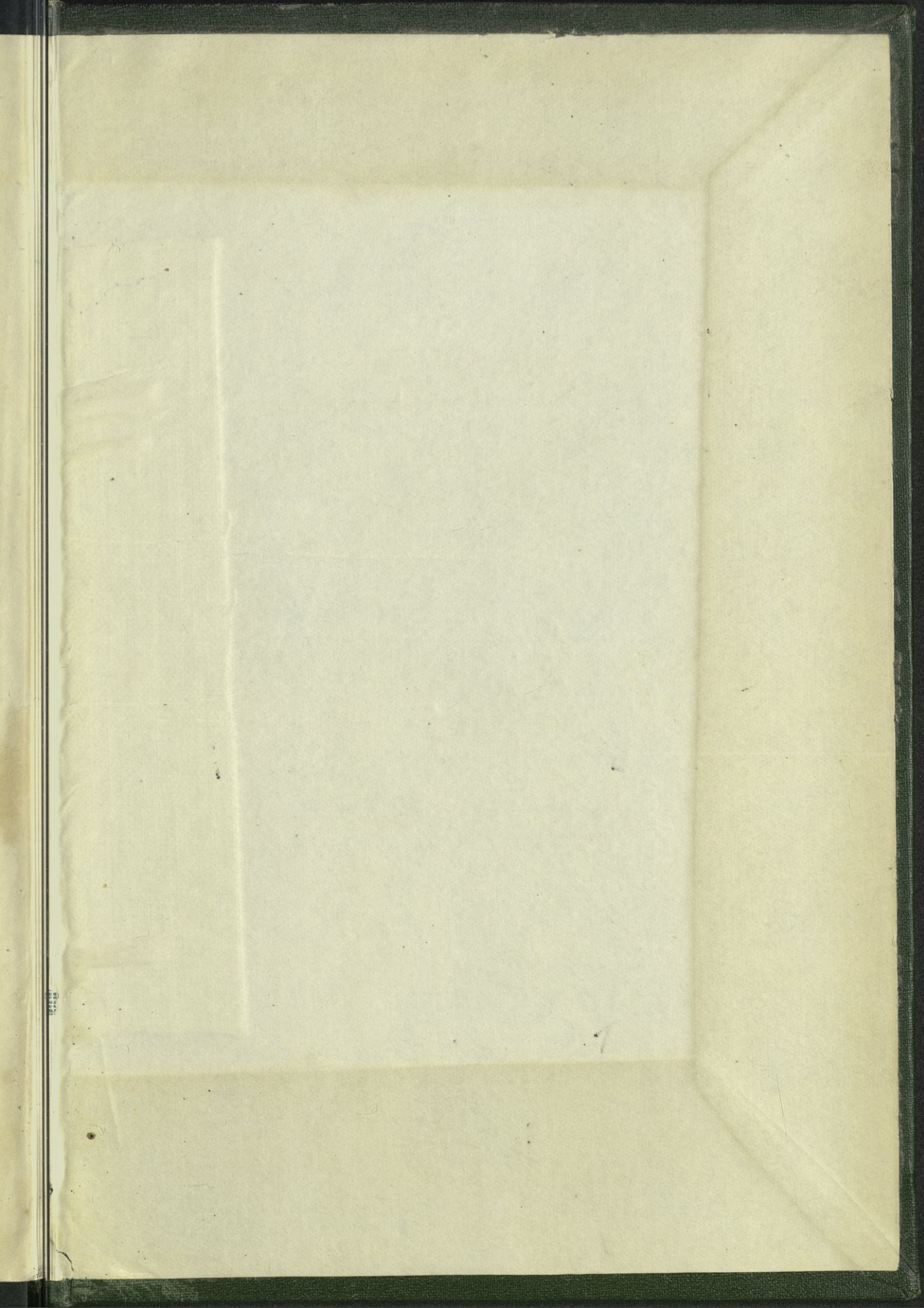




340.5:H96mA:v.2:c.1

حسين، سيد عبد الله على
المقارنات التشريعية بين القوانين الوض

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01017977

340.5:H96mA V.2 C.1

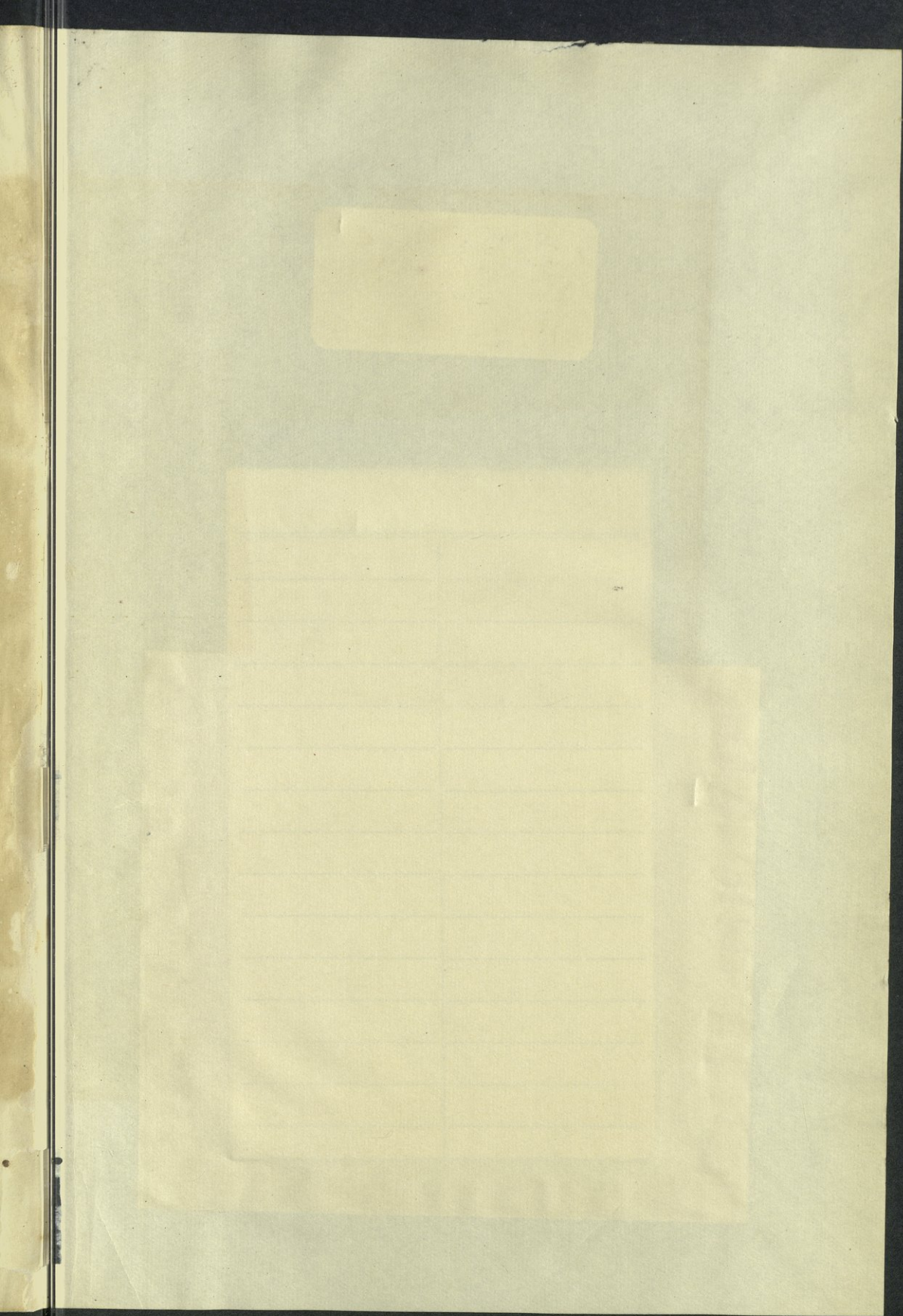
حسين، سيد عبد الله على

المقارنات التشريعية

340.5
H96mA
V.2
C.1

JAFET LIB.

08 MAR 1995



340.5
H96m A
v.2
C.2

المقارنات الشريعة

بين القوانين الوضعية المدنية والشريعة الإسلامية
مقارنة بين هذه القوانين الفرنسية ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

معلم الأزهري والبنايسية في الحقوق الفرنسية

الجزء الثاني

[حقوق الطبع محفوظة للمؤلف]

الطبعة الأولى

القاهرة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م

ملتمزوا الطبع والنشر اصحاب
دار احياء الكتب العربية
عيسى البباني الحلي وشركاه

Cat. 17 Sept. 53

2018
A. 2011
87

مكتبة جامعة القاهرة

هذا الكتاب من مقتنيات
مكتبة جامعة القاهرة



تسجيل

نسخة من كتاب

تاريخ مصر من قبل الفراعنة

كتاب التاريخ

[مكتبة جامعة القاهرة]

كتاب التاريخ

٧٣٦١٦ - ٣٣٦١٥

مكتبة جامعة القاهرة
مكتبة جامعة القاهرة
مكتبة جامعة القاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

والصلاة والسلام على رسول الله خاتم النبيين

وبعد فنبذة الجزء الثاني من كتاب « المقارنات التشريعية » والله يهدينا سواء السبيل
وهو حسبي ونعم الوكيل .

بند [١]

الملكية

القانون الفرنسي

الأشكال المختلفة لتملك الملكية هي :

- ١ - الميراث الشرعي . ٢ - الميراث الموصى به أو الوصية . ٣ - الهبة بين الأحياء .
 - ٤ - إضافة الملحقات أو الضم . ٥ - نتائج الاتفاقات . ٦ - وضع اليد أو الاستيلاء . ٧ - سقوط الحق بمضى المدة . ٨ - المزايدة . ٩ - القانون . ١٠ - التسليم .
- هذه الأشكال المختلفة للتملك لا تطبق على امتلاك الملكية فقط بل كذلك تطبق على تملك الحقوق العينية وحقوق المديونية .

ترتيب أسباب الملكية :

أولاً - شكل الملكية في مقابل أو بلا مقابل - فالملكية في مقابل هي أن يعوض كل

طرف من المتعاقدين الآخر نظير ما أخذ منه كالبيع والبدل - والملكية بلا مقابل هي أن يأخذ أحد الطرفين من الآخر شيئاً من غير أن يعوضه شيئاً كالهبة والوصية الخ .

ثانياً - شكل الملكية عام أو خاص - فالملكية العامة هي أن يمتلك جزءاً أو كلا من ميراث شخص مثلاً - والملكية الخاصة هي أن يمتلك شيئاً محدوداً كالبيع فانه يملك المبيع المحدود المعين . والفرق العملي بينهما أن المالك بعنوان عام ملزم بسداد ديون من ملكه (المورث) والمالك بعنوان خاص ليس ملزماً بشيء .

ثالثاً - شكل الملكية بين الأحياء أو بعد الموت ، فالملكية بين الأحياء هي ما كانت الملكية محققة حال الحياة حتى ولو في حياة المالك الأصلي وذلك في جميع التصرفات ما عدا الميراث والوصية ، والملكية بعد الموت هي ما كانت الملكية غير محققة إلا بعد الوفاة كالميراث والوصية .

رابعاً - شكل الملكية أصلي غير صادر عن أحد ، أو صادر عن أحد : فشكل الملكية الأصلي هو ملكية الشيء بدون واسطة شخص معين وذلك كوضع اليد أو الاستيلاء ، وشكل الملكية الصادر عن أحد هو ما كان بواسطة شخص معين وهو من يتلقى عنه الملكية وهو ما عدا الاستيلاء .

خامساً - شكل الملكية بالاختيار أو بغير الاختيار ، فشكل الملكية بالاختيار هو ما نشأ عن إرادة المالك ككل أسباب الملكية ما عدا سقوط الحق بمضى المدة وضم اللواحق ، وشكل الملكية بغير الاختيار هو ما لم ينشأ عن إرادة المالك كسقوط الحق بمضى المدة وضم اللواحق .

بند [٢]

التسريع الـمـرعى : الأشكال المختلفة لتملك الملكية — قد ينشأ الملك عن ميراث أو وصية أو هبة أو بيع أو بدل أو بوضع اليد الخ . والملكية قد تكون للعين أو لما ترتب عليها من حقوق أولهما معا كما تكون للمديونية .
والملكية قد تكون بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة والوصية ، ومعلوم شرعا أنه لا وصية ولا ميراث قبل سداد الدين عن المتوفى فإذا قبل الوارث أو الموصى له سداد دين المتوفى ولو كان مستغرقا فيكون متبرعا فليس هناك ملك عام ولا ملك خاص .

والملكية بين الأحياء كالبيع والهبة والبدل مثلا وبعد الوفاة كالوصية والميراث — والموصى له والوارث غير مالكيين قبل تحقق الوفاة فلو تنازل أحدهما عن الميراث أو عن الوصية فتنازلهما باطل لأنه لم يصادف محلا وليس لأحدهما التصرف فيما يرث لأنه لا يملكه إلا بالوفاة وكذا فيما يوصى به له ، والكلام في هذا البحث اصطلاح الفقهاء لا يترتب عليه كبير أثر وإنما هو بحث في حقيقة المعاني الفقهية وتقسيم عقلي لما يطرأ عليها ، ولا مانع من أن يتفهمه طالب العلم لما فيه من تفتيح ذهنه وتبصرته ، وليس هذا من صميم الفقه بمعنى الأحكام .

بند [٣]

الاتفاقات

الفانوه الفرنسي :

نظرة عامة : الاتفاقات العامة التي يكون الغرض منها البيع والتملك للملكية هي : البيع والبدل والهبة بين الأحياء ، فالأولان يكونان بعوض والثالث بلا مقابل .

تحويل ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين

نظرة تاريخية - في القانون الروماني كانت إدارة المالك فقط لا تكفي لنقل الملكية بل تنقل جميع الحقوق التي كانت للبائع على الشيء المباع للمشتري ، فالبيع عقد التزام ينفذه المشتري بعدة طرق ليتحصل على الشيء المبيع بواسطة التسليم ، ثم تدرج التسليم من حقيقي إلى معنوي بواسطة شرط في عقد البيع وكذلك كان الحال في القانون الفرنسي القديم .
وأما القانون الفرنسي الحالي فقد قضى على ذلك كله واكتفى بأن الملكية تنقل بمجرد إتمام عقد البيع ، فالبائع تنقطع ملكيته والمشتري تبتدئ ملكيته فتكون إرادة الطرفين فقط كافية لنقل الملكية .

الوقت المحدد لنقل الملكية - القاعدة العامة أن نقل الملكية يتم بين الطرفين المتعاقدين منذ اللحظة التي وجد فيها عقد البيع أو البدل أو الهبة في المنقول والعقار على السواء متى كان العقد خالياً من شرط موقف أو ملغى .

ويستثنى من ذلك ثلاثة مواضع يتأخر فيها نقل الملكية إلى زمن لاحق للعقد :
أولاً - حينما يكون البيع ليس واقعاً على جسم معين محدود بل على أشياء جنسية كبيع عشر نعاج من قطع أو عشرة أراذب من القمح أو مئتي متر مربع من أرض محدودة ففي هذه الحالة نقل الملكية لا يتم إلا إذا تخصصت الأشياء المباعة كعد النعاج ووزن القمح ومقاس الأرض .

وإلى لحظة التخصيص يبقى المشتري دائماً للمبيع وليس مالكا للشيء المباع .
ثانياً - حينما يوجد في العقد شرط يتفق عليه الطرفان المتعاقدان على أن الملكية تتم في مدة محدودة لاحقة للبيع وهو شرط قانوني يصح إدخاله في العقد .

ثالثاً - حينما يوجد في العقد شرط. موقف فلا تنتقل الملكية كاملة بل تنتقل بشرطها فلا تنقلب ملكية خالصة إلا عند حدوث الشرط كما سبق في الملكية القابلة للإلغاء .

بند [٤]

طرق التملك الاتفاقية

القانون الروماني - في القانون الفرنسي متى اتفقت إرادة الطرفين المتعاقدين إيجاباً وقبولاً تم العقد وترتبت عليه آثاره فيتم البيع وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد التعاقد بدون احتياج إلى شيء آخر ، ولكن في القانون الروماني غير ذلك ، فكان التعاقد لا ينقل الملكية بل يفيد التزام المتعاقدين كل بما تعهد به ، ففي البيع بعد الإيجاب والقبول تبقى ملكية المبيع على ذمة صاحبه حتى يعمل أحد أمور ثلاثة : النقل ، أو الترك ، أو الاشهاد :

أولاً - الاشهاد على التسليم - يحضر البائع والمشتري في جلسة علنية ومعهم خمسة شهود بلغ وطنيين رومانيين ومعهم يد ميزان فيأخذ المشتري الشيء المزاد يبعه ثم يقول أعلن أن هذا الشيء ملكي وقد اشتريته بهذا المبلغ ثم يضرب كفة الميزان بالتقصد الذي معه ، حينئذ تنقل الملكية إلى المشتري .

فيترتب على هذا التسليم آثاره من الرجوع على البائع عند استحقاق المبيع أو نقص صفة فيه كانت مشرطة ، وفي هذا القسم يشترط كون الشيء المباع يمكن تسليمه ، وكون المتعاقدين لهما حق التجارة .

ثانياً - الترك وهو طريقة للتملك - فيترك المالك الشيء المباع إلى المشتري أمام القاضي

في شكل دعوى صورية (فيقول هذا الشيء (المباع) ملكي فيسكت البائع فيحقق الحاكم أن المشتري هو المالك الحقيقي .

ثالثاً — النقل — وهو أن ينقل البائع إلى المشتري شيئاً جسامياً من المبيع بشروط محدودة وهي طريقة التملك العامة فيمكن للغرباء استعمالها ، ويشترط لصحة التملك بطريق النقل .

١ - وضع وتسليم الشيء المباع بحسبه ثم ترقى إلى اعتراف البائع بالوضع مع اعتراف المشتري بالتسليم بدون نقل جسامي وهو ما أدرج في القانون الفرنسي من أن إرادة الطرفين كافية لنقل الملكية بعد تمام العقد (كما يقولون) .

٢ - نية التملك عند البائع ونية التملك عند المشتري وان كان وضع اليد لا يفيد الملك - وان تتحد الإرادتان في السبب الباعث على الملكية .

٣ - يجب أن يكون الشيء كاملاً يمكن تملكه ، فلا يصلح للنقل الأشياء الرومانية الخالصة ولا الأشياء غير الجسامية .

بند [٥]

التبرع الاسلامي — الاتفاق — العقود العامة التي يكون الغرض منها التملك هي البيع والبدل والهبة والوصية والعارية والعمرى والصدقة ، فالبيع والبدل يكونان بعوض والباقي بدون عوض ، والسلم نوع من البيع بشروط خاصة والقرض والاجارة والجمالة والمساقاة عقود لتمليك المنفعة إلا القرض فهو تملك للذات نظير رد بدلها .

تحويل ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين

متى تم عقد البيع بإيجاب وقبول مستوفيا شروط الصحة انتقلت ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين بدون شيء آخر وهذه النظرية التي وجدت بوجود التشريع الإسلامي أخذها التشريع الوضعي لأنها وجدت بأرضه وقضى بها مدة طويلة فتبناها إلى تشريعه ، فتنقطع ملكية البائع مثلاً بمجرد العقد لتحل محلها ملكية المشتري بإرادة الطرفين كافية لنقل الملكية منذ ١٣٦٢ سنة .

ومتى وقع العقد المقتضى التملك صحيحاً انتقلت الملكية إلى من ملك بموجب هذا العقد ويتبع الملكية منذ وجودها ضمان المشتري للمبيع فإن هلك أو تعيب فضمانه من مشتريه عقارا أو منقولاً مادام العقد لا خيار فيه ، فإن كان البيع على الخيار فضمان المبيع من البائع مادام لم يختار المشتري ولم تنقض مدة الخيار وهو بيده وإلا فمن المشتري .

فتنقل الملكية بمجرد العقد الصحيح في المنقول والعقار الحاضر (يعني لم يبيع على الصفة أو على رؤية متقدمة) ولو لم يقبضه من تملك ممن ملكه وعليه الضمان إلا في المسائل الآتية :
أولاً — الشيء محل التعاقد (كالمبيع) الذي فيه حق توفية أى استيفاء من المالك كالمثل من مكيل أو موزون أو معدود ، فالضمان فيه على البائع (مثلاً) لقبضه بالكيل أو الوزن أو العد ولاستيلاء المشتري عليه ، ويستمر الضمان للمبيع مادام بعيار البائع حتى يفرغ في أواني المشتري فإذا هلك بيد البائع عند التفريغ فضمانه منه .

ثانياً — العين المباعة المحبوسة نظير الثمن فضمانها من بائعها قبل القبض وبعد البيع .

ثالثاً — في المبيع الغائب غير العقار على الوصف أو الرؤية المتقدمة فضمانه من البائع حتى

يقبضه المشتري ومتى قبضه انتقل الضمان إليه .

رابعاً — الثمار المباعة بعد بدو صلاحها فزمانها من المشتري تمام طيها وقبل تمام طيها
فمن البائع في الجوائح السماوية لا في الغصب ولا في السرقة فمن المشتري بمجرد العقد الصحيح
ويلاحظ أن التشريع الوضعي خلط بين المثل والمقوم فيما ضربه مثلاً فيبيع عشر نعاج
من قطيع ليس من المثلليات بل من المقومات وهو يبيع لا يصح للجهالة بالنعاج وقت البيع ،
وأما القمح فمن المثل . والأرض وإن كانت تقاس إلا أنها تختلف فليس لها جنس يشبه فهي
من المقومات لاختلاف الأغراض فيها بين الناس .

ففي كل هذه الصور قد انعقد البيع بين الطرفين بالإيجاب والقبول وأصبح المبيع ملكاً
للمشتري فعليه ضمانه إلا في هذه الصور فإنه وإن كان قد انتقل الملك للمشتري بعقد الشراء إلا
أن الضمان يبقى على البائع ، فعلة المبيع للمشتري من لبن وبيض وثمر من حين ضمانه فالغرم
بالغرم .

وأما اتفاق الطرفين على أن الملكية تتم في وقت كذا فهو شرط فاسد يتنافى مع العقد إذ
مقتضى العقد الملك فوراً إلا أنه يصح اشتراط تسليم المبيع في مدة كذا مع صحة ونفاذ البيع وقد
تقدم بحث ذلك في الشرط الموقوف والملغى فارجع إليه إن شئت .

بند [٦]

نقل ملكية المنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين والشخص الثالث

الفانود الفرنسي — حصل خلاف في كيفية نقل ملكية المنقول بين المتعاقدين
والشخص الثالث وفي ذلك قولان :

الرأى الأول — أن إرادة المتعاقدين لا تكفي لنقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والشخص
الثالث كما تكفي بينهما بل لابد من التسليم بين المتعاقدين حتى يتم نقل الملكية بالنسبة للثالث ،

فلو باع مالك المنقول الحقيقي إلى شخصين وسلم الثاني منهما هذا الشيء المباع فهو ملكه وان تأخر تاريخ بيعه لأن التسليم في المنقول متمم لنقل الملكية بالنسبة للشخص الثالث . وإرادة المتعاقدين لا تكفي في ذلك بالنسبة له م ١١٤١ .

الرأى الثانى — إن إرادة المتعاقدين تكفى لنقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والثالث ، وأما المثل السابق فى تفضيل المشتري الثانى على الأول فلا أنه واضع اليد ووضع اليد دليل الملكية فى المنقول لأن نقل الملكية لا يتم إلا بالتسليم بالنسبة لثالث ، وهذا رأى الجمهور من العلماء .

ويظهر أثر الخلاف فىمن باع منقولاً لشخصين ولم يقبضه واحد منهما وهو قد قبض الثمن منهما ثم أعلن إفلاسه فعلى الرأى الأول المشترط التسليم بالفعل دخل المشتريان ضمن الدائنين لأن بيعهما لم يتم بالتسليم منهما فهما دائنان، وعلى الرأى الثانى القائل إن إرادة المتعاقدين تكفى لنقل الملكية بين المتعاقدين وبين الشخص الثالث فى المنقول دخل المشتري الثانى مع الدائنين وكان للمشتري الأول الحق فى استرداد المبيع وهو أحق به لأن العقد تم ، وكذلك الحال فيما إذا باع لاثنتين أحدهما سبب النية وهو الذى وضع يده على المنقول المباع ، وكذلك تحديد حظ الأفضلية للبائع على المنقول فيما إذا باع من اشتراه لثالث ولم يسامه له ، وسيأتى الكلام عليها فى الجزء الثانى .

بند [٧]

التسليم الاسمى — نقل ملكية المنقول فيما بين المتعاقدين والشخص الثالث ، متى تم عقد التمليك مستوفياً لشروطه انتقلت ملكية الشيء المتعاقد عليه منقولاً أو عقاراً إلى المشتري فأصبح مالكا له بالنسبة للبائع وبالنسبة للشخص الثالث بلا فرق بينهما وينبنى على

على نقل الملكية للمشتري قبل البائع والشخص الثالث ان ضمان المبيع عقاراً أو منقولاً يكون على الترتيب الآتى :

أولاً — إذا كان فى المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض .

ثانياً — إذا كان المبيع جزافاً أولاً عد ولا كيل ولا وزن وكان المبيع حاضراً فلا خلاف فى أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه .

ثالثاً — فإن كان المبيع غائباً فعن مالك ثلاثة أقوال فى ذلك :

(١) الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع .

(٢) الضمان من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع .

(٣) الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكول وبين ما هو

مأمون البقاء فى غير المأمون على البائع وفى المأمون على المشتري .

والخلاف فى هذه المسألة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام

العقد ينتج عنه والعقد لازم دون القبض ؟ ، فمن قال انه من شروط صحة العقد أو لزومه كان الضمان

عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ، ومن قال هو حكم لازم من أحكام البيع والبيع قد انعقد

ولزم قال بالعقد يدخل فى ضمان المشتري .

وتفريق الإمام مالك بين الغائب والحاضر الذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق

توفية استحسن ومعنى الاستحسان فى أكثر الأجوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل

(أه ابن رشد) .

وعلى رأى الصحيح أو الذى عليه العمل فى مذهب مالك متى تم البيع صحيحاً دخل

المبيع فى ملك المشتري فإذا باع البائع الشيء المبيع لشخص آخر وسأله له كان بيعاً موقوفاً على

إجازة وإذن المشتري الأول فإن أجاز البيع الثاني صح وإن لم يحزه كان له أخذ المبيع من الشخص الثاني الذى اشتراه من البائع الأول ، وعلى ذلك يدخل المشتري الثانى مع الدائنين فى حالة إفلاس البائع والمشتري الأول الحق فى استرداد المبيع وهو أحق به دون الدائنين لأن العقد تم ولو لم يتسلم المبيع .

وعلى هذا التفصيل السابق من شرط القبض فى العقد أو من تبعيته له وكونه أثراً مترتباً عليه نقل التشريع الوضعى هذه المسألة بشقيها وهى كما ترى مفصلة فى مذهب الإمام مالك .

بند [٨]

نقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدين وبين الشخص الثالث

فى عقد نظير عوض

القانون الفرنسى - تاريخ التشريع لغاية ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ .

القانون الرومانى - لم يهتم المشرع بعلم الشخص الثالث ببيع العقار ولم يكن هناك أى نظام لذلك ولكن عملياً كانت مسألة بيع العقار تصحبها إجراءات عامة تجعل الشخص الثالث يعلم ببيع العقار .

وفى القانون الفرنسى القديم لم ينظم فيه علانية البيع وكان يكفى الشرط المدرج فى عقد البيع لنقل الملكية بين المتعاقدين كما بينهما وبين الشخص الثالث ، غير أنه كان فى بعض بلاد شمال فرنسا أن نقل ملكية العقار لا تحصل بعد العقد بل يجب منح السنيور أو موظفيه تحقيق نقل التكليف فى سجلات عامة .

وفى التشريع المتوسط أصدر المشرعون قانون ١١ بريمير سنة ٧ يجعل العلانية فى تملك

العقار ضرورية ، وقد وضع هذا القانون القاعدة الآتية (ملكية العقار لا تنقل بالنسبة للشخص الثالث إلا بالتسجيل ونقل التكليف) يعنى بصورة عقد التملك من سجلات أمين الرهون في الدائرة المدنية لحالة العقار .

وفي تحرير القانون المدنى - وقف محررو القانون المدنى بين الرايين السابقين وأخيراً تم القانون بدون النص على وجوب نقل التكليف بالتسجيل لنقل ملكية العقار بالنسبة للشخص الثالث وكانت إرادة الطرفين تكفى لنقل ملكية العقار بينهما وبين الثالث .

وفي سنة ١٨٥٥ صدر قانون ٢٣ مارس الذى يحتم أن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري بإرادة الطرفين ولا يتم نقل الملكية بينهما وبين الثالث إلا بالتسجيل ونقل التكليف .
الأعمال أو العقود التى يجب أن تسجل طبقاً لهذا القانون .

أولاً - العقود بين الأحياء الناقلة للملكية العقار كالبيع والبدل فيخرج منها الميراث والوصية فلا يجب تسجيلها بالنسبة للثالث ، ويجب أن يكون العقد ناقلاً للملكية فتخرج القسمة أيضاً لأنها إظهار لا تملك فلا تخضع للتملك .

ثانياً - العقود التى تحمل تنازلاً عن الملكية يجب أن تسجل .

ثالثاً - الأحكام التى تتضمن وجود اتفاقات شفوية من طبيعة ما نص عليه فى البنود السابقة .

(أولاً وثانياً) هذا فى الاتفاقات الأولية والشفوية ، لكن إذا كان الاتفاق شفويًا وصدر الحكم به فيجب أن يأمر القاضى بتسجيله .

رابعاً - كل حكم مرسى مزاد إلا حكم مرسى البيع على الشريك أو الوارث لعدم إمكان قسمة العقار ، لأن حكم مرسى المزاد على وارث أو شريك فى عقار غير قابل للقسمة حكم

إظهارى كالقسمة فلا يسجل بخلاف حكم مرسى المزداد على غير هذين فإنه يسجل لنقل التكليف به

ما يترتب على عدم التسجيل لنقل الملكية :

يترتب على عدم نقل التكليف أن المشتري لا يصبح مالكا بالنسبة للغير وإلى أن ينقل التكليف فالبايع هو المالك ، فلورتب البائع حقوقا عينية على العين المباعة بعد البيع وقبل نقل التكليف فهي صحيحة ويتحملها المشتري .

ويشترط ليعكون الشخص غيراً أو ثالثاً كنص ق سنة ١٨٥٥ (أن يكون له حقوق على العقار محفوظة طبقاً للقوانين) وليس المراد كل من له مصلحة ، فينتج من هذا :

١ - ملك حق على العقار . ٢ - كون الحق خاضعاً للعانية (كنقل التكليف) .

٣ - وأن يكون الشكل لهذا الحق مستوفياً للشروط القانونية ، وعلى هذا فالغير هنا هو :

أولاً - المشتري الثانى للعقار الذى سجل ونقل التكليف .

ثانياً - الدائن الراهن الذى سجل رهنه قبل نقل التكليف للمشتري .

ثالثاً - المستحقون لحقوق عينية (التمتع - الغاروقه - حق الارتفاق - الاستعمال -

السكنى الخ .

الأشخاص الذين ليسوا غيراً ولا ثالثاً ولا يستغلون عدم التسجيل لمصلحتهم هم :

١ - البائع ووارثه . ٢ - المشتري وورثته . ٣ - الدائنون العاديون للبائع . ٤ - الموصى له

بعنوان خاص من بائع العقار الموصنى به .

بند [٩]

التشريع الاسلامى — تنتقل ملكية المبيع كما سبق بمجرد اتمام عقد البيع أو البدل في العقار والمنقول ولا يشترط في صحة البيع التسليم للمشتري على القول الأصح والراجح فتكفي إرادة المتعاقدين في نقل الملكية قبل المتعاقدين أنفسهما وقبل الغير .

غير أن المصلحة العامة إذا اقتضت تقييد نقل الملكية في العقار بشرط التسجيل ونقل التكليف فلا مانع من ذلك شرعاً لأن الغرض من هذا أحكام تمنع التلاعب بمصالح الناس وتجعل سليمة النية بآمن من شركاء النصب والاحتيال ، فإذا فرضنا أن بائع عقار باعه لآخر وبعد تمام البيع اتفق مع آخر على اتقائه برهن أو بحق عيني وبما أن شرط التسجيل في العقار لم يكن واجباً فلا مبررتهن حق على المبيع وربما يستغرق ثمنه ولو عاد المشتري على البائع ربما لا يجد عنده شيئاً وفي هذا ضياع لأموال الناس ، ولو فرضنا وباع عقاراً ولم يسلمه ثم باعه لآخر وقبض الثمن وهو فقير أو أخفى يساره أو سافر ولم يوجد مرجح للبينة ولم نعلم المتقدم مثلاً أو علم وقضى به فتذهب أموال الناس هباء ، ولولى الأمر تقييد العقود بما فيه المصلحة العامة بحيث لا يخرج عن الأصول الشرعية ولا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً فالواجب اتباع ذلك شرعاً .

والحالة الآن في مصر سنة ١٣٦٢ هـ وسنة ١٩٤٣ م تقضى بأن من باع عقاراً يجب أن يكون التوقيع على البيع أمام مسجل العقود في المحاكم (الشرعية والأهلية والمختلطة) وعلى البائع أن يستخرج ثلاث شهادات عن تصرفات بائع العقار في عشر سنين مضت لوقت البيع (من المحكمة الشرعية والأهلية والمختلطة في دائرة العقار باسم البائع) وبذلك يأمن المشتري غائلة التدليس والغش .

لهذا لا يرى التشريع السهاوى مانعاً من هذا التشريع حيث كثرت الغش والخديعة وتفنت

الناس في أكل أموال الناس بالباطل . حتى اعتبر قانون التسجيل أن كل عقد يبيع عقار لم يقع عليه أمام محكمة رسمية ولم ينقل به التكليف لا يفيد الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين فضلاً عن الشخص الثالث ، فلو تعاقد البائع مع المشتري بعقد عرفي على بيع عقار ثم تعاقد مع آخر بعقد رسمي وسجله ونقل بموجبه التكليف فالمشتري الثاني أحق بالعقار من الأول .

أما العقار الموروث فلا يجب تسجيله ونقل التكليف به لأن الميراث من أسباب الملكية ، وهي مبتدأة من تاريخ وفاة المورث فلا شك في أنها ملكية رسمية لها ابتداء ثابت ، وكذلك القسمة فليست ابتداء ملكية بل هي إقرار إذا كانت بين شركاء ، وحكم مرسى المزاد على الشريك أو الوارث فيما لا ينقسم لأنه لا يخرج عن تحديد نصيب المالك بعد أن كان شائعاً أصبح لواحد ، فهو ليس ابتداء ملك لأن ما كان للكل أصبح للجزء .

وأما حكم مرسى المزاد من جهة تملك هذا فمن المصلحة تسجيله لجواز تصرف المالك الأول الذي نزع ملكيته في العقار المباع وإن كانت الملكية ثابتة رسمياً بحكم مرسى المزاد فيكون هذا غشاً يصح أن يقع فيه الشخص الثالث من مالك العقار المباع عليه .

ولو أهمل المشتري التوقيع على العقد رسمياً وتسجيل العقد ونقل العقار باسمه فيتحمل كل تصرفات المالك الذي لا زال باسمه العقار وإن كان يقاضيه ولكن الشخص الثالث لا شيء عليه وحقه ثابت .

ولا يمكن للمشتري الذي لم يسجل ولم ينقل التكليف أن يعارض المشتري الثاني الذي نقل التكليف ولا الراهن كذلك ولا المستحقين لحقوق عينية متى سجلوا حقوقهم قبل المشتري الأول ، وهذا بناء على التشريع الحديث وقانون التسجيل الحديث وعلى أن العمل به واجب إجابة لقول الله تعالى : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ . وهذا أمر لتنظيم عمل من واجبات الهيئة الاجتماعية تنظيمه بما فيه الأصلاح .

ولا يصح للبائع ولا للمشتري نقض ما تم من جهتهما الا باتفاقهما من الإقالة في البيع مثلاً أو البذل ، فتي وقع العقد صحيحاً وجب على كل منهما القيام بما التزم به من جهته فليس للبائع الرجوع ولا للمشتري كذلك بحجة أن البيع في العقار متوقف على التسجيل ونقل الملكية ، وكذلك ليس لورثتهم ولا للموصى لهم نقض ما تم من جهة مورثيهم ، والدائنون العاديون لا يمتازون عن أمثالهم فيحاصون بقيمة دينهم فيما هو تركة بعد الوفاة ، وأما الدائنون الممتازون فلهم الأولوية على رهنهم دون بقية الدائنين حتى يستوفوا حقهم .

بند [١٠]

القانون الفرنسي — نقل ملكية العقار فيما بين الطرفين المتعاقدين والشخص الثالث في الهبة بين الأحياء

في القانون المدني النص صريح على وجوب التسجيل لنقل التكليف في الهبة بين الأحياء بالنسبة للشخص الثالث والطرفين .

في سنة ١٥٣٩ كانت الأوامر تقضى بتسجيل كل هبة منقولة وعقارية في سجل المحكمة بالنسبة للشخص الثالث وكذلك بقيت إلى سنة ١٧٣١ ، وفي القانون المدني حفظ نقل التكليف في العقار بالنسبة للشخص الثالث .

عدم نقل التكليف في العقار الموهوب بالنسبة للغير — القاعدة أنه ما دام الموهوب إليه لم ينقل التكليف باسمه فليس بمالك والمالك هو الواهب للعقار الموهوب وأحكامه كأحكام البيع سواء قبل نقل التكليف وبعده .

والشخص الثالث هو كل شخص له مصلحة ، ما عدا المكلفين بنقل التكليف ومن تلقى عنهم الملك وما عدا المعطى (الواهب) فالشخص الثالث هنا :

أولاً — من ذكروا في ق ١٨٥٥ بالنسبة للبيع هم هنا كذلك بالنسبة للهبة .

ثانياً — الدائنون بورقة عرفية للواهب .

ثالثاً - الموصى لهم بعنوان خاص .
كل هؤلاء لهم الحق في الانتفاع بعدم نقل التكليف في الهبة لأن لهم مصلحة .
وليس من الشخص الثالث من يأتي فلا ينتفعون من عدم نقل التكليف وهم : ١ - الواهب
٢ - الموهوب له وورثته ٣ - الأشخاص المكلفون قانوناً بالتسجيل لنقل التكليف .
(الزوج بالنسبة لزوجته ، الوصى لمحجوره أو لقاصره) ومن يتلقى عنهم الحق .
حصل خلاف في انتفاع وارث الواهب بعدم نقل التكليف فبعضهم أعطاه حكم مورثه وهو
ممنوع وبعضهم أجاز له ذلك .

بند [١١]

التبرع الاسلامي - إن عقد الهبة يتم بالإيجاب والقبول ومتى تمت ممن تصح هبته
وكان الموهوب له ممن يصح أن يوهب له وكان ما وهب مملوكاً للواهب فقد ملك الموهوب له الهبة
ودخلت في ملكه عقاراً أو منقولاً وليس بشرط تسجيل نقل التكليف في العقار ، وأما القبض
في الهبة فليس شرطاً في صحتها فيجبر الواهب على دفع الهبة للموهوب له ، فإن تأنى الموهوب له
عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض مرضاً اتصل بالموت بطلت الهبة ، والموهوب له
إذا باع الواهب الهبة وعلم فتوانى له الثمن وإن قام في الفور كان له الموهوب ، فالقبض عند مالك
من شروط التمام لا من شروط الصحة كالبيع .

وعلى هذا فالهبة تمليك العين الموهوبة للموهوب له بمجرد العقد فالموهوب له معارضة أى
شخص بحق الملكية الناتجة عن الهبة وقد خرجت عن ملك الواهب بمجرد عقد الهبة فليس له
حق التصرف فيها ، فلو مات الموهوب له بعد قبول الهبة وقبضها كانت الهبة من تركته
لورثته ، فإن قبل الهبة ولم يقبضها وقاضى الواهب ، وبقيت للحكم ومات استحق ورثته
الهبة .

وبما أن نقل التكليف ليس بشرط في الهبة وإنما القبض هو شرط تمامها لا شرط صحتها
فيتعلق الوارث عن مورثه ما تملكه حال حياته وسيأتي ذلك مفصلاً في الهبة .

بند [١٢]

النظام العملى فى ترتيب نقل التكليف

القانون الفرنسى — الطريقة الفرنسية علانية الحقوق العينية العقارية مضمونة ومحفوظة
فى سجلات موجودة فى الأقسام الإدارية بإدارة موظف إدارى يتبع وزارة المالية
(أمين الرهون) .

ويوجد ثلاثة سجلات : سجل التسجيل لنقل التكليف . سجل سقوط الحق بمضى
المدة . سجل نقل التكليف فى الحجوزات العقارية ، وفى الثلاثة السجلات يكون العمل بتاريخ
الإيداع فى قلم التسجيل ، ويوضح جميع البيانات (اسم وجد وأب وسكن الخ) بما لا يدع مجالاً
للإختلاف بين شخصين .

ينتج عن هذا أن السجلات لا تقدم خدمة عن حالة العقار القضائية بل تقدم خدمة عن
حالة الشخص وتصرفاته فالعلانية شخصية لا عينية فيحصل عدة عقبات كبيرة لأنه :

١ — لم يعرف اسم الشخص المالك الحالى أو على الأقل أحد الملاك السابقين للعقار فلا
يمكن معرفة حقيقة العقار من حافظ سجلات التكليف .

٢ — لا يمكن لحافظ السجلات أن يخبر أن واضع اليد هو المالك الحقيقى أو أن هذا العقار
مثقل بالتزامات أم لا — فقط يخبرك أن هناك تكليفاً أو سقوط الحق بمضى المدة .

٣ — يجوز حصول خطأ فى الأسماء فيكون ما أعطى من معلومات خاطئاً .

ومن هذا يعلم أن العلانية التي يتطلبها سجل الرهونات علانية خاصة بشخص التصرف
لا علانية عامة من كل شخص على هذا العقار .

طريقة الكتب المالية في بروسيا — وهي مقابلة للطريقة الفرنسية وهي أن العقار له كتابه
المالى المرصود فيه حالة العقار القانونية من رهن ونقل تكليف وحقوق عينية وخلافه وبه تقدر
حالة العقار بكل تأكيد ، فالعلانية ليست علانية شخصية بل علانية عينية وليست خاصة
بل عامة ، والبيع العقارى موكول إلى قاض يبحث أولا فى طلبات نقل التكليف ثم يبحث
هل الكتب المالية للعقار مستوفية الشروط القانونية ، هل البائع هو المالك الحقيقى ، هل هو أهل
لبيع وهل المشتري أهل للتعاقد وهكذا . ومن كتب مالك لهذا العقار بموجب هذا الكتاب
المالى فهو مالك حقيقة ويمكن التعاقد معه بكل اطمئنان .

طريقة عمل تورنس الاسترالى — هذا القانون وضع للملكية العقار باستراليا سنة ١٨٧٢
وأقره البرلمان الاسترالى والذي قدمه له أحد نوابه روبرت تورنس بعنوان الملكية العينية .
تشابه الطريقة البروسية والأسترالية :

أولا — تتشابه الطريقتان فى أن السجل مكتوب باسم الأرض لا باسم المالك .

ثانيا — حافظ سجل التسجيلات قاض والمساواة هي التي تنطبق .

وتختص طريقة تورنس بالآتى :

أولا — كل الأرض ليست خاضعة لهذا النظام فقط الأرض العامة المباعة من الحكومة
للأهالى فإن أراد أحد الأهالى المعاملة بهذا النظام فعليه طلب تسجيل أملاكه من رئيس
السجلات الذى يبحث دليل الملكية ثم يجعل القانون ساريا عليها ويتخذ طريقة العلانية لصالح
الشخص الثالث .

ونتيجة تسجيل الأرض لتدخل ضمن نطاق هذا القانون أن ملكية المالك تصبح غير
قابلة للمعارضة من أى شخص .

ثانيا - تعطى شهادة مطابقة للسجل إلى المالك تصف حالة العقار مع إيضاح كل الحقوق المترتبة عليه ، فإذا أراد المالك بيع عقاره قدم طلبا إلى رئيس السجلات مع دليل ملكيته ثم يملا خانات استعلامية فيبحث جميع ذلك رئيس السجلات ثم يؤشر بالبيع في السجل ويسلم المشتري حجة ملك جديدة مع إلغائه من البائع .

وقد بحث المشرعون بفرنسا حالة النقص الموجودة في تسجيل العقار فقدم مشروع قانون لإصلاح ذلك سنة ١٩٠٨ قبله مجلس الشيوخ ولم يمر بعد من مجلس النواب ويتضمن أن التسجيل يطبق على ما يأتي زيادة عن قانون سنة ١٨٥٥ .

أولا - على كل عمل فيه إقرار بالملكية كالقسمة .

ثانيا - على كل عمل ناقل للملكية بالموت كالإراث والوصية .

بند [١٣]

التشريع الإسلامي - كل هذه نظم لأحكام عملية التسجيل ونقل الملكية والحفاظة على مصالح الشعب العامة وهو ما يدعو إليه التشريع السماوي ولا ينافية لهذا يجب العمل به وخصوصا الطريقة الشخصية للعقار المملوك لا المالك وكون من يتولى إجراءات البيع أو نقل الملكية ويبحث مستندات الملكية رجلا من رجال القانون فهو أضمن وأصلح للمتعاقدين .

بند [١٤]

سقوط الحق

بسبب مضي المدة المملكة أو الملكية بوضع اليد

الفائده الفرنسي :

نظرة عامة - سقوط الحق بمضي المدة محدود بالقانون وهو سبب الملكية أو وضع اليد مدة من الوقت بشروط محدودة قانونا .

والملكية بوضع اليد قسمان : (١) وضع اليد المدة الطويلة الملك أو الملكية بوضع اليد .

(٢) سقوط الحق بمضى الزمن أو تلاش وانقراض أو إخلاء .

مقارنة بين السقوطين :

أولا - بالنظر إلى الوصف - الملكية بوضع اليد تقريبا هي سبب لإيجاد نتائج من امتلاك فاسد ، بدون شك قد يكون سببا في ملكية عقار بدون حجة الملكية بل بوضع اليد فقط .

وأما الملكية بالتلاشى أو بالإخلاء فهي سبب لرفع دعوى خاضة بحق أهله صاحبه بعض الوقت .

ثانيا - بالنظر إلى القاعدة العقلية - الملكية بوضع اليد تكون لفرض تقوية حق الملكية ليس لأنها تجعلها سهلة بل لتجعل الدليل ممكنا لهذا الحق ، فإذا لم يوجد وضع اليد فمن يريد إظهار حق ملكيته فعليه إثبات أنه تملك هذا العقار من ماله الحقيقي ، لكن لإثبات أن من تلقى عنه الملك هو المالك الشرعى يلزم الصعود إلى ملك مملكه وهكذا حتى يصل إلى أول واضع اليد على العقار ، وبسبب وضع اليد يكون دليل الملكية سهلا إذ يكفي إثبات أنك تملك أو من تلقيت عنه الملكية وضع يده المدة القانونية ، وأما الملكية بالتلاشى أو بالإخلاء فقد رتب بقصد إبعاد المطالبين بعد مدة طويلة الذين يمكنهم إيجاد اضطراب في الثروات الخاصة أو هدم أملاك الأشخاص أو العائلات .

ثالثا - بالنظر إلى الشروط - في هذه الناحية يوجد فرق أساسى بين القسمين المذكورين فالملكية بوضع اليد تدل على شرط أساسى هو وضع اليد ، وعلى العكس من ذلك الملكية بالتلاشى فلا تستلزم شرطا غير إهمال صاحب الحق .

رابعا — بالنظر إلى النتائج — الملكية بوضع اليد تعطى لمن يمكنه التمسك بها دعوى واستثناء فيما للملكية بالتلاشى لا تعطى لصاحبها الاستثناء .

يوجد قسمان في الملكية بوضع اليد بالنسبة للمدة .

أولا — وضع اليد من عشر سنين إلى عشرين سنة حينما يكون واضع اليد له حجة صحيحة وحسن نية .

ثانيا — وضع اليد ثلاثين عاما عندما يتخلف واحد من هذين الشرطين أو هما معا .

الشروط المطلوبة للملكية بوضع اليد :

الشروط المطلوبة للملكية بوضع اليد ثلاثة :

أولاً: — يجب أن يكون الشيء قابلا للملكية بوضع اليد ، القاعدة أن كل شيء قابل للملكية بوضع اليد ما عدا :

١ — الأشياء غير القابلة للملكية الخاصة كأموال الدولة العامة أو أملاك المديرية أو المركز العامة .

٢ — العقار المدفوع مهرا للمرأة المتزوجة .

٣ — الأملاك الداخلة في الوقف مرسوم أول مارس سنة ١٨٠٨

هذا خاص بالعقار وأما المنقول فلا تطبق عليه هذه الشروط بسبب القاعدة المعروفة م ٢٢٧٩ ولكن يستثنى :

١ — وضع اليد على المنقول بسوء نية لمدة ثلاثين سنة .

٢ — وضع اليد على المنقول بحسن نية في المسروق أو الضائع لمدة ثلاث سنوات .

ثانيا — يجب وجود وضع اليد الحقيقي الخالي من كل عيب وأن يكون مستمرا (يراجع وضع اليد وعيوبه) .

ثالثاً — يجب مرور زمن محدد — يبتدىء زمن سقوط الحق بمضى المدة والتملك من يوم وضع اليد على العقار ويستثنى من ذلك : ١ - الحقوق المستقبلية الخاضعة لشرط تحقيق وفاة شخص فإن المدة تبتدىء من يوم الوفاة ، كحق انقاص الهبة الزائدة قانوناً الذي خص القانون به الورثة فالوارث رفع دعوى ضد الموهوب له لاسترداد الزيادة في الهبة فيبتدىء سقوط الحق من يوم وفاة الواهب المورث . ٢ - والحق الخاضع لتحقيق شرط كالبيع بشرط ملغى أو موقف الملكية كما سبق حكمه على خلاف بين الفقهاء والقضاء ، فالقضاء يقول : إن المدة تبتدىء من يوم تحقيق الشرط لأن الحق يبتدىء من يوم حصول الشرط فقط ، والفقهاء يقولون : إن المدة تبتدىء من تاريخ وضع اليد على العقار .

حساب المدة — يلاحظ القواعد الآتية :

- ١ - المدة تحسب باليوم لا بالساعات . ٢ - لا يحسب أول يوم في المدة لأنه دائماً غير كامل
- ٣ - تتم المدة المحددة لسقوط الحق والتملك متى جاء آخر يوم ولو كان يوم بطلالة عامة ، فإن ابتدأت المدة من أول ابريل سنة ١٨٩٢ تنتهى نصف الليل في أول ابريل سنة ١٩٢٢ لثلاثين سنة .

بند [١٥]

الفانود الرومانى — الملكية بوضع اليد المدة الطويلة — التملك بوضع اليد يطبق

في حالتين :

أولاً — في حالة تملك شيء يمكن نقله — معروف أن المشتري مثلاً لا يملك الشيء المباع بمجرد العقد بل يملكه بوضع يده عليه سنة إن كان منقولاً وستين إن كان عقاراً ، فالملكية بوضع اليد في هذه الحالة كانت لتنظيم الملكية الناقصة في الشكل بشرط أن يكون البائع هو المالك الحقيقي .

ثانياً — في حالة تملك شيء يمكن نقله أم لا من غير مالك — الذي يتلقى الملكية من مالك حقيقى لم تنقل إليه الملكية يصبح مالكا بوضع اليد سنة في المنقول وستين في العقار ويشترط في صحة وضع اليد . ١ — ألا يكون الشيء مسروقاً . ٢ — أن يكون حسن النية . ٣ — أن يكون بسبب صحيح .

وبمضى هذه المدة يصبح واضع اليد مالكا للعين التي تحت يده بما لها وما عليها من الحقوق العينية .

بند [١٦]

الشريع الاسلامى

سقوط الحق بمضى المدة أو الملكية بوضع اليد شرعت لفرضين

أولاً — لإيجاد حالة استقرار وطمأنينة لكل واضع اليد فلا يأتى مدعى أيا كان ولا بعد مدة أيا كانت فيدعى ملكيته لشيء تحت يد الغير بغير حق فكان وضع اليد دليلاً في الظاهر على الملكية إن لم يقدّم دليل آخر أقوى منه .

ثانياً — جعل وضع اليد دليل الملكية القاطع متى بلغ مدة معينة إلا في أحوال معينة كالغصب والسرقة والحراقة فإن وضع اليد ولو طال لا يفيد واضع اليد بشيء .

غير أنه قد يوجد تلاشى لعين الحق بمضى الزمن أو بفعل فاعل فمن سرق منه بغير ثم مكث عند السارق مدة فتى وجده صاحبه بعينه أخذه ولو طال الزمن فإن أفناه السارق بأن ذبحه وأكله فإن حق المالك على العين قد تلاشى وانتقل من ضمان العين إلى ضمان القيمة في الذمة يوم الغصب أو السرقة ، وقد يكون الترك سبباً في التلاشى كمن يملك دابة تصرف فيها شخص

وهو حاضر ساكت لم يعارض ومضى على ذلك سنتان فليس له المطالبة بها وله الثمن فقط فإن سكت سنة أخرى ضاع الثمن أيضا .

نظر المشرع الوضعي إلى المدة التي تمضي من تاريخ وضع اليد فجعلها عشرين أو ثلاثين سنة ولكن التشريع الإسلامي نظر إلى سبب وضع اليد وأعطى لكل سبب حكماً وربطه بنظام التعامل بين الشركاء أو غير الشركاء والأقارب وغير الأقارب .

أما الغصب والسرقة والحراة فلا مدة فيها ولا تثبت للملكية فيها بوضع اليد إطلاقاً والحكم فيها أن صاحب الشيء المغصوب أو المسروق يأخذ عين شئته متى وجده بذاته لم يحصل له مفوت في ذاته أو صفاته التي بها وجوده والا ضمن الغاصب أو السارق القيمة يوم الغصب أو يوم السرقة ، سواء العقار والمنقول فالكلام إذاً في وضع اليد المفيد للملكية ففيه الأقسام الآتية وشروط الحيازة المفيدة للملك في العقار والمنقول .

أولاً — حصول التصرف من واضع اليد كركوب دابة أو سكنى أو لبس ثوب كتصرف المالك .

ثانياً — حوز طال كعشرة أشهر فأكثر لا أقل .

ثالثاً — عدم منازع لواضع اليد في هذه المدة .

رابعاً — أن ينسب واضع اليد الشيء إلى نفسه ملكاً .

خامساً — أن تشهد البيئة (بأن الشيء الموضوع اليد عليه لم يخرج عن ملكه في

علمهم بنقل شرعي) .

وأقسام وضع اليد المفيد للملكية :

أولاً — في العقار :

(١) عشر سنين للأجنبي غير الشريك أو الشريك .

(٢) أربعون سنة للقريب والموالى والأصهار شريكاً أو غير شريك .

(٣) ستون سنة بين أب وابنه .

ثانياً — في المنقول :

(١) أكثر من عشر سنوات للقريب شريكاً أو غير شريك أباً أو غيره .

(٢) أكثر من ثلاث سنين للأجنبي شريكاً أو غير شريك .

(٣) سنتان لدابة الركوب وأمة الخدمة لغير الأجنبي الشريك .

(٤) سنة واحدة للأجنبي في الثوب ، أو لمن تصرف بحضور صاحب الشيء وسكت .

وسياتى تفصيل ذلك وأما الوقف والمغصوب والمسروق وأملاك الدولة فلا تنفع الحيازة فيها ولا تملك بها (وتبتدىء المدة من تاريخ وضع اليد ولا بد أن تكون المدة المحددة كاملة بل قد اشترط في بعض مواضع الأكثرية عن المدة) ويستوى وضع اليد المفيد للملكية في العقار والمنقول ، ويبتدىء سقوط الحق بمضى الزمن من وقت العمل والتمكن من التقاضى والخلو من المانع الشرعى ، وفي العقود ذات الشرط تبتدىء المدة من تاريخ حصول الشرط .

بند [١٧]

المدة الضرورية للتملك بوضع اليد

الفانور الفرنسى — المدة الضرورية للتملك بوضع اليد تتغير كالآتى .

أولاً — المدة من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا كان واضع اليد حسن النية ووضع

اليد بحق يعنى بحجة صحيحة .

ثانياً — المدة ثلاثون سنة إذا كان واضع اليد سىء النية أو ليس واضع اليد بحق أو هما معا

شروط خاصة بالتملك بوضع اليد من عشر سنوات إلى ٢٠ سنة

يشترط لذلك شرطان:

أولاً — وضع اليد بحجة صحيحة — وهو كل عمل قانوني يكون قابلاً لنقل الملكية في حد ذاته وذلك كالبيع والاعطاء نظير دفع شيء والوصية والهبة بين الأحياء .

وليس من وضع اليد بحجة صحيحة عقد الإيجار وعقد الصلح وعقد التهمة وحكم مبرسي المزاد لصالح أحد الشركاء لأنها عقود مظهرية لا ناقلة للملكية .

الحجة المعتبرة قانوناً غير موجودة أو الملعبة إطلاقاً — لا يعتبر في وضع اليد ولا يكون أساساً للملكية بوضع اليد من عشر سنوات إلى عشرين سنة كالمبة بعقد عرفي ولم يسجلها مسجل العقود أو كانت عقوداً ضد الآداب العامة أو القانون .

الحجة المغيبة بعيب خاص قانوني — كل حجة معينة بعيب خاص لأن البائع لا يملك العقار المبيع أو لأنه ليس أهلاً للتعاقد قانوناً أو لأن إرادته كانت غير كاملة في العقد. تكفي للتملك بوضع اليد ، بل تكفي لمحو هذه العيوب وتجعل وضع اليد صحيحاً يبنى عليه التملك من عشر إلى عشرين سنة .

الحجة الخادعة الفاسدة قانوناً — وهي ما يعتقد واضع اليد أنها صحيحة ومفيدة للملكية وهي في الواقع فاسدة لا تكفي للتملك بوضع اليد كوصية ألغها الموصي بوصية أخرى وبقي الموصي له متمسكاً بالوصية الأولى معتقداً صحتها فعنده حسن نية لا حجة صحيحة فقد تخلف أحد الشرطين .

وعلى مدعي الملكية بوضع اليد إثبات أنه حسن النية وأن حجته صحيحة بإحضار عقد رسمي أو عقد عرفي ثابت التاريخ وليس نقل التكليف شرطاً في التملك بوضع اليد .

ثانياً — حسن النية — ويتكون حسن النية في اعتقاد واضع اليد أن الشخص الذي نقل إليه العقار هو المالك الحقيقي لهذا العقار .

ولا يلزم أن يجهل العيوب الأخرى كعدم الأهلية للتعاقد أو عدم الإرادة الكاملة ، فلو تعاقد مع صبي أو مع من غشه أو خدعه يكون حسن النية لأنه مع هذا يعتقد أنه المالك الحقيقي فيملك بوضع اليد في المدة من عشر سنين إلى عشرين سنة .

وهذا بخلاف جهل جميع العيوب في وضع اليد لامتلاك الثمرات فهو شرط لازم .
ويجب وجود حسن النية عند ابتداء وضع اليد ولا يشترط دوامها وهذا يخالف أيضاً لما اشترط في تملك الثمار .

حسن النية مفروض بالقانون فعلى من يدعى خلاف ذلك إقامة الدليل ومع هذا لو ظهر بعد التحرى أن ملكية مملك واضع اليد بها عيوب فيصح اتهام واضع اليد بسوء النية فعليه إثبات جهله بهذه العيوب وقت التملك أو أنه وقع في خطأ قانوني معتقداً صحة حجب التملك .

يتم التملك بوضع اليد عشر سنوات إذا كان مالك العقار الذي تقع ملكيته بوضع اليد ساكناً بدائرة محكمة الاستئناف التابع لها العقار ، ويتم التملك بوضع اليد عشرين سنة إذا كان مالك العقار المذكور مقيماً بغير دائرة محكمة الاستئناف التابع لها العقار .

بند [١٨]

الشريع الاسلامي — المدة الضرورية للتملك بوضع اليد — لكي يكون وضع اليد حجة تفيد الملكية وتعارض الأدلة الأخرى يجب أن تمضى المدد الآتية في وضع اليد ، ويجب النظر للشيء موضوع النزاع وذلك .

أولاً في العقار :

١ — عشر سنين في :

- (أ) أجنبي غير شريك تصرف فيه بهدم أو بناء أو هبة أو صدقة أو زرع أو غرس أو إيجار أو بيع أو قطع شجر أو فتق عين أو إجراء نهر .
- (ب) شريك أجنبي تصرف بهدم أو بناء أو غرس أو قطع شجر متى كان هذا العمل كثيراً عرفاً .

٢ — أربعين سنة في :

- (أ) قريب ونحوه كالموالى والأصهار شريكاً أو غير شريك .

٣ — فوق الستين في :

- (أ) أب وابنه في هدم و بناء فيجب أن يمر زمن تهلك فيه البنات وينقطع العلم فيجب مرور فوق الستين عاماً على الحياة .

ثانياً في المنقول :

١ — أكثر من عشر سنين في :

- (أ) قريب شريكاً أو غير شريك أباً أو غيره .

٢ — أكثر من ثلاث سنين في :

- (أ) أجنبي شريكاً أو غير شريك .

٣ — سنتان في دابة الركوب وأمة الخدمة في غير الأجنبي الشريك وفي الأجنبي الشريك

الزيادة على ٣ سنين مع ملاحظة ما يأتي :

أولاً — أن يكون المدعى على الحائز حاضراً ساكتاً بلا مانع شرعى يمنع التقاضى .

ثانياً — هذه المدد المحددة في حق البشر وأما الوقف فلا يقيد بمدة ومثله الغصب والسرقة

والحرابة فلا تفيد الحيازة فيها الملكية فيقضى بالشئ محل النزاع لصاحبه متى وجد بعينه فإن فات يقضى بالقيمة يوم الغصب أو السرقة كما سبق .

ثالثاً — هذه المدد تسرى متى كان المالك غائباً عن مجلس العقد فإن كان حاضراً وتصرف المدعى عليه ولم ينكر المالك هذا التصرف ، مضى هذا التصرف ولمن يدعى الملك أخذ الثمن فقط إن لم يطل كسنة وإلا فلا ثمن أيضاً بعد السنة ، فإن سكنت العام بعد العلم ولم يرد فليس له الرد وله أخذ الثمن ما لم يمض ثلاثة أعوام من البيع وإلا سقط حقه منه أيضاً .

رابعاً — تنقص المدة في المنقول متى كان لا يتحمل الطول كالثوب مثلاً فحيازته للأجنبي سنة واحدة ويجب أن يكون وضع اليد بسبب يقتضى التملك كالبيع والهبة والوصية وأما المستأجر والأمين والوكيل وما أشبه فلا يفيدهم وضع اليد في الملكية ومتى امتنعوا من رد ما تحت أيديهم وقت طلبه اعتبروا غاصبين .

فإن كانت المنقولات أو العقارات تحت يد الحائز بعقد ضد الآداب العامة أو عقد محرم أو كان المتعاقد ليس أهلاً للتعاقد أو كان العقد الذي اعتمد عليه واضع اليد فاسداً لفقده شرطاً من شروط صحته انتقل هذا التصرف إلى أحكام البيع الفاسد فلا ضمان إلا بالقبض ووجب رد المبيع لبائعه إن لم يفت ببيع أو رهن أو هبة أو تغير سوق أو نقل أو تغير ذات الخ . ولا غلة لبائعه لأنه في ضمان المشتري والغلة بالضمان ولا رجوع بالنفقة إلا مالا غلة له فله الرجوع ، فإن فات المبيع فاسداً بيد المشتري مضى بالثمن في المختلف فيه ، فإن كان متفقاً على فساد فبالقيمة يوم القبض . وعلى مدعى الملكية بوضع اليد إثبات شروطها من حصول تصرف كتصرف المالك ومن عدم منازع له في تلك المدة ومن نسبة الملكية لنفسه ، ومن عدم الخروج عن ملكه بنقل شرعى للملكية ، والمفروض أن واضع اليد عنده البنية الحسنة لافتراض حمل الناس على الصلاح حتى يثبت غير ذلك ولا يشترط نقل التكليف في التملك بوضع اليد .

ويجب أن يجهل واضع اليد أن من نقل إليه الملكية بأى تصرف كان غاصباً أو سارقاً الخ وإلا عد كالفاسد أو السارق سواء بسواء فإن جهل الغصب أو السرقة فاز بالغلة وأخذ منه الشيء المسروق أو المغصوب لربه ولا ينفعه وضع اليد .

ويجب وجود حسن النية فى ابتداء وضع اليد وفى دوامها ومتى علم أنه لا أساس لوضع يده وجب عليه رده لصاحبه أو لمن تلقى عنه الملك متى أمكن ذلك .

مدة وضع اليد مبنية على طبيعة الشيء المتنازع فيه وعلى علاقة المتصرف الحائز للعقار أو المنقول بمن يدعى الملكية وعلى علمه وعدم علمه ، وهذا هو الأصلح لتقدير المصلحة العامة لا على وجود العقار فى دائرة محكمة المالك الاستثنائية .

بند [١٩]

إضافة وضع اليد

القانون الفرنسى — إضافة وضع اليد — وهى تتكون من إضافة مدة وضع يد واضع اليد السابق إلى مدة واضع اليد الحالى لتتكون مدة تكفى للتملك بوضع اليد .

فإن كانت الملكية بوصف عام كوارث مثلاً استمر وضع اليد كما كان عند المورث بحسن نية أو بسوء نية بالنظر إلى التملك بوضع اليد ، فإن كان مملكه واضعاً يده مؤقتاً أو كان مالِكاً بسوء نية فلا يملك واضع اليد الحالى الانتفاع بالمدة الماضية ولا ينفعه وضع اليد الدائم ولا حسن نيته بل يجب أن يمر ثلاثون سنة منها مدة وضع يد المملك ، فإن كان المملك حسن النية ومن تلقى عنه الملك الحالى سبىء النية انتفع واضع اليد الحالى بمدة عشر سنين إلى عشرين سنة منها . وضع اليد السابق .

فإن كانت الملكية بوصف خاص كالموصى له بشيء معين فى التركة فواضع اليد يبتدىء مدة جديدة ولا علاقة له بمن تلقى عنه الملك ، فإن كان واضعاً يده مؤقتاً صح لواضع اليد الحالى ابتداء مدة وضع اليد بحسن نية من تاريخ وضع يده لينتفع بالملكية بوضع اليد من ١٠ سنين (٣ م مقارنات — ثان)

إلى عشرين سنة ، وحسن نية واضع اليد السابق لا تنفع واضع اليد الحالي متى كان سيء النية فيجب مرور ثلاثين سنة فقط يجوز له إضافة وضع اليد السابق لبلوغ الثلاثين .
وقف مدة وضع اليد للتملك بها .

وهو وقف مؤقت في مدة مضى المدة ونتيجة ذلك منع مضى المدة ما دام سبب الوقف موجوداً ، فإن زال السبب ابتداء مضى المدة من النقطة التي توقف عندها بمعنى أن الزمن الذي مضى لحين الوقف يضم إلى الزمن الذي ابتداء

أسباب وقوف المدة بنص القانون :

أولاً — تقف مدة وضع اليد ضد القصر المرفوع عنهم الوصاية وغير المرفوع عنهم وضد المحجور عليهم قضائياً حفظاً لحقوقهم من الضياع ، فلا يمر الوقت محسوباً على من ذكر مدة القصر أو المحجور .

ثانياً — تقف مدة وضع اليد بين الزوجين ما دام الزواج قائماً محافظة على العلاقة الزوجية من خطر التباعد والنزاع .

ثالثاً — في الأصل لا تقف المدة بالنسبة للمرأة المتزوجة كما تقف بالنسبة للقصر والمحجور عليهم حتى بالنسبة للأُملاك التي للزوج حق إدارتها ما عدا الرجوع عليه ، ولكن يستثنى من ذلك أن المدة تقف لصالح المرأة المتزوجة في الأحوال الآتية .

١ — في نظام زواج المهر بالنسبة للعقار المدفوع مهرًا .

٢ — في نظام الشركة الزوجية حتى تختار الزوجة مال الشركة أو ترفض .

٣ — في كل أنظمة الزواج الأخرى إذا باع الزوج أملاك زوجته الخاصة بدون رضاها .

ولا تقف المدة لصالح ناقصي العقل غير المحجور عليهم قضائياً حتى ولو كانوا في مستشفى فاقدي الشعور ، ولا لصالح الشخص المعين له مستشار قانوني ، ولا لصالح الشخص المحجور عليه

قانوناً عقاباً له لا حماية له ، ولا لصالح تاجر مفلس في مدة رفع يده .
وفي كل حال يوجد مانع قانوني أو فعلي من مباشرة أو رفع دعوى الاسترداد حصل
خلاف بين المذاهب والقضاء ، فالقضاء يقول تقف المدة المقررة للملك بوضع اليد حتى يزول
السبب ، والمشرعون يقولون لا تقف المدة في غير ما نص عليه قانوناً .

بند [٢٠]

التريع الاسلامي - يشترط في صحة قبول دعوى المدعى على واضع اليد في مدة
الحيازة المعتبرة شرعاً .

١ - أن يكون حاضراً بالبلد لم يخف عليه أمر الشيء المحوز لقربه منه ، فلو كان حاضراً
وهو غير عالم فله القيام إذا أثبت عدم علمه ولا يعتبر مضي مدة الحيازة الشرعية إلا وقت علمه .
٢ - أن يسكت بعد علمه بوضع اليد وتمضي بعد علمه وسكوته مدة الحيازة فلو نازع
أو قاضى فلا يسقط حقه بمضي المدة ولا يعتبر مضي المدة حيازة شرعية إلا من يوم سكوته حتى
مضت المدة .

٣ - ألا يكون عند المدعى على واضع اليد عذر حسي أو قهري أو مانع شرعي يمنعه
من القيام بحقه فإن كان غائباً أو حاضراً ومنعه من التقاضي مانع فإنها تسمع بينته ودعواه ولا تعتبر
مدة الحيازة الشرعية في حقه إلا بعد زوال العذر الشرعي القائم ومن الموانع الشرعية الصغر
والسفه والجنون وخوف سطوة ظالم أو بطش واضع اليد .

٤ - ألا يكون واضع اليد غير مشهور بالعداء والغصب والسَّرقة لأموال الناس ، فإن
كان مشهوراً بذلك فإن الحيازة لا تنفعه .

فإن كان وضع اليد بغصب أو سرقة أو حراة فلا يسقط حق الاستحقاق (الاسترداد)
مهما طال الزمن ما دامت عين الشيء المغتصب أو المسروق أو المأخوذ حراة موجودة فإن
فانت فالضمان بمثل المثل أو قيمة المقوم .

فإن كان الشيء محل النزاع موروثاً أو موهوباً أو مباعاً ولم يكن المورث أو الواهب أو البائع غاصباً أو سارقاً أو محارباً فإن وازع اليد بحسن نية ينتفع بوضع اليد السابقة .
أما الوارث فقد ورث الشيء وماله من حقوق كوضع اليد مثلاً والموهوب له كذلك وأما المشتري فقد التزم البائع ضمان المبيع من الاستحقاق بمقتضى عقد البيع ، والمفروض فى هؤلاء جميعاً حسن النية حتى يثبت خلافه .

فإن كان المشتري والوارث والموهوب له من الغاصب يعلمون بالغصب فهم كالغاصب يجرى فيهم ما جرى فيه من ضمان مثل المثلث أو قيمة المقوم ويضمنون الغلة والجائحة السماوية لأنهم غصاب بعلمهم فيتبع رب المغصوب أيهما شاء ، والمعتبر علم المشتري من الغاصب وعلم الناس فى موهوب الغاصب ، والوارث ضامن لما ورثه عن الغاصب من عين وغلة حتى عند عدم العلم بالغصب اتفاقاً .
والمنظور إليه وازع اليد فى حسن النية أو سوء النية ، فمن تلقى ملكه عن الأمين الممتنع عن رد الأمانة أو المستأجر أو المستعير الممتنع عن رد العين المؤجره أو المستعارة فهو غاصب ولا حيازة له متى علم بذلك وإن لم يعلم فهو حسن النية غير أن وصف الاغتصاب لا زال واقعاً على عين الشيء غير المردود لصاحبه (العين المستأجرة أو المعارة أو المؤتمن عليها مثلاً) فله استرداده ولا يتقيد بمدة الحيازة الشرعية .

وقف المدة — لا تسرى المدة ما دام هناك مانع حسى كغيبه أو عدم علم أو زوال أهليه التصرف والتقاضى كالجنون أو قيام المانع كصغر أو سفه مثلاً كل هذا مانع من مضي مدة الحيازة فلا تبتدىء مدة الحيازة إلا بعد زوال هذه الموانع ولا تحتسب مدة قيام هذه الموانع .
وأما بين الزوجين فلا تقف المدة لأن لكل واحد منهما التصرف كما يشاء فى أملاكه بلا علاقة بينهما إلا تصرف الزوجه بالهبة فيما زاد عن الثلث فوقوف على إجازة الزوج ولا يمضى إلا بعد علمه وسكوته كما سيأتى ذلك فى الهبة .

وأما ناقص العقل وفاقد الشعور فتى ثبت ذلك خصوصا إذا كان في مستشفى الأمراض العقلية فلا تمضى عليه المدة لأن المحافظة على أملا كه تقضى بحمايته فلو أجزنا الحيابة وسرياتها عليه لعرضنا أملا كه للضياع فهو كالصغير . وأما نظام المستشار القانونى فغير موجود فى التشريع الإسلامى كاسبق - أما وضع الصغير تحت الاختبار فى أملا كه وإدارتها فهو ملحق بالصغير فتقف مدة الحيابة لأن تصرفه ليس مطلقا بل هو خاضع لوصيه ونفاذه ونقضه تابع لمصالحته ، وأما الشخص المسجون فيمكنه أن يوكل غيره لمباشرة المحافظة على حقوقه فتسرى مدة الحيابة عليه فان منع ولم يمكن من إقامة وكيل كان هناك مانع حسى من مباشرة حقوقه فلا تسرى عليه مدة الحيابة الشرعية حتى يفك أسره أو تطلق له حريته فتبتدى المدة فى الحيابة . وأما المفلس مدة رفع يده فيمكنه التقاضى وإن لم يفعل قام دائنوه بما له من الحقوق محافظة على دينهم فتسرى فى حقه مدة الحيابة .

وفى كل حالة يوجد مانع قانونى بعدم الأهلية أو مانع فعلى كالنقى مثلا وعدم التمكن من التقاضى أو الطلب فإن المدة تقف ولا تسرى مدة الحيابة حتى يتمكن صاحب العذر الشرعى من مباشرة حقوقه .

بند [٢١]

قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد

القانون الفرنسى — قطع المدة المقررة هو وقوف سريان المدة المقررة للتملك بوضع اليد بحصول بعض أفعال محدودة بالقانون بمعنى أن الوقت الذى مضى للآ لا يحى ولا يصح ضمه للحصول على الملكية بوضع اليد المدة المقررة .

والفرق بين وقف المدة وقطع المدة أن وقف المدة هو وقف مؤقت ما دام السبب ومتى زال السبب سرت نفس المدة الموقوفة فيحسب ما مضى من الوقت قبل الوقوف على المدة المبتدأة بعد

زوال السبب ، وأن قطع المدة هو زوال للمدة السابقة على السبب القاطع فتبتدى مدة جديدة للتملك بوضع اليد .

أسباب قطع المدة — تقطع المدة بسببين أحدهما مدنى والثانى طبعى .
أولا — قطع المدة المدنى — يوجد سببان لقطع المدة المدنى .

١ — المتابعة القضائية وهى أعمال قضائية تقطع مدة وضع اليد للتملك وهى :

١ — إعلان الحضور أمام القضاء أيا كان القاضى (قاضى الصلح أو المدنى أو التجارى) وليس لابتداء قضية بل لتأجيلها ، بل أيضا ردا على دعوى المدعى عليه، بل فى دعوى مرفوعة من ثالث . ويعتبر من الأعمال القضائية غير القاطعة لمدة وضع اليد .

١ — حينما يكون طلب الحضور باطلا شكلا بشرط أن يكون بطلانه بحكم المحكمة ومع ذلك فطلب الحضور أمام قاض غير مختص قاطع لمدة وضع اليد .

٢ — متى تنازل الطالب عن طلبه فيفترض كأن الطلب لم يكن .

٣ — إذا ترك الطالب قضيته سقطت ومضى عليها ثلاث سنوات ولم يجدد السير فيها .

٤ — إذا رفض الطلب إذ المفروض أنه رفض لنهاية مدة قبوله ولم يمس نفس الحق .

٥ — إعلان الصلح وهو عرض الصلح الابتدائى فى غالب الطلبات أمام محكمة الدائرة المدنية وهذا لا يقطع المدة إلا بشرط أن يتبعه إعلان طلب حضور فى مدة شهر م ٢٢٤٥ .

نتيجة قطع المدة

(١) قطع المدة الناتج من متابعة الأعمال القضائية يجعل قضية استرداد العقار مقبولة وتمنع المدعى عليه من الوصول إلى التملك بوضع اليد مدة رفع الدعوى ولا تسمح بابتداء مدة جديدة لوضع اليد للتملك .

وفى الواقع إما أن تقبل دعوى المدعى وهو المالك الحقيقى فيضع يده على العقار وإما أن ترفض دعواه وحينئذ يعتبر قطع المدة كأن لم يكن .

٢ — الاعتراف بحق المالك — متى اعترف واضع اليد بحق المالك انقطعت المدة في التملك بها والاعتراف صريح أو ضمنى فالصريح ما يحصل بأى شكل كان ولو بخطاب خاص ، والضمنى كل ظرف يفهم منه الاعتراف بالملكية .

ونتيجة ذلك أن المدة التى مضت تعتبر لاغية لكن هنا فى الاعتراف يمكن أن تبتدىء المدة من جديد بخلافها فى المتابعة القضائية .

ثانيا — قطع المدة الطبيعى — يوجد سبب واحد لقطع المدة الطبيعى وهو حرمان واضع اليد من التمتع لمدة سنة سواء أكان المانع هو المالك أم غيره .

نتائج التملك بوضع اليد المدة الطويلة

وضع اليد المدة الطويلة يعطى الملكية لواضع اليد على العقار ، لكن لا يحى هو نفسه الحقوق العينية المنقل بها العقار وبيان ذلك :

أولا — وضع اليد المدة الطويلة يفيد ملكية العقار لواضع اليد — ملكية العقار مؤكدة بوضع اليد المدة الطويلة فتتملك الملكية بذلك .

ثانيا — وضع اليد المدة الطويلة لا يحى الحقوق العينية التى على العقار فيبقى حق التمتع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الانتفاع والرهن على العقار فيملك واضع اليد العقار مع بقاء هذه الحقوق على العين المتمسكة فلا تسقط عن العين إلا بمضى المدة المقررة للسقوط فلا علاقة بين السنين وإن كانا قد يتفقان إذا ابتدآ معا وكانت مدتهما ٣٠ ثلاثين سنة .

ثالثا — التملك بوضع اليد المدة الطويلة لا يحى الحق الشخصى الذى على العقار .

الدعاوى الشخصية المتعلقة بالعقار التملك لا تمنح كنتيجة للتملك بوضع اليد المدة الطويلة كدعوى البطلان لعدم الأهلية للتعاقد أو لنقص فى إرادة البائع فيجوز للبائع رفعها ضد واضع اليد ولا يسقط هذا الحق إلا بمضى عشر سنوات .

كذلك دعوى إرجاع العقار أو دعوى التعويض فلا يستقطان إلا بمضى المدة المقررة لهما قانونا وضع القانون قاعدتين لحصول نتائج التملك بوضع اليد .

أولا — التملك بوضع اليد لا يحصل بموجب القانون بمعنى أن القضاء لا يجب عليه الحكم به من تلقاء نفسه بل لابد لوضع اليد أن يدعيه صراحة في دعوى الاسترداد .

ثانيا — نتائج التملك بوضع اليد تنسحب على الماضي — هذا التملك ينسحب إلى أول يوم وضع اليد على العقار بشكل لا يقبل الجدل .

التنازل عن التملك بوضع اليد — وضع القانون الحالتين التاليتين لإمكان التنازل عن التملك بوضع اليد .

أولا — لا يمكن التنازل عن وضع اليد مقدما .

ثانيا — يمكن التنازل عن التملك بوضع اليد الطويلة لأنه حق خاص ولا دخل للحق العام فيه فيجوز لصاحبه التنازل عنه ، وبما أن التملك بوضع اليد لا يحصل بقوة القانون بل يجب أن يتمسك به من وضع يده بالشروط القانونية فلو لم يتمسك به فلا يخرج شيء عن ملكيته فقط هذا ترك لحق كان يصح له التمسك به ، ولذلك يجب فيمن يتنازل أن يكون أهلا للبيع والتصرفات العقارية ، كما يصح أن يكون التنازل صريحا أو ضمنا .

حقوق الدائنين قبل من تملك بوضع اليد :

الدائنون لهم حقوق في مادة التملك بوضع اليد قبل مدينهم كبقية المواد الأخرى فلهم :

أولا — المعارضة — يجوز لدائني من تملك بوضع اليد المعارضة بالتملك بوضع اليد بمضى المدة إذا أهمل المدين التمسك بهذا الحق .

ثانيا — يجوز للدائنين إبطال تنازل مدينهم عن التملك بمضى المدة بدعوى (پولين) متى أضر بهم هذا التنازل .

بند [٢٢]

الشريع الاسلامى

يشترط فى سريان مدة الحيازة أن يكون المدعى حاضراً بالبلد لم يخف عليه أمر المحوز وأن يكون ساكناً فلو كان حاضراً وعلم ثم سكت مدة ثم قام يطالب المدعى بما تحت يده ، فإن المدة التى سبقت الطلب قد بطلت ولا تحتسب فى المدة المقررة فلو سكت المدعى بعد الطلب مدة الحيازة الشرعية فتحسب من وقت سكوته دون المدة التى قبل الطلب لأنها قطعت .

ومعلوم أن قطع المدة إنما يكون بمحوها ووقف المدة يكون بسبب طارئ أوجد عند المدعى عدم القدرة على الطلب فتتقف المدة مدى قيام المانع ومتى زال المانع استؤنفت فتحسب على المدة الأولى التى أوقفت .

وسبب قطع المدة هو منازعة المدعى للمدعى عليه فى وضع يده أيّاً كان نوع النزاع بما يفيد أن المدعى عليه لا حق له فى وضع يده وحيازة الشئ المحوز لأنه ملك للمدعى ، والنظر للقاضى فيما يعتبر نزاعاً فى وضع اليد من عدمه اذا اختلف المتداعيان فى ذلك .

ونتيجة قطع المدة أن النزاع إما أن ينتهى بحكم فاصل أو بترك من المنازع فالحكم الفاصل إما بأحقية المدعى للشئ المتنازع فيه وإذن يستلمه وإما برفض دعواه لعدم إمكانه إثبات دعواه فتكون المدة بعد الفصل بعدم الاستحقاق أو بعد الترك إذا احتاج الأمر لها مستقبلاً ، وعلى كل حال لا تتم مدة الحيازة الشرعية بعد قطعها .

ويجوز للحائز أن يعترف بأحقية المدعى بدعواه متى كان حائزاً للصفات التى تجعل اعترافه صحيحاً كما يجوز له الاعتراف بعدم أحقيته لما وضع يده عليه بدون تقاض متى كان ذا أهلية شرعية أيضاً - بل يجب عليه الاعتراف بذلك متى علم أنه لا حق له وإن المطالب هو المحق فيما

يطلب فإن اعترف بالحق ثم سكت صاحبه عن أخذه وبقي في يد الحائز مدة الحيازة الشرعية من وقت اعترافه وجب عليه رده لمالكه ديانة ومملكه قضاء بمضى المدة إلا إذا كان معتبراً غاصباً كالأمين والوكيل والمستأجر مثلاً فلا يفيد وضع اليد المدة الطويلة .

والانقطاع عن استعمال الحق لا يلغى هذا الحق فلو لم يستعمل واضع اليد المحوز لمدة سنة لأى سبب كان فلا يقطع المدة ما دام المالك الحقيقى عالماً ساكتاً بلا عذر فى مدة الحيازة الشرعية التملك بالحيازة المدة الطويلة لا يسقط الحقوق العينية المترتبة على الشئ المحوز فلو كان عقاراً مرهوناً أو عقاراً عليه حق ارتفاق أو سكنى أو مرور مثلاً ثم وضع الحائز يده المدة المقررة شرعاً فتملكه فلا يمس هذه الحقوق بشئ متى كانت ثابتة شرعاً ولأصحابها استعمالها بعد التملك كما كانوا قبل التملك .

وكذلك التملك بالحيازة لا يلغى الحقوق الشخصية على العقار كما إذا كان العقار مقتصباً ثم حازه شخص لا يعلم حقيقة مدة الحيازة الشرعية فلمالك رفع دعواه لاسترداده ولو بعد هذه المدة ، أو كان البائع غير أهل للتعاقد واطلع على العقد الولى أو مقدم القاضى ولو بعد هذه المدة فله التقاضى وفسخ العقد لبطالانه من مجنون أو سفیه أو صبي مثلاً

ووضع اليد على الشئ المحاز مدة الحيازة حجة للحائز والقضاء يقضى بالحجة فلا ينتصب القاضى مدافعاً عن المدعى عليه إلا إذا كان لجهة وقف وليس للآدمى فيها حق . فيجب على المدعى عليه الدفع بالحيازة وإلا فلا يقضى القاضى له بذلك من غير طلب .

فإن لم يتمسك المدعى عليه بهذا الحق وكان مدينياً يخشى عليه عدم السداد بما فى يده فلدائنيه التمسك بهذا الحق لإدخال المحوز ضمن أملاك مدينهم للسداد منها إذا أهل مدينهم التمسك بهذا الحق - كما أن لهم طلب بطلان تنازل مدينهم عن هذا الحق متى أضر بهم تنازله .

ولم يأت (پولين) بقاعدة جديدة ليست مقررة فى التشريع الإسلامى حتى ينسب إليه هذا التشريع وإنما أخذه من التشريع الإسلامى ونسبه لنفسه فكان جديداً وتشريعاً محدثاً ولهذا سمي باسمه وسيأتى ذلك مفصلاً فى الإفلاس إن شاء الله تعالى .

بند [٢٣]

إضافة الملحقات للمالك

الفانودا لفرنسى — إضافة الملحقات للمالك هى طريقة تملك الملكية الناتجة عن القاعدة الآتية (كل ما يمكن أن ينضم أو يندمج الى شىء مملوك لشخص فهو ملك للمالك الشىء المذكور حسب الترتيب المنصوص عليه قانوناً) وما يضاف للملك من الملحقات ثلاثة أشياء :

أولاً — ملحقات عقار إلى عقار

ثانياً — ملحقات منقول إلى عقار

ثالثاً — ملحقات منقول إلى منقول

أولاً — ملحقات عقار إلى عقار :

يفترض القانون فى هذه المسألة أن ملكية واقعة بطول مجرى ماء فيعرض لها أربعة أحوال للملحقات : (١) الطمى . (٢) قطعة أرض تقطع من حافة النهر للحافة الأخرى . (٣) الجزر . (٤) مجرى النهر المتروك

(١) الطمى وهو الرواسب المتكاثرة التى تتكون بالتتابع بطول شط نهر أو نبع - والطمى الذى يتكون من مجرى الماء يتعلق بملك الشط المجاور فيكون ملكاً له بطريق إضافة الملحقات للمالك بدون تفرقة بين الأنهر الصالحة للملاحة وغير الصالحة لها وكذلك أرض البحر الذى يكشفها ماؤه من ناحية شط يتحول عنه تكون ملحقة ملك للمالك بالإضافة .

والطمى فى البرك والمستنقعات لا تطبق عليه إضافة التوابع - فمالك البرك والمستنقعات يحتفظ دائماً بالأرض المغطاة بالماء متى كانت الأرض فى علو مصرف المستنقع وإن قدر نقص الماء . ومالك البرك والمستنقعات لا يملك الأرض التى يطفى عليها ماء البرك والمستنقعات من الأملاك المجاورة

والطبي الناتج من البحر لا يملكه أحد من المجاورين للبحر وإنما تملكه الحكومة ويعتبر من أملاكها الخاصة .

(٢) قطعة أرض تقطع من حافة وتلتحق بحافة أخرى - يقال وجد قطع متى وجدت قطعة كبيرة معروفة من حقل مجاور لمجرى الماء ورفعت بقوة سريعة نحو حقل أسفل منه أو إلى شط مقابل وهذه القطعة من الأرض في ملك صاحبها الذي كان يملكها ، وعليه رفع دعوى الاستحقاق في مدة سنة من تاريخ قطعها ثم يسقط حقه بعد ذلك إلا إذا كان المالك الذي انتقلت بمجواره هذه القطعة لم يضع يده عليها .

الجزر الصغيرة والكبيرة التي تتكون في وسط الأنهر القابلة للملاحة أو القابلة للسباحة تكون ملكا للحكومة وتعتبر من أملاكها الخاصة - فإن تكونت هذه الجزر في نهر ليس قابلا للملاحة ولا للسباحة فهي ملك للمالك الشط القريب باعتبار أن وسط النهر هو الحد الفاصل . فإن كانت في وسط النهر فهي ملك للمالك الشط مناصفة بينهما . فإن تكونت جزيرة في حقل على الشط فهي ملك للمالك الشط .

مجرى النهر المتروك :

مجرى النهر القابل للملاحة والسباحة إذا تحول عنه الماء وكون له مجرى آخر فإن المجرى القديم المتروك يكون ملكا للحكومة من أملاكها الخاصة لكن يثبت للمالك الشط الأخذ بالشفعة في هذه الأرض المتروكة ، وإن كان مجرى النهر غير قابل للملاحة والعموم فإن حق الملكية للمجرى المتروك يكون للمالك الشط حسب خط وسط النهر .

بند [٢٤]

إضافة الملحقات للمالك

عقار إلى عقار

الشريع الإسلامي :

أولاً — الطمى وهو الرواسب التى يحملها الماء فتتكون بطول شط النهر أو النبع ، فإن كان النهر أو النبع خاصاً فى أملاك خاصة يجرى لمصلحة المالك فما تكون فيه من الطمى يكون ملكاً خاصاً للمالك النهر أو النبع، وإن كان النهر عاماً لعدة منتفعين سواء أكان صالحاً للملاحة أم لا فما كان فيه من طمى كان ملكاً للمالك الشط المجاور له فله مجاور الشط الذى تخلف فيه الطمى أو الذى ألقاه العمال على شطه وقت التطهير منع من يريد أخذه لأنه ملكه .

فإن انكشف النهر عن أرض وانتقل عنها فإنها تكون ملكاً للمسلمين أى ملكاً للدولة كما كان البحر ولا يملكه من يليه من الشط ولا من دخل النهر فى ملكه ، وللولى التصرف فيه حسب المصلحة كما يرى فى أملاك الدولة ، وقال عيسى بن دينار أنها تكون لمن يليه (أى تكون الأرض التى انكشف عنها البحر لصاحب أرض الشط المجاور لتلك الأرض المنكشفة) وعليه القضاء والفتيا .

والرواسب والطمى فى البرك والمستنقعات لملكها ولا يضر ملكيته عدم الاستعمال مدة تغطيتها بالماء فإن طفى ماء البرك والمستنقعات على أرض الغير فلا يملكها مالك البرك والمستنقعات بل تبقى على ملكية صاحبها حتى ينحسر عنها الماء .

فإن كان مجرى ماء النهر أو النبع أو السيل مملوكاً لشخص قبل مرور الماء فيه أو مملوكاً له بعد مرور الماء فيه فإنه يبقى مملوكاً له بعد تحول الماء عنه ولا يملكه أحد غير مالكه الأول إلا بوجه شرعى من وجوه التملك والطمى الخارج من البحر (والمراد بالبحر الملح) والأرض التى تركها

وانحسر عنها تكون ملكاً للدولة يتصرف فيها ولى الأمر كما يرى المصلحة لأن البحر ملك للدولة فكذا ما نتج عنه من طبيعته لا من خيراتة فهي ملك للجميع كالسمك والصدف إلا إذا قيده الحاكم بتصریح فيجب اتباع أوامره .

إذا تحول مجرى الماء أو النهر أو السيل وسط أرض مملوكة لشخص وشطرها شطرين فهما ملك لصاحبهما وكذا مجرى الماء وله الانتفاع بالأرض المشطورة بقسميها ولا يشاركه فيها أحد . الجزر صغيرة أو كبيرة والأرض التي حدثت من طمى الأنهر التي تسير فيها السفن تكون مملوكة للحكومة ما لم يكن طراً عليها تملك من الغير بوجه صحيح ، والأراضى والجزائر الحادثة من الطمى داخل الأنهر غير القابلة للملاحة تكون ملكاً لصاحب الأرض بالساحل القريبة منه ، فإن تكونت بالوسط أو على الجانبين تقسم بين مجاورى الساحلين ، ويجعل خط وسط النهر فاصلاً بين الشريكين .

مجرى النهر المتروك ، الذى به القضاء أو الفتوى أن جرية الوادى القديمة إذا انصرف عنها إلى ناحية أخرى أو جف وانقطع هى للذين يلونه من جهتيه ولا تكون مواتا ، إذا لم تكن مملوكة لأحد وإلا فهي له وذلك كنهر بجانب قرية يمس من ناحية منه شئ حتى صار أرضاً تكون لصاحب الأرض التى تلى النهر من الناحية التى يبيت إن كانت الأرض لرجل ، وإن كانت بورا لقوم فهي على سبيل البور .

فإن كان النهر منشأً على نفقة الأشغال العامة للدولة فهو ملك للأمة وإن كان مجرى كبيراً كذلك والجارى عليه العمل الآن فى الديار المصرية أن طرق الرى والصرف العامة التى تمر فى عدة بلاد هى ملك للدولة لأن ملكية الأفراد التى تقع فى طريقها تنزع ملكيتها للصالح العام وتدفع خزانة الدولة ثمنها لأربابها فمثل هذه لو جفت أو بطل العمل منها لمروها من جهة أخرى فلا يجوز لأحد تملك مجراها حتى ولا بوضع اليد المدة الطويلة إلا إذا باعتها الحكومة متى وجدت فى بيعها مصلحة .

والظاهر أن حكم التشريع الوضعي مبني على أن مجرى النهر لم يكن ملكاً لأحد وإلا لامعنى لتركه لمن يليه من الجانبين بلا مقابل وهو من أملاك الدولة الخاص كما يقولون .

بند [٢٥]

ثانياً — ملحقات منقول إلى عقار

القانون الفرنسي

توابع شيء منقول إلى عقار توجد في المزروعات أو المباني أو شيء آخر في الآتي :

أولاً — من زرع أو بنى على ملكه بمنقول الغير .

ثانياً — من زرع أو بنى على ملك غيره بمنقوله .

وفي مسألة إحداث الزرع أو البناء أو أى شيء آخر على ملكه ولكن بأدوات غيره تكون ملكية هذا الشيء الحادث ملكاً للمالك ولو كان استعماله لأدوات الغير بسوء نية للقاعدة (من ملك الأرض ملك ما فوقها) ، وللمالك الأدوات الحق في طلب ثمنها من المالك وله طلب تعويض عن حرمانه من استعمال أدواته ولكن القانون منع حق أخذها بعد أن اتصلت بالأرض .

وفي مسألة إحداث الزرع أو البناء أو أى عمل آخر على ملك الغير بأدواته تكون ملكية هذه المزروعات والحداثات إلى مالك الأرض تطبيقاً للقاعدة (من ملك الأرض ملك ما فوقها) .

فإن كان الزارع أو الباني مثلاً فعل بسوء نية فمالك الأرض بالخيار إما إبقاء ما زرع أو بنى مع دفع ثمن الأدوات وأجر العمل فقط بدون نظر إلى ما زادته هذه المستحدثات في قيمة الأرض وأما إزالتها على حساب من أوجدها مع جواز طلب تعويض عن التلف الذي حصل بسبب هذه المزروعات أو المباني .

فإن كان الزارع أو الباني فعل بحسن نية فلا يجبر الفاعل على هدم ما فعل ورفع أنقاضه مثلاً

بل يخيّر مالك الأرض إما بدفع ثمن الأدوات وأجرة العمال وإما بدفع مبلغ مساو لقيمة ما زاده العقار بعد إحداث المباني أو الزرع الخ ولو كانت أقل من ثمن الأدوات وأجر العمل .

ملاحظة :

هذه القواعد لا تطبق على الإصلاحات أو التحسينات أو المباني الموجودة بالفعل بل يجب أن يكون عملا مستقلا جديدا أو ملحقا بعمل جديد .

ولا تطبق أيضا على واضع اليد فقط أو المسترد بل تطبق أيضا في العلاقة بين المستأجر والمزارع والمرايع والمتعهد .

بند [٢٦]

إضافة منقول الى عقار

التشريع الاسلامى — البناء والغرس والزرع فى ملكه بما يملك الغير للبحث فى هذا الحكم يجب تقسيم الموضوع كالاتى :

أولا — من بنى أو غرس فى ملك الغير وكان غاصبا أو مشتريا من غاصب أو وارثا عنه أو موهوبا له منه ويعلمون بالغصب .

ثانيا — من زرع أرض الغير وكان غاصبا أو مشتريا أو وارثا أو موهوبا له من غاصب ويعلم ذلك .

ثالثا — من بنى أو غرس فى ملك الغير ولم يكن غاصبا ولا متلقيا ملكه عن غاصب أولا يعلم بالغصب .

رابعا — من زرع فى أرض الغير ولم يكن غاصبا ولا متلقيا ملكه عن غاصب أو تلقى عنه ولا يعلم بالغصب .

فالمسألة إذا دائرة بين بناء أو غرس في ملك الغير أو زرع كذلك أو بناء في ملكه بأدوات الغير أو زرع بحب الغير ولا يخلو الأمر بين أن يكون البناء أو الغرس أو الزرع بحسن نية أو بسوء نية وأحكام ذلك ما يأتي :

أولاً — من بنى أو غرس في ملك الغير وكان غاصباً أو مشترياً من غاصب أو وارثاً عنه أو موهوباً له منه ويعلمون بالغصب فيخير رب الشيء المغصوب في أخذ البناء أو الغرس مع دفع قيمته منقوضاً أو مقلوعاً ، فإن لم يكن له قيمة كتراب وجص وزوقة بأجر أو أزرق فيأخذها المغصوب منه بلا دفع شيء .

ويحتسب للغاصب أجرة تسوية الأرض والنقض والقلع فيما لا يتولاه الغاصب بنفسه ولا بخدمه فيقال مثلاً إن نقض البناء أو الشجر = ١٠ وأجرة من يتولى الهدم والقلع وتسوية الأرض كما كانت = ٤ فالغاصب يستحق ٦ فإن كان الغاصب شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمه غرم له المالك جميع العشرة أو يخير رب الشيء المغصوب بين أمره بتسوية أرضه بعد هدم ما بنى وقلع ما غرس .

ثانياً — من زرع أرض الغير وكان غاصباً أو مشترياً من غاصب أو وارثاً له أو موهوباً له منه وهم يعلمون بالغصب فالحكم على التفصيل الآتي :

١ — إن لم ينتفع بالزرع بأن لم يبلغ حد الانتفاع به سواء برز على وجه الأرض أم لا أخذه رب الأرض المغصوبة بلا مقابل لا في البذر ولا في العمل وإن شاء أمره بقلعه .

٢ — إن بلغ حد الانتفاع به ولو رعى فلصاحب الأرض أمره بقلعه وتسوية أرضه إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له مما شأنه أن يزرع غالباً (أى موسم زرعها) وله أخذه بقيمته مقلوعاً بعد إسقاط كلفة لم يتولها الغاصب .

٣ — فإن فات وقت ما تراء الأرض له من الزراعة فيلزم المعتدى كراء سنة للمالك وليس للمالك كلام والزرع للغاصب يعنى وقد بلغ الزرع حد الانتفاع به .

ثالثا — من بنى أو غرس فى ملك الغير ولم يكن غاصبا ولا مشتريا من غاصب ولا وارثا له ولا موهوبا له منه فهو أهل شبهة فيقال للمالك الذى استحق العقار ادفع قيمة المبنى أو الغرس قائما منفردا عن الأرض لأن البناء أو الغرس حصل من ذى شبهة فإن أبى قيل للباني ادفع لمستحق الأرض قيمة الأرض براحا ، فإن أبى أيضا فشريك بالقيمة يوم الحكم — المالك بقيمة أرضه براحا والغازس أو الباني بقيمة غرسه أو بنائه قائما ، هذا فى غير أرض الوقف وفيها تعين النقص والخلع إلا إذا كان بقاءه فى مصلحة الوقف ورأى الناظر إبقاءه فله دفع قيمته منقوضا من ريع الوقف فيدخل فى الوقف .

رابعا — من زرع أرض الغير ولم يكن غاصبا ولا مشتريا من غاصب ولا وارثا عنه ولا موهوبا له منه أو لا يعلم شيئا فى الحكم التفصيل الآتى :

١ — فإن استحققت الأرض المزروعة قبل فوات الابن أى بدو صلاح الزرع فليس للمستحق الا كراء تلك السنة وليس له قلع الزرع لأن الزارع غير متعد .

٢ — وإن استحققت الأرض بعد بدو صلاح الزرع فليس للمستحق على الزارع شيء لأنه قد استوفى منفعته والغلة لذى الشبهة أو المجهول للحكم إلا فى وارث الغاصب فلا غلة له علم بأن مورثه غاصب أم لم يعلم ، وكذا موهوب الغاصب ان افتقر الغاصب فإن كان موسرا وأمكن الرجوع عليه بالغلة فاز موهوب الغاصب بها .

كل هذا فيما إذا بنى أو غرس أو زرع فى أرض الغير بمواد مملوكة له .

فإن بنى فى أرض نفسه أو غرس بأنقاض ملك الغير اغتصبا أو سرقة فلمنعصوب منه هدمها وله إبقاؤها وأخذ قيمتها يوم الغصب أو السرقة ، فإن كان المغصوب عمودا أو خشبا

و بنى عليه فلمغصوب منه هدم البناء الذى أقيم عليه وأخذه وله إبقاؤه وأخذ قيمته يوم الغصب.
فإن كانت الأتقاض أو الغرس غير معتصة أو مسروقة فلن استحقها قيمتها يوم الحكم
لأنها فاتت بالبناء أو الغرس فيقضى بالقيمة على الباني بها قائمة لا مبنية .

وأما القاعدة (من ملك الأرض ملك ما فوقها) فمعناها إذا كان ما فوقها مباحا كالهواء مثلا
أو مغروسا أو مبنيا بوجه جائز شرعا لا افتيات فيه على أحد ، وأن العمل بهذه القاعدة فيه حماية
للمغاصب أو السارق وهو سبى النية ولا يصح حمايته لأنه معتد على حقوق الآخرين .

ملاحظة :

يقضى للمغصوب منه ببراء الأرض براحا إذا بنيت واستعملت سواء أ كان إنشاء أو ترميما
فيشمل الدار الخربة يصلحها الغاصب فيقوم الأصل قبل البناء أو الإصلاح بما يؤجر به لمن
يصلحه فيلزم الغاصب بالزائد له ، كمن أصلح مركبا خرق واستعمله فينظر فيما كان يؤجر به لمن
يصلحه فيغرمه الغاصب والزائد له ، فيقال كم تساوى أجرته مخروقا لمن يعمره ويستغله فما قيل
لزم الغاصب ، فإذا أخذ المالك المركب قضى له بأخذ ما لا عين له قائمة لو انفصل كالقلفطة ،
وأما ما له عين قائمة فإن كان مسمرا بها أو هو نفس المسامير خير ربهما بين أن يعطيه قيمته
منقوصا وبين أن يأمره بقلعه ، وإن كان غير مسمر كالصواري والمجازيف والحبال خير الغاصب
بين أخذها وتركها وأخذ قيمتها إلا أن يكون بموضع لا غنى عنها ولا يمكن سيرها لحل أمنه
إلا بها فيخير رب المركب بين دفعه قيمته بموضعه كيف كان أو يسلمه للغاصب .

والمستأجر والمزارع والوكيل والأمين والمراجع والمتعهد إذا لم يساموا ما تحت أيديهم إلى
أصحابه عند نهاية مدتهم أو عند طلبه منهم اعتبرت يدهم يد غصب وعوملوا معاملة الغاصب .

بند [٢٧]

طرق التملك الأخرى للملكية

القانون الفرنسي — أولا الاستيلاء من طرق التملك

وهو طريق من طرق التملك وهو وضع اليد على شيء لا يملكه أحد فيتعين وجود قاعدتين :

١ — وضع اليد على شيء .

٢ — يجب أن يكون هذا الشيء غير متعلق بأحد .

وبما أن كل عقار لا بد له من مالك وبما أن العقار الذي لا مالك له مملوك للحكومة فلاستيلاء قانونا لا يكون في العقار كنص القاعدة الثانية إذاً فلاستيلاء يكون في المنقول فقط، فلاستيلاء يطبق على ثلاثة أحوال أصلية :

أولا — الشيء المتروك وهو ما يتركه الشخص باختياره بنية تملكه لأول مستول عليه وهي الأشياء المتروكة على الطرق العمومية والتي تجمع بمعرفة الكناس أو لمام الخرق .

وأما ما يوجد من اللقطات الأرضية أو النهرية أو البحرية فانه يباع ويكون ثمنه ملكا للحكومة في وقت محدد إلا إذا طلبه أصحابه في مدته القانونية .

ثانيا — الصيد البري والصيد البحري — وهما المثلان الحقيقيان للاستيلاء لكنهما قد قيذا بأوامر إدارية يجب اتباعها .

ثالثا — واجد الكنز أو مكتشفه — وهو كل شيء مخفي أو مدفون ولا يمكن لأحد إثبات ملكيته وأنه اكتشف بطريق الصدفة .

فإن اكتشف الكنز صاحب الأرض فهو ملكه تبعا للأرض وإن اكتشفه في أرض الغير فله نصفه ومالك الأرض له النصف الآخر ، ولهذا يجب أن يكون الاكتشاف بطريق الصدفة ، فإن كان بتعب وببحث ونفقة من المالك فهو له بلا نزاع .

بند [٢٨]

التشريع الاسلامى — الاستيلاء قد يكون طريقاً من طرق التملك ، وهو وضع اليد على شئ لا يملكه أحد باحيائه إذا كان مواتاً ولا يكون حريم عمارة بلد أو حريم دار أو حريم بئر أو حريم شجر ولم يقطعه الامام لأحد فمن وضع يده على شئ غير مملوك لأحد عقاراً أو منقولاً قد يملكه حسب التفصيل الآتى فى احياء الموات وحقيقة كل عقار له مالك والعقار الذى لا مالك له ملك لبيت المال (للحكومة) فلاستيلاء يكون على العقار باحيائه بالشروط الآتية وعلى المنقول إذا لم يعلم صاحبه أو كان الشئ تافهاً .

فالشئ المتروك بنية تملكه لأول مستول يكون ملكاً لواجده بشرط تعريفه سنة إن كان له قيمة على التفصيل الآتى :

أولاً — إن كان الشئ الموجود يفسد لو ترك بدون أكل كلحم وفاكهة مثلاً فلواجده أكله ولا ضمان عليه كما لو وجد شاة أو بقرة بصحراء وتعذر نقلها وكانت بمحل خوف من سباع أو ضباع فللواجد أكلها ولا ضمان عليه .

فإن كانت اللقطة يعنى الشئ الموجود له بال أو قدر فعلى الترتيب الآتى كما ذكره ابن رشد :

١ — ما قل وله قدر ومنفعة ويشح ربه به ويطلبه ، يعرف اتفاقاً وفى تعريفه سنة أو أيام خلاف .

٢ — ما قل ولا يطلبه عادة قال ابن القاسم هو لمن وجده ليس عليه تعريفه فإن شاء تصدق به وإن شاء انتفع به .

٣ — شئ تافه لا يلتفت إليه عادة كدون الدرهم الشرعى (الدرهم = ٥٩ قرشاً و ٤ ملايم عملة مصرية) وعصا وسوط وقليل من تمر أو زبيب فله أكله إذا لم يعلم ربه وإلا منع وضمن .

فإن كانت اللقطة مالاً له قيمة وإن قل ولم يظهر مالها فلن وجدها حبسها عنده بعد تعريفها سنة لعل صاحبها يظهر ، وله التصديق بها أو التملك لها بأن ينوى تملكها .
فإن أخذها ربها وجب عليه دفع ما أنفقه الملتقط عليها .

وقد نظم ولي الأمر التصرف في اللقطات الأرضية والنهرية والبحرية بأنه على واجد شيء للغير أن يسلمه لأقرب مركز من مراكز البوليس فإن كان يسرع إليه الفساد باعته الحاكم وحفظ ثمنه على ذمة صاحبه مدة معينة وأعطى واجدها عشر الثمن وإن كان لا يسرع إليها الفساد نشر عنها الحاكم في نشرات الأشياء الموجودة لمدة معينة فن عرف حاجته بما لا يدع مجالاً للشك في ملكيته أخذها بعد دفع عشر قيمتها لمن وجدها وإلا بيعت بعد مضي المدة المقررة وأضيف ثمنها لبيت المال .

وأما اصطياد الطيور الوحشية والسمك من البراري قبل دخوله في حوزة الغير فهو حق لمن سبق وأخذه ، وبما أن الأنهار والبحار والبراري غير المملوكة لأحد هي ملك للحكومة فلها أن تقيد الصيد بما تراه منفعة عامة .

وقد بوب متشرعو الإسلام باباً خاصاً بعنوان (اللقطة) وفيه تشريع شامل لكل شيء قد يعرض للقطة والملتقط والمالك للشيء فمن أراد الزيادة فليرجع إليه إن شاء .

الكنز المكتشف من معدن طبيعي في الأرض تحت تصرف الإمام (الحكومة) سدا لباب الفتن ، متى كان في أرض مفتوحة عنوة ، كمصر والشام والعراق ، وإن كان في أرض مصلح عليها فهي مالها إلا أن يسلم فترجع للإمام - والكنز المدفون لمسلم أو ذمي لقطة تعرف سنة ثم توضع في بيت المال ، وإن كان دفن جاهلي فهو ركاز (وله باب معروف وأحكام خاصة) في التشريع الإسلامي تحت عنوان (في الركاز) أو (الركاز) فيخرج منه الخمس لبيت المال وباقيه لواجده ، وقد سبق الكلام على هذا .

بند [٢٩]

ثانياً المزايد من طرق التملك

القانون الفرنسي — وهو تخصيص ملكية العقار بشخص نتيجة لحكم قضائي ، وينتج غالباً عن بيع عقار غير قابل للقسمة في تركة أو بين شركاء أو نتيجة مديونية .
وصفة الحكم تختلف ، فإن كان بين شركاء فهو إظهارى لا إنشائي لأن الملكية لأحد الشركاء ثابتة قبل الحكم وليس نقلاً للملكية فليس بلازم نقل التكليف بتسجيله ، وإن كان حكم القسمة لصالح أجنبي فهو كالبيع ناقلاً للملكية فيجب تسجيله لنقل التكليف .

بند [٣٠]

الملكية بالمزاد

الشريعة الإسلامية — في الواقع هذا بيع جبرى لم تتفق فيه إرادة المتباعين اختيارياً ولكنه يرجع للمصلحة العامة فيبيع عقار المفلس مثلاً يصدر من الحاكم فهو بيع قهرى وبيع العقار الذى لا يتقسم بيع مصلحة أيضاً فهو بيع ككل البيوع وإن كان له شروط خاصة بالضمان فتسميته ملكية بالمزايدة تسمية بالسبب .

بند [٣١]

ثالثاً الملكية بالقانون

القانون الفرنسي — القانون يكون سبباً في تملك الملكية في حالتين :

أولاً — في حالة الميراث .

ثانياً — في حالة تملك الثمرات لواضع اليد بحسن نية .

رابعاً التسليم من أسباب الملكية

قد عرف في القانون الحديث أن إرادة الطرفين تكفي لإتمام نقل الملكية بدون احتياج إلى التسليم ولكن بقي موضوعان لا تنقل فيهما الملكية بدون التسليم :

١ — عندما يكون عقد التمليك صادراً بأشياء باعتبار جنسها لا باعتبار جسم محقق فالتسليم وحده هو الذي ينتقل الملكية لأنه هو الذي يعين البيع ويحدده .

٢ — في الهبة اليدوية لا تنقل الملكية إلا بالتسليم للموهوب يداً بيد .

بند [٣٢]

الملكية بالقانون

التشريع الإسلامي — ليس القانون هو سبب الملكية وإنما الميراث هو سبب التمليك ووضع اليد بحسن نية هو سبب التمليك وإن كان ذلك من أحكام التشريع فقد قرر المشرع أن الميراث سبب صحيح لتمام التركة للورثة وقرر أيضاً أن وضع اليد بشبهة سبب صحيح للملك الثمرات .

وأما التسليم للمبيع فقد تقدم أن البيع يتم بالإيجاب والقبول وتنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري بمعنى أنه إذا هلك فيكون لحسابه وإذا أثمر يكون لحسابه ويتبع هذا أن ضمان المبيع يكون من المشتري بمجرد إتمام عقد البيع الصحيح إلا في المبيع المثلّي الذي يراد مثله لا عينه وهو كل شيء معدود أو مكيل أو موزون فلا ينتقل الضمان إلى المشتري إلا بعد تسلمه كيلا كتمح أو عدا كبيض أو وزنا كذهب وفضة مثلاً ، وعلى ذلك لو هلك المبيع قبل تسلمه فهو

فى ضمان البائع ، فإن كان مقوما وهو ما يراد لذاته وتختلف أفرادها فى الرغبة للناس بعضها عن بعض كشاة أو منزل أو فدان أرض الخ فضمانه من المشتري بمجرد إتمام العقد ولو لم يتسلمه من البائع وليس للبائع التصرف بأى نوع من أنواع التصرفات بعد البيع وقبل التسلم لأنه دخل فى ملك المشتري بمجرد العقد .

وأما الهبة فليس تسامها شرطاً فى صحتها كما سبق فى مذهب الإمام مالك وإنما ذلك فى مذهب أبى حنيفة فمضى تم عقد الهبة ملك الموهوب له الهبة فله مقاضاة الواهب لتسامها . وقد سبق الكلام فى ذلك فارجع إليه إن شئت .

بند [٣٣]

الكتاب الثالث - حق الارتفاق

هو الارتفاق الشخصى

القانون الفرنسى — حق الارتفاق الشخصى هو حق عينى مرتب على شىء الغير لمنفعة

شخص ، والارتفاق الشخصى يوجد فى شيئين :

أولاً — الاستغلال (حق الانتفاع بالريع) .

ثانياً — الاستعمال والسكنى .

الاستغلال (حق الانتفاع بالريع)

وهو حق الانتفاع من أشياء ملك الغير كالمالك الحقيقى مع بقاء ملكية ذلك الشىء إلى مالكه مع حفظ العين .

صفات قانونية لحق الاستغلال ، يحتفظ حق الاستغلال بالصفات الآتية :

أولاً — هذا حق عيني ، فهو يتعلق بذات الشيء موضع الاستغلال ، ولذا فهو يختلف عن المزارع والمؤاجر للذين ليس لهما سوى حق الدين ضد مؤجر العقار .

ثانياً — هذا حق مدى الحياة ، فهو مرتبط لصالح شخص المستغل فيتلاشى بموته .

ثالثاً — هذا تجرئة للملكية ، في الحقيقة بدل على أن تجتمع الثمرة والملكية في يد واحدة تفرقت فملك المستغل الثمرة وملك المالك العين فهذه العين عارية عن الثمرة .

ومفهوم تعريف الاستغلال أن المستغل عليه المحافظة على موضع الاستغلال وعينه بدون استهلاك فلا يحمل الاستغلال على ما يستهلك بمجرد الاستغلال كالزيت والنبيد والنقود ، لكن إذا أوصى شخص لآخر بمنحه جملة أملاك وكان بها مثل هذه الأشياء فإن الوصية مقبولة لأنه كبيع بشرط الرد فهو ليس استغلالاً بالمعنى القانوني وإنما هو نصف استغلال .

(نتيجة المقارنات من بند ١ إلى نهاية بند ٣٣ ج ٢)

يتفق التشريعان فيما يأتي :

التمليك — الاتفاقات — نقل الملكية في المنقول والعقار — سقوط الحق بمضى المدة (الملكية بوضع اليد) — شروط الملكية بوضع اليد (في الجملة) — إضافة وضع اليد — وقف مدة وضع اليد — قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد (في الجملة) — نتائج التملك بوضع اليد — التنازل عن التملك بوضع اليد — إضافة للمحققات (عقار إلى عقار) — الاستيلاء (في الجملة) — المزارد — الملكية بالقانون — الاستغلال وحق الانتفاع .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

المدة الضرورية للتملك بوضع اليد — إضافة منقول إلى عقار (البناء والغرس والزرع في ملك الغير) — التسليم من أسباب الملكية .

بند [٣٤]

التشريع الإسلامي - حقوق الارتفاق الشخصى هى حقوق عينية وغير عينية على شىء الغير لمنفعة شخص ويسمى فى عرف التشريع الإسلامى (إعارة) .
فالإعارة أو الاستغلال هى تملك منفعة مؤقتة بزمان أو فعل بلا عوض مع بقاء ملكية العين المعارة للمالكها ، والمستعار ذو منفعة مباحة من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به .
فحق الاستغلال (بالغير) ليس حقاً عينياً إلا إذا كان على عقار وهو يتميز عن الإجارة والمزارعة لأن المنفعة ليست فى مقابل عوض مثلها ، وحق الاستغلال يتعلق بذات الشىء لاستيفاء منفعته ، وليس حقاً ممدى الحياة بل يجوز أن يكون ممدى الحياة متى صرح بذلك المغير ويجوز أن تكون الإعارة مؤقتة بمدة معلومة .
وقد تكون الإعارة بعنوان (العمرى) وهى اسكان شخص مدة الحياة فى منزل لشخص آخر تبقى ملكيته له حتى إذا مات المغير عادت الدار لورثة المتبرع .
وحقيقة هذه الإعارة أو العمرى تجزئة للملكية فالثمره للمستعير المستغل وملك الرقبة لنفس المالك .

فإن كانت المنفعة للشىء المعار لا تكون إلا باستهلاك عينه كالدارهم والطعام والشراب فلا تعتبر إعارة ولو وقعت بلفظ الاعارة وإنما هى (قرض) لأن الاعارة يجب رد عينها بعد الانتفاع بها ، وأما القرض فيكون ديناً فى الذمة فيرد مثله لهذا يضمن المستعير ما كان الانتفاع به بذهاب عينه ولو قامت بينة بهلاكه لأنه قرض ومحل القرض الذمة وسيأتى تفصيل ذلك :

بند [٣٥]

كيف يترتب الاستغلال ؟ :

القانون الفرنسى - يمكن ترتيب الاستغلال بسببين :

أولاً - يترتب الاستغلال بالقانون - يترتب الاستغلال في الأحوال الآتية بنص القانون .

١ - لصالح الأب والأم عند وراثته ولدهم مع ورثة آخرين من فرع آخر - فالأب أو الأم يستحق استغلال ثلث نصف الميراث الخاص بهؤلاء الورثة الآخرين فإذا ورث الآخرون $\frac{1}{4}$ يستغل الأب أو الأم $\frac{2}{3}$ وهو ثلث نصف ميراثهم .

٢ - لصالح أحد الزوجين الباقي بعد وفاة قريبه في ميراث قريبه المتوفى .

٣ - لصالح الأب أو الأم الذين يباشرون السلطة الأبوية على أملاك أولادهم القصر الشخصية .

٤ - لصالح الزوج على أملاك زوجته الحاضرة والمستقبلية فيما عدى نظام الشركة في أملاك الزوجين وفي نظام المهر على جميع أعيان المهر ، ولصالح الشركة في أملاك الزوجين على الأملاك الخاصة بالزوجين في نظام الشركة .

الاستغلال المرتب قانوناً لصالح الزوج في أملاك زوجته ولصالح الأب في أملاك ولده القاصر ليس حق استغلال حقيقى لأنه لا يصح بيعه ولا رهنه ولا الحجز عليه بخلاف استغلال الزوج في تركته قريبه المتوفى واستغلال الأب أو الأم في ميراثهما من ولدهما مع الآخرين فهو حق يجوز بيعه ورهنه .

ثانياً - الاستغلال المرتب بفعل الشخص - ويكون مرتباً بأحد شيئين :

١ - استغلال مرتب بحجة (اشهاد قانونى) أو أى عمل قضائى - اشهاد بين الأحياء ، بيع هبة وصية والاستغلال المرتب بين الأحياء بعمل قانونى يجب أن يسجل فى سجل الرهونات متى كان عقاراً .

٢ - استغلال بمضى المدة - ويتحقق باستغلال العقار بوضع يد المستغل من ١٠ إلى عشرين عاماً مع حسن نية وثلاثين سنة مع سوء نية .

بند [٣٦]

التشريع الإسلامى - يترتب الاستغلال فى التشريع الإسلامى لسببين :

أولاً - استغلال بنص القانون وهو ما لا يحتاج لإرادة شخصين وذلك :

١ - لصالح الأب والأم متى كانا فقيرين والولد موسر فلهما الأكل بالمعروف من مال ولدهما بلا اتلاف ولا تبذير فإن أتلفا أو بذرا ضمننا .

ومتى مات الولد قسمت تركته بين ورثته الشرعيين بلا حق لأحد على نصيب أحد سوى دين التركة فيقضى أولاً قبل القسمة حيث لا تركة إلا بعد وفاء الدين .

ومتى مات أحد الزوجين قسمت تركته حسب الأنصاء المقررة شرعاً بلا ترتيب أى حق استغلال على أى نصيب من حق أى وراث سوى دين التركة فيقضى قبل قسمتها .

وليس للزوج أى حق إطلاقاً على أملاك زوجته حيث إن الزواج لا يعطى للزوج على زوجته سوى حق التمتع الذاتى بالزوجة لتأسيس العائلة ، فالزوجان يحتفظان كل منهما بملكية أملاكه وحق إدارتها وحق التصرف فيها تصرفاً مطلقاً بلا قيد ولا شرط سوى التبرع بمازاد على الثلث من أملاك الزوجة فلا يصح إلا بإذن الزوج (مذهب الإمام مالك) ولهذا فلا حق استغلال لأحدهما على أملاك الآخر .

٢ - بامتناع الامام معمور أرض العنوة كمصر والشام والعراق ، فإذا أمتع الامام أى أعطى أى شخص قطعة أرض عامرة للتمتع بخيراتها فله أن يستغلها كما يشاء مادام حياً ، ولا يجوز للامام اقطاعها لأن الاقطاع تمليك وهو لا يجوز فى أرض العنوة يعنى المفتوحة بحمد السيف لأنها وقف على المجاهدين وعلى مصالح المسلمين وأما امتناعها فحائز مدة الحياة .

وحق استئصال الأب والأم لا يجوز التنازل عنه لأحد ولا بيعه ولا الحجز عليه لأنه صلة من مال الولد لأبويه ليقوم بحياتهما ويقيهما حاجة السؤال .

وأما حق الامتاع فيجوز فيه التصرف من إيجار ورهن وهبة كالمالك سواء بسواء وإنما يسقط حق الانتفاع بها متى مات الممتع أو انقضى أمد الامتاع إذا كان مؤقتاً .

ثانياً — الاستغلال المرتب بفعل الشخص وهو .

١ — يكون بعقد الإعارة ويكفي فيه الإيجاب والقبول وإن كان لما كثر الاعتداء من الناس والادعاءات الكاذبة وجب أن يكون بأشهاد على الاعارة ، وهو عقد قائم بنفسه له شروط وأركان فلا يكون في بيع كمن باع أرضاً لآخر واشترط استغلالها مدى الحياة فهو عقد باطل كبيع وكاعارة للجهل في العقد .

٢ — ويكون الاستغلال بوضع اليد مدة الحياة الشرعية على الشيء لمدة عشر سنين أو ٢٠ الخ التفاصيل السابقة في الحياة الشرعية القاضية بالتملك .

وسبق التنويه بأن وضع اليد بحسن نية هو الذي يفيد الحياة الشرعية المترتب عليها التملك وأما وضع اليد بسوء نية كالغاصب والسارق ومن في حكمهم فلا تفيدهم الحياة إطلاقاً طال الزمن أو قصر .

بند [٣٧]

حقوق المستغل

الفانور الفرنسى :

أولاً — في الامتيازات العملية التي تمنح إلى المستغل في استحقاقه على العموم — فلامستغل الحق في استعمال الشيء المترتب عليه حقه كالمالك سواء بسواء — فيليت إذا كان منزلاً —

و يستعمل الحيوانات فى الركوب والحرث والجر كما يرى إذا كان حيواناً - ويصيد الطير والسماك فى مساحة العقار .

وفى حالة تلاشى أو نقص الشئ المستغل بالاستعمال فلا مسؤولية على المستغل ما دام لم يتعد حدوده القانونية وعليه تسليمه عند نهاية الاستغلال على حالته التى بقى عليها بدون تلف متعمد فى غير حدود القانون

والمستغل الحق فى ثمرات الشئ المترتب عليه الاستغلال - له الحق فى الثمرات لا فى الانتاج ولا فى المناجم التى تكتشف فيما له عليه حق الاستغلال

فالثمرات الطبيعية والصناعية تمتلك بالقبض فإذا كانت فى فروعها أو فى أصولها وقت استحقاق الاستغلال كانت ملكاً للمستغل كما أنه إذا انتهى الاستغلال وكانت الثمرات موجودة فى فروعها أو أصولها فلا حق للمستغل فيها بل هى للمالك - وفى كلتا الحالتين فلا تعويض لحرث أو سقى أو زرع لأحد - وأما الثمرات المدنية فهى تملك يوماً فيوماً

المستغل يستفيد كالمالك من حقوق الارتفاق وعموماً من كل حق فى الانتفاع كالمالك ومن اللواحق كالطمي لا الجزر .

٢ - بحث بعض حالات خاصة

١ - استغلال مرتب على مرتب مدى الحياة - هذه المسألة نادرة الوجود عملياً فهى تتحقق فى ولد قاصر يستحق مرتباً مدى الحياة لأبيه أو لأمه حق الاستغلال متى باشر سلطته الأبوية . فالمستغل له الحق فى قبض المرتبات الناتجة من مرتب مدى الحياة مع عدم ملزوميته برد شئ منها

٢ - استغلال مرتب على استغلال ، كاستغلال صبي له أب أو أم لها حق التمتع فى مال ولدها فيحل المستغل من الأبوين مكان الولد المستغل فى كل حق له .

٣ — استغلال مرتب على دين — للمستغل قبض ما يستحق في ميعاد استحقاقه وله الحق في فوائده السنوية — وله الحق في إجبار المدين قضاء على الدفع إن لم يدفع باختياره ، لكن لا يجوز له التنازل عن الدين ولا تجديد مدته ولا التنازل عن بعضه

٤ — استغلال مرتب على شجر — فإن كان شجراً يتفرع باستمرار سنوياً فقطع الزيادة يعتبر ثمرة في الغابات — فالمستغل له الحق دائماً سواء كانت منظمة أم لا قبل التمتع — فإن كانت منظمة قبل استحقاقه فعليه الخضوع للحالة التي وجدها — فإن لم تكن منظمة قبل الاستحقاق فعليه اتباع الحالة التي كان يجب على المالك عملها . فإن كانت بعض الأفرع تحمل ثمر الزرع وكانت العادة تركها مدة حتى تنضج فعل المستغل ذلك أيضاً .

الأشجار ذات الثمار — علاوة على استحقاقه الثمار فقد ألزمه القانون زرع بدل ما تلف أو خلع .

٥ — استغلال مرتب على محجر — فإذا كان مستعملاً للاستغلال بالفعل فالمستغل قبض ثماره وهو الاستثمار — وإن كان المحجر غير مستعمل فليس له حق في استغلاله مبتدأ

٦ — استغلال مرتب على منجم — فإذا كان مصرحاً بالمنجم إلى مالك الأرض وكان مستغلاً بالفعل فليس للمستغل دوام الاستغلال باسم المالك بل يجب الحصول على تصريح آخر بدكر يتو بعد أخذ رأى مجلس شورى الدولة وإن كان مصرحاً به لغير المالك فالمستغل أخذ ما يعود على مالك الأرض في حق الاستعمال فقط مدة الاستغلال — فإن كان المنجم غير مستعمل وقت استحقاق المستغل فلا شيء له . فإذا تصرح للمستغل فعليه ضريبة المنجم إلى المالك للأرض المرتب عليها الاستغلال . فإذا تصرح لثالث دفع هذا الثالث الضريبة المحددة إلى مالك الأرض الحقيقي وليس للمستغل حق في ذلك .

٧ — استغلال مرتب على تجارة — على المستغل إدارة التجارة والبيع وشراء البديل

أول بأول بحيث تبقى زبائن المحل التجارى وفي نهاية الانتفاع يتسلم المالك محل التجارة وبه مثل ما تركه وقت تسليمه وجوباً

٨ - استغلال مرتب على قيم أسهم وسندات - فللمستغل قبض أرباحها والحصول المستحقة الدفع مدة استغلاله ، فإن ربحت الأسهم أو السندات عند سحبها مبلغاً ضم لرأس المال واستغله المستغل وعليه إرجاع السندات والأسهم - وهذا المبلغ للربح الى المالك عند نهاية استغلاله .

بند [٣٨]

حقوق المستعير (المستغل)

النسبة الإسلامية - للمستعير فعل المأذون له في الأشياء محل الإعارة كالمالك سواء بسواء ، وله أن يفعل مثل المأذون له فيه ولا يعد متعدياً كمن استعار دابة لركوبه فأركب عليها مثله للمحل المعين ، أو استعار دابة لحمل أردب فول عليها فحمل قمحاً ، أو أرضاً لزرع قمح فزرع شعيراً .

فالذى يجوز له فعل المثل في المحمول لا في المسافة فإنه ممنوع فإن ركب الدابة لمثل المسافة المستعارة له الدابة فلا يجوز ويضمن إن عطبت .

فيسكن في منزل السكنى إذا أعيرت له المنفعة فقط فإن أعير له الانتفاع بالمنزل فله السكنى والإسكان بأجر وبغير أجر ، ويستعمل الحيوانات في الركوب مقيداً بالشرط إذا كان هناك شرط أو بالعرف والعادة عند عدم الشرط ، أو يستعمله في الجر بما في طاقته ، ويصيد الطير والسماك في حدود الإعارة .

وعلى المستعير عند نهاية الإعارة بالشرط أو بالعرف والعادة رد العين المعارة لمالكها أو لورثته

على حالتها التي هي عليها وقت نهاية الاستعمال بدون تعد متلف أو استعمال فوق الطاقة وإلا ضمن والمستعير الحق في المنفعة التي استعار الشيء لأجلها فقط فلا يملك شيئاً من الشيء المستعار غير ما استعير له فلو ولدت الدابة المستعارة للركوب أو جز صوف الغنم المستعارة للسباخ أو ولدت فالتاج للمالك ولا شيء للمستعير ، وليس له حق فيما يُكشف في الأرض المستعارة للزراعة مثلاً من ركاز أو كنز أو دفن جاهلية حيث له المنفعة في الزراعة فقط .

ففي الحيوان عمله إلا الإعارة لصوفه مثلاً فحائزة ، وفي الأشجار ثمارها وفي الأرض زرعها إذا كانت تراد للزراعة أو استعمالها للتجربين عليها أو لأى شيء آخر تراد له .
فإن كان المقصود من الإعارة الثمرات فإن كانت مؤبرة أى صالحة للاستعمال فهي ملك للمالك إلا لشرط أو عرف ، فمن أعير بستاناً لثمره وكان به ثمار صالحة للاستعمال فهي للمالك لا للمستعير إلا إذا نص الميعر على تملكها للمستعير أو شرط المستعير ذلك أو جرى العرف والعادة بذلك .

وإن كان المقصود من الإعارة المدة كإعارة منزل للسكنى ويتبعه بستان فمضى انتهت المدة وجب ترك المنزل والبستان على حاله وليس للمستعير إلا ما أخذ وانتفع ، ومعنى هذا حتى ولو كانت الثمار مؤبرة .

فالثمرات الطبيعية تملك بالمدة وبالشرط فمن أعار بستاناً لمدة سنة وكان ذلك في وقت تأبير النخل أو طرد النحل ومضت السنة واستوى البلح وقطف النحل ولم يجزه المستعير فهو له أى للمستعير فيأخذ البلح والعسل مثلاً لأنه استحقها بالمدة والعارية كانت لذلك وكذا لو اشترطها أو صرح بها الميعر فيعمل بالشرط بينهما .

وأما الثمرات الصناعية فإن كانت تامة الصنع قبل نهاية المدة فهي للمستعير ، وإن كانت غير تامة فلا يتهيأها إلا لشرط أو عرف ، فمن أعار مصنعة بعدده وآلاته لصنع شيء معين يمر

في أدوار صناعية لمدة سنة ثم انتهت السنة فما صنع وتم ملكه المستعير وما لم يتم فلا يحق له اتمامه وله مواده الخامية التي يدير بها المصنع إلا لشرط فيتبع .

ولا حق للمستعير في طلب تعويض عن ترتيب عمله لاستيفاء المنفعة أو عمل كذلك : كحرث أو سقى أو أبار نخل أو تقليم شجر بما يتم به حسن الاستغلال أو نفس الاستغلال .

وأما الثمرات المدنية كالإيجار مثلاً فإنه يستحق يوماً فيوماً فيملكه المستعير كذلك فإن قبض مقدماً من أجر تنتهي المدة دونه لزمه رد ما قبضه للمالك حيث إن مدة استحقاقه تمت .

الحقوق التي للمالك العين المستعارة الخاصة بالمنفعة وما يترتب عليها تنتقل للمستعير مدة الإعارة فينتفع بها بكل حق للعين كالارتفاق والمرور وأخذ الطمي في أرض الزراعة الخ كالمالك سواء بسواء .

استغلال مرتب على مرتب مدى الحياة :

سبق أن بينا أن مرتب الحياة يكون استحقاقاً في وقف أو عمرى وهي الاسكان مدة الحياة فإن كان هذا الاستغلال لولد ووالداه فقيران محتاجان جازلها الأكل بالمعروف من هذا المرتب مع ولدها ، وكذلك حكم استغلال مرتب على استغلال فلو أعطى ولد صغير في حجر والده عارية وقبلها عنه أبواه وكانا فقيرين محتاجين فلهما الأكل بالمعروف مع ولدها المذكور .

وأما الاستغلال المترتب على الدين فليس من قبيل العارية ولو جاء بلفظ العارية لأن الدين في الذمة نقد والنقد لا يبقى بعد الاستعمال ، فلو تنازل رجل لآخر عن دين له على ثالث لينتفع به فهو تنازل من قبيل القرض إن شرط رده بعد الاستعمال أو من قبيل الهبة إن لم يشترط الرد ، وأما انتفاعه من أرباح هذه الديون فهو محرم قطعاً ولا يجوز لا أخذ الفائدة ولا الانتفاع بها ، وهذه دعوى سامية للمشرع الإسلامي في وجوب العمل على الغنى والفقير لا أن يأكل الغنى من ربح ماله لا يتعرض فيه إلا للكسب فقط دون الخسارة فيستعبد الناس بماله ويكون

عالة على المجتمع من غير عمل ينتفع به الناس بل يحبس النقد من السير في أعمال العالم إلا لفائدة تعود على شخصه الكسول ، لهذا منع المشرع الفائدة على أن من علماء الاقتصاد كثيرون يقولون بمنع الفائدة .

وأما الاستغلال المرتب على شجر فإن كان المراد به الأفرع للوقود أو للفحم فالاستعير قطعها في وقتها حسب العرف والعادة ولا يتجاوز في استعماله ما تعارف الناس عليه أو شرطه المالك للعارية وعلى المستعير تعهد الشجر محل المالك بما يبقى عينه محلاً للاستثمار ولا يقلع منه شيئاً ولا يتلفه فإن فعل ضمن ، وليس المستعير ملزماً بزرع شجر بدل ما تلف أو خلع لأن الغايات تختلف في نظر المالك والمستعير غير أن المستعير إذا أ تلف أو خلع شجراً ضمن قيمته لأنه من المقوم يوم الخلع أو الاتلاف لأنه يوم التعدي .

وأما إعارة الحجر أو المنجم فالاستغلال فيهما يقتضي استهلاك ما يخرج منهما فلا تبقى عين الحجر أو المنجم لترد فيعتبر هذا تملكاً على أنه هبة أو تبرع لأن شرط العارية غير موجود فيهما وهو رد العين المستغلة بعد الاستغلال .

وأما استغلال محل التجارة ففيه إفاء للعروض بيدها فترجع إلى قرض في أثمان عروض التجارة إن اشترط الرد وإلى هبة إن لم يشترط فخرج بذلك عن العارية ودخل في عامل التجارة فإن كانت أعيان التجارة مثلية أى تسكال أو توزن أو تعد أو مقومة بأن كانت تراد لذاتها ومثلها تختلف فيه الناس والغايات فإنه بتصرفه في التجارة بها والبيع والشراء فيها قد التزم رد مثلها إن كانت مثلية أو رد قيمتها إن كانت مقومة وعلى كل حال فليست هي عين العروض التي أعيرت له لينتفع بها فقد انتفى شرط رد عين الشيء المستعار فاستغلال محل التجارة لا يدخل في العارية حتى بمقتضى تعريف القوانين الوضعية حيث اشترط رد العين المستعارة بعد استيفاء المنفعة اللهم إلا إذا قلنا رد العين أو ما يماثلها تجاوزاً وهذا ليس من التشريع في شيء .

وأما إعاره أسهم الشركات بما ترتب عليها من كسب أو خسارة فهو جائز لأن أسهم الشركات وسنداتها لها قيمة معلومة وهي خاضعة للأعمال التجارية من ربح وخسارة فإن الشركات ذات الأسهم تعمل مدة السنة في بيع وشراء أو في تعهدات انشائية أو في زراعات مثلاً وفي نهاية كل سنة يستنزل ما صرف على أعمالها ويقسم الباقي على عدد الأسهم فيخص كل سهم مثلاً ٤٪ فشرائها جائز وإعارتها جائزة لأخذ ثمراتها وهو الربح إن كان ، وليس للمستعير بيع رأس المال (يعني الأسهم والسندات) لأن ثمنها للمعير ملكه وربحها من بيعها يعود على مالكها وليس للمستعير فيه شيء فلو كان ثمن السهم ٤ جنيهات مصرية وقت الشراء ثم أعار مالكها الانتفاع بها إلى زيد من الناس مدة سنتين مثلاً ثم باعها المالك في نهاية المدة بسعر ستة جنيهات مصرية ففرق السعر ملك للمالك وهو جنيهان في كل سهم لا للمستعير ، وعلى المستعير إرجاع الأسهم للمالك بعد نهاية مدة الاستعارة .

بند [٣٩]

أعمال قانونية مباشرة للمستغل :

الفانون الفرنسي — في الأصل يجوز للمستغل مباشرة الأعمال القانونية الإدارية التي تمكنه عادة من استعمال حق التمتع ، فيجوز له الاستغلال بنفسه ويجوز له إعطاؤها للغير إجارة لكن يلزمه مراعاة القواعد المقيدة بها الزوج بالنسبة لأملاك زوجته الخاصة في الشركة الزوجية في مدة الإجارة وتجديدها ، كذلك يراعى ما نص عليه قانوناً بالنسبة للوصى في عقار القاصر .

فمدة عقد الإيجار تسع سنوات والمالك ليس مقيداً بغير هذه المدة ، وتجديد العقد الذي لم ينته أجله يكون لسنتين في العقار المدني ولثلاث سنين في العقار الحقل .

إيجار المنقول — يجوز للمستغل إيجار المنقول للغير لاستغلاله بشرط عدم تعرض هذا المنقول للطف وبشرط عدم وجود طريق استغلال غير هذه .

أعمال قضائية ونظامية — تدخل بعض أعمال قضائية تحت سلطة المستغل كبيع الزرع المقطوع أو المعد للضم وعلى المالك احترام بيعه هذا ولو كان الزرع في أفرعه أو على أصوله بشرط ألا يكون البيع حصل بتدليس لكن ثمن المبيع يعود إلى المالك عند انتهاء مدة الاستغلال ولما تزل الثمرة على أصولها .

وأباح القانون للمستغل التنازل عن حقه بعوض وبغير عوض ورهن حق الانتفاع للغير مدة الاستغلال ويجوز الحجز على حق الاستغلال من دائني المستغل وبيعه لمصلحتهم .

مفهوم المستغل :

إذا كان حق الاستغلال مرتباً على عقار فالمستغل دعوتان لحفظ حقه ضد أى شخص :

١ - دعوى إثبات الملكية . ٢ - ودعوى وضع اليد .

فدعاوى الملكية الخاصة بالمستغل تسمى اعترافية (اعتراف بحق الاستغلال) وله رفع هذه الدعاوى قبل الثالث واصلع اليد للاعتراف بحقه كمستغل ولتمكينه من وضع يده لاستغلال العين المرتب عليها حقه .

كما يجوز للمستغل رفع دعوى وضع اليد لوضع حد لمن ينازعه في وضع يده واستغلال حقه وهذه الدعاوى عينية لتعلقها بالعقار ، وله رفع دعوى شخصية لتسليم الأملاك التى ترتب له عليها حق وهى نتيجة أساسية لحق الانتفاع كالهبة والبيع والوصية .

بند [٤٠]

الشريع الإسلامي — يجوز للمستعير الانتفاع بنفسه من الشيء المستعار كما يجوز له الانتفاع بواسطة غيره بطريق الوكالة أو الإجارة أو الإعارة بشرط ألا يمنع الميعر ذلك أو يمنع ذلك العرف والعادة من أن العارية لا تعار وروى عن الإمام مالك قولان أولهما : تعار إلا لشرط أو عرف ، ثانيهما لا تعار إلا لشرط .

فإن أعار العارية أو آجرها فهو مقيد بأجل العارية أو شرطها أو العرف فيها بينه وبين المالك فليس المالك مقيداً بما يفعله المستعير خارجاً عن أجله أو شرطه أو العرف .

فإن زادت مدة الإجارة عن مدة العارية فللمالك الخيار في الامضاء وله الأجر في المدة الزائدة وفي الفسخ لأن على المستعير اخلاء محل المعار كما كان وارجاع الشيء المعار للمالك على حالته بعد الاستعمال والإيجار كما يكون للعقار يكون للمنعقول بشرط رضا المالك أو بحكم العرف والعادة ، فمن استعار دابة لينقل عليها أتربة من حقله لمنزله أو ليركبها من بلد كذا إلى بلد كذا فالعرف والعادة لا يباح له كراؤها ولو علم ربهها بذلك ما أعارها ، لهذا وجب التقيد في استغلال الشيء المعار بالشرط والعرف والعادة وإن تعدى المستعير ذلك ضمن إذا تلفت وسيأتى تعدى المستعير في الحمل والمسافة .

وجاز طلب إعارة خادم أو دابة على أن يعيره مثلاً بخادم أو دابة في هذا اليوم أو الشهر وتسمى إجارة الإعارة لأنها منافع بمنافع سواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف اتحد الزمن أو اختلف لكن بشرط تعيين الزمن أو العمل كالإجارة ، وبشرط أن يقرب العقد من زمن العمل وهذه المسائل كثيرة الوقوع في ريف مصر عند فقراء الفلاحين في الدواب والمشية حتى في العمل اليدوى فهو جائز .

للمستعير أو المستغل أن يبيع زرع الأرض المستعارة وثمر الحديقة المستعارة كما يشاء بلا تعرض من أحد سواء كانت مقطوعة أو معدة للقطع أو الحصاد بشرط أن يكون مالكا لذلك بمقتضى شرط الإعارة أو مدتها فإن كان لا يملك ذلك لا بمدة ولا بشرط فهو يبيع ملك الغير فإن باعه بحضور المالك ولم يعترض فليس له إلا الثمن فإن سكنت سنة فليس له شيء (يراجع بيع الفضولي) فلو أعار شخص بستاناً لآخر مدة سنتين ابتداء من أول يناير فيملك المستعير ثمار هذه الحديقة وما يزرعه فيها من بقول وخضراوات هذه المدة ، فلو باع المستعير محصول السنة الثالثة الذى لا يستحقه بمقتضى المدة مثلاً فقد باع ما لا يملك فالخيار للمالك إن شاء أمضاه وأخذ الثمن وإن شاء نقضه ، وليس لأنه مستغل يحق له التصرف فى أملاك الغير والقانون يحتم على المالك احترام تصرفه . وإن أعطاه الثمن فلا يجب أن يكون الخيار للمالك وهو العدل .

وبما أن حق الاستغلال ثابت للمستغل قانوناً ككل حق فيجوز له التنازل عنه بعوض وبغير عوض كما يجوز له جعله توثقاً فى معاملته مع الآخرين فيجوز بيعه للسداد والحجز عليه لدائنيه بشرط ألا يخالف شرطاً أو عرفاً .

عقد الإعارة قصد به معروف كالهبة والوقف مثلاً ولكن ليس هذا معناه أن يترك حق المستعير تبع أهواء المير ، فعقد الإعارة حكمه كالاتى :

أولاً - إذا كانت الإعارة مقيدة بعمل أو أجل فهي لازمة للمير وليس له أن يتحلل منها بأخذ الشيء المستعار قبل نهاية الأجل أو العمل ، فن أعار أرضاً لزراعتها قمحاً فليس له الرجوع فى الإعارة ولزمته حتى تنتهى زراعة القمح ، أو أعار دابة للركوب مدة شهر كذلك ، فيجبر المالك قضاء على إبقاء العين المعارة فى يد المستعير حتى ينتهى العمل أو يمر الأجل قولاً واحداً .

ثانياً — إذا كانت الإعارة غير مقيدة لا بعمل ولا بأجل فهل المالك أخذ الشيء العار في أى وقت يشاء ولا يلزمه ترك العارية مدة ما يرى الناس أنها مدة ما تراه هذه العارية . أو ليس للمالك أخذ العارية إلا بعد مضي مدة ما تراه لمثلها هذه العارية عادة قولان في الرواية والراجح أن المالك غير مقيد بتركها مدة ما تراه لأن المستعير قد دخل على ذلك فلا ظلم عليه .

وكل هذا ما لم تكن الإعارة للبناء أو الغرس ، فإن كانت لها ولم تقيد بمدة فإن الميعر ملزم بدفع ما أنفقه المستعير لأنه غربه في الجملة فإن أراد أخذ العارية فعليه دفع ما أنفقه المستعير ، فإن دفع النفقة التي تكلفها المستعير فله الرجوع قولاً واحداً وإن لم يدفع وجب عليه انتظار الوقت الذي تراه له مثل هذه الإعارة كأن كان في مولد أو مهرجان مثلاً فيجب عليه انتظار انتهاء مدة المولد أو المهرجان مثلاً وهو الوقت الذي أريدت له مثل هذه العارية . وقد نص في المدونة على أن الميعر له الرجوع في مسألة الإعارة للبناء أو الغرس إن دفع له قيمة ما أنفقه اهـ .

فإذا تم التعاقد بين الميعر والمستعير ولزمت العارية بأن تحددت المدة أو العمل ، أو إذا لم تحدد المدة أو العمل وكانت الأرض المعارة للبناء أو الزرع ولم يدفع الميعر ما أنفقه المستعير ، وامتنع الميعر من تسليم الشيء المستعار فالمستعير الحق في مقاضاة الميعر شرعاً وتسلم العارية ويحجز الميعر على ذلك كما يجوز للمستعير أن يحفظ حقه قبل أى شخص يئازعه في استيفاء منفعة الشيء المعار فله دعوى ملكية المنفعة .

وهذه الدعاوى تكون عينية إذا تعلقت بالعقار وإن تعلقت بالمنقول فهي شخصية حسب اصطلاح الفقهاء الحديث ، وعلى العموم فالمستعير الحق في استيفاء المنفعة والحفاظة عليها في الابتداء والدوام .

بند [٤١]

واجبات المستغل :

الفانور الفرنسى — حق المستغل على العين موضع الاستغلال وعلى مالك العين أن تبقى العين سليمة لاستغلاله ولا يضيع عليه المالك حق الاستغلال وحق المالك على المستغل حفظ حق ملكيته على العين المستغلة بحيث لا يعارضه فيها معارض ويتسلمها كاملة بعد مدة الاستغلال ، غير أن هناك مواضع يجب بحثها :

أولاً — واجبات قبل الاستغلال — يتعين على المستغل عمل شيئين :

(١) حصر المنقولات وإثبات أوصاف وحالة العقار وذلك لمعرفة حقيقة حتى إذا انتهت مدة الاستغلال أعادها للمالك كما تسلمها .

وطريقة الحصر تكون حتى بمحضر عرفى بإمضاء المستغل متى كان الطرفان مكلفان فإن لم يكونا كذلك أو كان أحدهما فقط وجب أن يكون الحصر بمعرفة مسجل العقود على نفقة المستغل .

فإن لم يعمل الحصر جاز للمالك عدم تسليم العين موضع الاستغلال للمستغل حتى يقدم كشف الحصر أولاً — فإن سلم المالك مع عدم الحصر فيفترض القانون أن العقار كان على أحسن حال ويجوز إثبات المنقول ولو بشهادة شهود مهما كانت قيمتها .
ويجوز لمن رتب حق الاستغلال معافاة المستغل من الحصر وإثبات الحالة بل يجوز أيضاً أن يعمل على حسابه هو .

(٢) تقديم ضمان استغلال كأنه رب عائلة حازم ، والضمن أن يضمن شخص للمالك

إرجاع المنقول والعقار موضع الاستغلال بعد مدته على حالته التي تسلمها بها ويجب على الضامن أن يكون حائزاً لجميع الصفات المطلوبة في الضامن قانوناً (يعني رشيداً مقتدرأً مقيماً بدائرة محكمة الاستئناف .

ويمكن للمستغل تقديم ضمان مالى مضمون ومعادل للضمان الشخصى كبلغ يودع أمانة أو أسهم مالية أو رهن عقارى .

فإن لم يجد المستغل ضامناً ولا ما يحل محله تعين : (١) إما إيجار العقار واتخاذ إجراءات لحفظ العين أو اصلاحها وما بقى يأخذه المستغل . (٢) أو تعيين حارس يتولى قبض الإيراد ويحفظ منه المصاريف الضرورية ويعطى المستغل ما زاد عن ذلك ثم توضع المبالغ الباقية بعد هذا لاستغلالها فيأخذ المستغل فوائدها ، أما المنقول فيجوز للمالك طلب بيعه ووضع ثمنه للاستغلال والمستغل فوائده إذا كان هذا المنقول يتلاشى بالاستعمال ، ويجوز للمحكمة إبقاء بعض المنقول لاستعمال المستغل الشخصى تحت ضمانته الشخصية على أن يسلمها عند نهاية الاستغلال ويحلف على ذلك يميناً .

وفى كل هذه الأحوال فالمستغل يستحق الثمرة من يوم استحقاقه قانوناً .

بند [٤٢]

المسعى — العين المستعارة يملك المستعير فيها حق الانتفاع فيجب تمكينه منه على الوجه المتفق عليه أو بمقتضى العرف والعادة والمعير يملك رقبة الشيء المعار فيجب على المستعير المحافظة عليه ورده كاملاً كما سلم له .

١ — وانه لضمان عدم التنازع مستقبلاً عند رد العارية لربها فى انها نقصت أو تلف بعضها أو استعملت فوق الطاقة يجب حصر الشيء المعار بإثبات أوصافه وحالة العقار فى محضر

من نسختين يحفظ المعير والمستعير نسخة منه للعمل بها عند التنازع ، ولم ينص على ذلك شرعاً ولكنه لا يتنافى مع القواعد الشرعية الصحيحة فيصار إليه ، وقد وضع المشرعون الإسلاميون قواعد للفصل بين المعير والمستعير عند التنازع ، وهذا الحصر في محضر كإقرار يؤخذ به كل من المعير والمستعير فيجب أن يكونا أهلاً للالتزام والالتزام وإلا باشرولى أو قيم أو وصى عديم الأهلية بدله في حقه ، ويجوز للمستعير ترك الحصر وتسليمه إلى المستعير بلا شيء فإن لم تثبت أوصاف الشيء المستعار جاز للمعير الامتناع عن التسليم حتى يتم ذلك لأنه من قبيل التوثق بحقه فيجاب لذلك ، ويجوز إثبات صفة الشيء المستعار بالشهود كما يجوز إثباتها بالكتابة بين الطرفين .

٢ - وللمالك الحق في طلب ضامن من المستعير خشية اتلاف عين الشيء المستعار أو ضياعه بتفريط وهو حق للمعير يجب إجابته له ، على أن هذا ليس ضماناً للمعينات في الوديعة والعارية ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بها بعينها لاستخلائه فإن ضمن ما يترتب عليها سبب تعد أو تفريط في ضمان القيمة صح ولزم وهو الذى يقصده الناس في ضمان المعينات كما يقع في الأسواق في ضمان بعض الدلائل لبعض على أنه إذا هرب ولم يأت به كان عليه قيمة ما هرب به ، فهذا صحيح وإن كان ضمانه في الأمانات صورة لأنه باعتبار ما يترتب من تفريط سمسار من القيمة .

وليس المراد هنا في العارية التكفل بارجاع المنقول أو العقار لأنه متى تلف أو ضاع فيستحيل إرجاعه ، فتعين أن يكون الضمان هنا في القيمة عند التلف أو الضياع .

ويجب أن يكون الضامن مستوفياً لشروط التصرف الشرعى بالغاً عاقلاً غير مجبور عليه مقتدرًا وليس بشرط إقامته في محل خاص سوى محل تأخذه فيه الأحكام الشرعية لإمكان الاستيفاء منه شرعاً .

والمراد بالضمان التوثق فيصح حصوله بالضمان الشخصي للضامن و بمبلغ من المال ودية
أورهن عيني الخ .

فإن لم يجد المستغل المستعير ضامناً نظر القضاة فيما يراه مصلحة من تمكين المستعير من
استيفاء المنفعة مع المحافظة على عين الشيء المستعار ، على أن المفروض في الإعارة قصد الثواب
والمعروف حيث لم يجبره أحد على التبرع فلا يصح منه هذا التشاد فيما لا يقدر عليه المستعير .
وليس للمعير طلب بيع الشيء المستعار على أن يكون للمستعير فائدة الثمن لأنه بذلك خرج
عن الإعارة التي هي الانتفاع بالعين وردها بعد تمام المدة أو وجود الشرط أو العرف ، أما إذا
كانت العارية من الأشياء التي تتلاشى عند الاستعمال فهي قرض كما قلنا سابقاً وإن وردت
بلفظ الإعارة لأن شرط العارية رد عين الشيء المستعار بعد الانتفاع وهنا تلاشت العين
بالاستعمال .

بند [٤٣]

الأشخاص المعفون من تقديم الضمان :

القانون الفرنسي — يعفى من تقديم الضمان قانوناً :

أولاً — الأب والأم عند استعمالهم حق التمتع القانوني في مال أولادهم اعتماداً على عطفهم
الطبيعي الذي يحملهم على المحافظة على أموال أولادهم ، وعلى أن لهم حق الرهن في عقار
أوصياهم متى بقى الأب والأم فقط وكان لهم حق الوصاية مع التمتع .

ثانياً — الزوج عند استعمال حق التمتع في مال زوجته الخاص في نظام شركة الزوجية وفي
نظام استبعاد شركة الزوجية وفي المهر في نظام المهر .

ثالثاً — الواهب أو البائع لعقار مع شرط الاستغلال للعين المبيعة .

ويعنى من الضمان من أعفاه مرتب الاستغلال (يعنى يجوز لمرتب الاستغلال عدم طلب الضمان ممن ذكروا) .

ويجوز إعادة طلب الضمان ممن أعفوا من تقديمه متى طرأ عليهم ما يزعزع الثقة فيهم كالإفلاس أو تصفية أملاكهم قضائياً أو تجاوز الحد في الانتفاع ويخشى على العقار منه .

بند [١٤]

التسريع الاسلامى — بما أن مدار الضمان على وجود الخوف من الاتلاف أو التبديد

والمفروض في الأبوين الأمانة على أموال أولادهما فلا يلزمهما تقديم ضامن لحق الانتفاع بالمعروف من مال أولادهما عند الحاجة ومع ذلك لو كان الأب متلاًفاً أو مفرطاً في مال ولده ضمن ومتى جاز ضمانه جاز للحاكم طلب ضامن منه لما تحت يده من مال قاصره إذا رأى المصلحة في ذلك .

وليس للزوج حق في استعمال مال زوجته على أى شكل إلا برضاها فمتى أذنت له في ذلك فهي صاحبة الشأن في طلب ضامن أو عدم طلبه لأن الزوج ضامن متى فرط أو أتلف كأى شخص كان لا علاقة للزوجة به .

أما الواهب فلا ضمان عليه قبل القبض وبعد قبض الموهوب له للعين الموهوبة وجولان يده فيها كمالكها الحقيقي فله التصرف فيما وهب إليه كما يشاء ، فإن خاف على الهبة من واهبها بعد ذلك فله طلب التوثيق وكذلك البائع بشرط الاستعمال فمدار طلب الضمان وجود خوف التلف أو التفريط فيجاب الطالب لذلك والذي يقدر ذلك هو المالك أولاً وبالذات فإن اختلفا في ذلك فالقاضى يفصل بما فيه مصلحة المغير .

وكما يجوز طلب الضمان في بدء الإعارة يجوز طلبه في مدة وجودها خصوصاً إذا طرأ ما يزعزع ثقة المعير في المستعير من إفلاسه بالمعنى الأعم أو بالمعنى الأخص (كما سيأتى في باب الإفلاس) أو من إفراطه في استعمال العين المعارة مثلاً .

بند [٤٥]

واجبات المستغل قبل الاستغلال :

الفانور الفرنسى — يمكن حصر واجبات المستغل في ثلاثة أشياء . (١) حفظ عين الشيء

المستغل . (٢) استغلال أب عائلة حكيم . (٣) تحمل تكاليف العين المستغلة :

أولاً — واجب حفظ عين الشيء المستغل ، ينتج منه :

١ — ان المستغل لا يمكنه هدم الشيء مكان الاستغلال (كهدم منزل) .

٢ — ان المستغل لا يمكنه تغيير تخصيص الشيء المستغل (كجعل أرض للزراعة غابة أو

المنزل فابريكة) .

٣ — لا يمكن للمستغل تغيير شكل وجود الشيء المستغل لا من الداخل ولا من

الخارج .

ثانياً — واجب الاستغلال كرب عائلة حكيم — هذا واجب أساسى وهو إدارة الشيء

المستغل إدارة حسنة ، فالمستغل مأخوذ بخطئه الذى يرتكبه بحسن الإدارة فينتج ما يأتى :

١ — يلزم المستغل عدم استنفاد قوة الشيء المستغل إلا ليزيد في إيراد السنوى مع

حفظ الأساس ليسلمه عند نهاية مدة استغلاله (كزيادة خصب الأرض لكثرة الانتاج

مثلاً) .

٢ — يجب على المستغل ملاحظة الشيء المستغل والتحفظ عليه وهو ضامن لفقده أو لتجريده أو لهدمه الناتج عن خطئه أو إهماله ، وعند حصول الحريق فله مالك تضمينه بنفس هذه الشروط ، على أن المستغل ليس ملزماً بالتأمين على العين المستغلة .

٣ — يلزم المستغل منع سقوط الحق بمضى المدة على الشيء المستغل خصوصاً باستعماله بالفعل للعقار لمنع سقوط الحق بعدم الاستعمال .

٤ — يلزم المستغل إبلاغ المالك كل اغتصاب أو ادعاء أو معارضة للملكية الشيء المستغل مدة الاستغلال وإلا تحمل كل مسؤولية قبل المالك تنتج عن ذلك .

ثالثاً — واجب حمل تكاليف المنتفعين — وهو بعض مصاريف لها صفة دورية وبعضها سنوية يتحملها المنتفع عادة على الإرادة ويدخل فيها ما يأتي :

١ — إصلاح الصيانة — يجب على المنتفع بخلاف الإصلاح الكبير فعلى المالك إلا إذا نتج عن عدم إصلاح الصيانة فعلى المنتفع .

٢ — التكليف السنوي للعقار — كالضرائب والمواد وكل ما يترتب سنوياً فهي على المستغل .

٣ — تكاليف فوق العادة تفرض على الملكية — كضريبة الحرب أو التبليط فهي على المنتفع والمالك فإن قدمها المالك فالمنتفع يتحمل بفوائدها وإن دفعها المنتفع أخذها بعد نهاية الانتفاع بدون فائدة .

٤ — مصاريف التقاضى — التقاضى الخاص بالاستغلال فقط على المستغل مصاريفه والتقاضى الموجه إلى الملكية ونتيجته خسارة القضية وكان المالك والمستغل ممثلين في القضية فالتكاليف عليهما معاً بمعنى أن المصاريف يتحملها المالك وفوائدها يتحملها المستغل ، ومع

هذا فإن حكم بعدم استحقاق الاستغلال فالتكاليف عليهما بالتساوي : فإن مثل أحدهما في التقاضي دون الآخر وخسر الدعوى تحمل وحده مصاريقها .

بند [٤٦]

التشريع الإسلامي

واجبات المستعير وقت الاستغلال

يجب على المستغل (المستعير) :

١ — حفظ عين الشيء كالكسوة سواء بسواء ، فلا يجوز له مخالفة شرط أو عرف أو عادة في استعمال الشيء المعار وعلى هذا فلا يجوز هدم البيت المعار ولا تغيير ما خصص له إلا لأدنى مما استعاره له فأرض الزراعة لا تصير للبناء ولا تصير غابة ولا يجعل منزل السكنى محل تجارة أو صناعة ولا يمكنه تغيير شكل الشيء المستعار .

٢ — يجب على المستعير أن يستغل الشيء المعار برفق بلا إفراط ولا تفريط فإن أفرط في الاستعمال ضمن ما أنقصه من قوة الشيء المستعار وإن فرط في الحفظ حتى فقد المستعار أو انهزم أو تلاشى بسببه فهو ضامن وضمان الشيء المستعار يأتي على التفصيل الآتي :

أولاً — إن خالف المستعير شرط المعير أو العرف والعادة في الاستعارة ضمن الشيء المستعار يوم التعدي لا يوم الإعاره ويشترط في المخالفة أن تكون إلى أسوأ لا إلى أقل إلا في المسافة فلو خالف فيها ولو كانت المسافة الأولى مثل الثانية ضمن .

ثانياً — ضمن المستعير الشيء المستعار إن كان مما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه كالخلى والثياب إن ادعى ضياعه أو تلفه ، وتسمع منه بينته على أن التلف أو الضياع حصل بلا سببه .

ثالثاً — ضمن المستعير الشيء المعار إن كان مما لا يغاب عليه وقامت قرينة على كذبه في ادعاء التلف أو الضياع فالقول للمستعير فيما لا يغاب عليه في التلف أو الضياع فيصدق ولا ضمان عليه إلا لقرينة كذبه .

فإن كان الشيء المستعار مما يغاب عليه وقامت بينة المستعير على تلفه أو ضياعه بلا سببه ، أو كان الشيء المستعار مما لا يغاب عليه ولم تقع قرينة على كذب المستعير فلا ضمان على المستعير في الحالتين .

فإن شرط المستعير نفي الضمان عن نفسه فيما يغاب عليه ضمن على الأرجح وقيل لا ضمان عليه مع هذا الشرط . ولو شرط الضمان فيما لا يغاب عليه كالبيت والأرض مثلاً بطل الشرط ولا ضمان .

وأساس الضمان التعدي من المستعير أو الإهمال أو الإفراط أو التفريط ومتى ثبت واحد من هذه المعاني ضمن ، فإن ثبت أن التلف أو الضياع بغير سببه كماء أو نار أو جائحة أو سرقة من حرز المثل فلا ضمان عليه ولو اشترط المعير الضمان لأن هذه أحكام مقررة لأمر عام فالشرط ضدها مخالف للنظام العام والقانون .

وليس المستعير مكلفاً بالتأمين ضد الحريق على الشيء المستعار لأنه . أولاً — عقد مخالف لمبادئ التشريع الإسلامي لما فيه من الخطر على الأموال . وثانياً — مناط الضمان السبب في التلف أو الضياع .

ويدخل في المحافظة على العين المستعارة إبلاغ المالك ما يقع عليها من الغير كالاغتصاب أو السرقة أو ادعاء الملكية ووضع اليد فإن استحققت العارية بحق من يد المستعير فلا ضمان عليه ، وإن سكت المدة الطويلة حتى تم مضي المدة الشرعي (الحيازة) اعتبر مفراطاً وضمن .

واجب تحمل تكاليف الشيء المستعار ، نفقة الشيء المستعار التي بها كيانه ووجوده على المالك إن كان عقاراً وإن كان منقولاً فعلى المستعير ، وقيل على المستعير في الأمرين وأما نفقة الصيانة فعلى المنتفع وقيل على المالك ، والظاهر من الخلاف عدم الترجيح وقال بعض العلماء إن كانت العارية ليومين أو ثلاث فنفقتها على ربها فإن طالت المدة عن ذلك فنفقتها على المستعير . وقال بعض المتشرعين من مذهب الإمام مالك إن كان الإصلاح ذا بال فعلى المالك وإن كان خفيفاً فعلى المستغل ، أما الضرائب والأموال والعوائد فيتبع فيها العرف فإن لم يعرف فالنظر للشرط بينهما فإن لم يكن شرط ولا عرف فالرأى للقاضي في الترجيح حسب المصلحة العامة .

وأما تكاليف فوق العادة فإن كان فرضها بالنسبة للملكية فعلى المالك وإن كان بالنسبة للإيراد فعلى المستعير إلا لشرط أو عرف .
وأما مصاريف التقاضي فإن كانت لحفظ الملكية فعلى المالك وإن كانت لحفظ الربيع أو للاستغلال فعلى المستعير .

بند [٤٧]

القانون الفرنسي :

دين مرتب الاستغلال بالنسبة للمستغل :

إذا كان الاستغلال ناتجاً عن وصية وكان على العين دين فإن كانت الوصية بعنوان خاص لشيء خاص فلا يدفع المستغل أى شيء من ديون التركة فإن دفع دين العين (الرهن) المترتب على موضع الاستغلال فهو دين على الورثة وله الرجوع عليهم به .
وإن كانت الوصية بعنوان عام لجميع التركة أو لجزء منها $\frac{1}{2}$ أو $\frac{1}{3}$ وجب على المنتفع دفع

دين التركة بمعنى أنه إن دفعها استردها في نهاية استغلاله بلا فائدة ، فإذا لم يدفع المنتفع ليأخذ في نهاية الاستغلال فالمالك مخير بين دفع الدين مع احتساب الفوائد على المنتفع أو بيع جزء من العين موضع الاستغلال لسداد هذا الدين .

استغلال مرتب على قطيع من الغنم :

متى ترتب استغلال على قطيع من الغنم فالمستغل الحاصلات الطبيعية من الحيوانات وتشمل اللبن . الصوف . السماد . التناج . والمستغل التصرف في المسن منها التي لا تنتج على أن يعوضها عند نهاية الاستغلال وله حفظ جلودها ما دام عوّضها ، وعليه تسليمها عدداً كما استهلكها في نهاية الاستغلال وعليه تعويض الفاقد فإن نفقت جميعها بمرض أو موت بدون إهمال المستغل فعلى المستغل رد الجلود للمالك فقط .

واجب المالك وحقوقه :

المالك يملك في العين المرتب عليها منفعة للغير رقيبتها فقط فله بيعها أو ترتيب حقوق عينية عليها للغير مع عدم الاضرار بحقوق المستغل ويمكنه أن يعمل في العقار كل ما فيه حفظه وكان ضرورياً أو نافعاً كإصلاح كبير أو إحداث مبان جديدة بدون الزامه بتعويض المنتفع حتى ولو ضايقه ما دام لم يمنع انتفاعه ، وله مقاضاة المنتفع ليقوم بواجباته نحو العين المنتفع بها .

ويجب على المالك ترك كل حرية للمنتفع (المستغل) لينتفع بحقوقه .

وهل يجب على المالك قانوناً القيام بالإصلاحات الكبيرة أو إحداث مبان جديدة بحيث يجبر قانوناً على عملها ، خلاف ، الرأي الأول يقول نعم ، والرأي الثاني يقول لا وهو المعمول به .

بند [٤٨]

التريع الإسلامي - إذا كان الانتفاع للمستعير بالشئ المعار ناتجاً عن وصية بأن أوصى شخص لآخر بإعارته شيئاً ينتفع به مدة معينة فإن كانت الوصية بذلك الشئ معينة كأن أوصى بفرسه لزيد من الناس ينتفع بها مدة سنة مثلاً وكان قد رهنها قبل وفاته فتخليص هذه العين على الورثة ، فإن كانت الوصية بجزء مشاع كربع أو خمس التركة وكانت التركة مديونة بما فيها الربع أو الخمس وجب سداد الدين قبل انفاذ الوصية .

فإن دفع الدين الموصى له في الأولى فيرجع به على الورثة وإن دفعه في الثانية رجع على الورثة بما يخص نصيبهم في التركة دون نصيبه هو فيتحمله . وفي المسألتين لا يتحمل أحد فائدة لأن الفائدة ممنوعة شرعاً .

أما الاستغلال المرتب على قطع من الغنم فهو جائز ويستغل المستعير اللبن والصوف والسماد ويستغل النتائج إذا كان بشرط أو عرف ، وليس له الحق في التصرف في المسن منها التي لا تنتج إلا بإرادة المالك لأن هذا تصرف في ملك الغير فهو ضامن للقيمة يوم التعدي وليس المستعير ملزماً بإحضار بدل ما باع لأنه متى ضمن القيمة وجب عليه أداؤها نقداً لا عيناً .

ومتى ضمن وأدى القيمة صارت الأشياء التي باعها أو تصرف فيها ملكاً له ، وعلى المستعير تسليمها لربها بعد مدة الاستعارة عدداً ووصفاً كما استلمها وعليه قيمة الفاقد إن كان متعدداً أو مهملاً ، فإن نفقت جميعها بمرض أو موت بدون تسبب المستعير فلا ضمان عليه وعليه رد جلودها للمالكها .

واجب المالك وحقوقه :

المالك يملك رقبة الشئ المستعار عارية عن المنفعة فله التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات

من بيع أو رهن أو هبة أو ترتيب حق عليها مع عدم الأضرار بحقوق المستعير وقال بعض علماء المالكية لا يجوز بيع العين المستعارة حتى تنتهي الإعارة وهو معنى مع عدم الأضرار بحقوق المستعير. والمالك عمل ما فيه حفظ العين المستعارة وكان ضرورياً أو نافعاً بحيث لا يمنع انتفاع المستعير على ما أرادت له الاستعارة ، وله مقاضاة المستعير متى قصر في واجبات الحفظ والتعهد للشيء المستعار وعلى المالك ترك المستعير حراً في انتفاعه كما يرى بشرط عدم مخالفة عرف أو شرط .

وليس على المالك شرعاً القيام بإصلاحات كبيرة أو إحداث مبان جديدة ليزيد انتفاع المستعير وإنما عليه فقط بشرط أو عرف إبقاء العين المستعارة ليستفيد منها المستعير ، وما كان محسن يتختم عليه إصلاحات ومبان للغير جزاء إحسانه بالاستعارة لأن هذا مناف لأصل الإعارة من أنها يقصد بها المعروف والإحسان ووجه الله .

بند [٤٩]

تلاشى الانتفاع

أبواب تلاشى الانتفاع

القانون الفرنسي —

أولاً — موت المنتفع ، هذا هو السبب الطبيعي لتلاشى الانتفاع بل لمحوه فلا ينقل الانتفاع إلى ورثة المنتفع المتوفى فتعود المنفعة إلى مالك العين وكل شرط يخالف ذلك يعتبر لاغياً .

فإذا كان الانتفاع مرتباً لشخص معنوي يتلاشى بمضى ثلاثين سنة ولا يصح اشتراط ما يتنافى مع هذه المدة .

ثانياً — مضى المدة المحددة للانتفاع إذا كان مرتب الانتفاع حدها بمدة فإن مات المنتفع قبل نهاية المدة تلاشى الانتفاع ومحى ولا ينقل لورثته .

ثالثاً — اجتماع ملكية العين والمنفعة في يد واحدة ، كأن يملك المنتفع الشيء المنتفع به بأى سبب من الأسباب المفيدة للملك أو يملك مالك العين المنفعة بأى سبب فيتلاشى الانتفاع ويمحى .

رابعاً — عدم الاستعمال لمدة ثلاثين سنة ، إذا لم ينتفع المستغل بالعين المرتب عليها الاستغلال مدة ثلاثين سنة سقط حقه فى الاستغلال بخلاف حق الملكية فلا يتلاشى بعدم الاستعمال .

خامساً — هلاك الشيء المرتب عليه الاستغلال — إذا تلف الشيء المستغل بقوة عرضية سقط الاستغلال وإذا تلف بعضا انتفع ببعض الباقي ، فإذا كان التلف بفعل المالك وجب عليه التعويض للمنتفع ، وإن كان بيتا وهدم فلا منفعة فى أرض ولا أنقاض للمنتفع .

سادساً — حرمان المستغل من حقه لتجاوزه حد المعقول فى الاستغلال — ويوجد سوء الاستغلال بتخريب العين المستغلة أو بتركها تتلف .

الحرمان من الاستغلال لا يتم بالقانون بل لابد من صدور قرار المحكمة به ، والقضاة أحرار فى تقدير التلف وفى بحث الموضوع من جميع نواحيه وتقدير ما يروونه صالحاً .

يجوز لدائى المستغل الحضور فى قضية الحرمان ويقبل منهم ضمان الإصلاح وضمان عدم حصول ضرر فى المستقبل ، ويمنع القانون سر يان الفوائد للدائنين المذكورين من تاريخ الحرمان من الاستغلال .

سابعاً — تنازل المستغل — يجوز للمستغل التنازل عن استغلاله صراحة أو ضمناً ويصح التنازل على أى شكل وقع ، ولكن إذا كان المستغل عقاراً يجب تسجيله لمعارضة الغير به وليكون حجة عليه ويجوز لدائى التنازل المعارضة فى التنازل متى أضر بحقوقهم .

ثامنا — التملك بوضع اليد من ١٠ إلى ٢٠ سنة — الاستغلال يجوز تملكه بمضى المدة فيقطع هذا الحق عن المستغل ويتلاشى ، وذلك أن ثالثا تملك عقارا بأى سبب من أسباب التملك على أنه ليس عليه حق للغير ومضى على ذلك عشر سنين وكان مستحق الاستغلال حاضرا سقط حقه فى الاستغلال أو عشرين سنة إذا كان غائبا وذلك متى كان حسن النية وبذا تملك مالك العقار هذه العين خالية من أى حق للغير .

وهذا الوجه يشبه التلاشى لعدم الاستعمال لأن المستغل يترك الاستغلال فى كل منهما مدة لكن الفرق أن مدة الترك فى عدم الاستعمال ثلاثون سنة وفى مضى المدة من عشر إلى عشرين سنة . وأن فى سقوط الحق لعدم الاستعمال يكفى عدم الاستعمال فقط ولكن فى التملك بوضع اليد يجب وضع اليد بسبب ملكية صحيحة وحسن نية .

بند [٥٠]

التبرع الإسلامى

نسمى الانتفاع :

أسباب تلاشى انتفاع المستعير من العارية :

أولا — اجتماع ملكية الشئ المعار للمستعير بشراء أو ميراث أو نحوه أو ملكية المعير للمنفعة مع ملكية العين المعارة أصالة كإيراثه للمنفعة أو شرائها من المستعير أو تنازله عنها للمالك . تنازلا مطلقا فتى اجتمعت ملكية الرقبة وملكىة المنفعة فى يد واحدة تلاشى حق الانتفاع كإعارة وأصبح حق الانتفاع بملك العين .

ثانيا — هلاك الشئ المستعار كالا أو بعضا فتى هلك الشئ المستعار كلية تلاشت منفعته

وإن هلك بعضه انتفع المستعير بالباقي متى كان ممكنا ، هذا إذا كان الهلاك والتعدي من غير المالك فان كان من المالك وكانت الإعارة مقيدة بزمن أو عمل أو لم يمض ما تعار له فيلزم المالك شراء عين بدل التي أهلكها ليستوفي المستعير منها منفعته أو تقوّم المنفعة في المدة الباقية أو التي لم تتم ويدفعها المالك للمستعير خلاف بين المشرعين في المذهب .

فان كانت الإعارة غير مقيدة لا بزمن ولا بعمل أو مضى ما تعار له فلا شيء للمستعير قبل المعير ، ومعلوم أن المستعير لا يملك شيئا في ذات المعار لا قائما ولا مهدوما وأن له المنفعة فقط .

ثالثا — مضى المدة المحددة للانتفاع بشرط كأن أعاره له سنة أو بعرف أو عادة كأن أعاره فرسا أو دابة للسفر من بلد كذا إلى كذا وكان العرف والعادة يقضيان بسفرة واحدة أو حمل شيء معين مثلا فمتى انتهى الأجل المشروط أو انتهى ما تراد له العارية من عرف وعادة فقد بطل حق الانتفاع ولا شيء للمستعير وعليه تسليم العين المستعارة للمالكها وإلا عد غاصبا وضمن ، فحكم العارية ينتهي بانتهاء ما قيدت به من عمل أو أجل وبمضى ما تعار له فيجب على المستعير الرد من نفسه بدون طلب من المالك وإلا عد غاصبا من تاريخ ذلك .

ومعلوم أن العارية كالإجارة تنصب على المنفعة لذات الشيء المؤجر أو المعار فاذا كانت لها مدة محددة ومات المستعير ولم يكن مشترطا عليه فيها الانتفاع فقط أو عدم إعارتها أو اقتضى ذلك العرف والعادة فان حق الانتفاع يورث عنه لورثته المدة الباقية من الأجل فان كانت الإعارة للمنفعة الشخصية كإسكان شخص معين في منزل لأنه يؤدي عملا خاصا للمالك أو إعارة دابة لشخص معين يركبها أو إعارة أرض لمن يزرعها لخدمة أداها للمالك أو نخدر المالك المنتفع من الإعارة للغير قولاً أو عرفاً (كلولا معروفك عندي ما أعرتك) فتكون حينئذ الإعارة للمنفعة لا للانتفاع فليس للمستعير (المنتفع) أن يوجرها ولا يعيرها ولا يهب منفعتها للغير ولا تورث عنه . وعلى هذا فوت المعير أو المستعير لا يفسد العارية وينتقل حقها للورثة بالشروط الآتية :

١ — أن تكون الإعارة لها مدة محددة ولم تنته المدة .

- ٢ - أن تكون العارية مقيدة بعمل ولم ينته بعد هذا العمل .
٣ - أن لا يمضى ما تعار له عادة في رأى بعض الفقهاء .
٤ - أن لا يكون مشروطا فيها عدم الاعارة للغير صراحة أو ضمنا من المستعير .
٥ - أن لا يكون مقصودا فيها الشخص المستعير لعمل خاص يراد بالاستعارة فيه الانتفاع .
٦ - أن يحكم العرف والعادة فيما يحدث في الاعارات وما يتبعها من الأحكام فإن جرى فيها بالانتفاع فلا تورث ولا تؤجر ولا توهب وإن جرى العرف بالمنفعة فهي تورث وتؤجر وتوهب .

وفي هذا تفصيل دقيق ذكره العلامة الزرقاني فقال ما ملخصه :

ملك المنفعة يرجع إلى أمرين : مالك المنفعة ومالك الانتفاع .

فمالك الانتفاع تقصد ذاته مع وصفه كإمام أو خطيب أو مدرس بيت وقف عليه لوصفه المذكور وكستعير منع من أن يعير صراحة أو ضمناً فلا يؤجر ولا يهب ولا يعير ولا يورث عنه لأنه مالك الانتفاع فقط .

ومالك المنفعة يقصد الانتفاع بالذات لأى منتهى كستعير لم يمنع من إعارة وكستأجر فله أن يؤجر وأن يهب وأن يعير ويورث عنه .

وقد عرضت بعد هذه المسألة (خلو الرجل) فقال الفقهاء : ان ما يأخذه المستأجر لبيت وقف أو لسكنى يصح له فيها التنازل عن العين المؤجرة من شخص آخر ليمكنه من الحلول محله في هذه العين يعتبر من قبيل المنفعة لا الانتفاع (ومعروف الفرق بين الأجرة الشهرية ، وبين خلو الرجل لهذه العين المؤجرة) ، ومعروف على هذا أن من ملك المنفعة في العين المؤجرة له فله أخذ الخلو (خلو الرجل) ويورث عنه ، فإذا مات شخص وله خلو حانوت أو منزل استحق وارثه هذا الخلو عن مورثه ، فإذا مات من لا وارث له استحق الخلو بيت المال ، وعلى كل حال فيقضى دين المتوفى من خلو حانوته أو بيته لأنه ميراث .

فإن مات المعير فليس لورثته أخذ الشيء المستعار متى كان ذلك لازماً لمورثهم حال حياته كأن قيدت العارية بمدة أو بعمل أو بما تتراد له ، فإن كانت العارية مطلقة ولم تكن في الأصل لغرس أو بناء أو كانت لغرس أو بناء ودفعوا ما تكلفه المستعير جاز لهم أخذ العارية والرجوع فيها بلا تعويض .

ولا فرق في كل هذا بين كون المنتفع شخصاً حقيقياً أو معنوياً ، فتتبع شروط الإعارة أو العرف والعادة أو ما تتراد له الإعارة .

وأما عدم استعمال الشيء المعار فلا يكون سبباً في تلاشي الانتفاع إلا إذا تركت العارية لما تتراد له عرفاً أو مضت المدة بدون انتفاع فمن استعار أرضاً ليزرعها سنة مثلاً فمضى وقت ما تتراد له الزراعة لئلا هذه الأرض فللمالك أخذها منه وإن كان الفقهاء قيدوا الترك في هذه الحالة بمضى سنة ، فإن تركها وخشى ربها تلف الأرض من عدم الزراعة فله رفع الأمر للحاكم وبيان الضرر فينتزعها منه ويسامها لما لكها رفعاً للضرر .

وعلى هذا لو تظلم المالك من حصول ضرر من المستعير للشيء المستعار قدره الحاكم ومتى رأى صحته ألزم المستعير برد العارية ولو كانت مؤقتة ولم يمض الوقت رفعاً للضرر .

ويجوز شرعاً لكل دائن الحضور في خصومة توجه للمدين محافظة على حقوقهم إذا وجدوا ما يضر بحقوقهم كدائنين ، وأما الفوائد فلم يقل بها أحد من المشرعين المسلمين .

رابعا — تنازل المستغل — يجوز للمستعير التنازل عن حقه في الانتفاع بالعارية إلى المعير فيسقط حقه في الانتفاع ، وإلى غير المعير فينتقل حق الانتفاع إلى من تنازل إليه فإن كان تنازلاً نهائياً فلا يعود للمستعير وإن كان لمدة صح ذلك ويعود للمستعير بعد نهاية المدة .

والتنازل يصح أن يكون صريحاً أو ضمناً متى كان غير ممنوع منه لشرط أو عرف أو عادة ،

وهنا يصح لدائى المستعير التدخل إذا كان فى حالة تدعو لعدم الوفاء بالتزاماته دفعا للضرر بحقوقهم .

خامسا - التملك بمضى المدة فى الحيابة الشرعية - إن التملك كما يكون للعين يكون للمنفعة وقد يكونان فى يد واحدة كما يكونان فى يدين مختلفتين وبذلك تدخل المنفعة فى التملك بوضع اليد حيازة شرعية كما سبق تفصيل ذلك فى باب التملك بوضع اليد ، فمن ملك عينا واستعملها مدة عشر سنين أمام مالك حق الاستغلال بدون أن يبدى معارضة ما فقد امتلكها المالك عينا ومنفعة .

وقد سبق الكلام فى التلاشى بعدم الاستعمال وأن من استعار أرضا مشلا للزراعة ولم يزرعها فلم يعير منعه من الانتفاع بها بعد ذلك ، وقال البعض ليس له منعه لأن مقدار الزراعة معلوم فهو كضرب الأجل ، ويحمل الزرع على مرة واحدة عند الإطلاق .

بنه [٥١]

نتائج تلاشى الانتفاع

الفانورد الفرنسى - النتيجة الطبيعية لتلاشى حق الانتفاع اجتماع الملكية والانتفاع فى

يد واحدة وهى يد المالك للعين التى كان مرتبا عليها حق الانتفاع .

ويجب على المستغل أو ورثته إرجاع الأعيان موضع الاستغلال على أساس مخضر الجرد والخصر لإثبات حال العقار المعمول قبل الدخول فى الاستغلال فإذا نقصت عوض المالك .

ليس للمنتفع أى تعويض فى الاصلاحات التى عملها فى العين المستغلة فقط له الحق فى أخذ ما يمكن أخذه بدون تلف فى العين المذكورة كمرآة فى الحائط وضعها أو تلو (منظر مصور) كما يجب عمل إسقاط للتأمينات الموجودة عند تقدير التعويض على المنتفع .

نتيجة تلاشي الاستفاعة :

التسريع الاستعصى — إن كان سبب التلاشي انقضاء مدة الإعارة أو نهاية العمل الذي أريدت له عادت المنفعة للمعير فتجتمع هي ومالك العين في يد واحدة وهو المالك مثلاً وإن كان سببه تلاشي نفس العين المعارة فلا يكون للمستعير حق قبل المعير إلا إذا كان هو الذي ألتفها .

فإن كان التلاشي في حياة المستعير رد العين المعارة للمستعير وإن كان بعد وفاته ردها ورثته مكانه فإن عمل المعير والمستعير محضر حصر عمل به في رد الشيء المستعار والا فإن اتفقا صفة وقدر فيها وإن اختلفا فالحكم كالاتي :

١ — فإن ادعى الآخذ العارية في ثوب ودابة وآنية مثلاً وادعى المالك الكراء فالقول للمالك يمين أنه أكرهاها إلا أن يأنف مثله عن أخذ كراء حسب العرف فالقول للمستعير يمين .

٢ — وإن اختلفا في المسافة فقال المعير ٢٠ ك م وقال المستعير ٣٠ ك م مثلاً فإن اختلفا عند بلوغ الـ ٢٠ ك م فالقول للمالك لأن المستعير مدع زيادة الأصل لا عدها ولا تسلم له الدابة إن خشي تعديه لا بتوثق، فإن اختلفا عند بلوغ الـ ٣٠ ك م أي بعد الركوب فالقول للمستعير في نفى الضمان وفي نفى الكراء .

فإن اختلفا في القيمة بعد الهلاك فالقول للمستعير لأنه هو الغارم واليمين على المالك إن أشبهه وإلا فالقول للمالك يمينه .

فإن ردت الإعارة كاملة فيها وإلا ضمن المستعير ما نقص ، وما أحدثه المستعير من إصلاحات لا يأخذ عنها تعويضاً من الميعر والمستعير أخذ ما وضعه في العين المعارة فإن ركه في حائط ونزعه منها فأحدث ضرراً فعلياً عليه تعويضه أو يأخذه الميعر بقيمته مقلوعاً إن كان له قيمة .

بند [٥٣]

الاستعمال والسكنى والحكر

القانون الفرنسي :

أولاً — حق الاستعمال — صفاته القضائية أنه حق عيني — حق مدى الحياة في الأصل ، حق مجزأ عن الملكية .

حق الاستعمال لم يكن قانونياً أبداً ولم يحدث إلا بعمل الإنسان وحينئذ فطريقة ترتيبه هي كلاستغلال .

حقوق الاستعمال — في الأصل عقد ترتيب الاستعمال يحدد حق الاستعمال ومدته فإذا لم يحدد من أعطى حق الاستعمال فالمنتفع من العين المستعملة لا يأخذ منها أزيد من حاجاته هو وعائلته فقط كزوجته وأولاده ولا يجوز للمستعمل أن يتنازل أو يؤجر حق استعماله لآخرين بخلاف الاستغلال كما مر .

واجبات المستعمل — يجب عليه تقديم الضمان وعمل محضر الجرد والحصر وإثبات الحالة والاستعمال برفق كأب العائلة ، وعليه نفقة إقامة الحواجز ودفع الضرائب السنوية كلها أو بعضها حسب استعماله لكل أو بعض الغلة .

تلاشى الاستعمال — الأسباب التي يتلاشى بها الاستغلال هي الأسباب التي يتلاشى بها الاستعمال .

ثانياً — حق السكنى — وهو عين حق الاستعمال فقط مطبقاً على منزل للسكنى ، فجميع قواعد الاستعمال تطبق هنا فلا حق للساكن في التنازل ولا في إيجار حقه .

ثالثاً — الحكر — الحكر هو حق عيني للتمتع الناتج عن عقد إيجار لمدة طويلة من ١٨ إلى ٩٩ سنة ، وتاريخه يرجع إلى القانون الرومانى ومنه أخذ فى القانون الفرنسى ، وقد ترتب أخيراً بقانون ٢٥ يونيو سنة ١٩١٢ بأحكامه الحالية التى أجاز الحكر لمدة ٩٩ سنة من ١٨ سنة وأنه حق عيني ترتب على العقار فنتج عنه .

(١) أن حق الاحتكار يمكن رهنه . (٢) أن عقد الاحتكار يجب تسجيله . (٣) أن أهلية البيع فى بائع العقار يجب تحقيقها فيمن يمتضى عقد الحكر .

صفات عقد الحكر :

عقد الحكر يختلف عن عقد الإيجار العادى فى المدة وقلة الأجر وواجبات المحتكر والحقوق الممنوحة للمحتكر ، فمدته من ١٨ إلى ٩٩ سنة وقلة الأجر ملحوظة فيه .
والمحتكر ملزم بعمل الأشغال الكبيرة والأصلاحات والتحسينات الملحوظة وبناء وإعادة ما بنى بدون الرجوع على مالك العين بأى تعويض عند نهاية مدته ، والمحتكر الحق فى الرهن والتنازل عن حقه بكل حرية .

بند [٥٤]

الشريع الإسلامى — حق الاستعمال هو حق المنفعة للشخص الذى منح ذلك من المالك = وليس هذا حق انتفاع فلا يجوز للشخص المستعمل إلا استيفاء المنفعة هو بذاته فليس له الإيجار ولا الهبة ولا الاعارة للشيء الذى له حق الاستعمال عليه فقط ويتحقق هذا فى :

أولا — الإعارة التي قيدها المغير بعدم جواز إعارتها ولا الانتفاع بها لغير المستعير بشرط صريح أو ضمنى أو عرف أو عادة ، فالانتفاع خاص بشخص المستعير حياته أو مدة الإعارة .

ثانيا — المنافع الموضوعة أصالة لوصف خاص كوقف على طلبه العلم للسكنى أو سبيل للشرب مثلا أو على إمام أو مدرس ملحوظا في ذلك مادام بهذا الوصف فلا يجوز له استعمال غير المنفعة بذلك شخصيا حتى ليس له أن يزيد عن العرف والعادة في الاستعمال ، فلا يجوز لساكن بيت الوقف إسكان غيره معه ولو كان لا يتناول منه أجرا ولا يجوز استعمال ماء الشرب في سبيله في غسل ثياب أو شرب دواب إذا كان للإنسان مثلا .

ثالثا — العمرى — وهى تمليك منفعة شئ مملوك عقارا أو غيره إنسانا أو غيره كفرس وبغير حياة المعطى بغير عوض أو حياة المعطى أو حياة أجنبي ، وهى كالهبة في الحوز والصحة والبطالان .

ففي كل هذه الأحوال وما مائلها حق الانتفاع مقيد بالشخص المنتفع فلا يورث عنه ولا يوهب ولا يؤجر .

وهو حق عيني إن تعلق بالعقار وحق شخصي إن تعلق بمقتول ، وقد يكون مدى الحياة كالعمرى أو الوقف إذا شرط في الوقف ذلك ، وهو مجزؤ للملكية لأنه يأخذ المنفعة فتبقى العين المستعملة للمالكها ترد له أو لورثته بعد نهاية الاستعمال .

أما واجبات المستعمل فهى نفس واجبات المستعير ولا يدفع المستعمل الضرائب إلا لشرط أو عرف .

ويتلشى الاستعمال هنا كما يتلشى في الإعارة ويزيد هنا وفاة المستعمل لأن المنفعة لا تورث فترد العين للمالكها إن كان حيا أو لورثته إن مات .

وحق السكنى هو كحق الاستعمال في الإعارة فلا يورث ولا يؤجر ولا يوهب .

الحكر — هو العين الموقوفة تؤجر لمدة طويلة بأجر زهيد غير مقيد بـمدة وهو حق منفعة لا انتفاع فيورث ويؤجر ويوهب من الحكر ، وهو متعلق بمنفعة العين المحكرة مع بقاء العين ملكا للوقف وهو من باب الإجارة وإنما يمتاز بطول المدة وقلة الأجر ، وهو لا يكون إلا للعقار ويشترط فيه أهلية المتعاقدين للالتزام .

ولا دخل لصاحب العين المحكرة سوى قبض أجر الحكر ومن حكر عليه البناء والإصلاح الخ وهو مالك لما يقيمه وما يغرسه فإن انقضى الأجل سلم الأرض عارية مما له عليها بدون رجوع على المالك بأي شيء

بند [٥٥]

حق الارتفاق العيني

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : حق الارتفاق هو تكليف مفروض على ملكية للاستعمال ومنفعة ملكية مملوكة لشخص آخر ، ويسمى الملك المفروض عليه الخدمة (ملك خادم) ، والملك المفروض له الخدمة (ملك سائد) ، كحق النظر على الملكية المجاورة أو حق المرور على أرض الغير ،

قواعد الارتفاق العيني — لوجود ارتفاق حقيقى بمعناه القانونى يجب وجود شرطين :

أولاً — يجب أن يكون حق الارتفاق مرتباً لصالح عين مملوكة لا لصالح شخص ، بمعنى أن حق الارتفاق يزيد فى قيمة العين المرتب لها ، فحق الصيد براً وبحراً المرتب على عين مملوكة للغير ليس حق ارتفاق بل هو حق شخصى .

ثانياً — يجب أن يكون الملك الخادم والملك السائد مملوكين لشخصين مختلفين ، فإن اجتماعهما فى ملك واحد زال حق الارتفاق .

وصفات حق الارتفاق القانونية هي :

١ — حق الارتفاق من الحقوق العينية .

٢ — حق الارتفاق من الحقوق العقارية فهي مرتبة على عقار لصالح عقار فتنقل مع العقار الخادم ومع العقار السائد .

٣ — حق الارتفاق من الحقوق العينية التابعة فهو يكون جزءاً من العين التابع لها ضمن ملكية واحدة فهو جزء لا يتجزأ منها فلا يصح بيعه ولا حجزه ولا رهنه ولا نزاع ملكيته منفرداً عن العين التابع لها بل يجب أن يتحمل كل تصرف صادر من صاحب العقار التابع له حق الارتفاق على ملكيته .

٤ — حق الارتفاق من الحقوق المجزئة للملكية ، لأن الملكية السائدة تجنئ فوائد من الملكية الخادمة بأخذ الماء أو بحق المرور أو حق النظر مثلاً .

٥ — حق الارتفاق من الحقوق المؤبدة ، فهو ينتقل مع العين التابع لها بلا نهاية فلا يزول بموت مالك العين الخادمة أو المخدمة بخلاف حق الانتفاع والسكنى ، ومع ذلك فيجوز تحديد مدة الارتفاق فيمضى في نهاية مدته كما يمضى بعدم الاستعمال مدة ثلاثين سنة .

٦ — حق الارتفاق ليس مجزئاً ولا قابلاً للتجزئة — يعني لا يوجد حق ارتفاق دون حق استعماله ولا بعض من حق الارتفاق من نوع واحد ، فهو موجود مستعمل وموجود أو لا موجود ، فلا يجوز لمالك جزء من عقار كثلث أو ربع ترتيب حق ارتفاق بدون قبول الآخرين الشركاء معه فيترتب على الكل ولا يسقط الحق بمضى المدة بالنسبة لأحد الشركاء مادام هناك مانع من ذلك كقصر أحد الشركاء حتى ولو ترك أحد الشركاء استعمال حق الارتفاق ثلاثين سنة إذ يجب أن يكون السبب في السقوط عاماً وشاملاً لكل الشركاء .

بند [٥٦]

حقوق الارتفاق وهي الحقوق القسرية :

التشريع الاسلامي — حق الارتفاق هو الحق المفروض على ملكية لمصلحة ملكية أخرى من رى وصرف ومرور ونظر وماء عين ومطر ، فالحقوق المتعلقة بالأراضي إما لمصلحة العامة كالطريق أو لمصلحة البلدان والبحور ونحو ذلك كحريم البلد والبحر أو لمصلحة الآحاد كسقى الأعلى وتقدمه على غيره في سائل مطر مباح .

والحقوق القسرية منها ما هو مبني على العرف كإعارة الأرض للغرس أو البناء من غير تعيين مدة مع حصولها ، وما هو مبني على النصوص الشرعية كحفر الخنادق وقسمة المال المشترك وفتح شباك يطلع على جاره وإحداث ميزاب يصب في أرض جاره ، وكحقوق التطرق والمرور بأرض الغير فلكل أحكام شرعية لا يصح تجاوزها .

ولتحقق حق الارتفاق يلزم أن يكون الحق لمصلحة عقار مباشرة كسقى أو صرف أو غير مباشر كحق المرور والتطرق بأرض الغير ليصل إلى ملكه ، وأن يكون المالك للأرضين مختلفاً ، وأن يكون الحق مرتباً على أرض لا على شخص فإن تحقق ذلك وجدت حقوق الارتفاق بمعناها الحقيقية .

وعلى هذا فهي حقوق عينية عقارية تابعة للملكيتين متعلقة بالعين الخادمة والمخدومة تعلق الجزء بالكل ، فكل تصرف في العين المرتب عليها حق الارتفاق يحمل التصرف فيما ترتب عليها من حقوق للغير .

وحق الارتفاق جزء من ملكية العين ، وهو باق ما بقيت العين المرتب لها وعليها ، وليس

حق الارتفاق مجزأً ولا قابلاً للتجزئة ، فمن لهم حق التطرق في أرض الغير لأرض مشاعة بينهم واقسموا الأرض التي لها حق التطرق فإن لهم الحق المذكور شائعاً بينهم كما كان قبل القسمة .

بند [٥٧]

القانون الفرنسي

ترتيب حق الارتفاق :

أولاً — بالنظر إلى العين السائدة . قد يكون حق الارتفاق مرتباً على مبنى في المدن أو القرى وقد يكون مرتباً على أرض غير مبنية كذلك .

ثانياً — بالنظر إلى شكل وجود الارتفاق ، يكون ظاهراً أو غير ظاهر ، مستمراً أو محدوداً سالباً أو موجباً فيكون ظاهراً إذا أمكن رؤيته وكان مشاهداً كحق النظر فهو منظور في شباك يطل على الجار ، وغير ظاهر إذا لم يظهر له أى أثر كحق منع البناء أو عدم رفع بناء يضر بالجار ، فتطبق قاعدة (التصرف كأب العائلة) على حق الارتفاق الظاهر دون غير الظاهر . ويكون مستمراً وهو الذى لا يحتاج لعمل أحد لاستعماله بل المفروض استعماله بمجرد وجوده كحق النظر فهو موجود بمجرد الفتحة التى تطل على المالك المجاور وكبر الماء من العين الخادمة ، ويكون غير مستمر إذا كان وجوده يحتاج لعمل أحد كحق المرور أو نزح المياه من البئر أو الرعى ويكون حق الارتفاق مانعاً أو موجباً حينما يجب على مالك العين الخادمة الامتناع عن فعل شئ معين .

ثالثاً — بالنظر إلى مأخذ حق الارتفاق ، يؤخذ حق الارتفاق من ثلاثة أشياء :

١ — حق الارتفاق الناتج من حالة الأمكنة الطبيعية .

٢ — حق الارتفاق المرتب بنص القانون .

٣ — حق الارتفاق المرتب بفعل الأشخاص .

ويلاحظ أن حقوق الارتفاق الناتجة من حالة الأمانة الطبيعية هي محدودة بالقانون أيضاً كحق الارتفاق المرتب قانوناً ، إلا أنه رجع في تحديد الطبيعة إلى الطبيعة ورجع في القانونية إلى اختياره في التحديد لحق الملكية .

ويلاحظ كذلك أن النوعين الأولين ليسا من حقوق الارتفاق بالمعنى الخاص لهذه الكلمة ولكنها استثناء من الحقوق العامة للملكية .

بند [٥٨]

ترتيب حق الارتفاق

التشريع الإسلامي — إن ترتيب حق الارتفاق على هذا الوجه ترتيب اصطلاحي نظامي لحقيقة الشيء ولكن لا دخل فيه للقواعد الفقهية والأحكام المستنبطة من قواعدها فلا مانع صناعة من اتباع هذا الترتيب .

فقد يكون حق الارتفاق في القرى والمدن كما يكون في الحقول وقد يكون لزراع أو لسكن ظاهراً مأموساً أو مقدراً كفتح كوة (شباك) على الجار ، وقد يكون مستمراً وغير مستمر الخ . ويؤخذ حق الارتفاق من طبيعة الأشياء ومن ترتيب القانون ومن اتفاق الطرفين على وجودها وسيأتي الكلام على ذلك مفصلاً في موضعه لأن المقارنة بين القوانين اقتضت منى أن أضع أولاً النص الوضعي ثم أتبعه بما يقابله في التشريع الإسلامي ، على أني قد اتبعت نظمهم في ترتيب التأليف ليكون أوفى لمن لم يتذوقون الترتيب الفقهي الإسلامي لأنني وضعت هذا المؤلف لهم .

بند [٥٩]

حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة

الفانود الفرنسي :

أولاً — في حق الارتفاق الطبيعي من الماء ، هذا الارتفاق يتكون من أن العين البعيدة (السفلى) تكون خاضعة إلى العين القربى (الدنيا) في أخذ المياه التي تسيل طبيعياً بدون عمل لأحد في توزيعها ، المالك الأسفل لا يمكنه إقامة جسر أو سد لمنع سيلان هذا الماء ، كذلك المالك الأعلى لا يمكنه عمل أى شيء يمكن به مضاعفة هذا التكليف بالنسبة للمالك الأسفل .

وقد زادت حقوق الارتفاق على الوجه الآتى بق ٨ أبريل سنة ١٨٩٨ كما يأتى .

يجب على المالك الأسفل قبول سيل الماء من الملكية العليا حتى المياه التي أسأها المالك الأعلى في ملكه كماء النبع أو ماء المطر ، لكن هذا أخرج حق الارتفاق من الطبيعي إلى الصناعى فكل مرة يصل الضرر من الملكية العليا إلى السفلى يجب تعويضها .

ويخرج من تطبيق هذا القانون المساكن والحدائق والحيشان والبحيرات الصغيرة والزرائب إذا كان مرتباً عليها حق الارتفاق .

ثانياً — في ترتيب استعمال الماء ، حق الملاك في استعمال الماء يختلف باختلاف طبيعة الماء كماء المطر أو ماء النبع أو الماء الجارى من الأنهر .

١ — ماء المطر ، المالك الذى ينزل ماء المطر في ملكه له الحق في استعمال هذا الماء وترتيبه كما يرى لأنه ملكه بالاحتلال .

٢ — ماء النبع ، فإن كان النبع صغيراً فهو ملك لمن نبع في ملكه فيستعمله أو يردمه

أو يبيعه للغير كما يرى ، ويمكن ترتيب حق ارتفاق على هذا النبع للملكية السفلى بعمل المالك نفسه كما أنه يتملك هذا الحق بمضى المدة بشرطين :

١ — أن يعمل مالك الأرض السفلى عملاً مستمراً تاماً مخصصاً لاستعمال ماء هذا النبع مع تسهيل مروره في ملكه وهذا العمل يكون في أرض نبع الماء .

ب — أن يمر ثلاثون سنة من تاريخ هذا العمل .

واستعمال ماء هذا النبع بمعرفة المالك مقيد بعدم منع الأهالي من أخذ الماء المحتاجين إليه نظير تعويض له اتفاقياً أو بحكم قضائي .

وإن كوّن النبع له مجرى وأصبح عاملاً وجارياً فحكمه حكم الماء الجارى الآتى بيانه ، يعنى للمالك حق الاستعمال ولا يمكنه تحويل الماء عن مجراه إذا أضر بالآخرين الذين بعده ، وللمحاكم سلطة تقدير النبع وجعله من النوع الأول أو النوع الثانى .

٣ — ماء جار (الأنهر) ، الماء الجارى قسمان : ماء قابل للملاحة والسباحة ، وماء غير قابل لهما :

فالأول — يدخل في أملاك الدولة العامة وليس لملاك الشواطئ أى انتفاع بالماء .

والثانى — لملاك الشواطئ الحق في استعمال مائها وحق استعمال مائها يدخل فيه سقى أرضهما التى على الشاطئين بل والتى ليست مجاورة للنهر ، ويجب الخضوع للأوامر الإدارية في استعمال وتركيب الآلات الرافعة للماء أو في وضع سد لحجز الماء .

ويجوز لمالك الشاطئ استعمال الماء في توليد الكهرباء متى ملك شخص واحد حافى النهر أو متى اتفق المالكان المتقابلان على ذلك ، إلا أنه لا بد من الإذن الإدارى حسب الأوامر المتعلقة بهذا .

ثالثاً — وضع سياج الميراث ، اعترف القانون بالحرية الكاملة لكل مالك في عمل

سياج للملكه أو عدم عمله ، بخلاف القانون القديم فقد قيد هذه الحرية بحق الصيد للسنوور
وحق رعى الغنم فى الحقول بعد ضم الزرع الذى يشترك فيه كل ساكن .
وحرية تسوير الملك ترتفع عند وجود حق الارتفاق بالمرور أو على الأقل يجب عليه احترام
حق الارتفاق الذى للغير .

رابعاً — فى الحدود بين جارين ، وهى عملية الغرض منها وضع حد فاصل بين حقلين
متجاورين وتحقيقه بواسطة علامات داخلية تسمى حدوداً .

وقد عرف القانون حق التحديد لكل مالك مجاور لآخر فيجوز له جبر جارة على التحديد
قانوناً وليس هذا من قبيل حق الارتفاق ولكنه حق فرضه القانون ، والتحديد محتاج إلى
معرفة مساحة عقار الجارين وإلى وضع الحد الفاصل بين المالكيتين ، وقد يحصل بالاتفاق بين
الجارين وإلا بالقضاء ، والمختص قاضى الصلح ما دام لا نزاع فى الملكية ، ومصاريف ذلك
على الجارين .

بند [٦٠]

حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة

التشريع الإسلامى — حق الارتفاق الطبيعى من الماء ، العين السفلى البعيدة عن مجرى
الماء تأخذ ماء ربيها من العين العليا القريبة من مجرى الماء أو تأخذ ماء ربيها من المياه التى تسيل
طبيعياً بدون عمل لأحد فى توزيعها .
وليس للمالك العين العليا إقامة حاجز أو سد لمنع سيلان الماء (على النحو الآتى تفصيله) .
أما ماء الرى من نهر جار فيؤخذ من الأرض المجاورة للماء إلى الأرض البعيدة عنه جبراً
من أقرب نقطة تصل منها هذه المياه وكذلك ماء الصرف الذى يسيل من الملكية العليا إلى

الملكية السفلى ليصب في مصرف مياه الصرف العام مثلاً أو لأرض فضاء فإن كانت السفلى استعملت أولاً وأحيائها ربها قبل الأرض العليا فقد ترتب حق الارتفاق من رى وطريق على العليا بلا مقابل لأن إحياء السفلى تم أولاً — فإن كانت العليا تم إحيائها أولاً فلرب السفلى أخذ الماء والطريق من العليا لكن بدفع ثمنه ، وأما ماء الصرف أو الماء الفائض من العليا فعلى رب السفلى إمراره متى كان لا دخل للعليا فيه ولا يفيد في إصلاح أرضه كمطر غزير تجمع في العليا أو نبع فيها أكثر ماؤه فسال في السفلى .

فإن كان رب العليا يريد تجديد قوة أرضه بغسلها من الملح الموجود فيها أو أخذ راسب الماء من طمى النيل وما يحمله الماء معه من مواد مخصصة لأرضه فإن الأرض السفلى تحمله لكن بشمن المرور كمصرف أو نشاع مثلاً لأن مصلحة ذلك تعود على الأرض العليا ، وفي هذه الحالة قرب الملكية العليا مسئول عن الضرر الذى ينتج للسفلى من كثرة الماء أو تلف الزرع .

ترتيب استعمال الماء ، الحق المترتب على استعمال الماء يختلف تبعاً لطبيعة الماء ووجوده .
أولاً ماء المطر — لا يخلو حال المطر إما أن ينزل بأرض مملوكة لمعين أو ينزل بأرض مباحة لا ملك لأحد عليها ، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون المطر قليلاً لا يخرج من حيزه أو كثيراً يخرج في بقاع أو أراض عليها زرع ولها منتفعون .

١ — إن نزل المطر بأرض مملوكة لمعين وكان قليلاً لا يخرج من حيزه فهو ملك للمالك العين التى نزل بها المطر ، فله منعه من الناس وله بيعه ، فإن خيف الهلاك أو المرض الخطر على من لم يستعمل الماء وجب بذله له بدون ثمن عند الحاجة وإلا بأن وجد الثمن فالأرجح أخذه .
ومثل هذا في الحكم الماء المتجمع صناعياً من المطر بأرض مملوكة وماء البئر في جنة أو في بيت ، والماء في آنية لربها فله بيعه ومنع الناس منه إلا خوف الهلاك الخ .

٢ — إن نزل المطر بملك خاص وكان كثيراً يخرج في بقاع وأراض عليها زرع ولها منتفعون فينتفع أولاً من نزل المطر بأرضه ثم يرسل الباقي لمن يليه ، يعني يرسل ما زاد على انتفاعه العادي وليس له منع جميع الماء لما فيه من الضرر على من زرع وانتفع وله طلب تعويض من المنتفعين إذا كان إحياءهم بعده وإلا فلا .

٣ — إن نزل المطر بأرض مباحة أى لا ملك لأحد عليها فيسقى القريب من الماء أولاً إن تقدم إحياءه للكعب ثم يرسل لمن يليه جميع الماء أو ما زاد خلاف — وهذا في القليل والكثير وإن اتفق جماعة على إجرائه بأرضهم قسم بينهم على حسب أعمالهم من حين ابتداء جريه وإلا أقرع بينهم .

ثانياً ماء النبع — يعني ماء البئر — فإن كان البئر في ملك خاص فهو ملك للمالك الملك الخاص يتصرف فيه كما يشاء — ويرى المشرع الإسلامى أن لا يمنع الحطب والماء والنار والكلأ (المرعى) وقيد ابن رشد في البئر أو العين في أرضه بما لا ضرر فيه على المالك في الدخول للاستسقاء منها . وأما البئر التي في دار رجل أو حائطه التي قد حظر عليها فله أن يمنع من الدخول عليه فإن كان لصاحب البئر جار زرع على ماء بئر ثم هدم بئر وأخذ في إصلاحه وكان زرع هذا الجار قد خيف هلاكه ظناً وكان في ماء البئر فضل وجب بذل الماء له فيشترط لوجوب ذلك أربعة شروط :

١ — أن يكون في البئر الأولى التي لم تهدم فضل ماء زائد على احتياج صاحبها

٢ — خوف هلاك زرع الجار ظناً من عدم الرى

٣ — هدم بئر الجار التي زرع عليها فلو زرع أو غرس على غير ماء البئر فلا وجوب

٤ — أن يأخذ الجار في إصلاح بئر التي انهدمت وكان يمكن إصلاحها والا لم يجب عليه فتمت تحققت هذه الشروط أجبر صاحب البئر على بذل ماء بئر ، وهل يجبر بالثمن إن وجد أو يجبر مجاناً عند عدم الوجود أو حتى ولو وجد خلاف

ويمكن للمالك النبع ترتيب حق الارتفاق للغير على نبعه ولو استعمله المنتفع بدون اتفاق من المالك مدة تكفي للحيازة الشرعية بلا معارضة من المالك مع حضوره وعلمه فقد ملك حق الانتفاع منه .

ولمالك النبع حق منع الأهالي عنه عند عدم الحاجة إليه منهم وعدم الضرر له بسببهم فإن كانوا في حاجة إليه فله أخذ أجره الماء بشرط عدم ضرره في ذلك

كل هذا في بئر الحضر ، فإن كان في البادية وهي بئر الصحراء للماشية فيجب بذل فضل مائه هدرًا بلا ثمن ولو مع وجوده ولا يجوز له بيعه ولا هبته ولا يورث عنه - وهذا إن لم يبين المسكية عند حفره فإن أشهد عند الحفر أنها له اختص بها لأنها إحياء الموات فإن زاد ماء النبع حتى كون له مجرى فحكمه كما يأتي في ثالثاً (الماء الجارى) فللمالك حق الاستعمال وليس له منعه ولا تحويله عن مجراه الطبيعي

ثالثاً - الماء الجارى (كالنيل والأنهر الأخرى) الماء المباح الذى لا ملك لأحد عليه كماء النيل أو دجلة والفرات أو كماء الأودية والجبال الذى يتوسط أملاكاً لمتعدين يقسم بينهم فى الاستعمال إن لم يف السكل دفعة واحدة والقسم بينهم بطريق الشط أو بطريق الطول من ناحيتى النهر فكل قسم له شرب معلوم . وتستوى الأنهار القابلة للملاحة والسباحة وعدم القابلة لهما لأنهما معاً من أملاك الدولة والماء ملك مشاع للجميع مادام ليسا فى ملك أحد . فإن مر النهر أو الجدول من ملك أحد فليس له إلا الانتفاع فقط وليس له منع الماء أو استعمال ما يمنع أو يعطل الانتفاع به

وعلى من ملك الشط أو الشاطئ الخضوع لما أمر به أو يأمر به فى ترتيب الانتفاع بالماء ويحرم استعمال الماء للرى فى غير دوره لأن نظم الانتفاع من الحق العام فلولى الأمر ترتيب عقاب على من يخالف نوبة الماء وزجره عند التعدى على حقوق الآخرين

وأما وضع سياج الميراث فهو حق للورثة المالكين إن شاءوا وضعوه وإن شاءوا لم يضعوه
ويحبر الممتنع من تحمل ما أنفق في سبيل ذلك حسب الرؤوس ولا يجوز التعدي على حق
الارتفاق المرتب على العين بأى نوع من منع استيفائه أو تقليل استغلاله لأنه حق للغير ويجب
احترام حقوق الغير والمحافظة عليها

وأما الحدود بين الجارين فتتحقق بعلامات فاصلة كأحجار أو حديد تدق في الحد الفاصل
لتمييز كلتي المملكتين - أو بعمل مصرف فاصل أو يمجى ماء كذلك ويملك كل جار نصفه
وقد شدد المشرع الإسلامى في تحديد العقار حتى أنه في ذكر حدوده في الدعوى عند النزاع أو
في البيع أو الهبة أو الرهن النخ اشترط ذكر ما يعرف به من مقاس طولاً وعرضاً ونهاية حدوده
الأرض بجيرانه وفاضل الجيرة النخ .

فإذا كان الحد موجوداً فعلا بين الجارين وجبت المحافظة عليه منهما وإن لم يكن موجوداً
وكان بينهما حسن جوار ورضيا بذلك فيها وإن طلب أحدهما التحديد وجب على الجار الثانى
إجابته لذلك بما يقتضيه العرف والعادة وإن لم يحبه أجبر شرعاً على ذلك فإن فعل فيها وإلا
عمل وألزم بما يخصه من نفقات وألزم بدفعها لجاره حسب رءوسهم ويدخل فى النفقات أجرة
قاسم وقياس وكاتب ومقوم النخ .

بند [٦١]

حقوق الارتفاق المرتبة بالقانون

القانون الفرنسى

حقوق الارتفاق المرتبة قانوناً إما أن يكون أساسها المصلحة العامة كالطرق والشوارع
والخدمة العسكرية وإما أن تكون مرتبة لصالح الملاك الخاص وذلك :

أولاً - في الحازر المشترك - وهو الملكية المشتركة في حازر مستعمل في الفصل بين ملكيتين متجاورتين مع عدم الانقسام الجبرى .

والحائط المشترك يكون حازراً مشتركاً متى أقيم بنفقة المالكين المتجاورين ويفرض القانون أنها حازر مشترك متى استعملت بين سكنين حازراً أو بين حوش و بستان ولكن متى ظهر أنها مملوكة لأحد الجارين بأدلة أو علامات في البناء فهى له ، ولكن للجار المقابل الحق في تملك نصف هذا الحائط بقوة القانون وعليه نصف ما تكلف ونصف ثمن أساسها ، وحق المالكين في الحائط الفاصل مقيد بما يأتى :

١ - إن قاعدة عدم إبقاء شئ لا ينقسم في ملكية غير واحد بدون إرادتهما لا تنطبق هنا بل تبقى الحائط غير منقسمة ما دامت حازراً بالرغم من إرادة أحدهما القسمة .

٢ - إن حق عدم استعمال الشئ المشترك إلا بإذن ورضا جميع الشركاء لا يطبق هنا فلكل واحد منهما استعمال هذا الحائط بدون رضى الجار بشرط عدم المساس بحقوق جاره ، وليس لأحدهما إدخال شئ في الحائط أو الاستناد عليها فيما يضر بها بدون إذن جاره .

٣ - كل شريك يمكنه تعليمة الحائط المشترك وعليه تقع النفقات وحده ، وإذا كانت ضعيفة من أصلها فعلى مر يد تعليتها بناء أساسها على نفقته .

وعلى الجارين تعهد الحائط وإصلاحها وإعادةها متى هدمت على نفقتهما بالاشتراك .

في الحواجز الأخرى المشتركة - كل حازر يفصل بين ملكيتين يكون مشتركاً ما دامت المالكيتان مقفلتين أو مسورتين أو انهما معاً غير مقفلتين كسياج أو قناة أو درابزين حديد الخ فيفرض القانون الشركة في كل ذلك إلا إذا ثبت بأدلة أو ظهرت قرائن فيعمل بها وتكون لصاحبها وحيثئذ فليس للشريك الآخر جبره على تملك النصف فلا يكون ذلك إلا في الحائط فقط ، وإذا كان الحازر أشجاراً شركة فلكل منهما نصف الثمر أو الشجر ولهما إزالتها .

ثانياً — في الحاجز الجبرى — الواجب المفروض بالتقابل قانوناً ، يفرض القانون على الملاك المتجاورين وجوب تحديد أراضيهم في المدن والضواحي مع إعطاء كل واحد منهم حق الزام الآخر في المشاركة في بناء أو ترميم الحاجز الفاصل بين بيوتهم وحيشاتهم ومسكنهم ، وهذا واجب قانونى حتمه القانون لا حق ارتفاق .

هذا الواجب يكون في المدن والضواحي فقط فإن لم يكن في أى قسم إدارى أو امر تقتضى ذلك فلمحاكم تقدير ذلك ، وان هذا النظام لا يقضى بالزام من أقام حاجزاً في ملكه وعلى مصاريفه باعطاء نصفه إلى جاره مع أخذ نصف تكاليفه .

بند [٦٢]

مفوق الارتفاق المترتبة شرعاً :

التشريع الإسلامى — سبق أن قلنا ان الحقوق المتعلقة بالأراضى إما أن تكون للمصلحة العامة كطريق عام أو لمصلحة البلدان — البحور — أو نحو ذلك كحريم البلد والبحر — وإما أن تكون لمصلحة الفرد كسقى الأعلى وتقدمه على غيره إذا سال مطر بمباح .
الحاجز المشترك بين ملكيتين — لا يخلو حال الجارين مما يأتى :

أولاً — أن يتفقا على إقامة حاجز مشترك بينهما مناصفة أيّاً كان نوع الحاجز من بناء أو شجر أو خشب أو حديد فلا نزاع في أن كل واحد منهما يملك نصفه متى اتفقا على ذلك ودفع كل منهما نصيبه في النفقات وكان على الحد الفاصل مناصفة في مكانه ، فإن اتفقا على أن لواحد منهما الثلث وللآخر الثلثان ، أو لأحدهما الربع وللآخر الثلاثة أرباع صح ذلك وجاز

فلهما كل حرية فيما يتفقان عليه ولا دخل للقانون ولا للتشريع فيما لا يضر المصلحة العامة ولا يخالف كتاباً ولا سنة ولا اجماعاً .

ثانياً — ادعى كل منهما ملكية حاجز موجود بالفعل فينظر إلى طبيعة الشيء بعد العجز عن البينة ، فمن وجدت أوجه اللبن والآجر (الطوب النيء والطوب الأحمر) نحو ملكيته والطاقت ومعاقد القمط كذلك فهي له ، فإن قدم أحدهما بينة وصحت شهادتها أو حجة مكتوبة صحيحة عمل بها وحكم له ، أو قدم كلاهما بينة وتعادلتا ولا مرجح أو لم يقدم أحد منهما شيء نظر للعلامات المذكورة بمعرفة أهل الفن والا بأن لم تكن بينة أصلاً أو كانت دون مرجح فالحاجز مشترك بين الجارين ، لأن الأصل عند الجهل الاشتراك .

فإن ثبت أن الحاجز ملك لأحد الجارين فليس لجاره عليه من حق في تملك نصف هذا الحاجز إلا برضاه لأن هذا من قبيل إخراج ملك المالك بدون مبرر شرعي فإن شاء المالك أشركه وإن شاء منع ، على أنه ليس للمالك الجدار السائر لجاره هدمه ضرراً وإلا ألزم بإعادة بنائه فإن هدمه صاحبه لإصلاح أو انهدم الجدار من نفسه فلا يلزم للمالك برده ثانية ويقال للجار المنكشف أستر على نفسك إن شئت في ملكك .

ومتى ثبتت الشركة بينهما في الحائط الحاجز بينهما فليس لأحدهما وضع جذع أو خشبة فيه أو استعمال في غير ما أقيم له بغير إذن شريكه ، وليس لأحدهما طلب القسمة فيه متى اضررت القسمة بجاره وإلا فإن اتفقا على قسمته حتى وهدمه جاز كأي شيء مملوك لشريكين فأكثر مثلاً ، ويجوز تعلية هذا الحائط من أحد الشريكين بإذن شريكه وعلى الباني حصصة ما انفق فقط ، فإن لم يأذن الشريك فلا يجوز البناء عليه ككل مشترك ، فإن هدمت الحائط المشتركة أو احتاجت لإصلاح وجب على الشريكين ذلك ويجبر من أبى على ذلك .

وأما الحواجز الأخرى — فكل حاجز يفصل بين ملكيتين يجوز أن يكون مشتركاً

ويجوز أن يكون لواحد إما بطريق الاتفاق أو بطريق القضاء فيفرض القانون الشركة عند عدم الأدلة أو عند تعادها وعدم وجود مرجح أو عند عدم الاهتداء بعلامات فنية ، فإن ثبت لأحد الجارين فليس للآخر جبره على الشركة فيه كما سبق بيانه ، وإن كان الحاجز أشجاراً وملكا لها فعلى قدر الملكية تكون المنفعة فإن كان على النصف فلكل واحد النصف في الشجر والثمر وما ينتج الخ .

وأما الحاجز في المدن والضواحي فليس بواجب أصالة إلا إذا أوجبه الحاكم لأنه للمصلحة العامة لوجود التشاحن والادعاءات بالحق والباطل وجور الجيران وتظالمهم ويحجر الجار على بناء وترميم الحاجز الفاصل المشترك في هذه الحالة ، على أن من أقام حاجزاً في ملكه وعلى نفقته فليس ملزماً بمشاركة جاره فيه فهو حر التصرف في ملكه .

بند [٦٣]

القانون الفرنسي —

عانة ملك منزل واحد لعدة أشخاص لكل واحد دور خاص :

متى وجد منزل لعدة شركاء كل واحد يملك سكناً فيه فهم جميعاً شركاء ولو أن كل واحد يملك سكنه خاصة فقط وهم شركاء غير منفصلين في الأجزاء العامة للمنزل كأرضه وحوائطه الكبيرة وسقفه الأعلى .

حق الملاك :

كل واحد من الملاك له الحق في استعمال سكنه والاستمتاع به والتصرف فيه ، فيحدث أى تغيير فيه أو نظام بشرط عدم الإضرار بالشركاء الآخرين وله الحق في استعمال الشيء العام

للمنزل ، إذا سقط المنزل من قدمه فلـكل واحد طلب حقه في بيع الأتقاض والأرض ، كذلك إذا نزع ملكيته للمنفعة العامة فلـكل واحد حق التعويض عن سكنه .

واجب الشركاء :

عليهم النفقة العامة حسب ملكيتهم وإصلاح الحائط الكبير والسطح ودفع الضرائب الخ وعلى كل واحد نفقة وإصلاح سكنه خاصة ، ومالك أول سكن يقيم السلم ليصل لدوره فقط والثاني لسكنه وهكذا .

وجوب ترك مسافة للمزروعات :

المالك الذي يريد زراعة شجر أو شجيرات في ملكه يجب عليه ترك مسافة بجوار ملك جاره ، فإن وجد عرف أو تعليمات إدارية وجب اتباعها وإلا فيجب ترك مسافة مترين إذا كان طول الشجر يزيد عن مترين ، وإذا كان طولها أقل وجب ترك مسافة ٥٠ سنتيمترا .

فإن خالف المالك ولم يترك ذلك حق لجاره أكرهه قانوناً على قلع هذه الأشجار أو قلعها حتى تصل لما يريد ، فإن طالت فروع الشجر أو أصولها من ملكية ودخلت ملكية الجار وجب عليه قطعها وللجار أكرهه قانوناً على ذلك فإن سقطت ثمرة هذه الفروع في أرض الجار حق له أخذها .

هو الارتفاق المخصص لتسهيل الري أو اصلاح الأراضي :

يوجد ثلاثة أنواع في حق الارتفاق المخصص لذلك : (١) مجرى ماء . (٢) استناد .

(٣) صرف .

١ — مجرى الماء للرى — يجوز لكل مالك يريد سقى أرضه من ماء طبيعى أو صناعى أن يمرر قناة مائه فى الملكية الفاصلة بين حقله والماء بشرط دفع تعويض مقدم وعادل للمالك الملكية الفاصلة وتعفى من الارتفاق هذا المنازل والجنائن والحيشان .

٢ — سد الماء للرى — يجوز للمالك شط النهر أن يقيم سداً حاجزاً للماء ليرتفع فيروى أرضه بشرط تعويض المالك المقابل له على النهر مقدماً وكافياً .

٣ — الصرف للأرض الضعيفة — يجوز للمالك الأرض الضعيفة المراد إصلاحها وتنقيتها من الأملاح إنشاء مصارف فيها تمر من ملك الغير لتصب فى مجرى الماء أو فى بحيرة أو غيرها لصرف الماء المستعمل فى احياء هذه الأرض ، وعليه تعويض لكل من مر المصرف فى ملكه يدفع مقدماً وعادلاً ، ولا تدخل المساكن وما يتبعها فى ذلك الارتفاق .

بند [٦٤]

التشريع الإسلامى

فى ماله ملك عدة أشخاص لمنزل واحد لا يخلو الحال :

- ١ — إن كانوا غير ساكنين فيه فتعميره على الجميع كل حسب نصيبه حسب اتفاق المالك فإن امتنع أحد الشركاء من التعمير أجبر على ذلك على نفقته فيما يخصه .
- ٢ — إن كانوا ساكنين فيه اتفاقاً وكان حصة الجميع مشاعة كالربع لكل واحد فهم شركاء فى أرضه وبنائه الموجد لساكنيه من حوائطه الكبيرة وسقفه جميعاً فإن كان بينهم اتفاق على التعمير عمل به وإلا فتكون الجدران الكبيرة والصغيرة على جميع الملاك فكل يدفع مضاريف النفقة على حسب (الحصة التى يملكها) .

فهم جميعاً شركاء ولو أن كل واحد يملك سكنه خاصة فقط وهم غير منفصلين في الأجزاء العامة للمنزل ، فلكل واحد الحق في استعمال سكنه والاستمتاع به وتغيير نظامه بشرط عدم الإضرار بشركائه ، وله الحق في استعمال الشيء العام للمنزل من محتطب وطرح زباله وماء ميزاب ومرور الخ ، فإن سقط أو نزع ملكيته فهم فيه شركاء حسب أنصبتهم فيه ، وأموال الحكومة على الجميع كل حسب نصيبه .

٣ - إن كانوا ساكنين فيه لكن كل له سكن ملك كمن اشترى هواء فوق منزل دوراً واحداً فأقام سكنه فوق الدور الأول وسكنه ثم جاء ثان واشترى الهواء فوق الدور الثاني وبنى سكنه دوراً ثالثاً فأصبح البيت مشتركاً بين ثلاثة أشخاص لكن كل له ملكية خاصة بحدود معلومة مميزة عن الأخرى ، فلكل واحد التصرف في دوره كما يشاء من بيع وهبة ورهن الخ . وعلى كل واحد تعهد دوره وعمارته منفرداً بلا تدخل الآخرين بشرط عدم الإضرار بالشركاء . فإن اختل الدور الأسفل واحتاج لعمارة لمنع سقوطه وجب على مالكة أن يعمر ما وهن أو يبيع لمن يعمر دفعاً لضرر الأعلى وعلى ذي السفلى التعليق للأعلى حتى يفرغ من إصلاحه وقيل التعليق على رب العلو ، فلو سقط الأعلى فهدم الأسفل أجبر رب الأسفل على البناء أو البيع لمن يبني ليتمكن الأعلى من البناء وهكذا حتى يأخذ كل ذي حق حقه .

ولا ضمان على صاحب الأعلى الذي هدم الأسفل بسقوطه إلا بشرط الإنذار عند الحاكم ومضى مدة يتمكن فيها من الإصلاح ، وكذا ان وهى الأسفل وخيف بانهدامه انهدام الأعلى فإن الأسفل الذي هدم الأعلى بانهدامه لا يضمن الأعلى إلا إذا أنذره عند الحاكم ومضت مدة يتمكن فيها من الإصلاح .

وعلى الأسفل السقف الساتر وعلى الثاني عمل السلم إلى ملكه وعلى الثالث عمل السلم من الثاني إلى الثالث ملكه ، ويتبع العرف من إصلاح بئر ومرحاض ومرافق المنزل ، وإلا فعلى الجميع بقدر الجاهم ، وعوائد الحكومة كل حسب نصيبه .

شركة الرمي والطاحون والبئر :

إذا عمر أحد الشركاء الرمي أو الطاحون مثلاً وأبى شريكاه من تعمييرها معه قبل حكم حاكم عليهما بالبيع أو التعمير فالغلة بعد التعمير للشركاء جميعاً بعد أن يستوفي المعمر من الغلة ما أنفق على عمارتها ، فإن أذنا في العمارة أو عمر وهما ساكتان فيرجع المعمر عليهما بما أنفق في الزمة لا في غلة الرمي أو الطاحون .

وهذا الحكم يسرى في كل ما لا ينقسم وملاكه كثيرون (أى فيه شركاء) كحمام وفرن وحانوت و برج وطاحون .

فإن ترفع الشركاء أو أحدهم وطلب من القاضى أمرهم أو أمر الممتنع بالتعمير معه فيقضى على الآبى بالتعمير على حقه أو البيع لمن يعمر .

وأما العين أو البئر — فمن امتنع عن تعميير عين أو بئر فيقال للشريك عمر ولك جميع الماء ما لم يدفع لك ما يخصه من النفقة فإن لم يدفع فالماء للمعمر ولو زاد على ما أنفق ، وقيل : له من الماء قدر ما أنفق .

وهوب ترك مسافة للمحزروعات :

الشجر على أنواع وصكم مختلف :

١ — شجر يراد لظله وخشبه وهو شجر يعمر كثيراً فتمتد أغصانه فيستظل به الناس وتمتد جذوعه الأرضية لمسافات بعيدة والأرض التي يعمرها ظله أو تنفذ إليها جذوره لا تصلح فيها زراعة لأنه يحجب الشمس والهواء عن سطح الأرض ويأكل نخاع الأرض فلا يترك غيره يعيش إلا هزيباً لا يرجى منه نفع وذلك كشجر الجيز واللبنخ والتوت والصرو والكافور الخ .

فإذا زرع جار مثل هذا الشجر في حدود ملكيته بينه وبين جاره فللجار الحق في رفعه للحاكم فيقضى بالازالة مادام الضرر محققاً منها في الفروع أو الجذور فإن كانت قديمة وامتدت جذوعها أو فروعها في ملك الجار قضى بقطع الفروع أو الجذور من ملك الغير (الجار) متى حصل الضرر فإن كانت الشجرة نفسها قديمة فلا يقضى بقلعها .

والضرر كما يكون لأرض الجار المعد للزراعة كذلك يكون لبستانه أو لبيته أو لملكه أيّاً كان .

٢ — شجر يراد لثمارة — أما شجر الثمر كالمواخ والتين والجوافة الخ فمثل هذه الأشجار لا تعمر كثيراً فيجب عند زرعها في الحدود أو قريباً من أرض الجار ترك ما لا يمكن لمثل هذا الشجر أن يتعداه من الأرض أو الظل فإن لم يراع هذا وتسبب عنه أذى للجار أمر القاضي بقلعه متى تحقق له الضرر فإن سقطت ثمار هذه الأفرع المتعدية إلى الجار في ملك الجار فليس له أكلها إلا بإذن صاحبها .

حق الارتفاق المخصص للرى أو اصلاح الأرض — يجوز لكل مالك يريد سقى أرضه من ماء طبيعي أو صناعي أن يمر بقناة ماء في الملكية الفاصلة بين حقله والماء ، فإن كان الحقل الفاصل وجد وعمر أولاً يعني كانت ملكيته سابقة على الحقل البعيد عن الماء فيجب على من يريد الماء أن يعرض صاحب الأرض المتوسطة بينه وبين الماء عن قيمة مجرى الماء ، وإن كان الحقل البعيد عن الماء وجد وعمر أولاً ومر الماء قبل تعمير المتوسط وملكه لملكه فهو حق ارتفاق يبقى على حالة الأرض كما وجدها الثاني بلا تعويض لأن المفروض أن البعيد أحيا أرضه وخط لها قناة ماء أو صرف قبل أن تعمر الثانية فقد ملكها .

ولا يعني من حق الارتفاق هذا في الماء الجنات ولا المنازل ولا الحيشان لأن الحاجة الطبيعية لما يعيش به الإنسان والزرع وهو قوام حياته يجب أن تراعى وتمنح على حساب الجار بما لا يضره مع دفع التعويض وفي هذا عدل وأي عدل .

وأما إقامة السد للرى برفع الماء للشط ليعم أرضاً مرتفعة فهو جائز بشرط عدم الضرر بالغير فإن أمكن توصيل الماء للأرض المرتفعة بنحو آلة كساقية مثلاً أو منطال وكان سد الماء يمنع الغير من الانتفاع ولو قليلاً حرم ذلك ومنع ، فإن فعل وأضر تحمل الفاعل ضرره ، والجارى عليه العمل بأرض مصر أن كل مجرى ماء ينتفع منه كثيرون مقسم إلى مناطق وفى نهاية كل منطقة سد بقنطرة تقفل فلا ينزل من مائها شئ للخلف فإذا جاء دور منطقة : (١) مثلاً قفلت جميع الفتح ما عدى فتح ومراوى حرف (١) وهكذا فى حرف (ب) الخ .

وأما الصرف لإحياء الأرض الضعيفة ، فيجوز لذى أرض مسبخة أو ضعيفة تقويتها وغسلها بالماء أو زيادة خصبها بغيرها بالماء مدة ثم صرف مائها الكبر المالح فى مصرف يمر من أرض الجار إلى مصرف عام أو أرض فضاء وعلى صاحب هذه الأرض الضعيفة تعويض من مر مصرفه من أرضه إذا لم يكن مصرفاً عاماً .

وتدخل المساكن والحيشان والبساتين لأنه لا فرق بينها وبين غيرها فى حق الارتفاق .

بند [٦٥]

النظر والنور المترتبة على ملكية الجار :

الفائده الفرنسى :

الفرق بين حق النظر وحق النور أن النور يكون بفتح كوة فى حائط لحجرة لادخال النور فى الحجرة وأما حق النظر فهو التمتع برؤية المناظر واستقبال الهواء من ملكية الغير فالنور أقل مضايقة من حق النظر للغير (الجار) .

فلا يجوز لأحد الجارين إحداث كوة للنظر ولا للضوء فى الحائط المشترك الحاجز بينهما .

بدون إذن الآخر ، ويجوز للمالك حائط في ملكه على الحد الفاصل بين جاره أن يحدث كوة للنور فيها بشرط أن يوضع بالكوة شبك بعضى حديد وبه زجاج أعمى لا يمكن رؤية ما بعده ولا يمكن فتحه ، وأن تكون الفتحة تحت السقف بـ ٢٦ ديسيمترا .

أما فتح كوة أو شبك أو بلكونة في حائط ليست شركة فإن كان النظر فيها للأمام من غير انحناء يميناً أو شمالاً أو أعلى أو أسفل فلا يجوز فتحها على ملك الغير إلا إذا كان بين الحائط المراد الفتح فيها وبين الملكية المجاورة بعداً — ١٩ ديسيمترا — وإذا كان النظر فيها معوجاً بحيث يحتاج إلى انحناء أو ارتفاع فلا يجوز فتحها إلا إذا كان البعد — ٦ ديسيمترا .

سابعاً — بلاعة السطوح :

كل مالك يجب عليه ترتيب ماء السطوح المتساقط من المطر في مواسير تصل إلى الشارع العام أو في مجرى في الأرض وهو ممنوع من تركه يمر على ملكية جاره .

ثامناً — حق المرور :

يجوز لأى مالك أن يطلب من مالك آخر جار له ممرأً يخرق ملكه ليوصله إلى الطريق العام في حالتين :

١ — حينما تكون ملكيته محاطة بملك الغير وليس لها أى منفذ .

٢ — حينما يكون للملكية منفذ واحد لا يكفي لاستغلالها زراعياً أو صناعياً .

وحق طلب الممر لا يسقط بمضى الزمن — ويجب أن يكون الممر في الجهة القريبة من

الملكية المطلوب لها والقريب من الطريق العام ، وفي المكان الأقل خسارة على الأرض الممرور فيها .

وإذا كانت الإحاطة بالملكية المطلوب لها الممر تتجت عن بيع أو قسمة أو مبادلة أو أى

عقد فالممر يجب أن يكون في الأرض التي كانت موضع هذا التعاقد إلا إذا كان ممر واحد لا يكفي

فتطبق القاعدة الأولى ويطلب الممر من الأرض المجاورة .
ومكان حق الارتفاق هو مكان المرور الذي يستعمل ، وطريقة استعمال هذا الحق تكون
بالمرور بالقدم أو بالمشية أو بالعربات حسب الاتفاق الودى أو قرار المحكمة .
ويمكن أن ينتج هذا الحق بمضى ثلاثين سنة مستعملاً بدون انقطاع .
حق الارتفاق بالمرور — يجب أن يعوض مالك الأرض التي يمر فيها بنسبة ما أصاب هذه
الأرض من الضرر ، وفي حالة عدم الاتفاق على التعويض تفصل فيه محكمة دائرة الأفيان
ويستقط حق التعويض بمضى ثلاثين سنة تبدأ من تاريخ استعمال الطريق كحق ارتفاق
قانونى .

بند [٦٦]

النظر والنور :

التشريع الإسلامى :

الحائط المشترك بين جارين لا يجوز لأحدهما فتح طاقة فيه بغير إذن الجار الآخر فإن خالف
الجار وفتح كوة يقضى عليه بسدها لأن حق استعمال الشئ المشترك يتوقف على الإجازة
من ملاكه .

وأما الحائط الجاور لأرض الغير فيجوز لصاحبها فتح طيقان عالية بحيث يحتاج كشف
الجار منها إلى صعود على سلم ونحوه ، فإن كانت غير عالية لا يصعد إليها على سلم وكان يتراعى
منها الوجوه لا الزرع ولا الحيوان ، ولم يمض على فتحها عشر سنين قضى بسدها وإزالة كل أثر
لها من عتبة وسقف وعمالات فمضى كانت الطاقة عالية وكان لا يتراعى منها الوجوه ولم تمض

عشر سنين جاز فتحها في ملكه المجاور لأرض الغير ، فإن تراءى منها الحريم وما في معناه قضى بسدها ولو في ملك صاحبها .

والشرع الإسلامي خصوصاً مذهب الإمام مالك لا يرى مانعاً من الاحتياط وهو أمر فاتح الكوة في ملكه أن يعميها بأن يضع فيها زجاجاً ثابتاً أعمى لا يمكن رؤية ما بعدها ولا يمكن فتحه ، وليأمن الجار من ناحية هذه الكوة يجب وضع حديد فيها بحيث لا يمر منها أحد وإن هذا ونحوه من باب سد الذرائع .

وليست مسألة حفظ حق الجوار منحصرة في فتح شباك أو عدم فتحه وإنما ذلك مثل مما يجب من حسن الجيرة فقد نص السادة المالكية وغيرهم بأنه يقضى بإزالة ما ضر الجار من دخان كحما وفرن أحدثت وحانوت لدق البن أو للطبخ أو الحدادة أو لبياض النحاس ، وإزالة رائحة كريهة كدباغ ومذبح ومسمط ومرحاض وبئر ورعى واصطبل أحدثت بجانب جدار الغير وثبت منها الضرر بالفعل .

بل ويقضى بهدم بناء في طريق يمر فيه الناس ولو لم يضر لعدم أحقيته في ذلك ، وقضى بقل حانوت أحدث قبالة باب ولو بسكة نفدت .

واختلف مجتهدو المذهب فيما يمنع النور والشمس وريح الجرن فهل يقضى بمنعه أو لا يقضى بذلك والأولى ترك الأمر لتقدير القاضى فإن رأى أن ما يمنع ذلك خفيف لا ضرر فيه على الصحة أو غيرها أجاز وإن رأى أن في ذلك ضرراً يجب دفعه عن الجار منع ذلك .

ولا يجوز منع الجار من تناوله بينائه على جاره وإنما يمنع من الضرر كالتطلع على جاره بالاشراف من العلو الذى بناه ، ولا يمنع فرن قرب فرن ولا حمام قرب حمام ولا طاحون قرب طاحون لأن التزاحم في مثل هذا للمصلحة العامة وإن كان فيه ضرر للقديم ولكن تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

ولا يمنع باب حدث قبالة باب آخر في سكة ولو كانت مسدودة .
وأما بلاعة السطوح - أو ماء الميزاب - فإما أن يصب في ملك صاحب الدار أو في أرض القياقي (دابر الناحية) أو حريم البلد أو في الشوارع العامة بجوار جدار صاحبه ولا يضر تجاره وفي هذه الأحوال ليس لأحد منعه من ذلك ، فإن كان يصب في ملك الجار أو بجوار جدار الجار أو بجوار جدار صاحبه في الشوارع العامة ولكنه مضر بالجار فإنه يقضى بمنعه من ذلك ، وهذا عند عدم تنظيم المدن أو القرى فإن كانت لها أوامر تنظيم بأن كان بها مجارى وجب على صاحب المنزل اتباعها ، يعنى العمل على إسالة الماء في هذه المجارى .

حق المرور - للمالك الذى لا طريق توصله لملكه طلب طريق لذلك على أن يدفع ثمنها لصاحب الملكية التى يمر منها على أن تكون فى مكان أقل ضرراً وأقل بعداً عن الطريق العمومى لأنها ضرورة تقدر بقدرها فقط .

وحق المرور تكتسب ملكيته بالحيازة الشرعية عشر سنين مع حضور صاحب الأرض وسكوته بلا مانع شرعى وهى ككل الملكيات .

ومن لهم حق تطرق بإجارة أو ارفاق فى أرض الغير لأرض مشاعة بينهم واقتسموا الأرض التى لها حق التطرق فإن لهم الحق المذكور شائعاً بينهم كما كان قبل القسمة (وهو حق التطرق) .

وحق السقى والصرف والتطرق لا ينقطع ببيع الأرض التى عليها حق الارتفاق المذكور ولا التى لها الحق .

حق الارتفاق المرتب من أشخاص

القانون الفرنسي

حقوق الارتفاق المرتبة من الإنسان هي التي لم تنتج لا من الحالة الطبيعية للأمكنة ولا من ترتيب القانون ولكن من عمل مالك عقار مخدوم وعقار خادم وقد قيد القانون منح حق الارتفاق المذكور بقيدين :

الأول ممنوع ترتيب حق ارتفاق مخالف للقانون العام ، وهي قاعدة عامة لكل اتفاق
الثاني حق الارتفاق لا يمنح على شخص ولا لمصلحة شخص ولكنه يمنح للملكية على ملكية .

ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة أبحاث : (١) كيف يترتب حق الارتفاق (٢) الحقوق الناتجة من ترتيب حق الارتفاق (٣) كيف يتلاشى حق الارتفاق .
أولاً كيف يترتب حق الارتفاق — يترتب حق الارتفاق بحجة قانونية وبمضى الزمن وبتخصيص أب العائلة .

(١) بالحجة — الحجة التي ترتب حق الارتفاق هي كل عمل قانوني تكون نتيجته تحقيق حق الارتفاق كبيع وهبة ووصية . وترتب جميع أنواع حق الارتفاق بالحجة القانونية فهي أشمل سبب لذلك ، ولصحة ترتيب حق الارتفاق يجب أن يكون مرتب هذا الحق مالاً كالمال للعقار المرتب عليه الحق وقت الترتيب . ومع ذلك فالمالك بشرط موقف له ترتيب هذا الحق تبعاً لحقه في الملكية بشرطه . والشريك له ذلك على أن يكون نصيبه الذي يخرج له في القسمة هو المتحمل لحق الارتفاق — والمتنفع مدة انتفاعه له وينتهي بنهاية استغلاله .

ويجب في مرتب الحق أن يكون أهلاً للبيع لأن حق الارتفاق بعض من ملكية العقار .
فليس للمرأة المتزوجة بنظام المهر أن ترتب حق ارتفاق على عقار المهر ولو بإذن زوجها .
تسجيل العقود المرتبة لحق الارتفاق — وبما أن ترتيب حق الارتفاق على عقار ينقص قيمته ويتعين معرفة ذلك سواء لصاحب الحق قبل الآخرين أو لمن يريد مشتري العقار أو الراهن أو الدائن أو غير ذلك ، لذلك وجب أن تكون عقود ترتيب حق الارتفاق علانية وعلايتها تأتي من تسجيلها — فيجب تسجيل كل عمل قانوني يربط حق ارتفاق وكل حكم يثبت حق الارتفاق باتفاق شفوي — ودليل ترتيب حق الارتفاق يكون طبيعياً كبقية الادعاءات القضائية .

(ب) بمضى الزمن — لم تكن كل العوائد متفقة على حق الارتفاق بمضى المدة فوضع القانون المدني قبول مضي المدة من أسباب ترتيب حق الارتفاق بشرط أن يكون مستمراً وظاهراً .

حق الارتفاق الظاهر والمستمر يملك بمضى المدة بشرط أن يكون وضع اليد مستمراً لشروط التملك في الملكية خصوصاً نقص الإرادة أو التوقيت وإلا لما أنتج مضي المدة تملك حق الارتفاق ، ويشترط مرور ثلاثين سنة فقط على وضع اليد لا حسن نية ولا حجة قانونية . فإذا كان وضع اليد ليس مستمراً أو ليس ظاهراً فلا يفيد في تملك حق الارتفاق بمضى المدة

(ح) بتخصيص أب العائلة (يعني المالك) ويتحقق هذا التخصيص بملكية شخص واحد لعقارين متجاورين أو وجد بينهما ما يحقق حق ارتفاق أحد العقارين على الآخر — فما دام المالك لهما واحداً فلا ارتفاق لانعدام شرط تعدد المالك — ومتى باع أحد العقارين بماله وما عليه والمشتري لم يشترط ما يمنع هذا الارتفاق أصبح هذا الحق ثابتاً وكأن المشتري رضي به ضمناً فلا حق له في منعه بعد ذلك .

وأسس هذا الحق المكونة له شيئان :

- ١ - يجب أن يكون العقاران المتفرقان الآن قد كانا في ملك شخص واحد
- ٢ - يجب أن يكون مالك العقارين هو الذى أوجد هذه الحالة التى تنتج عنها حق الارتفاق .

الحقوق التى تنتج عن ترتيت حق الارتفاق — لمالك العين صاحبة حق الارتفاق كامل الحق فى استعمال حقه حسب العادة بشرط عدم زيادته ولا الإضرار بالعين المرتب عليها هذا الحق ، وعلى مالك العين المرتب عليها حق الارتفاق ترك صاحب الحق يستعمله بدون وضع عراقيل فى طريقه .

دعاوى صاحب الارتفاق

له حق رفع ثلاث دعاوى : (١) دعوى اعتراف بحقه فى الارتفاق ضد من أنكره عليه (٢) دعوى وضع اليد ترفع على معارض صاحب حق الارتفاق على العين الخادمة (٣) دعوى نفى حق الارتفاق ترفع من مالك عقار على مدعى حق الارتفاق لإثبات أن عقاره ليس عليه أى حق للغير وهو حر من كل قيد .

بند [٦٨]

التشريع الإسلامى — حق الارتفاق المرتب من الأشخاص هو ما صدر بمحض اختيار صاحب الملكية الخادمة وصاحب الملكية الخدومة .

وقد اصطلح الفقهاء على تسمية استعمال عقار لمصلحة عقار آخر (حق ارتفاق) ويجب فيه ككل اتفاق ألا يكون مخالفاً للنظام العام ولا لقواعد التشريع الإسلامى — وأما العقد الذى يرتب خدمة شخص لآخر أو لعقار مثلاً فهذا عقد خدمة إيجار أو مزارعة وليس (حق ارتفاق)

ويصح أن يترتب حق الارتفاق بتعاقد صحيح بين الطرفين - وبمضى الزمن - وبتخصيص المالك نفسه المسمى (أب العائلة)

أولاً - الاتفاق بتعاقد صحيح يفيد ملكية حق الارتفاق بأى عقد يفيد التملك كبيع وهبة وإعارة الخ وقد يكون الاتفاق مؤقتاً بمدة معينة ومدى الحياة وموئداً كما إذا كان فى وقف مثلاً

وتمليك حق الارتفاق تملك لمنفعة على عقار ، ومن يملك تملك المنفعة يملك تملك الذات غالباً فيجب أن تتحقق شروط صحة العقود العامة فى الطرفين : البلوغ والرشد والمالك لحق الارتفاق محل العقد (وإن كان يصح من الفضولى ولكنه موقوف على إجازة المالك)

وترتيب حق الارتفاق من المالك بشرط يسرى عليه شرط البائع التقييد للبيع على خلاف سبق إيضاحه فى الملكية بشرط ملغ .

وترتيب حق الارتفاق من شريك لم تتميز حصته باطل للغرر لجواز أن يقع حق الارتفاق فى غير حصته عند القسمة ، ولأنه لا يجوز للشريك أن يتصرف فى العين المشتركة بدون إذن شريكه - وأما إلزامه بحق الارتفاق بعد القسمة متى وقع فى نصيبه فهذا ابتداء اتفاق لا عملاً بالاتفاق السابق لأن العمل الباطل لا ينقلب صحيحاً - فإن قبله مرتبه بعد القسمة على نصيبه فهو إعطاء حق ارتفاق جديد .

ومن له حق الانتفاع له الحق فى ترتيب حق الارتفاق فيما يدخل فى حدود انتفاعه لا ما كان خارجاً عنها فمن له حق الانتفاع ببستان يصح له سقى زرع جاره من بئر هذا البستان لكن ليس له ترتيب حق المرور ولا حق فتح باب أو شباك فى نفس هذا البستان فى حائط مشترك مثلاً - وما رتبته فى حق الارتفاق فيما هو فى حدوده مقيد بزمان انتفاعه فقط ولا يتعدى ذلك إلى إلزام المالك بشئ .

لكن لو تصرف من له حق الانتفاع بترتيب حق ارتفاق فيما ليس داخلاً في حدود ارتفاقه ورآه المالك وسكت مع قدرته على التقاضى والحفاظة على حقوقه بلا عذر ومضت مدة الحيابة الشرعية فقد أصبح هذا الحق لزماً لمالك الأرض الخادمة لأن العقار والحقوق المترتبة عليه من حقوق ارتفاق يتملك بمدة الحيابة الشرعية كما سبق بيانه في بابه .

ويجوز للمرأة المتزوجة ترتيب حق الارتفاق على أملاكها وقبول حق الارتفاق لأملاكها بلا إذن أحد ولا زوجها ما دامت بالغة رشيدة لا حجر لأحد عليها .

وبما أن ترتيب حق الارتفاق يثقل حق الملكية المرتب عليها الحق ويقلل منفعتها ، وبما أن كثرة تشابك الناس في المصالح يقضى بالحيطه في معاملتهم وإدخال الطمأنينة عليهم فيما يتعاقدون وبما أن الغش والخديعة قد كثرا إلى حد أن ولى الأمر قد أوجب تسجيل العقار على كل مشترى أو رهن أو ذى حق مرتب على عقار مثلاً لهذا وإن كان حق الارتفاق يثبت بالبينه الشرعية فإنه يجب تسجيله .

ثانياً — بمضى الزمن — إن العقار وما يتبعه من حقوق يصح تملكه بمضى الحيابة الشرعية بمعنى أن من حاز أرضاً واستعملها كالكفا استعمالاً ظاهراً أمام أعين الناس وكان مدعى ملكية هذه الأرض حاضراً بالبلد عالماً بوضع اليد والتصرف في الحائز وكان متمكناً من رفع الأمر للحاكم بلا عذر شرعى ومضى على ذلك عشر سنين إذا كان أجنبياً من وازع اليد ثم جاء يرفع الأمر للحاكم بعد مضى الحيابة طالباً الحكم له بملكية هذه الأرض فلا تقبل له دعوى ولا بينة ، وليس معنى هذا أنه تملك حقيقة بينه وبين ربه كلا فإن كان يعلم حقيقة دعوى خصمه وأنه على حق وجب عليه رد الأرض لصاحبها ولو بعد الحكم لأن الحكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً .

فلو فتح شخص شبا كاً على ملك الآخر في حائط مشترك مثلاً أو غير مشترك ومضى

على فتحها عشر سنين أو فتح دكاناً قبالة باب في سكة ولو مسدودة ومضى عليها عشر سنين فقد أصبح حق فتح الشباك على ملك الغير وفتح الدكان قبالة بابه حقاً مكتسباً من حقوق الارتفاق المكتسبة بمضى مدة الحيازة الشرعية .

وجميع شروط الحيازة الشرعية وقيودها تسرى هنا بلا فارق لأن العقار والحقوق المترتبة عليه سواء في الحيازة الشرعية .

ومعلوم مما سبق في الحيازة الشرعية أن عدم الاستمرار في وضع اليد واستعمال حق الارتفاق وان حق الارتفاق غير الظاهر لأعين الناس ، وأن وضع اليد اغتصاباً الخ لا يفيد ملكية حق الارتفاق .

ثالثاً — تخصيص المالك الواحد — يتحقق هذا في ملك شخص حقيق أو معنوي لمساحات كبيرة من العقار معرضة للبيع قطعاً وأجزاء بعد إصلاحها وترتيب حق رى أو صرف أو مرور أو مسقط نور أو ملقف هواء مثلاً بين أجزاءها ، فإذا باع قطعة أرض أو منزل لشخص آخر ولم ينص على إلغاء هذه الحقوق أو اشترط المشتري حفظ هذه الحقوق بما لها وما عليها لما اشتراه أصبحت هذه الحقوق ثابتة (حق ارتفاق) للعين المباعة فإن باع القطعة التي تليها وهكذا بقيت هذه الحقوق ثابتة لا يعارضها أحد .

والجاري عليه العمل الآن في القطر المصري أن تأتى شركات الاستغلال المساهمة (كشركة مساهمة البحيرة — وشركة الاتحاد العقارى مثلاً) فتشتري أطياناً بوراً غير مُصلحة فتشق فيها مصارف وجداول لماء الرى (ترع) ثم تصلحها بتسوية العالى في الأسفل ثم تملأها ماء عدة مرات ثم تحرشها وتعيد عليها الماء فتغسلها من الأملاح ويترك ماء النيل فيها رواسبه فتحيا وتزرعها ثم تبيعها قطعاً فدانا أو خمسا أو عشرة حسب إرادة المشتري وتشتري في عقد البيع طرق

الرى والصرف القائمة وقت البيع بلا تغيير فاذا جاء مشتر آخر واشترى بجوار المشتري الأول على هذا الوجه فهو قابل ما اشترطته لنفسها ثم لمن سبقه بالمشتري .

غير أن الشركة تشترط في عقد البيع أن لها الحق إذا احتاجت أن تأخذ مروي أو مصرفا من الأرض المباعة بالثمن الذي باعت به ويقبل ذلك الشرط المشتري ، والذي أراه أن هذا الشرط مناف للملكية المطلقة لجواز امتناع المشتري من إعطاء الشركة مروي أو مصرفا فلها جبره قانونا بشرطه الذي باعت به ، والثمن الذي باعت به يتغير من يوم لآخر لظروف اقتصادية عالمية أو محلية فليس لها جبره على الأخذ بهذا الثمن فمعنى هذا أنها تملك بشرط رد الثمن الذي باعت به وهو شرط حتى على فرض جوازه غير محدد المدة لأنه يبقى دائما حقا ثابتا للشركة البائعة، لهذا كان هذا الشرط باطلا وهو ينافي عقد الملكية فيبطل العقد فيكون بيعا فاسدا يلزم بفوات المبيع بتغير سوق فيكون صحيحا بعد هذا ، وهذا عمل شائع في عقود الشركات وتعمل به المحاكم المختلطة التي أراح الله مصر منها بل والمحاكم الأهلية المدنية وهو غير صحيح ، فحبذا لو تنبهوا إليه وحكموا ببطالانه لحفظوا للناس حقوقهم فهو أحفظ لمصلحة الناس في أملاكهم يتصرفون كما يشاءون .

ومتى ترتب حق الارتفاق فليس للمالكه الزيادة عليه ويجب عليه استعماله بما لا يضر بمصلحة الآخرين وليس للمالك العقار المترتب عليه الحق منعه من استعمال حقه أو التضيق عليه في ذلك .

فان عارض أحد صاحب حق الارتفاق منكرًا عليه حقه جاز له مقاضاته مدعيا كما يجوز للمالك العين المدعى عليه حق الارتفاق الممانعة في ذلك وإثبات عدم أحقية دعوى حق الارتفاق.

بند [٦٩]

تلاشى حق الارتفاق

الفائده الفرنسي :

أسباب تلاشى حق الارتفاق المنصوص عليها قانونا ثلاثة :

- ١ — استحالة استعمال حق الارتفاق، فيتلاشى حق الارتفاق متى أصبح استعماله مستحيلا ومع ذلك فيعود الحق متى رجع الشيء المرتب عليه حق الارتفاق وأمكن استيفاؤه منه .
 - ٢ — دخول العقارين فى ملك واحد ، فيتلاشى حق الارتفاق لاستحالة ذلك قانونا .
 - ٣ — عدم استعمال حق الارتفاق ثلاثين سنة فيتلاشى حق الارتفاق وتحسب المدة فى حق الارتفاق المنقطع من اليوم الذى انقطع فيه الاستعمال مثلا فى حق المرور من آخر مرة مر بها ، وفى حق الارتفاق المستمر من يوم عمل أى شىء يغير حق الارتفاق كسد شبك فى حق النظر .
- متى كانت العين صاحبة حق الامتياز ملكا لغير واحد غير منقسمة فلا يسرى تلاشى حق الارتفاق الذى يسرى على واحد على الآخرين لأنه كل لا يتجزأ فاذا لم يستعمل واحد من الشركاء حقه فى ثلاثين سنة واستعمله الآخرون فلا يسقط حق الارتفاق ولا جزء منه ، وإذا وجد بينهم من لا تسرى عليه المدة كقاصر انتفع شركاؤه أيضا مثله بهذا المانع .
- وأسباب التلاشى التى لم ينص عليها القانون لكن جرى العرف القضائى على اعتبارها كذلك :

- ١ — تنازل صاحب حق الارتفاق يمحى هذا الحق ، ولدائنيه المعارضة متى أضر بهم ، ويجب تسجيله بسجل الرهونات ليعارض الغير .
- ٢ — بمحصول نهاية أجل حق الارتفاق متى كان محددًا ، فيتلاشى الحق متى بلغ أجله .

٣ — حصول شرط ملغى لعقار ترتب عليه حق الارتفاق مدة عدم تحقق الشرط فيلغى حق الارتفاق كما ألغيت الملكية .

فإن ملك شخص عقارا بحجة قانونية ونية حسنة وخالية من كل حقوق الارتفاق فبمضي عشر سنين أو عشرين سنة تملك حق الارتفاق الذي يدعى به الغير على هذه العين كما يكون في نفس الوقت قد تملك العقار ضد مالكه الحقيقي .

بند [٧٠]

تلاشى حق الارتفاق

الفهرست الاسلامي — يتلاشى حق الارتفاق متى أصبح استعماله مستحيلا كأن أخذ البحر العين الخادمة ، فإن عادت عاد معها حق الارتفاق كما كان ، ومتى اتحد المالك للعين الخادمة والعين المجدومة فلا يقال حق ارتفاق لأنه لاحق ارتفاق في ملك واحد لشخص واحد وإلا كان ملتزما لنفسه ولا معنى لهذا .

ويتلاشى بعدم الاستعمال أيضا المدة الطويلة فمن كان له حق المرور في ملك زيد من الناس ومضى على عدم استعماله مدة يقضى العرف فيها بأنها ترك لهذا الحق فيسقط حق المرور وكن ترك عقارا مدة مر به الناس واستعملوه طريقا لهم فإن كان العرف يقضى بأن الترك للمدة الطويلة كعشر سنين يثبت به حق المرور فكذلك الترك مدة طويلة يسقط به الحق لأن معنى الترك وعدم الاستعمال عدم الحاجة إليه والاستغناء عنه فلا يصح بقاءه حتى ولو كان لغير مصلحة وإن كانت القاعدة أن الملكية لا تزول بالترك أى عدم الاستعمال فملك الرقبة وحق الارتفاق سواء في التملك بوضع اليد المدة الطويلة .

فمن سد شبا كما مثلا مدة يكفي عرفا ترك الحق فليس له فتحه ثانيا بعد مدة وخصوصا بعد عشر سنين لأن الجار الذي انسد عنه الشباك قد ملك عدم النظر إليه بمضى المدة .

وتقدم أن حق الارتفاق لا يتجزأ فإذا كان حق التطرق ملكا لجماعة ليصلوا به إلى عقارهم ثم اقتسموا عقارهم فحق المرور ثابت للجميع بمعنى أنه لو تنازل أحدهم أو ترك الاستعمال بقى حق المرور للباقيين بلا نزاع .

وبما أن الارتفاق ككل الحقوق المملوكة فيصح التنازل عنه ممن يملكه ومتى تنازل عنه تنازلا صحيحا شرعيا فليس له حق الرجوع فيه ، وإذا أضر تنازله بدائنيه فلهم الحق في معارضته في ذلك حفظا لحقوقهم .

وإذا كان حق الارتفاق محددًا بمدة فمضى انتهت المدة بطل الحق .

فإن ملك شخص عقارا بأى وجه شرعى مشترطا خلوه من حقوق الارتفاق ومضى عشر سنين وهو يستعملها لنفسه بدون نكير من أحد ثم قام شخص يدعى حق الارتفاق على هذه العين وكان حاضرا بالبلد يمكنه التقاضى ولم يحافظ أو يدعى في هذه المدة فلا تسمع دعواه ولا يثبت وأصبح ملك العين مجردا عن حقوق الارتفاق .

خلاصة ما تقدم من المقارنة من بند ٣٤ إلى نهاية بند ٧٠

يتفق التشريعان على ما يأتى :

تعريف حق الارتفاق العيني — فى المنشأ — فى الشروط — فى حقوق الارتفاق وترتيبها — فى حقوق الارتفاق الناتج عن الأمكنة — الماء وترتيب استعماله — ماء المطر — ماء النبع — ملكية حق الارتفاق بالحيازة الشرعية — حقوق الارتفاق المرتب بالقانون — الشركاء فى السكن الواحد — وجوب ترك مسافة للمزروعات — تسهيل الرى وغسل أملاح الأرض — النظر والنور على ملكية الجار — بلاعة السطوح (الميزاب) — حق المرور فى ملك الغير — ترتيب الارتفاق بالاتفاق وبمضى الزمن وبتخصيص المالك — تلاشى حق الارتفاق — عدم الاستعمال مدة .

ويختلف التشريعان فيما يأتى :

تملك نصف الحاجز بين الشريكين يكون جبراً فى التشريع الوضعى ويكون اختيارياً من الشريك المالك فى التشريع الإسلامى ولا بد من إذن الشريك المالك فى تعليته شرعاً وبلا إذن وضعاً — حق المرور يكتسب بالحيازة الشرعية فى عشر سنين وفى الوضعية بثلاثين عاماً ترتيب حق الارتفاق من شريك قبل القسمة غير جائز شرعاً وجائز وضعاً — للزوجة الحق فى ترتيب حق الارتفاق وفى قبوله ولو بدون إذن زوجها شرعاً لا وضعاً .

بند [٧١]

القسم الرابع الالتزامات

الكتاب الأول

الالتزامات وما أخذها المختلفة

القانون الفرنسى — الالتزام هو ضرورة قانونية تكره شخصاً يسمى مدينًا على عمل أو إعطاء شيء أو على عدم فعل أى شيء لصالح شخص آخر يسمى دائنًا .

يقول الاقتصاديون ان الإنسان خلق مدينًا مثله ، فعلى كل واحد عمل يؤديه نحو مشابهه ، ولكن القانونيين يقولون خلق الإنسان حراً غير ملزم بعمل نحو مشابهه من التزام ما لم يكن هناك ما يلزمه وهو أربعة أشياء :

(١) التعاقد (٢) ما يشبه التعاقد (٣) العمل المترتب عليه تعويض (٤) ما يشبه العمل

المترتب عليه تعويض .

التعاقد « الكنتراتو »

التعاقد والاتفاق . فالاتفاق هو توافق إرادة شخصين أو أكثر على شيء ينتج عنه نتيجة قانونية .

والتعاقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على شيء ينتج التزامات .

فالاتفاق يكون الجنس والتعاقد يكون النوع فكل اتفاق تعاقد وليس كل تعاقد اتفاقاً وإن كانت شروطهما وقواعدهما واحدة .

الفرق بين القانون الروماني والقانون الفرنسي في التعاقد ، يوجد بين التشريعين خلاف أساسي في التعاقد ينحصر في أمرين :

أولاً — مجرد قبول التعاقد لا يكفي على العموم لإيجاد أي التزام ، بل يلزم أن يكون قبول التعاقد مصاحباً لبعض أشياء أخرى كالنطق بكلام مقدس ، أو بتسجيل الدين في سجل خاص ، بخلاف القانون الفرنسي فإن التعاقد يوجد نتيجة لمجرد الرضى به ما عدا بعض عقود اشترط القانون فيها العلانية ويخضع وجودها إلى شكل خاص .

ثانياً — الالتزام بإعطاء شيء لا ينقل ملكية ذلك الشيء إلى الملتزم له بمجرد الالتزام بل لا بد لنقل ملكية هذا الشيء من فعل شيء آخر (التخلي أو التسليم الخ) مع تنفيذ التزامه بخلاف القانون الفرنسي فإنه بمجرد التعاقد نقلت ملكية الشيء المتعاقد عليه بدون احتياج إلى شيء آخر من الطرف الثاني .

بند [٧٢]

التشريع الإسلامي — الالتزام هو شغل ذمة شخص بشيء إلى شخص آخر مفرداً أو جماعة ويسمى الأول ملتزماً والثاني ملتزماً له ، ويكون الالتزام إعطاء كالبيع ومنعاً كعقد

المهادنة وفعلاً كشركة العمل وتركاً كما في الإقالة ، أو ترك الملتزم له حقاً من حقوقه لأجل ما التزمه له كان أسقطت حقه في الحضانة فلك كذا وكذا ، وكإعطاء الزوجة زوجها شيئاً على ألا يتزوج عليها وهو يوافق الجعل .

وقد نظر التشريع الإسلامي إلى ارتباط الفرد بهيئة الجماعة فأوجب عليه العمل لمصلحتها من تجارة وحداثة وزراعة الخ فقد ألزمه العمل لإفادة جنس البشر لحديث الرسول : (اعمل لدنياك كأنك تعيش أبداً واعمل لآخرتك كأنك تموت غداً) فهو مدين اجتماعياً ودائن كذلك لأن الحياة تساند يستوجب البقاء فهذا التزام بمقتضى الحياة والوجود وهو نظر علماء الاقتصاد السياسى .

وأما الالتزام الفردى كأن يلتزم شخص لآخر بشيء أيا كان فالأصل عدمه حتى يثبت خلافه وهى قاعدة يعمل بها عند التنازع فمن ادعى على آخر التزاماً ولم يقره عليه فعليه إثباته لأن الأصل البراءة يعنى عدم الالتزام ، وهو نظر التشريع فى العلاقات الفردية .

وأما تقسيم الالتزام إلى تعاقد وما يشبه التعاقد ، والعمل المترتب عليه تعويض ، وما يشبه العمل المترتب عليه تعويض ، فهو تقسيم اصطلاحى ، والمنصوص عليه شرعاً أن جميع ما يحصل من غير واسطة تراض واتفاق من العقادين مما يترتب على العقود ذات الصيغة أو المعاوضة وكذا ما يترتب على ارتكاب ما ياباه الشرع لا يسمى كل ذلك شرعاً عقوداً ضمنية بل أحكاماً شرعية وان كانت هذه التسمية لا محذور فيها لأنها اصطلاحية محضة .

التعاقد والاتفاق

قد يراد بالتعاقد والاتفاق شيء واحد وقد يراد بالتعاقد ما ينتج التزاماً كبيع ويراد بالاتفاق ما هو أعم فيتحقق الاتفاق بين المتصدق والمتصدق عليه مثلاً إذا اتفقا على شيء معين يدفعه الواهب أو المتصدق إلى الموهوب له أو المتصدق عليه فهو اتفاق لا التزام فيه ، فهذا ليس بعقد ملزم .

الخلافا بين القانون الرومانى والقانون الفرنسى فى التعاقد الخ .

ليس بمألف قانوناً ولا تقليداً ولا عادة أن يوضع تشريع مبتكر مرة واحدة بدون أن تتغلغل أسبابه ويكون أقرب للمألف وتنبهاً النفوس لقبوله لهذا كان الخلافا بين التشريع الإسلامى منذ ١٣٦٠ سنة وبين التشريع الرومانى الذى وجد فى عهد الرومان خمسين سنة قبل الميلاد ، وأما القانون الفرنسى المولود بعد الفتح الإسلامى وانتشار العلوم والمعارف وتدعيم العدالة فى نفس منشئه فلا خلافا بين الفرنسى والرومانى لأن التشريع الفرنسى وجد خلافاً بين التشريع الرومانى والإسلامى قائماً فاتخذ أقرب له للعقل وأسهله للتعامل وأسعده للبشر وانحاز إلى القاعدة الشرعية القائلة (ان البيع يتم بالتعاقد وتوجد نتيجته لجرد الرضا بالتعاقد وان مجرد التعاقد ينقل ملكية الشيء المتعاقد عليه بدون احتياج لشيء آخر) .

لهذا يترفع المشرع الوضعى ويأبى أن يذكر الحقيقة ويتعمد عدم ذكر التشريع الإسلامى الذى عنه أخذ وملاً جعبته منه ثم تنكر له ، ألا أيها المتنكرون الجاحدون لفضل الإسلام على البشرية قد آن أن تعترفوا بالفضل لأهله ، وليس التشريع الإسلامى بممتن على الناس أن هداهم للتعامل السليم وشرع لهم من الأسس والقواعد ما يدخل الطمأنينة فى قلوب المتنازعين ويجعلهم راضين مسلمين بقضائه وفصله لأنه قضاء منطق وعقل وهل يطلب الناس فى حياتهم سوى العدل ودفع الظلم .

وبما أن التشريع الرومانى هو الأول فى الوجود والذى تلاه هو التشريع الإسلامى ولم يكن سراً مكتوماً بل كان يقضى به وتلتزم الناس أحكامه فى نفس فرنسا وإسبانيا وألمانيا وفى إفريقيا وجاء بعدهما التشريع الفرنسى الذى يدعى علماءه أن خلافاً بين تشريعهم والتشريع الرومانى وأما التشريع الإسلامى فلا وجود له فهذا ليس بمنطق أيها السادة وليس بإنصاف فهل يحدركم إنكاركم وقد قامت الأدلة التاريخية والمأموسة على أن تشريعكم هو التشريع الإسلامى خلافاً

بعض أشياء أوحث بها إليكم الكنيسة في أحوالكم الشخصية ، اذكروا الحقيقة مجردة تكونوا منصفين ، وان كان إنكاركم لا يضر الإسلام بشيء لأنه تشريع سماوى لخير البشر والله حافظه ﴿يُرِيدُونَ لِيُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ بِأَفْوَهِهِمْ وَاللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ﴾ .

بند [٧٣]

ترتيب التعاقد « الكنتراكتو »

الفانونه الفرنسى :

أولاً — تعاقد ملزم للطرفين — وهو ما التزم فيه كل طرف نحو الآخر كعقد البيع فقد التزم البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزم المشتري دفع الثمن المتفق عليه .

ثانياً — تعاقد ملزم لطرف واحد — وهو ما التزم فيه طرف واحد فقط نحو الطرف الآخر كعقد تسليف نقود — فالمستلف متعهد فقط برد ما استلفه فى نهاية أجله — ويترتب على هذا التقسيم أنه :

١ — فى التعاقد الملزم للطرفين يجب تسجيله فى مدى ثلاثة أشهر متى كان مدينياً وإلا يحكم على كل طرف بـ ٥٠ ف غرامة بخلاف التعاقد من طرف واحد فغير ملزم بالتسجيل إلا إذا أدخله للتقاضى أو فى عمل عام .

٢ — فى التعاقد الملزم للطرفين يجب تحرير صور من التعاقد بعدد المتعاقدين والنص على عددها فى كل صورة — وفى الثانية يكفى واحدة للدائن .

٣ — فى التعاقد الملزم للطرفين — يجب إيداع صورة من التعاقد بقلم التسجيل على ورقة تمغة — بخلاف التعاقد الملزم لطرف واحد فلا يجب فيه شيء .

٤ — في التعاقد الملزم للطرفين — إذا لم يقم أحد الطرفين بما تعهد به جاز للطرف الثاني إما إلزامه قانوناً بتنفيذ ما تعهد به وأما طلب إلغاء التعاقد بخلاف الثاني فليس فيه إلغاء التعاقد .

٥ — في التعاقد الملزم للطرفين — يجوز لأحد الطرفين الامتناع عن تنفيذ ما تعهد به إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما تعهد به أو لم يقدم إلى خصمه التنفيذ وذلك عند طلبه للتنفيذ أمام القضاء .

ثانياً — تعاقد نظير مقابل — وهو التعاقد الذي يحمل إلى أحد الطرفين منافع كما يحمل للآخر (يعطى لكل فائدة) وهو الملزم للطرفين كالبيع .

وتعاقد بلا مقابل — وهو التعاقد الذي يعطى أحد الطرفين منفعة فقط كعقد القرض بدون فائدة ويترتب على هذا التقسيم النتائج العملية الآتية :

١ — التعاقد بلا مقابل — خاضع لشروط وقيود في تحريره كالوصية بخلاف التعاقد نظير مقابل فلا يخضع لشيء .

٢ — التعاقد بلا مقابل — يكون قابلاً للإلغاء متى حصل خطأ في الشخص بخلاف التعاقد نظير مقابل فلا يكون سبباً للإلغاء إلا لعدد قليل منها .

٣ — التزام المدين في العقد بلا مقابل أقل اتساعاً من التزام المدين في العقد نظير مقابل في تقدير عدم تنفيذ الالتزام وفي ضمان عدم نزع الملكية من الغير .

٤ — في حالة إبطال العقود لغش من المدين يكون القانون سهلاً في العقود بلا مقابل ويكون شديداً في غيرها .

٥ — الشرط المستحيل والخالف للقانون يلغى التعاقد نظير مقابل ويعتبر كأن لم يكن في العقود بلا مقابل وتبقى صحيحة .

ثالثاً — تعاقد يكون البديل فيه محققاً محدوداً كبيع منزل محدود تام المعرفة بثمن محدد (ألف جنيه) فكل البديلين محدود محدد .

وتعاقداً يكون البديل فيه غير محقق وخاضع لحوادث القدر بحيث يكون كل طرف مجبلاً للمكسب والخسارة - كبيع نظير ترتيب معاش العمر - وعقد التأمين على الحريق .

رابعاً - التعاقد المسمى والتعاقد غير المسمى - فالأول ما كان له اسم خاص والمشرع نظمته بشكل خاص في القانون المدني أو في القانون التجاري - وغير المسمى هو الكثير من الاتفاقات التي ترك القانون للطرفين حرية التعاقد بدون اسم خاص ولم ينظمها القانون بقواعد خاصة .

خامساً - عقود أصلية وعقود تبع - فالعقود الأصلية هي التي توجد بنفسها والتي يريد الطرفان وجودها وحدها كالبيع والإيجار - والعقود التبع هي المتصلة اتصالاً وثيقاً بعقد أساسي للتأكيد من تنفيذه كالرهن والضمان .

وصحة العقد التبع خاضعة لصحة العقد الأساسي وصحة الأساسي خاضعة لشروط وجوده بلا علاقة بين الأصل والتبع .

سادساً - عقديتيم بإرادة الطرفين فقط وهو الغالب في العقود كالبيع والإجارة وعقد لا ينعقد إلا بعد تقديم شيء مادي يتعهد المدين برده كالقرض للاستعمال والأمانة والرهن .

وعقود علنية وهي التي يخضع وجودها إلى استيفاء شروط خاصة كالهبة والزواج وفي النوع الثاني والنوع الثالث لا تكفي إرادة الطرفين لانعقاد هذه العقود بل لابد من تقديم الشيء موضوع التعاقد ومن استكمال الشروط المطلوبة قانوناً .

عقد القبول ، يوجد عقود موضوع شروطها وبنودها وضعت بمعرفة أحد الطرفين ويأتى الطرف الثاني للتوقيع والقبول بدون أى بحث فى أى شرط ، فوضعه من ناحية واحدة والقبول من الناحية الأخرى (كعقد التأمين على الحياة ، وعقد النقل فى السكك الحديدية ، وعقد العمل) .

وطبيعة هذه العقود فيها خلاف ، فبعض المشرعين يرى أنها عقد من جهة واحدة فأرادته

فقط هي التي تحدد نصوصه وتوضح بنوده ، وبعضهم يرى أنها ككل العقود من جميع النواحي ، وبعضهم يرى أن الشروط الأساسية التي بها يوجد هذا التعاقد تعتبر مقبولة من الطرفين وما زاد عن ذلك من إلزام الطرف الموقع فيعتبر إلا إذا أخرج العقد عن حقيقته التي وضع لها والتي يدل عليها .

اتفاقات جماعة ، وهو التعاقد الذي يتم بين جماعتين كل جماعة طرف أو بين جماعة وشخص محدد وذلك كعقود العمل .

بند [٧٤]

ترتيب التعاقد

التشريع الاسلامي — ترتيب التعاقد على النحو الذي ذكره لا يفيد الحصر ولا يقضي باستقصاء جميع أنواع التعاقد وإنما ذكر بعض المتعارف منها مما يذكر تحت قواعد كلية كالعقد بعوض والعقد بدون عوض فليس هذا الترتيب من الفقه بمعنى الأحكام وإنما هو اصطلاح للفقهاء مفيد .

١ — تعاقد ملزم للطرفين وتعاقد ملزم لطرف واحد ، فالأول كالبيع والإجارة مثلاً فقد التزم البائع تسليم العين المبيعة كما التزم المشتري تسليم الثمن وكذا الإجارة ، والثاني كالجعل وهو التزام عوض علم لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتمام ، ولكليهما الفسخ وتلزم الجاعل فقط بالشروع في العمل وقد يكون عقد القرض كذلك لأنه ينعقد بتعهد المقرض دفع القرض المقرض وأما وجوب الرد للقرض فهو حكم مترتب على العقد لا شرط فيه .

ولا يترتب على هذا التقسيم تحرير صور بعدد المتعاقدين ولا تسجيله ولا إيداع صورة الخ لأن هذه أمور نظامية لا دخل لها في حقيقة هذه العقود فإن أمر بها الحاكم وجب اتباعها لأنها

من نظم الحياة ولوازم الاحتياط. ولا تتعارض مع أصول التشريع الإسلامى ، بل بالعكس أوجب التشريع الإسلامى على القاضى اتخاذ سجل وكتاب توثيق لضبط الحوادث والادعاءات وما يتم فيها فبالأولى تنظيم ما يؤول إلى التقاضى أو ما يؤدى إليه غالباً .

وفى التعاقد الملزم للطرفين جاز للطرف الآخر إلزام الممتنع من التنفيذ بما تعهد به ، وجاز له عدم تسليم البيع إذا لم يدفع الثمن إذا كان البيع بتأ أو طلب كفيل بالثمن ، ولكن متى استلم المشتري المبيع ولو لم يدفع الثمن فليس للبائع أخذه ونقض البيع لأن الثمن أصبح فى الذمة بل له التقاضى وطلب الحكم واستيفاء الثمن من أملاك المشتري كافة .

ولو قال كل من المتبايعين لصاحبه لا أدفع لك ما يبدى حتى تدفع لى ما يبيدك بدأ المشتري بدفع الثمن النقدي جبراً إذا كان المبيع عرضاً أو مثلياً لأنه فى يد بائعه كارهن على الثمن فإذا كان البيع لغير عرض أو مثلى بنقد فيهما لم يجبر واحد من المتعاقدين على التبدئة ، فإن كان العقد على مثلين أو عرضين غير ما ذكر تركا حتى يصطلحا ، فإن كان بحضرة حاكم وكّل من يتولى ذلك لهما .

٣ — تعاقد نظير مقابل وتعاقد بلا مقابل ، فالأول ما انتفع فيه الطرفان بمقابلة كالبيع والاجارة والثانى ما اقتصر النفع فيه على جانب واحد كالهبة مثلاً أو القرض .

ولا يخضع التعاقد بلا مقابل لشروط خاصة ، فإن أخطأ الواهب أو المقرض فى شخص الموهوب له أو المقرض صح له إلغاء عقده ، وأما فى العقد بمقابل فالشخص ليس بمقصود المتعاقدين فلا إلغاء ، وعادة التعاقد للقرض أو الهبة يكون أقل اتساعاً والتزاماً من الالتزام المتبادل .

والعقد على المستحيل وعلى المحذور باطل وما بنى عليه كذلك ، وفى العقد بلا مقابل كالوقف مثلاً يلغى الشرط المستحيل أو المحذور ويصح العقد .

٣ — تعاقد يكون البذل فيه محققا محدودا وتعاقد يكون البذل غير محقق بل تحت رحمة القدر . فالأول كالبيع المعلوم فيه الثمن والمثلن . والثاني ما احتمل الكسب والخسارة لأحد الطرفين وكان خاضعا للقدر كبيع نظير ترتيب معاش مدة الحياة للبائع فهو باطل للجهالة في الثمن وقد يكون صحيحا كما في السلم فع كونه خاضعا للقضاء والقدر في الثمن رخصا وغلاء فهو جائز .

٤ — عقود أصلية وعقود تبعية ، فالأصلية ما كان المقصود للمتعاقدين وجودها أولا وبالذات كالبيع ، والعقود التبعية ما تولدت عن هذا التعاقد الأصلي ، كالرهن والضمان والحمل مثلا في المبيع نظير ثمنه ، فالبيع مقصود للمتعاقدين أولا ثم نشأ عنه بعد تحققه طلب ضمان بالثمن لأنه لم يدفعه المشتري مثلا ، والعلاقة بين العقد الأصلي والتبعية يجب مراعاتها فالعقد الذي يكون مستوفيا شروطه من العقود الأصلية يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره ، ولو بطل البيع لأن الثمن كان خفرا أو خنزيرا أو مجهولا بطل الضمان لأنه يجب أن يكون الدين المضمون صحيحا يجب أدائه .

٥ — عقد يتم بإرادة الطرفين فقط وعقد لا يوجد إلا بشيء آخر كالبيع فانه ينعقد بلا ضمنية شيء آخر إلى إرادة المتعاقدين ، وأما القرض والهبة والصدقة فتملك بالعقد وإن لم يقبضه المقرض أو الموهوب له أو المتصدق عليه ، والوديعة لا توجد إلا بدفع الشيء المودع فالتعاقد على الإيداع لا يوجد حقيقة الوديعة بل لابد من دفع الوديعة للمودع عنده .

وهناك عقود علانية كالزواج مثلا والعلانية فيها تحصل بالشهاد ، والبيع والاجارة مثلا لا يشترط فيهما العلانية بمعنى وجوب الاشهاد .

وأما عقود القبول ، وهى التى يضع شروطها وبنودها طرف واحد وعلى الطرف الثانى الإمضاء والقبول فقط فحكمها شرعا كالآتى ، حسب ما ظهر لى وفوق كل ذى علم عليم .

أولا — عقد النقل فى السكة الحديد أو بوليصة الشحن ، هذا العقد مطبوع بإنشاء إدارة السكة الحديد وهى التى وضعت شروطه ودونت بنوده وما على المرسل إلا الإمضاء ، وهو عقد .

إيجار بين المرسل والسكة الحديد على نقل عروض تجارة أو ماشية أو أى شىء من بلد كذا إلى بلد كذا ، وفيه أن المصلحة غير مسئولة عن الكسر والتلف والضياع والتأخير الخ . وهى شروط باطلة لأن الضمان مقرر فى التشريع الإسلامى فى مثل هذه الحالة للمصلحة العامة ، وقبول المرسل شروط المصلحة قبول إكراهى لأنه لو لم يقبل لا يمكنه نقل بضاعته خصوصا فى المسافات البعيدة فهو مكره والمتعين .

أولا — قبول الشروط الأساسية التى تتعلق بالنقل وتقدير الأجر ودرجته وانه بالمستعجل أو بالبضاعة .

ثانيا — إلغاء ما زاد من عدم الضمان فيما يضمن فيه شرعا نحو هلاك العروض المرسلة ، فإن كان الهلاك بتعدى من المصلحة أو عدم احتياط أو إهمال نشأ عنه التلف أو الضياع أو الهلاك فهى ضامنة قطعاً ولو شرطت عدم الضمان .

فلو احترقت العربى المحملة بالبضاعة المنقولة لعدم التشجيم أو لشحن مواد ملتهبة أو قابلة للاحتراق مع هذه البضاعة واحترقت بالفعل لهذا السبب فالمصلحة ضامنة قطعاً ، فقد نص الفقهاء على أن عثار الدابة لو كانت عثورا يعتبر تعديا من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذا إن كانت الجبال رثة ، فلو كان التلف أو الضياع أو الهلاك بأمر طارىء لا مفر من حدوثه أولا قدرة على دفعه وكانت المصلحة ليست سببا فى حدوثه فلا ضمان عليها .

فإن اشترط النقل فى المستعجل لخوف التلف على المنقول بأن كان فاكهة أو لحما أو خضارا أو ما أشبه ونقلته المصلحة بغير المستعجل وتلف ضمنى بلا نزاع لأنها خالفت الشرط إلى ما فيه الضرر .

والقاعدة العامة أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ، والتعدى كما يكون بالنفس يكون بالسبب لعدم الاحتياط أو الإهمال فإن هلك بغير تعديه ومع احتياطه فلا ضمان عليه .

ثانياً — عقد التأمين على الحياة ، أو عقد السكورتاه ، أو بوليصة التأمين ، وهو عقد يقبل فيه المتعهد بالتأمين على أنه إذا مات المؤمن في مدة عشر سنين يدفع مبلغاً معيناً (١٠٠٠ جنيه) مثلاً إلى شخص يختاره المؤمن على أن يدفع المؤمن مبلغاً معيناً من المال مقسطاً كذا كل قسط كذا ، أو تتعهد شركة التأمين لصاحب عقار منزل أو دكان أو محل تجارة بدفع مبلغ كذا لمدة عشر سنين أو عشرين سنة إذا احترق هذا العقار على أن يدفع مالك العقار قسطاً معيناً كل سنة أو ستة أشهر من مبلغ معين .

وهو عقد بمجهول ويشترط في كل العقود أن تكون مادة تعاقدها معلومة للطرفين محددة بل هو عقد القضاء والقدر فإن سلمت العين أو الشخص المؤمن عليه كسب المؤمن وإن احترقت أو مات المؤمن خسرت فهذه العقود غير جائزة شرعاً .

ثالثاً — عقود العمل ، هذه العقود يراد بها العقد الحررين أصحاب الشركات أو الفابريكات وبين من يعمل فيها أو بين الصناع وأصحاب رؤوس الأموال وسبب ذلك أن الحكومات في غير مصر (وأظن أن هذا سيشرع قريباً في مصر) نظرت إلى العامل فوجدته ضحية إلى مالك رأس المال يستغله وينتفع بثمرة عمله إلى أبعد حدود الاستغلال حتى إذا شاع أو أصيب بعاهة حتى من جراء عمله تركه صاحب العمل فيكون فريسة للفقر والمرض فسنت قوانين لتأمين العمال في عملهم وفي حياتهم حتى الممات فاشتترطت أن العامل إذا مرض يداوى على حساب من يعمل عنده في معمله أو في فابريكته وإذا أصيب أثناء عمله يعطى أجره كاملاً لمدة معينة وإذا بتر منه عضو أو جزء عضوي ترتب له كذا من أجر عمله لمدة كذا وأن يعطى يوماً ونصف يوم في الأسبوع راحة مع احتساب أجره مثلاً ، وهكذا اشترطت شروطاً سنتها بقوانين لتحمي اليد العاملة من ظفیان أرباب رؤوس الأموال على العمال واستنفاد قواتهم لمصلحتهم بلا تفكير فيمن كانوا سبباً مباشراً لإثرائهم وللإغداق عليهم .

فقام من ناحية أصحاب رؤوس الأموال من يدافع عن أموالهم في استخدام جزء منه قد يبلغ الآلاف ضد مصلحة العمال وضنوا بتطبيق هذه القوانين بشروطها وقودها فوضعوا عقدا يسمى عقد العمل ودونوا فيه من البنود ما لو تمسك بها الطرفان لما استفاد شيئا أى عامل ولو كانت إصابته وقت العمل حتى ولو ذهبت بحياته وذلك للتحايل على الإفلات من تطبيق قوانين حماية العمال ولو جزئيا فيأتى العامل محتاجا للعمل ليقدم له عقد العمل المذكور فإن نازع فيه لا يقبل وهو محتاج فيضطر تحت تأثير الحاجة أن يرضيه ، فمثل هذا العقد باطل لأنه فقدت فيه إرادة العامل من جهة ومن جهة أخرى ففيه إسقاط حق لم يجب بعد والتنازل والاسقاط يكون عن شيء محقق أو مقدر الوجود غالبا ، فإذا تعهد العامل أنه لا يطالب صاحب العمل بتعويض إذا أصيب في عمله فتعهد به باطل وأما ضمان الصناع شرعا فإنهم يضمنون ما هلك عندهم إذا كانوا يأخذون العمل في بيوتهم أو يغيبون عليه دون حضور صاحبه ، ويضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر أو قطع في المصنوع إذا عمله في حانوته ولو بحضور صاحبه ولا ضمان لما فيه غرر .

كثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحترق الخبز عند الفران والطبيب يموت عنده العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ .
وأما الطبيب وما أشبه فإن كان من أهل المعرفة وأخطأ في فعله فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثابت وفي ماله فيما دون الثابت ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قليل في ماله وقليل على العاقلة .
وأما حامل الطعام والطحان فإن الإمام مالهكا ضمنهم ما هلك عندهم إلا أن تقوم لهم بينة على هلاكه من غير تعديهم .

بند [٧٤]

شروط وجود وصحة العقود

القانون الفرنسي :

ملاحظة أولية — الفرق بين شروط إيجاد العقود وشروط صحتها :

إن شرط الوجود إذا تخلف نتج عنه إلغاء العقد إغناء عاما أو عدم وجود العقد ، بينما إذا تخلف شرط الصحة ينتج عنه قابلية العقد للإلغاء إغناء خاصا .

ومعلوم أن الإلغاء الخاص لا يدعى إلا من أشخاص محدودين وأنه يغطي إما بالتصحيح وإما بمضى المدة بخلاف الإلغاء العام فيدعيه كل من له مصلحة ولا يغطي لا بالتصحيح ولا بمضى المدة .

أولا شروط وجود العقود :

١ — إرادة الطرفين المتعاقدين — وهى اتفاق إرادة المتعاقدين على كل نقط التعاقد ، وتتكون من عنصرين العرض من جانب والقبول من جانب آخر .

العرض — ويكون صراحة وليس له شكل خاص ، ويمكن أن يكون لشخص محدود كما يكون للعموم كعرض البضائع بأثمان محدودة لكل مشتر .

ونتيجة العرض وحده لا تكفى لعقد البيع بل لابد من انضمام القبول له ، فالعرض يقيد العارض وله سحب عرضه ما لم يتصل به قبول إذا لم يحدد مدة لعرضه فليس له سحبه حتى تنتهى المدة وقد يصبح العرض قديما إذا توفى العارض أو فقد أهليته للتعاقد أو تمضى مدة العرض المحددة .

القبول — يكون القبول صراحة أو ضمنا فالضمنى يكون كقبول الوكيل لموكله فهو قبول

ضمنى من الموكل ، السكوت من جانب القابل لا يدل على انعقاد الاتفاق (الذى لا يقول كلمة لم يقبل) إلا فى مدة الإيجار الضمنى فالسكوت كاف فى التعاقد .

ومتى وجد القبول نتج عنه وجود العقد .

اللحظة التى يتم فيها التعاقد ويوجد العقد — يتم العقد ويوجد وتترتب عليه آثاره متى حصل العرض والقبول إذا حضر الطرفان فى مجلس واحد فان كان التعاقد بكتابة أو بمكالمات تليفونية أو تلغرافية فحصل خلاف هل يتم بمجرد العرض أو لابد من وصول القبول إلى العارض ونتائج ذلك العملية هى :

١ — لو تلف الشيء المتعاقد عليه بقوة قاهرة فعلى من يكون .

٢ — لو مات أحد الطرفين المتعاقدين أو خرج عن أهلية التعاقد .

٣ — هل يجوز للعارض سحب عرضه .

كل هذا مرتب على تمام العقد بمجرد القبول فيكون ملكا للمشتري أو لابد من وصول القبول فيبقى على حساب البائع .

القانون يجذب رأى الثانى وكذا القانون المدنى الألمانى وهو أن العقد لا يتم إلا بوصول القبول إلى البائع فلو تلف المبيع فهو على حساب البائع ولو مات أحد الطرفين فيبقى المبيع فى ملك البائع ويجوز للبائع سحب عرضه قبل وصول القبول .

المكان الذى ينعقد فيه الاتفاق

لمعرفة مكان الاتفاق نتائج عملية خطيرة :

١ — بالنظر إلى اختصاص المحاكم عند النزاع فى المواد التجارية ، حيث ان القانون يقول (يمكن طلب المدين فى المكان الذى تم فيه التعاقد) .

٢ — فيما يتعلق بتفسير الشروط المبهمه التى فى العقد يطبق العرف فى مكان إتمام العقد

فـ كان إتمام العقد إن كان بين حاضرين هو مكان التعاقد وإن كان بين غائبين ففيه الخلاف السابق هل هو القبول مجرداً عن وصوله للعارض فيكون الحل هو محل القبول ، وإن كان القبول مع وصوله إلى العارض فمحل العارض .
في حالة عدم وجود الإرادة .

لا توجد الإرادة في الأحوال الآتية فلا ينعقد الاتفاق :

- ١ — حينما يكون أحد المتعاقدين في سن لا تسمح له بالتمييز .
- ٢ — حينما يكون أحد المتعاقدين في حالة تغير عقلي أو سكر في حالة إتمام العقد .
- ٣ — حينما يكون هناك خطأ مادي في الشيء المباع (باعه حصاناً فظن أنه باعه آخر) .
- ٤ — حينما يكون هناك خطأ في طبيعة نفس العقد (بعتك حصاناً فظننت أني أعطيكه) .

نظرية الإرادة وإعلان الإرادة

الفرق بين الإرادة وإعلان الإرادة قد اعتنى به القانون الألماني والفرنسي ، ففي القانون إرادة الطرفين الداخلية هي التي تقدم العوامل الموجبة للعقد وأنها هي المحددة لنتأجه وهي طريقة استقلال الإرادة .

وفي القانون الألماني هي الإرادة الظاهرة الناتجة عن الصيغ المستعملة من الطرفين في حال التعاقد وهي طريقة إعلان الإرادة .

ولا يكون العقد قابلاً للإلغاء إذا حصل خطأ في سبب التعاقد، وفي القانون الألماني الخطأ في جوهر مادة التعاقد (المادة المتعاقد عليها) يكون سبباً في الإلغاء .

بند [٧٥]

شروط وجود وصحة العقود

المشروع الإسلامي — شرط الوجود هو ركن العقد الذي به يتكون ويوجد وهو في البيع مثلاً بائع ومشتري ومبيع وثمن فإن لم يوجد واحد يقال فقد ركننا من أركان العقد فلا توجد له حقيقة فهو باطل .

وأما شرط الصحة فكقد ركن من هذه الأركان وصفاً مشروطاً فيه كشرط كون المبيع طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه أو كشرط التمييز في العاقد فإن كان المبيع نجساً أو غير منتفع به في الجملة أو غير مقدور على تسليمه أو كان العاقد صغيراً لا تمييز عنده أو في حالة إغماء أو جنون الخ فيقال إن العقد فقد شرط صحته فالعقد موجود بحقيقته ولكنه غير صحيح ، فعدم وجود العقد لعدم وجود ركنه يكون باطلاً من أساسه وعدم وجود شرط الصحة يجعله فاسداً يصح لمن وقع عليهم الضرر فيه طلب إغاثة أو لمن يملكون أمرهم فهو حق خاص وأما البطلان فهو حق عام لكل شخص أن يدعيه ، ولا يمكن تصحيح الباطل إلا باستيفاء أركانه المفقودة ، وأما العاسد المختلف فيه فيمضي إذا حصل مفوت من مفوتات العقد الفاسد كما سيأتي .

إرادة الطرفين — وهي توافق المتعاقدين على ما أرادا الاتفاق عليه جملة وتفصيلاً وتتكون من إيجاب وقبول أو من عرض وقبول .

أما الإيجاب فيصح أن يكون من التكلم الأول كبعثك كذا أو اشتريت منك كذا مثلاً ، ويصح أن يكون الإيجاب بالقول والكتابة والإشارة منهما أو من أحدهما ، ويصح أن يكون الإيجاب عاماً لكل طارق أو مشتري أو لشخص معين .

ولا يكفي الإيجاب وحده لأنه شق التعاقد فلا يتم إلا بشقيه إيجاب ثم قبول ، والإيجاب

يقيده صاحبه وله ابطاله ما دام لم يقبل المشتري فإن قبل فقد تعلق حقه بالمبيع فإن قال شخص أبيعها بمائة فقال آخر قبلت انعقد البيع فإن تنحى البائع قائلًا ما أردت البيع فإن قامت قرينة على عدم إرادة البيع فالقول للبائع بلا يمين ، أو على إرادته فيلزمه البيع .

ويكون العرض صحيحاً ما دام صاحبه يملك العرض لأن بالقبول يتم البيع فإن فقد العارض (الموجب) أهلية العرض بالموت أو بفقد صفة الأهلية كالجنون مثلاً فقد بطل العرض إذ لو صح العرض مع فقد الأهلية لكان التعاقد مع غير ذى أهل والعبرة بوقت تقابل الإيجاب بالقبول من وقت وجوده إلى تمام العقد فإن قيد عرضه بمدة فهو مؤاخذ بعهد ما دام حياً ذا أهلية شرعية للتعاقد .

وأما القبول فهو الذى يأتى ثانياً وبه يتم التعاقد ويصح بالقول والكتابة والإشارة ، ويصح أن يكون صراحة أو ضمناً فالصراحة كقبلت أو اشتريت أو بعثت كما طلبت مثلاً والضمنى كتصرف المشتري فى المبيع الذى له فيه حق الخيار فهو قبول ضمنى .

ويصح العقد فى المعاطاة كأن يدفع المشتري الثمن المحدد ثم يأخذ المشتري بدون كلمة لا من البائع ولا من المشتري ما دامت إرادة الطرفين قد تقابل بالرضا فقد نص التشريع الإسلامى على أن البيع ينعقد بالمعاطاة من الجانبين ولو فى غير الأشياء الصغيرة ، أو فى المحقرات كزيت مثلاً أو شراب محدد ثمنه أو أى شئ من هذا النوع فلا خلاف فى جوازه ، وأما الأشياء الكثيرة الثمن كأرض وبيت مثلاً ففيها خلاف والراجح جوازه حتى فى غير المحقرات (مذهب مالك) .

ومتى تم الإيجاب والقبول فقد انعقد البيع مثلاً فإن قال المشتري لم أرد الشراء فإن لم يخلف لزمه ومحل حلفه حيث لم يرض بعد رضا الآخر فإن كان قبل رضا الآخر فله الرد ولا يمين . ولا يضر الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرجنا عن البيع لغيره عرفاً ، وللبائع إلزام المشتري بالمبيع فى الزيادة ولو طال الزمن أو انقض المجلس تبعاً للعرف .

اللحظة التي يتم فيها التعاقد ويوجد العقد ، وقت تقابل الإيجاب وهو العرض مع القبول يوجد العقد وتترتب عليه آثاره فإن كان المتعاقدان في مجلس واحد فكان وزمان العقد هو المجلس ووقت القبول ، وإن كان التعاقد بالتليفون أو بالتلغراف فينمقد متى أجاب الطرف الثاني بالقبول ، كتاجر في رشيد وآخر في أسيوط أرسل إليه (تلغرافاً ، يطلب خمسين اردباً أرزاً بمئتي جنيه ، فرد تاجر رشيد بعنا ومرسلة بالسكة الحديد) فقد تم البيع وقت أن قال الرشيدى بعنا فلزم كل ما تعهد به ، وبالطبع لم يعلم تاجر أسيوط ألا بوصول الرد ولكن الرد لبيان الحال الذي تم عليه العرض هل قبل أم رفض لا لزوم البيع وانعقاده فقد انعقد ولزم وقت القبول فيتمحدد بوقت رد التلغراف وفيه الساعة والدقيقة واليوم .

فإن تأخر الرد وقتاً يمكن أن يصل فيه ولم يصل الرد بالقبول فلموجب التصرف فيما عرضه متى كان العرف التجاري لا يمنعه من ذلك كأن تأخر الرد يومين مثلاً وإنما على الموجب اخبار الطرف الثاني بسحب عرضه قبل أن يجيب العروض عليه بالقبول ما دامت لم تمض المدة المتعارف عليها تجارياً ثم يتصرف .

ومتى قبل العروض عليه انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ووجب في ذمته دفع ثمنه للبائع وضمان المبيع من المشتري إن لم يكن فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود فزمان ما فيه حق توفية من البائع حتى تتم التوفية وإن كان قد دخل في ملك المشتري وفرق بين الملكية والضمان .

وإن كان القبول بخطاب صح ووقت القبول هو وقت تحزير الكتاب فالكتاب دليل على حصول القبول وقت كتابته فوصوله لا يوجد القبول ولكن يؤيده ويثبت صدوره في وقت كذا .

وعلى كل حال متى علم القبول مطابقاً للإيجاب تم البيع ولزم من وقت الإيجاب فلو مات

أحد الطرفين لزم ورثته ما التزم به فإن كان بائعاً لزمهم الوفاء بما باعه المشتري وإن كان مشترياً لزمهم دفع الثمن واستلام المبيع ، وإن خرج أحد المتعاقدين عن أهلية التعاقد فما تم حال الأهلية فهو مؤاخذ به فإن جن أو حجز عليه بعد الإيجاب فقد تم البيع ولا كلام لأحد فيه إلا إذا ثبت ما ينقضه شرعاً .

ومكان البيع في حالة انعقاده بالكتابة هو مكان البائع وكأن هذا شرط ضمنى مدخول عليه متى جرى العرف التجارى بذلك ، فإن التاجر الذى يبيع وهو فى رشيد إلى آخره فى أسيوط لا يريد أن يتقاضى فى أسيوط محل إقامة المدعى عليه فيتحمل نفقات ومشقات لا داعى إليها وإنما باع على أن يكون التقاضى فى دائرة عمل تجارته والتجار يشترطون هذا فى معاملتهم وكمبيلاتهم فيزيدون (والدفع والتقاضى محل ما يريد الطالب أو فى محل إقامة الطالب) ومتى وجد شرط عمل به فى مثل هذا وإن لم يكن نص عمل بما تعارف عليه التجار .

انعدام الإرادة

يشترط فى المتعاقدين التمييز بأن يكون إذا كلم أحدهما بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه ، فالصبي غير المميز لصغر والمغنى عليه والمجنون والسكران بحلال أو عن جهل لا يلزمهم عقد ولا يصح منهم اتفاقاً .

والمراد بالسكر كل ما غيب العقل من مرقد أو مخدر أو مائع ، وأما السكران الذى عنده نوع تمييز فبيعه صحيح قطعاً لكنه لا يلزم لأن إرادته غير كاملة كسائر عقوده وإقراراته إلا فى الطلاق والعق والحدود والجنايات فتلزمه لأن الطلاق يجب أن يصان عن العبث والعق قد شوق إليه المشرع والحدود لأن فيها حفظ النفس والعرض والمال وكذا الجنايات .

وأما السكران مجرام فى صحة عقوده وعدم صحتها تردد .

ويشترط عدم وجود خطأ مادى فى الشيء المباع ولا خطأ فى طبيعة نفس العقد ، فإن باعه

حصاناً خاصاً فظن أنه باعه آخر فقبل وهذا يدخل في اختلاف المتبايعين وسيأتي حكمه في الاختلاف في الثمن والمثلن ، وإن باعه حصاناً فظن أنه وهبه له فلم تلتق الإرادتان في عقد واحد فلا يصح .

والغلط لا يفسد البيع إن سمي باسم عام كبعني هذا الحجر أو هذا الفص أو هذا الشيء مع الجهل بحقيقته الخاصة وهو يعلم شخص المبيع كأن يبيع هذا الحجر بدينهم فإذا هو ياقوتة تساوى ألفاً سواء أكان الغلط المذكور من المتبايعين أم من أحدهما مع علم الآخر ، ومحل هذا إذا كان البائع غير وكيل والا فمؤكدة الرد قطعاً .

وإن سمي المبيع بغير اسمه كهذه الزجاجة فإذا هي زبرجدة أو بالعكس ثبت الرد قطعاً . أما الإرادة فهي اتجاه النفس الداخلي إلى شيء معين ولا يعلمها أحد سوى صاحبها وإنما يعبر عنها بقول أو كتابة أو إشارة فالإرادة أمر داخلي في قرارة النفس والمعاملات والالتزامات يجب أن تكون مرتبة بما يعرفه المتعاقدان معاً فطريقة معرفة إرادة الطرفين هي ما أظهره من شروط وبنود في تعاقدتهما .

فإن أخطأ أحد المتعاقدين في سبب التعاقد فلا يكون ذلك سبباً لبطلان العقد والمراد بالسبب الباعث على البيع مثلاً ، وأما السبب في عرف القانون الوضعي فهو غير الباعث لأن سبب البيع هو التزام كل طرف للآخر فالتزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته إليه والتزام المشتري بدفع الثمن هو السبب المباشر فإذا أخطأ أحد الطرفين في السبب المباشر فلا أدري كيف لا يبطل البيع وقد اختل ركن من اتفاق الإرادتين .

فلو اشترى بيتاً لسكنه فوجده لا يصلح للسكنى لأنه بعيد عن محل عمله أو لأنه في وسط لا يليق به أو لأنه لا يسع عائلته فهذا خطأ في السبب الباعث فلا يبطل البيع ولزم العقد .

وأما الخطأ في جوهر المادة المتعاقدة عليها فيرجع إلى اختلاف المتبايعين في جوهر المبيع فإن

اختلفا فيه تحالفاً وفسخ البيع ، وسيأتى بيانه في محله ، فالخطأ ليس مبطلاً في ذاته وإنما قد ينتج الإلغاء عند الاختلاف .

بند [٧٦]

مادة التعاقد

الفانون الفرنسى — نظرياً مادة التعاقد هى الالتزام ، ومع ذلك فقد عرفها القانون المدنى م ١١٢٦ بقوله (مادة التعاقد توجد فى شىء مادى أو فعل شىء أو امتناع عن عمل) وهى أقرب إلى مادة الالتزام منها إلى مادة التعاقد .

حالة وجود مادة التعاقد فى شىء مادى — الشروط الواجب تحققها إذا كانت مادة التعاقد شيئاً تعهد أحد الطرفين للآخر بنقل ملكيته أو باستعماله أو بوضع اليد عليه فيجب لوجود التعاقد ثلاثة شروط :

أولاً — يلزم وجود الشئ المتعاقد عليه وقت التعاقد ، فإذا تلف وقت التعاقد كلية لم يوجد عقد ، ومع ذلك يجوز بيع شئ يوجد مستقبلاً كبيع مزروع قبل تمام نضجه فلا يجوز التعاقد فى شئ يختص بميراث مستقبل حتى ولو رضى المورث نفسه بذلك .

ثانياً — يلزم وجود الشئ المتعاقد عليه فى السوق ليمكن التعاقد على بيعه ، فإذا كان الشئ المبيع غير قابل للتملك أو كان من الحقوق العينية المتعلقة بشخص خاص فلا يكون محلاً للتعاقد ، كذلك أملاك الدولة العامة ، حيوانات مصابة بمرض معد ، حالة الشخص المدنية ، أهلية الشخص ، الوظائف العامة ، كل هذا ليس محلاً للتعاقد .

ثالثاً — يلزم أن تكون المادة المتعاقد عليها محدودة على الأقل فى نوعها ، فبيع حيوان أيا كان لا يصح .

حالة ما إذا كانت المادة محل التعاقد عملاً أو امتناعاً ، في هذه الحالة لا ينعقد الكنتراكتو إلا إذا تحقق ثلاثة شروط : امكانه ، قانونيته ، منفعة الدائن .

أولاً — يلزم أن يكون العمل أو الامتناع ممكناً ، فيجب أن لا يكون مستحيلاً استحالة عامة مطلقة لاستحالة خاصة بالنسبة للمدين .

ثانياً — يلزم أن يكون العمل أو الامتناع عنه قانونياً فيجب أن لا يكون ضد القانون ولا ضد الآداب العامة .

ثالثاً — يلزم أن يكون العمل أو الامتناع عنه مفيداً إلى الدائن وإلا فلا يحق للدائن طلب تعويض عند عدم التنفيذ للالتزام الناتج عن التعاقد لأنها مرتبطة بوجود الفائدة للدائن .

بند [٧٧]

التشريع الإسلامي :

مادة التعاقد :

هي ما اتفق الطرفان المتعاقدان على تحصيله ، فعقد البيع الذي تم لمشتري بيت أو دابة نظير مبلغ كذا اتفق البائع فيه على تملك البيت أو الدابة نظير الثمن واتفق المشتري على بذل الثمن من جانبه نظير الحصول على المبيع فيمكن أن يقال إن مادة التعاقد هي الثمن والمثمن .
فشروط صحة العقد لتمليك ذات أو منفعة في الثمن والمثمن خمسة :

١ — أن يكون طاهراً أو يمكن تطهيره — واختلف في روث الدواب وزبل الحمام والعذرة والدم ولحم الميتة وجلدها منه وزيت تنجس وثوب نجس الخ فقال بعض المشرعين بالمنع وبعضهم بالإباحة وبعضهم قيد الإباحة بالضرورة فإن دعت إليها واستعملها الناس في سمار زرع أو في تزيت آلة أو فيما هو لازم لصناعة مثلاً جاز البيع .

٢ - أن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً من مقاصد العقلاء فلا يصح بيع ما بلغ حد الزرع من الحيوان بحيث لا يدرك بذبح لو كان مباح الأكل لعدم الانتفاع به . وأما الحيوان المريض فلا مانع من بيعه على أنه مريض ما لم تنزل به أسباب الموت . فإن كان ينتفع به لسداد أو غيره ففيه الخلاف السابق .

٣ - غير منهي عن بيعه ويدخل فيه كل شيء لاحق للشخص في التعاقد عليه كأمالك الدولة وحالة الشخص المدنية والوظائف العامة - والمغصوب وبيع النجس الخ وإن كان بعض الفقهاء يقصره على نوع معين من التعاقد .

٤ - مقدوراً على تسليمه - فلا يجوز بيع سمك في البحر ولا طير في الهواء ولا وحش في الفلاة . وأما ما كان مقدوراً على تسليمه بمشقة فلا مانع من بيعه كالقمر والجاموس الذي يترك في المرعى ليلاً ونهاراً بل لا ربط فيجفل من الناس ويمكن إمساكه ولكن بمشقة فيجوز بيعه . ولا يباع عبد أبق ولا حيوان شارد لعدم القدرة على التسليم ، فإن كان الحيوان والعبد تحت يد سلطان ظالم أو شخص مشهور بالعداء وكان في استخلاصه خصومة ونزاع فلا يجوز بيعه لعدم القدرة على تسليمه إلا بخصومة وهو منهي عنه .

٥ - عدم جهل به - فلا يصح بيع مجهول الذات ولا القدر ولا الصفة . فلا يجوز البيع على البت بما يظهر من السعر بين الناس اليوم أو غداً . وأما بيع الصبرة (الكوم) المجهولة القدر كل صاع بكذا فهو بيع صحيح .

فَعِلْمُ الْجُمْلَةِ وَالتَّفْصِيلُ يَصَحُّ بِهِ الْعَقْدُ وَجَهْلُهُمَا يَبْطُلُهُ . وَجَهْلُ الْجُمْلَةِ فَقَطْ مَعَ الْعِلْمِ بِالتَّفْصِيلِ يَصَحُّ وَجَهْلُ التَّفْصِيلِ مَعَ الْعِلْمِ بِالْجُمْلَةِ يَصَحُّ .

بيع الحب في سنبله أو القث أو التبن

أحوال بيع الزرع خمسة لأنه إما قائم أو غير قائم ، وغير القائم إما قث وإما منفوش وإما في تبن وإما مخلص (مذرئ) .

والبيع إما للحب وحده وإما للسنبيل بما فيه من الحب فإن كان المبيع الحب وحده فيجوز بالكيل في الأحوال كلها ويجوز جزافاً من الخالص فقط دون غيره .
وان كان المبيع السنبيل بما فيه من الحب جاز بيعه جزافاً في القوت والقائم دون المنفوش ودون ما في تنه - ما لم يكن رآه وهو في سنبله قائماً وحزره وإلا جاز فيهما ويستثنى من معرفة القدر تحديداً الجزاف - وهو بيع مكيل أو معدود أو موزون جملة واحدة (كومة واحدة) بالشروط الآتية :

(١) أن يراه المشتري حال العقد (٢) ولم يكثر المبيع جزافاً (جملة) جداً بحيث يتعذر تقديره تقريباً (٣) أن يجهل المتعاقدان قدره تحديداً (٤) أن يحرزاه بالفعل (أى يقدره بالفعل) كخمسة أرادب مثلاً (٥) وأن تكون أرضه الموجود عليها مستوية لا مرتفعة ولا منخفضة .
(٦) ولم يمكن عده بلا مشقة (٧) ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه - وألا يتعاقدا عليه مع مكيل - فتمت اجتماع هذه الشروط في صبرة (كومة) كقمح مثلاً صح بيعه جزافاً بدون كيل ويجوز بيع القمح بعد يُبسه في سنبله قبل حصاده وبعده في قته إذا لم يتأخر تمام حصده ودرسه وذره أكثر من خمسة عشر يوماً

ولا يجوز بيع الزرع قبل بدو صلاحه إلا أن يكون مراداً لذلك وسيأتي تفصيله . وأما وجود الثمن والتمن بالفعل وقت التعاقد فليس بشرط لجواز البيع سائماً كأن يبيع عشرين قطاراً قطناً بمبلغ معين لكل قطار على أن يساهم المشتري في أكتوبر مثلاً وكان البيع في يناير - أو يتعاقدا على بيع ثور مثلاً بيعاً باناً الآن بعشرة أرادب أرزا يابانياً مؤجلة إلى سبتمبر موسم الأرز فالعقد صحيح فيهما .

فإن كان التعاقد الآن على شيء يسلم الآن فيجب وجود هذا الشيء وقت التعاقد ليصح البيع ، فإن كان البيع على رؤية سابقة على وقت العقد جاز البيع وصح بشرط ألا يتغير

المبيع عادة بعد الرؤيا إلى وقت العقد فإن كان يتغير بعدها فلا يجوز البيع على البت بل يجوز على خيار الرؤية .

فإن لم تدرك الصفقة المبيع في البيع البات لم ينعقد ما دام على شيء بعينه فإن تلف بعضه فالمشتري بالخيار كما سيأتي في البيع ، فإن كان المبيع زرعاً قبل نضجه يعنى بدو صلاحه فلا يجوز بيعه للغرر لأنه يجوز أن يسلم ويستوى ويجوز ألا يسلم ، وأما الميراث المستقبل الذي لم يستحق فلا يجوز بيعه ولا التعاقد عليه لأنه لم يملك بعد وفيه غرر لجواز أن يموت الوارث قبل مورثه فالتصرف فيه باطل ولو رضى المورث .

ويشترط في الثمن والمثمن أن يكون قابلاً للتملك شرعاً كما سبق .

فإن كانت المادة في التعاقد عملاً أو امتناعاً فيجب إمكان العمل عادة أو عرفاً فمن تعاقد على الصعود إلى السماء أو السير على الماء بلا سبب فلا ينعقد التعاقد يعنى يقع باطلاً ، فإن كان مستحيلاً بالنسبة لأحد الطرفين ممكناً للآخر صح كالاتفاق مع غواص مهنته كذلك لاستخراج ما في سفينة غرقت .

ويجب ألا يكون العمل أو الامتناع غير شرعي كالاتفاق على سرقة أو قتل فلا يجوز ولا ينعقد وكالاتفاق على إنكار شهادة حق أى الاتفاق على الامتناع من أدائها فهو اتفاق باطل ، وكذلك الاتفاق على عمل يخالف الآداب العامة أو الدين فهو اتفاق باطل .

ويجب أن يكون العمل أو الامتناع عنه مفيداً لأحد المتعاقدين الطالب له إفادة تدخل في تقدير العقلاء مطابقة لقواعد الشرع .

بند [٧٨]

السبب

القانون الفرنسي — السبب في الالتزام هو الغرض المباشر والملاحظ الذي يقصده المدين عند الالتزام فالسبب يختلف باختلاف العقود ففي العقود الملزمة للطرفين يستعمل التزام أحدهما لآخر سبباً في تعاقدتهما فالالتزام أحدهما سبب لعقد الآخر.

الفرق بين السبب والباعث :

السبب هو الغرض المباشر للتعاقد الذي يقصده الملتزم ، والباعث هو الغرض البعيد ، أو السبب هو المقصد القانوني أو مجرد الالتزام والباعث هو المقصد المركب . فسبب البيع مثلاً هو التزام المشتري دفع الثمن للبائع وسبب المشتري هو التزام البائع بنقل ملكية العين المبيعة للمشتري . أما الباعث على البيع فهو احتياج البائع لنقد يسد به ديناً أو تصفية تجارته مثلاً ليعمل عملاً آخر أو لضرورة السفر والتحول وهكذا وينتج عملياً :

١ — أن السبب في جميع العقود التي من طبيعة واحدة هو واحد بينما أن الباعث في كل عقد منها يختلف عن الآخر كما عرف سابقاً .

٢ — عدم وجود السبب ، أو السبب الخادع ، أو غير القانوني يوجد إلغاء العقد بينما أن عدم وجود الباعث أو الباعث الخادع ، أو الباعث غير القانوني لا يؤثر على العقد .

الفرق بين مادة التعاقد وسبب التعاقد :

مادة التعاقد هي ما التزم المتعاقد بأدائها إلى الطرف الآخر كمنزل في عقد بيع منزل ، وسبب التعاقد ما تعاقد كل منهما على أدائه للآخر كالثمن في عقد البيع ونقل ملكية المبيع فيه فالمادة في عقد البيع هي الشيء المبيع ، والسبب في البيع هو الالتزام المتقابل .

إلغاء العقد لانعدام سبب التعاقد

لا يكون التعاقد موجوداً أو يكون لاغياً إلغاءً عاماً متى انعدم السبب أو كان سبباً خاطئاً أو غير قانوني .

الالتزام بغير سبب - في العقود الملزمة للطرفين كالبيع لا توجد إذا انعدم السبب فإذا انعدم الشيء المباع وقت البيع وبالتالي انعدم السبب لأن السبب فيه تعهد البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري ولا مباع فلا بيع .

وفي العقود الملزمة لطرف واحد ، فإن كان سبب التعاقد غير ممكن وجوده كان العقد باطلاً كمن تعهد بسداد دين غير موجود أو كان مسدداً .

فإن تصالح الطرفان في موضوع نزاع أمام القضاء جاهلين صدور حكم قضائي في نفس الموضوع كان عقد الصالح غير صحيح لانعدام السبب وللخطأ في السبب .

والفرق بين السبب الخاطئ والسبب المصطنع ، أن السبب المصطنع ما انتق الطرفان على عدم ذكره في نص التعاقد بينهما ولا يوجد إلغاء التعاقد هو نفسه .

فإذا ذكر المتعاقدان أسباباً خاطئة وأسباباً صحيحة في عقد واحد صح العقد متى كانت السبب حقيقياً وقانونياً .

السبب غير القانوني

يكون السبب غير قانوني متى كان ممنوعاً بنص القانون أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب وهو يفترض اختلاط السبب غير القانوني مع مادة التعاقد غير القانونية كاتفاق وسيط في الزواج بين خطيبين على أن يكون له جزء نسبي بما في المهر متى تم الزواج فتم ، فالعقد باطل والزوجان غير ملزمين بتنفيذ هذا التعاقد ، وللواسطة تعويض فقط تقدره المحكمة ، والاتفاق على إيجاد منزل

للدعارة غير قانوني ، والهبة والوصية لسبب غير قانوني ليست باطلة لأن السبب الغير القانوني مجهول لغير الطرفين .

ويرى بعض المشرعين أن السبب الغير القانوني في مثل هذه العقود يمكن تحديده ومعرفته في الحامل على هذا التبرع بهبة أو وصية وبذلك يمكن إلغاء الوصية والهبة متى ثبت أن السبب والحامل للواهب غير قانوني وهو الجارى عليه العمل (كالهبة لخليلة (صديقة) نظير متعة حاضرة أو ماضية أو مستقبلية فهي لاغية) .

ودليل السبب يعلم من العقد متى كان منصوصا عليه فيه فان لم يدل على شيء فالرأى الغالب بين العلماء المشرعين أن العقد غير المسبب يكون دليلا كاملا للالتزام ، ما عدا أنه يجوز للمدين إثبات عدم وجود سبب أو أن السبب غير قانوني أو أنه سبب خاطيء .

نظرية السبب وجدت في القانون الايطالى والاسبانى وحذفت من القانون السويسرى والألماني .

بند [٧٩]

السبب

التشريع الإسلامي — ما التزم به البائع هو السبب فيما التزم به المشتري فالتزام أحد المتعاقدين هو ما التزم به الثاني ومعنى السبب في لغة التشريع الإسلامى هو الرغبة من كلا الطرفين في امتلاك العوض أو المعوض ويعبر عنها الطرفان بالإيجاب والقبول يعنى العوض والمعوض . فإذا بعتهك بيتا في مقابل ١٠٠ جنيه فسبب بيعى المباشر تعهدك بدفع المائة جنيه وسبب قبولك دفع المبلغ رغبتك في تملك البيت فيقال إذا السبب في التعاقد من الطرفين سبب شرعى صحيح لأن الثمن والمثلان في هذا المثل يصح التعاقد عليهما شرعا لاستيفاءهما الشروط الشرعية من (طهارة ، وانتفاع به ،

(١١ مقارنات — ثان)

وكونه مباحا ، ومقدورا على تسليمه ، وكونه غير منهي عنه ، وعدم جهل به) .

فإذا تقرر هذا علمنا أن تسمية العوضين في عقد العوض بالسبب تسمية اصطلاحية عند الوضعين ولهذا حذفها بعض القوانين ومنها القانون الألماني وهو أحدث التشريع المدني في أوروبا .

فإذا كان عقد العوض كالبيع والإجارة مثلا فقد العوض أو المعوض وقع باطلا لأنه فقد ركن وجوده فمن باع لا شيء بمبلغ معين أو باع بيتا بلا شيء وقع البيع باطلا لعدم وجود أحد أركان البيع ، فإن كان العوض غير شرعي كاستئجار صديقة بكذا كل شهر أو استئجار منزل بخمر أو خنزير أو استئجار شخص لقتل آخر كان العقد فاسدا ولا تترتب عليه آثاره من الوفاء بالالتزام طوعا أو جبرا بالقضاء .

فإذا انعدم البيع المعين على البت وقت العقد بطل البيع لأن ركنه فقد وهو المبيع .
وأما اتفاق وسيط في الزواج فهو عقد إجارة على عمل ، ويشترط أن يكون الأجر معلوما والعمل محدودا وأن يكون العمل مفيدا لمن تعاقد عليه فائدة معتبرة شرعا ، فإن توفرت هذه الشروط وكان مقصد الوسيط عدم التأثير بحق وبياطل على أحد الطرفين ولم يقصد غش أحد منهما حل له أخذ الأجر المحدد كخمسة جنيهاً أو عشرة جنيهاً لا بجزء من المهر لأن المهر كان مجهولا للمتعاقدين وقت التعاقد .

ولا يبحث عن السبب الحامل على الهبة والوصية لأن حال المسلم محمول على الصلاح فإن علم السبب فيهما وكان غير شرعي بطلتا ، فإن وهب لصديقة نظير متعة شهوانية أو أوصى لشاب علم سوء سيرته مع الموصى فإن العقد بهما لا يجوز فهو فاسد ، فإذا كان البيع لجارية للرقص أو الغناء أو لعب لعصره خمر أو لأرض لبنائها حانة أو بيت دعارة لا يجوز وهو فاسد فمن باب أولى الهبة والوصية إذا كانتا كذلك .

ومتى كان سبب التعاقد غير مذکور في العقد أو أمام شهود فالعقد صحيح في الظاهر يجب القضاء بمضمونه إلا إذا أثبت من له الحق أن السبب في الالتزام غير صحيح أو غير شرعى فيعمل إذن طبق المنصوص عليه شرعا .

نتيجة المقارنات من بند ٧٠ إلى نهاية بند ٧٩

يتفق التشريعان فيما يأتى :

الالتزامات وماخذها — التعاقد (الكنتراتو) — البيع يتم بالتعاقد وتنتقل ملكية المبيع بمجرد التعاقد — ترتيب التعاقد — عقد القبول — عقود العمل — شروط وجود وصحة العقود — إرادة المتعاقدين — العرض والقبول — لحظة إتمام العقد — مكان انعقاد العقد — مادة التعاقد وشروطها — بيع الحب فى سنبله أو القت أو التبن — بيع الميراث قبل قبضه — السبب — إلغاء العقد لانعدام سببه (التمن أو الثمن) — السبب غير القانونى .

ويختلف التشريعان فيما يأتى :

بيع نظير ترتيب معاش مدى الحياة باطل شرعا وجائز وضعاً — القرض والهبة والصدقة تملك بالعقد شرعا وإن لم تقبض ولا يتم إلا بالقبض وضعاً — عقد التأمين على الحياة باطل شرعا وجائز وضعاً .

بند [٨٠]

العقود العلانية

الفانون الفرنسى — المحقق فى التشريع الحديث أن الالتزامات تتم وتوجد وتنعقد بإرادة المتعاقدين فقط ولكن لبيان شروط العقد يتعين تحريرها ولتكون دليلا عند إنكار التعاقد فقط

حتى انه يمكن إثبات التعاقد بالاعتراف واليمين ولكن استثنى القانون بعض العقود فاشتراط لوجودها أن تكون علانية وهى :

- ١ — الزواج — فيجب حضور مسجل العقود المدنى المختص .
 - ٢ — التبنى — الذى يفرض تدخل القضاء .
 - ٣ — عقد ترتيب أموال الزوجين الذى يجب أن يكون بمعرفة مسجل العقود .
 - ٤ — الهبة .
 - ٥ — عقد الرهن .
 - ٦ — حاول شخص دائن محل دائن آخر أقرض مدينه ما عليه لهذا الدائن فدفعه له وحل محله .
 - ٧ — حاول شخص محل الراهن أو تنازل الزوجة عن زوجها فى الرهن القانونى .
- فى جميع هذه العقود ما عدا الأول والثانى تتحقق العلانية فيها بحضور مسجل العقود وتحريرها بمعرفته وجعلها القانون علانية لخطورتها فوضع القانون مع المتعاقدين رجلا مجربا خوفا من الغش والتحايل فيها ، وجعل القانون عقاب من خالفه فى العلانية فى هذه العقود عدم وجودها فلا تقترب عليها آثارها .

بند [٨١] .

التشريع الإسلامى — المحقق فى التشريع الإسلامى منذ ١٣٦٢ سنة أن الالتزامات تتم وتوجد وتتعدد بإرادة المتعاقدين ، ولكن من باب الاحتياط من نسيان أو لخوف الانكار أو الاختلاف فى شروط التعاقد يتعين الاشهاد فى بعضها ويستحب فى البعض الآخر ، فان ألزمه ولى الأمر لزم ووجب العمل به .

هذه دعواهم من قولهم (المحقق فى التشريع الحديث أن الالتزامات تتم وتوجد بإرادة

المتعاقدين الخ) يا لله من قول الزور ودعوى الباطل وعدم الاعتراف بالحق والفضل لأهله وذكر التشريع الإسلامى صاحب المبادئ الحديثة العادلة التى توافق كل عصر ، تشريع كان منتشرا من نهاية قارة إفريقية شمالا وجنوبا ومن آخر الهند شرقا وبقية آسيا شمالا وجنوبا ومن جنوب أوروبا إلى ثلثها شمالا بما فى ذلك النمسا والمجر و بلاد البلقان وجنوب روسيا وأسبانيا والبرتغال وأكثر أرض فرنسا جميع هذه البلاد كانت تحكم بالتشريع الإسلامى ويعمل فيها بقوانينه وتنشر قواعده فى العدالة بين الناس وقد عرفها كل العالم ويمضى على ذلك فى نفس بلاد أوروبا الغربية ستائة سنة وأوروبا الشرقية لا تزال للآن ، كل هذا ولا يذكر له اسم ولا انه عنه أخذ المشرعون الحديثون ، لماذا كان الواجب إنصافه حتى علميا حتى تاريخيا كلا وكأنه اجماع سكوتى من جميع متشرعى أوروبا ، إن هذا وحده يحمل الدليل القاطع على تضافر جميع هذه القوى : قوى الشر والباطل على مناهضة الإسلام أنى وجد حتى ولو اسما وحتى ولو أخذت عنه أحدث القواعد فى التعامل وحتى لو هدى الناس من الضلال والغى إلى صراط مستقيم ، إن الدين لله وحده يحفظه ويهدى إليه من يشاء ويضل من يشاء له الملك ومن فى الملك ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة لا شريك له وهو على كل شىء قدير .

وهكذا نحن الآن فى سنة ١٣٦٢ هجرية وسنة ١٩٤٣ م وقد علا شأن الكفر والاحاد فاستعمر أرض المسلمين وأذلهم ومكن لتشريعهم منهم بل وحملهم على العمل به ونبذ التشريع السماوى ولعل الله سبحانه وتعالى يقيض للإسلام من ينصره فهو الذى أرسل به رسوله محمدا صلى الله عليه وسلم وهو القادر على كل شىء وإليه المصير .

جعل الدين الإسلامى والتشريع الإلهى وجود العقود بالإيجاب والقبول بلا ضميمه شىء آخر إليها سوى بعض شروط ضرورية لصحة بعضها كالزواج مثلا فان الاشهاد شرط فى صحته عند بعض الأئمة وعند بعضهم الاشهاد شرط عند الدخول لا فى نفس العقد ، ومعنى الاشهاد

إشهار أمر الزواج بين العام والخاص ليعلم أمره وتترتب عليه آثاره الصحيحة ، وليس الاشهاد ولا العلانية شرطاً في صحة هذه العقود وذلك :

١ — الزواج أركانه إيجاب وقبول وشرطه إشهاد فتوجد حقيقة الزواج بذلك وتترتب عليه آثاره من نسب وتحريم وإنفاق وعدة الخ ولكن كثرة تشعب الحياة الاجتماعية وما عرض للمجموع من نقص في الصدق و بعد عن الصواب جعل ولي الأمر يفكر في حفظ أساس العائلة من إنكار أو نبذ بلا أداء حق الخ فأوجب تسجيل الزواج عند مسجل العقود الشخصية (المأذون) فهو قانون نظامي يجب العمل به للمصلحة العامة .

٢ — التبنى ألغته الشريعة الإسلامية لأن به نسبة شخص معروف النسب إلى غير أبيه وفي هذا من اختلاط الأنساب والمضار الاجتماعية ما حمل المشرع الإسلامي على إلغائه بتاتاً .

٣ — عقد ترتيب أموال الزوجين — ليس في التشريع الإسلامي ذلك لأن الزواج لا يتعرض لأملاك أحد من الزوجين ولا يجعل لواحد منهما سبيلاً على أملاك الآخر سوى المصلحة العامة كالفقه والجنون والتبذير الخ فيطلب الحجر عليه لذلك ، وغير التبذير بما زاد على الثلث من الزوجة عند الإمام مالك . فالزواج مدخول فيه على حفظ مال كل زوج له حفظاً تاماً مع صحة ونفاذ كل تصرف يقع منه مستوفياً لشروطه الشرعية .

٤ — عقد الهبة ، لا يشترط في صحته الإشهاد ، فإن رأى ولي الأمر وجوب ذلك لزم وقد أوجبه في كل ما ينقل ملكية العقار فيجب الإشهاد إذا كانت الهبة عقاراً .

٥ — حلول دائن مكان آخر ، وتصوير ذلك أن زيدا مدين لعمر بخمس جنيهات لأجل شهر برهن معين مثلاً فقال بكر لزيد خذ الخمس جنيهات قيمة ما عليك من الدين لعمر فادفعها له على أن أحل مكانه في مداينتك فقبل زيد وأقبض عمرا دينه وحل بكر مكان عمر في دينه ورهنه ، وهذا يصح بلا إشهاد ولكن يقول الله عز وجل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ

إلى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَكُتِبَ لَهُ ۖ وَالْأَمْرُ هُنَا لِلنَّدْب ۚ فَإِنْ أُوجِبَهُ وَلَى الْأَمْرُ وَجِبَ وَهُوَ كَأَى دِينٍ
عَادَى بَرَهْنٍ أَوْ بَدُونِ رَهْنٍ ، وَكَذَلِكَ فِي حُلُولِ رَاهْنٍ مَحَلِّ رَاهْنٍ .

٦ - تنازل الزوجة عن زوجها في الرهن القانوني ، هذا الرهن القانوني ليس موضوعاً
في التشريع الإسلامي لأن أساسه وهو تصرف الزوج في ملك زوجته غير موجود فما ترتب
عليه من رهن أملاك الزوج نظير تصرفه القانوني في أملاك زوجته غير موجود .

وسبب وجود هذا الرهن القانوني في القوانين الوضعية أن الزواج يعطى الزوج حق إدارة
أملاك زوجته قهراً عنها وأخذ ريعها قهراً عنها في بعض صور الزواج كما يعلم من مكانه بل
وأعطاه حق بيع بعض أملاك شركة الزوجية (غير المهر) فكان الأزواج خصوصاً المسرفين يفقدون
أملاك زوجاتهم لسوء تصرفهم أو لاستعمال طرق التحايل أو الغش والمرأة ضعيفة الإرادة لا تقوى
على معارضة زوجها فيما يريد ، فوضع القانون ضماناً لهذا التصرف السيئ الرهن العقاري القانوني
على أملاك الزوج لزوجته منذ الزواج حتى وقت الانفصال فليس للزوجة ترك هذا الرهن إلا
بشرط ، ولو تصرف الزوج في أملاك زوجته ثم باع أملاكه هو ليفر من الضمان فإن أملاكه
تكون ضامنة لمال زوجته حق ولو باعها ، وبما أن أصل التصرف من الزوج في أملاك زوجته
غير موجود في التشريع الإسلامي إلا برضاها واختيارها فلا رهن عقارى للزوجة على
أملاك زوجها .

وكل ما اشترط القانون السماوي فيه العلانية هو الزواج وفي بقية العقود يستحب ذلك مالم
يوجبها الحاكم والا لزم .

بند [٨٢]

شروط صحة العقود

الفانون الفرنسى — شروط صحة العقود هى : ١ — عدم نقص إرادة المتعاقدين .

٢ — أهلية المتعاقدين :

أولاً — عدم نقص إرادة المتعاقدين ، يوجد نقص فى إرادة المتعاقدين متى وجدت ظروف خاصة تحيط بالشخص المتعاقد فتؤثر على إرادته من غير تحوُّلها بقاتاً ، وعيوب إرادة المتعاقدين هى الغلط والإكراه والغش والغبن .

١ — الغلط هو فكرة خاطئة ينظر إليها كحقيقة وينظر إلى الحقيقة كخطأ ، والغلط يكون مانعاً من انعقاد التعاقد بين الطرفين فى ثلاث مواضع .

١ — إذا وقع الغلط فى طبيعة العقد كأن تتبعه شيئاً يعتقد أنك أعطيته هبة .

٢ — إذا وقع الغلط فى شخصية المتعاقد عليه كبيع حصان بعينه ظنه الحصان الآخر .

٣ — إذا وقع الغلط فى سبب التعاقد ، كمن تعهد بدفع دين لم يكن موجوداً أو كان مدفوعاً

قبل ذلك فى هذه الأحوال الثلاثة الغلط يمنع انعقاد التعاقد ووجوده .

ويقع الغلط فى حالتين يوجد العقد معهما ولكن يكون عرضة للإلغاء وهما :

١ — إذا وقع الغلط على جوهر الشئ الذى هو مادة التعاقد .

٢ — إذا وقع الغلط على الشخص المراد التعاقد معه فى بعض العقود .

والفرق بين الاختلاف فى مادة التعاقد والاختلاف فى جوهر المادة المتعاقد عليها أن

الاختلاف فى مادة التعاقد يعنى أن كل واحد من الطرفين يرى أن العقد على شئ خاص كفرس

أسمر وأحمر والاختلاف فى جوهر المادة المتعاقد عليها هو اتفاق الطرفين على مادة معينة لكن

اختلفا في صفاتها الجوهرية كمن اشترى شمعانا على أنه فضة فباعه لآخر فتبين أنه مفضض فقط فالعقد قابل للإلغاء .

ب - الإكراه ، وهو التأثير على عقل شخص حتى ترفع إرادته ، وهو إكراه مادي أو أدبي .

والإكراه مانع من وجود العقد في حالة واحدة وهو الإكراه البدني كالإمضاء بالقوة القاهرة فالعقد لا يوجد ، وفيما عدا ذلك يصح أن يكون الإكراه سبباً في الإلغاء بشروط .

أولاً - يجب أن يكون الإكراه باهظاً . ثانياً - يجب أن يكون الإكراه حاضراً لا ماضياً ولا مستقبلاً بحيث يكون مهدداً له في شخصه أو ماله أو في اعتباره أو في شخص من يهيمه أمره كزوجة أو أب أو أم الخ . ثالثاً - أن يكون الإكراه غير قانوني ومخالفاً للقانون العام والآداب العامة . رابعاً - يجب أن يكون الإكراه سبباً مباشراً للعقد .

والإكراه دائماً سبب في الإلغاء مطلقاً ولو حصل من غير الطرفين ، فهو قوة قاهرة .

ج - الغش . وهو أعمال خداعية استعملها أحد طرفي العقد ضد الآخر لجملة على التعاقد ، وليس الغش نفسه مبطلاً للعقد ولكن ما تنتج عنه من غلط كما أن الإكراه نفسه ليس سبباً في بطلان العقد ولكن ما ينتج عنه من خوف ، والغش سبب خاص للإلغاء ، ولكي يكون الغش سبباً في إلغاء العقد يجب :

١ - استعمال طرق خداعية صناعية أو مكر لإيقاع الطرف الثاني في الغلط في التعاقد .

٢ - أن يكون الغش أساسياً في الحمل على التعاقد مباشرة بحيث لو لم يستعمل لما تم التعاقد وأما الغش العرضي فلا يلغى العقد ولكن يعطى المغشوش تعويضاً .

٣ - أن يكون الغش صدر من أحد الطرفين ضد الآخر لا من ثالث وإلا صح التعاقد فقط يتحمل الثالث الغاش تعويض غشه .

الغش ليس مفروضاً وجوده قانوناً فعلى من ادعاه إثباته بكافة الطرق ، كتابة ، شهادة ، حتى بالقرائن التي يمكن للقاضي استنتاج الحقيقة منها .

د — الغبن في الثمن . وهي الخسارة العائدة على أحد المتعاقدين من عدم التكافؤ بين مادتي التعاقد المتبادلتين بين طرفي العقد .

والغبن ليس سبباً في إلغاء العقد لأنه دائماً يسعى أحد الطرفين لمغنمه ولم يكن القانون حارساً على الناس إلا في حدوده — غير أنه قد يكون الغبن سبباً لإلغاء العقد في حالتين :

أولاً — في كل عقد أكمله القاصر وحده في الموضع التي يجب حضور وصيه معه

ثانياً — في العقود الصادرة من أهل التعاقد في عقار وصل الغبن فيه إلى $\frac{2}{3}$ من الثمن .

وفي عقد القسمة الذي زاد غبنه عن $\frac{1}{3}$ على أحد المقتسمين — وفي قبول ميراث تبين أن الدين فيه

أزيد من النصف من اكتشاف وصية لاحقة على القبول

بند [٨٣]

شروط صحة العقود

الفصل الرابع — من شروط صحة العقود تمام إرادة المتعاقدين بلا نقص — وأهلية

المتعاقدين .

فالظروف التي تؤثر على إرادة المتعاقدين بنقص مع وجود أصل الاختيار قد تكون الغلط

أو الإكراه أو الغش أو الغبن . ولكن الغبن لا يؤثر على إرادة المتعاقدين فالإرادة فيه كاملة

ولكن أحد المتبايعين اغتم فرصة جهل الطرف الآخر بالثمن وتعاقد معه . وأظن يمكن تساهلاً

عد الجهل بقيمة أحد العوضين مؤثراً على تصرف الجاهل بها تصرفاً كاملاً كما ينبغي .

الغلط — هو أن تريد شيئاً معيئاً فتأخذ بدله غيره ظناً أو اعتقاداً أن هذا ما أردته

فإن كان الغلط في طبيعة العقد (أردت بيعاً فاعتقد أنه هبة أو بالعكس) فلا يوجد العقد لأن إرادة الطرفين لم تلتق على نقطة موحدة في طبيعة العقد .

وإذا كان الغلط في شخصية المتعاقد عليه كبيع حصان بعينه فغلط وباع الآخر ، فهذا يرجع لاختلاف المتبايعين في نفس المبيع فإن تمسك كل منهما بما أراد لا بما وقع عليه العقد تحالفاً وفسخ البيع .

وان وقع الغلط في وجود أو عدم وجوب الثمن أو المثلن لم يلزم كمن حول ديناً لآخر تبين عدم وجوده أو تعهد بأداء دين تبين أنه مؤدى فلا حقيقة لوجوده .

فإذا حصل الغلط في البيع مراجعة كأن أخبر البائع بنقص عما اشترى به . فإن صدقه المشتري منه في غلظه أو أثبتته بالبينة (قال اشتريت بخمسين ثم ادعى الغلط وقال بل بمائة) فالمشتري بالخيار إما ردّ السلعة أو ردّ ما زاد وربحه إن كانت السلعة قائمة .

فإن فاتت عند المشتري خير بين دفع الثمن الصحيح وربحه وهو ما ثبت بعد البيع . وبين دفع قيمة السلعة يوم يبيعه ما لم تنقص القيمة عن الغلط وربحه

وإن زاد البائع في أخبارة عمداً أو خطأ لزم البيع المشتري إن حط البائع ما زاد وربحه فإن لم يحطه فلا يلزم المشتري وخير في الإمساك أو الرد .

فإن سمي المتعاقد عليه باسم عام وأشار إليه إشارة تعيين فلا رد فيه - كهذا الحبر أو هذا الفص أو هذا الشيء مع الجهل بحقيقته الخاصة وهو يعلم شخص المبيع كأن يبيع هذا الحبر بدرهم فإذا هو ياقوتة تساوي ألفاً - سواء أكان الغلط المذكور من المتبايعين أم من أحدهما مع علم الآخر - فإن كان المتعاقد وكيلًا عن غيره وحصل هذا فلموكله الرد قطعاً .

فلو سماه بغير اسمه كعنى هذه الزجاجة فإذا هي زرجدة أو بالعكس ثبت الرد قطعاً . هذا في العقود التي لا يراد الشخص أو الشيء المتعاقد عليه لذاته ولشخصه كعقد الزواج أردت الزواج بفاطمة بنت محمد بن إبراهيم فحصل غلط في أختها نجية ووقع العقد عليها ، أو أردت

صانعاً معيناً لعمل معين فتعاقدت مع غيره معتقداً أنه هو الذى أردته فلا ينعقد العقد متى ثبت ذلك بالدعوى والتصديق أو بالدعوى والبيينة .

الاختلاف فى المادة والجوهر

ان الاختلاف بين المتعاقدين يرجع إلى عدة أمور :

أولاً — الاختلاف فى أصل وجود العقد ، يقول أحد المتعاقدين لم يحصل تعاقد ويقول الآخر حصل فالقول لمنكر العقد ميمين سواء أ كان البائع أم المشتري — لأن الأصل عدم انتقال الملك .

ثانياً — الاختلاف فى جنس الثمن . قال البائع : بعته لك بجنيه مصرى وقال المشتري بل بثوب مثلاً .

ثالثاً — الاختلاف فى جنس المثلن . قال البائع بعتك هذا الحمار بمائة قرش فقال المشتري بل بعتنى العبد أو البغل بمائة .

رابعاً — الاختلاف فى الثمن والمثلن معاً .

خامساً — الاختلاف فى نوع الثمن والمثلن كدنانير ودرهم أو قمح وشعير أو ثوب كتان وثوب قطن .

سادساً — الاختلاف فى صفة العقد كمن باع جنته لآخر وقال اشترطت نخلات اختارها بغير عينها وقال المبتاع ما اشترطت إلا هذه النخلات بعينها .

والحكم فى جميع هذه الصور أن يحلف كل منهما على إثبات دعواه ورد دعوى صاحبه ويفسخ البيع فإن كان المبيع قائماً رده بعينه وإن فات رد قيمته يوم البيع لا يوم الحكم ولا يوم الفوات هذا إذا كان مقوماً فإن كان مثلياً رد مثله .

فإن اختلفا في قدر الثمن (قال أحدهما تسعة وقال الآخر عشرة) أو في قدر الثمن (كتب بمائة أو ثوبين بمائة) أو في الأجل (شهراً أو شهرين) أو في الرهن (بعث برهن ، لا بلا رهن) أو في الكفيل (بكفيل أو بلا كفيل) ، فإن كان المبيع موجوداً حلفاً وفسخ البيع . والفسخ يكون بحكم حاكم أو بتراض منهما ونكولهما كحلفهما .

وقضى للحالف على الناكل وبدى بالبائع أولاً .

وإن فات المبيع فالقول للمشتري بيمين أن أشبه قوله العرف والعادة وعلى المشتري القيمة في القوات .

الإكراه — وهو حمل شخص على إجراء عقد أو عمل مؤاخذ به شرعاً ، فالمكروه المسلوب الإرادة كلية لا يقع عقده ولا يوجد لتخلف إرادته قهراً ، والمكروه غير تام الإرادة يصح له الإلغاء لأن عقده يتم ولكن لا يكون لازماً له .

وقد اشترط التشريع الإسلامي في لزوم البيع أن يكون البائع رشيداً وأن يكون طائعاً مختاراً في بيع متاع نفسه .

وأن يكون وكيلاً في بيع متاع غيره ، فإن أجبر على البيع نفسه بلا سبب أو أجبر على سبب البيع جبراً حراماً فيصح البيع ولا يلزم ، وحكمه أنه يرد على بائعه ما أجبر على بيعه أو على سببه ولا يضره تداول ملاك ولا عتق ولا هبة ولا إيلاد .

وقيل إذا أجبر على سبب البيع (وهو طلب مال ظالماً ولو لم يجبر على نفس البيع) فباع كان البيع لازماً له مصلحة لئلا يتباعد الناس عن الشراء فيقع المظلوم في الهلاك ، وقد اختاره المتأخرون وجرى العمل عليه بالمغرب .

وأما الجبر الحلال كبيع البيت لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة أو لوفاء دين أو نفقة زوجة أو أقارب أو وفاء ما عليه من الخراج الحق فالبيع فيه صحيح لازم قطعاً .

والإكراه يتحقق بخوف مؤلم حالاً أو استقبالاً من قتل أو ضرب وإن قل وسجن ظلماً أو صفع على قفا أو قتل ولد أو والدين أو بأخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص المكروه .

ولا بد أن يكون الإكراه مباشراً ، وكونه باهظاً أو قليلاً يرجع إلى تقدير المكروه فهو أمر اعتباري لكل شخص ، وليس بشرط حصول الإكراه من أحد المتعاقدين بل يصح أن يوجد الإكراه من غيرهما .

الغش هو كتم عيب في الثمن أو المثمن واستعمال طرق لإخفائه عن الطرف الآخر ، وإذا ثبت الغش من أحد الطرفين فلمن وقع عليه الغش والخداع الخيار ويشمل نوعي خيار النقيصة لفقد شرط أو لظهور عيب :

أولاً — الخيار لفقد شرط ، إذا اشترط أحد الطرفين شرطاً في العقد وهو كل وصف فيه حق مالى وانعدم الشرط فلمن لحقه الضرر الخيار في الرد أو الإمساك .

ثانياً — الخيار لظهور عيب ، إن وجد أحد المتعاقدين فيما تعاقدا عليه عيباً (نقصاً) عقاراً أو عرضاً أو عيناً وكان هذا العيب في العادة السلامة منه ، كالأعشى ، أو كعور ، أو دبر ، أو عثر أو حرن أو ضعف حمل معتاد الخ . من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن ، فلو وجد العيب الرد .

فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر أو نشر أو ذبح فلا رد به إلا لشرط أو عرف فيعمل به ، والعيب في العقار إن كان دون الثلث فلا رد به ويرجع بقيمة ماله بال فقط وإن كان الثلث فأكثر ثبت الرد إن أراد ، فالقاعدة أن كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة أحد العوضين فله الرد (كسوء جارية أو كثرة بق أو كثرة نمل أو شؤم بأن جربت بأن كل من يسكنها يصاب بمصيبة الخ) .

والتغيرير الفعلي من البائع مثلاً كالشرط المصرح به كصبغ ثوب قديم ليوهم أنه جديد وتجبيس بيت وطلائه كذلك وتلميع شمعدان بفضة ليوهم أنه فضة ، فيرد به البيع لأنه غش وغرر .
وأما التغيرير القولي كقوله اشتر مني هذا الشيء فهو جيد فلا رد منه فإن وجد به عيباً منقصاً فله الرد وعلى المتعاقدين بيان ما عليه حال الثمن والمثلث تفصيلاً من عيوب قلت أو كثرت ولو كان البائع حاكماً أو وارثاً أو وكيلًا ، فإن أجمل فمدلس ويرد به الثمن أو المثلث متى وجد ما يقتضى الرد .

ولا يجب استعمال طرق خداعية صناعية أو مكر لايقاع الطرف الثاني ؟ وإنما يكفي وجود العيب في الثمن والمثلث لخيار من وقع عليه الضرر .

والغش والإكراه والغلط ليس مفروضاً وجودها شرعاً بل على المدعى بهما إثباتها شرعاً أو موافقة الطرف الآخر عليها .

الغبن في الثمن — والأولى الغبن في العوض ليشمل الثمن والمثلث ، والغبن هو الخسارة التي تعود على أحد المتعاقدين من عدم تقدير عوضه تقديراً حقيقياً يوافق العرف والعادة .

وحقيقة ليس القانون حارساً على الناس في معاملتهم إلا في حدوده ، وهذا مأخوذ من معنى الحديث الشريف (دعوا المتبايعين في غفلاتهم يرجع البائع من المشتري أو يرجع بعضهم من بعض) أو كما قال ولكن لما كان الربح يختلف بين ربح معقول وربح فادح أحاط المشرع المتعاقدين بسياسج من الوقاية وجعل لذلك حدوداً وعرفاً من يحميهم ومن يتركه لفطنته .

والغبن في حد ذاته ليس سبباً في إلغاء العقد لأن في التعاقد بعوض كلا الطرفين يرى ويقدر لنفسه الربح ويستزيد منه ولا يخلو حال المتعاقدين مما يأتي :

أولاً — أن يكون الطرفان من أهل المعرفة ويمارسان العقود بتعقل وليسا من أهل الغفلة وهما حضريان أو قرويان وحصل غبن في عقدهما في الثمن أو المثلث فلا رد فيه ولو خالف العادة .

ثانياً — أن يستسلم أحد الطرفين لصاحبه ويخبره بجهله بالثمن أو الثمن ويطلب منه أن يبيعه كما يبيع الناس فقال البائع هي في العرف بعشرة فاشتر مني بعشرة . أو يقول البائع أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس فيقول هي : عشرة فإذا هي بأكثر أو أقل في الموضعين . فلمغبون الرد بالاتفاق .

ثالثاً — إن كان المغبون جاهلاً ولم يستسلم للآخر فتعاقد فغبني ففي جواز رده خلاف . فقال بعض علماء المالكية إنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث . وقال بعضهم وعليه الفتوى إن زاد المشتري المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع وكذا إن بلغ النقصان الثلث من قيمته فأزيد إن كان جاهلاً بما صنع وقام قبل مجاوزة العام من يوم التعاقد ويستوى الرد بالغبن في العقار والمنقول على السواء .

وأما عقد القاصر فإن كان بغير عوض كالهبة تعين على وصيه رده وإن كان بمعاوضة كالبيع والإجارة نظر الوصي فإن كان إمضاه لمصلحة القاصر أمضاه وإلا رده . وما كان فيه غبن على القاصر فالمصلحة رده .

وأما دعوى الغلط أو الجور في القسمة . فإن تفاحش وظهر الغلط أو الجور أو ثبت ما ذكر بينة نقضت القسمة وردت للصواب . وإن لم يتفاحش أو يثبت بأن لم يتضح الحال من غير ثبوت حلف المنكر لهما ، فإن حلف أنه لم يحصل فيها جور أو غلط فلا تنقض فإن نكل أعيدت القسمة . وهذا ما لم يمض الزمن كالعام أو مدة تدل على الرضاء بما وقع . واختلف العلماء فيما تنقض به القسمة فقال بعضهم تنقض القسمة ولو كان الفرق في القيمة يسيراً . وقال بعضهم يعفى عن اليسير في الفرق . والظاهر أن هذا متروك لنظر القاضي حسب ما يرى العرف والعادة .

وأما قبول الميراث وتبين مديونية التركة بأزيد من النصف الخ ، فهذا ليس من التشريع الإسلامي في شيء لأن القاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين فلا ميراث قبل السداد

والوارث إذا أخذ نصيبه من التركة ثم تبين أن التركة مدينة بأزيد من النصف فلا يلزم الوارث إلا بقدر ما ورث وليس ملزماً بقضاء دين مورثه إلا في حدود ما أصابه من التركة فإن تبرع بقضاء دين مورثه فهو حر فيما فعل إن كان يملك التبرع.

بند [٨٥]

أهلية المتعاقدين

القانون الفرنسي — القاعدة العامة كل شخص أهل للتعاقد ما لم يثبت عدم أهليته فالأهلية هي الأصل وعدم الأهلية هي الاستثناء.

وعدم الأهلية ثلاثة أنواع : نوع من الناس عديم الأهلية في كافة الأعمال القانونية . ونوع منهم عديم الأهلية في بعض الأعمال القانونية المحدودة . ونوع منهم أهل للتعاقد لكن منعه القانون من بعض العقود :

أولاً — عدم أهلية التعاقد العامة هي في :

١ — قاصر غير مرفوع الوصاية . لا يجوز له مباشرة أعماله المدنية من عقود وغيرها ، ويمثله قانوناً الوصى ، فقط يجوز له عقد الزواج وعقد ترتيب أموال الزوجين بحضور الأقارب :

٢ — الممنوع قانوناً . لا اختلال عقليتهم أو لجنونهم فيمثلهم الولى الشرعى .

٣ — الموجود بداخل المستشفيات العقلية وهم كالممنوعين قانوناً .

٤ — الممنوع قضاء . وهو المحكوم عليهم بعقاب بدنى نافذ ومخل بالكرامة مدة عقوبتهم .

٥ — المرأة المتزوجة لا يمكنها التعاقد بدون إذن زوجها . وتصبح أهلا للتعاقد متى انحلت الزوجية أو حصل فراق جسماني .

ثانياً — عدم أهلية التعاقد الجزئي هي :

١ — قاصر رفعت عنه الوصاية . له فقط الأعمال الإدارية الخالصة وترتيب إيراده وما زاد عن ذلك فهو عديم الأهلية فيه يمثله وصيه .

٢ — الشخص المعين عليه مجلس قضائي غير أهل لمباشرة بعض الأعمال القضائية منفردا .

٣ — الزوجة المنفصلة جسمانيا ليست أهلا للتصرف في عقارها .

ثالثاً — عدم أهلية عارضة . تعرض عدم أهلية التعاقد لأشخاص كاملي الأهلية وذلك كالوصى مع قاصره فلا يجوز له المشتري منه ، وكذا الزوج مع زوجته فيمنع البيع بينهما .
الغبن في التعاقد على القاصر . على من يدعى غبنا لحق القاصر في تعاقدته أن يقدم دليله فليس القصر في حد ذاته دليلاً على إلغاء العقد ، ويجب إثبات أن هذا العقد هو الذي سبب الخسارة مباشرة .

وكل عقد لا يتم الوصى إلا بإذن مجلس العائلة أو مع تصديق المحكمة لو أتمه القاصر يكون ملغياً لنقص في الشكل فيكفي لإلغائه إثبات أنه قاصر فقط .

إعلان الشخص أنه أهل للتعاقد لا يخلو الطرف الثاني من التثبت من أهليته قانوناً .

بند [١٦]

أهلية المتعاقدين

المادة الأولى — الأصل في المتعاقدين استيفاء شروط التعاقد الشرعية صحة ولزوماً فمن

ادعى انعدام هذه الشروط فقد ادعى غير الأصل فعليه تقديم الدليل على دعواه ، وهذا ظاهر

في الشروط غير الصغر الظاهر فلا يحتاج لدليل فمن تعاقد مع صغير لا يعقل أو يعقل ولكن إلى حد ما فهذا ليس وصيه أو وليه مطالبا بدليل لإثبات عدم أهليته وليس من تعاقد معه ملزما كذلك لأن الظاهر أكبر دليل وعديمو أهلية التعاقد هم :

أولا — المجنون والصبي غير المميز عقودهم باطلة أصالة فهي غير موجودة ويمثلهم وصيهم أو وليهم الشرعى .

ثانيا — الصبي المميز والسفيه والمعتوه المحجور عليهم عقودهم صحيحة غير لازمة إلا إذا أجازها الولي أو الوصى فإن كانت عقوداً بلا عوض تعين ردها وإن كانت بعوض ومنها الزواج نظر الولي أو الوصى فإن كان في إمضائها منفعة للقاصر أمضاها وإن كانت غير مصلحة ردها بلا مسؤولية على القاصر لأن الذى تعاقد معه هو المسؤول عن عمله .

ثالثا — يعتبر التشريع الإسلامى البلوغ الشرعى نوعين :

١ — بلوغ فى المال وحده وهو اما ١٨ عاما أو ٢١ عاما فالتصرف فى العقود المالية قبل هذا السن النظر فيها للوصى أو الولي الشرعى والتصرف بعدها متى بلغ رشيداً عاقلاً لنفس الشخص المتصرف بلا رقابة عليه إلا للقانون العام .

٢ — بلوغ فى النفس فمتى بلغ ١٥ عاما عند الإمام أبى حنيفة أو ١٨ عاما عند الإمام مالك جاز له أن يتصرف فى نفسه بزواج وعقد عمل الخ إلا ما فيه حرج كما سبق فى باب أهلية الزواج فارجع إليه .

وأما المحكوم عليهم بعقاب بدنى وهم بداخل السجن فلهم أهلية التصرف فى أملاكهم وفى التعاقد غير أن القانون الخاص بالسجون يمنعهم من مقابلة أحد أو الاختلاط بأحد وليس معنى هذا أن المسجون ليس أهلاً للتصرف لأنه سجين .

وأما المرأة المتزوجة فأهليتها كاملة فى التصرف إلا إذا كانت محجوراً عليها لسفه أو جنون الخ

قبل الزواج أو بعده وليس للزواج دخل في أهلية المرأة المتزوجة أو عدم أهليتها وإلا كان الزواج نكبة على المرأة فلا يمكن لامرأة عاقلة أو مفكرة قليلا مهما ساقتها عوامل الطبيعة للزواج أن تقدم على فقد حريتها الشخصية فتقدم إرادة زوجها في لزومها حقوق الزوجية وتلتزم هذه الواجبات ثم تفقد حريتها في التعاقد بسبب الزواج أن هذا لعجب ويدعى هؤلاء المتشرعون أن المرأة لها حقوق مكفولة فأين هي وقد جردتموها حتى من شخصيتها القانونية ، نعم هي حرة تذهب وتجيء بلا نكير وتغشى المنتديات العامة والخاصة بلا نكير وتلك هي المدنية الزائفة ، وهذه المرأة في الإسلام على قدم المساواة بالرجل في الشخصية القانونية والأهلية والحقوق كافة إلا فيما يمس ما تعهد به كلاهما في الزواج من المحافظة على النفس والمال والتقيد بما يحفظ على الزوج حقوقه بالنسبة لذات الزوجة فقط وسيأتي هذا التشريع في أوروبا الحديثة بعد مائة سنة على الأقل إن طالبت به المرأة الغربية ومع هذا للأسف الشديد يقولون أن الزواج في الإسلام بيع للمرأة بمهرها وقد أعماهم جهلهم وكبرهم وكرههم للإسلام عن فهم المعنى الاجتماعي السامي لذلك ولو حاولت إقناعهم لارتكبت شططا حتى لو أقنعتهم بالمعارضة بالمثل في أن المرأة الأوروبية التي تدفع الدوطة (المهر) تشتري زوجها كذلك على هذا الأساس .

وقد نظر المشرع الإسلامي إلى أن المرأة تستحق المهر لأن بزواجها قد تنازلت عن حقوقها الشخصية بتقيدها والتزامها الوفاء لزوجها بما يقتضيه الزواج فيجب أن يكون هذا التنازل له مقابل وهو المهر ، أو إنما وجب المهر للمرأة جبراً لضعفها خلقياً فهي مخلوق ضعيف مكون تكوينا خاصاً لا يتحمل المشاق بطبعه وهذا يجعلها في حالة لا تمكنها من الكسب والجدد في الحياة لأنها تحمل وتلد وترب وتحيض وهكذا كل هذه أشياء اختصتها بها الطبيعة وأكملها الخلاق العظيم لحفظ النسل البشري (ولا عبرة بمن شذ من النساء عن هذه القاعدة الطبيعية) والرجل قوى مجادل معارك وهو محتاج لمن يساعده ويكمل له نقصه في هذه الحياة ويوفر له الرفاهية ويهيئ له

المتعة الخاصة من شخص من جنسه من نفسه وهى المرأة فوجب عليه تعويضها بما اكتسب نظير كل هذا وإلا كان محباً لنفسه أنانيا لا يجد من يركن إليه ويخفف عنه حمل الحياة ومتاعب الوجود ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ الآية .

وأما القاصر المرفوعة عنه الوصاية فتصرفه جائز في كل شيء لأنه إما تحت الوصاية وإما مرفوعة عنه الوصاية ولا وسط بينهما ، وأما من سلمت له أمواله لاختباره فحكمه حكم القاصر إلا في إدارة أمواله فقط ، فتصرفه في العقود تحت نظر وصيه يرى فيه المصلحة من رد أو إمضاء .

وليس في التشريع الإسلامى مجلس عائلة لأن الأمر متروك للقاضى أو للمجلس الحسابى الحالى الموجود بالقطر المصرى وهذا خاص بعديمى الأهلية الذين تحت الوصاية أو الحجر فقط .

وليس في التشريع الإسلامى انفصال الزوجين جسمانيا لأنه إما طلاق وإما زواج ولا واسطة بينهما لأن التشريع الإسلامى واجه الحقيقة البشرية في غير موارد ولا خداع فغير ممكن عقلا أن نحكم بقتل شهوة الرجل أو شهوة المرأة ببعدهما عن بعضهما بما يسمى تفريقا جسمانيا لما في ذلك من مضار كثيرة منها تعطيل النسل ومنها السعى لتحصيل المتعة الشهوانية في ستر الخفاء وفيه من الضرر اجتماعيا والتحلل من واجبات المجتمع ما لا يخفى على أحد ، ومنها تشريد الأولاد وتنشئتهم على كراهية من لم يحكم له بهم وما يترتب على عدم وجود الأولاد مع أبيهم أو مع أمهم أيضا ، فقد ثبت بالبرهان القاطع أن سبب التشرد والفساد في الأولاد الطلاق أو فساد أخلاق الأب أو فساد أخلاق الأم وهذا يحصل أيضا في التفريق الجسماني فهو كالطلاق في هذه المعانى كلها لهذا كان الزواج إما قائما فيؤدى كل واحد من الزوجين واجبه نحو الآخر وإما غير قائم فكل يسعى لمصلحته حسب ما يرى غير متقيد بشيء إلا ما حرم الله وأما التعطل والحرمان والفساد فلا .

ولقد ذهب المشرع الإسلامى فى تلمس الحقائق والوصول إلى ما فى النفس من غير مواربة إلى أبعد من هذا فأباح للزوجة طلب الطلاق من زوجها إذا لم يقيم الزوج بواجب اعفافها وأداء واجبه كزوج وكانت تخشى على نفسها الفتنة والوقوع فيما حرم الله ، هذا تشريع حكيم لم يصل إليه بعد المشرعون الوضعيون وسيأتى الوقت بعد حين لهذا التشريع ومع هذا سينكرون أنه مأخوذ عن التشريع الإسلامى كعادتهم فى ذلك دائماً .

وأما عدم الأهلية العارضة كمشتري الوصى أو الولى من قاصره أو الزوج من زوجه فلا يوجد فى التشريع الإسلامى ، ولكن لما كانت النفوس البشرية قد تميل للطمع فقد قيد المشرع جواز التعاقد مع القاصر بشروط كلها لمصلحة القاصر فإن وجدت صح التعاقد وإلا فلا (وستذكر فى تصرفات الوصى والولى) وأما بيع أحد الزوجين للآخر فلا شىء فيه إطلاقاً لتوفر أهلية كل منهما كأى فرد آخر مستوف للشروط الشرعية بلا أى فارق فى ذلك وما ينتج عن تعاقد القاصر من غبن أو ضرر يقدره وصيه أو وليه وليس بلام عليه أن يقيم الدليل على ضرره بقاصره لأن عقد القاصر صحيح غير لازم فى التعاقد بعوض فالتقدير للوصى أو الولى فقط .

وعلى كل شخص يريد التعاقد مع آخر أن يبحث حالته قبل التعاقد معه لجواز أن يكون محجوراً عليه مثلاً فمن قصر فهو خاسر والمفرط أولى بالخسارة .

بند [٨٧]

العودة والشروط لأجل الغير

القانون الفرنسى :

القاعدة العامة المأخوذة عن القانون الرومانى هى أنه (لا يجوز التعهد ولا الشرط باسمه الخاص إلا لنفسه فقط) .

التعهد باسمه للغير :

ومعناه أن التعاقد مع الغير باسمه الخاص لصالح شخص آخر لا يجوز لأنه لا يلزم شخص بشيء لم يعاوه ولا يلتزم هذا المتعهد لأنه لم يتعاقد باسمه لنفسه بل لغيره فهو غير ملزم بشيء ، كمن باع منزلا لآخر وتعهد له بأن يزيل جاره شجرة كبيرة ملكا للجار تحجب المنزل عن الممر العام فلا هو ملتزم ولا تعهده ملزم لجاره .

ولتطبيق هذه القاعدة يجب أن يكون التعهد باسمه الخاص لمصلحة الغير لا أن يكون باسم الغير كوكيل عام أو مدير أعمال الذى تعهد له فإن كان كذلك صح التعهد ولزم ، فإن كان وكيلا تولد الحق مباشرة باسم موكله حسب نظرية القانون الحديث فى حق الموكل لو كيلاه ، وإن كان مديرا لأعمال شخص وتعهد له فى غيبته صح التعهد ولزم هذا الشخص متى كان نافعا ولمصلحته سواء قبله أم لم يقبله .

استثناء من القاعدة المتقدمة :

يجوز للمتعهد باسمه الخاص أن يتعهد لمن تعهد له أن يقبل تعهده وحينئذ يصح التعهد للغير باسمه خاصة ، فإن قبل الشخص الثالث هذا التعهد فيها وإلا كان المتعهد ملزما بتعويض لا بتنفيذ ما تعهد به ، وهذا الفرق بين الضامن وبين من تعهد باسمه خاصة للغير فإن الضامن يضمن تنفيذ ما ضمنه وهذا يضمن قبول التعهد فقط وإلا فعليه التعويض (زيد تعهد باسمه لعمر أن يعمل على كذا لعمر فعلى ليس ملزما بالعمل ولا زيد ملزما بما تعهد به ، لكن إن ضمن زيد لعمر قبول تعهده صح فإن قبل على ما تعهد به زيد فيها وإلا لزم زيدا تعويض لعمر وليس زيد ملزما بالتنفيذ إلا إذا ضمن التنفيذ أيضا فتنقل المسألة إلى الضمان) وفى حالة الشك يفسر لصالح من التزم .

الوعد والشرط لأجل الغير

التبرع الإسلامي — الشخص الذي يعد شخصا آخر بعمل شيء أو قبول أي شيء عن الغير لا يلزم نفسه ولا يلزم غيره لأن مجرد الوعد في حد ذاته ليس ملزما لا للواعد ولا للموعد كقول زيد لعمر أعدك أن أسلفك كذا في آخر الشهر أو أن أبيعك منزلي بكذا أو أعدك أن يؤجر لك بكر منزله بكذا كل هذه وعود ليست ملزمة في شيء إلا أن من المروءة الوفاء بالوعد ولا يلزم الوفاء قضاء متى كان الوعد مجردا .

وأما التعهد فإن كان عن النفس كما تعهد بعمل كذا فهو التزام واجب النفاذ متى كان شرعيا وللتعهد من أهل الالتزام شرعا ، فإن كان التعهد عن الغير فلا يخلو حال التعهد إما أن يكون وكيلا عن من تعهد عنه أو غير وكيل فإن كان وكيلا عنه صح تعهده له ولزم موكله مباشرة مادام في حدود توكيله ، فإن تعهدت لبكر بأن عمر موكلتي يؤجره منزله المعين بكذا كل شهر وهو في حدود توكيله العام المفوض صح التعهد ولزم عمر ما تعهدت به عنه ، فإن كنت وكيلا عنه في أعماله القضائية فقط فليس لي أن أتعهد بتأجير منزله لأنه ليس من الأعمال القضائية وإنما هي أعمال إدارية ولست وكيلا فيها ، فلا يلزمني ما تعهدت به لأن التعهد ليس مني عن شخصي فلست ملزما به وليس عمر ملزما به لأنني ألزمته ما لا أملك إلزامه به لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فيتوقف على رضا عمر .

وإن كان التعهد عن الغير بدون توكيل فهو فضول ويتوقف على رضا ذلك الغير فإن أجازه لزم وإن لم يجزه بطل ، فإن ترتب على تعهد الفضولي ضرر وجب على الفضولي تعويض من تسبب له في هذا الضرر .

وماذكر من بيع شخص منزلا وتعهده للمشتري بأن جاره يقطع شجرته التي تحول بين المنزل وبين منظر الشارع العام فهو على وجهين :

أولا — إن كان المنزل مملوكا للبائع فشرط إزالة الشجرة ملحوظ في البيع فهو تعهد صاحب بيعا وهو مقوم بمنفعة المبيع يزيد في قيمته متى أزيلت الشجرة فإن لم يصل البائع المتعهد إلى حمل الجار على قطع هذه الشجرة ويرضيه كما يشاء فلمشتري الخيار في إمضاء البيع أو رده لأن البائع أدخل بشرط مقصود في العقد ، ومعلوم أن تعهد البائع بإزالة جاره للشجرة ليس ملزما للجار قطعا لأنه التزام فضولي من البائع .

ثانيا — إذا كان البائع لا يملك المنزل بل باعه عن ماله بلا توكيل فلا البيع لازم ولا الشرط لأن البائع في كلتا الحالتين فضولي وعقود الفضولي وشروطه موقوفة حتى يقبلها من عملت في أملاكه أو عليه أو يردّها ، وهذا لا يخلو الفضولي من التعويض عن الضرر الذي يصيب من تعاقد معه .

ويعرف تصرف الفضولي متى تبين أنه غير وكيل حتى ولو ادعى الوكالة وقت العقد أو التعهد وأما الوكيل فعقوده وتعهدهاته فيما توكل فيه لازمة لموكله بمجرد إتمامها باسم موكله فتدخل في ملكه وتلزم ذمته مباشرة .

وقد عاد المشرعون الوضعيون إلى نعتهم المعهودة وإنكارهم مصدر مأخذ تشريعهم وادعوا أن تشريعهم الحديث يجعل الموكل مالكا بمجرد تعاقد وكيله باسمه وليس كتشريع القانون الروماني في أن الوكيل يتعاقد لنفسه أولا فتنتقل له ملكية الشيء ثم ينقله بدوره لموكله ، ولم يعترفوا أن هذا هو التشريع الإسلامي الذي محاقاعدة التشريع الروماني وقرر أن الوكيل متى تعاقد باسم موكله انتقلت الملكية للموكل مباشرة بلا أي عمل آخر .

تقررت هذه القاعدة أول التشريع الإسلامي حوالي سنة ٦٠٠ ميلادية تقريبا ولم يكن

التشريع الوضعى له وجود بعد القانون الرومانى ثم توطدت هذه القاعدة فى نفس أوروبا منشأ وجود القانون الرومانى فألفت قاعدته ثم أخذها حضرات المشرعين المحدثين عن التشريع الإسلامى لأنها قاعدة العقل السليم ونسبوها لأنفسهم وهكذا أمثال ذلك لا يعد ولا يحصى .
وأما مديرو الأعمال فلهم حالتان :

أولاً — مدير أعمال خاص فى نوع من الأعمال كناظر زراعة أو مفتش زراعة أو مدير أو محصل أو موزع بضائع فى محل تجارى فتعهد أمثال هؤلاء فيما وكل إليهم إدارته ملزم بها من عينهم بشرط أن يكون التصرف لمصلحة رب المالك وأن يكون ما تعاقد عليه أو ما تعهد به نافعاً ولازماً لطبيعة عمله الذى يديره وأن يكون قد استعمل بالفعل فيما عهد إليه من إدارة الأعمال الموكولة إليه .

فإن تعاقد ناظر عزبة مع تاجر على توريد سماد كيماوى كبنك التسليف أو على توريد بذور للزراعة ، أو تعهد لشخص سواق أنفار بدفع أجر الشغالة أو تعاقد على إيجار لبعض أطيان وجرى العرف بذلك فإن تعاقدته وتعهده ملزم بها المالك فلو عزل هذا المدير أو الناظر الخ وجب على من استخدمه الوفاء بما تعهد به مدة قيامه بإدارة أعماله .

فلو تعهد موزع تجارة من محل كبير مثلاً أن يرسل رسالة كذا محل معين اتفق معه عليها فصاحب محل التجارة ملزم بما تعهد به هذا الموزع لأنه يعمل لمصلحته وفى حدود عمله .

والحاصل الذى اتفق مع مدين على إيماله لآخر الشهر مثلاً فيلزم الدائن هذا الإمهال لأن الحاصل بطبيعة عمله يرى أن هذا من مصلحة الدائن وتسليم الدائن عمله لمثل هذا العامل دليل على رضائه بما يعمل وهكذا .

فإن خرج واحد من هؤلاء عن تعهده أو عقده فى طبيعة عمله فهو ملزم شخصياً بما عمل بدون أية مسؤولية على من وكل إليه العمل ، فلو باع الناظر أو المفتش من الأطيان التى تحت

إدارته كناظر أو مفتش أو مدير (يعنى له الادارة فقط) أو وهب موزع التجارة لعملاء المحل ما يجب أن يكون بشئ أو أبرأ المحصل مدينا في مبلغ كان مدينا به الخ . فلا يلزم صاحب الملك شئ من هذه التصرفات إلا إذا أجازها هو برضاه واختياره ، وهذا كله معمول به عرفا وعادة .

ثانيا — مدير أعمال عام ، (يعنى وليس وكيلا) كتصرف زوج في أملاك زوجته وهى عالمة ساكتة ، وكتصرف أخ أكبر على أخوته وهم عالمون سنا كتون كما هى العادة في الأرياف أن يموت المورث مثلا فيترك أربعة أولاد بالغين فيتصرف الأكبر أو يتصرف عليهم أرشدهم فيبيع المواشى المملوكة للكل والحصول الناتج من أرض الميراث بل وبعض العقارات بسكوت أخوته فتصرفه جائز على نفسه وعليهم لأنه محمول على التوكيل العرفي والعادة كذلك فيمضى فعله والقول قوله حتى يثبت المنع للمتصرف من رب المال .

ويشترط في مثل هذه الحالة أن يفعل المتصرف المصلحة ولا يختص بشئ لنفسه فإن فعل غير المصلحة أو اختص بشئ لنفسه عزل وهو كالوكيل سواء بسواء .

وأما تعهد المتعهد للغير بقبول تعهده لدى الغير فلم يخرج هذا المتعهد عن كونه فضوليا لأنه لا يمكنه جبر الغير على هذا القبول فان قبل الغير تعهد هذا الفضولى فيها وإلا فعليه تعويض من تعهد له بقبول تعهده عند حصول ضرر ، فان قال المتعهد للغير باسمه إن لم يقبل تعهدى هذا فأنا به كفيل أو أنا ضامن الخ مما يدل على الضمان فهو ليس ضامنا عند عدم التنفيذ وبما أنه لا قدرة له على جبر من تعهد باسمه للتنفيذ فهو غارم لما ينتج عن عدم التنفيذ من ضرر لأنه غرر به ، لأنه يشترط في صحة الضمان أن يكون المضمون ديناً صحيحاً في الذمة أو آيلاً للثبوت وهذا التعهد ليس بدين في ذمة الغير الذى تعهد باسمه أن يعمل كذا مثلاً ولا آيلاً للثبوت ولا يعدو الأمر أنه تعهد من فضولى فضمانه من الشخص الآخر ليس مالا ولا مقوماً بمال ولا آيلاً للمال فضمانه باطل ولا شئ عليه إلا تعويض ما تسبب فيه من ضرر لمن تعهد له بقبول تعهده .

بند [٨٩]

الشروط للغير

الفانوسه الفرنسي — القاعدة لا يجوز اشتراط شيء للغير باسم المشتري خاصة ، ولهذا معنيان :

أولاً — أن يشترط أحد المتعاقدين لثالث شرطاً يعود عليه بمنفعة باسم المتعاقد فلا يُكسب من اشتراط له حق بهذا الشرط لأنه لم يكن حاضراً طرفاً في العقد ولم يوكل أحد الطرفين الذي اشتراط له لأنه اشتراط باسمه خاصة .

ثانياً — لا يجب على المشتري تعويض ولا يلزم الطرف الثاني الذي قبل الشرط للغير أن يؤدي للغير أي شيء فلا المشتري ملزم ولا القابل ملزم ولا ينتج للشخص الثالث أي حق قبلهما أو قبل أحدهما .

ولذلك لا يوجد إكراه ولا يترتب عقاب ، فالشرط للغير باسم المتعاقد لغو فإن وجد إكراه يصح استعماله قانوناً وترتب عقاب كذلك كان الشرط للغير باسم المشتري صحيحاً في مسألتين : الأولى — حينما يكون الشرط للغير شرطاً لنفس المشتري ، كمن باع منزلاً لآخر بشرط أن يدفع له سنوياً ألف فرنك ويدفع لزيد مبلغاً معيناً كل سنة فيصح الشرط للغير لأن المتعهد لو أخل بتعهدة أمكن إكراهه قانوناً وعقابه بفسخ العقد .

الثانية — حينما يكون الشرط للغير شرطاً في العطاء لآخر كمن وهب منزلاً لزيد بشرط أن يدفع لعمر معاشاً سنوياً ١٠ جنيهات مصرية مثلاً صح الشرط ووجب النفاذ والإجازة للمعطي سحب عطائه لعدم تنفيذ شروط عطيته .

وقد طبق المتشرعون هذا الاستثناء الأخير على عقد التأمين على الحياة وهو عقد بين شخص

وشركة تأمين يتضمن أن يدفع سنوياً قدرًا معيناً على أنه إن مات في مدة كداسة تدفع الشركة إلى شخص معين مبلغاً محدوداً ، ويطبق هذا في الشرط الجزائي ، وفي عقود المقاولين ، وفي عقد النقل .

وفي الواقع أصبحت هذه القاعدة لا قيمة لها لكثرة ما استثنى منها .

نتائج الشروط لأجل الغير :

أولاً — بين المشتري والموعود ، عدم وجود دعوى مباشرة ضد القابل للشرط لإكراهه على تنفيذ الشرط للغير ولكن يوجد أسباب غير مباشرة لإجباره على التنفيذ وذلك إما باسترجاع الواهب هبته من الموهوب له وإما بفسخ عقد البيع المشتري فيه للغير وإما برفع دعوى لدفع الشرط الجزائي المتفق عليه لعدم تنفيذ شرط العقد .

ثانياً — بين الموعود والثالث . يجب التفريق بين حالتين حالة قبول الثالث للشرط المدون لمنفعته وحالة عدم قبوله ، فعند عدم قبوله يعتبر أجنبياً من المتعاقدين ولا شأن له قبل الموعود أو القابل للشرط وفي حالة القبول يتدخل بنفسه ويصبح دائناً للقابل مباشرة .

طبيعة قبول الشخص الثالث القانونية . لذلك نظريتان :

الأولى — الشرط للشخص الثالث يعتبر كأنه إيجاب من المشتري للغير أقامه بدله في منفعة الشرط .

والثانية — الشرط للغير يعتبر كمدير أشغال اشتري المنفعة للغير فقبول الغير يعتبر تأكيداً لهذا العمل ويجوز للغير المشتري له أن يقبل في أي وقت يشاء ما دام المشتري لم يسترد شرطه أو يعنى طرف العقد الآخر من هذا الشرط .

فإن مات أو أفلس المشتري فلغير القبول بعد ذلك أيضاً وهو صحيح على نظرية أن المشتري وكيل أشغال فموته لا يضر بالشرط للغير ويصح قبوله ، وعلى نظرية أنه إيجاب كذلك بالرغم

من عدم وضوحها ولا دخل للورثة ولا لدائني المشتري .
فلو تعاقد زيد مع شركة التأمين على الحياة على أن يدفع كذا شهرياً لمدة معينة وعلى أنه لو مات في مدة كذا تدفع الشركة لزوجته أو لشخص آخر عينه قدرها من المال ثم مات زيد قبل قبول زوجته أو الشخص الآخر فلا يتدخل الورثة ولا الدائنون ما دام المشتري له قبل ما شرط له في هذا العقد .

ولا يشترط في القبول أى صيغة ولا أى شكل ويصح القبول صراحة أو ضمناً ، ونتيجة قبول الغير ترجع إلى الماضي أى إلى ساعة إتمام العقد كأنه كان متعاقداً مع القابل للشرط وكان يمثل المشتري للغير ، وينتج عن ذلك :

أولاً — للغير الذى قبل الشرط له دعوى مستقلة يباشرها قبل الذى تعهد بهذا الشرط باسمه لإكراهه على أن يؤدي ما اشترط له في العقد .

ثانياً — تعتبر الفائدة التى تعود على الغير المشتري له في العقد بعيدة عن أملاك المشتري للغير نهائياً بمعنى أنها لا تحسب من تركته ولا سلطان لدائني المشتري عليها ولا تدخل ضمن أملاك المفلس حتى يكون للدائنين فيها سهم بل تبقى الفائدة المشترطة للغير لهذا الغير فقط متى قبلها .

امكان استرجاع الشرط للغير :

يمكن لمن اشترط للغير أن يرجع عن شرطه ويلغيه ما دام الغير لم يقبل . فإن قبل فلا رجوع لتعلق حقه به . وهذا يتفق مع نظرية العرض أو الإيجاب ولا يتفق مع نظرية وكيل الأشغال .

وحق الرجوع للمشتري للغير حق لنفسه هو بلا احتياج لقبول الطرف الثانى القابل للشرط

في العقد إلا إذا تعلق بالشرط حقه فلا بد من رضاه بذلك . ويجوز هذا الحق لورثة المشتري ما دام الغير لم يقبل .

ونتيجة إلغاء الشرط حرمان الغير من الفائدة المشترطة التي كانت تعود عليه .

العلاقة بين المشتري للغير والغير :

يمكن إرجاع الشرط بين المشتري للغير وبين الغير إلى أنه عمل نظير مقابل إذا كان المشتري مديناً للغير فهو دفع لدينه وإبراء لذمته . ويصح إرجاعه إلى أنه عمل بلا مقابل إذا لم تكن بينهما مديونية سابقة وكان المشتري يقصد عمل البر وإدخال السرور على الغير فيأخذ جميع شروط الهبة في غير الشكل حيث أنه عقد تابع لعقد آخر .

بند [٩٠]

الشروط للغير

التبرع الإجمالي — الشروط للغير لا يخلو أمرها من أن تكون استقلالية أو تبعاً لعقد ، فإن كانت استقلالية فهي لغو لا قيمة لها فلا تلزم المشتري ولا المشتري له ولا القابل ومع التحقيق لا يوجد شرط مستقل لأن معنى شرط أن يكون عقد وأن يشترط أحد المتعاقدين شيئاً فيه وهذا هو الشق الثاني من البحث فيكون الشق الأول وهو وجود شرط استقلالي مجرد فرض .

وأما الشروط التبعية : فهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر عقداً ملزماً ويشترط أحدهما شرطاً فيه ويستوى الشرط لنفس العاقد أو للغير فما صح اشتراطه لأحد الطرفين يجوز اشتراطه للغير والشرط في العقد إما ألا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه . أو يخل بالثمن . أو يقتضيه العقد . أو لا يقتضيه ولا ينافيه . فيصح الشرط في العقد للنفس وللغير فيما يقتضيه العقد وفيما

لا يقتضيه ولا ينافيه - ولا يصح الشرط فيما لا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه - أو يخل بالثمن أو المثلثن .

فيصح البيع والشرط للغير كمن باع منزلا واشترط على المشتري دفع ١٠٠ جنيه مائة جنيه مثلا لزيد من الناس فالبيع صحيح والشرط صحيح فإن كان المبلغ غير معين أو مدة الدفع مجهولة كمدى الحياة فلا يصح الشرط لأن المبلغ الذي سيدفع محسوب من الثمن فيكون مجهولا والواجب معرفته .

فلو دفع المشتري المبلغ المعلوم لزيد من الناس فقد وفى بما التزم وإن لم يدفع فللبائع إلزامه قضاء بالدفع ولما اشترط له متى قبل مطالبة الملتزم بما تعهد به لأنه تعلق به حقه فأصبح ملكه فيورث عنه .

وفى هبة الثواب يصح الشرط للغير ، وهبة الثواب أن تعطى شيئا هبة فى مناسبة فرح أو حج أو طهور وتعارف الناس على أن ترد فى مثل هذه المناسبات ، ولو اشترط الواهب فى هبته فى فرح (هدية فرح) أن ترد لولد ولده حيث انه لا ولد له تعين العمل بالشرط وأجبر المتعهد بردها لمن عينه الواهب للثواب .

وأما ما ذكر من ترتيب معاش سنويا فلا يجوز للجهاالة لأنه لا يعرف كم يعيش فلا تصح . وقد سبق التكلم على عقد التأمين على الحياة وهو عقد باطل فلا يصح الشرط فيه ، وأما الشرط الجزائى فهو صحيح كما أراه وإن كان المنصوص غيره وهو أن يشترط البائع على المشتري إن لم يدفع الثمن فى يوم كذا أو يستلم المبيع فى يوم كذا أو يشترط المشتري ان لم يسلم البائع المبيع فى يوم كذا فيكون ملزما بدفع كذا غرامة له أو تعويضا عن التأخير فهذا شرط لا ينافى ما قصد من عقد البيع ولم يخل بالثمن فهو صحيح فيصح شرطه لنفس المتعاقد ويصح شرطه للغير كذلك .

والشرط في عقود المقاولين ، كمن اشترط مع شركة التأمين على أن كل عامل يصاب أثناء عمله تدفع للعامل الشركة كذا كل شهر أو كل سنة فهو اتفاق جر غررا وهو مرهون بالقضاء والقدر لأنه غير معروف هل يصاب عامل أو أكثر أو لا يصاب أحد فهو غير صحيح فالشرط فيه للغير باطل .

والشرط في عقد النقل ، كمن تعاقد مع شركة لنقل شيء معين واشترط على الشركة أنه في حالة فقد هذا الشيء أو تلفه تدفع الشركة قيمته لشخص ثالث عينه في العقد ، فإن كانت الأشياء المنقولة مما يصح فيها الضمان أو كانت الشركة ضامنة بالفعل لأن التلف أو الفقد نتج عن إهمالها فيصح العقد والشرط ويجب العمل به وإن كان لا ضمان فيه ولا يصح اشتراط الضمان فيه فالشرط لاغ ولا يلزم به شيء فالمنظور إليه صحة العقد الذي وقع فيه الشرط وعدم صحته لا نفس الشرط .

العلاقة بين المشتري والموعود . متى وقع الشرط صحيحا وقبله المشتري له فقد تعلق حق الغير بما يترتب على الشرط فالمشتري إجبار المشتري عليه للوفاء بما تعهد به قضاء والمشتري له مطالبة من التزم بالشرط بالوفاء بما تعهد به بقبوله الشرط فلكل منهما حق ومصلحة في الوفاء بالشرط . والعلاقة بين قابل الشرط والمشتري له أنه متى قبل المشتري له الشرط أصبح مداينا لقابل الشرط في التعاقد مباشرة فله جبره على الوفاء ، وإن لم يقبل الشرط فهو أجنبي ولا علاقة بينهما . وطبيعة قبول الشخص الثالث القانونية ، هي قبول لعقد الهبة فتجرب عليه أحكام الهبة وإن كان الشرط نظير دين فهو وفاء لما في الذمة ومتى قبل الشرط برئت ذمة المدين .

فإن كان الشرط للغير من قبيل الهبة فالمشروط له القبول متى شاء بشرط ألا يسترد المشتري شرطه ويُعفى قابل الشرط منه أو يحيط الدين به أو يجن أو يمرض فيموت مجنوناً أو من هذا المرض أو يموت المشتري له كل هذا قبل الحوز والقبول لأن الحياة لتمام الهبة والقبول ركن

فيها ، فليس لورثة المشتري له القبول في هذه الأحوال وإن كان الشرط من قبيل الوفاء بالدين وإبراء الذمة فإنه يشترط قبول الدائن حتى يتم براءة ذمة المدين ، فإن مات المشتري أو أفلس فلم يشترط له القبول لأنه هو صاحب الحق في القبول أو في الرضا لأنه هو الدائن فليس للورثة المعارضة لأن الشرط لبراءة ذمة المشتري مما ترتب فيها والواجب عليهم سداد الديون أولاً من التركة فإن بقي لهم شيء قسموه بينهم حسب الفريضة الشرعية ، فإن مات المشتري له قبل القبول فلورثته القبول لأن وفاء الدين الذي ترتب في الذمة واجب على المشتري فإن رأى ورثة الدائن أن هذا الشرط يحقق وفاء دينهم ولم يسترد المشتري شرطه ولم يعف المشتري عليه صح لهم القبول .
وأما إفلاس المشتري فإن كان قد اشترط للغير كهبة وكان رأس ماله يوازي دينه أو أقل من دينه فإنه شرط موقوف على رضا دائنيه ، وإن كان قد اشترط للغير وفاء لدين فإن كان رأس ماله يوازي أو أقل من رأس ماله جاز له الشرط لأنه تصرف بعوض وهو ليس بممنوع منه ، وهو معروف بما قبل التفليس ، وأما بعد التفليس فليس له شرط لأحد إطلاقاً سواء أكان من قبيل الهبة أم من قبيل وفاء الدين لأن هذا فيه هبة وهو ممنوع منها أو فيه تفضيل بعض الدائنين بالوفاء دون البعض الآخر وهو ممنوع منه وهذا في (التفليس بالمعنى الأعم) .

ونتيجة قبول المشتري له الشرط تعتبر من تاريخ قبوله إذا كان سداد الدين ومن تاريخ الشرط إذا كان من قبيل الهبة ، ومتى تم القبول من المشتري له فله الحق شرعاً في إكراه قائل الشرط على الوفاء بما تعهد به ، فإن صححت الهبة فلا كلام لو ارث المشتري وإلا فهي تركة وكذلك وفاء الدين

استرجاع الشرط للغير .

لا يجوز للمشتري سحب شرطه متى كان الشرط من قبيل الهبة وقبلها المشتري له فإن لم يقبل أو كان من قبيل الوفاء بالدين ولم يقبل المشتري له أيضاً يصح له الرجوع في شرطه إلا إذا

تعلق حق المشتري عليه بهذا الشرط وكان له فيه مصلحة فليس له الرجوع إلا برضاء المشتري عليه .

ويجوز لورثة المشتري سحب الشرط ما دام المشتري له لم يقبل حال حياة مورثهم في الهبة أما في وفاة الدين فلا ويجوز للمشتري له قبول الشرط وفاء لدينه حتى بعد وفاة المشتري .
ومتى ألغى الشرط اعتبر كأن لم يكن ، ويمكن تخريج الشرط على أنه هبة للمشتري له إذا كان بدون عوض وإن كان بعوض فهو وفاء لدين .

بند [٩١]

نتائج العقود

القانون الفرنسي :

ملاحظة عامة - سيكون الكلام في هذا الباب على نتائج العقد العامة وهي ترجع إلى أصليين :

الأول - الاتفاق واجب النفاذ على الطرفين فقط . الثاني - الاتفاق لا ينتج أية نتيجة بالنسبة للشخص الثالث .

القوة المفروضة على الطرفين

القاعدة الأساسية أن الاتفاقات المنعقدة قانوناً تأخذ مكان القانون بين المتعاقدين (الاتفاقات القانونية هي قانون المتعاقدين) بمعنى أن الطرفين ملزمان بتنفيذ الاتفاق كما هما ملزمان بملاحظة القانون ، وأن ترتيبات القانون الموضحة لإرادة المتعاقدين لا يجب تطبيقها بالنسبة لكل نقطة وُضحت بصراحة من الطرفين في العقد وينتج من هذا :

ان المحاكم يجب عليها تنفيذ العقود في فحواها ولبها ، فلا يمكنها تخفيض القدر المتعهد به في العقد بدعوى تجاوز الحد ، ومع ذلك فالمحاكم تخالف هذه القاعدة عمليا والتشريع الحديث قد اتجه إلى الحد من مغالاة القوى على الضعيف في شرطه عند التعاقد فلا ينفذ من الشروط إلا ما فيه اعتدال وانحالي من الإجحاف ، كما يجب تنفيذ الاتفاق بحسن نية .

معنى كلمة طرفي العقد - طرفا العقد يشمل كل من اشترك في العقد اشتراكا فعلييا بنفسه أو بمن يمثله قانونا ويلحق بهم من تلقوا عنهم الملك بعنوان عام ، ومن تلقى عن طرفي العقد الحق في العقد بعنوان عام ، هم كل من امتلك كل أو جزء أموال شخص آخر (الورثة ، الورثة غير النظاميين ، الموصى لهم العموميون أو بعنوان عام ، الموهوب لهم أملاك مستقبلية الموضحة في عقد ترتيب أملاك الزوجين) .

حالة من تلقى الملك عن المتعاقدين ، في الأصل من تلقى الحق عن المتعاقدين بعنوان عام له حق من تلقى عنه من التزام وإلزام وكأنه كان متعاقدا ، ويستثنى من ذلك :

أولا - متى كان ذلك مشروطا في عقد الاتفاق ، بأن اشترط المدين أن دينه لا يحل مدة حياته فإن مات دفع الورثة الدين المذكور فعليهم دفعه .

ثانيا - متى كان بنص القانون ، كالوكالة عن شركة واستئجار عمل .

ثالثا - متى كان منصوبا عليه في العقد كمعاش مدى الحياة أو ترتيب منفعة كذلك .

ولا يمكن الاشتراط أو القبول في عقد من العقود إلى واحد من ورثته كمن باع منزلا واشترط أن يدفع بعد موته ثمنه إلى أصغر أولاده . وهو يأخذ مدة حياته الفائدة والمعاش سنويا ومع ذلك فيمكن للمورث الهبة أو الوصية لهذا الوارث بما يطابق القانون ، والوارث يمثل مورثه في نصيبه من التركة فقط فهو أجنبي منه فيما زاد فالشرط له أو القبول باطل قانونا .

من تلقى الحق عن المتعاقد بعنوان خاص . وهم الذين لم يأخذوا التركة ولا جزءاً منها غير محدد كالربع ، كالمشتريين والموهوب لهم والموصى لهم بعنوان خاص .
والقاعدة الأساسية أن عقود من تلقوا عنهم الملك لا تلحق بهم شيئاً لا من رأس المال ولا من الدين ، إلا إذا اشترى زيد عقاراً له حق ارتفاق فإن زيدا مؤاخذاً بما تعهد به من أخذ عنه الملكية وتنتقل الملكية بما لها وما عليها ، إلا إذا تنازل صاحب دين عن مدينه فيتبعه الضامن لأن عقده تابع لعقد الدين الأصلي .

حالة الدائنين بورقه عرفية ، حالتهم تقرب من حالة من تلقوا الحق بعنوان عام فهم يتحملون تصرف مدينهم نافعاً أو ضاراً حيث كان لهم ضمان عام على أملاك مدينهم ، ومع ذلك فخالتهم كحالة من تلقوا الحق بعنوان خاص بما منحهم القانون من حق مجموع الدائنين من دعوى (ايليك او پولين) فيما إذا أضر بهم تصرف مدينهم وقد يعتبرون من الغير .

بند [٩٢]

نتائج العقود

التشريع الإسلامي — متى تم التعاقد مستوفياً للشروط والأركان كان ميثاقاً وعهداً بين الطرفين يجب الوفاء به كل فيما تعهد به ولا يمس اتفاق بين شخصين أو أشخاص شخصاً ثالثاً ليس طرفاً فيه بشخصه أو بمن يمثله كوكيله أو وصيه أو وليه . فما دام الاتفاق ليس خارجاً عن القانون العام وسببه جلال وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل وجب على القاضى الحكم بينوده وشروطه بلا تدخل فيه بتعديل أيّاً كان ، فإن كان الاتفاق خارجاً عن القانون العام أو كان ملزماً لشخص ليس طرفاً فيه لا بشخصه ولا بمن يمثله أو كان سببه حراماً أو كان فيه أكل أموال الناس بالباطل كمن اشترط على بائعه أن لم يسلمه المبيع في وقت معين يكون ملزماً

برد مأخذه من الثمن ومثله على سبيل التعويض وكان ما حصل من ضرر تأخير التسليم لا يوازي جزءا من عشرة من الثمن فلا يجوز القضاء بالتعويض على علته حسب الشرط لأن المشتري سيأخذه بلا مقابل لا على أنه هدية سمحت به نفس الواهب بل على أنه حق واجب الأداء فلا يحل للقاضي الحكم به ولا يحل لصاحب الشرط أن يأخذه لأنه بلا حق .

طرفا العقد

معنى كلمة طرفا العقد ، هي كل من اشترك بالفعل وقت تكوين العقد بنفسه أو بمن يمثله قانونا ويدخل في حكم من اشترك في العقد من يتلقى عنه الحق كالورثة والموصى لهم بجزء معين من التركة كالربع مثلا أو الثلث .

فان تعاقد شخص على مشترى أرض مثلا بثمن مؤجل على سنين معلومة كل سنة كذا ثم مات قبل مضي المدة وبقى عليه شيء من المقتسط من الثمن فعلى ورثته دفع ذلك فان كان قد أوصى بثلاث تركته لزيد مثلا فلا يأخذ الموصى له ثلث التركة إلا إذا دفع ما خص الثلث من دين المتوفى إن كان الدين حالا فان كان مؤجلا لزمه كذلك فان لم يدفع الورثة أو الموصى له الدين الذي على التركة بيعت التركة وسدد الدين فان بقي لهم شيء كان تركته .

وأما الشرط بعدم حلول دينه مدة حياته (يعنى يحل بموته لا مدة حياته) ففيه خلاف بين الفقهاء فقال بعضهم يعمل به ولا يحل دينه إلا بوفاته ، وقال بعضهم بالتفصيل ففرق بين الدين الذي أصله بيع والدين الذي أصله غير بيع ، ففي دين البيع لا يجوز متى وقع الشرط في صلب العقد لأنه يؤول إلى البيع بأجل مجهول فهو فاسد فان وقع لا في صلب العقد جاز .

ومعلوم أن دين القرض يجب الوفاء به متى كان لوقت معلوم أو جرى العرف بمدة محددة فان لم يكن عرف ولا شرط فهو كالعارية يبقى للوقت الذي ينتفع به عادة ، فان شرط المقرض أو المقرض مثلا أن دينه يحل بعد موته وأن ورثته يقضون دينه ، أو كان الدين من بيع ووقع

الشرط لا في صلب العقد على قول أو كان من غير بيع وفي أى عقد صح الشرط في تأجيل الدين فقط لا في إلزام الوارث بالأداء لأن الوارث ليس طرفا في الاتفاق ولم يلتزم ذلك ، وإنما يقضى الدين إطلاقا من التركة قبل قسمها .

وأما الوكيل عن الشركة فالتزامه ملزم للشركة التي هو وكيل عنها في الالتزام والوكيل غير ملزم متى عمل باسمه كوكيل وكان في حدود توكيله ، وأما استئجار العمل فإن كان خاصا بشخص الملتزم فلا ينتقل للورثة كالاتفاق مع صانع ماهر لعمل شيء معين ثم مات العامل فيميل إتمام ما تعهد به فيبطل الالتزام فإن كان التعهد لعمل عام لا يقصد به إلا العمل في حد ذاته انتقل هذا الحق للورثة .

فإن كان الالتزام كمعاش مدى الحياة أو ترتيب انتفاع من شيء معين كذلك مدى الحياة كالوقف أو العمرى أو العارية مدة الحياة مثلا انتقل الالتزام للورثة متى كان في التركة ما يفي بهذا الالتزام .

وأما الاشتراط أو القبول في عقد من العقود إلى أحد الورثة فذلك جائز مادام قبل الوفاة ، فإن اشترط أن يدفع بعد موته ثمن مبيعه إلى أصغر أولاده وهو يأخذ مدة حياته الفائدة والمعاش سنويا فذلك ممنوع باطل .

١ — لأن ثمن المبيع أجل لأجل مجهول فيفسد البيع . ٢ — اختص أحد الورثة بالثمن بعد الوفاة وهو وصيه والوصية للوارث لا تجوز . ٣ — أخذه الفائدة والمعاش سنويا مدة الحياة ممنوع للجهل به أولا ولأنه ربا ثانيا .

والمورث الهبة لهذا الوارث حال حياة المورث وليس له أن يوصى له لأن فيه زيادة ونقصا في الفروض المقدرة في كتاب الله وهي من القانون العام فالوصية فيه لا تصح ، اللهم إذا رخصت الورثة بهذه الوصية فهي عطية منهم لهذا الوارث .

وأما من اشترى ومن وهب له ومن أوصى له بشيء معين كمنزل أو دابة معينة مثلاً فلا ينتقل التزام البائع للمشتري ولا للموهوب له ولا للموصى له بعين محدودة إلا إذا كان الالتزام خاصاً بنفس العين المبيعة كما إذا التزم البائع على العين المبيعة حقوق ارتفاق مثلاً فتنتقل هذه الحقوق إلى المشتري كما التزمها البائع ، أو كانت نفس العين الموهوبة عليها هذه الحقوق فتلتزم الموهوب له أو الموصى له بها فتنتقل الملكية لهؤلاء بما لها وما عليها .

وأما الدائنون ، فإن كان دينهم برهن أو حميل أو كفيل فالمدين يتصرف في ملكه ببيع أو بشرط أو بغيرها من غير أن يمس الرهن أو ينقص الحميل أو الكفيل ، ومتى مات استوفى الدائن دينه من التركة إن وجد وإلا فمن الرهن ويختص به حتى يستوفى دينه أو يرجع على الحميل أو الكفيل متى اشترط أيهما يأخذ في دينه .

وإن كان دينهم بلا رهن أو كفيل أو حميل فإن جميع ملك المدين ضامن دينه بمعنى أن المدين متى مات قضى دينه من التركة قبل تقسيم التركة ، ومتى تصرف أو اشترط في ماله حسب ما يرى فهو جائز إلا فيما ينقص قدرته على الدفع أو الوفاء بما التزم به فللدائنين منعه من هذا التصرف محافظة على حقوقهم ، فإن كان له حق أو التزام على آخرين ولم يطالب به اضراً بدائنيه أو كان هذا الالتزام أو الحق يزيد في قدرته على الوفاء ولم يتقدم للمطالبة به جاز اغرمائه طلب هذه الحقوق والالتزامات باسم مدينهم .

ولا داعي إلى قانون پولين ولا دعوى ايليك لأن هذا منصوص عليه منذ وجد التشريع الإسلامي فليس هذا من مخترعات ولا مبتكرات پولين ولا ايليك وسيأتي عند الكلام عليهما في محلها ما يفي بالمقصود ، ولو أن المشرعين الوضعيين أرجعوا ما أخذوا إلى أصل مأخذه لكانوا أمناً وأراحوا واستراحوا ولكن تلك عادتهم ولا حيلة لنا في ذلك إلا بيان ما فعلوا من تدليس وغش وسرقة من التشريع الإسلامي ثم ينسبونه إلى أنفسهم ، والله في خلقه شؤون .

نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث

القانون الفرنسي :

والمراد بالشخص الثالث هو من عدا طرفي العقد ومن يتلقى عنهم الملك بعنوان عام ، والقاعدة العامة أن العقود لا يكون لها أثر على الغير لا نفعاً ولا ضرراً فتضمنت أصليين :

الأول : الاتفاقات لا يمكن أن تتعدى الشخص الثالث بضرر ويستثنى من ذلك دائنو المفسس فان اتفاق أغلبهم على وضع مدينهم على رأس تجارته نظير دفع جزء معين من دينه إلى جميع الدائنين يسرى عليهم جميعاً ولو لم توقع عليه الأقلية .

الثاني : الاتفاقات لا يمكن أن ينتفع بها الشخص الثالث ، فلو مات شخص له دين على آخر فاعترف الآخر بحصة أحد الورثة دون الآخرين فلا يصح لهم اتخاذ هذا الإقرار حجة ليثبتوا به ما خصهم في الدين ، ويستثنى من ذلك الضامن الذي ينتفع بكل امتياز عثر عليه المدين من دائنه ولو لم يكن طرفاً في العقد لأن الضمان تابع للعقد .

فان كان الشرط يعطى معنيين اتبع المفسر المعنى الذي تفيد ثمرة في التعاقد دون المعنى العقيم والمعنى الذي يفهم من روح التعاقد ، وإن كان الشرط غير واضح اتبع في تفسيره عرف الاستعمال في بلد التعاقد وفي حالة الشك يفسر لصالح الملتزم في العقد لا الملتزم وتفسر الشروط كلها بما يناسب بعضها البعض ، ولا يشمل التعاقد أشياء لم يكن في نية الطرفين إدخالها في التعاقد .

بند [٩٤]

نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث :

التبريع الإلهامى :

الطرفان فى العقد من بإشراء لأنفسهما أو لغيرهما بصفة قانونية و يعطى حكمهما من تلقى عنهما هذا الحق كما سبق ، والشخص الثالث هو من عدا ذلك ، ولا يتعدى أثر العقد طرفيه للشخص الثالث إلا إذا كان له فى ذلك مصلحة وقبلها كمن اشترط له فى العقد شرط وكان كهبة أو قضاء دين وقبله فلا تتعدى الالتزامات من التزموها بضرر للغير .

وأما مسألة دائى المفلس فان الشرط فى التفليس أن يطلب تفليسه بعض الغرماء أو السكل ولو أبى بعضهم تفليسه فانه يفلس لحق الطالب ، ويشترط فى التفليس زيادة الدين الحال على ماله الذى بيده أو بقاء ما لا يفي بالمؤجل ، فان كان الباقي بيده بعد سداد الحال لا يرجى بتحريكه وفاء المؤجل ولا يعامله الناس عليه ولم يأت بحميل (كفيل) أفلسه القاضى بالمعنى الأخص يعنى باع أملاكه ، فان كان يرجى بتحريك الباقي بيده من ماله وفاء المؤجل من ديونه ، أو دفع للغرماء جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شىء لم يفلس بالمعنى الخاص أى تباع أملاكه .

ومعنى هذا أن الافلاس متى طلبه أحد الدائنين وكان مال المدين لا يفي بالحال أو الباقي لا يفي بالمؤجل وكان لا يرجى من استمراره فى تجارته الوفاء وكان لدودا فى دفع ما عليه أفلسه القاضى حتى ولو اجتمع الدائنون إلا واحدا على طلب عدم الافلاس لقول مالك (إذا أراد واحد من الغرماء تفليس الغريم وحبسه وقال بعضهم ندعه ليسعى حبس لمن أراد حبسه) . فالنظر فى الافلاس وعدمه بعد الترافع للقاضى من اختصاص القاضى لأنها مصلحة عامة ، ويجوز كثيرا كما هو حاصل أن يتفق التاجر مع غالب دائنيه أن يدفع لهم المائة مائة قاصدا الاضرار ببعض

الآخر فلا يصح للقاضي أن يلحق الضرر بالغير إرضاء للغالب وهذه حقوق فردية ملكية لا دخل للأغلبية والأقلية فيها .

فاتفاق غالب الدائنين لا يسرى على الكل إلا بالشروط السابقة وهذا قضاء القاضي لاتفاق الدائنين متى تحققت له هذه الشروط .

ولا ينتفع الشخص الثالث باتفاق الطرفين إلا إذا كان مشروطاً له وقبل ، وأما إقرار المدين بحصة وارث في دين عليه للمتوفى المورث فتنتفع الوارث ويأخذ نصيبه من هذه الحصة لأنها تكون تركة .

إقرار المدين — اما أن يقول للمتوفى عندي كذا في ذمتي وأنا أخص به فلانا من الورثة فليس له حق التخصيص ويحمل على أنه تركة تقسم بين جميع الورثة بالميراث الشرعي .

أو يقول للمتوفى كذا في ذمتي وقد أمرني أن أدفعه لأحد ورثته فلان بعد موته فهو من التركة أيضاً لأنه يعتبر وصية لوارث وهي لا تجوز فإن أجازها بقية الورثة كانت هبة منهم لهذا الوارث لا هبة من المتوفى لأنه يموت انتقل ملك تركته لورثته فلا تصرف له فيها بعد الوفاة بهبة وإنما له الوصية بشروطها .

أو يقول أمرني المتوفى أن أدفع له ما عندي لولده فلان قبل وفاته ولكني لم أدفعها له وسأدفعها الآن بعد الوفاة . فهي في التركة أيضاً لأن الهبة من شرطها القبول والقبض قبل وفاة الواهب وإلا بطلت فهي إذاً لجميع الورثة يتقاسمون بها حسب النصيب الشرعي .

وإذاً للورثة اتخاذ هذا الإقرار حجة لإثبات المديونية — والمثل الذي يصح أن يضرب في مثل هذا إقرار الرجل بزواجه لامرأة ذات ولد دون اعتراف بالبنوة فلا يؤخذ اعترافه بالزوجة حجة على البنوة وإنما على الولد المدعى أن يقيم الدليل أنه من فراش صحيح في مدة هذه الزوجة وأما الضامن فإنه وإن كان ليس طرفاً في تعاقد الدين (إذ يجوز كون الضمان حصل بعد

ثبوت الدين) فإن مصير التزامه معلق بالدين وجوداً وعدمه دفعاً وتأجيلاً لأنه تابع له لا وجوده بدونه وإن كان الضمان في أصل عقد المزمومة فهو طرف في التعاقد وليس ثالثاً فهو مؤاخذ بما التزم به مباشرة وإن كان الضمان تابعاً للدين وجوداً وعدمه أيضاً في هذه المسألة .

وأما إيضاح العقود عند الإبهام فإن كان هناك عرف عمل به متى كان لا يأتي على شرط صريح لأحد الطرفين - فإن حصل خلاف في ذات أو صفة أو أجل الخ فرجعه لاختلاف المتعاقدين وله باب خاص تقدم منه طرف في اختلاف المتعاقدين وسيدكر الباقي في اختلاف المتبايعين في باب البيع وأما إدخال شيء في التعاقد أو عدم إدخاله فرجعه أولاً إلى ما نص عليه في العقد فإن لم يوجد نص فرجعه للعرف والعادة فإن لم يكن عرف ولا عادة فرجعه ما نص عليه شرعاً وذلك :

أولاً - يدخل البناء والشجر في عقد بيع الأرض أو رهنها أو هبتها أو التصديق بها أو وقفها ويدخل أيضاً البذر الذي لم ينبت إلا لشرط أو عرف .

ثانياً - تدخل الأرض في عقد بيع البناء والشجر إلا لشرط أو عرف .

ثالثاً - لا يتناول عقد الأرض مدفوناً بها من رخام وعمد وحلى ونقد بل هو للمالكه إن علم بالإثبات أو دلت القرائن عليه وحلف - وإلا فلقطة أو ركاز - ولا يتناول العقد على الشجر ثمرته إن كانت مؤبرة أو كانت ثمرًا منعقدًا ولا الزرع الظاهر على الأرض إلا لشرط أو عرف رابعاً - يتناول العقد على البيت الثابت فيه كباب ورف وسلم مسمر ورحى مبنية .

فإن اتفق الطرفان على أن ينتهيا عدم إدخال هذا الشيء في العقد فبها وإن اختلفا فرجعه ما سبق .

خلاصة ما تقدم من المقارنة في العقود العلانية

من بند ٨٠ إلى نهاية بند ٩٣

يتفق التشريعان فيما يأتي :

العقود العلانية - الزواج - الهبة - حلول دائن محل آخر - عدم نقص إرادة المتعاقدين -

الغلط - الإكراه - الغش - الغبن في الثمن - قاصر تحت الوصاية - مجبول العقل أو المجنون -
الوعود والشروط لأجل الغير - الشرط في العقد لمصلحة الغير - إمكان استرجاع الشرط للغير -
نتائج العقود - طرفا العقد - نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث .
ويختلف التشريعان فيما يأتي :

التبني - عقد ترتيب أموال الزوجين - تنازل الزوجة عن زوجها في الرهن القانوني - قبول
الميراث وظهور مديونية التركة - الممنوع قضاء من التصرف - المرأة المتزوجة لا تعقد بدون إذن
زوجها - قاصر رفعت عنه الوصاية - مشتري الوصي أموال القاصر - عقد الزوج مع زوجته

بند [٩٥]

بطلان العقود أو الغاؤها

القانون الفرنسي :

(١) . إلغاء العقود :

يوجد ثلاثة أنواع للإلغاء : (١) عدم وجود العقد (٢) إلغاء عام (٣) إلغاء خاص
فعدم وجود العقد يتحقق عند عدم تحقق شرط تكوين العقد كإرادة المتعاقدين أو مادة
التعاقد أو العلانية أو السبب .
والإلغاء العام يتحقق عند مخالفته القانون العام أو الآداب العامة كوجود سبب غير قانوني
والإلغاء الخاص يتحقق عند وجود نقص في الإرادة أو عدم أهلية التعاقد يعني شرط الصحة
والفرق بين عدم وجود العقد والإلغاء العام والإلغاء الخاص .
أولاً — العقد غير الموجود أو الملغى إلغاءً عاماً لم يوجد إلا ظاهراً ولا يترتب عليه أى أثر

وليس بلازم رفع الأمر للقضاء للفصل فيه بل يكفي عند الضرورة رفع الأمر لتحقيق عدم وجوده والعقد القابل للإلغاء بالعكس تترتب عليه آثاره ونتأجه مثل العقد الصحيح ولإلغائه يتعين رفع دعوى الإلغاء والحصول على حكم بإلغائه وهو حكم إيجادى .

ثانياً — العقد القابل للإلغاء لا يطلب إلغاءه إلا الطرف الواقع عليه الضرر فقط كالمكره أو المغشوش بخلاف العقد غير الموجود فللطرفين معاً أو لأحدهما إثبات حقه فى عدم الوجود ثالثاً — العقد غير الموجود أو الملغى إلغاء عاماً لا يسقط فيه الحق بمضى المدة ولا يمكن إصلاحه بخلاف العقد القابل للإلغاء فينقلب صحيحاً بالتصحيح أو بمضى المدة

ومع ذلك يتفق الإلغاء الخاص والإلغاء العام أو عدم الوجود فيما يترتب عليهما بعد الحكم بإلغاء التعاقد إلغاء خاصاً حيث أن هذا الحكم يرجع للماضى وكأن العقد لم يوجد ويمحو أثره فى المستقبل .

(ب) دعوى إلغاء العقد :

وهى الدعوى التى ترفع لمحو عقد لحقه نقص خاص سواء لنقص فى الإرادة أو لنقص فى أهلية التعاقد .

والذى يملك رفع دعوى الإلغاء الخاص هو من تحمل النقص فى إرادته أو فقد أهلية التعاقد أو دائنهم بسند عرفى أو من تلقى عنهم الملك بعنوان عام مع ملاحظة ما يأتى .

- (١) للزوج رفع دعوى إلغاء العقد الصادر من زوجته لأن سلطته كزوج لم تكن مراعاة
- (٢) كل شخص له منفعة له الحق فى رفع دعوى الإلغاء لسبب الحجر القانونى لأنه من الحقوق العامة .

(ج) نتائج حكم إلغاء العقد :

حكم إلغاء العقد يرجع للماضى فيجعل العقد كأن لم يكن ويقطع ما تترتب على العقد فى

الحاضر والمستقبل ويبطل نتائجه الماضية . فإن كان العقد لم ينفذ رفع الحكم بالإلغاء من كل طرف لمنع حقه المترتب على التنفيذ وأصبح لا يصح تنفيذه من أى طرف منهما وإن كان العقد تنفذ أرجع كل طرف ما أخذه من الطرف الآخر .

ويلاحظ أن حكم إلغاء التعاقد متى كان لعدم الأهلية فليس عديم الأهلية ملزماً برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره بشرط إقامة الدليل على ذلك وإلا فإذا أنفقه في ملذاته أو فيما لا يعود عليه بنفع فليس للطرف الآخر الرجوع عليه لأنه سلطه على هلاك ماله فهو المفرط وكان عليه أن يعرف مع من يتعاقد .

ويلاحظ أيضاً أنه إذا كان الإلغاء لسبب مخالفة العقد للنظام العام أو الآداب فليس لمن نفذ العقد من جانبه أن يرجع بما أداه للآخر . هذا رأى المشرعين ويخالفهم العلماء بدعوى أن هذا مخالف للمواد ١١٣١ و ١١٣٥ من القانون المدني .

وكل حق تعلق للغير على العقد الذى حكم بإلغائه أصبح لاغياً أيضاً ولا يترتب عليه أثره فكل حق رتبه المشتري لعقار عليه للغير قبل إلغاء عقد البيع قد ألغى وعاد العقار لصاحبه كيوم باعه .

ويجب تسجيل حكم إلغاء العقد وإعلانه لما يترتب عليه من حقوق للغير . ويجب التأشير على هامش التسجيل العقارى تحت ملاحظة محضر الدعاوى الذى اكتسب الحكم لموكله وإلا عوقب بغرامة - ومع ذلك فحكم إلغاء التعاقد معارض للغير ولو لم يسجل .

بند [٩٦]

بطلان العقود أو إلغاؤها

التشريع الإسلامى - يكون العقد باطلا ويكون فاسداً ، ويمكن تسمية العقد الباطل عقداً ملغياً بإلغاء عاماً ، ويمكن تسمية الفاسد عقداً ملغياً بإلغاء خاصاً .

والعقد الباطل أو الغير موجود أو الملغى إلغاء عاما هو ما لم يوجد فيه ركن من أركان العقد التي بها يتكون ويوجد كعقد الجنون والصغير غير المميز ، وكعدم وجود ثمن أو مثن مثلا فهذه العقود وما شابهها مما فقد ركنًا من أركان وجوده تعتبر باطلة وغير موجودة ويتحقق أيضا في مخالفة الشرع والآداب العامة .

والعقد الفاسد أو الملغى إلغاء خاصا هو ما لم يوجد به شرط صحة أو كان به نقص في إرادة المتعاقدين أو كان به نقص شرط لمصلحة أحد المتعاقدين الخ فيشمل عقد النكاح والدخول بدون شهود وعقد السفية والصغير المميز ومن اشترط شرطا مقصودا له لم يتحقق الخ .

والفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد أن العقد الباطل لا وجود له فلا يترتب عليه أى أثر والواجب فيه التتارك كل طرف تأخذ مادفعه ويجوز لكل منهما التصرف فيما يخصه قبل العقد الباطل كما يشاء من غير حكم حاكم ، والعقد الصحيح فيه الضمان بمجرد التعاقد على المشتري إلا ما فيه حق توفية والعقد الباطل لا ضمان فيه إلا بقبض المبيع فهو على ذمة ومالك البائع مثلا ، والعقد الفاسد ما ترتب عليه أثره قبل الحكم بالفساد وإن كان يجب فيه رد المبيع لبائعه إن لم يفت ولا يجوز الانتفاع به مادام قائما ، ويرد المبيع من غير حكم حاكم متى اتفق الطرفان إن كان مجمعا على فساده فهو ملحق بالباطل وإن كان مختلفا في فساده فلا بد من فسخ الحاكم أو من يقوم مقامه إن لم يتفقا على الرد .

والعقد الباطل لكل شخص طلب تحقق بطلانه لأنه من باب إزالة المنكر إذا كان فيه ذلك أو محافظة على مال مجنون مثلا والعقد الفاسد لا يطلب الحكم بفساده إلا من لحقهم الضرر أو من يمثلهم كالوصى والولى والزوج .

والعقد الباطل يسقط فيه الحق بمفوت من القوتات الآتية ويمكن عمله من جديد ويكون عقدا مبتدأ من تاريخ عمله ، وأما العقد القابل للإلغاء فينقلب صحيحا بالتصحيح أو بأجازته أو بمفوت كذلك .

ولا يتفق الإلغاء العام يعنى البطلان والإلغاء الخاص فيما يترتب عليهما بعد الحكم بالإلغاء لأن الحكم بالإلغاء فى الباطل هو تقرير حقيقة فيرجع ليوم التعاقد فيمحق أثر العقد فى الماضى والمستقبل وأما الحكم فى الإلغاء الخاص أو الفاسد فيرجع ليوم الحكم فقط ولهذا يفوز المشتري بالعلة (بالثمرة) إلى يوم الحكم برد المبيع متى كان المبيع قائماً .

فإن فات المبيع بيد المشتري فإن كان مختلفاً فيه بين العلماء صحة وفساداً مضى بالثمن الذى وقع به - وإن كان متفقاً على فساده عند كل العلماء حتى ولو فى المذاهب الأخرى مضى بالقيمة يوم القبض ومثل المثل إن علم قدره ووجد فى البلد وإلا فقيمته يوم الحكم عليه به .

فالحكم لا يرجع للماضى إلا فى العقد الباطل وأما المختلف فيه فيرجع ليوم الحكم فقط ، فإن اتفق المتعاقدان على فسخه دون انتظار حكم جاك صح لأنهما عقداه فيملك كل حله .

ودعوى إلغاء العقد لتقص خاص لحق أحد المتعاقدين فى إدارته أو فى أهليته يملكها الزوج بالنسبة لزوجته فيما زاد عن الثلث فى تصرفها بهبة ، والوصى والولى بالنسبة لصغيره أو لحجوره ، ويجوز لكل من لحقه ضرر كدائن طلب إلغاء العقد إلغاءً خاصاً محافظة على حقوقه .

نتائج حكم إلغاء العقد

حكم إلغاء العقد يتعلق بالعقد نفسه فإن كان باطلاً أو فاسداً ولم يتنفذ أو وقف تنفيذه وبرئ كل طرف مما التزم به ، وإن تنفذ فإن كان الثمن والمثلن باقيين على حالهما ولم يتغير منهما شىء ولم يفت واحد منهما بمفوت استرد كل واحد من الطرفين ما دفعه من الثمن والمثلن .
ومتى تم إلغاء العقد انقطع ما يترتب عليه فى المستقبل ونتأجه الماضيه فيها تفصيل كما سيأتى :

١ — إذا تصرف الصبي المميز والسفيه في مالهما بعقد معاوضة مالية بغير إذن وليهما وكانت المعاوضة على وجه السداد فإن لوليها الاجازة والرد ولا فرق بين العقار وغيره وقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أولها — أن البيع يرد على كل حال ولا يتبع بشيء من الثمن لأن المشتري سلطه على إتلافه .

الثاني — يرد البيع إن رأى الولي المصلحة فيه ولا يبطل الثمن عن اليتيم أو السفيه ويؤخذ من ماله الذي صونه (حفظه به) بذلك الثمن فإن ذهب ذلك المال وتجدد غيره فلا يتبع بالثمن .

الثالث — أن البيع يمضى ولا يرد .

المعتمد من هذه الأقوال الثلاثة . القول الثاني :

٢ — إذا تصرف الصبي المميز والسفيه في مالهما بعقد معاوضة بأقل من الثمن أو لغير مصلحة فإن البيع يرد قولاً واحداً ولا يبطل الثمن عن اليتيم متى أدخله فيما لا بد له منه .

٣ — فإن كان تصرفهما بلا معاوضة تعين على الولي رده .

فالذي مشى عليه واضع القانون الفرنسى هو القول الثاني وهو أن عديم الأهلية لا يضمن ما أخذه من ثمن أو مضمن إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره .

والقاعدة تفريعاً على القول الثاني أن الصبي والسفيه يضمنان ما أفسداه في مال الغير في ذمتها فتؤخذ قيمة ما أفسداه من مالهما الحاضر إن كان وإلا اتبعابها في ذمتها إلى وجود مال ، كل هذا الضمان إن لم يكن المال الذي تلف في أيديهما أمانة فإن كان المال المتلف أمانة في أيديهما فلا ضمان عليهما لأن من أمنه قد سلطه على إتلافه فإن كان الذي أمنه هو رب المال فقد ضاع هدرأ (ومنه الثمن والمضمن الذي تعاقد عليه) وإن كان غيره فعلى المؤمن الضمان لتفريطه .

فإن حفظ الصبي أو السفينة ماله بما أوثمن عليه من مال الغير فيضمن الأقل مما صونه به وما أتلفه يغرمه من ماله الذى صونه إن كان له مال وقت الإتلاف وبقى لوقت الحكم وإلا فلا غرم عليه ولو استفاد مالا بعد الإتلاف لأن الضمان لا يتعلق بذمة عديم الأهلية فى هلاك ما أوثمن عليه وإنما يتعلق بالمال الذى صانه بما أنفقه .

وإذا كان العقد مخالفاً للنظام العام كمن تعاقدا مثلاً على استئجار امرأة للزنا فلا يجب الوفاء به لأنه فاسد ومن دفع من جانبه فلا يلتزم الجانب الآخر بدفع المقابل فإن دفع الرجل الأجر فلا يحل للمرأة أخذه ، وأرى أنه ليس له الرجوع بما دفع أدباً له وهذا أمر يذيع فعل الفاحشة والواجب الستر ، فإن كان الثمن مؤجلاً فلا يجب الدفع ويحرم على القاضى الحكم لأن هذا أثر لعقد فاسد والعقد الفاسد لا أثر له فى المستقبل .

وكل حق تعلق للغير على العقد الذى حكم بإلغائه أصبح لاغياً ولا يترتب عليه أثره متى ردت العين المبيعة لبائعها فإن فأتت فقد دخلت فى ملك المشتري وعليه قيمتها إن كانت مقومة أو مثلها إن كانت مثلية كما سبق فإذا باع سفينة أو صبي مميز عقاراً وقبضه المشتري ثم رتب عليه حق ارتفاق للغير ورد الوصى أو القيم البيع فقد بطل ما رتبه المشتري من حق ارتفاق للغير لأنه تبين أنه رتب حقاً فيما لا يملك ، وأما الرهن والإجارة للعين المبيعة فيفيتان البيع فإن رده الوصى أو الولى فله القيمة يوم القبض .

وأما تسجيل حكم إلغاء العقد فهذا من النظام لا من الأحكام الفقهية لأن فيه حفظ حق الغير فإن أمر به ولى الأمر وجب ، وإلا فيكفى حكم الحاكم لأن المفروض أن حكم الحاكم يصدر علناً وفيه الكفاية فى العلانية لأن حكم القاضى المفروض فيه العلانية .

بند [٩٧]

أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء

القانون الفرنسي :

الحق في دعوى إلغاء العقود يخفى لسببين :

الأول بتصحيح العقد القابل للإلغاء ، والثاني بمضى المدة .

الأول — تصحيح العقد القابل للإلغاء — وهو ما يعمل به الشخص لصحة العقد المقابل للإلغاء بتنازله عن حقه في رفع دعوى الإلغاء الممنوح له قانوناً .

وتصحيح العقد ليس معناه عمله مرة أخرى — عمل العقد مرة أخرى يقضى بوجود شروط العقد جميعها مبتدأة ثم يحصل التعاقد من جديد بين الطرفين ، وتصحيح العقد عمل من جانب واحد وهو تنازل صاحب الإلغاء عن حقه فيشترط فيه أهلية التعاقد وحرية الإرادة الكاملة . وتصحيح العقد ليس معناه تغيير الالتزامات أو الأشخاص ، فإن تغيير الالتزامات معناه استبدال التزام بدل آخر بين المتعاقدين ، ولكن تصحيح العقد إبقاء كل شيء على حاله في العقد القابل للإلغاء فقط يتنازل صاحب الإلغاء عنه .

تصحيح العقد ليس معناه قبول ما تعاقد به الفضولي باسمه ، فإن زيداً إذا تعاقد مع عمرو لصالح إبراهيم بدون وكالة أو تفويض عن إبراهيم وكان التعاقد يصح إلغاؤه فليس معنى تصحيحه أن يقبل إبراهيم ما تعاقد عليه زيد وإنما التصحيح أن يتنازل إبراهيم الذي تعاقد عن حقه زيد في الإلغاء شخصياً .

العقود التي يجوز تصحيحها :

كل عقد يكون قابلاً للإلغاء الخاص يمكن تصحيحه ، وأما العقود المعتبرة غير موجودة أو الملغاة إلغاء عاماً فيجب عملها من جديد واستكمال شروطها المطلوبة قانوناً كالهبة بإمضاء عرفي فيجب إعادة عملها أمام مسجل العقود .

ويستثنى من ذلك أن وارث الواهب له أن يفعل ما لم يفعله الواهب حال حياته وإن كان ذلك مخالفاً لقاعدتين (١) ليس للوارث حق زائد عن حق مورثه ، وقد منعه القانون . (٢) ليس لغير الطرف الذي وقع عليه الضرر أن يصحح العقد وقد أباح القانون للورثة ذلك .

شروط صحة التصحيح للعقد القابلة للإلغاء :

لكي يكون التصحيح قانونياً يجب :

أولاً — يجب أن يكون النقص في العقود الذي جعلها قابلة للإلغاء قد اختلف بالتصحيح فيزول الغش ويختفي الإكراه .

ثانياً — يجب أن يكون مصحح العقد حائزاً لأهلية التعاقد فيبلغ القاصر ويفك الحجر عن المحجور عليه والمرأة المتزوجة تطلق أو يفرق بينهما جسمانياً وهكذا .

ثالثاً — يجب أن يكون مصحح العقد عارفاً بالنقص الذي جعل العقد قابلاً للإلغاء ، وأن نيته تصحيح هذا العقد باختفاء هذا النقص .

وتصحيح العقد يكون صريحاً أو ضمناً ، والصريح يكون كتابة مسجلة أو تحت إمضاء عرفي ، ويجب النص في التصحيح الكتابي على بقاء جوهر العقد القابل للإلغاء ، وذكر العيب الذي جعله قابلاً للإلغاء ، وذكر إرادته الصريحة في تصحيحه .

والتصحيح الضمني يكون في كل عمل يفهم منه التنازل عن دعوى الإلغاء كالتصرف في المبيع أو تنفيذ العقد كلاً أو بعضاً الخ .

نتيجة التصحيح — التصحيح يجعل العقد سليماً وكأنه لم يكن قابلاً للإلغاء من وقت حصوله وكل ما يترتب عليه يكون صحيحاً ، مع الاحتفاظ لدائى المصحح بحقوقهم قبله متى كان تصحيح العقد أضر بحقوقهم فلهم طلب إلغاء هذا التصحيح والتمسك بحقوقهم .

سقوط حق الإلغاء بمضى المدة :

يسقط حق طلب إلغاء العقد لعيب خاص فيه بمضى عشر سنوات ويطبق عليه كل أحوال سقوط الحق بمضى المدة من انقطاع وتعليق ، ولا يطبق حق السقوط إلا على كل دعوى متعلقة بإلغاء عقد إلغاء خاصاً ويخرج من ذلك :

(١) دعوى تحقيق عدم وجود عقد . (٢) دعوى إبطال عقد أو فسخه . (٣) دعوى استرداد هبة لعدم تنفيذ شرط الواهب ، أو لإساءة الموهوب له للواهب . (٤) دعوى بولين التي يرفعها الدائن ضد مدينه لإبطال العقود الصادرة منه إضراراً بدائنيه .

هذه الدعاوى لا يطبق عليها سقوط الحق بمضى عشر سنين بل ثلاثين سنة ، وكذلك يخرج من هذا السقوط لعشر سنين الأعمال القانونية التي تصدر من جانب واحد (الوصية والتنازل أو قبول الميراث) فسقوطها ثلاثون سنة .

وتبدأ المدة للعشر سنين من اليوم الذى يمكن فيه تصحيح العقد صراحة (أعنى من يوم انقطاع الإكراه ، وظهور الغش ، وانحلال الزواج ، ورفع الحجر ، وبلوغ القاصر) .

ونتيجة سقوط حق دعوى الإلغاء للعقد أنها لا تقبل ويعتبر هذا تصحيحاً للعقد ضمناً . وتسقط دعوى إلغاء العقد بمضى عشر سنين كما يسقط الدفع من المدعى عليه تبعاً لدعوى الإلغاء المذكورة إذا كان المدعى عليه هو صاحب حق الإلغاء ، أو تسقط دعوى الإلغاء فقط ولا

يسقط الدفع بطلب الإلغاء بل هو مستمر (كمن اشترى من قاصر منزلاً فسكت القاصر عشر سنين عن طلب الإلغاء كنص القانون فرفع المشتري على القاصر دعوى التسليم فدفع القاصر بأن العقد ملغى وليس ملازماً بتنفيذه لأنه كان قاصراً) . وجواز الدفع من المدعى عليه بطلب إلغاء العقد أدلته كثيرة وجرى العمل به .

بند [٩٨]

أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء :

التشريع الإسلامي — دعوى إلغاء العقد تختفى :

أولاً — بتصحيح العقد القابل للإلغاء .

ثانياً — بالفوات وبمضى المدة .

الأول : تصحيح العقد القابل للإلغاء — وهو إجازة العقد وإمضاؤه ممن يملك حق رفع دعوى الإلغاء ويجب أن يكون العقد المجاز هو نفس العقد الأول الذي كان يصح إلغاؤه — فتبقى شروطه وأطرافه وموضوع التزاماته . فإن تغير شيء من ذلك كان عقداً جديداً وليس تصحيحاً ومن تصحيح العقود إجازة عقد الفضولى والذى له الحق في التصحيح والإجازة هو مالك الثمن أو المثلن الحقيقي الذى تعاقد عليه الفضولى وليس هو الفضولى فإنه لم يعتد عليه أحد في حقه في التصرف في ملكه وإنما هو الذى افتات على غيره — فإذا تعاقد زيد على بيع منزل لعمره وبدون وكالة منه وتم تعاقد مع إبراهيم فعلم عمرو ببيع منزله بغير علمه فله إجازة بيع زيد فيصح البيع وله إلغاؤه فيبطل البيع فصاحب الحق في تصحيح العقد هو المالك المقتات عليه في ملكه .

والعقود التي يجوز تصحيحها - هي كل عقد قابل للإلغاء الخاص لعدم أهلية أحد المتعاقدين أو لنقص حق لأحدهما فيما اتفقا عليه . وأما العقود الباطلة لفقد ركنها أو شرط وجودها أو شرط الانتفاع بالثمن والتمن أو القدرة على تسليمها مثلاً من كل شرط لو فقد لفقد معنى التعاقد فلا يدخلها التصحيح إلا بتحقيق ما كان سبباً في فسادها أو في هدم كيانها وتحقيقها .

ويدخل في العقود التي يجوز تصحيحها بيع الصغير المميز أو عقود العوضية وعقود السفينة وتصرفات الفضولي في أملاك غيره وبيع المكره جبراً حراماً وهبة الزوجة أزيد من ثلث مالها لغير زوجها (مذهب مالك) وعقود المفلس الذي قامت عليه الغرماء لا الذي أفلس بالفعل وكل عقد جاز لأحد الطرفين فسخه بغيب الخ .

وأما الهبة فلا يشترط تسجيلها أمام مسجل العقود ويكفي الإشهاد عليها استحساناً . وإذا أوصى المالك بأزيد من ثلث أملاكه أو أوصى لوارث جاز للورثة إجازة ذلك لأن هذا أصبح ملكاً لهم بوفاء المورث ، ومتى أجازوه كان ابتداء عطية منهم .

ويشترط في تصحيح العقود أن ينصب التصحيح والإجازة على العيب الذي به كان العقد قابلاً للإلغاء - فإن كان العقد به عيبان وأجاز واحداً فقط بقي العيب الآخر لم يسقط حق الإلغاء به كمن أجبر على البيع جبراً حراماً فباع ولما قبض الثمن وجد به عيباً يبيح له الرد فإن أجاز البيع الجبر عليه بما له حق تصحيحه بإجازته بقي له الحق الآخر في الفسخ لما وجد في الثمن من عيب يجيز له الرد .

ويشترط أن يكون مجيز العقد ومصححه يملك الصفة التي كانت سبباً في جواز الإلغاء يعني يزول إكراهه ويبلغ الصبي ويفك الحجر الخ - وبالضرورة لا يقال ان العقد صحيح إلا إذا كان مصححه يعلم لماذا أجاز أو صحح وكان العيب كذا .

وتصحيح العقد أو إجازته يكون صريحاً بأجزت أو ضمناً بكل ما يفهم منه إجازة التعاقد

ولا يشترط الإشهاد على التصحيح لأنه يكفي فيه الشهادة بالتصحيح لا الإشهاد رسمياً .
وينتج عن التصحيح أو إجازة العقد صحة أثره وما ترتب عليه من وجوب أداء التزامات
كل طرف بشرط ألا يضر التصحيح والإجازة بحقوق الدائنين فإن أضر بحقوقهم كان لهم
الحق في الاعتراض على الإجازة ومنعها بل ودعوى الإلغاء باسم المتعاقد محافظة على حقوقهم

سقوط حق الإلغاء بمضى المدة - وما يترتب على الفوت

إن التعامل بين الناس يجب أن يكون على أساس صحيح بمعنى أنه يجب أن يفهم كل
واحد أن القانون يحميه ويحفظ حقوقه ضد الآخرين وأن كل تصرف من العقلاء يلزم أن يكون
محترماً له قيمته في حدود المعقول ، فإذا نظرنا إلى من تعاقد وثبت له حق إلغاء العقد لضرر أصابه
أو لغبن لحقه وجب أن ننظر إلى من تعاقد معه وكان ضحية هذا التعاقد بلا جريمة ارتكبها فنقدر
ما أنفقه وما تعب فيه من وقت العقد إلى وقت التحاكم فنظر إلى ذلك المشرع نظرة تقدير بحيث
لم يتعرض لحق إلغاء العقد الثابت لصاحبه فإن وجدت العين المبيعة قد لحقها تغيير يزيد في قيمتها
عن يوم البيع الفاسد أو ينقص قيمتها كذلك أو تصرف فيها المتعاقد بما أخرجها عن ملكه الخ
فيقال حينئذ أن العين موضوع النزاع قد فانت فينتقل القضاء في فسخ العقد ورد نفس العين
المباعة إلى الحكم بالقيمة يوم البيع في المقوم أو بالمثل في المثليات وبهذا أمكن الجمع قضاء وعقلا
بين حق إلغاء العقد وبين تصرف من الطرف الآخر تصرفه وهو يملكه فيجب احترام تصرفه
والنظر في القيمة أو المثل وهو حق البائع .

أما سقوط الحق في نفس إلغاء العقد فموضوع آخر لأن نفس دعوى الإلغاء لا تسقط بالفوت
وإنما الذي يسقط بالفوت هو رد نفس العين ذاتها .

ومفوتات البيع الفاسد أو الباطل - فاسداً متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه يختلف باختلاف

العين المبيعة وذلك :

أولاً — الخروج عن اليد بعقد صحيح كبيع وهبة وصدقة ووقف ورهن وإجارة وهذه التصرفات في جميع أنواع العقود عليه من عقار ومنقول ومقوم أو مثلي .

ثانياً — تغير السوق في المقوم فقط إلا العقار وما اتصل به من بناء أو شجر وكذا نقل المقوم متى كان بمشقة فانهما يفتيان على البائع . وأما المثلي والعقار فلا يفتيهما تغير السوق فيرد نفس العقار وما اتصل به والمثلي إلى صاحبه وإن تغير سوقهما .

ثالثاً — يفوت القيمي والمثلي بتغير الذات كعور وعرج وصبغ وطحن وخبز . . الخ ولو بسمن وهزال

رابعا — تفوت الأرض بحفر بئر أو عين و بغير شجر فيها و بناء عظيمي المؤنة ، وتفصيل ذلك أن إحاطة البناء والغرس بالأرض كالسور مفيت لها ما داما عظيمي المؤنة ، وان عم الأرض كلها أو جلها كنصفها فانهما يفتيان الأرض بتمامها عظمت المؤنة أم لا فان عمت الربع فلا يفيت شيئا منها ، وإن لم يفت فللبائع الغرس والبناء بعد دفع القيمة للمشتري .

وأما زرع الأرض فلا يفتيهما بل يرد المبيع ، فان كان الفسخ والرد في ابّان الزراعة فعلى المشتري كراء المثل ولا يقبل زرعه وإن كان بعد فوات الإبان فلا كراء عليه وفاز بالزرع لأنه غلة والإبان هو بدو صلاح الزرع كالأفراك في الحب مثلاً .

خامسا — يحصل الفوت بطول مدة في الحيوان كشهر مثلاً وقيل شهران وقيل ثلاثة ، وفي العقار يفوت بطول المدة كعشرين سنة ، ولا يفوت عرض بطول إن لم يتغير بذات أو سوق على الأصح . فان فات المبيع بيد المشتري بأحد هذه الفوتات مضى المختلف فيه بالثن الذي وقع به البيع (فلا فائدة عملية من طلب إلغاء البيع) ومضى المتفق على فسادة عند جميع الناس بالقيمة يوم القبض (لا يوم البيع) في القيمي ، وبالمثل في المثلي إن علم قدره ووجد في البلد وإن لم يعلم قدره أو لم يوجد في البلد فقيمته يوم الحكم عليه بها .

وقال ابن رشد واللمخمي ان اللازم في الفوات القيمة مطلقا في المثل والمقوم وهما من مجتهدي مذهب الإمام مالك رضى الله عن الجميع .

ولزوم القيمة يكون في بلد العقد لا في البلد المنقول إليها ، ويشترط في انتقال ضمان مبيع البيع الفاسد للمشتري مطلقا متفقاً على فساده أو مختلفا فيه نقد الثمن أم لا كان المبيع في صحيحه يدخل في ضمان مشتريه بالعقد أو بالقبض كالمثل ، أن يقبضه المشتري من بآله .

ومتى وجبت القيمة في المقوم لفوته فليس للطرفين الاتفاق على رد المبيع بعينه مع حصول الأمر الذي فوته إلا إذا قوّم مرة أخرى عند الرد لمعرفة قيمته ثانياً وإلا كان بيعاً فاسداً لجهالة الثمن .

ويشترط في كون التصرف في المبيع مفيتاً :

أولاً — عدم قدرة الراهن والمؤجر على فك الرهن لكونه موسراً وعلى فسخ الاجارة مياومة فان كان قادراً على ذلك وجب تخلص المبيع من الرهن والاجارة ورده لصاحبه .

ثانياً — أن لا يقصد بالمبيع والهبة والصدقة الخ الإفاتة ، فان قصد المشتري بتصرفه إفاتة على البائع عومل بنقيض قصده واسترد البائع بعينه ، وقيل إن تصرف فيه قبل قيامه عليه يريد فسخ البيع أو غيره فيفوت ، وإن تصرف فيه بعد قيام البائع عليه يريد فسخ البيع فلا يفوت بذلك .

فقوط من دعوى الإلغاء :

بعد البيان السابق عرفنا أن دعوى فسخ العقود الفاسدة لها اعتباران :
الاعتبار الأول في فسخ العقد ورد عين المبيع وفي هذا الاعتبار تكون الدعوى منصبّة على طلب نفس الشيء المتعاقد عليه ويشترط لهذه الدعوى عدم حصول مفوت لعين محل التعاقد

في ذاتها أو في أوصافها بما يزيد في قيمتها أو ينقصها إلى آخر ما سبق، فإن حصل مفوت وجب احترام الحالة التي عليها حالة المبيع أو النظر إلى طمأنينة الناس فيما يتعاملون فيه وفيما تحت أيديهم والعودة إلى حل آخر يحفظ حقوق الطرفين وهو الاعتبار الثاني وهو القيمة أو المثل .

الاعتبار الثاني في طلب إلغاء العقد إلغاء خاصا هو استكمال نقص قد يظن أنه أصاب صاحب الحق في الثمن ، أو لأن هذا التصرف ليس من المصلحة في شيء أو لأى اعتبار آخر وبالنظر لهذه الجهة يجب على صاحب الحق في الإلغاء المسارعة إلى طلب حقه في ذلك فإن توانى كان مقصرا وتحمل نتيجة تقصيره وفي هذه الحالة وجب حفظ حق من تعامل معه في تصرفات يعتقد صحتها فالعدل إذا تقويمها تقويما عادلا وقت قبض المشتري لهذه السلعة إن كانت مقومة أو معرفة مثلها إن كانت مثلية وإلزام المشتري دفع القيمة أو المثل المذكورين للبائع وبهذا خرج المشتري من خطر يهدده في كل وقت وجعله مطمئنا إلى تصرفه وعمله فيما يعتقد أنه ملكه ولم يبخس حق واحد من الطرفين .

ومتى حكم بالقيمة أو بالمثل أو بالثمن كما سبق تفصيل ذلك تقصص الطرفان فإن كان ثمن البيع لفرس يوم البيع ٢٠ جنيها وتم التعاقد على ذلك وتسلمها المشتري بعد عقد البيع بشهر وعند تقويمها في هذا الوقت تبين أنها تساوى ٢٥ جنيها ومضى على البيع سنة مثلا فقد فانت وكان البائع له حق الفسخ لسبب خاص به من الأسباب المبيحة لذلك ، فيحكم القاضي بالقيمة يوم القبض وهي ٢٥ جنيها وقد أدى المشتري الثمن عشرين فوجب عليه خمسة أخرى يدفعها وإن كانت القيمة يوم القبض ١٥ جنيها التقى الدينان قصاصا ١٥ في ١٥ ودفع البائع الباقي للمشتري وهو ٥ جنيها .

كل هذا يعلم منه أن طلب الإلغاء للعقد القابل للإلغاء بعد الفوات معناه أن تكون القيمة في الذمة أو قيمة مثل المثل إن لم يوجد ، فتنتقل المسألة إلى الدين في الذمة وطلب الدين الثابت

في الذمة فيه خلاف مبناه العرف ، فقال بعض العلماء لا يسقط إطلاقا وقال بعض العلماء يسقط بعد عشرين سنة وقيل بعد ثلاثين وقيل غير ذلك واتفقوا على عدم السقوط بنحو السنتين أو الثلاث .

والواجب في مثل هذه الأمور اجتهاد الحاكم بالنظر في حال الزمن وحال الدين فحال دين التجارة ليس كحال الدين العادي فمقتضى التجارة السرعة في المعاملة وسرعة الأخذ والعطاء فيكفي في إسقاط دينها خمس سنين ، والدين العادي إن كان صاحبه مليا فيظن أنه يمهل مدينه نحو ١٥ سنة مثلا وإن كان الدائن شحيحا معذرا فلا يزيد عن عشر سنين وهكذا .

فيطبق هذا على ما يثبت في ذمة المدعى عليه من قيمة المبيع بعد القوات ولا تسمع دعوى الإلغاء بمعنى طلب القيمة أو المثل متى مضى عليها مدة يقتضى العرف والعادة عدم الطلب ويشترط لذلك مضى المدة مع حضور ربهها وتمكنه من الطلب بها وليس له ما يمنعه من ذلك .
ويطبق على كل أحوال سقوط الحق بمضى المدة من انقطاع أو تعليق ، وعلى كل دعوى طلب دين ثابت في الذمة .

وأما دعوى تحقيق عدم وجود عقد ودعوى إبطال عقد أو فسخه فالحكم بعد تغير المبيع إلى دين في الذمة ومدة هذه الدعاوى غير مقيدة بل متى اطلع عليه حكم بالبطلان وردت العين متى كانت باقية أو قيمتها إذا لم تكن موجودة ، ودعوى استرداد الهبة من الموهوب له لعدم تنفيذ الشرط لا تنقيد بمدة سابقة أو لاحقة بل بمخالفة الشرط ، ودعوى الغرماء على من تعاقد مع مدينهم اضراؤا بهم تدخل في دعوى إبطال عقد أو فسخه وتبتدىء المدة وتسرى متى حضر صاحب الحق وتمكن من الطلب وليس له مانع من الدعوى .

ونتيجة سقوط الحق في طلب عين الشيء المبيع مع حصول مفوت أن تنتقل الدعوى إلى الحكم بالثمن في البيع المختلف فيه وإلى الحكم بالقيمة أو المثل في المتفق على فسادهِ وتنتقل إلى السقوط بعد مضى مدة طلب الدين في الذمة .

وما ذكر من بيع القاصر للمنزل صحيح لأن المبيع لم يسلم للمشتري فلا ينظر إذا تغير المبيع لأنه بيد صاحبه فلم يتعلق به مصلحة للغير فيجوز للقاصر الدفع بعدم صحة البيع في هذه المدة . لأن المميز له رد تصرف نفسه قبل رشده متى رشد حيث تركه وليه لعدم علمه بتصرفه أو سهوه أو للإعراض عن ذلك لغير مصلحة أو لم يكن له ولي حتى ولو كان تصرفه حال صباه صوابا فله رده بعد رشده وإمضاؤه .

(نتيجة المقارنات من بند ٩٤ إلى نهاية بند ٩٧)

يتفق التشريعان في الآتي :

بطلان العقود — عدم الوجود — إلغاء عام — إلغاء خاص — دعوى إلغاء العقد — نتائج حكم إلغاء العقد — حكم الإلغاء لعدم الأهلية — أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء — العقود التي يجوز تصحيحها — شروط صحة تصحيح العقود القابلة للإلغاء — نتيجة التصحيح .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

سقوط حق الإلغاء بمضى المدة — أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء .

بند [٩٩]

حل التعاقد

الفانون الفرنسي — وحل التعاقد يكون حينما يلغى العقد المطابق للقانون في جميع شروطه

بعد انعقاده صحيحا وذلك نتيجة لحادث تنبه إليه الطرفان قبل وقوعه سواء أكان صريحا أم ضمنا .

وأسباب حل التعاقد هي حدوث شرط ملغ نص عليه الطرفان في العقد أو نتيجة لشرط

وفائى ضمنى ، فالأول كبيع منزل بألف على أن للبائع رد الثمن وملحقاته واسترداد منزله فى مدى سنتين فمتى دفع البائع الألف وملحقاتها للمشتري فى الميعاد المحدد انحل العقد .

والثانى سيتكلم عليه بالتفصيل الآتى :

الشرط الوفاى الضمنى

وهو الشرط المنوى فى العقد الملزم للطرفين من أنه إذا لم ينفذ أحد الطرفين ما التزم به فللطرف الآخر الحق فى حل العقد ويسمى الشرط الضمنى الملغى للعقد ، كما يقابل بالشرط الصريح الملغى للعقد .

وتعليل ذلك مقبول لأن العقد الملزم للطرفين جعل كلا منهما التزامه مقابلاً لالتزام الآخر فإذا اختلف التزام أحدهما فللطرف الآخر اما الامتناع عن تنفيذ التزامه واما حل العقد بموجب الشرط الوفاى الضمنى .

وهل ينطبق الشرط الوفاى الضمنى على العقد الملزم لطرف واحد كمقد القرض بحيث إذا لم ينص على أن المدين إذا لم يدفع الفوائد المحددة فى مواعيدها حل الدين جميعه ولم يدفع المدين فى مواعيده فللدائن إلغاء العقد وطلب دينه كله تطبيقاً للشرط الوفاى الضمنى (خلاف) فىرى البعض ذلك . ولا نص عليه ، ويرى البعض عدم تطبيق هذه القاعدة على هذه العقود وهو موافق لمادة ١١٨٤ مدنى .

شرط جواز حل العقد :

يشترط القانون لجواز حل العقد عدم تنفيذ أحد الطرفين ما التزم به (كلية) أى جميعه فإذا نفذ بعض ما التزم به حصل خلاف ، قال المشرعون : إن كان ما نفذ من التزامه جزءاً مهماً فليس للطرف الآخر حل العقد بل لهذا الأخير تعويض عن الجزء المتأخر ، وإن كان ما

نفذه لا قيمة له يعتبر كأن لم ينفذ شيئاً وللطرف الآخر حل العقد .

في حالة ضياع بعض الملتزم به أو تلف ما ألزم به يجوز للطرف الآخر حل العقد بدون نزاع ، وتطبق القواعد الآتية على حل العقود :

أولاً — أن هذا الحل يكون بواسطة القضاء — حل العقد نفاذاً للشرط الجزائي الضمني يجب صدور حكم بالحل ، بخلاف إلغاء العقد نفاذاً للشرط الملغى الصريح فإنه يحصل بدون حكم وحتى بدون علم الطرف الآخر .

وصاحب الحق في طلب حل العقد هو الطرف الواقع عليه الضرر من عدم تنفيذ الطرف الآخر لما التزم به ، وليس لهذا الأخير التمسك بعدم تنفيذه ما تعهد به فيطلب الإلغاء ، وفي الشرط الملغى الصريح لكل من الطرفين طلب الإلغاء .

ولصاحب الحق في حل العقد إجبار خصمه على تنفيذ التزاماته إذا كان له فيها فائدة مع حفظ حقه في الفسخ عند عدم التنفيذ أيضاً .

ويجوز للمحكمة منح المدعى عليه في دعوى الفسخ أجلاً ليتمكن من الوفاء بتعهداته فإذا لم يفعل في الأجل شيئاً وجب على المحكمة النطق بالحكم بالفسخ مع تقدير التعويض الذي أصاب طالب الفسخ والحكم له به ، ويجوز للمحكوم عليه بالفسخ تنفيذ ما التزم به ما دام الحكم لم يحز قوة الشيء المحكوم فيه — أى لم يصبح نهائياً — ومتى نفذ أصبح الحكم لاغياً .

فإن حاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه فالتنفيذ لا قيمة له والحكم واجب النفاذ .

ثانياً — حل العقد أو فسخه يرجع أثره للماضى ، فإن كان نفذ منه شيء أرجع كل واحد ما أخذه من الآخر كما إذا لم يكن هناك عقد بينهما ، ويفرض أن كلا منهما لم يكن مالكا لعوض التزامه فكل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ من الحقوق العينية ، أما الحقوق الإدارية فقال بعضهم : أنها لا تلغى .

الخطر الذي يصيب الشخص الثالث من فسخ العقد :

الشخص الثالث يتحمل خطرا في تعاقدته مع المشتري قبل حل العقد لأنه يلغى جميع الحقوق السابقة على إلغاء العقد ويتحمل خطرا بعد فسخ العقد لأنه يتعاقد مع غير مالك ، لذلك وضع القانون وجوب تسجيل عقد البيع بما فيه من شرط ملغ الذي يجب على المتعامل مع المشتري معرفة ذلك ، ووضع القانون وجوب ذكر حكم إلغاء العقد بهامش عقد البيع لإحاطة الجمهور علما فوجب كون عقد البيع علنا وإلا لما عارض الغير ووجب تسجيل الحكم وإلا غرم محضر الدعاوى مع معارضته للغير .

ويستثنى من قاعدة رجوع حل العقد إلى الماضي مسألتان :

الأولى : باتفاق الطرفين بأنه إذا لم يتم أحد الطرفين بالتنفيذ فإن العقد يحل بلا احتياج إلى تقاض أو غيره ففي هذه الحالة لا يحل العقد إلا بإندار الطرف المقصر للتنفيذ وإلا ألغى العقد ، ولو نص في العقد على أن عدم التنفيذ يجعل العقد ملغى من غير إنذار ولا تنبيه صح هذا وله كامل الحق في النسخ بلا إنذار .

الثانية : بنص القانون ، في بيع الحبوب أو سندات مالية منقولة فإنه متى فات موعد تسليم المباع منها ولم يحضر المشتري للتسلم فللبائع حق فسخ العقد بدون إنذار ولا تنبيه بل بقوة القانون .

ويستثنى أيضا من قاعدة رجوع الحل إلى الماضي مسألة الإيجار فإن حل العقد يقطع عقد الإيجار في المستقبل لا في الماضي بمعنى أن الإيجار المدفوع عن مدة استحققت لا يجب رده . وبهذا كله يختلف حل العقد عن إلغائه بأن الإلغاء راجع لعيب في تكوين العقد وأن الحل راجع لسبب طارئ بعد حصول العقد مستوفيا لشروطه ، وأن مدة حل العقد تمسكت ثلاثين سنة ومدة إلغائه عشر سنوات .

مل التعافر :

القشريع الإسلامى — متى استوفى العقد أركانه وشروطه وقع صحيحا ووجب على كل طرف الوفاء بما التزم به ولا يصح جبر أحدهما على التنازل عن حقه متى كان العقد بتا أى تم على اللزوم وعدم الخيار لأحد الطرفين فان اتفق البائع والمشتري مثلا على نقض ما تعاقدوا عليه صح ذلك بشروط :

أولا — أن لا يكون تم تسليم الثمن والمثلن وحصل تغيير يوجب الفوات لأنه يعتبر بيعا جديدا فيجب أن يكون بيعا مبتدأ لا نقضا لبيع سابق .

ثانيا — أن لا يكون تعلق بالمثلن أو المثلن حق الغير وإلا توقف نقض البيع على رضا ذلك الغير فالإقالة جائزة إذا لم يتردد الثمن بين أن يكون ثمنا أو سلفا فان تردد الثمن المدفوع بين كونه ثمنا إذا مضى البيع وبين كونه سلفا إذا رد المبيع منع كبيع (الثنيا) وهى أن يبيع منزلا بألف على أن البائع إذا أحضر الألف بعد سنتين ودفعها للمشتري أخذ المنزل فهذه الألف تكون ثمنا إذا مضت المدة ولم يحضر المبلغ فينفذ البيع ويصبح نهائيا وتكون سلفا إذا أحضرها ودفعها للبائع فى موعدها وأخذ المبيع وهذا لا يجوز على القول الصحيح وإن كان البعض يقول بجوازها كما مر فى التعاقد بشرط ملغ .

الشرط الوفاى الضمنى :

معلوم أن البائع قبل البيع ليأخذ الثمن والمشتري قبل المشتري ليأخذ المبيع فإذا تم البيع بتا وجب على كل واحد من المتعاقدين تسليم ما تعهد به فإذا لم يسلم أحدهما ما تعهد به جاز للطرف الآخر عدم الوفاء بل ومقاضاة الطرف الآخر لإلزامه قضاء وجبرا بالوفاء .

فإن كان الثمن مؤجلا كله وجب تسليم المبيع المشتري وإن كان مؤجلا بعضه جاز للبائع عدم الوفاء بما تعهد به حتى يدفع المشتري ما حل من الثمن .

فإن تم التسليم ولم يدفع المشتري الثمن فقد دخل في ذمته وتعلق حق البائع بذمة المشتري لا بالشئ المبيع ، فيعمل بالشرط الوفاؤى الضمنى قبل تسليم العين المبيعة ، فإن أفلس أو مات قبل دفع الثمن فالبائع أحق بالسلمة المبيعة متى وجدت بعينها نظير ثمنها إلا أن يدفع الورثة الثمن أو الدائنون فلا حق للبائع في غير الثمن .

ويصح شرط إذا لم تدفع الثمن في أقساطه ومواعيده حل الثمن جميعه لأنه شرط لا يتنافى مع العقد وفيه توثق البائع بما يخيف المشتري فيلزمه الوفاء بأقساط الدين في مواعيدها .

وأما الشرط في القرض فيتنافى مع المعروف في اسداء منفعة للمقترض لكن لما كان الغالب في الخلق اليوم عدم الصدق واستعمال الغش والكذب . ويخشى المقرض على ماله الضياع من عدم التوثق بشرط كهذا جاز اشتراط أنه يحل الوفاء بالقرض كاملا إذا لم يدفع نحوه المقسطة خوفا من تشييط همة أهل الخير عند المماطلة في الوفاء ، ولا يصح شرعا أخذ فائدة على القرض حتى ولو كانت هدية لم يعتد المقرض بتقديمها ولا مناسبة لذلك .

شرط هواز حل العقد :

معنى انعقاد البيع التزام البائع بتسليم ما التزمه ، فإن غيب بائع المبيع وادعى ضياعه ولا بينة ولم يصدقه المشتري ، أو عيبه أو استحق بعض المبيع الشائع وإن قل فللمشتري الخيار بين فسخ العقد أو إمساكه بالقيمة أو المثل ، وإن أتلف المشتري مادة التزام البائع فقد قبضها ، وإتلاف الأجنبي أو البائع كتعيب المبيع يوجب الغرم .

فإن تلف المبيع بيعا صحيحا وقت ضمان البائع بسلامة بطل عقد البيع فلا يلزم البائع الاتيان بمثله .

فإن كان المبيع موصوفا في الذمة كالسلم فيلزم البائع الاتيان بمثله ولا يبطل العقد .
فإن تلف بعض المبيع المعين وقت ضمان البائع أو استحق بعض المبيع أو تعيب بعضه فينتظر في الباقي بعد التلف أو الاستحقاق فإن كان النصف فأكثر لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد المبيع وكان قائما ، فإن اتحد المبيع أو فوات خير المشتري ، وإن كان الباقي أقل من النصف تعين الفسخ إلا في المثل (ماله مثل من مكيل أو موزون أو معدود) فيخير فيهما مطلقا .

وفي حالة ضياع بعض الملتزم به المعين المقوم أو تلف الملتزم به على هذا الوجه يجوز للطرف الآخر حل العقد أو بقاءه وأخذ القيمة أو المثل ، ولا يشترط صدور حكم لأن هذا ليس من البيوع المختلف فيها في الفساد فإن تراضيا صح التناك أو الفسخ وإن لم يتراضيا قضى القاضي بما هو منصوص عليه شرعا في مثل هذه الأحوال .

وأصاحب الحق في حل العقد إجبار الممتنع من التنفيذ بطريق القضاء فإذا لم ينفذ أخذ القيمة أو المثل أو يسترد الثمن إن كان في أحدهما مصلحة له .

وفي كل دعوى يلزم القاضي عرض الصلح على المتقاضيين والاتفاق فإن لم يصطلحا وطلب المدين مهلة للوفاء بالتزاماته وكان يرى القاضي أن في ذلك مصلحة منحه مهلة للوفاء ، وإن كان مماطلا وليس من وراء طلبه إلا الفرار وعدم الوفاء وجب عليه الحكم للمدعى .

ومتى كان الحكم نهائيا ولم يباح له أمر الحاكم طريق تظلم آخر كاستئناف مثلاً أو أباح ولكن المدعى عليه لم يستعمل حقه فوفاءه لا قيمة له وإن كان غير ذلك وكان الحكم غير نهائى فيجوز له الوفاء لآخر لحظة فيصبح الحكم لا قيمة له .

ويرجع أثر حل العقد لماضى فيرد كل واحد ما أخذه من الآخر له وكأنه لم يكن بينهما عقد وكل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ من الحقوق العينية مادامت العين

ردت لصاحبها بعينها . وأما الحقوق الأخرى كالإجارة والزرع والغرس والبناء فقد تقدم حكمه عند ذكر إلغاء العقود .

الحل الانتقائي

يجوز للطرفين المتعاقدين أن يشترطا حل العقد متى شاء أو شاء أحدهما أو شاء غيرها مثلا كشخص معين كمن باع منزلا بخمسين اردبا من القمح مثلا أو بمئتي جنيه على أن يكون الخيار لهما أو للبائع أو للمشتري أو لزيد من الناس صح البيع ولزم الشرط .

لكن المشرع الإسلامي نظر إلى أن التعامل يقتضى الثبات وأن تعليق الحقوق فيه ضرر فأعطى الطرفين حق الفسخ أو الحل لكنه قيد المدة حرصا على المصلحة العامة في التعامل ، فجعل مدة الخيار الشرطى فى العقار وما يتبعه ستة وثلاثين يوما وجعله فى العروض و سلع التجارة مثلا كالثياب خمسة أيام ، وفى الدواب التى لا تركب خمسة أيام وفى التى تركب فى البلد يومين وفى خارج البلد البر يدين ، فان اشترطا الخيار أزيد من ذلك بطل الشرط وعاد للمحدد من يوم البيع ،

وأما الخيار الناتج من العيب فى المبيع فهو ناتج عن الشرط الضمنى فى أن البائع ضامن سلامة المبيع من العيوب المنقصة أو التى لا يقدم عليها الناس فهو خيار جبرى بموجب المصلحة العامة ويسمى خيار النقيصة .

وحكمه أنه إذا اطلع على العيب وسكت ثم طلب الرد فإن كان سكوته لعذر سفر أو غيره رد مطلقا طال أم لا بلا يمين ، وان كان سكوته بلا عذر فإن رد بعد يوم ونحوه أجيب لذلك مع اليمين أنه لم يرد المبيع ، وان طلب الرد قبل مضى يوم أجيب لذلك من غير يمين ، وان طلب بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين .

ولا رد إن فات المبيع حسا كإلاك أو ضياع ، أو حكما بأن تصرف فيه المشتري بغير عوض ،

تعين على البائع قيمة العيب فان تصرف بعوض ففي ذلك تفصيل طويل يرجع إليه في باب الخيار .

وفي مدة الخيار الاتفاق . الملك فيه للبائع ولا ينتقل فيه الضمان بالقبض كان صحيحا أو فاسداً فلذا كانت الأجرة والغلة للبائع في بيع الخيار زمنه .

فإذا كان البيع بتا وكان فاسداً انتقل فيه الضمان بالقبض فيفوز فيه المشتري بالغلة .
وحق الشخص الثالث محفوظ لأن المشرع جعل حق فسخ العقد سواء أ كان بالشرط أم بالنقص مشروطاً بشروط :

الأول : أن لا يفعل من له الحق في الخيار (حل البيع) أى شئ يدل على الرضاء بالمبيع من قول أو فعل في خيار العيب ، وقد جعل المبيع ملكا للبائع في خيار الشرط ولو قبضه المشتري ، فلو تصرف المشتري بالقول أو الفعل بما يدل على الرضاء مع علمه بسبب الخيار فليس له حل البيع اطلاقاً ، وتصرفه في المبيع يشترط الخيار تصرف في ملك الغير .

الثاني : أن لا يفوت المبيع في يد المشتري في خيار النقيصة فإن فات فله قيمة العيب ومن المفوتات تعلق حق الغير بالعين المباعة .

وأما اشتراط أحد الطرفين بأنه إذا لم يتم أحدهما بالتنفيذ فان العقد يحل فهو شرط صحيح ويقتضيه العقد لأن عقد الالتزام يلزم كل طرف بأداء ما لزم به ، فإذا كان البيع بتاً وقبض أحدهما ماله ولم يؤد ما عليه ، فإن كان ما عليه مؤجلاً انتظر الآخر الأجل وان كان حالاً فلا طرف الآخر الامتناع عن التنفيذ .

وفي حالة الخيار الاتفاق يلزم المختار التمسك وفي حالة الرد عليه الاشهاد أنه رد إذا لم يتم بطلب الرد أمام القاضي فإن أشهد على الرد لأنه لم يتمكن من التقاضى سمعت دعواه وبينته وقضى له متى كان محقاً ، فيقوم الاشهاد مقام الانذار .

فإن اشترط في البيع البت على أن تسليم المبيع يكون يوم كذا وإلا فالبيع لاغ فإن كان قد دفع الثمن فالشرط لاغ وملك المشتري المبيع من وقت العقد فهو على ذمته فإن كان مقوما فضمانه من المشتري أيضا وإن كان يحتاج إلى توفية من كيل أو وزن أو عد فضمانه من البائع وإن كان مملوكا للمشتري من وقت العقد ، إذ لو أجزنا الشرط لكان الثمن المدفوع ثمنا إذا استلم المبيع في الوقت المحدد ، أو سلفا إذا لم يحضر للاستلام لأنه لا يستحق البائع منه شيئا خصوصا لو نص في العقد على أن العربون المدفوع من الثمن لا يرد لأنه يكون بلا مقابل وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل .

فإذا لم يكن الثمن مدفوعا فالشرط صحيح ويعمل به لأنه لا يتنافى مع العقد ولكن فيه مصلحة للبائع فإذا لم يستلم المشتري في اليوم المعين فالبائع في حل من التزامه بشرط أن يشهد على ذلك .

ولهذا كانت القاعدة أن المبيع على الوصف وهو غائب بتا لا يجوز النقد فيه إن كان يتغير في المدة بين البيع والتسليم ، وإن كان لا يتغير كالعقار مثلا صح البيع فيه على الوصف وجاز فيه دفع الثمن ، لأن في الأول يتردد الثمن بين السلفية إن لم يبق المبيع على وصف البائع وبين الثمنية إن بقي على الصفة ، وأما في الثاني فهي ثمن لأنه لا يتغير .

وأما البيع على الخيار في الغائب على الصفة فجائز مطلقا إن لم ينقد .

ولو نص في العقد على أن عدم التنفيذ يجعل العقد ملغيا من غير انذار ولا تنبيه فالشرط صحيح لأن هذا الشرط لا يتنافى مع العقد بل العقد يقتضيه ولكن يشترط عدم دفع الثمن لإمكان ترده بين الثمنية والسلفية وبشرط أن لا يبعد عن مدة الخيار لأن هذا في الواقع خيار لأحد الطرفين فيجب أن يكون في حدود شروط الخيار وإلا فسد .

وعدم تسلم المباع لا يقتضي فساد العقد لا في الحبوب ولا في غيرها فالعقد صحيح ولا يبطله

عدم التسليم ومسألة الإيجار لا تخرج عن حق الثالث وقد سبق أن حقه محترم وهو من المفوتات لرد السلعة حتى في البيع الفاسد.

بند [١٠١]

أسباب أخرى لتلاشي العقود

الفائده الفرنسي — إبطال العقد :

وهو العمل الذي يتفق الطرفان فيه على إلغاء العقد الصادر بينهما ويتفرع على هذا :
أولاً — أن طرفاً واحداً لا يمكنه إبطال العقد منفرداً ، ويستثنى من ذلك الشركة التي أنشئت لأجل غير محدود — وعقد الوديعة — وعقد التوكيل فيمكن لطرف واحد إبطال العقد منفرداً .

ثانياً — كل عقد يمكن إبطاله باتفاق الطرفين ما دام أنه كان في إمكانهما عقده ، ويستثنى من ذلك عقد الزواج ، وعقد تنظيم مالية الزوجين أو المهر ، وعقد التبنى .

ونتيجة إبطال العقد لا ترجع إلى الماضي بل يعمل بها في المستقبل من وقت الإبطال فكل حق ترتب على العين المبيعة للغير قبل إبطال العقد يلتزم به البائع .

ومتي كان العقد محدوداً بأجل ينحل العقد من نفسه بمرور الأجل وذلك في الإيجار والشركات والقرض .

وموت أحد المتعاقدين لا يؤثر في العقد إلا إذا كان الشخص نفسه ملحوظاً في العقد كالشركة والوكالة وإيجار العمل .

اسباب اضرى لملشى العقود

التريع الاسلامى :

ابطال العقد — هو الغاؤه باتفاق الطرفين هنا — وفى شرح رقم ١٠٠ ورقم ٩٩ ابطال العقد الغاؤه من أحد الطرفين بسبب اتفاقى أو شرعى أو منهما بشرط فى العقد صريحا أو ضمنا وأما هنا فهى الإقالة من الالتزامات المتعاقدة عليها ولا يمكن إلا أن يكون باتفاق الطرفين فلا يبطله أحدهما بهذا المعنى منفردا وقد سبق ذكر شرط جواز ذلك .

وكل عقد بمعاوضة يلزم اتفاق الطرفين على ابطاله وليس لأحدهما ابطاله منفردا فيخرج عقد الوديعة وعقد التوكيل فلموكل والمودع ابطاله من جانبه .

والقاعدة العامة أن كل عقد يعقد بين طرفين يمكنهما حله اطلاقا وأما عقد الزواج فهو عقد مدخول فيه على شرط أن تكون العصمة بيد الزوج فإن اشترطت الزوجة أن تكون العصمة بيدها كانت هى صاحبة الحق فى ابطاله والطلاق من زوجها — وإن اشترط أن تكون العصمة بيد شخص ثالث صح وكان لهذا الثالث حل عقدة الزواج — فالزواج عقد على منفعة معينة كحل العقود يصح فيه نقل الشرط فى حل العصمة لغير الزوج — وأما عقد التبنى فليس موجودا فى التشريع الإسلامى محافظة على كيان الأسرة الشرعية وعدم السماح بإدخال أجنبي فيها كما لا يسمح بخيانة الزوج ولا الزوجة محافظة على الانساب فمن باب أولى منع التبنى .

ونتيجة إبطال العقد أحد أمرين .

أولا إن كانت الإقالة قبل فوات المبيع أو قبل تعلق حق الغير به فيرد الثمن والمثلن كل

لصاحبه .

ثانيا إن فات المبيع فليس لهما الرد بالثمن الأول لأنه يكون ابتداء بيع من جديد ويجب فيه عدم الجهالة — وإن تعلق حق الغير به توقف ابطال العقد على رضا ذلك الغير موت أحد المتعاقدين أو خروجه عن الأهلية الشرعية لا يبطل العقود بل تورث عن العاقد المتوفى فيقوم ورثته مكانه في الإلزام والالتزام — إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا شخصيا في التعاقد بحسب ذاته كشركة العمال وإيجار العمل لشخص معين في عمل يجيده — أو بحسب صفاته كالمستعير في حق المنفعة والمعمر والوكيل والموقوف عليه طالب العلم أو المدرس أو الإمام والخطيب مثلا فإن هؤلاء الأشخاص كان التعاقد معهم لصفات أرادها الطرف الآخر .

فإذا مات العاقل أو المستأجر للعمل ذاتا أو المستعير للمنفعة أو المعمر أو الوكيل أو الموقوف عليه فقد بطل الالتزام لأن الغرض من العقد فقد بوفاة الشخص المراد فيه .

الكتاب الثاني

بند [١٠٣]

مأخذ الالتزامات غير الاتفاقية

القانون الفرنسي — الالتزامات غير الاتفاقية تأتي من :

أولا : ما يشبه التعاقد .

ثانيا : العمل المترتب عليه تعويض وما يشبه العمل المترتب عليه تعويض .

ثالثا : القانون .

الالتزامات الناتجة من القانون هي :

١ — الالتزامات المختلفة الناتجة عن نظام العائلة — كواجب النفقة والتعليم والتربية للأولاد بالنسبة للوالدين والواجبات المتقابلة بين الزوجين الناتجة عن الزواج .

٢ - الالتزامات الناتجة عن الجوار - كالحُدود والحوَاجز الجبرية الخ

٣ - التزام الوصى والمُشرف القيام بوظيفتهما متى عهد إليهما بها .

٤ - التزام الشريك بالقسمة في الملك غير القابل للقسمة .

العمل المترتب عليه تعويض

الأعمال المترتب عليها تعويض هي أعمال قانونية واختيارية تلزم شخصا لشخص آخر أحيانا تلزم الشخص الآخر للأول من غير وجود عقد بينهما وهي على نوعين :

(١) إدارة الأعمال (٢) أداء ماليس بواجب . ويلحق بهما قبول الميراث الملزم له أداء الوصايا .
وحالة عدم إمكان القسمة الملزمة للورثة بالتعويض المتقابل . والثراء بلا سبب وباستغلال الآخرين
والتشريع الحديث ينتقد هذا النوع من الالتزامات حيث يقول العلامة بلانيول أنه
تعاقد بغير إرادة لأن مدير العمل يتعاقد هو شخصيا باسم رئيسه بدون علمه ولا إرادته فيلزمه
القانون بهذا العقد فلا اختيار للرئيس في التعاقد : فهذا التعاقد غير قانوني لأنه مبني على الثراء بلا
سبب . وهو ليس موجودا في القانون الألماني ولا في القانون السويسري . ونتيجة ذلك أنه يجب
أن يكون سبب الالتزام هو القانون فهي التزامات قانونية .

بند [١٠٤]

مأخذ الالتزامات غير الاتفاقية :

التشريع الإسلامي :

سبق في أول الالتزامات أن علماء التشريع المدني يقررون أن التزام الناس بعضها نحو بعض
غير موجود أصالة وإنما ينشأ من التعاقد اختياريا وقد ينشأ من القانون محافظة على كيان المجتمع

فالمفروض أن المدين يرى حتى يثبت الدين في ذمته ولذلك لا يكلف الدليل على عدم مديونيته أو على براءة الذمة لأنها هي الأصل فمن ادعى غير الأصل وهي المديونية فهو المكلف بالإثبات فمديونية أى شخص نحو مائته أو التزاماته أما أن تنشأ عن التزامه مختارا أو يوجبها المشرع فلا يعرف التشريع الإسلامى هذه التسمية وهذا الاصطلاح وإنما يعرف ذلك تحت عنوان أحكام شرعية .

فإذا نظرنا إلى الالتزامات الناتجة عن نظام العائلة نجد أن واجب النفقة تنج عن التزام الزوج عند قبول الزواج بقبول ما ينتج عن الزواج ومنه كفالة الزوجة في جميع لوازمها من مأكل وملبس ومبيت . وأن واجب التعليم والتربية للأولاد تنج عن أن الأولاد ثمرة عقد الزواج وسببهم الزوج فهو ملزم من ناحيتين بتعهده وسببيته . ومن ناحية أخرى اجتماعية محافظة على الجنس البشرى في أرق طبقاته وأحسن سلالاته من تربية وتعليم . وأن الواجبات المتقابلة بين الزوجين تنتج عن تعهدهما والتزامهما كل منهما نحو الآخر فيما فرض عليه .

وإذا نظرنا إلى تحديد الملكية ووضع الجواجز الجبرية نجد أن هذا ناتج عن وجوب المحافظة على ملك نفسه بتحديدده وعلى عدم اعتدائه على ملك الغير أو الاختلاف في مدى ملكه مثلا فوجب وضع الجواجز الجبرية وهكذا يكون الالتزام إما بقبوله اختياريا وإما بفرضه قانونا نظرا للمصلحة العامة .

والتزام الوصى والقيم بأداء وظيفتهما فيما عهد به إليهما ناتج عن قبوله الوصاية أو القوامة متى كان معينا ومعنى قبوله ذلك قيامه نحو عديم الأهلية بما يعمل له نفسه والتزام الشريك ببيع ما لا ينقسم تثبتا لقواعد العدل وتمكيثا لكل مالك من أن ينتفع بملكه بمنتهى الحرية كما يشاء ومعلوم أن الملك المشترك لا يصح لأحد الشركاء أن يتصرف فيه إلا بإذن بقية شركائه فكان لزاما زوال هذه الحالة الشاذة بوجوب بيع ما لا ينقسم .

فيكون أساس التشريع الإسلامي مبنيًا على عدم إلزام الشخص ما لا يلتزمه هو باختياره أو ينتج عن التزام قبله هو - أو كانت المصلحة العامة تقتضي التزامه به كدفع ضريبة للحكومة العمل المترتب عليه تعويض :

لا يخلو عمل الشخص المكلف شرعاً إما أن يكون لنفسه أو لغيره فإن كان لنفسه فهو له وعليه إن خيراً وإن شراً . وإن كان العمل لغيره ، فإما أن يكون وكيلاً شرعاً أو عرفاً أو أجنبياً فإن كان وكيلاً شرعاً أو عرفاً ودخل عمله تحت نص التوكيل أو عمله المكلف به ممن استخدمه فالمكسب والخسارة تعود على من وكله وهو الملزوم بما التزمه مخدومه أو وكيله . وإن كان غير وكيل لا شرعاً ولا عرفاً فهو فضولى .

وحكم تصرف الفضولى وحكم أعماله موقوفة على رضا وإجازة صاحب الحق في التصرف (يعنى المالك الحقيقي) فلو تعاقد الفضولى على بيع أو هبة أو إجارة لأمالك الغير مثلاً أو أى عقد آخر فمقده صحيح في ذاته لكنه غير لازم للمالك الحقيقي إلا إذا أجاز له فإن لم يجزه فلا زال الشيء المبيع على ملك صاحبه لا يفوت إلا بذهاب عينه فقط فإن كان الضمان على الفضولى فيضمن إلا أكثر من الثمن والقيمة كل هذا متى كان المالك الحقيقي غائباً غير عالم بهذا التصرف فإن تصرف الفضولى بحضرة المالك لزم المالك هذا التصرف لأن الفضولى صار وكيلاً بسكوت المالك . فإن سكوت المالك الحاضر وقت بيع الفضولى سنة فلا حق له في المطالبة بالثمن فإن لم يكن حاضراً فله المطالبة عشرة أعوام في ثمن المنقول والعقار أو ذاته إن وجدت بلا تغير .

ولا فرق بين التزامات الفضولى في ملك الغير ولا عمله فيها . فإن جاء شخص لا علاقة بيني وبينه إطلاقاً لا في عمل مشترك ولا هو موظف عندي ولا وكلته لا عرفاً ولا شرعاً وأحضر طوباً وبنى لى منزلاً في قطعة أرض اشتريتها لأبني عليها منزلاً فهو بلا شك فضولى فليست

ملزماً بما عمل ولا أجر له عندي وأنا مخير بين قبول هذا المنزل ودفع قيمة ما تكلفه بناؤه لهذا الفضولي أو أمره بإزالة ما عمل . وليس في هذا ضياع أموال الناس بالباطل لأن الفضولي هو الذي عرض ماله للضياع فهو المفرط وهو أولى بالخسارة .

إذاً ليس هناك (إدارة أعمال) إلا ما تعارف الناس عليها في معاملاتهم من وكيل أو موظف لعمل خاص مثلاً كما سيأتي تفصيله فهذا التشريع فيه إلزام الشخص قهراً عنه ويجب في الالتزامات تحقق الإرادة ولو في الجملة وهذا لا علم له من صاحب العمل إطلاقاً .

وأما أداء ما ليس بواجب فإن كان تبرعاً صح وكان هبة وإن كان أداء لحق ظنه واجباً وتبين خلافه وجب على من أخذه رده لأنه لا يصح أخذ شيء من الغير بغير حق ويجوز لمن دفع ما ليس بواجب على ظن أنه واجب استرداد ما دفع فإن دفع عن الغير فلا يخلو حاله إما أن يكون دفع احتساباً أو دفع انتظاراً لميسرة فإن دفع احتساباً فلا رجوع له بشيء وإن قضى دين غيره بغير إذنه مشهداً أنه دفعه ليسترده جاز له ذلك . فإن قضاه بعلمه فهو وكيل في الأداء وعلى المدين الدفع لمن أدى . فإن اختلفا فقال المدين للدافع دفعت احتساباً وقال الدافع دفعت لأرجع عليك فالقول للدافع إذ الأصل عدم الخروج عن الملك إلا بالوجه المقصود إلا أن تدل قرينة على كذب الدافع كما لو دفع عن الميت المفلس ثم طرأ له مال لم يعلم به وطلب الرجوع . قال ابن الحاجب ولو تنازعا في دفعه محتسباً فالقول قول الدافع إلا لقرينة .

والتشريع الحديث كالقانون الألماني بعد سنة ١٩٠٠ والسويسرى قد اتبع التشريع الإسلامى فحذف إدارة الأعمال وقرر أنه يجب أن يكون سبب الالتزام هو القانون أو الشخص نفسه .

أما إدارة الأعمال الناتجة من تدخل شخص أجنبي في أملاك آخر لإصلاحه أو تحسينه بغير إذن المالك صراحة أو ضمناً فهذا غير موجود ولا يجوز أن يكون موجوداً لأنه إلزام بغير التزام

وقهر بدون مبرر وتدخل في أملاك تخص شخصاً هو صاحب الحق فقط في التصرف فيها إيجاداً
وعندما تصليحاً وتخريباً وإلا بأن أجزنا نوعاً من هذا فقد ذهب الحق المطلق على الحرية في
الملكية لغير سبب عام يدعوه كالمصلحة العامة بل فيه تقديم مصلحة أجنبي على مصلحة المالك
وهو لم يقله أحد .

إذا لسنا في حاجة لشروط لأن الأساس غير موجود
ومن المؤسف في التشريع الحديث أن المالك إذا عارض تصرف الفضولي فيطبق عليه
قاعدة (الثراء على حساب الغير) أن كان العمل نافعاً ، ومعناه الزام المالك بما انتفع به من
تصرفات الغير .

بند [١٠٥]

إدارة الأعمال

القانون الفرنسي — وهو إتمام عمل لصالح شخص آخر بدون توكيل عنه فيه ، والذي
يكمل العمل لصالح شخص آخر يسمى (مدير العمل) والذي عمل العمل لمصلحته يسمى
(رب العمل) .

متى تكون إدارة الأعمال . يكاد ينحصر هذا في عمل واحد وهو تدخل شخص في أملاك آخر
لإصلاحه أو تحسينه ، وقد توسع في تطبيقه وتفسيره العلماء المجددون حتى عرفوه بأنه كل شخص
يستفيد من نشاط شخص آخر .

ويشترط في وجود إدارة العمل أربعة شروط :

أولاً — التدخل في أعمال الغير مادياً بتعمير الخرب أو إيجاد حقوق للمالك على الغير

أو الاتفاق في الأعمال القضائية بما يعود بالمنفعة على أملاك الغير - بل حتى في حق الحياة أو الحرية أو الشرف .

ثانيا : عدم العمل بنية الطمع والأنانية الخالصة . فالشخص الذي يعمل معتقدا أنه لمصلحته الخاصة وحسابه الشخصي لا يمكنه ادعاء إدارة العمل . فيجب أن يعمل لمصلحة الغير أو مع مصلحته أيضا .

ثالثا : عدم وجود توكيل بين المدير وصاحب العمل (المنتفع) فلو وجد توكيل لمدير العمل لتقبل وكيل يعمل لمصلحة موكله .

رابعا : عدم معارضة صاحب العمل (المنتفع) في العمل . فإن عارض فيه فلا يكون من باب إدارة العمل ولكن يطبق عليه التراء على حساب الغير إن كان العمل نافعا . ويشترط في مدير العمل أن يكون أهلا للالتزام والالتزام . نتائج إدارة العمل .

أولا : بين مدير العمل ورب العمل . ينتج من إدارة العمل التزامات يتحملها المدير والالتزامات يتحملها صاحب العمل . فالتزامات مدير العمل هي :

١ - يجب على مدير العمل الاستمرار فيما بدأه حتى إتمامه مع ما يتبعه . وموت صاحب العمل لا يوقف العمل بل يستمر المدير حتى يتمه إلى استلام الورثة .

٢ - يجب على مدير العمل أن يعمل كأب شفيق بعناية تامة حتى أنه لو أخطأ أو نتج عن إدارته ضرر فللقاضي تقدير ذلك في التعويض .

٣ - يجب على مدير العمل تقديم كشف حساب عن أعماله وما أنفق فيه كوكيل . ولزمه فوائد ما صرفه لحسابه الخاص من تاريخ عمله وفوائد باقي الحساب بذمته من تاريخ مطالبته رسميا .

والالتزامات رب العمل تتحقق متى كان العمل نافعا ، وتتحقق منفعته وقت نهايته لا وقت إدارة العمل ولا وقت رفع الدعوى ليفصل القضاء والالتزامات هي :

١ — دفع ما أنفقه المدير في العمل وفوائده من تاريخ ابتداء العمل متى كان نافعا وضروريا كقواعد التوكيل .

٢ — دفع ما تعهد به مدير العمل للغير والوفاء بالتزاماته الناتجة عن العمل .

ثانيا — العلاقة بين مدير العمل ورب العمل وبين الغير ، رب العمل ملزم بما تعهد به المدير باسمه مع الغير ما دام العمل نافعا ، فإن كان العمل غير مفيد لم يلزم رب العمل بشيء ، والتزم مدير العمل نحو الغير بتعويض لما أصاب ذلك الغير .

الفرق بين إدارة العمل والوكالة ما يأتي :

أولا — إدارة العمل شبه عقد لأنه لم يجتمع فيه قبل وجوده لا عرضا ولا قبولا ، والوكالة عقد قانوني تترتب عليه آثاره باختيار ورضى الطرفين .

ثانيا — الموكل ملزم بالوفاء بما تعهد به وبما صرفه الوكيل لمصلحة وكيله حتى المصاريف الشخصية ولو كان العمل غير مفيد للموكل ، بينما رب العمل ليس ملزما في إدارة العمل إلا بدفع المصاريف المفيدة .

ثالثا — تنتهي الوكالة بموت الموكل وليس الوكيل ملزما بمباشرة عمله إلا إذا كان في الترتك ضرر ، وبالعكس في إدارة العمل ، فعلى مدير العمل الاستمرار في إدارة عمله عند موت رب العمل حتى نهايته واستلام الورثة منه ذلك .

رابعا — فوائده المبالغ المدفوعة من الوكيل تسرى من يوم تحقق وجودها بدون إنذار ولا تنبيه بخلافها في مدير العمل فتسرى من يوم التنبيه الرسمي .

خامساً — الوكلاء ملزمون بتنفيذ الوكالة بالتضامن ، وليس بين مديري العمل أى تضامن في التنفيذ .

وهذه التفرقة بين إدارة العمل والوكالة تأتي قبل قبول رب العمل ما عمله المدير لحسابه ولكن بعد تصديقه عليه وقبوله تكون نتيجته راجعة إلى الماضى ويفرض كأنه كان وكيلاً فيستوى مدير العمل والوكيل إذاً في هذه الحالة .

بند [١٠٦]

التشريع الإسلامى — سبق أن ذكرنا أن هذا التشريع غير موجود في التشريع الإسلامى لأنه تأباه العدالة والمبادئ العامة في حق المالك المطلق في التصرف في ملكيته . ولا ينطبق على قواعد الالتزام الاختيارية بل ولا قواعد الالتزام الضرورية للمصلحة العامة التي أساسها القوانين السماوية العادلة ، ولهذا عدل عنه في التشريع الحديث في القانون المدنى الألماني والقانون السويسرى ، وسيأتى الوقت ليعدل عنه التشريع الفرنسى فيقال عندئذ هذا هو التشريع الحديث ولا يعرف المشرعون بأصله ومأخذه وهو التشريع الإسلامى والله في خلقه شؤنون .

بند [١٠٧]

أداء ما ليس بواجب

القانون الفرنسى — أداء ما ليس بواجب هو أداء شخص شيئاً خطأ ظنه واجباً عليه لشخص آخر وليس في ذمته أى شيء والذي أخذ ما أدى بغير حق يجب عليه رده فإن لم يرده ودياً فلمؤدى رفع دعوى تدعى (دعوى استرداد ما ليس بواجب) .

وهذا يشبه التعاقد من جانب واحد لأن الالتزام فيه تولّد اختياريا قانونيا بدون اتفاق من الطرفين
شرط دعوى استرداد ما ليس بواجب ، يجب لصحة هذه الدعوى ثلاثة شروط :

أولا — يجب وجود أداء (دفع) ودليل الدفع شهادة شهود إلى ١٥٠ فرنكا وما زاد فدليل
كتابي طبق للقانون العام .

ثانيا — يجب وجود أداء ما ليس بواجب (دفع ما ليس بواجب) ويتحقق تحت ثلاثة
أشكال :

١ — أدى ما ليس بواجب أصلا كشخص ليس مدينا أصلا أدى لشخص ليس دائنا
أصلا كن دفع دينه مرتين أو دفع أزيد مما يجب عليه أو دفع مع وجود شرط معلق ثم تحقق
المعلق عليه .

وأما تنفيذ الالتزامات الطبيعية فلا تدخل في هذا بشرط معرفة السبب بأنه ينفذ
واجبا طبيعيا .

٢ — أدى ما يجب ولكن غير دائنه ، فالمؤدى مدين حقيقة والآخذ ليس دائنا له .

٣ — أدى غير ما يجب ولكن لدائنيه ، فالمؤدى ليس مدينا والآخذ دائن حقيقة ولكن
غيره ، ومع ذلك فلو كان الآخذ حسن النية وأتلف سند دينه بمجرد أخذه ما دفع فليس بملزوم
بالرد ، وعلى من سدد دين الغير رفع دعوى ضد المدين الأصلي (عدم الغنى على حساب الغير) .

ثالثا — يجب أن يكون أداء ما ليس بواجب حصل خطأ (غلطا) لأن الذى يؤدى ما ليس
بواجب عليه يكون واهبا (متبرعا) للغير بما دفع فقد تنازل فعلا عن دعوى استرداد ما دفع مع
علمه بذلك .

مادة وتطبيق دعوى استرداد ما ليس بواجب :

١ — إذا كان ما أدى مبلغ من المال أو شيء له جنس وجب رد الكمية بصفاتها التى

تلقاها ١٠٠ مائة جنيه عشرة أرادب قمح من نوع معين رد مثلها ، فإن كان سيئ النية فعليه الأرباح من تاريخ إعلانه بالرد وإن كان حسن النية فلا .

٢ — إذا كان ما أدى جسماً محققاً ، وجب رده بعينه إلى الذى أداه له .

وعلى المدعى عليه رد أرباح المبالغ التى استلمها إذا كان سيئ النية من يوم إعلانه أمام القضاء .

وحسن النية لا شئ عليه غير رد الأصل فقط ، وعلى المسترد المصاريف الضرورية لحفظ العين المسلمة بدون نقص .

فإن هلك أو تلف ما دفع ، فإن كان المستلم حسن النية فلا يرد شيئاً إلا إذا كان بإهماله أو بسببه فيرد القيمة ، وإن كان سيئ النية وتلف عنده ولو كان الهالك من غير تسببه .

فإن باعه هذا الذى استلمه رد ثمنه إن كان حسن النية وإن كان سيئ النية رد قيمته الحقيقية مهما بلغت .

ولمن أدى ما ليس بواجب أن يسترد ما أداه عينا من يد من اشتراه لأن ملكيته لا تزال عن أداه لعدم وجود سبب صحيح لنقل الملكية ، ويلاحظ أنه إذا ما أدى منقولا منع الاسترداد للقاعدة (وضع اليد فى المنقول يعادل دليل الملك) .

بند [١٠٧]

أداء ما ليس بواجب

التبرع الإسلامى — هذه الجملة تشمل أنواعاً كثيرة من الحالات فتشمل تعهد شخص

مثلاً بالانفاق على آخر مدة معينة أو مدة الحياة بلا علاقة قرابة أو زوجية بين الطرفين فهذا ليس بواجب ولكن متى تعهد به وأداه يقال انه (أداء ما ليس بواجب) يعنى أصالة ،

وتشمل دفع الدين عن الغير ودفع الدين عن نفسه وهو في الواقع ليس مدينا كل هذا يدخل تحت (أداء ما ليس بواجب).

ولكن الذي يعنيه القانون الوضعي هو دفع شيء خطأ ظنه واجبا عليه لشخص آخر مع عدم مشغولية ذمته في الحقيقة بشيء ، فمن أدى شيئا خطأ لغيره بدون وجوب عليه كان له الحق في الرجوع بما أدى على الآخذ ووجب على الآخذ رد ما أخذ بغير حق .

ومتى أدى الشخص لغيره ما ليس بواجب عليه خطأ وأثبت ذلك بالبيئة الشرعية الصحيحة جاز للمؤدى مقاضاة الآخذ وإرغامه على رد ما أخذه .

وسواء كان الدافع ليس مدينا أصلا أو كان مدينا ولكن لغير من دفع له ، أو كان مدينا ولكن غير ما أدى فكل هذه يصدق عليها أنه أدى ما ليس بواجب عليه وما دام الدفع خطأ ، وجب رد المدفوع لصاحبه وجاز مقاضاته متى امتنع من الرد .

ويعتبر المشرع الإسلامى أن من أخذ شيئا على سبيل الأمانة كالمودع عنده والمستعير بل والمستأجر وطلب منه رد هذه الأمانة وامتنع من الرد لصاحبها غاصبا تطبق عليه أحكام الغاصب والغصب .

فمن أخذ شيئا من آخر دفعه إليه خطأ على أنه واجب عليه وتبين ذلك له وجب عليه الرد فإن لم يرد فهو في حكم الغاصب وتجربى عليه أحكامه .

والآخذ إما أن يكون عالما بعدم الوجوب وأخذ أو لا يعلم أو اختلط عليه الأمر فحكمه كالآتى :

١ - فى حالة علم الآخذ بعدم الوجوب يضمن بالحيولة بين المالك ومملكه ويضمن بالفعل متى حصل مفوت لأنه يقضى عليه بالرد عينا ما دام المعضوب موجودا ، ويضمن ما أخذ ولو تلف بساوى أو بجنابة غيره عليه حتى ولو مات حتف أنفه ، ومتى تمكن من عين شئيه أخذه وجوبا حتى ولو كان مثليا .

فيضمن مثل المثلث إذا تعيب أو تلف ، وإن كان مقوما خيرا ربه بين أخذه عينا أو تضمين الغاصب قيمته يوم الغصب (وهو يوم الاستلام) .

والدافع غلة ما دفع بغير حق إذا استعمله أو اكراه الآخذ فإن لم يستعمله أو يكره فلا شيء عليه فإن نشأت الغلة من غير استعمال كصوف ولبن وولد فهي للمغضوب منه .

وما أنفق الآخذ على ما أخذ كعلف ومؤنة وكسوة وسقى أرض وعلاجها أو خدمة شجر ونحو ذلك مما لا بد منه للشيء المدفوع بدون حق ، ففي غلة المأخوذ ، فإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع ، وإن زادت الغلة على النفقة فهي لربها .

٢ — في حالة عدم علم الآخذ أو اختلاط الأمر عليه بحيث قد ظن أن الدافع هو المدين فيكون حسن النية فينزل منزلة ذى الشبهة ويعتبر أمينا فيفوز بالغلة ولا يجب عليه ردها ، فإن هلك أو تلف ما دُفع فلا ضمان عليه إلا إذا أهمل أو فرط في العناية أو التعهد أو كان متعديا فعليه قيمة المقوم ومثل المثلث يوم الهلاك لا يوم الدفع .

ولمن أدى ما ليس بواجب أن يسترد ما أداه عينا من يد مشتريه ما دام موجودا لم يطرأ عليه ما غيره لأن ملكيته لا تزال موجودة لعدم وجود سبب شرعى لنقل الملكية ، غير أن معاملات الناس تقتضى الثبات والاطمئنان فلو أجاز المشرع أخذ عين الشيء المدفوع بغير حق حتى ولو تغير في ذلك لكان ذلك اضطرابا في التعامل ونزعا للثقة بين الناس وخوفا مستمرا فوضع المشرع حدا لأخذ المدفوع بلا حق وهو الفوات كفوت المغضوب لا كفوت البيع الفاسد ويبقى بعد الفوت دعوى استرداد القيمة أو المثل كما سبق .

وقاعدة (وضع اليد يعادل دليل الملك) سبق التكلم عليها وأن الاستثناءات من هذه القاعدة في القوانين الوضعية جعلتها لا تساوى شيئا ، وفي التشريع السماوى وضع اليد يعادل دليل الملك ما لم يعارض بدليل آخر أقوى منه وهو الحجة الشرعية فوضع اليد دليل الملك عند عدم وجود دليل آخر يناقضه .

الثراء بلا سبب

الفانود الفرنسى :

الثراء بلا سبب نظرية المتشرعين وجدت وطبقت بمقتضى قاعدة عادلة وهى (الثراء من غير سبب شرعى على حساب الغير لا يجوز) إذن فكل من أثرى بغير سبب قانونى يمكن إكراهه قانونا بإرجاع ما تلقاه من الغير بدعوى خاصة .

مأخذه القانونى — هذا المبدأ ليس منصوباً عليه كقاعدة فى مواد القانون ولكن القانون طبقه فى عدة مواضع . فى البناء على أرض الغير . التعويض بين الزوجين فى نظام الزواج العام م ١٤٣٣ و ١٤٣٧ .

شروط تطبيق هذه القاعدة على غير ما نص عليه قانونا .

لتطبيق هذه القاعدة يجب وجود أربعة شروط :

أولاً — افتقار الطالب — فلا تطبق هذه القاعدة على من عمل فى ملكه شيئاً أفاد جاره فى أملاكه لأنه لم يفتقر فى شيء .

ثانياً — ثراء المدعى عليه — كمن أرشد وارثاً إلى تركته مورثه المتروكة له وهو لا يعلم عنها شيئاً بدون هذا المرشد فعليه نفقة المرشد وتعويضه على أتعابه .

ثالثاً — عدم وجود سبب قانونى — فان وجد سبب قانونى لهذا الاثراء فلا تعويض ، كاستلام المالك ملكه بعد نهاية عقد الإيجار فما زاد فيه من تحسين لا تعويض فيه ، كذلك من له حق التمتع بالثمرة ليس له الرجوع على المالك بعد نهاية حقه بما زاد من تحسين الاستثمار .

رابعاً — عدم وجود دعوى أخرى أيا كانت لتعويض الضرر .

فليست هذه الدعوى لتعويض المدعى عما أصابه من خسارة ولكنها تقدر بما زاد في يسار المدعى عليه فهي دعوى معادلة ، ومبنى هذه الدعوى على الحق الطبيعي .
ونتشابه دعوى إدارة العمل والثراء بدون سبب في أن سبب كل منهما منفعة بدون حق تتحقق بشخص إلى شخص آخر .

بند [١١٠]

الثراء بدون سبب :

التشريع الإسلامي — التشريع الإسلامي يأمر في قواعده دائما بعدم الاعتداء على حقوق الغير وعدم أخذ شيء بدون حق و بدون مقابل الا ما نص عليه في هبة أو وصية مثلا ، فنأخذ شيئا من غيره وجب عليه رده ان أمكن عينا فان لم يمكن وجب عليه رد مثله ان كان له مثل أو قيمته ان كان مقوما .

ووضع طرقا للتملك محصورة اما بعقد أو بغير عقد فالعقد كالبيع والشراء مثلا وغير العقد كإحياء الموات أو وضع اليد الخ ، واشترط في وضع اليد ألا تكون قسرا واغتصابا فان كانت تعديا فلا احترام لها في نظر الشارع .

فإذا أثرى شخص بدون سبب من أسباب الملكية المشروعة ينظر في السبب فإن كان بطريق القهر والغلبة أخذ منه ورد لصاحبه وهو الغصب والغاصب وهو إثراء بغير سبب ، وإن كان لسبب ظنه حقيقيا فتبين خطأه كمن بنى في أرض اشتراها من غاصب ولا يعلم غصبه بل معتقدا أن البائع له مالك حقيقى ثم استردها صاحبها بما عليها ، ففي الحقيقة قد أثرى صاحب الأرض بما وجد عليها وهو إثراء بلا سبب على حساب الغير ، فيقال للمالك المسترد للأرض لا يجوز لك تملك البناء بلا سبب شرعى بينما أن الباني لم يكن متعديا ، فيقال له ادفع قيمة البناء

والغرس قائما منفردا عن الأرض ، فإن أبى قيل للباني ادفع لمستحق الأرض قيمة الأرض براحا فإن أبى فشريكان بالقيمة للأرض والبناء .

وإن أثرى بطريق القسر والغلبة كمن بنى أو غرس في ملك الغير وكان غاصبا أو مشتريا من غاصب ويعلم غصبه فيخير رب الشيء المغصوب في أخذ البناء أو الغرس مع دفع قيمته منقوضا أو مقلوعا أو يأمره بتسوية أرضه بعد هدم ما بنى وقلع ما غرس ، فلم يباح لصاحب العقار الإثراء على حساب الغير وهو الباني أو الغارس فإن أخذ البناء أو الغرس فعليه دفع قيمته منقوضا ، وإن اختار أرضه خالية كما كانت فلا شيء عليه ويحجب لطلبه ، فانه وإن كان الباني والگارس ظلما في تعديده إلا أنه لا يجوز للمالك الإثراء على حسابه ولا يجوز ظم المتعدى بأخذ ماله بلا مقابل .

وأما ما ذكر التشريع الوضعي من احترام تصرف الغير ولو كان سيئ النية كمن بنى أو غرس في أرض نفسه بأدوات الغير وإلزام صاحب الأدوات بأخذ القيمة فقط وحرمانه قهرا من ملكه تنفيذا لقاعدة من ملك الأرض فقد ملك ما عليها فهذا منتهى الظلم ويجب عدم احترام أى تصرف في ملك الغير ، فيخير مالك الأدوات في أخذ أدواته أو تركها وأخذ ثمنها وحينئذ يعرف المعتدون على أملاك الغير أنهم لا يفوزون بها بل يخسرون فلا يعود أمثالهم لعمل كهذا ، وتأمين الناس على أملاكها .

على أن هذا وإن كان فيه إثراء على حساب الغير ففيه أكبر من ذلك وهو تشجيع التعدى على ملكية الغير وعدم احترامها .

وأن المثل الحقيقي لهذه المسألة ينطبق على شخص وهب له شخص آخر قطعة أرض فضاء فأقام عليها بناء فاستردها مالكها الحقيقي فلا يصح له شرعا اغتنام بناء الباني الموهوب له ولا الإثراء على حساب الغير فإما أن يدفع قيمة المباني منفردة وإما أن يدفع الباني قيمة الأرض والا يعتبرا شريكين .

على أن هذا المبدأ (الثراء بلا سبب) قد يجد له واقعات يطبق عليها فمثلاً :

١ — اشترك اثنان في عمل تجارة وليس عندهما مال آخر ظاهر يعملان فيه وانقطعا للعمل فيها وبعد مضي أربع سنين أو خمس سنين امتلك أحد الشريكين أطياناً وعقاراً بدون سبب ظاهر يبني عليه هذا اليسار وبقى الشريك الآخر كما كان وقت الشركة ، فاتهم هذا الشريك شريكه الذي أثرى بلا سبب بأنه اختلس مال التجارة لنفسه واشترى هذه الأملاك ولا دليل عنده على الاختلاس سوى حالته وحالة شريكه قبل التجارة وأثناءها ، وطلب من القاضي الحكم له على شريكه برد هذه الأموال لشركة التجارة وعدم اختصاصه بها ، فعلى القاضي سؤال الشريك الذي أثرى بلا سبب ظاهر فإن بين بيانا مقبولاً عرفاً وعقلاً خلى سبيله وإن لم يبين بيانا صحيحاً مقبولاً أخذ منه المال الذى اختص به وأرجع للشركة .

ولا يقال حينئذ لا يسأل المالك من أين ملك لأن هذا محمول على حالة عدم اتهام أحد إليه فقد ذهب علماء المالكية إلى أبعد من هذا فقالوا إذا اشتهر شخص بالعداء والغصب على أموال الناس وادعى عليه بذلك فإن أقر أخذ منه ما معه وأعطى لأصحابه وإلا حبس وعذب وسجن لمعرفة حقيقة ما معه فإن توافرت الأدلة على اعتدائه صودرت أمواله ورُدَّت لأصحابها إن عرفوا وإلا أودعت بيت مال المسلمين .

٢ — عين القاضي وصياً على قاصر غنى واسع الأملاك والوصى فقير ومضى أربع سنين أو خمس مثلاً فظهرت النعمة على الوصى بما لم يعرف الناس سببه وظن الناس بالوصى أنه أكل أموال القاصر . فبلغ القاضي ذلك أو بلغ القاصر واتهم الوصى بالاختلاس حيث لا سبب يعلمه الناس لهذا اليسار المفاجئ للوصى — سأله القاضي فإن أبان بحق وعدل السبب الذى أدى لذلك خلى سبيله وإلا أخذ ما فى يده ورد للتركة . وهذا تطبيق للمبدأ (منع الثراء بلا سبب) .

لهذا كان هذا التشريع إسلامياً بدمه ولحمه وإن كان لم يذكر له باب خاص — وقد طبقه

الوضاعون فى بعض مواضع ولكنهم اشتطوا به حتى طبقوه على بعض جزئيات لا يصح عدلاً تطبيقه فيها كما علمت آنفاً .

ويجب أن يكون الطالب قد ذهب بعض ماله وأن يكون حصل ثراء بالفعل للمدعى عليه بلا سبب قانونى شرعى - وأن لا يكون قد أخذ تعويضاً عما أصابه .

وهذه الدعوى تكون دعوى تعويض لخسارة وتكون دعوى تقدير بما زاد فى يسار المدعى عليه وفرق بينهما وبين إدارة العمل . فان إدارة العمل سلبت فيها ارادة رب العمل وفرض عليه قبول شىء لم يطلبه ولم يتعاقد عليه . وأما فى الثراء بلا سبب فقد اغتنم المثرى شيئاً اقتطعه من أموال الغير بإرادته واختياره وهو ممنوع من ذلك شرعاً لهذا أمره المشرع بارجاعه أو بدفع ثمنه .

ويطبق هذا المبدأ على اللقطة ومن وجدها وعرفها سنة ثم امتلكها أو لم يعرفها ثم امتلكها وجاء ربها وعرفها وطلبها فان كانت قائمة بذاتها ولم تتغير أخذها وإلا أخذ مثلها أو قيمتها من ملتقطها لأنه لا يجوز الثراء على حساب الغير بلا سبب .

بند [١١١]

الأعمال الموجبة للتعويض وما يشبهها

الفانون الفرنسى :

الأعمال الموجبة للتعويض :

أولاً - الضرر المدنى - وهو كل عمل غير قانونى مضر ومنسوب الى فاعله وتنتج عنه ضرر مقصود فيجب وجود أربعة شروط :

- ١ — يجب أن يكون العمل صدر مع قصد الضرر فإن صدر لا بقصد الضرر كان شبه ضرر مدني لا ضرر مدني .
- ٢ — يجب أن يكون العمل مضرراً . فكل عمل غير قانوني وغير مضر للغير لا يستوجب تعويضاً فليس له محل قانوناً ، والضرر إما مادي كالحاق الضرر بأملاكه أو أدبي كالحاق الضرر بشرفه أو سمعته .
- ٣ — يجب كون العمل منسوباً إلى فاعله — بمعنى أنه يجب أولاً أن يكون هناك خطأ نتج عن إهمال أو عدم تعقل — والطيش الخفيف في العمل يكفي لتحمل المسؤولية . وتتلاشى المسؤولية عند وجود قوة قاهرة حمات الفاعل على العمل . ويجب أن يكون الفاعل ملزماً بما فعل بأن يكون مختاراً وقت العمل . ولا يشترط كون الفاعل أهلاً . للتعاقد كالصبي فهو ملزم مدنياً . والمرأة المتزوجة ملزمة بخطاياها حتى في أموال مهرها .
- ٤ — يجب كون العمل غير شرعي — يعني ضد القانون .

بند [١١٢]

الأعمال الموجهة للتعويض

القسم الرابع الإسلامي :

أولاً الضرر — وهو كل عمل غير قانوني نتج عنه ضرر للغير ولا يشترط أن يكون الضرر مقصوداً حصوله من فاعله . فإن الصبي ولو غير مميز كابن شهرين يضمن ما أفسد من مال غيره في ذمته ويؤخذ من ماله إن كان ، وإلا انتظر وجود ماله . ومثل الصبي ولو غير مميز المجنون فإنه يضمن ما أفسده في ذمته . وتضمنيهما هو القول المشهور في المذهب في المال وفي النفس الدية على عاقلتهما إن بلغت أكثر من الثلث وإلا فعليهما في مالهما إن بلغت الثلث .

وقال بعض علماء المذهب لاشيء عليهما مطلقاً كالعجماء من الدواب فعلها هدر في المال والنفس . وقال آخرون لاشيء عليهما في إتلافهما المال . وأما النفس فالدية على العاقلة إن بلغت الثلث .

والضمان فيما تلف يكون مثل المثل وقيمة المقوم يوم التعدي والضمان هو المعبر عنه في القوانين الوضعية بالتعويض تجاوزاً لأن معنى الضمان في التشريع السماوي إلزام محدث الضرر بنتيجة ما حصل فيقضى عليه بالمثل أو بالقيمة وهو التعويض .

والضرر إما مادي وإما أدبي فالضرر المادي أن يعتدى شخص على ملكي فيتلفه كلاً أو بعضاً والضرر الأدبي أن يلحق بى أذى يمسنى في اعتبارى كشخص في الحياة له اعتبار محترم مثلاً كتحقيرى بين أمثال بسب أو شتم أو صفع أو الصاق تهمة حتى لو كانت صحيحة لو سمعها الناس ينقص اعتبارى في نظرهم وهنا فرق التشريع الإسلامى بين الضرر المادي والضرر الأدبي .

١ - الضرر المادي ، الضرر المادي الذى يحصل للشخص إما أن يكون فى ماله فيذهب كلاً أو بعضاً أخذاً أو إتلافاً وإما أن يكون فى جسده فيذهب به كلاً أو بعضاً أو يلحق به أذى كصفع وضرب فالذى يتلف المال إما يأخذه (١) قوة وقهراً (٢) أو يأخذه خلسة (٣) أو يأخذه غشاً وخداعاً فالأول الغصب وحكمه أن يفعل به الإمام ما يراه رادعاً له من ضرب وسجن وتعزير وتعريب الخ والثانى السرقة وحكمها قطع اليد ثم الرجل ثم اليد الخ والثالث الذى يأكل أموال الناس بالباطل ويستعمل طرق النصب والاحتيال أو يشهد زوراً بكراء الخ وحكمه أن يعزره الإمام أو الحاكم كما يرى وله بيع ماله وإخراجه من بلده وضربه وسجنه الخ .
وأما الذى يلحق الضرر بالجسم فاما أن يذهب كلاً أو بعضاً أو يلحق به أذى من ضرب أو صفع .

فالأول القاتل وعليه القصاص في عنقه إن كان القتل عمدا وإن كان القتل خطأ ففيه الدية.
والثاني الجناية على الأطراف يد - رجل - إصبع الخ ففيها القصاص يدا بيد وسنا بسن
ورجلا برجل متى كان الفعل عمدا وإن كان خطأ فلكل جارحة حكم يعلم من كتاب الجنايات
فارجع إليه إن شئت .

والثالث وهو ضرب سوط أو ضرب بعضا أو صفع على قفا الخ أو أى إيذاء بوجه ما فليس
في ذلك حد مقرر بل فيه تعزير الامام أى الحاكم فينظر لاعتبار المعتدى والمعتدى عليه والفعل
فيحبس ويضرب ويطرد ويعرى الرأس ويضرب بسوط ونحوه وينفيه ويخرجه من الحارة في
إيذاء الجار بل ويبيع ملكه عليه كالمزورين مثلا الخ .

وقد يكون تعزير الامام بغير ذلك كإتلاف مال الغاش عليه إذا كان يسيرا كإراقة اللبن
على من غشه .

ولا يجوز التعزير بأخذ المال اجماعا ، وما روى عن الامام أبى يوسف صاحب أبى حنيفة
من أنه جوز للسلطان التعزير بأخذ المال فعنه كما قال البزازی من أئمة الحنفية أن يمسك المال
عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه لا أنه يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الناس ، إذ لا يجوز
أخذ مال مسلم بغير سبب شرعى كشراء أو هبة .

فعلى هذا إذا نالنى ما أكره من أحد الناس خصوصا الأغنياء فصفعنى قلما على ملاء فرفعت
أمره للقاضى فحكم عليه بـ ١٠٠ قرش صاغ غرامة يكون مخالفا للتشريع السماوى والواجب
التعزير بضربه أو سجنه ، يعنى إيصال الأذى لجسمه ليذوق وبال أمره ويعلم أن الألم ممض
وما كان ينبغى له أن يفعل ، ولهذه الأحكام غير الرادعة تمادى الأشرار فى الحاق الأذى بالاشراف
وأهل الفضل والذين يترفعون عن مجاراتهم فى مضار الشر ، بل كانت هذه الأحكام حافزة
لملاقة التعدى بمثله بل والأخذ بالثأر بدعوى أن حكم المحكمة غرامة ثم يقول (أخذ حقى بيدي

وأخيراً أَدفع غرامة) ، هذا ما جرّه علينا تقليد الغربيين الأعمى وترك تشريعنا الحكيم وهدية المستقيم ، ولهذا اكتتظت المحاكم بدعوى المضاربات والتعدى وفى الغالب يحكم على الضارب والمضروب بغرامة خزانة الدولة ، فما هذا ؟ أليس المراد بالمحاكم والقضاء إقامة العدل بين الناس ؟ أليس المراد بالأحكام فى مواد التعدى والضرب والسب ردع الجانى واعتبار الناس ؟ ولكن للأسف الشديد تسمع من عامة الناس (ايه يعنى أنا أعطيه علقه زى كفى وأدفع غرامه جنيه) وهكذا كثرت الفوضى والتعدى .

أخيراً لله فى خلقه شؤون ، أرشد الله المتشرعين إلى هذه الأحكام الشرعية التى بها يحفظ الأمن والنظام .

٢ — الضرر الأدبى ، وهو كل ما يلحق الشخص من تحقير فى اعتباره بين الناس بسبب أو الصاق تهم به لو صحت للزم احتقاره ، فإن كانت هذه الأضرار الأدبية من قبيل القذف ففيها حد القذف كما يقول شخص لآخر (يا زان يا عاهره يا ابن الزنا يا علق يا مخنث الخ) والحد جلد القاذف ثمانين جلدة ، وإن كان الضرر الأدبى من ألفاظ لا قذف فيها ففيها الأدب كما يقول شخص لآخر (يا فاجر ، يا حمار . يا ابن النصرانى ، أو اليهودى ، يا ابن الكلب الخ) والأدب كما يراه الحاكم فى مثل هذا .

وهذا حق شخصى يقوم به المتضرر أو ورثته من بعده بعد الوفاة لأنه ألحق بمورثهم ما أساء إليه ولمن بعده بهذه الأحكام والحدود تصان الكرامة ويأمن كل شخص على كيانه وعلى ماله وعلى اعتباره ، وليس من الكرامة أن يقبل امرؤ نظير تحقيره قليلا من المال إما له أو لخزانة الدولة فيجب الرجوع لأحكام الشرع الإلهى والدين القويم .

ويشترط فقط تحقق الضرر بالفعل وأن يكون الفاعل غير مكره اكراها فعليا بما أذهب إرادته واختياره والضمان للضرر يكون عن إهمال أو عدم تعقل أو طيش فى العمل أو عدم تعهد مثلا للأمانة .

تجاوز استعمال الحق

القانون الفرنسي :

نظرية تجاوز استعمال الحق هي أن يتجاوز الشخص حد استعمال حقه فينتج عن ذلك ضرر للغير فيجب عليه تعويض ذلك الضرر ، وهذه النظرية ليس لها نص في القانون ، لكنها تأكدت من المشرعين وطبقت في كثير من الأحوال من المحاكم .

ويوجد تجاوز في استعمال الحق حينما يستعمل شخص حقه لسبب شرعي فيتجاوز حد حقه النهائي في الاستعمال فيكون ضد النظام العام .

والفرق بين التجاوز في استعمال الحق وعدم وجود الحق ظاهر لأن تجاوز الحق يقتضي وجوده ، وإن تجاوز الحق لا يقتضي التعويض لذاته بل بما ينشأ عنه من ضرر للغير ، بينما أن عدم وجود الحق يقتضي التعويض ولو مع عدم وجود الضرر ، مثال ذلك أردت حفر بئر في ملكي قريبا من بئر جاري فجف بئر جاري وتحول الماء لبئري فقد استعملت حتى فإن كنت في حاجة حقيقية للماء فلا شيء على وإن كنت لست في حاجة إليها فقد تجاوزت حق الاستعمال في الملكية واستحق جاري التعويض ، وكحاجز على أملاك غريمه أضعافا مضاعفة أزيد من دينه أو منفذ عقدا محددًا بوقت قبل حلوله .

النتائج القانونية المترتبة على الضرر المدني :

وضع القانون قاعدة عامة للتطبيق وهي (كل ضرر مدني يلزم موجد به بإصلاح ما نتج عنه من خسارة) وهذه قاعدة مهمة سواء نظريا أو عمليا لأنها تؤكد المسؤولية البشرية في حقل القانون كما أكدتها الأدبيات في الاعتقاد ولأنها كثيرة التطبيق عمليا أمام المحاكم كل يوم .

وإصلاح ما نتج من الضرر يتحقق في دفع مبلغ من المال كتعويض لما أصاب المتضرر ،
والحاكم تقدر كل حالة حسب ما ترى . ومع ذلك قد يكون التعويض مدنياً كنشر الحكم في
صحيفة أو طلب مبلغ صغير جداً ، ويراعى في حكم التعويض علاوة على الضرر ما فوت عليه
من المنافع .

الفرق بين الضرر المدني والضرر الجنائي أو (الجنحة المدنية والجنحة الجنائية) .

والضرر الجنائي هو فعل يلحق ضرراً بالهيئة الاجتماعية والذي يعاقب عليه جسمانياً أو مالياً
والعلاقة بينهما أنه قد يتفق لفعل واحد فيه ضرر مدني وضرر جنائي متى كان غير قانوني كالسرقة
وخيانة الأمانة والسب العلني والضرب والجرح الخ . وقد يوجد الضرر الجنائي كالشروع في
جناية فلا ضرر مدني ، وغالباً يكون الضرر المدني بلا ضرر جنائي كإخفاء سندات مالية في
ميراث من أحد الورثة والغش والإكراه في العقود ، والفرق بينهما ما يأتي : ، ولكن متى وجد
فعل فيه ضرر مادي وضرر جنائي فإن القواعد الخاصة بالجنائي هي التي تستعمل أولاً —
فالفرق :

أولاً — في اختصاص المحاكم — الضرر الجنائي ينظر أمام المحاكم التأديبية (الجنح والجنايات)
والضرر المدني ينظر أمام المحاكم المدنية ، ومتى كان الفعل المعاقب عليه قد سبب ضرراً مدنياً
وجنائياً فالجنائي عليه بالخيار ، إما أن يطلب تعويض الضرر أمام المحاكم المدنية فينتظر حتى يقضى
جنائياً . وإما أن يدعى مدنياً تابعا للحق العام أمام المحاكم التأديبية ، فيقضى له تبعاً للحكم
الجنائي .

ثانياً — بالنظر إلى سقوط الحق بمضى المدة — فتسقط المدة في الجنائي الحق العام بمضى
عشر سنوات في الجناية وثلاث سنوات في الجنحة وسنة في المخالفة . وأما في الحق المدني فلا
(١٧ مقارنات — ثان)

فلا يسقط إلا بمضى ثلاثين سنة . ومع ذلك لو اتحد الفعل الحادث للضرر فإن الدعوى بالمدنى تسقط في نفس الوقت الذى يسقط فيه الجنائى ولا يمنع هذا من استرداد الشئ المسروق المختلس في مدة ثلاثين سنة .

ثالثاً — بالنظر لمسئولية الورثة يجب عليهم التعويض عن خطأ مورثهم الذى سبب ضرراً مالياً ولكن لا يتحاكمون جنائياً بدله .

رابعاً — الأحكام الصادرة فى الجنائى مضمونة بتضامن المحكوم عليهم وبالتنفيذ الجسمانى ويتأثر التعويض المدنى أيضاً بهذه الضمانة المضاعفة مادام نفس الفعل كون الضررين . ومع ذلك فإذا كان حكم التعويض المدنى صادراً على أكثر من واحد فالمتشرعون يعتبرونهم ضامين متضامين .

بند [١١٤]

نظرية تجاوز استعمال الحق :

التشريع الإسلامى — تجاوز استعمال الحق يلزم الفاعل بتعويض نظير هذا التجاوز وهو حق مقرر فى التشريع الإسلامى منذ وجوده وهو دليل قاطع على استمداد التشريع الوضعى من التشريع الإسلامى بالرغم من عدم التصريح حتى باسمه ، ويتحقق تجاوز استعمال الحق فى كل شخص يملك منفعة شئ مملوك للغير ، أو استعمال حقه بما أضر به غيره ولو استعمل حقه فى ملكه برفق لما حصل الضرر وذلك كالمستأجر والمستعير والموهوب له المنفعة . وهذه النظرية ترجع إلى إلحاق الضرر بالغير لأن من تجاوز حد استعمال حقه فقد أضر بالغير وهو المالك للعين المستعملة ، ومن استعمل حقه فى ملك نفسه متجاوزاً للعرف والعادة فلحق

جاره ضرر من هذا التجاوز فقد أضر بالغير ومن ألحق ضرراً بالغير وجب عليه تعويضه ويفرض التشريع الإسلامي أن هناك حقاً ، وأن هناك تجاوزاً في استعمال هذا الحق عرفاً وعادة فالمستأجر للأرض للزراعة له الحق في استعمال العين المؤجرة حسب العرف والعادة لما تراد له . فإن كانت تزرع في السنة مرتين لتستريح من اجهادها فزرعها ثلاثاً ، فإذا أخذها ربها في السنة التالية ظهرت نتيجة ضعفها وعدم وجود كمية من الغاز الكافي للإنبات وكان العرف زرعها مرتين وتركها فترة بينهما لتتخللها الشمس والهواء فيزداد خصبها ، فكان بذلك المستأجر متجاوزاً استعمال حقه بالرفق والعادة فهو ملزم بتعويض المالك عن ذلك .

وأما المستعير فقال الإمام مالك أنه إذا استعمل العين المستعارة استعمالاً يتقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال يعني الزائد ، وكذلك الموهوب له .

وأما استعمال المالك للملكه وتجاوزه الحدود المألوفة عادة فإنه يضمن ما نتج من تجاوزه حدود الاستعمال وذلك مصداق الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) فلا تضر أحداً ولا يضرك أحد وإن كان في استعمال حقك .

فلو زرع مالك أرضه أرزا وهو يحتاج لوجود الماء فيه دائماً ، وكانت الأرض لا تراد للأرز (لأنه لا يزرع غالباً إلا في الأرض الضعيفة لإصلاحها) ولضرورة وجود الماء دائماً في أرض الأرز نشعت في أرض جاره فشل زرعه لأن الزارع لم يترك جيرة بين الأرضين (والجيرة في العرف ترك مسافة أربعة أمتار مثلاً أو اثنين أو واحد حسب قوة الأرض وضعفها وطبيعتها من رملية وسوداوية الخ بدون زرع لإبعاد الماء عن الجار قدر المستطاع وعلى الجار تعويضه لذلك) أو لم يحضر مصرفاً لمنع سريان الماء في أرض جاره فيأخذ نشع الأرز إلى المصرف العام ، فتمت تحقيق الضرر وجب الضمان لما تلف وانه وإن كان مستعملاً حقاً شرعياً في ملكه إلا أنه ملزم بعدم الضرر . فلو كانت العادة أن يزرع المجاورون أرزا جميعاً اتقاء لعدم الضرر وخالف واحد ولم يزرع

أرزا بل حبوا بأخرى فلو تضرر زرعه فلا ضمان لأنه هو الذى جلب الضرر لنفسه إلا أن يكون الزارع قصر فى نزح مصرف مثلاً فهو متعمد الضرر .

ولو أن الجار قد استعمل حقه فى ربط دوابه بجوار الحائط المشترك فتأكل الجدار وسقط فهو ضامن لما لحق الجار من الضرر لأنه تجاوز حد الاستعمال فى ملكه بما ألحق الضرر بالجار فاستعمال الحق المطلق على الملكية حق مقرر شرعاً إلا إذا لحق الغير ضرر من ذلك فعلى من تجاوز حق الاستعمال تعويض ما نشأ من هذا الضرر مقدراً بقدره .

وأما مسألة البئر فإنها تختلف فى أحياء الموات وفى المدن أو الأرض العامرة .

ففى إحياء الموات يعنى إحياء الأرض الخربة فلا يدخل فى الأحياء ولا يجوز لأحد أن يعتدى على حريم البئر وحرمة وهو ما يضيق على وارده لشرب أو سقى ويضر بمائه لو حفرت بئر أخرى ، يعنى ما يتصل بالبئر من الأرض ويضر بالماء كحفر بئر أخرى ينشف ماءها أو يذهبها أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخنها ولا ظاهراً كبناء وغرس فن فعل شيئاً من هذا فلرب البئر مقاضاته وعلى القاضى منعه متى تحقق أن فعله أضر بالبئر من هذه النواحي ، وعلى المعتدى تعويض صاحب البئر متى حصل له ضرر من هذا التعدى ، وهذا بئر الزرع والماشية .

وأما بئر الشرب فحرمة ما لا يضر بالماء فيمنع الجار من حفر بئر ينشف ماء بئر جاره أو يذهبها أو حفر مرحاض تطرح النجاسات فيه يصل إليه وسخنها .

وأما الحاجز على أملاك خصمه بأزيد من حقه زيادة ظاهرة متعنتاً فيمنع من ذلك قطعاً فإن نتج عن ذلك ضرر مادي كأن عين حارساً من قبله وضع يده على المحجوز عليه أو نقل المحجوز عليه حتى يباع فى اليوم المحدد ثم تلف بعض المحجوز عليه ضمن بلا نزاع هذا الحاجز لأنه متعنت ، أما الاتفاق المحدد له يوم لنفاذه فليس له حق فى نفاذه وللمتعاقد معه الامتناع عن التنفيذ .

النتائج الشرعية المترتبة على الضرر :

يترتب على الضرر وجوب الضمان لمثل المثل ولقيمة المقوم يوم حصول الضرر أو ضمان الفرق بين قيمة ما وقع عليه الضرر سليماً وقيمته معيباً فلو اكرتري شخص دابة لركوبها إلى ناحية معينة فزاد عليها إلى جهة أخرى أو أردف خلفه آخر فغطت الدابة في المسئلتين فرب الدابة مخير في أخذ قيمتها وتركها للمعتدى أو أخذ قيمة ما أنقصها هذا العطب كأن كانت تساوى ٥ جنهيات سليمة فلما تعدى عليها ومسمها خرم أو دبر أصبحت تساوى ٣ جنهيات أخذ جنهيتين والدابة أو أخذ الخمس الجنهيات .

فالقاعدة العامة أن كل من تسبب في ضرر ضمن هذا الضرر حسب الأصول الشرعية في التضمنين ، وقد يمكن إصلاح الضرر بدفع مبلغ من المال كما إذا كان الضرر مالياً بغير قصد ، وقد لا يمكن إصلاحه بدفع مبلغ من المال كمن ضرب غيره قلماً على ملاء من الناس فأصاحه التعزيز بضره أو سجنه أو التنكيل به كما يرى الحاكم . فللقاضى تقدير كل حالة وحدها بظروفها .

وقد يرى القاضى أن الضرب لا يفيد فيسجن أو السجن لا يفيد فيشهر به وبهذا لا يعود إلى عمله الضار بالناس .

والفرق بين الضرر المدنى والضرر الجنائى أن الضرر المدنى ما يصح جبره بالمثل أو القيمة أو تعويضه بقيمة الخسارة والتلف ويصح فيه العفو من المتضرر والضرر الجنائى وهو إصابة النفس كلاً أو بعضاً بأذى ففيه القصاص إن كان عمداً أو الدية إن كان خطأ والأمر في تنفيذ ذلك موكل للحاكم ، وقد يجتمع الأمران كسارق قتل بهيمة أثناء هربه وينفردان كل على حدة .

وكل ما كان فيه ضرر بالهيئة الاجتماعية كالاغتداء على النفس أو الاعتداء على المال كالسرقة

والاختلاس والسب العلني والضرب والجرح والقتل ففيها حق الله لا يصح السماح فيه لأحد وكذا بقية الحدود كالزنا والشرب والحرابة الخ .

وأما إخفاء سندات مالية في ميراث من أحد الورثة فإن أخذها من حرز مثلها فهو سارق بالنسبة لما يستحقه فيها الورثة ؛ ولكن لا حد عليه للشبهة - والغش والإكراه في العقود المدنية حق خاص لمن وقع عليه الغش والإكراه .

وأما الفرق المذكور في التشريع الوضعي في اختصاص المحاكم وسقوط الحق بمضي المدة ومسئولية الورثة وضمن الأحكام الصادرة في الجنائي فإن بعضها من نظام القضاء وبعضها مذكور في موضعه فلا داعي للتكرار .

بند [١١٥]

الأعمال المشبهة للضرر المدني

القانون الفرنسي —

وهو كل عمل غير قانوني مضر منسوب لفاعله حدث بدون نية الاضرار بالغير .

والفرق بينه وبين الضرر المدني أو (الجنحة المدنية) هو أن الضرر المدني يفرض فيه نية

الاضرار بالغير وهنا يفرض فيه الإهمال وعدم الاحتياط غير الممكن السماح فيه .

والنتيجة القانونية هي وجوب إصلاح الضرر الناتج عن الفعل إصلاحا كلياً ولا اختلاف

في النتيجة بين الجنحة المدنية وما يشبهها في هذا .

بند [١١٦]

الأعمال المشبهة بالضرر المدني :

التشريع الإسلامي :

سبق الكلام على الضرر من حيث هو العمد والسهو والخطأ من حيث وجوب الضمان متى تحقق الضرر ، والكلام في اضرار النفس كلا أو بعضا ، فالضمان منوط بالضرر متى تحقق الضرر بشروطه تحقق الضمان فلا داعي لكثرة الكلام في قاعدة مقررة (وهي تعويض الضرر على من تسبب فيه) .

بند [١١٧]

المسؤولية المدنية

القانون الفرنسي :

المسؤولية المدنية هي التزامات يفرضها القانون على بعض الأشخاص لإصلاح الأضرار المسببة عن أشخاص آخرين أو حيوان أو مبان أو شيء غير متحرك .
والفرق بين المسؤولية المدنية وما يشبه الضرر المدني أن ما يشبه الضرر المدني يجب على من لحق به الضرر أن يثبت مسؤولية الفاعل ، وأما المسؤولية المدنية فلا تحتاج إلى إثبات لأن القانون فرض المسؤولية وحددها .

أحوال المسؤولية المدنية — تكون المسؤولية المدنية في ثلاثة أحوال كما يؤخذ من تعريفها

أولا — المسؤولية المدنية من عمل شخص آخر ، والقاعدة أن كل شخص وضع قانونا تحت تابعة أو رئاسة شخص آخر فالمتبوع أو الرئيس مسؤول عنه وهم :

١ — الأب والأم بالنسبة لأولادهم القصر .

٢ — معلمو المدارس ومعلمو المهن بالنسبة للتلاميذ والصبيان .

٣ — السيد ووصى الحاكم بالنسبة للخادم والموصى عليه .

والمفهوم أن مسؤولية الأب والأم ومعلمي المدارس والمهن ناتجة عن عدم ملاحظة أو إهمال ولذلك يمكنهم إثبات عدم تقصيرهم في ذلك ولا عقاب مدنيا ، وأما السيد والوصى فالمفهوم أن مسؤوليتيهما راجعة لعدم حسن الاختيار ولا يمكنهم الإفلات من هذه المسؤولية .

مسؤولية الأب والأم :

أصل المسؤولية تقع على الأب ما دام الولد تحت امرته وإدارته فان انتقل الحق للأم لأي سبب كموت الأب أو حرمانه من هذه الحقوق أو في الطلاق أو في الفراق وسلم الأولاد للأم فهي مسؤولة قانونا دون الأب ، ولا يسأل الوصى عن يتيمة ، ويشترط في مسؤولية الأب والأم شرطان :

١ — يجب كون الولد قاصرا ، وفك الوصاية لا يقطع هذه المسؤولية إلا إذا بلغ رشده والا إذا تزوجت أو تزوج .

٢ — يجب كون الولد ساكنا مع أبيه وأمه ، ومع ذلك فهو في حكم من يسكن معهما إذا ترك متشردا أو أدخل مدرسة خارجية فهما فقط المسؤولان عنه ، فان أدخل مدرسة داخلية أو في محل صناعة داخلي كذلك انتقلت المسؤولية إلى المعلم .

ثانيا — مسؤولية المدرسين ومعلمي المهن — المدرسون في المدارس والمعلمون في الورش

مسؤولون عن الضرر الناتج من عمل التلاميذ والمتعلمين ما داموا تحت ملاحظة معلمهم .
ويستثنى من ذلك المدرسون العموميون في المدارس فإن الحكومة تحملت المسؤولية بدلم
بمعنى أن القانون لا يفرض مسؤوليتهم لكن متى قام الدليل على أخطائهم فهم مسؤولون ،
يعنى من ادعى مسؤوليتهم فعليه الدليل .

وبما أن مسؤولية الأب والأم والمدرس والمعلم مبنية على عدم ملاحظة من تحت مسؤوليتهم
فلو أقام هؤلاء الدليل على أنهم ما فرطوا في مراقبة الصغار فلا مسؤولية عليهم .

الزوج ليس مسؤولا مدنيا عن الضرر الناتج عن عمل زوجته :

ثالثا — مسؤولية السيد والمولى — السيد والمولى مسؤولان عن أخطاء خدمهم ومن تحت
امرهم في مباشرة العمل المستخدمين فيه ، ومسؤولية هؤلاء ترتكز على عدم الاختيار الحسن ،
فالقانون يفرض مسؤولية السيد والمولى ولا يقبل منهم دليل الضد .

رابعا — المسؤولية المدنية لعمل الحيوان — مالك الحيوان ومن يستعمله ما دام في استعماله
مسؤول عن الضرر الذى يحدثه للغير سواء أ كان الحيوان فى حفظه أم شرد منه ، فليس المالك
مسؤولا فقط بل المنتفع والمستعمل والمؤجر والمقترض .

مدى تطبيق هذه القاعدة — هذه القاعدة تطبق على الحيوانات المستأنسة والمتوحشة
كحيوان (السرك) (وهو محل ترويض الوحوش لفرجة النظارة بأجر) ونحل الخلايا ، وتنقطع
هذه المسؤولية المدنية متى ثبت أن عمل الحيوان نتج عن قوة قاهرة أو من خطأ من وقع
عليه الضرر .

خامسا — المسؤولية المدنية من عمل المساكن — مالك المنزل مسؤول عما أحدثه منزله من
الضرر للغير بسبب هدمه حيث نتج ذلك عن عدم عناية وتعهد باصلاحه أو كان تصميم بنائه خطأ

والشرط الوحيد في المسؤولية أن يثبت من لحقه الضرر أن هذا نتج عن عدم عناية أو خطأ في البناء .

سادسا — مسؤولية الجمار — نص القانون على أن الإنسان مسؤول عن الضرر الناتج من الأشياء التي في حفظه .

بعد أن تكلم القانون على المسؤولية من عمل الحيوان ومن المنزل رأى وضع قاعدة عامة لغير ذلك فوضع القاعدة السابقة وهي (كل ضرر نتج عن شيء لا حياة فيه فمن تحت يده هذا الشيء يعتبر مسؤولا عنه) ففرض القانون مسؤولية لا يفلت منها الا ان أثبت أن الضرر حصل بعوامل قهرية أو عوامل خارجة عن ارادته فلا يكفي إثبات أنه لم يرتكب خطأ ولم يهمل . ومع ذلك فقد استثنى الشيء المدار بيد الرجل كالأتوموبيل فلا يفرض القانون المسؤولية بل لا بد من إثبات خطأ سائقه من لحقه الضرر لينال تعويض ضرره .

شرح نظرية الخطأ المضاعف أو الخطئين :

بعد رأى المشرعين الحديثين يلزم التفرقة بين خطئين : الخطأ الجنائي والخطأ التعاقدى . فالخطأ الجنائي هو الناتج عن ضرر متسبب بدون حق بين الأشخاص الذين لاعلاقة قانونية بينهم ولا تعاقد بأى التزام .

والخطأ التعاقدى هو أن مدينا لم ينفذ ما تعاقد عليه مع دائئه باخلاص وشرف فالخطأ الجنائي كسائق سيارة مهمل صدم راكب دراجة فأوقعه وكسر دراجته فهناك خطأ جنائي ، والخطأ المدني كاعارة دراجة لشخص بعض الوقت فلم يحسن قيادتها فصدمها في حائط فكسرها فقد أخطأ التزامه المحافظة على العارية وهي الدراجة وإرجاعها سليمة ، فهناك خطأ تعاقدى .

المسؤولية المدنية

الفتريع الإسلامي — المسؤولية المدنية هي ما يفرض على شخص (ذكر أو أنثى) من

إصلاح ضرر فعله الشخص أو تسبب عن حيوان أو حماد تحت يد مالكه أو المنتفع به .

فيجب على من لحق به الضرر أن يثبت مسؤولية الفاعل بإثبات التلف أو الخسارة ويثبت

الفاعل لها المملوك لزيد من الناس ويثبت تقصير زيد في الحفظ أو الاحتفاظ أو التعهد الخ.

والسكلام في المسؤولية المدنية في التشريع الإسلامي يرجع إلى أصول مقررة فيه .

الأصل الأول : أن كل شخص يعمل عملاً يضر بالغير فهو مسؤول عنه ، والمسؤولية تكون

مالية إذا كان الضرر مالياً أو مقدراً بالمال وتكون جنائية إذا كان الضرر لشخص الإنسان أو

جزء منه على ما بين في الجنائيات والصغير والمجنون غير مسؤولين جنائياً في الحدود ولكنهما مسؤولان

جنائياً في التعويضات المالية .

الأصل الثاني : سبب الضمان إما قولى كضمنت متى كان القائل من أهل الالتزام .

وإما فعلى كاتلافه أموال الناس بغير حق ، وإما تسببى كمن أغرى غيره على إتلاف

مال الغير .

الأصل الثالث : تضمين الصغير والسفيه والمجنون في ما لهم من قبيل خطاب الوضع لا من

قبيل خطاب التكليف والمقرر شرعاً أن العمد والخطأ في أموال الناس سواء في المسؤولية المدنية

فيضمن الأعمى والنائم ما أفسداه وهما على هذه الحالة .

الأصل الرابع : المسؤولية المدنية تكون على من يصح أن يملك ، فالحر البالغ العاقل يملك

ملكاً مطلقاً بلا قيد ولا شرط ، والصبي يملك بواسطة وليه أو وصيه ، والجنون والسفيه المحجور عليهما يملكان أيضاً بواسطة وليهما .

والرق (العبد) لا يملك لنفسه وإنما هو وما ملكت يده لسيده فهو أهل للتملك ولكن لا لنفسه فليس كالذواب والبيوت التي لا تملك ولا تملك .

مسؤولية العبد المالية في رقبته ومسؤولية الحيوان والجماد المالية على مالكما ولا يخلو حال الشخص المعتدى على ضوء هذه الأسس مما يأتي :

أولاً — الشخص المعتدى عاقل بالغ حر ، وهذا القسم كامل المسؤولية المالية (المسؤولية المدنية) وكامل المسؤولية الجنائية ، فلو أتلف شخص عاقل بالغ حر مال شخص آخر وجب عليه إصلاح ما أفسده من ماله فإن لم يكن له مال فهو في ذمته إلى أن يصبح غنياً موسراً فيؤدى ما وجب عليه ، عملاً بالنص (فَتَظَرُّهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ) .

ثانياً — الشخص المعتدى عاقل بالغ رق (مملوك لسيده) ومسؤوليته المدنية في رقبته ، أما أن يدفع عنه سيده ما لزمه بسبب تعديه على أموال الناس وأما أن يبيعه الحاكم عند امتناع سيده عن اقتدائه ويسد ما أتلفه من أموال الناس إليهم لأن العبد يستطيع أن يملك ولكن ملكه لسيده للحديث الشريف الذي معناه : (العبد وما ملكت يمينه لسيده) فليس للعبد أن يتصرف فيما يملك إلا بإذن سيده .

ثالثاً — الشخص المعتدى حر عاقل غير مكاف — ويشمل الصغير المميز — ومسؤوليته المدنية في ماله أن كان له مال وإلا اتبع بهما في ذمته لليسار لأن التشريع السماوي والوضعي قد اتفقا على جواز أن يملك الصغير ولو كان حملاً في بطن أمه ، ويباشر عقود التمليك وليه أو وصيه ، وما دام يصح له أن يملك فقد وجب عليه من قبيل خطاب الوضع تعويض ما أتلفه من أموال الناس .

والمنصوص عليه أنه لا خلاف في المذهب على أن جنابة الصغير والمجنون على الأموال لازمة لماله وذمته .

رابعا — الشخص المعتدى حر غير عاقل ، ويشمل المجنون والصغير غير المميز ، ومسؤوليته المدنية في ماله ان كان له مال ويتبع بها في ذمته .

والمنصوص عليه أن الصغير يضمن ما أفسد في ماله ويتبع في ذمته بشمته إن لم يأتّمه أحد على ما أفسده فإن أتمته أحد على ما أفسده فلا مسؤولية عليه إلا فيما حفظ به ماله فيضمن الأقل .

وقد قال البعض أيضاً ان الطفل ابن شهر لا ضمان عليه .

ولكن متى فهمنا أن تضمين عديم الأهلية مبنى على خطاب الوضع تعين عدم استثناء أحد من ضمان تلف أموال الناس .

خامساً — الشخص المعتدى مجبور عليه لسفه أو تبذير ، ومسؤوليته المالية في ماله ان كان له مال ويتبع بها في ذمته فهو يملك ولكن ليس أهلاً للتعاقد فيتعاقد باسمه وليه .

سادساً — الشخص المعتدى لم يفعل بنفسه بل أغراه غيره ، والضمان في هذه الحالة على الفاعل والمغرى بالتضامن ان كانا متساويين في التكليف وإلا فعلى المغرى ان كان الفاعل عديم الأهلية .

والمنصوص عليه أن من أغرى ظالماً على تلف شيء أو أخذه من ربه فإنه يضمن وان قصد بذلك دفع الضرر عن نفسه لأنه لا يجوز له نفع نفسه بضرر غيره ، وكذا من حرّض أو أغرى أى شخص كان فهو مسؤول عن تحرّضه واغرائه ، ويقع التحريض والاغراء حتى على الحيوان الأعمى الذى لم يخاطب ولم يكلف لا وضعاً ولا تكليفاً كمن حرّض كلباً فعقر شخصاً أو حرّضه على قتل حيوان آخر مملوك للغير فهو ضامن وعلى هذا الإيضاح نرجع للمقارنة :

أولا - مسؤولية الأب والأم :

مسؤولية الأب والأم أو الوصى أو الولي على القاصر تختلف باختلاف أحوال الإتيلاف وذلك :

١ - القاصر يعمل في التجارة بإذن وليه يتلقى المشتريين فيبيعهم ويشتري بعض السلع وحكم ما أتلفه في هذا العمل المنصب فيه وما يلزمه أنه يضمه إليه الذي نصبه لأنه قد أطلق له التصرف فهو ضامن لما يتلفه والظاهر أنه لا شيء على القاصر مطلقا سواء رماه في البحر أو نفع به غيره أو انتفع به هو وكذلك الحكم في صبيان الصناعة كصبي الخياط أو الميكانيكي فضمان ما أتلفوه على من أمنهم على أملاك الناس المسماة لهم أمانة .

ب - القاصر لا يعمل في التجارة ، ولا يخلو حاله .

١ - كان أمينا على ما في يده من أموال الغير ولم يصن (يحفظ) به ماله فإنه لا ضمان عليه فالنفس يقول :

(الصبي والسفيه إذا أخذوا ديمعة أو قراضا أو اشتريا سلعة فأتلوا ذلك كلا أو بعضا فإنه لا ضمان على أحدهما فيما أتلف لأن صاحبه هو الذي سلطه عليه) ، وهذا حكم لا خلاف فيه فيما أعلم ، وقد قيل أيضا (فلو أمّن وصرفه فيما له غنى عنه فلا يكون ضامنا) .

٢ - كان أمينا وحفظ بإتلاف مال الغير ماله ، وحكمه أنه يضمن الأقل من المالين . المال الذي أتلفه يساوى عشرين والمال الذي حفظه يساوى عشرة فإنه يضمن عشرة .

وضمانه في هذه الحالة يكون في المال الذي صوّنه (حفظه) به خاصة ويشترط أن يبقى المال الذي صوّنه لوقت الضمان فإن هلك أو تلف أو ضاع ماله الذي صوّنه به فلا تتبع ذمته .

٣ - لم يكن أمينا على ما أتلفه بأن بدد مال الغير أو أتلفه أو أفسده ولم يجرضه أحد وحكم ذلك فيه خلاف .

القول الأول : ضمن الصبي ميمزا أم لا ما أفسده من مال الغير في ماله لا في ذمته ، فيضمن إن كان له مال حاضر فإن لم يكن له مال فلا شيء عليه (طرحه في البحر أو صون به ماله أولا) وهذا القول منسوب للعلامة على الأجهورى وغيره في مذهب الإمام مالك .

القول الثانى : ضمن الصبي ما أفسده من مال الغير مطلقا طرحه في البحر أو صون به ماله أولا ، كان للصبي مال وقت الإفساد أولا بقى معه لوقت التضمن أولا فتتبع ذمته إن لم يكن له مال ، وإن صرف الصبي مال الغير فيما لا بد له منه أو في شهواته أو نفع به الغير فانه ضامن لما أتلف على هذا النحو .

فالأب والأم ليسا مسؤولين عن الأضرار المدنية التي تنشأ عن أعمال الصغير إلا في حالة واحدة وهو أن الصغير كان تحت تأثير والديه فيما فعل ، أو أن الولد أتلف مال الغير تحت سمع وبصر أحد والديه ولم يتمتع وهو قادر على ذلك .

اما أن الأب والأم مسؤولان مدنيا عن ولدهما في حالة عدم ملاحظته أو إهماله فلا يقول به التشريع الإسلامى لأن الصغير كامل المسؤولية في أموال الناس عن طريق خطاب الوضع كما سبق بيانه .

* ثانيا — مسؤولية المدرسين ومعلمى المهن — الصغير الجانى كامل المسؤولية المدنية في إتلاف أموال الناس على النحو السابق ، وتضمن المدرسين ومعلمى المهن لما يعمله التلاميذ أو متعلمو المهن خروج عن حدود الضمان القانونى واهدار لشخصية كاملة المسؤولية المدنية . فان كان إتلاف الصغير (التلميذ أو متعلم المهنة) أمام مدرسه أو معلمه ولم يتمتع وهو قادر على منعه فهو مسؤول عن ذلك وإن كان المدرس أو المعلم هو الذى أمنه على أموال الناس فأتلفها فهما ضامنان وقد نص على ما يأتى . (وكذا المعلم إذا أمر ولدا صغيرا بقتل شخص فقتله فان المعلم يقتل وحده به وعلى عاقلة الصغير نصف الدية ، ولو كان المأمور كبيرا لقتل وحده ويعاقب المعلم ولو كثرت الصبيان

فالدية على عواقبهم ، فان لم يخف المأمور من الأمر وقتل فانه يقتص منه فقط ما لم يكن الأمر حاضرا فيقتل أيضا القاتل لمباشرته والحاضر لقدرته على خلاص المقتول ولم يفعل) .

وعلى هذا فلا مسؤولية مدنية بطريق الضمان على المدرس والمعلم إلا إذا كان آمرا أو أتلف أمامه وسكت مع قدرته على المنع أو أمن المتلف على ما أتلف .

ثالثا — مسؤولية السيد والمولى — ليس في التشريع الإسلامي تضمين بهذا المعنى لأن الخادم إن كان كبيرا فهو مسؤول شخصا في ماله إن كان له مال وفي ذمته إن كان معدما (فقيرا) حالا .

وفي مسؤولية السيد والمولى خروج عن القواعد المقررة في الضمان وفي أن المسؤولية شخصية طبقا للقواعد المقررة المذكورة أول هذا البحث .

ومن ادعى مسؤوليتهم فعليه إقامة الدليل فالأصل عدم مسؤوليتهم حتى يثبت خلافه بالدليل كأن كانوا محرضين أو آمرين بالاتلاف .

ويؤخذ من جواز إقامة دليل الضد من الأب والأم ومن المدرسين والمعلمين في التشريع الوضعي أن هذه مسؤولية مشكوك فيها وهو ما قرره التشريع الإسلامي فهم غير مسؤولين أصالة إلا إذا ثبت تحريضهم أو حصل التلف بحضورهم وسكتوا وكان يمكنهم منعه أو كانوا مؤتمنين المتلف .

رابعا — المسؤولية المدنية لعمل الحيوان — ما أتلفته البهائم ما كولة اللحم أم لا من الزرع والحوائط وهي غير معروفة بالعداء ولم تربط ولم يقفل عليها بما يمنعها ليلا فعلى ربها وإن زاد على قيمتها .

وان كانت غير عادية فلا يضمن ربها ما أتلفته نهارا بشرطين :

١ — إن لم يكن معها راع أو كان وعجز عن دفعها .

٢ — إن سرحت بعيدة عن المزارع بحيث يغلب على الظن أنها لا تذهب للزرع .

فإن كان معها راع أو سرحها ربها قرب المزارع فعلى الراعى فى الأول ان كان له قدرة على منعها كانت قرب المزارع أم لا وعلى ربها فى الثانى .

فإن كانت عادية فعلى ربها ليلا ونهاراً إلا مع راع قادر على منعها فعليه ، فإن ربطت ربطاً محكماً أو قفل عليها كذلك فانقلبت فليس على ربها ضمان مطلقاً كما لو سرحت بعيدة عن المزارع بلا راع .

كل هذا إذا أمكن التحرز فى البهيمة فإن كانت مما لا يمكن التحرز منها كحمام ونحل ودجاج يطير فهل يمنع الناس من اتخاذها دفعاً للضرر لأنه لا قدرة على منعها ، أو على الناس حفظ مزارعهم — خلاف بين المشرعين — والأولى منع اتخاذها ارتكاباً لأخف الضررين .

ولو أتلقت الدواب آدمياً أو عضواً منه ، أو أتلقت مالا كدمته بقمها أو رمته برجلها .

١ — فإن كانت عادية ضمن ما أتلقته ليلاً أو نهاراً حيث فرط فى حفظها .

٢ — وإن كانت غير عادية فلا يضمن ما أتلقته بقرنها أو برجلها ليلاً أو نهاراً ولو لم يربطها أو يغلق عليها باباً .

وهذا إذا لم يكن من فعل أحد معها وإلا ضمن .

ومن قاد إبلاً فهو ضامن لما وطئ البعير أول القطار (القافلة) أو فى آخره ، وإن ضربت رجلاً برجلها أو بيدها لم يضمن القائد إلا أن يكون ذلك من شىء فعله بها ، والسائق والقائد والراكب ضامنون لما وطئت الدابة متى جاء العطب من فعل واحد منهم .

فإن أتلقت بحجر أطارته حال سيرها فيضمن القائد أو السائق أو الراكب ولو أنذر لعدم لزوم التنحى عن الطريق المباح .

ولو اجتمع الثلاثة قدم السائق في الضمان ، وإن اجتمع السائق أو القائد مع الراكب قدم الأولان حيث لم يحصل من الراكب فعل كنخس وإلا فالضمان منه إذا لم يعيناه وإلا شاركاه في الضمان .

فإن كانت الحيوانات تحت يد مستودع أو مستأجر أو متنفع وأتلفت نفسا أو مالا فالضمان على من كانت تحت يده حتى ولو كان راعيا لأن واجب الحفظ يتعين على كل واحد من هؤلاء فإن كان الاتلاف نتج عن قوة قاهرة أو عن تسبب الجنى عليه في النفس والمال فلا ضمان على من كانت تحت يده .

خامساً — المسؤولية المدنية في عمل المساكن — صاحب المنزل مسؤول عن الضرر الذي يحدث في النفس أو المال منه ، فلو سقط جدار على شيء فأتلفه فيضمن صاحبه المال والدية في ماله بشروط ثلاثة :

١ — أن يميل الجدار بعد استقامته .

٢ — إنذار صاحبه (أصلح جدارك) وإشهاد عليه عند حاكم أو جماعة المسلمين .

٣ — أن يمكن تداركه بأن اتسع الوقت للإصلاح ولم يصلح فإن سقط قبل زمن يمكن فيه التدارك لم يضمن .

فلو بناه مائلا ابتداء أو على غير أساس فسقط على شيء أتلفه ضمن بلا تفصيل .

وقيل لا يضمن بهذه الشروط إلا إذا قضى عليه الحاكم بالهدم ولم يفعل ، وقيل يضمن إن بلغ حدا كان يجب عليه هدمه لشدة ميلانه فتركه فهو ضامن وإن لم يكن إشهاد ولا حكم .

ولا ضمان على المرتين والمستعير والمستأجر إذ ليس لهم هدم .

والمراد بإنذار صاحبه مالكة المكلف أو وكيله الخاص أو العام (والوكيل هو الحاكم)

إذا كان رب الجدار غائبا ولم يكن له وكيل خاص ، ومن الوكيل الخاص ناظر الوقف ووصي

الصغير والمجنون فإذا سقط الجدار مع وجود الشروط الثلاثة ضمن وصى غير المكلف في ماله ولو كان لغير المكلف مال .

ولو سقط ميزاب الماء أو المظلة أو البراندة على شيء فأتلفه من نفس أو مال فلا ضمان على ربها وقيل حكمها حكم الحائط فيها الضمان بشروطها الثلاثة .

فإن سقط بئر أو سرب على حافره فلا ضمان على صاحب البئر أو السرب ولا على من استأجره للحفر .

والقاعدة العامة في هذا أن الإنسان يضمن الخسارة التي ترتبت على فعله وعلى تركه وعدم احتياظه سواء أكان الفعل الذي ترتبت عليه الخسارة عمدا أم خطأ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء . فيضمن المودع الوديعة بسقوط شيء من يده عليها ولو خطأ كمن أذن له في تقليب شيء فسقط من يده فكسر غيره فلا يضمن الساقط لأنه مأذون له فيه ويضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ .

ومن ذلك الأعمى يمر على شيء فيعثر فيتلف شيئا فينبغي الضمان لأنه من خطاب الوضع ، والنائم يضمن ما أتلفه حال نومه من الأموال في ماله ، ويحلف المستعير فيما علم أنه بلا سببه كسوس من خشب وقرض فأر وحرقت نار أنه ما فرط كان مما يغاب عليه أم لا متى اتهم فإن نكل غرم ولا ترد اليمين على المدعى لأنها يمين تهمة وكذا الوديعة والرهن .

وعلم من هذا وجوب تعهد العارية والوديعة والرهن ونحوها ممن هي في أمانته إذا كان يخاف عليها العيب بترك التعهد ، وحيث ضمن فيضمن ما بين قيمته سليما وقيمه بما حدث فيه فإن مات ضمن جميع قيمته فالفعل الناشئ عنه التلف أوجب الضمان مطلقا عمدا أو خطأ وكذا ترك التعهد .

ولا يفرض التشريع الإسلامى الضرر مطلقا من حيوان أو جماد تحت يد الإنسان بل لابد من حصول ضرر بالفعل نشأ عن الحيوان أو الجماد وأن مالكة هو المسؤول عنه شرعا يعنى ليس هناك قوة قاهرة وقد استوفيت الشروط المطلوبة للضمان ولم يكن من لحقه الضرر سببا في ضرر نفسه ، كمن فتح على نحل فضره ضررا بليغا بتلف عينيه أو دخل دارا بدون إذن صاحبها وفيها كلب عقور للحراسة بدون نداء قبل الدخول وهو يعلم أمر هذا الكلب فعضه فأتلف منه عضوا وكمن أتى لجل عقور فخاربه حتى عضه وكمن حل فرسا من مربطها بدون إذن صاحبها فرفسته فكسرت رجله ، وكمن مر على شريط السكة الحديد في مكان ممنوع مرور الناس فيه إلا باذن أو كان ليلا ولم يره السائق أو رآه وتعذر عليه إيقاف القاطرة لشدة اندفاعها الخ فكل هذا لا ضمان فيه لأن من لحقه الضرر هو المتعدى .

أما نظرية الخطأ المضاعف فهي موجودة شرعا لأنها مركبة من خطئين سواء أكان جنائيا أم مدنيا أو جنائى أو تعاقدى ولكل حكمه المقرر شرعاً سابقا .

(خلاصة ما تقدم من المقارنة في حل التعاقد من بند ٩٨ إلى نهاية بند ١١٧)

يتفق التشريعان في الآتى :

حل التعاقد — الشرط الوفاى الضمنى — شرط جواز حل العقد — الشخص الثالث في فسخ العقد — الحل الاتفاقى — إبطال العقد — العمل المترتب عليه تعويض — أداء ما ليس بواجب — الثراء بلا سبب — الأعمال الموجبة للتعويض — الضرر المدنى — تجاوز استعمال الحق — الفرق بين الضرر المدنى والضرر الجنائى — المسؤولية المدنية — مسؤولية معلمى المهن — المسؤولية لعمل الحيوان — المسؤولية في عمل المساكن — مسؤولية الجماد .

ويختلفان فيما يأتى :

الالتزامات غير الاتفاقية — إدارة الأعمال — نتائج إدارة الأعمال — مسؤولية الأب والأم — مسؤولية المدرسين — مسؤولية السيد والمولى .

بند [١١٩]

الكتاب الثالث

الالتزامات في حد ذاتها

الفانور الفرنسي :

تمهيد — الالتزامات هي ضروريات قانونية تجبر شخصا يسمى مدينا على عمل شيء أو تركه أو إعطاء أى شيء محدود لشخص آخر يسمى دائنا ، والالتزامات تحسب في رأس مال المدين (عليه) وتحسب في رأس مال الدائن (له) .

والالتزامات ثلاثة أنواع : التزامات مدنية ، وطبيعية ، وأدبية .

فالمدنية هي ما يمكن للدائن اكراه مدينه قانونا بالتنفيذ لما تعهد به .

والطبيعية هي التي لا يمكن للدائن اكراه مدينه على التنفيذ قانونا لكن المدين ينفذ بنفسه بدفع حقيقى كدين اللعب ، أو دين سقط حق المطالبة به .

والأدبية هي مجرد واجب ضمير يبعث صاحبه على أداء ما يراه صالحا ولا جبر عليه إلا

لضميره كالصدقة من الغنى على الفقراء .

والالتزامات بسيطة ومركبة : فالبسيطة ما كان الدائن فيها واحدا والمدين كذلك ومادة

التعاقد كذلك ولا شرط مبالغى ولا موقف . والمركب ما تعدد المدين أو المادة أو كان في

العقد شروط الخ .

سيقسم هذا الجزء إلى خمسة أقسام: (١) مادة الالتزام . (٢) نتائج الالتزام . (٣) الالتزامات بسيطة ومركبة . (٤) سقوط الالتزامات . (٥) نقل الالتزامات ، ملحق بدليل التعاقد والالتزامات .

بند [١٢٠]

التشريع الإسلامي :

الالتزامات في عهد زانها :

الالتزام شغل ذمة بشيء إلى شخص آخر يسمى الأول ملتزما والثاني ملتزما له أو دائنا ومدينا . والالتزامات تعهد بالوفاء بما يلتزمه الشخص فهي نقص في تركته أو رأس ماله من مات وعليه التزامات احتسبت نقصا في تركته ووجب الوفاء بها أولا لأنها دين ومن أفلس وعليه التزامات اعتبرت في تقسيم المال بقدر حصتها في وفاء الديون ، وبالعكس من مات وله التزامات عدت في التركة وكذا من أفلس وله التزامات اعتبرت في الوفاء بدينه .

وتقسم الالتزامات إلى مدنية وطبيعية وأدبية تقسيم اصطلاحى ولا مانع منه في التشريع الإسلامى لأنه لا يغير حكما .

فالمدنية هي الناتجة عن التزام صحيح لازم لكل من الطرفين كبيع مثلا .

والطبيعية هي ما نتجت عن عقد غير لازم أو عن سبب يدعو لسقوط الحق ظاهرا وساق الشخص للوفاء ضميره . كما إذا وهبت لفقراء غير معينين فهي غير لازمة وليس لأحد مقاضاى لأن الفقراء غير معينين ، أو لزمى دين ولم أدفعه ثم مضت مدة خمسين سنة فلا يسمع القاضى الدعوى ، ولكن معنى عدم السماع لا يجعل المدين فى حل من عدم الوفاء ، فيجب عليه الوفاء

بينه وبين ربه ، وسمه ما تشأ ديناً أو التزاماً طبيعياً أو غيره ، وأما دين اللعب (القمار) فهو حرام ولا يجب الوفاء به بل يحرم وأما الالتزام الأدبي فهو ما يلتزمه الشخص لغير سبب إلا ابتغاء رضوان الله كطلاق الصدقة لا الزكاة الواجبة شرعاً فهي حق الله يجب إخراجها ويقاقل من الإمام عند منعها فتؤخذ قهراً .

وقد يجوز اعتبار الالتزامات بشيطة ومركبة ولا ضرر في ذلك .

بند [١٢١]

مادة الالتزام

القانون الفرنسي — مادة الالتزام تشمل ثلاثة أنواع : إعطاء . عمل . عدم عمل أى شئ .

فالإعطاء هو نقل ملكية أو ترتيب حق عيني ، ويحمل أيضاً على دفع ما يقابل ذلك من الثمن مبلغاً من المال أو شيئاً محدوداً أو معدوداً أو حيواناً أو أى شئ آخر مقابل لنقل الملكية أو لترتيب الحق العيني .

ويتبع الإعطاء واجبان يتضمنهما الإعطاء وهما تسليم الشئ (مادة التعاقد) والحفاظة عليه لحين التسليم .

والعمل . أو عدم العمل . فالعمل يتكون من إتمام عمل جسماني كبناء منزل أو رسم صورة أو تنفيذ عقد بيع أو مشتري ، وعدم عمل شئ هو الحجر على حرية شخص يمكنه العمل بعدم الإقدام على هذا العمل كتعهد فنان بعدم الظهور على مسرح كذا لمدة كذا أو عدم فتح محل تجارة في ناحية معينة .

نتائج الالتزامات البسيطة

فكرة عامة — الالتزام الممنوح إلى الدائن . حق أساسى . حق تبعى . حق مساعد

فالحق الأساسى هو إكراه المدين على تنفيذ موضوع التعاقد .

والحق التبعى هو ما يطلب من المدين من التعويض عن الضرر لعدم التنفيذ كلية أو جزئية أو التأخير .

والحق المساعد هو ما يؤخذ من احتياط على أموال المدين الذى يحقق رهناً عاماً على الأموال المذكورة .

حق الدائن الأساسى أو التنفيذ الجبرى للالتزامات — من حق الدائن أن يطلب من مدينه تنفيذ عقد الالتزام بنفس عين مادة الالتزام وعلى المدين التنفيذ فلا يحل للمدين دفع مبلغ نظير عين تعاقد على أدائها بل لا بد من أداء العين نفسها ، ولو امتنع عن التنفيذ فللدائن إكراهه بمساعدة القانون على ذلك .

ولكن يوجد بعض أحوال يكون التنفيذ المباشر غير ممكن ، وفى هذه الحالة يضطر الدائن إلى طلب تعويض مالى يعادل ما تسبب له من الخسارة ، وهذا يكون فى حالة التنفيذ على عمل يتم بإرادة المدين فقط أو على حرية شخصية المدين كرسام فى عمل لوحة (وكأرتيست) (ممثل) فى محل تمثيل .

وللتنفيذ طريقتان : تنفيذ بالإكراه على النفس وتنفيذ بالإكراه على المال وقد فكر المشرعون فى تنفيذ ثالث غير مباشر وهو الجبر المالى :

١ — التنفيذ على النفس . كان القانون الرومانى يقضى بوضع شخص المدين تحت تصرف دائئه بشخصه متى حل أجل الدين فان وفى فى مدة ستين يوماً فيها وإلّا باع الدائن مدينه كالعبد

وأخذ ثمنه ثم ينتقل إلى أملاكه للتنفيذ عليها مع بقاء الشخص أيضا تحت تصرف الدائن عند عدم كفاية أملاكه .

وفي القانون الفرنسي إلى سنة ١٨٦٧ كان للدائن الحق في حبس مدينه على نفقته لعله يدفع ليخلص حريته وكان الحبس ممكنا دائما في الدين التجارى وقليلأ في الدين المدنى ثم ألغى في ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ الحبس في الديون المدنية والتجارية وبقى السجن في الديون التأديبية (الغرامات ، والتعويض ، ومصاريف القضاء) .

٢ — التنفيذ على الأملاك ، حق ضمان عام للدائن على أملاك مدينه ، متى التزم شخص بشئ فقد قدم أملاكه من منقول وعقار حاضره ومستقبله ضمانا لما التزم به سواء نتج الالتزام عن تعاقد أو عمل أضر بالغير .

هذا الضمان ليس تاما فلا يعطى للدائن حقا بوضع يده على شئ معين ولا يفضل الدائن على غيره فلامدين إدارة أملاكه والتعاقد من الغير بجميع أنواع التصرفات إلا إذا أضر بحقوق دائنه فللدائن الاعتراض حفظا لحقوقه .

وبما أن أملاك المدين من منقول وعقار ضامنة لالتزاماته فيستثنى من ذلك :

١ — الأملاك غير القابلة للتمليك كعقار المهر لامرأة متزوجة على نظام المهر .

٢ — الحقوق المستورة كحق الاستعمال وحق السكنى .

٣ — ما كان مستثنى بالقانون من الحجز سواء كان رفقا بالإنسانية أو كان للمصالح العام .

بند [١٢٢]

مادة الالتزام

التسريع الإسلامي — مادة الالتزام في العقود هي الثمن والمثلث وهو إعطاء ومنع كعقد المهادنة وفعلا كشركة العمل وتركها كما في الإقالة ، أو ترك الملتزم له حقا من حقوقه لأجل ما التزمه له كأن أسقطت المرأة حقها في الحضانة نظير جعل معين ، وكإعطاء الزوجة زوجها شيئا على ألا يتزوج عليها وهو يوافق الجعل .

ويتضمن الإعطاء نقل الملكية أو ترتيب حق عيني ، وقد يكون مبلغا من المال أو شيئا محدودا أو حيوانا .

ولا يتحقق الإعطاء إلا بالتسليم للمثلث والمثلث كما اقتضاها عقد الالتزام .
وقد يكون الثمن أو المثلث عملا جسمانيا كبناء منزل ، وعدم العمل هو التزام أيضا يجب الوفاء به على الوجه المتفق عليه .

نتائج الالتزامات

الحفاظة على حقوق الدائن — العقود العوضية يكون الالتزام متقابلا ففي البيع مثلا يلتزم البائع بتسليم المثلث ويلتزم المشتري بتسليم الثمن فكلاهما دائن للآخر مدين له وفي العقود التي بلا مقابل كالهبه والإعارة مثلا التزام الواجب أو المغير بهبة أو إعارة شيء معين فالإلتزام من جانب واحد أو المديونية من جانب الملتزم .

فللدائن في كلتا الحالتين حق أساسي وحق مساعد .

فالحق الأساسى هو إكراه المدين قضاء على أداء ما التزم به ، والحق المساعد هو ما يفعله الدائن من الطرق التحفظية على أملاك مدينه لاستيفاء حقه منها .

أما الحق التبعية وهو التعويض فلا يختص بالالتزامات إلا إذا جنى المدين على الشئ محل الالتزام أو جنى أى شخص على ملك شخص آخر وتحقق شروط الضمان وتحقق الضرر فيتولد الحق التبعية وهو القيمة أو المثل أو ما يسمونه أرش الجناية الخ .

أما عدم التنفيذ للالتزام كلية أو عدم التنفيذ جزئيا فله حكم آخر ولا تعويض فيه لجرد عدم التنفيذ .

التنفيذ الجبرى للالتزامات ، من حق الدائن طلب عين الالتزام وعلى المدين اعطاؤه حقه كما التزم فلا يكره الدائن على أخذ شئ آخر غير ما اشترط ، ولو امتنع المدين عن الوفاء فللدائن الحق فى إكراهه بطريق السجن بحكم القاضى للحصول على حقه ، ولا فرق بين التنفيذ على النفس أو على المال فإن القاضى يكره المدين فى حالتيه على الوفاء .

وللتنفيذ طريقتان : تنفيذ بالإكراه على النفس وتنفيذ على المال :

١ — التنفيذ على النفس — مما لا نزاع فيه أن الإنسان من حيث هو إنسان محب للحياة السليمة من الأذى والألم فيسعى لتحصيل المال ليوفر لنفسه مباحج الحياة ويدفع عن نفسه مضارها وآلامها ، فيشتري راحتته بالمال وصحته بالمال وحرية بالمال فالطبع البشرى محب لذاته يفتديها من كل ما يضرها بالمال فنفسه أولا ثم ماله ثانيا ، فإذا التزم إنسان شيئا لإنسان آخر مثله وجب عليه الوفاء بما التزم به عينا لبقاء النظم البشرية سائرة بالعدل والأمانة ، فإذا نكث ملتزم بما التزم به ولم يوف غريمه فلا يخلو حاله أما أن يكون معسرا حقيقة بالوفاء ولا طاقة له إطلاقا ، وإما أن يكون مجهول الحال ، وإما أن يكون ظاهر الملاء (اليسار) وإما أن يكون معلوم اليسار . فإن كان معسرا بالأداء حقيقة بإقرار الدائن أو بالدينه العادلة (فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) .

فيترك سبيله إلى إيساره ، فتبقى ذمته مشغولة بما ألزمه حتى يوفى به بعد إيساره .
وإن كان المدين مجهول الحال ليس معلوما معسرا ولا موسرا يحبس إلى أن يأتي بدينه أو بكفيل
بالوجه يعني بإحضاره وقت الطلب حتى يثبت عسره فلا يحبس ، وغرم الحميل (الكفيل) إن
لم يأت به إلا أن يثبت الحميل عسره فإن أثبت عسره فلا يعرم ، ، فإن طال حبسه ولم يتبين
أمره أخرج من السجن أيضا بالاجتهاد من الحاكم لاختلاف ذلك باختلاف الأشخاص
والدين قلة وكثرة .

وان كان المدين ظاهر اليسار ، في أعين الناس مقمش يحسبه الناس غنيا ، فان ادعى الفلاس
وانه لا قدرة له على الوفاء لما عليه يحبس حتى يثبت عسره ان لم يطلب الصبر بحميل ، فان وعد
غريمه بالوفاء وسأل التأخير نحو يومين أجيب ولا يحبس ان أعطى حميلا بالوجه (الإحضار)
أو بالمال والام لم يُجب وسجن فلا يخرج إلا بثبوت عُدْمِهِ وفقره .

وان كان المدين معلوم اليسار فيحبس ويضرب حتى يؤدي ما عليه ما لم يأت بحميل غارم
وأجل لبيع عروضه ان أعطى حميلا بالمال وإلا سجن ، وليس للحاكم بيع أملاكه ، بخلاف
المفلس لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من التصرف في ماله ، فان باع المدين عروضه ولم يوف
التمن واتهمه الدائن أنه أخفى من الثمن ما كان يمكن الوفاء به حلفه القاضي فإن امتنع ولم يدفع
أجبر على دفعه ولو بالضرب مرة بعد أخرى ويسجن حتى يدفع ما عليه أو يأتي بحميل غارم .

فأنت ترى حكمة التشريع السماوي تقدر الحبس بقدره لمعرفة حال المومر من المعدم لأن
معاملة الناس فيما بينها يجب أن تكون بضمان يطمئن إليه الناس ولا ضمان أزيد من السجن
لأداء الحقوق لأربابها ولا زال أداء الحقوق مضمونا بالا كراه الجسماني في أرق الشعوب ومنها
انجلترا وكان معمولاً بها في تركيا ، ولا شك أن الذي يستهين بالوفاء لما ألزم به يستحق الاستهانة
بما يلحقه من الأذى فلا حرمة له .

وأما الشطط به كما كان في القانون الروماني فهو مخالف للعدالة البشرية من انقلاب الحر عبداً لأنه مدين ولم يقدر على السداد .

وأما إلغاء الحبس في الديون المدنية والتجارية في القوانين الفرنسية فهذا تحرير على كل أموال الناس بالباطل لأن الذي لا يفي بما التزم به ماذا يخشى لا شك لا يصيبه أذى في نفسه وهو الذي يتحاشاه بجميع ما يملك ، ان المدين يهرب أملاً به باسم زوجته أو أحد أولاده بل أحد أصدقائه وعند التنفيذ على أملاً به لا يجد الدائن شيئاً فيعود بالخسران علاوة على ما تكلف من نفقات ورسوم ووقت ، كل هذا للإلغاء الا كراه البدني على تنفيذ الالتزامات ، والذي يدل دلالة صريحة على صحة ما نقول أن الا كراه البدني بقي في (الغرامات ، التعويض ، ومصاريف القضاء) ولهذا كان نادراً أن يفلت من أدائها إلا القليل لأنه يخشى السجن .

فالواجب المحافظة على حقوق الأفراد كما حوِّظ على حقوق الجماعة والتأكد من الثقة التي يجب أن تكون متبادلة بين الناس في معاملاتهم خوف الجزاء الذي يتحاشاه بكل ما يملك .

٢ — التنفيذ على الأملاك :

الدائن حين يداين مدينه ويرضى معاملته يعتمد على أمرين :
الأول ذمة مدينه وأنه متى حل الدين سيجد من ضميره وازعاً هو أقوى من كل قوة يدفعه لسداد التزامه . والثاني على أملاك مدينه وأن فيها الوفاء بما التزمه المدين وزيادة .
ولذا تجد شخصاً لا مال عنده فيأتمنه الناس في معاملاتهم ويولونه ثقتهم فيداينونه لذمته وصداقته وأمانته في المعاملة ، فتجده حريصاً على هذه الثقة يجد ويكدح للوفاء فلا يخل بوعده إلا بقوة قاهرة يصدقها الناس فيها ، وبالعكس تجد أناساً أغنياء موسرين ولكن لا يأتهمهم أحد وإن عاملهم الناس فبضمان ومع ذلك فلا يوفون ، فالدائن يعتمد أولاً على صدق ووفاء مدينه ثم ثانياً على ماله ، فان خاب ظن الدائن في الأولى ولم يَفِ مدينه نفذ على مال مدينه فكل

ما يملكه المدين يصلح أن يكون سدادا لدينه الناتج عن تعاقدته باختياره أو عن ضرر ألحقه للغير وهذا يكون فيما يقبل الحجز والبيع فخرج :

أولا — أعيان الوقف الذي يستحق المدين فيه حق المنفعة فلا يباع الوقف في دين إلا إذا سبق وجود الدين على وجود الوقف فيباع الوقف فيقدم الواجب وهو وفاء الدين على السنة وهو الوقف .

ثانيا — الحقوق العينية التبعية التي للشخص كحق السكنى لطلبة العلم أو للعلماء أو للأئمة أو الخطباء وحق الاستعمال وحق العمرى والعارية غير الجائز التصرف فيها (الشخصية) .

ثالثا — ما كان ضروريا لحياة المدين من نفقة وملبس وحياة من تلزمه نفقته .

وأما مهر الزوجة فليس للغرماء أخذ معجل مهرها قبل الدخول ولا بعده بأيام لأنه يلزمها أن تتجهز به للزوج ولا يجوز لها أن تقضى منه دينها إلا الشيء اليسير كالدينار ونحوه .

وأما ما تداينته بعد دخول زوجها فإن مهرها يؤخذ فيه ، وأما مؤخر الصداق فللغرماء بيعه في دينهم .

بند [١٢٣]

نتائج عملية لحق الرهن العام

الفائده الفرنسي —

للدائن الحق في عمل أمرين بالنسبة لأملاك مدينه . اتخاذ الطرق التحفظية . اتخاذ طريق التنفيذ .

١ — الطرق التحفظية : هي العمل على حفظ ثروة مدينه كما هي ككل دائن إلى أى دين

مؤجل أو حال أو بشرط أو بدونه وهذه الأعمال هي :
أولا : طلب تعيين حارس من المحكمة على أموال مدينه في حالة الشك في غيابه المحافظة
على مصالح الدائن .

ثانيا : طلب وضع الأختام على أملاك مدينه المنقولة حال وفاته .
ثالثا : حق التدخل في حالة ميراث المدين من مورثه وقسمة الميراث .
رابعا : حق فصل تركة مدينه من أموال مورثه خوفا من تدخل دائن مورث مدينه ليستقل
بأعيان التركة ليستوفي دينه .

خامسا : حق التدخل في كل قضية يكون مدينه طرفا فيها .
سادسا : حق إحضار مدينه ليعترف بالدين أو بما كتب الخ .
والطرق التنفيذية هي الحجز على أملاك المدين كالأموال أو بعضا وبيعها بالطرق القانونية لاستيفاء
الالتزام أو بعضه .

والحجز عدة أنواع — الحجز ثلاثة أنواع أصلية : ١ - حجز عقارى ٢ - حجز تنفيذى
٣ - حجز ما للمدين لدى الغير .
فالحجز العقارى هو طريق للتنفيذ بوضع عقار المدين تحت تصرف القضاء ثم بيعه وطريقة
ذلك مطولة تعرف في طرق التنفيذ .

والحجز التنفيذى هو خاص بمنقول المدين الجسمانى وذلك بإعلان المدين وعمل محضر حجز
وتعيين حارس ثم إعلان الحجز والبيع ثم البيع بعد ثمانية أيام من الحجز .
وحجز ما للمدين لدى الغير ، وهو أن يكون للمدين مدين آخر فيحجز الدائن ما للمدينه
تحت يد مدينه ويدعوه لدفع الدين إليه .

القواعد العامة في طرق التنفيذ :

لا يجوز للدائن اتخاذ طريق من طرق التنفيذ إلا بعد وجود الشروط الآتية :

أولاً : يجب أن يكون الدين حالا وليس مشروطاً بشرط معلق .

ثانياً : يجب أن يحصل الدائن على أمر تنفيذي ، ومع ذلك فيجوز حجز ما للمدين لدى الغير بسند عرفي أو بأمر إداري من رئيس المحكمة المدنية .

والأمر التنفيذي هو الحكم أو الاشهاد المعنون باسم الجمهورية الفرنسية للتزوج بالصيغة التنفيذية وهي (على كل سلطة وكل قوة أن تعين على تنفيذ هذا ولو بالقوة الجبرية متى دعت لذلك) .

والذي يتحقق فيه أمر التنفيذ شيان :

١ — الأحكام المثبتة لالتزامات الشخص .

٢ — الاشهادات المسجلة عند مسجل العقود المدني .

بعد بيع المحجوز والحصول على الثمن يقسم بين الدائنين بنسبة ديونهم في ثمن المنقول ويقسم حسب ترتيب حقوقهم في ثمن العقار فيقدم المرتهن أو صاحب الامتياز على العقار المبيع على الديون العرفية .

بند [١٢٤]

نتائج عملية حق الرهن العام :

التشريع الإسلامي — ليس هذا الحق من قبيل حق الرهن حقيقة وإنما هو من قبيل

الضمان الكلي في أملاك المدين للسداد، فما دام المدين يسير في إدارة أمواله سيرا سديداً وتصرفاً

معقولا عرفا وعادة فلا شأن للدائن قبل مدينه اطلاقا إلا في حالة إحاطة الدين بماله فله طلب افلاسه ومتى حكم بإفلاسه منع من التصرف ، والا في حالة تصرف المدين تصرفا سيئا يضر بماليتيه فيعجزه عن سداد التزاماته فيدخل الدائن ليمتخذ احتياطات تمكن المدين من حفظ ماله لسداد التزاماته ، فمنزلة الدائن من مدينه كمنزلة مشرف عام محافظة على ماله . فللدائن :

أولا - منع المدين من السفر للتجارة أو غيرها متى حل الدين أو كان يحل في غيبته سواء أحاط الدين بمال مدينه أم لا محافظة على الوفاء له بالتزاماته فله منع غريمه من السفر بشروط :

١ - كون المدين موسرا بالدين ٢ - حلول الدين ولو في غيبة المدين ٣ - عدم توكيل أحد في قضاء دينه .

فلو لم يحل الدين حتى يرجع أو كان معسرا بالدين أو كان له وكيل يسدد له ديونه ويقاضى ويقاضى بدله فلا حق للدائن من منعه من السفر .

ثانيا - طلب حفظ مال مدينه بعد وفاته من التصرف فيه من ورثة أو غيرهم حتى يقضى دينه لأنه لا تركة تقسم بين ورثة إلا بعد سداد دين المورث فيحرم على الورثة أخذ شيء من التركة إلا إذا كان فيها فضل لهم بعد قضاء دين المورث .

ثالثا - التشريع الإسلامي قرر قاعدة عامة وهو أنه لا ميراث إلا بعد سداد دين المتوفى .

فلو ورث مدين زيد مورثه أحمد بمبلغ ٣٠٠ جنيه قيمة التركة وكان أحمد المورث مدينا في مبلغ ٣٥٠ جنيها فليس لدائى أحمد أخذ باقي الدين وهو ٥٠ جنيها من وارثه زيد إلا إذا تبرع لهم بالخمسين جنيها سدادا لدين أحمد وليس مدين زيد ملزما بالسداد لأن الغرم قدر الغنم هنا وهو لم يغنم شيئا فلا يدفع شيئا وجوبا .

فلو تبرع ودفع فلداثته منعه إذا كان هذا المبلغ يضعف ماليتيه عن سداد دينه لدائته فإن

(١٩ مقارنات - نان)

كان ماله فيه فضل للسداد وزيادة فليس لدائنه التعرض فيما تبرع به وهو الخسوس جنيتها ، وليس لدائني المتوفى الرجوع على الوارث بأزيد من التركة ولدائن الوارث إذن منهم لأنه الأحق .
فلو قبل الوارث الميراث من غير شرط أو قيد ثم تبين أن التركة مستغرقة ولا تبقى بالدين فلا يلتزم الوارث المذكور بدفع أى شئ زائد عن قيمة التركة المذكورة وهو أمر مقرر للمصلحة العامة ولتجديد الالتزامات فلا يلتزم الورثة بأزيد مما ألزم المتوفى نفسه وهو حتى ولو صفت تركته وهو حتى ثم مات ما لزمه شئ لأنه معسر بالباقي .

رابعا — وبما أن الدائن مشرف و رقيب على أموال مدينه ليتمكن من الوفاء بالتزاماته فإذا أحاط الدين بمال مدينه ولم يحكم بإفلامه جاز للدائن محافظة على ماله طلب منع مدينه من كل تصرف بدون عوض كهبة وصدقة ووقف و ضمان وقرض وقضاء دين لم يحل أجله الخ .
فان كان المال أكثر من الدين فلا يمنعه أحد من تصرفه إلا التبرع بما ينقص ماله عن الدين فان قاضى المدين الذى أحاط الدين بماله أو تقاضى وكان من مصلحة الدائن التدخل فى التقاضى محافظة على ماله جاز له ذلك .

سادسا — ومن باب الاحتياط وحفظ مال الدائن التوثق من عدم إنكار المدين لحقه أو لوثيقته أو إنكار ورثته من بعده ، فللدائن طلب المدين أمام القضاء للاعتراف بحقه وما تضمنته وثيقة حقه فيكون حجة لا تعارض وعلى القاضى إثبات ذلك فى دفاتره المحفوظة للرجوع إليها عند الحاجة .

الطرق التنفيذية

إن طرق التنفيذ للحصول على التزامات المدين تنظم حسب ما يرى الحاكم ولكن لها أصول وقواعد يجب اتباعها منها ما سبق من التنفيذ على النفس ومنها التنفيذ على المال .
والمدين اما قد أحاط الدين بماله ولم يقم عليه الغرماء بالإفلاس (يعنى أعسر بالدفع فقط)

وإما أن يكون قد أحاط الدين بماله وطلب بعض غرمائه إفلاسه فأفلس بالفعل بعد استيفاء الشروط المطلوبة لذلك شرعاً .

فان كان قد أحاط الدين بماله ولم يقم عليه الغرماء أو لم يحط الدين بماله ولكنه ماطل فإنه يحبس حتى يدفع ما عليه من التزامات صحيحة رأى القاضى وجوب أدائها فان طلب اخلاء سبيله فلا يترك حتى يأتى بكفيل فان أحضر كفيلاً غارماً أجل حبسه ليبيع ملكه أو بعضه فيسدّد التزاماته وليس للحاكم بيعه لأنه ليس مفلساً بالمعنى الخاص فان باع ودفع أخلى سبيله وان باع ولم يسدّد كل التزامه واتهمه الدائن أنه أخفى بعض الثمن حلف وان امتنع أجبر على دفعه ولو بالضرب مرة بعد أخرى ويسجن حتى يدفع ما عليه .

وان كان قد أحاط الدين بماله وحكم عليه بالإفلاس منع من التصرف في ماله وتولى الحاكم أو نائبه بيع ماله من عقار أو عروض أو مثليات بحضرة المفلس بالاستقصاء (المزد العائى) ، والخيار للحاكم ثلاثة أيام لطلب الزيادة في الثمن في كل سلعة إلا ما يفسده التأخير . وعجل بيع ما خيف فساد به تأخير كالفواكه أو تغيره عن حالته التى هو بها أو كساده لو تأخر .

وكذا يعجل بيع الحيوان بالنظر لأنه قد يتغير مع الاحتياج إلى مؤنته . ووجب التأنى بالعقار كالأشهرين لطلب الزيادة في الثمن ، وكذا عروضه كالثياب والحديد والمعادن ثم يباع بعد ذلك بالخيار للحاكم ثلاثة أيام ، فان باع الحاكم بدون تأنٍ فقامفلس الخيار فى امضاء البيع أو رده . ثم يقسم الثمن بين الغرماء بنسبة الدين . ولا داعى إذاً لحجز عقارى على عقار المدين ولا حجز تنفيذى على متقول المدين ولا لحجز ما للمدين لدى الغير لأننا متى حبسنا المدين وسلبنا حريته سيفكر جدياً فى الوفاء لتعود إليه

حريته فيرى مصلحته في أى أملاكه يبيع منقولا أو عقارا فيتصرف هو بما يراه مصلحة لنفسه هذا إذا كان في ماله وفاء لجميع ديونه .

فان كان محاطا بالدين وكان ماله لا يفي وماطل وقام عليه بعض دائنيه لإفلاسه حكم عليه بالإفلاس وسلب منه كل تصرف .

فأنت ترى أن تحصيل الديون والوفاء بالالتزامات يتم بكل سرعة ، ولو كان المدين عالماً بأنه سيسجن إن لم يؤد ما عليه لعمل ألف حساب وحساب لأدائه في أوقاته ولكن هذه الأحكام الرخوة غير الحاسمة تزيد الحاجة في الخصومة والتماهى في طرق ملتوية لا نتيجة لها إلا ضياع الوقت والمال وعدم الوفاء أخيرا .

والقواعد العامة للتنفيذ هي :

١ — يجب أن يكون الدين حالا واجب السداد .

٢ — يجب أن يكون الدين ثابتا مقضيا به من القاضى .

٣ — يجب أن يتمتع المدين من الوفاء بالالتزاماته .

ولا يشترط فيه أن يكون مديلا بصيغة تنفيذية بل يكفي أن يبين في الحكم لزوم الدين ووجوب الأداء ، إلا إذا رأى ولى الأمر ذلك فيجب العمل بما يرى لأنه من مصلحة الناس المرسلة .

والذى يتحقق به أمر التنفيذ هي الأحكام المثبتة للالتزامات — وأما الشهادات فهي لا تخرج عن كونها إقرارا من المدين لم يتصل بها حكم واجب النفاذ ، إلا إذا أمر ولى الأمر أن الاعتراف الرسمى يأخذ صيغة الأحكام النهائية ويكون واجب النفاذ ، ولكن في هذا ضياع حق الدفاع من المدعى عليه لجواز أن يكون قد طرأ على هذا الإقرار ما أبطله .

ويقدم المرتهن في ثمن رهنه فيوفي دينه منه ثم من يليه من أصحاب حق الامتياز كما سيأتى
تفصيله في باب الإفلاس .

بند [١٢٥]

الاعسار والإفلاس

القانون الفرنسى — يكون الشخص في حالة إعسار حينما تزيد ديونه عن أملاكه ،
ويكون في حالة إفلاس حينما يمتنع عن دفع ديونه ، ويفترق الإعسار والإفلاس كالآتى :
أولاً — إن حالة الإفلاس تكون للتاجر فقط وحالة الإعسار تكون لغير التاجر .
ثانياً — حالة الإفلاس تتحقق رسمياً بحكم يصدر من محكمة تجارية وحالة الإعسار تكون
في حالة واقعية بالفعل .

ثالثاً — الإفلاس يكون محلاً بالشرف والاعسار ليس كذلك ، ويترتب على الإفلاس
سقوط بعض الحقوق المدنية دون الإعسار .

رابعاً — نظم القانون الإفلاس بشكل يحفظ حقوق الدائنين ضد مدينهم خصوصاً في
تصرفاته (طريقة الإلغاء ، جمع سلطة التصفية في يد وكيل الديانة الخ) .

وذلك بخلاف الإعسار فإن كل دائن حر في حفظه حقوقه والعمل منفرداً كما يرى ، ومع
اختلاف الإعسار والإفلاس فإنهما ينتجان ما يأتى :

أولاً — الإعسار والإفلاس يفقدان الأجل للمعسر والمفلس فيحل دينه المؤجل .

ثانياً — الإعسار والإفلاس يبيحان إلى دائنى زوجة المدين بمتابعتها قضاء كأنها في حالة
انفصال في الأملاك من زوجها .

ثالثا — الإعسار والإفلاس يسمحان للبائع بعدم تسليم المبيع إلى المشتري المتصف بهما .
رابعا — الوكالة والشركات يتهيان متى وجد إفلاس وإعسار .

الأكراه الفضلى

الأكراه المدنى هو حكم مالى له صفة مؤقتة مخصص إلى الوصول بطريق مباشر إلى تنفيذ التزام بطبيعته بطريق التهديد بعقاب يحتمل معه الانتصار على ممانعة المدين ، كرسام تعاقد مع آخر لعمل صورة منظر معين فى مدة معينة ولم يتم بما تعهد به فرفع الدائن الأمر للقضاء فحكم القضاء بدفع ٢٠ فرنكا عن كل يوم يمضى بدون تسليم الصورة لمدة شهر و بعد مضى الشهر يعودان للمحكمة ولها تثبيت الحكم أو جعله تعويضا عن اضرار التأخير أو إلغاؤه كما ترى ، فهذا الحكم ! كراه مدنى على التنفيذ بطريق غير مباشر ، ولهذا الحكم ثلاث صفات : تهديدى ، مؤقت ، عقابى :

١ — تهديدى — لأن الغرض منه حمل المدين على التنفيذ وهو فى الغالب أزيد من التعويض للضرر الذى لحق بالدائن فى التأخير .

٢ — مؤقت وشرطى — لأنه لا يصير واجب الأداء إلا إذا لم ينفذ الدائن ما تعهد به ويمكن زيادته متى كان ذلك يحمله على الوفاء ، ويمكن نقصه متى كان له عذر فى التأخير .
والإكراه المدنى من أعمال المشرعين فى سنة ١٨٢٤ م ثم شاع العمل به بعد ذلك .

بند [١٢٦]

الإعسار والإفلاس

التشريع الإسلامى — الإعسار هو عدم وجود ما يفي به المدين التزاماته

الإفلاس الأعم : أن يحيط الدين بمال المدين ولا يطلب أحد الدائنين الحكم بإشهار إفلاسه .

الإفلاس الأخص : هو إحاطة الدين بمال المدين والحكم بإفلاسه إجابة لطلب بعض دائنيه بشروط :

١ - حلول الدين ٢ - طلب بعض الدائنين الحكم بالإفلاس ٣ - أن يزيد الدين الحال على ماله أو لم يف الباقي بالموجل ٤ - وأن يماطل في الدفع بعد حلول الأجل .

فليس للمدين أن يطلب إفلاس نفسه من الحاكم دون طلب أحد الغرماء .

وإذا دفع المدين كل ما معه لدائنيه ولم يخف شيئا أو أحضر كفيلا فلا يفلس .

ولا فرق بين الإعسار والإفلاس بالنسبة للتاجر وغير التاجر فكل منهما يصح أن يكون معسرا وأن يكون مفلسا ، وإن كان معنى الإفلاس في التاجر سرعة حركة التجارة ووجوب المحافظة على دوران دولاب الأخذ والعطاء فان معناه أشد وضوحا في غير التاجر لأن الثقة بين الناس يجب أن تتوفر في الأخذ والعطاء والمحافظة على حق الدائن واجبة لافرق بين دين التجارة وغيرها فليس كل الديون تجارية على أنه ينتج من عدم إفلاس غير التاجر ضياع حقوق الدائنين فان للإفلاس أحكاما قاسية قاهرة فيجب أن تطبق على الدين المدني والتجاري .

والإعسار والإفلاس لا يخلان بالشرف ما دام السبب فيهما معروفا ولم يختلس المدين بعض أملاكه أو يتصرف تصرفا بقصد التخلص من أداء التزاماته فيكون لهذا مستحقا للتعزير والضرب والسجن حتى يحضر ما اختلسه من ماله بقصد تهريبه لعدم السداد ، وأما الإعسار والإفلاس في حد ذاتهما فلا يخلان بالشرف ، ويختلف الإفلاس بالمعنى الأعم عنه بالمعنى الأخص في أن المفلس في الأخص تفل يده عن أى تصرف في أملاكه حتى ولو بعوض كالبيع والتجارة وأما المفلس بالمعنى الأعم وهو من أحاط الدين بماله فقط فيمنع من تبرع بهبة وصدقة ووقف

واخدام وجمالة (وكفالة) وقرض ، ولكن له البيع والشراء وكل تصرف فيه معاوضة .

ويتفق المفسر في المعنيين في أنهما لا يتبرعان ولا يتصرفان بغير عوض ولا يضمنان أحدا ولا يقرضان كذلك فإن فعلا فللدائنين الحق في إلغاء تصرفهما ، وكذلك يمنعان من قضاء دينهما قبل حلول الأجل ومن قضاء بعض ديونهما دون البعض ، ويزيد المحكوم بإفلاسه في المنع أنه لا يجوز له أى تصرف ولو بعوض .

ويختلف الإفلاس الأعم في أن كل دائن له أن يتخذ ما يراه للحصول على دينه ، وفي الإفلاس الأخص فحكم الجميع واحد وهو قسمة مجموع أموال المفسر على نسبة الديون مجتمعة متى استوت درجاتها ، ويختلفان في أن المفسر الأخص يحل أجل دينه بمجرد الإفلاس بالشرط بعدم الحل بالإفلاس فيعمل به بخلاف المفسر العام فلا يحل دينه المؤجل .

فلو شرط حلول دينه على دائنيه بموته أو فلسه فيعمل بالشرط ان لم يقع في صلب العقد من بيع وإلا فسد البيع لأنه بأجل مجهول .

ولا علاقة بين زوجة المدين ودائنيه اطلاقا إلا إذا كانت كفيلة أو شريكة فتعامل كما يعامل الكفيل والشريك لأنها زوجة .

ولمن باع لمفسر بالمعنيين أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستلم الثمن متى كان حالا فإن كان مؤجلا فقد حل بالإفلاس فله الامتناع وأما المفسر العام فلا وله أن يطلب كفيلة بالثمن أو يطلب إفلاس مدينه وحينئذ له أن يأخذ عين شئيه نظير ثمنه الا أن يدفعه له دائنو مدينه فليس له إذا إلا الثمن منهم .

ومعلوم أن الوكالة والشركة يراد فيهما الشخص لذاته ففى أفلس الشخص وكان وكيلا أو شريكا فلا يؤثر على وكلاته لأن الوكالة عقد بين شخصين يتولى الوكيل فيها عملا لمن وكله فإذا كان الوكيل قائما بعمله والموكل له ثقة فيه فلا دخل لأحد في شأن الوكالة والذي يعز له

و يقدر عمله من وكله فليس للإفلاس أى علاقة بين الوكيل والموكل والوكالة من حيث هى ،
وأما الشريك المفلس فإن كان إفلاسه يجعل الشركة مفلسة فلاشك فى نهاية الشركة بمجرد
الحكم بالإفلاس وإن كان إفلاسه فى ماله فقط فيؤخذ نصيبه واستحقاقه فى الشركة ليكون فى
سداد دينه فإن وافق الشركاء أن يقوموا بشركتهم دون هذا المفلس كان بها وإلا فهم وشأنهم
فى وضع حد للشركة أو إبقائها بدون هذا الشريك المفلس ، فلا علاقة بين إفلاس الشريك
نفسه وبين الشركة إلا إذا كان إفلاسه إفلاسا لها أيضا .

الإكراه القضائى :

ليس فى التشريع الإسلامى إكراه قضائى لأن الذى دعا المشرعين الوضعيين إلى استحداث
هذا النوع من الإكراه للوفاء بالالتزامات هو إلغاء الإكراه البدنى فاستهتر الناس بما يلتزمون به
فى تعاقدهم لأنه لا رادع لهم سوى ذمتهم ومالهم أما الذمم فنحن فى زمن نبيكى فيه حالة المجتمع
لبعدهم عن الديانات وغرس أوامرها ونواهيها وزواجرها فى نفوسهم صغارا فشبوا كبارا على
الشرب والطمع فى أكل أموال الناس بحق وبغير حق .

نحن فى سنة ١٣٦٢ هـ و سنة ١٩٤٣ م ويأتى الدائن للقاضى ويده سند الدين بخط المدين
وإمضائه وشهوده ويطلب الحكم له على مدينه فينكر إمضاه أو خطه ويتصنع جميع أنواع
الحيل لاختفاء الدائن فى الوصول إلى حقه طمعا فى اغتنامه ، فعلى الذمم العفاء ، وأما المال فأبواب
تهريبه مفتوحة على مصراعيها ويتبعه الهرب من أداء الالتزامات ، فلم يبق إلا الأخذ بتلابيب
المدين بذاته والبحث فى حاله أمام القاضى فإن ثبت إعساره بالأدلة القاطعة (فنظرة إلى ميسرة)
وإلا وضع فى السجن حتى يؤدى ما عليه أو يفعل ما التزم به أو يأتى بكفيل غارم ، هذه هى
المعاملات التى يجب أن تكون بين الناس فىأمن الناس على أموالهم أخذاء وعطاء والزما والتزما
فلا إكراه قضائى فى التشريع الإسلامى .

(نتيجة المقارنات من بند ١١٨ إلى نهاية بند ١٢٦)

يتفق التشريعان في :

الالتزام في حد ذاته وأقسامه — مادة الالتزام — نتائج الالتزامات البسيطة — التنفيذ على النفس وعلى الأملاك (في الجملة) — نتائج عملية لحق الرهن العام — الاعسار والافلاس (في بعض أحوال) .

ويختلفان في : الإكراه القضائي .

بند [١٢٧]

الحق التابع للدائن أو نظرية تعويض الضرر

الفانود الفرنسي —

نظرية تعويض الضرر ، وهو التعويض المدني الذي يلزم المدين دفعه إلى الدائن بحكم المحكمة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات كلاً أو بعضاً أو في حالة التأخير ، وبهذا يكرن التعويض ناتجاً عن حالتين : ١ — عدم التنفيذ كلاً أو بعضاً ٢ — في حالة التأخير .

فإن كان الالتزام بأداء شيء غير مبلغ من المال فيحتمل التعويض بحالتيه ويشترط لذلك ثلاثة شروط :

أولاً — يجب حصول خطأ من المدين فلا يجب تعويض الدائن إلا إذا كان عدم التنفيذ ناتجاً عن خطأ المدين نفسه ، فإن كان ذلك بقوة قاهرة أو لسبب خارج عن إرادة المدين فلا تعويض ، وعلى الدائن إثبات عدم التنفيذ للالتزامات أو تأخير تنفيذها ، وعلى المدين إثبات أنه نتج عن قوة قاهرة خارجة عن إرادته ليخرج عن مسؤولية التعويض .

وأما حالة الحرب في ذاتها فليست قوة قاهرة مانعة من التنفيذ ، ولكن إذا استحال التنفيذ بسبب الحرب كان قوة قاهرة لا إذا كان صعباً فقط وعليه التنفيذ متى انتهى المانع .

ثانياً — يجب حصول ضرر للدائن ، وعلى الدائن اثبات حصول ضرر حتى يحكم بالتعويض والضرر المعنوي في عدم تنفيذ الالتزامات لا تعويض فيه عند علماء القانون ، وعند المشرعين متى حصل ضرر ولو معنوياً فيجب التعويض .

وأما الضرر المعنوي الناتج عن الخنعة وما يشبهها فلا خلاف في لزومه .

ثالثاً — انذار المدين بالتنفيذ ويتكون ذلك :

- ١ — اعلان بواسطة محضر الى المدين من الدائن يدعوه لتنفيذ التزامه .
 - ٢ — انذار من محضر الى المدين مشتملاً على صورة حكم تنفيذية أو عقد واجب النفاذ .
 - ٣ — طلب امام القضاء وهو المطلوب للتفاهم .
- وفي الأحوال الآتية لا لزوم لطلب التنفيذ من المدين :
- ١ — عندما تكون طبيعة الالتزامات لا تحتاج الى تنبيه كالالتزام بعدم فعل شيء أو كان الالتزام مقصوداً لوقت محدد كلعب الأطفال في أول يوم السنة .
 - ٢ — أو كان الالتزام ناتجاً عن رد المسروق فهو ملزم برده بدون تنبيه أو إنذار .
- ونتيجة التنبيه ثلاثة :

- ١ — يصبح التعويض مطلوباً وحالاً
- ٢ — يحل به الشرط الجزائي عقاباً على عدم التنفيذ .
- ٣ — يحمل المدين خسارة الشيء المتعاقد عليه متى هلك .

قيمة التعويض

التعويضات تحدد بمعرفة المحاكم المختصة مع ملاحظة القواعد الآتية :

(١) الضرر الثابت (٢) المكسب الذى لم يتحقق من عدم تنفيذ الالتزام - فإذا تخلف مطرب مثلاً عن حضور حفل يلزمه ما أنفق وبما كان يمكن أن يكتسبه الدائن من هذه الحفلة فإذا كان عدم التنفيذ راجعاً لخطأ المدين فعليه تعويضه ما نتج عن عدم التنفيذ مباشرة أو ما يمكن أن يقدر من الضرر من العقد . وإن كان عدم التنفيذ نتج عن غش فإنه يتحمل كل ما نشأ من الضرر أو ما ينشأ ما دام ناتجاً مباشرة وبلا واسطة عن عدم التنفيذ كمن باع بقرة مريضة غاشاً المشتري بين أبقاره فماتت وتغشى مرضها فى أبقاره فماتوا فعلى البائع تعويض البقرة المباعة وتعويض أبقار المشتري التى ماتت بسبب هذه البقرة المريضة .

بند [١٢٨]

تعويض الضرر

التشريع الإسلامى :

سبق أن شرحنا وجهة التشريع الإسلامى فى تعويض الضرر وقلنا ان تعويض الضرر كلمة عامة تشمل التعويض الناتج عن إتلاف مال الغير عمداً أو خطأ وهو الجائز النظر إليه والحكم به وتشمل التعويض الناتج عن عدم التنفيذ للالتزامات كلاً أو بعضاً أو تأخير التنفيذ . وهذا القسم غير جائز شرعاً ولا يتأتى الوصول إليه لأنه ما دام المتعهد فى التعاقد يعلم جيداً أنه مكره لنفاذ ما تعهد به بطريق الإكراه البدنى فلن يقصر ولن يتوانى فى التنفيذ .

فالالتزام إما أن يكون ناجزاً بتأً وهذا يجب الوفاء به فوراً . وإما مؤجلاً لأجل وهذا يجب الوفاء به متى حل الأجل ففى نفاذ الملتزم ما تعهد به فلا شيء عليه . وإن امتنع عن التنفيذ فإما أن يكون قادراً على أداء ما التزم به أولاً ، فإن كان قادراً أجبر على النفاذ بحبسـه وضرره حتى يؤدى ما عليه ، فإن لم يؤد ما عليه وأحاط الدين به وطلب أحد الدائنين إفلاسه أفلس

وبيعت أملاكه وإن كان غير قادر لعسره فلا يسمع مجرد قوله بل لا بد من ثبوت ذلك لدى القاضى ، ومتى ثبت عسره انتظر إلى يسره .

فلا داعى إذاً لإصدار المدين لأن كل شخص يعرف واجبه . فإن كان الالتزام مقصوداً لوقت محدد ككراء الدابة لخروج الحجاج بطل الكراء ولزم رب الدابة رد الأجر . وأما الشيء المسروق فيجب رده فوراً فإن تأخر فتحكه حكم الغصب وقد سبق .

وأما الشرط الجزائى فلا حاجة إليه لأن الإكراه البدنى يجعله لا وجود له .

وأما تحمل المدين خسارة الشيء المتعاقد عليه متى هلك فغير صحيح فى الجملة وذلك لأنه بمجرد العقد الصحيح الناجز دخل المبيع فى ملك المشتري مثلاً فإذا هلك من غير تعدى الملتزم فهو على حساب المشتري وإن تأخر الملتزم فى التسليم وهلك بتعديه فهو ضامن .

وإن كان الالتزام ليس ناجزاً بل مؤجلاً لأجل أو كان فيه الخيار أو كان فيه حق توفية

ككيل ووزن وعد فضمانه من الملتزم حتى يسلمه الملتزم له .

فليس التأخير عن التسليم والإضرار فى حد ذاته ملزماً للمتعهد بتحمل الخسارة .

بند [١٢٩]

مادة التعاقد مبلغ من المال

الفانور الفرنسى :

نوع واحد من التعويض يمكن الحكم به فى عدم تنفيذ الالتزام إذا كان بمبلغ من المال وهو فائدة التأخير ، والشرط الوحيد فى لزوم فائدة التأخير هو التنبيه على المدين بالوفاء وليس على الدائن إثبات الضرر اللاحق به لأن القانون فرضه . وليس للمدين إثبات أن عدم الوفاء جاء بقوة قاهرة . والتنبيه يكفى فيه إعلان بسيط بأداء الالتزامات . وفى الباقي الواجب الدفع

بعد حساب القاصر في ذمة وصيه ، وفي ثمن المبيع من وقت تسليم الشيء المباع إلى المشتري ، وفي مبلغ أخذ من مال جمعية أنفق في صالح من أخذه ، وفي كل هذا تسرى الفائدة بدون تنبيه . مقدار التعويض في فائدة التأخير — قدر القانون التعويض في المواد التجارية ٦٪ وفي المواد المدنية ٥٪ ، وقد أجاز القانون الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالالتزام زيادة عن الفائدة المذكورة متى كان امتناع المدين بسوء نية .

ويجوز اتفاق الطرفين مقدما على ما يجب دفعه عند التأخير وحينئذ يكون واجب النفاذ في المواد التجارية مهما كان الشرط ويشترط عدم تجاوزه ٥٪ في المواد المدنية . الربح المركب — وهو ضم الربح إلى الأصل واحتساب فوائد لهما سنويا كقرض ١٠٠ جنيه بفائدة ٥٪ وبمضى السنة الأولى يصير ١٠٥ جنيهات وفي السنة الثانية تحتسب فائدة ١٠٥ جنيهات وتضم إليها وهكذا ، وهذا خطر عظيم يهدد المدين ولذا منعها القانون الروماني وأباحها القانون الفرنسي بشروط ثلاثة :

- ١ — يجب أن تكون الفائدة المراد أخذ فائدة عنها قد حلت واستحققت الدفع فلا يصح شرط أن كل فائدة تحسب لها الفائدة مقدما .
- ٢ — يجب أن تكون الفائدة وجبت لمدة سنة على الأقل .
- ٣ — يجب أن يكون هناك اتفاق أو طلب أمام القضاء .

بند [١٣٠]

مادة التعاقد مبلغ من المال :

التشريع الإسلامي — سبق أن ذكرنا أن مبنى التشريع الإسلامي على تحريم الربا وهو كل ما زاد عن أصل مالك — دعوة منه إلى أن يعمل كل شخص في هذه الحياة عملا فعليا

يدر عليه ربما أو يتعرض فيه للخسارة لأن خوض غمار الحياة يعرض المرء للكسب والخسارة ، أما التعامل بالربا فهو محرم بنص القرآن الكريم (وأحل الله البيع وحرم الربا) والحديث ثلاثة لا يمكن إلا لله : الجاه والمال والولد ، على أن بعض علماء الاقتصاد السياسى قد ذهب هذا المذهب وحبذه ودعا إليه ، لهذا كان واجب الملتزم أداء ما التزم به والا حبس حتى يدفع ان لم يكن معسرا والا فنظرة الى ميسرة .

بند [١٣١]

الشرط الجزائى

القانون الفرنسى — الشرط الجزائى هو شرط فى العقد يتعهد فيه الملتزم بأنه اذا لم يف بما تعهد به يدفع كذا ، كمن تعهد بالتمثيل فى محل معين واشترط ان تأخر يدفع ١٠٠ جنيه .
والغرض من الشرط الجزائى حمل الملتزم على الوفاء بتعهداته والاحتباس من تقدير القضاء فى التعويض عند الالتجاء اليه .

والشرط الجزائى تابع للتعاقد الأساسى بمعنى أن إلغاء العقد الأساسى ينتج إلغاء الشرط الجزائى لا العكس ، وبما أن الشرط الجزائى هو عبارة عن التعويض الذى تقضى به المحاكم فلا يجب الشرط الجزائى الا اذا وجب التعويض يعنى : ١ - ينبه المدين ٢ - يكون قد ارتكب خطأ فى التنفيذ فان كان عدم التنفيذ لقوة قاهرة فلا ينفذ الشرط .

ومتى تحقق الشرط الجزائى فللدائن الحق فى قبض مضمون الشرط فقط لا أكثر ولا أقل إلا إذا كان عدم التنفيذ نتج عن غش الملتزم فللدائن إثبات أن الشرط الجزائى لا يوازى ما أصابه من ضرر فيحكم له بأزيد ، وليس للمحاكم النظر فيما قدره الطرفان فقط لها النظر فيما بقى إذا تنفذ بعض الملتزم به .

شرط. عدم مسؤولية الملتزم يخالف القانون العام في الغش والخطأ الفاحش فلا ينظر اليه قانونا وأما في الخطأ الخفيف فيعمل به .

بند [١٣٢]

الشرط الجزائي

التشريع الإسلامي — لما كان المتعاقد في شك من وفاء من تعاقد معه لأنه لا جبر له بغير التنفيذ على ماله اخترع المشرعون أو أجازوا الشرط الجزائي ليكون مخيفا نوعا للملتزم حتى يوفى بالتزامه ، لكن هذا قد يكون مقبولا إذا كان المدين مليئا فان كان معسرا فما فائدته ؟ لا فائدة فيه ، ولو أن التنفيذ الجسماني لا زال باقيا لما احتاج الناس الى التوثيق بما يسمى شرطا جزائيا لهذا كان هذا بعيداً عن التشريع الإسلامي الذي لا يرى الا الجدد في المعاملات ولا يرى الا التنفيذ الجسماني وهو الكفيل بتنفيذ كل تعهد وأدعى الى اطمئنان كل متعاقد .

وأخيرا لا يرى التشريع الإسلامي حل أخذ مال الناس الا بمقابل يصنع أن يكون مقوما كال أو تبرعا وأما التأخير فليس متقوما ولا يصح التعويض عنه فضلا عن أنه لا يصار إليه مادام التنفيذ مضمونا على الجسم الذي يفتديه الشخص بجميع ما يملك .

وأما شرط عدم مسؤولية الملتزم ففيه تفصيل :

١ — إذا كان المبيع غائبا على الصفة أو برؤية متقدمة فضمانه من المشتري بالعقد ان كان عقارا ولو بيع على المقاس ، وأدركته الصفقة سالما الا لشرط فيعمل به بأن اشترط الضمان على المشتري إذا تخلف شرط أو على البائع فعليه .

فان كان المبيع غير عقار أو أدركته الصفقة غير سليم فضمانه من البائع الا لشرط .

٢ — ان تعاقد البائع مثلاً على التبرى من العيوب فلا ينفعه التبرى مما لم يعلم في سلعته من العيوب ، فان باع سلعة على أنها ليس بها عيب وان ظهر بها عيب لم ترد عليه لم يعمل بهذا الشرط ولمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم ولا تنفعه البراءة ، إلا أن يفعل المشتري ما يدل على الرضاء بالعيب بعد الاطلاع عليه ، فان فات المبيع حساً أو معنى فلمشتري أرش العيب .

٣ — ضمان ما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه في عقد العارية والرهن ولو شرط نفى الضمان على الأرجح ولا يضمن مالا يغاب عليه ولو شرطه المعير والراهن ، والقول للمستعير أو المرتهن في التلف أو الضياع إلا لقرينة تكذبه .

٤ — شرط الضمان على الوكيل باطل ويفسد الوكالة .

فشرط عدم مسؤولية الملتزم (يعنى عدم الضمان) فيما تقرر فيه الضمان شرعاً باطل ولا يعمل به وشرط المسؤولية للملتزم (يعنى الضمان) فيما تقرر فيه عدم الضمان شرعاً باطل ولا يعمل به .

بند [١٣٣]

نظرية الخسارة

الفانونه الفرنسى :

نظرية الخسارة هى معرفة من المسؤول الملتزم أو الملتزم له عند فقد مادة الالتزام أو تلفها الناتج عن قوة قاهرة أو حادث عرضى .

ولتحقيق هذه النظرية يجب تحقق ثلاثة شروط :

أولاً — يجب أن تكون مادة الالتزام جسماً معيناً أو عيناً محدودة ، فلو كانت من شىء له

(٢٠ مقارنات — ثان)

جنس كالقمح مثلاً فلا تتحقق نظرية الخسارة فإن تلف فعلية مشتري بدله من السوق .

ثانياً — يجب أن يكون هذا الجسم المعين هو موضوع الالتزام .

ثالثاً — يجب أن يكون التلف أو الضياع نتج عن شيء طارئ أو قوة قاهرة لا دخل للملتزم فيها وتكون خارجة عن إرادته وليست منسوبة له .

وفي القانون الروماني التعاقد لا يكفي لنقل الملكية بل لا بد من التسليم فإذا مات أو تلف أو فقد الملتزم به فهو في ملك الملتزم والملتزم له ما هو إلا دائن بما دفع .

وفي القانون الفرنسي تنتقل الملكية لمادة الالتزام بمجرد التعاقد ، فليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء بالتزامه حيث أن مادة الالتزام غير موجودة وليس له طلب تعويض لأن فقدته أو تلفه حصل بقوة طارئة أو قاهرة وهذا في عقد الالتزام من الطرفين .

وللبائع مثلاً طلب ثمن المبيع أياً كان الحال ولو مع عدم تسليم المبيع لفقده أو تلفه ولكن الملتزم مسؤول ويبقى مسؤولاً في الأحوال الآتية :

أولاً — إذا ذكر عدم مسؤولية الملتزم إليه صراحة في التعاقد فيكون الملتزم هو المسؤول

ثانياً — إذا كان الفعل الطارئ حدث لمادة الالتزام من إهمال الملتزم كمن ترك الاحتياط

فحصلت سرقة لذلك الشيء فيكون الملتزم مسؤولاً .

ثالثاً — متى حصل تنبيه من الملتزم إليه إلى الملتزم أن يسلم مادة الالتزام ولم يسلمها

وتلفت فيكون الملتزم مسؤولاً — فإن سلمها وتلفت عند الملتزم له فلا مسؤولية على الملتزم .

بند [١٣٤]

نظرية الخسارة

التشريع الإسلامى — نظرية الخسارة فى التشريع الإسلامى هى الضمان لأنها معرفة من المسؤول الملتزم أو الملتزم له عند فقد مادة الالتزام أو تلفها الناتج عن قوة قاهرة أو حادث عرضى مجهول ، وفى معرفة المسؤول يعنى من الضامن يجب معرفة التفصيل الآتى لأن الأحكام فيها تختلف :

أولاً — إذا كان الالتزام بتأ لا خيار فيه ووقع العقد صحيحاً ولم يكن فيه حق توفية ولم يكن موضع الالتزام غائباً (يعنى مبيعاً على الصفة مثلاً) ولم يكن بيع ثمار قبل أمن جأحة فضاء مادة الالتزام تنتقل إلى الملتزم له يعنى المشتري مثلاً بمجرد العقد ، فمن اشترى حصاناً بيعاً باتاً لا خيار فيه واستوفى العقد شروطه وأركانها انتقل الضمان إلى المشتري ولو لم يقبضه حتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من مشتريه ما لم يتسبب أحد فى ذلك والافعل المتسبب .

ثانياً — إذا وقع الالتزام على الخيار وكان عقداً صحيحاً فيبقى ملك مادة الالتزام لصاحبها وهو البائع فضاء المبيع إذاً من البائع ، ولو قبضه المشتري زمن الخيار وتلف ضمن ما يغاب عليه إلا إذا أثبت أن تلفه بغير تعديه فلا ضمان عليه كما لا ضمان فيما لا يغاب عليه ، وبمضى مدة الخيار دخل فى ضمان المشتري ولو لم يقبضه .

ثالثاً — إذا وقع العقد فاسداً فلا ضمان على الملتزم له إلا إذا قبض مادة الالتزام فهو ضامن بقبضه ، وإن وقع العقد مع فضولى أو صغير أو عبد أو سفيه بغير إذن وليهم فالضمان فيه ينتقل إلى الملتزم له بعد اجازة المالك والسيد والولى كالاتزام مع الخيار .

رابعاً — إذا كان الملتزم به فيه حق توفية كمكيل أو موزون أو معدود ، فتنقل ملكية

الملتزم به إلى المشتري بمجرد العقد لكن لا يدخل في ضمانه إلا بالقبض فما دام لم يقبضه فالبايع ضامن والتلف والخسارة على البائع ويستمر ضمان البائع له حتى يفرغ في أواني المشتري فإذا هلك أو تلف بيد البائع عند تفرغه فضايمه على البائع ولو تولاه المشتري عدا أو كيلا أو وزنا نيابة عن البائع .

خامسا — إذا كان عقد الالتزام تتم على الصفة أو على رؤية سابقة للعقد (كأن كان المبيع غائبا في غير العقار) أو كان موضع الالتزام حبسه البائع عنده نظير الثمن بعد تمام العقد ، أو كان محل الالتزام ثمارا بعد بدو صلاحها أو كان محل الالتزام حبسه الملتزم للاشهاد على البيع مثلا ، ففي كل هذه الأحوال لا يدخل محل الالتزام في ضمان الملتزم له إلا بالقبض ، وأما قبل القبض فضايمها من الملتزم .

فمتى كان المبيع شيئا معيناً مقوما ليس موصوفا في الزمة وليس فيه حق توفية كما سبق دخل في ضمان الملتزم له فان هلك فهو على حسابه ولا مسؤولية على الملتزم إلا إذا تعدى فيضمون بتعديده لا بالعقد .

وان تلف المبيع المعين بيعا صحيحا وقت ضمان البائع له لكونه فيه حق توفية أو كان غائبا أو ثمارا قبل أمن الجائحة وكان تلفه بسموئ بطل البيع ولا يلزم البائع الاثنيان بمثله ، فان كان موصوفا في الزمة كالمسلم لزمه الاثنيان بمثل ما في ذمته .

فان أخفى الملتزم مادة الالتزام وقت ضمانه وادعى هلاكها وكان البيع على البت ولم يصدقه المشتري بل ادعى أنه أخفاه وأن دعواه الهلاك لا أصل لها ونكل البائع عن اليمين فان المشتري يخير بين الفسخ لعدم تمكنه من قبض المبيع أو التماسك به ويطالب البائع بمثله أو بقيمته ، ولو كان البيع على الخيار لزم البائع الثمن ولا خيار للمشتري لأن السلعة في الخيار باقية على ملكية

البائع ، ولو كانت السلعة محبوسة بالثمن أو للاشهاد فيضمنها البائع ضمان الرهان إذ لا تخيير للمشتري فيها وإنما له القيمة بالغة ما بلغت .

فإذا كانت مادة الالتزام شيئاً معيناً كحصان أو بيت مثلاً وتلف أو هلك بسبب خارج عن إرادة الملتزم وكان البيع بتألاً على الصفة في غير العقار فإن ضمانه من المشتري لأنه بمجرد العقد دخل في ملكه وانتقل الضمان إليه وللبائع طلب الثمن لأنه لا دخل له في التلف أو الضياع .

وقد عاد المشرع الوضعي للنغمة المتفق عليها من ذكر التشريع الحديث والتشريع الروماني ولكن ذكر التشريع الإسلامي الذي عنه أخذت هذه القاعدة التي هدمت التشريع الروماني ممنوع حتى ولا وجود له ، أيها المكابرون المتعنتون اعترفوا بالحق لأهله ولو كفرتم به ، ففي الواقع أن هذا التشريع هو التشريع الإسلامي لحما ودما قلتم ذلك أم جحدتموه لأنه ما كان لكم من تشريع وقت أن كان التشريع الإسلامي في بلادكم وقد كنتم مضطربين للأخذ به لأنه أقرب للعقل السليم وموافق لمصلحة التعامل وأرفق بحال العباد أخيراً أتأسى بقول الله عز وجل : ﴿ وَاللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ ﴾ .

وليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء فقد وفي بالتزامه ودخل في ضمان الملتزم له وليس له طلب تعويض لأن الملتزم لم يتسبب لا في التلف ولا في الضياع .

و ضمان المبيع غائباً على الصفة أو برؤية متقدمة من المشتري بالعقد أن كان عقاراً ولو بيع على المذارعة وأدركته الصفة سالماً وإلا فمن البائع إلا لشرط في الضمان فيعمل به (أن اشترط أن الضمان على البائع فهو عليه وإن اشترط أنه على المشتري فهو على المشتري) .

و شرط الضمان فيما فيه أمانة لاغ ولا يعمل به كشرط ضمان الوكيل أو المودع أو المرتهن أو المستعير فلا ضمان عليهم ، ولو اشترط ذلك لأن يدهم يد أمين إلا إذا تعدوا فيضمنون لتعديهم .

فإذا لم تكن يد الملتزم يد أمين فحكمه كالتفصيل السابق ، وإن لم يكن هناك شرط ولكن الملتزم تعدى حتى ولو كانت يده يد أمين فإنه يضمن بلا نزاع وكذا لو أهمل أو لم يتعهد ماتحت يده وحصل تلف فهو ضامن .

فإن دخل الملتزم به ضمان الملتزم له وطلب استلامه وماطل الملتزم حتى تلف فالملتزم ضامن لأنه بعدم التسليم كان متعديا فهو ضامن لتعديه .

بند [١٣٥]

نظرية دعوى المدعى باسم مدينه

القانون الفرنسى — علمنا أن أموال المدين وقت تعاقدته وبعد التعاقد تكون ضمانا لما تعاقد عليه ولكن يحدث أن المدين يهمل إدارة أملاكه والمحافظة على حقوقه فلا يرفع الدعاوى على الغير لمصلحته فأعطى القانون للدائن الحق فى الادعاء مكان مدينه وباسم مدينه وهى الدعوى المسماة (الدعوى مكان الدائن وباسمه) (دعوى أبليك) .

ويمكنه أن يرفع دعوى ابطال تصرفات مدينه التى أراد بها الإفلات بماله من ضمان حقوق المدين وتسمى (دعوى پولين) .

التشابه والاختلاف بين الدعوى باسم المدين (دعوى أبليك) ودعوى ابطال التصرفات (دعوى پولين) .

أما التشابه بين الدعويين فهو أنهما منحا للدائن المحافظة على ضمان أموال مدينه وفاء لالتزاماته من الأموال الحاضرة والمستقبله ، وأما اختلاف الدعويين فهو :

أولا — أن رفع الدعوى باسم المدين (دعوى أبليك) هى لحماية الدائن من إهمال مدينه فى عدم محافظته على حقوقه قبل الآخرين ، وأما دعوى ابطال التصرفات (دعوى پولين) فهى

لحماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة بضمان أمواله (ما التزم به للدائن) .
ثانياً — ان دعوى الدائن باسم مدينه هى دعوى ترفع باسم المدين ويكون الدائن نائباً عنه
قانوناً فى رفعها فهى تخص المدين من كل ناحية وإنما يرفعها الدائن ليحافظ بها على حقوقه هو ،
ودعوى بطلان التصرفات الضارة من المدين إنما ترفع من الدائن وباسمه هو فهى تخصه من كل
ناحية لأنها ترفع على المدين ومن تصرف له .

بند [١٣٦]

نظرية دعوى المدعى باسم مدينه :

الفريق الإسلامى — يعتبر التشريع الإسلامى مال المدين وفاء لما التزمه للغير وجعل
للدائن حق المحافظة على ماله بمراقبته على تصرفات مدينه فما دام المدين يملك أكثر من دينه
فلا يمنعه أحد فى تصرفه وليس لأحد عليه سبيل إلا إذا تبرع بما يضعف قدرته على السداد
بنقص ماله عن الدين فالغرماء الدخول إذا ومنعه من هذا التبرع والمديان أو الملتزم له أحوال :
١ — ماله كثير ودينه قليل ، يتصرف كما يشاء بعوض و بغير عوض اطلاقاً فى جميع
التصرفات إلا إذا تبرع بما ينقص قدرته على الدفع فللدائنين منعه .

٢ — ماله قدر دينه أو أحاط الدين بماله فيتصرف بعوض فقط ولا يهب ولا يتصدق
ولا يوقف ولا يضمن ولا يعطى قراضاً فلو فعل فلدائنيه طلب ابطال تصرفه من الحاكم محافظة
على مال غريمهم للوفاء منه كما يمنع من قضاء بعض ديونه أو قضاؤها قبل الأجل .
٣ — أحاط الدين بماله وأشهر افلاسه فلا تصرف له اطلاقاً لا تبرعاً ولا بمعاوضة ، ولدائنيه
الحق فى ابطال تصرفاته التى حصلت بعد إحاطة الدين بماله .

فللدائنين الحق في رفع دعوى إبطال تصرفات المدين في حالة احاطة الدين بماله وفي حالة الإفلاس من باب أولى ، وللدائنين الحق في إبطال عقود والتزاماته التي تضر بديونهم يعني التي من شأنها اضعاف قدرة السداد لديونه ، ولهم الحق في الدعوى مكانه في المطالبة بحقوقه التي أهلها وحقوق الدائنين تستوى فيها المديونية الأصلية أو المديونية بطريق الضمان ما دام المضمون ليس أهلا للسداد .

ولا داعى لتسمية دعوى إبطال عقود المدين وتعهدهاته الضارة بدائنيه باسم (دعوى پولين) ولا داعى لتسمية دعوى المحافظة على مال المدين باسم (دعوى ابلينك) لأن هذا حق مقرر للدائن في التشريع الإسلامى من ابتداء وجوده للآن ، وهو يظهر بوضوح أن التشريع الفرنسى نقل هذين الأصلين عن التشريع الإسلامى ولكن للاغراب والاعجاب بمن تقدم لاقرار هذا التشريع أسماء باسم (دعوى پولين ودعوى ابلينك) لأن هذا الحق لم يكن مقررا في التشريع الرومانى ولم يكن مقررا قبل هذه التسمية ، ولكن من الخزى والعار على السارقين والتافلين عدم الاعتراف بمأخذ هذا التشريع وهو التشريع الإسلامى بل نسباه لأنفسهما ، وما كان لهما وجود في الحياة ولا لأبائهم ولا لأجدادهم الى سابع جد يوم أن كان الحكم الإسلامى في بلادهم يحكم بهذه المبادئ السامية سنة ٨٠٠ ميلادية . (بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق) .

ودعوى بطلان تصرفات المدين الضارة بسداد الديون ترفع من أحد الدائنين باسمه بصفته دائنا ضد الملتزم له أو الدائن وضد نفس المدين ، ودعوى اقتضاء حقوق المدين من الغير محافظة على ماله ترفع باسم أحد الدائنين أيضا بصفته دائنا ، وموضوع الدعوى في بطلان تصرف المدين وفي اقتضاء حقوقه يراد بهما حفظ مال المدين لسداد ديونه .

دعوى الدائن باسم مدينه (دعوى ابليك)

القانونه الفرنسى — دعوى الدائن باسم مدينه هو الحق الذى منحه القانون إلى الدائن ليمارس رفع الدعاوى وليحصل على حق مدينه بدلا عنه باسم مدينه المهمل لحقوقه .
وهذه الدعاوى ترفع للمحافظة على أملاك المدين الضامنة للدين وللتنفيذ أيضا فتدخل فى أملاك المدين ما يصح التنفيذ عليه .

ليس للدائن التدخل فى إدارة أملاك مدينه ولا اصلاح ما تلف منها ولا ما أهمل منها بهذه الدعوى ولكنه يحافظ عليها فقط ضد الغير ومنه ، فيرفع دعوى لاسقاط حق سقوط الحق بمضى المدة ويرفع على مدينه لطلب دينه وهكذا .

وتمتد حقوق الدائن فى رفع هذه الدعاوى إلى كل دعوى يحق للمدين أن يباشرها ما عدا ما يتعلق بشخصية المدين نفسه فليس للدائن تدخل فيها وذلك :

أولا — حقوق العائلة التى لا مال فيها . حق السلطة الأبوية . الحقوق الناتجة من سلطة الزوجية . حق طلب التفريق الجسمانى أو الطلاق .

ثانيا — الحقوق المستمرة كحق السكنى والمرور ، والحقوق غير القابلة للحجز . حق استعمال المعاش الوراثى .

ثالثا — دعوى طلب انفصال الأملاك القانونى . دعوى استرجاع الهبة ممن أساء إلى الواهب . دعوى تعويض الضرب والشم والاحتقار .

ويحوز للدائن استعمال حقوق مدينه الآتية :

١ — دعوى إلغاء العقود بسبب عدم أهلية المدين .

٢ — دعوى إلغاء الشهادات القضائية التي حصل فيها غش أو خطأ أو إكراه .

شرط استعمال دعوى المدين :

يشترط في الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه أن يكون دينه حالا واجب الأداء فلا يستعمل هذا الحق دائن مؤجل دينه ولم يحل أو مشروط بشيء معلق أو ملغ ولم يتحقق .
ويجوز للدائن استعمال حق مدين مدينه مثل مدينه سواء بسواء خلافا لمن قصر هذا الحق على المدين فقط .

وليس بلازم أن ينبه الدائن مدينه باستعمال حقه أو ينذره فإذا لم يعمل استعمال حق مدينه بدلا عنه ، وإنما عمليا يجب على الدائن ادخال مدينه في الدعوى فيكون الحكم في مواجهته حائزا صفة الشيء المقضى به .

نتيجة رفع الدعوى باسم المدين :

بين الدائن والمدعى عليه — للمدعى عليه الحق في معارضة الدائن بجميع دفوعه القانونية التي كان يمكنه الدفاع بها ضد المدين .

بين المدين والمدعى عليه — تعتبر الدعوى موجهة من المدين نفسه إلى المدعى عليه فتسرى جميع أحكام دعاوى بين الطرفين كما إذا كان رفعها المدين شخصا ، وإنما الدائن دخل في الدعوى كوكيل عن مدينه قانونا .

بين الدائن والدائنين الآخرين لنفس المدين — يعتبر الكسب عاما للجميع لا يختص به رافع الدعوى لأن الدعوى معتبرة قانونا من المدين والدائن نائب عنه فيقسم ما نتج عن القضايا بين الجميع .

دعوى مباشرة — نتج من وكالة الدائن عن مدينه قانونا في رفع دعاويه باسمه أن ما يكسبه

يكون جزءا من أموال مدينه فيعود على جميع الدائنين الآخرين فرأى القانون أن هناك بعض دعاوى يختص بها الدائن عدلا ولا يشاركه الدائنون الآخرون في نتیجتها وهى :
أولا — مالك العقار يرفع دعوى على المؤجر من مؤجره للحصول على الأيجار المتأخر طرفه إلى مؤجره الأصلي .

ثانيا — العمال لهم الحق فى رفع دعوى ضد المالك الذى تعاقد مع المتعهد للعمل الذى استخدم فيه هؤلاء العمال فيتقاضون أجورهم المتأخرة طرف هذا المتعهد ما دام له باقى طرف المالك .

ثالثا — محضر الدعاوى الوكيل عن الطرف المحكوم له يمكنه رفع دعوى بما أنفق لموكله ضد من خسر القضية مباشرة بدون وساطة المحكوم له .

رابعا — للموكل رفع دعوى ضد الشخص الذى أنابه عنه الوكيل بدلا عنه .
فى هذه الحالات للدائن رفع دعواه مباشرة على من ذكر ويختص بما يرجعه فى هذه الدعاوى وحده لأنه هو الذى أوجد هذه الزيادة فى مال المدين فهو أولى بها من غيره من الدائنين .

بند [١٣٨]

دعوى الدائن باسم مدينه :

التسريع الإسلامى — متى أهمل المدين فى المحافظة على حقوقه بعدم المرافعة أو الطلب فللدائن طلب هذه الحقوق محافظة على مال المدين ليكون فيه الوفاء ، ويمتد حق الدائن فى رفع دعاوى مدينه إلى كل حق يجوز للدائن طلبه شرعا ويكون ممولا ، وليس للدائن التعرض للأحوال الشخصية إلا إذا كان فيها مال كما سيأتى .

فحق السلطة الأبوية ، والحقوق الزوجية ، وحق السكنى والمرور ، وحق الاستحقاق في الوقف متى كان مشروطا فيه شخصية المدين لا تدخل فيما يجوز للدائن مباشرته بدل مدينه محافظة على أمواله للسداد .

وأما الطلاق على مال أو الخلع فانه جائز من الزوج ولا يتعرض له أحد لأنه قد يأخذ منها مالا أو يحيط عنه دين مهره أو غيرها ، فان وصل مال الخلع إلى يده فهو ملك للدائنين فان أعطاهم غيره فهو تبرع قطعاً فيمنع منه والغرماء ابطاله ، واما ان لم يصل المال إلى يده بأن قال ان أعطيت فلانا كذا أطلقته فلا تعرض لأحد عليه لأنه لم يضيع على غرمائه شيئاً لأن مثل هذا المال لم يكن منتظرا لهم وقت المداينة .

وأما الخلع من الزوجة المفلسة فلا يجوز لأنها ستدفع لزوجها بدل الخلع فينقص مالتها في سداد الدين ويضر بالغرماء ، إلا إذا كان بدل الخلع في ذمتها تدفعه من شيء يطرأ لها غير ما فلسنت فيه .

وأما العفو عن القصاص الذي لا مال فيه فهو جائز للمفلس وليس للغرماء اعتراض على ذلك بخلاف العفو عن قصاص فيه مال أو خطأ فلا يجوز ، ولا عفو عن قصاص وجب للدية .
والمدار في هذا على وصول المال ليد المدين فان قال لغريمه ان دفعت كذا لفلان عفوت عنك فدفعت عفوا عنه فلا شيء للغرماء .

وأما الضرب والشتم والاحتقار ففيها تعزير الحاكم بما يرى ولا حق للمضروب (إلا إذا كان من الجراح المنصوص على أرشها شرعاً) ولا للمشتوم ولا للمحتقر سوى ما يوقعه الحاكم على المعتدى بما يكون عبرة لغيره من المعتدين وإرضاء للمعتدى عليه ، وأما التعويض بالمال عن هذه الاهانات فليس من التشريع الإسلامي في شيء وقد سبق بحثه (في التعويض المدني) فارجع إليه .

فيرفع الدائنون دعوى إلغاء العقود بسبب عدم الأهلية في المدين ، وإلغاء التبرعات ،
والعقود التي حصل فيها غش أو خطأ أو إكراه وكان يجوز للدائن رفعها فأهل فيجوز للدائنين
رفعها بدله .

شرط استعمال دعوى المدين :

يشترط في استعمال حق المدين في دعاويه أن يكون دين الدائن حالاً مطلوب الوفاء فإن
كان مؤجلاً فليس له التعرض للمدين . وأن يكون مال المدين لا يفي بدينه ، فإن كان مال المدين
يوفي بحقه فليس له التعرض لمدينه إلا تبرعه بما ينقص ماله عن الدين فلو كان الدين ١٠٠ جنيه
ومال المدين ١٥٠ جنيهًا وتبرع بـ ٦٠ جنيهًا فيمنع لأنه ينقص رأس المال عن الدين . ومن باب
الحفاظه على الوفاء يجب ما تبرع به فللغريم منع من أحاط الدين ولو مؤجلاً بماله من تبرعه
وحق استعمال دعوى مدينه تشمل مدين المدين لأن مال مدين المدين هو مال المدين
و بإضافته لمال المدين يكون فيه الوفاء بشرط زائد عن الشرطين السابقين وهو أن يكون مال
المدين لا يفي بالدين ومال مدين المدين لا يفي بدين المدين - فإن وفى مال المدين فلا شأن
للدائنين بمدين المدين . وإن وفى مال مدين المدين بما عليه من الدين فلا يحق لأحد رفع
دعاويه لأن العلة انتفت وهي المحافظة على سداد الدين .

ومتى وجد الشرطان (حلول دين الدائن - وعدم وفاء مال المدين) يعنى إحاطة الدين
بمال المدين جاز للدائن أن يرفع دعوى المدين من غير إنذار ولا تنبيه . وعليه فقط إثبات هذين
الشرطين أمام القضاء لتبرير رفع الدعوى وطلب الحكم ليكون خصماً شرعياً (فعليه إثبات
أنه يداين زيدا وأن دينه حل وأن زيدا لم يؤده له ولزيد دين على عمر وقد حل ولم يطلبه
أضراراً بالطالب لأن زيدا قد أحاط الدين بماله وليس عنده ما يفي) لهذا يطلب المدعى الحكم له
على عمر بدفع مبلغ دينه كذا لمدينه زيد ليسدد دينه كذا الثابت في ذمة زيد الخ .

نتيجة رفع الدعوى باسم المدين

الدائن الذى يرفع الدعوى محافظة على مال مدينه ليستوفى منه دينه يمثل مدينه فيما يتعلق بحقوق مدينه فى مديونية فيصح لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن بما يجوز له أن يدفعها بها لو كانت مرفوعة من مداينة (الدفع - المقاصة - مضى المدة - عدم مشروعية الدين الخ) . كما يجوز له أن يدفع بعدم صحة مركزه كخضم لعدم استيفاء شروط رفع الدعوى مكان مدينه .

ونتيجة الدعوى متى كسبت أن يحاصص كل الدائنين فيها فلا يختص بها من رفعها لأن ما حكم به مال المدين وهو مشاع بين جميع الدائنين لا يختص به واحد دون آخر إلا ما استثنى كما يأتى :

أولاً - أجره الصانع فإنه يأخذها أولاً دون غيره مما فى يده . فإن أفلس شخص وكان قد ا كترى صانعاً ينسج له ثوباً مثلاً أو يصبغه وأتم عمله أو يخططه ولم يدفع له أجره فرفع عليه دعوى بأجره فيأخذ أجره مما تحت يده أولاً دون بقية الغرماء وما بقى يشترك فيه الدائنون غيره .

فإن أفلس قبل عمله فالصانع بالخيار إما أن يرد موضع العقد ويفسخ الإجارة وإما أن يعمل ويحاصص مع الغرماء بأجره .

فإن كان المصنوع رد له قبل فلسه أو كان المصنوع لا يحاز كالبناء أو كان العامل يصنع الشيء عند ربه فلا يكون أحق به بل يتعين عليه أن يحاصص مع بقية الغرماء كما يحاصص أجير الرعى وحارس الزرع أو الأمتعة مع الغرماء ولا يختص بما تحت يده .

ثانياً - رب الدابة أو السفينة أحق بالحمول عليها حتى يستوفى أجرته إلا إذا قبضه ربه

وأفلس ثم طال الأجل عرفاً بعد القبض فيكون أسوة بالغرماء . وإذا كان أحق بالمحمول فالباقى من ثمن الحمل بعد الأجرة يكون بين الغرماء .

ثالثاً - من اكترى حانوتاً أو داراً وتجد كراؤها على المكترى حتى أفلس أو مات المكترى فهل رب الدار أو الحانوت أحق بما فيه من أمتعة أم لا وهو مساو للغرماء خلاف بين أئمة المالكية . فقال ابن رشد إن أرباب الدور والحوانيت يكونون أسوة بالغرماء اتفاقاً كما نقل عن ابن القاسم . وقال ابن عرفة هذا خلاف نقل الصقلي حيث جعل هذا قول الجماعة إلا عبد الملك فإنه جعل رب الدور والحوانيت أحق بما فيها من الأمتعة قياساً على الدواب تكترى للحمل عليها فيفلس المكترى فربها أحق بالحمل في أجرته - وقال ابن الماجشون هذا ما جرى العمل به بفاس .

رابعاً - من أجر أرضاً للزراعة ثم أفلس قبل أن يدفع إيجارها وكان بالأرض عمال يزرعون ويستقون ويقومون بخدمة الزراعة فإن رب الأرض يختص أولاً باستيفاء الكراء من الزراعة للسنة المزروعة وما قبلها وما بعدها إن لم يفسخ العقد ويأخذ أرضه - ثم يلي رب الأرض العمال الزراعيون الذين يقومون بخدمة الأرض . ثم يلي هذين مرتبهن الزرع الذى رهن المكترى المفلس زرعه عنده فى دين تداينه منه . فإن بقى شئ بعد هؤلاء حاصص فيه الغرماء وسواء جز الزرع أم لا . ومثل الزرع الغرس والبناء .

والمكبرى إبقاء العقد فى الكراء اذا أفلس المكترى قبل استيفاء المنفعة ويحاصص بالأجرة ان كانت استوفيت أو ببعضها بقدر ما أستوفى منها وله فسخ العقد وأخذ عين شئته وبناء على هذا للمالك الحق فى رفع الدعوى ضد مستأجر مدينه للحصول على الإيجار المتأخر طرفه إلى مؤجره الأصلى ويختص بما وجدته فى العين المؤجرة على ما جرى عليه العمل بالمغرب .

ومتى كان صاحب العمل مدينا للمتعهد وبقى العمال من أجورهم شىء جاز لهم رفع دعواهم ضد صاحب العمل لأنه مدين لمدينهم ومدينهم لم يرفع الدعوى لتحصيل حقه وهم أولى بالحل محل مدينهم ، وقياسا على النص فى عمال الزراعة فان هؤلاء يختصون بما يكسبونه من التقاضى سداداً لأجورهم .

ومثل العمال المحامى فى قضية خسرها خصم موكله وكسبها له ذلك المحامى لأن خاسر القضية مدين لمن كسبها ومن كسبها مدين للمحامى فى أتعابه .

بند [١٣٩]

دعوى إبطال تصرف المدين (دعوى پولين)

القانون الفرنسى :

دعوى بطلان تصرف المدين هى صفة منحت للدائن لرفع دعوى سقوط تصرفات مدينه الخادعة والتى تسبب له ضررا ، وهى المأخوذة من القانون الرومانى كما يقولون .

أساس هذه الدعوى المحافظة على مال المدين الذى هو ضمان لدينه ، وترفع الدعوى باسم الدائن مباشرة بوكالة عن مدينه قانونا ، وهى تستعمل لإرجاع ما خرج من مال المدين فيحجز عليه ويباع سداداً للديون .

وهذه الدعوى ترفع لبطلان كل عمل أفقر المدين فى ماليته بإخراج بعض أملاكه من ملكيته ، لكن لا يجوز إبطال عمل امتنع المدين عن استعمال حقه فيه ليكون موسرا كامتناعه عن قبول هبة ، وكل ما يلزم الدائن عمله أن يحافظ على مال مدينه الموجود والذى سيوجد لا أن يطلب منه الزيادة واليسار .

ويستثنى من الأعمال التى يجوز للدائن مهاجمتها وإبطالها من تصرفات مدينه ما يأتى :

أولاً — دفع المدين دينه إلى أحد دائنيه مفضلاً له عن الآخرين عند حلول أجل الدين ،
فليس لأحد الدائنين رفع دعوى بطلان الدفع لأنه أدى واجباً .

ومع ذلك في مادة التفليس منع القانون الدفع لأحد الدائنين دون الآخرين .
ثانياً — الدين الذي تعاقد عليه المدين حديثاً مهما كان فليس لأحد الدائنين السابقين
الاعتراض عليه وإبطاله .

ثالثاً — قسمة التركة التي دعى إليها المدين ليجريها مع بقية الورثة — للدائن الحضور
في دعوى القسمة خوفاً من غش أو تواطؤ مع بقية الورثة ، لكن متى تمت القسمة فليس له
طلب إلغاؤها .

شروط استعمال دعوى إبطال تصرفات المدين :

لصحة استعمال حق دعوى إبطال تصرفات المدين شرطان :

أولاً — حصول الضرر الذي أصاب الدائن — ليس كل تصرف للمدين يبيح تدخل
الدائن لنقض هذا التصرف ، بل يجب أن يكون التصرف قد ألحق ضرراً بالدائن كأن أفلسه
أو جعله يتوقف عن سداد دينه .

ثانياً — حصول غش من المدين في تصرفه ولو بغير نية إلحاق الضرر بالدائن ، بل معرفة
أن هذا التصرف يضر بالدائن وقت التصرف .

وتنازل المدين عن ميراث أو حق مستحق له يحتاج إلى وجود ضرر للدائن وغش من
المدين حتى تصح دعوى بطلان تصرفه .

والذي له الحق في استعمال هذه الدعوى من الدائنين هم السابقون على تصرف المدين
لا اللاحقون لعدم إلحاق الضرر بهم ، وإثبات أسبقية الدين على التصرف الضار بالدائن ،
(٢١ مقارنات — ثان)

تكون بكافة طرق الإثبات ، فإن كان الغش قد قصد به الدائنون الحديثون وقد تعاقد معهم المدين معتقدين وجود هذه الأملاك له وقت التعاقد ، ثم تبين أنه تصرف فيها قبل تعاقد معهم ليفلت من ضمان أملاكه ، جاز لهؤلاء الدائنين دعوى بطلان التصرف .

ويشترط في دين المدين الذي يستعمل الدائن له هذه الدعوى أن يكون حالاً مستحقاً ، فإن كان لأجل ولم يحل أو كان بشرط ولم يتحقق الشرط فليس للدائن استعمال هذا الحق .

دعوى إبطال تصرف المدين ليست موجهة للمدين أصالة مباشرة لأنه لا فائدة منها ولكنها موجهة أولاً وبالذات إلى من تعاقد معه المدين كالاتي :

(١) في العقود المزمرة من طرف واحد — ترفع الدعوى ضد الممتلك ولو كان حسن النية لأن يساره بهذا التعاقد سيفقر الدائن ، والدائن أولى ، ولأنه يدافع عن يسار طارئ ولكن الدائن يدافع عن حق سيضيع ففضل القانون الدائن .

(٢) في العقود المزمرة للطرفين — يجب التفرقة بين ممتلك حسن النية وممتلك سيئ النية فإن كان الممتلك حسن النية فيبقى التعاقد كما هو لأن الدائن والمشتري من المدين مثلاً متعادلان في الحقوق ، كل يدافع عن حقه فأبقى القانون التعاقد سليماً .

وإن كان الممتلك سيئ النية فقد أعان المدين على الفرار من سداد ديونه وشاركه في الغش ضد الدائن ، فوجب انتزاع ما تملك وتفضيل الدائن عليه فينقض التعاقد وتعود العين للملك المدين .

والدعوى بطلان التصرف ضد الممتلك من المدين تتبع التفصيل السابق ويحكم بقبولها وعدم قبولها إذا كان الممتلك الأول حسن النية أو سيئ النية .

نتائج دعوى إبطال تصرف المدين :

هذه الدعوى شخصية للدائن وليست دعوى حقيقية وهى نوع من دعاوى إلغاء العقد وهى ترفع باسم الدائن مباشرة ضد من تعاقد معه مدينه أولاً وبالذات ونتائجها هى :

أولاً — بين الدائن المدعى والشخص الثالث المتعاقد مع المدين — نتيجة الدعوى إلغاء التعاقد والحجز على العين المتملكة وبيعها لصالح الدائن ولو بين يدي الممتلك من المدين .

ثانياً — بين المدين والشخص الثالث المتعاقد معه — تبقى آثار العقد صحيحة بينهما ، بحيث إذا بقي من ثمن الشيء المتملك شيء بعد استيفاء دين الدائن الذى ألغى التعاقد يرجع هذا الباقي إلى المتعاقد مع المدين لا إلى المدين نفسه .

ثالثاً — العلاقة بين الدائن المدعى والدائنين الآخرين لنفس المدين — بما أن أساس هذه الدعوى أنها شخصية وترفع من الدائن باسمه لا نيابة عنه فنتيجة التقاضى يختص بها المدعى فقط حتى يستوفى منها جميع ديونه ولا يشاركه فيها أحد من بقية الدائنين إلا إذا دخل مدعياً فى الدعوى ، بقوة الشيء المحكوم فيه خاصة لأطراف التقاضى لا للغير .

بند [١٤٠]

دعوى إبطال تصرف المدين :

المشريع الإسلامى :

سبق أن ذكرنا أن المدين متى أحاط الدين بماله حتى ولو ساواه ليس له أن يتصرف بدون عوض فلو تصرف بهبة أو صدقة غير مألوفة أو قرض أو وقف بل ولو عارية جاز لدائنه منع تبرعه بمعنى أن يرفعه إلى الحاكم فيحكم ببطالان هذا التصرف فيعود إلى ملك المدين ليسكون له قدرة على الوفاء بالتزاماته .

وسبق قررنا أن المدين الذي قرر الحياكم إفلاسه يمنع من التصرف إطلاقاً حتى ولو كان تصرفه بعوض كبيع وشراء لأن ماله انتزعت ملكيته منه للغرماء ، فلو تصرف فيه بعد ذلك فهو تصرف فيما لا يملك ، وهى تصرفه باطل لأنه مجبور عليه لغرمائه كما قرر ذلك ابن عبد السلام ، أو تصرفه موقوف على نظر الحاكم امضاء وردا أو موقوف على نظر الغرماء وهو الظاهر خلاف .

فرد تصرف المفلس حقيقة أو من أحاط الدين بماله أو ساواه هو لإرجاع ما خرج من مال المدين لسداد ديونه ، فهو للمحافظة أيضاً على مال المدين الذى هو ضمان للوفاء بالتزاماته .

لهذا كانت هذه الدعوى لإبطال تصرفات المدين التى أفقرته فليس للغرماء إذاً إجباره على التكسب للوفاء أو قبوله هبة لا يريد قبولها ، أما الميراث الذى فيه فضل بعد دين التركة فواجب المدين قبوله وإلا أقام أحد الغرماء الدعوى واستلمه للجميع لأنه حق الدائنين فتركه ضياع لمال الغير وهو ممنوع .

أما دفع المدين دينه إلى أحد دائنيه فلا يخلو حاله ، إما أن يدفع المدين لأحد دائنيه كل ما فى يده ويترك بقية الغرماء فهو ممنوع اتفاقاً . وللغرماء رده لأن مال المدين ملك مشاع بين الدائنين بحسب حصة كل غريم . وإما أن يدفع المدين لأحد دائنيه بعض ما فى يده على امساكه بعض ماله ليعامل به الناس ، ففي ذلك خلاف العلماء = فيجوز وعلى المدين تحريك بعض ماله الباقي ليسد به دينه بشرط أن يبقى بعد الدفع للبعض ما يمكن المعاملة به لوفاء من بقي أو جبر ما أعطى للبعض ، وقيل لا يجوز ويرد ما دفع ليقسم بين جميع الغرماء بنسبة ديونهم .

أما إعطاء أحد الدائنين دينه قبل حلول أجله فممنوع ، أو إعطاء كل ما بيده للغريم ولو حل دينه ، فإن أعطاه فالظاهر رد الجميع ليحاصص كل الغرماء .

ولأحد الدائنين رفع دعوى البطلان لأن الضرر لحق بالدائنين الذين لم ينالوا شيئاً من دينهم وانه وإن كان المدين أدى واجباً ولكنه في الحقيقة أضر بالباقيين والضرر يمكن رفعه فجاز رفع الدعوى ببطلان التصرف .

أما الالتزامات التي يتعاقد عليها المفلس بعد الحكم بإفلاسه ملتزماً به في ذمته لغير أرباب الدين على أن يوفيه من مال يطرأ لا مما في يده فهي جائزة ولا يمنع منها .

وأما قسمة التركة التي ورث منها المدين فيجوز للغرماء الإشراف على عملها ، فإن وجدوا غشاً أو تدليساً فلهم رفعه للحاكم حتى ولهم طلب تفتيش منزل المدين خوفاً من أن يكون أخفى فيه شيئاً عنهم ، وللغرماء طلب تعيين أمين إذا لم يثقوا في عمل مدينهم ليتولى القسمة مع بقية الورثة وللقاضى القول الفصل في نظر المصلحة .

فإذا تمت القسمة دون حضور أحد الغرماء وأثبتوا للحاكم وجود الغش والمحابة فيها بالدليل الشرعى وأن هذا فيه ضياع لحقوقهم نقضت القسمة كما إذا ظهر الجور أو الغلط في القسمة ظهوراً بيناً فتتنقض القسمة أيضاً ، لأن حق نقض القسمة ثابت للمدين بهذه الصفة فيثبت لمداينه كذلك وليس هذا من قبيل الأحوال الشخصية التي لا شأن للغريم بها لأنها مسألة مالية تهم الدائن بحافظة على ماله فله ذلك

شرط استعمال دعوى إبطال التصرفات

يشرط لصحة استعمال حق إبطال تصرفات المدين :

- (١) أن يحيط الدين بمال المدين فيمنع من التبرعات وترفع الدعوى ببطلانها .
- (٢) أن يحكم بإفلاسه فيمنع من جميع التصرفات المالية والتبرعات وترفع الدعوى من

الغرماء أو من أحدهم ببطالان التصرف من مدينهم .

(٣) حلول دين الغرماء المحيط بمال المدين ، أو حلول بعض الدين المطالب به وعدم وفاء مال المدين لدينه المؤجل .

ومتى اجتمعت هذه الشروط يفرض المشرع أن الضرر واقع لا محالة ولولم يحصل غش من المدين حتى لو تنازل المدين عن أى حق مقوم بالمال ويمكن بيعه أو مال فيعتبر ضرراً بالدائن فله الحق في طلب نقض هذا التصرف و بطلانه .

والذى يملك هذا الحق من اعتمد على سداد التزامات مدينه من ماله الذى تحت يده أو من ماله الذى حصله أو وصل إليه قبل إحاطة الدين بماله أو الحكم بإفلاسه .

فإن حكم بإفلاسه ثم تعامل معه شخص آخر غير دائنيه القدماء وقد كان المدين تصرف قبل إفلاسه بشئ لا حق له في التصرف فيه فليس له الحق في طلب إبطاله ولو رفع الدعوى بإبطاله وحكم فيها فلا حق له في المحاصة بدينه الجديد مع الغرماء السابقين إلا إذا بقى منهم شئ .

كما أنه إذا أفلس زيد واقتسم غرماءه ماله ثم تعامل مع آخرين ثم أحاط الدين بماله الذى حدث من تجارة مثلاً مع من تداين منهم حديثاً فإن الغرماء الجدد يختصون بمال هذا المدين في تفليسته الجديدة ولا يحاصص معهم الأقدمون إلا إذا بقى شئ ، فيكون بين الأقدمين فإن كان المال من ميراث ، أو هبة ، أو صدقة ، أو وصية ، أو دية ، فيجبر عليه مرة أخرى للدين الأول أيضاً ، وسيأتى تفصيل ذلك في باب الفلس بحول الله وقوته .

فإن غش هذا المدين دائنيه الجدد بأن أظهر ملاءه ويساره ثم تبين أنه على غير حقيقة حبسه الحاكم حتى يدفع أو يأتى بحميل ، فإن تبين أن تصرفه السابق كان مقصوداً به التهرب من الوفاء

بالتزاماته كما إذا باع لامرأته أو لولده قبل التعاقد مع الغير وزوجه وابنه لا مال عندهما لدفع الثمن فيصح للغرماء طلب إبطال هذا التصرف وجعل ما تصرف فيه ضمن أمواله التي منها وفاء التزاماته .

دعوى إبطال تصرفات المدين موجهة إليه قطعاً لأنها بطلان تصرفاته وإلزامه نتيجتها مع من تعامل معه ، فإن المدعى يطلب في دعواه الحكم له على المدين المتصرف ببطلان تصرفه وتحمله بما يترتب على هذا التصرف وإلزام من تعاقد معه برد ما أخذه في هذا التعاقد وله أن يرجع إذا شاء على المدين بأثمن في ذمته ، وعلى هذا :

١ — ففي العقود الملزمة من طرف واحد ، يعتبر تبرعاً كالهبة والصدقة الخ مثلاً فيجب أداء الواجب أولاً وهو سداد الدين قبل التبرع وهو سنة أو مستحب ، ولا شك أن التبرع قد أضر بالدائن والضرر مدفوع ولا ضرر على المتبرع له لأنه لم يكن في ملكه شيء أصالة وانتزع منه بل يعتبر هو متعدياً على الغرماء .

٢ — وفي العقود الملزمة للطرفين . لا فرق بين حسن النية وسيئ النية في هذا التعاقد لأن من أحاط الدين بماله وحكم بإفلاسه قصد الفرار بماله بهذا التعاقد وعدم الوفاء فيعامل بنقيض قصده ، على أنه يعتبر بتصرفه هذا فضولياً تصرف في مال الغرماء فيتوقف على رضائهم وعلى من تعاقد معه البحث عن حقيقة من تعاقد معه لأن المدين محجور عليه لغرمائه فلا تصرف له إلا برضائهم ، كمن تعاقد مع صبي وسفيه محجور عليهما ، ولا شك أن حق الغرماء ثابت مقرر اتصل به القضاء بالحكم بالإفلاس وحق من تعامل معه بعد ذلك طارئ فيقدم الأسبق في الاعتبار دون الطارئ ، كمن تعامل مع مفلس بعد إفلاسه وكان ماله لم يقسم بين الغرماء فلا يأتي هذا المتعامل حديثاً فيحاصص مع الغرماء السابقين قبل الحكم لاختصاصهم بمال مدينهم . إذاً لا فرق بين حسن النية وسيئ النية في هذه المعاملة فلا ينظر إليها إنما ينظر إلى أنه

تصرف ممن أحاط الدين بماله أو ممن حكم بإفلاسه فهو تصرف موقوف على إجازة الدائنين أو تصرف موقوف على إجازة الحاكم أو تصرف باطل خلاف (سبق ذكره) فدعوى بطلان التصرف مقبولة من الدائن على كل حال كان من تعامل معه المدين حسن النية أو سيئها .

نتائج حكم بطلان التصرف

هذه الدعوى (دعوى بطلان التصرف) وإن كانت تعتبر شخصية يعنى رفعها أحد الغرماء وطلب الحكم فيها بإلغاء تصرف المدين ورد ما تعاقد عليه الطرفان إلى مال المدين غير أن نتیجتها للجميع لأنه لا يختص بها أحد الغرماء لأنه ترجيح بلا مرجح فكل الغرماء دائنون ومال المدين ضامن للسداد بقدر مشترك بين الجميع حسب حصة كل دين فنتيجة الحكم تكون للجميع إلا ما ورد فيه الاختصاص لمعنى ملحوظ فى مسائلها كالك دكان ومنزل مثلاً على بعض الأقوال السابقة فهو أحق بما فيها حتى يستوفى كراءه ، وكذلك أرض آجرها وزرعت وأفلس المستأجر قرب الأرض أولى بالزرع حتى يستوفى قيمة الإيجار لأن المتاع والزرع كانا الصق بالعين المؤجرة فصاحبها أولى بحقه منها ، ومؤجر السفينة والدابة لحمل أفلس صاحبه قبل دفع الكراء ولم يستلم الحمل قرب السفينة والدابة أولى بالحمل لاستيفاء حقه منه ، والصانع الذى أتم عمله ولم يسلم السلعة للذى أفلس ولم يقبض أجر عمله فهو أولى حتى يستوفى أجر عمله .

كل هؤلاء يختصون بما ذكر لكل واحد فمن رفع منهم دعواه وحكم له فهو أولى بما تحت يده .

ولكن ليس مجرد الترافع يقضى بالأفضلية والاختصاص ، ولئن رفع الدعوى أخذ ما أنفقه على التقاضى من مال المدين على الجملة أولاً قبل اقتسام مال المفلس لأنه دفعها من ماله الخاص

فهو أولى بها أولا ولا يحاصص مع الغرماء لأنه لولا ترافعه لما وصل للغرماء هذا الكسب من نتيجة التقاضى .

وحكم من تعاقد معه المدين بعد إلغاء التعاقد كحكم من استحققت من يده السلعة كلها أو بعضها فتجرى عليه أحكام ذلك ، وما دام العقد الذى بين المدين والشخص الثالث سيلغى فليس للشخص الثالث إلا القيمة أو المثل يوم الإلغاء فلا يعود إليه شىء من ثمن ما ألغى التعاقد فيه إلا إذا استوفى الغرماء وبقى منهم شىء فيأخذ من المطلوب له من المدين الذى تعاقد معه . ولا يشترط فى اشتراك الغرماء فى نتيجة هذه الدعوى أن يدخلوا فى هذه الدعوى مدعين ، بل يوضع الشىء الذى حكم به ضمن مال المدين ثم يحاصص كل دائن حسب دينه ولا يختص به أحد إلا ما ذكر من الاستثناء السابق .

ولا دخل لحوز قوة الشىء المحكوم به لأطراف التقاضى فى وضع ما حكم بإلغاء التصرف فيه فى مال المدين ليقسمه الجميع لأن مال المدين للجميع وهو ضامن للسداد .
(نتيجة للمقارنات من بند ١٢٦ إلى نهاية ١٢٩)

يتفق التشريعان فى :

نظرية الخسارة — دعوى الدائن باسم مدينه — شروط استعمال هذا الحق (دعوى ابليلك)
نتائج دعوى الدائن باسم مدينه — دعوى إبطال تصرف المدين (دعوى پولين) — شروط استعمال هذا الحق .

ويختلفان فى :

تعويض الضرر للدائن عند عدم تنفيذ الالتزامات — الشرط الجزائى — نتائج حكم بطلان التصرف .

خصوصيات الالتزامات المركبة

القانون الفرنسي :

الالتزامات المركبة هي العقود المتضمنة شروطاً كالأجل أو الضمان أو عدم الانفراد الخ :
أولاً - الشرط - وهو حادث مستقبل وغير محقق يتعلق بوجود أو عدم وجود حق عليه .

وأسباب الإلغاء المتعلقة بالشرط هي :

١ - الشرط المستحيل وغير القانوني وهو الشرط المستحيل حصوله كلب السماء ، وغير القانوني كالتخالف للقوانين العامة أو للآداب (كان لمست السماء بإصبعك أعطيك ألفاً ، وإن صفت فلانا قلما فلك مائة فرنك مثلاً) .

وحكم ذلك أن العقد الملزم للطرفين كالبيع يكون باطلاً بطلاناً عاماً .

والعقد الملزم لطرف واحد كالهبة والوصية يبطل الشرط ويصح العقد وكأن الشرط لم يكن .

٢ - الشرط الاختياري ، وهو ما كان وجوده متعلقاً بإرادة أحد الطرفين والشرط الاختياري نوعان : الأول ما كان متعلقاً بإرادة المدين خاصة نحو إن أردت . والثاني ما كان متعلقاً بإرادة أحد الطرفين وبالصدق (كإذا ذهبت إلى مكان كذا) وكان ممكناً .

وحكم ذلك أنه في العقود الملزمة للطرفين فيما كان متعلقاً بإرادة المدين يكون العقد لاغياً ، وصحيح فيما إذا كان متعلقاً بإرادة الطرفين والصدق وأنه متى تحقق الشرط صح .
وفي العقود الملزمة لطرف واحد فالعقد باطل بإدخال شرط كهذا فيه .

نتائج الشرط :

أولاً : الشرط المعلق :

١ - قبل حصول الشرط ، حق الدائن موجود بشرط ولكن غير نهائى ، مُحقق غير موجود بصفة نهائية فينتج :

- (أ) ان الدائن لا يمكنه إجبار المدين على التنفيذ قضائيا قبل وجود الشرط .
(ب) إذا دفع المدين دينه للدائن خطأ قبل وجود الشرط فله استرجاعه لأنه دفع ما لم يجب عليه .

وينتج من أن حق الدائن موجود بشرط ما يأتى :

- (أ) ان الدائن يمكنه اتخاذ إجراءات تحفظية ضد مدينه .
(ب) إذا مات الدائن انتقل حقه المعلق بشرط إلى ورثته معلقا بنفس الشرط .
٢ - بعد حصول الشرط ، متى حصل الشرط وجد الحق وكأنه موجود من تاريخ التعاقد ويعمل وجوده فى الماضى من يوم التعاقد وكأنه لا شرط .
٣ - فى حالة عدم تحقق الشرط ، متى تخلف الشرط فلا التزام وكأنه لم يكن هناك تعاقد قط .

بند [١٤٢]

الالتزامات المركبة

الشريعة الإسلامية - لا مانع شرعاً يمنع من تسمية الالتزامات أو العقود المتضمنة شروطاً أو أجلاً أو ضماناً أو عدم انفراد الخ التزامات مركبة .

فالشرط هو ما يتمسك به أحد المتعاقدين ويكون منتظرا حدوثه ويترتب عليه تعليق نفس الحق وجوداً وعد ما كان شفى الله مريضى فلك مائة قرش أو ان تزوجت بهند هذه فلا حق لك عندى وقد كان يداينه فى مبلغ مشروط فيه هذا الشرط .

فإن كان الشرط مستحيلا كان لمست السماء ووقع فى عقود تقبل التعليق فلا تنعقد هذه العقود بل تقع باطلة كوهبتك أو أعطيك مائة إن لمست السماء .

وإن كان الشرط حراما فعلا أو قولاً فهو غير لازم شرعا ، فالعقد على المستحيل والمحظور شرعاً باطل فالذى ينبى عليه كذلك ، وما لا يجوز فعلة لا يجوز أخذ الجعل عليه كان آذيت فلانا فلك مائة جنييه مثلاً فهذا غير لازم .

فإن كان العقد لا يقبل التعليق كالبيع وكان عقدها معلقاً بشرط مستحيل بطل العقد أصالة . وإن كان الشرط جائز الحصول وكان ممكناً من أحد الجانبين ، فإن كان من الملتزم كالبائع مثلاً كان أردت (بعثك دارى متى شئت) بطل العقد فى عقود التزام الطرفين وكذا فى غيرها لتعليق الحق بمشيئته ولا يعلم متى يشاء فهى مجهولة الوجود وأما جهل القدر المتبرع به مثلاً كوهبتك ما فى جيبى أو فاضل ربحى هذا العام فهى صحيحة لأن الجهالة فى القدر المتبرع به لا فى نفس وجود الحق .

فإن علق البائع مثلاً انعقاد البيع على إرادة زيد أو مشيئة عمر صح وكان كالخيار فإن علقه على مشيئة الله بطل لأنها غير معلومة لنا .

فإن علق الهبة على فعل جائز كان دخلت دارى فلك ألف أو إن جاء زيد فلك مائة صح العقد وتوقف على وجود الشرط وكذلك قوله إن شفى الله مريضى فلك مائة ، ومتى تحقق الشرط وهو دخول الدار أو مجيء زيد أو شفاء المريض وجب أداء المشروط . ويقضى على الملتزم بها .

وإن كان الشرط من الملتزم له وهو المشتري فإن كان يعود على نفس الالتزام بما ينافيه لا يصح كأن يلتزم المشتري بعدم بيع ما اشتراه ولا استعماله كركوب دابة مثلاً فهو شرط باطل .
والعقد المشتمل عليه باطل وكذا إن اشترط عدم أداء الثمن إلا كما يشاء أو إلى أجل غير مسمى فالعقد باطل .

وعلى الجملة فالتكلم على مثل هذه الشروط في غير أبوابها خلط لأن كل عقد له شروط وأركان قد تتنافى مع شروط العقد الآخر فمن باب حصر الافادة والاستفادة يجب الرجوع إلى كل باب على حدة لتعرف ذلك فيه ، ولكننا فعلنا هذه المقارنات تبعاً لما توخينا من السير كما سار عليه هؤلاء المؤلفون .

وقد سبق الكلام عليه في العقد بشرط فارجع إليه إن شئت .

بند [١٤٣]

حق معلق على شرط وحق مستقبل

القانون الفرنسي :

- بين الحقين اتفاق في أن كلا منهما خاضع لحادث مستقبل معلق عليه ، فالحق المعلق على شرط تحققه تابع لتحقيق شرطه . والحق المستقبل خاضع لوفاة المورث ويختلفان فيما يأتي :
- ١ — الحق المعلق على شرط أقوى من الحق المستقبل لأن الأول لا يمكن رفعه عن صاحبه وحرمانه منه والثاني يمكن للمورث التصرف في ملكه بهبة أو وصية لغير الوارث فليس عند الوارث إلا أمل في الميراث .
 - ٢ — يمكن للمالك الحق بشرط أن يتصرف فيه ببيع أو رهن أو أى تصرف فقط يكون

خاضعا للشرط المعلق بخلاف الحق المستقبل فلا يجوز التصرف فيه بأى تصرف من هذه قبل تحققه .

٣ - متى تحقق الشرط عمل به فى الماضى ليوم الالتزام ومتى وجد الحق المستقبل فلا يعمل به إلا من يوم تحققه فقط .

ثانيا الشرط الملغى - الشرط الملغى قسمان شرط ملغ صريح وشرط ملغ ضمنى وهما يكونان فى عقد الالتزام الملزم من الطرفين وحكمه كالآتى :

١ - قبل حدوث الشرط - للدائن الحق فى طلب تنفيذ الالتزامات .

٢ - بعد حصول الشرط - يعمل به فى الماضى من يوم الالتزام وكأنه لم يكن هناك التزام أو تعاقد ، وما تعاقد عليه المشتري من حقوق عينية يصبح لا قيمة له .

٣ - عند عدم حصول الشرط - تعتبر الالتزامات كأنها بدون شرط ولا قيد وتنفذ من الجانبين .

ضمان الخسارة فى حالة الشرط المعلق :

يفترض وجود طرفين لتحقيق حكم الخسارة :

١ - يلزم أن يكون فقد الشيء الملتزم به حصل قبل حصول الشرط فان فقد بعد حصول الشرط انتقلت المسألة إلى ضمان الخسارة فى تعاقد بسيط وقد تقدم حكمه .

٢ - يلزم أن يتحقق الشرط ، لأنه عند عدم تحقق الشرط يفرض أنه لم يكن ولا وجود له من وقت الالتزام .

ومتى تحقق الطرفان وتلف الشيء الملتزم به كلية كانت الخسارة على المدين وهو البائع مثلا وليس له مطالبة المشتري بالثمن ، فان كان التلف جزئيا فعلى المدين أيضا غير أن المشتري بالخيار بين قبول ما بقى من الشيء محل الالتزام بالثمن جميعه بدون نقص فيه وبين عدم القبول .

ضمانه الخسارة في حالة الشرط الملغى :

يلزم افتراض أن التلف الطارئ حصل قبل تحقق الشرط ثم تحقق الشرط بعد ذلك ، ولا يوجد نص قانوني على الحكم ولذا اختلف العلماء والرأى المعمول به ان الخسارة يتحملها المشتري مثلاً في البيع .

بند [١٤٤]

الحق المعلق على شرط ملغ والحق المستقبل :

القشربع الإسلامى — الحق المعلق على شرط (كان شفى الله مريضى فلك الف قرش)
تحققه تابع لتحقيق الشرط وهو شفاء المريض ، والحق المستقبل كحق الوارث في الميراث خاضع لوفاة المورث ، فالحق في كل منهما موجود .

فالحق المعلق على شرط قد لا يتحقق شرطه فلا يوجد والحق المستقبل يمكن ألا يكون كأن يموت المورث فقيراً أو يموت الوارث قبل استحقاقه الميراث ، وقد يبيع المورث أملاً كه قبل وفاته فلا يترك ميراثاً ، وليس للمريض أن يهب أو يتصدق أو يوصى من ماله بأزيد من الثلث لغير الوارث وللوارث لا تجوز له الوصية .

التصرف في الحق المعلق (كان قدمنا إلى المدينة فلك منزلى مثلاً) يجوز وهو خاضع للشرط لأنه أقرب إلى الوجود منه إلى العدم حيث كان الشرط ممكناً ، بخلاف الحق المستقبل فلا يجوز لوارث قبل تحقق استحقاقه أن يتصرف فيه لا يبيع ولا هبة ولا غيره على الأصح ، وقيل ان وهبه حال مرض مورثه الذى مات فيه لزمه وقيل لا .

الحق المستقبل يتلقاه صاحبه كما انتقل إليه بما له وما عليه ، وأما الحق المعلق فان كان الالتزام

لأجل معين كسنة أو شهر وكان الشيء الملتزم به معيناً كبيت ودابة فإن الملتزم يمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه ، فإن كان الأجل مجهولاً كان جاء فلان أو ان شفى الله مريضاً فإنه لا يمنع من البيع وكذا ان كان الشيء ليس معيناً .

فلو ضاع الشيء الملتزم به أو تلف بتفريطه لزمه قيمته ان كان قيمياً أو مثله ان كان مثلياً .

أما الشرط الملغى وما يترتب عليه فقد سبق الكلام عليه فارجع إليه ان شئت .

وأما ضمان الخسارة في الشرط المعلق ، فقد سبق الكلام عليه في البيع بشرط (كان لم تأت بالثمن لمدة كذا فلا يبيع بيننا) ، وقد بينا أن الضمان في البيع الصحيح يلزم المشتري بمجرد العقد وفي العقد الفاسد يلزم المشتري بالقبض ، وبيننا حكم عدم الوفاء بالالتزام بعد حلول وقت الأداء بما لا مزيد عليه فارجع إليه ان شئت .

وكذلك ابنا ضمان الخسارة في حالة الشرط الملغى .

بند [١٤٥]

الأجل

الفانورد الفرنسي :

الأجل هو حدث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال أو بوجود الحق .

نتائج الأجل المعلق — تتلخص نتائج الأجل في أمرين :

الأول : ان الأجل لا يمنع الالتزام من الوجود ، ومعنى هذا أن المدين لو دفع قبل الأجل فليس له استرجاع ما دفع بدعوى أنه أدى ما لم يجب عليه .

الثاني : الأجل يؤخر طلب الالتزامات ، فليس للدائن إلزام المدين بتنفيذ التزاماته ولكن له اتخاذ طرق تحفظية ضد مدينه .

التنازل عن الأجل - المفروض أن الأجل في الالتزامات لصالح المدين فله حق التنازل عن الأجل وإلزام الدائن بقبول دينه ، إلا إذا كان مشروطاً أن التنازل عن الأجل حق للدائن فلا يصح جبره على قبول حقه ، وإلا إذا كان الأجل للمصلحة العامة ، أو لصالحهما معاً ، فلا يصح التنازل من أحدهما فقط .

وبما أن الأجل من حق للمدين فيحرم منه لأحد أمرين :

أولاً - الإفلاس - متى أفلس المدين حلت جميع ديونه المؤجلة وكذا من أعسر عن الدفع أو صنى ديونه اختيارياً .

ثانياً - نقص الضمان المالى بفعل المدين عن وقت الالتزامات فتحل الديون المؤجلة لأنه ليس أهلاً لمنحه هذا الحق مادام يعمل على ضياع ثقة دائنيه فيه .

فإن نقص الضمان بحال لا دخل للمدين فيها فالمدين بالخيار إما أن يدفع دينه قبل أجله أو يقدم للدائن ضماناً كافياً لدينه وعلى الدائن القبول فلا يحل الدين .

الأجل المنحة - الأجل المنحة مقابل للأجل الاتفاقى أو القانونى ، وهو الأجل الذى تمنحه المحكمة إلى المدين التعيس ليتمكن من سداد دينه ، ولا يمنح الأجل القضائى فى الأحوال الآتية :

- (١) لا يمنح للمدين فى شيك مسحوب على البنك ولا فى سند تحت الأمر ، لأن هذه أعمال تجارية يجب أن تدفع فى مواعيدها مهما كانت الدواعى لتأكد سير التجارة .
- (٢) لا يمنح للمدين البنك العقارى الفرنسى لوجود قانون ينص على ذلك لمصلحة البنك .
- (٣) لا يمنح للمدين حكم عليه بدفع دينه فلا يرفع المدين لمحكمة أخرى ولا للمحكمة التى حكمت عليه طلباً لمنح الأجل .

(٤) لا يمنح لمدين في بيع حبوب أو سندات مالية بعد حلول أجل التسليم .

(٥) لا يمنح في البيع الوفاًى .

والفرق بين الأجل الاتفاقى أو القانونى والأجل المنحة ما يأتى :

(١) الأجل المنحة لا يمنع التعويض بخلاف الأجل الاتفاقى .

(٢) الأجل المنحة لا يمنع حجز ما للمدين تحت يد الغير .

(٣) الأجل المنحة يزول لأسباب كثيرة منها توقيع حجز من آخر على أموال المدين .

بند [١٤٦]

الأجل :

القشريع الإسلامى :

وهو مدة من الزمن لا يجب الوفاء بالالتزام فيه أولاً بياشر صاحب الحق استيفاء فيه فالبيع سلفاً أو الهبة بعد أجل يجب الوفاء بالالتزام فيهما بعد مرور الأجل فنفس الحق موجود ولكن استيفاءه أو لزوم أدائه مقرون بمرور الأجل .

فمن اقترض أو اشترى شيئاً لأجل فإن الأجل لا يوقف الالتزام لحصوله عند القرض أو عقد الشراء ولا يعلقه وإنما هو غاية للإيفاء فيؤخر تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحد الجانبين مدة من الزمن وهى مدة الأجل ، فمن أدى ما التزم قبل حلول أجل الالتزام فقد أدى ما وجب عليه فلا رجوع له .

وللغريم (الدائن) ولو تأجل دينه منع مدينه من إعطاء غيره من الغرماء قبل الأجل ،

ومن اعطاء كل ما بيده للغريم ولو حل دينه ، وللغريم منع من أحاط الدين بماله أو ساواه من تبرعه ومعنى هذا أن صاحب الحق المؤجل له اتخاذ الطرق التحفظية التي تكفل وجود ضمان في أموال مدينه للوفاء ، ولكن ليس له طلب إفلاسه ولا منعه من التصرف بمعاوضة لأنه يشترط لذلك حلول دين الدائن .

التنازل عن الأجل — قد يكون الأجل من حق المدين فقط فله التنازل عنه وجبر الدائن على قبول الدين ، وقد يكون الأجل من حقهما معاً فلا يجوز التنازل عنه من أحد الطرفين بل لابد من رضاها معاً ، وقد يكون الأجل من حق الدائن فهو صاحب الحق فيه بلا جبر عليه .

وللأجل علاقة قوية بمحل الاقتضاء أو الاداء المشروط الأداء فيه أو محل العقد إذا لم يكن هناك محل مشترك .

وقد يكون الدين ترتب في ذمة المدين من بيع شيء مؤجل تسليمه المعروف (بالسلم) وقد يكون الدين من قرض ، وقد يكون الدين عروض تجارة أو عينا (ذهباً أو فضة) ولكل حلالة من هذه الأحوال حكم خاص كما ترى .

أولاً — جاز قبل حلول الأجل قبول المسلم فيه (المبيع لأجل) بصفته فقط ، كما يجوز قبوله قبل الحل المشترك إن حل الأجل .

فاقتضاء المسلم حقه ممن هو عليه جائز بلا جبر حيث قضاء قبل الأجل أو الحل لأن الأجل في السلم حق لكل من المتعاقدين في غير النقد .

فاذا كان المسلم فيه نقداً أجبر المسلم على قبوله قبل الأجل إن طلب المسلم إليه لأن الأجل حق لمن عليه الدين .

وإن كان الدين قرضاً فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله كان القرض عيناً أو غيره .

ولزم المشتري القبول والبائع الدفع بعد الأجل والمحل .

ثانياً — لا يلزم المسلم إليه دفع السلم ولا المسلم قبوله بغير محله المشتري أو محل العقد عند عدم الشرط ولو خف حمله إلا أن يرضيا بذلك وذلك إذا كان الدين غير عين .

فإن كان الدين عيناً فالقول لمن طاب القضاء منهما حيث حل الأجل ولو في غير محل القضاء فيلزم رب الدين قبوله إذا دفعه له من هو عليه ، ويلزم من هو عليه دفعه لربه إذا طلبه ولو في غير محل القضاء .

ثالثاً — فإذا لم يحل الأجل فالحق لمن عليه العين في المكان والزمان ، فإذا طلب المدين تعجيل العين قبل انقضاء الأجل أو طلب دفعها في غير محل القضاء فإنه يجبر ربه على قبولها كانت العين من بيع أو قرض (إلا إذا وجد خوف قبل الزمان أو المكان فلا يجبر من هي له على قبولها إلا بعد الزمان أو المكان المشتري ربه قبضها فيه) فلو أجبره على قبولها وتلفت منه ضاعت على الدافع ، ولا فرق بين عين البيع والقرض على المعتمد هذه الأحكام عند عدم الشرط بين الطرفين في حق الأجل ، فإن كان شرط عمل به .

فعلم من هذا التفصيل أن الحق في الأجل للمدين بعين من يبيع حال أو سلم ، وللمدين أيضاً من قرض عيناً أو غيره فله أن يتنازل عنه كما له أن يتمسك به ولكنه يحرم منه جبراً في :

أولاً — الإفلاس بالمعنى الأخص (وهو الحكم بخلع مال المدين لغرمائه) فيحل بهذا التفليس ما أجل من الدين الذي على المفلس للغير إلا بشرط بعدم الحلول بالمفلس فيعمل بالشرط ولا يحل الدين بالتفليس إذن ، وأما الدين الذي للمفلس على غيره فلا يحل إلا بحلول أجله .

وأما انقاص الضمان المالى عن وقت الالتزام فلا يحل به الدين لأن المشرع جعل للدائن حق الرقابة البعيدة على تصرف مدينه فان فرط فى حقوقه بما ينقص مقدرته على الوفاء جاز للدائن رفع القضايا باسمه كدائن لحفظ مال مدينه ، وإن تصرف تصرفا يفقره قاصدا تعجيز نفسه عن الوفاء بالتزاماته جاز لدائنه طلب بطلان هذه التصرفات وهذا منتهى ما يمكن من حفظ حق الدائن ، لكننا لو أبجنا للدائن نقض الأجل لمجرد تصرف المدين بنقص فى قدرته المالية لجعلنا المديونية سببا مباشرا فى الرقابة الفعلية على تصرفات المدين وهو لا يتفق مع مطلق التصرف فيما يملك ، ولو سلمنا بهذا لحصل تنازع دائما بين الدائن والمدين فى كل تصرف يرى الدائن أنه منقص لقدرة غريمه على الدفع ، لهذا كان المشرع الإسلامى حكيما فى قصر حلول الأجل فى الالتزام المؤجل على التفليس الفعلى .

الأجل المنحة — والأجل المنحة هو ما يراه القاضى من المصلحة العامة كمدين عتت عليه ظروف لو أجله القاضى لقام بالسداد فيتعين على القاضى اجابة طلبه بالامهال ، فاذا ثبت أن المدين غير مما طل وقد دفع كل ما يملك لغرمائه وطلب بعضهم إفلاسه مع نيته الطيبة بالوفاء فلا يجيبه القاضى للحكم بالإفلاس ويؤجل هذا المدين أجلا يمكنه من السداد ما لم يكن مشهورا بالمطل والمراوغة فى سداد ديونه فلا يجيبه القاضى .

ومتى حكم عليه بدفع دينه لشغل ذمته وجب عليه الوفاء والدفع لما التزم به ، ولا يمنح أجلا للوفاء بعد إلزامه بالدفع إلا إذا ثبت عسره فيجب انتظار ميسرته .
ولا فرق بين بيع حبوب أو سندات أو غيرها فكلها التزامات يجب الوفاء بها .

بند [١٤٧]

الالتزامات التخيرية

القانون الفرنسي :

الالتزامات التخيرية هي التعاقد على شيءين أو أكثر في عقد واحد لأحد الطرفين الخيار في قبول أحدهما بحيث تبرؤ ذمة المدين متى أدى واحداً من مواد الالتزام .

وقد تتحول الالتزامات التخيرية إلى التزام واحد بسيط عندما يهلك أو يتلف أحد مادة التعاقد ولم يبق إلا واحد فيتعين أدائه ، وعندما يكون الثاني من مواد التعاقد لا يصلح للالتزام قانوناً فيتعين ما يصلح .

واختيار مادة التعاقد في الالتزامات التخيرية يكون للمدين عادة ويصح جعله للدائن بشرط ، والاختيار لا يتجزأ ، وتبرأ ذمة المدين بفقد مادة التعاقد الكلى ولكن إن فقد أحد مادة التعاقد وجب عليه إعطاء الآخر .

الالتزام الاختياري — وهو الالتزام بشيء محدد مع إعطاء المدين الحق في التعميض عنه بشيء آخر محدد أيضاً كضريبة العمل في البلدية ثلاثة أيام فقد حتم القانون دفع أجر عامل ثلاثة أيام مثلاً على كل ممول وأباح له أن يقدم نفسه للعمل شخصياً ثلاثة أيام فأيهما فعل أبرأ ذمته .

الفرق بين الالتزامات التخيرية والالتزامات الاختيارية ، أن كلا منهما تبرأ ذمة المدين متى أدى واحداً من مادة الالتزام المتعددة حسب اختياره ، ويختلفان في أن الالتزامات المتعاقدة

عليها تجب جميعها في الالتزامات التخيرية وفي الالتزامات الاختيارية يجب واحد منها فقط ،
والثاني ليس بواجب بل اختياري ، وينتج من ذلك .

(١) أنه في الالتزام الاختياري متى فقد أو تلف المتعاقد عليه بقوة قاهرة فقد برئت ذمة
المدين وليس ملزماً بأداء ما خير فيه من مادة التعاقد ، بخلاف الالتزام التخيري فيجب عليه
أداء الشيء الثاني مثلاً متى كان موجوداً .

(٢) أنه في الالتزام الاختياري متى كانت مادة الالتزام لا تصلح للتعاقد فليس المدين
ملزماً بشيء كما إذا كان غير قانوني أو ضد الآداب العامة ، بخلاف الالتزامات التخيرية فإن
المدين ملزم بأداء المادة الأخرى متى كانت قانونية للتعاقد .

بند [١٤٨]

الالتزامات التخيرية :

التبرع الإسلامي :

يجوز التعاقد على التزامات تخيرية كأن يبيع زيد أحد ثوريه الموصوفين الغائبين عن
مجلس البيع ويجعل الخيار للمشتري في أيهما شاء أخذه بثمن كذا ، ومتى أحضر البائع ثوريه
واختار المشتري أيهما فقد لزم البيع وبرئت ذمة البائع ، فإن كان الخيار للبائع كأن يقول بعثك
أحد ثوري الذي أريده وكان الثوران موصوفين سنناً ونوعاً وقوة الخ وقبل المشتري على ذلك
فالخيار للبائع قطعاً ومتى أدى أحدهما فقد برئت ذمته .

فإن كان الخيار للبائع وقد أحد الثورين وجب عليه تقديم الآخر إلى المشتري ، فإن تلقا
معاً أو ماتا فقد تلاشت مادة التعاقد فلا يبيع ولا التزم متى كان بدون تعد من الملتزم ، وهذا

الالتزام التخييري كفرض الكفاية فهو واجب على الجميع ولكنه يسقط بفعل واحد منهم ، كالصلاة على الميت فهي فرض كفاية على المسلمين كافة ومتى فعلها واحد منهم سقطت عن الجميع .

أما الالتزام التخييري فهو التزام بأحد شيئين يلزمه أولاً أداء واحد منهما فإن لم يفعل وجب عليه عمل الثاني ، وهذا (كعونة البحر) في مدة زيادة النيل وطغيانه على الجسور فيخشى منه الغرق ، فقد فرض شرعاً المعونة من الأهالي لدرء أخطار الفيضان بالتناوب فيؤخذ من كل بلد عدد معين من الذكور البالغين سن كذا ، فمن جاء دوره وجب عليه الخروج شرعاً ولكن أباح ولي الأمر لمن قام به عذر عن الخروج أن يكتري شخصاً آخر مكانه ويزوده بالمؤنة والنفقة فيخرج مكانه وبذا يكون قد أدى واجبه وسقط عنه الخروج بإخراج هذا البديل .

وما ذكر من النتائج المترتبة على الفرق بين الالتزامين هي نتائج اعتبارية فقط وإلا فنتيجة الالتزامين أن ذمة المدين تبرأ بأداء واحد مما التزم به أو ألزمه القانون بها .

بند [١٤٩]

الالتزامات التضامنية

القانون الفرنسي :

ملاحظات أولية — إلى هنا كان الدائن واحداً والمدين واحداً ، ولكن قد يعرض أن يكون التعاقد بين طرفين متعددين ابتداءً أو يصبح الطرفان أو أحدهما متعدداً عندما يتوفى أحد الطرفين المتعاقدين تاركا الالتزام إلى ورثته .

وفي حالة تعدد الدائنين والمدينين على هذه الصفة فليس للدائن أن يطالب أحد المدينين

بما زاد عن حصته في المدين ، وليس على المدين دفع غير حصته في الدين وهذه حالة الاجتماع .

ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : التضامن بين المدينين ، وعدم قسمة الدين ويوجد نوعان من التضامن .

أولاً — التضامن في الطلب

التضامن في الطلب هو أن يكون بين الدائنين تضامن بحيث يجوز لأحدهم طلب كل الدين لا ما يخصه وأنه متى تسلم أحدهم برئت ذمة المدينين قبل جميع الدائنين .

والوصف القانوني لهذا التضامن هو أن مادة التعاقد واحدة بالنسبة لجميع الدائنين وهي الواجبة لكل واحد منهم ، وأن الدائنين متعددون بحيث إن لكل واحد منهم مقاضاة المدين وتسلم الدين ، وينتج هذا التضامن دائماً من إرادة المتعاقدين لا من القانون ، وهو قليل في التعامل .

نتائج الالتزامات التضامنية :

أولاً — بين الدائنين المتضامنين وبين المدين ، هذا التضامن يفيد أن كل دائن يمثل الآخر بالتقابل بينهم وجها لوجه قبل المدين في المحافظة على الدين واستيفائه لا في إنقاصه ولا الإبراء منه أو تضييعه فينتج من ذلك :

- ١ — أن كل دائن له الحق في رفع الدعوى ضد المدين وطلب الدين كاملاً منه .
- ٢ — كل دائن يمكنه قبض الدين جميعه من المدين وللمدين أن يدفع لأي واحد منهم ما دام لم ترفع عليه الدعوى من أحدهم بالذات فيدفع له ومتى أدى لأحدهم برئت ذمته .
- ٣ — كل عمل يقطع المدة أو يحفظ حق الدائنين متى صدر من واحد منهم أفاد الجميع .

٤ — كل حط من كمية الدين لا تقيد أحداً من الدائنين بل تلزم من فعلها فقط في نصيبه من الدين .

٥ — كل يمين حاسمة تصدر من أحد الدائنين أو ينكل عنها أحدهم لا تخلى ذمة المدين إلا في نصيب الناكل فقط .

ثانياً — بين الدائنين المتضامنين أنفسهم ، بما أن كل واحد منهم يعمل لحساب الجميع فكل مبلغ تحصل عليه من الدين وجب عليه تقديم حساب عنه وقسمة ما تلقاه بين الجميع بالتساوى أو حسب استحقاق كل واحد في جملة الدين .

بند [١٥٠]

الالتزامات التضامنية

التشريع الإسلامي — كما تكون الالتزامات فردية بين شخص وآخر تكون الالتزامات بين عدة أشخاص من جانب وأشخاص آخرين من جانب آخر فيكون الملتزم متعدداً والملتزم له متعدداً ، فإذا كان بينهما تضامن في الطلب ومعناه (أن يوكل كل دائن بقية شركائه في الدين في الطلب والقبض) فيجوز لكل دائن منهم طلب دين الجميع وقبضه وهو معنى التضامن في الطلب ، ومتى قبض أحد الدائنين على هذه الصفة جميع الدين برئت ذمة المدينين ، وذلك كما إذا باع أربعة شركاء منزلاً لهم مرابحة إلى أربعة شركاء مرابحة كذلك ونص في عقد البيع أن البائعين متضامنون في طلب الثمن وقبضه ويجوز لكل واحد منهم الطلب والقبض لجميع الدين على انفراده وطالب أحد البائعين بالثمن أحد المشتريين فدفعه له كان الدفع صحيحاً والقبض صحيحاً وبرئت ذمة المدينين ويرجع عليه الدائنون كل بما يخصه وهو الربع .

ولن دفع الدين من المدينين الرجوع على رفقائه كل فيما يخصه لأنهم جميعاً غرماء لرب الدين .

فإن كانوا حملاء (ضماناً) لمدين آخر رجع الدافع بما أدى على الغريم (المدين المضمون) لأنه لم يشترط حمالة بعضهم عن بعض .

بين الدائنين المتضامنين وبين المدين :

متى تضامن الدائنون بمعنى أن كل واحد وكل الباقيين في الطلب والقبض والتقاضى صح لكل واحد منهم المحافظة على الدين واستيفاءه لا في إنقاصه ولا في الإبراء منه ولا في تضييعه إلا إذا فوض كل واحد للباقيين التصرف كما يرى أو نص على الخط أو الإبراء الخ فيصح ذلك . فـ لكل واحد من الدائنين الحق في طلب الحق كاملاً وقبضه وتبرأ ذمة المدين بالدفع لأي واحد حتى ولو لغير من رفع الدعوى مع إلزامه بمصاريف التقاضى لأنه تسبب فيها بعدم الأداء في المواعيد المحددة وبما أن كل دائن وكيل عن الآخرين فقبضه صحيح مبرئ لذمة المدين شرعاً فلا يشترط عدم وجود دعوى مرفوعة من أحدهم حتى يقال يجب أن يكون الدفع لمن رفع الدعوى .

وحط بعض الدين من أحد الدائنين لا قيمة له إلا في حقه فقط ما لم يكن مفوضاً له بذلك من بقية الشركاء في الدين .

وكل دفع يوجه لأصل الديونية وجوداً وعدماً أو لقدرها فهو موجه لجميع الدائنين وهم ملزمون بنتيجتها حتماً وكل دفع موجه بتسليم بعض الدين كذلك ولكن لمن تسلم من نصيبه فقط لا من نصيب الباقيين ، وكل دفع من الدين يكون لجميع الدائنين حسب نصيب كل فيه .

بند [١٥١]

التضامن في الدفع

القانون الفرنسي — وهو أن يلتزم أكثر من واحد (مدين) بأداء شيء إلى دائن واحد بمعنى أن كل دائن منهم ملزم بأدائه ولو أداه واحد منهم برئت ذمة الجميع ، ومن صفاته وحدة مادة الالتزام وتعدد المدين .

وماخذ هذا التضامن إما من إرادة المتعاقدين وإما من القانون :

أولا — التضامن في الدفع التعاقدى لا يفرضه القانون ولكن يجب أن ينص عليه في العقد صراحة ، أو يكون في وصية لزيد على بكر وخالد بالتضامن .

ثانيا — التضامن في الدفع قانونا ، نص القانون في مواضع عدة على التضامن في الدفع وهي :

١ — المرأة المتوفى عنها زوجها والتي تزوجت ضامنة متضامنة مع زوجها الثاني لأموال أولادها من زوجها الأول سواء أهملت دعوة مجلس العائلة لاجازة وصايتها بعد الزواج أو قبلت الوصاية مع تعيين زوجها عليها مشرفا .

٢ — منفذو الوصية ضامنون متضامنون فيما عهد إليهم من منقول يبيع لتنفيذ الوصية .

٣ — الزوج الباقي على قيد الحياة يكون ضامنا متضامنا مع المشرف عند عدم عمل محضر الحصر لأموال الزوجية المشتركة .

٤ — المستعيرون لشيء واحد ضامنون متضامنون في إرجاعه .

٥ — الوكلاء مسؤولون متضامنون أمام موكلهم في كل ما وكلوا فيه .

٦ — الشركاء في شركة تحت اسم عام والشركاء في شركة مساهمة ضامنون متضامنون في أعمال الشركة المدنية .

٧ — الموقعون على شيك مسحوب أو سند تحت الطلب متضامنون في الدفع جميعا .

٨ — الشركاء في الجناية . أو الجنحة شركاء في الغرامة والتعويض والمصاريف متضامنون ويلحق بهم الشركاء في الجنحة المدنية .

٩ — الزوجة المتعاقدة بإذن زوجها في نظام الزوجية المشترك متضامنة معه فيما عاقدت عليه .

نتائج الضمان في الدفع :

أولا — العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامين ، كل الشركاء في المديونية المتضامين في السداد يمثل بعضهم بعضا قبل الدائن في تسهيل استعمال وحفظ حقوقهم ، ومعنى أنابة بعض المدينين عن بعض أنها لا تتعدى حفظ حقوقهم أو إسقاط مديونيتهم لا زيادة المديونية أو تثقيلها ونتيجة هذه القاعدة هي :

أن للدائن الحق في متابعة أحد المدينين المتضامين بكل الدين وليس للمدين الدفع بأنه ملزم بخصته في الدين — فقط للمدين إدخال المدينين معه في الدعوى ليأخذ الحكم ضدهم تنفيذا وليدافعوا عن أنفسهم معه ، وللدائن الحق في مقاضاة غير واحد ليحصل على كافة حقوقه ، فلو أفلس المدعى عليه الأول فله مقاضاة من يرى من مدينيه وليس له رفض الدفع الكامل من أى واحد منهم وتبرا ذمة الباقيين قبل هذا الدائن .

فإن تلفت مادة الالتزام أو نبه الدائن الملزم بالأداء وتأخر فللدائن طلب الثمن من الجميع وطلب تعويض ممن فرط أو ممن تنبه عليه بالأداء فقط دون المدينين الآخرين .

فوائد التأخير تسرى على كل المدينين متى حصل تنبيه على أحدهم بالدفع ، وكذا الشرط الجزائي متى وقع بفعل مدين واحد لزم الجميع أدائه ، وكل عمل من الدائن ضد أحد المدينين يقطع المدة أو يسقط حقا يسرى على جميع المدينين .

معارضة المدينين للدائن في دفاعهم :

للمدينين حق الدفاع ومعارضة الدائن فيما يوجهه إلى واحد منهم في دعواه بما يأتي :

١ — الدفع العامة — وهى التى يجوز لكل الدائنين إبدائها وهى :

الدفع الناتجة من طبيعة الالتزامات كإلغاء الالتزام الناتج عن تعهد الجميع إلغاء تاماً أو خاصا لسبب عدم أهلية المتعاقدين أو لنقص فى إرادتهم ، والدفع الناتج عن أسباب سقوط الالتزامات عن الكل كالدفع وهلاك الشئ الواجب بقوة قاهرة والتنازل عن الدين وسقوط الحق .

٢ — الدفع الشخصية . وهى الدفع التى يبدئها المدعى عليه شخصيا فيستفيد منها الآخرون وليس لهم إبدائها إلا فيما يخص هذا المدين شخصيا ، وهى .

تنازل الدائن لأحد المدينين عن حصته مع احتفاظه بالآخرين ، أو تنازل الدائن عن ضمان أحد المدينين ، أو ملكية الدائن لما كان به مدينا كإيرته فليس للدائن إلا طلب ما خص الباقين مع إسقاط نصيب هذا المدين .

٣ — الدفع الشخصية الخاصة ، وهى الدفع التى يبدئها المدعى عليه شخصيا وليس لباقي المدينين إبدائها حتى ولا فيما يختص بهذا المدين نفسه ، كمن له حق الإلغاء لنقص فى إرادته أو كمن حصل له غش أو إكراه فله حق إبداء (حق الإلغاء عن نفسه) فيستفيد منه باقي المدينين وليس لهم حق فى إبداء هذه الدفع الخاصة ما دام تعاقدهم صحيحا مع الدائن ، وكذا عدم تحقق شرط معلق للمديونية المدعى عليه ، واتفاق الدائنين لواحد من المدينين فى الإفلاس .

علاقة المدينين المتضامنين مع بعضهم .

تقسيم الدين المضمون بين المدينين ، متى دفع مدين الدين المضمون رجع على جميع المدينين كل بحصته في الدين ، وللدافع في التقاضى مع بقية المدينين دعويان .
يرفع الدعوى كوكيل عنه أو مدير للعمل وفي كلتا الحالتين له الفائدة من تاريخ دفعه للدائن أو يعتبر حالاً محل الدائن يكون له كل الحقوق التي كانت للدائن إلا أنه يطالب كلا بنصيبه فقط فإن أفلس أحد المدينين فلن دفع جميع الدين تقسيم حصة الفلاس بين الجميع ويتحمل نصيبه كل حسب حصته في الدين الأصلي .

بند [١٥٢]

التضامن في الدفع

التسريع الاسلامى

التضامن في الدفع وهو أن يضمن كل مدين الآخر في أداء ما عليهم جميعاً إلى الدائن وهو جائز ، وبما أن الضمان التزام فلا يكون إلا بقبول صريح من الضامن لمفرد أو الجماعة ولا يكفي في ذلك دلالة الحال والقرائن

فإن أوصى مورث أن ولديه الوارثين يدفعان بالتضامن مبلغاً معيناً من المال من تركة المتوفى لزيد من الناس صحت الوصية ولزمهما الأداء بالتضامن متى كان هناك تركة تخرج منها الوصية .
وأما ضمان زوجة المتوفى الأول مع زوجها الثانى لتركة أولادها من زوجها الأول فغير جائز وغير مقبول لأن زوجها الثانى لم يقبل الضمان صراحة فلا يلزم لمجرد الزواج (لأن الغرم بالغنم) فإن اتلف شيئاً ضمنه فقط والمسئولية على الزوجة متى كانت وصياً وليس لزوجها الثانى عليها من حق إطلاقاً ولا رقابة إلا إذا كان وصياً أو مشرفاً واشترك في الإلتاف أو أهمل في واجبات الوصاية ولو سامنا بهذا المبدأ وهو ضمان الزوج الثانى بمجرد الزواج لأحجم الرجال عن الزواج بالمتوفى

عنهن أزواجهن لما يترتب، على ذلك من الضمان وفي هذا ضرر يعود على الهيئة الاجتماعية وفيه ضمان قهري .

ليس هناك من أملاك مشتركة بين الزوجين حتى يقال إن الزوج ضامن أو غير ضامن لأن الزواج في الإسلام مبنى على التفرقة التامة بين أملاك الزوجين .

ومن استعار شيئاً وتلف بتفريطه أو بتعديه فهو ضامن سواء أ كان فرداً أم جماعة فهم متضامنون إذاً في إرجاعه عيناً إذا كان باقياً أو قيمته أو مثله متى كان قيمياً أو مثلياً .

وأما الوكلاء فإن كانوا في عقد واحد للوكالة ولم يأذن الموكل لأحدهم بالانفراد في العمل فهم ضامنون لما أتلفوه أو خالفوا فيه أمر الموكل . فإن وكل أحدهما فهما ضامنان للموكل الأول وأما إن وكلهم على التوالي أو في عقود مختلفة فلكل وكيل الانفراد إلا اذا اشترط عليهم عدم الانفراد فلا ضمان عليهم مجتمعين وإنما الضمان على من أتلف أو خالف .
وأما الشركاء فلا يخلو حال الشركة :

١ — شركة التجارة . فإن أطلقا التصرف لكل واحد منهما بالنسبة لمال الشركة وفوض كل شريك للآخرين في جميع التصرفات فهم وكلاء كل عن الآخر فيلزمه ما تصرف فيه شريكه وهو ضامن لما أتلفه أو تعهد به في أعمال التجارة التي بينهما . وإن وكل الشركاء واحداً منهم توكيلاً عاماً في جميع أعمال التجارة فجميع الشركاء ملزمون بما تعهد به للعمل التجاري وهم ضامنون له لأنه تصرف لحسابهم .

وهذا النوع من الشركة يسمى شركة مفاوضة وقد تكون عامة كما تكون خاصة ولكل نوع أحكامه كما سيأتي في الشركة إن شاء الله تعالى . فلا يكون الشريك ضامناً متضامناً إلا بنص في عقد الشركة أو بتفويض لرئيس مثلاً للإدارة وإن شرط الشريكان نفى الاستبداد فتسمى شركة عنان

٢ شركة أبدان — وهى عقد على عمل بينهما والربح بينهما — كالخياطة أو النجارة مثلا .
ويشترط : (١) أن يتحدد العمل أو يتلازم بحيث يتوقف أحد العاملين على الآخر (٢) وأن يأخذ كل شريك فى الربح بقدر عمله (٣) وأن يحصل التعاون بينهما بالفعل وإن بمكانين (٤) وأن يشتركا فى آلة العمل بملك أو إجارة .

وفى هذه الشركة متى استوفت شروطها لزم كلا من الشركاء فى العمل ما قبله صاحبه ولزمه ضمان ما قبله صاحبه بلا إذنه لأنهما صارا كالرجل الواحد فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمنه معا وإن افترقا فما قبله أو أحدهما حال الاجتماع فهو فى ضمانهما متى كان حاضرا فإن غاب غيبة قريبة كالיום واليومين أو حال مرضه القريب . فإن قبله فى غيبته أو مرضه الطويلين فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه ، فليس الشركاء ضامنين متضامين فى كل حال بل على هذا التفصيل .

وأما الموقعون على شيك مسحوب أو سند تحت الطلب ، فإن كان الشيك تجارياً فيه (وعنا دفع هذا لأمر وإذن فلان) فهو ضامن لفلان فى الدفع ، فإذا جاء فلان وقال أيضاً : (وعنا دفع هذا لأمر وإذن فلان) فهو ضامن للدفع أيضاً ، ومعنى هذا فى العرف التجارى أن مصدر الشيك مضمون بكل من وقع عليه والموقع الثانى مضمون بالموقع الثالث والثالث بالزابع فكل واحد ما عدا الأول والأخير ضامن مضمون والأول مضمون فقط والأخير ضامن فقط . والعرف له فى التشريع الإسلامى نصيب كبير فى ترتيب الأحكام ما لم يخالف كتاباً أو سنة أو اجماعاً . ومبنى التجارة على السرعة فى التعامل والثقة بين المتعاملين ، فالضمان متقرر لهذا بين الجميع كما يقتضيه العرف التجارى فى هذا الشيك .

وأما الشيك العادى المسحوب (ادفعوا لفلان كذا) فإذا لم يصرح محول الشيك بالضمان (٢٣ مقارنات — ثان)

أو التضامن فلا يكون هناك تضامن ، لأن التضامن لا يؤخذ بطريق المضمون أو المفهوم بل لا بد من التصريح به .

وأما الشركاء في الجناية أو الجنحة فهم شركاء فيما ترتب عليهما من قصاص أو دية ، وقد نص على أنه إن قتل جماعة رجلاً أو قطعوا يداً مثلاً جاز صلح كل واحد منهم على انفراده والعفو عنه مجازاً أو القصاص للجميع أو عفو عن بعض والقصاص عن الباقي أو صلحه إذا لم يتميز فعل كل واحد ، فإن تميز فقد اختلفت درجة المسؤولية فلا شركة بينهم وإن لم يعلم فعل كل أحد أو كانوا متماثلين على الفعل فهم شركاء بلا نزاع ، وفي هذه الحالة هم متضامنون ، وللولي ترك هذا التضامن .

وأما تعاقد الزوجة بإذن زوجها فلا يجعله ضامناً متضامناً معها ، لأن نظام الزوجية في الإسلام بنى على تفرقة أموال الزوجين تفرقة تامة ، فإن ضمنها أو هي ضمنته بعقد اتفاق صح هذا ككل عقد اتفاق كغير الزوجة مع زوجها وكغير الزوج مع زوجته .

نتائج التضامن في الدفع :

متى تضامن المدينون في أداء الالتزام وللدائن طلب من يشاء منهم بالأداء إذا اشترط أخذ أيهم شاء أو حصل التضامن بين المدينين في الحالات الست : (الحياة والموت ، الحضور والغياب العسر واليسر) أو اشترط : حمالة بعضهم عن بعض فله أخذ كل واحد بجميع الحق أو أخذهم جميعاً . وعليه قبول الدفع من أي واحد منهم كنص الالتزام وتبرأ ذمة الباقيين بهذا الدفع .

ويجوز لكل مدين أن يدفع بإلغاء الالتزامات إلغاء تاماً أو إلغاء خاص لعدم أهلية المتعاقدين أو لنقص في إرادتهم أو أن الحق المطالب به سقط لأدائه أو لمضى المدة أو أن الشيء

الملتزم به عينا قد هلك بقوة القاهرة أو أنه قد حصل تنازع في الدين الخ ، وهذه دفعوع عامة يستفيد منها كل من المدينين .

ويجوز للمدعى عليه الدفع بتنازل الدائن عن حصته في الدين أو ضمانه كذلك أو تملكه نصيبه في الدين بهبة أو ملكه بميراث ومتى ثبت الدفع فقد استغاد نفس هذا المدين بعدم المديونية أو عدم الضمان وبالتالي يستفيد بقية المدينين بحط قيمة نصيب هذا المدين من جملة الدين .

ومن وقع عليه غش أو إكراه أو كان في غيبوبة وجاز له شرعا الطعن في عقد الملزومية وأثبت ذلك وقضى له بعدم شرعية تعاقدته انتفع بدفعه هذا ولكن بما أن المدينين ضامنون متضامنون فبقية الدائنين ملزمون بالتضامن بأداء ما التزموا به ناقصاً نصيب هذا الدافع إذا كان مديناً أصلياً بحصة معلومة .

علاقة المدينين المتضامين مع بعضهم :

متى دفع مدين الدين المضمون رجع الدافع على من لقيه من أصحابه المدينين بغير ما أدى عن نفسه بكل ما على الملقى ثم ساواه فيما على غيره لأن الملقى مدين مثل من أدى وقد أدى عنه حقه فيأخذه منه ، ولأنه حميل مثله في جميع الدين فيقاسمه الحماله في باقي الدين .

فلو تضامن أربعة في دين لزيد قدره عشرة جنيهاً فدفعها الأول ثم لاقى الثاني فيأخذ منه ٢٥٠ قرشاً صاغاً قيمة ما عليه من الدين أصالة ثم ٢٥٠ قرشاً صاغاً نصف ما أدى الأول بطريق الحماله عن الاثنين الباقيين ، ثم يقابل الأول أو الثاني الثالث فيأخذ منه قيمة ما أدى عنه وهو ١٧٥ قرشاً من أصل الدين ثم يساويه في الحماله فيأخذ ١٧٥ قرشاً حماله ، ثم يأتي الرابع فيدفع جميع ما عليه فيأخذ كل حقه .

وللدافع مع بقية الدائنين مركز الدائن وقد أدى عنهم ما وجب عليهم فهو وكيل في الأداء

فله حقوق الدائن وبما أن المدينين متضامنون في الأداء فمركزه من مركز الدائن الأصلي فيطالب من لاقاه من المدينين بغير ما أداه عن نفسه بكل ما أداه عن الملقى ويشترك معه مساواة فيما على غيره .

فإن أفلس أحد المدينين تحمل كل واحد حصة في نصيب هذا المفلس حسب حصته في أصل الدين لأنهم ضامنون متضامنون .

بند [١٥٣]

الأسباب المغيرة أو الملمغية للضمان

القانون الفرنسي :

الأسباب التي تغير أو تلغي الضمان في الدفع هي :

(١) موت المدين المتضامن — موت المدين المتضامن لا يلغي الضمان لأنه ينتقل إلى ورثته ولكن يغيره تغييراً كلياً ، فإن الورثة ملزمون بدين مورثهم في تركته جملة لكن كل في نصيبه فقط فيما بينهم فأى عمل قانوني من الدائن قبل أى وارث يسرى على الباقيين وعلى المدينين وكذلك أى عمل قبل أحد المدينين يسرى على الورثة .

(٢) التنازل عن الضمان — وهو عمل يتنازل فيه الدائن عن ضمان كل أو بعض المدينين ، والتنازل عن التضامن يكون صراحة في إظهار قانوني بتنازل الدائن عن تضامن المدينين أو تضامن أحدهم ، ويكون التنازل ضمناً حسب نص القانون كالاتي :

(١) متى تلقى المدين من الدائن مخالصة يقول فيها : (وصلني كذا وهو نصيبه في

الدين .

(٢) متى أعلن الدائن مدينه بدفع نصيبه في الدين أو صدر حكم بدفع نصيبه فقط في

الدين .

(٣) في مدة عشر سنوات يقبل الدائن من مدينه دفع ما خصه من أقساط أو فائدة

بدون حفظ حقه في التضامن فيسقط حق التضامن فيما استحق ، لا فيما يستحق ولا في أصل

الدين .

وتتج من هذا أن التنازل عن الضمان يعفي المدين من دفع ما زاد على نصيبه في الدين ولا

يزيد في حالة المدينين المتضامين شيئاً على حالتهم الأولى قبل التنازل عن الضمان ، وأن الدائن

لا يجبر باق المدينين على دفع حصة من أخلى طرفه من الضمان .

بند [١٥٤]

ما يغير أو يلغى الضمان :

التشريع الإسلامي :

قد يموت الضامن ويترك تركه فيها الوفاء لكل أو بعض ديونه ويترك ورثة فينتقل الضمان

الذي التزمه المتوفى المورث حال حياته إلى ورثته في حدود تركته وفي الواقع الضمان ينتقل للتركة

مثله في الورثة فإن لم تكن تركه فلا ضمان وإن كانت تركه ولكن لا تبقى بكل التزام الضمان

انتقل الضمان في حدود ما تبقى به فقط فالورثة غير ملزمين شرعاً بما ضمنه مورثهم بل ولا ما

تعهد به من ديون إلا في حدود التركة فقط ، وبما أن الضمان والمديونية وكل التزامات المورث

تنتقل إلى نفس التركة مقدرة بقدرها فيمثلها أى فرد من الورثة فأعلان أحد الورثة أو الحكم

عليه يكفي عن الباقيين ، وأى عمل قانونى قبل واحد من الورثة يسرى على بقية المدينين كما يسرى على التركة أى عمل قبل أى مدين آخر .

والضمان حق للدائن كنفس الدين فهو تابع له = فللدائن الحق فى إخلاء سبيل بعض الدائنين من نفس الدين أو من الضمان وحينئذ تكون المعاملة حسب طبيعة هذا الإخلاء ، وفى الإخلاء من الدين تسقط المديونية وفى الإخلاء من الضمان يسقط الضمان فيدفع نصيبه فقط فى الدين .

ويكون التنازل صراحة أو ضمنا فصراحة يكفي فيه الاشهاد أمام عدلين (انى قد أسقطت الضمان عنك) وضمنا كأن يتقاضى نصيبه فى الدين فقط بدون مطالبته بالوفاء بالتزام الضمان وبما أن الضمان حق ككل الحقوق فلا يسقط بعدم المطالبة من نفسه إلا إذا كان تابعا لحق يسقط بمضى المدة ، إذ معلوم شرعا أن الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال (أو بالهجران) إلا ما كانت حالة الحياة من الحركة الدائمة تتطلبه كما نص عليه فى وضع اليد أو فى الدين فى الزمة ، وقد سبق الكلام على ذلك .

فإن كان الضمان فى أمور تجارية تقتضى سرعة الحركة والأخذ والعطاء يكون السكوت عن الوفاء بالضمان مثالا لمدة خمس سنين مسقطا لها لأنه فى العرف والعادة أن التاجر لا يدخر مبلغا من المال على مدينين بضمان بدون تحريكه فيفهم عرفا أن هذا التاجر قد استغنى عن الضمان فى مثل هذه الحال ومع كل ذلك فالأمر موكل لقاضى الموضوع فيما يرى من مصلحة وعرف وعادة محكمين لا يخالف كتابا ولا سنة ولا اجماعا .

وليس للدائن مطالبة بقية مدينيه بنصيب من أخلى سبيله من المال ، وبما أنه قد أخلاه من التضامن مع الباقيين وقد كان مفهوما أن ضمانه لهم نظير ضمانهم له فمن العدل عدم ملزومية

بقية الدائنين بدفع حصته بعد اعفائه من الضمان عنهم ، ويتحمل الجميع نصيب من أفس حتى المعافى من الضمان إلا إذا أعفاه من المال أيضا .

(نتيجة المقارنات من بند ١٤٠ إلى نهاية بند ١٥٤)

يتفق التشريعان في الآتي :

الالتزامات المركبة — الشرط — الأجل — الالتزامات التخيرية — الالتزام الاختياري
الالتزامات التضامنية — التضامن في الدفع (في الجملة) — موت المدين المتضامن — التنازل
عن الضمان :

بند [١٥٥]

الالتزامات غير قابلة للتقسمة

الفانون الفرنسى :

الالتزامات منقسمة وغير منقسمة — فالالتزامات المنقسمة هي كل التزام يمكن المطالبة بجزء منه . وغير المنقسمة هي التي يكون الطلب فيها لمادة التعاقد كلها .

ولا فائدة عملية لهذا التقسيم مادام الدين واحدا والمدين واحدا ، لأنه سيطلب حقه كله الواجب أدائه كله .

(١) عدم قابلية القسمة — وهو أن يكون الالتزام عينا واحدة واجبة على أكثر من واحد مدين أو تكون مستحقة لأكثر من دائن واحد وأن كل دائن لا يمكنه طلب

بعضها وأن كل مدين لا يمكنه أداء بعضها ، سواء أ كان ذلك لطبيعة مادة الالتزام أم لإرادة الطرفين .

وهذه الالتزامات غير القابلة للقسمة هي التي يطالب بها بعض الدائنين كلها ويطلب بها بعض المدينين كلها لعدم إمكان شيء آخر غير هذا .

وغير القابل للقسمة بطبيعته سواء أ كان ماديا أم عقليا ، وذلك كترتيب حق ارتفاق عيني على عقار فانه غير قابل للقسمة لا ماديا ولا عقليا ، وكحصان مملوك لأكثر من وارث فانه غير قابل للقسمة ماديا ولكنه قابل للقسمة عقليا .

والالتزام غير القابل للقسمة باتفاق الطرفين كالتعهد ببناء منزل أو تصوير منظر = فان المفهوم من اتفاق الطرفين عدم التبويض في مادة الالتزام .

نتائج عدم قابلية القسمة :

أولا — بالنسبة للالتزامات من ناحية الدائنين ، كل دائن له الحق في طلب مادة الالتزام كاملة وكل عمل يفيد أحد الدائنين ينتفع به الباقون كقطع المدة مثلا ، ولا يجوز لأحد الدائنين التنازل عن جميع مادة الالتزام بل عن نصيبه فقط وعلى الدائنين الآخرين ملاحظة الحصة المتنازل عنها عند طلب الدين .

ثانيا — بالنسبة للمدينين من ناحية التزاماتهم . كل مدين يصح مطالبته بكامل الدين وعليه دفعه جميعه ، لكن للمدين طلب أجل لإدخال المدينين معه في الدعوى للحكم له في مواجهتهم عليهم بما يحكم به عليه ، وكل ما يقطع المدة ضد مدين يقطعها ضد الجميع ، ومتى نفذ مدين الالتزام فله الرجوع على بقية المدينين كل بنصيبه مع تعويض له من وقت دفعه عنهم ، وإن امتنع أحدهم من التنفيذ وتحقق شرط جزائي فللدائن الحق في طلب التعويض من أى واحد

منهم ، ولهم الرجوع بما زاد عن حصتهم في أصل الدين على من تسبب في استحقاق التعويض للدائن من أى واحد منهم .

مقارنة بين الالتزامات بالتضامن والالتزامات غير القابلة للقسمة .

يتفق الالتزامان المذكوران في أن كلا منهما يصح لدائن واحد طلب الدين جميعه ويجب على مدين واحد متى طلب منه ذلك أدائه وتبرأ ذمة الجميع بهذا الأداء .

ويختلفان في أن الالتزام بالتضامن نشأ من أصل عقد الالتزام بخلاف غير القابل للقسمة فإنه نتج عن طبيعة مادة الالتزام لعدم إمكان فعل آخر غير طلب كل مادة الالتزام ، فينتج من هذا عمليا ما يأتي :

أولا — المدينون المتضامنون يعتبر بعضهم نائبا عن البعض الآخر كل واحد نائب عن الآخر قبل الدائن وهذا المعنى ليس موجودا في الالتزام غير القابل للقسمة ، فإن فقدت مادة الالتزام بقوة عارضة بعد التنبيه بالأداء فقد برئت ذمة باقى المدينين في حالة الالتزام غير القابل للقسمة بخلاف الالتزام بالتضامن فعليهم الثمن .

ثانيا — الالتزام التضامنى لا ينتقل للورثة بخلاف الالتزام غير المنقسم فإنه ينتقل للورثة .

ثالثا — الالتزامات بالتضامن لا تتلاشى بعد الحكم بتعويض مالى نظير عدم التنفيذ بخلاف

الالتزامات غير القابلة للقسمة فإنها تتلاشى متى حكم بتعويض بدلا عنها .

التزامات غير قابلة للقسمة عند الأداء :

وهى التزامات قابلة للقسمة قضائيا وماديا لكنها غير قابلة للقسمة عند الأداء لشرط صريح

أو ضمنى بين الطرفين وحالاتها هى :

١ — متى كانت مادة الالتزام جسما معينيا كحصان فيمكن الدائن مقاضاة بعض الورثة بجميع

مادة الالتزام في حصته .

٢ — متى كان المكلف بتنفيذ عقد الالتزام واحدا سواء أ كان منفذ وصية أم منفذ عقد الالتزام .

٣ — متى كان ناتجا عن طبيعة العقد الذى أراده المتعاقدان من عدم التنفيذ مجزأ .

بند [١٥٦]

الالتزامات غير قابضة للقسمة

المشروع المسمى — من الالتزامات ما يمكن تجزئته كتميس ومكيل وموزون مثلا ومنها مالا يمكن تجزئته كمنزل وحصان وحق ارتفاق أو حق سكنى الخ وقد يكون الدائن فيها واحداً والمدين واحداً والدائن متعدداً والمدين واحداً وبالعكس ، وفي حالة عدم إمكان تجزئة مادة الالتزام لا يمكن للدائن طلب بعضها ولا يمكن للمدين أداء بعضها ، بل يطالب بعض الدائنين بها كلها وبعض المدينين بها كلها متى كان بين الدائنين تفويض في الطلب ومتى كان بين المدينين ضمان في الدفع إلا إذا كان الحكم على أحدهم حكماً على الآخرين كأحد الورثة فهو يمثل التركة فالحكم عليه ممثلاً للتركة حكم على بقية الورثة فيطالب واحد بالكل ويحكم عليه ممثلاً للكل .

ومهما كانت مادة الالتزام منقسمة أو غير منقسمة فانه لا يصح التصرف في نصيب أحد الشركاء من أحد الشركاء إلا بتفويض أو توكيل منه لهذا المتصرف ، وفي الطلب من المدينين إذا لم يكن بينهم تضامن في الدفع فكل واحد منهم بما التزم به طلباً ودفعاً وتسليماً إلا إذا كان الحكم على أحدهم حكماً على الآخرين كالحكم في التركة على أحد الورثة ، وعلى هذا .

فالالتزامات التضامنية يصح لدائن واحد طلب الدين جميعه ويجب على مدين واحد أدائه متى طلب منه وتبرأ ذمة الجميع ، والالتزامات غير القابلة للقسمة ولا تضامن فيها يجب على كل

واحد أداء ما عليه وان دفعه واحد كفى عن الجميع و برئت ذمتهم ولمن دفع الرجوع على كل واحد بنصيبه .

والمدينون المتضامنون ينوب بعضهم عن بعض قبل الدائن فينتقل الالتزام التضامنى للورثة كما كان يجب على مورثهم وينتقل إليهم في حدود التركة فقط ، وكذا ينتقل إليهم نصيب مورثهم في الالتزام غير القابل للقسمة فيجب عليهم ما كان يجب عليه ان لو كان حيا في حدود التركة أيضا .

ومتى قضى بأداء الالتزامات التضامنية فلا تتبلاشى إلا بالأداء أو الإبراء ، ومتى قضى بقيمة المقوم الذى لا ينقسم فتراهم المدين بأداء القيمة المقضى بها لا بأداء نفس العين موضع الالتزام إلا إذا تراضيا .

إذا اشترط المتعاقدان أن تسليم مادة الالتزام لا يكون مجزأ ولا منجما بل يكون جملة واحدة صح الشرط ولزم العقد ، ويمكن مقاضاة بعض الورثة والحكم عليه في مادة الالتزام الموروثة وأخذها من نصيب الوارث في التركة لأنه لا ميراث إلا بعد سداد ديون المورث ، ولمن دفع الدين من حصته الرجوع في بقية التركة بما دفع .

بند [١٥٧]

ملحق بالالتزامات الطبيعية

القانون الفرنسى :

وهى ضرورة قضائية تلزم شخصا بفعل شئ أو عدم فعله أو إعطاء أى شئ إلى شخص آخر بدون إمكان الدائن جبر المدين إذا لم ينفذ ذلك الالتزام الطبيعى .

فليس على المدين أى عقاب فى عدم التنفيذ ، وليس هو واجبا أدبيا يحتمه ضمير الشخص نفسه وهذه الالتزامات نوعان :

أولا — التزامات طبيعية من أصلها ، وهى التى جعل لها القانون عدم تأثير لسبب قضائى أو اجتماعى وهى :

١ — التزام وارث بالنسبة لتنفيذ وصية باطلة شكلا أو عملت شفويا فهو التزام طبيعى .

٢ — الالتزام المتولد عن دين اللعب أو الرهان التزام طبيعى .

ثانيا — التزامات مدنية فسدت . وهى التزامات مدنية تلاشت لسبب الصالح العام فتحوّلت إلى التزامات طبيعية وهى :

١ — عقود صدرت من عديمى الأهلية كالصغير والسفيه والمحجور عليه والزوجة ثم ألغيت هذه العقود للنقص المذكور فتحوّلت إلى التزامات طبيعية .

٢ — الالتزامات التى يمكن للمدين عدم دفعها بمضى المدة تنقلب إلى التزامات طبيعية .

٣ — الالتزامات التى تعارض بحكم حازقة الشئ المحكوم فيه أو باليمين الحاسمة .

٤ — الالتزامات التى دخلت تحت اتفاق المدينين مع مدينهم فى (كونكورد الإفلاس) .

نتائج الالتزامات الطبيعية :

الالتزامات الطبيعية تنتج ما يأتى :

١ — تنفيذ الالتزامات الطبيعية يوجد دفعا حقيقيا وليس عطية أو منحة كما فى تنفيذ

الالتزامات الأدبية ، فلا يعطى للمدين حقا فى استرجاع ما دفع باعتباره دفعا لغير واجب بشرط أن يعرف عند الدفع أن هذا الالتزام لا جبر على أدائه .

٢ — الالتزامات الطبيعية يمكن تجديدها إلى التزامات مدنية بنفس الشرط غير الدفع .

٣ — يمكن الضمان للالتزام الطبيعي فإن وفى الضامن فلا رجوع له على المدين الأصلي لعدم الوجود .

٤ — يمكن استعمال الالتزام الطبيعي سبباً فى تعهد الدفع الذى يكون تعهداً مدنياً .

الالتزامات الطبيعية فى نظر علماء التشريع . ويمكن تقسيمها إلى :

أولاً — ما يتصل بعلاقة القرابة وهى :

١ — تعهد الأب بتربية وتعليم ولد طبيعى .

٢ — تعهد الأبوين فى عقد تنظيم أموال الزوجين بدفع مهر لولدهما .

٣ — المساعدة المسموح بها من أخ لأخيه .

٤ — دفع التكاليف التى أنفقت فى المرض الأخير ومصاريف الدفن من ولد تنازل عن حقه فى الميراث من والديه .

ثانياً — ما يتعلق منها بالشرف وهى :

١ — بوليصة الشرف المتعلقة بالتأمين على الحياة لصالح من ينتفع بها .

٢ — الإشهادات القضائية غير المستكملة شروط الشكل كوصية بدون تاريخ أو شفوية

أو مشروع وصية المحتوى على إرادة مؤكدة للمتوفى .

ثالثاً — ما يتركز على العدالة الطبيعية وهى :

١ — ديون الاعتراف لخدمات عملها شخص لآخر .

٢ — تعويض الرجل امرأة عاشرها خدينة بدون زواج مدة ثم قطع علاقته بها لتخفيف

ما أصابها من الضرر .

الالتزامات الطبيعية

التشريع الإسلامى — ليس فى التشريع الإسلامى ما يسمى بالتزامات طبيعية ، وإنما الذى يفهم من تعريف الالتزام الطبيعى وهو (ضرورة قضائية تلزم شخصا بفعل شىء أو عدم فعله أو إعطاء أى شىء الى شخص آخر بدون إمكان الدائن جبر المدين إذا لم ينفذ ذلك الالتزام الطبيعى) أنه الواجب ديانة لا قضاء فلو استعمل شخص عقارا لزيد مثلا مدة الحيازة الشرعية وقضاة المالك الحقيقى فدفع زيد دعوى المدعى بعدم السماع لمضى المدة القانونية وحكم القاضى بعدم سماع الدعوى لهذا السبب فهناك واجب ديانة لا قضاء وهو رد الملك لصاحبه مهما طال الزمن فإن القضاء لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وإنما القضاء لقطع الخصومة فى الظاهر ، فالالتزامات الطبيعية هو الواجب ديانة بين الشخص وبين ربه .

وليس هناك من يجبر المدين بالوفاء

والتزام وارث بتنفيذ وصية باطلة تبرع من الوارث لا وجوب فيه ، والدين المتولد لا عن سبب صحيح بأن كان محرما فأداؤه محرم كدين اللعب (قمار) وأما الرهان فإن كان فى الخيل والإبل والرماح وكان القصد من السباق التدريب على فنون الجهاد والفروسية جاز السباق برهان بشرط أن يكون الرهان من غير المتسابقين فإن كان الرهان من المتسابقين أو كان السباق للهو واللعب فيكون ممنوعا لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وخصوصا ما يعمل الآن من وجود شركة يدخل فيها خيل السباق على أن يكون للحصان السابق الأول كذا (١٠٠ جنيه) مثلا والثانى (٥٠ جنيه) والثالث (٢٠ جنيه) ثم تباع تذاكر لكل مشتر على اسم الحصان الذى يختاره من بين الخيل المتبارية فإن كسب الحصان الذى اشترى عليه كسب المشتري وإن خسر الشوط خسر كل

لاعب عليه وهذا هو بعينه القمار ، فكم من رجال لعبوا بقوتهم وما معهم من مال فخسروه وكم من سيدات لعبن فخسرن حتى حلين وكمن خادم لعب فخان أمانة سيده ومثل هذا يجعل أفراد الأمة ضعيفي العقول يعيشون على الأمل الكاذب في الحظ فيضيعون ما معهم انتظاراً للربح بلا مسعى جدى فيعيش الكسالى لهذا يكونون عالة على المجتمع ، فيجب على أهل الحل والعقد منع مثل هذا الخطر القتال لمعنوية الأمة وهم المسؤولون عن ذلك بين يدي الله مصداقاً للحديث الشريف : (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته الخ) .

وأما الالتزامات المدنية المقضى فيها بعدم السماع أو برفض الدعوى لغير سبب الدفع المبرئ للذمة فإنه يجب على المدين أداء ما في ذمته لصاحب الدين بينه وبين الله ، ولا تبرأ ذمته برفض الدعوى ولا بعدم سماعها ما دام لم يؤد الدين . ومثلها الالتزامات التي تعارض بحكم حازقة الشيء المحكوم فيه الخ .

وأما التزامات عديمي الأهلية متى ألغيت فلا شيء على عديمي الأهلية إطلاقاً بعد بلوغه الرشد الشرعى فإن أراد التمسك بالوفاء بعد ذلك فهو تبرع منه ليس واجباً عليه .

تعهد الأب بتربية وتعليم ولد طبيعى هذا محض تبرع لا وجوب فيه . على أن المشرع الإسلامى أهدر حق ولد السفاح عن والده الحقيقى محافظة على النسب الشرعى واحتراماً له . غير أنه ألزم الهيئة الاجتماعية بتربية وتعليم أولاد السفاح درءاً للشروع من جذوعها . ودفع الأبوين مهراً لولدهما تبرعاً أيضاً .

ومساعدة الأخ لأخيه عند مالك ليست واجبة لأنه لا نفقة واجبة بين الإخوة بخلاف مذهب أبى حنيفة فأوجب النفقة بين الإخوة عند الحاجة كما مر الكلام فيها في باب النفقات .

ودفع تكاليف المرض الأخير ومصاريف الدفن يجب إخراجها أولاً من تركة المتوفى

فإن لم يكن له تركه فمن بيت مال المسلمين إن لم يتبرع بها أحد من أقاربه أو من عامة المسلمين وأما الديون المرتكزة على الشرف فإن كان سببها صحيحاً نذب الوفاء بها كخدمة شخص أخلص فيها لآخر وأعطاه أجر عمله وإن كانت لشيء محرم لم تقره قوانين كآجر المعاشرة بلا زواج فهي غير واجبة ولا يقرها التشريع الإسلامي بل يجب فيها الحد على الزاني والزانية لإجبارهما على التزواج الشرعي فلا تحترم الهيئة الاجتماعية عملاً خرج على أصول قوانينها المصطلح عليها .

بند [١٥٩]

الكتاب الرابع تلاشي الالتزامات

القانون الفرنسي :

الدفع = الدفع هو إتمام ما تعاقد عليه الطرفان وهو المكون لمادة الالتزام . فالدفع أعم من دفع النقود ويتحقق في فعل أو عدم فعل شيء أيضاً . والكلام فيه على وجوه :
أولاً — الذي يملك الدفع — الأساس العام أن الدفع يمكن أن يكون من أى شخص يهيمه أو لا يهيمه تنفيذ الالتزام . فيكون أولاً من المدين ثم من الشريك في الدين ثم من الضامن أو من أى شخص أجنبي . فيكون كوكيل عن المدين أو كمدير للعمل . وليس للدائن الامتناع عن تسلم حقه ممن يدفعه إليه فقط لا يحجر الدائن على تنازله عن حقه في الدعاوى ضد مدينه إذا كان الدافع يعمل باسمه لا باسم مدينه .

ويستثنى من قاعدة أن الدفع يمكن أن يكون من أى شخص ما إذا كان معتبراً في التعاقد صفة خاصة في الملتزم وانه من صالح الدائن ان يفعل المدين كالممثل أو الفنان فيتعين الدفع

من المدين نفسه وللدائن الحق في الامتناع عن التقاضى من أى شخص آخر غير مدينه .
الشروط المطلوبة ليكون الدفع صحيحاً — ليكون أداء الالتزام صحيحاً يلزم وجود
شرطين :

١ — كون المؤدى مالاً كما لما أداه في الالتزام .

٢ — كون المؤدى أهلاً للملك .

فيطبق هذان الشرطان في الالتزامات بشئ له جنس أو شئ له قدر لا في عمل أو امتناع عنه .

فإن أدى الدافع بما لا يملك كان الأداء لاغياً وللدائن الحق في طلب مدينه بتنفيذ ما التزم به بشرط رد ما أخذه أولاً متى كان باقياً . فإن هلك بين يديه بعارض طارئ فله أيضاً حق مطالبة مدينه بالأداء وليس عليه دفع ثمن ما تلف ولا تبرأ ذمة المدين إلا بالأداء الصحيح حتى ولو نجا الدائن من كل حقوق الغير على هذا الشئ المؤدى لأى سبب كان كمضى المدة أو سقوط الحق أو وضع اليد في المنقول .

وللمدين في حالة الأداء بما لا يملك استرجاع ما أداه من يدى الدائن ليؤدى التزامه بطريق صحيح إلا إذا كان يستهلكه بنية سليمة فقد برى المدين من التزامه وليس لدائنه رجوع عليه .

ولمالك ما دفع أداءً للالتزام حق استرداده ممن تحت يده متى أمكن ذلك قانوناً وإلا رجع على مغتصبه بقيمته وتعويض .

فإن كان المؤدى ليس أهلاً للتصرف أمكن إلغاء هذا الأداء ، والإلغاء حق لعديم الأهلية وفي هذه الحالة يجوز للدائن طلب حقه ، فإن أفنى ما تسلمه باستعماله بحسن نية فلا رجوع لأحد عليه ولا رجوع له على أحد .

بند [١٦٠]

تتلاشى الالتزامات :

التسريع الاسلامى :

تتلاشى الالتزامات وتسقط عن الملتزم بالأداء ، فمن دفع خمسة وعشرين جنيها لدائنه وفاء لدين كان عليه يمثل هذا المبلغ فقد تلاشى التزامه وسقط عن الملتزم وجوب الأداء مرة أخرى ومتى وقع الأداء صحيحاً والقبض والتسلم صحيحاً فقد برئت ذمة المدين ولا طلب لأحد عليه بعد ذلك .

فالدفع هو أداء ما تم التعاقد عليه بين الطرفين المتعاقدين أيا كان نوعه .

والذى يملك الدفع يعنى (الأداء لما وقع عليه الالتزام) هو المدين أو الشريك فى الدين أو الضامن أو أى شخص آخر بغير أمر المدين بشرط أن يكون الأداء رفقا بالمدين ، فإن أداه اعتاناه له وضررا به لعداوة بينهما مثلاً منع من ذلك . ثم يرد ما أداه عنه عتقاً ، وليس للمؤدى مطالبة ما على المدين بل يجب منعه من مطالبته قهراً عنه .

وحيث كان الأداء رفقا بالمدين لزم رب الدين قبوله ولا كلام له ولا للمدين إذا كان الطالب له أحدهما ، فإن امتنعاً لم يلزم رب الدين القبول .

واقترض الدائن حقه فى السلم ممن هو عليه أو ممن يدفعه بدله رفقا به جائز بلا جبر على الدائن حيث قضاء قبل الأجل أو المحل لأن الأجل فى السلم (البيع لأجل) حق لكل منهما فإن كان المسلم فيه نقداً أجبر الدائن على قبوله قبل الأجل ان طلبه المسلم إليه لأن الأجل حق لمن عليه الدين .

وإن كان الدين قرضاً فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله كان القرض عينا أو غيره .

ولزم المشتري القبول كما يلزم البائع الدفع بعد الأجل والمحل .

ومتى دفع الدين للدائن فليس له حق قبل مدينه إطلاقاً وبرئت ذمة المدين متى كان الدفع صحيحاً ، ولا يقال : (إذا كان الدفع باسم الدافع فتبقى دعاوى الدائن ضد مدينه وإذا كان الدفع باسم المدين فتسقط تلك الدعاوى) لأن الدفع متى تحقق وكان صحيحاً والدافع يعلم أنه يؤدي التزام زيد لعمر وكان أهلاً للأداء فقد برئت ذمة المدين فلا توجد دعاوى بين الدائن والمدين إنما الدعاوى تكون بين المدين ومن أدى عنه التزامه ، ففي الواقع قد انتقل شغل ذمة المدين بالتزامه من دائنه الأول إلى دائنه الثاني الذي أدى عنه التزامه .

هذا إذا لم يكن الالتزام ملحوظاً فيه شخص الملتزم كخياط معروف أو نجار أو حياض مثلاً معين فيتعين عليه أداء الالتزام بنفسه حسب التعاقد فإن أداه غيره فلم يلتزم له الامتناع عن القبول بل لو تلفت مادة الالتزام فالملتزم ضامن لأنه يجعل الغير يفي بما التزم به مع أنه هو المقصود بالذات فيعتبر متعدياً والمتعدي ضامن .

فإن كان الالتزام بأداء شيء واجب أن يكون الشيء المؤدى مملوكاً للمؤدى وأن يكون المؤدى أهلاً للتملك ، فإن أدى من مال غيره أو كان صغيراً أو سفيهياً أو مجنوناً فالأداء باطل ، ولا تبرأ به ذمة المدين ، فللدائن إذن مطالبة مدينه بالوفاء وعليه رد ما أخذ لأنه ليس ملائماً لمن أداه فهو مغتصب من الغير فعليه رده .

وإن كان الالتزام عملاً وجب أن يؤدي العمل حسب التعاقد بلا نظر إلى أهلية المؤدى ، لكن لو فرض واتفق شخص مع آخر على حرث أرض معينة بأجر كذا فحضر شخص آخر قاصر أو سفيه وحرث هذه الأرض نيابة عن الملتزم ثم حضر وليه يطالب صاحب الأرض ، بأجر

عمل من تحت ولايته فلا ينفع صاحب الأرض ادعاؤه أنه متفق مع فلان الذي عمل مكانه هذا القاصر فيجب على الملتزم بالحرث اما دفع الأجر للقاصر لأنه أدى عملا له ليس واجبا عليه أو الملتزم له فيدفع له أجره ثم يرجع على من التزم له بالعمل لأنه لم يعمل ما تعهد به .

و يعتبر الملتزم له أمينا على الشيء المؤدى (مادة الالتزام) متى كانت غير مملوكة للمؤدى فان هلكت بفعله ضمن القيمة أو المثل يوم التعدى وإن هلكت بعارض قهرى لا دخل له فيه فلا ضمان عليه حيث لم يعلم بالغصب والضمان على الدافع لأنه غاصب ، ولا تبرأ ذمة المدين بهذا الأداء ، ومن وفى بملك غيره فقات عند رب الدين فان الوفاء يمضى وعلى الغاصب مثل المثل أو ثمنه إن كان طعاما ، وقيمة المقوم ولا يتعرض لرب الدين ما دام لم يعلم بالغصب .
وبما أن المدين هو المسؤول عن صحة الأداء فاذا أدى ما لا يملك فله الرجوع بما أداه من ملك الغير لردده للمالكه والوفاء بالتزامه أداء صحيحا يبرى ذمته .

فان استهلك الدائن ما أخذه معتقدا أن ذلك الأداء صحيح فلا شيء عليه وإنما التبعة على المدين وإذن فقد برئت ذمة المدين ولا مطالبة للدائن عليه .

فإن كان الشيء المؤدى للدائن لا زال موجوداً فلما لكانه حق استرجاعه منه مباشرة وللدائن إذا الرجوع مرة أخرى بدينه على المدين .

فان كان المدين سفيفاً أو صغيراً أو مجنوناً وأدى ما عليه بنظر الولى فان كان مصلحة أمضاها حيث كانت طبقاً لالتزامات غير الرشيد وإن تنافت مع المصلحة أبطأها حيث كانت غير مطابقة لالتزامات غير الرشيد ، فان أفناها من تسلمها فلا شيء عليه متى كان التزامها صحيحاً وهى عين الشيء الملتزم بلا غبن على غير الرشيد ، وإن كانت أزيد من الشيء الملتزم به أو كانت مؤجلة وكان الأجل للمدين فلولى غير الرشيد استردادها أو أخذ الفرق من الدائن .

بند [١٦١]

من يملك حق القبض لمادة التعاقد

القانون الفرنسي :

قاعدة عامة : الذى يملك حق القبض هو الدائن أو من يمثله قانونا ، فالدفع للدائن يبرى ذمة المدين متى كان الدائن أهلا للقبض فان دفع لغير أهل فللدائن طلب الدفع مرة أخرى ، ومع ذلك فان كان الدفع لغير أهل برئت ذمة المدين فى الأحوال الآتية :

أولا — إذا كان الدائن قد انتفع بما قبض باقتناء ما هو خير من الالتزام .

ثانيا — إذا أجاز الدائن الدفع الذى قبضه حال عدم الأهلية بعد أن حاز صفة الأهلية ، والذى يمثل الدائن وكيله القانونى بتوكيل عام أو خاص أو وصيه أو ولى أمره .

ويستثنى من الدفع للدائن أو وكيله نوعان :

(النوع الأول) دفع لغير الدائن أو من يمثله يعتبر صحيحا فى الأحوال الآتية :

(١) متى أجاز الدائن الدفع الذى وقع لغيره اعتبر صحيحا وبرئت ذمة المدين من

التزامه .

(٢) متى انتفع الدائن بما دفع مدينه كالدفع لدائن الدائن .

(٣) متى كان الدفع للدائن الظاهر الذى يعرف الناس أنه هو الدائن كوارث يعرفه الناس

أنه هو الوارث للمتوفى الدائن فتبرأ ذمة المدين وجهاً لوجه مع الوارث الحقيقى الذى ظهر بعد ذلك ، وللوارث الحقيقى الرجوع على الوارث الظاهر فيما قبضه من المدين .

(النوع الثانى) الدفع للدائن نفسه ليس قانونيا — وذلك فى حالة دفعه للدائن بعد الحجز على ما بذمته تحت يده لدائن الدائن .

وحجز ما للمدين تحت يد الغير هو عمل قانونى به يمنع دائن مدين مدينه من دفع ما بذمته إليه ويدعوه إلى دفع ما بذمته لمدينه إليه هو .

ونتيجة حجز ما للمدين تحت يد الغير أن المدين المحجوز تحت يده ليس له الحق فى الدفع ليد دائنه بل يجب عليه قانونا الدفع لدائن دائنه فان دفع لدائنه وجب عليه الدفع مرة أخرى لدائن دائنه الذى حجز تحت يده .

بند [١٦٢]

من يملك هو قبض مادة الالتزام :

التشريع الإسلامى :

أولا — إن كان الملتزم له بالغيا عاقلا رشيدا فهو الذى يملك حق قبض مادة الالتزام بنفسه أو بوكيل يوكله فى القبض عنه فى توكيل عام يشمل كل قبض أو بتوكيل خاص لشيء معين يتقاضاه عنه ، ومتى تم القبض على هذا الوجه برئت ذمة المدين .

وأما توكيل المحامى فى التقاضى ورفع الدعاوى ودفع الرسوم والمرافعات فلا يعتبر توكيلا فى القبض إلا إذا نص على ذلك فى نفس التوكيل .

والقائم بأعمال إدارة الأملاك كالحصل من السكان ومن المؤجرين يعتبر وكيلا فى القبض عرفا وعادة ، والقائم بأعمال الزراعة وكيلا فى الإيجار والحاسبة والقبض من المستأجرين إلا إذا منعه المالك من ذلك .

ثانياً — إن كان الملتزم له صغيراً أو مجنوناً أو محجوراً عليه فلا يملك القبض أحد منهم وإنما الذى يملك القبض الصحيح هو الوصى أو الولى عن ذكر فإن قبض واحد منهم قبضه باطل لا تبرأ به ذمة المدين وماله الذى أداه هدر إلا إذا صون به أحد هؤلاء ماله أو انتفع به فى حفظ ماله فإن الدفع ينفع المدين فى الأقل مما دفعه ومما صون به غير الرشيد ماله ، وعلى هذا متى كان الدفع لغير أهل فللولى أو الوصى طلب الأداء من المدين مرة أخرى مع ملاحظة انتفاع غير الرشيد بما قبضه الخ .

فإن أجاز الولى أو الوصى الدفع لغير الرشيد أو أجاز من له القبض الدفع لغير دائن صح الدفع وبرئت ذمة المدين وليس للدائن عليه مطالبة مرة أخرى .

ولو انتفع الدائن بمثل دينه من أداء مدينه برئت ذمة المدين كمن دفع دين مدينه الواجب السداد مثلاً وكان مماثلاً لما عليه صح وبرئت ذمة المدين .

أما الدفع للدائن الظاهر (كوارث الدائن الظاهر) الذى تبين أنه غير دائن يعنى غير وارث فإن كان قد تخالص معه الدائن الظاهر بأن كان تسلم منه سند الدين فلا مطالبة للدائن الحقيقى عليه وشأنه مع الدائن الظاهر يرجع عليه بما قبض من المدين لمورثه .

وإن كان لم يتخالص أى لم يتسلم منه سند المديونية ، فالدائن الحقيقى يرجع عليه وهو يرجع على الدائن الظاهر ولا شأن للدائن الحقيقى مع الدائن الظاهر لأنه لم يضيع عليه شيئاً مادام سند المديونية موجوداً عند الدائن الحقيقى .

فإن كانت المديونية أداء التزام بدون سند وأداه المدين فعلى الدائن الأصلى مطالبة الدائن الظاهر بما قبضه لأنه قد استولى على شئ لا يستحقه فهو غاصب للتركة فليؤدها بما لها وما عليها ولا مسؤولية إذاً على المدين إلا إذا علم أن هذا الشخص ليس هو الوارث الحقيقى فهو متواطئ معه وهو الملتزم بالأداء مرة أخرى .

ويجوز للدائن كما سبق إخبار الحاكم أن مدينه له دين عند زيد ويخشى إذا أخذه عدم وجود شيء عنده ليستوفي منه دينه وهو ماطل في الدفع ، وللحاكم متى تبين له صحة هذه الدعوى أن يأمر المدين بأداء دينه لدائنه فإن أداه فيها وإن لم يؤده وكان له دين عند زيد فيأمر زيدا بأداء ما عليه لدائن دائنه ، ومتى تعلق حق الدائن بذمة مدين مدينه وجب على مدين المدين أداء دينه لهذا الدائن فإن لم يؤده إليه بل أداه لدائنه فهو ملزم بالأداء مرة أخرى لمن قضى القاضي بأن يدفع إليه لأنه عمل على إضاعة أموال دائن مدينه فألحق به ضرراً والضرر ممنوع ويجب رفعه .

بند [١٦٣]

الالتزام الى اجب أدائه (مادة التعاقد)

القانون الفرنسي :

يجب وضع القاعدتين الآتيتين في مادة التعاقد :

أولاً — يجب أن يكون الدفع مطابقاً للالتزام .

ثانياً — يجب أن يكون الدفع غير مجزأ .

القاعدة الأولى :

الدفع يجب مطابقته للالتزام . فليس الدائن ملزماً بقبض غير ما تم التعاقد عليه ولو كان أعلى قيمة أو أحسن وصفاً ، فإن قبل الدائن شيئاً معيناً بدل دينه صح وبرئت ذمة المدين متى أداه مختاراً .

فإن دفع المدين ما قبله الدائن بدل دينه الذي كان ذهباً أو فضة متعاملاً بها (عملة سائرة)

ثم استحق هذا المدفوع للغير بطل الدفع وعاد الدين بجميع لوازمه قبل المدين ما عدا الضامن
فقد خرج من الضمان بعد التحويل المذكور .

القاعدة الثانية :

الدفع يجب ألا يكون مجزأً ، فيدفع المدين كل دينه دفعة واحدة ولا يجبر الدائن على
قبول تجزئة دينه في الدفع ، وزمن الدفع يكون كما دون في العقد ، ومع ذلك يجوز للمحكمة منح
مدة للمدين تمكيناً له من الدفع ، ومكان الدفع حسب نص العقد فإن أغفل العقد ذلك وجب
أن يكون في محل المدين إلا إذا كان ذاتاً محددة معروفة فمحل الدفع يكون محل وجود هذه
العين وقت تحرير العقد .

وكل مصاريف الدفع على المدين إلا بشرط في العقد يحملها للدائن .

بند [١٦٤]

الالتزام الواجب أدائه (مادة التعاقد)

الفريق الإسلامي — يجبر الدائن والمدين على قبول وأداء الالتزام طبقاً لما تم عليه
التعاقد بين الطرفين ، وبما أن الدين يختلف باختلاف ما نتج عنه ولكل قسم حكم خاص
وذلك :

أولاً — جاز قضاء قرض بمساو لما في الذمة قدراً وصفة حل الأجل أم لا كان الدين عيناً
أو طعاماً أو عرضاً .

وحاصل فقه المسألة أن القرض إن كان عيناً وأراد المقرض رده لم يمتنع قبوله مطلقاً كان
في محل القضاء أو في غيره حل الأجل أولاً إلا لخوف في الطريق أو احتياج إلى كبير حمل فلا

يلزمه قبوله قبل الحل ، وإن كان القرض غير عين بأن كان عرضا أو طعاما فيجبر المقرض على القبول إذا أتى به المقرض في محل القضاء حل الأجل أم لا وإلا فلا يجبر ، وأما دين البيع فإن كان عينا فحكمه حكم عين القرض وإن كان غير عين فيجبر ربه على القبول إن كانا في محل القضاء وحل الأجل وإن كانا في غير الحل حل الأجل أم لا أو كانا في الحل ولم يحل الأجل فلا يجبر ربه على القبول اهـ .

وجاز بأفضل منه صفة (بشرط عدم الدخول على ذلك عند القرض وبإفسد) .
وجاز بأقل صفة وقدر أو أحدهما إن حل الأجل لا أزيد عددا في التعامل به عددا ، أو أزيد وزنا في التعامل به وزنا حل الأجل أم لا .

ثانيا - قضاء ثمن البيع المترتب في الزمة ، يجوز بالمساوي والأفضل صفة حل الأجل أم لا وبأقل صفة أو قدرا إن حل الأجل لا قبله .

ثالثا - قضاء ثمن المبيع إذا كان عينا ، يجوز بأكثر عددا أو وزنا مما في الزمة وأولى صفة ولو لم يحل الأجل .

فلو كان الثمن عرضا أو طعاما فإن حل الأجل أو كان حالا ابتداء جاز بمساو وأزيد قدرا أو صفة وبأقل إن كان عرضا كطعام وجعل الأقل في مقابلة قدره ويبرئه مما زاد لا أن جعل الأقل في مقابلة الكل فيمنع لما فيه من المفاضلة في الطعام .

وإن لم يحل الأجل جاز إن كان بمثابة صفة وقدرا لا بأزيد لما فيه من (حط الضمان وأزيدك) لا بأقل لما فيه من (ضع وتعجل) .

ومن القواعد الممنوعة في المعاملات ما يأتي :

(حط الضمان وأزيدك) فتدخل ثمن المبيع إذا كان عرضا أو طعاما لأن الحق في الأجل

لرب الدين ، ولا تأتي في القرض مطلقا ولا في ثمن المبيع إذا كان عينا لأن الحق لمن عليه الدين إن شاء عجل أو أبقى للأجل .

(ضع وتعجل) تجرى في قضاء القرض وثن المبيع كان القرض أو الثمن عينا أو طعاما أو عرضا . كل هذا يجوز متى قبل الدائن من مدينه، فإن حتم القدر والوصف المشترط في العقد فله ذلك .

فإن كان الدين في الزمة (يعني دين نقد) وأدى بدله عينا وقبلها الدائن ثم استحققت من يده للغير رجع بثمنها على المدين لا بدينه الأصلي لأنه حينما أدى العين بدل الدين النقد قد قضى الالتزام بهذه العين بدل الدين فأصبحت ملكا للدائن فلما استحققت منه حق له أن يرجع بما استحق منه بقيمته إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا ، فقد تحول الدين في الزمة إلى عين في اليد ولهذا لا يلتزم الضامن في الدين الذي كان في الزمة بالضمان بعد دفع هذه العين .

ومقتضى عودة الدين الأصلي بماله وما عليه أن يعود الضمان لأنه تبين أن الدين باق وأن الشيء الملتزم به لم يؤد وأن ذمة المدين لا زالت مشغولة حسب التشريع الوضعي ، ولكنه قال برجوع الدين دون الضمان وهو لا يتفق مع علة رجوع الدين ، والأولى إلزام المدين بقيمة العين التي جعلها بدلا عن دينه إن كانت العين مقومة أو مثليا إن كانت مثلية .

وأداء الالتزام يكون كنص التعاقد أو طبقا للتعاقد ويكون أداء كليا إلا إذا كان العقد يقضى أن يكون منجما فيؤدي كذلك وإن أراد المديان دفع بعض ما عليه وهو موسر فهل يجبر الدائن على القبول أم لا خلاف ، فإن كان المديان فقيرا فيجبر الدائن على القبول اتفاقا .

ويجوز للقاضي منح مهلة لتاجر أحاطت به ظروف قاهرة أو غير تاجر ينتظر وفاؤه بحيث لا تضر بالدائن ويكون الدفع في الحل المشترط في العقد فإن لم يكن مشترطا فحل العقد إلا إذا كان العرف يقضى بغير ذلك فالعادة محكمة .

ونفقة دفع الثمن على المشتري ونفقة دفع المثل على البائع ، ونفقة القرض أخذاً ورداً على المقرض ونفقة الوديعة على المودع ونفقة العارية على المستعير إلا لشرط أو عرف في الجميع فيعمل به .

بند [١٦٥]

الدفع مع حلول شخص محل آخر

القانون الفرنسي :

وهو أن يدفع الدين شخص ثالث للدائن أو يدفع بدله حبواً فيقبلها الدائن ، وبهذا برئت ذمة المدين من مطالبة دين دائنه وحل محل هذا الدائن من أدى الدين فأصبح المدين مديناً للشخص الثالث بدلاً من دائنه .

ولدافع الدين دعويان : دعوى الوكيل أدى عن موكله دينه وهي دعوى عارية عن كل ضمان للدين ، ودعوى الدائن الأصلي وهي تنتقل إليه بما كان للمدين الأصلي من رهن وضمان الخ .

والفرق بين حلول شخص ثالث محل الدائن بعد الدفع وبين تجديد الدين مع تغير الدائن أن الأول ينقل الدين وما يتبعه من ضمان ورهن الخ والثاني يوجد ديناً جديداً لا علاقة له بالأول .

والفرق بين دفع الدين من ثالث للدائن وحلوله محله وبين التنازل عن الدين لآخر نظير عوض أنهما يتفقان أولاً في حلول شخص في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهن مكان

شخص آخر وأن الذى ينقل من الشخص الأول إلى الثانى هو نفس الدين الأول .
ويختلفان فى :

- ١ — التنازل عن الدين يتم بطريق المشتري نظير عوض فهو عمل تجارى ، وحلول الشخص الثالث الدافع للدين خدمة للمدين بإعطائه فرصة أخرى ليتمكن من الدفع بلا نظر للربح .
 - ٢ — المتنازل له عن الدين يمكنه مطالبة مدينه بكل الدين المكتوب فى صك الدين ولو كان قد اشتراه بأقل ، بينما ان من دفع الدين لا يطالب مدينه إلا بما دفع فقط .
 - ٣ — التنازل عن الدين لا يعارض الشخص الثالث إلا إذا قبل المدين بإشهاد رسمى أو أعلن بالتنازل رسمياً ، بخلاف دفع الدين فلا يشترط فيه ذلك .
 - ٤ — التنازل عن الدين يشترط فيه إرادة الدائن واختياره خلافا لدفع الدين فى بعض الأحوال فليس له الامتناع عن قبول دينه بل يصح جبره عليه .
- مأخذ دفع الدين من ثالث
- له مأخذان ، اتفاق الطرفين والقانون ، فالاتفاق نوعان الأول من الدائن والثانى يأتى من المدين .
- فالذى يأتى من الدائن هى الحالة الطبيعية ، إذ يفرض أن يأتى ثالث فيدفع الدين مكان المدين فينتقل حق الدائن إليه جميعه وما يتبعه بشرطين :
- أولاً — يجب الحصول على رضى الدائن صراحة ولو بإمضاء عرفى .
- ثانياً — يجب أن يكون الحلول متفقاً عليه قبل الدفع أو فى نفس وقت الدفع لأن الدين متى دفع بغير الاتفاق على الحلول لا يعود مرة أخرى لصالح الدافع بل يكون دائناً عادياً فقط .
- والذى يأتى من المدين هو أن يقتضى مبلغ الدين من ثالث لدفع دينه مع إحلال المقرض محل الدائن فلا يشترط رضاء الدائن — فقط يشترط فى القرض شكلاً ما يأتى :

١ - يجب تسجيل عقد القرض أمام مسجل العقود وأن يذكر فيه أن هذا القرض لسداد دين كذا .

٢ - يجب تسجيل إيصال السداد أيضاً أمام مسجل العقود وذكر أن هذا الدين سدد من قرض كذا .

والمأخذ القانوني وهو الحلول بنص القانون بدون اختيار لأحد الطرفين وهذا في أربع حالات يرى القانون أن المصلحة تقضى بذلك :

أولاً - أن يكون لشخص واحد دائنان أحدهما سجل أولاً وله امتياز على العين والثاني سجل بعده فأراد الأول بيع العين المرهونة في وقت الرخاء فخشى الثاني أن الثمن لا يكفي سداد دينه أيضاً فيدفع دين الأول ويحل محله باسم القانون .

ثانياً - أن يشتري شخص عقاراً ويدفع الثمن من يده لراهن العقار فيحل محله باسم القانون .

ثالثاً - أن يتعدد المدينون أو يكون المشتري ضامناً فيدفع أحدهم الدين عن الآخرين فيحل محل الدائن .

رابعاً - أن يقبل شخص ميراثاً بشرط أن يحصر قدره أصلاً وديناً ليعرف ماله وما عليه وقبل إتمام الحصر دفع ديناً من ماله الخاص فيحل محل الدائن في الدين الذي دفعه .

نتائج حلول شخص محل آخر في الدفع :

قاعدة عامة : الحلول في الدفع يمنح الحال كل الحقوق التي كانت للدائن ويترتب على ذلك :

أولاً - يمكنه أن يعمل ضد المدينين بالتضامن وضد الضامن كما كان يعمل الضامن الأصلي

ثانياً - يرث الامتيازات والرهون من الدائن الأصلي ويستعملها حسب الترتيب الذي

كان للدائن سواء أكان العقار بين يدي المدين أو شخص آخر .
ثالثاً — يرث أيضاً حق إلغاء عقد البيع إذا كان الحلول بدفع ثمن المبيع وكان هذا الحق للدائن الأصلي .

رابعاً — يمكنه استعمال صك الدين التنفيذي المتعلق بالدائن الأصلي ، ويحبر المدين على الأداء ولو جسمانياً ، واستعمال الاختصاص التجارى الذى كان للمدين الأصلي . ويستثنى من ذلك :

- ١ — للدائن الأصلي أن يحد من نتائج الحلول بالاتفاق خصوصاً فى الضمان .
- ٢ — متى أبرأ الدائن الأصلي ذمة مدينه نظير مبلغ أقل من دينه فليس للحال مطالبة المدين بأزيد مما دفع للدائن الأصلي .
- ٣ — متى وجد أكثر من مدين فى عقد واحد فليس للحال مطالبة أى واحد من المدينين بأزيد من نصيبه .
- ٤ — متى كان الحلول فى جزء من الدين فليس للحال استعمال امتياز يضر بالدائن الأصلي كحال ، ولكن له استعمال أى حق شخصى كوكيل فى دفع بعض الدين أو كرجل أعمال ضد المدين

بند [١٦٦]

الرفع مع حلول شخص محل آخر

التشريع الإسلامى :

سبق القول أنه يجوز لشخص آخر غير المدين أداء الدين أى دفع ما التزمه المدين متى كان يمكن أدائه على نحو ما سبق سواء كان المؤدى شريكاً أم ضامناً أم أجنبياً بشرط ألا يكون

الأداء اضراً بالمدين - ومتى أدى الالتزام فقد برئت ذمة المدين مما التزم به لدائنه الأول .
ومن أدى الدين (الالتزام) اما أن يكون متبرعاً أولاً فإن كان متبرعاً بما أدى فقد برئت
ذمة المدين أيضاً بالنسبة إليه وإن كان غير متبرع فقد أصبح الالتزام الذى على هذا المدين
مستحقاً لمن أداه لا للدائن الأول فيكون الدائن الثانى هو صاحب الحق فى الالتزام دون
الدائن الأول وينتقل إليه ضمان الالتزام أيضاً كما كان للدائن الأول متى كان ذلك مشروطاً
فى صك الدين الأول .

ولدافع الدين دعوى ضد المدين أنه دفع دينه رفقاً به ويطلب منه أداء مثل ما دفع عنه
وانه ما كان متبرعاً بما دفع . وله دعوى أخرى ضد الضامن متى كان قابلاً فى تحويل الدين
للغير . وسيأتى بيان ذلك قريباً .

وحلول شخص ثالث محل الدائن بعد الدفع لا ينقل الدين وما يتبعه من ضمان ورهن
إلا إذا قبل الضامن أو المدين .

وأما تجديد الدين فهى عملية أخرى مستقلة سيأتى الكلام عليها فى بيع الدين . فلا علاقة
بالدين الجديد مع الدين القديم وسيأتى أقسامه وأحكام كل قسم .

دفع الدين من ثالث وحلوله محل الدائن . وتنازل الدائن عن دينه لثالث نظير عوض
يتفقان فى أن الدين أصبح ملكاً للثالث . وأن حق الامتياز والرهن والضمان ينتقل إلى الشخص
الثالث متى قبل الضامن أو المدين فى الرهن والامتياز .

ولسكن التنازل قد يكون بطريق المشتري دون دفع الدين من ثالث فهو رفق به والتنازل
عن الدين نظير عوض يحتم على الشخص الثالث أخذ ما دفع من عوض فقط كما يأخذ ما دفع
أيضاً فى دفع الدين .

والتنازل عن الدين يتم بإشهاد شرعى وببينة شرعية بشروط ستأتى . والدفع يتم بمجرد

الأداء وفي التنازل يجب اختيار المتعاقدين ككل العقود لأنه عقد بيع . وفي دفع الدين من ثالث قد يجبر عليه متى بلغ الأجل والحل وكان حسب مواصفات عقد الالتزام .

دفع الدين من ثالث

قد يكون دفع الدين من ثالث من غير علم المدين بأن كان ذلك من الشخص الثالث وهو جائز بشرط أن يكون ذلك وفقاً بالمدين لا إضراراً به فلا يجوز حينئذ ويرد ما آداه عنه عتياً .

وليس للدائن الامتناع عن قبول الدفع حسب التفصيل السابق في (من يملك الأداء) متى كان الأداء جائزاً شرعاً .

وقد يتفق الدائن مع الشخص الثالث على أن يبيعه الدين بشمن معين بينهما فهذا فيه التفصيل الآتي ويسمى (بيع الدين)

أولاً — يمنع شراء دين من ربه عتياً بالمدين ويرد — فإن فات الثمن بيد بائعه رد مثله أو قيمته . فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ودفعه للمشتري عتياً ومنعه من التسلط عليه

ثانياً — يمنع بيع الدين بالدين بفسخ ما في الذمة في مؤخر من غير جنسه أو في أكثر في الذمة أو في معين يتأخر قبضه .

ويمنع بيع الدين بدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريم بدين في ذمة رجل ثالث ويمنع ابتداء الدين بالدين ، كتأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام والشرط في السلم تعجيله .

ثالثاً — لا يجوز بيع دين الميت ولا دين الغائب ولا دين حاضر لم يقر به لما في ذلك من بيع ما فيه نزاع وخصومة .

ويجوز بيع الدين بالشروط الآتية :

- (١) حضور المدين . (٢) وأن يكون المدين حياً . (٣) وأن يكون المدين مقراً بالدين .
(٤) وكون المدين ممن تناله يد القضاء وتأخذه الأحكام . (٥) كون الثمن من غير جنس الدين
أو بجنسة من غير العين . (٦) واتحدا قدرا وصفة . (٧) وليس الدين ذهباً بيع بفضة وعكسه
(٨) وألا يكون طعام معاوضة . (٩) وألا يكون بين المشتري والمدين عداوة .

فتمت توفرت هذه الشروط صح بيع الدين بثمن حال أو بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع معين
سواء أ كان المعين عقاراً أم غيره .

ومن اشترى ديناً أو وهب له وكان الدين برهن أو حميل (ضامن) لم يدخل في الدين
المباع (أى فى البيع) الرهن أو الحميل إلا بشرط دخولها وحضور الحميل وإقراره
بالحمالة .

بخلاف من ورث ديناً برهن أو حميل فإنه يكون له به وإن لم يشترط ذلك .
فإن كان الدين محرراً فى صك اعترف فيه المدين بالدين وقبل تحويل هذا الصك لمن
يشاء الدائن وضمن ذلك زيد من الناس ، فهو بلا شك ضمن سداد الدين على هذه الصفة
التي قبلها المدين وهو جواز التحويل للغير فحينئذ إذا تنازل الدائن عن هذا الدين لثالث بطريق
البيع أو بطريق الحوالة مع الاعتراف بالقبض فينتقل الدين للثالث بما له وما عليه بضمانه ورهنه الخ
لأن المدين قابل فى الصك صراحة وكذلك الضامن فلا داعى لحضورهم وقبولهم لأن فى هذا
نقضاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين وإعطاء حق للمدين لم يكن له فى التعاقد ، وكذا
للضامن .

وقديأتى المدين بشخص يؤدى ما التزم به بدله على أن يحل محل دائته فهذا جائز بلا نزاع وليس
للدائن الامتناع عن الاقتضاء ما دام ذلك كان من قرض أو دين أو ثمن مبيع أو كان من سلم
وبلغ الحل وجاء الأجل ، ويتبع فى ذلك ما تم عليه الاتفاق بين المدين والشخص الثالث

الدافع للدين ويكون ذلك ابتداء مديونية بين الشخص الثالث وبين هذا المدين ولا علاقة للدائن بأى شىء بينهما ولا يشترط تسجيل ولا غيره إلا إذا كان الدين الأصلي مسجلاً يعنى عليه إشهاد فتسد يده يكون بإشهاد أيضاً .

وأما الحلول بموجب القانون فى ذلك التفصيل الآتى :

إذا كان لشخص دائنان : أحدهما سابق على الآخر فى الاحتفاظ بالعين المرهونة نظير دينه فيحق للدائن الأول الراهن الانفراد بالرهن فى بيعه واستيفاء حقه منه قبل الدائنين الآخرين ، فلو فرض أن الدائن الثانى قبل رهن العين المرهونة للأول فيما زاد على دينه وجاء الدائن الأول يريد بيع الرهن ليستوفى منه نصيبه فحشى الدائن الثانى ألا يبقى له شىء من الرهن فدفع دين الأول فتصير العين المرهونة خالصة للثانى متى كان المدين قابلاً لتحويل الرهن . وأما إذا لم تكن مرهونة للثانى فيما زاد على دين الأول ، ولم يكن المدين قد قبل تحويل الدين وما يتبعه من الرهن فلا ينتقل حق الرهن للدائن الثانى ، فلا خروج فى هذا على القاعدة العامة وهو أن الرهن أو الضمان لا ينتقلان مع الدين إلا برضى واختيار الضامن أو الراهن .

وإذا اشترى شخص عقاراً ودفع الثمن من يده لراهن العقار فيحل المشتري محل الراهن لكن لا كراهن بل كمالك للعقار لأن قيمة الرهن هو الثمن الذى دفعه فثبراً ذمته من الثمن قبل البائع .

وإذا تعدد المدينون أو كانوا ضماناً فدفع أحدهم الدين عن الآخرين فيحل محل الدائن فإن كانوا ضماناً رجع على المدين وإن كانوا ضماناً متضامنين رجع على من لقيه منهم بغير ما أدى وسأواه فيما أداه عن الباقين ، وإن كانوا مدينين رجع على كل بمصيبه إلا إذا كان بينهم تضامن ف كذلك .

إذا دفع الوارث ديناً على أن التركة تحتمله معتقداً أن التركة تفى بديونها ثم تبين أنه لا

فضل فيها يسع هذا الدين الذى أداه ، فقد أدى ما لم يجب عليه معتقداً أنه سيأخذه من التركة وبما أنه لا ميراث إلا بعد سداد ديون المورث فلمن أدى الدين الرجوع على الدائن بما أداه لعدم الوجوب أولاً ولأنه أدى ليرجع وما دام الدين قد استغرق كل التركة فيجب على آخذ الدين مشاركة بقية الدائنين بنصيب الدين فى التركة .

نتائج حلول شخص محل آخر فى الدفع :

قاعدة عامة : الحلول فى الدفع لا يمنح الحال كل الحقوق التى كانت للدائن . إلا إذا قبل ذلك الراهن أو الضامن .

فلا يمكن للحال العمل ضد المدينين بالتضامن ولا ضد الضامن كما كان يعمل الدائن الأصلي إلا إذا قبل الضامنون فى صك الدين تحويل ذلك .

ويرث الامتيازات والرهن من الدائن الأصلي بغير قبول الراهن .

ويمكنه استعمال صك الدين التنفيذى المتعلق بالدين الأصلي متى تنازل عنه الدائن شرعاً .

ولو أبرأ الدائن ذمة مدينه من بعض دينه فليس للحال مطالبة المدين بالدين كله بل يطالب بما بقى ولو صالح رب الدين الحال على مبلغ أقل من الدين فلا يرجع الحال على المدين إلا بالأقل من الدين ومن قيمة ما صالح به .

بند [١٦٧]

خضم التسديد

الفانور الفرنسى — وهو تحديد الدين المسدد بدفع مبلغ لا يفى لسداد جميع مطلوب

شخص من آخر ، وقاعدة الخصم الاتفاقية هي أنه للمدين عند سداد دين من ديونه إلى دائئه أن يعلن عنه ذاتياً مثلاً (دفع مبلغ ١٠٠ جنيه قال : انها سداد لمبلغ الرهن عن العين الفلانية) .

لكن إذا كانت مصلحة الدائن تتعارض مع هذا الإعلان فإن الدفع لا يكون إلا برضى الدائن والدفع يكون من الأصل والفوائد ، ومع ذلك لو احتسبها الدائن في دين مماثل فلا حق للمدين في احتسابها في دين آخر ، فإن لم يكن بينهما اتفاق فلا احتساب القانوني تتبع فيه القواعد الآتية :

يحتسب الدفع أولاً من الدين الذي حل أجله فان تعدد الدين المذكور احتسب في الأنفع للمدين الذي يدفع فائدة أكثر ، فان استوى الدين في المنفعة احتسب من الأسبق من الديون ، فاذا كانت جميع الديون متفقة في جميع المميزات احتسب بنسبتها .

بند [١٦٨]

الشريعة الإسلامية :

فصل التفسير :

وهو أن يكون لشخص دينان على آخر أحدهما برهن أو بحميل (ضامن) أو أحد الدينين أصالة والثاني حمالة فيدفع المدين مبلغاً لا يفي بالدينين .

فالمدين الحق عند دفع أى مبلغ من ديونه أن يبين لدائئه الدين الذى يخص منه ، فان بين المدين واتفق مع الدائن فيها وإلا فان اختلفا بأى الدينين يبدأ وزع المقبوض على قدر الدينين بلا حلف ، ولو قال المدين لقد نويت وقت السداد أن يكون المسدد من دين كذا

ولم يوافق الدائن وزع كذلك بين الدينين أو الديون بالنسبة بينهما أو بينها .
وإن اختلفا بعد الدفع فقال المدين لقد بينت لك أن الخصم عند دفعي مبلغ كذا يكون من الدين الفلاني مثلا الذي برهن وقال الدائن : بل قلت عن الدين الذي بلا رهن حلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وصحة وصدق دعواه فان حلفا أو نسكلا وزع المقبوض على الدينين بالنسبة ويقضى للحالف على الناكل ، سواء حل الدينان أو أحدهما أو لم يحل اتحد أجلهما أو اختلف تقارب أو تباعد ، وقال بعض علماء المذهب (الإمام اللخمي) ان محل توزيع المقبوض على الدينين إن كانا حالين أو مؤجلين واتفق أجلهما أو تقارب ، وأما إن كانا مؤجلين وأجلهما متباعد فالقول قول مدعى الأجل القريب وكذا إذا حل أحدهما فالقول لمدعيه ، والظاهر أن واضع القانون الوضعي أخذوا هذا القول من المذهب .

[بند ١٦٩]

عرض الدفع والاستيداع

القانون الفرنسي :

هذه طريقة خاصة تمكن المدين من إبراء ذمته من المديونية بالرغم من سوء نية دائنه ، وذلك بعرض ما التزم به في مكان محدد وإعلان المدين بتسليمه ، وهذا هو تنبيه الدائن بتسلم حقه .

شروط صحة العرض هي شروط صحة الدفع م ١٢٥٨ - وطريقة العرض والإيداع هي :
أولا - في مبلغ من المال - يجب أن يكون العرض بواسطة محضر أو مسجل العقود يحمل المبلغ معه إلى محل الدائن فان قبله أعطى مخالصة وإن لم يقبله أودع في إحدى خزائن الحكومة .

ثانياً - في شيء له جنس أو نوع يعلن بالحضور للتسليم في محل محدد ، وكذا في شيء معين .

ونتيجة العرض والإيداع براءة ذمة المدين من الالتزام وأن الشيء المؤدى والمودع لو هلك يكون على حساب الدائن وتقف الفائدة من وقت الإيداع .

وتكون نتيجة العرض والإيداع معمولاً بها من وقت عرض الدائن ما عليه أو من وقت حكم المحكمة النهائي بأن الدفع صحيح ، إلى هذه اللحظة يمكن المدين سحب ما أودعه ويبقى الشركاء في الدين والضمان على حالهم من مديونية وضمان ، وبعد ذلك ليس للمدين سحب ما أودع حتى ولو برضى الدائن ، فإن أذن الدائن للمدين بقبض ما أودع صار ديناً بدون ضمان أى شيء سابق .

بند [١٧٠]

عرصه الرفع :

التريع الاسلامى :

قد يهمل الدائن في استيفاء حقه وقد يتعنت في استيفائه أيضاً فلمدين الحق في أن يلجأ للقاضى ليحبر الدائن على أخذ حقه متى كان يجوز ذلك كما سبق :

فإن تسلمه فقد تم الوفاء بالالتزام المدين وبرئت ذمته فإن كان غائباً أو رفض التسلم فلمدين إحضار التزامه للقاضى إذا أمكن إحضاره والقاضى ينظر المصلحة إن شاء دفعه عند أمين وإن شاء دفعه في خزانة الدولة العامة حتى يتسلمه صاحبه وإن شاء تركه عند الملتزم نفسه كأمانة وبذلك تبرأ ذمة الملتزم من الالتزام .

فإن أحضر المدين ما التزم به للملتزم له أو دعاه لأخذه ولم يحضر للتسلم أو قال دعه عندك أو ما في معناه ثم هلك ما التزم به فضمانه من رب الدين لأن مادة الالتزام أصبحت كوديعة وأمانة بيد الملتزم ولا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى ، حتى قد نص على أنه إذا عرض المدين الدين لربه وكان واجب القبول وتلف قبل تمكنه من جبره على قبوله فإن ضمانه يكون من رب الدين .

وبما أن الحاكم قد نظم طرق التقاضى وطرق العرض والإيداع فهي كفيلة متى تمت طبقا للنظم المقررة لإبراء ذمة الملتزم وهي طرق شرعية صحيحة في العرض والإيداع متى كان مبلغا من المال .

فإن كان عينا أو ذاتا ولو مثليا فيكفى إشهاد الملتزم إشهاداً قانوناً كما نذار من عمال القاضى المفوض لهم ذلك وهم المحضرون بدعوته للتسلم وتحديد يوم لذلك فإن حضر فيها وإلا فلا مسئولية على الملتزم فيما التزم فإن هلك وكان مقوما فليس له القيمة إلا إذا تعدى الملتزم وإن كان مثليا فكذلك .

ونتيجة العرض والإيداع براءة ذمة المدين من الالتزام وضمانه من الملتزم له . وتستمر المديونية والضمان على المدين إلى وقت العرض ، وبعد العرض تبرأ ذمته فليس له قبض ما عرض وأودع ، ولو قبضه بإذن الدائن بعد ذلك فهو أمانة ولا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى .

بند [١٧١]

ترك المدين أملاكه لدائنه

القانون الفرنسى — وهو أن يترك المدين أملاكه لمداينيه حينما يجد أنها مستغرقة بالدين وهو اتفاق وقضائى وكلاهما لا يبرىء ذمة المدين إلا بقدر ثمن أملاكه المسددة من الدين .

بند [١٧٢]

ترك المدين أملاكه لدائنيه

الفتريع الاسلامي — يجوز للمدين ترك أملاكه لدائنيه متى رأى ذلك من مصلحته فإن دفع المدين أملاكه لدائنيه اختياراً ولم يتهم بإخفاء شيء فلا يجوز الحكم بإفلاسه لأن شرط الحكم بالإفلاس أن يكون المدين ملداً مطلقاً في أداء ما عليه فلو طالب دائنوه الحكم بذلك بعد تسليم أملاكه إليهم فلا يجابون لذلك ، ومتى كان لا يحكم بإفلاسه بالمعنى الأخص فتبقى ذمته مشغولة بما بقي من ديونه غير مسدد بعد بيع أملاكه وعدم الوفاء بكل الدين ، وهذا الترك يكون اتفاقياً لا قضائياً ، لأن الحكم بنزع ملك المفلس ليس معناه ترك أملاك المدين لدائنيه بل معناه غل يده عن التصرف وبيع أملاكه بمعرفة القاضى وتقسيم الثمن على الدائنين بنسبة ديونهم ، فلا تصرف للدائنين بعد الحكم بالإفلاس وإنما التصرف للحاكم فيها ، بخلاف ترك أملاكه اختياراً للدائنين ، اللهم إذا اشترط على دائنيه ان أملاكه نظير ديونهم قلت أو كثرت وبذلك تبرأ ذمته من كل حق لهم .

بند [١٧٣]

التجديد

الفائده الفرنسي :

يتكون التجديد من تلاشى التزام قديم مع حلول التزام آخر جديد بدله ، وشروط وجود التجديد هي :

أولا — تلاشى الالتزامات القديمة ووجود التزامات جديدة إحداها تتلاشى بسبب الأخرى فينتج عن هذه الأصول ما يأتى :

١ — لا يوجد تجديد إذا كانت الالتزامات القديمة غير موجودة أو كانت قابلة للإلغاء ومع ذلك فلو كانت الالتزامات طبيعية صح كونها سببا للتجديد أو للدفع .

٢ — إذا كانت الالتزامات القديمة مقيدة بشروط فيوجد التجديد كذلك مقيدا بشروط إلا إذا أراد الطرفان استبدال التزام غير ثابت بالتزام ثابت صح ذلك حسب نيتهما وقصدهما .

٣ — لا يوجد التجديد متى كانت الالتزامات الجديدة موجودة تبعا للالتزامات القديمة غير مستقلة عنها .

٤ — لا يوجد تجديد إذا كانت الالتزامات الجديدة غير موجودة .

ثانيا — يجب نية التجديد ، فلا يشترط أن يكون التجديد صراحة ولا ضمنا بل يكفي نية الطرفين التى للمحكمة تقديرها .

ثالثا — يجب وجود عامل جديد (يعنى تغيير أساس قديم بجديد) سواء كان فى تغيير مادة الالتزام أو فى طبيعة الالتزام أو فى شخص المدين أو فى شخص الدائن .

ويشترط لصحة التجديد أن يكون الطرفان أهلا للتعاقد ، فالمدين يكون أهلا للالتزام ، والدائن يكون أهلا لتنظيم دينه كما يشاء .

نتائج التجديد — التجديد ينتج نتائج مضاعفة : محو الالتزام السابق ، وإيجاد التزام آخر لاحق فالدين القديم يحى أثره ويترتب على ذلك :

١ — الامتياز والرهن اللذان كانا ضامنين الدين القديم سقطا .

٢ — التجديد بين الدائن وأحد المدينين التضامنين يخلى بقية المدينين من المسؤولية .

٣ — التجديد بين الدائن ومدينه يحل الضامن من الضمان .
ومع ذلك فيجوز للطرفين الاحتفاظ بالضمان القديم في الالتزامات الجديدة بالشروط الآتية :
أولاً — إذا قبل المدينون التضامن والضامن الضمان فيصح للدائن والمدين اشتراط ذلك في التجديد بشرط توقيعهم على هذا الرضى صراحة .
ثانياً — الامتياز والرهن لا ينتقلان في التجديد ولكن إذا قبل مالك العقار ذلك صح .

بند [١٧٤]

التجديد

التسريع الاسلامي :

التجديد هو فسخ عقد التزام بما وجب أدائه في عقد التزام آخر حل محل الأول أو فسخ ما في الذمة في مؤخر وفي التجديد ما يأتي :

أولاً — يجب شغل الذمة أولاً بشيء واجب الأداء ولو لأجل .
ثانياً — يكون الالتزام المجدد مخالفاً للالتزام القديم وإلا كان تأخيراً للاقتضاء ولا كلام في جوازه .

ثالثاً — التجديد يقتضى عقداً آخر فيجب استيفاء الطرفين شروط التعاقد .
فتمت وجدت هذه الشروط قيل إنه يوجد التجديد وحينئذ يكون حكمه الشرعي كالآتي :
أولاً — التجديد ، وهو فسخ ما في الذمة في مؤخر يتأخر قبضه لا يجوز لأنه بيع دين بدين وهو منهي عنه بنص الحديث الشريف : (إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالئ بالكالئ) لهذا أجمعوا على أن بيع الدين بالدين ممنوع ، فلا يجوز أن يكون لك دين في ذمة شخص فتفسخه في شيء آخر لا تتعجله .

قال الإمام مالك : (من لك عليه دين حال أو إلى أجل فلا تكترى منه داره سنة أو أرضه التي رويت أو دابته شهراً أو تستعمله هو به عملاً يتأخر ولا تتبع به ثمرة حاضرة في رءوس النخل قد أزهرت أو أرطبت أو زرعا قد أفرك لاستئخارهما ، ولو استجدت الثمرة أو استحصد الزرع ولا تأخير لهما جاز ، ولا تتبع به منه سلعة بخيار أو سلعة غائبة على صفة أو داراً غائبة على صفة) .

ثانياً — التجديد ، وهو فسخ ما في الذمة في شيء لا يتأخر قبضه يجوز كمن فسخ دينه المؤجل مثلاً في شراء بيت حاضر تسلمه وقت الفسخ وتأخير اليوم لا يضر ، ويجوز فسخ الدين في خدمة معين اليوم ونحوه ، فإذا كان لزيد دين عند عمر فقال زيد احرث معي غدا واقتطع لك من دينك أو اخدم معي غداً ببعض مالى عندك فهو جائز على قول مالك والإمام أشهب .

فإن كان فسخ الدين في منافع شيء معين أو في ذات غائبة على الصفة فقد أجازها الإمام أشهب قائلاً إذا كان يجوز بيع الدار الغائبة على الصفة بشمن مؤجل فمن باب أولى يجوز فسخ الدين في ثمنها ، فإن كان الفسخ في منافع مضمونة فقال الإمام اللخمي من أئمة المالكية لا يجوز أن يفسخ ما حل من دينه أو لم يحل في منافع شيء إذا كان ذلك مضموناً في الذمة وليس حاضراً ، فإن كان ذلك الشيء المفسوخ الدين في منفعه معيناً فمنع ذلك مالك وابن القاسم حل الأجل أو لم يحل وأجازه الإمام أشهب من أئمة المالكية .

فمن عليه لك دين يجوز أن يخطط لك ثوباً ببعض الدين وشبه ذلك فإن كثر العمل لم يحجز .

ويترتب على التجديد الجائز كما سبق بطلان الامتياز والرهن والضمان للدين الأول لأن فسخ الدين في شيء آخر قد لا شئ الالتزام الأول فبرئت ذمة المدين من ذلك ويتبعه الضمان والرهن والامتياز الخ .

فإن اتفق الدائن والمدين والضامن أو الراهن على بقاء التوثق الذي كان للدين الأول معمولاً به في الدين الثاني صح وإلا فلا يبقى له أثر .

بند [١٧٥]

نظرية النيابة

القانون الفرنسي :

هي عملية بها يكلف شخص (منيب) شخصاً آخر يسمى (مناباً) بالالتزام بدله ومكانه لشخص ثالث يدعى (ممثلاً عنه) .

والنيابة قسمان تامة وغير تامة — فالنيابة التامة هي ما برئت ذمة المنيب قبل الممثل عنه بسبب تعهد المناب ، ولا بد من النص على الإنابة ولا يفرض وجودها القانون .

نتائج الإنابة التامة :

ينتج عنها محو دين الشخص الأول نحو الشخص الثالث ودين الشخص الثاني نحو الشخص الأول فيحصل تجديدان التجديد الأول تغير المدين بالنسبة للشخص الثالث الذي يكون مدينه من الآن الشخص الثاني مكان الأول ، والتجديد الثاني يكون بتغير الدائن بالنسبة للشخص الثاني الذي له كدائن الشخص الثالث مكان الأول .

ومع ذلك فيبقى الشخص الأول مسؤولاً حينما يكون الشخص الثاني محاطاً بالديون التي تجاوز ماليته في حالتين :

١ — متى لم يقبل الدائن الانابة إلا بهذا التحفظ .

٢ — متى كان الشخص الثاني في حالة إفلاس أو عدم قدرة على الدفع في وقت الانابة .

الانابة الناقصة — تكون متى كان الشخص الأول (المدين) يبق مسؤولاً قبل الشخص

الثالث بجوار الثاني ويتبع ذلك أن الدائن أضاف ذمة أخرى مسئولة قبله مع مدينه الأصلية ويمكنه رفع دعوى عليهما .
ويمكن استعمال الانابة في الهبة وفي عقد القرض .

بند [١٧٦]

الانابة :

التشريع الإسلامي — هي نوع من فسخ الدين في الدين لأنها تتحقق حسب تعريف القانون الوضعي في أن زيدا مدين لعمر . فيقول زيد لأحمد التزم بدلي بديني الذي لعمر فيلتزم أحمد لعمر بدلا عن زيد فيقبل عمر هذا الحلول من أحمد بدل زيد مدينه وليس هذا بممنوع لأن المدين تغير فقط ولم يتعرض أحد للدين لا في القدر ولا في الصفة ولا في الأجل ، وقد أخلى الدائن ذمة مدينه ورضى بشغل ذمة من أحضره مدينه ولا يقال هذا من قبيل الضمان مع إخلاء سبيل المدين لأن شرط الضمان بقاء ذمة المدين مشغولة حتى إذا برئت برئت ذمة الضامن ويجوز العكس وهو إخلاء ذمة الضامن مع بقاء ذمة المدين مشغولة .

فان شغل ذمة الحال مع ذمة المدين الأصلي فيعتبر هذا ضمانا لأنه ضم ذمة إلى ذمة في التوثق بدينه أو يعتبر الشخص الثاني مدينا أصليا بقبوله أن يحل محل المدين الأول فيكون للدائن مدينان أصليان فله مطالبة أيهما شاء .

ولابد من النص صراحة على قبول الشخص الثاني تحمل دين الأول وحلوله محله في التزامه .
فان قبل دأئ الشخص الأول فسخ دينه في ذمة الشخص الثاني الذي أحضره الأول ليحل محله ولم يشترط بقاء المدين الأول في الالتزام فليس له حق في مطالبة الشخص الأول بعد قبوله الحلول فان اشترط بقاء الأول في الالتزام مع الثاني فالأول مطالب مع الثاني فان أفلس أحدهما

أو أحاطت به الديون أدى الثاني هذا الالتزام ، فإن استبان اعسار الثاني قبل الحلول أو لدده أو إفلاسه ولم يعلم الدائن بذلك فيكون هذا عشا من المدين وللدائن الرجوع عليه بدينه .

بند [١٧٧]

إسقاط الدين

الفانور الفرنسي :

وهو اتفاق الدائن على ترك دينه بدون مقابل لصالح المدين وإبراء لذمته ، وهو بهذا المعنى هبة حقيقية ، ويلزم فيه ما يلزم في موضوع الهبة من اتفاق الطرفين وأهليتهما للتصرف والتلق ويحوز لدائن المتنازل الاعتراض عليه متى أضر بحقوقهم قبله .

ويمكن إتمام عقد التنازل على أى وجه حتى بامضاء عرفى ومتى تم التنازل فقد برئت ذمة المدين كأنه دفع دينه ، فإن كان معه شركاء فى المديونية فقد برئوا أيضا إلا إذا شرط الدائن عدم إخلالهم صراحة فلا يخرج من المسؤولية إلا من تنازل عنه .

يوجد حالتان خاصتان لإسقاط الدين :

الأولى : إسقاط الدين فى حالة الإفلاس (كونسكرداتو) وهو اتفاق بين الدائنين وبين مدينهم بالتنازل عن بعض دينهم نظير قيام المدين بدفع كذا فى المائة ويترتب على هذا الاتفاق ما يأتى :

١ — هذا الاتفاق يفرض على جميع الدائنين حتى من لم يعط صوته فى هذا الاتفاق .

٢ — بعد إسقاط بعض الدين فى هذا الاتفاق يتولد دين طبيعى بما سقط .

٣ — لا يستفيد الضامن من اتفاق (الكونسكرداتو) كما يستفيد من الاسقاط العادى .

٤ — لا يوجد براءة ذمة المدين ولكنه عمل مفيد للمدين .

وهذا ناتج عن اعتقاد الدائنين من أن اتسهيل على المدين في وضع جزء يقيم المفلس خير من الاجهاز عليه فلا يفيدهم شيئا .

إسقاط الضمان نظير مبلغ معين — للدائن معافاة ضامن مدينه من ضمانه نظير دفع مبلغ معين فيجب احتسابه من أصل الدين المضمون واستنزاله منه ومن ضمان بقيمة الضامنين إذا كان . إعطاء سند المديونية إلى المدين اختيارا معناه إبراء ذمة المدين من الدين ، يفرض القانون أن الدائن الذي يعطى سند دينه لمدينه اختيارا أنه أعفاه من دفع دينه وإبراء ذمته منه ، ولأجل أن يكون هذا الغرض القانوني صحيحا يجب وجود ما يأتي :

١ - يجب أن يسلم السند المثبت للدين وهو نفس سند المديونية الأصلي .

٢ - يجب أن يكون تسليم سند الدين إلى المدين أو من يمثله قانونا .

٣ - يجب أن يكون التسليم اختياريا من الدائن الذي استعمل كامل حريته ومعرفته ما يترتب على التسليم إلى المدين .

والدليل على التسليم بقيمة الدين إظهار سند المديونية والدائن إثبات أنه لم يسلم اختيارا أو تسلم للمدين مع غيره .

ونتيجة ذلك أن إعطاء سند الدين يفيد القطع ببراءة ذمة المدين متى كان سند الدين عرفيا بامضاء خاص ، فان كان إشهدادا أو حكما يفيد اليقين غير أن الدائن له الحق في إثبات الضد .

وهذا الفرض القانوني وهو براءة ذمة المدين بعد إعطائه سند المديونية من الدائن اختيارا محمول على الدفع حقيقة أو محمول على الإبراء بلا مقابل ، فعلى من ادعى أحد الاحتمالين إثباته وذلك :

١ - إذا تعدد المدينون وأعطى سند المديونية لواحد منهم بشروطه فليس له الرجوع على بقيتهم إلا إذا أثبت أنه دفع الدين حقيقة وتسلم السند .

٢ — إذا أنكر المدين المسلم إليه السند حميل الدائن وأراد الدائن الرجوع في التنازل عن دينه فليس له ذلك إلا إذا أثبت أنه تنازل عن الدين بلا مقابل .

بند [١٧٨]

اسقاط الدين :

التسريح الإسلامي — إن كل من يملك حقاً ويمكنه أن يملكه بمعنى أنه يكون أهلاً للتملك والتمليك شرعاً يجوز له أن يتنازل عن هذا الحق نظير عوض أو بلا مقابل ، فإن كان هذا الحق ديناً فإنه بمجرد التنازل عنه للمدين برئت ذمة المدين من أدائه ويتبع براءة ذمة المدين براءة ذمة الضامن .

والتنازل عن الدين بلا مقابل يعتبر من قبيل الهبة وتتم بمجرد التنازل لأن الدين في يد المدين أو ذمته وهو قبض وإن كان القبض فيها ليس شرطاً لصحتها كما سيأتي . فإن كان الدائن الذى تنازل عن دينه بلا مقابل ليس محاطاً بالدين أو صغيراً أو مجنوناً أو مبدراً صح التنازل ولزم ولا كلام لأحد فيه .

وإن كان الدائن محاطاً بالدين فلا يجوز له التنازل عن الدين إلا برضاء دائنيه فلهم ممانعته منه والتمسك بالدين كجزء من ضمان سداد ديونهم ويحكم القاضى لهم بذلك وإن كان الدائن صغيراً أو مجنوناً أو سفيفاً فالتنازل باطل ولا تصح الإجازة من وصى أو قيم .

ولا يحتاج إسقاط الدين لأى صيغة تستعمل أو أى شكل يتبع فيصح ولو أمام شاهدين غير أن الدين إذا كان بوثيقة وهى بيد الدائن فهى حجة أصلية بعدم الإبراء من الدين على أنه يجوز الاستشهاد على الدفع بالإبراء متى كان الإبراء بعد الوثيقة

الثمرات التي قبضها ، وليس له أخذ ما لم يقبضه إلى ظهور فساد ملكيته وهذا راجح .
ويجب رد الثمرات من وقت رفع الدعوى برد العين المتنازع فيها ولو بقيت الدعوى سنيماً لأن
الحكم في مثل هذه مظهرٌ لا موجد فكأنه ظهر يوم رفع الدعوى ولا ظلم على واضع اليد .
أما واضع اليد بسوء نية فعليه ارجاع الثمرات التي حصلها بل والتي أهمل تحصيلها وعليه
أيضاً تعويض حرمان المالك من التصرف في ملكه مدة وضع اليد .

بند [٣٤٣]

التسريع الإلزامي — إن واضع اليد يكون مدعى عليه في دعوى الاسترداد وهو غير
مكلف بإثبات شيء لأن وضع اليد معتبر حجة ويجب أن يُعارض بحجة أقوى من المدعى .
ويستعمل وضع اليد بنية التملك وعدم التعدي في بعض أنواع الملكية (كإحياء الموات ،
شغل العين ، تسليم المبيع ، سقوط الحق بمضى المدة مثلاً) ويملك واضع اليد بحسن نية الغلة
والثمرات ويصح أن يكون وضع اليد حجة للملكية في المنقول والعقار متى فاتا أو مضت
مدة الحوز الشرعية فيهما .

ملكية الثمرات

لمعرفة ملكية الثمرات يجب ذكر البحث الآتي :

أولاً — واضع اليد غاصب أو سارق أو محارب أو معتد أو متلق ملكه ووضع يده
عن غاصب أو سارق أو محارب أو معتد وهو يعلم بالغصب أو السرقة الخ .

ثانياً — الشيء الموضوع اليد عليه إما عقار أو غير عقار (منقول) وأما لا زال باقياً
على حالته التي أخذ بها أو تغير في صفاته الأساسية لوجوده أو في ذاته ولو بالتلاشي أو تغيرت
صفته مع بقاء عينه .

ثالثا — واضع اليد ليس سارقا ولا غاصبا ولا محاربا وكذا من تلقى عنه الملك أو كان ضحية لشخص اعتقد صحة ملكه أو ما كان يظن ملكية ذلك الشيء لأحد الخ .

رابعا — الشيء الموضوع اليد عليه إما عقار أو منقول بقي على حالته يوم وضع يده عليه أو تغير في ذاته أو صفاته الغالبة التي بها تكوين وجوده مقوما أو مثليا .

ففي الحالة الأولى وهي الغصب والسرقة والحراة ، ومن تلقى وضع اليد ويعلم بذلك ترد العين المغصوبة متى كانت باقية على حالها لم تفت إلى مالكةا وترد معها جميع الثمرات والغلة إن بقيت فإن استعمل الغلة بأفنائها ضمن قيمتها أو مثليا ، فمن اغتصب نخلا أو شاة ووجدها ربهما بذاتهما وكان الغاصب قد جنى ثمر النخل أو جز صوف الشاة أو شرب لبنها فيجب على الغاصب رد النخل وثماره والشاة وصوفها ولبنها إن كان الثمر والصوف واللبن موجودا وإلا ضمن قيمته يوم الغصب وكذا حكم من تلقى عنهم الملك ويعلمون بذلك .

وقد ذهب المشرع الإسلامي إلى أن الغاصب ومن في حكمه يضمنون الثمرة والغلة للمغصوب ولو هلكت بما لا قدرة لهم على دفعه كما إذا تلفت الثمر بأفة سماوية لأنه متعد فيضمن وكذا يرد الغاصب ما أثمر عنده من شجر أو ما نتج عنده من حيوان كذلك .

وخير المالك إذا كان المغصوب أرضا وبنى أو غرس الغاصب في أخذ البناء أو الغرس ودفع قيمته منقوضا أو أمره بتسوية أرضه ، فلو سكن ما بناه أو أكره فلربها كراؤها براحا لا مبنية فإن لم يسكن ولم يكرها فلا شيء إذ مجرد البناء لا يوجب كراء .

فإن زرع متعد الأرض فإن لم يبلغ الزرع حد الانتفاع به برز على وجه الأرض أم لم يبرز أخذه المستحق بلا دفع شيء نظير البذر والعمل وإن شاء أمره بقلعه ، فإن بلغ الزرع حد الانتفاع به ولو لرعى فلمستحق أمر الغاصب بقلعه إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له مما شأنه أن يزرع فيها غالبا ، والمستحق أخذه بقيمته مقلوعا ، فإن فات وقت ما تراد الأرض له فكراء سنه على

حسى على الوفاء بالدين وعلى ذلك فهو دليل قاطع يعمل به إلا إذا ظهر ما يتقضه وهو دليل آخر أقوى منه .

وقال بعض الفقهاء : إن وجود سند الدين بيد المدين ووجود الرهن بيد الراهن ليس دليلاً على الوفاء لجواز ضياعه أو العثور عليه ، إذ يجب على المدين أن يطلب من دائنه الكتابة على السند بالوفاء خوفاً من أن يدعى رب الدين سقوطه منه ، أو يخرج الدائن صورة أخرى من السجل يدعى بها ، وهذا قول صريح أدعى إلى الحيلة في المعاملة ، وأقطع للحيلة من الدائن والمدين .

فإن وافق الدائن على وجود السند بيد المدين ولكن ادعى أخذه قهراً عنه فله إثبات ذلك وليس بشرط تسليم سند المديونية إلى المدين أو من يمثله إذ يجوز مثلاً أن يرسله مع شخص لا علاقة له بالطرفين ليوصله للمدين .

ولا فرق بين أن يكون سند المديونية عرفياً أو رسمياً يمكن استخراج صورته في أن وجوده في يد المدين قرينة قاطعة على الوفاء إلا إذا ثبت خلافه .

فإن ادعى أحد المدينين الذى بيده سند المديونية أنه سدد الدين كله بدليل وجوده في يده فلا يقبل قوله لمجرد وجود السند بل يجب عليه إثبات الدفع لكل الدين كما يدعى بالبيئة الشرعية وليس هذا مثل ادعاء سداد الدين لوجود سند المديونية لأن هذا السند دليل المديونية لا دليل أنه دفع كل الدين عن بقية المدينين .

بند [١٧٩]

المقاصة

القانون الفرنسي :

المقاصة هي أن يصبح الدائن مديناً لمدينه فيلتقى الدينان بقدر أصغرهما فيتلاشيا ، وهي طريقة قانونية في تلاشي الالتزامات ، والمقاصة تكون قانونية أو اتفاقية أو قضائية .

المقاصة القانونية — وهي التي تسرى من نفسها بقوة القانون بدون تدخل الطرفين .

وللمقاصة فائدتان : الأولى = عدم نقل التقدم مرتين لسداد الدينين . والثانية تجنب عدم

القدرة على الدفع بالتقابل من الطرفين .

شروط المقاصة القانونية :

أولاً — يجب أن يكون الدينان بين شخصين خاصين دائن ومدين . فالدائن نفسه

يصبح مديناً لمدينه والمدين نفسه يصبح دائناً لدائنه شخصياً .

ثانياً — يجب أن يكون الدينان محققين محدودين ثابتين .

ثالثاً — يجب أن يكون الدينان حاليين ، فلا مقاصة بين دين حال ودين مؤجل .

رابعاً — يجب أن يكون الدينان مبلغاً من المال أو شيئاً في الزمة مكيلاً أو موزوناً متحداً

في الوصف — ويمكن عمل مقاصة قانونية بين مبلغ من المال ديناً وشيء في الزمة مكيلاً أو موزوناً

في ذمة أخرى متى كان الثمن محدداً في بورصة محل التسليم مع خلاف بين المشرعين هل تتم

بالاتفاق أم بقوة القانون وهو الجاري العمل عليه .

ويستثنى من ذلك :

أولاً — طلب استرداد شيء أخذ من مالكه بلا حق لا تحصل فيه مقاصة كحالة السرقة .

ثانياً — طلب استرداد الأمانة ممن أوتمن عليها لا تحصل فيه مقاصة .

ثالثاً — طلب استرداد أمانة استعيرت للاستعمال لا مقاصة فيها .

رابعاً — ديون ضرورة الحياة التي أعلن عدم جواز الحجز عليها لا مقاصة فيها كدين الأكل .

نتيجة المقاصة = بحصول المقاصة يتلاشى الدينان المتقابلان أن تتساويا قدرًا ، فإن زاد أحدهما تلاشى بمقدار الدين الأقل المقابل له ، ويتلاشى مع الدين الضمان والرهن والامتياز ، ويتلاشى معهما فائدتهم .

فإن تعدد محل الدفع وكان لأحدهما نفقة حسبت كتغير العملة ، فإن تعدد الدين في المقاصة كان الترتيب فيه كالترتيب في الدفع على الحساب لديون كثيرة كما سبق .

ومتى حصلت المقاصة مع المدين الأصلي انتفع بها الضامن وليس للمدين طلب المقاصة بينه وبين دائئه إذا كان الدائن مدينًا للضامن .

وليس للمدين بالتضامن مع آخر طلب المقاصة من دائئه إذا كان مدينًا لأحد شركائه في

الدين .

يجب ألا تضر المقاصة حقوق الغير الثابتة قبل حصولها فلا تعفى المحجوز تحت يده لآخر

دائنًا لمدينه من دفع ما في ذمته للحاجز متى حصل تقابل الدينين بعد الحجز ، وكذا المدين

المتنازل له ويمكن التنازل عن المقاصة صراحة أو ضمناً .

مقاصة اتفاقية أو اختيارية — يجوز للطرفين قبول المقاصة فيما في ذمتهما من الالتزامات

ولو لم تستكمل شروط المقاصة القانونية — ويكون معمولاً به من وقت قبولها مستقبلاً .

مقاصة قضائية — وهى التى تحكم فيها المحكمة عند ادعاء المدعى عليه إلزام المدعى بالتزام أيا كان نوعه فتقدره المحكمة ثم تجرى المقاصة بين الطلب الأصيل والفرعى ، كمن طلب ١٠٠ جنيه من شخص أمانة عنده فادعى المدعى عليه أن على المدعى تعويضاً فيما لحقه من ضرر نزل به بسبب عمل المدعى .

بند [١٨٠]

المقاصة :

التسريع الاسلامى :

وهى متاركة دينين بمتاثلين على مدينين كل ماله فيما عليه وهى جائزة بين الطرفين متى اتفقا ويجوز العدول عنها وأن يؤدى كلٌ ما عليه للآخر ، فإن اختلفا وطلب أحد الدائنين المقاصة فيجاب من دعا منهما إليها ، وتجب المقاصة ويتعين على القاضى الحكم بها فى أحوال ثلاثة :
(١) متى حل الدينان . (٢) واتفقا أجلا . (٣) وطلبها من حل دينه .

ولتحقق المقاصة يجب أن يكون دائن ومدين ويصبح الدائن مدينا مع كونه دائنا ويصبح المدين دائنا مع بقاءه مدينا كأن يقترض زيد من عمر عشرين جنيها لمدة شهر فعمر دائن وزيد مدين ثم يبيع زيد إلى عمر بيتا بخمسين جنيها إلى أجل أو حالة فأصبح عمر مدينا بثمان المنزل دائنا بالقرض وأصبح زيد مدينا بالقرض دائنا بثمان المنزل فيلتقى الدينان قصاصا بثمان أقلهما

وهو القرض فتنسقط عشرون للقرض نظير عشرين من الخمسين ويبقى ثلاثون على مشترى المنزل وهو عمر لزيد .

وليس بل لازم في المقاصة أن تكون بين شخصين حقيقيين بل يصح وجودها بين شخص حقيقي وشخص اعتباري كوقف أو حكومة أو مجلس بلدى مثلا .

ولتتحقق المقاصة يجب ثبوت الدينين في الذمة مقدرين فلا تصح المقاصة بين دين لم يثبت في الذمة كقول ضامن لشخص (أنا كفيل بما ذاب لك على فلان) ولم يعلم ما ذاب على فلان ثم يطلب هذا الشخص المقاصة في دين لهذا الضامن عليه .

وإذا حل الدينان أو اتفقا أجلا أو طلبها من حل دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها . وتجوز المقاصة في ديني العين من بيع أو قرض أو منهما إن اتحد الدينان قدراً وصفة حلاً أو أحدهما أم لا ، وكذا تجوز المقاصة إن اختلف الدينان صفة أو نوعاً وحلاً ، أو اختلفا قدراً وهما من بيع وحلاً ، وإلا فلا تجوز المقاصة .

وتجوز المقاصة في الطعامين من قرض على هذا التفصيل .

وتمنع المقاصة في الطعام من بيع مطلقاً ، كما تمنع إن اختلفا من بيع وقرض ، أو اختلفا صفة أو قدراً أو لم يحلا .

وتجوز في الدينين العرضيين الشامل للحيوان مطلقاً من بيع أو قرض أو مختلفين حلاً أو أحدهما أم لا أن اتحدا نوعاً وصفة أو اختلفا وحلاً أو اتفقا أجلاً .

فإن اختلف الدينان كمين في ذمة وعرض أو طعام في ذمة أخرى أو عرض في ذمة وطعام في أخرى من بيع أو قرض أو مختلفين جازت المقاصة إلا إذا كان أحد الدينين طعاماً من بيع فلا يجوز .

إن الشيء المسروق أو المغصوب أو الوديعة أو الشيء المعار يجب رده لصاحبه عينا

ولا مقاصة فيه إطلاقاً لأن في هذا إقراراً لحالة السارق والغاصب وإعانة لخيانة الأمانة والواجب غير ذلك شرعاً فيجب الرد على الجميع .

ولكن إذا تلف الشيء المسروق أو أفناه السارق كأن أكله مثلاً وكذا المغصوب أو تعدى المودع عنده أو المستعير على الغارية وضمّنه الحاكم القيمة أو المثل يوم الغصب أو التعدى وكان المسروق منه أو المغصوب منه أو المودع أو المعير مديناً لهذا المتعدى فبلا شك يلتقى الدينان قصاصاً متى طلبه من حل دينه أو اتفق الدينان وكانا حالين فيقضى بالمقاصة بينهما .

والذي لا يجوز هو عمل المقاصة عند بقاء العين المسروقة أو المغصوبة أو المودعة ولكن متى تقرر الضمان فقد أصبح ديناً واجب الأداء فتصح فيه المقاصة .

ويجب في المقاصة ألا يكون أحد الدينين تقرر لدفع الحاجة وحفظ الحياة فلو أجزأنا المقاصة في مثل هذا المعنى لكان ذلك تضييعاً للمعنى المقصود من تقرير هذا الحق على الغير ، مثلاً لو فرضت نفقة لأب على ولده أو لولد على أبيه وكان المفروض له النفقة مديناً للمفروض عليه فلا تصح المقاصة بينهما لأن النفقة فرضت في القرابة للفقر والحاجة لإحياء النفس فيجب ملاحظة هذه الحكمة وعدم إهدارها بإباحة المقاصة .

وأما نفقة الزوجة المفروضة على زوجها فهي نفقة واجبة لعل الاحتباس وسببها الزوجية فيجوز فرض النفقة للزوجة على زوجها ولو كانت غنية لأنها زوجة مطيعة لزوجها في أمور الزوجية تنازلت عن حريتها في التصرف في نفسها ولزمت بيت زوجها فلزمه الإنفاق عليها فلو كان لزوجها عليها دين وقد أصبحت نفقتها على زوجها ديناً كذلك صح التقاؤها قصاصاً بل ويقضى للزوج بذلك على زوجته ، إلا إذا كانت فقيرة وقطع النفقة عنها نظير المقاصة يلحق بها ضرراً فلا يجاب الزوج إلى المقاصة إلا في جزء متى كان يمكن الاستغناء عنه ، وعلى كل حال فالنظر للقاضي .

وأما أجر العامل فيلتقى قصاصا مع دين رب العمل متى كان لا يضر ذلك العامل ويكون له سبيل العيش ميسرا من جهة أخرى فإن لم يكن له مورد رزق غير عمله فلا مقاصة لأن إحياء النفس مقدم على سداد الدين .

نتيجة المقاصة

يتلاشى الدينان المتقابلان وتبرأ ذمة كل من الدائنين بقدر الدين ويبرأ الضامن ويجب رد الرهن ، متى كانت المقاصة استغرقت كل الدين فإن بقي من دين صاحب الرهن شيء بقي الرهن بأكمله حتى يتم السداد ، فإن كان في قضاء أحد الدينين نفقة على المدين ينتفع بها الدائن حسبت على المدين للدائن الآخر ، فإن تعدد الدين في المقاصة كان الترتيب للطالب إلا أن يلحق المدين الآخر ضرر ، وإلا كانت المقاصة بنسبة الديون لأن المقاصة كالدفء (الخصم والتسديد)

إذا كان الدائن مدينا للضامن وكان الضامن دائنا لدائن مضمونه فلا تصح المقاصة بين ضامن المدين وبين مدينه الذي هو دائن لمضمونه لعدم اتحاد الذمة في الدين المضمون ودين الضامن على دائن المضمون ما دام لم يجب على الضامن أداء الضمان فإن وجب التقى دين الضامن مع دين دائن مدينه قصاصا لأنه تعين على الضامن الأداء .

ويصح طلب المقاصة من شريك في المديونية غير متضامن مع شركائه أصبح دائنا لدائنه لأن الدين مخصص على كل مدين بلا تضامن بينهم ، بخلاف المدين بالتضامن مع آخرين فلا يجوز له طلب المقاصة إلا فيما يخصه لأنه صاحب دين على الدائن .

تصح المقاصة متى لم يتعلق بأحد الدينين حق لآخر فإن تعلق بأحد الدينين حق لثالث فلا تجوز المقاصة لأن فيها ضياع حقوق الغير وهو لا يجوز .

والمقاصة حق للطرفين لكل واحد أن يطلبها ولهما تركها بالاتفاق ، ويجوز للطرفين المقاصة

اختيارا بينهما بلا تقاض ، ويجوز للقاضي إذا تداعى شخصان وطلب كل منهما الحكم على صاحبه بشيء معين يصح فيه المقاصة وثبت لكل واحد منهما حق بيع بعض ما يدعيه قبل صاحبه أو كل ما يدعيه ، أن يحكم بالمقاصة وأن يلتقى الدينان مقاصة فهما مهدران تداعيا للسقوط بمثل هذا الحكم .

بند [١٨١]

اتحاد الذمة في الالتزام

القانون الفرنسي :

يوجد اتحاد الذمة في الالتزامات متى اجتمعت صفة الدائنية وصفة المديونية في شخص واحد لشيء واحد هو نحل الالتزام فتتلاشى الالتزامات لاستحالة فصل الدائن عن المدين .
ويحصل هذا غالبا عند انتقال الالتزامات بطريق الميراث فيصبح الدائن مدينا والمدين دائنا ، ومع ذلك فقد يحصل أن يقبل الوارث الميراث بشرط أن يكون فيه فائدة له بعد الحصر لمعرفة ماله وما عليه فيبقى مال التركة منفصلا عن مال الوارث فيبقى الوارث مدينا أو دائنا للتركة حتى يعرف الباقي من التركة .

وينتج عن اتحاد الذمة تلاشى الدين جميعه إن انتقل كله للوارث أو جزء منه حسب الميراث ويستفيد منه الضامن بخلاف ما إذا ورثه الضامن فيبقى المدين الأصلي ملزما بالدين .
والشركاء في الدين المتضامنون يسقط عنهم نصيب من اتحدت ذمته في نصيبه من الدين فقط ، ويمكن انقطاع اتحاد الذمة فيعود كل شيء كما كان وكأنه لم يحصل اتحاد الذمة كما إذا تبينت وصية كانت مجهولة منعت الميراث .

بند [١٨٢]

اتحاد الذمة

التشريع الإسلامي :

مما لا نزاع فيه أن الدين لا يتحقق إلا إذا تعددت الذمم فيكون شخص ملتزما وشخص آخر ملتزما له فلو زالت هذه الصفات المتعددة من دائن ومدين أو مديونية ودائنية أو ملتزم وملتزم له بأن أصبح الدائن هو المدين فتجتمع المديونية والدائنية في شخص واحد فلا تتحقق إذن صفة الملتزم والملتزم له في شخص واحد ومتى تحقق ذلك فقد بطلت الالتزامات وتلاشت . ويستفيد من اتحاد الذمة الضامن لأن الضمان تابع لوجود الدين وقد تلاشى الدين باتحاد الذمة فلا ضمان .

وليس في التشريع الإسلامي قبول أو رفض التركة أو قبولها بشرط عدم زيادة الدين عن رأس المال وإنما القاعدة الأساسية أنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين ولا يلزم الوارث بسداد دين المورث إلا في حدود التركة فقط فإن تبرع الوارث بسداد دين التركة من ماله الخاصة فليس بمجبر عليه ولا تمنع الوصية الميراث لأن الوصية لا تكون إلا في ثلث التركة فقط .

بند [١٨٣]

سقوط الحق المبرى للذمة

القانون الفرنسي :

سقوط الحق المبرى للذمة هو طريق لبراءة ذمة المدين من التزاماته بمرور بعض الزمن

وبشروط حددها القانون ، وعلة ذلك حفظ كيان الهيئة الاجتماعية بحالتها التي هي عليها وحفظ الطمأنينة الناتجة عن تقادم العهد وعقاب الدائن المفرط في طلب حقه مدة قد يفقد فيها المدين سند سداد دينه لتقادم العهد ، فمن العبث وقلب الأوضاع التمشي مع الدائن إلى هذا الحد .

الشروط المطلوبة لسقوط الحق المبرى — الشرط الوحيد مرور بعض الزمن ، ويبدأ الزمن من الوقت الذي كان يمكن للدائن المطالبة بتنفيذ التزامات المدين ، وفي الحقوق المعلقة على وفاة شخص من يوم وفاته ، والمعلقة على شرط من يوم حصوله ، ويحسب الزمن باليوم لا بالساعات ولا يحسب أول يوم ويتم سقوط الحق متى كمل آخر يوم من الزمن .

وينقسم الأجل إلى ثلاثة أقسام : أجل ٣٠ سنة وأجل ١٠ سنين وأجل قصير :

أولاً — سقوط الحق بمضى ثلاثين سنة هو الأصل في كل حق أو دعوى لم يحدد لها القانون مدة سقوط معينة وهو السقوط العادى .

ثانياً — سقوط الحق بمضى عشر سنين يكون في :

١ — دعاوى إلغاء العقود أو إبطالها .

٢ — دعاوى ملكية العقار ضد المهندس والمتعهد لضمان الأعمال الكبيرة التي عملوها أو أداروها .

٣ — دعاوى مسئولية الوصى قبل يتيمة في إدارة أملاكه .

ثالثاً — سقوط الحق بمدة قصيرة — المبني على افتراض الدفع :

١ — سقوط الحق بمضى ستة أشهر في :

أ — دعاوى الأستاذ والمدرس في العلوم والفنون الجميلة للدروس التي أعطوها في الشهر

ب — المنزل (لو كائنة . وبنسيون) لأجل السكن والاطعام .

ج — في أجر العمال والشغالة لدفع أجورهم اليومية .

٢ — سقوط الحق بمضى سنة في :

أ - دعاوى المحضرين لأجرهم على ما قاموا به من العمل وما قدموا من الخدمات
ب - دعاوى رؤساء المدارس الداخلية والورش على ما قدموا من الطعام وغيره لتلاميذهم
أو صبيانهم

ج - دعاوى أجور الخدم المؤجرين سنويا لدفع أجورهم .

٣ — سقوط الحق بمضى سنتين

أ - في دعوى الطيب - الجراح - طيب الأسنان ، الأجزاء جى ، القابلة لأجل كشفهم
أو عملياتهم أو دوائهم

ب - دعاوى محضر الدعاوى بالنسبة لنفقاتهم وأجر عملهم وابتدى لأجل محضرى الدعاوى
من يوم الحكم أو صلح الطرفين .

٤ — سقوط الحق بمضى خمس سنين في : ١ - دعاوى جواب تحويل العملة وسند

تحت الطلب ماداموا معتبرين من أعمال التجارة ٢ - المعاشات الغذائية ٣ - إيجار المنازل
وثن إيجار الأملاك الحقلية ٤ - فوائد المبالغ المعطاة قرضا وكل ما كان إيجاره سنويا أو لمدة

محددة لأقل من سنة .

ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف هذه الآجال المحددة قانونا لأنه مراعى فيها الصالح العام .

بند [١٨٤]

سقوط الحق بمضى المرة :

التشريع الإسلامى :

سقوط الحق المبرئ لزمة المدين ليس معناه شرعا إلا عدم قبول الدعوى وسماع البينة لمرو

زمن يقضى بوجوب وجود اطمئنان الناس على ما فى أيديهم ومحافضة على الثبات لما عليه الهيئة

الاجتماعية بقدر الطاقة ، وليس معناه كما فسرہ علماء القانون الوضعى من أن سقوط الحق المبرى للذمة هو طريق لبراءة ذمة المدين من التزاماته بمرور بعض الزمن .

وقد نبه المشرع الإسلامى على أن مرور الزمن لا يسقط الحق وإنما يمنع قبول الدعوى وعدم قبول الدعوى ليس معناه تحلل الملتزم من التزاماته ، حتى والحكم فى الدعوى بغير الحق لأحد الطرفين على الآخر لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، فإن الملتزم وإن نجا من الحكم فى الدعوى فهو مطالب بينه وبين نفسه وأمام الله بالوفاء بما وجب عليه مادام قادرا على الوفاء .

فلو فرض أن شخصا مدينا لآخر بخمسين جنيها ومضى على هذا الدين ١٥ خمس عشرة سنة ولم يطالب الدائن مدينه ثم جاء بعد مرور هذه المدة يطالب بدينه فرفض القاضى سماع دعواه لأنها لا تسمع بعد هذا السكوت الطويل هذه المدة فليس معنى رفض القاضى سماع الدعوى حل أكل الخمسين جنيها على الدائن بل معناه عقاب الدائن على السكوت الطويل حفظا على النظم الاجتماعية ولكن يجب على المدين أداء دينه لدائنه ويحرم عليه اغتياله فيه لأنه لا حق له فى ذلك ، فيكون مضى الزمن ليس مبرئا وإنما هو مانع من سماع الدعوى وأدلتها فقط .

والشرط الوحيد مرور الزمن حقيقة ولكن يشترط أيضا حضور المدعى وسكوته عن المطالبة بحقه بلا مانع شرعى يمنعه من التقاضى ، وأن لا يكون المدين غاصبا ولا سارقا فإن مرور الزمن لا يفيده بشئ ، وابتداء المدة من يوم وجوب الأداء وجواز الطلب بلا مانع شرعى .

وسقوط الحق بمضى المدة يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة للدائن من قريب أو غريب أو شريك أو أجنبى وباختلاف الشئ الملتزم بأدائه من عقار أو منقول .

وقد تقدم كل ذلك مفصلا فى المدة الضرورية للتملك بوضع اليد فارجع إليه ان شئت .

وبما أن المدة المحددة لسقوط الحق فى الطلب قضاء اعتبرت من المصلحة العامة فلا يجوز

الخروج عليها باشتراط ما ينافيها إلا إذا كان هذا من حق الشخص ذاته كمن اشترط على مقرضه مثلا عدم مطالبته بدين القرض مدة حياته أو لمدة خمسين سنة فذلك جائز .

بند [١٨٥]

إيقاف مدة سقوط الحق

القانون الفرنسي :

وهو وقوف سريان المدة مؤقتاً ، فيمنع مضي المدة من التحقق ما دام السبب قائماً ، ومتى زال سبب الوقوف ابتدأت المدة حيث وقعت بمعنى أن الزمن الماضي قبل الوقوف يضم لما يجيء من الزمن ، والسبب العام في وقوف سريان المدة عدم تمكن الدائن من الترافع في القضاء كعدم الأهلية للقصر أو الحجر أو لوجود الزوجية .

قطع مدة سقوط الحق — وهو حدوث أمر محدد بالقانون يقطع سريان مدة سقوط الحق بمضي المدة بمعنى أن ما مر من الزمن يعتبر كأن لم يكن ولا يحسب مستقبلاً وأسباب قطع مدة سقوط الحق هي :

١ — إعلان بالحضور أمام المحكمة .

٢ — إعلان بالحضور للصلح .

٣ — اعتراف بمحقوق الدائن .

وهذه أسباب عامة لقطع المدة في التملك بوضع اليد وسقوط الحق في الدين والأسباب الخاصة

لقطع المدة المبرئة هي :

١ — الانذار على يد محضر المدين بسداد ما عليه من الالتزامات والا يجبر عليها بقوة

القانون ويليه الحجز العقاري وهو يقطع المدة بمجرد تنبيهه لا يكفي في قطع المدة .

٢ — الحجز بجميع أنواعه يقطع المدة .

ونتيجة قطع المدة هو أن ما مضى من الزمن اعتبر كأن لم يكن ولا يحسب على الزمن المستجد ، بل يحسب مضى الزمن عقب سبب قطعه بطبيعته التي ابتدأها ٣٠ سنة أو ١٠ سنين أو سنتان الخ ، ويستثنى من ذلك مضى المدة القصيرة الأجل المبني على افتراض دفع المدين فتمت قطعت مدة سقوط الحق ابتداء إلى زمن آخر ومدة أخرى وهو ٣٠ سنة .

نتيجة سقوط الحق بمضى المدة :

القاعدة العامة لسقوط الحق بمضى المدة أن الدين يسقط وليس على المدين إقامة دليل سوى مضى المدة وليس للدائن إثبات أن ذمته مشغولة ، ويستثنى من ذلك الحق الذي يسقط بمدة قصيرة والمفروض فيه قانونا الدفع فإن الدائن يمكنه أن يقيم الدليل على عدم الدفع وأن يوجه اليمين إلى المدين أو ورثته وزوجته .

وينتج عن سقوط الحق بمضى المدة وجود التزامات طبيعية التي يمكن أن تؤدي إلى دفع حقيق أو ضمان - وسقوط الحق بمضى المدة لا يعمل به بقوة القانون ولكن على المدين أن يتمسك به أمام القضاء في أى درجة من التقاضى لا أمام النقض ، وينتفع بهذا الحق المدين والشركاء في الدين والضمان .

التنازل عن سقوط الحق — يصح التنازل عن سقوط الحق بشرط أن يكون التنازل بعد وجوده وأن كل شخص يملك سقوط الحق يجوز له التنازل عنه بشرط كونه أهلا للتصرف ، ولدائى المدين معارضته في تنازله عن سقوط الحق بمضى المدة مع التمسك بهذا نيابة عنه ولهم الاعتراض أيضا بعد التنازل عنه إذا كان ذلك بطريق الغش الذى أضرمهم .

بند [١٨٦]

نتيجـة سقوط الحق بمضى المدة :

القـسـريـع الإـسـلامـي — القاعدة العامة لسقوط الحق بمضى المدة أن الدين لا يقبل الطلب به قضاء بمعنى أن القاضي لا يسمع الدعوى ولا أدلتها وعلى مدعى سقوط الحق بمضى المدة إقامة الدليل على ذلك وليس على مدعى الالتزام إثبات مشغولية ذمة مدينه لأن هذا ليس موضوع النزاع بعد الادعاء بمضى المدة فإن الدعوى تصبح منحصرة في أن الدائن له حق الطلب قانونا وشرعا أولا .

ومتى كانت الدعوى غير مسموعة لمضى المدة فلا توجه اليمين مطلقا لأن اليمين إنما توجه عند وجود دعوى مسموعة لا إثبات فيها .

وعلى المدين الملتزم أداء ما التزم به شرعا ولا تبرأ ذمته بمجرد مضى المدة كما قدمنا ويحرم عليه عدم الأداء ما دام قادرا عليه ، وهو ما يسميه القانون الوضعي (نتج عنه حق طبيعي) . وسقوط الحق بمضى المدة من حق المدين الدفع به فلو تركه فقد ترك حقه وهو حر في ذلك ما دام لم يباحق ضررا بدائليه والا فلهم الحق في معارضته وطلب نقض تصرفه لأنه أعجز نفسه عن أداء ديونهم أو التزاماتهم بعدم الدفع بمضى المدة .

والتنازل عن قطع المدة تصرف مالى يشترط فيه أهلية التصرف فلا يصح من قاصر ولا محجور عليه ولا مجنون ، وينتفع بسقوط الحق بمضى المدة الشركاء في الدين والمدين والضمان . وبما أن سقوط الحق بمضى المدة مشروط فيه كون صاحب الحق متمكنا من التقاضى وطلب حقه في هذه المدة ، فلو طرأ عليه ما سلب أهليته في التقاضى كجنون مثلاً أو أسر أو عذر

قاهر لا طاقة له بدفعه ولم يكن سببا فيه فيقف سقوط الحق حتى يزول هذا المانع الشرعى .
وبما أنه يشترط فى مضى المدة المسقطه سكوت صاحب الحق عن الطلب فان لم يسكت
وطالب فلا تمضى المدة فلو سكت مدة ثم طالب ثم سكت اعتبر مضى المدة من السكوت الثانى
وتسقط المدة الأولى إلى أول السكوت الثانى و بذلك يقال إن مدة سقوط الحق قطعت .

وكل ما يدل على الطالب شرعا يعتبر قاطعا لمدة سقوط الحق حتى أمام شهود عدول حتى
على يد رسول الحاكم مثلا وهو (الحضر) ، وأما الحجز فلا يكون إلا للأحكام وقد سبق
الكلام عليها .

وقد سبق أن سقوط الحق فى المطالبة بالدين فيه خلاف بين العلماء هل يسقط بمضى
خمس سنين أو عشر سنين أو خمس عشرة سنة أو أكثر أو لا يسقط أبدا ، والصحيح ترك ذلك
لقاضى الموضوع فان رأى أن السكوت خمس سنين كاف مثلا فى ديون التجارة رد الدعوى
وان رأى العشر السنين فى القرض كافية مثلا لفقر الدائن واحتياجه ويسار المدين ولا عذر للدائن
فى السكوت رد الدعوى وهكذا .

هذه مسألة فيها خلاف المجتهدين من المذهب فلولى الأمر تحديد المدة لكل نوع من
الديون التى تكون فى الزمة بما فيه المصلحة .

بند [١٨٧]

نقل الالتزامات

الفانون الفرنسى — انتقال الدين فى التشريع القديم ما كان جائزا لافى الحياة ولا بعد
الممات ثم عرف فى القانون الرومانى بعد الوفاة باعتبار أن الوارث يستمر فى تمثيل المتوفى ثم عرف

الانتقال بين الأحياء وبعد الوفاة في التشريع الجديد .
تحويل الالتزام في الدين هو نقل الدائنية من ذمة شخص يملكها إلى شخص آخر يحل محله في جميع الحقوق كنقل الملكية في العقار .

الأسباب القانونية لتحويل الدين — كعمود نقل الملكية يصح أن يكون تحويل الدين في مقابل شيء وبدون مقابل شيء .

بيع الدين — وهو عقد يتعهد فيه شخص إلى آخر بنقل دين إليه نظير ثمن نقد يدفعه إليه ، وشروط صحة هذا العقد هي شروط صحة العقود العادية .

التزامات بائع الدين — يجب على بائع الدين التزامات ثلاثة :

١ - نقل الدائنية إلى المشتري ٢ - تسليمه سند الدين ٣ - ضمان المشتري .

والقاعدة العامة أن البائع للدين لا يضمن مقدرة المدين على الدفع لا في الحال ولا في المستقبل ، فقط يضمن للمشتري وجود الدين وقدره وتوابعه ، فيضمن البائع عند عدم وجود الدين أو نقصه أو عدم وجوبه فيدفع الدين المباع ومصاريف العقد وفوائد المبلغ ومصاريف التقاضي .

ويمكن للمتعاقدين وضع شروط للضمان أزيد من ذلك أو عدم مسؤولية البائع مطلقاً فيكون يبيع حظ ، وفي حالة اشتراط ضمان الدفع وقد أفلس المدين يرجع المشتري بما دفع فقط لا بقيمة الدين الاسمية .

حوالة الدين — نقل الدين من الدائن إلى شخص آخر يحل محله كنقل ملكية العقار إلى المشتري — فعلاقات الحيل والحال إليه كالآتي :

أولاً — علاقة الطرفين — بمجرد اتفاق الحيل والحال إليه ينتقل الدين إلى الحال إليه من وقت تقابل الإرادتين .

ثانياً — علاقة الطرفين والشخص الثالث — لا ينتقل الدين بمجرد اتفاق الطرفين المحيل والمحال إليه بالنسبة للشخص الثالث بل يجب أحد أمرين : إما إعلان المدين بتحويل الدين على يد محضر ، وإما قبول المدين هذا التحويل في إشهاد رسمي .
والمراد بالشخص الثالث ما عدا طرفي العقد المحيل والمحال إليه .

نتائج انتقال الدين

إذا لم يقبل المدين تحويل الدين أو لم يعلن بمحضر بهذا التحويل يبقى الدائن مالكا للدين بالنسبة للشخص الثالث وينتج ما يأتي :

١ — يمكن للمدين معارضة المحال إليه بكل ما يلاشى الدين مما حصل قبل إعلانه بالتحويل من دفع أو مقاصة أو سقوط الحق الخ .

٢ — إذا تحول الدين إلى شخصين متتابعين أحدهما أشهر تحويله طبقاً للقانون كان هو المفضل ولو كان تاريخه متأخراً عن الثاني . كذلك إذا وضع الدين رهناً عند شخصين فمن اتبع القانون في إشهاره كان هو المقدم على الثاني .
ويستثنى من القاعدة السابقة ما يأتي :

أولاً — إذا تنازل شخص عن قيمة إيجار عقار أو أرض زراعية لمدة ثلاث سنوات على الأقل يجب علاوة على ما سبق تسجيل هذا التنازل بسجل الرهونات التابع إلى دائرة الاختصاص الإداري الكائنة به العين المؤجرة .

ثانياً — لا يحتاج إلى شيء إذا كان الالتزام نقل سهم مالي باسم معين إلى سهم لحامله أو إلى سند تحت الطلب . فهذا الدين يتحول بدون شرط ولا قيد . فالسند الاسمي يتحول إلى الشخص بمجرد إمضائه في سجل المؤسسة صاحبة هذا السهم ان السهم أصبح له . والسند إلى

حامله يتحول بمجرد التسليم لمالكه . والسند تحت الطلب يتم تحويله بالكتابة على ظهره أنه تحويل لفلان .

المديونية التي لا يصح تحويلها

القاعدة الأساسية أن كل دين يصح تحويله سواء أ كان حالاً أم مؤجلاً أم مشروطاً بشرط ولكن يستثنى ما يأتي :

- أولاً — المعاشات المدنية أو الحرية المعتبرة لضرورة الوجود لمستحقيها .
- ثانياً — المعاشات المقدرة طول الحياة من خزانة المعاشات للطاعنين في السن .
- ثالثاً — أجر العمل للعمال والمهايا التي تقل عن ألفي فرنك ودين الضرورة المعاشية .

بند [١٨٨]

نقل الالتزامات

التشريع الإسلامي :

قد عرف نقل الالتزامات في الحياة و بعد المات في التشريع الإسلامي منذ وجوده أي نحو ١٣٦٢ سنة ووضعت له القواعد والأحكام أخذاً من أصولها (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) وقد كان التشريع الروماني مانعاً ذلك أو كان لا يعرفه بعد - والذي أعقب التشريع الروماني هو التشريع الإسلامي الذي ملأ طباق الأرض عدلاً وتشريعاً وتقنياً فجعل الديون عروضاً حكمية يصح نقلها من ذمة إلى ذمة في المديونية والدائنية حال الحياة أو بعد المات فالذي شرع هذا هو التشريع الإسلامي وهو ما يسمونه التشريع الحديث ، فلا تسمح نفس هؤلاء المشرعين أن يقولوا هو التشريع الإسلامي الذي عنه أخذنا هذه القواعد العقلية ولا هذا

التشريع السليم المتفق مع الصالح العالم في دنياهم . ولكن مهما أخفوا وجه الحقيقة فهي سافرة ومهما طمسوا معالم التشريع الحكيم القويم فسيظهر عالياً منيراً وضاءاً يبهـر بنوره العيون المغشى عليها فهو من الله وسيظهره الله على الدين كله ولو كره الكافرون .

وتحويل الالتزام في الدين هو حلول ذمة دائنة محل ذمة أخرى في الدائنية مع بقاء شخص المدين كما إذا كان زيد مديناً لعمر بمبلغ خمسين جنيهاً مثلاً واتفق عمر مع بكر على تحويل دينه الذي له على عمر إليه فقبل فتم حلول ذمة بكر محل ذمة عمر في الدائنية مع بقاء شخص المدين وهو زيد .

وتحويل الدين ككل العقود السالبة والموجبة لا تتم إلا بين شخصين فتكون بمقابل فهو بيع و بلا مقابل فهو هبة .

بيع الدين :

وهو عقد معاوضة بين دائن وشخص آخر أحد عوضه الدين الذي في ذمة المدين والعوض الآخر الثمن الذي يدفعه المشتري حالاً أو معيناً يتأخر قبضه أو بمنافع معين وشروط صحة بيع الدين الخاصة به علاوة على شروط صحة العقود العادية هي .

حضور المدين - وحياته - وإقراره بالدين . وكون المدين ممن تأخذه الأحكام - وعدم وجود عداوة بين المشتري والمدين - وتعجيل الثمن حقيقة بالدفع أو حكماً كعين يتأخر قبضه أو منافع معين . وكون الثمن من غير جنس الدين . أو من جنسه واتحد قدراً وصفة . وليس ذهباً بفضة ولا عكسه . وليس طعاماً معاوضة .

* فلا يجوز بيع دين على ميت ولا دين على غائب ولا دين على حاضر لم يقربه ولو ثبت بالبينة بعد البيع لأنه بيع ما فيه خصومة .

ويمنع شراء دين من ربه عتقاً بالمدين ويُرَدُّ . فإن فات الثمن بيد بائعه رد مثله أو قيمته فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ودفعه للمشتري عتقاً ومنعه من التسلط عليه .

وبيع الدين بدين لغير من هو عليه لا يجوز . وبتمام البيع تنتقل المديونية من البائع إلى المشتري ويجب تسليم سند الدين . ويضمن البائع وجود المديونية لا قدرة المدين على الأداء إلا إذا اشترط المشتري للدين ضمانه البائع فيما باع فإن أفلس المدين أو تبين مطله وعدم مقدرته على الدفع ضمن البائع للدين ما أخذه من المشتري لقيمة الدين وكذا يدفع ما أنفق في سبيل الحصول على الدين الذي لم يقبضه .

الحوالة :

هي صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى ويشترط لصحة الحوالة : أولاً : رضا المحيل والمحال إليه دون المحال عليه ، فقط يشترط حضوره وإقراره بالدين ، وقد اختلف فقهاء الأندلس في (هل يشترط في صحة الحوالة حضور المحال عليه وإقراره أولاً يشترط ذلك) رُجِحَ كل من القولين والأول أرجح لأن الحوالة من قبيل بيع الدين . ثانياً : ثبوت دين للمحيل على المحال عليه لازم ، فدين الصبي والسفيه بغير إذن ولي لا تجوز فيه الحوالة وكذا ثمن المبيع بالخيار .

فإن علم المحال بعدم وجود الدين على المحال عليه وشرط المحيل البراءة من مقابل الدين المحال به صحح وبرى فلا رجوع عليه .

فإن لم يعلم فله الرجوع .

ثالثاً : حلول الدين المحال به أو المحال عليه أو حلولهما معاً لعدم وجود ما يقتضى المنع ، فإن كانا غير حالين معاً منعت الحوالة .

رابعا : تساوى الدينين قدرا وصفة وأن لا يكونا طعامين من بيع .
و بمجرد العقد يتحول حق المحال على المحال عليه ولا رجوع له على الحيل وإن أعدم المحال
عليه أو مات أو جحد بعد الحوالة ، الا أن يعلم بذلك الحيل فقط دون المحال إليه فله الرجوع
عليه لأنه قد غره .

فان شرط المحال على الحيل أنه إن أفلس المحال عليه رجع بماله فله شرطه (كما سمع الإمام
سحنون من الإمام مالك رضى الله عنهم أجمعين) .

وينتقل الدين بمجرد العقد بالنسبة للطرفين وللشخص الثالث ويكفى الاشهاد بلا إعلان
بتحويل الدين على يد محضر ولا القبول فى اشهاد رسمى .

غير أنه حفظا لحق الشخص الثالث من التلاعب خصوصا فى هذه الأيام التى فسدت فيها الذمم
وأصبح الغش فاشيا والاحتيال معروفة كثرته والقاعدة فى مذهب الإمام مالك سد الذرائع
وإبطال الحيل ومنع ما يفسد على الناس معاشهم ومعادهم يجب إعلان التحويل بطريق رسمى
على يد مشهد رسمى كمحضر أو عمل اشهاد لما يترتب على ذلك من حفظ حقوق الناس ولا يتنافى
مع القواعد الشرعية خصوصا متى أمر به الحاكم فيجب .

فان لم يقبل المحال عليه حوالة دينه فان كان لعذر شرعى كعداوة بين المحال وبينه أوجب
لذلك ، فان كان التحويل جائزا فى سند الدين كفى هذا بدون قبوله لأنه قد قبل بالفعل ،
وعلى هذا فتى مانع المدين فى تحويل دينه فيبقى مدينا لدائنه الأصلى .

وتفضيل أحد المحول إليهم معمول به خصوصا إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر أو أرخا معا
ولكن أحدهما أرخ أولا والثانى متأخرا فالأول أولى أو اتفقا فى التأريخ ولكن أحدهما أشهد
القاضى فضل على الذى لم يشهد لأنه ادعى لليقين .

والقاعدة الأساسية أن كل دين متى استوفى شروط صحة التحويل صح تحويله ، وأما تحويل المعاشاة المدنية أو الحرية فلا يجوز تحويلها قبل استحقاقها بالفعل لأنها بعد نهاية الشهر تصبح ديناً ثابتاً مستحقاً في الذمة وشرط الحوالة ذلك وأما قبل مضي الشهر فلا يجوز التحويل لأن المعاش لم يصبح بعد ديناً صحيحاً في الذمة .

وكذا يقال في معاش الطاعنين في السن وأجر العمال والمهايا الخ لأن شرط التحويل إنما يعود على طبيعة الدين من حيث وجوده وثباته ولزومه ولا شك أن مثل هذه الديون غير موجودة قطعاً لأنها تجب يوماً فيوماً وكل يوم يمر يتجمد ما يخصه في ذمة المدين فيصبح التحويل بعد الاستحقاق لا قبله .

بند [١٨٩]

انتقال الدين لمدين آخر

القانون الفرنسي :

وهو عمل قانوني به يحل مدين مكان مدين آخر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن ، وهي المقابلة لتحويل الدين فيتغير الدائن ويبقى الدين في كلتا الحالتين على ما هو عليه ولأول مرة نظمها القانون الألماني في م ٤١٤ إلى ٤١٩ وتم على وجهين :

الأول : أن يتفق الدائن مع مدين آخر ليحل محل مدينه الأول .

الثاني : أن يتفق المدين الأول مع المدين الثاني على أن يحل هذا محله بقبول الدائن صراحة أو ضمناً .

ويتحقق ذلك فيمن يشتري عقاراً مرهوناً فيحل محل المالك الأصلي في دفع الدين (دين الرهن) أو يقبل شخص ما يملكه شخص آخر نظير معاش مدة الحياة .
ونتيجة ذلك انتقال الالتزامات من المدين الأول إلى المدين الثاني كما كانت عليه وليس هذا تجديد الدين بل هو نقل له فقط من ذمة إلى أخرى ، وللمدين الجديد إبداء دفاع القديم من كل ناحية ما عدا المقاصة ، ولا ينتقل مع الدين توابعه من ضمان ورهن الخ إلا إذا كان ذلك مشروطاً .

وليس في القانون الفرنسي هذا البحث فهو تجديد في القانون الألماني المدني .

بند [١٩٠]

انتقال الدين لمدين آخر

الشريع الإسلامي :

وهو عمل جائز شرعاً وبه يحل مدين مكان مدين آخر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن وهو بيع الدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريمك بثمان في ذمة رجل ثالث والتمن حال أو معين يتأخر قبضه أو بمنافع شيء معين .
أو هو من قبيل الحوالة وهي صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى كما إذا دأين زيد عمر بألف ودأين عمر بكر بألف فأحال عمر مدين زيد زيدا دائنه على بكر بنفس الألف التي يداينه بها عمر ، فحل بكر مكان عمر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن وهو زيد فيبقى الدين والدائن ويتغير المدين .

وليس في التشريع جدة وحداثة ولكنه موجود في التشريع الإسلامي وموجودة أحكامه في موضعين : (في باب الحوالة وفي بيع الدين بالدين المقسم إلى ثلاثة أقسام) فقد أخذه المشرع الألماني عن التشريع الإسلامي ونقله التشريع الفرنسي مدعيًا حداثة وعدم السبق به ، ولو تأمل من يدعون العلم بالتشريع حديثه وقديمه وتخلوا عن التعصب على التشريع الإسلامي وعن إسقاطه من حسابهم لقالوا الحق وأنصفوا العلم والتشريع الإسلامي من حيث هو تشريع إلهي سماوي لم يصل إلى أحكامه بعد أعرق الأمم في المدنية والحضارة ولكن هكذا أعماهم هوامهم وأضلهم عن سواء السبيل ، وليس هذا بضائر التشريع الإسلامي في شيء ، والله في خلقه شئون وهو مالك الملك يفعل ما يشاء إنه على كل شيء قدير .

ويجوز أن يتفق دائن مع مدين آخر ليحل محل مدينه الأول برضاء هذا المدين ، ويجوز أن يتفق المدين الأول مع المدين الثاني على أن يحل محله بقبول الدائن صراحة أو ضمناً .

ومن باع عقاراً مرهوناً على أن يدفع دين الرهن من الثمن جاز متى كان الثمن ودين الرهن معلومين ، وبهذا حل مدين مكان مدين .

وأما قبول شخص ما يملكه آخر نظير معاش مدة الحياة فغير جائز ، لأن الثمن في البيع يجب أن يكون معلوماً والمعاش مدة الحياة مجهول .

ومجرد حلول المدين الثاني محل المدين الأول يكفي في نقل الالتزامات من المدين الأول إلى المدين الثاني وبرئت ذمة الأول بذلك .

والمدين الثاني كافة الدفع التي للمدين الأول إبداءها ، بل وله المقاصة أيضاً لأن تعريفها ينطبق عليه .

ولا ينتقل الضمان ولا الرهن مع نقل الدين إلا إذا شرط ذلك في نقل الدين فيعمل بالشرط .

(نتيجة المقارنات من بند ١٥٥ إلى بند ١٩٠)

يتفق التشريعان فيما يأتى :

التزامات غير قابلة للقسمة - الالتزامات بالتضامن والالتزامات غير القابلة للقسمة - التزامات طبيعية من أصلها - التزامات مدنية فسدت (فى الجملة)

تلاشى الالتزامات : الدفع - الذى يملك حق القبض لمادة التعاقد - مادة التعاقد الواجب أدائها - الدفع مع حلول شخص محل آخر - نتائج حلول شخص محل آخر فى الدفع (فى الجملة) - دفع الدين من ثالث - بيع الدين (على تفصيل) - خصم التسديد - عرض الدفع والاستيداع - ترك المدين أملاكه لدائنيه - التجديد (فى الجملة) - نظرية النيابة (فى الجملة) - إسقاط الدين (فى غير الكونكورداتو) - المقاصة - اتحاد الزمة - سقوط الحق بمضى المدة (فى غير المدة) - إيقاف مدة سقوط الحق - نتيجة سقوط الحق بمضى المدة (فى الجملة) - نقل الالتزامات - انتقال الدين لمدين آخر .



انتهى الجزء الثانى ويليه الجزء الثالث وأوله (دليل العقود والالتزامات)

والله تعالى أعلى وأعلم

فهرس عام للجزء الثاني من كتاب

المقارنات التشريعية

صفحة	بند	صفحة	بند
٣ — ١	التمليك	٣٣ — ١٩	إضافة وضع اليد
٥ — ٣	الاتفاقات	٣٧ — ٢١	قطع المدة المقررة للتملك
١٠ — ٦	نقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والشخص الثالث	بوضع اليد	
١٣ — ٨	نقل ملكية العقار بين المتعاقدين والشخص الثالث في عقد العوض	١ — —	١ — أسباب قطع المدة
١٨ — ١٠	نقل ملكية العقار في الهبة	٢ — —	٢ — نتيجة قطع المدة
٢٠ — ١٢	النظام العملي في ترتيب نقل التكليف	٣ — —	٣ — نتائج التملك بوضع اليد المدة الطويلة
٢٢ — ١٤	الملكية بوضع اليد، أو سقوط الحق بمضى المدة المملّكة	٤ — —	٤ — التنازل عن التملك بوضع اليد
٢٨ — ١٧	المدة الضرورية للتملك بوضع اليد	٤٣ — ٢٣	إضافة الملحقات للمالك
		١ — —	١ — ملحقات عقار إلى عقار
		٢ — —	٢ — ملحقات منقول إلى عقار
		٥٢ — ٢٧	طرق التملك الأخرى للملكية
		١ — —	١ — الاستيلاء من طرق التملك

صفحة	بند	صفحة	بند
٥٥ — ٢٩	ثانياً — المزداد من طرق التملك	٩٤ — ٥٣	الاستعمال والسكنى والحكر
٥٥ — ٣١	ثالثاً — الملكية بالقانون	٩٧ — ٥٥	حق الارتفاق العيني
٥٧ — ٣٣	الكتاب الثالث حق الارتفاق	١٠٠ — ٥٧	ترتيب حق الارتفاق
٥٧ — ٣٣	الاستغلال — حق الانتفاع بالريع	١٠٢ — ٥٩	حقوق الارتفاق الناتجة عن حالة الأمكنة
٥٩ — ٣٥	كيف يترتب الاستغلال	١٠٨ — ٦١	حقوق الارتفاق المرتبة بالقانون
٦٢ — ٣٧	حقوق المستغل	١١٢ — ٦٣	حالة ملك منزل واحد لعدة أشخاص لكل واحد دور خاص
٦٩ — ٣٩	أعمال قانونية يباشرها المستغل	١١٣ — ٠٠	وجوب ترك مسافات للمزروعات
٧٤ — ٤١	واجبات المستغل	—	حق الارتفاق المخصص لتسهيل الرى أو إصلاح الأراضى
٧٧ — ٤٣	الأشخاص المعفون من تقديم الضمان	١١٨ — ٦٥	النظر والنور المرتبان على ملكية الجار
٧٩ — ٤٥	واجبات المستغل قبل الاستغلال	١٢٣ — ٦٧	حق الارتفاق المرتب من أشخاص
٨٣ — ٤٧	دين مرتب الاستغلال بالنسبة للمستقبل	١٣٠ — ٦٩	تلاشى حق الارتفاق
٨٦ — ٤٩	تلاشى الانتفاع		
—	أسباب تلاشى الانتفاع		
٩٢ — ٥١	نتائج تلاشى الانتفاع		

صفحة	بند	صفحة	بند
١٣٣ - ٧١	القسم الرابع الالتزامات	٢٢٢ - ٩٩	حل التعاقد
	الكتاب الأول	٢٣٢ - ١٠١	أسباب أخرى لتلاشى العقود
١٣٣ - ٧١	الالتزامات وما أخذها المختلفة		الكتاب الثاني
١٣٤ - --	التعاقد (الكنتراتو)	٢٣٤ - ١٠٣	مأخذ الالتزامات غير الاتفاقية
١٣٧ - ٧٣	ترتيب التعاقد (الكنتراتو)	٢٣٩ - ١٠٥	إدارة الأعمال
١٤٦ - ٧٥	شروط وجود وصحة العقود	٢٤٢ - ١٠٧	أداء ما ليس بواجب
١٥٤ - ٧٧	مادة التعاقد	٢٤٧ - ١٠٩	الثراء بلا سبب
١٥٩ - ٧٩	السبب	٢٥١ - ١١١	الأعمال الموجبة للتعويض وما يشبهها
١٦٣ - ٨١	العقود العلانية	٢٥٦ - ١١٣	تجاوز استعمال الحق
١٦٨ - ٨٣	شروط صحة العقود	٢٦٢ - ١١٥	الأعمال المشبهة للضرر المدني
١٧٧ - ٨٥	أهلية المتعاقدين	٢٦٣ - ١١٧	المسؤولية المدنية
١٨٢ - ٨٧	الوعود والشروط لأجل الغير		١ - مسؤولية الأب والأم
١٨٨ - ٨٩	الشروط للغير		٢ - مسؤولية المدرسين ومعلمي المهنة
١٩٥ - ٩١	نتائج العقود		٣ - مسؤولية السيد والمولى
٢٠١ - ٩٣	نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث		٤ - المسؤولية المدنية لعمل الحيوان
			(م ٢٨ مقارنات - ثان)
٢٠٥ - ٩٥	بطلان العقود أو إلغاؤها		
٢١٢ - ٩٧	أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإنهاء		

٥ - المسؤولية المدنية من عمل

٣٠٥ - ١٣٣ نظرية الخسارة

المساكن

٣١٠ - ١٣٥ نظرية دعوى المدعى باسم

٦ - مسؤولية الجماد

مدينه

الكتاب الثالث

٣١٣ - ١٣٧ دعوى الدائن باسم مدينه :

(دعوى ابليلك)

٢٧٧ - ١١٩ الالتزامات في حد ذاتها

— نتيجة رفع الدعوى باسم

٢٧٩ - ١٢١ مادة الالتزام

المدين

٢٨٠ - ... نتائج الالتزامات البسيطة

٣٢٠ - ١٣٩ دعوى إبطال تصرف المدين

... طرق التنفيذ

(دعوى پولين)

٢٨٦ - ١٢٣ نتائج عملية لحق الرهن العام

٣٢١ - ... شروط استعمال دعوى إبطال

٢٨٧ - ... طرق تحفظية وطرق تنفيذية

تصرفات المدين

٢٨٨ - ... القواعد العامة في طرق التنفيذ

٣٢٢ - ... نتائج دعوى إبطال تصرف

٢٩٠ - ... الطرق التنفيذية

المدين

٢٩٣ - ١٢٥ الإعسار والإفلاس

٣٣٠ - ١٤١ خصوصيات الالتزامات المركبة

٢٩٨ - ١٢٧ الحق التابع للدائن أو نظرية

٣٣٣ - ١٤٣ حق معلق على شرط وحق

تعويض الضرر

مستقبل

٢٩٩ - قيمة التعويض

٣٣٤ - ضمان الخسارة في حالة الشرط

٣٠١ - ١٢٩ مادة التعاقد مبلغ من المال

المعلق

٣٠٣ - ١٣١ الشرط الجزائي

٣٣٦ - ١٤٥ الأجل

صفحة	بند	صفحة	بند
٣٤٢ — ١٤٧	الالتزامات التخيرية	٣٨٠ — ١٦٥	الدفع مع حلول شخص محل آخر
٣٤٤ — ١٤٩	الالتزامات التضامنية	٣٨٨ — ١٦٧	خصم التسديد
٣٤٥ —	نتائج الالتزامات التضامنية	٦٩٠ — ١٣٩	عرض الدفع والاستيداع
٣٤٨ — ١٥١	التضامن في الدفع	٣٩٢ — ١٧١	ترك المدين أملاكه لدائنه
٣٤٩ —	نتائج الضمان في الدفع	٣٩٣ — ١٧٣	التجديد
٣٥٠ —	معارضة المدينين للدائن في دفاعهم	٣٩٧ — ١٧٥	نظرية النيابة
٣٥٦ — ١٥٣	الأسباب المغيرة أو الملغية للضمان	٣٩٩ — ١٧٧	إسقاط الدين
٣٥٩ — ١٥٥	التزامات غير قابلة للقسمة	٤٠٥ — ١٧٩	المقاصة
٣٦٣ — ١٥٧	ملحق بالالتزامات الطبيعية	٤١١ — ١٨١	اتحاد الذمة في الالتزام
	الكتاب الرابع	٤١٢ — ١٨٣	سقوط الحق المبرئ للذمة
٣٦٨ — ١٥٩	تلاشى الالتزامات	٤١٦ — ١٨٥	إيقاف مدة سقوط الحق
٣٧٣ — ١٦١	من يملك حق القبض لمادة التعاقد	٤١٧ —	نتيجة سقوط الحق بمضى المدة
٣٧٦ — ١٦٣	الالتزام الواجب أدائه (مادة التعاقد)	٤١٩ — ١٨٧	نقل الالتزامات
		٤٢١ —	نتائج انتقال الدين
		٤٢٦ — ١٨٩	انتقال الدين لمدين آخر

فهرس أبجـدى للجزء الثانى

من المقـارنات التشريعية

صفحة - بند	صفحة - بند
٢٣٩ - ١٠٥ إدارة الأعمال	(١)
٢٤٢ - ١٠٧ أداء ما ليس بواجب	٥ - ٣ اتفاقات
٢٥١ - ١١١ الأعمال الموجبة للتعويض وما يشبهها	٣٣ - ١٩ إضافة وضع اليد
٢٦٢ - ١١٥ الأعمال المشبهة للضرر المدنى	٣٧ - ٢١ أسباب قطع المدة
٢٧٧ - ١١٩ الالتزامات فى حد ذاتها	٤٣ - ٢٣ إضافة للملحقات للمالك
٢٩٣ - ١٢٥ الإعسار والإفلاس	٥٢ - ٢٧ الاستيلاء من طرق التملك
٣٣٦ - ١٤٥ الأجل	٥٧ - ٣٣ الاستغلال - حق الانتفاع بالريع
٣٤٢ - ١٤٧ الالتزامات التخيرية	٦٩ - ٣٩ أعمال قانونية يباشرها المستغل
٣٤٤ - ١٤٩ الالتزامات التضامنية	٧٧ - ٤٣ الأشخاص المعفون من تقديم الضمان
٣٥٦ - ١٥٣ الأسباب المغيرة أو الملغية للضمان	٨٦ - ٤٩ أسباب تلاشى الانتفاع
٣٥٩ - ١٥٥ التزامات غير قابلة للقسمة	٩٤ - ٥٣ الاستعمال والسكنى والحكر
٣٧٦ - ١٦٣ الالتزام الواجب أدائه (مادة التعاقد)	١٣٣ - ٧١ الالتزامات ومآخذها المختلفة
٣٩٩ - ١٧٧ إسقاط الدين	١٧٧ - ٨٥ أهلية المتعاقدين
٤١١ - ١٨١ اتحاد الذمة فى الالتزام	٢١٢ - ٩٧ أسباب سقوط الحق فى رفع الدعوى
٤١٦ - ١٨٥ إيقاف مدة سقوط الحق	٢٣٢ - ١٠١ أسباب أخرى لتلاشى العقود
٤٢٦ - ١٨٩ انتقال الدين لمدين آخر	

صفحة - بند

(ب)

٩٥ - ٢٠٥ بطلان العقود أو إلغاؤها

(ت)

١ - ٣ التملك

٢١ - ٣٧ التنازل عن التملك بوضع اليد

٤٩ - ٨٦ تلاشى الانتفاع

٥٧ - ١٠٠ ترتيب حق الارتفاق

٦٩ - ١٣٠ تلاشى حق الارتفاق

٧١ - ١٣٤ التعاقد (الكنتراكتو)

٧٣ - ١٣٧ ترتيب التعاقد

١١٣ - ٢٥٦ تجاوز استعمال الحق

١٥١ - ٣٤٨ التضامن في الدفع

١٥٩ - ٣٦٨ تلاشى الالتزامات

١٧١ - ٣٩٢ ترك المدين أملاكه لدائنه

١٧٣ - ٣٩٣ التجديد

(ث)

١٠٩ - ٢٤٧ الثراء بلا سبب

(ح)

٣٣ - ٥٧ حق الارتفاق

صفحة - بند

حق الانتفاع بالريع

٣٧ - ٦٢ حقوق المستغل

٥٥ - ٩٧ حق الارتفاق العيني

٥٩ - ١٠٢ حقوق الارتفاق الناتج عن حالة

الأمكنة

٦١ - ١٠٨ حقوق الارتفاق المرتبة بالقانون

٦٣ - ١١٢ حالة ملك منزل واحد لعدة

أشخاص لكل واحد دور خاص

١١٣ - حق الارتفاق المخصص لتسهيل

الرى أو إصلاح الأراضي

٦٧ - ١٢٣ حق الارتفاق المرتب من

أشخاص

٩٩ - ٢٢٢ حل التعاقد

١٢٧ - ٢٩٨ الحق التابع للدائن

١٤٣ - ٣٢٣ حق معلق على شرط وحق

مستقبل

(خ)

١٤١ - ٣٢٠ خصوصيات الالتزامات المركبة

١٦٧ - ٣٨٨ خصم التسديد

صفحة - بند

(د)

٨٣ - ٤٧ دين مرتب الاستغلال بالنسبة
المستغل

٣١٣ - ١٣٧ دعوى الدائن باسم مدينه (دعوى
ابليك)

٣٢٠ - ١٣٩ دعوى إبطال تصرف المدين
(دعوى پولين)

٣٨٠ - ١٦٥ الدفع مع حلول شخص محل آخر

(س)

٢٢ - ١٤ سقوط الحق بمضى المدة المملكة

١٥٩ - ٧٩ السبب

٤١٢ - ١٨٣ سقوط الحق المبرى للذمة

(ش)

١٤٦ - ٧٥ شروط وجود وصحة العقود

١٦٨ - ٨٣ شروط صحة العقود

١٨٨ - ٨٩ الشروط للغير

٣٠٣ - ١٣١ الشرط الجزائي

٣٢١ - ١٣٩ شروط استعمال دعوى إبطال

تصرفات المدين

صفحة - بند

(ض)

٣٣٤ - ١٤٣ ضمان الخسارة في حالة الشرط
المعلق

(ط)

٥٢ - ٢٧ طرق التملك الأخرى للملكية

٢٨٠ - ١٢١ طرق التنفيذ

٢٨٧ - ١٢٣ طرق تحفظية وطرق تنفيذية

٢٩٠ - ٠٠٠ الطرق التنفيذية

(ع)

١٦٣ - ٨١ العقود العلانية

٣٩٠ - ١٦٩ عرض الدفع والاستيداع

(ق)

٣٧ - ٢١ قطع المدة المقررة للمالك بوضع
اليدين

٢٨٨ - ١٢٣ القواعد العامة في طرق التنفيذ

٢٩٩ - ٠٠٠ قيمة التعويض

(ك)

٥٩ - ٣٥ كيف يترتب الاستغلال

صفحة - بند

صفحة - بند

(م)

٢٢ - ١٤ الملكية بوضع اليد، أو سقوط

الحق بمضى المدة

٢٨ - ١٧ المدة الضرورية للتملك بوضع

اليـد

٤٣ - ٢٣ ملحقات عقار إلى عقار (إضافة)

» - » ملحقات منقول إلى عقار

٥٥ - ٢٩ المزارد من طرق التملك

٥٥ - ٣١ الملكية بالقانون

١٥٤ - ٧٧ مادة التعاقد

٢٣٤ - ١٠٣ مأخذ الالتزامات غير الاتفاقية

٢٦٣ - ١١٧ المسؤولية المدنية :

١ - مسؤولية الأب والأم

٢ - مسؤولية المدرسين ومعلمي

المهـن

٣ - مسؤولية السيد والمولى

٤ - المسؤولية المدنية لعمل

الحيوان

٥ - المسؤولية المدنية من

عمل المساكن

٦ - مسؤولية الجماد

٢٧٩ - ١٢١ مادة الالتزام

٣٠١ - ١٢٩ مادة التعاقد مبلغ من المال

٣٥٠ - ١٥١ معارضة المدينين للدائن في

دفاعهم

٣٦٣ - ١٥٧ ملحق بالالتزامات الطبيعية

٣٧٣ - ١٦١ من يملك حق القبض لمادة

التعاقد

٤٠٥ - ١٧٩ المقاصة

(ن)

١٠ - ٦ نقل ملكية المنقول بين

المتعاقدين والشخص الثالث

١٣ - ٨ نقل ملكية العقار بين المتعاقدين

والشخص الثالث

١٨ - ١٠ نقل ملكية العقار في الهبة

٢٠ - ١٢ النظام العملي في ترتيب نقل

التكليف

٣٧ - ٢١ نتيجة قطع المدة

٠٠ - ٠٠ نتائج التملك بوضع اليد المدة

الطويلة

صفحة - بند

- ٩٢ - ٥١ نتائج تلاشى الانتفاع
١١٨ - ٦٥ النظر والنور المرتبان على ملكية
الجار
١٩٥ - ٩١ نتائج العقود
٢٠١ - ٩٣ نتائج العقود بالنسبة للشخص
الثالث

- ٢٨٠ - ١٢١ نتائج الالتزامات البسيطة
٢٨٦ - ١٢٣ نتائج عملية لحق الرهن
٢٩٨ - ١٢٧ نظرية تعويض الضرر
٣٠٥ - ١٣٣ نظرية الخسارة
٣١٠ - ١٣٥ نظرية دعوى المدعى باسم مدينه
٣١٣ - ١٣٧ نتيجة رفع الدعوى باسم المدين

صفحة - بند

- ٣٢٢ - ١٣٩ نتائج دعوى إبطال تصرف
المدين
٣٤٥ - ١٤٩ نتائج الالتزامات التضامنية
٣٤٩ - ١٥١ نتائج الضمان في الدفع
٣٩٧ - ١٥٧ نظرية النيابة
٤١٧ - ١٨٥ نتيجة سقوط الحق بمضى المدة
٤١٩ - ١٨٧ نقل الالتزامات
٤٢١ - ٠٠ نتائج انتقال الدين

(و)

- ٧٤ - ٤١ واجبات المستغل
٧٩ - ٤٥ واجبات المستغل قبل الاستغلال
١١٣ - ٦٣ وجوب ترك مسافات للمزروعات
١٨٢ - ٨٧ الوعود والشروط لأجل الغير

الخطأ والصواب

في الجزء الثاني من كتاب المقارنات التشريعية

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١٦ - ٩	يستغرق	يستغرق	
٢٢ - ١٣	إجراءات	إجراءات	
٣٢ - ١٨	يقضى بالقيمة يوم الغصب	يقضى بالقيمة أو المثل يوم الغصب	
٤٣ - ٢٠	يطغى	يطغى	
٥٣ - ١٥	أو أيام	أو أياما	
٥٥ - ١٠	المتبايعين	المتبايعين	
٥٦ - ٦	يعين البيع	يعين المبيع	
٥٨ - ٤	بدل على أن	بدلا من أن	
٥٩ - ١٤	كالدارم	كالدرهم	
٦٧ - ١٩	دعوى	دعوة	
٦٨ - ٣	كثيرون	كثيرين	
٦٩ - ٢	الشركات وسنداتها	الشركات لها	
٦٩ - ٦	يعني (الأسهم والسندات) لأن	يعني (الأسهم) لأن	
٧٠ - ١٠	دعوتان	دعويان	
٧٤ - ١٠	كان الطرفان مكلفان	كان الطرفان مكلفين	
٩٧ - ٥٢	محكوره	محكوره	

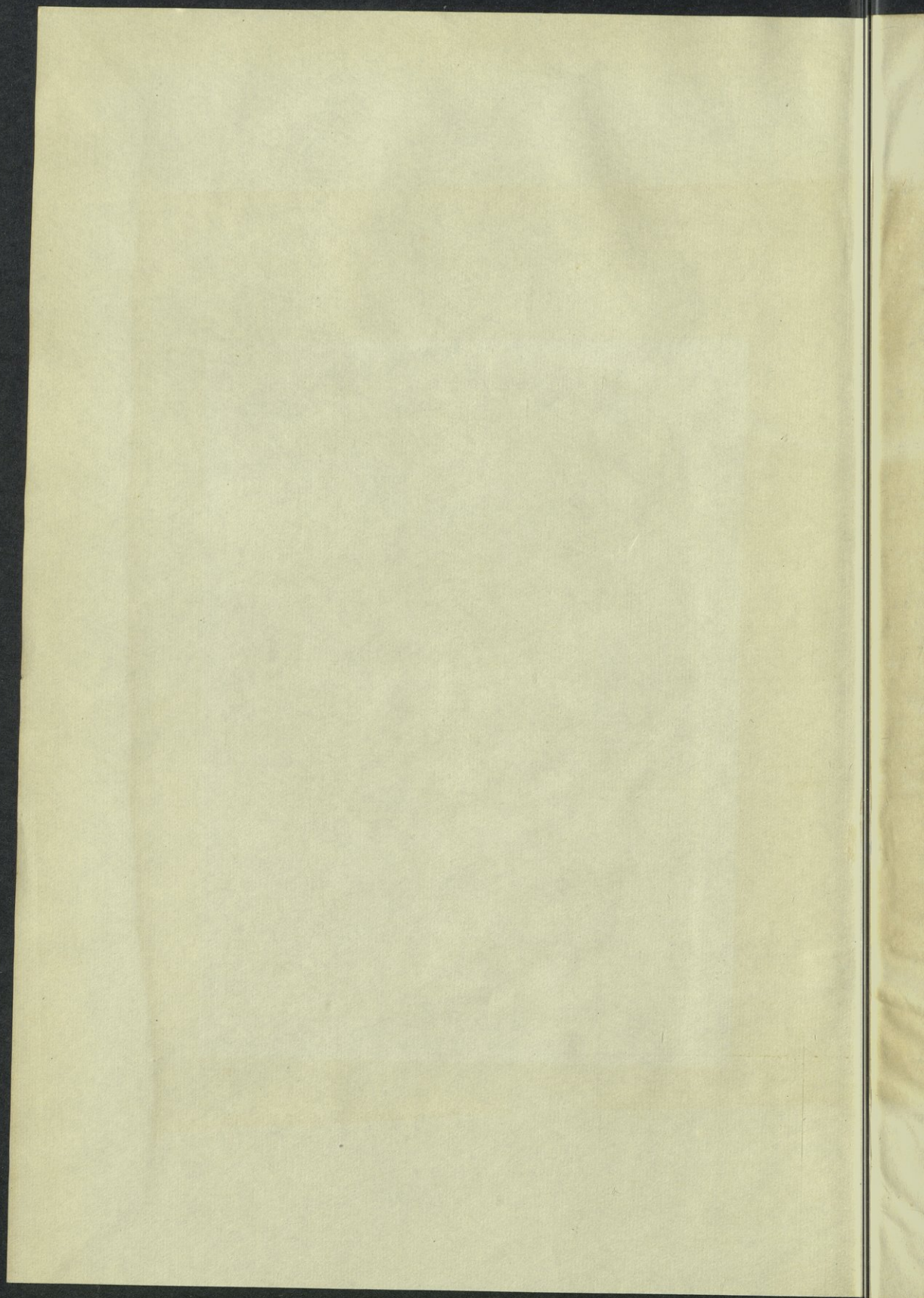
صواب	صفحة	سطر	خطأ
ومن حكم عليه فعليه البناء	٩٧ - ٥		ومن حكم عليه البناء
وجوده	١٠١ - ١٥		وجودها
جاره	١٠٤ - ٧		جارية
كلتا	١٠٨ - ٦		كأني
أو هدمه	١١١ - ١٦		حتى وهدمه
لحديث الرسول الموقوف على عمر (اعمل الخ)	١٣٥ - ٥		لحديث الرسول (أعمل)
بعد القبول فقد	١٥٢ - ٣		بعد الإيجاب فقد
الدواب والعذرة	١٥٥ - ١٥		الدواب وزبل الحمام والعذرة
وجلدها وزيت	١٥٥ - ١٦		وجلدها منه وزيت
هو السبب فيما التزم به الثاني	١٦١ - ١٥		هو ما التزم به الثاني
انعدم المبيع المعين	١٦٢ - ١٠		انعدم البيع المعين
زوجته حتى ولو باعها	١٦٧ - ١٣		زوجته حق ولو باعها
الثاني فهو ثمن	٢٣١ - ٤		الثاني فهي ثمن
كان لها الحق في إبطاله	٢٣٣ - ١٠		كانت هي صاحبة الحق في إبطاله
لا ضررا مدنيا	٢٥٢ - ٢		لا ضرر مدني
إن بلغت الثلث فأقل	٢٥٢ - ١٩		إن بلغت الثلث
إن كان القتل عمدا عدوانا	٢٥٤ - ١		إن كان القتل عمدا
متى كان الفعل عمدا عدوانا	٢٥٤ - ٣		متى كان الفعل عمدا
أم مدنيا أو يشبههما	٢٧٦ - ١١		أم مدنيا أو جنائيا

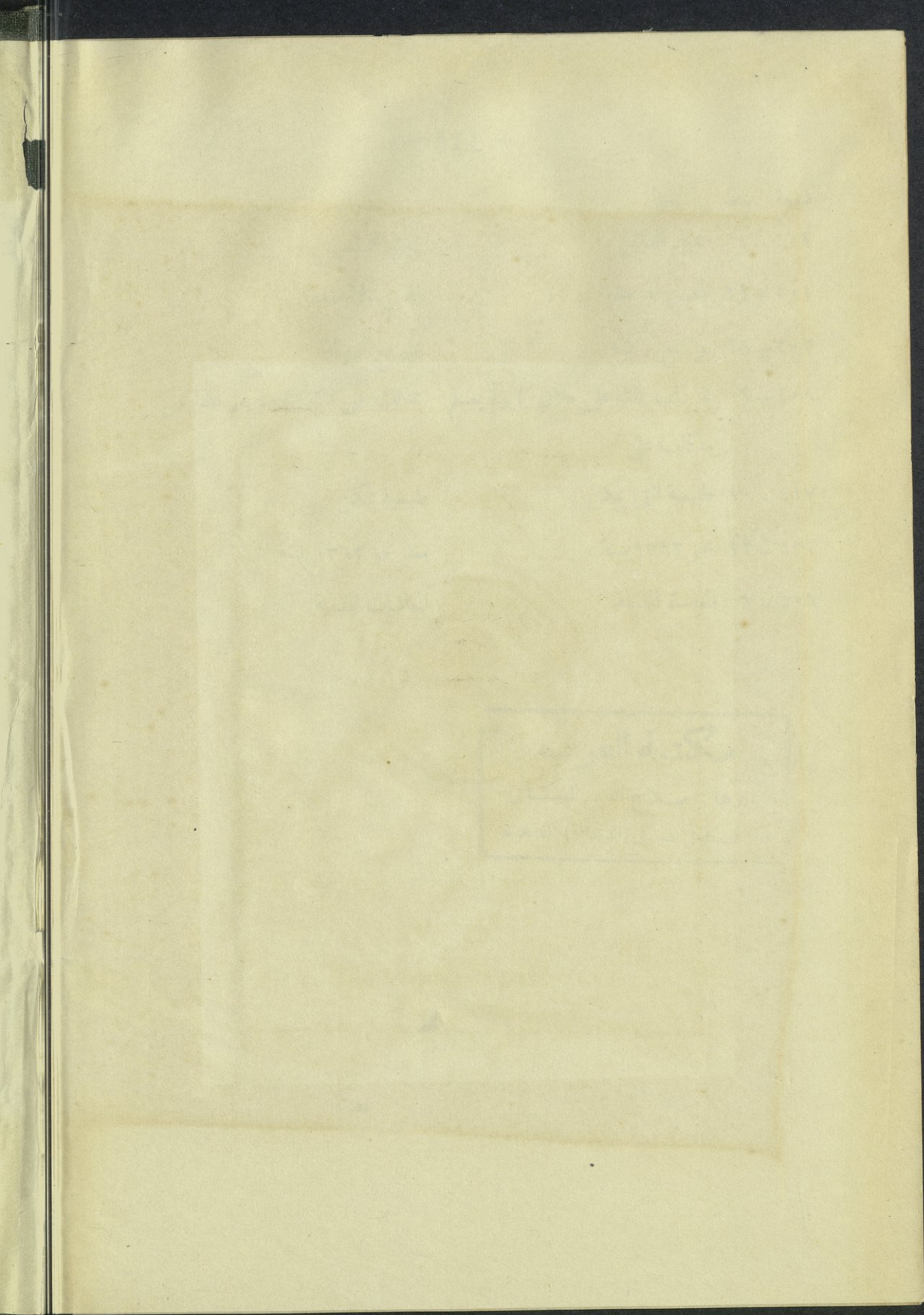
صواب	صفحة سطر خطأ
والتعاقد مع الغير	٢٨١ - ١١ والتعاقد من الغير
التزام الواهب	٢٨٢ - ١٥ التزام الواجب
بطريق غير مباشرة	٢٩٤ - ٤ بطريق مباشر
في التاجر واضحاً لسرعة	٢٩٥ - ١٠ في التاجر سرعة
الأخص تغل يده	٢٩٥ - ١٩ الأخص تغل يده
من عيوب سلعته	٣٠٥ - ١ مما لم يعلم في سلعته من العيوب
وأدر كته الصفقة سالماً	٣٠٩ - ١٦ وأدر كته الصفقة سالماً
الملتزم به في ضمان	٣١٠ - ٤ الملتزم به ضمان
قصاص يوجب الدية	٣١٦ - ١٣ قصاص وجب للدية
فيأخذه من المطلوب	٣٢٩ - ٦ فيأخذ من المطلوب
ثانياً — الموت يحل به دين المتوفى ولو كان	٣٤١ - ١٧
مؤجلاً فيجب سداده من التركة	
أما الالتزام الاختياري	٣٤٤ - ٤ أما الالتزام الاختياري
عن حصته في الدين	٣٤٥ - ١ عن حصته في الدين
حجز ما للمدين	٣٧٤ - ٥ حجز ما للمدين
للدائن الأول المرتهن	٣٨٧ - ٦ للدائن الأول الراهن
إشهاداً قانونياً	٣٩٢ - ٩ إشهاداً قانونياً
فلو طلب	٣٩٣ - ٥ فلو طالب
أو ساهم للمدين	٤٠٠ - ١٣ أو تسلم للمدين

صواب	صفحة سطر خطأ
جميل الدائن	٤٠١ - ١
بالدين ولا صغيرا	٤٠١ - ١١
توزيع أمواله	٤٠٢ - ١٨
بما لك على فلان (ولم يعلم	٤٠٨ - ٦
بما لك على فلان) ولم يعلم	ما ذاب على
طبيعية يمكن	٤١٧ - ١٠
منذ نحو ١٣٦٢ سنة	٤٢٢ - ١٢
المعاشات المدنية	٤٢٦ - ٢

مكتبة العرب

مديرها : صلاح الدين البستاني
٢٨ ش كامل صدقي (القجالة) القاهرة





American University of Beirut



340.5

H96mA

V.2-c.1

General Library

