهل له عملية الحصول على النقود اللازمة للوفاء بالدين ، وأن يستبدل بالدين الحال دينا مؤجلا ، أو أن يستبدل بالدين الحال دينا ، بشروط أفضل ، وبفوائد أقل ، ويخلصه من دين ، قد تكون فائدته مرتفعة ، وفى ذلك حماية للمدين ومحاربة للربا ، بالإضافة إلى أن المقرض ، قد يكون أكثر تساهلا فى مطالبة المدين من الدائن الموفى له وتتحقق مصلحة الدائن فى أنه لا يحيق به أى ضرر ، بسبب حلول الغير محله ، وانتقال ضمانات الدين إليه ، مادام أنه استوفى حقه كاملا ، كما أنه لا ضرر على غيره من

(١) د/نبيل سعد : المرجع السابق ص ٣١٠ ، د/رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٥ ، د/أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩٠ ، د/إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٩٨ ، د/حسين النورى : المرجع السابق ص ٢٠٦ ، د/السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٨٠٨ ، د/مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٨٩ .

(٢) د/البدراوى : المرجع السابق ص ٣٤٩ د/الصدّة : المرجع السابق ج ٢ ص ١١٩ ، د/سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٦٧ ، د/السنهورى : الوجيز ص ١١٣١ ، د/سمير نتاغو : المرجع السابق ص ٣٢٨ ، د/محمد ياسين يحيى : المرجع السابق ص ١٥٦ ، د/عبد الدود يحيى : المرجع السابق ص ٦٩٥ ، د/السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٨٠٣ .

الدائنين ، لأن الحلول بالاتفاق مع المدين ، لا يؤدي إلى تغيير أوضاعهم ، ومرتبتهم تجاه المدين ، بل يظلون يحافظون على ذات ترتيبهم ، سواء استمر الدائن الموفى له فى أولويته عليهم ، أم حل محله دائن جديد ، وتحقق مصلحة المقرض فى أنه يستفيد من ضمانات الدين ، التى كان يتمتع بها الدائن (الموفى له) ، وبالتالي فإنه يستثمر أمواله فى قرض مكفول بضمانات قائمة ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٨) مدنى بقولها : " يجوز أيضا للمدين ، إذا اقترض مالا وفى به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن ، الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المالى قد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال ، الذى أقرضه الدائن الجديد " ، ومن هذا النص يتضح أن المقنن المدنى اشترط ، لإتمام الحلول بالاتفاق مع المدين توافر عدة شروط هى :

(١) أن يقترض المدين من الغير مبلغا من المال بهدف الوفاء بالدين .

فلا يكفى أن يقترض المدين من الغير مبلغا من المال ، ليوفى به ما عليه من دين ، بل لابد من أن يذكر فى عقد القرض ، أن المال المقترض قد خصص للوفاء بالدين ، ولا يهم فى هذا الشأن معرفة من صدر منه هذا البيان ، فسواء أصدر من المدين أم من الغير ، المهم أن يرد هذا البيان فى عقد القرض نفسه ، وهذا البيان يفترض فيه الصحة ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك .

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٨٠٣ ومابعداها ، د/ إلياس ناصيف : المرجع السابق ص ٤٦٧ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٤٠ ، د/ مصطفى الزرقا : المرجع السابق ص ٣٧٩ ، د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٢٧٥ ومابعداها ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٣٧٨ ، د/ البدر اوى : المرجع السابق ص ٣٤٧ ومابعداها ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٩٦ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٣٤٠ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٣٦ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٠٨ ومابعداها ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٢٦ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٧٣ ، د/ أحمد حشمت : المرجع السابق ص ٥٩٥ .

(٢) أن يذكر فى مخالصة الوفاء ، أنه تم من المال الذى اقتترضه المدين من الغير . وعلى ذلك لا يكفى أن يذكر فى عقد القرض ، أن المال المقترض مخصص للوفاء بالمدين ، بل يجب بالإضافة إلى ذلك ، أن يذكر فى المخالصة ، أن الوفاء بالمدين قد تم فعلا من مال القرض ^(١) وذلك يستلزم أن تتم عملية القرض أولا ؛ لأنه لو كان الوفاء بالمدين أسبق فى الوقوع من عملية القرض ، لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض ^(٢) وقد قصد المشرع من ذلك ، أن يسد باب التحايل والتواطؤ الذى قد يصطنعه المدين والدائن ، فقد يوفى المدين بالمدين من ماله ، ويترتب على ذلك انقضاء الدين والتأمينات التى تضمنه ، ثم يتواطأ المدين مع الدائن على إحياء ذلك الدين ، وتأميناته إضرارا بدائن مرتبهن آخر ، أصبح رهنه فى المرتبة الأولى ، فيبرمان عقد قرض صورى يذكر فيه ، أن القرض كلن للوفاء بالمدين ، ثم يغير الدائن المخالصة بأن يذكر فيها أن الوفاء كان من مال القرض ، وبالتالي يحل المقرض محل الدائن ، ويبقى الدائن الذى أضحى رهنه فى المرتبة الأولى بعد وفاء المدين للمدين من ماله فى مرتبته الثانية كما هو ^(٣) .

وإمعانا فى درء التحايل يلزم أن يكون لعقد القرض ، ولسند المخالصة تاريخا ثابتا ، حتى يكون حجة على الغير ، تطبيقا لما تقضى به المادة (١٥) إثبات بقولها : " لا تكون الورقة

(١) د/ السنهاورى : الوسيط جـ ٣ ص ٨٠٤ ومابعداها ، د/ جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢١٠ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٩ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣٠٩ ، د/ محمد على عمران : الوجيز فى آثار الالتزام ص ٢٢٢ ومابعداها ، د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق جـ ٢ ص ١١٩ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٤٤٨ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩٠ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٥ ، د/ أحمد سلامة : المرجع السابق ص ٢٤٧ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٤٧٩ .

(٢) هذا : إذا كانت عملية القرض والوفاء متعاقبتين ، أما إذا كانتا متعاصرتين فلا صعوبة فى الأمر لأنه يثبت فى سند واحد عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقترض خصص للوفاء ، وأن الوفاء تم من مال القرض ، د/ حسين النورى : نظرية الالتزام - القسم الثانى ص ٢٠٦ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٥ ومابعداها ، د/ السنهاورى : الوسيط جـ ٣ ص ٨٠٥ .

(٣) د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٩٦ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٢٢٣ ، د/ عبد الحى حجازى ص ٤١ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ص ١١٩ .

العرفية حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت " ، وحتىى يمكن إثبات أن عملية القرض سابقة على الوفاء ، ولا يلزم معرفة الفترة بين القرض والوفاء ؛ لأن هذه الفترة قد تطول وقد تقصر ، ولكن إذا زادت عن المألوف ، فإنه يتطرق الشك فى أن الوفاء لم يكن من مال القرض ، مما يستتبع أن يكون الحلول محلاً للطعن ، كل هذا مع ملاحظة ما تقضى به المادة (١٩) من قانون تنظيم الشهر العقارى من أنه : " لا يحتج فى مواجهة الغير بالحلول فى حق مضمون برهن ، إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هلمش القيد الأصى " ، هذا : ولا يشترط أن يكون عقد القرض ، أو المخالصة فى ورقة رسمية ، وذلك خلافاً لما كان عليه الحال فى القانون المختلط ، كما لا يشترط أن ينص صراحة على حلول المقرض محل الدائن ، بل يكفى أن يتضمن عقد القرض والمخالصة ، ما يفيد حلول المقرض محل الدائن بطريقة واضحة ، وذلك نظراً لما ينطوى عليه الحلول من خطورة (١) .

ثالثاً : المقارنة :

مما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه يجوز للمدين أن يتفق مع الغير (الموفى) على أن يحله محل دائنه ، وينزله منزلته ، متى قام بالوفاء عنه بدينه لدائنه ، وهذا الاتفاق يتم بإرادة المدين ، والغير (الموفى) وليس للدائن إرادة فى قبوله أو رفضه ، ومن ثم ف أطراف الاتفاق على حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق مع المدين هما المدين ، الغير (الموفى) ، وبالتالي فإن هذا الحلول يتم دون حاجة إلى رضا الدائن ، أو توقف على قبوله .

هذا : والفقه الإسلامى يقر ما ذهب إليه القانون المدنى من أنه : إذا اعترض الدائن على حلول الموفى محله باتفاق المدين معه على ذلك ، ورفض قبول الوفاء بالدين من الموفى ، فإنه يكون للمدين أن يجبر الدائن على قبول الوفاء إبراءً لذمته ، ما دام أن هذا الوفاء لا يؤدى إلى الإضرار به ، وبالتالي يتم الوفاء بالحلول .

(١) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٧٤ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩١ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٦ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ص ٣٤١ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٣١٠ ، د/ محمد على عمران : المرجع السابق ص ٢٢٣ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٩٠ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٣١٠ ، د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٩٨ .

وإذا كان القانون المدنى يشترط أن يقع الوفاء بالدين من مال القرض الذى اقترضه المدين من الموفى ، وأن يخصص مال القرض للوفاء بالدين ، وأن تحرر مخالصة يذكر فيها ، أن الوفاء بالدين تم من مال القرض سداً لباب التحايل والتواطؤ ، الذى قد يفعله المدين والدائن ، فقد يوفى المدين بالدين من ماله ، ويترتب على ذلك انقضاء الدين ، والتأمينات التى تضمنه ، ثم يتواطأ مع الدائن على إحياء ذلك الدين وتأميناته ، إضراراً بدائن مرتهن أصبح رهنه فى المرتبة الأولى ، ليبقى فى مرتبته الثانية كما هو ، فإن الأمر فى الفقه الإسلامى على عمومه إذ لم يشترط الفقه الإسلامى ذلك ، وبالتالي فإنه يجوز للغير أن يقوم بالوفاء بالدين عن المدين بعد الاتفاق معه على الحلول ، دون اللجوء إلى تلك الإجراءات التى تطلبها القانون المدنى ، ومع ذلك فإن اشتراط هذه الشروط لا يتنافى مع أحكام هذا الفقه ومقاصده التى تحرم التحايل والغش بهدف الإضرار بالغير .

الفصل الثانی

الفصل الثانى

حلول الموفى محل الدائن حلولا غير اتفاقى فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

كما يكون حلول الموفى محل الدائن حلولا اتفاقيا ، سواء أتم هذا الحلول باتفاق الموفى مع الدائن أم باتفاقه مع المدين ، فإنه قد يكون غير اتفاقى ، وذلك إذا تم حلول الموفى محل الدائن بحكم الشرع أو القانون ، ودون توقف على إرادة الدائن أو المدين .

وعلى ذلك سوف أتناول هذا الفصل فى المباحث التالية :

المبحث الأول : حلول الموفى الملزم بالوفاء بالدين مع المدين ، أو عنه محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : حلول الموفى المتأخر لدين مقدم عليه محل الموفى له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثالث : حلول الموفى (الحائز) للعقار المرهون محل الدائنين المرتهنيين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الرابع : حلول المؤمن بما دفعه من تعويض محل المؤمن له فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الخامس : حلول الموفى للكمبالة بطريق التدخل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول

حلول الموفى الملزم بالوفاء بالدين مع المدين أو عنه

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

يقوم الحلول هنا على أساس العدالة ؛ لأنه إذا قام الموفى بأداء الدين عن المدين ، وكان ملزما بالوفاء به مع المدين ، كالمدين المتضامن ، والمدين فى دين غير قابل للانقسام ، أو كان ملزما بالوفاء به عن المدين كالكفيل ، فإنه من العدالة ألا يتحمل وحده عبء هذا الدين وإنما يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه ، وأن يحل فى هذا الرجوع محل الدائن الموفى له .

وبناء على ذلك سوف أتناول هذا المبحث فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حلول الموفى المتضامن مع المدين محل الدائن (الموفى له) فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : حلول الموفى بدين غير قابل للانقسام محل الدائن (الموفى له) فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثالث : حلول الكفيل محل الدائن (الموفى له) فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

حلول الموفى المتضامن مع المدين محل الدائن (الموفى له) فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا تعدد المدينون ، وكانوا متضامنين فيما بينهم فى الوفاء بالدين للدائن ، ثم قام أحدهم بالوفاء به لهذا الدائن ، فهل يحق للمدين المتضامن الذى قام بالوفاء ، أن يحل محل الدائن (الموفى له) فى مواجهة باقى المدينين أم لا ؟

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغى أن أتناول ذلك فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى على الوجه التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

اختلف الفقهاء بصدد أحقية المدين المتضامن فى الحلول محل الدائن (الموفى له) إذا قام بالوفاء بالدين عن بقية المدينين المتضامنين على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويرى القائلون به أن للموفى المتضامن الحق فى الحلول محل الدائن فى مواجهة باقى الدائنين ، ومن أصحاب هذا الاتجاه الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية ^(١) والحنابلة ^(٢) .

(١) الإمام الكاسانى : البدائع ج ٦ ص ٢١ وما بعدها وقد جاء فيها مانصه : " فأما إذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على الأصيل إن شاء ، وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ، ونصفه عن صاحبه لتساويهما فى الكفالتين بالمؤدى ، وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه فى الأداء كما ساواه فى الكفالة بالمؤدى " ، الإمام السرخسى : المبسوط ج ٢ ص ٣٤ ، الإمام البغدادى : مجمع الضمانات ص ٢٧٧ .

(٢) الإمام الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ٢ ص ١٦١ حيث يقول : " (فإن شرط ذلك) أى حمالة بعضهم عن بعض (أخذ أى الطالب كل) من الحملاء به أى بجميع الحق سواء قال أياكم شئت أخذت بحقى أولاً إلا أنه إن قال أخذ كلا ولو حضر الباقي ملأ (ورجع) الدافع على من لقيه من أصحابه (بغير ما أدى عن نفسه بكل) متعلق بيرجع أى يرجع بجميع (ما على الملقى) بفتح الميم وكسر القاف (ثم ساواه) فيما على غيره ممن لم يلقه إذا كان الحق عليهم بأن كانوا غرماء كثلثة اشتروا سلعة بثلاثمائة ، وشرط البائع حمالة بعضهم عن بعض ، فإذا لقي أحدهم أخذ منه جميع الحق ثم إذا لقي الدافع واحداً من صاحبيه أخذ منه ما عليه وهى مائة ثم يساويه فى المائة الباقية بأن يأخذ منه أيضاً خمسين ثم إذا لقي أحدهما الثالث أخذ منه خمسين " ، الإمام الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص —

وقد استدلل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بما يلي :

أولاً : إن الموفى أدى من ماله بإذن باقى المدينين ، لأن الضمان عنهم يقتضى الإذن فى الأداء ^(٣) فكان له الرجوع بالحلول محل الدائن .

ثانياً : إنه قضاء مبرئ لدين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه ^(٤) .

ثالثاً : إن الموفى إذا أدى من ماله ، فقد صرفه إلى منفعة غيره ، وبالتالي يكون له الرجوع على باقى المدينين .

رابعاً : إن الموفى ضامن للدين وقد أداه بنية الرجوع ^(٥) فكان له أن يرجع بما وفاه .

الاتجاه الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه ليس للموفى المتضامن الحق فى الحلول محل الدائن فى مواجهة سائر المدينين .

=

٣٤٢ ، والإمام الصاوى : بلغة السالك ج ٢ ص ١٦٠ ومابعداها ، العلامة خليل : مختصره بصلب جواهر الإكليل للشيخ صالح الأبهى ج ٢ ص ١١٣ ، الشيخ صالح الأبهى الأزهرى : جواهر الإكليل ج ٢ ص ١١٣ ، الإمام الماوردى : الحاوى الكبير ج ٦ ص ٤٤٥ وقد جاء فيه : " فإذا ضمن ضامن عن ضامن عن مضمون عنه فللمضمون له مطالبة أى الثلاثة شلء وإن أداه الضامن الأول برئ و برئ المضمون عنه ، وبرئ الضامن الثانى لأنه حق واحد فإذا أدى سقط ثم للضامن الأول أن يرجع على المضمون عنه إن ضمن عنه بأمره وإن أداه الضامن الثانى برئ ، وبرئ الضامن الأول وبرئ المضمون عنه ثم للضامن الثانى أن يرجع على الضامن الأول إن كان ضمانه عنه بأمره وللضامن الأول إذا غرم أن يرجع على المضمون عنه إن كان ضمانه عنه بأمره " ، الشربيني : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢١٠ .

^(١) الإمام البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٣٧٢ ومابعداها وقد جاء فيه : " إن أدعى ألفا على حاضر وغائب وأن كلا منهما ضامن عن صاحبه ما عليه ، فإن اعترف الحاضر بذلك أى أن عليهما الألف ، وبالضمان فله أى للمدعى أخذ الألف منه لاعترافه به أصالة وضمانا ، فإذا قدم الغائب واعترف بذلك رجع عليه صاحبه بنصفه الذى أداه عنه إن نوى الرجوع " ، والإمام ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٤ ، المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى نفس المكان .

^(٢) الشربيني : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٩ ، الكهوجى : زاد المحتاج ج ٢ ص ٢٣٣ .

^(٣) البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٣٧١ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ ص ٥٥٤

^(٤) الشربيني : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٩ ، الكهوجى : زاد المحتاج ج ٢ ص ٢٣٣ ، الجمل :

حاشيته ج ٣ ص ٣٨٩ ، الحصنى : كفاية الأخيار ج ١ ص ٢٧٨ .

^(٥) البهوتى : كشف القناع ج ٣ ص ٣٧١ ومابعداها ، النجدي : حاشية الروض المربع ١٠٧/٥ .

هذا الاتجاه الظاهرية ^(١) وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي :
 : إن ما كان على كل واحد منهما ، قد انتقل عنه واستقر على الآخر ^(٢) .
 من مناقشة ذلك :

الإمام ابن حزم سوى بين الكفالة ، والحوالة في الأثر مع ما بينهما من فرق ذلك لأنه
 الكفالة نقل للمكفول به من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل ^(٣) في حين أن أثر الكفالة
 ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة ، دون أن تبرأ ذمة المكفول عنه ^(٤) وأن أثر الحوالة
 محل الحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فتبرأ بها ذمة المحيل ^(٥) .

: ولأنه من الباطل المحال الممتنع ، أن يكون مال واحد على اثنين فصاعداً ، بأن
 ، كله على كل واحد منهما ، لأنه يصير الدرهم درهمين ^(٦) .
 ش هذا :

لو كان الضمان الصادر من اثنين لدين واحد يصير الدرهم درهمين ، لكان للدائن أن

مأم ابن حزم : المحلي ج ٨ ص ١١٨ وقد جاء فيه : " ولا يجوز أن يشترط في ضمان اثنين
 واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميع ، ولا أن يشترط ذلك الثاني في نفسه ولا أن يشترط
 يأخذ الملتئ منهما عن المعسر والحاضر عن الغائب " .

مأم ابن حزم : المحلي ج ٨ ص ١١٨ .

، هذا المعنى : ابن حزم : المحلي ج ٨ ص ١١١ .

جع الإمام الزيلعي : تبين الحقائق ج ٤ ص ١٤٦ ، الكاساني : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦
 الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٢٩ ومابعداها ، الدسوقي :
 شيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٢٩ ومابعداها ، البهوتي : الروض المربع ج ٢ ص ٢٧٦
 ، الحصني : كفاية الأخيار ج ١ ص ٢٧٦ .

يلعي : تبين الحقائق ج ٤ ص ١٧١ ، الكاساني : البدائع ج ٦ ص ٢٦ ، الدردير :
 رح الكبير ج ٣ ص ٣٢٥ ، البهوتي : الروض المربع ج ٢ ص ٢٧٩ ، الحصني : كفاية
 خيار ج ١ ص ٢٧٤ .

، حزم : المحلي ج ٨ ص ١١٨ .

يستوفى الدرهمين من أحد الضامنين ، ولكن هذا غير صحيح ؛ لأن الدائن لا يقتضى إلا أحد الدرهمين ، والدليل على ذلك أن الدين الذى على الضامن هو الذى على الأصيل لا غيره ، وأن الذمتين مشغولتان به كالرهنين بدين واحد ^(١) .

ثالثا : إن هذا ضمان لم يستقر عليهما ، ولا على واحد بعينه ، وإنما هو ضمان معلق على أحدهما بغير عينه ، لا يدرى على أيهما يستقر فهو باطل ^(٢) .

رابعا : إن هذا شرط لم يأت بإباحته نص فهو باطل ^(٣) .

وبعد ذكر آراء الفقهاء وأدلة كل رأى ، ومناقشة ما أمكن مناقشته ، يترجح لى ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول ، وذلك ؛ لأن المدين بهذا الوفاء الحاصل من الموفى المتضامن ، قد برئت ذمته فى مواجهة الدائن الأصلي ، ولما كان الموفى المتضامن غير متبرع بهذا الوفاء ، فإنه يكون له حق الحل محل الدائن ، فى الرجوع على المدين بما وفاه .

بالإضافة إلى أن إعطاء حق الحل للمدين الموفى المتضامن ، يؤدى إلى حث الغير على الإقدام على الوفاء ، وفى ذلك فتح لباب التعاون على البر والمعروف ، علاوة على أن أدلة هذا الاتجاه قوية وسليمة من المعارضة .

ثانيا : حلول الموفى المتضامن مع المدين محل الدائن (الموفى له) فى القانون المدنى :

إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، أجزء منه يزيد على نصيبه فيه ، فإنه يكون له أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته بعد خصم حصة المدين الموفى ، حتى ولو كان قد وفى بالدين كله للدائن ، وحل محله فيه ، سواء أكان هذا الوفاء نتيجة مطالبة الدائن له ، أم لأنه تقدم من تلقاء نفسه بالوفاء بالدين ، ولكن لا يجوز له الرجوع على باقى الدائنين بما وفاه ، إذا اتفق المدين

^(١) وفى ذلك يقول الشيخ سليمان الجمل : حاشيته على المنهج ج ٣ ص ٣٨٨ : " ولا محذور فى

مطالبتهما وإنما المحذور فى تغريمهما معا كلا كل الدين والصحيح أن الذمتين إنما شغلنا بدين واحد

كالرهنين بدين واحد " .

^(٢) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ١١٨ .

^(٣) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ١١٨ .

الموفى مع الدائن الموفى له على أن يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها ^(١) وقد نصت على ذلك المادة (٢٩٧) مدنى بقولها : " إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين ، إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن " . وحتى يحق للمدين أن يرجع بما وفاه على باقى المدينين المتضامنين ، يلزم أن يتوافر شرطان جوهريان :

الشرط الأول : أن يكون قد وفى الدين فعلاً ، وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها : " لئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن ، إلا إن الرجوع على بقية المدينين لا يجوز ، إلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن ، ولا يغنى عن ذلك صدور أحكام نهائية بهذا الدين طالما لم يتم الوفاء به تنفيذا لهذه الأحكام " ^(٢) .

الشرط الثانى : أن يكون الوفاء بالدين من المال الخاص للموفى ، وفى ذلك تقول محكمة النقض فى أحد أحكامها : " القول بحق المدين المتضامن فى الرجوع على المدينين الآخرين ، بما دفعه عنهم ، ونزع ملكية أرضهم ، وشرائها بالمزاد لنفسه جهرًا ، أو بواسطة من يوكله ، أو يسخره عنه خفية ، هذا القول محله أن يكون الوفاء من ماله الخاص " ^(٣) .

فإذا تحقق هذان الشرطان كان للمدين المتضامن الموفى ، أن يرجع على بقية المدينين المتضامنين معه فى الدين ، بما وفاه عنهم كل بقدر حصته فى الدين ، وهذا الرجوع إما أن يكون بناءً على الدعوى الشخصية أو بناءً على دعوى الحلول .

^(١) د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٠٢ ف ٣٥٤ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٢٦٢ ف ٢١٩ ، د/ محمد ياسين : المرجع السابق ص ١١٦ ف ١٤٢ .

^(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٦/٥/٣ مجموعة أحكام النقض التى يصدرها المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٠٥٦ ، راجع كمال محمد عبد العزيز : التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقهاء ص ٩٧٠ .

^(٣) نقض مدنى فى ١٩٥٦/٢/٩ المجموعة السنة ٧ ص ١٩٨١ ، وقد نقل هذا الحكم وتكلم فى هذه الشروط د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق هامش (١) ص ٥٨١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٤٤٨ .

والدعوى الشخصية تجد أساسها في أن المدين الموفى لدين غيره من المدينين المتضامنين ، إما أن يكون وكيلًا عنهم في هذا الوفاء فيرجع عليهم بدعوى الوكالة ، وذلك يتحقق إذا كان مصدر التضامن هو الاتفاق ، وإما أن يكون فضوليًا متى كان يعمل لمصلحتهم ، فيرجع عليهم بدعوى الفضالة إذا كان التضامن مصدره نص القانون (١) .

ودعوى الحلول هي دعوى الدائن ، الذى وفاه المدين المتضامن ، وتؤسس هذه الدعوى على أن المدين الموفى يحل محل الدائن الموفى له ، فيما له من حق قبل باقى المدينين ، وحلول المدين الموفى محل الدائن المستوفى ، يعد حلولا قانونيا بمقتضى نص المادة (٣٢٦/أ) مدنى التى تقرر أنه : " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :أ- إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين " .

إلا أن هذا الحلول القانونى للمدين الموفى حلولا غير كامل ؛ لأنه لا يجوز للمدين الموفى أن يطالب باقى المدينين بكل الدين الذى وفاه كما كان فى وسع الدائن أن يفعل ، بل يجب عليه أن يخصم منه مقدار حصته فى هذا الدين " (٢) .

وللمدين الموفى أن يختار فى رجوعه على باقى المدينين المتضامنين بين الدعوى الشخصية ، ودعوى الحلول ، بما يحقق مصلحته ، فرجوعه بالدعوى الشخصية ، يجعل له الحق فى تقاضى فوائد عما دفعه للدائن زائدا عن حصته لحساب المدينين الآخرين ، من وقت الدفع مادة (٧١٠) بالنسبة للوكالة ، ومادة (١٩٥) مدنى بالنسبة للفضالة ، ومن مميزات هذه الدعوى أيضا أن التقادم لا يسرى بالنسبة لها ، إلا من وقت الوفاء بالدين ؛ لأن مصدرها واقعة الوفاء ، أما إذا رجع على باقى الدائنين ، بما وفاه زائد على حصته للدائن بدعوى الحلول ، فإنه يستفيد من التأمينات التى تضمن الدين ، والتى كانت للدائن ، لأنه إذا رجع الموفى بهذه الدعوى ، فإنه يحل محل الدائن فيما له من حق ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفعوع ، ويكون الحلول

(١) يراجع فى ذلك د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٤٨ ف ٢٦٢ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢١٨ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٦ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٨٢ ومابعدهما ف ٢٦٥ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د/ الصدة أحكام الالتزام ج ٢ ص ٤٣ ف ٦٩ .

(٢) د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٥١ ف ١٤٧ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٤٢٨ ، ومابعدهما ف ٢٦٢ ، د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص ٤٠٢ ف ٣٥٤ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٤٥٠ ف ٢٦٠ .

بالقدر الذى أداه المدين من ماله ، ولكن التقادم يسرى بالنسبة لدعوى الحلول من وقت حلول الدين لا من وقت الوفاء به ، كالدعوى الشخصية ، ولما كان وقت حلول الوفاء بالدين يسبق وقت الوفاء به ، فإن دعوى الحلول تتقادم قبل تقادم الدعوى الشخصية ، متى كانت المدة المقررة قانونا للتقادم فيهما واحدة ، وبالنسبة للفوائد ، فالمدين الموفى لا يستطيع أن يرجع بها على باقى المدينين المتضامنين ، متى كان رجوعه عليهم بما وفاه عنهم ، بدعوى الحلول إلا إذا كان الدين منتجا لها ، ومن ثم إذا لم يكن الدين منتجا لفوائد ، فإنه لا يكون له حق إلا فى الفوائد القانونية محسوبة من وقت المطالبة القانونية مادة (٢٢٩) مدنى ^(١) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح ، أن القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أنه إذا قام المدين المتضامن بالوفاء بالدين عن باقى المدينين المتضامنين ، فإنه يحق له أن يرجع بما وفاه زائدا عن حصته ، حالا فى ذلك الرجوع محل الدائن ؛ لأنه قضاء مبرئ لدين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه ، بالإضافة إلى أنه أداه عنهم بنية الرجوع ، لأنه أداه من ماله بإذن من باقى المدينين ؛ إذ الضمان عنهم يقتضى الإذن فى الأداء ، فكان المدين الموفى مأذونا فى هذا الوفاء ، فيكون له الرجوع عليه بما وفاه زائدا عن حصته فى الدين بدعوى الحلول ، والتى بمقتضاها يقوم الموفى مقام الدائن الموفى له فى كافة حقوقه ، والتزاماته ، وبالتالي إذا كان الدين مضمونا بتأمينات معينة ، فإن ما وفاه من حق عن غيره من المدينين المتضامنين ينتقل إليه مضمونا بنفس التأمينات التى كان مضمونا بها قبل الوفاء به .

كما يتفق فقه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط قيام المدين المتضامن بالوفاء فعلا ؛ لأن الموفى لا يكون له الحق فى الرجوع على الموفى عنه إلا إذا غرم عنه شيئا من ماله الخاص ، وغرمه يتحقق بأداء الدين للدائن الموفى له فعلا .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط كون المال الذى قام المدين المتضامن بالوفاء به من ماله الخاص ؛ لأنه إذا كان المال الموفى به من المال الخاص للموفى ، فإنه يكون قد صرفه فى منفعة غيره ، ومن ثم يكون له الرجوع على من صرف ماله فى منفعته ، وهم باقى المدينين المتضامنين .

^(١) د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٨٣ ف ٣٥٧ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٢٨٣ ف ٢٦٥ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٢٦٣ ف ٢٢٠ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٤٣٨ ومابعداها ف ٢٦٥ ، د/ نبيل سعد : المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٢٩ ف ٢٦٢ .

المطلب الثانى

حلول الموفى بدين غير قابل للانقسام محل الدائن (الموفى له) فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا كان الموفى ملزماً مع المدين فى الوفاء بدين غير قابل للانقسام ، ثم قام بالوفاء به للدائن ، فهل يحق لهذا الموفى أن يرجع بما وفاه على المدين ، وأن يحل محل الدائن ويقوم مقامه فى هذا الرجوع أم لا ؟ .

للإجابة عن هذا التساؤل يلزم بيان ذلك فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

متى كان الدين الذى ألزم الموفى بالوفاء به مع المدين لا يقبل الانقسام ، فإنه يجب على الملمزم بالوفاء به ، أن يؤديه لدائنه دفعة واحدة ^(١) وإذا أداه دفعة واحدة ، فإنه يحق له أن يرجع على شريكه (المدين) بما وفاه زائداً عن حصته ، وأن يقوم مقام الدائن فى هذا الرجوع ، وذلك لأنه لا يملك أن يوفى ببعضه فقط دون بقية الدين ، إذ يقع على كل مدين فى الدين الغير قابل للانقسام ، مسئولية الوفاء به كاملاً فى علاقته بالدائن ، وقد ذهب إلى ذلك عامة فقهاء المذاهب الإسلامية الحنفية ^(٢) والمالكية ^(٣)

(١) البابرتى : شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ حيث يقول : " فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه ، حتى ينقد جميع الثمن ، فإذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب ، وتسليم نصيب الغائب إلى الحاضر ، وإذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لأجله " ، شرح فتح القدير نفس المكان .

(٢) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٢٨٨ حيث يقول : " رضى ماء بينهما فى بيت لهما ذهب شئ منها يجبر الشريك على أن يعمر مع الآخر ، ولو معسراً قيل لشريكه أنفق أنت لو شئت ، فيكون نصفه ديناً لك على شريكك " ، ويقول أيضاً فى نفس الموضع : " من أصلح ملكاً مشتركاً بينه وبين غيره وهو مضطر بالإتفاق لإحياء نصيبه ، إن كان بأمر القاضى يرجع على شريكه بقدر نصيبه " ، شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ ، الهداية ٨٠/٣ .

(٣) الإمام الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٦٠/٢ وقد جاء فيه : " يجوز أن يشتري أى الرجلان شيئاً معيناً كعبد على وجه الشركة بينهما بثمن معلوم ، ويضمن كل منهما صاحبه فيما عليه (أو يتسلما) من شخص مالا فى شئ معين بينهما ، ويضمن كل الآخر فيما يخصه بشرط أن يضمن كل صاحبه بقدر ما ضمنه الآخر ، حتى ولو كان على أحدهما الثلث والآخر الثلثان جاز

والشـافعية ^(١) والحنابلة ^(٢) والظاهرية ^(٣) والزيدية ^(٤)

إن ضمن ذو الثلث نصف ما على صاحبه من الثلثين " ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٤١/٣ وبناء على ذلك : يكون لصاحب الدين (الدائن) أن يطالب أيهما شاء ، فإن أدى أحدهما الدين كان له أن يرجع على شريكه بما أداه عنه ، زائداً عن نصيبه في الدين ، وله في هذا الرجوع أن يحل محل الدائن ويقوم مقامه .

^(١) الإمام الرملى : نهاية المحتاج ٢٣٩/٤ حيث يقول : " يصح رهن المشاع من الشريك وغيره ، وقبضه بقبض الجميع كما في البيع ولو اقتسما فخرج المرهون لشريكه لزمه قيمته رهنا ؛ لأنه حصل له بدله " ، البيجرمى : حاشيته على شرح الخطيب ٥٨/٣ ، تكملة المجموع ٤٣٠/١٣ وقد جاء فيها : " إذا كان لرجل على رجلين ألف درهم كل واحد خمسمائة ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ، وأحاله أحدهما على الآخر بالألف برئت ذمتها مما له عليهما " ، وبراءة الذمة من الدين تستوجب الرجوع طالما وقعت بالوفاء به من أحد طرفي الالتزام عن صاحبه الملزم معه .

^(٢) ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ص ١٤٥ وقد جاء فيها : " إنفاق الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر ، أو امتناعه ، قال أحمد : في رواية أبي القاسم في رجلين بينهما أرض أو دار أو عبد يحتاج إلى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر قال : ينظر في ذلك فإن كان يضر بشريكه ويمتنع مما يجب عليه ألزم ذلك وحكم به عليه ، ولا يضر بهذا ينفق ويحكم به عليه ، ويتفرع على هذه المسألة فروع من جملتها إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه ، فالمذهب أنه يجبر على ذلك ، وفي رواية أخرى لا يجبر فيه فينفرد الطالب بالبناء ، ويمتنع الشريك من الانتفاع ، حتى يؤخذ منه ما يخص حصته من النفقة " ، وفي ص ١٤٨ : " ومنها : لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة ، فإنه يرجع أيضا " .

^(٣) ابن حزم : المحلى ١١٨/٨ وقد جاء فيه : " فإن ضمن اثنان فصاعداً حقاً على إنسان فهو بينهما بالحصص ، لأنه من الممتنع أن يكون مال واحد على اثنين فصاعداً ، بأن يكون كله على كل واحد منهما ، لأنه كأن يصير الدرهم درهمين ولا بد ، أو يكون غير لازم لأحدهما بعينه ، ولا لهما جميعاً ، وهذا هوس لا يعقل " .

^(٤) الصنعاني : التاج المذهب ١٨٥/٣ حيث يقول : " لمالك العلو أن يبني السفلى بالنيابة عن مالكه ، لأن له حقاً في ذلك ، ولا يحتاج إلى موافقته ولا إذن الحاكم في الجهة ، إذا كان رب السفلى غائباً ، فإن كان معسراً فلا بد من إذنه ، أو تمرده عن الإصلاح ، ومع تمرده لا يحتاج إلى إذن الحاكم ، ولو كان حاضراً ، وإذا بناء فله أن يحبسها ، حتى يسلم له غرامته " ، البحر الزخار ٩٦/٤ .

، والإمام _____ية^(١) والإباضية^(٢) .

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي :

أولاً : إن الوفاء بالدين الغير قابل للانقسام من أحد الملتزمين به ، يحقق براءة ذمة الباقيين منه كل بقدر ما كان يجب عليه أدائه ، وبراءة الذمة بوفاء أحد طرفي الالتزام عن صاحبه الملزم معه ، تستوجب الرجوع ولا رجوع إلا بالحق ، الذي تحققت منه البراءة من المسؤولية المشتركة عن الدين^(٣) .

ثانياً : إن الموفى بالدين غير القابل للانقسام لا يرجع على الآخر الملزم معه (المدين) ، إلا بما وفاه زائداً عن حصته في ذلك الدين ، وهذا يعد سنده في خلافته للدائن فيما استوفى في حدود القدر الذي وفاه زائداً عن حصته ، لأنه لا يرجع إلا بذات الحق الذي وفاه عن غيره ، فكأنه يقوم مقام الدائن الذي استوفى ، ويرجع على المدين بدعواه (دعوى الحلول) ، لأنه ملزم بالوفاء بالدين مع المدين^(٤) .

ثالثاً : كما أن الموفى ليس مديناً للملتزمين معه في الوفاء بالدين غير القابل للانقسام بما فيهم المدين ، بل هم جميعاً في ذمتهم حق واحد للدائن ، ووفاء أحدهم إنما يقع بهذا الحق ، وهذا ما يستند عليه الموفى في الرجوع عليهم بعد خصم نصيبه ، وبالتالي فإن رجوعه

(١) العاملی : مفتاح الكرامة ٣٩٣/٥ حيث يقول : " إذا كان لرجل على اثنين عشرة دراهم على كل واحد خمسة ، وضمن كل واحد منهما ما على صاحبه ، فإذا أدى أحدهما كان له الرجوع على المضمون عنه بما وفاه أي عن صاحبه زائداً على حصته في الدين " .

(٢) الثمينی : كتاب النيل وشفاء العليل ٤٥٣/١٠ ومابعداها حيث يقول : " (ويتواخذ) أي يتجابر شركاء ؛ أي شركاء كانوا ، لئلا يدخل الضرر على أموالهم على بناء منهدم وسد مننم وجسر ، وعلى كل ما يصلح المال ، وإن غاب بعضهم أو امتنع فأصلح الحاضر أدرك ؛ أي رجع على الغائب بما تعنى ، أي أجره عنائه وعناء دابته وعبدته وخدمه (وما أنفق) " ، شرح كتاب النيل ٤٥٦/١٠ ومابعداها .

(٣) يراجع في هذا المعنى البهوتی : كشف القناع ٤١٤/٣ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٥ ، النجدي : حاشيته على الروض المربع ١٥٩/٥ .

(٤) يراجع في ذلك السرخسی : المبسوط ١٧٨/١٩ ط دار المعرفة ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ ، الشربيني : مغنى المحتاج ٢٠٨/٢ ط الحلبي .

لا يكون إلا بذات الحق الذى وفاه ، ولا يغير من هذا الأمر شيئاً أن يكون رجوعه على المدين ببعض ما وفاه ؛ لأن ذلك هو ما غرمه فعلاً عن الملزمين معه فى الوفاء بهذا الدين ، وهو لا يرجع بدعوى الحلول إلا بمقدار ما غرم ^(١) .

ويرجع عدم قابلية الدين للانقسام إما إلى طبيعته ، وذلك كأن يترتب على انقسامه نقص ماليته ، كما هو الحال فى الالتزام بتسليم حيوان حى ، أو جوهرة نفيسه ^(٢) أو فوات منفعة ، كالدين المشترك ^(٣) وقد يرجع عدم قابلية الدين للانقسام إلى اتفاق الطرفين ، وذلك إذا كان المحل الذى يرد عليه الالتزام يقبل بطبيعته القسمة ، بأن كان مما يكال أو يوزن أو يعد ، أو كانت الصفقة متفرقة فى ذاتها ^(٤) ولكن اتجهت إرادة المتعاقدين إلى عدم رغبتهما فى قسمته قبل البيع ، بأن تم بيعه صفقة واحدة ^(٥) فوقع البيع صفقة واحدة على أشياء تقبل القسمة بطبيعتها ، دليل على أن المتعاقدين قد اتجهت إرادتهما إلى عدم تجزئة محل الالتزام ؛ لأن عبارة الصفقة الواحدة يعبر بها عن وحدة العقد ، والعقد يعد وحدة لا تقبل التجزئة ^(٦) .

ثانياً : فى القانون المدنى :

يقصد بالالتزام غير القابل للانقسام بأنه الذى لا يمكن الوفاء به إلا دفعة واحدة أو جملة واحدة ، ذلك لأنه يستعصى على التجزئة بين أطرافه المتعديدين ^(٧) وذلك خلافاً للأصل الذى يقضى بانقسام الدين بين الملتزمين به ما دام لا يوجد تضامن بين أطرافه المتعديدين ^(٨) وعدم

(١) ابن الهمام : شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ ، العناية شرح الهداية ٢٥٤/٦ بهامش شرح فتح القدير ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٤٦/٥ .

(٢) المرغناني : الهداية ٤٥/٤ ، الدسوقي حاشيته على الشرح الكبير ٥٠٧/٣ .

(٣) شرح فتح القدير ٢٥٤/٦ .

(٤) أستاذى الدكتور/ عبد الله مبروك النجار : حدود مسئولية المدين المتضامن رسالة ماجستير من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٧٩م ص ٥٦ .

(٥) الإمام الدردير : الشرح بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٣ حيث يقول : " ويجوز جزافان صفقة واحدة سواء أكان أصلهما البيع جزافى أو كيلاً أو أحدهما كيلاً والآخر جزافاً كحب وأرض لأنهما فى معنى الجزاف الواحد من حيث تناول الرخصة لهما ، ويجوز مكيلاً كذلك صفقة واحدة " (٦) د/ شفيق شحاته : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ج ١ ص ١٢٤ ومابعدهما طبعة مطبعة الاعتماد بمصر .

(٧) د/ محسن البيه : الأحكام مصدر سابق ص ٤٥٣ ف ٢٦٤ ، د/ محمود عبد الرحمن : الأحكام مصدر سابق ص ٤٣٠ ف ٢٦٣ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المصدر السابق ف ٢٢٢ ص ٢٦٦ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢١٣ ف ٢٧٤ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٧٠ .

(٨) د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ف ٢٧٤ ص ٢١٣ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع

قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر إلا إذا تعدد أطرافه ، إما ابتداءً عند نشوء الالتزام ، وإما بعد نشوئه وقبل تنفيذه ، كما إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفي الالتزام ، فعدم القابلية للانقسام يدور مع هذا التعدد ، وليس مع طبيعة المحل في ذاته ، وهذا يدعو إلى جعله وصفاً متعلقاً بأطراف الالتزام لا بمحله ^(١) .

أما إذا كنا بصدد مدين واحد ، ودائن واحد ، فإنه لا تتور فكرة عدم قابلية الالتزام للانقسام ، سواء أكان الالتزام يقبل الانقسام أم لا يقبله ؛ لأنه يجب على المدين أن يوفى بالدين كاملاً لدائنه ، ويكون من حق الدائن أن يرفض الوفاء الجزئي ، حتى ولو كان الدين يقبل التجزئة ^(٢) ويمثل الالتزام الغير قابل للانقسام بالالتزام بتسليم جواد أو سيارة ، فتسليم الجواد أو السيارة لا يمكن أن يتم إلا دفعة واحدة ، لأنه إما أن يتم كاملاً أو لا يتم أصلاً ^(٣) .

هذا : والالتزام يكون قابلاً للانقسام في عدة حالات نصت عليها المادة (٣٠٠) مدنى بقولها : " يكون الالتزام غير قابل للانقسام : أ- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم ب- إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك " .

ويتضح من هذا النص أن الالتزام يكون غير قابل للانقسام فى الحالات الآتية :

الحالة الأولى : إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعته .

الحالة الثانية : إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بحسب الغرض من التعاقد .

الحالة الثالثة : إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بحسب اتفاق الطرفين ^(٤) .

^(١) د/ السهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الأول ف ٢١٣ ص ٤٣٤ ، د/ محسن البيه : المرجع والموضع السابقين ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع والموضع السابقين ، وإن كان البعض يرى أن عدم القابلية للانقسام تعد وصفاً للالتزام ذاته وليس لأطرافه ، راجع د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢١٣ .

^(٢) د/ السهورى : المصدر السابق ص ٢١٣ ص ٤٣٣ ، د/ البدراوى : المصدر السابق ف ٢٦٧ ص ٢٨٥ ، د/ محسن البيه : المصدر السابق ف ٢٦٥ ص ٤٥٣ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ف ٣٥٨ ص ٥٨٣ ، د/ عبد الرازق فرج : المصدر السابق ف ١٥٠ ص ١٥٣ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ف ٢٧٧ ص ٢١٦ .

^(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المصدر السابق ف ١٩٣ ص ٣٣٢ .

^(٤) يراجع فى ذلك د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٥٤ ف ١٥١ ، ويذهب البعض إلى عدم قابلية الالتزام للانقسام قد يرجع إلى نص القانون ويضربون لذلك مثلاً بحق الشفعة إذ لا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا فى كامل العقار .

وسأوضح كل حالة من هذه الحالات فيما يلى :

الحالة الأولى : كون محل الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعته .

محل الالتزام إما إن يكون عبارة عن إنشاء حق عينى أو نقله ، وإما أن يكون عبارة عن القيام بعمل ، أو عبارة عن الامتناع عن عمل ، فإذا كان محل الالتزام هو إنشاء حق عينى أو نقله ، فإن عدم قابليته للانقسام بسبب طبيعة محله يكون نادرا ؛ لأنه إذا كان محل الالتزام هو إنشاء حق عينى أو نقله ، فإن الأصل فيه أن يكون قابلا للانقسام ، وقابليته للانقسام ، قد تكون مادية أو طبيعية ، كما هو الحال فى التزام المدين بنقل ملكية أربعين أردبا من القمح ، إذ يمكن انقسامها انقساما طبيعيا إلى عدة أجزاء ، وقد تكون معنوية ، كما هو الحال فى نقل ملكية نصف أو ربع منزل على الشيوع ، وبناءً على ذلك فإن الالتزام بنقل الحق العينى أو إنشائه لا يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله ؛ لأن الوفاء الجزئى به ، يظل ممكنا حتى فى الحالات التى يكون فيها محله غير قابل للتجزئة المادية ، وذلك بأن ينقل للدائن ملكية حصة شائعة فى الشئ بدلا من الحق كاملا ، بيد أن هناك حقين من الحقوق العينية ، لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية وهما حق الارتفاق وحق الرهن ^(١) .

أما إذا كان محل الالتزام عبارة عن القيام بعمل ، كالالتزام بتسليم شئ معين ، فإن محله قد يقبل الانقسام ، وقد لا يقبله وفقا لطبيعته ، وبالتالي إذا كان محل التزام المدين عبارة عن تسليم قطعة من الأرض مثلا ، فإنه يستطيع أن يجزئ التزامه ، لأن الأرض بطبيعتها قابلة للتجزئة ، ولكن إذا كان التزامه عبارة عن تسليم حيوان حى ، فإنه لا يمكن تجزئته ؛ لأن الحيوان الحى لا يقبل الانقسام عند التسليم ، وإن أمكن تجزئة نقل ملكيته ، فتنتقل نصفها أو ربعها ، وعدم الانقسام فى هذه الحالة مطلق ؛ لأنه لا يتصور إمكان الانقسام فيها ، ، هذا : ويلاحظ أن الالتزام بالقيام بعمل يصبح قابلا للانقسام ، إذا تحول إلى تعويض نقدى ، حتى ولو كان لا يقبل الانقسام بطبيعته ^(٢) .

^(١) فى هذا المعنى د/ السنهورى : : المرجع السابق ف ٢١١ ص ٤٢٦ ، د/ البدرأوى : المرجع السابق ف ٢٧٠ ص ٢٨٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٨ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢١٤ ف ٢٧٥ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٤٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ف ١٩٥ ص ٣٣٣ .

^(٢) يراجع فى ذلك د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٢٢ ف ٦٦ ، د/ حسام الدين الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣٠٤ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله :

ولكن إذا كان محل التزام المدين عبارة عن الامتناع عن عمل ، فإنه لا يقبل الانقسام مطلقا ، كما هو الحال فى التزامه بعدم المنافسة ، فإذا اشترى شخص محلا تجاريا من عدة بائعين ، والتزموا بعدم منافسته ، فإن هذا الالتزام لا يمكن تجزئته عليهم ؛ لأن كل عمل مخالف للامتناع موضوع الالتزام يتضمن مخالفة لهذا الالتزام ، وبالتالي يلتزم كل منهم بعدم المنافسة للمشتري على أى وجه (١) .

الحالة الثانية : كون محل الالتزام غير قابل للانقسام بحسب الغرض من التعاقد .
قد يكون محل الالتزام قابلا للانقسام بطبيعته ، ومع ذلك فإن الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان من التعاقد ، قد يستفاد منه أن هذا المحل لا يقبل التجزئة أو الانقسام ، فعدم قابلية هذا المحل للانقسام ترجع إلى الغرض الذى يقصده الطرفان منه لا إلى طبيعته ، وذلك كأن يتعهد مقاول ببناء منزل ، فمن المتصور إمكان تقسيم هذا الالتزام ، بأن يتجزأ الوفاء به على مراحل أو يتوزع إتمامه على أشخاص متعددين ، بحيث يختص كل منهم بعمل معين ، كالبناء والطلاء والكهرباء والنجارة مثلا ، ولكن وقوع الالتزام على بناء منزل فى مجموعة ، يجعل محل الالتزام هو إتمام البناء بأكمله دون تجزئة أو تقسيم (٢) .

الحالة الثالثة : كون محل الالتزام غير قابل للانقسام بحسب اتفاق الطرفين .
قد يكون محل الالتزام قابلا للانقسام بطبيعته ، ولكن يتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على

المرجع السابق ص ٢٦٩ ف ٢٢٤ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٤٢٩ ف ٢١١ ،

د/ البدرأوى : المرجع السابق ص ٢٨٧ .

(١) د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٨ ، د/ محمد شكرى سرور : المرجع

السابق ف ٢٧٥ ص ٢١٤ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٤٢٦ ، د/ عبد المنعم البدرأوى

ف ٢٧٠ ص ٢٨٧ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٥٨٥ ، د/ سمير كامل : المرجع

السابق ص ٢٢١ .

(٢) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٠٥ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق

ص ٥٨٥ ف ٣٥٨ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٤٣٠ ف ٢٦٣ ، د/

عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٥٥ ف ١٥١ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص

٤٥٦ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١١٨ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق

ص ٣٢٨ .

عدم تجزئة الوفاء به ، و اتفاق المتعاقدين على عدم قابلية الالتزام للانقسام يكون صريحا ، إذا اشترط الدائن على المدين فى العقد الذى أنشأ الالتزام ، أنه لا يجوز تنفيذ هذا الالتزام منقسما ، ولكن يجب تنفيذه دفعة واحدة ، باعتباره كلا لا يقبل التجزئة ، وذلك كأن يريد الدائنون المتضامنون أن لا ينقسم الالتزام على ورثة أى منهم ، فيشترط إلى جانب التضامن فى الالتزام عدم قابليته للانقسام ، ويكون ضمنيا ، إذا تبين أن الغرض من شراء صفقة معينة مثلا يوجب أن تنفذ تنفيذا كليا بلا تجزئة ، وذلك كما إذا اشترى شخص عدة قطع من الأرض ليبنى عليها دارا أو مستشفى ، فإن التزام البائع أو البائعون بنقل ملكية الأرض ، يكون غير قابل للانقسام ، وإن كانت الأرض قابلة للتجزئة بطبيعتها ، لأن عدم تجزئتها هو ما قصده المشتري وعلم به البائع ، وكان محلا للاتفاق الضمنى بينهما ، وهذا ما أكدته قضاء النقض أيضا ^(١) .

رجوع المدين الموفى بدين غير قابل للانقسام على باقى المدينين الملزمين معه بالوفاء بهذا الدين بدعوى الحلول .

إذا تعدد المدينون فى هذا الدين غير القابل للانقسام ، سواء أكانت عدم القابلية للانقسام ترجع إلى طبيعة محل الالتزام ، أم كانت ترجع إلى اتفاق الطرفين عليها صراحة أو ضمنا ، فإنه يكون كل مدين منهم ملزما بالوفاء بكل الدين فى مواجهة الدائن ، ويكون من حق الدائن أن يطالبه بكل الدين ، وإلزام كل مدين بالوفاء بكل الدين فى مواجهة الدائن ، يرتب له الحق فى الحلول القانونى محله فى الرجوع بما وفاه على باقى المدينين الملزمين معه فى الوفاء بالدين ؛ لأنه إن كان ملزما بالوفاء بالدين كاملا فى مواجهة الدائن ، إلا أنه يجب أن يتحمل جزءا منه فقط فى مواجهة باقى المدينين معه ، وبالتالي إذا وفى بالدين كله للدائن ، أو انقضى بأى سبب غير الوفاء ، فإن ذمة المدينين الآخرين تبرأ بهذا الوفاء أو الانقضاء ، ويكون من حق المدين (الموفى) الرجوع عليهم ، بمقتضى دعوى الحلول

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٤٣٢ ف ٢١٢ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٢٣ ف ٦٦ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٢٢ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ف ١٥١ ص ١٥٥ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٠٥ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٨ ، نقض مدنى فى ١٩٧٨/٥/٢٥ مجموعة الأحكام التى يصدرها المكتب الفنى السنة ٢٩ ص ١٣٢٨ رقم ٢٥٩ .

لاسترداد ما دفعه زائدا عن حصته ، ويكون رجوعه على كل منهم بمقدار حصته فى الدين ؛ لأن الدين الغير قابل للتجزئة ينقسم فى علاقة المدينين بعضهم البعض ^(١) والأصل أن حصص المدينين فى الدين غير القابل للانقسام متساوية ، إلا إذا حددت فى الاتفاق أو القانون بنسبة أخرى لكل منهم ، وإذا كان أحد المدينين معسرا تحمل بقية المدينين نصيبه ، بما فيهم المدين الموفى كل بقدر حصته فى الدين ^(٢) وقد أشارت المادة (٣١) إلى هذه الأحكام بقولها : " ١- إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا ٢- وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك " ، كما لو كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فيتحملة وحده ، ولا يحق له أن يرجع على أحد المدينين بشئ مما وفاه إن قام هو بالوفاء به أما إذا وفاه غيره من المدينين ، فإنه يرجع عليه بكل الدين ، ولا يرجع على غيره بشئ ^(٣) .

ثالثا : المقارنة :

يتبين مما سبق أن القانون المدنى يتفق مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامى فى أنه إذا كان الموفى بالدين عن المدين ملزما بالوفاء به مع المدين ، وكان هذا الدين غير قابل للانقسام ، فإنه يجب عليه الوفاء به للدائن دفعة واحدة ، وذلك لأنه لا يقبل التجزئة ، بالإضافة إلى أنه لا يملك الوفاء بحصته فقط ، لأنه يعد مسئولا مسئولية كاملة عن الوفاء به فى مواجهة الدائن

(١) يراجع فى ذلك د/ البدراوى : المرجع السابق ص ٢٧٨ وما بعدها ف ٢٧٣ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : الحلول الشخصى دراسة مقارنة ف ٢٨ ص ٥٩ ، د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله : المرجع السابق ف ٢٢٨ ص ٢٧٣ وما بعدها ، د/ ياسين محمد يحى : المرجع السابق ف ١٤٨ ص ١٢٠ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ف ٣٥٩ ص ٥٨٦ ، د/ مصطفى عدوى : المرجع السابق ص ٣٢٩ ، د/ سمير كامل : المرجع السابق ص ٢٢٣ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٢٣ وما بعدها ف ٦٧ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٥٥ ف ١٥٢ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ف ٢٢٦ ص ٢٤٩ .

(٢) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٤٥٨ ف ٢٦٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ف ٢٠٤ ص ٣٤٣ وما بعدها ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٣ ص ١٠٤ .

(٣) د/ محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢١٦ ف ٢٧٨ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٠٨ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق ص ١٥٥ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ محمد ياسين : المرجع السابق ص ١٢٠ .

كما يتفق فقه القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أنه يحق للموفى بالدين غير القابل للانقسام ، أن يرجع على المدينين الملزمين معه بالدين ، بما وفاه زائدا عن حصته ، وأن يقوم مقام الدائن فى هذا الرجوع ، أى يرجع عليهم بدعوى الحلول ؛ لأن هذا الوفاء الذى قام به الموفى الملزم بالدين مع المدين ، يؤدى إلى براءة ذمة باقى الملزمين معه من الدين ، كل بقدر ما كان يجب عليه الوفاء به للدائن ، وبراءة الذمة تستوجب الرجوع بالحق الذى تحققت منه البراءة ، وهو ما أداه الموفى زائدا عن حصته

كما يتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أن عدم القابلية للانقسام ، قد ترجع إلى أن محل التزام المدين يكون غير قابل للانقسام بطبيعته ، كما هو الحال فى التزام المدين بتسليم حيوانا حيا ، أو جوهرة نفيسة ، لأنه قد يترتب على انقسام الالتزام ضرر بالدائن ، والضرر مرفوع شرعا .

وقد ترجع عدم قابلية محل الالتزام للانقسام إلى اتفاق الطرفين ، على عدم انقسام الدين محل التزام المدين ، ويتحقق ذلك إذا كان محل التزام المدين يقبل بطبيعته الانقسام ؛ بأن كان مما يكال أو يوزن أو يعد ، أو كان عبارة عن صفقة متفرقة بذاتها ، ولكن اتجهت إرادة المتعاقدين إلى عدم تجزئة الصفقة ، كأن يتفقا على أن يقوم المدين بتسليم محل الالتزام للدائن صفقة واحدة .

المطلب الثالث

حلول الكفيل محل الدائن (الموفى له) فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

متى قام الكفيل بالوفاء عن المدين (المكفول عنه) بالدين (المكفول) عند حلول الأجل الأصلى للوفاء به للدائن (المكفول له) ^(١) وكانت هذه الكفالة والأداء بالدين بأمر المدين ، فهل يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل فى ذلك محل الدائن (الموفى له) أم لا ؟ .

اختلف الفقهاء فى الإجابة عن هذا التساؤل إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويذهب أصحابه إلى أنه يحق للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، متى كانت الكفالة قد عقدت بأمره .

ومن هذا الاتجاه الحنفية ^(٢) والمالكية ^(٣) والشافعية ^(٤) والحنابلة ^(٥) والزيديين ^(٦) والإمامية ^(٧)

(١) انظر ص ١٢٣ ومابعدا من هذا البحث .

(٢) جاء فى الهداية للمرغنانى ما نصه : " فأن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره وقوله : رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن ؛ لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب " ، دمادا أفندى : مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٣٠٥/٦ ، شرح فتح القدير ٣٠٥/٦ ، مجمع الضمانات ص ٢٧٣ .

(٣) الأزهرى : جواهر الإكليل ١١١/٢ ط الحلبي وقد جاء فيه : " وإن دفع الضامن شيئاً للمضمون له (رجع) على المضمون بمثل ما أدى " وجاء فى الشرح الصغير للدريدر بهامش بلغة السالك ١٥٧/٢ مانصه : " ورجع الضامن على المدين بما أدى عنه " ، الخرشي ٢٦/٦ .

(٤) الرملى : نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ ومابعدا حيث يقول : " (وللضامن) بعد أدائه من ماله (الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه فى الضمان والأداء) لصرفه ماله لغرض الغير بإذنه " ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ .

(٥) المقدسى : الشرح الكبير بذييل المغنى لابن قدامة ٢٥٢/٥ ط دار الغد وقد جاء فيه : " أن يضمن بإذن المضمون عنه ، ويؤدى بأمره فإنه يرجع عليه " ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥١/٥ ، كشاف القناع ٣٧١/٣ .

(٦) البحر الزخار ٧٧/٥ حيث يقول : " ويرجع المأمور بها وبالتسليم مطلقا " .

(٧) الحلى : شرائع الإسلام ١٠٩/١ حيث يقول : " ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه " .

والإباضية (١) .

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من القول برجوع الكفيل الموفى على المدين بما وفاه عنه ، وحلوله محل الدائن الموفى له فى هذا الرجوع بما يأتى :

أولاً : إنه وفاء مبرئ لذمة المدين من دين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه (٢) .

ثانياً : إن الكفيل غير متبرع بالوفاء بالدين عن المدين ، فيحق له أن يرجع (٣) .

ثالثاً : إن الكفيل ملك الدين بأدائه بأمر المدين ، فيصير كالدائن نفسه فيرجع على المدين بما وفاه ، ويحل محل الدائن فى هذا الرجوع (٤) .

رابعاً : إن الضامن كالمسلف ، فيرجع بمثل ما أدى ، وهذا هو الحلول بعينه (٥) .

الاتجاه الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين المكفول بما وفاه عنه ، ولو كانت هذه الكفالة بأمره .

ومن هذا الاتجاه الظاهرية (٦) .

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه ، بأن الدين ينتقل بالكفالة من المدين المكفول عنه إلى الكفيل ، ويصبح الكفيل هو الملزم بوفاء الدين وحده للدائن (المكفول له) ؛ لأن الكفالة تسقط الدين عن المدين (المكفول عنه) وتبرئ ذمته منه ، وتجعله يستقر فى ذمة الكفيل ، فمن الباطل المتيقن أن يرجع على المكفول عنه بحق لزمه الوفاء به بعد أن استقر فى ذمته (٧) .

ويناقش هذا : بأن الكفالة لا تسقط الدين عن المكفول عنه ؛ لأن ذلك شأن الحوالة وهذا القول يؤدى إلى الخلط بين الكفالة والحوالة ؛ لأن الكفالة تؤدى إلى أن تشغل ذمة الكفيل بالدين مع بقاءه فى ذمة المدين المكفول عنه ، أما الحوالة فتؤدى إلى نقل الحق من ذمة

(١) ابن أطفيش : شرح النيل ج ٩ ص ٤٢٤ وقد جاء فيه : " وأجمعوا على أن من ضمن على أحد بأمره فله أن يرجع عليه بما ضمنه عنه ، ولا يجوز له الرجوع عليه إن ضمن عنه بلا أمره ؛ لأنه متبرع به " .

(٢) المقدسى : العدة شرح العدة ص ٢٤٢ ط دار المعرفة بيروت ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م ، النجدي : حاشيته على الروض المربع شرح زاد المستقنع ١٠٧/٥ .

(٣) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥١/٥ .

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

(٥) الخرشي : شرحه على مختصر خليل ٢٦/٦ ، الأزهرى : جواهر الإكليل ١١١/٢ .

(٦) ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ١١٦ وقد جاء فيه ما نصه : " لا يرجع الضامن بما أدى سواء بأمره ضمن عنه أو بغير أمره " .

(٧) المحلى ١١١/٨ ، ١١٦ .

المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وبالتالي إذا كان الكفيل قد ضمن بأمر المكفول عنه وأدى بأمره ، فإن له أن يرجع على المدين المكفول عنه بما وفاه للدائن (المكفول له) وليس في هذا ظلم ولا باطل ؛ لأن الكفيل بوفائه عن المدين قد صرف ماله في منفعة غيره بأمره ، فيرجع بما غرم ^(١) .

وبعد عرض آراء الفقهاء يتضح لى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول لقوة أدلتهم ، وسلامتها من المعارض ، ولكن إذا كانت الكفالة بأمر المدين ، وأدى الكفيل الدين بغير إذنه فهل يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل في ذلك محل الدائن الموفى له أم لا ؟ .

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى أنه إذا كانت الكفالة بأمر المدين ولكن أدى الكفيل بغير إذنه ، فإنه يحق للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ومن هذا الاتجاه الحنفية ^(٢) والمالكية ^(٣) والشافعية في الراجح عندهم ^(٤) والحنابلة ^(٥) والزيدية ^(٦) والإمامية ^(٧) والإباضية ^(٨) .

(١) مغنى المحتاج ٢/٢٠٩ ، نهاية المحتاج ٤/٤٦١ .

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق ٦/٢٤٣ حيث يقول : " وإن كفّل بأمره رجع بما أدى عليه " ، منحة الخالق في نفس الموضوع ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٥٥ ، بدائع الصنائع ٦/١٣ .

(٣) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٣٥ حيث يقول : " ورجع الضامن على أصله بما أدى عنه " ، الآبى الأزهرى : جواهر الإكليل ٢/١١١ ، الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢/١٥٧ .

(٤) الإمام الحصنى : كفاية الأخيار ص ٢٧٨ حيث يقول : " وإن أذن في الضمان فقط رجع على الراجح ؛ لأن الضمان يوجب الأداء فكان الإذن فيه إذنا لما يترتب عليه " ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٩ .

(٥) المقدسى : الشرح الكبير بذيّل المغنى لابن قدامة ٥/٢٥٣ حيث يقول : " ضمن بأمره ، وقضى بغير أمره ، فله الرجوع أيضا " ، المغنى لابن قدامة في نفس الموضوع .

(٦) ابن المرتضى : البحر الزخار ٥/٧٨ وقد جاء فيه : " فإن أمر بالضمان لا التسليم رجع في الصحيحة لتضمنها الأمر بالتسليم " ، التاج المذهب ٤/١٤٩ .

(٧) الحلى : شرائع الإسلام ٢/١٠٩ حيث يقول فيها : " ويرجع الضامن على المضمون عنه إن ضمن بإذنه اتفاقا ولو أدى بغير إذنه " ، النجفى : جواهر الكلام ٢٦/١٣٣ .

(٨) ابن أطفيس : شرح كتاب النيل ٩/٤٢٤ حيث يقول : " ضمان المال يغرم فيه الضامن ، ويرجع على المضمون عنه ، إن ضمنه بإذنه ولو أدى بغير إذنه " .

وقد استدلوأ على ما ذهبوا إليه بما يلي :

أولاً : إن إذن المدين للكفيل فى الضمان يتضمن إذنه له فى الأداء ؛ لأن الضمان يوجب على الكفيل الأداء ، فيرجع على المدين ، كما لو أذن له فى الأداء صريحا ^(١) .

ثانياً : إن الإذن فى الضمان إذن فى الأداء ، لأن الضمان يوجب الأداء ، فكان الإذن فيه إذناً لما يترتب عليه ^(٢) .

ثالثاً : إن الإذن فى الضمان إذن فى سبب الأداء ^(٣) .

الاتجاه الثانى : ويذهب أصحابه إلى القول بأنه إذا كانت الكفالة بأمر المدين ، ولكن الأداء كان بغير أمره ، فلا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بما أداه عنه . ومن هذا الاتجاه الشافعية فى مقابل الراجح ^(٤) والظاهرية ^(٥) .

وقد استدلوأ على ما ذهبوا إليه :

بأن أداء الكفيل الدين المكفول بغير إذن المدين ، يؤدى إلى إسقاط الدين عن المدين ، وبالتالي لا يرجع به الكفيل على المدين بعد أدائه ، كما أن أداء الكفيل للدين بغير إذن المدين يشبه تبرعه به ، والمتبرع لا يرجع ، فذلك الكفيل المؤدى بغير إذن المدين المكفول ^(٦) .

الرأى الراجح :

بعد عرض اتجاهات الفقهاء فى مدى أحقية الكفيل (الموفى) فى الرجوع بما وفاه على المدين المكفول ، وحلوله محل الدائن الموفى له فى هذا الرجوع ، يتبين لى - والله علم - أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أحقية الكفيل (الموفى) فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه من دين مكفول ، وحلول الكفيل فى ذلك محل الدائن الموفى له ، وذلك لأن الإذن فى الضمان إذن فيما يترتب عليه من وفاء للدين ^(٧) كما أن الضامن ينزل منزلة المضمون له ^(٨) .

(١) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ ط دار الغد .

(٢) الحصنى : كفاية الأخيار ص ٢٧٨ .

(٣) الشربينى : مغنى المحتاج ١٠٩/٢ .

(٤) الإمام الشربينى : المغنى ١٠٩/٢ حيث يقول : " والثانى : لا يرجع لانتفاء الإذن فى الأداء " ، النووى : روضة الطالبين ٢٦٦/٤ ، المجموع ٣٠/١٤ .

(٥) المحلى : ١١١/٨ وقد جاء فيه : " ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته بشئ مما ضمن عنه أصلاً ، سواء رغب إليه فى أن يضمه عنه أو لم يرغب إليه فى ذلك " .

(٦) المجموع ٣٠/١٤ ط دار الفكر بدون تاريخ ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٢/٥ ، الشرح الكبير للمقدسى بذيلى المغنى ٢٥٢/٥ .

(٧) الحصنى : كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ص ٢٧٨ .

(٨) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ .

ولكن إذا ضمن الكفيل الدين بغير إذن المدين ، وأدى عنه بأمره فهل يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه من دين مكفول ، وأن يحل محل الدائن الموفى له في هذا الرجوع أم لا ؟
اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويرى الذاهبون إليه أنه يحق للكفيل أن يرجع على المدين المكفول بما وفاه عنه ، وأن يحل في ذلك محل الموفى له ومن هذا الاتجاه المالكية ^(١) والشافعية في رأي مرجوح لهم ^(٢) والحنابلة ^(٣) والزيديّة ^(٤) والإباضية ^(٥) .

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : إن الكفيل أسقط الدين عن المدين بإذنه ، فكان له الحق في الرجوع عليه بما وفاه ^(٦)
ثانياً : إن الكفيل قد أدى الدين بإذن المدين (المكفول عنه) ، ومن أدى عن غيره ديناً بإذنه يرجع عليه ، فكان للكفيل الحق في الرجوع على المدين بما وفاه ؛ لأنه أدى عنه بأمره ، فصار كأنه ضمن عنه بأمره ^(٧) .

الاتجاه الثاني : ويذهب القائلون به إلى أنه لا يحق للكفيل الموفى بأمر المدين أن يرجع عليه بما وفاه عنه ، متى كانت الكفالة قد تمت بغير إذنه .

(١) ابن جزى : القوانين الفقهية ص ٢٧٩ وقد جاء فيها : " فأما ضمان المال فيغرم فيه الضامن ويرجع فيه على المضمون عنه إن ضمنه بإذنه اتفاقاً ، وكذلك إن ضمنه بغير إذنه " .

(٢) الشيرازي : المذهب ٤٥٠/١ وقد جاء فيه : " وإن ضمن بغير إذنه ، وقضى بإذنه ففيه وجهان : من أصحابنا من قال : يرجع لأنه قضى بإذنه " ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٩ .

(٣) المقدسى : الشرح الكبير ٢٥٣/٥ حيث يقول : " ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً ، لأنه أدى دينه بأمره فيرجع عليه كما لو ضمن بأمره " ، ابن مفلح : المقنع ٢٥٨/٤ ، ابن قدامة المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ .

(٤) ابن المرتضى : البحر الزخار ٧٧/٥ حيث يقول : " فإن تبرع بالضمان ، وقضى بالأمر رجوع ، كلو أمره من غير ضمان " .

(٥) ابن أطفيس : شرح كتاب النيل ٤٢٤/٩ حيث يقول : " ضمان المال يغرم فيه الضامن ويرجع على المضمون عنه ، إن ضمنه بإذنه اتفاقاً ، وكذا إن ضمنه بغير إذنه " .

(٦) الشربيني : مغنى المحتاج ٢/٢٠٩ ط الحلبي .

(٧) المجموع ٣٠/١٤ ط دار الفكر ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ .

ومن هذا الاتجاه الحنفية ^(١) والشافعية فى الراجح عندهم ^(٢) والظاهرية ^(٣) والإمامية ^(٤) .
وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه ، بأن أداء الدين وجب على الكفيل بسبب الضمان ،
والضمان لم يأذن فيه المدين المكفول عنه ، للكفيل ، فانصرف أمر المدين للكفيل بالوفاء
إلى ما وجب بالضمان غير المأذون فيه ، فصار الكفيل كأنه تبرع بالأداء ، والمتبرع لا
يرجع بما تبرع به ^(٥) .

ويناقش هذا الدليل :

بأن الواجب بضمان الكفيل للمدين إنما هو أدائه للدين المكفول وليس شيئاً آخر ، فمتى أداه
عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله ^(٦) .

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ، ومناقشة ما أمكن مناقشته يتبين لى - والله أعلم
- أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من القول بأحقية الكفيل الموفى
عن المدين المكفول عنه فى الرجوع بما وفاه عنه عن طريق حلوله محل الدائن ،
متى كان أداء الدين بأمر المدين ، حتى ولو كانت الكفالة للدين بغير أمره ، لأنه
متى ثبت الدفع ثبت الرجوع ، لأن الضامن ينزل منزلة المضمون له ، ويملك
الدين بالوفاء به ، كالمأمور بقضائه ^(٧) .

^(١) مجمع الأنهر ١٣٢/٢ حيث يقول : " فإن كفل بلا أمره أى المكفول عنه (لا يرجع) الكفيل (عليه) أى
على المكفول عنه (بما أدى عنه) لأنه متبرع بأدائه " ، البابرتى : العناية على الهداية بهامش شرح
فتح القدير ٣٠٤/٦ وما بعدها .

^(٢) كفاية الأخيار ص ٢٧٨ وقد جاء فيه : " وإن ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه ، فالراجح أنه لا يرجع
؛ لأن وجوب الأداء سببه الضمان ، ولم يأذن فيه " ، نهاية المحتاج ٤٦٢/٤ ، شرح المنهاج للمحلى
بهامش حاشيتا قليوبى وعميرة ٣٣١/٢

^(٣) المحلى ١١٦/٨ وقد جاء فيه : " ولا يرجع الضامن بما أدى ، سواء بأمره ضمن عنه أو بغير أمره
..... لما ذكرنا من سقوط الحق عن المضمون عنه وبرأته منه ، واستقراره على الضامن "

^(٤) النجفى : جواهر الكلام ١٣٤/٢٦ حيث يقول : " ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه ، بلا
خلاف فيه أيضا " .

^(٥) كفاية الأخيار ص ٢٧٨ ، مغنى المحتاج ١٠٩/٢ ، المجموع ٣٠/١٤ .

^(٦) المقدسى : الشرح الكبير ٢٥٣/٥ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ .

^(٧) الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ ، المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب
الجليل ١٠٣/٥ .

أما إذا ضمن الكفيل دين غيره بغير أمره ، وأدى عنه هذا الدين للمكفول له بغير أمره أيضا ، دون أن يكون ناويا للتبرع عن المدين بهذا الوفاء ، فهل يحق له أن يرجع على المدين بما يؤديه عنه لدائنه أم لا ؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل أيضا على رأيين :

الرأى الأول : يذهب أصحابه إلى أنه يحق للكفيل أن يرجع على المدين المكفول عنه في هذه الحالة ، وأن يحل في هذا الرجوع محل الموفى له (الدائن) . ومن هذا الرأى المالكية ^(١) والحنابلة في أصح الراويتين عندهم ^(٢) . وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : إنه إذا ضمن الكفيل الدين بغير أمر المكفول عنه (المدين) ، وأدى عنه بغير أمره أيضا ، وكان ناويا الرجوع عليه بما يؤديه عنه من دين مكفول ، فإن له الحق في الرجوع عليه بذلك ؛ لأنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه ، وكان أداء الكفيل في هذه الحالة كأداء الحاكم إذا أداه عن المدين عند امتناعه ^(٣) .
ثانياً : إن الكفيل ينزل منزلة المكفول له بأدائه للدين المكفول ^(٤) .
ثالثاً : إنه كلما ثبت الوفاء ثبت الرجوع ^(٥) .

الرأى الثانى : ويذهب القائلون به إلى أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، متى كفه بغير أمره ، وأدى عنه بغير أمره أيضا .

^(١) الإمام الخرشي : شرحه على مختصر خليل ٢٦/٦ حيث يقول : " ورجع أى الضامن بما أدى ولو مقوما إن ثبت الدفع " ، / الصاوى : بلغة السالك ١٧٥/٢ ، الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ .

^(٢) المرداوى : الإنصاف ٢٠٤/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير ٢٥٣/٥ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ ، ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامى ص ١٤٣ القاعدة الخامسة والسبعون ، الشيخ مصطفى السيوطى الرحيباني : مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٣٠٨/٣ طبعة المكتب الإسلام بدمشق .

^(٣) المقدسى : الشرح الكبير ٢٥٣/٥ ، النجدي : حاشيته على الروض المربع ١٠٧/٥ .

^(٤) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ .

^(٥) المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٠٣/٥ .

ومن هذا الرأي الحنفية ^(١) والشافعية ^(٢) والحنابلة في الرواية الثانية ^(٣) والظاهرية ^(٤) والزيدية ^(٥) والإمامية ^(٦) .

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من القول بعدم أحقية الكفيل في الرجوع على المدين (المكفول عنه) في هذه الحالة ، بأن الكفيل ضمن عن المدين بغير إذنه ، وقضى عنه بغير إذنه ، فيكون متبرعا بما أدى عنه ، والمتبرع لا يرجع بما تبرع به ، وصار كما لو علف دوابه ، أو أطعم خادمه بغير إذنه ^(٧) .

ويناقش دليلهم هذا :

بأنه وإن سلم به في المتبرع بما أدى ، ولكنه غير مسلم به فيمن أدى الدين عن المكفول

^(١) الإمام الزيلعي : تبين الحقائق ١٥٥/٤ وقد جاء فيه : " وإن كفل بغير أمره (لم يرجع) لأنه متبرع بأدائه " ، ابن نجيم : البحر الرائق ٢٤٤/٦ ، الهداية ٩١/٣ ، العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٣٠٤/٦ ومابعداها .

^(٢) العلامة أبو الفضل ولي الدين : النهاية شرح متن الغاية والتقريب للقاضي أبي شجاع الأصفهاني طبعة الجهاز المركزي للكتب الجامعية ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ٥٦/٢ وقد جاء فيه ما نصه : " فلو انتفى الإذن في الضمان والأداء فلا رجوع أي للكفيل الموفى - لتبرعه " ، مغنى المحتاج ١٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦١/٤ ، تكملة المجموع ٢٩/١٤ ومابعداها .

^(٣) المرداوى : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٢٠٥/٥ ، ابن رجب القواعد في الفقه الإسلامي ص ١٤٣ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير ٢٥٤/٥ بذيل المغنى لابن قدامة .

^(٤) ابن حزم : المحلى ١١٦/٨ حيث يقول : " لا يرجع الضامن بما أدى سواء بأمره ضمن عنه - أي عن المكفول - أو بغير أمره لما ذكرنا من سقوط الحق عن المضمون عنه وبرأته منه ، واستقراره على الضامن " .

^(٥) ابن المرتضى : البحر الزخار ٧٧/٥ وقد جاء فيه ما نصه : " ويرجع المأمور بها أي بالكفالة - بالتسليم مطلقا وفي العكس لا يرجع لتبرعه " .

^(٦) العاملی : مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ٣٨٧/٥ حيث يقول : " ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع " ، النجفی : جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ١٣٤/٢٦ .

^(٧) تكملة المجموع ٣٠/١٤ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير في نفس المكان .

عنه بنية الرجوع عليه به ^(١) .

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ، ومناقشة ما أمكن مناقشته من هذه الأدلة ، يتبين لى - والله أعلم - أن الراجح هو رأى الأول القائل بأحقية الكفيل فى الرجوع على المدين المكفول عنه بما وفاه ، وفى حله فى ذلك محل المكفول له ، حتى ولو كانت كفالته وأداؤه لدين المدين بغير أمره ، لأنه قضاء مبرئ من دين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه وصار بمنزلة قضاء الحاكم للدين عند امتناع المدين من أدائه ^(٢) ، كما أن الضامن بوفائه الدين للمضمون له ، ينزل منزلته ويحل محله ^(٣) .

ثانيا : فى القانون المدنى :

إذا وفى الموفى بالدين المكفول ، للمكفول له عن المدين المكفول عنه بناء على التزامه الناشئ عن عقد الكفالة ، فإنه يحق له أن يرجع على المدين المكفول عنه بما وفاه ، وأن يحل فى ذلك الرجوع محل الدائن المكفول له فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ، ومايرد عليه من دفع ، ويكون حله فى هذه الحالة حولا قانونيا ، وقد نصت على ذلك المادة (٧٩٩) مدنى بقولها : " إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين " ، وهذا النص لا يعدو أن يكون تطبيقا خاصا للقاعدة العامة التى نص عليها القانون المدنى فى المادة (٣٢٦/أ) والتى تقضى بحل الموفى محل الدائن (الموفى له) بقوة القانون بقولها : " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : أ- إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين ، أو ملزما بوفائه عنه " ، والكفيل ملزم بالوفاء بالدين عن المدين ، ومن ثم إذا وفى الدين المكفول كان له طبقا لهذا النص أن يحل محل الدائن الذى استوفى حقه فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ، وهذا الكفيل يكون له الحق فى الحل محل الدائن الذى استوفى حقه ، أيا كانت الظروف التى عقدت فيها الكفالة أى سواء عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين ، وسواء عقدت بعلم المدين أو بدون علمه وبرضاه أو رغم

(١) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٥ ، المقدسى : الشرح الكبير بذيلى المغنى ٢٥٤/٥ ط دار الغد العربى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

(٢) النجدي : حاشية الروض المربع ١٠٧/٥ ، الرحباني : مطالب أولى النهى ٣٠٨/٣ ، البهوتى : كشف القناع ٣٧١/٣ ، ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٤/٥ .

(٣) الإمام الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ .

اعتراضه ، طالما كانت صحيحة ونشأ عنها التزام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عن المدين ، كما يستوى أن يكون هذا الكفيل متضامنا مع المدين ، أو غير متضامن معه فى الوفاء بالدين ؛ لأن حلول الكفيل محل الدائن يعد أثرا لقيامه بالوفاء بالدين المكفول ^(١) هذا : ويشترط لحلول الكفيل محل الدائن (الموفى له) فى رجوعه على المدين توافر شرطين : الأول : قيام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول فعلا :

يلزم حتى يحق للكفيل أن يرجع على المدين عن طريق حلوله محل الدائن (الموفى له) ، أن يكون قد وفى الدين الذى كفله عن المدين فعلا ، سواء أكان الوفاء بالدين قد وقع من جانب الكفيل نقدا ، أم انقضى بما يعادل الوفاء كالمقاصة ، التى قد تقع بين الكفيل والدائن ، واتحاد الذمة بين الكفيل والدائن ، ولكن لصالح الكفيل ، وأن يكون الوفاء قد تم بالدين كله للدائن ، وبالتالي إذا كان هناك جزء من الدين باقيا بغير وفاء ، بمعنى أن الكفيل لم يوف إلا بجزء من الدين ، فإنه لا يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ، إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه كاملا ؛ لأنه لا يجوز أن يترتب على الحلول أى ضرر بالنسبة للدائن ، ولذلك يجب على الكفيل إذا وفى الدائن بجزء من حقه ، أن ينتظر حتى يستوفى الدائن باقى حقه ، ولا يزاحمه فى الرجوع على المدين ، وقد نصت على ذلك المادة (١/٣٣٠ مدنى) 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 مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " ، وقد أورد المقتن المدنى هذا الحكم فى عجز المادة (٧٩٩) مدنى السابق ذكرها ، وهى تشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا ، سواء استوفاه من الكفيل ، أو من المدين ، أو من

(١) فى هذا المعنى د/ توفيق فرج : التأمينات الشخصية والعينية ص ٧٣ ومابعدهما ف ٧٣ ، د/السنهورى : الوسيط ٢٢٣/١٠ ف ٦٦ ط ١٩٩٤ الناشر دار النهضة العربية ، د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم : التأمينات العينية والشخصية ص ٤٢٩ ف ٥٣ ومابعدهما ط ٢٠٠١م مطبعة الإسراء ، د/ أحمد سلامة : مذكرات فى التأمينات المدنية ٥٢/٢ ف ٣٤ ، د/ سمير تناغو : التأمينات الشخصية والعينية ص ١١٢ ف ٥٣ طبعة ١٩٩٤م ، د/ همام محمود : التأمينات الشخصية والعينية ص ١٤١ ومابعدهما ط دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية ١٩٨٩م ، د/ سمير كامل : التأمينات الشخصية والعينية ص ٤٣ ومابعدهما ، د/ عبد الخالق حسن : الكفالة ص ١٩٢ ومابعدهما ، د/ سليمان مرقس : عقد الكفالة ص ١٨٢ ومابعدهما

غيرهما ، وعلى ذلك إذا وفى الكفيل الدائن جزء من حقه ، وفى المدين بالجزء الباقي ، كان للكفيل أن يرجع بما وفاه على المدين بدعوى الحلول ^(١) .

أما إذا وفى الكفيل الدائن بجزء من الدين ، واستوفى الدائن بقية حقه من شخص آخر غير المدين ، وكان لهذا الشخص الحق فى الرجوع على المدين بدعوى الحلول ، فإنه يزاحم الكفيل فى رجوعه على المدين بدعوى الدائن (الحلول) ، وفى هذه الحالة يشترك الكفيل (الموفى الأول) ، الموفى الثانى معا فى الحلول محل الدائن ، ويقتسمان مال المدين قسمة غرماء ^(٢) وقد نصت على ذلك صراحة المادة (٢/٣٣٠) مدنى بقولها : " فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجوع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء " .

الثانى : أن يكون وفاء الكفيل للدين المكفول به قد تم بعد حلول الأجل :

إذا وفى الكفيل الدين المكفول قبل حلول الأجل الأصلى للوفاء به من المدين ، فإنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ، إلا بعد حلول هذا الأجل ، وقد لا يرجع الكفيل بما وفاه من دين قبل حلول الأجل الأصلى للوفاء به ، إذا وجد بين وفاء الكفيل ، وحلول الأجل الأصلى للوفاء بالدين سببا من الأسباب ، التى تؤدى إلى انقضاء الدين ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى : " فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين ، والحلول محل

^(١) د/ سمير تناغو : المصدر السابق ص ١١٢ ف ٥٣ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ف ٩٧ ص ٢٢٥ ومابعدا ، د/ عبد الخالق حسن : الكفالة دراسة مقارنة ص ١٩٣ ف ٨٦ ، د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٣٤٠ ومابعدا ، د/ محمود جمال الدين زكى : التأمينات الشخصية والعينية ص ١٣٦ ف ٦٨ ، د/ رمضان أبو السعود : التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٠٢ ط ١٩٩٥ بمنشأة المعارف بالإسكندرية ، د/ محمد لبيب شنب : دروس فى التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٦٨ ف ٣١١ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٣ ومابعدا .

^(٢) د/ توفيق فرج : التأمينات الشخصية والعينية ص ٧٤ ، د/ عبد الخالق حسن أحمد : الكفالة دراسة مقارنة ص ١٩٤ ، د/ منصور مصطفى منصور ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٤٣٠ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ١٣٦ ، د/ سمير تناغو : المرجع السابق ص ٤٤ ، د/ عبد الرازق فرج : عقد الكفالة ص ٧٧ ف ٥٦ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٢٠٣ ، د/ محمد لبيب شنب : موجز فى شرح أحكام عقد الكفالة ص ٦٣ ط ١٩٩٧ م .

الدائن إذا كان الدين قد انقضى في المدة بين الوفاء وحلول الأجل ، بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين " (١) .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون المدني يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أنه يحق للكفيل الذي قام بالوفاء بالدين الذي كفله للدائن عن المدين ، أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل في هذا الرجوع محل الدائن ، مالم يكن متبرعا ، سواء أكانت هذه الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده أم لمصلحة المدين أم لمصلحتهما معا .

كما يتفق القانون المدني مع الاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي القائل بأنه إذا كانت الكفالة قد تمت بأمر المدين ، وكذلك الوفاء بالدين المكفول ، فإنه يحق للكفيل ، أن يرجع على المدين بما وفاه ، وأن يحل في هذا الرجوع محل الدائن (الموفى له) ؛ لأن الكفالة والوفاء بالدين قد تما بأمر المدين .

كما يتفق القانون المدني مع ما يذهب إليه الاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي أيضا ، والقائل بأحقية الكفيل (الموفى) بالدين المكفول في الرجوع على المدين بما وفاه ، وفي حله محل الدائن في هذا الرجوع إذا تمت الكفالة بإذنه ، وانتفى هذا الإذن في الأداء ؛ لأن الإذن في الضمان إذن في الأداء ، ولأن الكفالة قد تمت بعلم المدين في هذه الحالة .

كما يتفق القانون المدني مع ما يذهب إليه الاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي القائل بأنه يحق للكفيل أن يرجع على المدين المكفول عنه بما وفاه - متى قام بالوفاء بالدين المكفول - وأن يحل في هذا الرجوع محل الدائن (الموفى له) متى كانت الكفالة قد تمت بغير أمره ، إذا كان الأداء قد تم بعلمه ؛ لأن الكفالة قد تمت هنا دون معارضة من المدين

كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن الكفيل لا يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه حالا في ذلك محل الدائن ، إلا إذا كان قد قام بالوفاء بالدين المكفول فعلا ، أو بما يقوم مقام أداء الدين ، وأن يكون الأجل المضروب للوفاء بالدين من المدين قد حل .

كما يتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه الاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي من أنه إذا تمت الكفالة بغير أمر المدين ، وقام الكفيل بالوفاء بالدين بغير إذن المدين أيضا ، فإنه يحق لهذا الكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، وأن يحل في ذلك محل الدائن الموفى له ؛ ذلك لأنه قضاء مبرئ ، فكان من ضمان من هو عليه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٥٤٤ وما بعدها .

المبحث الثانى

حلول دائن وفى دائنا آخر مقدما عليه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا كان لمدين واحد عدة دائنين ، وكان أحد هؤلاء الدائنين متقدما على غيره فى استيفاء حقه من المدين بماله من رهن أو ضمان ، فإنه قد يقوم دائن آخر أقل منه مرتبة ، بإيفائه حقه المتقدم به عليه ، فهل يحق لهذا الدائن (الموفى) المتأخر فى المرتبة أن يحل محل الدائن (الموفى له) المتقدم فى مرتبته أم لا ؟

الإجابة عن هذا التساؤل ستكون فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى على النحو التالى :

أولا : فى الفقه الإسلامى :

إذا كان هناك عدة دائنين لمدين واحد ، وكان أحدهم متقدما على غيره من الغرماء برهن أو ضمان ، وقام دائن متأخر عنه فى المرتبة بالوفاء له بدينه ، فهل يحق للدائن المتأخر (الموفى) أن يحل محل الدائن المتقدم (الموفى له) فى مرتبته أم لا ؟

لبيان ذلك يلزم أن أتحدث عن موقف الفقه الإسلامى من حق التقدم ، الذى بناء عليه يكون صاحبه مقدما على غيره من الغرماء ، باعتباره أصلا لحلول دائن متأخر محل دائن متقدم عليه ، متى قام بالوفاء له بدينه ، ثم أتحدث عن مدى جواز حلول دائن متأخر وفى دائنا آخر مقدما عليه :

أ- موقف الفقه الإسلامى من حق التقدم :

اتفق الفقهاء على أن الدائن المرتهن له الحق فى التقدم على غيره من الغرماء فى استيفاء حقه من ثمن الشئ المرهون ، وفى ذلك يقول الإمام الكاسانى : " إذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن وعليه ديون أخرى ، فالمرتتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء ، لأنه يعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون ، فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن وكذلك إذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن وعليه ديون أخرى ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن ، كان المرتتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء ، فإن فضل منه أى من الرهن شيئا يضم الفضل إلى مال الراهن ، ويقسم بين الغرماء بالحصص ، لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتتهن ، وإن نقص عن الدين يرجع المرتتهن بما بقى من دينه فى مال الراهن ، وكان بينه وبين الغرماء بالحصص ؛ لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء ^(١) .

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣١ .

ويقول الإمام الدردير : " ثم يلي ساقيه فيما فضل عنه مرتهنه الحائز له ، ثم إن فضل شيء فللغرماء " (١) .

ويقول الإمام الرملى : " ويقدم المرتهن بثمنه أى بثمان الرهن على سائر الغرماء إن لم يتعلق برقبته جنائية ؛ لأن تعليقه الحق بعين الرهن رضا منه باستيفائه منه ولا ينافى ذلك تعلق حق المرتهن بغير الرهن أيضا ؛ لأن الوفاء معناه أن المرهون قد لا يوفى ثمنه الدين فيجب الوفاء به من بقية مال الراهن " (٢) .

ويقول الإمام ابن قدامة : " إذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش جنائية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس ثم من له رهن ، فإنه يختص بثمانه عن سائر الغرماء ، لأن حقه متعلق بعين الرهن وبذمة الراهن معا ، وسائرهم بالذمة دون العين فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن ، وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم ، فبيع الرهن ، فإن كان ثمنه وفق حقه أخذه ، وإن كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء ، وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب مع الغرماء " (٣) .

وقد استدلوا على ذلك بما يلى :

أولا : إن الدائن المرتهن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص ، فثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن (٤) .

ثانيا : أنه من أكثر فوائد الرهن اختصاص المرتهن بثمانه عن سائر الغرماء (٥) .

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٢٨٨/٣ ، الخرشي : شرحه على مختصر خليل ٢٨٦/٥ .

(٢) نهاية المحتاج ٢٧٤/٤ ، مغنى المحتاج ١٣٤/٢ ، روضة الطالبين ١٤١/٤ .

(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٧٣/٥ ، مطالب أولى النهى ٢٥٥/٣ ، الروض النضير ٢٧٢/٢ ، وفى هذا المعنى : ابن المرتضى : البحر الزخار ٨٣/٥ ، العاملى مفتاح الكرامة ١٧٨/٥ ومابعدهما حيث يقول : " وحق المرتهن أقدم - أى مقدم - فى الرهن من حق الحى والميت ؛ لأن فائدة الرهن شرعا اختصاص المرتهن بالاستيفاء ، ومقتضى ذلك تقديمه على غيره من الغرماء فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء " ، ابن أطفيش : شرح النيل ١٠٤/١١ ومابعدهما .

(٤) بدائع الصنائع ٢٣١/٦ .

(٥) الرملى : نهاية المحتاج ٢٧٤/٤ ، روضة الطالبين ١٤١/٤ ، البحر الزخار ١٣/٥ .

ثالثا : أن حق المرتهن متعلق بعين الرهن ، وبذمة الراهن معا ، وسائر الغرماء يتعلق حقه بذمة الراهن دون العين ، فكان حق انمرتتهن أقوى فثبت له حق التقدم ^(١) .

رابعا : أن الفائدة من الرهن شرعا هي اختصاص المرتهن باستيفاء حقه منه ، فكان مقتضى ذلك تقديمه على غيره من الغرماء ^(٢) .

ب- مدى جواز حلول دائن وفي دائنا آخر مقدما عليه .

إذا كان تقدم الدائن المرتهن على سائر الغرماء في استيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون أمرا مجمعا عليه في الفقه الإسلامي ، فهل يحق لمن قام من الدائنين التاليين له في المرتبة بالوفاء له بحقه الذي ثبت له به حق التقدم أن يحل محله أو لا ؟

لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من أن يحل الدائن الأقل مرتبة محل الدائن الذي ثبت له الحق في التقدم ، متى قام بالوفاء له بالدين الذي له على المدين ، ويشهد لذلك ما يلي :
(١) إنه كلما ثبت الوفاء ثبت الرجوع ^(٣) والحلول ضرب من ضروب الرجوع ^(٤) .

(٢) إن المسألة الملقبة بقلب الرهن يحل فيها المشتري (الموفى) محل البائع (الموفى له) في حوز الرهن والانتفاع به ^(٥) .

(٣) إن أكثر ما يجب لمن وفى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين (الموفى له) ، سواء أكان هذا الموفى كفيلا أم أجنبيا عن المدين أم دائنا له في مرتبة أقل من مرتبة الموفى له ^(٦) .

ثانيا : في القانون المدني :

الفرض في هذه الحالة أن المدين له دائنان أحدهما متقدم بماله من تأمين عيني كرهن أو اختصاص أو امتياز ، والآخر دائن متأخر عن الأول إما لأنه دائن عادي ، أو لأنه دائن

(١) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٧٣/٥ ، الشرح الكبير للمقدسى ١٢٥/٥ .

(٢) العاملى : مفتاح الكرامة ١٧٨/٥ وما بعدها ، ابن أطفيش : شرح النيل ١٠٥/١١ .

(٣) المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٠٣/٥ .

(٤) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٤٩ .

(٥) التسولى : البهجة شرح تحفة الحكام ٩١/٢ ، التادوى : حلى المعاصم لفكر ابن عاصم ٩٠/٢ .

(٦) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ١٧٩/٥ ، الشرح الكبير للمقدسى نفس المكان ،

مرتتهن ، ولكنه يلى الدائن الأول فى أسبقية قيد الرهن ^(١) والعلة من تقرير المقنن المدنى لهذه الحالة أنه قد يكون للدائن المتأخر مصلحة مشروعة فى الوفاء بدين الدائن المتقدم ، والحلول محله فى هذا الدين ، وتتحقق هذه المصلحة فى فرضين :

الفرض الأول : شروع الدائن المتقدم فى المرتبة فى التنفيذ على العقار المحمل بالتأمين العينى ، فى وقت غير مناسب فى تقدير الدائن المتأخر ؛ نظرا لتوقعه أن العقار سيباع فى المزاد العلنى بثمن بخس ، بسبب انخفاض أسعار العقارات فى ذلك الوقت ، وهذا لا يلحق بالدائن المتقدم أى ضرر ؛ لأنه سيستوفى حقه مهما بلغ ثمن العقار ، وذلك لما يكفل له حق التقدم من الأولوية فى اسفاء حقه ، وإنما يحيق الضرر بالدائن المتأخر ؛ لأنه قد لا يدرك من ثمن العقار ما يكفى للوفاء بحقه ، وفى هذه الحالة يكون من مصلحة الدائن المتأخر ، أن يوفى بحق الدائن المتقدم ، ويحل محله بحكم القانون فى تأمينه العينى على العقار ، وهذا الحلول يعد وسيلة ناجحة لمنع التنفيذ على العقار المحمل بالتأمين العينى ، فى ذلك الوقت إلى أن تحين الفرصة المناسبة ، التى يمكن أن يباع فيها ذلك العقار بثمن يكفى للوفاء بالدين المتقدم والمتأخر معا ^(٢) .

الفرض الثانى : قد يقرر الدائن المتأخر أن العقار المرهون ، مهما بلغ ثمنه ، فى أى وقت تم بيعه لن يكفى للوفاء بالدين المتقدم والمتأخر ، ولكن يتبين له أن الدائن المتقدم له تأمينات عينية أخرى على غير العقار المرهون ، فيقوم بالوفاء بحق الدائن المتقدم ، ويحل محله فى التأمين المتقدم به عليه فى العقار المحمل بالتأمين العينى لهما ، وفى التأمين

^(١) يراجع فى هذا المعنى د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ف ٤١٨ ص ٦٩٠ ، د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ف ٢٨٨ ص ٣١٢ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ف ١١ ص ٤٨٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٢٢ ف ٢٧١ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩٣ ف ٣٩٢ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٦٢ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٥ .

^(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الثانى ف ٣٧٨ ص ٧٨٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع والموضع السابقين ، د/ محسن البيه : المرجع والموضع السابقين ، د/ جلال إبراهيم المرجع والموضع السابقين ، د/ عبد الودود يحى المرجع والموضع السابقين ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٣٦ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٧٥ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ محمد شكرى : المرجع السابق ص ٢٧٦ ومابعداها ف ٣٦٩ .

الآخر ، فيتمكن الدائن المتأخر بذلك من استيفاء حقه كاملا ، من ثمن العقار المرهون ، ومن التأمين الآخر ، ومن أجل تحقيق ، مصلحة الدائن المتأخر أجاز المشرع المدني له ، أن يحل محل الدائن المتقدم متى وفى له دينه ، وتحقيق هذه المصلحة للدائن المتأخر ، لا يؤدي إلى الإضرار بالدائن المتقدم ؛ لأنه يحصل على حقه كاملا ، ولا بالمدين لأن الوضع بالنسبة إليه لا يتغير ، فحلول دائن محل آخر لا يضره فى شئ طالما تم الحلول فى ذات الدين ، وفى نفس مرتبة الدائن المتقدم (الموفى له) ^(١) .

هذا : وقد تطلب القانون لتحقيق الحلول فى هذه الحالة ، توافر شرطين :
الأول : أن يكون الموفى دائئا لنفس المدين :

يجب حتى يحل الدائن المتأخر (الموفى) محل الدائن المتقدم (الموفى له) فى هذه الحالة ، أن يكون الموفى دائئا لنفس المدين ، فإذا لم يكن دائئا لنفس المدين ، بأن كان أجنبيا عنه ، فإنه لا يحل محل الدائن المتقدم (الموفى له) حلولا قانونيا ، بل يمكن أن يحل محله حلولا اتفاقيا ، وذلك إذا اتفق ذلك الموفى الأجنبى مع الدائن ، أو مع المدين على أن يحل محله بالطرق التى بينها القانون فى الحلول الاتفاقى ^(٢) وإذا كان الموفى دائئا للمدين ، فلا يهم بعد ذلك أن يكون له تأمين عينى على نفس العقار ، ولكنه فى مرتبة تالية ، أو أن يكون دائئا عاديا لذلك المدين ^(٣) .

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٨٨ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق ص ٣٣٦ ومابعدا ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩٤ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٤٦ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٠٨ ، د/ السنهورى : الوجيز فى شرح القانون المدنى ، نظرية الالتزام بوجه عام ص ١١٢٨ ف ١١٣٩ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٩٠ ف ٤١٨ ، د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٦٦ ف ٩٠ .

^(٢) يراجع الحلول الاتفاقى من ص ٦٠١ إلى ص ٦١٧ من هذا البحث .

^(٣) يراجع فى ذلك د/ السنهورى : الوسيط السابق ص ٧٨٨ ومابعدا ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٦٣ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٩٠ ، د/ أحمد حشمت : نظرية الالتزام ص ٥٩٩ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٢٥ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٤٢٢ ومابعدا ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٤٥ ومابعدا ، د/ فتحى عبد الرحيم ص ٣٣٦ ، د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٧١ .

الثانى : أن يكون الموفى له دائئا متقدما على الموفى بما له من تأمين عيني .

لا يكفى أن يكون الموفى دائئا لنفس المدين ، وإنما يجب أن يكون الموفى له دائئا متقدما على الموفى ، بماله من تأمين عيني ، حتى يتحقق الغرض من الحلول أما إذا كان الموفى له دائئا متقدما على الموفى بماله من تأمين شخصى ، فإن الموفى لا يحل محله حلولا قانونيا ، وأيضا إذا كان للموفى له تأمين عيني ، ولكنه متأخرا فى المرتبة عن تأمين الموفى ، أو فى نفس درجته ، فإن الحلول القانونى يمتنع فى هذه الحالة أيضا ، حتى ولو قصد الموفى من هذا الوفاء ، وقف إجراءات التنفيذ على المال محل التأمين العيني ، التى باشرها الدائن المتأخر فى ظروف غير ملائمة ؛ لأنه إذا فعل ذلك أضر بنفسه ؛ لأن الدائن الموفى له غير متقدم عليه ، أو قصد من ذلك منع الدائن المتأخر من المعارضة فى الديون ، فيتيسر للدائن المتقدم أن يمضى فى إجراءات التوزيع ، وأن يجرى التسوية الودية التى يتغياها ؛ لأن هذه المصالح محدودة لم ير المقنن المدنى أن يرتب عليها الحلول القانونى ومن ثم لا يكون أمام الدائن المتقدم فى هذه الأحوال إلا الحلول الاتفلقى ، وفى ذلك تقول المذكرة التحضيرية للقانون المدنى : " ويراعى أن الدائن المتقدم فى الرتبة لا يحل حلولا قانونيا ، إذا وفى دائئا متأخرا عنه ، حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملائمة الظروف ، فالحلول لا يتم فى هذه الحالة إلا بالتراضى ^(١) كما يمتنع الحلول القانونى إذا تم الوفاء من دائن لدائن آخر ليس له تأمين عيني كرهن أو امتياز ، حتى ولو كان للدائن الموفى له ميزة أخرى تضاهى التأمين ، كحق الحبس ، أو دعوى الفسخ ، لأن القواعد المتعلقة بالحلول القانونى فى هذه الحالة أضيق من أن تتسع لهذا الفرض ، وعلى ذلك لا يكفى أن يكون الدائن الموفى له متقدما على الدائن الموفى فى هذه الحالة فقط ، بل يجب أن يكون تقدمه عليه بماله من تأمين عيني ^(٢) وقد نصت على ذلك كله المادة (٣٢٦/ب) مدنى بقولها : " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٣ ص ١٧٩ ، وفى هذا المعنى د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٨٩ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٩ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩٤ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٦٣ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٠٨ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٩٠ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩٤ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٦٩ .

الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية ب- إذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين " .

ثالثا : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أحقية الموفى فى الحلول محل الموفى له ، إذا كان ذلك الموفى دائنا لمدين ووفى حق دائن آخر لنفس المدين ، متى كان لهذا الدائن (الموفى له) حق التقدم على الموفى بما له من تأمين عينى (رهن) على مال من أموال المدين ؛ لأن حلول الدائن المتأخر محل الدائن المتقدم ، متى قام بالوفاء له بدينه أمر مترتب على ثبوت حق التقدم لصاحب التأمين العينى (الرهن) على سائر الغرماء حتى من تقرر له حق عينى (رهن) على مال المدين بعده ؛ لأن الفقه الإسلامى وإن كان يجعل التوثيق بالكتابة أمر مندوب إليه ، إلا أن الباحث يرى أنه لا يمانع من الأخذ بتقرير أسبقية أحد الدائنين على غيره ، بأسبقية قيد الرهن ، لأن مثل هذه الأمور وإن كان الفقه الإسلامى لم ينص عليها استقلالا ، إلا أنها من الممكن أن تدخل تحت قواعد هذا الفقه ومقاصده التى تحرم الإضرار بالغير .

كما أن الوفاء الحاصل من الدائن المتأخر ، يترتب عليه حلول هذا الدائن المتأخر محل الدائن المتقدم (الموفى له) ؛ لأنه أكثر ما يجب لمن وفى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين بما له من حقوق ، وما قد يرد عليه من دفع .

وما ذهب إليه فقه القانون المدنى من تقريره لفروض تتحقق فيها مصلحة الموفى (الدائن المتأخر) ، يتفق مع الفقه الإسلامى الذى يحث على جلب المصالح ، وإن كان يقرر أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح .

المبحث الثالث

حلول الموفى (الحائز) مشترى العقار المرهون محل الدائنين المرتهنيين (الموفى لهم) في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

إذا كان للدائن المرتهن الحق في حبس العين المرهونة ، حتى يستوفى دينه ، من ثمنها ، فإنه إذا قام المدين الراهن ببيع هذه العين المرهونة فهل يجوز لمن اشتراها ، وهو ما يعرف بالحائز للعقار المرهون أن يوفى بعض الدائنين المرتهنيين ديونهم ، ويحل محلهم أم لا ؟

سأوضح ذلك في الفقه الإسلامي و القانون المدني على الوجه التالي :

أولاً : في الفقه الإسلامي :

لبيان مدى أحقية مشترى العقار المرهون في الحلول محل بعض الدائنين المرتهنيين ، متى قام بالوفاء بديونهم التي لهم بها رهن على ذلك العقار ، يلزم أن أبين موقف الفقه الإسلامي من بيع الراهن للعين المرهونة بعد قبض المرتهن لها ، ثم بيان موقف ذلك الفقه من أحقية المشتري للعقار المرهون في الحلول محل بعض الدائنين المرتهنيين ، متى قام بالوفاء لهم بحقوقهم .

أولاً : موقف الفقه الإسلامي من بيع الراهن للعين المرهونة بعد ثبوت الرهن .
اتفق عامة فقهاء المذاهب الإسلامية على أنه لا يجوز للراهن أن يبيع العين المرهونة إلا إذا أذن له المرتهن ، أو قضى دينه ^(١) .

^(١) يراجع للحنفية : المرغناني : الهداية ١٤٥/٤ حيث يقول : " وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ، وإن كان الراهن يتصرف في خالص ملكه (فإن أجاز المرتهن جاز) لأن التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وإن قضاء الراهن دينه جاز أيضاً) لأنه زال المانع من النفوذ " ، الزيلعي : تبين الحقائق ٨٤/٦ حيث يقول : " ويوقف بيع الراهن على إجازة مرتنه أو قضاء دينه " .

وللمالكية : الخرشي : شرحه على مختصر خليل ١٥١/٥ حيث يقول : " والمعنى أن الراهن إذا باع الرهن بعد أن قبضه المرتهن وحازه ، أو كان بيد أمين ، فإن باعه بمثل الدين أو أكثر منه فلا كلام للمرتهن ، ويأخذ دينه ، وإن باعه بأقل فللمرتهن أن يرد البيع ، سواء أكان دينه عيناً أو عرضاً ؛ لأن حقه تعلق بالرهن ، وله أن يجيزه ، ويأخذ الثمن ، ويطالب الراهن ببقية حقه " ، الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٢٤٨/٣ ، جواهر الإكليل ٨٣/٢ ، الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك ١١٨/٢ .

ثانيا : موقف الفقه الإسلامى من أحقية المشتري للعقار المرهون فى الحلول محل بعض الدائنين أو المرتهنين ، متى قام بالوفاء لهم بحقوقهم .

لما كان للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون بالبيع ، متى أذن له المرتهن فى ذلك ، أو قضى دينه ، سواء تم الوفاء بدين هذا الدائن المرتهن من الراهن نفسه أو قضاء عنه غيره كمشتري العقار المرهون ^(١) ، فإنه يجوز لمشتري العين المرهونة أن يوفى حقوق الدائنين المرتهنين ، أو بعضهم من ثمن هذه العين المرهونة التى قام بشرائها ليخلص له ملكه ، ذلك لأن تعلق الدائنين المرتهنين بالعقار المرهون ليس له مبرر إلا استيفاء حقوقهم ، فإذا استوفوا حقوقهم ، فلا مصلحة لهم فى رد البيع ، وإذا كان الأمر كذلك فهل يحق

وللشافعية : الرملى : نهاية المحتاج ٢٦٩/٤ وقد جاء فيها : " ولو أذن المرتهن للراهن فى بيع المرهون فباعه ، والدين مؤجل فلا شئ له أى للمرتهن على الراهن ليكون رهنا مكانه أى مكان المرهون لبطلان الرهن أو حال قضى حقه من ثمنه " ، مغنى المحتاج ١٣٠/٢ وقد جاء فيه : " وليس للراهن المقبض تصرف مع غير المرتهن بغير إذنه (بزيل الملك) كالهبة والبيع والوقف ، لأنه لو صح لفاتت الوثيقة أما معه أو بإذنه يصح " ، روضة الطالبين ٨٢/٤ ومابعدا .

وللحنابلة : راجع مطالب أولى النهى ٢٦٣/٣ وقد جاء فيها : " وإن باع الراهن الرهن بإذن المرتهن (والدين حال) صح البيع للإذن فيه أو أخذ الدين من ثمنه ؛ لأنه لا دلالة فى الإذن فى البيع على الرضى بإسقاط حقه من الدين ، ولا مقتضى لتأخير وفائه ، فوجب الدين من ثمنه " ، حاشية الروض المربع ٦٧/٥ ، المبدع ٢٢٦/٤ ، / كشف القناع ٣٣٧/٣ ومابعدا .
وللزيدية : البحر الزخار لابن المرتضى ١٨/٤ وقد جاء فيه : " لا تصرف له أى للراهن فى الرهن بوجه إلا بإذن المرتهن لتعلق حقه به ، فإن فعل نقض " .

وللإمامية : مفتاح الكرامة ١١٦/٥ وقد جاء فيه : " إذا تصرف الراهن فى الرهن بما يمنع منه ، فإن كان بعقد أو بعق كان موقوفا على إجازة المرتهن " .

ولللإباضية : شرح النيل ١٤٧/١١ ومابعدا وقد جاء فيه : " ولا يصح لراهن فى رهنه بيع ولا هبة لأنه معقول بحق المرتهن إلا إن فكه بعد استيفاء الراهن حقه بأن قضاء الراهن أو قضاءه عنه غيره " .

(١) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٢٣٦/٥ حيث يقول : " ولو قضى أحد الدين عن الغير بغير إذنه صح أى الأداء " ، ابن أطفيش : شرح النيل ١٤٩/١١ ومابعدا .

لمشتري العقار المرهون ، إذا أدى للدائنين المرتهنيين حقوقهم أن يحل محلهم ، وأن يرجع على المدين بما وفاه زائدا على ثمن ذلك العقار أم لا ؟

من المقرر أن وفاء المشتري للعقار المرهون لحقوق الدائنين المرتهنيين يسرى عليه حكم الموفى لدين غيره ، سواء أكان ذلك الموفى ضامنا للوفاء بذلك الدين أم أجنبيا عنه ^(١) ، والموفى لدين غيره يفرق في شأن حلوله محل الموفى له في رجوعه على المدين بين حالتين :

الحالة الأولى : كون الموفى (مشتري العقار المرهون هنا) مأذونا في الأداء لبعض الدائنين المرتهنيين من الراهن .

وفي هذه الحالة اتفق الفقهاء على أنه يحق للموفى ، وهو مشتري العقار المرهون هنا ، أن يحل محل الموفى لهم ، وأن يرجع على المدين بما وفاه زائدا عن ثمن العقار المرهون ، مادام المدين قد أذن له في الأداء عنه ^(٢) .

وقد استدلووا على ذلك بما يلي :

أولا : إن الموفى بالدين بأمر المدين (الموفى عنه) يملك الدين بالأداء فينزل منزلته ^(٣) .

ثانيا : إن المؤدى للدين يرجع بما أدى ، متى ثبت الدفع ؛ لأنه كالمسلف ^(٤) .

ثالثا : إن وفاء مشتري العقار هنا قد تم بأمر المدين ، فكان بمنزلة أمره بالدفع إليه ، وإذا أمره بالدفع إليه كان للموفى أن يرجع عليه بما وفاه ، فكذا إذا أمره

^(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٤١٤ .

^(٢) العناية على الهداية ٣٠٥/٦ وقد جاء فيها : " ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه " ، مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، الزخيرة ١٣٠/٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٩ ، حاشية الشبراملى على نهاية المحتاج ٢٦٣/٤ وقد جاء فيها : " وإن أدى من جهة الإذن فى الأداء رجوع " ، شرح منتهى الإرادات ٢٥١/٢ حيث يقول : " وكل مؤد عن غيره دينا واحبا فيرجع إن نوى الرجوع وإلا فلا " ط دار الفكر بيروت ، المحلى ١١٧/٨ حيث اعتبر ابن حزم الوفاء مع الإذن وكالة ، ورتب عليه الرجوع ، البحر الزخار ٧٧/٥ وقد جاء فيه : " وإن قال أدفع عنى رجوع " ، العاملى : مفتاح الكرامة ٣٨٨/٥ حيث يقول : " الإذن فى الأداء يقتضى الرجوع " ، جواهر الكلام ١٥٣/٢٦ ، شرح النيل ٤٢٤/٩ .

^(٣) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٣٠٥/٦ .

^(٤) جواهر الإكليل ١١١/٢ ، الدردير : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٥٧/٢ .

بالدفع إلى غيره ؛ لأنه صرفه إلى منفعة الغير بإذنه ، فكان له أن يحل محلهم في رجوعه على الموفى عنه ^(١) .

الحالة الثانية : قيام الموفى (مشتري العقار المرهون) بالوفاء بالدين للدائنين المرتهنيين بغير إذن المدين الراهن .

وهذه الحالة اختلف الفقهاء بصددتها على قولين :

القول الأول : ويذهب أصحابه إلى أنه إذا وفى الغير دين المدين بغير أمره ، فإنه لا يحق له أن يرجع عليه بما وفاه عنه ، ولا أن يحل محل الموفى له فى هذا الرجوع ، وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(٢) والشافعية ^(٣) والحنابلة فى رواية ^(٤) والظاهرية ^(٥) والزيدية ^(٦) والإمامية ^(٧) والإباضية فى قول ^(٨) .

وقد استدلل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بأن الموفى إذا أدى الدين عن غيره بغير إذنه ، فإنه يكون متبرعا ، ولا رجوع للمتبرع بشئ مما أداه ، لأنه يصير كما لو علف دواب الموفى عنه بغير إذنه ^(٩) .

القول الثانى : ويرى أصحابه أنه إذا قام الغير بالوفاء بدين المدين بغير إذنه ، كان له أن يرجع عليه بما وفاه ، وأن، يحل فى ذلك محل الموفى له ، وقد ذهب إلى ذلك المالكية ^(١٠)

(١) حاشية البيجرمى على الخطيب ١٠٠/٣ ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ .

(٢) الهداية ٩١/٣ ، مجمع الأنهر ١٣٢/٢ ، العناية على الهداية ٣٠٤/٣ وقد جاء فيها : " وإن كفل بغير أمره لم يرجع ، لأنه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع " .

(٣) زاد المحتاج ٢٣٣/٢ وقد جاء فيه : " من أدى دين غيره بلا إذن فلا رجوع لتبرعه " ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ .

(٤) الإنصاف ٢٠٤/٥ ومابعدا ، وقد جاء فيه : " الحالة الرابعة : أن يضمن بغير إذنه ويقضى بغير إذنه فهذه فيها رأيان الثانية لا يرجع " ، المغنى مع الشرح الكبير ٢٥٣/٥ .

(٥) المحلى ١١٧/٨ .

(٦) التاج المذهب ١٤٩/٤ ، البحر الزخار ٧٧/٥ .

(٧) جواهر الكلام ١٣٣/٢٦ ومابعدا ، مفتاح الكرامة ٣٨٨/٥ .

(٨) شرح النيل ٤٦٤/٩ ومابعدا .

(٩) الهداية ٩١/٣ ، البحر الرائق ٢٤٤/٦ ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ .

(١٠) جاء فى الزخيرة للقرافى : " إذا أدبت حقا عليه أى على المدين بغير أمره رجعت عليه " ، المواق

: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٠٢/٥ .

والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم ^(١) والإباضية في القول الآخر ^(٢) .

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي :

أولاً : إن الموفى كالمسلف فيرجع متى ثبت الدفع ^(٣) .

ثانياً : إن المشتري الدين يحل محل بئنه في حوز الرهن والمنفعة به ، فكذلك مشتري العقار المرهون الموفى للدائنين المرتهنيين يحل محلهم في التأمين (الرهن) ، الذي لهم على العقار ^(٤) .

ثالثاً : إن الوفاء الحاصل من مشتري العقار المرهون ، قضاء مبرئ للمدين من دين واجب عليه أدائه ، فكان من ضمان من هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، فكان للموفى الرجوع على الموفى عنه ، والحلول محل الموفى له ^(٥) .

رابعاً : إنه لا يجب للموفى أكثر مما كان للدائن الموفى له ، والموفى لهم هنا كان لهم تأمين عيني (رهن) على العقار ، فيحل محلهم فيه ^(٦) .

وبعد عرض وجهة نظر الفقهاء ، يتبين لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني ، وذلك لما يلي :

أولاً : أن القول بأن الموفى يكون متبرعا عند حصوله على إذن بالوفاء من المدين الموفى عنه غير مسلم ؛ ذلك لأن التبرع لا يفترض ، ولا يثبت إلا بيقين إذ الأصل فيمن يغرر مالا أن تتجه نيته إلى الرجوع به لا إلى التبرع ^(٧) وإذا ثبت هذا ، فإنه يكون لمشتري العقار المرهون ، إذا وفي بعض الدائنين المرتهنيين للعقار الذي اشتراه ، أن يحل محلهم في هذا الرهن ، وأن يرجع بما وفاه زائدا عما هو مستحق في ذمته من ثمن للعقار المرهون ، لأن حلول الموفى (الحائز) مشتري العقار المرهون محل الموفى لهم يقوم

(١) المرداوي : الإنصاف ٢٠٤/٥ : " الحالة الرابعة : أن يضمن بغير إذنه فهذه فيها روايتان أحدهما :

يرجع ، وهو المذهب بلا ريب نص عليه " ، ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ص ١٤٣ .

(٢) ابن أطفيس : شرح النيل وشفاء العليل ٤٦٤/٩ وما بعدها .

(٣) المواق : التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٠٣/٥ ، الحطاب : مواهب الجليل في نفس المكان

(٤) التسولي : البهجة شرح التحفة ٩١/٢ ، حلي المعاصم ٩٠/٢ .

(٥) كشف القناع ٣٧١/٣ ، المبدع ٢٥٧/٤ .

(٦) كشف القناع ٣٧٤/٣ .

(٧) د/ أسامة العبد : بحثه العين والدين ص ٣٦٨ .

على العدالة ، إذ إن هذا الموفى يخلف الدائنين الموفى لهم في حقوقهم بلا أمر زائد ، كما أن هذا الحلول يحقق مصلحة مشتري العقار المرهون ، دون أن يسبب أى ضرر للدائنين الموفى لهم ، فمشتري هذا العقار عندما يوفى بحق الدائنين المرتهنين ، ويقوم مقامهم ، فإنه يجد الضمان في ملكه الذى بحوزته ، كما أنه يدفع بهذا الوفاء تتبعهم له ، فيما يملك من عقار ، ويضمن التقدم على غيره من سائر الدائنين التالين للدائنين الموفى لهم في المرتبة ، فيخلص له ما ملكه من عقار (١) .

ثانيا : فى القانون المدنى :

إذا اشترى شخص عقارا مثقلا بتأمين عيني رهن أو اختصاص أو امتياز ، فإنه يصبح حائزا لهذا العقار ، ويكون مسئولا عن الدين المضمون بهذا التأمين (الرهن) بحكم انتقال ملكية العقار إليه ، وملزما به عن المدين ، وبالتالي إذا وفى هذا الحائز الدين للدائنين المرتهنين ، فإنه يدخل ضمن الحالة الأولى للحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة (٣٢٦/أ) مدنى (٢) ومع ذلك نجد أن المشرع الوضعى قد أفرد فقرة خاصة ونظم فيها حلول الموفى مشتري العقار المرهون الذى دفع ثمنه للدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم ، وهى الفقرة (ج) من المادة (٣٢٦) مدنى (٣) فهل يعد ذلك تنظيما مزدوجا لحالة واحدة ، ولغوا أو حشوا تشريعا ، ينبغى أن ينزه عنه المشرع أم ماذا ؟ يجيب بعض الفقه عن هذا التساؤل بقوله : " إن الحالة المتعلقة بمكتسب العقار التى أفرد لها المشرع نصا خاصا لا تغطى كل الفروض التى يكون فيها الغير حائز العقار المرهون ، ملزما بالدين الواجب أصلا على سلفه ، فهذه الحالة الخاصة تواجه فقط حلول من اكتسب العقار

(١) د/ عبد الفتاح مصطفى : المرجع السابق ص ٤١٦ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ ص ٧٩١ ف ٣٧٩ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ف ٣٩٣ ص ٣٩٥ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٧٠ ، د/ ياسين محمد يحيى : المرجع السابق ص ١٥٤ ف ١٨٥ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٦٤ ، د/ أحمد حشمت : المرجع السابق ص ٥٩٨ ف ٧٨٢ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٩١ ، د/ عبد المجيد الحكيم : المرجع السابق ص ٣٧١ ، د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ٣٩٧ .

(٣) والى تنص على أنه : " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية ج- إذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم " .

معاوضة ، واستخدم ثمن الشراء فى الوفاء بدين الدائنين ، الذين خصص العقار لضمان حقوقهم ، وأما من اكتسب العقار بغير هذا الطريق فلا يستفيد بها ، ويدخل فى ذلك الموهوب له ، والمتقاسم والمتقايز إلخ فمثل هؤلاء يصبحون ملزمين بالدين عن المدين ، ومن ثم إذا وفى أحدهم بالدين ، فإنه يحل محل الدائن الموفى له حلولاً قانونياً فى رجوعه على المدين بكل ما دفعه ، طبقاً للفقرة (أ) من المادة (٣٢٦) مدنى ، وليس طبقاً للفقرة (ج) من هذه المادة حيث لا تنطبق حينئذ أحكامها بسبب عدم وجود المقابل لانتقال الملكية " (١) وعلى ذلك فإن الحائز للعقار المرهون يراد به فى هذا الخصوص (من يشتري عقاراً مثقلاً بتأمين عيني كرهن أو اختصاص أو امتياز ، دون أن يكون مسئولاً عن الدين المضمون ، ولكنه يصبح مسئولاً عن الدين لانتقال ملكية العقار المثقل بالتأمين العيني إليه (٢) .

هذا : ويفترض المقنن المدنى فى هذه الحالة من حالات الحلول القانونى أن هناك عقاراً مرهوناً لعدة دائنين ، وأن مالك هذا العقار قام ببيعه ، ولما كان لهؤلاء الدائنين المرتبهين الحق فى بيع العقار المرهون ليستوفوا حقوقهم من ثمنه ، بمقتضى ماله من حق تتبع العقار المرهون ، والذي منحه لهم عقد الرهن ، ولمشتري العقار المرهون أن يقوم

(١) د/ محمود عبد الرحمن محمد : الحلول الشخصى دراسة مقارنة ص ٨٢ ومابعدهما ، د/ أحمد

حشمت : المرجع السابق ص ٥٩٨ ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٤٩ .

(٢) د/ ياسين يحيى : المرجع السابق ص ١٥٤ ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ٤٧٠

، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٠٨ ، د/ أنور سلطان ص ٣٩٥ ، ويراد بحائز العقار بصفة عامة : كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن مادة (١٠٦٠) مدنى ، ويقرر القانون لهذا الحائز أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين ، كالكفيل الشخصى أو العيني مادة (١٠٦١) مدنى ؛ لأنه لا ينبغى الإساءة إلى مركز الكفيل لمجرد أن المدين تصرف فى العقار المرهون إلى شخص آخر ، إذ أنه لو لم يقع هذا التصرف لاستطاع الدائن أن ينفذ على العقار تحت يد المدين ، وينقضى التزام الكفيل ، د/ عبد المنعم البدر اوى : التأمينات العينية ص ٩٢ ، د/ نعمان جمعة : الحقوق العينية ص ١٠٣ .

بتطهيره ^(١) من التأمينات العينية التي تنقله ^(٢) إلا أن المشرع قد أعطى لمشتري العقار المرهون وسيلة أخرى ، أبسط من التطهير الذي يتطلب الخوض فى إجراءات شاقة ومعقدة ، يستطيع بها أن يمنع الدائنين المرتهنين من مباشرة التنفيذ على العقار ، الذى اشتراه عندما أجاز له أن يوفى بثلث ذلك العقار دين الدائنين المرتهنين ، وفقا لترتيب قيودهم ، بدلا من دفعه للمدين (البائع) ، وبذلك يحل محلهم حلولا قانونيا ، فى كافة التأمينات ، التى تضمن حقوقهم ، بما فيها العقار الذى اشتراه ، وتبدو أهمية هذا الحل فى حالة ما إذا كان العقار الذى اشتراه الموفى والمثقل بالرهون ، لا يكفى ثمنه للوفاء بكافة الديون التى تقررت تلك الرهون لضمانها ، ولكنه يكفى للوفاء بالدين الأول منها ، فيلجأ المشتري (الحائز) للعقار المرهون إلى الوفاء بدين الدائن الأول ، المتقدم على غيره من الدائنين ، بدلا من لجوئه إلى تطهير ذلك العقار ، وبذلك يحل محل ذلك الدائن المتقدم فى حقه ، ويتقدم على باقى الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه فى المرتبة ، وتكون له الأولوية عليهم فى استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، متى قاموا بمباشرة إجراءات التنفيذ عليه ، ولذلك فإن هذا الوضع يؤدى حتما إلى إحجامهم عن مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار ، خاصة فى هذه الحالة التى لا يكفى ثمن العقار فيها للوفاء بغير حق الدائن الأسبق ، الذى وفى له الحائز بثلث العقار وحل محله ، ومن ثم لا يبقى للدائنين المرتهنين المتأخرين فى المرتبة أى مصلحة فى التنفيذ على العقار ؛ لأنهم لن يحصلوا من ثمنه على شئ ، وتحقق مصلحة مشتري العقار المرهون فى تجنبه التنفيذ على عقاره ^(٣) .

هذا : وتحقق مصلحة (الحائز) مشتري العقار المرهون الموفى لدين بعض الدائنين المرتهنين فى الحل محلهم فى حالتين :

(١) التطهير إجراء يتمكن به مشتري العقار المرهون ، والذى ليس ملتزما بالديون التى على هذا العقار أن يحدد حقوق الدائنين المرتهنين بمبلغ معين يعرضه عليهم إذا لم يلجأ أحدهم إلى بيع العقار فى المواعيد ، وبالشروط التى عينها القانون ، د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق هامش (١) ص ٤٩ ، د/ عبد الودود يحى ٦٩١ .

(٢) د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال إبراهيم : التأمينات العينية والشخصية ص ٢٧٢ ط سنة ٢٠٠١م ، د/ محمود جمال الدين : المرجع السابق ص ٢٠٩ ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٩١ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٥ وما بعدها .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٧٩١ وما بعدها ، د/ عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ٦٩١

الأولى : إذا كانت قيمة العقار معادلة للثمن الذى التزم به المشتري (الحائز) للبائع ، بحيث إذا بيع فى مزاد فلن يزيد ثمنه على المبلغ الذى التزم به المشتري .

الثانية : إذا كان العقد الذى اشترى (الحائز) بموجبه العقار المرهون قابلاً للإبطال أو الفسخ ، فإن من مصلحة هذا المشتري أن يوفى للدائن المرتهن دينه ليحل محله ، وحلوله محله يخوله تأميناً عينياً ، إذا رجع على البائع بالثمن فى حالة إبطال العقد أو فسخه ^(١) وهذا المعنى قد أكدته محكمة النقض أيضاً ^(٢) وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٦/ج) بقولها : " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية ج - إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم "

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق يتبين أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى الذى يقرر أن وفاء الحائز مشتري العقار المرهون المرتهين بديونهم ، يسرى عليه حكم الموفى دين غيره ، والموفى دين غيره ، إذا وفى عنه بإذنه ، فإنه يرجع عليه ويحل فى هذا الرجوع محل الموفى له ، وإذا حصل الوفاء عن الغير بدون إذنه ، فإن القانون المدنى يتفق مع الراجح فى الفقه الإسلامى ، الذى يذهب إلى أن الموفى بغير إذن الموفى عنه يرجع عليه ويحل محله الموفى له فى هذا الرجوع ، متى ثبت الدفع ، وانتفت لدى الموفى نية التبرع .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أن الوفاء الحاصل من مشتري العقار المرهون للدائنين المرتهين ، يعد قيداً على حق تتبع العقار لاستيفاء حقوقهم منه ، فى أى يد يكون .

^(١) د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٦٥ ، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق

ص ٢٠٩ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣٩٥ ، د/ إسماعيل غانم : المرجع السابق

ص ٣٩٤ ، د/ عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٦٩١ وما بعدها ، د/ عبد المجيد الحكيم :

المرجع السابق ص ٣٧٢ ، د/ فتحى عبد الرحيم : المرجع السابق هامش رقم (٢) ص ٢٣٧ .

^(٢) نقض مدنى فى ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ برقم ٦١ ص ٣٨٤ .

المبحث الرابع

حلول المؤمن بما دفعه من تعويض محل المؤمن له في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إذا قام المؤمن بالوفاء بمبلغ التأمين ، كتعويض للمؤمن له عند حدوث الخطر المؤمن منه ، فهل يحق للمؤمن أن يحل محل المؤمن له في الرجوع بما وفاه على من تسبب في وقوع الخطر أم لا ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، يلزم أن أعرف التأمين ، ثم أبين مشروعيته ، ومدى حلول المؤمن محل المؤمن له في الرجوع بما وفاه على المسئول عن حدوث الضرر .

وبيان ذلك سيكون في الفقه الإسلامي و القانون المدني على النحو التالي :

أولاً : في الفقه الإسلامي :

(١) تعريف التأمين :

أ- في اللغة :

التأمين مصدر الفعل أَمَّنَ بمعنى اطمأن ولم يخف فهو آمن ، والأمن ضد الخوف والفرع ، وهو سكون القلب واطمئنانه قال تعالى : ﴿ الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَأَمَّنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ ﴾ (١) ، وأمنت على الدعاء تأميناً قلت عنده آمين ، واستأمنه طلب منه الأمان ، واستأمن إليه دخل في أمانه (٢) وأمن على شيء : دفع مالا مقسطا لينال هو وورثته قدراً من المال متفقاً عليه ، أو تعويضاً عما فقد ، يقال أمن على حياته أو على داره ، أو على سيارته ، وأمن فلانا جعله في أمن ، وعلى ذلك يكون التأمين هو إعطاء الأمن ، كالتعليم الذي هو إعطاء العلم (٣) .

ب- في الاصطلاح :

عرفه البعض بقوله : " التأمين نظام تعاقدى ابتدعه رجال الأموال لتوزيع الضرر الناتج من الأخطار ، التي تصيب الأموال بالإتلاف أو الفساد أو الضياع ، أو تصيب الأجسام ، والأنفس بالنقص والأمراض ، وتجزئته بقسمته بين أفراد عديدين يتحمل كل منهم قسطاً منه ، وذلك عن طريق تقويمه ، والتوصل بقيمته إلى ترميمه ، أو تخفيفه ، وذلك بحمل

(١) سورة قريش الآية رقم (٤) .

(٢) يراجع في ذلك الرازي : مختار الصحاح ص ٢٦ ومابعداها ، المعجم الوجيز ص ٢٥ ومابعداها

، المعجم الوسيط ٢٨/١ ، المصباح المنير ٢٤/١ .

(٣) المعجم الوسيط ، المعجم الوجيز نفس المكان السابق ، لسان العرب ٥٢/١٣ ومابعداها مادة أمين .

قيمتها ووضعها على أكبر عدد ممكن نتيجة لتعاقد تقوم على تنظيمه ومباشرته ، والإشراف عليه هيئات لها الخبرة الفنية والدربة والتجربة القائمة على أسس وقواعد إحصائية وتجريبية ^(١) .

ويتبين من هذا التعريف أنه يلزم لقيام عقد التأمين وجود عاقلين أو طرفين ، لأن ذلك مقتضى العقود التبادلية التي تقوم على فكرة التقابل بين الأداءات ؛ حيث يلتزم أحد المتعاقدين بدفع أقساط ثابتة للعاقدين الثاني ، وذلك بسبب خوف العاقد الأول من ضرر قد يلحق به ، في مقابل التزام العاقد الثاني بتعويض الأول عن الضرر الذي لحقه من جراء تحقق الخطر .

(٢) مشروعية التأمين ، ومدى حلول المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على المتسبب في وقوع الخطر بما دفعه للمؤمن له .

يختلف الفقه الإسلامي المعاصر في القول بمشروعية التأمين أو عدم مشروعيتها ، باختلاف نوعه ، وهو يتنوع بمعناه المعاصر إلى ثلاثة أنواع ^(٢) هي :

١- التأمين الاجتماعي ^(٣) .

^(١) الشيخ على الخفيف : التأمين ص ٧ ، وهو هدية مطبوعة مع مجلة الأزهر عدد المحرم ١٤١٧ هـ السنة التاسعة والستون ، وفي هذا المعنى د/ محمد عبد الستار الجبالي : أحكام عقد التأمين في الشريعة الإسلامية ص ١١ ط ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١ م الناشر مكتبة ومطبعة الغد بالقاهرة .

^(٢) د/ يوسف قاسم : التعامل التجاري في ميزان الشريعة ص ٢٦٨ وما بعدها ط ٢ سنة ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م بمطبعة جامعة القاهرة ، د/ حسنى عبد الدايم : التأمين من الالتزام بالتعويض دراسة مقارنة ص ١٠٠٩ وهو بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف دقهلية العدد الثاني ج ٢ ط ١ سنة ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٢ م بدار الحكمة بالمنصورة .

^(٣) التأمين الاجتماعي : هو التأمين الذي تقوم به الدولة نفسها أو تعهد بإدارته إلى إحدى هيئاتها ، ويقصد به تأمين طبقات معينة ضد أخطار مهنية معينة ، كتأمين العمال ضد البطالة ، والموظف والعجز ، والشيخوخة ، ويتم هذا التأمين عن طريق استقطاع مبلغ معين من راتب العامل تضيف الدولة أو صاحب العمل مقداراً قريباً منه ، وعند نهاية الخدمة يعطى العامل معاشاً شهرياً ثابتاً ، وفي حالة التأمين من إصابات العمل يصرف للمصاب التعويض المناسب ، فضلاً عن نفقات العلاج ، وتقوم به في مصر الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية ، وهيئة التأمين الصحى ، يراجع فى ذلك أستاذي د/ عبد الله النجار : عقد التأمين ومدى مشروعيتها فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ص ١٢٩ ط ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م ، د/يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٢٦٩ ، د/ محمد

٢- التأمّن التبادلى ^(١) .

٣- التأمّن الخاص (التجارى) أو تأمّن الشركات بأنواعه المختلفة ^(٢) ، ولكن لما كان التأمّن الاجتماعى ، والتبادلى يلتقيان فى هدف واحد ، وهو التكافل والتعاون الذى يبعد عن مجال الربح والتجارة ، فإنه يمكن جمعهما تحت مسمى واحد وهو : التأمّن التعاونى ، وهما بهذا المعنى يقابلان النوع الثالث ، وهو التأمّن التجارى الذى تقوم فكرته على الربح وليس التعاون ^(٣) .

وعلى ذلك سوف أبين مشروعية التأمّن التجارى أو الخاص أو تأمّن الشركات ، ومدى أحقية المؤمن فى الحلول محل المؤمن له فى الرجوع بما وفاه على المسئول عن الضرر أولاً ، ثم أوضح مشروعية التأمّن التعاونى ، ومدى أحقية المؤمن فى الحلول محل المؤمن له فى الرجوع بما وفاه على المتسبب فى الضرر ثانياً .

أولاً : مشروعية التأمّن الخاص (التجارى) التى تكون الشركات الخاصة طرفاً فيه :

تعرض الفقه الإسلامى المعاصر لبحث مشروعية التأمّن التجارى ولكنه اختلف اختلافاً

=

الجبالى : المرجع السابق ص ٣١ ، د/ محمد رواس قلجى : معجم لغة الفقهاء ص ٩٨ ط ١ بدرا النفائس بيروت ١٩٩٦م ، د/ محمد زكى السيد : نظرية التأمّن دراسة مقارنة ص ٤٤ ط ١ سنة ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م الناشر دار المنار بالقاهرة .

^(١) التأمّن التبادلى هو : عبارة عن اتفاق جماعة من الناس يجمع بينهم تماثل الأخطار - على تعويض المصاب منهم مما يجبونه منهم ، فإن زاد ما جبهه شيئاً رد عليهم ، وإن نقص دفعوا مبلغاً آخر حتى يسد النقص ، يراجع د/ محمد رواس قلجى : المصدر السابق ص ٩٨ ، أستاذى الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٠ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ٣٠

^(٢) وهى : التأمّن البحرى ، والتأمّن البرى ، وينقسم التأمّن البرى إلى تأمّن على الأشخاص ، وتأمّن على الأضرار ، والتأمّن على الأشخاص ينقسم إلى تأمّن على الحياة وتأمّن من الإصابات ، والتأمّن على الحياة قد يكون لحال البقاء ، وقد يكون مختلطاً ، والتأمّن من الأضرار قد يكون على الأشياء كالمنزل والسيارة ، وقد يكون من المسئولية ، يراجع د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق من ص ١٠١٤ إلى ص ١٠١٧ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق من ص ٣٣ إلى ص ٤٢ ، أستاذى الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق من ص ٧٧ إلى ص ٨٦

^(٣) أستاذى الدكتور / عبد الله النجار المرجع السابق ص ٩٠ وما بعدها .

بيناً حول هذه المشروعية ، وأسفر هذا الخلاف عن اتجاهين :
الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى أن التأمين التجارى غير مشروع ^(١) .
 وقد استدلل الذاهبون إلى عدم مشروعية التأمين التجارى (الخاص) بأن هذا العقد يشتمل على الغرر ، والربا ، والقمار ، وبيع الدين بالدين .
 وبيان ذلك سيكون على النحو التالى :
أولاً : اشتغال عقد التأمين على الغرر .

عقد التأمين من عقود المعاوضات التى تشتمل على الغرر ، والغرر يفسد عقود المعاوضات ، وذلك لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ : " نهى عن بيع الغرر " ^(٢) والغرر هو : ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أكون أم لا ؟ ^(٣) أو ما تردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثانى على خلافه ^(٤) أو ما انطوت عنا عاقبته أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما ^(٥) أو ما تردد بين الحصول والفوات ^(٦) والغرر الذى

^(١) وعلى رأس أصحاب هذا الاتجاه الإمام ابن عابدين الذى يعتبر أول من تكلم فى أحكام هذا العقد حيث يقول : " جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربى يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضاً ما لا معلوماً لحربى مقيم فى بلاده يسمى ذلك المال (سوكرة) على أنه مهما هلك من المال الذى فى المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره فذلك الرجل ضامن بمقابلة ما يأخذه منهم ، وله وكيل عنه مستأمن فى دارنا يقيم فى بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من التجارة مال السوكرة ، وإذا هلك من مالهم فى البحر شئ يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً ، والذى يظهر لى أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله ، لأنه التزام ما لا يلزم " ، راجع حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥٠ ط دار الفكر بيروت ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م .

^(٢) الحديث أخرجه الإمام مسلم : صحيحه بشرح النووى ك البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ج ١٠ ص ٤١١ ومابعداها برقم (١٥١٣) ، ابن ماجه : سننه ك التجارات باب النهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ج ٢ ص ٧٣٩ برقم (٢١٩٥) ، أبو داود : سننه باب بيع الغرر ج ٣ ص ٢٧٢ برقم (٣٣٧٦) ، الإمام مالك فى موطنه ك البيوع باب بيع الغرر ج ٢ ص ٥١٣ برقم (٧٥) .

^(٣) الجرجانى : التعريفات ص ١٤١ .

^(٤) الدسوقي : حاشيته على الشرح الكبير ٥٥/٣ .

^(٥) قليوبى وعميرة : حاشيتهما على شرح المحلى على المنهاج ١٦١/٢ .

^(٦) ابن القيم : زاد المعاد فى هدى خير المعاد ٤٢٧/٤ ط ١٤١٠ هـ ١٩٨٩ م المكتبة القيمة بالقاهرة .

يفسد عقود المعاوضات هو الغرر الكثير (الفاحش) ، وعقد التأمين يتضمن جميع أنواع الغرر الفاحش ، وهى : الغرر فى الوجود ، والغرر فى الحصول ، والغرر فى المقدار ، والغرر فى الأجل ، وسأبين ذلك فيما يلى بإيجاز :

أولاً : الغرر فى الوجود :

وهو أفحش أنواع الغرر وأشدّها على الإطلاق ، ولذلك اتفقت كلمة الفقهاء على بطلان المعاوضة التى تتضمن هذا النوع من الغرر ؛ ذلك لأنهم لا يقصرون الحكم ببطلان المعاوضة على المعدوم ، ولكنهم يلحقون به ما احتمل الوجود والعدم ، ومثلوا له بالبغير الشارد الذى يشك فى وجوده ، فلا تجوز المعاوضة عليه ؛ لأن حصول المشتري عليه معلق على خطر وجوده ، فإذا لم يوجد فقد فات عليه العوض الذى بذله فى مقابلته ، فهى مخاطرة على واقعة غير محققة ^(١) وهذا ينطبق تماماً على عقد التأمين ؛ لأن مبلغ التأمين ، وهو دين فى ذمة شركة التأمين غير محقق الوجود ؛ لأن وجوده متوقف على وجود الخطر المؤمن منه ، فيوجد بوجوده ، وينتفى بانتهائه ^(٢) وفى هذا غرر فاحش ، والغرر الفاحش يؤثر فى عقود المعاوضات المالية باتفاق الفقهاء ^(٣) .

ثانياً : الغرر فى الحصول :

من أنواع الغرر الذى يؤثر فى صحة العقد ، ما يرجع إلى كون المعقود عليه معدوماً وقت العقد ، فالمعقود عليه إذا لم يكن موجوداً وقت العقد ، أو كان وجوده أو الحصول عليه فى المستقبل مجهولاً ؛ بمعنى أنه قد يوجد وقد لا يوجد ، فإن العقد يكون باطلاً ، وذلك كالتعاقد على ما تلده الناقة ، أو على الثمر قبل أن يخلق ، فالناقة قد تلد وقد لا تلد ، والثمر قد يوجد وقد لا يوجد ، ومن الأمثلة التى ذكرها الفقهاء للغرر فى الحصول ، وأجمعوا على بطلانها بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء ، لأن الذى يدفع فيه الثمن

(١) الاختيار ٢٣/٢ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٦٠/٣ ، كفاية الأخيار ٢٤٤/٢ ، زاد المعاد ٤٢٥/٤ .

(٢) الشيخ المطيعى : تكملة المجموع ٣٩٧/١٣ ، أستاذنا الدكتور /عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٦٠ ومابعداها ، د/ محمد عبد الستار الجبالى : المرجع السابق ص ١١٨ ، د/ محمد زكى السيد : نظرية التأمين فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ص ٩٥ ومابعداها ، د/ محمد بلتاجى : عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامى ص ٧٣ ومابعداها ط ١٩٨٧ م الناشر مكتبة الشباب بالمنيرة القاهرة .

(٣) بيان للناس من الأزهر الشريف ج ٢ ص ٢٨٥ طبع بمطابع وزارة الأوقاف ١٩٩٣ م .

يخطر به ، لأنه لا يعلم عند التعاقد إن كان سيحصل على ما بذل فيه الثمن أم لا ؟ (١) وهذا متحقق في عقد التأمين ؛ لأن المؤمن له يقدم على دفع الثمن ، وهو أقساط التأمين ليحصل على مقابله ، وهو مبلغ التأمين ، ولا يدري إن كان سيحصل على ما بذل فيه الثمن أم لا ؟ وبالتالي فإن عقد التأمين لا يختلف عن بيع السمك في الماء والطيور في الهواء فيكون منهيا عنه (٢) .

ثالثاً : الغرر في مقدار العوض :

اتفق الفقهاء على أن العلم بمقدار العوض شرط لصحة العقد ، وبالتالي لا يصح التعاقد على مجهول القدر ، وذلك للغرر الفاحش الذي ينطوي عليه ، وفي ذلك يقول ابن عابدين : " والذي يظهر في كلامهم تفريقاً وتعليلاً أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفي الجهالة " (٣) فيجب أن يكون مقدار العوض معلوماً حتى يكون العقد عليه صحيحاً سواء أكان هذا العوض معيناً أم ثابتاً في الذمة ، أما إذا كان العوض غير معلوم المقدار ، كما هو الحال في عقد التأمين ، فإن هذا العقد يكون منطوياً على الغرر في مقدار العوض المعقود عليه وذلك لأن شركة التأمين لا تعرف وقت العقد مقدار ما ستأخذ منه أقساط ولا مقدار ما ستعطي ، إذ إن ذلك متوقف على وقوع الخطر المؤمن منه ، وعدم وقوعه ، وكذلك الحال بالنسبة للمؤمن له ، فكل من العوضين مجهول تماماً بالنسبة لطرفي العقد عند إبرامه ، فأى غرر أكثر من هذه الجهالة الكاملة للعوضين ، فبطل عقد التأمين ؛ لوقوع الغرر في مقدار العوض (٤) .

(١) الاختيار ٢٤/٢ ، بداية المجتهد ١١١/٢ ط دار الفكر ، كفاية الأخيار ٢٤٤/٢ ، زاد المعاد ٤٢٥/٤ ومابعدهما .

(٢) تكملة المجموع ٣٩٨/١٣ ، أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٦١ ، د/محمد الجبالي : المرجع السابق ص ١١٩ ، د/محمد زكي السيد : المرجع السابق ص ٩٥ ، أ/عبد السميع المصري : التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص ٢٦ ط ٢ سنة ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م الناشر مكتبة وهبة بالقاهرة ، د/محمد بلتاجي : المرجع السابق ص ٧٤ .

(٣) حاشيته ٢٨/٤ ، الهداية ٢٢/٣ ، بداية المجتهد ١١١/٢ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٦١/٢ ، فتح العزيز بهامش المجموع ١٣٩/٨ الناشر دار الفكر ، المحلى ٣٤٣/٨ .

(٤) يراجع في ذلك أستاذنا د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٦٥ ومابعدهما ، د/محمد زكي السيد : المرجع السابق ص ٩٧ ومابعدهما ، أ/هاني بن عبد الله بن جبير ، عقد التأمين : نظرة

رابعاً : الغرر فى الأجل :

الغرر فى الأجل يتمثل فى الجهالة به ، بأن يكون تحديده مبنيًا على واقعة لا يمكن أن تخضع لتحديد المتعاقدين ^(١) والجهالة بالأجل فى عقود المعاوضات تعد من قبيل الغرر الفاحش ، الذى يبطل هذه العقود ، وفى ذلك يقول الإمام الكاسانى : " أن يكون الأجل معلوما فى بيع فيه أجل ، فإن كان مجهولاً فسد ، سواء كانت الجهالة متفاحشة كموت فلان ونزول المطر ، أم متقاربة كالحصاد وقدم الحجاج " ^(٢) ، وهذا النوع من الغرر ، وهو الجهل بالأجل موجود فى عقد التأمين ، لأن مبلغ التأمين ، وهو دين فى ذمة شركة التأمين ، يلتزم بدفعه للمؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه ، وهو أجل مجهول ، وذلك يكون واضحاً فى التأمين على الحياة لحال الوفاة ، كما فى التأمين العمرى ؛ حيث يلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن له ، وهو أجل مجهول يبطل المعاوضة ^(٣) .

هذا : وقد نوقش هذا الدليل من قبل القائلين بمشروعية التأمين الخاص (التجارى) بما يلى : أولاً : إنه لا يوجد غرر فى عقد التأمين (التجارى) وذلك لأنه من قبيل التعاون بين مجموعة من الناس ، يقتصر دور المؤمن فيه على تجميع أقساطهم ، وتنظيم تعاونهم جميعاً على مواجهة الخسارة ، التى قد تنزل بأحدهم ، فيتعاون الجميع على رفعها ، أو تخفيف أضرارها ببذل ميسور من كل منهم ، وليس من عقود المعاوضات ، وبالتالي

فقهاء موجزة لأقرب مسائله ص ١٤ وهو بحث منشور بمجلة البيان السنة السابعة عشرة العدد ١٨٤ ذو الحجة ١٤٢٣هـ فبراير ٢٠٠٣م ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ١١٩ ، د/ عبد اللطيف محمود آل محمود : التأمين الاجتماعى فى ضوء الشريعة الإسلامية ص ٣٠١ ، د/ محمد عثمان شبير : المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامى ص ١١٨ ط ٤ ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م بدار النفائس عمان الأردن .

(١) أستاذي د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٦٧ .

(٢) بدائع الصنائع ١٧٨/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٢١ ط دار الفكر .

(٣) د/ محمد عثمان شبير : المرجع السابق ص ١١٨ ، أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٦٨ ، د/ محمد زكى السيد : المرجع السابق ص ٩٧ .

يستباح فيه الغرر الكثير إن وجد ^(١) بناءً على ما يذهب إليه المالكية ^(٢) ويجب عن هذه المناقشة بما يلي :

إن قولهم إن عقد التأمين من قبيل التعاون بين مجموعة كبيرة من الناس ، يعنى أن عقد التأمين يعد من عقود التبرعات ، وليس من عقود المعاوضات ، وذلك يخالف الواقع من ناحيتين :

الأولى : يفترض وجود اتفاق تعاونى سابق بين جماعة من الناس على تخفيف آثار الأضرار التى تنزلها بأحدهم المخاطر .

الثانية : أن عقد التأمين يمثل انضماما من المستأمن لهذا الاتفاق ، وكلا الاتفاقيين غير قائم ، وقصد التعاون مع عدم قيامهما غير موجود ، ولا يثبت التعاون والتبرع شرعا ، إلا إذا وجدت نية التبرع ، وهذه النية لا تعرف إلا من صيغة العقد وعبارته ، فأين العقد أو الاتفاق حتى نتعرف على قصد العاقدین فيه ؟ والأحكام الشرعية لا تبنى على الافتراض ، وإنما تبنى على الواقع ^(٣) .

بالإضافة إلى أن القول بأن عقد التأمين من عقود التبرعات المحضة ، التى يغتفر فيها الغرر الكثير غير صحيح ؛ لأن ذلك يخالف الواقع أيضا ؛ إذ من خصائص هذا العقد أنه عقد معاوضة ؛ لأنه يتم بين كل مستأمن ، وشركة التأمين ، بقصد مبادلة مبلغ التأمين ، إن حدث الخطر المؤمن منه بما يدفعه من أقساط ، كما أنه عقد ملزم للجانبين ؛ حيث ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل طرف من أطرافه قبل الآخر ^(٤) .

ثانيا : إن عقد التأمين ليس من عقود الغرر المحرمة ؛ لأنه لا يفضى إلى النزاع بين أطرافه ، فما ألفه الناس ، وتعارفوا عليه ورضوا به دون ترتب نزاع حوله

(١) د/ مصطفى أحمد الزرقا : نظام التأمين - حقيقته - والرأى الشرعى فيه ص ٤٨ ، د/ محمد البهى

: نظام التأمين فى هدى أحكام الإسلام ، وضرورات المجتمع المعاصر ص ٦٩ ومابعداها .

(٢) القرافى : الفروق ج ١ ص ١٥٠ ومابعداها ، تهذيب الفروق ج ١ ص ١٧٠ ومابعداها .

(٣) تكملة المجموع ٤٢٨/١٣ ومابعداها ، أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار ص ١٨٠

(٤) د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق ص ٨٤ ، د/ عبد الناصر العطار : أحكام التأمين ص ٢٣ ،

المستشار : محمد سعيد عبد اللطيف : نظم التأمين ص ٢٩ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص

١٤٤٠ ومابعداها ط ١٩٩٠ م .

يكون غير منهي عنه ^(١) .

ويجاب عن هذه المناقشة بما يلي :

(١) بأن قولهم إن الغرر الموجود في عقد التأمين لا يؤدي إلى النزاع بين طرفيه ، وبالتالي لا يكون منهيًا عنه ، وإذا تضمنه عقد التأمين ، فإنه لا يكون محرما ، غير مسلم ، لأن الغرر الموجود في عقد التأمين ، قد أدى إلى النزاع بين طرفيه ، والدليل على ذلك ما تنص به ساحات المحاكم من قضايا تتعلق بالمنازعات في عقود التأمين ، وأكثر هذه المنازعات ترجع إلى عدم قيام شركات التأمين ، بما اشترط عليها القيام به ، وتعسفها في تفسير بنود العقد ، ومحاولاتها التهرب من دفع مبلغ التأمين متذرة في ذلك بأسباب واهية ، وهذه المنازعات تزيد كثيرا على المنازعات التي تنثار بسبب عدم قيام المؤمن له بسداد ما وجب عليه دفعه ^(٢) .

(٢) وإذا كان المراد من قولهم : إن عقد التأمين ليس من عقود الغرر المحرمة أن الغرر الذي يتضمنه هذا العقد من الغرر اليسير ، الذي لا يترتب عليه منع ولا حظر ، وبالتالي فيكون عقد التأمين من عقود الغرر غير المحرمة ، فإنه يجاب على ذلك : بأن الغرر الذي يتضمنه عقد التأمين ليس من قبيل الغرر اليسير الذي لا يترتب عليه منع ولا حظر ، لأن الغرر اليسير الذي لا يترتب عليه منع ولا حظر ، هو الذي توافرت فيه ثلاثة عناصر هي : يسارة الغرر ، وعدم قصده ، وضرورة ارتكابه ^(٣) وهذه الضوابط لا تنطبق على ما في عقود التأمين من غرر ؛ لأن الغرر الذي تشتمل عليه هذه العقود من قبيل الغرر في الحصول على العوض نفسه ، ومثل هذا الغرر لا يمكن القول بأنه من قبيل الغرر اليسير غير المقصود ، بل هو من قبيل الغرر الفاحش ، الذي يبطل عقود المعاوضات ^(٤) .

(١) الشيخ على الخفيف : المرجع السابق ص ٥٠ ، د/ أحمد الزرقا : المرجع السابق ص ١٣٧ وقد أشار إلى هذه المناقشة أستاذي الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٧٠ ، د/ محمد بلتاجي : المرجع السابق ص ٧٦ ، تكملة المجموع ٤٣٢/١٣ وما بعدها .

(٢) المطيعي : تكملة المجموع ٤٣٣/٣ ، أستاذنا أ.د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٧٢ ، د/ محمد الجبالي : المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٣) الدردير : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٦٠/٣ .

(٤) تكملة المجموع ٣٣٤/٣ ، بداية المجتهد ١١١/٢ .

(٣) وقولهم إن الغرر فى عقد التأمين قد ألفه الناس ، ورضوا به وتعارفوا عليه ، فلا يكون منهيًا عنه .

فيجاب عليه بأنه كلام غير صحيح ؛ لأن التراضى بين الناس فى مثل هذه العقود ، ليس هو مناط مشروعيتها ؛ لأن التراضى بما فيه غرر ، أو خطر أو قمار لا يحل ، ولا يجوز ؛ لأنه من قبيل أكل أموال الناس بالباطل فيكون منهيًا عنه (١) .

ثانيا : تضمن عقد التأمين للربا بنوعيه :

عقد التأمين يشتمل على ربا الفضل ، وربا النسيئة ، وذلك لأن مقتضى هذا العقد أن يتعهد المؤمن له بدفع مبلغ من المال دفعة واحدة عند العقد أو على أقساط تدفع بعده فى مقابل تعهد شركة التأمين (المؤمن) بأن ترد إليه ، أو إلى ورثته ، أو إلى المستفيد الذى يعينه مبلغا من المال ، قد يكون مساويا لما دفعه من أقساط ، أو أكثر أو أقل ، فإن كان أقل مما دفعه أو أكثر - وهو الغالب - تحقق ربا الفضل ، وذلك لعدم تساوى البدلين مع اتحاد الجنس ، وربا النسيئة أيضا ، إذ لم يتم قبض البدلين فى مجلس العقد ؛ لأن شركة التأمين لا تدفع مبلغ التأمين إلا بعد أن يدفع المؤمن له الأقساط المتفق عليها ، وإذا كان مبلغ التأمين مساويا لما دفعه المؤمن من أقساط ، فإن ربا النسيئة يكون متحققا ؛ لأن قبض البدلين لم يتم فى مجلس العقد (٢) كما أن المؤمن لا يدري عند التعاقد مقدار ما سيأخذ عند تحقق الخطر المؤمن منه ، فيكون جاهلا بالتمائل والجهل بالتمائل ، كالعلم بالتفاضل ، يحقق الربا باتفاق ، ولهذا يشترط فى عقد الصرف قبض العوض قبل التفريق من مجلس العقد خروجًا من باب النسيئة ، لأن تأجيل أحد العوضين مما يجرى فيه الربا ومنه النقود غير جائز شرعا (٣) كما يظهر الربا فى الأنشطة ، التى تمارسها شركات التأمين ، كما

(١) د/ بلتاجى : المرجع السابق ص ٨٦ ، أستاذنا أ.د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٧١ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٢) تكملة المجموع ٤١٩/١٣ ، أستاذى أ.د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٤٣ ومابعدهما ، د/ محمد الشحات الجندى : فقه التعامل المالى والمصرفى الحديث ص ٢١٤ ط سنة ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م الناشر دار النهضة العربية ، د/ محمد زكى السيد : المرجع السابق ص ١١٣ ومابعدهما ، د/ محمد عثمان شبير : المرجع السابق ص ١١٨ ومابعدهما .

(٣) د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٤٤ ، د/ محمد زكى السيد : المرجع السابق ص ١١٤

هو الحال فى الإقراض بالفائدة الربوية ، وهى من صور الربا المحرم شرعا ^(١) وفضلا عن ذلك تقوم شركات التأمين بتحصيل الفوائد التأخيرية من كل عميل يتأخر عن سداد الأقساط فى مواعيدها ، وهذا من قبيل ربا النسيئة وهو حرام قطعا ^(٢) وإلى جانب ذلك تستثمر هذه الشركات أموالها السائلة عن طريق إيداعها فى البنوك الربوية ، نظير فوائد ربوية محددة سلفا ^(٣) .

وقد نوقش هذا من قبل القائلين بمشروعية التأمين الخاص (التجارى) بعدم تسليمهم بوجود الربا بنوعيه فى عقود التأمين التجارى ، بأنه يمكن قياس التأمين التجارى على التأمين التعاونى ، لأن المؤمن له يدفع فى كل منهما قسطا ضئيلا ، ويتلقى فى مقابله تعويضا أكبر قيمة عند وقوع الخطر المؤمن منه ، ومن ثم إذا كان التأمين التعاونى مشروعاً رغم ما يتضمنه من ربا ، فإن التأمين التجارى يكون مشروعاً أيضا ، مع ما يتضمنه من ربا ، وفى ذلك يقول د/ الزرقا : " إن التأمين التعاقدى (أى التجارى) قائم من أساسه على فكرة التعاون على جبر المصائب ، والأضرار الناشئة عن مفاجآت الأخطار ، وإذا صح أن يعتبر فى هذا ربا أو شبهة ربا ، وجب القول عندئذ بحرمة التأمين التبادلى ؛ لأن المستأمن فيه أيضا يدفع قسطا ضئيلا ، ويتلقى فى مقابله تعويضا ، أكبر قيمة بكثير عند وقوع الخطر المؤمن منه " ^(٤) .

ويرد على ذلك بأن هذا القياس غير صحيح ؛ لوجود الفارق الأساسى والجوهري بين التأمين التجارى ، الذى لا يعدو أن يكون معاوضة ، وتجارة فى مقصده الأساسى ونتيجته وشكل التعاقد فيه ، والتأمين التعاونى الذى يكون المقصد الأصلى فيه هو التكافل والتعاون على البر والتقوى ، وليس التجارة والربح ، وتوجد فيه حقا نية التبرع وعمل الخير ، وبالتالي يغتفر فيه ما لا يغتفر فى عقود المعاملات المالية ^(٥) .

(١) د/ محمد الشحات الجندى : المرجع السابق ص ٢٤٥ ، د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق

ص ١١٠ ، أستاذنا أ.د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٤٥ .

(٢) د/ يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٢٠٩ ، بيان للناس ص ٢٨٦ .

(٣) بيان للناس : الموضع السابق ، د/ يوسف قاسم المرجع والموضع السابقين ، د/ محمد الشحات

الجندى : المرجع والموضع السابقين ، د/ بلتاجى المرجع والموضع السابقين .

(٤) نظام التأمين مرجع سابق ص ١٣٧ .

(٥) د/ بلتاجى : المرجع السابق ص ١١٢ ، وفى هذا المعنى أستاذنا الدكتور : عبد الله النجار :

المرجع السابق ص ٢٥٠ .

ثالثا : القمار فى عقد التأمين :

بالإضافة إلى اشتغال عقد التأمين التجارى على الغرر والربا ، فإنه ينطوى على المقامرة والمخاطرة ، وقد أمر الله تعالى باجتنب المقامرة إذ يقول تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنمّا الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ﴾ ^(١) . ويقول الإمام ابن كثير : " الميسر هو القمار ، فقد كانوا يتقمارون فى الجاهلية حتى مجئ الإسلام فنهاهم الله عن هذه العادة القبيحة " ^(٢) ، ويقول الإمام القرطبي : " الميسر ميسران : ميسر اللهو ، وميسر القمار ، فمن ميسر اللهو النرد والشطرنج ، والملاهى كلها ، وميسر القمار ما يتخاطر الناس عليه " ^(٣) .

هذا وقد لاحظ بعض الفقهاء المعاصرين أن التأمين التجارى يتضمن معنى القمار الذى حرّمته الشريعة ، ذلك لأن التأمين معلق على خطر تارة يقع ، وتارة لا يقع فهو قمار معنى ^(٤) .

ومما يدل على أن التأمين التجارى نوع من المقامرة ، أنه يدخل تحت تعريف عقد المقامرة ، وأن خصائصه تنطبق عليه ، وذلك يتضح فى تعريف البعض للقمار بأنه : " كل لعب يشترط فيه غالبا من المتغالبين شئ من المغلوب " ^(٥) وعرف البعض عقد القمار بأنه : " اتفاق بين اثنين أو أكثر على أن يدفع أحدهما للآخر مبلغا من النقود أو أى عوض مالى آخر يتفق عليه إذا حدثت واقعة معينة ، وهى خسارة اللعب فى المقامرة " ^(٦) ، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المقامرة عقد رضائى لأنه يلزم أن يتوافق فيه الإيجاب والقبول ، كما أنه عقد ملزم لطرفيه ؛ لأن كلا من المقامرين يلتزم نحو الآخر بدفع المال المتفق عليه

(١) سورة المائدة الآية رقم (٩٠) .

(٢) الإمام ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ج ٢ ص ١٠٩ .

(٣) الإمام القرطبي : الجامع لأحكام القرآن الكريم ج ٢ ص ٨٦٠ ومابعدها .

(٤) د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق ص ٩٤ ، د/ محمد زكى السيد : المرجع السابق ص ١٠٢ ،

د/ محمد عثمان شبير : المرجع السابق ص ١٢٠ ، تكملة المجموع ٤١٦/١٣ ، بيان للناس من

الأزهر الشريف ٢/ ٢٨٥ .

(٥) الجرجاني : التعريفات ص ١٥٧ ط الحلبي .

(٦) د/ يوسف قاسم هامش (١) ص ٣٠١ ، د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق ص ٩٥ .

بينهما ، ثم هو عقد احتمالي ، لأن كلا من المقامرين لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى سيأخذ ولا القدر الذى سيعطى ، ولن يتحدد ذلك إلا فى المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق ، وهو الكسب فيعرف الذى يأخذ أو الخسارة فيعرف الذى يعطى ، ثم هو من عقود المعاوضة لما فيه من الالتزام المالى المتبادل ، وجميع هذه الخصائص موجودة وجوداً كاملاً فى عقد التأمين^(١) بحيث يمكن القول إن عقد التأمين يدخل تحت تعريف عقد المقامرة ، وأن خصائصه تنطبق على عقد التأمين (الخاص) فالتأمين (الخاص أو التجارى) عقد يتعهد بموجبه أحد العاقدين (شركة التأمين) أن يدفع إلى المتعاقد الآخر (المؤمن له) مبلغاً من النقود أو أى عوض مالى آخر يتفق عليه إذا حدثت واقعة معينة (الخطر المؤمن منه) فى مقابل تعهد العاقد الآخر (المؤمن له) بدفع مبلغ آخر هو أقساط التأمين مدة عدم وقوع الحادث^(٢) ، ومن خلال هذا التعريف لعقد التأمين يتبين أن خصائص عقد القمار السابق ذكرها ، هى نفس خصائص عقد التأمين ، لأن عقد التأمين رضائى يتم بتوافق الإيجاب والقبول عليه ، كما أنه عقد ملزم ، حيث يلتزم كل من شركة التأمين والمؤمن له بدفع المال المتفق عليه بينهما ، بالإضافة إلى أن عقد التأمين عقد احتمالى ، إذ لا يعرف المؤمن له مقدار ما سيدفع من أقساط ، ولا يعرف المؤمن ما سيقبضه منها ، كما لا يعرف كل منهما مقدار مبلغ التأمين الذى سيدفعه المؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه ، فكان فيه شبهة بالقمار ، فلا يجوز شرعاً^(٣) .

ويناقش هذا من قبل القائلين بمشروعية التأمين التجارى بما يلى :

(١) إن التأمين التجارى ليس قماراً ، ولا يتضمن معنى القمار ، ذلك لأن القمار يقوم على إيقاع المتعاقد الآخر فى خطر ليخسر فيربح الآخر ، وبغير هذا العمل غير المشروع لا يتم القمار والتأمين يخلو من ذلك ؛ لأن من شروطه ألا يكون تحقق الخطر راجعاً لإرادة أحد طرفى العقد ، فإذا سعى المؤمن له إلى تحقيق الخطر بطل التأمين ، كما لا يقوم المؤمن

(١) د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق ص ٩٥ .

(٢) أستاذنا أ.د/ عبد النجار : المرجع السابق ص ٢٠٩ .

(٣) تكملة المجموع ٤١٦/١٣ ، أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢١٤ .

بعمل يؤدي إلى خسارة المؤمن له ، وبالتالي لا يسعى كل من المؤمن والمؤمن له إلى أن يخسر الآخر ليربح هو كما يفعل المقامر ^(١) .

ويجاب عن هذه المناقشة :

بأن شبه التأمين بالقمار مؤكد ، وذلك لعدم معرفة مقدار الالتزام وقت العقد ، وهذا هو موطن التحريم ، بالإضافة إلى أنه توجد بعض صور للتأمين فيها شبه مؤكد بالقمار ، كالتأمين ضد الانتحار الذي قد يسعى فيه المؤمن له إذا انتحر إلى تحقيق الخطر بإرادته وإيقاع المؤمن في خسارة ^(٢) .

(٢) إن القمار من حبائل الشيطان ، ووسيلة من وسائله التي يوقع بها بين الناس العداوة والبغضاء ، بخلاف التأمين الذي يقوم على أساس ترميم الكوارث الواقعة على الإنسان في نفسه أو ماله في مجال نشاطه العملي ، وذلك بالتعاون على تجزئة تلك الكوارث وتفتيتها ثم توزيعها وتشتيتها ^(٣) .

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة :

بأن اللعب والتلهي وضياح الوقت ، وكونه من حبائل الشيطان ، ليس هو مناط الحرمة أو سببها ؛ لأن هذا كله حكم النهي ، أما سبب التحريم وعلته فهو أن كلا من المقامرين لا يعرف عند التعاقد مقدار ما يعطى وما يأخذ ؛ لأن ذلك يتوقف على حادث احتمالي يترتب عليه خسارة في جانب وكسب في جانب آخر ^(٤) فلو فرض أن جماعة اتفقوا فيما بينهم على لعب القمار شريطة ألا يشغلهم ذلك عن ذكر الله وعن الصلاة وألا يؤدي بهم إلى العداوة والبغضاء ، فهل يستطيع أحد أن يقول إن قمارهم هذا غير محرم ؟ لا أظن أحداً يقول بذلك لأن الله تعالى حرم القمار الذي عنصره الأساسي هو المخاطرة من كل من الطرفين ، فمتى وجد ذلك فهو محرم بلا جدال ^(٥) .

(١) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١١٤ .

(٢) أستاذي الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢١٣ .

(٣) د/ مصطفى أحمد الزرقا : نظام التأمين ص ٤٥ .

(٤) التكملة الثانية للمجموع ٤٥٤/١٣ وما بعدها ، د/ محمد الحيايى : المرجع السابق ص ١٥١ .

(٥) د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق ص ٩٧ ، د/ محمد الحيايى : المرجع السابق ص ١٥١ .

رابعاً : التأمين بيع للدين بالدين :

ينطوى عقد التأمين على بيع الدين بالدين ، وبيع الدين بالدين منهى عنه بما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ " نهى عن بيع الكالئ بالكالئ " ^(١) ؛ أى الدين بالدين ^(٢) ويقول الإمام الشوكانى : " وفيه - أى فى الحديث - دليل على عدم جواز بيع الدين بالدين " ^(٣) ، ويقول الصنعانى : " وإذا وقع كان باطلاً " ^(٤) ، ويقول ابن رشد : " وأجمع المسلمون على منعه " ^(٥) فيكون عقد التأمين منهياً عنه لتضمنه لبيع الدين بالدين ، وذلك لأن المؤمن له يتعهد فيه أن يدفع أقساط التأمين ، وهى دين فى ذمته ، إذ إنه لا يدفعها فى مجلس العقد ، بل يدفعها بعد العقد على أقساط دورية فى مقابل تعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه ، وهو دين فى ذمتها أيضاً ، معلق دفعه على شرط تحقق الخطر ، وبالتالي فعقد التأمين يتضمن بيع دين بدين ؛ حيث لا يتم تقابض العوضين ولا أحدهما فى مجلس العقد ، بل كل من الالتزامين المتقابلين دين فى الذمة ، فيكون باطلاً شرعاً ^(٦) .

^(١) الحديث أخرجه الحاكم : المستدرک ٦٦/٢ ط دار الكتب العلمية بيروت ، والبيهقى : السنن الكبرى ٢٩٠/٥ ط ابن باز مكة المكرمة ، الدراقلنى : سننه ٧٢/٣ ط دار المعرفة بيروت ، الزيلعى : نصب الراية ٤٠/٤ ط دار الحديث بالقاهرة ، الشوكانى : نيل الأوطار ١٩٠/٥ ، وجاء فى نصب الراية ٤٠/٤ قول الإمام الزيلعى : " رواه ابن عدى فى الكامل وأعله بموسى ابن عبيدة ، ونقل تضعيفه عن أحمد قال : فليل : إن شعبة يروى عنه قال : يعنى أحمد لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ، قال : ابن عدى والضعف على حديثه بين " ، وأما تصحيح الحاكم للحديث وقوله عقبة حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، المستدرک ٦٦/٢ فغلطه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٩٠/٥ ، والدارقطنى ضعفه فى السنن ٧٢/٣ ، وقال الشوكانى : " قال : أحمد عن موسى بن عبيدة الربزى ، لا تحل الرواية عنه عندى ، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره ، وقال : ليس فى هذا أيضاً حديث يصح ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع الدين بالدين " ، نيل الأوطار ١٩٠/٥ .

^(٢) نيل الأوطار ١٩١/٥ ، سبل السلام ٦٨/٣ .

^(٣) نفس المراجع فى نفس المواضع .

^(٤) سبل السلام ٦٨/٣ .

^(٥) بداية المجتهد ١١٠/٢ ، نيل الأوطار ١٩١/٥ ، سبل السلام ٦٨/٣ .

^(٦) أ.د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٤٦ ، د/ بلتاجى : المرجع السابق ص ١١٧ ،

د/محمود آل محمود : المرجع السابق ص ٣٠٣ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ١٧٠

الاتجاه الثانى : ويذهب القائلون به إلى أن التأمين الخاص (التجارى) مشروع .
وقد استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة و القياس :
أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(١) .
وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى أمرنا بالوفاء بجميع ما يتناوله اسم العقود ؛ لأن لفظ العقود قد ورد فى الآية الكريمة عاما يتناول كل عقد^(٢) وبالتالى يجب الوفاء بعقد التأمين ؛ لأنه عقد من العقود ، فيدخل ضمن العقود التى أمر الله تعالى بالوفاء بها ، ولو كان غير داخل ضمن هذه العقود ، بأن كان محظورا ، لبينه النبى ﷺ لأنه بعث لبيان الحلال من الحرام ، والمشرع هنا كان فى مقام البيان لا الإجمال ، ولما لم يبين ، فإن العموم يكون مرادا ، فيدخل عقد التأمين فى عموم العقود التى يجب الوفاء بها ، فيكون الوفاء بعقد التأمين واجبا^(٣) .

مناقشة وجه الدلالة من الآية الكريمة :

إن هذا الاستدلال من الآية الكريمة قاصر ، وغير مسلم به ، وذلك لأن سياق الآية يدل على أن المشرع فى مقام الإجمال لا البيان ، لأنه لم يذكر الآية لبيان العقود الجائزة ، وإنما أجمل ذلك لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد ﴾^(٤) .

وهذه كلها آية واحدة ، والوفاء بالعقود وشطر منها ، فلفظ العقود هنا مجمل ، والقول بأن المشرع لم يبين هذا اللفظ المجمل ولم يفسره ، إنما هو زعم يخالف الحقيقة ، لأن المشرع بينه فى آيات أخرى ، وفسره الرسول ﷺ ، حيث نهى الحق تبارك وتعالى عن عدة عقود

(١) سورة المائدة من الآية رقم (١) .

(٢) الإمام القرطبي : الجامع لأحكام القرآن الكريم ٢٠٢٩/٣ ومابعداها ، الجصاص : أحكام القرآن ٢٨٦/٣ ، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ٤/٢ .

(٣) د/ عبد الناصر العطار : أحكام عقد التأمين فى الفقه الإسلامى ص ١٠٦ ، أستاذنا أ.د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٥٧ ، الشيخ عبد الله بن زايد آل محمود : أحكام عقود التأمين ، ومكانها من شريعة الدين ص ٧٠ ومابعداها ط ٢ بالمكتب الإسلامى بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م .

(٤) سورة المائدة الآية رقم (١) .

، كالعقد على الربا ، والخمر ، والدم ، والميتة ، وعقد الميسر (القمار) كما نهى ﷺ عن عقود الغرر ، وغيرها من العقود ، التي حظرها الشرع ، وهذا النهى من الله ورسوله عن بعض العقود يدل على أن المراد بالعقود التي يجب الوفاء بها ، العقود الخالية من المحظورات الشرعية والتي استوفت الأركان والشروط الواجب توافرها شرعا ، وعقد التأمين ليس منها ؛ لأنه يشتمل على الغرر والربا (١) .

٢- وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (٢) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الحق سبحانه وتعالى استثنى في هذه الآية الكريمة التجارة من تحريم أكل أموال الناس بالباطل ، متى تمت عن تراض (٣) والتأمين تجارة تتم عن تراض بين المؤمن ، والمؤمن له ، فيكون داخلا في منطوق الآية ، ومن ثم يكون مشروعا ، ولو كان محظورا لبينة النبي ﷺ (٤) .

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بأنه خاطئ وغير سليم ، وذلك لأن التراضي على العقد المحرم لا يمكن أن يكون مبيحا له ، فالعقد المشتمل على الربا محرم بالإجماع ، ولا يمكن أن يحله التراضي ، فذلك عقد التأمين لا يحله التراضي ، فيبقى على حرمة (٥) .

(١) أستاذي د/عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٥٧ ومابعدا ، د/ عبد الناصر العطار : أحكام عقد التأمين ص ١٠٦ ومابعدا ط مطبعة السعادة ، د/ أحمد النجدي زهو : عقد التأمين بين الشريعة والقانون ص ٣٨٠ رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٧٣م .

(٢) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

(٣) راجع في هذا المعنى ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ١٦٣ ، الصابوني : مختصر تفسير ابن كثير ج ١ ص ٣٧٨ ، ابن العربي : أحكام القرآن ج ١ ص ٤٠٨ ومابعدا .

(٤) د/ يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٢١١ ، أستاذنا د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٥٨ ، د/ حسني عبد الدايم : المرجع السابق ص ١٠٢٤ .

(٥) أستاذي د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٥٩ ، د/ يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٢١٥ ومابعدا ، د/ حسني عبد الدايم : المرجع السابق نفس المكان .

وأما السنة فمنها :

ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (١) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبي ﷺ قد جعل طريق حل المال أن تطيب به أى ترضى به نفس باذله (٢) والتأمين يتراضى فيه الطرفان على بذل المال بطريق مخصوص ، فيكون حلالا (٣) .

ويناقش هذا الاستدلال :

بأن التراضى ليس سببا لحل المال بإطلاق ، ولكن لابد أن يتقيد بالضوابط الشرعية على حله (٤) .

وأما القياس :

فقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من القول بمشروعية التأمين التجارى - بقياسه على عدة أمور مشروعة فى الفقه الإسلامى ليعطوه حكمها من أبرزها ما يلى :

(١) قياس التأمين (التجارى) على المضاربة .

والمضاربة أو القراض تعنى فى اصطلاح الفقهاء : " أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما بحسب اتفاقهما أما الخسارة فهى على صاحب المال وحده (٥) ولا يتحمل العامل المضارب من الخسارة شيئا ، مالم تكن بسبب تقصيره ، وإنما يخسر عمله وجهده ، والمضاربة عقد جائز بإجماع المسلمين ، وفى جوازه وردت كثير من الآثار (٦) .

هذا : وقد قاس أصحاب هذا الاتجاه التأمين التجارى على المضاربة ؛ ليكون مشروعا مثلها ، وذلك على أساس أن المؤمن له يقدم رأس المال فى صورة أقساط التأمين ، ويقوم المؤمن (شركة التأمين) باستغلاله ، والربح فيه بالنسبة للمؤمن له ؛ هو مبلغ التأمين وبالنسبة لشركة التأمين الأقساط وما يعود عليهما من مكاسب ، وذلك كما يدفع أحد

(١) الحديث سبق تخريجه ص ٢٦٨ من هذا البحث .

(٢) فى هذا المعنى الصنعانى : سبل السلام ٩٥/٣ ، نيل الأوطار ٣٠٨/٥ .

(٣) أستاذى الدكتور / عبد الله لنجار : المرجع السابق ص ٢٦١ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٦٢ .

(٥) زاد المحتاج ٣٤١/٢ ، مغنى المحتاج ٣١٩/٢ .

(٦) زاد المحتاج ٣٤١/٢ .

الشريكين رأس المال فى المضاربة ، بينما يكون العمل من الآخر فقط ، ويتم توزيع الربح والخسارة على حسب الاتفاق الذى أبرم بينهما ^(١) .

وهذا القياس غير صحيح لما بينهما من فوارق تظهر فيما يلى :

أولاً : إن المبلغ الذى يدفعه رب المال للعامل فى المضاربة ، يظل ملكا لصاحبه ، حتى يسترده عند انتهاء العقد ، بخلاف التأمين ، فإن القسط يدخل فى ملك الشركة ، وتتصرف فيه تصرف المالك فى ملكه ^(٢) .

ثانياً : إذا مات رب المال فى المضاربة ، فإن ورثته تستحق المال الذى دفعه مع ربحه إن وجد ، أما فى عقد التأمين فلو مات المؤمن له استحق المستفيد المبلغ الذى تم التعاقد عليه مع الشركة بالغاً ما بلغ ^(٣) .

ثالثاً : إن الربح فى المضاربة يكون بين المتعاقدين ، بخلاف التأمين فربح رأس المال وخسارته للشركة ، ليس للمؤمن له إلا مبلغ التأمين ^(٤) .

(٢) قياس عقد التأمين على عقد المولاة .

والولاء فى اللغة : القرابة والنصرة والمحبة ^(٥) .

وفى اصطلاح الفقهاء : عبارة عن التناصر الذى يوجب الإرث والعقل ^(٦) وهو نوعان ولاء عتاقة ، وهو الذى يكون سببه العتق ، وذلك كمن أعتق عبده عن نفسه ، فإن ولاءه

(١) الشيخ على الخفيف : التأمين ص ٦٥ ومابعداها هدية مجلة الأزهر ١٤١٧هـ ، د/محمد البهى : نظام التأمين فى هدى أحكام الإسلام ص ٥١ ومابعداها ، د/ يوسف قاسم : المرجع السابق هامش رقم (١) ص ٣١٣ .

(٢) أستاذى الدكتور/عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٦٧ ، يوسف قاسم : المرجع السابق هامش رقم (١) ص ٣١٣ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ١٠١ .

(٣) د/ على أحمد السالوس : المعاملات المالية المعاصرة فى ميزان الفقه الإسلامى ص ٣٩٧ ط ٢ ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م الناشر دار الاعتصام بالقاهرة ، أستاذنا د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٦٧ ومابعداها .

(٤) د/ يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٣١٣ هامش رقم (١) ، د/ على السالوس : المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د/ محمد عبد الستار الجبالى : المرجع السابق ص ١٠١ .

(٥) طلبية الطلبة هامش رقم (١) ص ١٢٠ ، المعجم الوجيز ص ٦٨٢ .

(٦) العناية على الهداية بهامش تكملة فتح القدير ١٥٢/٨ .

له ، وأنه يرثه إن لم يكن له وارث ، وعصبة له إذا لم يكن له ورثة يحيطون بماله وهذا محل إجماع الفقهاء ^(١) وولاء المولاة وسببه العقد ^(٢) ، وصورته : أن يتفق شخص مسلم من غير العرب مع عربى مسلم على أن يلتزم العربى بدفع الذية إذا جنى غير العربى ، ويرثه إذا لم يكن له وارث سواه ^(٣) هذا : وقد اختلف الفقهاء فى اعتبار هذا العقد صحيحا لاستحقاق الإرث من عدمه على رأيين :

الرأى الأول : ويذهب القائلون به إلى أن عقد المولاة يعد سببا صحيحا لاستحقاق الإرث ، متى عقل عنه مولى المولاة .

ومن هذا الرأى الحنفية ^(٤) وقد استدلووا على ذلك بقول الله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ ﴾ ^(٥) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

إن الآية الكريمة توجب الميراث للذى والاه وعاقده ؛ لأنه كان حكما ثابتا فى أول الإسلام ، وحكم الله به فى نص التنزيل ، ثم نسخ ذلك الحكم بحكم آخر وهو الإرث عن طريق الرحم ، فقد قال تعالى ﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ ﴾ ^(٦) فجعل ذى الأرحام أولى بالعاقدين الموالى ، فمتى فقد ذوو الأرحام وجب ميراثهم بقضية الآية ^(٧) .

الرأى الثانى : وقد ذهب القائلون به إلى أن ولاء المولاة لا يعد سببا صحيحا لاستحقاق الإرث ، ومن هذا الرأى المالكية ^(٨) والشافعية ^(٩) والحنابلة ^(١٠) .

(١) الهداية ٢٧١/٣ ، بداية المجتهد ٢٧١/٢ ، مغنى المحتاج ٥٠٦/٤ ، المغنى مع الشرح الكبير ٣٠٦/٧

(٢) الهداية ٢٧٤/٣ ، الاختيار ٤٤/٤ .

(٣) ابن العربى : أحكام القرآن ٤١٤/١ .

(٤) تبیین الحقائق ١٧٩/٥ وما بعدها ، الهداية ٢٧٤/٣ ، الاختيار ٤٤/٤ .

(٥) سورة النساء من الآية رقم (٣٣) .

(٦) سورة الأحزاب من الآية رقم (٦) .

(٧) الجصاص : أحكام القرآن ١٤٦/٣ .

(٨) بداية المجتهد ٢٧١/٢ .

(٩) حاشية البيجرمى على الخطيب ٥٨/٣ .

(١٠) المغنى مع الشرح الكبير ٣٤٤/٧ .

وقد استدلوأ على ذلك بما يلى :

أولاً : بما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما : أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها : نبيعها على أن ولاءها لنا ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : " لا يمنعك ذلك فإن الولاء لمن أعتق " (١) .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن النبى ﷺ جعل الولاء للمعتق فقط فى هذا الحديث الشريف ، وذلك لأن لفظ إنما يفيد الحصر ؛ بمعنى أن الولاء بحسب مفهوم هذا القول لا يكون إلا للمعتق المباشر للمعتق فقط (٢) .

ثانياً : إن أسباب التوارث محصورة فى رحم ونكاح وولاء ، وليس هذا منها (٣) .

ثالثاً : إن قوله تعالى « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم » (٤) منسوخة بآية الميراث ، ولذلك لا يرث مع ذى رحم شيئاً وقال الحسن : نسخها قوله تعالى « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض » (٥) .

والذى يبدو لى أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى ، وذلك لأن الآية التى استدل بها أصحاب الرأى الأول منسوخة بآية المورايث (٦) وعلى فرض عدم النسخ فمعنى قوله تعالى « فآتوهم نصيبهم » أى أعطوهم نصيبهم من النصرة والنصيحة والرأى دون الميراث (٧) .

ومع هذا فقد رأى بعض الفقهاء المعاصرين أن التأمين ضد المسئولية يقاس على عقد الموالاة ، وبالتالي يكون جائزاً على مذهب من أجاز الموالاة .

(١) الحديث رواه البخارى : صحيحه مع الفتح ك البيوع ٧٣ باب اشتراط شروطا فى البيع لا تحل ، مسلم : صحيحه بشرح النووي ك العتق باب إنما الولاء لمن أعتق رقم (٥) ، مالك : الموطأ ك العتق والولاء باب الولاء لمن أعتق ٥٩٨/٢ ط دار الحديث .

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٧١ ، سبل السلام ٢/١٧ ، نيل الأوطار ٥/٢٢١ .

(٣) ابن قدامة : المغنى مع الشرح الكبير ٧/٣٤٤ .

(٤) سورة النساء الآية رقم (٣٣) .

(٥) سورة الأحزاب من الآية رقم (٦) .

(٦) ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ١/١٧٦ ، المغنى مع الشرح الكبير ٧/٣٤٤ .

(٧) تفسير القرآن العظيم ١/١٧٧ ، المغنى مع الشرح الكبير نفس المكان .

وجه القياس :

إن شركة التأمين تتحمل التعويض الذى يقضى به على المؤمن له نتيجة مسؤوليته ، كما يتحمل العربى المسلم للدية التى قد يحكم بها على من أسلم إذا جنى ، وكل من العقدین فيه تعاون ، وكل منهما فيه جهالة لما سيحصل عليه كل من الطرفين ، كما أن كلا منهما فيه مخاطرة فلا يدري أيهما يموت قبل الآخر ، وكما أن العربى يدفع الدية مقابل حصوله على الميراث ، فإن المؤمن يدفع تعويض المسؤولية مقابل حصوله على الأقساط (١) .

والحق أن قياس التأمين من المسؤولية على عقد المولاة ، قياس مع الفارق لما يلى :
أولاً : إن ولاء المولاة عقد أساسه التناصر ، وبه يدخل من أسلم فى أسرة العربى المسلم ثانياً : إن عقد المولاة يقوم على التعاون بين طرفيه بينما يقوم التأمين التجارى على قصد تحقيق الربح ، والقول بوجود التعاون فيه لا أساس له من الحقيقة إلا بين المؤمن لهم .
ثالثاً : ولاء المولاة عقد تبرع فى الأصل ، لأن دفع الدية يكون على سبيل التناصر لا عوضاً عن الميراث ، وميراث العربى لغير العربى يكون بسبب موت غير العربى دون وارث لا بسبب دفع الدية ، بينما التأمين عقد معاوضة ؛ لأن دفع الأقساط سببه التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين .

رابعاً : الجهالة والمخاطرة لا أثر لها على ولاء المولاة ، لأنه تبرع ؛ بينما تفسد التأمين ، لأنه عقد معاوضة .

خامساً : يتضمن التأمين من المسؤولية ، فى الغالب شروطاً فاسدة ، كشرط عدم اعتراف المؤمن له بالمسؤولية ، وشرط دفع فوائد ربوية للأقساط عند التأخير فى دفعها ، بينما عقد المولاة لا يتضمن شيئاً من هذه الشروط ، فالعربى لا يمنع غير العربى من الاعتراف بالمسؤولية إذا جنى ، ولا يحصل منه على فوائد ربوية (٢) .

(١) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٨ ، أ/ محمد سعيد عبد اللطيف : نظم التأمين وحكمها فى الشريعة الإسلامية ص ٧٩ وما بعدها ط ١ ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ م توزيع مكتبة التراث بالقاهرة ، د/ عمر بن العزيز المترك : المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها ، د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق ص ١٢١ .

(٢) أستاذى الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٨٤ ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٩ ، د/ عمر المترك : المرجع السابق ص ٤١٨ ، د/ محمد الجبالى : المرجع

(٣) قياس التأمين على نظام تحمل العواقب للدية :

وخلاصة هذا النظام أنه إذا ارتكب شخص قتلاً خطأ وجبت عليه الدية لأوليائه القتل ، ولكن لما كان دفعه للدية وحده يتقّل كاهله ، أوجب الشرع على عاقلته وهم : الرجال البالغون من أهله وعشيرته ، وكل من يتناصر بهم ، ويعتبر واحدا منهم ، أن يتعاونوا معه في دفع هذه الدية ؛ وذلك بأن تقسط عليهم فيدفعونها على ثلاث سنوات ، بحيث لا يصيب أحداً منهم أكثر من أربعة دراهم في السنة ، فإذا لم يف عدد أفراد العشيرة بمبلغ الدية في ثلاث سنوات ضم إليهم أقرب العشائر نسبا على ترتيب ميراث العصابات ، فإذا لم تكن له عاقلة أدت الدية من ماله إن كان موسراً ، وإن لم يكن قادراً على أدائها من ماله أدت من بيت المال ، ولا تؤدي العاقلة دية العمد ، بل يؤديها القاتل من ماله ^(١) هذا كله فيه خلاف في المذاهب الفقهية لا يتسع المقام لعرضه ، كما أن ذلك يكفي بحسب الغرض من الدراسة .

ولما كان هذا النظام مقرراً في الفقه الإسلامي ، فإن بعض القائلين بمشروعية عقد التأمين ، قد ذهبوا إلى قياس التأمين من المسؤولية على هذا النظام ، حتى يتوصلوا إلى مشروعية التأمين التجاري ، وذلك على أساس أن التأمين فيه تعاون على دفع التعويض الناشئ عن المسؤولية ، ونظام العواقب فيه تعاون على دفع الدية دون اتفاق فليس هناك ما يمنع أن تدفع باتفاق ، وهو ما يحدث بين المؤمن والمؤمن له ^(٢) .

ويناقش ذلك بأن هذا القياس غير صحيح ، لما بين التأمين ونظام العواقب من فروق ، وتتضح هذه الفروق من خلال ما يلي :

السابق ص ٧٥ ومابعدا ، تكملة المجموع ٢٧٣/١٣ ومابعدا ، د/ محمد بلتاجي : المرجع السابق ص ١٢٦ .

^(١) يراجع في هذه المعاني السرخسي : المبسوط ١٤٢/٢٧ ، مجمع الأنهر ٦٨٧/٢ ومابعدا ، حاشية الدسوقي ٢٨٢/٤ ومابعدا ، مغنى المحتاج ٤٩٥/٤ ، المغنى مع الشرح الكبير ٤٥٦/٩ ومابعدا ، القوانين الفقهية ص ٢٩٨ .

^(٢) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٧ ، أستاذي الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٨٦ ، د/ محمد بلتاجي : المرجع السابق ص ١٣٩ ومابعدا ، د/ علي السالوس : المرجع السابق ص ٣٩٨ ، أ/ هاني جبير : المرجع السابق ص ١٥ .

أولاً : إن التعاون في التأمين التجاري أمر مفترض لا أساس له من الحقيقة ؛ لأنه لا رابطة بين المؤمن لهم ، بينما التعاون في نظام العواقل حقيقي وغير مفترض ؛ لأن العاقلة يربطها صلة الرحم والدم والعصوبة التي تدعو إلى النصرة ، والتعاون فيما بينهم ، وإسداء المعروف ، ولو بدون مقابل ^(١) .

ثانياً : كما إنه إذا وجد التعاون المفترض ، بين المؤمن ، المؤمن له ، فإنه سيكون تعاوناً على الإثم ، ذلك لأن المؤمن يشترط على المؤمن له عدم الاعتراف بالمسئولية عما ارتكبه من خطأ ، ، في حق الغير ، بجانب تضمن العقد للغرر في استحقاق مبلغ التأمين ، بخلاف التعاون في نظام العواقل الذي يقوم على البر ، ولا يمنع فيه الشخص من الاعتراف بالمسئولية عما ارتكبه من خطأ ، ولا غرر فيه في دفع الدية ^(٢) لأنها بدل منضبط عن ضرر محقق ^(٣) وبالتالي لا يصح قياس التأمين التجاري على نظام العواقل .

ثالثاً : أضف إلى ذلك أن الدية توزع على أفراد العاقلة ، بحسب قدرتهم المالية ، وبالتالي يؤدي كل واحد منهم مالا يتقل كاهله ، بخلاف الحال في التأمين التجاري فالمؤمن لهم يتحملون الأقساط المطلوبة منهم على السواء ، ولا ينظر إلى قدرتهم المالية في تحديد ما يجب أن يتحملة كل واحد منهم ^(٤) .

(٤) قياس التأمين على الوعد الملزم عند الملكية .

يذهب الملكية في القول المشهور عندهم : إلى أنه إذا وعد شخص غيره عدة بقرض أو تحمل وصيغة (أى خسارة) أو إعارة أو نحو ذلك ، مما ليس بواجب عليه في الأصل ، فإنه يكون ملزماً بذلك الوعد ويقضى عليه بموجبه إن لم يف به ، وذلك إذا بنى هذا الوعد على سبب ودخل الموعود في ذلك السبب ، كما إذا وعد بأن يسلفه ثمن شئ يريد شراءه فاشتراه فعلاً ، فعلى الواعد أن يسلفه ثمن ذلك الشئ ^(٥) .

(١) أستاذي د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٨٦ ومابعداها ، د/ عبد الناصر العطار :

المرجع السابق ص ١٣٧ ومابعداها .

(٢) المراجع السابقة في نفس الموضع .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٩٨ ، أستاذي الدكتور : عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٨٧ .

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٩٨ ، أ/ هاني بن جبير : المرجع السابق ص ١٥ .

(٥) فتح العلي المالك ٢٥٤/١ ومابعداها ، الفروق ٢٥/٤ ، تهذيب الفروق بهامش الفروق

٤٤/٤ ومابعداها .

هذا : ويرى بعض القائلين بمشروعية عقد التأمين التجارى ، فيما ذهب إليه المالكية فى الراجح عندهم ، متسعا لأن يقاس عليه عقد التأمين التجارى ، وذلك على أساس أنه التزام من شركة التأمين التى تعد المؤمن له ، بأن تتحمل عنه أضرار خطر معين ، وتعويضه خسائره ، فيجوز التزامها قياسا على الواعد الملزم^(١) والحق أن هذا القياس غير صحيح ، لأنه قياس مع الفارق ، ومن الفوارق الواضحة فى هذا القياس ما يلى :

أولاً : إن الوعد بقرض أو إعارة أو تحمل خسارة ، مثلاً من باب المعروف المحض ، فكان الوفاء به واجبا ، ومن مكارم الأخلاق على الأقل ، بخلاف عقد التأمين التجارى ، فإنه معاوضة باعثها الربح ، فلا يصح أن يقاس عقد معاوضة على عقد تبرع^(٢) .

ثانياً : إن العوض فى الوعد الملزم معلوم بين الطرفين ابتداءً ، أما ما تدفعه شركة التأمين فهو مجهول ، إذ لا يعلم ما لكل من الطرفين ، إلا بعد تحقق الخطر المؤمن منه ، وبالتالي لا يصح قياس مجهول على معلوم^(٣) .

ثالثاً : كما أنه طبقاً للرأى الراجح عند المالكية ، فإن الواعد لا يكون ملزماً ، إلا إذا ذكر له سبب ، وباشر الموعود له هذا السبب ، وذلك بدخوله فيه ، كما لو قال له : تزوج وأنا أهبك المهر فتزوج ، فلا يصبح الالتزام نافذاً لازماً إلا بدخول الموعود له فعلاً ، فى الواقعة التى غرم فيها ، فيتحمل عنه الواعد هذه الغرامة ، وهذا عكس ما يحدث تماماً فى التأمين التجارى ، وذلك لأن التزام شركة التأمين (وهى تقابل الواعد) يسقط تماماً ؛ إذا تعمد المؤمن له (وهو يقابل الموعود له) الدخول فى الخطر المؤمن منه ، وكانت له فيه إرادة حيث يشترط فى هذا الخطر أن يكون غير محقق الوقوع ، وغير متعلق بمحض إرادة أحد طرفى العقد ، بل يجب أن يتوقف تحققه على شئ آخر غير إرادة المؤمن له ، كعامل الطبيعة أو المصادفة ، أو إرادة الغير ، أما فى الوعد الملزم فلا يلزم

(١) د/ مصطفى الزرقا : نظام التأمين - حقيقته - والرأى الشرعى فيه ص ٥٩ .

(٢) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د/ أحمد السالوس : المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ٨٢ .

(٣) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٣ ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ٨٢ .

الواعد ، إلا بناء على عمل إرادي مقصود من الموعود له ، وهو دخوله فى السبب المذكور فى الوعد ، وإذا كان الأمر كذلك فكيف يقاس نوع من الالتزام على نوع آخر مناقض له فى شرطه الأساسى ^(١) .

(٥) قياس التأمين على الكفالة .

الكفالة فى اللغة مصدر كفل يقال : كفلا يكفل كفلا وكفالة ، ويقال : كفل المال وكفل عنه المال لغريمه ، ضمنه ، ويقال : تكفل الشئ ألزمه نفسه وتحمل به ، ويقال : تكفل بالدين ، التزم به ^(٢) .

وفى اصطلاح الفقهاء :

عرفها الحنفية بأنها : " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة ^(٣) وعرفها المالكية بقولهم : " الضمان شغل ذمة أخرى بالحق ^(٤) وذلك لأن لفظ الكفالة يرادف لفظ الضمان ، ويراد بهما ما يعم ضمان المال ، وضمان النفس ^(٥) ولذلك عرفها الشافعية بقول بعضهم : الضمان يقال : لل التزام حق ثابت فى ذمة الغير ، أو إحضار عين مضمونة ، أو بدن يستحق حضوره ^(٦) وعرفها الحنابلة بقولهم : الضمان هو : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، فيثبت فى ذمتها جميعا ^(٧) ولما كانت الكفالة أو الضمان بناء على هذه التعريفات عقد يضمن به الكفيل للمكفول له ، سداد دين أو تسليم عين التزم المكفول عنه بها ، فإنه قد ذهب البعض إلى قياس التأمين من الأضرار عليها على أساس أن المؤمن كفيل يضمن للمؤمن له (وهو المكفول له) سداد دينه فى التأمين من المسؤولية ، أو سلامة العين المؤمن عليها فى التأمين على الأشياء ، وإذا كان التأمين فيه احتمال ، فالكفالة تصح مع الاحتمال ، وذلك كما لو قال : شخص لآخر تعامل مع فلان ،

(١) د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق ص ١٣١ ومابعدهما ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص

٢٧٦ ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٣ .

(٢) المعجم الوسيط ٧٩٣/٢ ، المعجم الوجيز ص ٥٣٧ .

(٣) الموصلى : الاختيار ١٦٦/٢ .

(٤) الخرشي : شرحه على مختصر خليل ٢١/٦ ، الدردير : الشرح الكبير ٣٢٩/٣ .

(٥) تبين الحقائق ١٤٧/٤ ، ابن رشد : بداية المجتهد ٢٥١/٢ .

(٦) الإقناع بهامش حاشية البيجرمى ٩٥/٣ ، كفاية الأخيار ٢٧٦/٢ .

(٧) الشرح الكبير للمقدسى ٢٣٥/٥ .

وأنا كفيل بما يثبت لك عليه من حقوق^(١) إلا إن قياس التأمين على الكفالة ، غير مسلم وذلك لما يلي :

أولاً : إن الكفالة من عقود التبرعات ، والتأمين من عقود المعاوضات ، والعوض فى الكفالة يفسدها ، بينما العوض فى التأمين لا يفسده فافترقا^(٢) .

ثانياً : إذا دفع الكفيل إلى المكفول له ، فإنه يرجع على المكفول عنه بما دفع أما إذا دفع المؤمن مبلغ التأمين ، فإنه لا يرجع على أحد بما دفع إلا فى بعض صور التأمين من الأضرار^(٣) .

ثالثاً : إن الشئ المكفول فى الكفالة هو دين أو عين يلتزم الكفيل بتسليمه للمكفول له ، وهو تحت يد المكفول عنه ، بينما الشئ المؤمن عليه إذا اعتبرناه مكفولاً به ، يكون عند المكفول له (المؤمن له) ولا يخرج من تحت يده غالباً ، ولا يجب عليه تسليمه لأحد غيره ، فالمؤمن يضمن مالا للمالك لم يزل تحت يده يتصرف فيه كيف شاء^(٤) .

رابعاً : إن المكفول فى الكفالة ، هو ما ثبت على زيد أو عمرو ، أما المكفول فى عقد التأمين ، فهو القضاء والقدر ، أو البحر الذى تسير فيه الجوارى ، أو الطريق الذى تسير فيه السيارات^(٥) .

(٦) قياس التأمين على ضمان خطر الطريق عند الحنفية .

ذهب القائلون بمشروعية التأمين التجارى إلى قياسه على ضمان خطر الطريق الذى يقول فيه الإمام النظام : " رجل قال لغيره اسلك هذا الطريق ، فإن أخذ مالك فأنا ضامن ، فسلكه فأخذ ماله ، كان الضمان صحيحاً " ^(٦) ، وذلك لأن المغرور يرجع على الغار ؛ إذا

(١) النظام : الفتاوى الهندية ٢٥٩/٣ ومابعداها ، أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧١ ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٤ .

(٢) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٢٨٢ ، شرح فتح القدير ٢٩٨/٧ ، ٣٠٢ ، الدردير : الشرح الكبير ، الدسوقي حاشيته ٣٤٠/٣ ومابعداها ، مغنى المحتاج ٤٥٦/٤ ، كشف القناع ٣٧٧/٣ .

(٣) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٤ ، د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧٢ .

(٤) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧٢ .

(٥) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٤٩٣ .

(٦) الفتاوى الهندية ٢٧٧/٣ .

ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً^(١) وهذا القياس على أساس ، أن المؤمن (شركة التأمين) تضمن سلامة البضائع المرسلة بطريق البر ، أو البحر أو الجو ، كما هو الحال في ضمان خطر الطريق ، وإذا كان في التأمين مخاطرة ، وجهالة للعاقبة ، ففي ضمان خطر الطريق مخاطرة ، وجهالة للعاقبة أيضاً^(٢) .

وهذا القياس غير مسلم به لما يلي :

أولاً : إن العلة في ضمان خطر الطريق ن هي غش الضامن وتغريه بمن أرادا أن يسلك الطريق ، حيث أخبره أن هذا الطريق آمن ، في الوقت الذي لا يعلم فيه من سلك الطريق شيئاً عن هذا الأمن ، ولذلك لو أن من سلك الطريق يعلم أنه غير آمن ، فإنه لا يعد مغروراً ، وبالتالي لا يضمن من قال له اسلك هذا الطريق شيئاً ، مما أخذ منه ، بينما المؤمن لا يغش المؤمن له ، ولا يغرر به ، ولا ينفي احتمال وقوع الخطر المؤمن منه ، وإنما يضمن مبلغ التأمين عند هلاك المال المؤمن عليه ؛ لمجرد اتفاه مع المؤمن له على ذلك فافترقا .

ثانياً : إن ضمان خطر الطريق من قبيل التبرع ، والجهالة والمخاطرة لا تفسد التبرعات ، والتأمين من عقود المعاوضات ، وهذه تفسدها الجهالة الفاحشة ، فاختلف التأمين من الأضرار عن ضمان خطر الطريق ، فلا يصح قياسه عليه^(٣) .

(٧) قياس التأمين على الوديعة بأجر .

يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى أنه يجوز أن يأخذ المودع لديه أجراً على حفظ الوديعة متى شرط ذلك^(٤) ومن ثم إذا هلك تلك الوديعة بتعد أو تقصير من المودع لديه ، فإن عليه أن يدفع تعويضاً عند هلاكها ؛ لأن المودع لديه يعتبر مقصراً في حفظ الوديعة

(١) ابن عابدين : حاشيته ٣٥٠/٤ .

(٢) د/ مصطفى الزرقا : نظام التأمين ص ٥٨ .

(٣) أستاذي د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧٧ ومابعدا ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٥ ومابعدا ، د/ محمد بلتاجي : المرجع السابق ص ١٣٥ ومابعدا ، د/ محمد الجبالي : المرجع السابق ص ٧٨ ومابعدا ، د/ عمر بن العزيز المترك : المرجع السابق ص ٤٠٨ ومابعدا .

(٤) الفتاوى الهندية ٣٤٢/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣١/٣ ومابعدا ، مرشد الحيران

، وبالتالي يضمن هلاكها ، أما إذا كان الهلاك بسبب لا يرجع إلى إهماله أو تقصيره ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يقصر في حفظها ^(١) .

هذا : وقد ذهب بعض القائلين بمشروعية التأمين التجاري إلى قياس التأمين على الأشياء ، وهو نوع من التأمين التجاري على الوديعة بأجر ، وذلك على أساس أن الأقساط التي يدفعها المؤمن له تعد بمثابة أجرة للمؤمن ، مقابل حفظه للشيء المؤمن عليه ، وبالتالي إذا هلك ذلك الشيء ضمن المؤمن ، كما يضمن المودع لديه بأجر ، هلاك الوديعة ^(٢) . ولكن هذا القياس غير مسلم ، وذلك لأنه قياس مع الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، ويتضح ذلك من خلال ما يلي :

أولاً : إن المال المودع يكون في يد المودع لديه ، وتحت إشرافه ورعايته وله في ذلك عمل هو حفظه ، بينما الشيء المؤمن عليه لا يكون تحت يد شركة التأمين ، ولكنه يبقى في يد المؤمن له ، كما أن شركة التأمين لا تلتزم بحفظ الشيء المؤمن عليه ، والأجر الذي يدفع للمودع لديه يكون عوضاً عن محافظته على الوديعة ، بينما الأقساط في التأمين لا تدفع لشركة التأمين لمحافظتها على الشيء المؤمن عليه ، وإنما تدفع لضمان الخطر المؤمن منه .

ثانياً : إن العلة في ضمان المودع لديه بأجر للشيء المودع هي تقصيره وإهماله في حفظ ذلك الشيء ، ولذلك إذا هلك الشيء المودع بدون إهمال أو تقصير منه ، فإنه لا يضمن ، أما شركة التأمين ، فإنها تضمن هلاك الشيء المؤمن عليه بموجب عقد التأمين ، رغم أن هلاكه لا يرجع إلى تقصيرها أو إهمالها في حفظه ، ولو كانت شركة التأمين (المؤمن) كالمودع لديه لما التزمت بالضمان في حالة عدم التقصير في حفظ الوديعة ، وطالما اختلفت العلة بين المقيس والمقيس عليه ، فلا وجه للقياس ^(٣) .

(١) حاشية الشلبي على الزيلعي ٧٧/٥ ، الاختيار ٢٥/٣ ، بداية المجتهد ٢٣٣/٢ ، كفاية الأخيار ١٢/٢ ، مغنى المحتاج ٨١/٢ ، الروض المربع ٣٢٤/٢ ، حاشية الروض المربع ٤٥٨/٥ ، المحلى ٢٧٧/٨ مسألة رقم ١٣٨٩ .

(٢) وقد أشار إلى هذا القياس أستاذي الدكتور / عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧٨ ، د/محمد بلتاجي : المرجع السابق ص ١٤٨ ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٣) تكملة المجموع ٣٠٣/١٣ ومابعداها ، أستاذي د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٢٧٨ ومابعداها ، د/عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ١٣٦ ومابعداها ، د/ بلتاجي : المرجع السابق ص ١٤٨ .

كما أن ما استدل به أصحاب هذا الاتجاه على مشروعية التأمين التجارى من الأدلة المختلف فيها كالعرف ، والمصالح المرسله ، والضرورة ، وأنه عقد جديد ، قد ثبت أنه استدلال خاطئ وغير صحيح^(١) ونظرا لضيق المقام اكتفى بذكر ما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامى فى دورته المنعقدة فى ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامى عند نظره فى موضوع التأمين بأنواعه المختلفة ، بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء فى ذلك ، وعلى ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء فى المملكة العربية السعودية فى دورته العاشرة بمدينة الرياض بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ بقرار رقم (٥٥) من تحريم التأمين التجارى بكافة أنواعه ، وبعد الدراسة الوافية ، وتداول الرأى قرر مجلس المجمع الفقهى بالإجماع عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا : تحريم التأمين التجارى بجميع أنواعه ، سواء أكان على النفس أم على الأشياء أم على البضائع التجارية أم غير ذلك ؛ لعدة أدلة تقدم ذكرها عند سرد أدلة الاتجاه الأول القائل بعدم مشروعية التأمين التجارى ، ثم تولى المجمع الفقهى الرد على أدلة القائلين بالمشروعية ، فقال فى رده على استدلالهم بالأدلة المختلف عليها السابق ذكرها ، وأنه عقد جديد ، وأن الأصل فى العقود الإباحة ما يلى :

أولاً : لا يصح الاستدلال أى على مشروعية التأمين التجارى بالعرف ؛ لأن العرف ليس من أدلة تشريع الأحكام ، وإنما يبنى عليه فى تطبيق الأحكام ، وفهم المراد من ألفاظ النصوص ، ومن عبارات الناس فى أيمانهم وتداعيهم وأخبارهم ، وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال ، فلا تأثير له فيما تبين أمره ، وتعيين المقصود منه ، وقد دلت الأدلة دلالة واضحة على منع التأمين ، فلا اعتبار به معها .

ثانياً : كما أن الاستدلال بالاستصلاح - على حل التأمين التجارى - غير صحيح ، لأن المصالح فى الشريعة الإسلامية ، ثلاثة أقسام : قسم شهد الشرع باعتباره فهو حجة ، وقسم سكت عنه الشرع فلم يشهد له بإلغاء ولا اعتبار فهو مصلحة مرسله ، وهذا محل اجتهاد المجتهدين ، والقسم الثالث : ما شهد الشرع بإلغائه ، وعقود التأمين التجارى فيها جهالة وغرر ، وربا وقمار ، فكانت مما شهدت الشريعة بإلغائه ، لغلبة جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة .

(١) يراجع فى ذلك على وجه الخصوص أستاذى الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق من ص ٢٨٧ إلى ٣١٣ ، د/ محمد بلتاجى : المرجع السابق من ص ١٦٣ إلى ١٨٢ ، د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق من ص ١٣٩ إلى ص ١٤٤ .

ثالثاً : الضرورات تبيح المحظورات ، لا يصلح الاستدلال به هنا ؛ لأن ما أباحه الله تعالى من طرق الكسب الطيبة أكثر أضعافاً مضاعفة مما حرمه عليهم ، فليس هناك ضرورة معتبرة شرعاً تلجئ إلى ما حرّمته الشريعة من التأمين (التجارى) .

رابعاً : الإباحة الأصلية لا تصلح دليلاً هنا أيضاً ؛ لأن عقود التأمين التجارى قامت الأدلة على مناقضتها لأدلة الكتاب والسنة والعمل بالإباحة الأصلية مشروط بعدم المناقض لها ، وقد وجد فبطل الاستدلال بها " (١) .

الترجيح :

وبعد ذكر اتجاهات الفقهاء المعاصرين وأدلتهم ، فى القول بمشروعية التأمين التجارى وعدم مشروعيته ، ومناقشة هذه الأدلة يتبين لى - والله أعلم - أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول القائل : بأن عقد التأمين التجارى غير مشروع ، وذلك لما يلى :

أولاً : إن عقد التأمين التجارى من عقود الغرر ، لأنه مجهول العاقبة إذ كلاً من العاقلين لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطى وما يأخذ ، والغرر لا تصح معه العقود .

ثانياً : إنه ينطوى على الربا بنوعيه ، لأن المؤمن له يدفع نقوداً قليلة فى مقابل نقود كثيرة أو العكس ، فحقيقة التأمين التجارى تبادل نقد بنقد أحدهما حاضر ، والآخر مؤجل ، مضاف إليه التفاضل بين المبلغين ، فهو مشتمل على الربا بنوعيه ، فكان محرماً .

ثالثاً : إنه من قبيل أكل أموال الناس بالباطل من جانب شركة التأمين فى حالة عدم وقوع الخطر المؤمن منه ، ومن جانب المؤمن له فى حالة وقوع الخطر ، لأن الشركة قد تدفع له أضعاف ما أخذته .

رابعاً : إنه نوع من القمار ؛ لأن أحد الطرفين يدفع مالاً قليلاً ، لينال مالاً كثيراً ، اعتماداً على الحظ والمصادفة ، بدون عمل ولا جهد .

خامساً : إنه يؤدى إلى وقوع العداوة والبغضاء بين طرفيه ؛ وذلك لأنه إذا وقع الخطر المؤمن منه ، حاول كل من الطرفين تحميل الآخر ، الخسائر التى حصلت ، فيتربط على ذلك نزاع ، ومشاكل كثيرة .

(١) وقد ذكر ما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامى الشيخ محمد نجيب المطيعى تكملة المجموع ٢٥٣/١٣ ومابعدهما ، د/ محمد شبير : المرجع السابق ص ١٢٩ ومابعدهما ، د/ أحمد السالوس : المرجع السابق من ص ٣٩٤ إلى ص ٣٩٩ ، المستشار/ محمد سعيد عبد اللطيف من ص ١٦٧ إلى ١٧٠ .

سادساً : كما أن من أباح التأمين التجارى قد استدل بأدلة من المنقول والقياس ، وقد ثبت عند مناقشتها ، أن الاستدلال بها خاطئ وغير صحيح ، بينما المحرم للتأمين التجارى قد استدل بنصوص شرعية ، وقواعد أساسية أجمع الفقهاء على الأخذ بها .

وبناء على ذلك إذا قام المؤمن (شركة التأمين) بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له عند حدوث الخطر المؤمن منه ، كتعويض له عما أصابه من ضرر ، فإنه لا يحق له أن يرجع على المتسبب فى هذا الضرر ، بما أداه للمؤمن له ، وذلك لأن التأمين التجارى محرم شرعاً بكافة أنواعه ؛ لما يشتمل عليه من الربا والغرر الفاحش والمقامرة ، بالإضافة إلى أنه لما كان عقد التأمين التجارى محرماً شرعاً ، فإنه لا يصلح أن يكون وسيلة من وسائل تعويض المضرور عما أصابه من ضرر ، ومن ثم إذا قامت شركة التأمين بإعطائه هذا التعويض ، فإنه لا يحق لها أن تحل محل المضرور ، وترجع بما أدته له على من تسبب فى ذلك الضرر ؛ لأن ما بنى على الحرام فهو حرام ^(١) .

ثانياً : مشروعية التأمين التعاونى ، ومدى أحقية المؤمن فى الحلول محل المؤمن له فى الرجوع ، بما وفاه على المتسبب فى الضرر .

يمكن تعريف التأمين التعاونى بأنه : " عبارة عن اتفاق عدة أشخاص على شكل جمعية معرضين لأخطار متشابهة على أن يدفع كل واحد منهم اشتراكاً معيناً ، بحيث تخصص هذه الاشتراكات لأداء التعويض المستحق لمن يصيبه ضرر منهم ، وإذا زادت هذه الاشتراكات على ما صرف من تعويض ، كان للأعضاء حق استردادها ، وإذا نقصت طوّلب الأعضاء باشتراك إضافى لتغطية العجز ، أو انقصت التعويضات المستحقة بنسبة العجز ^(٢) وتدار هذه الجمعية أو الشركة بواسطة أعضائها ، والهدف من هذا التأمين هو التعاون على تحمل المصيبة التى قد تحل ببعضهم ، ولا يقصد من ورائها أى كسب أو ربح لأحد المشتركين فيها ، وذلك لأن كلا منهم يدفع اشتراكه على سبيل التبرع للتعاون مع زملائه ^(٣) .

ونظراً لأن هذا النوع من التأمين يقوم على التكتاف والموازرة فى تفتيت الأخطار التى قد تقع على بعض الأفراد عن طريق تعويضهم من المال المجموع من أقساطهم ، فإن جميع

(١) راجع فى هذا المعنى : بيان للناس من الأزهر الشريف ٢/ ٢٨٥ ومابعداها

(٢) د/ عمر بن عبد العزيز المترك : المرجع السابق ص ٤٠٥ ، د/ محمد الجبالى : المرجع السابق ص ٣٠ ، أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٠ .

(٣) د/ بلتاجى : المرجع السابق ص ٥٧ ، د/ عمر المترك : المرجع السابق ص ٤٠٥ .

الباحثين فى التأمين يرون جوازه شرعا ، وهو كذلك لأن الأساس فى منع التأمين هو الغرر والربا ، والغرر والربا لا يوجدان فى التبرعات ، والتأمين التعاونى من قبيل التبرعات ؛ لأن ما يدفعه كل مشترك فيه إنما هو تبرع منه ، وجهه إلى هذه الوجهة من وجوه البر والخير ، عن رضا واختيار ^(١) .

هذا وقد استدلل الفقهاء المعاصرون على مشروعية هذا النوع من التأمين بالكتاب والسنة .
أما الكتاب فمنه :

قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ ^(٢)
وجه الدلالة من الآية الكريمة :

إن الله تبارك وتعالى أمر عباده المؤمنين فى هذه الآية الكريمة بالمعاونة على فعل الخيرات ، وترك المنكرات ، ونهاهم عن التعاون على المآثم والمحارم ^(٣) ومن المعاونة على البر ، أن يتعاون الناس على دفع الأخطار التى قد تهدد حياتهم كما هو الحال فى التأمين التعاونى ، لأن التعاون على البر والتقوى كما يقول ابن خويز منداد : " يكون بوجوه فواجب على العالم أن يعين الناس بعلمه فيعلمهم ، ويعينهم الغنى بماله " ^(٤) .
وأما السنة فمنها :

(١) ما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت : " خفت أزواد قوم فأملقوا فأتوا النبى ﷺ فاستأذنوه فى نحر إبلهم فأذن لهم ، فلقبهم عمر فأخبروه فقال : ما بقائكم بعد إيلكم ، فدخل على النبى ﷺ فقال : يا رسول الله ما بقاؤهم بعد إيلهم فقال رسول الله ﷺ : ناد فى الناس يأتون بفضل أزواد فبسط لذلك نطع ، وجعلوه على النطع ، فقام رسول الله ﷺ فدعا وبرك عليه ثم دعاهم بأوعيتهم فاحتشى الناس حتى فرغوا ، ثم قال رسول الله ﷺ : أشهد أن لا إله إلا الله ، وأنى رسول الله " ^(٥) .

(١) أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ٩٣ ، د/ بلتاجى : المرجع السابق ص ٢٠٩ ،

د/ محمد زكى السيد : المرجع السابق ص ٢٣٢ ، د/ يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٢٦٨ .

(٢) سورة المائدة من الآية رقم (٢) .

(٣) ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ٨/٢ .

(٤) القرطبى : أحكام القرآن ٢٠٤٤/٣ ط دار الريان للتراث .

(٥) الإمام البخارى : صحيحه مع فتح البارى ك الشركة باب الشركة فى الطعام والنهد والعروض برقم

٢٤٨٦ ج ٥ ص ١٥٢ وما بعدها ، الإمام مسلم : صحيحه بشرح النووى ٥٢/١٦ ك فضائل

الصحابة باب فضائل الأشعريين برقم ٢٥٠٠ ط دار الفكر بيروت ١٤٢١ هـ ٢٠٠٠ م .

فهذا الحديث يدل على جواز التعاون مع الفضل ؛ لأن ما مع كل واحد من الصحابة يختلف في مقداره بالنسبة لما مع غيره ، والتعاون مع الفضل هو نفس فكرة التأمين التعاوني القائم على التبرع ابتغاء رضوان الله تعالى ، لتحقيق التكافل والتعاون فيما بين المشتركين فيه ، والمرور بسلام من الخطر الذي قد يلحق ببعضهم ، مع أنه من المقطوع به ، أن من أصابه الخطر أخذ أكثر مما قدم ^(١) .

(٢) وما روى عن أبي موسى الأشعري رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم قسموه بينهم في إناء واحد بالسوية فهم مني وأنا منهم " ^(٢) .

ويقول ابن حجر في بيان وجه الدلالة من هذا الحديث الشريف : " في الحديث فضيلة عظيمة للأشعريين قبيلة أبي موسى ، وتحديث الرجل بمناقبه ، وجواز هبة المجهول ، وفضيلة الإيثار والمواساة " ^(٣) ويقول أيضاً : " والمراد بقوله ﷺ " فهم مني وأنا منهم " أنهم فعلوا فعلى في هذه المواساة " ^(٤) ويقول النووي : " في الحديث فضيلة الأشعريين ، وفضيلة الإيثار والمواساة ، وفضيلة خلط الأزواد في السفر ، وفضيلة جمعها في شئ عند قلتها في الحضر ثم تقسم ، وليس المراد بهذه القسمة المعروفة في كتب الفقه بشروطها ، ومنعها في الربويات ، واشتراط المواساة وغيرها ، وإنما المراد هنا إباحة بعضهم بعضاً ، ومواساتهم بالموجود " ^(٥) .

هذا وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة بمكة المكرمة ١٣٩٨هـ — الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء الذي يقضى بجواز التأمين التعاوني بدلاً من

(١) أستاذي د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٠١ ، د/ بلتاجي : المرجع السابق ص ٢٠٦ .

(٢) الإمام البخاري : صحيحه مع فتح الباري ك الشركة باب الشركة في الطعام والنهد والعروض ج ٥ ص ١٥٢ ومابعدا برقم (٢٤٨٤) .

(٣) ابن حجر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٥ ص ١٥٥ طبعة مكتبة الإيمان بالمنصورة .

(٤) راجع ابن حجر فتح الباري شرح صحيح البخاري : الموضع السابق ، الإمام النووي : شرح

صحيح مسلم ٢٤/١٦ .

(٥) الإمام النووي : شرح صحيح مسلم ٥٢/١٦ .

التأمين التجاري المحرم (١) .

وإذا كان التأمين التعاوني مشروعاً على هذا النحو ، فهل يحق لجمعية التأمين التعاوني ، إذا وفّت عن أحد أعضائها ما استحق للغير من تعويض تسبب فيه هذا العضو ، أن تحل محل المضرور في الرجوع على هذا المتسبب ، بما أدته عنه أم لا ؟ .

لا أجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من رجوع جمعية التأمين التعاوني على هذا العضو ، وحلولها محل المضرور في هذا الرجوع ، متى كان هذا الضرر قد أوقعه هذا العضو عن عمد (٢) وذلك قياساً على عدم تحمل العاقلة للدية في العمد العدوان (٣) .

وكذلك الحال إذا أصيب أحد أعضائها بضرر ، فقام جمهور المساهمين فيها بتعويضه ، فإن لهم الحق في الحلول محل هذا العضو المصاب في الرجوع على من تسبب في إحداث هذا الضرر وذلك لما يلي :

أولاً : إن الفقه الإسلامي يقرر تضمين المتسبب في الضرر ، متى ثبت تقصيره أو إهماله ، كما هو الحال في تضمين المرتتهن والمودع لديه ، متى تسبب في إتلاف الشيء المرهون أو المودع ، بإهمال أو تقصير منهما (٤) .

ثانياً : إن جمهور المساهمين قد وفوا عنه ما وجب في ذمته من دين ، والفقه الإسلامي يؤكد أنه متى ثبت الدفع ثبت الرجوع (٥) .

(١) ذكر ذلك د/ محمد عثمان شبير ص ١٣١ من كتابه السابق المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي .

(٢) د/ عبد الفتاح مصطفى : الوفاء مع الحلول ص ٤٦٩ .

(٣) الاختيار ٥٨/٢ ، بداية المجتهد ٣٠٩/٢ ، مغنى المحتاج ٩٥/٤ ، الروض المربع ٤٨٥/٢ ط دار التراث بالقاهرة .

(٤) البغدادى : مجمع الضمانات ص ٧٥ ، ص ١٠٩ ، بداية المجتهد ٢٣٣/٢ ، وقد نقل ابن رشد إجماع الفقهاء على ذلك ص ٢٠٨ ، الشربيني : مغنى المحتاج ١٣٧/٢ ، حاشية الجمل ٨١/٤ .

(٥) الخرشي : شرحه على مختصر خليل ٢٦/٦ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٣٥/٣ .

ثانياً : فى القانون المدنى :

وأتناول فى القانون المدنى تعريف التأمين أولاً ، وبيان مشروعيته ثانياً ، وتوضيح مدى حلول المؤمن محل المؤمن له فى الرجوع على المسئول (المتسبب) فى إحداث الضرر ثالثاً ، على غرار ما سبق فى الفقه الإسلامى .

أولاً : تعريف التأمين :

عرفت المادة (٧٤٧) مدنى التأمين بقولها : " التأمين عقد يلزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين بالعقد ، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن " .

وهذا التعريف يمتاز بأنه بين العناصر القانونية الأساسية لعقد التأمين ، فأوضح أن عقد التأمين يبرم بين طرفين هما المؤمن والمؤمن له ، وقد يوجد إلى جانب المؤمن له شخص آخر يسمى (المستفيد) يتقاضى مبلغ التأمين ، كما أظهر أن عقد التأمين يقوم على أساس فكرة الخطر التى يلتزم المؤمن بتغطيتها للمؤمن له ، وأن المؤمن له يلتزم بدفع قسط التأمين ، أو أية دفعة مالية أخرى للمؤمن مقابل التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، أو للمستفيد إذا تحقق الخطر المؤمن منه ، كما يمتاز هذا التعريف بأنه لم يعرف التأمين بأنه يستهدف التعويض عن خسارة احتمالية قد تصيب المؤمن له ، وبهذا فإن هذا التعريف يصلح لجميع أنواع التأمين ، سواء أكانت على الأشخاص أم من الأضرار ^(١) .

إلا إنه يؤخذ على هذا التعريف : أنه ركز على الجانب القانونى للتأمين فقط وأغفل الجانب الفنى له ، وبصفة خاصة أغفل دور المؤمن ، كوسيط بين عدد من المؤمن لهم ، يجرى مقاصة بين المخاطر التى قد يتعرضون لها طبقاً لقوانين الإحصاء ، لأنه اقتصر

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ المجلد الثانى عقود الغرر ، عقد المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة ، وعقد التأمين ص ١٣٧٩ الطبعة الثانية ١٩٩٠ الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/حسام الدين الأهوائى : المبادئ العامة للتأمين ص ١٣ طبعة ١٩٩٨/١٩٩٩ م ، أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٦ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ٩٩٨ ومابعداها ، د/ أحمد شرف الدين : أحكام التأمين دراسة فى القانون والقضاء المقارنين ص ١٤ ط ٣ سنة ١٩٩١ م بنادى القضاء ، د/ محمد زهرة : أحكام عقد التأمين طبقاً لنصوص التقنين المدنى وأحكام القضاء ص ٤١ ومابعداها ط ١٩٩٩ م .

على بيان أن التأمين علاقة بين شركة التأمين ، ومؤمن له واحد ، ولو كان الأمر كذلك لكان الهدف من عقد التأمين هو نقل عبء الخطر عن عاتق المؤمن له إلى عاتق المؤمن ، ولأضحى المؤمن مقامراً أو مراهنًا على وقوع الخطر ^(١) .

ولتفادى هذه الانتقادات اقترح بعض الفقه أن يضاف في نهاية هذا التعريف عبارة : "الذى يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر ويجرى بينها مقاصة طبقاً لقوانين الإحصاء " ^(٢) وعلى ذلك يمكن تعريف التأمين باعتباره عملية تختلط فيها العناصر القانونية بالأسس الفنية بأنه : " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه ، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً ، أو أى عوض مالى آخر ، فى حالة وقوع الحادث ، أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك فى نظير قسط ، أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن ، الذى يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر ويجرى بينها مقاصة طبقاً لقوانين الإحصاء " ^(٣) .

وقد عرفه البعض بهذا الاعتبار أيضاً بأنه : " عملية فنية تزاولها هيئات منظمة مهمتها جمع أكبر عدد ممكن من المخاطر المتشابهة وتحمل تبعاتها عن طريق المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء ، ومن مقتضى ذلك حصول المستأمن أو من يعينه ، حالة تحقق الخطر المؤمن منه على عوض مالى يدفعه المؤمن فى مقابل وفاء الأول بالأقساط المتفق عليها فى وثيقة التأمين ^(٤) .

ثانياً : مشروعية التأمين :

قام المقنن المدنى المصرى فى التقنين المدى الحالى ، كما هو الحال فى كثير من الدول بتنظيم التأمين وذلك بوضع قواعد عامة أمرة لا تجوز مخالفتها ، بعد أن كان فى ظل التقنين المدنى السابق (القديم) ، بعيداً عن هذا التنظيم ، وبالتالي كان محسوماً بالقواعد العامة التى جرت شركات التأمين على اتباعها ، وبما تضمنته وثائق التأمين من شروط .

^(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ١٣٨٠ ، د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ١٤ ، أستاذنا د/ عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٧ ، د/ محمد زهرة : المرجع السابق ص ٤٢ ، د/ حسنى عبد الدايم : المرجع السابق ص ٩٩٩ .

^(٢) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ٢١ .

^(٣) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق نفس المكان .

^(٤) د/ محمد على عرفة : شرح القانون المدنى التأمين والعقود المدنية الصغير ص ١١ طبعة ١٩٥٠م

وقد كان تنظيم المشرع المصرى لعقد التأمين فى التقنين المدنى الحالى على الوجه التالى :

وضع بعض القواعد العامة للتأمين فى المواد من (٧٤٧ إلى ٧٥٣) وبعض أحكام التأمين على الحياة فى المواد من (٧٥٤ إلى ٧٦٥) ، ثم عرض لأحكام التأمين من الحريق فى المواد من (٧٦٦ إلى ٧٧١) ^(١) .

والأحكام التى أوردتها هذه المواد التى وردت فى المجموعة المدنية ، لا تنطبق إلا على التأمينات الخاصة البرية ذات القسط الثابت أما غيرها من أنواع التأمينات الأخرى ، فلا تسرى عليها إلا بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع نظام هذه التأمينات الأخرى ^(٢) .

وقد حذت بعض التقنيات العربية حذو التقنين المدنى المصرى الحالى فى تنظيمه لعقد التأمين ، من هذه التقنيات ، التقنين المدنى السورى فى المواد من (٧١٣ إلى ٧٣٧) ، والتقنين المدنى الليبى فى المواد من (٧٤٧ إلى ٧٧٨) ، التقنين المدنى العراقى فى المواد من (٩٨٣ إلى ١١٠٠) ، والتقنين المدنى الأردنى فى المواد (من ٩٢٠ إلى ٩٢٦) ، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المواد من (٩٥٠ إلى ٩٧٢) والتقنين المدنى الكويتى فى المواد من (٧٧٣ إلى ٨٠١) ^(٣) .

هذا : وتنظيم هذه التقنيات لعقد التأمين صراحة يعد اعترافا منها بمشروعيتها ^(٤) .
ثالثاً : مدى حلول المؤمن محل المؤمن له حلولاً قانونياً فى الرجوع على (المتسبب) المسئول عن وقوع الخطر المؤمن منه بما دفعه من تعويض أعطى المشرع للمؤمن الحق فى الحلول محل الموفى له حلولاً قانونياً فى الرجوع على المتسبب فى وقوع الخطر المؤمن منه بما دفعه من تعويض بنص خاص إعمالاً للمادة (٣٢٦/د) والتى تنص على أنه : " إذا قام

(١) د/ عبد الناصر العطار : المرجع السابق ص ٢١ ، أستاذنا د/عبد الله النجار : المرجع السابق ص ١٧ ، د/ أحمد شرف الدين : المرجع السابق ص ١٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٥ ص ٣٢٠ .

(٣) يراجع فى ذلك د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ المجلد الثانى هامش رقم (٢) ص ١٤٦٧ ومابعدھا ، وقد قابل سيادته بين كل مادة من مواد التقنين المدنى المصرى الحالى المنظمة لعقد التأمين ، ومواد التقنيات العربية المذكورة ، المستشار/ أنور طلبية : الوسيط فى القانون المدنى ج ٤ من ص ١٠١٦ إلى ص ١٠٩١ طبعة المكتب الجامعى الحديث بالأزاريطة الإسكندرية ٢٠٠١ م .

(٤) د/ حسام الدين الأهوانى : المرجع السابق ص ٢٩ .

بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :
 د- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول " ، وهذا النص الخاص هو
 ما نصت عليه المادة (٧٧١) مدنى بقولها : " يحل المؤمن قانونا بما دفعه من تعويض عن
 الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له ، قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت
 عنه مسئولية المؤمن ، مالم يكن من أحدث الضرر قريبا أو صهرا للمؤمن له ممن يكونون
 معه فى معيشة واحدة ، أو شخصا يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله " ، ويتضح من هذا
 النص أنه إذا أمن شخص على مصنعه أو متجره من الحريق ثم احترق هذا المصنع (المؤمن
 عليه) بسبب خطأ صدر من شخص آخر ، فإن صاحب المصنع يكون له الحق فى الرجوع
 بالتعويض على من تسبب فى هذا الحريق ، كما يكون له الحق فى مطالبة شركة التأمين
 بمبلغ التأمين ، فإذا دفعت شركة التأمين هذا المبلغ ، فإن القانون أعطى لها فى هذه الحالة أن
 تحل بما دفعته من تعويض عن الحريق محل المؤمن له فى حقه ضد من تسبب بفعله فى
 الحريق حولا قانونيا ^(١) .

بيد أنه يشترط لتحقيق هذا الحل القانونى للمؤمن أن يتوافر ثلاثة شروط :
 الشرط الأول : أن يكون المؤمن قد دفع مبلغ التأمين للمؤمن له فعلا ، يلزم لكى يحل المؤمن
 محل المؤمن له فى الرجوع على الغير المسئول ، أن يكون المؤمن قد دفع للمؤمن له فعلا
 مبلغ التأمين ، الذى التزم بدفعه بمقتضى عقد التأمين ؛ وذلك لأن الحل لا يكون إلا بعد
 الوفاء ، وهذا ما أشارت إليه المادة (٧٧١) مدنى بقولها : " يحل المؤمن قانونا بما دفعه من
 تعويض " ، وعلى الرغم من أن هذا الشرط ليس سوى تطبيق للقواعد العامة فى الحل
 ، والتى تقضى بأنه لا حلول إلا بعد الوفاء ، إلا إنه يعد أهم شرط من شروط الحل ، وذلك
 لأنه هو الذى يضع أساس الحل ومداه ، أما وضعه لأساس الحل ، فذلك لأن المؤمن لا
 يحق له أن يحل محل المؤمن له ، إلا إذا قام بدفع مبلغ التأمين له فعلا ^(٢) .

(١) يراجع فى ذلك د/ عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٥١ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣
 المجلد الثانى ص ٧٩٥ ، د/ محسن البيه : المرجع السابق ص ٥٦٥ ف ٣٥٢ ، د/ عبد الودود يحيى
 : المرجع السابق ص ٦٩٢ ، د/ توفيق فرج : المرجع السابق ص ١٨٧ ، د/ محمد شكرى سرور :
 المرجع السابق ص ٢٧٨ ، د/ عبد المنعم البدر اوى : المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص ٢٠٤٧ ، د/ جلال محمد إبراهيم : التأمين دراسة مقارنة
 ص ٨٣٨ ط ١٩٩٤ م ، الناشر دار النهضة العربية ، د/ أحمد شرف الدين : أحكام التأمين ص ٣٥٥
 ط ٣ سنة ١٩٩١ م بنادى القضاة .

وهذا الشرط يتعلق بالنظام العام ، وبالتالي لا يجوز للمؤمن أن يتفق مع المؤمن له على أن يرجع على الغير المسئول قبل الوفاء بمبلغ التأمين له ، وإذا وقع هذا الاتفاق كان باطلا ، لأن هذا الشرط هو الذى يميز الحلول عن حوالة الحق ، الذى أراد المشرع بتنظيمه للحلول أن يجنب المؤمن له مخاطرها ^(١) .

هذا : ويقع عبء إثبات قيام المؤمن بالدفع المسبق لمبلغ التأمين للمؤمن له على المؤمن ، وإلا كان للغير (المسئول) أن يطلب الحكم برفض دعواه لعدم توافر الشرط الأساسى لتطبيق الحلول ، ويتم هذا الإثبات عادة بتقديم مخالصة صادرة من المؤمن له ، ويمكن أن يقدم ما يفيد أن المؤمن له قد قبض شيكا أو حوالة أو تم التحويل لحسابه ، كما يجوز الإثبات بجميع الطرق فى المسائل التجارية بما فيها البينة والقرائن ^(٢) .

الشرط الثانى : أن يكون للمؤمن له دعوى مسئولية يرجع بها على المسئول . فإذا لم يكن للمؤمن له دعوى مسئولية يرجع بها على المسئول ، أو كانت له ثم انقضت ، فإن حلول المؤمن محله فيها يكون غير متصور ؛ لأن رجوع المؤمن على الغير المسئول يكون عن طريق حلوله محل المؤمن له ، ولكن إذا كان للمؤمن له دعوى مسئولية ، فإن الحلول يتحقق ، سواء أكانت دعوى المسئولية هذه تقصيرية ، وهذا هو الغالب ، أم عقدية إذا توافرت شروطها بأن كان هناك عقد بين المؤمن له والغير ، يلزم هذا الأخير بالمحافظة على الأشياء المؤمن عليها من التلف أو الهلاك كأمين النقل والمستأجر ^(٣) .

وإذا كان للمؤمن له دعوى قبل المسئول ، ولكنه أضاعها بفعله ، كما إذا تنازل للغير عن حقه فى الرجوع ، أو ترك دعواه قبل المسئول ، تسقط بالتقادم ، أو أن يتصالح معه دون موافقة المؤمن ، أو أن يقر للمسئول بعدم مسئوليته أو أن يبرئ ذمته منها ، فلا يستطيع

(١) د/ أحمد شرف الدين : المرجع السابق ص ٣٥٥ ، د/ جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق ص

٨٣٩ ، د/ محمود عبد الرحمن : الوفاء مع الحلول ص ٢١٥ .

(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ المجلد الثنى ص ٢٠٤٨ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص

٨٣٩ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢١٥ ، د/ أحمد شرف الدين : المرجع

السابق نفس المكان السابق .

(٣) د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٨٤٠ ، د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٠٤٩ ،

المستشار/ أنور طلبية : المرجع السابق ص ١٠٩١ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق

ص ٢١٥ .

المؤمن أن يرجع على المسئول بدعوى الحلول ؛ لأن المؤمن له قد أضاع فرصة حلول المؤمن محله ^(١) وتبرأ ذمة المؤمن تجاه المؤمن له بقدر ما أضاعه الأخير عليه ، قياساً على براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن عليه من ضمانات ، وبالتالي إذا كان المؤمن لم يدفع شيئاً للمؤمن له خصم مما لهذا في ذمته بمقدار ما أضاعه عليه ، وإذا كان قد دفع له كل مبلغ التأمين استرد منه مما دفع بمقدار ما ضاع ^(٢) .

الشرط الثالث : ألا يكون المسئول عن الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله .

ويرجع منع المؤمن من الرجوع على من يعولهم المؤمن له أو يسأل عن خطئهم ، إذا تسببوا في وقوع الحادث المؤمن ضده إلى ما يلي :

أولاً : إنه لو أجاز للمؤمن أن يرجع على أحدهم لكان هذا رجوعاً على المؤمن له نفسه ، وبذلك يأخذ المؤمن باليسار ما أعطاه للمؤمن له باليمين ، فتضيع على المؤمن له فائدة التأمين .

ثانياً : إنه إذا كان محدث الضرر من أقارب المؤمن له أو من أصهاره فمن المفترض أن المؤمن له لن يرجع عليه لعلاقته الخاصة به ، وبالتالي لا يجوز للمؤمن أن يرجع عليه من باب أولى .

ثالثاً : إذا كان المؤمن له لن يرجع على المتسبب في وقوع الحادث المؤمن منه ، فلا يكون هناك حاجة للحلول ؛ لأن الحلول يقصد به منع المؤمن له من الجمع بين تعويضين ، ومن ثم إذا كان المؤمن له لن يرجع على المسئول عن الضرر ، فإنه لن يجمع بين تعويضين ، فتنتفي الغاية من الحلول ^(٣) فإذا تحققت هذه الشروط ، فإن المؤمن يحل محل المؤمن له في الرجوع على الغير المسئول حلاً قانونياً ، بمقتضى نص المادة (٧٧١) مدنى سالف الذكر ، وإعمالاً لحكم المادة (٣٢٦/د) مدنى ، ولكن هل هذا الحكم قاصر

^(١) د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢١٥ ، د/ أحمد شرف الدين : المرجع السابق ص ٣٥٦ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ ص ٢٠٥٤ .

^(٢) د/ أحمد شرف الدين : المرجع السابق ص ٣٥٧ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٨٤١ ، د/ محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ٢١٦ .

^(٣) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ المجلد الثانى ص ٢٠٥٢ ، د/ أحمد شرف الدين : المرجع السابق ص ٣٥٨ ، د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الثانى ص ٧٩٥ .

على التأمين على الحريق ، كما هو نص المادة (٧٧١) مدنى أم أنه يشمل باقى أنواع التأمين من الضرر ، وبالتالي يمكن أن يحل المؤمن محل المؤمن له فى الرجوع على المسئول عن إحداث الضرر ، بما دفعه من تعويض فى كل أنواع التأمين من الضرر؟
اختلف الفقه القانونى فى الإجابة عن هذا التساؤل وأسفر هذا الخلاف عن اتجاهين :
الاتجاه الأول : ويذهب القائلون به إلى أن هذا الحكم وهو حلول المؤمن محل المؤمن له فى الرجوع على المسئول عن إحداث الضرر (المتسبب) بما دفعه من تعويض مقصور على التأمين من الحريق ، ولا يشمل باقى أنواع التأمين من الضرر ؛ وذلك لانعدام النص الذى يقرر هذا الحل ، بالإضافة إلى أن القواعد العامة فى الحل لا تسمح بذلك ، ومن ثم فإن الرجوع فى هذه الأحوال لا يكون إلا باتفاق الطرفين ^(١) وهذا الاتجاه هو ما أيده قضاء النقض ^(٢) وهو الراجح فقها .

الاتجاه الثانى : ويذهب أصحابه إلى القول بأن هذا الحكم عام ، وبالتالي يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له فى الرجوع على المسئول عن إحداث الضرر فى التأمين من الأضرار عموما ، دون أن يشترط ذلك فى وثيقة التأمين ، وذلك إعمالا للصفة التعويضية للتأمين من الأضرار ؛ ولأن القواعد العامة فى الحل تجيز ذلك على أساس أن المؤمن ملزم بالدين مع المسئول التزاما تضاميا ^(٣) .

ثالثا : المقارنة :

يتضح من خلال ما سبق أن القانون المدنى يختلف مع ما ذهب إليه الاتجاه الراجح فى الفقه الإسلامى القائل بعدم مشروعية التأمين الخاص (التجارى) إذ يذهب القانون المدنى إلى القول بمشروعيته بذليل أنه نظم التعامل به فى نصوصه ، ويستدلون على مشروعيته بما يخالف الواقع والحقيقة وذلك بقول بعضهم : " أن شركة التأمين لا تبرم عقد التأمين مع مؤمن له واحد أو مع عدد

(١) د/ السنهورى : الوسيط ج ٧ السابق ص ٢٠٤٧ ، هامش رقم (١) ، د/ الأهوائى : المرجع السابق ص ٢٠٨ ، د/ جلال إبراهيم : المرجع السابق ص ٨٣١ هامش رقم (١) .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٢/١٢/٢٠م مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ صفحة ١١٦٦ برقم ١٨٥ .

(٣) د/ أحمد شرف الدين : المرجع السابق ص ٣٥٢ ف ٣٥٨ ، د/ محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢١١ ، د/ أشرف جابر : التأمين من المسئولية المدنية للأطباء ص ٣٦٠ طبعة ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

قليل منهم ؛ لأنها إذا فعلت ذلك لكان عقد التأمين مقامرة أو رهانا ، وكان غير مشروع ، ولكن الشركة تتعاقد مع عدد كبير من المؤمن لهم ، وتتقاضى من كل منهم مقابل التأمين ، ومن مجموع ما تتقاضاه من هؤلاء جميعا تعوض العدد القليل الذى يتحقق الخطر بالنسبة لهم ، ولكن الحقيقة أن عقد التأمين لا يتم ولا يبرم إلا بين شركة التأمين ومؤمن له واحد ، وإن كان ما ذهب إليه القانون المدنى يتفق مع ما ذهب إليه الاتجاه المرجوح فى الفقه الإسلامى المعاصر ، وترتبط على ذلك وأخذاً بالاتجاه الراجح فى الفقه الإسلامى القائل بعدم مشروعية التأمين الخاص (التجارى) إذا قامت شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له كتعويض عما أصابه من ضرر ، فإنه لا يحق لها أن ترجع على المتسبب فى الضرر ، وذلك لأن التأمين الخاص محرم بكافة أنواعه ، لما يشتمل عليه من الربا والغرر الفاحش ، ولما كان الأمر كذلك فإنه لا يصلح التأمين أن يكون وسيلة من وسائل تعويض المضرور ، ولكن يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى القول بمشروعية التأمين التعاونى ، وبالتالي يتفق القانون المدنى والفقه الإسلامى فى القول بجواز حلول المؤمن محل المؤمن له بما دفعه من تعويض فى رجوعه على المتسبب فى الضرر ، وذلك لأن الحلول يترتب على الوفاء ، فكلما ثبت الوفاء ثبت الحل .

ولكن إذا كان المتسبب مشمولا برعاية المضرور (المؤمن له) أو تلزمه نفقته ، فإن المضرور يكون مسئولا عنه ، وبالتالي لا يحق للمؤمن أن يحل محل المضرور فى الرجوع على هذا المتسبب ، لأنه كأنه يرجع على المؤمن له (المضرور ذاته) وذلك لا يختلف فيه الفقه الإسلامى مع القانون المدنى لأنه يعد تطبيقا لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .

المبحث الخامس

حلول الموفى للكمبيالة بطريق التدخل فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

إذا قام الغير بالوفاء بقيمة الكمبيالة عن أحد الملتزمين بها فهل يحق لهذا الموفى أن يحل محل الموفى له (الحامل للكمبيالة) فى الرجوع على من حصل الوفاء لمصلحته ، وعلى الملتزمين تجاهه بموجب هذه الكمبيالة أم لا ؟

للإجابة عن هذا التساؤل .يلزم أن أعرف الكمبيالة ، وأبين حكم التعامل بها ثم أوضح مدى حق الموفى بقيمتها من الغير فى الحلول محل الموفى له (الحامل لها) فى الرجوع على الموفى عنه وسيكون ذلك فى الفقه الإسلامى و القانون الوضعى على النحو التالى :

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

أ- تعريف الكمبيالة :

لما كانت الكمبيالة فى القانون الوضعى تقابل السفتجة فى الفقه الإسلامى فسوف أعرف السفتجة فى اللغة وفى اصطلاح الفقهاء .

أولاً : فى اللغة :

السفتجة مفرد سفاتج بضم السين ، وقيل بفتحها ، وأما التاء فمفتوحة فيهما ، والسفتجة كلمة معربة وأصلها بالفارسية سفته بمعنى الشئ المحكم ، وهى عبارة عن أن يعطى مالا لآخر ، وللآخر مال فى بلد المعطى ، فيعطيه إياه هناك فيستفيد أمن الطريق ^(١) .

ثانياً : فى اصطلاح الفقهاء :

عرفها بعض الفقهاء بأنها عبارة عن أن يدفع إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقه ، وإنما يدفع على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق ، وقيل هى أن يقرض إنساناً ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض ؛ ليستفيد به سقوط خطر الطريق ^(٢) ، وعرفها البعض الآخر بأنها الكتاب الذى يرسله المقرض إلى وكيله ليدفع لحامله ببلد آخر نظير ما تسلفه ؛ لأن المسلف انتفع بحرر ماله من آفات الطريق ^(٣) .

(١) النظم المستعذب ٤٠١/١ وما بعدها ، المعجم الوسيط ٤٣٢/١ ، المصباح المنير ٢٧٨/١ ، العناية على الهداية ٣٥٥/٦ ، شرح فتح القدير ٣٥٥/٦ .

(٢) يراجع فى ذلك ، شرح فتح القدير ٣٥٥/٦ ، الكفاية على الهداية فى نفس المكان ، العناية على الهداية فى نفس المكان أيضاً .

(٣) شرح الخرشي ٢٣١/٥ ، جواهر الإكليل ٧٦/٢ ، وفى نفس هذا المعنى المذهب للشيرازى ٤٠١/١ ط الحلبى ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٩٤/٤ ، المحلى ٧٧/٨ ، البحر الزخار ٣٩٤/٣ ، التاج المذهب ٤٨٧/٢ .

ب- حكم التعامل بالسفتجة (الكمبيالة) .

اختلف الفقهاء حول القول بجواز التعامل بها أو عدم جواز ذلك على قولين :
القول الأول : ويرى أصحابه أنه لا يجوز التعامل بالسفتجة ، متى شرط المقرض أن يكون الوفاء بقيمتها ببلد آخر ، ولكن إذا أقرض مطلقاً أى بدون أن يشترط أن يكون الوفاء بقيمتها ببلد آخر ثم تكتب السفتجة فلا بأس بها .

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية ^(١) والمالكية فى القول المشهور عندهم ^(٢) والشافعية ^(٣) والحنابلة فى رواية ^(٤) والظاهرية ^(٥) والزيدية فى الراجح عندهم ^(٦) وقول عند الإباضية ^(٧) .

وقد استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بما يلى :
أولاً : أن المقرض انتفع بحرر ماله من آفات الطريق ، ودفع كلفة نقل ما أقرضه عن نفسه ^(٨) .

ثانياً : عدم انتفاع المقرض بشرط الوفاء بقيمة السفتجة ببلد آخر ^(٩) .

القول الثانى : ويذهب أصحابه إلى جواز التعامل بالسفتجة مطلقاً ، أى سواء اشترط المقرض أن يكون الوفاء بقيمتها ببلد آخر ، أم لم يشترط .

(١) مجمع الأنهر ١٥٠/٢ حيث يقول: وتكره السفتجة ، تبين الحقائق ١٧٥/٤ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٤٨ وقد جاء فيها : " من أسلف ليأخذه فى موضع آخر يمنع فيما فيه حمل ومؤنة " ، جواهر الإكليل ٧٦/٢ ، التاج والإكليل ٥٤٧/٤ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٤٨ وقد جاء فيها : " من أسلف ليأخذه فى موضع آخر يمنع فيما فيه حمل ومؤنة " ، جواهر الإكليل ٧٦/٢ ، التاج والإكليل ٥٤٧/٤ .

(٤) الشرح الكبير مع المغنى ٥٩٤/٤ .

(٥) المحلى ٧٧/٨ .

(٦) البحر الزخار ٣٩٤/٣ وقد جاء فيها : " والسفتجة الورقة التى يكتب فيها المقرض للمقرض أن يعطى من بلد آخر ، وذلك جائز مع عدم الشرط إجماعاً " .

(٧) شرح كتاب النيل ٩٢/٩ .

(٨) حاشية الدسوقي ٣٢٦/٣ ، جواهر الإكليل ٧٦/٢ .

(٩) المذهب ٤٠١/١ ، أعلام الموقعين ٣٩١/١ ، التاج المذهب ٤٨٨/٢ .

وقد ذهب إلى ذلك المالكية في مقابل المشهور عندهم ^(١) والحنابلة في الرواية الأخوى ^(٢) والزيدية في مقابل الراجح ^(٣) وإن كان صاحب التاج المذهب أطلق الجواز ، كما هو الحال في رواية الحنابلة سالفه الذكر إذ يقول : " إلا إذا كانت المنفعة للمستقرض فقط جاز ولو شرط ، وكذا لو كانت المنفعة لهما معاً واستوت المنفعتان جاز " ^(٤) والإمامية ^(٥) والقول الآخر عند الإباضية ^(٦) .

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : إن التعامل بالسفينة يحقق مصلحة طرفيها من غير ضرر بواحد منهما ، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها .

ثانياً : كما أن التعامل بها لم ينص على تحريمه ، ولا في معنى المنصوص عليه ، فوجب إبقاؤه على الإباحة ^(٧) .

وبعد عرض آراء الفقهاء وأقوالهم ، يبدو لي أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني وذلك لوجاهة ما استدلوا به ، بالإضافة إلى أن ما استدل به الفريق الأول غير مسلم ، وذلك لأن المقرض إذا كان قد انتفع بحرر ماله من آفات الطريق ، ودفع كلفة نقل ما أقرضه عن نفسه ، إلا أنه قد يكون لكل منهما منفعة في ذلك ، وتستوى المنفعتان نحو أن يريد كل واحد منهما نقل ماله إلى بلد الآخر ، فيتقارضان ليسلما من مؤنة النقل ، وخوف الطريق ، وذلك جائز شرعاً ^(٨) .

(١) التسولي : البهجة شرح التحفة ٥٤٣/٢ وما بعدها حيث يقول : " وأجازها ابن عبد الحكم مطلقاً " .

(٢) المقدسي : الشرح الكبير مطبوع مع المغنى ٥٩٤/٤ ، وقد جاء فيه ما نصه : " وروى عنه أي عن الإمام أحمد جواز ذلك حكاه عنه ابن المنذر ، لكونه مصلحة لهما ، وحكاه عن علي ، وابن عباس ، والحسن بن علي ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، وعبد الرحمن بن الأسود ، وأيوب السختياني والثوري ، وإسحاق ، واختاره أي ابن المنذر " ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٩٤/٤ ، ابن القيم اعلام الموقعين ٣٩١/١ حيث يقول : والصحيح أنها لا تكره ؛ لأن المنفعة لا تخص المقرض بل ينتفعان بها جميعاً " .

(٣) البحر الزخار ٣٩٤/٣ وقد جاء فيه : " بل يجوز لظهوره في المسلمين من غير نكير " .

(٤) الصنعاني : التاج المذهب ٤٨٨/٢ .

(٥) جواهر الكلام ج ٢٥ ص ١١ .

(٦) شرح النيل ٩١/٩ .

(٧) المغنى مع الشرح الكبير ٥٩٥/٥ طبعة دار الغد العربي .

(٨) الصنعاني : التاج المذهب ج ٢ ص ٤٨٨ .

وفى ذلك يقول ابن القيم : " والصحيح أنها لا تكره ؛ لأن المنفعة لا تخص المقرض ، بل ينتفعان بها جميعا " (١) .

وأقل ما يمكن أن يقال هنا أن هذه الأقوال تعد مستنداً للقول بالجواز ، ولا يشوش على الناس بالقول المشهور الذاهب إلى عدم الجواز ، لأنه لا ينكر على الناس في فعل مختلف فيه (٢) .

وإذا ثبت هذا وكان التعامل بالسفتجة مشروعاً ، فهل يحق لمن قام من غير الملزمين بها ، بالوفاء بقيمتها عن أحدهم أن يحل محل الموفى له في الرجوع على من حصل الوفاء لمصلحته ، وعلى الملزمين بالوفاء بقيمة السفتجة تجاهه أم لا ؟

يفرق في هذا الشأن بين ما إذا وقع الوفاء من الغير بقيمة السفتجة ، بإذن الموفى عنه ، وبين ما إذا وقع هذا الوفاء من الغير بدون إذنه ، فإذا كان الوفاء بقيمة السفتجة (الكمبيالة) قد حصل بإذن الموفى عنه ، فإن الفقهاء قد اتفقوا على أنه يحق للموفى أن يحل محل الموفى له ، في الرجوع بما وفاه على الموفى عنه ، وعلى الملزمين بالوفاء بقيمة الكمبيالة تجاهه ، وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل فلا داعي للتكرار (٣) .

ولكن إذا كان الوفاء بقيمة السفتجة (الكمبيالة) قد وقع بغير إذن الموفى عنه ، فقد اختلف الفقهاء حول أحقية الموفى في الحل محل الموفى له في الرجوع على الموفى عنه ، وعلى الملزمين بالوفاء بقيمة السفتجة تجاهه ، وقد سبق بيان هذا الخلاف ، وأدلة كل فريق ، وترجيح ما قوى دليله في نظري (٤) .

(١) أعلام الموقعين ٣٩١/١ ط ٢ دار الفكر بيروت ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .

(٢) التسولي : البهجة شرح التحفة ٥٤٤/٢ ط دار الفكر بيروت ١٤١٢هـ - ١٩٩١م

(٣) راجع من ص ٥٥٣ وما بعدها من هذا البحث .

(٤) راجع من ص ٥٥٤ وما بعدها من هذا البحث .

ثانيا : فى القانون الوضعى :

وسأبين فيه تعريف الكمبيالة وحكم التعامل بها ، وحلول الموفى من الغير بقيمتها محل الموفى له (الحامل لها) فى الرجوع على الموفى عنه الملزم بالوفاء بقيمة هذه الكمبيالة ، وذلك على النحو التالى :

أ- تعريف الكمبيالة ، وحكم التعامل بها :

عرف البعض الكمبيالة بأنها : عبارة عن محرر مكتوب ، وفقا لأوضاع شكلية معينة ، حددها القانون ، تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب ، إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه ؛ بأن يدفع لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد أو لحامل الصك مبلغا معينا فى تاريخ محدد أو قابل للتحديد أو بمجرد الاطلاع ^(١) .

أما عن حكم التعامل بالكمبيالة ، فقد أجاز القانون التجارى السابق التعامل بها ، ولذلك تناولتها بالتنظيم المجموعة التجارية الصادرة سنة ١٨٨٣م ضمن الأوراق التجارية فى الفصل السادس والسابع والثامن من الباب الثانى ، وذلك فى المواد من (١٠٥ إلى ١٨٨) ^(٢) وقد تناولها بالتنظيم أيضا قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م فى المواد من (٣٧٩ إلى ٤٦٧) ^(٣) .

ب- حلول الموفى من الغير بقيمتها محل الموفى له (الحامل لها) .

إذا قام شخص من الغير بالوفاء بقيمة الكمبيالة عن أحد الملتزمين بها عن طريق التدخل ، فإن هذا الموفى يحل محل حامل الكمبيالة (الدائن) فى حقوقه الناشئة عن الكمبيالة ، والمتمثلة فى استيفاء قيمتها بالرجوع على الملتزمين بها ، والسابقين على الملتزم الذى تدخل الغير بالوفاء لمصلحته ، كما يلتزم الموفى بذات الواجبات التى تقع على عاتق الحامل ، وقد نصت على ذلك المادة (١/٤٥٨) من قانون التجارة الجديد بقولها : " يكتسب

(١) د/ أبو زيد رضوان وآخرون : الوجيز فى القانون التجارى ص ٣٢٧ طبعة ١٩٩٦/١٩٩٧م ، د/سميحة القليوبى : الأوراق التجارية ص ٢٧ ، طبعة مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ١٩٩١م الناشر دار النهضة العربية ، د/ عباس المصرى : القانون التجارى - الإفلاس - الأوراق التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ص ٢١٣ .

(٢) د/ سميحة القليوبى : المرجع السابق ص ٢٤ ، د/ أبو زيد رضوان وآخرون : المرجع السابق ص ٣٢٦

(٣) المستشار/ محمد إبراهيم خليل قانون التجارة الجديد معلقا على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء حتى يوليو ١٩٩٩م من ص ٥٣٩ إلى ص ٧١٤ ط ١٩٩٩/٢٠٠٠م .

من أوفى كمبيالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها قبل من حصل الوفاء لمصلحته ، وقبل الملتزمين تجاه هذا الشخص بموجب الكمبيالة " .

هذا : ويتحدد المركز القانوني للموفى بالتدخل في الرجوع بالكمبيالة ، بمركز من حصل الوفاء لمصلحته ، وبالتالي إذا كان الوفاء بالتدخل قد حصل لمصلحة أحد الموقعين ، فإن رجوعه بقيمة الكمبيالة ، يكون على من وقع الوفاء لمصلحته ، والملتزمين السابقين عليه ، أما الملتزمون اللاحقون له فتبرأ ذمتهم بهذا الوفاء ، والعلة في هذا الحكم أن الوفاء الذي حصل من الملتزم الذي تم التدخل لمصلحته ، يبرأ ذمة الموقعين اللاحقين له ، فكان من المعقول أن يترتب هذا الأثر على الوفاء بالتدخل ، الذي تم لمصلحة هذا الشخص ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٤٥٨ من قانون التجارة الجديد بقولها : " وتبرأ ذمة المظهرين اللاحقين لمن حصل الوفاء لمصلحته " ، أما إذا كان الوفاء بالتدخل لمصلحة الساحب ، أو لم يحدد الموفى بالتدخل الملتزم الذي تدخل لمصلحته ، فإن الوفاء يبرأ ذمة جميع الموقعين على الكمبيالة ، ولا يكون أمام الموفى بالتدخل ، إلا الرجوع على الساحب ذاته ، وعلى المسحوب عليه ، إذا كان عنده مقابل الوفاء ^(١) .

وقد جعل القانون للموفى بقيمة الكمبيالة من الغير ، الحق في الحلول محل حاملها حلولا قانونيا توثيقا للانتمان ، وتوسيعا لسبل الوفاء بسندات الائتمان التجارية ، فيتيسر الوفاء بهذا السندات من طرق مختلفة ^(٢) .

^(١) يراجع في ذلك د/ مصطفى كما طه : الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ف ٢٤٥ ص ١٦٩ ومابعدھا ط ٢٠٠١ الناشر دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، د/ فايز نعيم رضوان : القانون التجارى - العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية - الإفلاس طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ص ٢٤٣ ومابعدھا ف ٢٤٦ الطبعة الرابعة ٢٠٠٢/٢٠٠٣م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، د/ عاطف محمد الفقى : الأوراق التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد ج ١ الكمبيالة والسند لأمر ص ١١٧ ومابعدھا ط سنة ٢٠٠١م الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ. المستشار/ محمد إبراهيم خليل : قانون التجارة الجديد معلقا على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء ص ٦٩٢ ومابعدھا ط ٢٠٠٠/١٩٩٩م .

^(٢) د/ السنهورى : الوسيط ج ٣ المجلد الثانى ص ٧٩٤ هامش (١) .

ثالثاً : المقارنة :

من خلال ما سبق يتضح أن القانون الوضعي يتفق مع ما ذهب إليه القول الراجح في الفقه الإسلامي الذاهب إلى جواز التعامل بالكمبيالة ، لأن التعامل بها يحقق مصلحة أطرافها بدون ضرر بأحد ، بالإضافة إلى أنه لا تقوم على فكرة الإقراض بغرض إسقاط خطر الطريق في القانون الوضعي ، ولكنها تقوم على فكرة تحويل الدائن إلى مدين المحيل فكانت جائزة .

كما يتفق القانون الوضعي مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من ترتب الحلول على الوفاء ؛ لأنه كلما ثبت الوفاء ثبت الرجوع .

كما يتفق القانون الوضعي فيما يذهب إليه من القول بأنه إذا كان الوفاء الحاصل من الموفى بقيمة الكمبيالة عن أحد الملتزمين بها ، فإن ذمة الساحب لا تبرأ ، وكذلك الملتزمين السابقين على الموفى عنه ، مع ما يقرره الفقه الإسلامي من أن براءة الفرع (الكفيل) توجب براءة الأصل .

كما يتفق القانون الوضعي أيضا فيما يذهب إليه من القول بأنه : إذا كان الوفاء الصادر من الموفى بقيمة الكمبيالة عن الساحب ، فإن ذمة جميع الملتزمين تبرأ بهذا الوفاء ، مع ما يقرره الفقه الإسلامي من أن براءة المدين توجب براءة غيره من الضامين ، إذا كان الدين مضمونا .