



349.56: K11sA v.3

القاضي - منير (شع)

شرح المجلة

Res

Res

349.56

K11sA

v.3

٢١
الجزء الثاني

من

شرح المجلة

المحاضرات التي ألقاها

الاستاذ السبر منبر القاضي

استاذ الاحكام المدنية في كلية الحقوق العراقية

على طلبة الصف الثالث

58955

مطبعة التفيض الاهلية - بغداد

١٩٤٠ - ١٩٤١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نمبر موز :

العقود الجارية بين الناس فى المعاملات المدنية نوعان :
معينة : وهى العقود التى وضع لها القانون اسما خاصة واحكاما
خاصة كالبيع والاجارة ، وسائر العقود المبحوث فيها فى المجلة
العديلة وسائر الكتب الفقهية مصدر المجلة العديلة والمنبع القويم
الذى يجب ان يستمد منه قانوننا المدنى الكامل الذى نتوقع
الحصول عليه . وعقود غير معينة : وهى التى لم يضع لها القانون
اسماء واحكاما خاصة بل فوض انشاءها وتكوين ماهيتها الى
رضاء الطرفين العاقدين ومحض اختيارهما وحكم بلزوم ما افترضاه
على نفسيهما بشرط الا يكون العقد مخلا بالآداب العامة
والانتظام العام والا يكون ممنوعا فى القوانين الخاصة ، وهى
العقود المشمولة بمفاد المادة (٦٤) من قانون المرافعات الحقوقية .
والقصد من تجويز هذه العقود فتح الباب الى التوسع فى
المعاملات المثمرة التى تعود على الامة بالخير والثروة ، فاذا ما
تعورف عقد جديد وسار بين الناس وضع له التشريع اسما خاصا

واحكاما خاصة فيدخل في عداد العقود المعينة ، مثال ذلك عقد
الضمان عن الحرق او الغرق او النفس وعقد التأمين العقارى
وعقود الشركات التجارية ومضاربات المصفق (البورصة) المشمولة
كلها بحكم (المادة ٦٤) المنوه عنها آنفا . فلو اقتصر على جواز
العقود المعينة فقط فى المعاملات ولم يقبل حكم (المادة ٦٤)
المذكورة لما تحققت هذه العقود المثمرة التى عليها مدار التجارة
والثروة فى العصر الحاضر . ومثل هذه العقود فى الاصل عقد
المزارعة والمساقاة فان الفقيه الاكبر الامام ابا حنيفة عليه الرحمة
لم يجوزهما لمخالفتهما القياس ، غير ان الامام ابا يوسف عليه
الرحمة لما رأى حاجة الناس تدعو الى اعتبارهما جوزهما ،
فوضعت لهما احكام خاصة ودخلا فى زمرة العقود المعينة فى
الكتب الفقهية والمجلة العدلية ، كما ان عقود الضمان ونحوها
الما ذكرها كانت غير معينة ثم انه لما تعامل بها الناس اخذت
اسماء خاصة وسنت بها قوانين ، فدخلت فى عموم العقود المعينة .
والظاهر ان الامام ابا يوسف قد بنى حكمه بالجواز على القواعد
الثلاثة المعتمدة شرعا وهى (تغيير الاحكام بتغير الازمان) و (ما رآه
المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) و (الحاجة تنزل منزلة الضرورة)
تلك القواعد التى يمكننا القول بانها تصلح ان تكون اساسا
لقبول حكم (المادة ٦٤) الواسعة النطاق .

وهكذا بقى الباب مفتوحا لجواز عقود قد يقتضيها الزمن وتدعو اليها الحاجة ، وبذلك تزول عقبة التقدم فى الرقى .

والعقود المعينة انواع : عقد توثيق كالرهن والكفالة والتأمين العقارى ، وعقد ائابة كالوكالة والوصية ، عقد تراض كالصلح ، عقد اشتراك كالشركة ، عقد تمليك وهو نوعان تمليك الاعيان كالبيع وتمليك المنافع وهو نوعان تمليك منافع النفس كالنكاح واجارة الاشخاص وتمليك منافع الاعيان الاخرى كسائر عقود الاجارة ، عقد تبرع كالهبة والاعارة ، عقد حفظ كالايذاع ، عقد استثمار كالمغارسة والمزارعة . فالكفالة من عقود التوثيق ينحصر البحث فى الكفالة بالمواضيع الاتية :

١ - ماهية الكفالة وانواعها واركانها .

٢ - شروطها .

٣ - احكام كل نوع من انواعها .

٤ - انتهاء حكمها والبراءة منها .

٥ - رجوع الكفيل على الاصيل .

٦ - الاحكام التى يقترح اضافتها فى قانوننا المدنى الى احكامها .

ماهية الكفالة وأنواعها وأركانها

ماهية الكفالة

الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء (م ٦١٢) (١) أى ضم ذات الى ذات في المطالبة . والمراد من الذمة هنا الذات والنفس لا المعنى المصطلح عليه اصولا وهو الوصف الذى يصير به الانسان اهلا لما له وعليه لان الوصف لا تتصور منه المطالبة . ولا بد لتحقيق الكفالة من اربعة امور : شخص يضم ذمته ويسمى كفيلا وشخص تضم الى ذمته ذمة اخرى ويسمى مكفولا عنه واصيلا (م ٦١٨) (٢) وشخص يترتب له شيء فى ذمة ويسمى مكفولا له (م ٦١٩) (٣) وشيء يترتب فى الذمة ويسمى المكفول به (م ٦٢٠) (٤) غير ان المكفول به والمكفول عنه فى الكفالة بالنفس واحد ذاتا ، مختلف اعتبارا ، فمن حيث انه مطالب

- (١) م ٦١٢ (الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة شيء ، يعنى ان يضم احد ذمته الى ذمة آخر ويلتزم ايضا المطالبة التى لزمتم فى حق ذلك) .
- (٢) م ٦١٨ : (الكفيل هو الذى ضم ذمته الى ذمة الآخر اى تعهد بما تعهد به الآخر ويقال كذلك الآخر الاصيل او المكفول عنه) .
- (٣) م ٦١٩ : (المكفول له هو الطالب والدائن فى خصوص الكفالة) .
- (٤) م ٦٢٠ : (المكفول به هو الشيء الذى تعهد الكفيل بادائه وتسليمه وفى الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواء) .

بالحضور مكفول عنه ومن حيث ان حضوره مطلوب مكفول به ،
على انا اذا دققنا الامر نجد ان المكفول عنه هو ذات الشخص
وان المكفول به حضوره ، فهما مختلفان حقيقة وشيئان متغايران ،
خلافًا لما جاء في الفقرة الاخيرة من (المادة ٦٢٠) .

ويفهم من تعريف الكفالة ان الثابت في ذمة الكفيل هو
المطالبة لا الدين وهو الارجح خلافًا لمن ذهب الى ان الثابت في
ذمة الكفيل هو الدين نفسه والمطالبة به كالاصيل ، لان هذا
المذهب يؤدي الى ان يكون الدين الواحد دينين ، والى ان الدين
اذا استوفى من احد الطرفين فان الثانى اما ان يبقى الدين في
ذمته ويستوجب ذلك استحصال الدين الواحد مرتين وهو غير
جائز ، واما ان يسقط عنه بدون استيفاء او ابراء ، وهو مخالف
للقواعد الشرعية والعدل .

ويفهم من التعريف ايضا ان الكفالة عقد ثانوى تابع لالتزام
اصلى حاصل بين المكفول له والمكفول عنه ، اى بين الدائن
والمدين فالكفالة بأمر غير لازم على الاصيل لا عبرة بها ، كما
لو كان الوكيل بالشراء قد اضاف العقد الى نفسه وتكفل شخص
للبائع بالثمن عن الموكل ، وذلك لان الموكل لم تلزم ذمته
بالثمن من حيث ان حقوق العقد انما تعود على العاقد غير انه اذا
كان العقد الاصلى غير لازم ثم صار لازما ، فان الكفالة المترتبة

على ذلك العقد تكون صحيحة لازمة بعد ان صار العقد الاصلى لازما ، كما لو كفل احد بضمن المبيع الذى اشتراه المحجور عليه ثم اجاز العقد من له حق الاجازة فان الكفالة تكون صحيحة لازمة ، لان العقد الاصلى لم يكن باطلا ، ولان (التابع تابع) .

انواع الكفالة

للكفالة انواع من حيثيات مختلفة فهى تتنوع من حيث المكفول به الى كفالة بالمال وكفالة بالنفس وكفالة بالتسليم ، ومن حيث العقد الى منجزة ومعلقة ومضافة ومشروطة ، ومن حيث الوصف الى مطلقة ومؤقتة ومؤجلة ومعلقة .

الكفالة بالمال

هى الكفالة باداء مال (م ٦١٤) (١) وهى نوعان الكفالة بالعين كالمال المنصوب والكفالة بالدين كالكفالة بضمن المبيع . والمراد من الدين هو الدين الصحيح ، الذى لا يسقط بدون الايفاء او الابراء ، اما الدين الذى يسقط بدونهما فيسمى غير صحيح ولا تصح الكفالة به ، كالكفالة بالنفقة قبل الحكم بها او التراضى عليها .

(١) م ٦١٤ : (الكفالة بالمال هى الكفالة باداء مال) .

وانما اعتبر الدين مالا مع انه وصف فى الذمة لانه مال
مآلا ، ولانه مال فى رأى بعض المجتهدين (من غير الحنفية) يباع
ويشترى ، وهو رأى سديد تقتضيه المصلحة العامة فى هذا العصر
كما هو جار فى السفتجات (البوليسات) وسندات الامر
(الكيميالات) ، على ان الحنفية انفسهم اضطروا الى اعتباره مالا
فى بعض الصور اذ جوزوا هبة الدين لمن عليه الدين وجوزوا
حوالة المدين دائنه على مدينه اى على مدين المدين وما ذلك
الا بيع الدين بالدين .

ثم ان الكفالة بالاعيان انما تصح فى الاعيان المضمونة بنفسها
كالكفالة بالمغصوب لان هذه الاعيان قد تؤول ديونا عند هلاكها
اما الاعيان غير المضمونة اصلا كالامانات مثل الودائع واموال
الشركة والمأجور والعارية فلا تصح الكفالة بها الا اذا علق
الكفالة على شرط هو سبب للضمان كالاستهلاك لها وكذلك
الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون ، لا تصح الكفالة بها .

الكفالة بالنفس

هى الكفالة بشخص (م ٦١٣) (١) اى الكفالة بتسليم شخص
فى محل تمكن فيه مقاضاة المكفول عنه فيه ، فهى فى الحقيقة

(١) م ٦١٣ : (الكفالة بالنفس هى الكفالة بتسليم شخص احد) .

نوع من الكفالة بالتسليم وانما افردت عنها لان للكفالة بالنفس احكاما خاصة بها .

الكفالة بالتسليم

هى الكفالة بتسليم مال سواء كان مضمونا بنفسه او غيره او غير مضمون ، كالكفالة بتسليم المبيع والمرهون والمأجور وسائر الامانات . والفرق بينها وبين الكفالة بالاعيان التى سبق ذكرها هو ان الكفيل بالاعيان ملزم بتسليم العين اذا كانت قائمة وبتسليم مثلها اذا كانت مثلية هالكة وبقيمتها اذا كانت قيمة ، بخلاف الكفالة بالتسليم ، فان الكفيل انما يلزم بتسليم المال اذا كان قائما ولا يلزم به اذا هلك .

ومن الكفالة بالتسليم الكفالة بالدرك وهى ان يكفل شخص للمشتري بان المبيع اذا استحق فانه يتعهد بتسليم نفس البائع او بتسليم الثمن اليه (م ٦١٦) (١) ومعنى الاستحقاق هو ان يظهر كون المبيع حقا لا آخر وللاستحقاق باب خاص فى كتب الشريعة ، وهو نوعان مبطل للملكية كظهور ان المال وقف وناقل لها كظهور كونه ملكا للغير وان بحث الاستحقاق مما يجب ان يفرد له باب فى القانون المدنى فالمستحق قد يكون مأجورا او (١) م ٦١٦ : (الكفالة بالدرك هى الكفالة باداء ثمن المبيع وتسليمه او بنفس البائع اذا استحق المبيع) .

موهوبا او موسى به او مصالحا عليه او مصالحا عنه . ولكل نوع من ذلك احكام يجب على المحاكم مراعاتها ، وليس للمحاكم مرجع فى ذلك سوى الكتب الفقهية ، وليس الامر ميسورا لكل حاكم الا اذا كان له المام بالكتب الفقهية ومعرفة باستخراج المسائل منها . وقد سبق ان نقلنا فى كتاب اليسوع بحثا مجملا عن الاستحقاق واحكامه ، فليراجع .

الكفالة المنجزة والكفالة المعلقة والكفالة المضافة والكفالة المشروطة

الكفالة المنجزة هى التى لم تكن معلقة بشرط ولا مضافة الى زمن مستقبل ولا مقيدة بشرط ، كما لو قال الكفيل انا كفيل بالدين الذى لك على فلان وقبل الدائن ، فان المطالبة تتعلق بذمة الكفيل عند تمام العقد . والمضافة هى التى تضاف فيها المطالبة الى زمن مستقبل كما لو قال انا كفيل بان احضر المدين فى اليوم الفلانى فان المطالبة لا تتحقق الا فى ذلك اليوم والمعلقة هى التى علقت بشرط ملائم ، والشرط الملائم هو الذى يكون سببا لوجوب الحق على الاصيل كما لو قال الكفيل ان غصبك فلان مالك فانا كفيل به ، او سببا لظهور الحق كما فى كفالة الدرك ، او سببا مسهلا لاختد المكفول به من الاصيل كما لو قال ان قدم فلان من سفره فانا كفيل بالدين الذى لك عليه او سببا لتعسر

استيفاء الحق من الاصيل كما لو قال ان لم يدفع لك فلان بدل الثوب الذى بعته اياه فانا كفيل به . وانما كانت هذه الشروط ملائمة للكفالة لان لها اثرا قويا فى التوثيق المقصود من الكفالة . واما الشروط غير الملائمة فلا تصح بها الكفالة ، كما لو قال احد لآخر ان اعطيتنى كتابا فانا كفيل بمالك على خالد وقبل الدائن فلا تصح الكفالة ولا تعتبر .

الكفالة المشروطة

هى الكفالة التى اشترطت فيها شروط متعارفة كما لو قال انا كفيل بدينك على زيد بشرط ان احيلك به على خالد وقبل الدائن فتنفذ الكفالة ويعتبر الشرط لانه متعارف ، اما لو كان الشرط غير متعارف فلا يعتبر الشرط بل يفسد من حيث لا تفسد الكفالة لان الكفالة لا تفسد بالشروط الفاسدة كما لو قال انا كفيل بمالك على زيد بشرط ان يكفله خالد ايضا فالكفالة صحيحة والشرط فاسد .

الكفالة المؤقتة

هى التى تتحدد فيها المطالبة بزمن معين فبمجرد الكفيل من المطالبة عند انقضائه وتحقق هذه الكفالة بصورتين : الاولى ان

يحدد الكفيل المدة بأداتى الابتداء والانتهاء (من الى) كأن يقول
انا كفيل بدينك على زيد من هذا اليوم الى اليوم الفلانى .
الثانية ان يذكر مدة معينة كأن يقول انا كفيل بما لك على زيد
ثلاثة ايام . اما لو ذكر اداة الابتداء فقط فالكفالة غير مؤقتة كأن
يقول انا كفيل من اليوم او انا كفيل من يوم الجمعة فانها فى
المثال الاول منجزة مطلقة وفى المثال الثانى مضافة مطلقة اى غير
مؤقتة واذا ذكر اداة الانتهاء فقط فانها تكون مؤجلة كما لو قال
انا كفيل بما لك على خالد الى شهر فانه يكون كفيلا بعد الشهر
وتكون الكفالة مؤجلة . وارى ان العرف اذا كان جاريا باستعمال
هذا التعبير (الى شهر) للتوقيت كانت الكفالة مؤقتة ، كما اذا
قامت القرينة على ارادة التوقيت فانها تكون مؤقتة .

الكفالة المطلقة والكفالة المعجلة والكفالة المؤجلة

الكفالة المطلقة : هى التى لم تقيد بقيد يفيد تعجيلا او تأجيلا .
الكفالة المعجلة : هى التى ذكر فيها قيد التعجيل كأن يقول
انا كفيل بما لك على زيد على ان يكون الايفاء فى الحال فان
المطالبة تتحقق من الكفيل فى الحال ولا تتبع صفة الدين على
الاصيل من تعجيل او تأجيل كما فى المطلقة ، فان المطالبة فى
المطلقة تتبع صفة الدين من الاصيل ، فاذا كان الدين فى حقه

معجلا كان معجلا في حق الكفيل ، وان كان مؤجلا في حق الاصيل كان مؤجلا في حق الكفيل .

الكفالة المؤجلة : هى التى قيدت بقيد يفيد تأجيل المطالبة كما لو قال انا كفيل بمالك على خالد على ان يكون الايفاء بعد شهر فلا تتحقق المطالبة من الكفيل الا بعد الشهر ولو كان الدين حالا بالنسبة الى الاصيل .

ركن الكفالة

تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط ، الا انها ترتد برد المكفول له . ولا يتوقف انعقادها على قبوله ، لانها التزام والالتزامات يكفى فيها الايجاب فقط كالنذر ، ولان المأثور اعتبارها بالايجاب فقط . وقد ذهب بعض الفقهاء الى انها لا تنعقد الا بالايجاب والقبول لانها نوع من العقود ، والعقود لا بد فيها من ايجاب وقبول وهذا القول مرجوح ، لان معنى الالتزام فيها هو الظاهر وهو المقصود منها . والمجلة قد سلكت على رأى الراجح وعليه فان الكفالة تنعقد سواء كان المكفول له حاضرا او غائبا ، الا اذا ظهر ان المكفول له قد ردها . وعلى هذا لو كفل احد فى غياب المكفول له بدين او عين مضمونه بنفسها ، عن احد ، ومات المكفول له قبل ان يصل اليه خبر الكفالة يطالب

الكفيل بكفالاته هذه ويؤاخذ بها (م ٦٢١) (١) . ويحصل ايجاب الكفيل بالالفاظ الدالة على التعهد والالتزام عرفا ، سواء كان اللفظ صريحا بهذا المعنى كقوله انا كفيل او زعيم او ضمين او قويل ، او كان كناية عنه كقوله انا حميل او لك عندى او لك قبل الدين الذى لك على فلان .

واذا اطلق لفظ الكفالة ينصرف الى الكفالة بالنفس ، لانها ادنى من الكفالة بالمال ، والاصل فى الالفاظ ان تحمل على ادنى ما تتحقق به معانيها ، فلو قال انا كفيل لك عن فلان وادعى المكفول له ان الكفالة هذه كفالة بالمال وقال الكفيل انما قصدت الكفالة بنفس فلان فالقول قوله والبينة على المكفول له . لان قول الكفيل هو الظاهر من اللفظ والبينة تقام على خلاف الظاهر .

وكما يكون الايجاب منجزا يكون معلقا بالوعد (م ٦٢٣) (٢) أى معلقا على شرط ملائم كما تقدم فى الكفالة لان المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (م ٨٢) ولانه يجب مراعاة الشرط بقدر الامكان (م ٨٣) ولان المواعيد بصورة التعلق تكون

-
- (١) م ٦٢١ : (تتعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل وحده ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك . وتبقى الكفالة ما لم يرددها المكفول له) .
- (٢) م ٦٢٣ : (تكون الكفالة بالوعد المعلق ايضا انظر الى المادة ٨٤) .

لازمة (م ٨٤) فلهذه القواعد والعلل صحت الكفالة المعلقة اى
صح عقدها بالايجاب بالوعد المعلق ، كما لو قال الكفيل ان لم
يعطك فلان مطلوبك فانا اعطيكه فاذا طالب الدائن المدين بحقه
فلم يعطه اياه يطالب الكفيل . و كما يكون الايجاب مطلقا منجزا
يكون منجزا مؤقتا فتكون الكفالة مؤقتة (م ٦٢٤) (١) كقول
الكفيل انا كفيل ثلاثة ايام او من هذا اليوم الى شهر .

و كما يكون الايجاب مطلقا يكون مقيدا بقيد التعجيل او
التأجيل فتكون الكفالة معجلة او مؤجلة (م ٦٢٥) (٢) كما مر
ذكرهما .

ويجب لاعتبار الكفالة المؤجلة ان لا يكون فى الاجل جهالة
فاحشة والا فالكفالة تعتبر صحيحة مطلقة والاجل باطل ، كما
لو قال انا كفيل بزيد اذا هبت الريح ، اما اذا كانت الجهالة
يسيرة فالتأجيل بها صحيح كما لو قال انا كفيل عند الحصاد
بما لك على زيد .

(١) م ٦٢٤ : (لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى الوقت الفلانى
تتعقد منجزه حال كونها كفالة مؤقتة) .

(٢) م ٢٥٤ : (كما تعقد الكفالة مطلقة كذلك تعقد بقيد التعجيل
والتأجيل بان يقول انا كفيل على ان يكون الايفاء فى الحال او الوقت
الفلانى) .

والفارق بين الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة هو ان الاجل اذا كان مما يمكن حصوله فى الحال فجهالته فاحشة كهبوب الرياح والا فيسيرة كوقت الحصاد .

ويجوز ان يكفل الكفيل : فالكفالة عن الكفيل صحيحة (م ٦٢٦) (١) غير انه اذا كان الكفيل الاول كفيلا بالمال او التسليم فالكفيل الثانى يجوز ان يكون كفيلا بالمطالبة فى ذمة الكفيل الاول ، ويجوز ان يكون كفيلا بنفسه فقط ، واذا كان الاول كفيلا بنفس الاصيل فيكون كفيله كفيلا بنفسه فقط .

ويجوز ان يكفل الشخص كفلاء متعددون (م ٦٢٧) (٢) سواء كانت كفالاتهم من جهة واحدة او من جهات مختلفة مثلا لو كفل زيد بنفس عمرو وكفله خالد بالدين الذى عليه وكفله بكر بتسليم الدين ، فالكفلاء متعددون من جهات مختلفة ولو كفله ثلاثتهم بالدين الذى عليه يكون التعدد من جهة واحدة .

والكفلاء المتعددون من جهة واحدة اذا كانت كفالاتهم بعقد واحد فكل واحد منهم انما يطالب بحصته من الدين المكفول به فيطالب بالثلث اذا كانوا ثلاثة مثلا ، واذا كانت كفالاتهم بعقود

(١) م ٦٢٦ : (تصح الكفالة عن الكفيل) .

(٢) م ٦٢٧ : (يجوز تعدد الكفلاء) .

متعددة فكل واحد منهم تجوز مطالبته بكل الدين ، الا في الكفالة
بالنفس فان كل واحد منهم يطالب بكل المكفول به سواء كانت
كفالتهم بعقد واحد او بعقود ، لان التجزئة غير ممكنة في
الكفالة بالنفس .

شروط الكفالة

الشرط ما يتوقف عليه الشيء وليس داخلا في كنهه بخلاف الركن فانه ما يتوقف عليه الشيء ويكون داخلا في كنهه فلا يجاب في البيع مثلا يتوقف عليه عقد البيع وهو داخل في كنهه اى في مفهومه وحقيقته ، وكون المبيع مقدور التسليم يتوقف عليه عقد البيع الا انه غير داخل في مفهومه . فهذا الفصل باحث عن الشروط المطلوبة لانعقاد الكفالة او لنفاذها .

وهذه الشروط بعضها يعود الى الكفيل ، وبعضها الى المكفول له ، وبعضها الى المكفول عنه ، وبعضها الى المكفول به .

الشروط العائدة الى الكفيل

- | | |
|----------|------------------------------|
| | { ١ - الرضا |
| للانعقاد | { ٢ - العقل |
| | { ٣ - البلوغ |
| لنفاذ | { ٤ - الا يكون مريضا مرض موت |
| | { والمكفول به اكثر من الثلث |
| | { او المكفول عنه وارث |

الشروط العائرة الى المكفول عنه

- | | | |
|----------|---|---|
| للانعقاد | { | ١ - ان يكون معلوم الشخص والاسم |
| | | ٢ - ان يكون قادرا على تسليم المكفول به اما |
| | | بنفسه او نائبه وهذا الشرط عند أبي حنيفة ولم تشترطه المجلة |

الشروط العائرة الى المكفول له

- | | | |
|----------|---|---------------------------------------|
| للانعقاد | { | ١ - ان يكون معلوما |
| | | ٢ - ان يكون حاضرا مجلس العقد وهذا عند |
| | | أبي حنيفة ولم تشترطه المجلة |
| | | ٣ - ان يكون غير الكفيل |

الشروط العائرة الى المكفول به

- ١ - ان يكون مضمونا بنفسه على الاصيل دينا او عينا ، او مضمونا بغيره وعلق على سبب الضمان ، او غير مضمون وعلق على سبب الضمان
 - ٢ - ان يكون لازما ، وان كان دينا ان يكون من الديون الصحيحة
 - ٣ - اذا كان نفسا ان يكون معلوم الشخص والمكان
- هذه مجمل الشروط واليك التفصيل :

الشروط في الكفيل

يشترط في الكفيل (م ٦٢٨) (١) ان يكون اهلا للتبرع ، اى عاقلا بالغاً راضياً غير مريض مرض الموت . غير ان الوصف الاخير شرط لنفاذ الكفالة ، والاوصاف الثلاثة الاولى شروط لانعقادها ، فلا تنعقد كفالة الصبي ولو كان مميزاً مأذوناً ولا كفالة المجنون والمعتوه ؛ حتى ان الصبي لو كفل حال صباه لا يؤخذ بكفالته وان اقربها بعد البلوغ ، لان الاقرار بالعقد الباطل لا يلزم المقر شيئاً من آثار العقد ، نعم تصح كفالة الصبي المميز في صورة واحدة وهى ما لو استدان وصى الصبي لنفقة الصبي ، وأمره ان يضمن المال عنه ، فان ذلك جائز ، لان ضمان هذا الدين قد لزم الصبي في هذه الصورة من غير الضمان ، فالضمان عنه لم يزد الا تأكيداً فلم يكن متبرعاً بكفالته ، ولهذا لو أمره ان يكفل دين نفس الوصى لا تصح الكفالة ، لعدم الضمان على الصبي في ذلك . وكذلك كفالة المكره غير منعقدة لفقدان الرضاء . اما المريض مرض الموت فان كانت كفالته لاجنبى فانها تعتبر من

(١) م ٦٢٨ : (يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً بالغاً

فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يؤخذ وان اقر بعد البلوغ بهذه الكفالة) .

الثالث فلا تنفذ فيما زاد عليه الا باذن الورثة واجازتهم ، حتى انه لو كان مستغرقا بالدين لا تنفذ كفالاته المذكورة الا باجازة الدائنين ولو كفل المريض ثم اقر لاجنبى بدين يستغرق التركة فالحكم كذلك ، ولكن لو أقر بكفالة حال صحته فانها تعتبر من كل المال ولو كان هناك ورثة او كانت التركة مستغرقة بالدين ، ويعتبر المكفول له فى هذه الصورة كسائر الدائنين . وان كانت كفالة المريض مرض الموت لاحد الورثة فانها لا تكون نافذة الا باجازة سائر الورثة ، اذ لا وصية لو ارث عند جمهرة المجتهدين . واذا علق الكفيل كفالاته على شرط ولم يتحقق الشرط الا بعد مرضه فان الكفالة تعتبر فى حال الصحة ، فحكمها حكم الكفالة فى الصحة ، مثلاً لو قال خالد انا كفيل بما يقر به زيد لعمرى ثم اقر زيد بالف وخالد مريض مرض الموت فان الكفالة تعتبر فى حالة الصحة .

ويشترط فى الكفيل ان يكون غير المكفول له لذلك لا تصح كفالة الوكيل بالبيع للبائع عن المشتري بالثمن ، لانه يؤول الامر الى اتحاد الكفيل والمكفول له ، لان حقوق العقد تعود للعاقد والوكيل هو العاقد ، اللهم الا اذا اضاف العقد الى البائع . واذا اختلف الكفيل والمكفول له فادعى الكفيل ان الكفالة كانت فى صباه وادعى المكفول له انها كانت بعد البلوغ فالقول قول

الكفيل ، لانه يدعى براءة ذمته والاصل براءة الذمة ، وعلى المكفول له البينة ، وان ادعى الكفيل انها كانت حال جنته او عتته وادعى المكفول له انها كانت حال كونه عاقلا فالقول قول الكفيل ان عرف انه كان مجنونا ، والقول قول المكفول له ان لم يعرف ذلك منه ، اخذا بالقاعدتين (الاصل براءة الذمة) و (الاصل فى الصفات العارضة العدم) .

الشروط فى المكفول عنه

يشترط فيه ان يكون معلوم الشخص والاسم ، وان يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه او بنائبه . وهذا الشرط الثانى مرعى عند أبى حنيفة فقط ، ولم تشترطه المجلة فلو كان المكفول عنه مجهولا لا تنعقد الكفالة ، فاذا قال احد انى كفيل باحد الناس او قال كل من انكر دينك فانا كفيل به ، او قال كلما يظهر لك دين على احد فانا كفيل به ، لا تنعقد الكفالة ، لجهالة المكفول عنه ، ولان الكفالة جوازها بالعرف وهى بهذه الصورة غير معروفة . وكذلك لا تنعقد الكفالة عند أبى حنيفة بدين من مات مفلسا لانه غير قادر على تسليم المكفول به لا بذاته ولا بنائبه، اما هو فظاهر واما نائبه فلانه مفلس لا مال له ليسلم نائبه

المكفول به عنه . وقد صرحت المادة (٦٣٣) (١) من المجلة بعدم اشتراط يسار المكفول عنه وبصححة الكفالة عن المفلس مطلقا فاختارت رأى غير أبى حنيفة . والمفلس فى مطلق عرف الشريعة من كانت ديونه تساوى امواله او تربو عليها ، وفى عرف قانون التجارة من توقف عن اداء دينه التجارى عند حلوله ، وفى باب الكفالة من لم يكن عنده مال يقابل دينه وليس له كفيل بادائه ولا رهن به .

والمفلس اما ان يكون حيا او ميتا فالحنى تصح الكفالة عنه بالاتفاق لان فيه القدرة على الكسب وايفاء الدين او ان يحصل له مال بوجه آخر يوفى به الدين واما الميت فلم يعتبر ابو حنيفة الكفالة بدينه لانه غير قادر على تسليم المكفول به لا بنفسه ولا بنائبه ، لان الدين قد سقط عنه ولم يبق فى ذمته شئ حتى تصح الكفالة به ، وذهب ابو يوسف وغالب ذوى الرأى من الائمة الى الصححة لان القدرة لا وجه لاشتراطها ، ولان الكفالة التزام والكفيل ان يلتزم ما فى ذمة الميت ، لان الدين لم يسقط من ذمته ، وانما تعذر استيفاؤه منه . ولا يشترط فى المكفول عنه

(١) م ٦٣٣ : (لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس) .

العقل والبلوغ (م ٦٢٩) (١) فتصح الكفالة بدين الصبي والمجنون،
الا انه لا يملك الرجوع عليهما وان كانت الكفالة بأمر الولى ،
على قول مرجوح .

الشروط فى المكفول له

يشترط فيه ان يكون معلوما ، فلو قال بكر لحالد انا كفيل
بما عليك من الديون لاي احد لا تنعقد الكفالة ولا تعتبر ، لان
المكفول له مجهول .

ويستثنى من هذا ، الكفالة المعتبرة فى شركة المفاوضة ، فان
المكفول له مجهول فيها . وسبب الاستثناء هو ان الكفالة المنظور
اليها فى شركة المفاوضة تابعة للشركة وقد يجوز فى الشئ تبعا
ما لا يجوز فيه أصلا .

وشرط ابو حنيفة كون المكفول له عاقلا حاضرا ^١ مجلس العقد
كما اشترط ذلك فى المكفول عنه ^٢ .
والراجع عدم الاشتراط كما هو مسلك المجلة ؛ اذ لا ضرر
على المكفول له والمكفول عنه اذا كانا غائبين او فاقدى العقل او
صغيرين بل ليس هناك غير محض المنفعة .

(١) م ٦٢٩ : (لا يشترط كون المكفول عنه عاقلا وبالغا فتصح
الكفالة بدين المجنون والصبي) .

الشروط في المكفول به

المكفول به اذا كان مالا فيشترط فيه ان يكون مضمونا على الاصيل عينا كان ، كالمغصوب ، و كالمقبوض على سوم الشراء او ديننا ، كضمن المبيع بيعا صحيحا ، غير انه يشترط في العين ان تكون مضمونة بنفسها ، وفي غير ذلك من الاعيان يشترط ان تعلق الكفالة بها على سبب ضمان . فلا تصح الكفالة بعين المبيع قبل قبضه ، ولا بعين المرهون ، لان كلا من المبيع قبل قبضه والمرهون بيد المرتهن ، غير مضمون بنفسه ، فان المبيع قبل قبضه مضمون بضمنه ، والمرهون مضمون على المرتهن بالاقبل من قيمته ومن الدين . ولا تصح الكفالة ايضا بالامانات كالمأجور والمستعار والوديعة لان الامانات مطلقا غير مضمونة . نعم تصح الكفالة بالامانات اذا علق الكفالة فيها على سبب يوجب الضمان . كما لو قال الكفيل للمؤجر : انا كفيل بالمأجور اذا اتلفه سعيد المستأجر فان الكفالة هنا علق على سبب يوجب الضمان وهو اتلافه للمأجور . على ان الكفالة هنا ترجع في الحقيقة الى الكفالة بالدين لان المستأجر عند اتلافه للمأجور اصبح مدينا بقيمته للمؤجر ، فالكفيل اذا كفيل بهذا الدين ، لا بالعين (م ٦٣١) (١) .

(١) م ٦٣١ : (يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به =

واذا كان المكفول به تسليما فيشترط فيه ان يكون واجبا
على الاصيل كالكفالة بتسليم الوديعة للمودع عند طلبها ، وتسليم
المستعار والمأجور الى المير والمؤجر عند طلبهما (م ٥٩٣ و ٥٩٤
و ٨٢٥ و ٨٣٠) (١) ونحوهما من الامانات ، وتسليم المبيع . فان

= مضمونا على الاصل يعنى ان ايفاءه يلزم الاصيل فتصح الكفالة بضمن
المبيع او بدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة كذلك تصح الكفالة بالمال
المفصوب وعند المطالبة يكون الكفيل مجبورا على ايفائه عينا او بدلا وكذلك
تصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشراء ان كان قد سمي ثمنه وأما
الكفالة بعين المبيع قبل القبض فلا تصح لان البيع لما كان يفسخ بتلف
المبيع في يد البائع لا يكون عين المبيع مضمونا عليه بل انما يلزمه رد ثمنه
ان كان قد قبضه وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار
وسائر الامانات لكونها غير مضمونة على الاصيل لكن لو قال انا كفيل ان
اضاع المكفول عنه هذه الاشياء واستهلكها تصح الكفالة وايضا تصح
الكفالة بتسليم المبيع وتسليم هؤلاء وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حق
حبسها من جهة يكون مجبورا على تسليمها الا انه كما في الكفالة بالنفس
يرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم
الكفيل شيء) .

(١) م ٥٩٣ : (لو انتقضت الاجارة واراد الآجر قبض ماله يلزم
المستأجر تسليمه اياه) .

م ٥٩٤ : (لا يلزم المستأجر رد المأجور واعادته ويلزم الآجر ان
يأخذه عند انقضاء الاجارة . مثلا لو انتقضت اجارة دار يلزم صاحبها =

تسليمها واجب على الاصيل عند طلب المكفول له ، فانه يجبر على تسليم المبيع ان كان قائما ، ويعد غاصبا اذا امتنع عن تسليم الوديعة .

واذا كان المكفول به نفسا فيشترط ان تكون معلومة الشخص والمكان (م ٦٣٠) (١) فلا تعتبر الكفالة بنفس مجهولة ولا بغائب غير معلوم المكان . اما معلومية الاسم فليست بشرط ، فيجوز ان يكفل احد نفس شخص يعرفه اذا رآه ولو لم يعرف اسمه ، لان عدم معرفة الاسم لا توجب الجهالة الفاجشة .

ويشترط في المكفول به شرط عام وهو ان يكون لازما على الاصيل ، فلو قال احد انا كفيل عن زيد ببناء داره لا تعتبر

= الذهاب اليها وتسلمها كذلك لو استؤجرت دابة الى المحل الفلاني يلزم صاحبها ان يوجد هناك وتسلمها . وان ما وجد هناك ولا تسلمها وتلفت في يد المستأجر بدون تعديه وتقصيره لا يضمن اما لو استأجر على ان يذهب الى محل معين ويرجع منه يلزم المستأجر ايصالها الى ذلك المحل وان لم يوصلها اليه وامسكها في داره وتلفت فيها يلزمه الضمان .

م ٨٢٥ : (متى طلب المعير العارية لزوم المستعير ردها اليه فورا واذا وقفها واخرها بلا عذر فلتفت العارية او نقصت قيمتها ضمن) .
م ٨٣٠ : (مصاريف رد العارية ومؤنة نقلها على المستعير) .

(١) م ٦٣٠ : (ان كان المكفول به نفسا يشترط ان يكون معلوما فلو قال انا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوما) .

الكفالة لان بناء زيد دارد ليس واجبا عليه ، وان يحصل الغرض باستيفائه من الكفيل (م ٦٣٢) (١) . فلا تصح الكفالة بالقصاص والتعازير والعقوبات الشخصية ، لان المقصود منها اولا وبالذات ايداء الجاني او تأديبه او اصلاحه ومداواته على اختلاف النظريات ، وعلى كل لا يحصل الغرض بطريق النيابة ، واما الحقوق الشخصية الناتجة من الاجرام فتجاوز الكفالة بها ، لانها من باب الديون كبذل الصلح عن دم العمد وكالارش في الجروح .

ثم ان الكفالة بالتسليم توجب على الكفيل ان يسلم المكفول به عند المطالبة ؛ الا اذا كان للاصيل حق حبس المكفول به فلا يلزم الكفيل حينئذ بتسليم المكفول به عند المطالبة ؛ كما لو كفل احد بتسليم المبيع ولم يكن المشتري قد ادى الثمن ، لان للبائع في هذه الحالة حق حبس المبيع .

(١) م ٦٣٥ : (لا تجرى النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية ولكن تصح الكفالة بالارش والدية اللذين يلزمان الجراح والقاتل) .

حكم كل نوع من انواع الكفالة

للكفالة حكمان عامان :

الحكم الاول : ثبوت حق المطالبة من الكفيل بما على الاصيل من عين او دين او نفس او فعل (م ٦٣٤) (١) فللمكفول له ان يطالب الكفيل كما له ان يطالب الاصيل ، وله ان يطالب كليهما سواء قبل الحكم على احدهما او بعد الحكم عليه ما لم ينفذ الحكم . وهذا بخلاف الامر في الغاصب وغاصب الغاصب ، فان للمالك ان يضمن ايهما شاء الا انه اذا اختار تضمين احدهما ليس له ان يطلب تضمين الآخر . ووجه الفرق هو ان التضمين في المضمونات تمليك لها لمن يراد تضمينه فاذا اختار المالك تضمين الغاصب مثلا يكون قد ملكه المغصوب ، فلا يملك الرجوع عنه الى غيره ، ولم يبق له حق مطالبة غاصب الغاصب ، لان المال خرج بالتضمين من ملكه ودخل في ملكية الغاصب ، فلم تبق بينه وبين غاصب الغاصب علاقة . وهذا المعنى مفقود في الكفالة لانها تقتضى المطالبة بالمكفول به لا المطالبة بالتضمين .

(١) م ٦٣٤ : (حكم الكفالة المطالبة يعنى للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل) .

الحكم الثانى : ثبوت ولاية الكفيل بان يطالب الاصيل اذا
كانت الكفالة بأمره ، ففى الكفالة بالنفس يطالب الكفيل الاصيل
بتسليم نفسه اذا طالبه المكفول له ، وهكذا فى سائر الانواع
الاخرى ولكن ليس للكفيل بالمال ان يطالب الاصيل بالمكفول
به قبل ان يؤديه اى ان المكفول له اذا طالب الكفيل بالمال
المكفول به فليس للكفيل ان يطالب به الاصيل الا بعد ان يكون
قد اداه ، فاذا اداه كان له حق مطالبة الاصيل ، لانه يعد حينئذ
مقرضا والاصيل مستقرضا وللمقرض مطالبة المستقرض متى شاء .

حكم الكفالة المنجزة

يطالب الكفيل فى الكفالة المنجزة حالا ان كان الدين معجلا
فى حق الاصيل ؛ وعند ختام المدة المعينة ان كان مؤجلا . مثلا
لو قال احد انا كفيل بدين فلان فللدائن ان يطالب الكفيل فى
الحال ان كان الدين معجلا وعند ختام مدته ان كان مؤجلا
(م ٦٣٥) (١) لان الكفيل قد تعهد بالدين باعتبار وصفه من
التعجيل او التأجيل .

(١) م ٦٣٥ : (يطالب الكفيل فى الكفالة المنجزة حالا ان كان
الدين معجلا فى حق الاصيل وعند ختام المدة المعينة ان كان مؤجلا) .

حكم الكفالة المعلقة

ان المطالبة من الكفيل لا تتوجه اليه الا عند تحقق الشرط (م ٦٣٦) (١) وتحقق كون المطالبة من الاصيل ثابتة عند تحققه اى الشرط ، والا توقفت المطالبة على حلول حق المطالبة من الاصيل وان كان الشرط متحققا . مثلا لو قال احد لا آخر ان اقر لك زيد بدين فانا كفيل به ، وبعد ذلك اقر زيد بدين مؤجل فان الكفالة تصبح منعقدة ، لتحقيق الشرط ؛ الا ان المطالبة من الكفيل تتوقف

(١) م ٦٣٦ : (اما فى الكفالة التى انعقدت معلقة بشرط او مضافة الى زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل مالم يتحقق الشرط ويحل الزمان . مثلا لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فانا كفيل بادائه تنعقد مشروطة ويكون الكفيل مطالبا ان لم يعطه فلان المذكور ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الاصيل كذا لو قال ان سرق فلان مالك فانا ضامن تصح الكفالة فاذا ثبت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل وكذا لو كفل على انه متى طالبه المكفول له فله مهلة كذا يوما فمن وقت مطالبة المكفول له تعطى مهلة للكفيل الى مضى تلك الايام وبعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل فى اى وقت شاء وليس للكفيل ان يطالب ثانية مهلة كذا يوما وكذا لو قال انا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين او بالمبلغ الذى تقرضه فلانا او بما يغضبه منك فلان او بضمن ما تبعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا عند تحقق هذه الاحوال اى عند ثبوت الدين والاقراض وتحقيق الغصب وبيع المال وتسليمه وكذا لو قال انا كفيل بنفس فلان على ان احضره فى اليوم الفلانى لا يطالب الكفيل باحضار المكفول به قبل ذلك اليوم) .

على حلول الاجل . واذا قال له ان لم يعطك فلان مطلوبك فانا
كفيل به تنعقد الكفالة معلقة على المطالبة من الاصيل فاذا طالبه
المكفول له فلم يعط توجهت المطالبة الى الكفيل .

ولو قال انا كفيل لك بنفس زيد ، او بدينك عليه ، على انه
متى طالبتة فى مدة اسبوع مهلة انعقدت الكفالة معلقة على مرور
الاسبوع بعد مطالبة الاصيل ، لان الشرط مذکور فى صلب
العقد ؛ فاذا طالب المكفول له الاصيل و مر اسبوع توجهت
المطالبة الى الكفيل ايضا ، وليس له ان يطلب مهلة اخرى ؛ بل
اذا كانت الكفالة مالية يلزم باداء المال عند المطالبة المذكورة ،
وان كانت نفسية يلزم باحضار النفس ؛ فاذا ادى المال او احضر
النفس انتهت الكفالة ؛ فليس للمكفول له ان يطالب باحضار
النفس ثانية وهذا بخلاف ما لو قال على انك كلما طالبت زيدا
فى مهلة اسبوع فان الكفالة اذا كانت مالية توجهت المطالبة الى
الكفيل بعد مرور اسبوع على المطالبة من الاصيل ، فاذا ادى
الكفيل المال انتهت الكفالة كما فى المثال السابق ، ولا تتكرر
المطالبة بعد ذلك ، لان الحق الواحد لا يستوفى مرتين ، وان
كانت نفسية توجهت المطالبة الى الكفيل بعد مضي اسبوع على
مطالبة الاصيل ، ولكن لا تنتهى الكفالة باحضار الكفيل النفس

عند مطالبتة ، بل اذا طالب المكفول له الاصيل ثانية توجهت المطالبة الى الكفيل ثانية بعد مرور اسبوع ؛ وهكذا ، فلا تنتهى الكفالة باحضار الكفيل المكفول عنه فى المطالبة الاولى ؛ وذلك لان موجب (كلما) التكرار فيعمل به .

واذا كانت المهلة لم تشرط فى صلب العقد بل ذكرت بعده فلا عبرة بها ؛ مثلا لو قال انا كفيل بدينك على زيد ثم بعد ذلك قال المكفول له للكفيل متى ما طالبت الاصيل فلك مهلة كذا ؛ فانه لا يلتفت الى المهلة ولا تعتبر لازمة لان العقد منجز حال .

ثم ان الشرط اذا كان ذا صفة خاصة او قيد خاص فلا بد من تحقق الوصف او القيد لثبوت الكفالة (م ٦٣٧) () . فلو قال احد لخالد ما يحكم به لك على فلان فانا كفيل بادائه لا تثبت الكفالة بمجرد اقرار فلان بل بعد الحكم عليه . فلهذا لو كان فلان غائبا وأقام خالد الدعوى على هذا المتكفل لاثبات الدين على خالد لا تسمع دعواه ، لعدم تحقق الكفالة ، بخلاف ما لو كان خالد كفيلًا كفالة منجزة عن فلان و كان فلان غائبا فللمكفول له ان يخاصم الكفيل ويثبت الدين على خالد بمواجهة الكفيل .

(١) م ٦٣٧ : (يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضا مثلا لو قال انا كفيل باداء اى شئ يحكم به على فلان واقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم الكفيل ادائه ما لم يلحقه حكم الحاكم) .

فيصلح ان يكون هذا الكفيل خصما عن المدين مع انه ليس
وكيلا عنه لان هذه الخصومة تابعة لخصومة الكفيل من حيث
هو كفيل لاثبات الكفالة توصلا للحق .

حكم الكفالة المضافة

ان المطالبة تتوجه عند تحقق ما قد اضيفت اليه الكفالة فلو
قال انا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين ، او انا كفيل بما
تقرضه زيدا ، او بما ينصبك اياه ، او انا كفيل بتسليم زيد بعد
ثلاثة ايام ونحو ذلك ؛ لا تتوجه المطالبة الى الكفيل الا بعد تحقق
الغصب او الاقراض او ثبوت شئ على زيد في المستقبل او مضى
الايام الثلاثة .

مسألة : لو قال ان لم يعطك خالد دينك غدا فانا كفيل بما
يقر به لك فاذا اقر خالد بالف غدا يكون الكفيل مطالبا بها بخلاف
ما لو قال ما تدعه على خالد فانا كفيل به وادعى عليه الفا فأقر
خالد بها فان الكفيل لا تتوجه اليه المطالبة ما لم يصدق خالدا
او يقيم المكفول له اليينة او ينكل الكفيل عن اليمين . ووجه
الفرق بين المثالين ان الكفالة في الاولى علق على سبب الضمان
من كل وجه ، وهو الاقرار ، لان الاقرار سبب لوجوب الحق
نظرا للمدعى والمدعى عليه ، وفي الثانية معلقة على سبب الوجوب

نظرا للمدعى فقط ، وهو الادعاء ، فان الادعاء لا يوجب المدعى به على حق المدعى عليه ما لم يلحقه اقرار او تقوم البينة او يتحقق النكول عن اليمين .

ويظهر من هذا ان التعليق هنا لم يكن على شرط ملائم . ولكن بما ان العرف جرى بمثل هذه الكفالة وان اعمال الكلام خير من اهماله ، ان الحقيقة اذا لم يكن لها مفعول يذهب الى المجاز ، فيراد هنا المعنى المجازى وهو الثبوت . فيكون قوله (ما تدعه على فلان) مراد به (ما يثبت لك على فلان) وبين الادعاء والثبوت علاقة ظاهرة .

مسألة اخرى الكفالة بالحسran باطلة فاذا قال احد لاخر بايع خالدا وشاره وما يصبك من الحسارة فانا كفيل بها ، لا تعتبر الكفالة ، لان الحسارة غير مضمونة على الاصيل فلا تصح بها الكفالة .

ثم ان الكفالة المضافة والكفالة المعلقة غير لازمة على الكفيل قبل تحقق الشروط فى المعلقة ، وتحقق ما اضيفت اليه فى المضافة (م ٦٤٠) (١) فللكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة ، ذلك بخلاف

(١) م ٦٤٠ : (ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين فى ذمة المديون فى الكفالة المعلقة والمضافة فكما انه ليس لمن كفل احدا عن نفسه او دينه منجزا ان يخرج نفسه من =

ما اذا كانت منجزة او معلقة وتحقق الشرط او مضافة وتحقق ما اضيفت اليه فانها تكون لازمة وليس للكفيل ان يخرج نفسه (م ٦٤٠) فلو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فانا ضامن به ليس له الرجوع عن الكفالة ، لان ثبوت الدين وان كان مؤخرا عن عقد الكفالة ، الا ان ترتبه في ذمة المدين مقدم عليه فالكفالة اذا بحكم المنجزة .

واذا اخرج الكفيل نفسه فعليه ان يخبر المكفول له بذلك دفعا للغرر .

وللكفيل اخراج نفسه ايضا فيما اذا كانت الكفالة مقيدة بخيار الشرط .

حكم الكفالة المشروطة

تحقق مطالبة الكفيل مع مراعاة الشرط ، فلو قال انا كفيل بمالك على زيد على شرط ان احيلك به على خالد فـللمكفول له

= الكفالة كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فانا ضامن له ليس له الرجوع عن الكفالة لانه وان كان ثبوت الدين مؤخرا عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المديون مقدم على عقد الكفالة واما لو قال ما يبيعه لفلان فتمنه على او قال انا كفيل بثلثي المال الذي ستييعه لفلان يضمن المكفول له ثلثي المال الذي يبيعه المكفول لفلان المذكور الا ان له ان يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بأن يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع لذلك الرجل مالا فلو باع المكفول له شيئا بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامنا لثلثي المبيع .

مطالبة الكفيل ، وللكفيل ان يحيله على خالد وليس للمكفول له ان يجبره على الاداء نقدا . واذا أبى المكفول له الحوالة لا يلزم الكفيل بالاداء .

حكم الكفالة بالدرك

فى الكفالة بالدرك لا يؤخذ الاصيل ولا الكفيل اذا ظهر مستحق ما لم يفسخ البيع ، فاذا فسخ البيع يلزم البائع برد الثمن ويلزم الكفيل بحكم الكفالة . غير ان مجرد الحكم بالاستحقاق لا يقتضى انفساخ البيع لاحتمال اجازة المستحق للبيع السابق باعتبار البائع فضوليا ، بل لابد لذلك من احد امور ثلاثة :

- ١ - فسخ المستحق البيع الواقع بعدم اجازته .
 - ٢ - مراجعة المشتري الحاكم بطلب الثمن الذى اداه وحكم الحاكم بذلك .
 - ٣ - رد البائع الثمن بناء على مراجعة المشتري .
- فاذا تحقق احد هذه الامور مع الحكم بالاستحقاق انفسخ البيع ، حتى انه لا تؤثر بعد هذا اجازة المستحق للبيع السابق ، لان المفسوخ لا تلحقه اجازة . هذا فيما اذا كان الاستحقاق ناقلا للملكية ، اما اذا كان مبطالا لها فمجرد الحكم بالاستحقاق يقتضى انفساخ البيع اذ لا احتمال لاجازة او تمليك .

إذا علم هذا فلنعلم ان الاصيل يلزم برد الثمن فى الاستحقاق المبطل بلا لزوم الى حكم آخر . وكذلك الحال فى الاستحقاق الناقل للملكية اذا كان المستحق قد فسخ البيع ايضا . ففى الحالتين يطالب الكفيل بحكم كفالته بلا توقف على حكم آخر غير الحكم بالاستحقاق . ولكن فى صورة ما لو كان الاستحقاق ناقلا للملكية ولم يفسخ المستحق البيع وراجع المشتري الحاكم طالبا رد الثمن الذى اداه فان الكفيل لا يؤاخذ ما لم يحكم الحاكم برد الثمن ، فقول المادة (٦٣٨) (١) من المجلة « لا يؤاخذ الكفيل النخ » غير واف بالحكم الشرعى ، فكان الاجدر ان يقال « لا يؤاخذ الكفيل بالدرك اذا ظهر مستحق ما لم يفسخ البيع » .

واذا كانت الايدى قد تداولت المستحق بالبيوعات المتعددة لا يرجع المتبايعون بعضهم على بعض ما لم يفسخ المستحق البيع ، او يحكم الحاكم برد الثمن او برد البائع الثمن الى المشتري الاول من تلقاء نفسه . فالحكم هنا من حيث الرجوع كالحكم فى الكفالة من حيث المطالبة .

واذا انفسخ البيع بخيار الرؤية او الشرط او العيب لا يطالب

(١) م ٦٣٨ : (لا يؤاخذ الكفيل بالدرك اذا ظهر مستحق ما لم

يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن) .

الكفيل بشيء ، لان كفالته مقيدة بما اذا كان الانفساخ من جراء الاستحقاق .

وليس للكفيل بالدرك ان يدعى الاستحقاق ولا ان يطلب المبيع بالشفعة ، لان اقدمه على الكفالة بحكم الاقرار بان المبيع ليس ملكه ، والرضاء بالمبيع الواقع .

حكم الكفالة المؤقتة

ان الكفيل لا يطالب الا في المدة المحددة للكفالة (م ٦٣٩) (١) حتى لو طالب الدائن الكفيل اثناء المدة فطلب الكفيل منه مهلة فأمهله الى ان مضت المدة برىء الكفيل ، ولا تنفع الدائن مطالبة السابقة وادعاؤه انه اغفل في الامر . ولكن لو راجع الدائن الحاكم خلال المدة وحكم الحاكم على الكفيل غير انه لم يستوف منه الدين المحكوم به حتى مضت المدة فان للدائن ان يطالب الكفيل باداء ما حكم به من أجل الكفالة ولو مضت المدة ، وذلك تنفيذا لحكم الحاكم ، لان الاحكام واجبة التنفيذ .

حكم الكفالة المطلقة والمعجزة والمؤبدة

المطالبة في المطلقة تتبع صفة الدين في ذمة الاصيل ، فان

(١) م ٦٣٩ : (لا يطالب الكفيل بكفالته المؤقتة الا في مدة الكفالة مثلا لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة) .

كان معجلا كانت المطالبة من الكفيل معجلة ، وان كان مؤجلا
كانت المطالبة منه مؤجلة الى حلول الاجل .
والحكم فى المعجلة ان المطالبة من الكفيل تتعجل ولو كانت
المطالبة من الاصيل مؤجلة .
والحكم فى المؤجلة ان تتأجل المطالبة من الكفيل ولو كانت
المطالبة معجلة فى حق الاصيل .

حكم الكفالة بالمال

مطالبة الكفيل بالمال المكفول به ملاحظا فى ذلك صفة
الكفالة من تنجيز او تعليق او غير ذلك . غير ان الدين اذا أجل
فى حق الاصيل فان المطالبة تتأجل فى حق الكفيل .
واذا كفل على شرط ان يؤدى المكفول به من المال المودع
عنده يجبر على ادائه من ذلك المال ، ولو تلف المال لا يلزم الكفيل
بشئ ، ولكن لو رد المال المودع الى صاحبه بعد الكفالة يضمن
بدله (م ٦٥٠) (١) . وهذا الحكم معتبر اذا وقعت الكفالة بأمر
المكفول عنه ، والا فالكفالة غير صحيحة لعدم قدرة الكفيل على
الايفاء حينئذ ، اذ ليس له ان يتصرف فى المال المودع عنده من

(١) م ٦٥٠ : (لو كفل احد بدين احد على ان يؤديه من المال
المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال ولو تلف المال
لا يلزم الكفيل شئ ولكن لو رد ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامنا) .

تلقاء نفسه بدون رضا من المودع • ثم ان الكفيل فى هذه الصورة لا يطالب باكثر من مقدار المال المشروط منه الايفاء لان الكفالة مقيدة بذلك •

ولا تعتبر الكفالة المقيدة بالايفاء من مال الاصيل الذى ليس تحت يد الكفيل وكذلك المقيدة بالايفاء من مال اجنبى ، لانه لا ولاية للكفيل على مال غيره • والاولى بنظرى اعتبار الكفالة والغاء الشرط لان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة •

واذا كان بالمال كفلاء متعددون فان كان كل منهم قد كفل على حدة جازت مطالبة بكل الدين ، وان كانوا قد كفلوا بعقد واحد يطالب كل واحد بمقدار حصته من الدين ، الا اذا كان بينهم تكافل فتجوز مطالبة كل واحد بجميع الدين عملا بالتكافل (م ٦٤٧ م ٦٤٦) (١) لان الكفالة عن الكفيل صحيحة

(١) م ٦٤٦ : (عليهما دين من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين) •

م ٦٤٧ : (لو كان لدين كفلاء متعددة فان كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذى لزم فى ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين • مثلا لو كفل احد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضا فللدائن ان يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا ان يكون قد كفل كل منهم المبلغ الذى لزم ذمة الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالالف) •

فيكون مطالبا كالكفيل والاصيل (م ٦٤٥) (١) .

واذا انعقدت الكفالة على شرط براءة الاصيل من المال المكفول به يتخلص الاصيل من المطالبة وتنحصر المطالبة بالكفيل وحده ، لانه اصبح محالا عليه لا كفيلا نظرا لرمى الكلام ، واصبح العقد عقد حوالة (م ٨٤٨) (٢) لان العبرة في العقود الى المقاصد لا الى الالفاظ ، ولكن لا بد في هذه الصورة من قبول المكفول له ، ولا يكفي ايجاب الكفيل وحده ، لان الحوالة لا تنعقد الا بايجاب وقبول فاذا وقع ايجاب الكفالة بالشرط المذكور ولم يتعلق به قبول المكفول له لا يكون العقد كفالة ولا حوالة بل يلفى الكلام عملا بحكم المادة (٦٢) وانى ارى ان الاقرب الى القواعد الشرعية اعتبار العقد حينئذ كفالة والغاء الشرط ولا موجب لالغاء الكلام .

حكم الكفارة بالفعليم

مطالبة الكفيل بتسليم ما تكفل به من مبيع للمشتري ، ومرهون للراهن بعد اداء الدين . لكن اذا هلك المكفول به قبل

(١) م ٦٤٥ : (لو كفل احد المبالغ التي لزمته ذمة الكفيل بمال

حسب كفالاته فللدائن ان يطالب من شاء منهما) .

(٢) م ٦٤٨ : (لو اشترط في الكفالة براءة الاصيل تنقلب الى

الحوالة) .

التسليم تبطل الكفالة ولا يجب على الكفيل شيء لتعذر تسليم المكفول به ، ولأن التسليم سقط عن الاصيل فيسقط عن الكفيل .

حكم الكفالة بالنفس

مطالبة الكفيل باحضار النفس المكفول بها الى المكفول له في الميعاد المتفق عليه ان كان حاضرا ، فان كان غائبا ومحلّه معلوم وجب عليه احضاره من محله وتسليمه ، وعندئذ يجوز للطالب ان يطلب من الكفيل كفيلًا يحضره اذا لم يعد واذا امتنع الكفيل عن احضار النفس المكفول بها مع قدرته على ذلك حبسه الحاكم حتى يتبين عجزه ، فان ثبت عجزه عن احضاره لكون محل اقامته غير معلوم مثلا فلا يطالب به ولا يلزم بالدين الذي عليه . واذا اشترط في هذه الكفالة لزوم الدين اذا لم تحضر النفس فاذا لم يحضرها في الوقت المعين يلزم الكفيل باداء الدين (م ٦٥١) (١)

(١) م ٦٥١ : (لو كفل احد بنفس شخص على ان يحضره في الوقت المتفق عليه وان لم يحضره في الوقت المذكور فعليه اداء دينه فاذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه اداء ذلك الدين واذا توفي الكفيل فان سلمت الورثة المكفول به الى الوقت المعين او سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال وان لم يسلم الورثة المكفول به او هو لم يسلم نفسه يلزم اداء المال من تركة الكفيل ولو مات المكفول له طالب وارثه ولو احضر الكفيل المكفول به في ذلك الوقت واحتفى المكفول له او تغيب راجع الكفيل الحاكم على ان ينصب وكيفا عوضا عنه ويستلمه) .

الا اذا كان عدم احضاره لعجزه عن ذلك لغيوبة المكفول عنه فى محل مجهول فلا يطالب بالدين لان الكفالة المالية كانت معلقة على الكفالة النفسية فاذا سقطت الكفالة النفسية بعلة العجز سقطت الكفالة المالية ، وان احضره الكفيل فى الوقت او حضر المكفول به بالذات مسلما نفسه من جهة الكفالة انتهت الكفالة ولا يلزم الكفيل بشئ .

يتضح من هذا ان الكفيل بالنفس يمكنه التخلص من طائلة الكفالة بالتواطؤ مع المكفول له على ان يتغيب الى محل مجهول .
لذلك ذهب بعض الفقهاء كما ذهب القانون المدنى الفرنسى والمدنى المصرى الى ان الكفيل اذا لم يحضر النفس فى الوقت المعين يلزم بالدين الذى عليه مطلقا سواء شرط ذلك عند الكفالة او لم يشرط وهو اجتهاد حسن قد يشمله عموم النص الشرعى (الزعيم غارم)

واذا احضر الكفيل النفس فى الوقت وكان المكفول له غائبا او متغيبا فلاجل ان يتخلص من حكم الكفالة عليه ان يراجع الحاكم فينصب الحاكم وكيلا عن الغائب يتسلم المكفول ، لان الحاكم كما له اخذ الحق من الشخص له اجراؤه عنه ، وان عليه محافظة الطرفين من حيف احدهما للآخر ، فان المدين مؤجلا لو اراد الذهاب الى ديار اخرى قبل حلول الاجل وراجع

الدائن الحاكم وطلب كفيلا يخبر الحاكم المديون على اعطاء الكفيل فاذا ابى منعه الحاكم من السفر (م ٦٥٦) (١) وكذلك الحكم لو راجع الكفيل الحاكم وطلب من المدين المذكور ان يخلصه من الكفالة او ان يقدم له كفيلا او ان يمنعه من السفر ، ولكن هذا اذا كانت الكفالة بالامر .

(١) م ٦٥٦ : (المديون مؤجلا لو اراد الذهاب الى ديار اخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلا يكون مجبورا على اعطاء الكفيل) .

الرجوع على المكفول عنه

للكفيل حق الرجوع على الاصيل بالشروط الآتية :-

١ - ان تكون الكفالة باذن المكفول عنه (م ٦٥٧) (١) فلا رجوع فى الكفالة بدون اذن او أمر .

٢ - ان يكون الاذن صحيحا اى ممن يصح اقراره على نفسه بالدين ، لهذا لا رجوع على الصبى المحجور عليه ولو كانت الكفالة بأذنه .

٣ - ان يؤدى المال المكفول به ، فلا رجوع على الاصيل قبل الاداء من الكفيل . ويعتبر كالاداء فى صحة الرجوع ما اذا وهب الدائن الدين للكفيل ، بخلاف ما اذا ابرأه لان الابراء

(١) م ٦٥٧ : (لو قال احد لآخر اكفلنى عن دينى الذى هو لفلان فبعد ان كفل وأدى عوضا بدل الدين بحسب كفالته لو اراد الرجوع على الاصيل يرجع بالشئ الذى كفله ولا اعتبار للمؤدى واما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببذل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين . مثلا لو كفل بدراهم جياذ فاداهما زيوفاً رجع على الاصيل بدراهم جياذ « جيدة » وبالعكس لو كفل بزيوف وادى جياذ رجع على الاصيل بزيوف لا بجياذ كذا لو كفل بكذا دراهم فصالح على عروض رجع على الاصيل بالدراهم التى كفلها واما لو كفل بألف قرش وأدى خمسمائة صلحا رجع على الاصيل بخمسمائة) .

بالنسبة له اسقاط لحق المطالبة فقط ولهذا لا يسقط الدين عن الاصيل .

٤ - الا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاذا كان فلا رجوع لانه اذا ادى الكفيل عن الاصيل وكان للاصيل عليه دين مثل ما ادى او ازيد التقى الدينان قصاصا ، فلو ثبت للكفيل حق الرجوع لثبت للاصيل ان يرجع بدينه الذى على الكفيل ، واذ لا فائدة من ذلك فيسقطان .

وذهب الامام مالك الى ان للكفيل الرجوع سواء كانت الكفالة بأمر ام بدونه وقد ذهب هذا المذهب القانونان : الفرنسى والمصرى ، الا انهما قد اوجبا على الكفيل ان يخبر الاصيل بعزمه على الاداء او بمطالبة الدائن اياه ، فاذا لم يخبره وادى الدين وكان المدين قد ادى دينه او كان لديه اوجه يدفع بها الطلب سقط حق الكفيل فى الرجوع على المدين . وجه مذهب مالك ان الكفيل بادائه الدين قام مقام الدائن وحل محله .

ولا يفوتنا ان نعلم ان رجوع الكفيل بغير الامر على مذهب مالك لا يمنع دفع المكفول عنه للتخلص من الرجوع باثبات انه كان قد ادى الدين ، او ببطالان الدين ، او زواله . ولهذا شرط القانون المصرى والفرنسى لحق الرجوع اخبار الكفيل المدين عن

عزمه على الاداء او عن مطالبة الدائن اياه ، لانه اذا اخبره فسكت ولم يحاول اية محاولة يدفع بها الدين عن نفسه يكون راضيا ضمنا باداء الكفيل فلا يبقى له اى دفع يدفع به دعوى الكفيل عليه بعد الاداء .

اما ما يرجع به الكفيل فهو الشئ الذى قد كفل به ولا اعتبار للمؤدى (٦٥٧م) فلو كفله بالف باون ذهباً وادى اوراقا نقدية يرجع بالالف ذهباً ولو كفل بالف دينار وادى الدين بالريية الهندية فانه يرجع بما كفل . وجه ذلك ان الكفيل اذا اوفى الدين المكفول به فقد ملكه فيرجع به على الاصيل . والظاهر من القانونين المصرى والفرنسى ان الرجوع بما ادى لا بما كفل . وهو ما ذهب اليه فقهاؤها فيما لو ادى المأمور دين أمره ، فانه يرجع بما ادى لا بنوع الدين الموفى ، ومسلك فقهاءنا ادق ، اذ بين الكفالة والامر بون ظاهر فان الامر توكيل والوكيل نائب عن موكله لا يملك دينه بالاداء عنه . بل يكون مقرضا لموكله والمقرض انما يرجع على المستقرض بما اقترضه ، اما الكفالة فان الكفيل موثق للدائن وليس بنائب مناب المدين فبالايفاء عند مطالبة الدائن يكون قد ملك الدين الذى فى ذمة الاصيل فيرجع باصل الدين ، ولهذا لو صالح الكفيل الدائن عن الدين على شئ

ليس من جنس الدين فانه يرجع على الاصيل بالمكفول به ، لان
هذه المصالحة معاوضة فيملك الكفيل الدين ، بخلاف ما لو
صالحة على شئ من جنس الدين فانه لا يرجع الا بما ادى لان
الصلح بهذه الصورة استيفاء للبعض واسقاط للبعض ، والاسقاط
يعود لاصل الدين ، واصل الدين انما هو في ذمة الاصيل فلا
يكون الكفيل قد ملك الدين بهذه المصالحة فلا يرجع الا بما

ادى (م ٦٥٧) .

اتهاء الكفالة

اتهاء الكفالة بالمال

تتهى الكفالة بالمال باحدى الامور الآتية :-

١ - باءء المال الى الطالب سواء كان الاءاء من الاصيل او من الكفيل (م ٦٥٩) (١) .

٢ - بهبة الطالب المال للاصيل او الكفيل ، وكذلك التصديق به عليهما لان التصديق كالهبة والهبة بمنزلة الاءاء .

٣ - ببراء الاصيل او الكفيل (م ٦٦٠ ٦٦٢) (٢) غير ان ابراء الكفيل لا يستلزم ابراء الاصيل (م ٦٦١) (٣) لان ابراء الكفيل هو ابراء عن المطالبة الثابتة فى ذمته وبراء المطالبة منه لا يستلزم الابراء من الدين ، بخلاف ابراء الاصيل فانه يستلزم ابراء الكفيل ، لان ابراء الاصيل من الدين يبطل المطالبة لانها

(١) م ٦٥٩ : (لو سلم المكفول به من طرف الاصيل او الكفيل الى المكفول به يبرأ الكفيل من الكفالة) .

(٢) م ٦٦٠ : (لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او ليس لى عند الكفيل شىء يبرأ الكفيل) .

م ٦٦٢ : (براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) .

(٣) م ٦٦١ : (لا يلزم براءة الاصيل براءة الكفيل) .

تابعة للدين واذا بطل المتبوع بطل التابع • ويجب ان نعلم ان ابراء الاصيل يرتد برده وبراء الكفيل لا يرتد برده • فاذا رد الاصيل الابراء عاد الدين الى ذمته • ولكن هل تعود المطالبة الى ذمة الكفيل ؟ الراجح الا تعود لان الساقط من كل وجه لا يعود • ثم ان براءة الكفيل لا تعتبر اذا علقت على شرط ، لان في البراءة معنى التمليك ، والتمليك لا يجوز تعليقه على شرط وارى ان الاقرب الى الاسس الشرعية اعتبارها ، لان الابراء من الكفالة اسقاط من كل وجه كالطلاق ، فكما يجوز تعليق الطلاق يلزم ان يجوز تعليق هذه البراءة •

٤ - يموت الدائن وانحصار وراثته بالمدين (م ٦٦٧) (١) لان الدين يؤول الى المدين فلا يجوز ان يكون مكفولا له وعنه • اما لو كان للمكفول له وارث آخر غير مدين برىء الكفيل من حصة المدين دون حصة غيره •

٥ - باحالة الاصيل او الكفيل (م ٦٦٩) (٢) الدائن على آخر

(١) م ٦٦٧ : (لو توفي الدائن وكانت الورثة منحصرة في المديون يبرأ الكفيل من الكفالة • وان كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المديون فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الاخر) •

(٢) م ٦٦٩ : (لو أحال الكفيل المكفول له على أحد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والمكفول عنه ايضا) •

حوالة صحيحة وكذلك الامر لو احتال احد تبرعا الدين المكفول به ، كما لو كان لزيد مائة درهم على عمرو بكفالة خالد ، فأخذ بكر هذا الدين حوالة عليه تبرعا ، وقبل زيد بهذه الحوالة ، فان عمرا وخالدا يبرآن . ولو شرطت براءة الكفيل وحده هنا تخصصت البراءة دون الاصيل . وان احالة الاصيل تبرى جميع الكفلاء ، بخلاف حوالة الكفيل فانها تبرى المحيل ومن بعده فقط . واذا مات المحال عليه مفلسا تعود الكفالة كما يعود الدين .

٦ - احالة المكفول له دائنه على المكفول عنه احالة صحيحة مطلقة . لان الاصيل قد اصبح بحكم هذه الحوالة مدينا للمحال له ، والكفيل انما كفل للطالب الذي اصبح محيلا . اما اذا كانت الحوالة مقيدة فان الكفيل يبرأ مؤقتا ، لانه اذا تعذر استيفاء مبلغ الحوالة مما قد تقيدت به ، تبطل الحوالة ، فتعود المطالبة على الكفيل بما كفل .

٧ - بمصالحة الاصيل او الكفيل الدائن على مقدار من الدين (م ٦٦٨) (١) سواء اشترطت براءتهما ، ام لم تشترط ، او (١) م ٦٦٨ : (لو صالح الكفيل او الاصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن ان اشترطت براءتهما او براءة الاصيل فقط او لم يشترط شيء وان اشترطت براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط ويكون الطالب مخيرا ان شاء أخذ مجموع دينه من الاصيل وان شاء أخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الاصيل) .

اشتترطت براءة الاصيل فقط ، او براءة الكفيل وحده ، وفي هذه الصورة الاخيرة تبرأ ذمة الكفيل فقط ، لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ، فيكون الطالب مخيراً بين ان يأخذ مجموع دينه من الاصيل وبين ان يأخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الاصيل . اما في الصور الثلاثة الباقية فان الاصيل يبرأ كما يبرأ الكفيل ، لانه اذا اشتترطت براءة الاصيل والكفيل فالامر ظاهر ، وكذلك اذا اشتترطت براءة الاصيل ، عملاً بالشرط وعملاً بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولان الاصل اذا سقط سقط الفرع ولان التابع تابع . واما اذا لم تشترط براءة احد فلان المصالحة اذا كانت واقعة من الاصيل فانها تتضمن استيفاء البعض واسقاط البعض الآخر فتبرأ ذمته ، ويترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل ، واذا كانت واقعة من الكفيل ، فلان الكفيل باضافة الصلح الى الدين الثابت في ذمة الاصيل تبرأ ذمة الاصيل فتبرأ ذمة الكفيل . وفي هذه الصور الثلاث الطالب مخير بين ان يطلب بدل الصلح من الاصيل او ان يطلبه من الكفيل .

٨ - بفسخ العقد الذي نشأ منه الدين المكفول به او انفساخه ، كما اذا تكفل احد بضمن المبيع ثم أقال العاقدان البيع ، او استحق المبيع او رد لعيب او بخيار شرط او رؤية ، فان الكفيل

تنتهى كفالته ، لزوال المطالبة بزوال العقد الذى كان الدين قد بُت، فى ذمة الاصيل بسببه (م ٦٧١) (١) ونظير هذه المسائل لو استؤجر مال الى تمام مدة معلومة وكفل احد ببدل الاجارة ، فبانقضاء مدة الاجارة تنتهى الكفالة ولا يطالب الكفيل ببدل الاجارة للمدة التى يستمر المأجور فيها بعد ذلك بيد المكفول عنه ، سواء استمر بعقد جديد او بدون عقد ، لان الكفالة كانت ببدل الاجارة الثابت بالعقد الاول وقد انتهى حكمه بانقضاء المدة (م ٦٧٢) (٢) .

انتهاء الكفالة بالنفس

تنتهى الكفالة بالنفس باحد الامور الآتية :-

١ - بتسليم المكفول للمكفول له فى الزمان والمكان المعينين اذا حصل تعيينهما فى العقد ، فان سلمه فى غيرهما لا يبرأ على رأى الراجح سواء كان التسليم فى زمان ومكان يمكن معهما مخاصمته كأن كان نهارا فى مصر ، او لا تمكن فيه مخاصمته

(١) م ٦٧١ : (الكفيل بضمن المبيع اذا انفسخ البيع او استحق المبيع اورد بعيب يبرأ من الكفالة) .

(٢) م ٦٧٢ : (لو استؤجر مال الى تمام مدة معلومة وكفل أحد بدل الاجارة التى سميت تنتهى كفالته عند انقضاء مدة الاجارة فان انعقدت اجازة جديدة بعد ذلك على المال لا تكون الكفالة شاملة لهذا العقد) .

كأن كان ليلاً او في البرية (م ٦٦٣) (١) واذا لم يحصل في العقد تعيين زمان او مكان للتسليم يبرأ الكفيل اذا سلمه في زمان او مكان يتمكن فيهما المكفول له من مخاصمة المكفول ، بشرط ان يعلم وقت التسليم ان الكفيل يسلمه بحكم الكفالة ، سواء سلمه في مجلس القضاء او في غيره .

٢ - ببراء المكفول له الكفيل وهذه البراءة لا تستلزم براءة الاصيل .

٣ - بموت المكفول به او موت الكفيل . ويبرأ كفيل الكفيل وكفيله بموت الكفيل الاول . ولا يبرأ الكفيل بوفاة المكفول له بل لورثته حق المطالبة (م ٦٦٦) (٢) .

(١) م ٦٦٣ : (لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه المخاصمة كالمصر والقصة الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء قبل المكفول له او لم يقبل ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة لا يبرأ بتسليمه في بلدة اخرى ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة ولكن لو سلمه في حضور ضابط يبرأ) .

(٢) م ٦٦٦ : (لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفالة كذلك يبرأ كفيل الكفيل . كذلك لو توفي الكفيل كما برأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله ايضا ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه) .

انتهاء الكفالة بالتسليم

تنتهى الكفالة بالتسليم باحد الامور الآتية :-

١ - باجراء الفعل المكفول به وهو التسليم .

٢ - بالابراء .

ومما ينبه عليه ، ان الكفالة قد تكون لازمة فى الشخص بحكم القانون ، وان لم يجر عقد بها على الوجه السابق ذكره وذلك فى موضعين .

١ - فى السفاتج (البوليسات) وسندات الامر بالنسبة الى المحيلين (المجيرين) فان قانون التجارة قد اعتبر بعضهم كفيلاً لبعض ، فالسابق كفيل لللاحق ، وكلهم كفلاء للحامل ، غير انه اشترط للمطالبة منهم اجراء بعض المراسم وليس هذا موضع ذكرها .

٢ - فى التغيرير فان الغار قد اعتبر كفيلاً للمغرور بما يلحقه من الضرر وضامن له (م ٦٥٨) (١) ولكن قد خصص ذلك فى ثلاثة مواضع :

(١) م ٦٥٨ : (لو غر أحد آخر فى ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره . مثلاً لو اشترى أحد عرصة وبنى عليها ثم استحققت اخذ المشتري من البائع ثمن الارض مع قيمة البناء حين التسليم كذلك لو قال أحد لاهل السوق هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعة فانى اذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبى ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمان البضاعة التى باعوها للصبي) .

الاول : ان يكون الغرر فى ضمن عقد معاوضة ، كبيع واجارة وقسمة . فلو اشترى احد عرصة وبنى عليها من ماله ثم استحققت اخذ المشتري ثمن العرصة من البائع ، وله ان يضمه قيمة البناء بعد ان يسلم البناء اليه . والمراد من قيمة البناء قيمته قائما وقت تسليمه اليه . لكن اذا كان البناء من انقاض قد اشتراها مع العرصة فلا يرجع بشئ غير الثمن ، وكذلك اذا لم يسلم البناء الى البائع لا يرجع عليه الا بالثمن وحده .

الثانى : ان يكون الغرر ضمن عقد تبرع فيه نفع للدافع ، كالوديعة والمضاربة والشركة . فاذا هلكت الوديعة او رأس مال المضاربة او الشركة فى يد المستودع والمضارب او الشريك ، وظهر مستحق لما هلك وضمنهم فانهم يرجعون على المودع ورب المال بما ضمنوا ، اما لو كان النفع فى عقد التبرع للقبض ، كالهبة والعارية فلا ضمان على الدافع . فاذا هلك الموهوب او المعار بيد الموهوب له او المستعير وظهر مستحق فضمنهما ما هلك فليس لهما حق الرجوع بشئ على الواهب والمعير .

الثالث : اذا ضمن الغار السلامة لمال المغرور ، كما لو قال احد لشخص اسلك الطريق الفلانية فانها آمنة واذا سلب لك فيه مال فانا ضامن به ، فاذا سلك المغرور تلك الطريق وسلب ماله فان الغار يضمن له قيمة ما سلب منه ، اما اذا لم يضمن له السلامة

بان قال له اسلك الطريق الفلانية فانها آمنة فسلك وسلب ماله
فانه لا يضمن شيئا ، لانه لم يضمن في كلامه سلامة المال .
ومما يلاحظ ، ان المدين لا يجبر على اعطاء كفيل لدائنه ، الا
فى صورة واحدة ، وهى ما اذا كان الدين مؤجلا واراد المدين
السفر ، فان للدائن مراجعة القضاء لتكليف المدين بتقديم كفيل ،
فيكلف الحاكم المدين ان يقدم كفيلاً بدينه والا يجسه عن السفر
الى حلول أجل الدين ، اللهم الا اذا عجل المدين اداء الدين .

الاعطام التى يقترح قبولها

ان الاحكام التى يقترح قبولها هى ما يلى :-

١ - عدم ارغام الكفيل بالمال على الاداء اذا لم يكن الاصيل معسرا ، فاذا كان للاصيل عقار او بضاعة او دراهم فى المصرف او لدى الحكومة يمكن استيفاء الدين منه كالا او بعضا فعلى الدائن ان يوجه مطالبته الى الاصيل . وللكفيل ان يرد مطالبته منه اذا ثبت سر الاصيل . ولا تآبى النظائر الفقهية قبول هذا الحكم فان الكفالة نظيرة الرهن ، بجامع ان كلا منهما توثيق للايفاء ، وفى الرهن لا يتوجه استيفاء من المرهون الا بعد امتناع الراهن من الايفاء مع ان المرهون ملكه وقد وضعه بيد المرتهن خصيصا لتأمين ايفاء الدين ، فمن باب اولى الا يرهق الكفيل بالارغام على الاداء مع وسع الاصيل وكفاءة حاله على الايفاء .

٢ - قبول مذهب مالك من رجوع الكفيل على الاصيل مطلقا ، اى سواء كانت الكفالة بأمر ام بدونه ، لان الكفيل لم يدفع الا على أمل العوض ، ولانه قد اشترى الدين الذى فى ذمة الاصيل من الدائن . والقول بان الديون لا تباع عند الحنفية يضعف بعد ان اعتبروا صحة احالة المدين دائه على مدينه حوالة مقيدة بالدين ، فان هذا يتضمن بيع الدين بالدين ، فلو كان لزيد

الف على عمرو دينا ولخالد الف على زيد واحال زيد خالدا على عمرو حوالة صحيحة مقيدة بالدين فانه عقد معتبر لازم ، وما هو الا بيع دين بدين .

٣ - وضع ضمان لتنفيذ حكم الكفالة بالنفس ، فان الكفيل بالنفس لا يترتب عليه شيء بالنظر للوضعية القانونية الحاضرة فيما اذا لم ينفذ حكم الكفالة ، اذ لا نص في القانون على ارغامه بالحبس مثلا لينفذ حكم كفالته ، فالا جدر ان يسن حكم يضمن ذلك ، كالزام الكفيل مثلا بما للمكفول له على الاصيل ، او نحو ذلك مما ينطبق على الاسس الشرعية .

كتاب الحوالة

١ - رجوع الحال عليه على العمل

٢ - ما يترجى قبوله من الأحكام

البحث في الحوالة ينحصر بالمواضيع الآتية :-

١ - تعريفها وركنها وموردها .

٢ - شروطها .

٣ - أقسامها .

٤ - أحكامها .

٥ - بطلانها .

٦ - انتهاءؤها .

٧ - رجوع المحال عليه على المحيل .

٨ - ما يقترح قبوله من الأحكام .

تعريف الحوالة وركنها ومورد لها

تعريف الحوالة

الحوالة لغة بمعنى النقل ، وفي عرف القانون هي نقل الدين من ذمة الى ذمة اى من ذات الى ذات (م ٦٧٣) (١) فالدين والمطالبة به ينتقلان من ذات المدين الى ذات المحال عليه انتقلا حكما . هذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء واختاره القانون اى المجلة .

وذهب الفقيه زفر تلميذ أبى حنيفة الى ان الدين لم ينتقل من ذمة المحيل ، بل الحق لم يزل فى ذمته كالكفالة ، ناظرا الى ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من مقتضى الوثيقة براءة ذمة الاول بانتقال الدين من ذمته ، بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الاول كالكفالة . واختيار الجمهور مبنى على نظرية ان من مقتضيات الحوالة الانتقال ، لانها مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها ، والشئ اذا انتقل من موضع لا يبقى فى المحل الاول ضرورة ، وان معنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول ، اذ ينظر فى الحوالة جهة كون المحال عليه املا من المحيل او اكثر

(١) م ٦٧٣ : (الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى) .

منه انصافا واسهل مطالبة ، كما ان سلامة الدين مضمونة بالرجوع على المحيل عند التوى لرجوع الدين اليه ، لان المحال انما رضى بالحوالة لتسهيل الوصول الى حقه لا للمجازفة فيه ، وهل الاحتفاظ له بهذا الحق من الرجوع الا نوع من مقتضيات الوثيقة . ثم ان المقصود من الحوالة لو كان مجرد نقل المطالبة مع بقاء الدين فى ذمة المحيل لما بقى بين الحوالة والكفالة فرق كبير ، كما ان المتعارف عند الناس والمفهوم من قصدهم هو نقل الدين والمطالبة التابعة له لا مجرد نقل المطالبة ومن يدقق الحوالة التجارية (الجيرو) يرها جارية على مسلك الفقيه زفر .

واما الحكم بالرجوع على المحيل عند التوى ، والحكم بان المحيل اذا ادى الدين الى المحال له فانه يجبر على اخذه ، والحكم بان المحال له اذا ابرأ المحال عليه فان ابراءه لا يرتد بالرد ، مما قد يشعر بان المنتقل الى ذمة المحال عليه هو المطالبة وحدها ، فالجواب عنها :

بالنظر الى الحكم الاول ان الدين انما انتقل الى ذمة المحال عليه بشرط السلامة وان لم يذكر الشرط فى صلب العقد ، لان المقصود من قول الحوالة التوصل الى الحصول على الحق لا فقدانه مثلما ان سلامة المبيع شرط فى البيع وان لم يذكر فى العقد .

وبالنظر الى الحكم الثانى بان اداء المحيل الدين الى المحال له بعد الحوالة ليس تبرعا محضا حتى لا يجبر على قبوله ، لان ذمة المحيل لم تفرغ بتاتا لانه من المحتمل الرجوع عليه وذلك عند التوى بناء على شرط السلامة ذلك الشرط الضمنى ، فادائه الدين لا يكون تبرعا محضا بل تخلصا من الرجوع المحتمل وبالنظر الى الحكم الثالث بان عدم ارتداد الابراء ترجيح لجانب الاسقاط فى هذا الابراء ، من حيث ان المحال عليه هو المدين اصالة .
ويستفاد من التعريف امران :

الاول : انه يلزم ان يكون المحيل مدينا للمحال له ، فاذا لم يكن مدينا فان الحوالة تعتبر عقد وكالة بالقبض ، فلو احال الوكيل بالبيع موكله على المشتري بالثمن كان العقد توكيلا بالقبض ، لان الوكيل ليس مدينا لموكله بشئ فى هذه الصورة .
الثانى : ان ابراء المحال له المحيل لا يسقط الدين ولا يعتبر الابراء لان الدين قد انتقل الى ذمة المحال عليه فلم يصادف هذا الابراء ذمة مشغولة بشئ .

ويفهم من التعريف ان لا بد فى الحوالة من اربعة اشياء :
مدين ويسمى محيلا (م) (٦٧٤) (١) ودائن يسمى محالا له
(١) م ٦٧٤ : (المحيل هو المدينون الذى احال) .

(٦٧٥) (١) وشخص انتقل الدين الى ذمته ويسمى محالا عليه

(م ٦٧٦) (٢) ودين ينتقل ويسمى محالا به (٣) .

ركن الحوالة

ركن الحوالة على مفاد المجلة هو ايجاب المحال او المحال عليه وقبول الآخر . واما قبول المحيل او ايجابه فليس بركن اذ ان الحوالة قد تنعقد بدون ايجابه او قبوله (٦٨٠ ، ٦٨١ ، ٦٨٢ ، ٦٨٣) (٤) اللهم الا في الحوالة المقيدة فلا بد فيها من رضا المحيل .

(١) م ٦٧٥ : (المحال له هو الدائن) .

(٢) م ٦٧٦ : (المحال عليه هو الذي قبل على نفسه الحوالة) .

(٣) م ٦٧٧ : (المحال به هو المال الذي أحيل) .

(٤) م ٦٨٠ : (لو قال المحيل لدائنه أحلتك على فلان وقبل المحال

له والمحال عليه تنعقد الحوالة) .

م ٦٨١ : (يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما . مثلا لو قال أحد لا آخر خذ ما لي على فلان من الدين وقدره كذا قرشا حوالة عليك فقال له الآخر قبلت او قال له أقبل الدين الذي لك بذمة فلان وقدره كذا قرشا حوالة على فقبل تصح الحوالة حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته) .

م ٦٨٢ : (الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال له وحدهما اذا اخبر بها المحال عليه فقبلها صحت وتمت . مثلا لو أحال احد دائنه على آخر وهو في ديار اخرى فبعد اعلام المحال عليه ان قبلها تتم الحوالة) .

م ٦٨٣ : (الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له . مثلا لو قال احد لا آخر خذ عليك حوالة ديني الذي بذمتي لفلان وقبل المحال عليه ذلك تنعقد الحوالة موقوفة فاذا قبلها المحال له تنفذ) .

لأنها تستلزم اسقاط حقه عما قيدت به الحوالة فلا بد من قبوله .
وذهب جمهور الفقهاء الى اعتبار ايجاب المحيل او قبوله ركنا
مطلقا وهو الصحيح لان التزام احد الآخر وقبوله دينه الذى على
شخص ليس بعقد حوالة ، وليس هذا الشخص المدين محيلا ،
بل غاية ما فى الامر ان الاجنبى التزم للدائن ما على المدين من
الدين ، واعتبر نفسه محالا عليه فالزم بالتزامه واعتباره لنفسه
ملزما بالدين المذكور فسمى الدائن محالا والاجنبى محالا عليه
مجازا . ولا يبعد ان يحمل مراد المجلة على هذا وذهب بعض
الائمة الى ان عقد الحوالة لا يتوقف على قبول المحال عليه اذا
كان عليه دين للمحيل ، بل يكفى للعقد اتفاق المحيل والمحال له ،
والى هذا ذهب الشافعى .

ويستثنى عند الحنفية من لزوم قبول المحال عليه دين نفقة
الزوجة المستدانة بناء على التراضى او حكم القاضى فان للزوجة
ان تحيل الدائن بما استدانتة على زوجها ولا تتوقف هذه الحوالة
على قبوله . غير ان هذا الاستثناء الفقهى لا يعمل به قانونا اذا
ادى الحال الى الدعوى لان النظر فى دعوى الحوالة من وظائف
المحاكم المدنية المقيدة بالعمل بصراحة المجلة ، فاذا اخذنا برأى
الشافعى واضفناه الى احكام المجلة نكون قد احسنا صنعا .

مورد الحوالة

لا ترد الحوالة ولا تصح الا فى الديون فلا تجرى فى الاعيان لان الدين وصف حكمى والنقل فى الحوالة نقل حكمى ايضا فيمكن جريانه فى الدين ، بخلاف الاعيان فان نقلها أمر حسى فلا يمكن تأليفه مع القصد من الحوالة فان النقل الحسى لا يتأتى بمجرد الالفاظ .

والمراد من الديون الديون الصحيحة التى تصح الكفالة بها فان الاصل ان كل ما تصح به الكفالة من الديون تصح به الحوالة باستثناء الدين المجهول فانه تصح به الكفالة دون الحوالة (م ٦٨٨) (١) لانه يشترط كون المحال به معلوما ، وان كل دين لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة (م ٦٨٧) (٢) . فتصح حوالة دين القرض وثن المبيع والاجرة ، وتصح احوالة المستحق فى الوقف دائنه باستحقاقه على المتولى اذا كانت غلة الوقف مستحصلة فى يده وقبل المتولى الحوالة ، لان الغلة متى ما وصلت الى يده وجب عليه اعطاؤها للمستحقين فى الميعاد المتفق عليه اما

-
- (١) م ٦٨٨ : (كل دين تصح الكفالة به تصح الحوالة به لكن يلزم ان يكون المحال به معلوما فلا تصح حوالة الدين المجهول مثلا لو قال قبلت دينك الذى سيثبت على فلان لا تصح الحوالة) .
- (٢) م ٦٨٧ : (كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به) .

قبل تحصيلها فلا تصح الحوالة بها وتصح الحوالة بالدين الثابت بالذمة بسبب الكفالة او الحوالة فيجوز للكفيل او المحال عليه ان يحيل الدائن على غيره (م ٦٨٩) (١) .

ولا تصح حوالة دين مجهول فلا يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه مثلا بدين للمحال له على احد من غير ان يعلم الدين ، مع انه يصح ان يكفل شخص لا آخر بالدين الذى له على زيد مثلا ووجه الفرق ان الحوالة تقتضى نقل الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة ذمة المحيل فاذا لم يكن المحال به معلوما وانجر الامر الى اقامة الدعوى على المحال عليه لا يمكن اثبات ذلك الدين فى ذمته للجهالة ، بخلاف الكفالة فانها تقتضى ضم الذمة الى ذمة فجهالة الدين المكفول به لا تستلزم تعذر اثبات الدين لتمكن المكفول له من اقامة الدعوى على الاصيل واثبات الدين الذى فى ذمته ثم مطالبة الاصيل او الكفيل بادائه .

(١) م ٦٨٩ : (كما تصح حوالة الديون المترتبة فى الذمة اصالة كذلك تصح حوالة الديون التى تترتب فى الذمة من جهتي الكفالة والحوالة) .

شروط الحوالة

للحوالة شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ .

شروط الانعقاد

اما شروط انعقادها فهي ان يكون كل من المحيل والمحال له عاقلا مميزا وان يكون المحال عليه بالغاً (م ٦٨٤) (١) . هذا اذا انعقدت الحوالة بايجاب المحيل وقبول المحال له والمحال عليه اما اذا انعقدت بايجاب وقبول بين المحال له والمحال عليه فلا ينظر الى كون المدين عاقلا ، اذ ليس على المدين في هذه الصورة اى ضرر بل ان في تسميته محيلا نظرا . فاذا لم تتوفر شروط الانعقاد تبطل الحوالة .

شروط الصحة

واما شروط صحتها فان يكون المحيل مدينا للمحال له . فاذا لم يكن له دين على المحيل فاحالته تكون توكيلا له بالقبض ، ولا

(١) م ٦٨٤ : (يشترط في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال له عاقلين وكون المحال عليه عاقلا بالغاً فكما ان احالة الصبي غير المميز دائنه على آخر وقبول الحوالة لنفسه من آخر باطل فكذلك الصبي مميزا او غير مميز مأذونا او محجورا اذا قبل حوالة على نفسه من آخر تكون باطلة) .

يُشترط كون المحال عليه مدينا للمحيل (م ٦٨٦) (١) فتصح الحوالة وان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه ، وان يكون كل من المتعاقدين راضيا لان عدم الرضا وهو الاكراه مفسد للعقود لانه مفسد للارادة مع ان الارادة اساس في الالتزامات التي من مصادرها العقود .

شروط النفاذ

واما شروط النفاذ فهي ان يكون كل من المحيل والمحال له بالغين (م ٦٨٥) (٢) فلو كانا صغيرين مميزين غير مأذونين توقفت الحوالة على اجازة الولى او الوصى فان اجازها نفذت ، والا بطلت ولا تكون اجازة ولى المحال له او وصيه معتبرة الا اذا كان المحال عليه أغنى من المحيل واسهل اداء للدين ، لان الولاية لمصلحة الصغير ولا مصلحة فى ان يحال على من كان اقل من المدين او مساويا له فى الغنى وسهولة الاداء . وهذا نظير ما لو احتال الوصى بمال اليتيم والمتولى على الوقف بمال الوقف ، فانه

- (١) م ٦٨٦ : (لا يشترط ان يكون المحال عليه مديونا للمحيل فتصح حواته وان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه) .
- (٢) م ٦٨٥ : (يشترط فى نفوذ الحوالة كون المحيل والمحال له بالغين بناء على حوالة الصبى المميز وقبوله الحوالة لنفسه موقوفة على اجازة ولىه فان اجازها تنفذ وبصورة قبوله الحوالة على نفسه يشترط كون المحال عليه أملاً يعنى اغنى من المحيل وان أذن الولى) .

يشترط لصحة ذلك ان يكون المحال عليه املاً .

واما اتحاد المجلس فشرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد حتى ان المحال او المحال عليه لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ العقد عندهما لعدم الانعقاد لاختلاف المجلس . ولم يشترط ابو يوسف ذلك فينفذ العقد عنده اذا بلغ الخبر الغائب فاجاز ، والى رأيه ذهب المجلة (م ٦٨٢ و ٦٨٣) (١) .

(١) م ٦٨٢ : (الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال له وجدهما اذا اخبر بها المحال عليه فقبلها صحت وتمت . مثلاً لو أحال احد دائئه على آخر وهو في ديار اخرى فبعد اعلام المحال عليه ان قبلها تتم الحوالة) .

م ٦٨٣ : (الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له . مثلاً لو قال احد لا آخر خذ عليك حوالة ديني الذي بذمتي لفلان وقبل المحال عليه ذلك تنعقد الحوالة موقوفة فاذا قبلها المحال له تنفذ) .

اقسام الحوالة

تنقسم الحوالة من حيث ايفاء المحال به الى مقيدة ومطلقة ،
ومن حيث وقت الايفاء الى مبهمة وغير مبهمة ، وتنقسم ايضا
الى لازمة ، وجائزة وفاسدة .

الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة

الحوالة المقيدة هي التي قيدت بان يوفى المحال به من المال
الذى فى ذمة المحال عليه او تحت يده (٦٧٨) (١) وتتحقق فى ثلاث
صور :

١ - ان تقيد الحوالة بان يوفى المحال به من الدين الذى
للمحيل فى ذمة المحال عليه .

٢ - ان تقيد بان يوفى المحال به من امانة المحيل التى فى
يد المحال عليه .

٣ - ان تقيد بان يوفى المحال به من المال المضمون للمحيل
عند المحال عليه كالمال الذى اغتصبه المحال عليه من المحيل .

(١) م ٦٧٨ : (الحوالة المقيدة هي الحوالة التى قيدت بان تعطى
من مال المحيل الذى هو فى ذمة المحال عليه او فى يده) .

والحوالة المطلقة هي التي لم يقيد فيها ايفاء المحال به بشيء ما (م ٦٧٩) (١) .

الحوالة المبهمة والحوالة غير المبهمة

الحوالة المبهمة هي التي لم يبين فيها تعجيل المحال به او تأجيله (م ٦٩٧) (٢) فتعتبر صفة الدين في الايفاء فان كان الدين معجلا على المحيل فهو على المحال عليه معجل ايضا ، وان كان مؤجلا عليه فهو مؤجل في حق المحال عليه ايضا ، وكذا الحكم ان كان الدين مقسطا ، فهي نظير الكفالة المطلقة من هذه الحيثية . اما الحوالة غير المبهمة فهي التي بين فيها تعجيل المحال به او تأجيله ، فاذا بين فيها تعجيله لزم الايفاء على المحال عليه معجلا ولو كان الدين مؤجلا بحق المحيل ، واذا بين فيها التأجيل اعتبر الوصف ولزم الايفاء على المحال عليه في الاجل وان كان الدين معجلا على المحيل . ولا بد لاعتبار الاجل من ان يكون معلوما ،

(١) م ٦٧٩ : (الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بان تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه « انظر المادة ٦٤ ») .

(٢) م ٦٩٧ : (الحوالة المبهمة اي التي لم يبين فيها تعجيل المحال به وتأجيله ان كان الدين فيها معجلا على المحيل تكون حوالة معجلة على المحال عليه ويلزمه الاداء في الحال وان كان الدين مؤجلا تكون حوالة مؤجلة ويلزم الاداء بحلول الاجل) .

فلا يصح التأجيل الى أجل مجهول ، كالتأجيل الى هبوب الرياح
وقدوم عمرو مثلا بل يعتبر العقد ويبطل الاجل ، غير ان الجهالة
اليسيرة لا تضر ويصح التأجيل معها كما لو أجل ايفاء المحال به
الى الحصاد او الى صرام النخل مثلا .

الحوالة اللازمة والحوالة الجائزة والحوالة الفاسدة

الحوالة اللازمة : هي التي لزم فيها على المحال عليه ايفاء
المحال به اما معجلا واما مؤجلا الى أجل معلوم من دون ان يضطر
المحال له الى انتظار شيء آخر ، كما لو احال المدين دائنه على احد
حوالة مطلقة او مقيدة او معجلة او مؤجلة او مبهمة فان المحال له
يلزم المحال عليه بالايفاء حسب صفة الدين من كونه معجلا او
مؤجلا ، او حسب قيد التعجيل او التأجيل الوارد في العقد على
ما سبق ذكره ، سواء كانت جهة الايفاء مقيدة بما للمحيل عند
المحال عليه من دين او عين كما في المقيدة او من مال المحال عليه
نفسه كما في المطلقة ، ولا يضطر المحال له الى انتظار شيء آخر .

الحوالة الجائزة : فهي الحوالة التي يضطر المحال له الى
مجاراة ارادة المحال عليه في وقت الايفاء ، وذلك اذا عقدت
الحوالة على شرط ان يوفى المحال به من ثمن عين تعود الى المحال
عليه ، كما لو عقدت الحوالة على ان يوفى المحال عليه المحال به

من ثمن دار تعود للمحال عليه ، فان المحال له فى هذه الصورة ليس له ان يلزم المحال عليه بالايفاء فى وقت معين بل عليه ان ينتظر مشيئة المحال عليه فى بيع داره ، فمتى باع الدار يلزمه بالايفاء وليس له ان يجبره على بيع الدار والايفاء من ثمنها . وانما جازت هذه الحوالة لان الايفاء ممكن فيها ، وانما لم يجبر المحال عليه على بيع داره لانه ليس لاحد ان يجبر غيره على بيع ملكه .

الحوالة الفاسدة : هى التى قيدت بقيد لا يقتدر معه المحال عليه من الايفاء كما لو عقدت الحوالة على ان يوفى المحال عليه المحال به من مال اجنبى اى غير المحيل والمحال عليه ، فهذه الحوالة فاسدة لان المحال عليه يعجز عن الايفاء اذ ليس له سلطة على بيع مال الاجنبى ليوفى المحال به من ثمنه .

١ - راجع فى ذلك ما ذكرناه من ان المحال عليه ليس له سلطة على بيع مال الاجنبى .
٢ - راجع فى ذلك ما ذكرناه من ان المحال عليه ليس له سلطة على بيع مال الاجنبى .
٣ - راجع فى ذلك ما ذكرناه من ان المحال عليه ليس له سلطة على بيع مال الاجنبى .
٤ - راجع فى ذلك ما ذكرناه من ان المحال عليه ليس له سلطة على بيع مال الاجنبى .
٥ - راجع فى ذلك ما ذكرناه من ان المحال عليه ليس له سلطة على بيع مال الاجنبى .

أعظم الحوالة

للحوالة حكمان عامان :

١ - براءة ذمة المحيل (م ٦٩٠) (١) براءة مؤقتة ، وبعبارة أخرى براءة مقيدة بشرط سلامة حق المحال له . وانما قلنا ان البراءة مؤقتة لانه عند تفسخ الحوالة اوتوى المحال به اى هلاكه عند المحال عليه يرجع الدين الى ذمة المحيل ، كما يرجع فى بعض صور الحوالة المقيدة على ما سيجىء ، والفسخ يكون اما بالاقالة بين العاقلين واما بسبب خيار الشرط .

والنوى يتحقق فى ثلاث صور :

- أ - ان يموت المحال عليه مفلسا .
 - ب - ان يجحد المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحال له .
 - ج - ان يفلس المحال عليه ويقضى القاضى بافلاسه .
- وانما كان التوى سببا لرجوع الدين الى ذمة المحيل ، لان الدين كان ثابتا فى ذمة المحيل قبل الحوالة ، والاصل ان الدين لا يسقط الا بالقضاء او الابرأء ، والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء
-
- (١) م ٦٩٠ : (حكم الحوالة هو ان يبرأ المحيل من الدين وكفيله من الكفالة ان كان له كفيل ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه واذا أحال المرتهن احدا على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه) .

وانما هي سبيل الى القضاء ، فاذا تحقق التوى تحقق عدم
القضاء ، ولم يجر ابراء ايضا ، فيبقى الدين غير مقضى وغير مبرأ
عنه ، وهو غير جائز . لذلك يلزم المحيل الذى هو المدين الاصلى
بالايفاء .

ويتفرع على هذا الحكم الاول ان كفيل المحيل يبرأ ايضا ،
لان ذمة الاصيل قد برئت . ونظير هذه المسألة ما لو احال
المرتهن (الدائن) احدا على الراهن (المدين) فانه لا يبقى للمرتهن
حق حبس الرهن (م ٦٩٠) لان الرهن كان لاستيثاق الدين
الثابت للمرتهن وقد زال دينه المذكور بانتقاله الى المحال له فصار
المحال له هو الطالب دون المرتهن فلم يبق له حق فى حبس
الرهن . وكذا لو احال الراهن المرتهن بالدين على احد فان
المرتهن يسقط حق حبسه ايضا لان الراهن اصبح فارغ الذمة من
دين المرتهن .

٢ - ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه .
وللحوالة احكام اخرى تخص انواعها نوردتها فيما يلى :

حكم الحوالة المطلقة :

يجرى فى الحوالة المطلقة الحكمان العامان وحكم آخر وهو
(م ٦ - ٦)

ان حق مطالبة المحيل بما له على المحال عليه من دين او عين لا ينقطع بمجرد هذه الحوالة ، فاذا احال شخص دائنه على آخر حوالة مطلقة و كان له على المحال عليه دين او له عنده عين وديعة او مفصوبة فللمحيل ان يطالبه بما عنده من الدين او العين بعد الحوالة ، لان العقد لم يتعلق بشيء مما عند المحال عليه ، ويستمر حق المطالبة الى ان يؤدي المحال عليه الدين المحال به للمحال . فان اداه سقط عنه ، وان ادى بعضه سقط مما عليه بقدر ما ادى وبقي للمحيل حق المطالبة بما بقى . ينتج من هذا ان المحال عليه فى هذه الصورة يكون قبل الاداء مطالبا بشيئين : بدين الحوالة وبما للمحيل عند المحال عليه .

حكم الحوالة المقيدة :

يجرى فى الحوالة المقيدة الحكمان العامان واحكام اخرى وهى :

١ - لا يبقى للمحيل فى الحوالة المقيدة حق بالدين الذى فى ذمة المحال عليه او بالعين التى عنده بل ينتقل الى المحال له فليس للمحيل مطالبته بالدين المقيد به انحوالة ، وليس للمحال عليه ان يعطى الدين او العين الذى تقيدت به الحوالة الى المحيل

واذا فعل فانه يضمن للمحال له قيمته (م ٦٩٢) (١) لان فعله يعتبر تعديا لاعطائه الشيء الى غير ذى حق فيه . ويجوز له ان يسترده من المحيل . واذا لم يسترده منه وضمن للمحال فانه يرجع على المحيل بما ضمن .

٢ - يثبت حق الامتياز للمحال له فى مال المحيل الذى تقيدت به الحوالة ، فاذا احال زيد عمرا على خالد بخمسين درهما على ان يؤديها المحال عليه من الدراهم التى عنده امانة للمحيل ثم مات ولم يخلف سوى تلك الامانة وكان له دائنون آخرون ، فان عمرا المحال له يستوفى المحال به ممتازا ، فان فضل شئ منها اشترك فيه سائر الغرماء وليس لهم ان يطلبوا قسمة تلك الامانة غرامة بينهم وبين المحال له (م ٦٩٢) وهذا الحكم الذى جرت عليه المجلة هو رأى زفر وهو رأى مرجوح فان زفر اعتبر هذا التقييد بمنزلة الرهن مع ان بين هذه الحوالة والرهن فرقا ظاهرا فان المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ، الا يرى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه

(١) م ٦٩٢ : (ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به فى الحوالة المقيدة وليس للمحال عليه بعده ان يعطى المحال به للمحيل وان اعطاه يضمن وبعد الضمان يرجع على المحيل ولو توفى المحيل قبل الاداء وكانت ديونه ازيد من تركه فليس لسائر الغرماء حق فى المحال به) .

لان الغنم بالغرم والحراج بالضمان • فاما فى الحوالة المقيدة فلم يختص المحال له بالغرم فلا يختص بالغنم بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة فى المال •

حكم الحوالة المبهمة وغير المبهمة :

يترتب على هذين النوعين من الحوالة عدا الحكيمين العامين حكم آخر ، وهو ان صفة المطالبة فى الحوالة المبهمة من التعجيل او التأجيل يتبع صفة الدين فى ذمة المحيل ، فان كان معجلا كانت المطالبة معجلة بحق المحال عليه ، وان كان مؤجلا كانت مؤجلة فى حق المحال عليه ايضا (م ٦٩٧) •

اما غير المبهمة فانه يتبع فيها القيد من تعجيل او تأجيل ، فاذا انعقدت الحوالة على ان يدفع المحال عليه معجلا لزمه التعجيل وان كان الدين مؤجلا بحق المحيل ، وان انعقدت على ان يدفع المحال عليه الى أجل اعتبر التأجيل ، ولا يطالب المحال عليه الا عند حلول الاجل وان كان الدين معجلا فى حق المحيل •

حكم الحوالة اللازمة والجائزة والفاسدة :

يترتب على الحوالة اللازمة عدا الحكيمين العامين سائر الاحكام الخاصة السالفة الذكر حسب نوع الحوالة ، لان الحوالة اللازمة لا تخرج عن الانواع السابقة •

اما الحوالة الجائزة فحكمها ان على المحال عليه ان ينتظر في
المطالبة الى ان يبيع المحال عليه ملكه الذي تقيد الايفاء من ثمنه
وليس له ان يجبره على بيع ماله الذي تقيد الايفاء من ثمنه .
واما الفاسدة فلا يترتب عليها حكم فلا تتوجه اية مطالبة
الى المحال عليه .

بطلان الحوالة

تبطل الحوالة بانواعها باقالة المتعاقدين عقد الحوالة ، وباختيار المحال فسخ العقد فى مدة خيار الشرط فان المحال يجوز له ان يشترط لنفسه هذا الخيار ، ويصح ان تكون مدته اكثر من ثلاثة ايام فاذا اجاز العقد او مضت مدة الخيار لزمت الحوالة واذا فسخه انفسخت .

وتبطل الحوالة المطلقة بالتوى ايضا ويرجع الدين الى ذمة المحيل وتبطل الحوالة المقيدة بالامور الآتية ايضا :

١ - بسقوط الدين الذى قيدت به الحوالة عن المحال عليه بسبب سابق على عقد الحوالة كما اذا اشترى محمد من احمد سيارة بمائة دينار واحال احمد محمودا على محمد بمائة دينار على ان تؤدى من ثمن السيارة الذى بذمته ثم ظهر مستحق للمبيع قد استرده من المشتري ، فان الحوالة تبطل لظهور ان عقد البيع المترتب عليه ثبوت الثمن على المشتري والاحالة عليه باطل ، فيكون الثمن ساقطا اى غير واجب الاداء على المشتري قبل عقد الحوالة (م ٦٩٤) (١) فلا يلزم المحال عليه بالاداء لظهور بطلان

(١) م ٦٩٤ : (تبطل الحوالة المقيدة بان يؤدى من مال المحيل الذى =

الحوالة. وإذا كان قد أدى قبل ظهور الاستحقاق واسترداد المستحق، فقال بعض الفقهاء إن له الرجوع على المحيل فقط، وقال بعضهم إنه مخير بين الرجوع على المحيل والرجوع على المحال له القابض للمحال به، والقول الثاني هو الأرجح.

أما إذا كان سقوط الدين بسبب متأخر عن عقد الحوالة كما إذا أحال البائع غريمه بالثمن على المشتري فهلك المبيع قبل التسليم فسقط الثمن أو رد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أقيل البيع (٦٩٣) (١) فإن الحوالة لا تبطل وعلى المحال عليه أن يؤدي المحال به وليس له الامتناع بعلّة سقوط الدين المقيدة به الحوالة، غير أن له الرجوع على المحيل. ووجه الفرق بين الاستحقاق وبين هذه المسائل هو أن الحوالة في هذه المسائل وردت على دين ثابت في ذمة المحال عليه فسقوطه بعد انعقاد

= هو في يد المحال عليه أمانة إذا ظهر مستحق وأخذ ذلك المال ويعود الدين على المحيل).

(١) م ٦٩٣ : (لا تبطل الحوالة المقيدة بأن يؤدي مما في ذمة المشتري للبائع من ثمن المبيع إذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن أو رد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أقيل البيع ويرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل يعني يأخذ ما أداه للمحال له من المحيل أما لو تبين براءة المحال عليه من ذلك الدين بأن استحق وأخذ المبيع فتبطل الحوالة).

الحوالة لا يؤثر على المحال بخلاف قضية الاستحقاق فان الحوالة لم ترد على دين ثابت بذمة المحال عليه اذ قد ظهر بالاستحقاق انه لم يكن للمحيل دين فى ذمة المحال عليه حين عقد الحوالة .
وانت ترى ان هذا الفرق ليس بالقوى وان الاجدر التسوية فى الحكم ببطالان الحوالة سواء كان سقوط الدين بسبب سابق على الحوالة ام لا حق ، لان الحوالة ليست مطلقة بل مقيدة ، فاذا سقط الشئ الذى تقيدت به الحوالة ، لزم سقوط الحوالة ايضا .
٢ - بهلاك الوديعة المقيدة بها الحوالة تحت يد الوديع بدون تعد او تقصير فان كان الهلاك بتعد منه او تقصير فلا تبطل الحوالة بل يضمن الوديع للمحال له قيمتها يوم هلاكها ان كانت قيمة او مثلها ان كانت مثلية ، وكذلك لا تبطل بهلاك العين المقيدة بها الحوالة ان كانت مفصوبة ، بل يضمن الغاصب للمحال مثلها او قيمها (م ٦٩٥) (١) .

(١) م ٦٩٥ : (اذا كانت الحوالة مقيدة بان يؤدى من مبلغ المحيل الذى هو فى يد المحال عليه فهلك ذلك المال فان لم يكن مضمونا بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل وان كان مضمونا لا تبطل الحوالة . مثلا لو احال احد دائته على آخر على ان يؤدى من دراهمه التى هى عنده امانة ثم تلفت الدراهم قبل الاداء بلا تعد تبطل الحوالة ويعود دين الدائن على المحيل واما لو كانت تلك الدراهم مفصوبة او امانة مضمونة باتلافه فلا تبطل الحوالة) .

٣ - باستحقاق العين المقيدة بها الحوالة سواء كانت وديعة

او مفصوبة (م ٦٩٤) •

وفى جميع صور بطلان الحوالة تبرأ ذمة المحال عليه من الدين الذى التزم بادائه بمقتضى عقد الحوالة ويثبت للمحال حق الرجوع على المحيل واستيفاء دينه منه •

وذهب الامام الشافعى الى ان الحوالة لا تبطل بوجه من الوجود ولا يرجع المحال على المحيل بحال من الاحوال الا نفة الذكر الا اذا اشترط الرجوع عليه عملا بالشرط •

ووجه الفرق بين المسلكين هو ان الدين مال عند الشافعى وبالحوالة تملك المحال الدين الذى فى ذمة المحال عليه فخلصت ذمة المحيل بتاتا فلا رجوع عليه • وعند الحنيفة ان الدين ليس بمال بل هو وصف فى الذمة فلا تقتضى الحوالة التملك بل نقل الدين والمطالبة او نقل المطالبة ، على خلاف بينهم نقلا حكما لغرض ايفاء الدين ، فتبطل الحوالة اذا لم يتحقق النقل وتعذر الايفاء بسبب التوى او هلاك جهة الايفاء او ظهور عدم وجود هذه الجهة على ما سبق تفصيله ، ولان الحوالة سبيل للايفاء لا ايفاء للدين فعلا فاذا لم يمكن الاستيفاء من المحال عليه لزم بطلان الحوالة والرجوع على المحيل بالدين •

انتهاء حكم الحوالة

تنتهى الحوالة ويبرأ المحال عليه من المطالبة باحد الامور
الآتية :

- ١ - فسخ عقد الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال
فكان العقد محتملا للفسخ ، ومتى فسخ تعود المطالبة على المحيل .
- ٢ - التوى فان الدين يرجع بسببه على المحيل .
- ٣ - اداء المحال به (م ٦٩٩) (١) من جانب المحال عليه او
من جانب المحيل او من جانب غيرهما اى من اجنبى . غير ان
المحال لا يجبر على قبول اخذ المحال به اذا كان الاداء من الاجنبى
لان الاجنبى متبرع محض غير مدين ، والدائن لا يجبر على
قبول الايفاء من غير مدينه ، بخلاف ما اذا كان الاداء من جانب
المحال عليه لانه اصبح مدينا بسبب الحوالة ، او من جانب المحيل
لان ذمته لم تنقطع من الدين بتاتا لاحتمال الرجوع عليه بالتوى
مثلا .

٤ - ان يهب المحال له المحال به الى المحال عليه او ان

(١) م ٦٩٩ : (كما يكون المحال عليه بريئا من الدين باداء المحال
به او بحوالته اياها على آخر او ببراء المحال له اياه كذلك يبرأ من الدين
لو وهبه المحال به او تصدق به عليه وقبل ذلك) .

يتصدق به عليه (م ٦٩٩) اما اذا وهبه الى المحيل او تصدق به عليه فلا تنتهى الحوالة ولا تصح الهبة لان هبة الدين لغير من عليه الدين غير صحيحة ، فلا يزال الدين بذمة المحال عليه .

٥ - ان يرث المحال عليه المحال (م ٧٠٠) (١) حصرا اى ان تنحصر وراثته به فاذا لم ينحصر الارث به فلا تنتهى الحوالة بل يبقى المحال عليه مطالبا بما يصيب بقية الورثة من الدين .

٦ - ان يبرئ المحال له المحال عليه (م ٦٩٩) . وهذا الابراء لا يرتد بالرد استحسانا وكان القياس ان يرتد بالرد كالهبة لان الدين بعد الحوالة قد انتقل الى ذمة المحال عليه فابراؤه منه هبة معنى فكان القياس ان يرتد بالرد ، ووجه الاستحسان ان المطالبة هى المنظور اليها فى ذمة المحال عليه حتى ان بعض الفقهاء قد ذهب الى ان المنقول الى ذمة المحال عليه هو المطالبة فقط ، والابراء من المطالبة اسقاط محض والساقط لا يقبل الرد لان الساقط لا يعود . اما ابراء المحال له المحيل فلا ينهى الحوالة ولا يعتبر الابراء لان الدين قد انتقل الى ذمة المحال عليه .

٧ - ان يحيل المحال عليه المحال الى آخر .

(١) م ٧٠٠ : (لو توفى المحال له فوريته المحال عليه لا يبقى حكم

رجوع المحال عليه على المحيل

للمحال عليه حق الرجوع على المحيل اذا توفرت الامور
الآتية :

١ - ان تكون الحوالة بأمر المحيل فان كانت بغير أمره
لا يرجع كما اذا انعقدت الحوالة بين المحال له والمحال عليه على
ما جاء فى المادة (٦٨١) (١) لان الحوالة اذا كانت بأمر المحيل
يكون المحال عليه مأمورا بإيفاء دين المحال الذى على المحيل ،
والمأمور اذا ادى شيئا واجبا على الآخر يكون قد ملك هذا الشئ
بما ادى ، فيثبت له الرجوع ، بخلاف ما لو ادى بدون أمره فان
هذا المعنى لا يتحقق فلا تتحقق له ملكية الدين فلا يثبت له
الرجوع .

٢ - اداء المحال به (م ٦٩٨) (٢) او ما هو فى معنى الاداء

(١) م ٦٨١ : (يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه
وحدهما . مثلا لو قال احد لاخر خذ مالى على فلان من الدين وقدره
كذا قرشا حوالة عليك فقال له الاخر قبلت او قال له اقبل الدين الذى
لك بذمة فلان وقدره كذا قرشا حوالة على فقبل تصح الحوالة حتى انه
لو ندم عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته) .

(٢) م ٦٩٨ : (ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل اداء =

كما لو وهب المحال له المحال به الى المحال عليه او تصدق به عليه وقبل ، وكذلك اذا ورثه المحال عليه لان الارث من اسباب الملك فاذا ورثه فقد ملك الدين كما يملكه بالاداء والهبة والصدقة ، فكان له الرجوع . اما اذا ابرأ المحال المحال عليه من الدين فانه لا يرجع على المحيل لانه لم يملك الدين بالابراء لان الابراء اسقاط لا تمليك ، فيسقط الدين من الاصل .

٣ - الا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان له ذلك فلا رجوع بل يتقاصان بالدينين .

والمحال عليه انما يرجع بالمحال به (م ٦٩٨) لا بما ادى فاذا كان المحال به دراهم فنقد دنانير او بالعكس فانه يرجع بالمال المحال به لا بما اداه ، وكذلك اذا باعه بالدراهم او الدنانير شيئا فانه يرجع بالمال المحال به من الدراهم او الدنانير ، لان المحال عليه قد ملك المحال به فيرجع بما ملك وكذلك الحكم لو تصالح المحال له والمحال عليه عن الدين على شئ من غير جنس الدين بان صالحه على دار او قماش ، لان هذه المصالحة معاوضة فيملك

= الدين ولا يرجع الا بالمحال به يعنى يرجع بجنس ما احيل عليه من الدراهم والا فليس له الرجوع بالمؤدى مثلا لو احيل عليه بفضة واعطى ذهباً يأخذ فضة وليس له ان يطالب الذهب كذلك لو أداها باموال واشياء آخر فليس له الا أخذ ما احيل عليه من النقود) .

المحال عليه الدين فيرجع بما ملك ولكن لو تصالحا على شيء من
جنس الدين فانه يرجع بما ادى ، لان هذه المصالحة ما هي الا
اداء بعض الدين واسقاط الباقي فلا يملك المحال عليه الا مقدار
ما ادى فيرجع بما ملك لا بأكثر .

ما يقترح قبوله من الاعطام

ان ما يقترح قبوله من الاحكام هو ما يلى :

١ - صحة انعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له بقدر الدين الذى فى ذمة المحال عليه للمحيل ولو لم يرض المحال عليه ، اى لا يشترط رضا المحال عليه لصحة الحوالة بمقدار ما هو مدين به للمحيل . وهو مذهب الشافعى ومالك الحرى بالقبول ، فان الدائن اذا كان له الحق بان يوكل من يشاء لقبض دينه من المدين من غير ان يتوقف ذلك على رضا المدين فلماذا لا يكون له الحق بان يحيل من شاء على مدينه من غير ان يتوقف ذلك على رضائه ؟ والقول بان مطالبة الناس تختلف صعوبة وسهولة لا يصلح علة فى القانون واستيفاء الحقوق ، على ان هذه العلة جارية فى التوكيل بالقبض ايضا ، وقد ذهب الحنابلة الى ابعاد من ذلك فلم يشترطوا رضا المحال ولا رضا المحال عليه واعتبروا الحوالة بمجرد ايجاب المحيل اذا كان دائنا للمحال عليه ومجرد ايجاب المحيل وقبول المحال عليه اذا لم يكن دائنا له .

٢ - استحقاق المحال عليه الرجوع على المحيل بعد الاداء ولو كانت الحوالة بغير أمره كما هو مذهب مالك وكما هو

مذهبه فى الكفالة ايضا على ما سبق ذكره ، لان المحال عليه بالاداء يكون قد ملك الدين من المحال وقام مقامه فيجب ان يستحق الرجوع بما ملك .

ومذهب مالك هذا يرمى الى اعتبار بعض تصرفات الفضولى ملزمة لمن عمل لاجله وهو اعتبار جرى عليه الفقه الرومانى وتابعه الفقه الاوربى الحاضر . الا ان مذهب مالك أقرب للمنطق من المسلك الرومانى الاوربى من حيث انه قد خصه بعمل الفضولى شيئا واجبا على من عمل لاجله على ما يظهر من مذهبه هنا ، بخلاف المسلك الرومانى فانه أعم من ذلك ، لان المنطق لا يستسيغ الزام احد بعمل غيره بدون أمر منه ، او تفويض ، وان كان فى هذا العمل نفع له مالم يكن واجبا عليه .

ومما يجبر التنبيه اليه :

١ - ان قبول المحال عليه مطلق الحوالة وادائه المحال به لا يتضمن الاقرار بان للمحيل دينا عليه فاذا أدى المحال عليه المحال به واراد الرجوع على المحيل لا يقبل دفع المحيل بان له دينا على المحال عليه وطلبه التقاض استنادا الى مجرد قبول المحال عليه الدين او ادائه المحال به .

وان مجرد الحوالة لا تستلزم اقرار المحيل بدين للمحال ،

فلو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وانما انت وكيل بالقبض وقال المحال لا بل احتنتى بمالى عليك من الدين فالقول قول المحيل وعلى المحال اليئنة لاثبات دينه .

هكذا افتى بعض الفقهاء ذهابا الى ان الحوالة قد تستعمل للتوكيل بالقبض . وارى ان الانسب ان تكون الفتوى بالعكس اى بان تعتبر الحوالة اقرارا بالدين وذلك نظرا الى ان الحوالة هى نقل الدين من ذمة الى ذمة ، وانه يشترط فى المحال له ان يكون دائما فالظاهر كله مع المحال فيجب ان يكون القول قوله ، وان مجرد استعمال الحوالة للتوكيل بالقبض لا يصلح دليلا لصحة الفتوى لان استعمال الحوالة بمعنى نقل الدين حقيقى متعارف واستعمالها بمعنى التوكيل بالقبض مجاز ، والحقيقة اولى من المجاز ، اللهم الا اذا جرى العرف فى الحوالة على معنى التوكيل بالقبض فالوجه حينئذ ما ذهبت اليه الفتوى .

وقد لاحظ قانون التجارة هذه الجهة فتارة جعل الحوالة اقرارا بالدين وذلك فى الحوالة الكاملة (الجيرو التام) وتارة اعتبرها مجرد توكيل بالقبض ، وذلك فى الحوالة الناقصة (الجيرو الناقص) والسبب فى ذلك هو ان عرف التجار جار (مجلة م - ٧)

على ذلك ، والعرف معتبر شرعا وقانونا .

٢ - من انواع الحوالة ما يسمى بالسفجة وهو ان يدفع احد الى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه الى صديقه او عميله فى بلد آخر ليستفيد به الدافع من هذا سقوط خطر الطريق ، ومن هذا القبيل البوليسات المشروط فى اعتبارها اختلاف المحل كما هو مقتضى قانوننا التجارى . وقد ذهب الفقهاء الى كراهتها لان فيها نفعاً للمقرض وهو سقوط خطر الطريق ، وكل قرض جر نفعاً فهو حرام . اما البوليسات التى لم يشترط لاعتبارها اختلاف المحل كما هو مقتضى القانون الفرنسى ، ولم تسحب على ان يدفع بدلها فى محل آخر فلا كلام فى صحتها وحلها وكذا الجككات ، على ان القول بكراهة السفجات (البوليسات) المشروط دفعها فى محل آخر محل اجتهاد ، ولا يبعد قبول القول بصحتها وحلها للعرف الذى لم يصادمه نص قطعى ، ولعموم الحديث الشريف (اذا اتبع احدكم على ملىء فليتبع) .

﴿ انتهى ﴾

كتاب الهن

ينحصر البحث فى الرهن بالمواضيع الآتية :

- ١ - تعريفه وركنه وصفته .
- ٢ - شروطه واقسامه .
- ٣ - زوائد المرهون ، وما يدخل فيه من غير ذكر ، وتبديله ،
والزيادة فيه .
- ٤ - رهن المستعار ورهن مال الصغير .
- ٥ - احكام الرهن العامة .
- ٦ - احكام رهن المستعار وحكم ما اذا استحق المرهون .
- ٧ - تصرفات الراهن او المرتهن فى المرهون .
- ٨ - مؤنة المرهون ومصاريفه .
- ٩ - العدل وحفظ الرهن فى يده .
- ١٠ - ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا وما يبطل به الرهن .
- ١١ - اختلاف الراهن والمترهن والعدل .
- ١٢ - بيع المرهون لقضاء الدين .
- ١٣ - ما يقترح قبوله عند الاحكام .
- ١٤ - لاحقة تتعلق باحكام التأمين قانونا .

تعريف الرهن وركنه وصفته

الرهن من عقود التوثيق بالاعيان المالية ، اى جعل الاعيان المالية تأمينا للدائن على دينه بوضعها تحت يده او يد من يختاره بالاتفاق مع الراهن .

والتوثيقات للديون خمسة : الشهادة وسائر الينات- التحريرية ، وهى لتوثيق ثبوت الدين خوفا من الجحود ، وجس المبيع بيد البائع قبل اداء الثمن توثيقا لادائه ، وهذان النوعان ليسا من العقود . والكفالة والحوالة وهما لتوثيق الدين بواسطة ذمة ، والرهن وهو لتوثيقه بعين مالية . وهذه الانواع الثلاثة من العقود .

تعريف الرهن :

جس مال بدين حقيقى او حكمى يمكن استيفاءه حقيقة او حكما من ذلك المال كلا او بعضا (م ٧٠١) (١) ويسمى المال مرهونا ورهنا (م ٧٠١) والدين مرهونا به ومن اعطى الرهن راھنا (م ٧٠٣) (٢) ومن اخذ الرهن مرتهنا (٧٠٤) (٣) وعملية

-
- (١) م ٧٠١ : (الرهن جس مال وتوقيفه فى مقابلة حق يمكن استيفاءه منه ويسمى ذلك المال مرهونا ورهنا) .
- (٢) م ٧٠٣ : (الراهن هو الذى اعطى الرهن) .
- (٣) م ٧٠٤ : (المرتهن هو آخذ الرهن) .

أخذ الرهن ارتهانا (م ٧٠٢) (١) . والمراد من الدين الحقيقي هو الدين الذى وجب اداؤه ظاهرا وباطنا كضمن المبيع والقرض . او ظاهرا فقط كالرهن بضمن مبيع ظهر بعد ذلك استحقاقه . والمراد بالدين الحكى الشئ الذى لم يكن فى بادىء الامر ديناً الا انه قد ينقلب الى دين ، كالايعان المضمونة بنفسها مثل المغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض بالبيع الفاسد . والمراد من استيفاء الدين حقيقة قبض بدل الدين قبضا حقيقيا كما لو بيع المرهون واستوفى الدين من ثمنه والمراد من استيفاء الدين حكما سقوط الدين لا بطريق قبضه ، كما لو هلك المرهون فى يد المرتهن فانه يسقط به الدين كلا او بعضا . والمراد من استيفاء الدين كلا استيفاؤه بتمامه . كما لو كان المرهون وافيا بكل الدين . والمراد من استيفائه بعضا استيفاء بعض الدين ، كما لو كان المرهون وافيا بقسم من الدين لا ب كله .

ركن الرهن :

ركن الرهن الايجاب والقبول من الراهن والمرتهن (م ٧٠٦) (٢)

(١) م ٧٠٢ : (الارتهان أخذ الرهن) .

(٢) م ٧٠٦ : (ينعقد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن

لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم فللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم) .

كأن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بما لك على من الدين ، او هذا الشيء رهن بدينك ، وما يجرى هذا المجرى ، ويقول المرتهن ارتهنت او قبلت او رضيت وما يجرى مجراه . واما لفظ الرهن فليس بشرط فلو اشترى احد شيئا بدراهم ودفع الى البائع كتابا وقال له امسك هذا الكتاب عندك الى ان اعطيك الثمن واخذ البائع الكتاب يكون الكتاب مرهونا بثمان المبيع (م ٧٠٧) (١) لان العبرة في العقود للمقاصد لا الى الالفاظ . وينعقد الرهن ايضا بالكتابة ، لان الكتاب كالخطاب ، وبشارة الاخرس المعهودة لان اشارة الاخرس المعهودة قائمة مقام لفظه .

صفة الرهن :

الرهن من العقود غير اللازمة قبل قبض المرتهن المرهون ، لانه عقد فيه معنى التبرع ، فهو شبيه بالهبة والصدقة ، وانما كان فيه معنى التبرع لان الراهن لا يستوجب على المرتهن فى مقابلته شيئا . فللراهن الرجوع قبل قبض المرهون . ويتحقق رجوعه

(١) م ٧٠٧ : (ايجاب الرهن وقبوله هو قول الراهن رهنتك هذا الشيء فى مقابلة دينى او لفظ آخر فى هذا المآل وقول المرتهن قبلت او رضيت او لفظ آخر يدل على الرضى ولا يشترط ايراد لفظ الرهن مثلا لو اشترى احد شيئا واعطى للبائع مالا وقال له ابق هذا المال عندك الى ان اعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن ذلك المال) .

بتصرفه فى المرهون تصرفا يعلق حق الغير به كييعه وهبته هبة مقبوضة ، ورهنه ثم تسليمه للمرتهن الجديد . ولا يكون لازما عليه الا بعد ان يقبضه المرتهن باذن منه (م ٧٠٦) وانما كان لازما عليه بعد القبض لان المرتهن قد قبضه على ان يكون وثيقة لاستيفاء دينه فتعلق به حقه فليس للراهن حينئذ ان يستبد فى فسخ العقد وابطال حق المرتهن بدون رضاه . اما بالنظر الى المرتهن فالعقد ليس بالازم فى حقه سواء قبل القبض او بعده لان الفائدة المنتظرة من الرهن خاصة به وحده فله ان يتنازل عنها ، ولانه قد يشعر بضرر عليه من ابقاء المرهون فى حوزته نظرا الى انه مضمون عليه فله ان يتوقى هذا الضرر من حيث لا يضر غيره . فالقبض شرط للزوم الرهن فى حق الراهن وليس بركن للعقد فقول المجلة فى المادة (٧٠٦) (لا يتم) تسامح فى التعبير . ولم أر قولاً لاحد بان القبض من تمام عقد الرهن كما قيل ذلك فى الهبة قولاً ضعيفاً خصوصاً وان العقود عندنا رضائية لا يتوقف انعقادها على الاشكال من قبض ونحوه كما هو الحال فى اكثر العقود عند الرومان وكما هو الحال فى العقود العينية فى الفقه الاوربى الحاضر .

وانما اشترط القبض لان الرهن عقد تبرع لما سبق بيانه وعقود التبرع لا تترتب عليها الاحكام الا بعد قبضها ، ولان

الرهن يتضمن استيفاء الدين حكما نظرا الى ان المرهون مضمون على المرتهن والاستيفاء لا يكون الا بالقبض وان كان حكما ؛ كما ان الضمان لا يتصور بدون قبض الضامن ؛ ولان القصد من الرهن تسهيل امر الاستيفاء الحقيقى وهذا لا يحصل تماما الا بالقبض .

وذهب الامام مالك الى ان القبض ليس بشرط وانه ينعقد لازما بمجرد العقد كالبائع . وهو رأى انسب بالتوثيق المقصود من الرهن ، وضمن لطمأنينة الدائن الذى لم يثق بالمدين الا لانه قد رهن عنده ما يتمكن ان يستوفى منه دينه . فاعتباره غير لازم قبل القبض يضعف هذه الطمأنينة ، كما ان هذا رأى يعتبر عقد الرهن عقدا رضائيا صرفا كما هو المقرر عندنا فى العقود المدنية .

واعلم ان العقود من حيث اللزوم على ثلاثة اقسام :

١ - عقود لازمة على الطرفين وهى العقود التى تتضمن المعاوضة غالبا او شبه المعاوضة ، وهى البيع بانواعه ، والاجارة والمساقاة ، والصلح ، والحوالة ، والهبة بعد قبض الموهوب ، ووجود احد الموانع التى سيأتى البحث عنها فى محلها ، والخلع بعوض ، والنكاح الحالى من خيار البلوغ وخيار العتق فانه لازم

على الزوج ايضا . وان قدرة الزوج على الطلاق لا يجعله غير لازم لان الطلاق تصرف جديد فى العقود عليه تترتب عليه احكام جديدة ، نظير ذلك تصرف المشتري فى المبيع باخراجه من يده فان هذا التصرف لا يجعل عقد البيع غير لازم .

٢ - وعقود لازمة من جانب واحد ؛ وهى التى تتضمن التزاما من احد الجانبين وليس فيها معاوضة : وهى عقد الرهن فانه لازم على الراهن بعد القبض . وعقد الكفالة فانه لازم على الكفيل . وعقد المزارعة فانه غير لازم على رب البذر قبل ان يبذره ولازم على الطرف الثانى . والوقف فانه لازم على الواقف . (وفى اعتبار الوقف عقد تسامح فانه تصرف لا عقد) .

٣ - عقود غير لازمة على الطرفين وهى التى لا تتضمن معاوضة ولا التزاما . وهى عقود الشركة ، والوكالة ، والمضاربة ، والوصية ، والعارية ، والايذاع ، والقرض ، وكل تبرع محض . والعقود اللازمة منها ما يجوز ان يفسخه احد الطرفين لعذر وهو عقد الاجارة والمساقاة والمزارعة بعد اكتسابها صفة اللزوم فانه يجوز لكل من الطرفين فسخها لعذر كعجز الاجير او المساقى او المزارع . وغير ذلك من الاعذار المقررة فى باب الاجارة والمساقاة والمزارعة .

شروط الرهن

للرهن شروط انعقاد وشروط لزوم وشروط صحة وشرط نفاذ.

شروط الانعقاد :

اما شروط انعقاده فمنها ما يعود الى نفس العقد وهو الا
يكون معلقا على شرط ولا مضافا الى المستقبل .

ومنها ما يعود الى الراهن والمرتهن . وهو ان يكونا عاقلين
مميزين . ولا يشترط بلوغهما (م ٧٠٨) (١) .

ومنها ما يعود الى المرهون وهو ان يكون صالحا للبيع
(م ٧٠٩) (٢) بان يكون مالا موجودا متقوما مملوكا في نفسه
مقدور التسليم وقت الرهن .

ومنها ما يعود الى المرهون به وهو ان يكون ديننا صحيحا
ظاهرا وباطنا او ظاهرا فقط . او عينا مضمونة بنفسها لانها بحكم
الدين (م ٧١٠) (٣) .

(١) م ٧٠٨ : (يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين ولا يشترط
ان يكونا بالغين حتى جاز رهن الصبي المميز وارتھانه) .

(٢) م ٧٠٩ : (يشترط ان يكون المرهون صالحا للبيع فيلزم ان يكون
موجودا ومالا متقوما ومقدور التسليم في وقت الرهن) .

(٣) م ٧١٠ : (يشترط ان يكون مقابل الرهن مالا مضمونا فيجوز
اخذ الرهن لاجل مال مفصوب ولا يصح اخذ الرهن لاجل مال هو امانة) .

شروط الصم:

واما شروط الصحة فهي :

- ١ - ان يكون المرهون معلوما فلا يصح رهن فرس مجهولة .
- ٢ - وان يكون محوزا اى مجموعا • مميزا اى غير مشاع • مفرغا اى غير مشغول بملك الراهن • فلا يصح الرهن اذا كان المرهون مفرقا كالشمر على الاشجار ، وكحصة شائعة من سيارة ، وكمخزن مشغول باموال الراهن •

٣ - ان يكون المرهون مما يتعين بالتعيين فلا يصح رهن النقود ابتداء •

شروط اللزوم :

واما شروط اللزوم فهو قبض المرهون باذن الراهن قبضا كاملا (والقبض الكامل هنا ، هو ان يكون المقبوض محوزا مميزا مفرغا) وهو شرط لزوم بالنسبة الى الراهن على ما سبق ذكره •

شروط النفاذ :

واما شرط النفاذ فهو ان يكون كل من الراهن والمرتهن بالغنا او مأذونا فاذا استكمل عقد الرهن هذه الشروط انعقد صحيحا لازما نافذا فتترتب عليه جميع الاحكام التى سنبحث عنها فى موضعها •

وإذا فقد شرط الصحة انعقد الرهن فاسدا ويكون المرهون مضمونا بالقبض على المرتهن لان الفساد لا ينافي الضمان ، كالمبيع فاسدا فانه مضمون على ما عرف في كتاب البيع . وقيل يكون امانة غير مضمونة والاوّل اصحّ لانه قد قبض على معنى الضمان .
وإذا انفق شرط من شروط الانعقاد صار الرهن باطلا غير منعقد فلا يترتب عليه حكم ولا ضمان على المرتهن اذا قبض المرهون . لان الباطل لا يترتب عليه حكم .

ينتج مما تقدم ان الرهن ثلاثة اقسام صحيح وفاسد وباطل .
هذا مجمل البحث عن شروط الرهن واليك التفصيل :

يشترط لانعقاد الرهن ، ان يكون العقد غير معلق ولا مضافا الى وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فاشبه البيع المطلق وهو لا يحتمل التعليق ولا الاضافة لانه تمليك في الحال فاذا قال المدين لدائنه اذا اشتريت الدار الفلانية فقد رهنتها عندك بالدين الذي لك على وقبل المرتهن ثم اشترى المدين الدار وسلمها الى الدائن ، كان الرهن باطلا . وكذا الحكم لو قال رهنت عندك داري بعد اسبوع وقبل المرتهن ثم قبض المرهون بعد الاسبوع او قبله .

وان يكون الراهن والمرتهن عاقلين مميزين فاذا كان

احدهما غير مميز فلا ينقعد رهنه كأن يكون مجنونا او صغيرا غير مميز . والبلوغ ليس بشرط الانعقاد بل للنفاذ ، فاذا كان الراهن والمرتهن بالغين واستجمع العقد الشروط الاخرى انعقد نافذا وكذلك اذا كانا مأذونين او احدهما مأذونا والاخر بالغاً ، اما اذا كانا غير مأذونين او احدهما غير مأذون انعقد الرهن موقوفا على اجازة الولى او الوصى .

وان يكون المرهون محلا للبيع اى صالحا له وهو ان يكون موجودا وقت العقد ، مالا ، متقوما ، مملوكا بنفسه ، مقدور التسليم ، معلوما . فلا يجوز رهن ما ليس بموجود ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما اذا رهن ما تثمر نخيله ، او ما ينتجه مصبغه من الثياب والاقمشة او ما ستلده فرسه وانعامه السنة ونحو ذلك ، ولا رهن الميتة والانسان الحر والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن الخمر من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين او احدهما مسلما لان الرهن يتضمن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر ولا استيفاءه منه ، الا ان الراهن اذا كان غير مسلم كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن اذا لم يصح نظرا للمسلم المرتهن كانت الخمر بمنزلة المنصوب فى يده نظرا لغير المسلم الراهن ، لانه مضمون على المسلم لكونه مالا بالنظر لغير المسلم الراهن الذى قد سلم الخمر

على معنى الضمان واذا كان الراهن مسلما والمرتهن غير مسلم فانها لا تكون مضمونة على احد لانها بالنظر الى المسلم الراهن ليست بمال . واذا كان كل من العاقلين غير مسلم فان الرهن منعقد والمرهون مضمون على المرتهن لانه مال بالنظر للطرفين .

ولا يجوز رهن المباحات كالماء فى النهر والصيد والحطب والحشيش الذى لم يزرعهما الراهن لان المباحات غير مملوكة بنفسها وانما تملك بحيازتها فاذا حازها المرتهن كان مالكا لها ، اما اذا حازها الراهن وبعد ذلك رهنها فالرهن منعقد لانها اصبحت مملوكة للراهن بالحيازة فيكون فد رهن ما هو ملكه .

ولا يشترط كون المرهون مملوكا للراهن نفسه بل يجوز رهن ملك الغير بأذنه او بسبب ولايته الخاصة عليه ، كأن يستعير احد من آخر ماله ليرهنه (م ٧٢٦) و كأن يرهن الاب او الوصى مال الصغير بدينه اى دين الاب او الوصى .

ولا يجوز رهن طائره الذى طار من يده ولا رهن لبن انعامه وهو فى الضرع ولا رهن مقدار من الذهب الخالص او السمنت الذى فى منجمه لان هذه الاشياء غير مقدورة التسليم عند العقد ، لان الطائر يعجز الراهن عن تسليمه وقت العقد ، ولان اللبن فى الضرع يتجمع شيئا فشيئا فيختلط المرهون وهو الموجود

وقت العقد بغيره ويعجز الراهن من فصله عن غيره وتسليمه ،
ولان الذهب والسمنت وكذا سائر المعادن فى مناجمها لا يمكن
تسليمها الا بعد عمليات تعدين مختلفة فيعجز الراهن من تسليمها
وقت العقد .

ولا يصح رهن سيارة او طائرة غير معينة من جملة سيارات
او طائرات تعود للراهن لان المرهون مجهول .

ولا يصح رهن النقود ابتداء لانها لا تتعين بالتعيين ولكن
يصح رهنها تبعا كما اذا باع الراهن المرهون بأذن المرتهن لغيره
فان الثمن يكون رهنا بدل المبيع ، اما لو باعه لنفس المرتهن فلا
يبقى رهن بل يتقاصان بقدر الدين ، وكذلك لو كان المرهون
متسارع الفساد وباعه المرتهن بأذن القاضى فالثمن يبقى رهنا الى
حلول أجل الدين وكذلك زوائد المرهون اذا بيعت بأذن الراهن
او القاضى ، فـرهن النقود فى هذه الصور جاء تبعا فان الرهن ابتداء
كان على غير النقود ثم انتقل اليها تبعا للضرورة .

ولا يصح رهن ما كان مشاعا كحصة من دار مشاعة ، نعم
يصح رهنه بشرط ان يفرز قبل التسليم ويقبض مفرزا . فاذا لم
يفرز وقبض مشاعا لا يصح العقد ويجوز للراهن فسخه واسترداد
(مجلة م - ٨)

المرهون ، ولا فرق فى الشيوخ المفسد للعقد بين ان يكون اصليا او طارئا كأن يرهن شخص شيئا ثم يستحق بعضه ولم يكن الباقي مما يصح رهنه ابتداء ، فان كان الباقي مما يصح رهنه ابتداء بأن كان الرهن جملة أشياء متعددة فاستحق بعضها فلا يفسد الرهن ، ولا يصح رهن المقبوض مفرقا كرهن التمر على النخيل ، والحنطة فى السنابل ، والصوف على الاغنام ، ولا المقبوض مشغولا كرهن الاشجار دون ثمارها التى عليها ، وrehن الحانوت دون الامتعة المشغول بها ، ولكن لو رهن المتفرق وقبض مجموعا كان الرهن صحيحا ، وكذلك المشغول اذا رهن ثم اخلى وقبض مفرغا صح الرهن .

وجوز الشافعى رهن المشاع لانه يمكن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه فالشافعى ذهب الى ان كل ما يمكن بيعه يمكن رهنه ، واشترط للرهن مطلق القبض أى سواء كان قبضا كاملا او غير كامل كقبض المشاع .

ولا ينفذ رهن الصغير غير المأذون ولا رهن المعتوه (م ٩٤٥
٩٧٨) (١) اما المميز المأذون فينفذ رهنه ، لان الرهن من توابع

(١) م ٩٤٥ : (المعتوه هو الذى اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتديره فاسدا) .
م ٩٧٨ : (المعتوه هو فى حكم الصغير المميز) .

التجارة • ومعنى التبرع فى الرهن ضعيف يستره الضمان المرتب على المرتهن •

ولا يلزم الرهن الا بالقبض أى بعد ان يقبض المرتهن
المرهون فللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم (م ٧٠٦) •
والقبض يعم القبض الحقيقى ويكون بوضع يد المرتهن او العدل على الرهن والحكمى ويكون بالتخلية بينهما •
ولا بد لصحة القبض من ثلاثة امور :

١ - أهلية القابض •

٢ - اذن الراهن بالقبض •

٣ - ان يقبض المرهون محوزا ، مفرغا ، غير مشاع •

اما الاهلية فهى ان يكون القابض عاقلا مميزا •

واما الاذن فهو ان يأذن الراهن المرتهن بالقبض • وهذا الاذن يكون اما صراحة كأن يقول اذنت له بالقبض او رضيت به او نحو ذلك فيسوغ القبض حينئذ فى مجلس العقد وبعده ، واما دلالة وهو نفس العقد فإنه يتضمن الاذن بالقبض دلالة فيتقيد القبض به فى المجلس ، ولا يصح بعده •

واما كون المقبوض محوزا الى آخره ، فهو ان يقبض المرهون مجموعا مفرزا عن غيره غير مشغول بما ليس بمرهون فالقبض

الواقع بغير اذن الراهن صراحة او دلالة غير معتبر وكذلك
القبض الواقع من فاقد الاهلية وكذلك قبض المشاع والمفرق
والمشغول بما ليس بمرهون ، كقبض حصه من دار ، وقبض
الثمر على الاشجار ، وقبض دار فيها امتعة للراهن لم ترهن مع
الدار .

زوائد المهر لهونه وتبديد

والزيادة فيه والزيادة في البرل

كل ما جرى عرف البلد على انه من مشتملات شىء فانه يدخل معه عند رهنه بلا ذكر كما يدخل معه فى حكم البيع عند بيعه بلا حاجة الى التنصيص على ما مر ذكره فى المادة (٢٣٠) (١) وكذلك توابعه المتصلة به سواء أكانت مستقرة كالاشجار عند رهن العرصه والاقفال المسمرة ونحوها من الاشياء المثبتة فى الدار عند رهنها او كانت غير مستقرة كالاثمار والزرع فانها تدخل فى الرهن بدون ذكر بخلاف البيع فان التوابع غير المستقرة كالاثمار والزرع لا تدخل فى البيع بدون التصريح بذكرها . ووجه الفرق ان الرهن لا يتم الا بالقبض الكامل فاذا لم يعتبر دخول الزرع ونحوه من التوابع غير المستقرة فى الرهن عند رهن المتبوع لزم فساد الرهن لعدم القبض الكامل بدونها

(١) م ٢٣٠ : (كل ما جرى عرف البلدة على انه من مشتملات المبيع يدخل فى البيع من غير ذكر . مثلا فى بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار وفى بيع حديقة زيتون تدخل اشجار الزيتون من غير ذكر لان المطبخ والكيلار من مشتملات الدار وحديقة الزيتون تطلق على ارض تحوى على اشجار الزيتون فلا يقال لارض خالية حديقة زيتون) .

وكل عقد امكن حمله على الصحة باعتبار امور فيه يمكن اعتبارها ،
لا يجوز حمله على الفساد باهمال اعتبارها ، لان اعمال الكلام
وحمله على الصحة قدر الامكان اولى من اهماله .

اما الزوائد ، فان كانت غير متولدة كالاجرة فانها تعود
الى الراهن لانها بدل منفعة يملكها ولا يشملها حكم الرهن لان
العقد لم يتعلق بها من كل وجه . وان كانت متولدة كاللبن
والصوف فى رهن الانعام وكالثمرة فى رهن البستان فانها تعود
الى الراهن ايضا لتولدها من ملكه الا انها تعتبر مرهونة مع
اصلها (م ٧١٥) (١) لانها تبع له ولكنها اذا هلكت بدون تعدى
المرتهن او تقصيره تهلك مجانا لان التابع لا حصة له فيما هو
مقابل للاصل ، ولعدم دخوله تحت العقد مقصودا ، غير انه اذا
هلك الاصل وبقي الزائد فان الزائد يصبح مقصودا بالفكاك اذا
بقى الى وقت الفكاك وعندئذ يلزم ان يفك بما يقابل قيمته يوم
الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض ويسقط من الدين حصة الاصل
ويفك الزائد بحصته .

وكما انه لا يجوز لاحد العاقلين التصرف فى الاصل بدون

(١) م ٧١٥ : (الزائد الذى يتولد من المرهون يكون مرهونا مع

اذن الاخر فكذلك الزوائد لانها بحكم الاصل فى الرهن بيد انه اذا خيف تلفها فللمرتهن بيعها باذن الحاكم وحفظ ثمنها رهنا كما هو الحال لو خيف هلاك الاصل .

ويجوز تبديل الرهن برهن آخر (م ٧١٢) (١) ويكون العاقدان قد أقالا العقد الاول ضمنا وعقدا رهنا جديدا على البدل ولهذا لا يعتبر الثانى رهنا ما لم يسترد الرهن الاول لان أقالة الرهن لا تتم الا بأعادة المرهون الى يد الراهن كما ان الرهن لا يتم الا بقبض المرتهن المرهون فما دام قبض المرهون اولا مستمرا بيد المرتهن لا يعتبر الثانى مرهونا بل يكون أمانة . فمثلا لو رهن أحد ساعة مقابل كذا دراهم ثم لو أتى بعد ذلك بسيف وقال للمرتهن خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة واخذ السيف يكون السيف مرهونا مقابل الدراهم . اما اذا لم يرد الساعة واخذ السيف فانه يكون امانة وتبقى الساعة رهنا .

وتجوز الزيادة على المرهون فيكون المالا ن مرهونين بالدين خلافا للشافعى (٧١٣) (٢) فلو رهن فرسا على الف درهم ثم زاد

(١) م ٧١٢ : (يجوز تبديل الرهن برهن آخر . مثلا لو رهن احد ساعة فى مقابلة كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو أتى بسيف وقال خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة واخذ السيف يكون السيف مرهونا فى مقابلة ذلك المبلغ) .

(٢) م ٧١٣ : (يجوز ان يزيد الراهن فى المرهون بعد العقد يعنى =

الراهن عليها سيفا فان الفرس والسيف يكونان مرهونين بالالف حتى كأن العقد كان قد ورد عليهما • ولو اوفاه شيئا من الالف ثم زاد السيف على الفرس رهنا فما اوفاه يكون متعلقا بالرهن الاول وهو الفرس حتى لو هلكت يلزم المرتهن اعادة ما كان قد استوفاه من الالف الى الراهن • واما الزيادة في الدين أى فى بدل الرهن فصحيحة عند أبى يوسف وبقوله اخذت المجلة (م ٧١٤) فلو رهن أحد سيارة عند شخص لقاء الف درهم ثم استقرض منه خمسمائة درهم على ان تكون السيارة رهنا بالدينين فيصح عنده وتكون السيارة مرهونة بالدينين ولا يصح عندهما بل تبقى السيارة مرهونة بالالف فقط •

= يصح علاوة مال بان يكون ايضا رهنا على شيء كان قد رهن حال كون العقد باقيا وهذا الزائد يلتحق باصل العقد يعنى كأن العقد كان قد ورد على هذين المالين ومجموع هذين المالين يكون مرهونا بالدين القائم حين الزيادة) •

(١) م ٧١٤ : (اذا رهن مال فى مقابلة دين تصح زيادة الدين فى مقابلة الف قرش ساعة ثمنها الفان ثم اخذ ايضا فى مقابلة ذلك الرهن من الدائن خمسمائة يكون قد رهن الساعة فى مقابلة الف وخمسمائة) •

رهن مال الصغير ورهن المستعار

رهن مال الصغير :

قد سبق ان كون المرهون للراهن ليس بشرط فيجوز رهن المستعار ، كما يجوز للولى او الوصى رهن مال الصغير الذى تحت ولايته بدين عليه أى على الولى او الوصى ، وسبب هذا الجواز هو ان الرهن اما ان يجرى مجرى الايداع او مجرى المبادلة ، وكل من الولى والوصى يملك الايداع والمبادلة . وعليه فان الاب او الوصى اذا رهن شيئا من مال الصغير فى دين على الصغير او على نفسه صح الرهن واذا هلك المرهون عند المرتهن يضمن الاب او الوصى للصغير بقدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لانه يكون قد قضى دين نفسه بمال ولده فيضمنه له واذا بلغ الصغير واقتك الرهن كان حكمه حكم المعير اذا اقتك الرهن المستعار .

رهن المستعار :

اما رهن المستعار فهو ان يستعير احد مال غيره ليرهنه باذنه (م ٧٢٦) (١) فلو رهنه بدون الاذن يكون غاصبا الا اذا أجاز (١) م ٧٢٦ : (يجوز ان يستعير احد مال آخر ويرهنه باذنه ويقال لهذا الرهن المستعار) .

صاحب المال الرهن فاذا رهنه بدون اذن صاحبه فان كان المرهون بيد المرتهن فلصاحب المال ان يفسخ عقد الرهن ويسترده وان كان المال قد هلك بيده فصاحب المال مخير بين تضمين الراهن او المرتهن فان ضمن الراهن لا يرجع على المرتهن لانه بالتضمن يعتبر الرهن صحيحا وقد هلك بالاقبل من قيمته ومن الدين . وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن .

ثم ان الاذن برهن المستعار لا يخلو من ان يكون مطلقا او مقيدا بجنس الدين ، او بمقداره او مكان الرهن او بالشخص المرتهن فان كان مطلقا فللمستعير ان يرهنه بأى وجه شاء (م ٧٢٦) لان المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يكن قد قيد صراحة او دلالة وان كان الاذن مقيدا بأحد الامور الاربعة فليس للمستعير مخالفة ذلك (م ٧٢٨) (١) لان فى التقيد بكل واحد من هذه الامور غرضا لرب المال قد يتضرر بمخالفته ، فان رب المال اذا اراد تخليص ماله ربما لا يتيسر له غير جنس ما قيد به المستعير من الدين ، او أنه لا يتيسر له الا المقدار الذى قيده به ، ومن جهة أخرى انه قد لا يرضى بان يكون الدين أقل من قيمة المال

(١) م ٧٢٨ : (اذا كان اذن صاحب المال مقيدا بان يرهنه فى مقابلة كذا دراهم او فى مقابلة مال جنسه كذا او عند فلان او فى البلدة الفلانية فليس للمستعير ان يرهنه الا على وفق قيده وشرطه) .

لثلا يتضرر عند هلاك ماله بيد المرتهن ، لان المال اذا رهن بأقل من قيمته وهلك بيد المرتهن فإنه يهلك بأقل من قيمته ، ولا يضمن الراهن المستعير لرب المال الا مقدار ما ضمنه المرتهن وهو مقدار الدين ، فيتضرر عندئذ صاحب المال الذى قيد المستعير بان يرهن بمقدار معين . كما ان الاشخاص متفاوتون فى حفظ المال ، فلتعيين الشخص المرتهن فائدة لا تنكر وكذلك تعيين المكان قد يسهل على رب المال فك ماله عند اللزوم . ويتضح مما سبق ان للمعير غرضين فى تعيين مقدار الدين : الاول : ان يكون الدين قليلا ليتيسر له فك ماله عند الحاجة ، الثانى : ألا يكون الدين أقل من قيمة الرهن لثلا يتضرر عند هلاك الرهن بيد المرتهن ، فبناء على ذلك لو عين المعير مقدار الدين فرهن المستعير باكثر من ذلك لا ينفذ عقد الرهن سواء كانت قيمة المال مساوية للمرهون به او اقل او اكثر ، فللمعير حينئذ ان يفسخ العقد ، لان المستعير قد رهن باكثر مما عينه المعير وهو محل بالغرض الاول . واذا رهنه بأقل مما عينه المعير فهنا ثلاثة احتمالات : ان تكون قيمة الرهن مساوية للدين ، او أقل ، او اكثر . فاذا رهنه بأقل مما عينه المعير وكانت قيمته مساوية للمرهون به او أزيد جاز الرهن لموافقة ذلك الغرضين ، اما اذا رهنه بأقل مما عينه المعير وكان مقدار الدين أقل من قيمة المال

فلا يجوز الرهن لفوات الغرض الثانى . وليس للمستعير ان ينتفع
بما استعاره ليرهنه ، لا قبل الرهن ولا بعده ، فان انتفع وهلك
اثناء الانتفاع ضمنه اما اذا انتفع به قبل الرهن ثم رهنه حسب
الشروط المقيد بها فانه يبرأ من الضمان ، لانه عاد الى الوفاق
قياسا على الوديعة فانه اذا خالف فى حفظها ثم عاد الى الوفاق
خرج من الضمان بخلاف ما اذا استعار الشئ للانتفاع به وخالف
المشروط ثم عاد الى الوفاق فانه لا يبرأ ، والفرق انه فى الصورة
الاولى قد عاد الى وفاق فيه ضمان كان قد رضى به المعير بخلاف
الصورة الاخيرة . واذا هلكت العارية بدون تعد فى يد المستعير
قبل رهنها فلا ضمان عليه لانها هلكت وقت قبض العارية
لا وقت قبض الرهن ، وكذا اذا هلكت بعد افتكاكها وقبل ردها
لانها عادت بالافتكاك عارية ، ولا فرق فى هاتين الصورتين
بين ما اذا هلكت العارية فى يد المستعير نفسه او فى يد من هو
فى عياله من ولده وخدمه وشريكه لان يدهم كيده ، الا اذا
كانت العارية نفيسة فانه يضمنها المستعير اذا هلكت فى يد
غيره ، لانه يعتبر مقصرا فى هذه الحالة .

واذا هلك الرهن المستعار فى يد المرتهن ضمن الراهن
للمعير قدر ما سقط من الدين عنه بهلاك الرهن لانه قضى دين
نفسه به فيجب قضاؤه ولا يضمن ما زاد فى قيمة الرهن عن

الدين اذ حكم الهلاك فى الرهن ان يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا رضى المعير برهن ماله يعتبر راضيا بجميع احكام الرهن بما فيها حكم الهلاك . وكذا لو تعيب الرهن فى يد المرتهن فسقط بعض الدين بسبب العيب فان الراهن يضمن ذلك للمعير ويكون بمنزلة الوديع الذى قضى دين نفسه من مال الوديعة باذن صاحبها فما قضى به يكون مضمونا عليه وما بقى يبقى وديعة عنده .

واذا اختلف المعير والمستعير فى سبب الهلاك فقال المعير هلك فى يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل ان ارهنه او بعدما افتككته فالقول قول المستعير بيمينه .

ثم ان الاعارة اذا كانت مطلقة فللمعير ان يجبر الراهن على تخليص الرهن ورده اليه مطلقا (م ٧٣٢) (١) اما اذا كانت الاعارة للرهن مقيدة بزمن فليس له ذلك قبل حلول الوقت المعين واذا عجز الراهن عن افتكاك الرهن او لم يفتكه عنادا او كان موعدا افتكاكه لم يحن وافتكه المعير ، لا يكون متبرعا ويرجع على المستعير بما اداه سواء كان اقل من قيمة الرهن او

(١) م ٧٣٢ : (لصاحب الرهن المستعار ان يؤاخذ الراهن المستعير لتخليصه وتسليمه اياه واذا كان المستعير عاجزا عن اداء الدين لفقره فللمعير ان يؤدى ذلك الدين ويستخلص ماله من الرهن) .

مساويا لها او اكثر منها ، وسواء ادى الدين بأذن المستعير او بغير أذنه ، اذ المعير مضطر الى تخلص ملكه من المرتهن ، ولا فكاك له منه الا باداء كل الدين فيعتبر مأذونا من الراهن حكما بادائه . ويجبر المرتهن على قبول الدين من المعير وتسليم الرهن اليه . وليس للمعير ان يأخذ ماله من المرتهن ما لم يؤد الدين (م ٧٣٥) (١) .

ولا يبطل رهن المستعار بموت المعير ولا بموت المستعير ولا بموت المرتهن بل يقوم وارث كل مقامه . فاذا مات الراهن المستعير مفلسا يبقى الرهن فى يد المرتهن وليس له حق بيعه لايفاء الدين الا اذا رضى المعير (م ٧٣٢) وسبب ذلك هو ان المرهون ملك المعير وهو انما رضى بحبسه للتوثيق لا لبيعه فلا يجبر على البيع لايفاء دين الراهن لانه لا يجبر احد على ايفاء دين غيره الا فى الحوالة والكفالة . نعم للمرتهن ان يستمر على حبس المرهون الى ان يستوفى دينه سواء وقع الايفاء من المعير او من غيره ، ولا يعد المعير متبرعا بالايفاء لانه مضطر اليه كما سبق ذكره . واذا رضى المعير بالبيع وايفاء الدين من الثمن وطلب

(١) م ٧٣٥ : (ليس للمعير ان يأخذ ماله من المرتهن ما لم يؤد الدين الذى هو فى مقابلة الرهن المستعار سواء كان الراهن المستعير حيا او كان قد مات قبل فك الرهن) .

ذلك فلا يكون رضاؤه او طلبه ذلك مجبرا للمرتهن على قبول البيع ولا يكون البيع معتبرا اذا باعه المعير الا اذا كان الثمن واقيا بالدين ، ولا توقف على رضا المرتهن .

والحاصل ان الرهن المستعار لا يباع بدون رضا المعير ورضا المرتهن الا اذا كان ثمن الرهن يفي بالدين فلا ينظر الى رضا المرتهن حينئذ .

وإذا مات المعير ودينه ازيد من تركته يجبر الراهن على فك المرهون المستعار ليستوفى غرماء المعير حقوقهم ، فان كان عاجزا يبقى الرهن محبوسا بيد المرتهن الى ان يستوفى دينه ، سواء من الورثة او من غيرهم ولا يباع بدون اذنه ولو طلب غرماء المعير ذلك ، الا اذا كان ثمن المرهون يفي بالدين (م ٧٣٧) (١) واذا كان دين الراهن مؤجلا فهل يجبر على الفك ؟ الظاهر نعم ، لان الاعارة بطلت بموت المعير لانها تبرع محض فيلزم رد العارية الى الورثة ، وتعلق حق المرتهن بها لا يمنع ذلك لان رد العارية لا يكون الا بأيفاء الدين فلا يتضرر المرتهن بشيء .

(١) م ٧٣٧ : (لو توفي المعير ودينه ازيد من تركته يؤمر الراهن بتأدية دينه وتخليصه الرهن المستعار وان كان عاجزا عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهونا على حاله ولكن لورثة المعير اداء الدين وتخليصه واذا طالب غرماء المعير بيع الرهن فان كان ثمنه يفي الدين يساع من دون نظر الى رضا المرتهن وان كان لا يفي يساع بدون رضا) .

أحكام الرهن العامة

للهن الصحيح احكام بعضها تتعلق بحال قيام المرهون
وبعضها تتعلق بحال هلاكه .

حكم الرهن مال قيام المرهون :

- ١ - حق حبس المرهون بيد المرتهن على الدوام الى وقت الفك .
 - ٢ - حق الامتياز للمرتهن باستيفاء حقه من المرهون .
 - ٣ - وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك (م ٧٢٩) (١) .
- ويتفرع على الحكم الاول ان ليس للراهن ان يتتفع بالمرهون
استخداما او ركوبا او سكنى او غير ذلك من صور الانتفاع ،
وليس له ان يتصرف به بدون اذن المرتهن ، فليس له ان يبيعه
بدون اذنه ، فاذا فعل ذلك توقف النفاذ على اجازته ، فاذا اجاز
نقد البيع وكان الثمن رهنا ، سواء شرط المرتهن عند الاجازة
كون الثمن رهنا او لم يشترط . وليس له ان يهبه من غير
المرتهن او ان يتصدق به على غيره بدون اذنه ، فاذا فعل ذلك
توقف على اجازته فان اجاز بطل عقد الرهن ، لانه قد زالت ملكية

(١) م ٧٢٩ : (حكم الرهن هو ان يكون للمرتهن حق حبسه الى
حين فكه وان يكون احق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن
اذا توفي الراهن) .

الراهن عن المرهون بلا خلف ، بعكس قضية البيع فان المرهون زال عن ملك الراهن الى خلف ، وان لم يجز بطلت الهبة والصدقة . وليس له ان يؤجره من اجنبى بغير إذن المرتهن ، لان دوام حق الحبس له يمنع الاجارة ولان الاجارة عقد انتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه بدون إذن المرتهن فكيف يملكه لغيره ، فاذا فعل ذلك توقف على اجارة المرتهن ، فان رد بطلت الاجارة ، وان أجاز نفذت الاجارة وبطل الرهن ، لان الاجارة اذا جازت بخلاف الاعارة ، والاجارة تكون للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له ، وولاية قبض الاجرة له ايضا لانه هو العاقد ، ولا تكون رهنا لان الاجرة بدل المنفعة وهى ليست بمرهونة فلا يكون بدلها رهنا بخلاف صورة البيع ، واذا أجرها من المرتهن صحت الاجارة نافذة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض لاجل الاجارة ، وانما شرط تجديد القبض لان قبض الرهن غير قبض الاجارة فلا ينوب عنه ، وليس للراهن اعارة الرهن لاحد بدون إذن المرتهن ، فاذا فعل ذلك كان للمرتهن ان يبطل الاعارة لتوقفها على أذنه ، وان أجاز جازت ولم يبطل الرهن ، لان الاعارة عقد غير لازم بخلاف مسألة الاجارة لانها عقد لازم ، ولكن يبطل ضمان المرتهن ما دام الرهن معارا فاذا هلك لا يسقط من الدين شيء .

(مجلة م - ٩)

ويتفرع على الحكم الثانى انه اذا بيع المرهون وكان على
الراهن ديون اخرى فالمرتهن أحق بثلثه من سائر الغرماء ، ثم ان
كان الدين حالا وثلث من جنسه فانه يستوفيه ان كان بالثلث
وفاء ، وان كان فى الثلث فضل رده على الراهن ، وان كان أقل
من الدين رجع على الراهن بقدر النقصان . وان كان الدين
مؤجلا حبس الثلث الى حلول الاجل ، فان كان الثلث من جنس
الدين استوفاه منه ، وان كان من غير جنسه يجسبه الى ان يستوفى
دينه كله ، وله ان يراجع الحاكم لبيعه بجنس الثلث اذا امتنع
الراهن من الفكك .

ويتفرع على الحكم الثالث انه يلزم ان يقضى الدين اولاً ثم
يسلم المرتهن الرهن ، لان الرهن وثيقة وفى تقديم تسليمه ابطال
للتوثق ، ولانه لو سلم الرهن اولاً فمن المحتمل ان يموت الراهن
قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كسائر الغرماء ويفقد حق الامتياز ،
الا ان المرتهن اذا طالب بالدين يؤمر باحضار الرهن اولاً اذا
ادعى الراهن هلاكه ولم يكن فى احضاره مؤنة عليه ، وبعد ذلك
يخاطب الراهن بقضاء الدين ، لانه لو خوطب بقضاء الدين من
غير احضار الرهن فمن الجائز ان يكون الرهن قد هلك وصار
المرتهن مستوفياً دينه فلا يبقى له حق المطالبة ، واذا كان فى

احضاره مؤنة عليه فلا يكلف باحضار الرهن لان في تحميلة مؤنة الاحضار ضررا عليه لا يقتضيه العقد ، وحينئذ يكون للراهن حق تكليف المرتهن باليمين على ان المرهون غير هالك ، فان نكل لا يسمع طلبه الدين الى ان يحضر المرهون .

ثم ان الرهن لا يمنع مطالبة المرتهن الراهن بدينه (م ٧٣٠) (١) لان الرهن مجرد وثيقة ابتداء فلا وجه لمنعه رب الدين عن المطالبة بدينه ، ثم ان حق حبس المرهون في يد المرتهن يستمر الى ان يوفى كل الدين ، فاذا اوفى الراهن مقدارا من الدين لا يلزم رد مقدار من الرهن الذى هو فى مقابلته بل للمرتهن حبس مجموع الرهن الى ان يستوفى تمام الدين (م ٧٣١) (٢) لان المرهون رهن بكل جزء من اجزاء الدين ، ولكن لو كان المرهون اشياء متعددة وبين حين العقد ما يقابل كل واحد من تلك الاشياء من مقدار الدين ، فاذا اوفى الراهن مقدار ما يقابل شيئا منها كان له حق

(١) م ٧٣٠ : (لا يكون الرهن مانعا عن مطالبة الدين وللمرتهن صلاحية مطالبته بعد قبض الرهن ايضا) .

(٢) م ٧٣١ : (اذا اوفى مقدار من الدين فلا يلزم رد مقدار من الرهن الذى هو فى مقابلته وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وامساكه الى ان يستوفى تمام الدين ولكن لو كان المرهون شيئين وكان تعيين لكل منهما مقدار من الدين اذا ادى مقدار ما تعين لاحدهما فللراهن تخليص ذلك فقط) .

استرداده ، لان العقد حينئذ بمقام صفقات متعددة حكما . وقد افترق الرهن عن البيع فيما لو كان المبيع متعددا وبين ثمن كل واحد على ما مر في المادة (١٧٩) فان الصفقة قد اعتبرت هناك واحدة وان بين البائع ثمن كل واحدة على حدة ووجه الفرق هو احتمال ان يكون البائع قد حمل الجيد على الرديء فيكون الايجاب في البعض مرتبطا بالايجاب في الباقي . ويقتضى هذا توقف القبول للبعض على قبول الباقي ، وهذا الاحتمال لا يتصور في الرهن .

ويتفرع على ان حق الحبس للمرهون يستمر الى ان يوفى كل الدين ما اذا رهن شخص رهنا عند رجلين على دين لهما بذمته فأدى لاحدهما ماله بذمته فليس له استرداد نصف الرهن ومالم يقضهما جميع مالهما بذمته ليس له تخليص الرهن منهما (م ٧٣٩) (١) ويبقى الرهن مضمونا على المرتهن ، حتى لو هلك الرهن بعد ايفاء احدهما يرجع الراهن بما أداه اليه لبقاء حكم الرهن في حقهما ، واذا اتلف أحد الدائنين الرهن ضمن ضمان غصب فيضمن مثله ان كان مثليا وقيمه يوم الاتلاف ان كان قيميا ، لان وقت

(١) م ٧٣٩ : (اذا رهن شخص رهنا عند رجلين على دين لهما بذمته فأدى لاحدهما ما له بذمته فليس له استرداد نصف الرهن وما لم يقض ما لهما بذمته ليس له تخليص الرهن منهما) .

اتلافه هو وقت غصبه ، واذا كانت قيمة الرهن يوم القبض ازيد من قيمته يوم الاتلاف ضمن الزيادة ضمان رهن فيسقط من الدين بقدرها .

وكذلك الحكم لو أخذ احد من مدينه رهنا فله ان يمسك الرهن الى ان يستوفى جميع ماله بذمتها وليس لاحدهما استرداد قسم من الرهن لايفائه الدين الذى عليه (م ٧٤٠) (١) ولو كان قابلا للقسمة ، فيبقى الرهن كله محبوسا الى ان يستوفى المرتهن آخر جزء من الدين ، لان كل الرهن محبوس بكل جزء من اجزاء الدين ، فحكم ضمان الرهن مستمر الى تمام الايفاء حتى لو تلف الرهن المذكور بيد المرتهن بعدما استوفى شيئا من احد الدائنين فانه يرد اليه بنسبة ما سقط من الدين ، مثلا رهنا فرسين بalf وأدى احدهما خمسمائة ثم تلف الفرسان وكانت قيمتهما ثمانمائة يرد اليه ثلاثمائة ، لان المرتهن يكون قد استوفى بسبب تلاف الرهن ثمانمائة وبقي له من الدين مئتان يستوفيها من الخمسمائة التى اخذها من الدائنين قبل التلف فيبقى عنده ثلاثمائة يجب ردها لصاحبها .

ان المجلة قد اغفلت حكما مهما من احكام الرهن ، وهو

(١) م ٧٤٠ : (من أخذ من مديونه رهنا فله ان يمسك الرهن الى

ان يستوفى جميع ماله من الدين بذمتها) .

كونه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين ، فاذا هلك الرهن بيد المرتهن فان كانت قيمته مساوية للدين او اقل منه سقط الدين واعتبر المرتهن كأنه استوفى دينه ، وان كان قيمته اقل من الدين سقط من الدين بقدر قيمته ويرجع المرتهن بالباقي .

وتفصيل القول في هذا الباب هو :

ان المرهون اما ان يبقى سالما بذاته وصفته بيد المرتهن او ان يهلك او يتعيب . فان بقى سالما فسيأتى الكلام عليه فى بحث بيع المرهون لقضاء الدين وهو المذكور فى المادة (٧٥٧) . وان لم يبق سالما فلا تخلو الحال من ثمان صور :

- ١ - ان يهلك باتلاف الراهن .
- ٢ - ان يهلك باتلاف المرتهن .
- ٣ - ان يهلك باتلاف اجنبى .
- ٤ - ان يهلك بآفة سماوية ، اى بلا تعد من احد او

تقصير .

- ٥ - ان يتعيب بعمل الراهن .
- ٦ - ان يتعيب بعمل المرتهن .
- ٧ - ان يتعيب بعمل اجنبى .
- ٨ - ان يتعيب بآفة سماوية .

(أ) فاذا هلك باتلاف الراهن ضمن مثله ان كان مثليا

ويبقى المثل رهنا ، وقيمته ان كان قيما فان كان الدين معجلا او مؤجلا وقد حل الاجل وكانت القيمة من جنس الدين يحتسبها المرتهن على دينه وما زاد يرد الى الراهن وان لم يكن معجلا او لم يحل الاجل او كانت القيمة من غير جنس الدين فانها تبقى رهنا بيد المرتهن .

(ب) واذا هلك باتلاف المرتهن فان كان مثليا ضمن مثله وكان المثل رهنا عنده وان كان قيما توجه اليه ضمانان ضمان الرهن وضمان الغصب فان كانت قيمته يوم القبض والاتلاف واحدة سقط من الدين مقدار القيمة ، وان كانت قيمته يوم القبض ازيد من قيمته يوم الاتلاف سقط من الدين بقدر الزيادة وضمن مقدار القيمة يوم الاتلاف فان كانت من جنس الدين وهو معجل او مؤجل وقد حل الاجل يسقطها من الباقي من دينه ، وان زادت على الدين رد الزائد الى الراهن ، وان كانت قيمته يوم الاتلاف ازيد من قيمته يوم القبض ضمن قيمته يوم الاتلاف .

(ج) واذا هلك باتلاف اجنبى ضمن الاجنبى مثله ان كان مثليا ويكون رهنا لدى المرتهن ، وقيمته ان كان قيما وتكون ايضا رهنا بيد المرتهن ، فان كانت من جنس الدين وهو معجل او مؤجل وقد حل الاجل اخذها عن دينه فان وفته به فيها وان

زادت على الدين رد الزائد الى الراهن وان نقصت عنه عاد
بالنقصان عليه .

(د) وان هلك بأفة سماوية سقط من ذمة المدين الاقل
من قيمة الرهن ومن الدين على ما سبق ، وما زاد على مقدار
الدين من القيمة يذهب بلا ضمان على المرتهن لان الزائد امانة
بيده .

(هـ) واذا تعيب بعمل الراهن ضمن نقصان القيمة فاذا
كان من جنس الدين وهو معجل او مؤجل حل اجله واخذه
المرتهن محسوباً على دينه والا حبسه الى وقت الايفاء .

(و) واذا تعيب بعمل المرتهن سقط من الدين بقدر
النقصان .

(ز) واذا تعيب بعمل اجنبى ضمن قدر ما اورثه العيب
من النقصان ويكون عند المرتهن رهناً مع الاصل الا اذا كان
الدين معجلاً او مؤجلاً وقد حل الاجل فيأخذه المرتهن محسوباً
على الدين .

(ح) واذا تعيب بأفة سماوية سقط من الدين بقدر
النقصان .

استحقاق الرهن

إذا استحق الرهن وهو قائم تحت يد المرتهن فللمستحق ان يأخذه منه هو وزوائده ، فان استحق بعد هلاكه في يد المرتهن كان المستحق بالخيار بين ان يضمن الراهن وبين ان يضمن المرتهن قيمته ، فان ضمنها للراهن وكانت قيمة الرهن اكثر من الدين او مساويا له سقط الدين عنه ، وان كان أقل سقط من الدين بقدر قيمته ورجع المرتهن بالباقي على الراهن ، لان هذا التضمن صيره مالكا له فكان رهنه صحيحا . وان ضمنها للمرتهن يعتبر هذا التضمن ابطالا لعقد الرهن فلا يسقط الدين عن الراهن بهلاكه ، ويكون للمرتهن حق الرجوع عليه بالدين وبما ضمنه للمستحق .

وإذا استحق بعض الرهن فان كان البعض مشاعا بطل الرهن في المستحق وغيره وان كان مفزعا بطل في المستحق فقط وبقي في غيره ويعتبر ما بقي بعد الاستحقاق رهنًا بكل الدين . فلو رهن دارين بعقد واحد ثم استحققت إحدى الدارين بقي الرهن في الدار الأخرى بكل الدين اما لو رهن دارا وقد استحق منها نصفها مشاعا يبطل الرهن لما علمنا من ان شرط صحة الرهن ان يقبض مفزعا ، وبالاستحقاق تبين خلاف ذلك .

تصرفات الراهن والمرتهن في المرهونه

ليس للراهن ولا للمرتهن ان يتصرف بالمرهون بوجه من الوجوه بدون اذن الآخر لما مر من ان الراهن مالك فليس لغيره حق التصرف في ملكه ، وان المرتهن له حق استمرار حبس المرهون فليس لمالكه الاخلال بهذا الحق . فرهن كل من الراهن والمرتهن للمرهون عند احد بدون اذن الآخر باطل (م ٧٤٣) (١) فاذا رهن الراهن المرهون عند آخر بدون اذن المرتهن فلهذا المرتهن ان يدعى به ويأخذه من المرتهن الثاني ان كان قائما بيده ، وان كان قد هلك بيده يكون الحكم على ما سبق آنفا من اتلاف الاجنبى . واذا رهنه المرتهن عند احد بدون اذن الراهن المالك فان كان المرهون قائما بيد المرتهن الثاني فللمرتهن الاول ان يسترده ، وان كان قد هلك فى يده كان الراهن مخيرا فى التضمين فان شاء ضمن المرتهن الاول وحينئذ يكون الرهن الثانى صحيحا تترتب عليه الاحكام ، وان شاء ضمن المرتهن الثانى ويكون البديل رهنا عند المرتهن الاول . اما اذا رهن الراهن الرهن باذن المرتهن عند احد وقبضه صح وبطل الرهن

(١) م ٧٤٣ : (رهن كل واحد من الراهن والمرتهن المرهون عند

شخص بدون اذن الآخر باطل) .

الاول (م ٧٤٤) (١) وحينئذ لو هلك الرهن بيد المرتهن الثاني لا يسقط من دين المرتهن الاول شيء ولا يضمن للراهن شيئا . وكذلك لو رهن المرتهن الرهن صح الرهن الثاني وكان من قبيل الرهن المستعار وبطل الرهن الاول (٧٤٥) (٢) .

ولو باع المرتهن الرهن بدون رضا الراهن يكون الراهن مخيرا بين فسخ البيع وانفاذه بالاجازة (م ٧٤٦) (٣) فاذا اجاز الراهن البيع وكانت شروط الاجازة متوفرة نفذ العقد وكان الثمن رهنا على الصحيح ، وان لم يجز او اجاز وكانت شروط الاجازة غير متوفرة انفسخ العقد ، فان كان المرهون قائما بيد المشتري فعلى الراهن ان يأخذه ويرده الى المرتهن وان كان قد هلك بيده كان الراهن مخيرا بين تضمين المرتهن وان كان قد هلك بيده كان الراهن مخيرا بين تضمين المرتهن او المشتري ، اما لو باعه باذن الراهن كان البيع نافذا ويعد المرتهن وكيفا يبيع المرهون

(١) م ٧٤٤ : (اذا رهن الراهن الرهن باذن المرتهن عند غيره يصير الرهن الاول باطلا والثاني صحيحا) .

(٢) م ٧٤٥ : (اذا رهن المرتهن الرهن باذن الراهن عند الغير يبطل الرهن الاول ويصح الرهن الثاني ويكون من قبيل الرهن المستعار) .

(٣) م ٧٤٦ : (لو باع المرتهن الرهن بدون رضا الراهن يكون الراهن مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء انفاذه بالاجازة) .

ويجوز الحكم حسب مقتضى المادة (٧٦٠) (١) .

وإذا باع الراهن الرهن بدون إذن المرتهن فالبيع صحيح غير نافذ بحق المرتهن . أما كونه صحيحاً فلا يبيع المالك ماله صحيح .
وأما كونه غير نافذ بحق المرتهن فلتعلق حقه بالمرهون فيبقى حق حبسه محفوظاً ، وكان المشتري مخيراً فإن شاء فسخ العقد بحكم الحاكم سواء كان يعلم أن المبيع مرهون أم لا ، وإن شاء انتظر إلى افتكاك المبيع من الرهن ، غير أن الراهن إذا أدى الدين إلى المرتهن أو أبرأه المرتهن أو أذنه بالبيع أو أجازته ، كان البيع نافذاً في حق الجميع ولا خيار للمشتري ، وفي صورة إذن المرتهن بالبيع يبقى الثمن رهناً عنده على الصحيح (م ٧٤٧) (٢) حتى لو مات المشتري مفلساً يسقط من الدين مقدار الثمن الذي بذمته . لا يقال

(١) م ٧٦٠ : (إذا حل وقت أداء الدين فيصح توكيل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن وليس للراهن عزل ذلك الوكيل بعد ولا ينزل بوفاء أحد من الراهن والمرتهن أيضاً) .

(٢) م ٧٤٧ : (لو باع الراهن الرهن بدون رضى المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن ولكن إذا أوفى الدين يكون ذلك البيع نافذاً وكذا إذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذاً ويخرج الرهن من الرهينة ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهناً في مقام المبيع وإن لم يجز المرتهن البيع فالمشتري يكون مخيراً إن شاء انتظر إلى أن ينفك الرهن وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم حتى يفسخ البيع) .

ان الثمن دين في ذمة المشتري ولا يصح رهن الدين لانا نقول
انما جاز رهنه تبعا للعين المبيعة ، والتبع يجوز فيه ما لا يجوز لو
كان اصلا ، ولان الثمن في المال يكون عينا .

وليس لكل من الراهن والمرتهن اعارة الرهن بدون اذن
الآخر ، فاذا فعل احدهما ذلك وتلف الرهن بيد المستعير تحقق
الضمان على المعير او المستعير حسب ما علم في بحث هلاك المرهون .
واذا فعل احدهما ذلك باذن صاحبه صحت الاعارة نافذة
(م ٧٤٨) (١) ولكن لكل من الراهن والمرتهن اعادة المعار الى الرهن
لان الاعارة من العقود غير اللازمة ، ولهذا لم يبطل بها الرهن ،
واذا مات الراهن قبل اعادة المعار الى يد المرتهن كان المرتهن
احق به من سائر الغرماء ايضا لان حكم الرهن من حيث جس
المرهون لم يزل بالاعارة ، بخلاف ما لو باعه او أجره او وهبه
الراهن باذن المرتهن فان الرهن يبطل فلا يبقى للمرتهن حق
جس فلا امتياز له بشيء .

ويجوز للمرتهن ان يسمح للراهن بالانتفاع بالمرهون من
ركوب ولبس ونحوهما من صنوف استعمال المرهون ، الا ان
المرتهن لا يضمن المرهون اذا هلك بيد الراهن في هذه الصورة ،

(١) م ٧٤٨ : (لكل من الراهن والمرتهن اعارة الرهن بأذن صاحبه

ولكل منهم اعادته الى الرهينة بعد ذلك) .

ولكن هذا السماح لا يؤثر على امتياز المرتهن فاذا توفي الراهن والرهن بيده حسب هذا السماح يبقى المرتهن احق من سائر الغرماء وقد اسمت المجلة هذا السماح اعارة (م ٧٤٩) (١) وهى تسمية مجازية لان حقيقة الاعارة هى تسليمك المنفعة لآخر بلا عوض ومنفعة المرهون ملك الراهن لا المرتهن ، فسماع المرتهن للراهن بالانتفاع من ملكه ليس باعارة .

وللراهن ايضا ان يبيع للمرتهن الانتفاع بالرهن وان يبيع له اخذ زوائده لان للمالك ان يبيع ماله لغيره ، والمنافع والزوائد ملك الراهن فله ذلك . وحينئذ لا يسقط شئ من الدين مقابل ما انتفع به وما أخذ المرتهن (م ٧٥٠) (٢) ويكون المرهون حين استعماله والانتفاع به بحكم العارية حتى لو هلك فى ذلك الحين يهلك غير مضمون عليه فلا يسقط شئ من الدين، اما لو هلك قبل الاستعمال او بعده هلك مضمونا ضمان رهن . واذا لم يبيع الراهن للمرتهن ذلك فليس له حق الانتفاع بالمرهون

(١) م ٧٤٩ : (للمرتهن ان يعير الرهن للراهن وبهذه الصورة لو

توفى الراهن فالمرتهن يكون احق بالرهن من سائر غرماء الراهن) .

(٢) م ٧٥٠ : (ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون اذن الراهن

اما اذا اذن الراهن واباح الانتفاع فللمرتهن استعمال الرهن واخذ ثمره

ولبنة ولا يسقط من الدين شئ فى مقابلة ذلك) .

ولا اخذ زوائده فاذا كان المرهون كتابا ليس له ان يطالع فيه ،
واذا كان دارا ليس له ان يسكنها واذا كان سيارة ليس له
الركوب فيها فان فعل شيئا من ذلك وهلك المرهون ضمنه ضمان
اتلاف وان لم يهلك فليس عليه شيء ولو كان معدا للاستغلال
لان تصرفه في المرهون بتأويل عقد ، واذا اخذ الزوائد بدون اباحة
ضمن مثلها او قيمتها للراهن .

مؤنة الرهن

على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او من هو أمينه كمياله وشريكه وخادمه (م ٧٢٢) (١) بالصورة المعتادة عرفا ، فاذا تلف الرهن بيد هؤلاء لزم ضمان الرهن لا ضمان الغصب بخلاف ما اذا هلك بيد غيرهم بدون اذن من الراهن فانه يكون مضمونا على المرتهن ضمان غصب . وان جميع المصاريف اللازمة لحفظ المرهون من اجرة المحل واجرة الناطور ونحو تلك هي على المرتهن (م ٧٢٣) (٢) لان فائدة الحفظ تعود اليه فغرمه عليه ، حتى لو شرط ان يكون مصرف الحفظ على الراهن لا يعتبر الشرط ، وكذا لو شرط ان يدفع الراهن اجرة للمرتهن عن الحفظ يلغى الشرط ، وهذا بخلاف الوديعة على ما سيجيء فان شرط الاجرة صحيح . ووجه الفرق ظاهر .

واما المصاريف اللازمة لبقاء ذات المرهون كالعلف واجرة الراعى للحيوان ، وكمصاريف التعمير للعقار والمصاريف اللازمة لاصلاح منافعه كسقى البستان وتلقيح نخلها وتقليم اشجارها ،

(١) م ٧٢٢ : (على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او بمن هو أمينه كمياله وشريكه وخادمه) .

(٢) م ٧٢٣ (المصاريف التي تلزم لمحافظة الرهن كأجرة المحل والناطور على المرتهن) .

فكلها لازمة على الراهن لان المرهون ملكه والثمار والمنافع عائدة اليه فعليه مؤنتها لان الغرم بالغنم .

واذا صرف كل من الراهن والمرتهن ما يجب على الثانى بدون اذنه او اذن الحاكم كان متبرعا ، واما اذا صرف باذن منه فانه يرجع بما صرف ، وكذلك لو امتنع احدهما من صرف ما يجب عليه فراجع الآخر الحاكم فأمره بالصرف من ماله ، فانه يرجع عليه بما صرف .

العدل وحفظ الرهن فى بـره :

العدل هو من ائتمنه الراهن والمرتهن واودعاه الرهن (م ٧٠٥) (١) او من اودعه الحاكم الرهن (م ٧٥٥) (٢) وليس المراد من العدل فى باب الرهن ما جاء فى المادة (١٧٠٥) (٣) والبحث فى هذا الموضوع من ثلاثة وجوه :

(١) م ٧٠٥ : (العدل هو الذى ائتمنه الراهن والمرتهن وسماه واودعاه الرهن) .

(٢) م ٧٥٥ : (اذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضى الطرفين وان لم يحصل بينهما الاتفاق فالحاكم يضعه فى يد عدل) .

(٣) م ١٧٠٥ : (يشترط ان يكون الشاهد عدلا . والعدل من تكون حسناته غالبية على سيئاته بناء عليه لا تقبل شهادة من اعتاد حالا وحركة تخل بالناموس والمروءة كالرقاص والمسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب) .

- ١ - من يصلح ان يكون عدلا في الرهن ومن لا يصلح .
 - ٢ - ما للعدل ان يفعله في الرهن وما ليس له ان يفعله فيه .
 - ٣ - ما ينزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينزل به .
- من يصلح ان يكون عدلا : يشترط في العدل ان يكون عاقلا مميزا ، والا يكون نفس الراهن حقيقة او حكما . وعليه فالصغير غير المميز ، والبالغ غير العاقل لا يصلح ان يكون احدهما عدلا ، كما ان احد الاشخاص الآتية اوصافهم لا يصلحون للعدالة في الصور الآتية :

- ١ - الراهن قبل ان يقبض المرتهن الرهن (حتى لو شرط بقاء الرهن بيد الراهن فسد العقد) ولكن لو قبض المرتهن الرهن ثم اودعه الراهن فانه يصح .

٢ - المكفول عنه : والرهن للكفيل

٣ - الكفيل » للمكفول عنه

٤ - رب المال » للمضارب

٥ - المضارب » لرب المال

- ٦ - احد الشركاء في المفاوضة او العنان . والرهن للشريك

الآخر في دين التجارة .

ما للعدل ان يفعله : للعدل ان يمسك الرهن بيده او بيد من يحفظ ماله بيده ، وله ان يبيع الرهن وزوائده وما قام مقامه اذا كان مأذونا بذلك او خيف التلف فاذن الحاكم بالبيع ، ومثال ما قام مقام الرهن ما اذا كان المرهون عبدا فقتله عبد فان القاتل يقوم مقامه بجنايته . واذا باع العدل الرهن كان الثمن رهنا عنده ، واذا استحق المبيع بعد هلاكه رجع المشتري بما ضمن عليه ، وهو يرجع على الراهن بما ضمن او على المرتهن بما اوفاه من الثمن ان كان قد سلم اليه الثمن او شيئا منه ، اما اذا هلك الثمن بيده قبل التسليم فليس له الرجوع الا على الراهن لانه وكيل عنه وعامل له فكانت عهدة عمله عليه لا على غيره .

وليس للعدل ان يدفع الرهن الى الراهن او المرتهن بدون اذن الآخر (م ٧٥٢) (١) فان اعطاه كان له استرداده واذا تلف قبل استرداده ضمن العدل مثله ان كان مثليا وقيمه يوم اعطائه ان كان قيميا ، ثم بوضع المثل او القيمة في يد العدل الاول ان اتفقا عليه او بيد عدل آخر يتفقان عليه ، وان لم يتفقا على احد يراجع الحاكم فيضعه في يد عدل يختاره . وليس له ان يتنفع به او

(١) م ٧٥٢ : (يد العدل كيد المرتهن يعنى لو اشترط الراهن والمترهن ايداع الرهن عند امين ورضى الامين وقبض الرهن تم الرهن ولزم وقام الامين مقام المرتهن) .

يتصرف فيه بدون اذن وليس له ان يتمتع عن البيع ان كان تسليطه على البيع قد وقع فى صلب العقد ، اما اذا وقع بعد العقد فله الامتناع .

ما ينزل به العدل عن الوكالة : لا ينزل العدل عن الوكالة بعزل الراهن اياه اذا كان مسلطا على بيع المرهون فى صلب العقد او بعده الا اذا رضى المرتهن ، وذلك لان الوكالة اذا كانت بالعقد كانت تابعة له فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما ينفرد بفسخ العقد ، واذا كانت بعد العقد فقد تعلق بها حق الغير وكذا لا ينزل بموت الراهن او المرتهن لان الوكالة تابعة لعقد الرهن وهو لا يبطل بموت احد العاقلين فكذا التابع لا يبطل ، وينزل بغير ذلك من موجبات عزل الوكيل كتجننه او عجزه عن العمل .

ثم ان العدل قائم مقام المرتهن من حيث الحفظ فعليه ان يحفظ المرهون بالصورة التى يجب على المرتهن حفظه بها واذا تعدد العدول كان الحكم كما لو تعدد المرتهنون فان كان المرهون قابلا للقسمة حفظ كل منهم قسطا ، والا تناوبوا الحفظ .

واعلم ان ليد العدل اعتبارين فهى باعتبار قائمة مقام يد المرتهن (م ٧٥٢) فيكون قبض العدل كقبض المرتهن يتم به الرهن

واذا تلف المرهون في يده كان كما لو تلف بيد المرتهن ، وهي باعتبار آخر قائمة مقام يد الراهن فاذا استحق المرهون بعد تلفه كان للمستحق ان يضمن الراهن باعتباره غاصبا او العدل باعتباره غاصب الغاصب وهذا بخلاف العدل في قضية البيع في صورة ما اذا اتفق البائع والمشتري على وضع المبيع بيد العدل الى ان يوفى المشتري الثمن فان هذا الاتفاق صحيح ولا تدخل القضية في باب الرهن ولم يزل المبيع مضمونا بالثمن ، ويد العدل هنا قائمة مقام البائع وحده فاذا هلك المبيع فسد البيع وسقط الثمن .

واذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضى الطرفين وان لم يتفقا على احد يراجع الحاكم فيضعه في يد عدل يختاره (م ٧٥٥) .

ما يخرج به المرهون عن حكم الرهن

يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن :

١ - بالاقالة ، الا انه لا يبطل بمجرد الاقالة من العاقلين بل بعد ان يرد المرتهن الرهن الى الراهن بعد الاقالة ، لان عقد الرهن لم يتم الا بالقبض فلا يتم فسخه بدون فسخ القبض وفسخه يكون بالرد وللمرتهن حق حبس المرهون بعد الاقالة الى ان يستوفى دينه .

٢ - بالابراء عن الدين .

٣ - بايجار الراهن المرهون بأذن المرتهن ولو كانت الاجارة للمرتهن نفسه ، او ايجار المرتهن المرهون بأذن الراهن .

٤ - بهبة الدين للراهن او التصديق به عليه .

٥ - بهبة احد العاقلين المرهون او التصديق به بأذن الآخر .

٦ - بيع احد العاقلين المرهون بأذن الآخر ، ولكن يكون الثمن رهنا .

٧ - باستيفاء الدين ، الا انه لا يبطل الرهن بمجرد الاستيفاء بل بعد رد المرهون الى الراهن ، حتى لو هلك بيد المرتهن قبل رده وجب عليه ان يرد الى الراهن ما استوفاه منه .

اختلاف الراهن والمرتهن والعدل

أ - الاختلاف في الرهن او في تعيينه :

١ - القول قول المنكر للرهن مع اليمين .

٢ - القول قول المرتهن في تعيين الرهن فلو قال الراهن

ليس هذا هو المرهون وقال المرتهن هذا هو كان القول قوله .

ب - الاختلاف في رد الرهن وفي قدره وفي تلفه :

١ - القول قول الراهن لو ادعى المرتهن انه قد رد الرهن

الى الراهن بعد قبضه وانكر الراهن ذلك .

٢ - القول قول المرتهن لو ادعى ان الرهن قد تلف بيد

الراهن قبل قبضه وادعى الراهن انه قد تلف بيد المرتهن بعد

قبضه .

٣ - لو قال المرتهن رهنتي هذين الثوبين بالف درهم وقال

الراهن رهنت احدهما فقط يحلف كل منهما على دعوى صاحبه

لانهما اختلفا في قدر المعقود عليه ومثل هذا التخالف يوجب

التحالف بينهما فاذا تحالفا يرد الرهن الى الراهن واذا هلك قبل

التحالف فالقول قول المرتهن .

ج - الاختلاف في بيع المرهون وفي ثمنه :

١ - البيئة بينة العدل لو ادعى انه باع الرهن بالف مثلاً

وادعى الراهن ان المرهون لم يبيع بل انه هلك بيد العدل .
٢ - القول قول الوكيل والمرتهن اذا كان الدين الفا مثلاً
وادعى الوكيل بالبيع انه باع الرهن بتسعمائة وصدقه المرتهن ،
وادعى الراهن انه يبيع باكثر من ذلك .

٣ - القول قول المرتهن اذا ادعى الراهن ان المرهون يبيع
بالف وادعى الوكيل انه يبيع بتسعمائة وادعى المرتهن انه يبيع
بثمانمائة وكان قد قبض ثمانمائة فقط واليئة على الراهن .
د - الاختلاف فى كون المال رهناً او وديعة او صدقة او هبة :

١ - ترجح بيئة الرهن على بيئة الوديعة .
٢ - ترجح بيئة البيع على بيئة الرهن .
٣ - ترجح بيئة الهبة مع القبض على بيئة الرهن .
٤ - اذا ادعى احد انه اشترى هذا المال وقبضه وادعى
آخر انه رهن وقد قبض على الرهن واقاما اليئة فان كان المال
بيد الراهن ترجح بيئة مدعى الشراء ؛ وان كان بيد المرتهن ترجح
بيئة الرهن .

٥ - ترجح بيئة الصدقة مع القبض على بيئة الرهن .

بيع الرهن

بيع الرهن في حالتين :

اولا : لقضاء الدين ، فاذا كان الدين معجلا كان للمرتهن طلب الايفاء او بيع الرهن للايفاء متى شاء ، واذا كان الدين مؤجلا كان له ذلك عند حلول الاجل ، فاذا امتنع الراهن عن الاداء أمره الحاكم ببيع الرهن وايفاء الدين فان أبى باعه الحاكم واوفى الدين (م ٧٥٧) وان فضل شيء من الثمن رده الحاكم الى الراهن وان نقص الثمن عن الدين رجع المرتهن بالنقصان على الراهن وعهدة البيع تعود الى الراهن وان كان الحاكم هو المتولى للعقد ، لان تولية ذلك من جهة ولايته والنظر في حفظ الحقوق ولا يعد البيع الواقع من الراهن بامر الحاكم بيعا بالاكراه لان الاكراه على ما يأتي في المادة (٩٤٨) هو اجبار احد على ان يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالاخافة . وهنا وقع الاجبار لعمل حق واجب . ولا يعد بيع الحاكم بيع فضولى لان للحاكم ولاية ، فهو نافذ ، واذا كان الراهن غائبا غيبة منقطعة فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن ويستوفى الدين ، فاذا باع الحاكم الرهن وفضل شيء من الثمن ينصب الحاكم قيما عن الغائب ويضع الفاضل في يده ، واذا لم تكن غيبة الراهن منقطعة بان كانت حياته معلومة فعليه مراجعته اولا فان أبى عن الايفاء راجع

الحاكم على ما سبق ذكره ، وان كان مجهول المحل راجع
الحاكم فيبلغ للحضور بطريق الشر في الجرائد .

ثانيا - اذا خيف فساد الرهن فللمرتهن حينئذ بيعه باذن
الحاكم وابقاء ثمنه رهنا في يده ان لم يكن قد حل الدين ، والا
احتسب الثمن من الدين ان كان به ايفاء ورد الزائد الى الراهن
ان كان زائدا ، ورجع بالنقصان ، ان نقص عن الدين ، وليس له
ان يبيعه بدون اذن الحاكم لانه لا يجوز التصرف بمال الغير
بدون اذنه او اذن من له ولاية النظر في حفظ الحقوق والصيانة
من الاضرار ، فاذا باع بدون اذن الحاكم كان الراهن مخيرا فان
شاء اجاز البيع (وينفذ البيع اذا توفرت شروط الاجازة) وان شاء
فسخ البيع واسترد المبيع الى يد المرتهن ليقى رهنا عنده ، وان
شاء ضمن المرتهن مثله ان كان مثليا وقيمه ان كان قيميا ويبقى
المثل او القيمة رهنا بيده . ويستثنى من لزوم اذن الحاكم ما اذا
خيف الفساد ولم يكن في المحل حاكم او كان ولكن ليس في
الوقت متسع لمراجعته ، فيجوز للمرتهن البيع حينئذ مطلقا ، لانه
لو تلف المرهون يكون هو المتضرر او هو الاشد ضررا .

ويصح توكيل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع
الرهن لايفاء الدين وليس للراهن بعد ذلك عزل هذا الوكيل
كما انه لا ينزل بموت الراهن او المرتهن ، فاذا حل وقت الاداء

بيع الوكيل الرهن ويجرى الايفاء واذا أبى الوكيل البيع
يجبر الراهن على البيع فان أبى وعاند الراهن ايضا باعه الحاكم
واذا كان الراهن او ورثته غائبين يجبر الوكيل على البيع فان أبى
وعاند باعه الحاكم واوفى الدين (م ٧٦٠ و ٧٦١) (١) ثم ان هذا
الوكيل يبيع الرهن يجب ان يكون حائزا للشروط اللازمة لصحة
الوكالة وهى ان يكون عاقلا بالغا او مميزا ، قادرا على ايفاء العمل
والا فلا يعتبر وكيلا .

ويفترق الوكيل ببيع الرهن عن الوكيل ببيع غير الرهن
من وجوه :

- ١ - ان الوكيل يبيع الرهن يجبر على البيع والثانى لا يجبر .
- ٢ - ان الاول لا ينزل بعزل الموكل اياه والثانى ينزل .
- ٣ - ان الاول لا ينزل بموت احد العاقلين والثانى ينزل .
- ٤ - للوكيل ببيع الرهن ان يحول بدل المبيع اذا كان من
غير جنس الدين الى ما هو من جنس الدين ، والوكيل بالبيع
العادى لا يستطيع ذلك .

(١) م ٧٦٠ : (مر ذكرها) م ٧٦١ : (الوكيل لبيع الرهن يبيع
الرهن اذا حل اجل الدين ويسلم ثمنه الى المرتهن فان أبى الوكيل يجبر
الراهن على بيعه اذا أبى وعاند الراهن ايضا باعه الحاكم واذا كان الراهن
او ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فان عاندا باعه الحاكم) .

ما يقترح قبوله من الاصلاح

- ١ - ان يعتبر العقد تاما بالايجاب والقبول وحدهما وان يعتبر لازما بالنظر الى الراهن ولو لم يحصل القبض ، فاذا تم الرهن بالايجاب والقبول يجبر الراهن على تسليم الرهن الى المرتهن اذا طلب المرتهن ذلك . وهذا موافق لرأى المالكية .
- ٢ - ان يعتبر المرهون امانة بيد المرتهن لا يتحمل تبعته اذا هلك بدون تعد او تقصير . وهذا موافق لمذهب الشافعية .
- ٣ - ان يباح عقد رهن جديد على نفس المرهون اذا قبل المرتهن الاول بذلك فيصبح المرهون رهنا لدى مرتين . وهذا لا تأباه القواعد التى جرت عليها المجلة فانها قد جوزت رهن الشئ الواحد بعقد واحد عند مرتين وجوزت الزيادة فى بدل الرهن عند المرتهن . وما هذا فى الحقيقة الا بحكم رهن جديد .

التأمين

بعد ان انهينا الكلام عن عقد الرهن واحكامه يجدر بنا ان نلحقه ببحث موجز عن عقد التأمين واحكامه وبيان الفروق بينه وبين عقد الرهن . ونجمل الكلام فى المواضيع الآتية : -

- ١ - تعريف التأمين ، وشروطه .
- ٢ - احكام التأمين .
- ٣ - طريقة التأمين .
- ٤ - الفروق بين عقد التأمين وعقد الرهن .

تعريف التأمين :

هو عقد يتضمن جعل عقار معين وثيقة للدين يستوفى الدائن دينه من ثمنه اذا امتنع المدين العاقد عن ايفاء الدين عند حلوله .

شروط التأمين :

أ - ان يكون كل من العاقلين شخصا حقيقيا اهلا للتصرف او شخصا حكما مأذونا له بالتصرف بالعقار حسب قانون تسجيل الاموال غير المنقولة رقم (٣٤) لسنة ١٩٢٩ .

ب - ان يكون المال المؤمن عقارا ؛ سواء كان مملوكا او ارضا اميرية مفوضة او معطاة بحق الزمة او ارضا اميرية ارصد حق التصرف فيها على جهة خيرية ، او كان من المسققات ذات الاجارتين فالعقار المملوك ينظر في تأمينه الى حق الملكية فيه وفي الانواع الباقية ينظر الى حق التصرف فيها . فالتأمين في الحقيقة انما يرد على هذه الحقوق .

ج - ان يجرى عقد التأمين في مجلس الطابو . وهو ان يجرى التقرير بحضور موظف الطابو المختص ، في دائرة الطابو ، او في محل آخر بطريق النيابة المأذون بها قانونا .
والتأمين يجرى في المستقل او المشاع من العقارات الآنفه الذكر .

أحكام التأمين :

١ - ان الملك المؤمن يبقى وثيقة للدين الى ان يتحقق الایفاء .

٢ - يجوز ان يتعدد عقد التأمين على ملك واحد ، ويعتبر التأمين الاول حينئذ ذا درجة اولى ، والثانى ذا درجة ثانية ؛ والثالث ذا درجة ثالثة ؛ وهكذا . وهذه التأمينات المتعددة يكتسب بعضها الرجحان على بعض حسب درجاتها ، عند الایفاء من ثمن الملك المؤمن .

٣ - لاصحاب التأمين حق الامتياز على غيرهم من الدائنين كما ان لبعضهم امتيازاً على بعض حسب درجاتهم ، على ما مر ذكره .

٤ - ليس للدائن المؤمن اجبار المدين على اداء الدين قبل حلول اجله .

٥ - اذا حل اجل الدين فليس للدائن ان يبيع الملك المؤمن بل عليه مراجعة دائرة الطابو لذلك ودائرة الطابو حينئذ تبلغ المدين بلزوم ایفائه الدين خلال اسبوع من تاريخ تبلغه حسب الطريقة المقررة فى اصول المرافعات الحقوقية للتبليغ ، واذا كان المدين متوفى فالتبليغ المذكور يجرى لاحد الورثة او احد الاوصياء

وكما يعتبر التبليغ الى نفس المدين او وارثه او وصيه يعتبر اذا جرى لمحل اقامتهم . واذا كان المدين مفلسا فالتبليغ المذكور يكون لو كلاء الطابق (سنديك الماسة) . فاذا لم يوف الدين خلال اسبوع تباع دائرة الطابو الملك المؤمن بعد وضعه بالمزايدة خمسة واربعين يوما فتحيله موقتا لمن رسبت عليه المزايدة . ثم تضعه بالمزايدة خمسة عشر يوما ولا يقبل الضم الاول فى هذه المزايدة الا اذا كان مبلغ الضم ثلاثة بالمائة على ما بلغت اليه المزايدة الاولى . فاذا انتهت المدة المذكورة يحال الملك قطعيا على من رسبت عليه المزايدة .

٦ - ان الابنية والاشجار والكروم القائمة فى الملك المؤمن ، او التى تحدث فيه بعد عقد التأمين تعتبر تابعة للملك المؤمن وداخله فى عقد التأمين تبعا .

٧ - يجوز للدائن ان يملك حق امتيازده فى الملك المؤمن مع دينه الى شخص آخر ويخرج هو من الدين فيصبح هذا الآخر هو الدائن وهو ذو الامتياز فى الملك المؤمن . ولكن يشترط لذلك ان يجرى هذا التمليك فى دائرة الطابو مع رضا المدين بذلك .

٨ - يجوز للمدين ان يبيع الملك المؤمن لمن يقبل حوالة الدين عليه مع بقاء حق التأمين على الملك .

٩ - ان الزوائد والمنافع التى تنشأ عن الملك المؤمن تعود لصاحب الملك وليس للمؤمن الدائن اى حق فيها ، كما ان الاضرار التى قد تطرأ على الملك المذكور يتحملها صاحب الملك وليس على الدائن المؤمن شىء منها .

١٠ - ليس للدائن المؤمن ان يحبس الملك المؤمن بيده بل يبقى بيد مالكة ينتفع به او يستغله .

١١ - يجوز للمدين ان يؤدى الدين ويفك الملك من حكم التأمين ، قبل حلول الاجل . واذا أبى الدائن ذلك فللمدين ان يضع مبلغ الدين مع مقدار الضرر - اذا كان ذلك مشروطا فى سند التأمين - فى احدى المؤسسات المالية التى تعترف بها الحكومة ، باسم دائرة الطابو ويقدم صك القبض الى دائرة الطابو فتجربى الدائرة عند ذلك معاملة الفك ، وتبلغ الدائن بالامر كى يراجع لاختذ حقه المودع .

١٢ - اذا حل أجل الدين ، او اصبح الدين معجلا بسبب تحقق شرط يفسخ بتحقيقه عقد التأمين ، من الشروط المدرجة فى السند ولم يقم المدين بايفائه ولم يكن قد طلب احد الدائنين الآخرين او احد ورثتهم ، او صاحب الدرجة الاولى فى التأمينات المكررة ، يبيع الملك المؤمن ، فان لصاحب الدرجة الثانية الذى (مجلة م - ١١)

حل دينه ان يطلب من دائرة الطابو بيع الملك لايفاء الدين ، من دون حاجة الى مراجعة المحكمة حتى ولو كان المدين قد توفى او قد افلس . وعلى دائرة الطابو عند ذلك ان تقوم بأمر البيع على الوجه الذى سبق ذكره .

طريقة التأمين :

اذا اريد وضع عقار تأميننا لدين ، فيلزم فى بادىء الامر ان يقدم الى دائرة الطابو بيان مصدق من البلدية يتضمن كون العقار المذكور مأجورا او غير مأجور ، واذا كان مأجورا فان يتضمن مدة الاجارة . فاذا كانت مدة الاجارة اطول من مدة المدائنة فلا يقبل وضع العقار تأميننا الا اذا اخذ تصريح من المستأجر على موافقته بان تجرى الاحكام القانونية للتأمين عند انتهاء مدة التأمين ، او تصريح من الدائن بموافقته على الا يعقب المعاملات الاجرائية الا بعد ختام مدة الاجارة .

واذا صح لعقار ان يوضع تأميننا لدين فان دائرة الطابو تنظم سند المدائنة نسختين محتويا على المعاملات المقررة للتأمين ويدرج فى السند محل الاقامة الذى يلزم ان يعينه لنفسه كل واحد من الطرفين ، وبعد اخذ تقرير العاقلين بحضور الشهود تصدق النسختان ويعطى كل واحد من الطرفين نسخة وهذه السندات

المصدقة يعمل بمضمونها فى المحاكم وفى سائر دوائر الدولة بلا
بينة .

الفروق بين التأمين والرهن :

١ - ان الرهن يجرى فى المنقول وغير المنقول ، والتأمين
لا يجرى الا فى غير المنقول .

٢ - للمرتهن حق حبس المرهون فى يده ، وليس للدائن
ذلك فى التأمين .

٣ - المرهون اذا هلك بيد المرتهن او فى يد العدل يهلك
على المرتهن بالاقل من قيمته ومن الدين ، والعقار الموضوع تأمينا
اذا هلك فانه يهلك على مالكة .

٤ - زوائد المرهون تكون مرهونة تبعا ، وفى صورة
التأمين لا تكون الزوائد داخلة فى حكم التأمين تبعا .

٥ - المرهون لا يتكرر عليه الرهن ، والتأمين يجوز ان
يتكرر على عقار واحد .

٦ - المرهون لا يجوز لدائرة الطابو مباشرة بيعه اذا كان
الراهن قد توفى بل لابد لذلك من حكم المحكمة المختصة ، وفى

التأمين تباشر دائرة الطابو البيع مطلقا على الوجه الذى سبق ذكره
بناء على مراجعة الدائن .

هذه أهم الفروق وقد تظهر فروق اخرى عند المقارنة بين
شروط الرهن واحكامه من جهة وشروط التأمين واحكامه من
جهة .

الامانات

كتاب الامانات

الامانات

الامانات جمع امانة وهى المال الذى دخل فى يد شخص بأذن مالكة حقيقة او حكما بلا تمليك ولا توثيق ، فقولنا حقيقة يشمل الوديعة والاعارة فان الاذن فيهما حقيقى ، وقولنا حكما يشمل اللقطة لان اذن المالك فيها حكمى ، وقولنا بلا تمليك يخرج المبيع بيد المشتري ، وقولنا ولا توثيق يخرج المرهون بيد الراهن . والامانات تكاد تنحصر استقراء بما يلى :

الوديعة ، العارية ، اللقطة ، مال الوقف بيد المتولى ، مال اليتيم بيد الوصى ، المأجور بيد المستأجر ، المستأجر فيه بيد الاجير الخاص ، المستأجر فيه بيد الاجير المشترك على رأى أبى حنيفة ، وعلى رأيهما شبه امين من حيث انه عندهما لا يضمن لو هلك بلا فعله واما لو هلك بفعله ضمن ولو بدون تعد او تقصير منه وقد اخذت المجلة بذلك ، المبيع باطلا بيد المشتري ، والمقبوض على سوم النظر ، ومال المضاربة بيد المضارب ، ومال الشركة بيد الشريك ، والمال المستحصل بطريق الوكالة بيد الوكيل ، والمال بيد الموصى له بالانتفاع به ، ومال بيت المال بيد الموظف عليه ؛ والمال الذى ادخلته الصدقة بيد احد . ويسمى من بيده الامانة امينا . ثم ان الامانات من حيث تعلقها بالعقد على ثلاثة انواع :

١ - ما كان امانة بعقد كالوديعة .

٢ - ما كان امانة ضمن عقد ، كالمأجور بيد المستأجر والعارية بيد المستعير ، فان العقد فيهما قد وقع على المنفعة غير ان المنفعة لا تستحصل الا بالاستحواذ على المأجور والعارية ، فيدخلان في يد المستأجر والمستعير تبعا لعقدى الاجارة والاعارة .

٣ - ما لا رابطة له بعقد لا اصاله ولا تبعا كاللقطة .

ثم هي من وجهة الضمان على نوعين :

(أ) ما يرتفع حكم الضمان فيها بعد عودة الامين المعتدى الى الوفاق كالوديعة ؛ والمال بيد الوكيل بالبيع او الايجار او الاستئجار والمال بيد المضارب والشريك ، او المستعير للرهن فان الامين اذا خالف كانت يده يد ضمان ثم اذا عاد الى الوفاق عادت اليه يد الامانة ، فلو تجاوز المستعير للرهن مثلا اذن المعير من حيث تعيين المرتهن او بدل الرهن صار ضامنا ثم اذا عاد الى الوفاق رجع امينا .

(ب) ما لا يرفع الضمان فيها بالعودة الى الوفاق بعد المخالفة ، كالمأجور بيد المستأجر ، فلو استأجر الدابة الى بعقوبة مثلا ذهابا وايابا ، ثم تجاوز بها الى شهربان انقلبت يده الى ضمان حتى لو عاد الى الوفاق وهلك الدابة عند رجوعه من بعقوبة يضمن قيمتها . ووجه الفرق ان القبض في النوع الثاني لنفس

الامين ولفائده فاذا عاد الى الوفاق لا يعد انه قد رد الامانة الى يد صاحبها . وان القبض فى النوع الاول لفائدة صاحب المال فكانت يد الامين كأنها يد المالك فاذا عاد الى الوفاق يكون كأنه قد رد الامانة الى صاحبها فيبرأ من الضمان ، واما الرهن المستعار فان القبض فيه وان كان لنفس الامين الا انه من باب التبرعات ، وعدم الضمان فى العود الى الوفاق فيها هو الموافق للقصد من التبرع .

ان المقصود بالبحث فى كتاب الامانات فى المجلة هو الوديعة والاعارة واما الانواع الاخرى فلها ابواب خاصة ، الا انها من حيث كونها امانة تشترك فى الاحكام العامة للامانات فى هذا الكتاب ، كما انه قد بحثت المجلة عما يتعلق باللقطة ، لذلك سنقصر الكلام فى كتاب الامانات هذا على :

- ١ - ابحاث اللقطة .
- ٢ - وابحات الوديعة .
- ٣ - وابحات العارية .

اللقطة

البحث في اللقطة ينحصر في :

- ١ - تعريفها وركنها .
- ٢ - شروطها والمراسيم التي يلزم الملتقط القيام بها .
- ٣ - احكامها :
- أ - حكم اعادتها الى محلها بعد اخذها .
- ب - حكم تسليمها .
- ج - حكم الاتفاق عليها .

تعريف اللفظة وركزها

تعريف اللفظة :

هى المال الضائع الذى لم يعلم مالكة وليس مباحا فخرج بقولنا الضائع الحيوانات التى تجول حول القرى والمراعى ومنازل العشائر الرحل ، فمن اخذها يعد غاصبا • وخرج بقولنا وليس مباحا ، المال الذى التقاه احد وقال : كل من وجده فهو له فانه يكون مباحا لكل من سمع ذلك رأسا او بالواسطة ، مثال ذلك الدراهم التى تثر فى بعض الاعراس والمياه التى توضع فى الابهواب ليشرب منها المارة وكذا اثمار الاشجار التى تفرس فى المفاوز على ان تكون مباحة الثمر للمارة • وخرج بقولنا ولم يعلم مالكة ، المال الذى وجد فى محل وكان مالكة معلوما فانه امانة غير لقطة (م ٧٦٩) (١) فلا تترتب عليه احكامها ، وخرج بقولنا

(١) م ٧٦٩ : (اذا وجد شخص فى الطريق او فى محل آخر شيئا فأخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب فاذا هلك ذلك المال او ضاع ولو بلا صنع او تقصير منه يضمن اما لو اخذه على ان يرده لمالكه فان كان مالكة معلوما كان فى يده امانة ويلزم تسليمه الى مالكة وان لم يكن مالكة معلوما فهو لقطة ويكون فى يد ملتقطه امانة ايضا) •

(المال) اللقيط فانه ليس بمال ، وله احكام خاصة تطلب من كتب
الفقه .

أركان اللفظ :

واما اركانها فتلاثة : الالاقط وهو من اخذ اللقطة ، والملقوط
وهو المال المأخوذ ، واللقط وهو عمل الالتقاط .

شروط اللفظة

والمراسم التي يلزم الملتقط القيام بها

شروط اللفظة :

ان يكون الملتقط عاقلا ، فاذا التقطها عاقل بالغ فليس لغيره اخذها منه جبرا ، حتى لو اخذها منه احد جبرا كان له حق الدعوى عليه وطلب استردادها منه لان يده اسبق ، ولانه اذا كان فقيرا يثبت له حق تملكها بعد الاعلان على ما سيأتي الكلام عليه ، وكذا الحكم اذا كان صبيا مميزا ، حتى انه اذا كان مأذونا لزم عليه الاشهاد وكان على وليه او وصيه الاعلان .

المراسم التي يلزم الملتقط القيام بها :

ان المراسم التي يلزم الملتقط القيام بها هي الاشهاد والاعلان .

اما الاشهاد ، فيلزم على الملتقط ان يشهد حين اخذه للقطعة شاهدين مقبولي الشهادة بان يقول لهما : عندي شيء ضائع فاذا سمعتم احدا يطلبه فارشدوه الى او ما في معنى هذا ، حتى انه لو تجاوز محل الالتقاط ولم يشهد تعتبر يده يد ضمان ، اللهم الا اذا وجدها في محل لم يجد فيه من يشهده ، كما لو وجدها

فى مفازة او فى محل ليس فيه احد من المارة ، او كان هناك من يشهده الا انه يخاف غاصبا يغصبها منه بالقوة ، ففى هاتين الصورتين يعفى من الاشهاد ويصدق بيمينه انه التقطها ليحفظها لصاحبها .

ولم يشترط ابو يوسف الاشهاد واكتفى بيمين الملتقط انه التقطها ليردها الى صاحبها . والظاهر من المجلة اختيار قوله لانها لم تتعرض لامر الاشهاد (م : ٧٧٠) (١) .

واما الاعلان ، فهو ان يعلن الاقط امرها بنفسه او بواسطة المنادى فى المجامع العامة او بواسطة الصحف ، وعليه ان يكرر الاعلان وان كان يخرج من حكم الضمان بالاعلان مرة واحدة ، والمدة اللازم فيها تكرر الاعلان قيل سنة وقيل ان تقديرها مفوض الى رأى الاقط فهو يعلنها الى زمن يحصل فيه عنده غالب الظن بان صاحبها لا يطلبها ، واذا كانت من الاشياء السريعة الفساد كالفاكهة والاطعمة فالى زمن يحتمل فسادها فيه .

(١) م ٧٧٠ : (يلزم الملتقط ان يعلن انه وجد لقطة ويحفظ المال فى يده امانة الى ان يوجد صاحبها واذا ظهر احد واثبت ان تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها له) .

أحكام الالقطة

واما حكمها ، فهي امانة بيد الالقطة لا يضمنها اذا هلكت ،
الا اذا كان الهلاك بتعديه او تقصيره ، مع ملاحظة انه اذا كان
قد اخذها لنفسه يكون ضامنا مطلقا لانه يعتبر غاصبا (م : ٧٦٩) .

حكم اعادتها الى محلها بعد انهبها :

ولو اعادها الى محلها بعدما التقطها فان كان قد اخذها ليردها
الى صاحبها فعلى القول الراجح يبرأ من الضمان ، ومن الفقهاء
من قال ان اعادها قبل ان يتجاوز المحل برىء من الضمان ، وان
اعادها بعد ان تجاوز المحل كانت في ضمانه الى ان يتسلمها
صاحبها سالمة ، وان كان قد اخذها لنفسه فانه لا يبرأ من الضمان
اذا اعادها الى محلها مطلقا .

حكم تسليمها :

وبما انها امانة ، بيد الالقطة فعليه ان يسلمها الى صاحبها
اذا ظهر لها صاحب وطلب تسليمها من الالقطة ، ولا يخلو التسليم
من ثلاث صور :

الاولى ان يسلمها بعد ان يثبت مدعيها بالبينه انه مالکها .
والثانية ان يسلمها بعد ان يبين مدعيها جميع علاماتها كأن يبين

عدد النقود وجنسها ووعاءها اذا كانت اللقطة نقودا ، وفى هذه الصورة لا يجبر على تسليمها الى مدعيها بخلاف الصورة الاولى فانه يجبر على تسليمها اليه ، وفى الصورة الثانية له ان يطلب من مدعيها كفيلا اذا سلمها اليه بخلاف الصورة الاولى فليس له حق طلب الكفيل . والثالثة ان يصدق الملتقط المدعى بانها ماله . وفى الصورتين الاخيرتين اذا سلمها ثم ظهر لها طالب آخر اثبت بالبينه انها ملكه فان كان قائمة اخذها من واضع اليد عليها ، وان كانت قد هلكت كان له تضمين اللاقط او القابض غير انه اذا ضمن القابض فانه لا يرجع على احد ، وان ضمن اللاقط رجع على القابض ، وفى الصورة الاولى لا يرجع على اللاقط بل على القابض فقط .

وإذا لم يظهر للقطة صاحب بعد الاعلان فاللاقط مخير بالتصرف فيها على اربعة وجوه :

١ - ان يضعها فى بيت المال على ان تحفظ هناك الى ان يظهر صاحبها .

٢ - ان يستمر على حفظها ، وعند موته يوصى بحفظها الى ما شاء الله وان كانت تحتاج للبيع باعها ان شاء ، وان لم يبيعها حتى هلكت لا يلزم بشئ .

٣ - ان يسلمها الى الحاكم ، فان كانت قابلة للاقراض
اقرضها الحاكم مليا او اعطاها مليا ليضارب بها ، وان كانت
محتاجة للبيع باعها وحفظ ثمنها .

٤ - ان يتصدق بها على فقير ، واذا كان اللاقط نفسه فقيرا
فله ان يتصدق بها على نفسه او ولده او زوجته الفقيرين . واذا
ظهر لها مالك بعد التصديق بها فان اجاز الصدقة نفدت ، والا
فان كانت قائمة استردها وان هالكة فله تضمين اللاقط او الفقير ،
وايهما ضمن لا يرجع على الآخر بشيء . ولا يخفى ان تضمين
اللاقط بنافي قاعدة : الجواز الشرعي ينافي الضمان .

حكم التقاض على اللقطة :

ان اللاقط يعد متبرعا اذا انفق عليها بدون اذن الحاكم ،
واذا انفق عليها باذن الحاكم فان كان الحاكم قد شرط له
الرجوع على صاحبها فانه يرجع بالقدر المعروف ، والا فلا رجوع
له ايضا . وفي صورة الرجوع تبقى اللقطة محبوسة بيد اللاقط
كالرهن فله حق استيفاء دينه من ثمنها ، واذا هلكت بيده بعد
ما طلبها صاحبها منه سقط دينه ، ولكن اذا هلكت في يده من
قبل ان يطلبها صاحبها لا يسقط من الدين شيء ، واذا كانت
اللقطة قابلة للايجار يؤجرها اللاقط باذن الحاكم وينفق عليها
(مجلة م - ١٢)

من الاجرة ، وان لم تكن قابلة للايجار و كان فى حفظها منفعة لصاحبها امر الحاكم بالانفاق عليها عدة ايام ، والا باعها وحفظ الثمن .

واعلم : انه لا يجوز لاحد ان يأخذ مال غيره بدون اذن فاذا فعل يكون ضامنا له ، فيضمنه اذا هلك بنفسه او اتلفه هو او اجنبى ، سواء كان يعلم انه مال غيره او كان يظن انه ماله ، لانه يعد غاصبا حسب المادة (٨٨١) فيطبق عليه حكم المادة (٨٩١) (١) اما اذا كان قد اخذه باذن صاحبه صراحة او دلالة فانه يكون امانة بيده لا يضمنه الا بالتعدى او التقصير على ما هو الحكم فى سائر الامانات ويتفرع على ذلك ما يأتى :

١ - اذا اراد احد من آخر قرضا خمسين درهما مثلا فاعطاه ستين درهما سهوا فان سدس المال يكون امانة وخمسة اسداسه قرضا ، فاذا افرز القابض عشرة دراهم منها ليردها الى المقرض فهلكت ضمن خمسة اسداسها ، ولا يضمن السدس لانه امانة ،

(١) م ٨٩١ : (كما انه يلزم ان يكون الغاصب ضامنا اذا استهلك المال المغصوب كذلك اذا تلف او ضاع بتعديه او بدون تعديه يكون ضامنا ايضا فان كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته فى زمان الغصب ومكانه وان كان من المثليات يلزمه اعطاء مثله) .

والباقى فى يده على هذه النسبة ، خمسة اسداسه قرض وسدسه امانة .

٢ - اذا كان احد مدينا عشرة دراهم مثلا فاعطى دائنه (١٢) درهما سهوا فالدرهمان امانة لدى الدائن .

٣ - المقبوض بسوم النظر امانة .

٤ - ما قبضه المشتري بخيار التعيين يكون واحد منه مبيعا والباقى امانة .

٥ - المقبوض بالبيع الباطل امانة .

٦ - ما زاد على الدين مما قبض فى بيع الوفاء او الرهن امانة فاذا تلف لا يضمن الزائد .

٧ - المأجور امانة بيد المستأجر .

٨ - اذا هلك المأجور فيه بيد الاجير الخاص لا يضمن ، وفى العام خلاف ، سبق ذكره .

٩ - لو تناول احد كأسا من محل مأذون للدخول فيه ثم هلك بيده بلا تعد او تقصير لا يضمن .

١٠ - الوديعة بيد المستودع لا يضمنها اذا هلكت بلا تعد او تقصير .

١١ - العارية لا يضمنها المستعير اذا هلكت بلا تعد او

تقصير ، وكذا سائر الامانات . والسبب فى جميع ذلك هو ان

القابض قد قبض مال غيره باذن منه صراحة او دلالة (م ٧٧١) (١)
ويستثنى من هذا الحكم :

١ - المقبوض على سوم الشراء اذا ذكر الثمن . فاذا لم يذكر الثمن لا يكون مقبوضا على سوم الشراء ، بل على سوم النظر .

٢ - المقبوض من جهة البيع ؛ كما لو سلم البائع للمشتري شيئا ظانا انه المبيع فهلك في يده ثم تبين ان المبيع غيره ، فانه يضمن قيمة ما هلك .

٣ - المقبوض على سوم الرهن .

(١) م ٧٧١ : (اذا هلك مال شخص في يد آخر فان كان اخذه اياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال وان كان اخذ ذلك باذن صاحبه لا يضمن لانه امانة في يده الا اذا كان اخذ على سوم الشراء وسمى الثمن فهلك المال لزمه الضمان . مثلا اذا اخذ شخص ائنا بلور من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته واما اذا اخذه باذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد ائنا النظر وانكسر لا يلزمه الضمان ولو وقع ذلك الاثاء على آنية اخرى فانكسرت تلك الآنية ايضا لزمه ضمانها واما الاثاء الاول فلا يلزمه ضمانه لانه امانة في يده واما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الاثاء فقال له صاحب الدكان بكذا غرشا خذه ، فأخذه بيده فوقع وانكسر ضمن ثمنه وكذا لو وقع كأس الفقاعى من احد فانكسرت وهو يشرب لا يلزمه الضمان لانه امانة من قبل العارية واما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسرت لزمه الضمان) .

٤ - المقبوض وثيقة لدين كالرهن والمبيع وفاء او استغلالا والسبب فى الضمان هنا هو ان القبض المأذون به انما وقع على ان يكون للمقبوض عوض كما فى المسألة الاولى والثانية ، او ان يكون مضمونا كما فى الثالثة والرابعة .

ثم ان الاذن دلالة بحكم الاذن صراحة (م ٧٧٢) (١) ويتفرع على ذلك :

١ - من دخل حماما واستعمل الاوانى الموضوعه على الاحواض او اعطاها لآخر فانكسرت قضاء فلا ضمان على احد للاذن دلالة .

٢ - من دخل محلا فيه اشياء معروضة لايدي الداخلين لينظروها للشراء ، فاذا ضاع او هلك بلا تعد او تقصير شئ منها بينما كان الداخلون يتداولونها للنظر فيها ، فلا ضمان على احد لانهم مأذونون بذلك دلالة .

٣ - الحيوان المشترك اذا مرض واوصى البيطار بكيه فاذا

(١) م ٧٧٢ : (الاذن دلالة كالاذن صراحة واما اذا وجد النهى صراحة فلا عبرة بالاذن مثلا اذا دخل شخص دار آخر باذنه فوجد اناء معدا للشرب فهو مأذون دلالة بالشرب فاذا اخذ ذلك الاناء ليشر به فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه واما اذا نهى صاحب الدار عن الشرب به ثم اخذ يشرب به فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته) .

كواه احد الشركاء بغية الباقي فعطب الحيوان فلا ضمان
لوجود الاذن دلالة .

٤ - اذا تردى بعض الماشية فذبحه الراعى فلا ضمان عليه
للاذن دلالة .

٥ - اذا وضع احد لحما فى قدر ووضعه على الموقد فشعل
آخر النار تحتها فطبخه فانه لا ضمان عليه .

٦ - اذا دخل احد حديقة صديقه يسوغ له الاكل من
ثمارها وقطف الورد منها الا اذا منعه صراحة .

وعلى هذه الامثلة فقس ، غير انه اذا ورد نهى صاحب المال
لاحد بعد الاذن الصريح او الدلالى لا يجوز له اخذه ، واذا
اخذه يكون غاصبا يضمن بالهلاك مطلقا .

الوديعة

تنحصر مباحث الوديعة في :

- ١ - تعريفها واركان عقدها وشروطها .
- ٢ - احكامها .
- ٣ - كيفية حفظها والانفاق عليها .
- ٤ - تجهيل الوديعة .

تعريف الوديعة واركانها وشروطها

تعريف الوديعة :

هي المال الذي وضع عند شخص ليحفظه (م ٧٦٣) (١)
فالمقصود من الوديعة هو الحفظ ، فخرج من التعريف سائر
الامانات لان الحفظ فيها يراد تبعا ، والمقصود غيره ، فالمقصود
من العارية مثلا هو انتفاع المستعير منها ، وان حفظها مطلوب
تبعا ثم ان وضع احد المال بيد آخر لاحالة حفظه اليه يسمى ايداعا
ويسمى الواضع مودعا ، والمحال اليه الحفظ وديعا ومستودعا
(م ٧٦٤) (٢) والاحالة للحفظ تكون صراحة كقوله اودعت هذا
المال عندك ، او دلالة كما لو رأى شخص ظرف سمن ملقى فى
الطريق قد انحل وكاؤه وصار يجرى منه السمن وصاحبه غائب
فاخذه ذلك الشخص بقصد حفظه فانه يكون وديعة حتى انه لو
تركه بعد ذلك يسهل يضمن ، واحالة الحفظ هنا دلالية ، ومثل
هذا اللقطات فان احالة الحفظ فيها من طريق الدلالة .

(١) م ٧٦٣ : (الوديعة هو المال الذي يوضع عند شخص لاجل
الحفظ) .

(٢) م ٧٦٤ : (الايداع هو احالة المالك محافظة ماله لآخر ويسمى
المستحفظ مودعا « بكسر الدال » والذي يقبل الوديعة وديعا ومستودعا
« بفتح الدال ») .

أركان العقد في الوديعة :

يتحقق عقد الايداع بالايجاب والقبول وليس لهما الفاظ مخصوصة بل كل ما دل على الالتزام بحفظ المال والالتزام به يصلح ايجابا وقبولا ؛ كأن يقول المودع اودعتك هذا المال او احفظ هذا الشيء لى او خذ هذه العين وديعة عندك او نحو ذلك ، فيقول الوديع قبلت او رضيت او نحوهما . ولا فرق بين ان يكون الايجاب او القبول صراحة وبين ان يكون دلالة ، الا ان الصراحة اذا عارضت الدلالة لا يبقى لها حكم ، فلو وضع احد ماله فى دكان فرآه صاحب الدكان فرد الايداع لا يتحقق العقد . وهل ان صاحب الدكان لو اخذ المال عنده بعد ما رد يكون قبولا معتبرا ؟ ذهب البعض الى عدم اعتبار ذلك فيكون غاصبا لو اخذه بعد الرد . وذهب البعض الى ان اخذه المال بعد الرد يعتبر قبولا فيكون وديعا ، وهو الرأى الراجح ويتحقق العقد ايضا بالتعاطى والكتابة واشارة الاخرس .

وللمستودع ان يودع عند غيره باذن المودع صراحة او دلالة ويتفرع على ذلك ما اذا وضع احد ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه ويقوا ساكتين صار المال وديعة عندهم جميعا حتى لو انصرفوا وتركوا المال فتلّف ضمنوا جميعا

ولكن لو قام احدهم قبل اصحابه يكون قد اودع حصته من الوديعة عند اصحابه بأذن المودع دلالة وهكذا لو قام الباقيون واحدا بعد واحد فان الحفظ يتعين على من بقى آخره ويصير المال وديعة عنده وحده (م ٧٧٣) (١) ولا تعارض بين هذه المادة والمادة (٧٩٠) (٢) لان ايداع بعض افراد الجماعة حصته من الوديعة عند بعضهم انما وقع بأذن المودع دلالة فان الظاهر من

(١) م ٧٧٣ : (ينعقد الايجاب والقبول صراحة او دلالة مثلا اذا قال صاحب الوديعة اودعتك هذا الشيء او جعلته امانة عندك فقال المستودع قبلت انعقد الايداع صراحة وكذا لو دخل شخص خانا فقال لصاحب الخان اين اربط دابتي فأراه محلا فربط الدابة فيه انعقد الايداع دلالة وكذلك اذا وضع رجل ماله في دكان فرآه صاحب الدكان وسكت ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة واما لو رد صاحب الدكان الايداع بان قال لا اقبل فلا ينعقد الايداع حيثئذ وكذا اذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا ساكتين صار ذلك المال وديعة عند جميعهم فاذا قاموا واحدا بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحل فيما انه يتعين حيثئذ الحفظ على من بقى منهم آخره يصير المال وديعة عند الاخير فقط) .

(٢) ٧٩٠ : (ليس للمستودع ايداع الوديعة عند آخر بدون اذن واذا اودعها فهلكت صار ضامنا ثم اذا كان هلاكها عند المستودع الثاني بنقصير او تعد منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الاول وان شاء ضمنها للثاني فاذا ضمنها للمستودع الاول فيرجع على الثاني بما ضمنه) .

وضع ماله لديهم قصد حفظه مطلقا اى سواء كان باجتماعهم على الحفظ او بانفراد بعضهم به . ثم ان عقد الايداع من العقود غير اللازمة فلكل من العاقلين فسخه متى شاء (م ٧٧٤) (١) الا اذا وقع الايداع مقابل أجرة فانه يدخل حينئذ فى باب الاجارة ويكون الوديع اجيرا .

شروط عقد الوديع :

منها ما يعود الى الوديعة ومنها ما يعود الى المودع ومنها ما يعود الى المستودع . اما ما يعود الى الوديعة فان تكون قابلة لوضع اليد عليها (م ٧٧٥) (٢) فلو لم تكن كذلك كأن كانت حيوانا شاردا او طيرا طار بعد صيده او سمكا صاده احد ثم رماه فى البحر لا يعتبر الايداع .

ولا يشترط العلم بجنس الوديعة ولا نوعها ولا قدرها بل يجوز تسليم الوديعة فى صندوق مغلق من غير ان يعلم الوديع ما فيه . واذا ادعى صاحبها نقصان شئ منها ولم يكن فى الظرف الذى هى فيه ما يدل على فتحه ولم يدع المودع خيانة ولا بينة له فلا يصدق ، ولا يلزم تحليف المستودع ؛ وان ادعى الخيانة واقام

(١) ٧٧٤ : (لكل من المودع والمستودع فسخ الايداع متى شاء) .

(٢) م ٧٧٥ : (يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة

للقبض فلا يصح ايداع الطير فى الهواء) .

البينة على صحة دعواه حكم له بما يدعيه ؛ وان ادعى الحيانة ولكنه لم يقم البينة يحلف الوديع على انه لم يخن فان حلف يبرأ والا حكم عليه بما يدعيه المودع . واما ما يعود الى المودع والمستودع فان يكونا عاقلين مميزين ؛ (م ٧٧٦) (١) ولا يشترط فيهما البلوغ ؛ غير انه يشترط في الوديع اذا لم يكن بالغاً ان يكون مأذوناً له بالتجارة او بقبول الوديعة المعينة وعندئذ اذا اهمل حفظها فهلكت او ضاعت او استهلكها ضمنها لانه بالاذن صار اهلاً لحفظ المال فيلزم به متى قبله ؛ فان كان غير مأذون له بالتجارة لا يعتبر قبوله لانه ليس اهلاً للحفظ ، ولذا منع من حفظ امواله فان قبلها واستهلكها او هلكت باهماله فعند محمد لا يضمنها لان ايداع الاموال عند من ليس اهلاً لحفظها اهلاك لها من المودع معنى كما اذا رماها في البحر او البرية او اتلفها بصنع نفسه ، وعند ابي يوسف يضمنها ان استهلكها لانه اذا لم يصح العقد يكون كمن استهلك مال الغير تعدياً بلا عقد وهذا يجب عليه الضمان ولو كان صبياً محجوراً . وقول ابي يوسف هو الراجح .

(١) م ٧٧٦ : (يشترط كون المودع والمستودع عاقلين مميزين واما كونهما بالغين فليس بشرط فلا يصح ايداع المجنون والصبي غير المميز ولا قبولهما الوديعة واما الصبي المميز المأذون فيصح ايداعه وقبوله الوديعة) .

أحكام الوديعة

للوديعة حكمان : الاول كونها امانة بيد الوديع ، والثاني وجوب حفظها عليه والبحث عن الحفظ في موضوعين : الاول فيمن يحفظ الوديعة ، والثاني فيما يحفظ فيه . فالوديعة امانة بيد الوديع فاذا هلكت بيده او تعييت بلا تعد منه او تقصير فلا ضمان عليه الا انه اذا كان وديعا بأجرة فانه يخرج عن كونه مستودعا صرفا بل يكون اجيرا على الحفظ فيضمن اذا هلكت الوديعة لسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة لانه يعتبر حينئذ مقصرا في الحفظ المقصود بالعقد (م ٧٧٧) (١) . وكل مالا يرضى به المودع صراحة او دلالة في حق الوديعة من افعال الوديع يعتبر تعديا منه عليها كإيداعها عند آخر بلا اذن المودع فاذا هلكت الوديعة

(١) م ٧٧٧ : (الوديعة امانة في يد الوديع بناء عليه اذا هلكت بلا تعد من المستودع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ فلا يلزم الضمان الا انه اذا كان الايداع بأجرة على حفظ الوديعة فهلكت او ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها مثلا لو وقعت الساعة المودعة من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان اما لو وطئت الساعة بالرجل او وقع من اليد عليها شيء فانكسرت لزم الضمان كذلك اذا اودع رجل ماله عند آخر واعطاه اجرة على حفظه فضاع المال بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة فيلزم المستودع الضمان) .

او نقصت قيمتها بسبب تعدى الوديع او تقصيره لزمه الضمان (م ٧٨٧) (١) وهى لا تخلو من ان تكون نقودا او غيرها فاذا كانت نقودا تعينت بنفسها فلو صرفها المستودع من غير اذن المودع ضمنها ، حتى انه لو وضع مقدارها فى محلها بعد ما صرفها لا يخرج عن حكم الضمان ، لان ما وضعه هو ماله لا مال المودع فيبقى الضمان لازما عليه مطلقا فاذا سرق ما وضعه فى محلها لا يخرج من الضمان ، ولو صرف نصفها مثلا ووضع مقداره فى محل الوديعة فان وضعه مفرزا عن النصف الثانى ثم سرق الكل ضمن مقدار النصف الذى صرفه وبرىء من النصف الثانى ، لانه هلك امانة ، وان خلط بدل ذلك المقدار الذى صرفه بالباقى من الوديعة فسرق الكل ضمن الجميع ، ولو سرق البعض ضمن

(١) م ٧٨٧ : (اذا هلك الوديعة او نقصت قيمتها بسبب تعدى المستودع او تقصيره لزمه الضمان مثلا اذا صرف المستودع نقود الوديعة فى امور نفسه او استهلكها ضمنها وبهذه الصورة اذا صرف النقود التى هى امانة عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود فى الكيس المعد لها فهلك او ضاعت بدون تعد او تقصير منه ضمن وكذا لو ركب دابة الوديعة بدون اذن المودع فهلك وهو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعة السير فوق الوجه المعتاد او بسبب آخر او بلا سبب وكذا يضمنها اذا سرقت وكذا اذا وقع حريق ولم ينقل الوديعة الى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحترقت ضمنها) •

هذا البعض ، لانه بالخلط صار متعديا بحكم المادة (٧٨٧) فيترتب عليه الضمان . وان كانت الوديعة غير نقود فكذلك اذا استعملها بدون اذن المودع فهلكت ضمنها وان نقصت ضمن النقصان ، الا انه اذا عاد الى الوفاق من غير ان تنقص الوديعة شيئا ثم هلكت او نقصت فلا ضمان عليه لعود الامانة الى يده الا ان عليه ان يثبت عوده الى الوفاق بالبينة ، واذا قصر الوديع في الحفظ ضمن كما لو احترقت داره وكان في وسعه نقل الوديعة فلم يفعل فاحترقت فانه يضمن .

ما يعتبر تعدياً أو نقصيراً من أفعال الوديع :

منها خلط الوديع الوديعة بمال آخر (م ٧٨٨) (١) بدون اذن المودع ، لان الخلط اتلاف معنى ، فاذا خلط المستودع الوديعة بماله او بمال غيره بحيث لا يتيسر تمييزها ضمنها ، اما اذا تيسر فلا ، لعدم الاتلاف لا حقيقة ولا حكما . ثم ان الخلط لا يخلو من ان يكون بين جنسين يسهل التفريق بينهما كالرمان مع

(١) م ٧٨٨ : (خلط الوديعة بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها وتفريقها عنه بدون اذن المودع يعد تعديا بناء عليه لو خلط المستودع دنائير الوديعة بدنائير له او دنائير وديعة عنده لآخر متماثلة بلا اذن فضاقت او سرقت لزمه الضمان وكذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط « انظر المادة ٥٣ ») .

البرتقال ، او يعسر التفريق بينهما كالحنطة مع الشعير ، او يتعذر كالسمن والزيت ، او ان يكون بين افراد جنس واحد كالحنطة مع الحنطة ؛ فالصور اربع : ففى الصورة الاولى لا ينقطع حق المالك بالاتفاق ولا يلزم الخلط الضمان ، وفى الصورة الثانية والثالثة ينقطع حق المالك بالاتفاق ويضمن الوديع بالخلط ، وفى الصورة الرابعة ينقطع حق المالك ويضمن الوديع عند ابى حنيفة وهو الراجح وعليه المجلة ، وعند ابى يوسف ومحمد لا ينقطع حقه اذا كان المخلوط غير سائل بل يخير بين ان يكون شريكا بقدر حصته وبين ان يضمن الوديع ، وان كان سائلا فكذلك عند محمد ، وعند ابى يوسف يتبع الاقل الاكثر فصاحب الاكثر يملك الجميع ويدفع قيمة الاقل لصاحبه . اما اذا كان الخلط باذن المودع او كانت الوديعة قد اختلطت مع مال آخر بغير صنع الوديع كما اذا تهرى الكيس الذى فيه الوديعة داخل صندوق فيه دنائير اخرى للمستودع مماثلة لها فاختلط المالان ، اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنائير كل منهما قدر حصته ، فاذا هلك او ضاعت بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان (م ٧٨٩) (١) والوجه فى تكون هذه الشرعة بين المودع والمستودع

(١) م ٧٨٩ : (اذا خلط المستودع الوديعة باذن صاحبها على الوجه المذكور فى المادة السابقة « ٧٨٨ » او اختلطت مع مال آخر بدون صنعه =

هو الاختلاط كما سيأتى فى المادة (١٠٦٠) ان خلط المالىن لشخصين او اختلاطها من جملة اسباب شركة الملك . وينبغى ان نعلم ان هذه الشركة تكون اذا كان الخلط بوجه يتعذر فيه التفريق بين المالىن ، والا فلا شركة .

ومن امثلة تعدى المستودع ايداعه الوديعة عند من لا يحفظ ماله عنده ، بلا اذن المودع ، وهذا اذا كان الايداع قد حصل قصدا وبدون عذر . اما اذا وقع تبعا فلا ضمان كما لو كانت الوديعة فى جيب المستودع وقد ذهب للحمام فخلع ثيابه ووضعها وديعة عند الحمامى فالوديعة الاولى تكون قد اودعت عند الحمامى تبعا لا قصدا فاذا سرقت الثياب وما فيها لا ضمان عليه لانه لا يعد متعديا ، وكذلك الامر لو اودعها عند آخر لعذر كما لو شبت النار فى داره فرماها فى دار جاره خوفا عليها من الحريق . فاذا اودع المستودع الوديعة وهلكت بيد المستودع اى الثانى بلا تعد منه ولا تقصير فالمودع له تضمين المستودع الاول لانه يعتبر

= بحيث لا يمكن تفريق احد المالىن عن الآخر مثلا اذا تهرى الكيس الذى فيه دنائير الوديعة داخل صندوق فيه دنائير اخر للمستودع مماثلة لها فاخلط المالىن اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنائير كل منهما على قدر حصته وبهذه الصورة اذا هلكت او ضاعت بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان) .

متعديا بالايدياع . وان كان الهلاك بتعد منه او تقصير فالمودع مخير ان شاء ضمنها المستودع الاول وان شاء ضمنها المستودع الثانى لسبب تعديه او تقصيره اما اذا لم يحصل منه تعد ولا تقصير فهلكت فلا ضمان عليه (م ٧٩٠) عند أبى حنيفة لانه لا يعد غاصبا ، فان قبوله الوديعة احسان منه وما على المحسنين من سبيل ، واذا اودع المستودع الوديعة عند آخر بلا اذن المودع ثم اجاز المودع ذلك خرج المستودع الاول من العهدة وصار الثانى هو المستودع لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (م ٧٩١) (١) . وكذلك ليس للمستودع ان يتصرف فى الوديعة بوجه من وجوه التصرف بلا اذن من المودع فليس له ان يؤجر الوديعة او ان يرهنها او ان يعيرها بلا اذن من صاحبها او ان يقرضها لاحد بلا اذن من المالك فاذا تصرف بها يبيع او اجارة او نحو ذلك باذن المودع صح وخرجت المسألة من حكم الوديعة (م ٧٩١ و ٧٩٢) (٢) فيكون وكيلا بالايجار او البيع او الاغارة ، وفى

(١) م ٧٩١ : (اذا اودع المستودع الوديعة عند آخر باذن المودع خرج المستودع الاول من العهدة وصار الثانى مستودعا لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) .

(٢) م ٧٩١ : (مر ذكرها) . م ٧٩٢ : (كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بأذن صاحبها فله ان يؤجرها او يعيدها لآخر وان يرهنها ايضا واما لو اجرها او اغارها لآخر او رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت او نقصت قيمتها فى يد المستأجر او المستعير او المرتهن ضمن) .

الرهن لدينه يكون من قبيل رهن المستعار . اما اذا تصرف بها بنوع من التصرفات المذكورة بلا اذن من المودع فانه يعد متعديا فاذا هلك قبل عوده الى الوفاق ضمنها لانه لا يملك ذاتها ولا منفعتها فليس له التصرف بها بلا اذن مالكيها .

وليس للوديع ان يقرض دراهم الوديعة ، واذا فعل يعد متعديا عليه الضمان (م ٧٩٣) (١) الا اذا كان الاقراض باذن من المودع فان الوديع يكون حينئذ وكيعا بالاقرض .

وليس للمستودع ان يوفى دين المودع من الوديعة بلا اذن منه فان فعل فعليه الضمان سواء اقر المودع بالدين او لم يقر وليس له بعد الضمان ان يرجع على الدائن لانه يعتبر انه قد ادى دين المودع تبرعا بالمال الذي قد تملكه هو بالضمان .

والحاصل : انه بناء على الحكمين السابقين ان الوديعة اذا هلكت بلا تعد من المستودع وبدون تقصيره في الحفظ فلا ضمان عليه الا اذا كان الايداع باجرة على الحفظ فان الوديع حينئذ يضمن لو هلك بسبب يمكن التحرز عنه (م ٧٧٧) فلو وقعت الساعة المودعة من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان

(١) م ٧٩٣ : (اذا اقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا اذنه ولم يجز صاحبها ضمن المستودع . وكذا لو ادى المستودع دين المودع الذي بذمه لآخر من الدراهم المودعة التي بيده فلم يرض المودع ضمن ايضا) .

اما لو وطئت الساعة بالرجل او وقع من اليد عليها شيء فانكسرت
لزم الضمان ، وكذلك لو اودع رجل ماله عند آخر واعطاه اجرة
على حفظه فضاع المال بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة فيلزم
المستودع الضمان ، والسبب في الزامه بالضمان في هذه الصورة
مع انه لا يخرج عن كونه اجيرا مشتركا او اجيرا خاصا وهما
لا يضمنان على مذهب المجلة ، لان الحفظ هو المقصود بالنظر في
العقد فالوديع باجرة لم يقصد منه الا زيادة العناية بالحفظ ، فعدم
التحرز منه عما يمكن ان يتحرز منه يعتبر تقصيرا فيضمن ، بخلاف
مطلق الاجير فان المقصود منه بالعقد ليس الحفظ بل امر آخر ،
والحفظ انما ينظر اليه تبعا وليس هو المقصود بالعقد فلم يعتبر
مقصرا اذا هلك المأجور فيه لسبب يمكن التحرز عنه . واذا وقع
من يد خادم المستودع شيء على الوديعة فاتفقوا بالضمان عليه ولا
يلزم المستودع شيء (م ٧٧٨) (١) لانه لم يتعد عليها ولم يقصر في
شيء ، ولان المسبب هو الخادم والمستودع لا هو مباشر ولا
مسبب .

واما اذا هلك الوديعة بتعدى المستودع او تقصيره على ما
مر من الامثلة فانه يكون ضامنا مثلها ان كانت من المثليات

(١) م ٧٧٨ : (اذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة

فلفت لزم الخادم الضمان) .

وقيمتها ان كانت من القيمات (م ٨٠٣) (١) ضمان غصب اى انه عند ضمان القيمة يضمن قيمتها وقت التعدى او التقصير لانه يعتبر غاصبا فى ذلك الوقت .

واعلم ان انواع الضمانات هى :

- ١ - ضمان الغصب .
- ٢ - ضمان الرهن .
- ٣ - ضمان الاتلاف .
- ٤ - ضمان المبيع قبل قبضه .
- ٥ - ضمان المقبوض على سوم الشراء .

فضمن القيمة فى الغصب يعتبر فيه قيمة المصوب وقت الغصب على رأى الراجح ، وذهب البعض الى تقديرها نظرا ليوم الحكم بالضمان ، وان كان المصوب مثليا وانقطع المثل فذهب البعض الى التقدير نظرا ليوم الغصب ايضا وهو الراجح ، وذهب البعض الى التقدير نظرا ليوم انقطاع المثل والبعض نظرا الى يوم الحكم ، اما ضمان الرهن فيقدر بقيمة المرهون يوم قبضه ، وضمان قيمة المتلف يقدر بقيمته يوم الاتلاف ، وضمان المبيع قبل قبضه يقدر بالثمن ، وضمان المقبوض على سوم الشراء يقدر بقيمته يوم قبضه .

(١) م ٨٠٣ : (الوديعة اذا لزم ضمانها فان كانت من المثليات تضمن

بمثلا وان كانت من القيمات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان) .

كيفية حفظ الوديعة والالتزام عديدا

حفظ الوديعة وصهر بحفظها :

يلزم المستودع ان يحفظ الوديعة بنفسه او ان يحفظها بمن يحفظ ماله عندهم عادة .

فمن يحفظ الوديعة اذن هو :

١ - المستودع نفسه .

٢ - من هو في عيال المستودع وهو من يسكن معه ويمونه طعامه وشرايه وكسوته قريبا كان او اجنيا ، كولدته وزوجته وخادمه .

٣ - من ليس في عيال المستودع من الامناء الذين يحفظون ماله عادة كشريكه مفاوضة او عنانا ، والوجه في النوعين الاخيرين ان الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلزم عادة بحفظ مال غيره الا بمن يحفظ مال نفسه ، ولانه مأذون دلالة بحفظها بواسطة اولئك ، اذ من المتعسر ان يحفظها الوديع بنفسه دائما فيجبس نفسه لحفظها في محلها او يحملها معه اينما سار ، على انه قد يسافر الى بلد آخر فيضطر بحكم الحال الى ايداعها عند امنائه في عياله او غيرهم .

وليس للمستودع حفظها بواسطة غير من عددنا الا لعذر كوقوع حريق فى الدار التى فيها الوديعة او خوف غرق السفينة التى هى فيها فعند ذلك يجوز دفعها الى غير من ذكرنا ، لان الدفع فى هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الوديع مآذونا به دلالة . فاذا لم يكن هناك عذر فحفظها عند من ليس له حفظها بواسطة فضاعت يده الثانى فالضمان على الاول فقط عند أبى حنيفة لان يد الثانى ليست يد غضب ولا هى يد مانعة بل يد حفظ واحسان ؛ وما على المحسنين من سبيل ، فلا تكون سببا للضمان ، وعندهما يخير المودع بين ان يضمن المستودع الاول وان يضمن الثانى ، لان الاول قد تعدى على الوديعة بدفعها الى الثانى ، ولان الثانى قد قبض مال الغير بدون اذنه فهو غاصب ، فاذا ضمن الاول لا يرجع بشىء على الثانى لانه بالضمان قد ملك الوديعة فكان الايداع الثانى صحيحا ، وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه كان قد غره .

واذا اودع احد مالا عند آخر ثم غاب المودع غيبة منقطعة اى اصبحت مفقودا ، فليس لورثته اخذ الوديعة من المستودع بل عليه حفظها الى ان تظهر حياته حقيقة فيعيدها اليه ، او يحكم بموته بان تمر على حياته تسعون سنة فيدفعها لورثته الا اذا كانت

الوديعة مستغرقة بالدين فيطبق حينئذ المادة (٨٠٢) (١) ، غير ان وديعة المفقود اذا كانت مما يفسد بالملكث جاز للمستودع بيعها باذن الحاكم وحفظ ثمنها امانة عنده الى ان تظهر احدى حالتى المفقود . واذا باعها بدون اذن الحاكم كان البيع بيع فضولى فتترتب عليه احكامه ، واذا لم يبيعها ففسدت بالملكث لا ضمان عليه (م ٧٨٥) (٢) .

محل حفظ الوديعة :

العقد ان كان مطلقا فالمستودع ان يحفظ الوديعة فى المحل الذى يحفظ فيه ماله من داره وحانوته وكيسه وصندوقه (م ٧٨١) (٣) فكل وديعة تحفظ فيما يناسبها عادة (م ٧٨٢) (٤) وليس له ان

(١) م ٨٠٢ : (اذا مات المودع تسلم الوديعة لواثه لكن اذا كانت التركة مستغرقة بالدين فيرفع الامر الى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع) .

(٢) م ٧٨٥ : (اذا كان صاحب الوديعة غائبا غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها او حياته الا انه اذا كانت الوديعة مما يفسد بالملكث فيبيعها المستودع باذن الحاكم ويحفظ ثمنها امانة عنده . لكن اذا لم يبيعها ففسدت بالملكث لا يضمن) .

(٣) م ٧٨١ : (للمستودع ان يحفظ الوديعة فى المحل الذى يحفظ فيه ماله) .

(٤) م ٧٨٢ : (يلزم حفظ الوديعة فى حرز مثلها بناء عليه وضع مثل النقود والمجوهرات فى اصطلب الدواب او التبن تقصير فى الحفظ وبهذه الحالة اذا ضاعت الوديعة او هلكت لزم الضمان) .

يحفظها في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ، وهو لا يملك الحفظ بيده فلا يملك حفظ ما في يده ايضا ، الا اذا استأجر حرز الغير لنفسه فله ان يحفظها فيه حينئذ ، وللمستودع حق الحفظ حضرا وسفرا بان يسافر بها ، سواء كان لها حمل ومؤونة ام لم يكن ، وعند أبى يوسف ان كان لها مؤونة فليس له السفر بها لاحتمال ان يموت المستودع في السفر او ان يطرأ عليه امر فيضطر المودع الى ارجاع وديعته متحملا مؤونة لم يكن ملتزما اياها . وعند الشافعى لا يصح السفر بها مطلقا كما لا يصح ان يحفظها غير المستودع نفسه الا بطريق المعونة بمشاهدة منه .

واذا كان المستودع جماعة متعددين فان كانت الوديعة قابلة للقسمة كحنطة او شعير لزم كل واحد منهم ان يحفظ قسطه منها عنده ، فاذا اودعه عند الآخرين بدون اذن المودع فهلك ضمن ، لان الوديعة لما كانت قابلة للقسمة كان ايداع المودع اياها عند متعددين يتضمن عدم الرضاء بحفظها عند واحد منهم فقط ويتضمن الشرط بان يحفظ كل واحد منهم قسما منها ، اذ لو لم يكن ذلك غرضه لاكتفى بايداعها عند واحد ، وهذا الشرط الضمنى مفيد ممكن الاجراء فاذا خالفه الوديع وهلك الوديعة ضمن ؛ وان كانت غير قابلة للقسمة كان الودعاء

مخيرين في ان يتناوبوا على حفظها او ان يختاروا احدهم ليقوم بذلك ، والسبب في هذا الحكم هو رضا المودع بذلك ضمنا ، اذ انه يعلم ان من المستحيل ان يجبس الودعاء انفسهم في محل الوديعة لحفظها ، وهو يعلم ان تبعضها لتحفظ اجزاء عندهم مما يضره ضررا بليغا ، فكان ايداعها عندهم يتضمن الرضا بالمناوبة في الحفظ او اختيار احدهم ليقوم بذلك ، على انه لو شرط عليهم حفظها بانفسهم جميعا كان الشرط لغوا نظرا لحكم المادة (٧٨٣) (١) .

الشرط في عقد الابراع :

الشرط الواقع في عقد الايداع اذا كان ممكن الاجراء ومفيدا يكون معتبرا والا فهو لغو والعقد صحيح ، فاذا شرط المودع ان يحفظ المستودع الوديعة في داره فنقلها المستودع الى محل آخر بسبب حرق في داره لا يعتبر الشرط لانه غير مفيد ،

(١) م ٧٨٣ : (اذا كان المستودع جماعة متعددين فان لم تكن الوديعة قابلة للقسمة يحفظها احدهم باذن الباقيين او يحفظونها مناوبة وبهاتين الصورتين اذا هلك الوديعة بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان على احد منهم وان كانت الوديعة قابلة للقسمة يقسمها المستودعون بينهم بالسوية وكل منهم يحفظ حصته منها وبهذه الصورة ليس لاحدهم ان يسلم حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع واذا سلمها فهلك في يد المستودع الاخر بلا تعد ولا تقصير منه فلا يلزمه الضمان بل يلزم الذي سلمه اياها ضمان حصته منها) .

فاذا نقلها لهذا السبب فهلكت بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان وكذلك اذا امر المودع المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن ان يسلمها الى زوجته او ابنه او خادمه او لمن يأمنه على حفظ مال نفسه فاذا كان ثمة أمر مجبر على تسليم الوديعة لاحد هؤلاء كان ذلك النهى غير معتبر ، وبهذه الصورة اذا هلكت الوديعة بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان ، واذا سلمها بلا ضرورة فهلكت لزوم الضمان ، لان الشرط ممكن الاجراء ومفيد ، لان الحفظ يتفاوت بتفاوت الاشخاص . واذا شرط ان تحفظ في حجرة معينة فحفظها المستودع في حجرة غيرها فان كانت حجرة تلك الدار متساوية في الحفظ لا يكون الشرط معتبرا لعدم الفائدة منه ، وحينئذ اذا هلكت الوديعة فلا ضمان ، واما اذا كان بين الحجرة تفاوت كأن كانت احدى الحجرات بنيت بالاحجار والاخرى بالاشباب فيعتبر الشرط ويكون المستودع ملزما بحفظها في الحجرة التي قد تعينت وقت العقد ، واذا وضعها في حجرة دون تلك الحجرة في الحفظ فهلكت يكون ضامنا (م ٧٨٤) .

النفقة على الوديعة :

الوديعة التي تحتاج الى النفقة كالخيل والبقر نفقتها على صاحبها لانها ملكه ذاتا ومنفعة فضررها يعود عليه كما يرجع

نفعها اليه . فاذا كان صاحبها موجودا كان للمستودع مطالبة المودع بذلك فان أبى كان له مراجعة الحاكم عليه او فسخ عقد الايداع لانه عقد غير لازم ، واذا صرف شيئا بدون اذن المودع او امر الحاكم كان متبرعا ، واذا كان المودع مفقودا فللمستودع مراجعة الحاكم وبعد الاثبات بالبينة كون الوديعة بيده وكون صاحبها مفقودا يأمر الحاكم باجراء الاصلح فى حق المودع ، فان كانت الوديعة مما يؤجر وتفى الاجرة بالنفقة امره الحاكم بذلك فيصرف عليها من اجرتها ويدخر ما زاد عنده امانة ، وان كانت الاجرة لا تفى بالنفقة يبيعها برأى الحاكم ويحفظ ثمنها ؛ وان كانت مما لا يمكن ايجاره يأمر المستودع بالصرف عليها الى ثلاثة ايام او يبيعها حالا وحفظ ثمنها ، واذا انفق عليها بلا اذن الحاكم او اتفق عليها اكثر من الايام الثلاثة التى اذن بها الحاكم كان متبرعا (م ٧٨٦) (١) فانه اذا تمت الايام الثلاثة كان عليه ان

(١) م ٧٨٦ : (الوديعة التى تحتاج الى النفقة كالخيل والبقر نفقتها على صاحبها واذا كان صاحبها غائبا فيرفع المستودع الامر الى الحاكم والحاكم حينئذ يأمر باجراء الانفع والاصلح فى حق صاحب الوديعة فان كان يمكن ايجار الوديعة يؤجرها المستودع برأى الحاكم وينفق عليها من اجرتها او يبيعها بثمان مثلها . واذا لم يمكن ايجارها فيبيعها فورا بثمان المثل او ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة ايام ثم يبيعها بثمان مثلها ثم يطلب نفقة تلك الايام الثلاثة من صاحبها واذا اتفق عليها بدون اذن الحاكم فليس له مطالبة صاحبها بما انفق عليها) .

يراجع الحاكم ليأذن له بالصرف او بالبيع فاذا لم يراجع وصرف
كان متبرعا • وينبغي انه اذا لم يراجع الحاكم ولم يصرف حتى
هلكت الوديعة ان يكون ضامنا لانه يعد مقصرا •

رد الوديعة :

اذا طلب المودع وديعته كان على المستودع ان يردّها اليه
لان الطلب يدل على ان المودع لم يرض ببقاء الوديعة عنده فاذا
لم يسلمها اليه ولم يكن هناك عذر كان غاصبا فيضمنها لو هلكت
قبل الرد ، اما اذا كان هناك عذر عن الرد عند الطلب بان كانت
الوديعة في محل بعيد لا يتمكن من احضارها عند الطلب فهلكت
بعد الطلب وقبل الاحضار لسبب العذر المذكور فلا ضمان عليه
(م ٧٩٤) (١)

ويجوز للمستودع ان يرد الوديعة بنفسه او على يد امينه ، فاذا
هلكت في يده عند قيامه بأمر الرد او هلكت في يد امينه الذي
ارسلها بواسطته قبل الوصول لا ضمان على احد لانها هلكت

(١) م ٧٩٤ : (يلزم رد الوديعة لصاحبها اذا طلبها ومؤنة الرد
والتسليم اى مصارف ردها وكلفتها عائدة الى المودع فاذا طلبها المودع فلم
يسلمها له المستودع وهلكت او ضاعت ضمنها المستودع لكن اذا كان عدم
تسليمها وقت الطلب ناشئا عن عذر كأن تكون حينئذ في محل بعيد ثم
هلكت او ضاعت فلا ضمان عليه) •

امانة (م ٧٩٥) (١) .

واذا اودع شخصان او اكثر مالا مشتركا لهم عند شخص
ثم طلب احدهم من المستودع حصته بغياب الآخرين ، فاذا
كانت الوديعة من المثليات جاز للمودع ان يدفع اليه نصيبه نظرا
لظهور معنى الافراز فى قسمته ، لان جهة الافراز فى قسمة
المثليات هى الاظهر ، وان كان فيها مبادلة خفية . فالمستودع
بالرد لم يكن الا قاسما تولى الافراز ، والافراز لا يتوقف على
الايجاب والقبول . وان كانت من القيمات فليس له ان يدفع
الى الطالب نصيبه ، لان الاظهر فى قسمة القيمات معنى المبادلة
بين الاموال المشتركة ، والمبادلة تتوقف على ايجاب وقبول
المتبادلين ، والمستودع لا يملك ذلك عن الشركاء . غير انه لو
دفع المستودع لبعض الشركاء حصته من الوديعة التى هى من
المثليات ثم هلك الباقي عنده شارك سائر الشركاء الآخرين
القابض فيما اخذه ولا يستبد هو بما اخذه يزعم انه كان قد
استرد حصته من المستودع قبل هلاك الباقي ، وذلك لان القسمة
التى اوجدها المستودع لم تكن قد تمت من حيث ان صحة القسمة

(١) م ٧٩٥ : (يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته او على يد

امينه واذا ارسلها او ردها بواسطة امينه فهلك او ضاعت قبل وصولها
للمودع بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان) .

تتوقف على رضا المتقاسمين ، ورضاء الشركاء هنا لا يتحقق الا بعد ان يسترد الشركاء الباقي من الوديعة او بالرضاء الصريح قبل هلاك الباقي . وهذا التفصيل هو رأى أبى يوسف الذى قد أخذت به المجلة (م ٧٩٦) (١) وذهب ابو حنيفة الى انه ليس للمستودع ان يدفع لاحد اولئك المودعين شيئاً بغياب اصحابه سواء كانت الوديعة من المثليات او القيميات نظرا الى ان الوديعة وقعت بعقد واحد وليس للمستودع حق فى تولى القسمة بدون رضا الباقيين . ثم ان مكان الرد المكلف به المستودع هو المكان الذى جرى فيه الايداع فاذا اودع احد مالا عند آخر فى الحلة مثلا فيلزم المستودع ان يرد الوديعة الى صاحبها عند الطلب فى الحلة ولا يلزم بردها الى صاحبها فى بغداد مثلا (م ٧٩٧) (٢) .

فرضى النصف: منه الوديعة :

اذا اودع احد وديعة عند آخر ثم غاب فراجع الحاكم من

(١) م ٧٩٦ : (اذا اودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص ثم جاء احد اشريكين فى غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع فان كانت الوديعة من المثليات اعطاه المستودع حصته وان كانت من القيميات لا يعطيه اياها) .

(٢) م ٧٩٧ : (يعتبر مكان الايداع فى تسليمه الوديعة مثلا لو اودع مال فى استانبول ايضا ولا يجبر المستودع على تسليمه فى ادرنه) .

تجب نفقته على المودع كزوجته وابويه الفقيرين طالين تقدير نفقة لهم من الوديعة المذكورة ، فالمستودع اذا اقر بالوديعة وبسبب وجوب النفقة كالزوجة والابوية حلف الحاكم طالب النفقة بان المودع لم يعطه النفقة ولم يحل بها على احد فان حلف قدر الحاكم النفقة من الوديعة المذكورة وامر المستودع بدفعها ، فاذا دفع شيئا بناء على الامر المذكور لا ضمان عليه (م ٧٩٩) (١) اما اذا انكر المستودع الوديعة او انكر سبب وجوب النفقة يرد الحاكم دعوى الطالب ولا يطلب منه البينة لاثبات مدعاه ، لانه فى صورة انكار الوديعة لا يصلح الطالب ان يكون خصما لان الوديعة ليست ملكه بل ملك المودع فلا وجه لقبوله خصما وسماع بيئته بوجود الوديعة عند المستودع ، وفى صورة انكار سبب وجوب النفقة لا يصلح المستودع خصما لانه ليس بوكيل عن الاصيل ولا ولى عليه ، فلا وجه لاثبات حكم على المودع بقيام البينة على المستودع ، وذهب البعض الى ان للقاضى تقدير النفقة عند انكار الوديع للسبب اذا كان القاضى عالما بسبب النفقة ، كما

(١) م ٧٩٩ : (اذا كان صاحب الوديعة غائبا ففرض الحاكم من الدراهم المودعة نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة الانفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقة المفروضة من الدراهم المودعة لا يلزمه الضمان واما اذا صرف بدون أمر الحاكم فيضمن) .

ان له ان يسمع البينة من الطالب عند انكار المستودع الوديعة او السبب . فاذا قامت البينة ، يحكم القاضى بالنفقة ولا يحكم بثبوت السبب كالزوجية مثلا وهذا الرأى وجيه وعليه العمل ، لان توصل الطالب الى حقه من النفقة يتوقف على اعتبار المستودع خصما هنا ، نظير هذا ما لو انكر الكفيل الكفالة والدين فان لدعى الدين ان يقيم البينة على الكفيل لاثبات الدين والكفالة فقد صار الكفيل هنا خصما عن الدين مع انه ليس وكيلا عنه . واذا قدر الحاكم النفقة بناء على اقرار المستودع ودفع المستودع من الوديعة حسب تقدير الحاكم ، لو رجع المودع واثبت انه كان قد عجل النفقة لاربابها او انه كان قد احالهم على احد وقبلت حوالته ، كان له الرجوع على المستودع بما اداه لان اقراره هو الذى ساقه الى ادائه ولا يسرى اقرار احد على غيره فكان متلفا لما اداه فيضمن ، هذا رأى جمهرة الفقهاء . والظاهر من متن المجلة الذهاب الى عدم الضمان .

زوائد الوديعة:

الوديعة ملك المودع فزوائدها ملكه ، فليس للمستودع ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه بل يحفظها مع الاصل امانة ، واذا كانت مما يحتمل الفساد بالملكث زمنا كاللبن فان كان صاحبها (مجلة م - ١٤)

غائباً راجع المستودع الحاكم وباعها باذنه وحفظ ثمنها عنده ، فلو
باعها بدون اذن من الحاكم فهلكت كان للمودع ان يضمه ،
اللهم الا اذا كان المستودع في محل ليس فيه حاكم ، او بوضعية
لا يستطيع فيها مراجعة الحاكم فيجوز له البيع حينئذ بلا توقف
على اذن الحاكم .

تجربيل الوديعه

اذا مات المستودع فالوديعه لا تخلو من احد الحالات
الآتية :

١ - ان توجد عينا في التركة . وفي هذه الحالة تعتبر امانة
في يد الوارث فيردها الى صاحبها عند طلبها واذا هلكت قبل
طلب ردها بدون تعد او تقصير لا ضمان عليه .

٢ - الا توجد في التركة ولكن الوارث اثبت بالبينه ان
المستودع كان قد بين في حياته انه قد رد الوديعه لصاحبها او انها
كانت قد هلكت بيده بدون تعد او تقصيره . وفي هذه الصورة
لا ضمان على احد .

٣ - الا توجد عينا في التركة . غير ان الوارث افاد بانها
كانت موجودة في التركة بعد موت المستودع الا انها قد هلكت
بلا تعد او تقصير ، وفسرها ببيان او صافها ، وفي هذه الصورة
يصدق قوله بيمينه فان حلف فلا ضمان في التركة .

٤ - الا توجد عينا في التركة ولم تتحقق احدى الصور
الآتية الذكر . وفي هذه الصورة يعتبر المستودع قد مات مجهلا
للوديعه اي انه قد جعل حالها مجهولة . وفي هذه الصورة يلزم

الضمان من التركة مثلا او قيمة ، على ما عرف سابقا من حكم
الضمان .

والسبب في الضمان هو ان الوديعة لازمة الرد الى مالكيها
والضمان لازم عند عدم الرد الا اذا ادعى المستودع هلاكها بلا
تعد او تقصير فيصدق بيمينه لانه امين . وبما انه لم يسبق منه
دعوى الهلاك ليصدق قوله ، يبقى الضمان لازما .

العارية

البحث فى العارية ينحصر فى المواضيع الآتية :

١ - تعريفها ، اركانها ، شروطها .

٢ - حكمها ووصفها .

٣ - حقوق المستعير وواجباته .

٤ - ما يجوز اعارته وما لا يجوز .

٥ - الفرق بينها وبين القرض .

تعريف العارية واركانها وشروطها

تعريف العارة :

هى تملك المنفعة فى الحال بلا عوض ، فخرج بقولنا فى الحال الوصية بالمنفعة كالوصية بالسكنى مثلا ، وبقولنا بلا عوض الاجارة . والمال الذى ملكت منفعته يسمى عارية ومعارا ومستعارا (م ٧٦٥) (١) . فالاعارة عقد يقصد به تملك المنفعة . وذهب بعض الفقهاء الى انها اباحة لا تملك بدليل :

- ١ - انها تصح بلفظ الاباحة .
- ٢ - انها تصح بدون ذكر المدة وفى تملك المنفعة لا بد من بيان المدة دفعا للجهالة المفضية الى النزاع .
- ٣ - ان المنع والنهى معتبران فيها ولو كانت تملكا لما اثرا فيها شيئا .
- ٤ - ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولو كانت تملكا لامكنه ذلك .

واحتج من قال انها تملك بانها :

- ١ - لو كانت اباحة لما امكن المستعير ان يعير العارية لغيره .

(١) م ٧٦٥ : (العارية هى المال الذى ملكت منفعته لآخر مجانا

اى بلا بدل ويسمى معارا ومستعارا ايضا) .

٢ - انها تعقد بلفظ التملك .

واجاب عن ادلة من قال انها اباحة : بان صحة انعقادها بلفظ الاباحة ؛ لان العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى واما صحتها بدون ذكر المدة فلانها من العقود غير اللازمة فلا توجب جهالة المدة نزاعا ؛ واما تأثير المنع والنهى فيها فلانها من العقود غير اللازمة ، واما عدم جواز اجارتها فلان الاجارة من العقود اللازمة فاذا جاز ان يؤجرها المستعير اقتضى ان تكون الاعارة لازمة طبعا وهو خلاف مقتضاها .

وينبنى على ان الاعارة تملك مجانا انه لو اعاره دارا على ان يبنى فيها واذا خرج منها تكون الابنية لصاحب الدار فان العقد يكون اجارة فاسدة وكذا لو اعاره الدار على شرط ان تكون ضربيتها على المستعير فان العقد يكون اجارة فاسدة ايضا ، لان المنفعة فى الصورتين لم تملك مجانا . وانما كانت الاجارة فاسدة لان المدة والاجرة مجهولتان ، فلو كان مبلغ الضريبة معلوما كان العقد اجارة صحيحة ، ثم ان الاعارة تصح فى المشاع وغيره سواء كان قابلا للقسمة ام لا ، وسواء كانت الاعارة للشريك او الاجنبى ، وانما افرقت فى هذا الحكم عن الاجارة (فانها لا تصح فى المشاع) لان الاعارة تبرع فيتسامح فيها بخلاف الاجارة التى هى عقد معاوضة .

وعقد العارية الوارد على المنفعة يضاف الى العين ابتداء والى
المنفعة مآلا ، لان المنافع اعراض تحدث شيئا فشيئا فلا يمكن
اضافة العقد اليها فاقامت العين مقامها فى هذا الخصوص ، لذلك
يقال عند العقد قد اعرتك الدار مثلا ولا يقال اعرتك منفعة الدار .

أركان عقد الاعارة :

اركان الاعارة الايجاب والقبول (م ٨٠٤) (١) فتعقد بهما
بان يقول المستعير مثلا استعرت منك هذا الشيء فيقول المعير
اعرتك اياه ، ولكن لا يتم حكم الاعارة الا بقبض العارية لان
الاعارة تبرع والتبرع لا يملك الا بالقبض ، ويشترط لصحة
القبض اذن المعير صراحة او دلالة ، فاذا قبض المستعير العارية
بدون اذن يكون غاصبا (م ٨١٠) (٢) ويقوم التعاطى مقام الايجاب
والقبول كما لو قال شخص لآخر اعطنى هذا المال عارية فاعطاه
اياه ، فانها تنعقد بهذا التعاطى بقرينة السؤال (م ٨٠٤) وذهب
جمهرة الفقهاء الى انها تنعقد بايجاب المعير فقط .

(١) م ٨٠٤ : (الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطى مثلا لو
قال شخص لآخر اعرتك مالى هذا او قال اعطيتك اياه عارية فقال الآخر
قبلت او قبضه ولم يقل شيئا او قال رجل لآخر اعطنى هذا المال عارية
فاعطاه اياه انعقدت الاعارة) .

(٢) م ٨١٠ : (القبض شرط فى العارية فلا حكم لها قبل القبض) .

ثم ان سكوت صاحب المال لا يعد قبولا عند طلبه منه عارية
فلو طلب شخص من آخر اعارة شيء فسكت ثم اخذ الطالب
ذلك الشيء فانه يكون غاصبا لان السكوت هنا لم يكن فى
معرض الحاجة حتى يحمل على القبول .

شروط الاعارة :

يشترط لصحة الاعارة :

- ١ - ان يكون كل من المعير والمستعير عاقلًا مميزًا ، ثم ان
كان كل منهما مأذونا له بالتجارة نفذت اعارته لانها من توابع
التجارة ؛ وان كان محجورا عليه توقفت على اجازة وليه .
- ٢ - ان يكون المستعار معينًا (م ٨١١) (١) فان التعيين شرط
فى سائر العقود لئلا يفضى الامر الى المنازعة . وهذا التعيين اما
ان يكون بالتنصيص على شيء واحد او بالتخير بين شيئين فأكثر ،
فاذا اعار زيد عمرا كتابا او خيره بين اعارة احد كتابين بان قال
له اعرتك هذا الكتاب او هذا الكتاب صح ، واذا اطلق له بان
قال اعرتك احد هذين الكتابين لا يصح .

(١) م ٨١١ : (يلزم تعيين المستعار بناء عليه اذا اعار شخص احدى
دائتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصح الاعارة بل يلزم ان يعين المعير منهما
الدائنة التى يريد اعارتها لكن اذا قال المعير للمستعير خذ ايهما شئت عارية
وخيره صحت العارية) .

صفة عقد الاعارة واعطائها

صفة عقد الاعارة :

ان عقد الاعارة من العقود غير اللازمة لانها محض تبرع ؛
فللمعير ان يرجع عن اعارته متى شاء (م ٨٠٦) (١) ولا يترتب عليه
شيء ، ويستثنى من ذلك ما جاء فى المادة (٨٣١ و ٨٣٢)
وسياتى الكلام على ما جاء فيهما فى البحث عن الاحكام .
وكما تنفسخ الاعارة برجوع المعير ، تنفسخ بموت المعير
او المستعير (م ٨٠٧) (٢) لانها تملك المنفعة ، والمنفعة تتجدد
شيئا فشيئا فيتضمن عقد الاعارة عقودا متكررة تعتبر عند حدوث
المنافع آنا فآنا ؛ فاذا مات احد العاقلين بطل العقد وانتقل ملك
المنفعة الى ورثة المعير .

أحكام الاعارة :

للاعارة حكمان :

١ - ان المستعير يملك منفعة المستعار فى الحال ؛ ولكن

(١) م ٨٠٦ : (للمعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء) .

(٢) م ٨٠٧ : (يشترط ان يكون الشيء المستعار صالحا للانتفاع به

بناء عليه لا تصح اعارة الحيوان الفار ولا استعارته) .

لا يتم هذا الملك الا بالقبض (م ٨١٢) (١) .

٢ - ان المستعار امانة في يد المستعير (م ٨١٣) (٢) . وذهب فريق من الفقهاء الى ان المستعار ليس بامانة بل هو مضمون على المستعير مطلقا ، لان غنمه للمستعير فغرمه عليه وهو رأى سديد يقتضى الاستحسان قبوله . وذهب البعض الى انه يعتبر امانة بيد المستعير حالة الاستعمال فقط ، واما في غير حالة الاستعمال فليس بامانة بل مضمون على المستعير .

ويتفرع على الحكم الاول ان ليس للمعير ان يطلب من المستعير اجرة (م ٨١٢) . ويتفرع على الحكم الثانى ان العارية اذا هلكت بيد المستعير او نقصت قيمتها بلا تعد منه او تقصير لا يلزم الضمان (م ٨١٣) .

اما اذا حصل من المستعير تعد او تقصير بحق العارية ثم هلكت او نقصت قيمتها فانه يلزم الضمان ، مثالا لو ذهب المستعير

(١) م ٨١٢ : (المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل . فليس

للمعير ان يطلب من المستعير اجرة بعد الاستعمال) .

(٢) م ٨١٣ : (العارية امانة في يد المستعير فاذا هلكت او ضاعت

او نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان . مثالا اذا سقطت المرأة المعارة من يد المستعير بلا عمد او زلقت فسقطت المرأة فانكسرت لا يلزمه الضمان وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به ونقصت قيمته فلا ضمان) .

بالدابة المعارة الى محل مسافته يومان في يوم واحد فتلفت الدابة
او هزلت ونقصت قيمتها لزم الضمان ، وكذا لو استعار دابة
ليذهب بها الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل ثم هلكت الدابة
لزم الضمان ، وكذلك اذا استعار احد حليا فوضعه على صبي
وتركه بدون ان يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي ،
فان كان الصبي قادرا على حفظ الاشياء التي عليه لا يلزم الضمان
وان لم يكن قادرا لزم الضمان .

حقوق المستعير واجباته

حقوق المستعير :

اما حقوقه فهي ان ينتفع بالعين الانتفاع المشروط او ما يساويه في الضرر او ما هو اقل منه ، فان لم يكن الانتفاع مقيدا بقيد ينتفع المستعير الانتفاع المعتاد ، فان تجاوز المشروط او المعتاد الى ما هو اشد ضررا فهلكت العين المنتفع بها فعليه ضمانها .
ويتفرع على ذلك :

١ - اذا قيد المعير الانتفاع بشخص مخصوص فلا يخلو الحال من ان يكون المعير قد نهى المستعير عن اعادة العين لغير من عينه او لم يكن قد نهاده ، وعلى كل فاما ان يكون الانتفاع يختلف باختلاف المتفعين او لا . فان كان المعير قد نهاده عن اعارتها لغير من عينه فلا تجوز له المخالفة مطلقا ، وان لم يكن قد نهاده فان كان الانتفاع يختلف ضرره باختلاف المتفعين فلا تجوز المخالفة ايضا وان كان لا يختلف جاز له ان يعيره لغيره (م ٨٢٠ و ٨١٨ و ٨١٧ و ٨١٩) (١) .

(١) م ٨٢٠ : (يعتبر تعيين المنفعة في اعادة الاشياء التي تختلف باختلاف المستعملين ولا يعتبر في اعادة الاشياء التي لا تختلف به الا انه اذا كان المعير قد نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره فليس للمستعير ان يعيره =

٢ - اذا لم يعين المعير منتفعا مخصوصا جاز للمستعير ان يستوفى المنفعة بنفسه وان يملكها لغيره بلا عوض سواء كان

= لا آخر ليستعمله • مثلا لو قال المعير للمستعير اعرتك هذا الفرس لتركبه انت فليس له ان يركبه خادمه ، اما لو قال له اعرتك هذا البيت لتسكنه انت كان للمستعير ان يسكنه وان يسكن فيه غيره لكن اذا قال له ايضا لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذ ان يسكن فيه غيره) •

م ٨١٨ : (اذا قيدت الاعارة بنوع من الانتفاع فليس للمستعير ان يتجاوز ذلك النوع الى ما فوقه • ولكن له ان يخالف باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به او بنوع اخف منه مثلا لو استعار دابة ليحملها حنطة فليس له ان يحمل عليها حديدا او احجارا وانما له ان يحملها شيئا مساويا للحنطة او اخف منها • وكذا لو استعار دابة للركوب فليس له ان يحملها حملا • واما الدابة المستعارة للحمل فانها تتركب) •

م ٨١٧ : (اذا كانت الاعارة مقيدة بزمان او مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته مثلا اذا استعار دابة ليركبها ثلاث ساعات فليس للمستعير ان يركبها اربع ساعات وكذا اذا استعار فرسا ليركبه الى محل فليس له ان يركبه الى محل غيره) •

م ٨١٩ : (اذا كان المعير اطلق الاعارة بحيث لم يعين المنفعة كان للمستعير ان يستعمل العارية على اطلاقها يعنى ان شاء استعمالها بنفسه وان شاء اعارها لغيره ليستعملها سواء كانت مما لا يختلف باختلاف المستعملين كالحجرة او كانت مما يختلف باختلاف المستعملين كدابة الركوب • مثلا لو قال رجل لا آخر اعرتك حجرتي فالمستعير له ان يسكنها بنفسه وان يسكنها غيره وكذا لو قال اعرتك هذا الفرس كان للمستعير ان يركبه بنفسه وان يركبه غير) •

الانتفاع يختلف باختلاف المتفعين ام لا . وفى كل موضع يجوز للمستعير ان يعير العين المتفع بها لغيره يجوز له ان يودعها عند غيره ، ولكن لا يجوز له ايجارها بدون اذن مالکها لان الايجار تمليك المنفعة بعوض وقد كان المستعير ملکها بدون عوض والتمليك بعوض اقوى من التمليك بغير عوض ؛ والانسان انما يجوز له ان يملك مثل ما ملك او اقل لا اكثر ، وكذلك لا يجوز له ان يرهنها بلا اذن من مالکها ، فان آجرها او رهنها بدون اذن فهلكت ضمنها ، ثم ان كان الهالك بالتعدى او التقصير من المستأجر او المرتهن ضمن كل منهما قيمتها للمؤجر او الراهن بالغة ما بلغت وان كان بدون تعد او تقصير فلا شئ على المستأجر وتهلك على المرتهن بالاقل من القيمة او الدين ، لان المستعير يعتبر انه قد ملك العارية بالضمان فيعتبر حينئذ ايجاره او رهنه صحيحا .

٣ - اذا كانت الاعارة مطلقة اى لم تقيد بزمان او مكان او بنوع من الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية فى اى مكان وزمان شاء على الوجه الذى يريد ولكن يقيد ذلك بالعرف والعادة على ما سبق ، مثلا لو اعار رجل دابة اعارة مطلقة فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء فى الوقت الذى يريد ، ولكن ليس له ان يذهب الى المحل الذى مسافة الذهاب اليه ساعتان فى ساعة

واحدة كذلك اذا استعار شخص حجرة فى خان كان له ان يسكنها وان يضع فيها امتعة ، ولكن ليس له ان يشتغل فيها بصناعة الحدادة لان ذلك يخالف العادة . اما اذا قيد المعير المستعار بزمان ومكان فليس للمستعير مخالفته واذا خالف وهلك العارية ضمن (م) ٨١٦ و (١) (٨١٧) .

واجبات المستعير :

ان واجبات المستعير هى :

- ١ - ان يعتنى بحفظ العارية عناية تامة كعنايته باملاك نفسه وان يمنع عنها الاذى قدر الامكان .
- ٢ - ان يقوم بجميع ما يلزم لها من المؤن والمصاريف لان

(١) م ٨١٦ : (اذا كانت الاعارة مطلقة اى لم يقيدھا المعير بزمان او مكان او بنوع من انواع الاتفاع كان للمستعير استعمال العارية فى اى مكان وزمان شاء على الوجه الذى يريده لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة . مثلاً اعار رجل دابة على الوجه المذكور اعارة مطلقة فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء فى الوقت الذى يريده وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذى مسافة الذهاب اليه ساعتان فى ساعة واحدة كذلك اذا استعار شخص حجرة فى خان كان له ان يسكنها وان يضع فيها امتعة . واما استعمالها بما يخالف العادة كان يشتغل فيها بصناعة الحدادة فليس له ذلك) .

م ٨١٧ : (مر ذكرها) .

الغرم بالغنم ، والغنم له فالغرم عليه (م ٨١٥) (١) .

٣ - الا يتجاوز المشروط والمعتاد في الانتفاع الى ما هو اشد ضررا والا يتصرف في العارية بدون اذن المالك تصرفا لا يملكه كالاجارة والرهن والبيع والهبة .

٤ - الا يجبس العارية بعد استيفاء المنفعة بلا عذر شرعى بل يجب عليه ردها الى مالكها .

٥ - ان يردها بنفسه ان كانت ثمينة كالجواهر والحلى ، وان لم تكن كذلك جاز له ان يردها بنفسه او بواسطة من هو فى عيلته من اولاده وخدمه او بواسطة وكيله او غيرهم ممن يأمنه على حفظ امواله فاذا لم يتجاوز حقوقه الى ما هو اشد ضررا ولم يقصر فى واجباته فهلكت العين المعادة فلا ضمان عليه والا فعليه الضمان .

ويتفرع على هذه الاحكام :

(أ) ان استعار احد دابة من آخر ليركبها الى محل معين كان عليه ان يذهب عليها من الطريق المعتاد وليس له مخالفة ذلك وان كانت الاعارة مطلقة ، لان العادة تقيدها فاذا خالف العادة

(١) م ٨١٥ : (نفقة المستعار على المستعير بناء عليه لو ترك المستعير

الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن) .

وهلكت العارية كان مخالفا للشرط الضمنى ، وان عين المعير للمستعير طريقا فخالف فان كانت المخالفة الى مساو او اقل ضررا مما عينه المعير فلا شيء على المستعير لو هلكت العارية والا ضمن (م ٨٢١) (١) .

(ب) ليس للمستعير ان يرهن العارية ولا ان يؤجرها بدون اذن المعير (م ٨٢٣) (٢) ولكن له ان يعيرها وله ان يودعها عند آخر (م ٨٢٤) (٣) لان من ملك شيئا ملك التصرف فيه بقدر ملكه او اقل ولا شك ان المستعير يملك المنفعة ملكا غير لازم فله ان يملك

(١) م ٨٢١ : (ان استعير فرس لان يركب الى محل معين فان كانت الطرق الى ذلك المحل متعددة كان للمستعير ان يذهب من اى طريق شاء من الطرق التى اعتاد الناس الذهاب فيها . واما لو ذهب فى طريق ليس معتاد السلوك فيه فهلك الفرس لزوم الضمان . وكذلك لو ذهب من طريق غير الذى عينه المعير فهلك الفرس فان كان الطريق الذى سلكه المستعير اطول من الطريق الذى عينه المعير او غير أمين او خلاف المعتاد لزمه الضمان) .

(٢) م ٨٢٣ : (ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير ، واذا استعار مالا ليرهنه على دين فى يد فليس له ان يرهنه على دين فى يد آخر فاذا رهنه فهلك لزمه الضمان) .

(٣) م ٨٢٤ : (للمستعير ان يودع العارية عند آخر فاذا هلكت عند المستودع بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان . مثلا اذا استعار دابة على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابة وعجزت على المشى فاودعها عند شخص ثم هلكت حنف انفها فلا ضمان) .

هذه المنفعة لغيره ملكا غير لازم فيستطيع اعارتها لان الايداع اقل
مما ملك .

(ج) على المستعير ان يرد العارية متى طلب المعير ردها لان
عقد الاعارة ينسخ بطلب الرد فليس له ان يمسكها بعد ذلك فاذا
امسكها بعد الطلب بدون عذر كانت مضمونة عليه وكذلك
الحكم اذا استعار احد شيئا لعمل مخصوص او لزمن معين فانتهى
العمل او الزمن فعليه رد العارية عند ذلك وليس له ان يبقئها عنده
اكثر من المكث المعتاد وعند انتهاء العمل او الزمن تكون العارية
بحكم الوديعة بيد المستعير فى الزمن المعفى عنه وهو الزمن المعتاد
فيه المكث الى حين الرد فاذا فات هذا المقدار من الزمن تصير
مضمونة عليه اذا هلكت بلا تعد او تقصير (م ٨٢٥ و ٨٢٦ و ٨٢٧) (١)

(١) م ٨٢٥ : (متى طلب المعير العارية لزوم المستعير ردها اليه فورا
واذا اوقفها واخرها بلا عذر فتلقت العارية او نقصت قيمتها ضمن) .
م ٨٢٦ : (العارية الموقته نصا او دلالة يلزم ردها للمعير فى ختام
المدة لكن المكث المعتاد معفو ، مثلا لو استعارت امرأة حليا على ان تستعمله
الى عصر اليوم الفلانى لزوم رد الحلى المستعار فى حلول ذلك الوقت
وكذلك لو استعارت حليا على ان تلبسه فى عرس فلان لزوم اعارته فى ختام
ذلك العرس لكن يعفى عن مرور مدة لا بد منها للرد والاعارة عادة) .
٨٢٧ : (اذا استعير شيء للاستعمال فى عمل مخصوص فمتى انتهى
ذلك العمل بقيت العارية فى يد المستعير امانة كالوديعة وحينئذ ليس له ان
يستعملها ولا ان يمسكها زيادة على المعتاد واذا استعملها او أمسكها فهلكت
ضمن) .

ثم ان رد العارية يجب ان يتولاه المستعير بنفسه ان كانت من الاشياء الثمينة بان يسلمها الى المعير يدا بيد وان كانت من الاشياء غير الثمينة فله ان يرسلها بيد امينة ، وله ان يوصلها الى المحل المعد لتسليم مثلها فيه عادة ، والحاصل ان العادة هي المحكمة في هذا الباب (م ٨٢٨ و ٨٢٩) (١) .

(د) ان مؤنة الرد ومصاريفه على المستعير لان قبضها لمنفعته فيجب ان يكون الرد ومؤنة عليه (م ٨٣٠) (٢) .

(هـ) اذا استعار احد من آخر ارضا لينى عليها او ليغرس فيها فللمعير ان يرجع عن اعارته متى شاء سواء كانت الاعارة مطلقة او مؤقتة بوقت ، لانها من العقود غير اللازمة . الا ان الاعارة اذا كانت مطلقة فانه لا يترتب على المعير ضمان ما بعد الرجوع فله ان يأمر المستعير بقلع بنائه وغرسه من غير ان يضمن

(١) م ٨٢٨ : (المستعير يرد العارية الى المعير بنفسه او على يد امينه فاذا ردها على يد غير امينة فهلك صا ر ضامنا) .

م ٨٢٩ : (العارية اذا كانت من الاشياء الثمينة كالمجوهرات يلزم في ردها ان تسلم الى يد المعير نفسه واما ما سوى ذلك من الاشياء فايصالها الى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليمها وكذا اعطاؤها الى خادم المعير رد وتسليم مثلا الدابة المعارة تسليمها ايصالها الى اسطبل المعير او يسلمها الى سائسه) .

(٢) م ٨٣٠ : (مصاريف رد العارية ومؤنة نقلها على المستعير) .

له شيئا ، واذا كان القلع مضرا بالارض فله ان يملك البناء والغرس بقيمته مقلوعا وليس للمستعير ان يمتنع او ان يطلب من المعير ضمانا ، لانه هو الجاني على نفسه اذ انه يعلم ان الاعارة عقد غير لازم يملك المعير الرجوع عنه ، واذا رجع كان له الحق بتفريغ ملكه من ملك المعير ، وبما ان الاعارة وقعت مطلقة لم يعتبر المعير غارا ولا مفوتا لشيء من حقوق المستعير فلا يضمن له شيئا . ولكن اذا كانت الاعارة مقيدة بوقت فان رجوع المعير وان كان صحيحا معتبرا الا انه اذا طلب من المستعير قلع البناء او الغرس فانه يترتب عليه ضمان الفرق بين قيمة البناء او الغرس مقلوعا وقيمه لو بقى الى انتهاء مدة الاعارة ، فلو كانت قيمة البناء مقلوعا عشرة دنانير وقيمه لو بقى الى انتهاء المدة عشرين دينارا لزمه ضمان عشرة دنانير ، وسبب وجوب هذا الضمان وجود التغير فان المعير لما اعار ارضه للبناء او الغرس لوقت معين فكأنه ضمن للمستعير بقاء بنائه او غرسه طول تلك المدة . فاذا طلب قلعه بعد الرجوع كان غارا له فيضمن ، واذا كان القلع مضرا بالارض واراد المعير تملك البناء او الغرس فله ذلك بقيمته لو بقى الى انتهاء المدة (م ٨٣١) (١) . واذا اتفق المعير والمستعير على

(١) م ٨٣١ : (استعارة الارض لغرس الاشجار والبناء عليها صحيحة لكن للمعير ان يرجع بالاعارة متى شاء فاذا رجع لزم المستعير قلع =

بقاء البناء او الغرس بعد الرجوع صح وكانت منفعة البناء او الغرس للمستعير ومنفعة الارض للمعير فاذا استؤجرت الارض والبناء او الغرس فان ما يصيب الارض من الحصة يعود للمعير وما يصيب البناء او الغرس يعود الى المستعير ، ويعرف ذلك بالنسبة بين ما لو اجرت الارض خالية من البناء او الغرس وما لو اجرت مع البناء او الغرس فنسبة الفرق الحاصل هو اجرة البناء او الغرس .

اما لو استعيرت الارض للزراعة فرجع المعير عن اعارته فليس له استرداد الارض وطلب قلع الزرع مطلقا اى سواء كانت الاعارة مطلقة او موقته وعليه ان ينتظر الى حصاد الزرع وله اجر المثل من حين الرجوع الى وقت الحصاد (م ٨٣٢) () ووجه الفرق

= الاشجار ورفع البناء ثم اذا كانت موقته فرجع المعير عنها قبل مضي الوقت وكلف المستعير قلع الاشجار ورفع البناء ضمن للمستعير تفاوت قيمتها بين وقت القلع وانتهاء مدة الاعارة . مثلا اذا كان قيمة البناء والاشجار مقلوعة حين الرجوع اثني عشر دينارا وقيمتها لو بقيت الى انتهاء وقت الاعارة عشرين دينارا وطلب المعير قلعها لزمه ان يعطى المستعير ثمانية دنانير) .

(١) م ٨٣٢ : (اذا كانت اعارة الارض للزراع سواء كانت موقته او غير موقته فليس للمستعير ان يرجع بالاعارة ويسترد الارض قبل وقت الحصاد) .

بين البناء والغرس وبين الزرع ان الاولين ليس لهما مدة معلومة
يتمهين فيها فاذا ارغم المعير على الانتظار يتضرر بلا وجه شرعى
ولا التزام منه ، بخلاف الزرع فان له مدة معلومة فلا يتضرر المعير
بالانتظار الى ختامها مع حصوله على اجرة المثل .

ما يجوز اعارته وما لا يجوز

ما يجوز اعارته :

يجوز اعادة الاشياء التي ينتفع بها مع بقاء اعيانها كالسيارة والعرصة والدار والارض .

ما لا يجوز اعارته :

ان ما لا ينتفع به الا باستهلاك عينه فلا يجوز اعارته ، واذا اعيير فانه يعتبر قرضا مضمونا على المستقرض كالنقود وسائر المثلثات من الموزونات والعدييات المتقاربة .

الفرق بين العارية والقرض

القرض لا يعتبر فى القيميات بل فى المثليات فان استقرض سيارة لينتفع بها ويرد عينها كان القرض عارية ولو اتى بصيغة القرض لان العبرة لجانب المعنى ، ولو استقرض شاة ليستهلكها وجبت قيمتها لا رد شاة اخرى لانه يعتبر بيعا فاسدا .

والعارية لا تعتبر فى المثليات التى لا ينتفع بها الا باستهلاك اعيانها فاذا وقعت الاعارة على شىء من ذلك اعتبر قرضا ، فلو اعارة مقدارا من الحنطة او النقود ، كانت الاعارة قرضا ولو أتى بلفظ الاعارة ، لان العبرة لجانب المعنى .

حكم القرض :

ان القرض يقضى بمثله قدرا وصفة فمن استقرض خمسين وزنة من الحنطة العجيبة كان عليه ان يرد الى المقرض خمسين وزنة من تلك الحنطة سواء رخصت قيمتها وقت الاداء او غلت وكذا النقود ، غير انه اذا انقطع المثل من ايدي الناس فان كان القرض من المكيلات او الموزونات او النقود الذهبية او الفضية ، فالمقرض مخير فان شاء انتظر حتى يوجد المثل وان شاء اخذ قيمته يوم قبضه ، وان كان القرض فلوسا رائجة او نقودا غلب

عليها الغش ثم كسدت او انقطعت فعلى المستقرض ان يرد قيمتها
يوم قبضها من النقود التى بقيت رائجة من وقت العقد الى وقت
الاداء لبطالان ثمنية الفلوس والنقود الغالبة الغش بالكساد
والانقطاع لان ثمنيتها انما تثبت بالاطلاع والتعامل ، وبكسادها
وبطالان التعامل بها بطلت ثمنيتها وتجب القيمة .

والقرض يفسخ بموت احد العاقلين وبفسخ احدهما اياه
ولو بدون رضا الآخر ولولم تنته المدة اذا كان مقيدا بزمان ،
لان القرض كالعارية عقد غير لازم ، ومتى انفسخ وجب رد مثله
على ما سبق آنفا والله اعلم .

كتاب الهبة

الهبة

ينحصر البحث في الهبة بالمواضيع الآتية :

- ١ - تعريف الهبة ، واركانها .
- ٢ - القبض في الهبة .
- ٣ - شروط الهبة .
- ٤ - احكام الهبة ، وموانع الرجوع فيها .
- ٥ - حكم الهبة بشرط العوض .
- ٦ - حكم هبة المريض .

تعريف الهبة وأركانها

تعريف الهبة :

الهبة لغة ، التبرع بشيء لآخر ، مالا كان او غيره . وقانونا وشرعا ، هي تملك مال لآخر حالا بلا شرط العوض (م ٨٣٣) (١) وقد اعترض على هذا التعريف بانه يخرج منه هبة الدين لمن عليه الدين وهبة الدين لغير من عليه الدين اذا سلط الواهب الموهوب له على قبضه فانها فى الصورتين صحيحة ، مع ان الدين ليس بمال ، وبانه تخرج منه الهبة بشرط العوض .

واجب بان الهبة فى الصورة الاولى ابراء فتخرج من التعريف ، وفى الصورة الثانية يكون الموهوب له وكيلا بقبض الدين فبعد قبضه اياه يصبح مالا ، فلا تخرج من التعريف ، وبان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فاللازم خروجها من شمول التعريف .

وانما قلنا فى التعريف (حالا) لتخرج الوصية ، فانها قد تكون تملك مال لآخر بلا عوض ولكن بعد الموت ، لا حالا .

(١) م ٨٣٣ : (الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب وللمن قبله موهوب له والانتهاج بمعنى قبول الهبة ايضا) .

ويسمى فاعل التملك « واهبا » والمال « موهوبا » والذي قبل المال المذكور « موهوبا له » وقبول هذا المال « اتهابا » (م ٨٣٣) .
ومن انواع الهبة « الهدية » وتفترق عن سائر انواع الهبة بقصد الاكرام فيها ، فانما يقصد بالهدية اكرام الموهوب له (م ٨٣٤) (١) .

ومن انواع الهبة الصدقة . وتفترق عن سائر انواع الهبة بقصد الثواب فيها ، فانما يقصد بالصدقة الثواب . وتفترق من جهة اخرى ، وهى ان الصدقة لا تكون الا للفقير ، بخلاف سائر انواع الهبة فانها تصح للغنى والفقير (م ٨٣٥) (٢) .

ويشبه الهبة الاباحة ، وهى اذن شخص لا آخر بان يأكل او يشرب من ماله بلا عوض (م ٨٣٦) (٣) ، وليست هى بتمليك ، ولذلك ليس للمباح له ان يملك غيره شيئا مما قد ابيح له . فالاباحة شبيهة بالهبة لا من افرادها .

(١) ٨٣٤ : (الهدية هى المال الذى يعطى لاحد او يرسل اليه اكراما له) .

(٢) م ٨٣٥ : (الصدقة هى المال الذى وهب لاجل الثواب) .

(٣) م ٨٣٦ : (الاباحة هى عبارة عن اعطاء الرخصة والاذن لشخص ان يأكل او يتناول شيئا بلا عوض) .

ركن الهبة :

ركن الهبة هو الايجاب والقبول عند زفر ، وعليه المجلة (م ٨٣٧) (١) . وعند غيره هو الايجاب فقط . وذهب البعض الى انه الايجاب والقبول والقبض ؛ وقد نسب هذا القول الى زفر ايضا .

اما الايجاب ، فهو ان يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك ، او ملكته لك او نحو ذلك مما ينبىء عن التملك بلا عوض مثل اكرمت ، واهديت . وكأعطاء الزوج زوجته قرطا وقوله لها : خذى هذه وعلقه (م ٨٣٨) (٢) . الا يقال ان الايجاب لا يصح بلفظ الامر كما مر فى كتاب البيوع فكيف اجازته هذه المادة على ما جاء فى قولها « خذى هذا القرط وعلقه » . لانا نقول ان الامر اذا دل على الحال/اقتضاء صح ان يقع ايجابا ، كما مر فى البيع . وهنا قول الزوج لزوجته « خذى هذا القرط وعلقه » بمعنى وهبت لك هذا القرط فخذيه وعلقه ، بقرينة الزوجية

(١) م ٨٣٧ : (تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض) .

(٢) م ٨٣٨ : (الايجاب فى الهبة هو الالفاظ المستعملة فى معنى تملك المال مجانا كأكرمت ووهبت واهديت ، والتعابير التى تدل على التملك مجانا ايجاب للهبة ايضا كأعطاء الزوج زوجته قرطا او شيئا آخر من الحلى وقوله خذى هذا وعلقه) .

القائمة بينهما ، وبقرينة الاعطاء . على انى ارى انه لا مانع من ان يكون الايجاب بصيغة الامر فى الهبة ، لان الهبة لا مساومة فيها كالنكاح ، فكما جاز فى النكاح فليجز فى الهبة ، بخلاف البيع فانه يحتمل المساومة فيه فلا ينصرف الامر الى الايجاب بدون قرينة بل ينصرف الى المساومة .

ثم ان الايجاب اما ان يقع مطلقا ، او مقيدا بوقت ، او مقيدا بشرط ، او مقيدا بمنفعة .

فالمطلق يفيد الحكم وهو التملك حسب الاطلاق .
والمقيد بالوقت كذلك يفيد التملك مطلقا ويبطل التوقيت ، وذلك كأن يقول وهبت لك الدار عمرى ، او عمرى ، او عمرك ، او شهرا ، او نحو ذلك . فان الهبة فى كل ذلك صحيحة ، ويثبت التملك مطلقا فى الحال ، لان تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت فيصح العقد ويبطل التوقيت .

واما المقيد بالشرط ، فان كان الشرط مما يمنع وقوع التصرف تملكيا فى الحال فانه يبطل العقد ، والا بطل الشرط وصحت الهبة .

فالاول كقوله وهبت لك الدار على انك ان مت قبلى فهمى لى ، فهذا الشرط يمنع الموهوب له من تملك الدار لاحد فى (مجلة م - ١٦)

الحال لاحتمال ان يموت قبل الواهب فتعود الدار الى الواهب
نظرا للشرط . وبناء على ذلك يصبح العقد عارية لاهبة .
ولهذا ذهب اكثر الفقهاء الى انه لو قال وهبت لك الدار رقبى
يكون العقد عارية لاهبة ، لان معنى الرقبى انه اذا مات الواهب
قبل الموهوب له فهمى للموهوب له ، وان مات الموهوب له قبله
فهمى للواهب فكانت متضمنة شرطا يمنع من تصرف الموهوب له
تمليكا فى الحال .

والثانى ، كما لو وهب دارا على ان يبيعها الموهوب له او ان
يتخذها مسكنا له ونحو ذلك من الشروط ، فان العقد معها صحيح
والشرط لغو ، سواء كان فى الشرط نفع لاحد العاقلين او المعقود
له او لم يكن . وهذا بخلاف الحال فى البيع ، فان الشروط
النافعة لاحد العاقلين او للمعقود عليه تفسد العقد عند الفقهاء اذا
لم تكن من احكام العقد او من مؤيداته على ما سبق الكلام عليه
فى كتاب البيوع . والسبب فى ذلك هو النهى الشرعى الوارد
بمنع البيع بشرط ، ولولا ذلك لما ذهب الفقهاء الى القول بالفساد ،
لان القياس لا يقتضى الفساد ولذلك لم يقولوا بفساد الهبة
بالشروط النافعة ، عملا بالقياس ، ولم يرد نهى شرعى بمنع الهبة
بشرط .

واما التقييد بالمنفعة فانه يجعل العقد عارية كما لو قال وهبت

لك الدار سكنى او هى لك صدقة سكنى ، لان هذا القيد يصرف التملك الى المنفعة ، وهو اعارة .

ومن امثلة التقييد بالشرط ما اذا وهبه فرسا حاملا واستثنى حملها ، فان الهبة تصح فى الام والحمل ، لان العقد وقع متضمنا شرطا لا يمنع من تصرف الموهوب له وتمليكا فى الحال .

واعلم ان العقود التى فيها استثناء الحمل على ثلاثة اقسام :

١ - ما يفسد هو والاستثناء ايضا وذلك مثل البيع والرهن ، لان استثناء ما فى البطن بمنزلة شرط فاسد ، والبيع والرهن من العقود التى تفسدها الشروط الفاسدة .

٢ - ما يصح ويلغو الاستثناء وحده . وذلك كالهبة والخلع والنكاح ، بان يتزوجها على فرس معينة ويستثنى حملها . لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة .

٣ - ما يصح ويصح الاستثناء ايضا . وذلك كما فى الوصية ، فاذا اوصى احد لآخر بفرس واستثنى حملها صحت الوصية والاستثناء ، لان الميراث يجرى لما فى البطن ، والوصية كالميراث .

وتنقذ الهبة بالتعاطى ايضا كالبيع (م ٨٣٩) (') ولكن كما اشترط فى انعقاد البيع بالتعاطى ان تقوم القرينة على قصد التملك

والتملك بعوض من فعل التعاطى ، يشترط هنا ان تقوم القرينة على قصد التملك بلا عوض ، كما لو اعطى احد شيئا لفقير واقف فى الطريق للتسؤل فان هذا الوقوف قرينة على ان الاعطاء والاخذ وقعا بقصد التملك بلا عوض ، والا فان مطلق الاعطاء بدون القرينة يحمل على الايداع .

القبض في الهبة

ذهب البعض الى ان القبض ركن من ار كان الهبة كالايجاب والقبول . وذهب البعض الى انه ليس بركن ولكنه شرط لتتمام الهبة ، والمجلة على هذا القول . ولا يخفى ان لا فرق بين القوانين من حيث النتائج العملية ، لان الموهوب قبل قبضه يبقى ملكا للواهب على القوانين حتى انه لو مات احد الطرفين قبل القبض بطل عقد الهبة (م ٨٤٩) (١) .

والكلام في القبض يتناول المسائل الآتية :

تعريف القبض والمراد منه ، شروط صحة القبض ، قيام القبض مقام القبول ، هل يفيد القبض الملك في الهبة الفاسدة ، من له ولاية القبض .

تعريف القبض :

القبض هو تسلم الموهوب له او من ينوب عنه الموهوب ، او التخلية بين الموهوب له او من ينوب عنه وبين الموهوب ، بحيث يتمكن من اخذه .

والمراد بالقبض في الهبة هو القبض الكامل ، وهو ان

(١) م ٨٤٩ : (اذا توفي الواهب او الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة) .

يمكن القابض من الانتفاع بالمقبوض بعد القبض ، فاذا وهب احد لا آخر مالا فى صندوق مقفل وسلمه الصندوق بدون مفتاحه لا يعد هذا التسليم قبضا كاملا لعدم تمكن القابض من الانتفاع بالموهوب .

وهذا القبض يختلف باختلاف انواع الموهوب ، فالقبض فى المنقول بما يناسبه ، وفى العقار بما يناسبه فقبض مفتاح الدار غير مشغولة قبض كامل لها ، وقبض ما يحتمل القسمة يكون بالقسمة ، ليقع القبض على الموهوب اصالة لا بتبعية قبض الكل ، والقبض الكامل فيما لا يحتمل القسمة يكون بتبعية قبض الكل ، اذ لا يتصور ان يقبض غير القابل للقسمة بوجه آخر .

شروط صحة القبض :

(أ) ان يكون باذن الواهب ، لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض فى باب البيع ، حتى انه لو قبض المشتري المال من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق استرداده ، فلان يكون شرطا فى قبض الهبة ، من باب اولى ، لان عقد البيع يقع صحيحا من دون شرط القبض ، والهبة لا تصح الا به .

(ب) اهلية القابض ، وهى العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي غير المميز . واما البلوغ فليس بشرط .

ثم ان الاذن بالقبض نوعان : الاذن صراحة ، والاذن دلالة
(م ٨٤٢) (١) .

فالاذن الصريح كأن يقول الواهب اقبض ، او اذنت لك
بالقبض ، او نحو ذلك . وهذا النوع من الاذن يجوز قبض
الموهوب في المجلس وبعده .

واما الاذن دلالة ، فهو الايجاب الصادر من الواهب ، فان
ايجاب الواهب يتضمن اذنه للموهوب له ان يقبض الموهوب .
غير ان هذا النوع من الاذن انما يجوز قبض الموهوب في المجلس
فقط لا بعده فتتم الهبة بالقبض في المجلس اذا كان الموهوب
عينا ، اما اذا كان دينا كما لو قال وهبتك خمس كيلات من
تلك الحنطة ولم يقع منه الاذن بالقبض صراحة فقبض الموهوب
له ذلك المقدار ، فان الهبة لا تتم لعدم وجود الاذن صراحة ، نعم
لو قال له وهبتك خمس كيلات من تلك الحنطة ، فكلها ، فكلها
الموهوب له واخذها فان الهبة تتم لوجود الاذن صراحة . وكذلك
لو قال له وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل اذهب
وخذ ، فاذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح ، فيكون المال
المذكور مضمونا بيده للواهب (م ٨٤٣ ، ٨٤٤) (٢) .

(١) م ٨٤٢ : (يلزم اذن الواهب صراحة او دلالة في القبض) .

(٢) م ٨٤٣ : (ايجاب الواهب اذن دلالة بالقبض واما اذنه صراحة =

قيام القبض مقام القبول :

ان القبض فى المجلس يقوم مقام القبول ، لانه يتضمن القبول فيكون الايجاب قد ارتبط بالقبول فى المجلس فتم الهبة لوجود الايجاب والقبول والقبض ، مثال ذلك ما لو اوجب الواهب قبض الموهوب له الموهوب فى المجلس من دون ان يقول قبلت او اتهمت او نحو ذلك (م ٨٤١) (١) . ولكن يشترط فى هذا الا يكون الايجاب قد بطل بوجه من الوجوه ، قبل القبض المذكور .

هل يغير القبض الملك فى الهبة الفاسدة :

لقد وقع الاتفاق على ان القبض يفيد الملك فى الهبة الصحيحة واما فى الفاسدة فذهبت اكثر المتون الى القول بافادته الملك ،

= فهو قوله خذ هذا المال فانى وهبتك اياه ان كان المال حاضرا فى مجلس الهبة وان كان غائبا فقوله وهبتك المال الفلانى اذهب وخذه أمر صريح) .
م ٨٤٤ : (اذا اذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب فى مجلس الهبة وبعد الافتراق واما اذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق . مثلا لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له فى ذلك المجلس يصح واما لو قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح كذلك لو قال وهبتك المال الذى هو فى المحل الفلانى ولم يقل اذهب وخذه فاذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح) .

(١) م ٨٤١ : (القبض فى الهبة كالقبول فى البيع بناء عليه تتم الهبة اذا قبض الموهوب له فى مجلس الهبة المال الموهوب بدون ان يقول قبلت او اتهمت عند ايجاب الواهب اى قوله وهبتك هذا المال) .

قياسا على البيع الفاسد ، وقد رجح ابن عابدين فى التنقيح عدم افادته الملك فيها . ولا يخفى الاثر العملى على القولين فان الموهوب له اذا تصرف فى الموهوب يعتبر تصرفه على القول الاول ويضمن للواهب قيمة الموهوب ، ولا يعتبر تصرفه على القول الثانى .

واذا رجع الواهب عن هبته الفاسدة بعد القبض وكان الموهوب قد هلك فان الموهوب له لا يضمن شيئا على القول الاول لان المال قد هلك على ملكه . وهل يضمن على القول الثانى ؟ الظاهر انه لا يضمن ايضا لان يد الموهوب له يد امانة ولو كانت الهبة فاسدة . نعم لو استهلكه الموهوب له كان ضامنا على القول الثانى وغير ضامن على القول الاول وذبح البعض الى ان القبض وان كان يفيد الملك فى الهبة الفاسدة الا ان الموهوب يكون مضمونا على الموهوب له ، بمعنى ان الواهب لو رجع عن هبته بعد استهلاك الموهوب له الموهوب فانه يضمن له مثلها او قيمتها . ولا يخفى ان هذا ينافى القول بافادته الملك اذ المملوك كيف يكون مضمونا على مالكة للغير ؟

وهل يكفى استمرار القبض المتحقق قبل عقد الهبة ؟ اى هل يقوم القبض السابق على العقد مقام القبض الجديد اللازم لتام عقد الهبة ؟

القاعدة هنا ان القبض الكائن عند العقد او قبله اذا كان مثل

قبض الهبة او اقوى منه ، كفى عن القبض الجديد ، فاذا كان المال بيد الموهوب له عند عقد الهبة وديعة او عارية او رهنا او غصبا فوهب منه صحت الهبة وتمت ، لانه صار قابضا بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ، ولا لزوم الى قبض جديد . ولاشك ان كل انواع القبض هى اما مساوية لقبض الهبة او اقوى منه ، وبناء عليه ان المال اذا كان بيد الموهوب له قبل العقد فلا حاجة الى قبض جديد (م ٨٤٦) (١) .

والقاعدة فى باب القبض ان القبض الاول اذا كان مساويا للثانى او اقوى منه ناب مناب الثانى ، والا فلا وهذه القاعدة جارية فى كافة العقود التى يترتب عليها القبض ، فاذا كان المبيع مثلا بيد المشتري امانة قبل البيع فلا بد من قبض جديد لاعتبار ان المشتري قابضا للمبيع ، حتى ان هذه الامانة التى بيعت الى الامين لو هلكت بيده قبل ان يجدد القبض فانها تهلك على البائع ، وكان لهذا المشتري استرداد الثمن ان كان قد دفعه الى البائع ، لان قبض الامانة لا يقوم مقام قبض المبيع ، لان المبيع يقبض قبضا مضمونا بخلاف الامانة .

ويتفرع على هذا ان الدائن اذا وهب للمدين دينه الذى فى

(١) م ٨٤٦ : (من وهب ماله الذى هو فى يد آخر له تتم الهبة ولا حاجة الى القبض والتسليم مرة اخرى) .

ذمته تتم الهبة لتحقيق القبض . وبما ان هذه الهبة ابراء معنى فانها لا تتوقف على القبول ، كما هو الحكم فى سائر الابراءات ، فيسقط الدين حالا . نعم اذا رد الموهوب له هذه الهبة فانها ترتد كما هو الحال فى الابراء فان ، المبرأ اذا رد الابراء ، فانه يرتد (م ٨٤٧) (١) ولا يصح الرجوع فى هذا النوع من الهبة ، لان الموهوب وهو الدين يعتبر انه قد هلك لسقوطه بمجرد الهبة ، ولان هذه الهبة ابراء معنى ، ولان الساقط لا يعود .

ويتفرع على لزوم القبض لتمام الهبة ، ان الدائن لو وهب لشخص دينه الذى فى ذمة احد واذنه بقبض الدين الموهوب صراحة ، كأن يقول له : اذهب فخذ ، فقبض الموهوب له الدين فان الهبة تتم بهذا القبض (م ٨٤٨) (٢) وهذه المسألة من جملة المسائل المستثناة من قاعدة « ان تمليك الدين لغير من عليه الدين لا يصح » ووجه الاستثناء هو ان الدين فى هذه المسألة لم يملك الا بعد ان صار مالا . وذلك لان اذن الواهب بالقبض بقوله مثلا اذهب فخذ توكيل بقبض الدين ؛ فاذا قبضه انقلب الدين الى مال وتمت الهبة بهذا القبض فكان تمليكا للدين بعد ان صار

(١) م ٨٤٧ : (اذا وهب أحد دينه للمديون او ابراء ذمته عن الدين ولم يرد المديون تصح الهبة ويسقط عنه الدين فى الحال) .

(٢) م ٨٤٨ : (من وهب دينه الذى هو فى ذمة احد لآخر واذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب فخذ فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة) .

مالا ؛ فلم تكن المسألة فى الحقيقة من باب تمليك الدين بل من قبيل تمليك العين ! لان التمليك انما تحقق بعد ان انقلب الدين الى عين مالية بالقبض .

من له ولاية القبض :

القبض نوعان : قبض بطريق الاصاله وقبض بطريق النيابة .
اما القبض بطريق الاصاله فهو ان يقبض المرء المال بنفسه لنفسه .
وشرط اعتبار القبض ان يكون القابض عاقلًا مميزًا ! ولهذا يعتبر قبض الصغير المميز الهبة لنفسه ، فتتم الهبة بقبضه كما تتم الهبة بقبض وليه عنه .

واما القبض بطريق النيابة :

١ - فاما ان يكون بالوكالة كأن يوكل أحد غيره بالقبض .
٢ - واما ان يكون بالولاية الشرعية كقبض الولى عن القاصر الذى تحت ولايته .

٣ - واما ان يكون بالولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولى الشرعى كقبض مربى الصغير هبة . فيتضح من هذا ان من ليس له ولاية القبض اصاله يقبض عنه وليه ، وان الصبى يقبض عنه وليه الشرعى ويقبض عنه ايضا من كان الصبى فى عياله عند عدم الولى الشرعى . فيقبض له ابوه ثم وصى ابيه بعده ثم جده ابو

ايه بعد وصى ابيه ثم وصى جده ثم الوصى المنسوب ، سواء كان الصبى فى عيال هؤلاء او لم يكن ، فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرته لان هؤلاء ولاية عليه فيجوز قبضهم له .
واذا غاب احد هؤلاء غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب فوات لمنفعة الصغير فتنتقل ولاية القبض الى من يتلوه وان كان دونه ، كما هو الحال فى النكاح .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء عند وجود احد منهم ، سواء كان الصبى فى عيال القابض او لم يكن ، وسواء كان القابض ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم او كان اجنيا ، لانه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف فى مال الصغير فقيام ولاية التصرف فيهم يمنع من ثبوت حق القبض لغيرهم . فان لم يوجد احد من هؤلاء الاولياء جاز قبض من كان الصبى فى حجره وعياله ، استحسانا (م ٨٥٢) (١) . والقياس لا يجوزه ، لعدم الولاية . ووجه الاستحسان ان الذى فى عياله الصبى له عليه مسحة من الولاية فان له ان يؤدبه وان يسلمه فى الصنائع التى فيها منفعة للصبى ، وللصبى فى قبض الهبة منفعة محضة ، فقيام

(١) م ٨٥٢ : (اذا وهب احد شيئا لطفل تتم الهبة بقبض وليه او

هذا القدر من الولاية يكفي للتصرف فى الصبى بمنفعة محضة .
واذا كان الواهب للصبى او نحوه من القاصرين هو الولي
نفسه او مربيه اى من كان الصبى فى حجره وتربيته فيكفى لتمام
الهبة مجرد الايجاب ، لانه يقوم هنا مقام القبول ، اذ ان للولي
قبول الهبة من الغير للصغير ، وله القبض عنه ، فهو قائم مقام
الصغير فى القبول والقبض وفى مقام نفسه من حيث كونه
واهباً ، فكان ايجابه متضمناً للقبول ، وبما ان المال الموهوب
قائم وقت الهبة بيد الواهب الذى هو قائم مقام الموهوب له فى
امر القبض ، يعتبر ان الموهوب له قد قبض الهبة فتم . ويلاحظ
ان هذا خاص بما اذا كان المال الموهوب بيد الواهب او بيد
أمينه وقت الهبة . اما اذا لم يكن كذلك فلا تتم الهبة الا بعد ان
يصل المال الموهوب الى يد الواهب والموهوب له لم يزل تحت
ولايته ، وهذا كما لو وهب الاب لابنه الصغير مالا مغصوباً منه
فان الهبة لا تتم الا بعد ان يسترد الاب ماله المذكور من الغاصب
ويقصد بقبضه نيابة عن الصغير ، فلو بلغ الصغير قبل استرداد
المغصوب لا تتم الهبة الا بعد ان يقبضه بنفسه ، وكذلك لو استرد
الاب المال المذكور ولم يقصد القبض عن الصغير بل قصد
القبض لنفسه (م ٨٥١) (١) وهذا بخلاف ما اذا وهب الاب

(١) م ٨٥١ : (ويملك الصغير المال الذى وهبه اياه وصيه او مربيه =

شيئا الى ابنه البالغ العاقل فان الهبة لا تتم الا بعد ان يقبض
الموهوب له او وكيله الهبة (م ٨٥٠) (١) ووجه الفرق بين الصغير
والبالغ العاقل هو ان الاب حسب ولايته قائم مقام الصغير فقبضه
يقوم مقام قبض الصغير بخلاف البالغ العاقل فان الاب لا ولاية
له عليه فلا يقوم قبضه مقام قبض ابنه البالغ العاقل .

واذا وهب احد للصغير المميز فله القبول والقبض وله الرد .
ولكن اذا وقع قبول وليه قبل رده فليس له الرد ولا عبرة برده

= يعنى من هو فى حجره وتربيته الذى فى يده او الذى كان وديعة عند غيره
بمجرد الايجاب اى بمجرد قول الواهب وهبت ولا يحتاج الى القبض) .
(١) م ٨٥٠ : (اذا وهب احد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا فيلزم
التسليم) .

شروط الهبة

شروط الهبة بعضها يرجع الى العقد نفسه ، وبعضها يرجع الى الموهوب ، وبعضها يرجع الى الواهب ، وبعضها الى الموهوب له .

الشروط العائرة الى نفس العقد :

١ - الا يكون العقد معلقا على ماله خطر الوجود والعدم .
فلو قال الواهب اذا قدم زيد من سفره فقد وهبتك فرسى وقبل الموهوب له لا يعتبر العقد لان الهبة تمليك العين فى الحال وهو لا يحتمل التعليق بالخطر ، كالباع . اما اذا كان التعليق صوريا فلا يخل بالعقد ، كما لو قال احد لاخيه : ان كنت اخى فقد وهبتك سيارتى فان الهبة هنا منعقدة لان الكلام فى الحقيقة منجز والتعليق صورى فان الاخوة ثابتة وقت العقد .

٢ - الا يكون العقد مضافا الى المستقبل ، كأن يقول وهبتك الشئ الفلانى فى رأس الشهر الآتى ، لان ما يمكن تملكه فى الحال لا يجوز اضافة تملكه الى المستقبل ، وهذا بخلاف الاجارة فان الاضافة فيها الى المستقبل صحيحة ، لانها تمليك المنفعة والمنافع المستقبلية لا يمكن تملكها فى الحال . ولان المنافع مستقبلية

بطبيعتها فلا يمكن تملكها الا وهى مستقبلة ، اللهم الا المنفعة الجزئية القائمة عند صدور العقد فانها حالية ، فاذا لم نجوز الاجارة المضافة بعله ان المنافع المستقبلية لا يجوز تملكها فى الحال ، لزم بطلان الاجارة فيما عدا المنفعة الجزئية القائمة عند العقد ، وهذا حرج عظيم (م ٨٥٤) (١) .

٣ - اتحاد المجلس كما فى البيع . فلو اختلف المجلس حقيقة او حكما ، كما اذا رجع الموجب عن ايجابه قبل ارتباط القبول به ، او بطل الايجاب بوجه من الوجود التى مر ذكرها فى كتاب البيع لا تنعقد الهبة .

الشروط العائرة الى الواهب :

١ - ان يكون ممن يملك التبرع ، اى ان يكون عاقلا بالغا لان الهبة تبرع فلا يملكها الا من يملك التبرع . فلا تجوز هبة الصبى والمجنون والمعتوه كما لا يجوز للولى هبة شئ من مالهما ولو بعوض عند أبى حنيفة ، وجوزها محمد بعوض اذا كان الواهب هو الاب ، والاصل عند أبى حنيفة ان كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض فلانها تبرع

(١) م ٨٥٤ : (الهبة المضافة ليست بصحيحة مثلا لو قال وهبتك

الشئ الفلانى فى رأس الشهر الا تى لا تصح الهبة) .

- مطلقا واما بالعوض فلانها تبرع ابتداء (م ٨٥٩) (١) .
- ٢ - ان يكون راضيا لان رضاء العاقد شرط فى سائر العقود فلا تصح الهبة التى وقعت بالجبر والاكراد (م ٨٦٠) (٢) .
- ٣ - الا يكون محجورا عليه لدين اذا وهب شيئا من امواله القائمة وقت الحجر عليه فان نفاذ مثل هذه الهبة موقوف على اجازة الدائنين .

الشرط المزمع تحققه فى الموهوب له

- لا يشترط فى الموهوب له ان يكون عاقلا بالغا ، فتصح الهبة للصغير المميز وغير المميز وللمجنون والمعتوه (م ٨٥٩) .
- نعم يشترط ان يكون الموهوب له موجودا حقيقة اى موجودا فى الخارج ، فلا تجوز الهبة للمجنين لانه غير موجود فى الخارج فلا كيان له كما انه لا ولاية لاحد عليه حتى يقوم مقامه فى القبول والقبض ، لان الولاية عليه انما تتحقق بعد الولادة ، وهذا بخلاف الوصية له فانها صحيحة . ووجه الفرق :

-
- (١) م ٨٥٩ : (يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالغا . بناء عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه واما الهبة لهؤلاء فصحيحة) .
- (٢) م ٨٦٠ : (يلزم فى الهبة رضاء الواهب فلا تصح الهبة التى وقعت بالجبر والاكراد) .

اولا : ان الوصية تمليك شيء في المستقبل فهي تلائم كون الموهوب له سيوجد في المستقبل .

ثانيا : ان القبض شرط في الهبة دون الوصية وليس للجنين من ينوب عنه في القبض .

الشروط العائرة الى الموهوب

١ - ان يكون الموهوب موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد ، كأن يهب ما يثمر بستانه السنة او ما تلد اغنامه السنة او ما ينتج في مصنعه من المعمولات ونحو ذلك ، وهذا بخلاف الوصية . ووجه الفرق ان الهبة تمليك في الحال وتمليك المعدوم في الحال محال والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فالإضافة لا تمنع جوازها وكذلك لا يجوز ان يهب ما في بطن الفرس والشاة او ما في ضرعهما وان سلطه الموهوب له على القبض عند الولادة والحلب ، لانه لا وجه لتصحيحه في الحال لاحتمال الوجود او العدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحبل وقد يكون للداء ، وكذا انتفاخ الضرع قد يكون للبن ولغيره فكان له خطر الوجود والعدم ، ولا وجه لتصحيحه بالإضافة الى ما بعد زمن الحدوث لان التمليك في الهبة مما لا يصح اضافته الى المستقبل . ولهذه العلة عينها لا يجوز بيع

ذلك . وهذا بخلاف هبة الدين لغير من عليه الدين فانه يجوز استحسانا اذا سلط الموهوب له على قبضه ، لان الموهوب موجود مملوك في الحال مقدور القبض بعد ان يكون عينا .

ولا يجوز هبة زبد في لبن ودهن في سمس ، ودقيق في حنطة . ونحو ذلك ، ولو سلط الموهوب له على القبض ، لان الموهوب معدوم في الحال فلم تنعقد الهبة ، وهذا بخلاف ما لو وهب صوفا على غنم او ثمرات على اشجار فجز الصوف وقطع الثمر وسلمه للموهوب له ، فانه يصح ، لان الموهوب موجود عند العقد مملوك في الحال ، الا ان العقد لم ينفذ في الحال لمانع كون الموهوب مرتبطا بما ليس بموهوب ، فاذا فصل زال المانع فينفذ ، كما لو وهب حصة مشاعة من ملك ثم قسمه وسلمه (م ١٥٦) (١) .

٢ - ان يكون مالا متقوما . فلا تجوز هبة ما ليس بمال اصلا كالميتة حتف انفها ، وما ليس بمتقوم كالخمر ، كما لا يجوز بيعه .

٣ - ان يكون مملوكا في نفسه . فلا يجوز هبة المباحات .

٤ - ان يكون مملوكا للواهب فلا تنفذ هبة مال الغير بغير اذنه او اجازته .

(١) م ١٥٦ : (يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة . بناء عليه لا تصح هبة غنم بستان سيدرك او ولد فرس سيولد) .

٥ - ان يكون معلوما فلا تصح هبة ما ليس كذلك كهبة احد فرسين لا على التعيين ، ولكن لو وهب احد شيئين معينين كما لو قال وهبتك احد هذين الفرسين ، فان عين الموهوب له فى مجلس الهبة احدهما صحت الهبة والا فلا (م ٨٥٨) •

٦ - ان يكون غير مشاع فيما هو قابل للقسمة فلا تنفذ هبة المشاع فى القابل للقسمة الا بعد تسلمه مفزرا • اما هبة المشاع فى غير القابل للقسمة فهى نافذة بدون افرازه فيكفى فى قبضه ان يقبض تبعا ضمن المجموع • وسبب الفرق بين القابل للقسمة وغيره هو اشتراط القبض الكامل فى الهبة ، وهو لا يتحقق فى القابل للقسمة الا بتسليمه مفزرا ويتحقق بالنظر الى القابل للقسمة بتسليمه ضمن المجموع ، اذ لا طريقة لقبضه بغير هذه الصورة •

والمفهوم من ظاهر المجلة انها قد اهملت هذا الشرط اى انها لم تشترط ان يكون الموهوب غير مشاع وبناء على ذلك تصح هبة المشاع مطلقا • وهذا هو رأى جمهرة كبار الفقهاء من غير الحنفية •

اما الحنفية فقد اعتبروا هذا الشرط على الوجه المذكور غير ان أبا حنيفة جعل الشيوع وقت القبض فقط مانعا لنفاذ الهبة • واعتبر ابو يوسف ومحمد الشيوع مانعا للنفاذ اذا كان متحققا

وقت العقد والقبض معا فلا يضر عندهما الشيوع وقت القبض فقط .

وعلى هذا تفرعت مسألة ما اذا وهب احد دارا تقبل القسمة من رجلين ، فعلى قول أبى حنيفة لا تنفذ الهبة ما لم يتسلم كل منهما نصيبه مقسوما ، وعلى قولهما تنفذ الهبة بتسلمها الدار غير مقسومة لانتفاء الشيوع عند العقد ، بخلاف ما اذا وهب احد لآخر نصف الدار فان الهبة على رأى الجميع غير نافذة لتحقيق الشيوع عند العقد والقبض ، فلا تنفذ الا بعد قبض النصف الموهوب مفرزا .

وانما قلنا : المفهوم من ظاهر المجلة انها قد اهملت هذا الشرط الخ . . . لاننا يمكننا ان نتصرف فى المادة (٨٥٨) (١) ونقول ان لفظة (ومعينا) الواردة فى قولها (يلزم ان يكون الموهوب معلوما ومعينا) يراد منها الا يكون الموهوب مشاعا ، لان المشاع غير معين . ولكن لا ارى داعيا لهذا التصرف للوجوه الآتية :-

(١) م ٨٥٨ : (يلزم ان يكون الموهوب معلوما ومعينا . بناء عليه لو وهب أحد من المال شيئا او من الفرسين احدهما لا على التعيين لا تصح ، ولو قال أيما اردت من هاتين الفرسين فهى لك فان عين الموهوب له فى مجلس الهبة احدهما تصح والا فلا فائدة فى تعيينه بعد المفارقة من مجلس الهبة) .

اولا : لو جرينا على التصرف لاقتضى ان لا تصح هبة المشاع سواء كان قابلا للقسمة او لا . ولم يقل احد بذلك ، ولو جعلناه شرطا للنفاذ لاقتضى الا تنفذ هبة المشاع غير القابل للقسمة ولم يقل بذلك احد .

ثانيا : ان الظاهر من متن المادة ان المراد من (ومعينا) الا يكون مجهولا فالعطف تفسيري كما يشهد على ذلك مثال المادة نفسها ، والحصاة المشاعة معلومة غير مجهولة .

ثالثا : ان الاخذ برأى من قال بنفاذ هبة المشاع مطلقا هو الايسر ، فاخذ المادة على ظاهرها اولى .

ولا يشترط في الموهوب ان يكون مقبوضا للواهب عند الهبة بل يجوز للواهب ان يهب ملكه الذي لم يكن قد قبضه . فللمشتري ان يهب ما اشتراه قبل ان يقبضه فتصح هبة زيد لعمره ما اشتراه من الحنطة قبل ان يقبضها (م ٨٤٥) (١) وهذا بخلاف بيع الشخص ماله الذي لم يكن قد قبضه ، فقد مر في كتاب البيع انه لا يصح للمشتري ان يبيع ما اشتراه من المنقولات قبل قبضه .

ووجه الفرق بين البيع والهبة في هذا المقام هو ان الهبة لا تتم الا بالقبض فاذا وهب المشتري المبيع لاحد قبل قبضه ، فاذا قبضه

(١) م ٨٤٥ : (للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع) .

الموهوب له يكون قد قبضه وكالة عن المشتري واصالة عن نفسه ، فلم تتم الهبة الا بعد قبض الموهوب له المبيع نيابة عن المشتري ، فتكون الهبة قد وقعت مآلا على مبيع مقبوض . وهذا المعنى لا يتأتى فى البيع لان البيع يتم بالايجاب والقبول ، فيكون البيع قد تم على غير مقبوض وهو غير صحيح فى المنقولات ، ووجه آخر وهو ان الغرر لا يتصور فى الهبة بخلاف البيع وان العلة فى عدم تصحيح البيع فى غير المقبوض من المنقولات هى الغرر .

حكم الهبة وموانع الرجوع عنها

حكم الهبة

حكم الهبة هو ثبوت ملك الموهوب له للموهوب من غير عوض ولا يتم ذلك الا بالقبض .

وقد اختلف الفقهاء فى هذا الملك ، فذهب الحنفية الى ان الموهوب له وان ملك الموهوب فان للواهب حق الرجوع .
وذهب غيرهم الى انه ملك كالمملك الثابت بالبيع ، فلا رجوع فيه .
وتفصيل الخلاف ودليل كل من المذهبين يعود الى علم الخلاف
(م ٨٦١) (١) .

وقد ذهبت المجلة الى رأى الاول ، فاثبتت للواهب حق الرجوع عن الهبة اى له فسخ عقد الهبة اذا لم يتحقق فيها احد الموانع الآتى ذكرها . فاذا تحقق فيها احد الموانع فليس له فسخ العقد الا اذا رضى الموهوب له بالفسخ . وحق الرجوع هذا يثبت للواهب قبل قبض الهبة وبعدها ، الا ان رجوعه ان كان قبل القبض فانه لا يتوقف على رضاء الموهوب له ولا على

حكم الحاكم فلولواهب الرجوع مطلقا حينئذ (م ٨٦٢) (١) واما بعد القبض فلا بد لصحة الرجوع من حكم الحاكم او رضا الموهوب له ، حتى انه لو رجع بدون ذلك واسترد المال الموهوب يكون غاصبا فيضمن المال اذا هلك او ضاع في يده (م ٨٦٥) (٢) اما اذا رضى الموهوب له بالرجوع بعد القبض فان العقد يفسخ بهذا الرجوع ولا يتوقف على شيء آخر .

واذا لم يرض الموهوب بالرجوع بعد القبض ، فلولواهب ان يطلب من الحاكم فسخ العقد . والحاكم يحكم بالفسخ ان لم يكن ثمة مانع من الموانع (م ٨٦٤) (٣) .

والعلة في الفرق بين الرجوع قبل القبض والرجوع بعده هو انه قبل القبض لم يتم الملك للموهوب له فلا يتوقف الرجوع على رضائه ، واما بعد القبض فقد تم الملك له ، وربما امتنع عن

(١) م ٨٦٢ : (للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب له) .

(٢) م ٨٦٥ : (لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم وقضائه وبدون رضى الموهوب له يكون غاصبا وبهذه الصورة لو تلف او ضاع في يده يكون ضامنا) .

(٣) م ٨٦٤ : (للواهب ان يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضى الموهوب له وان لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع التي ستذكر في المواد الآتية وان كان مانع من موانع الرجوع فلا يفسخ) .

الرد ولم يرض به لوجود مانع من موانع الرجوع حسب زعمه ، ولا يقطع ذلك الا الحاكم . وهذا نظير الفسخ بخيار العيب فان للمشتري فسخ البيع بسبب العيب القديم قبل قبض المبيع بدون توقف على رضا البائع او حكم الحاكم ، واما بعد القبض فلا بد لذلك من رضا البائع او حكم الحاكم . والعلة في ذلك انه قبل قبضه اذا ظهر في المبيع عيب فلاشك ان البائع لا عذر له في الامتناع عن الرد ، اذ لم تمسه يد المشتري ، فلاشك في ان العيب يعد قديما ، اما بعد القبض فيجوز الا يرضى البائع بالفسخ لزعمه ان العيب الذي يدعيه المشتري حادث عنده فتحصل من هذا منازعة ، ولا يقطع النزاع الا الرضاء او حكم الحاكم . وبعبارة اخرى نقول : ان الفسخ قبل القبض فسخ للعقد قبل تمامه فيصح بدون قضاء او رضاء ، والفسخ بعد القبض فسخ للعقد بعد تمامه فيتوقف على الرضاء والقضاء .

والعلة في ان الواهب لو استرد الموهوب بعد القبض بدون رضاء او قضاء يعد غاصبا ، هي ان ملكية الموهوب له للموهوب قد تمت بالقبض فخرج الموهوب من ملك الواهب تماما ، فلا بد اذا من رضاء المالك « وهو الموهوب له » او حكم الحاكم ، فاذا استرد الواهب الهبة بدون ذينك يكون غاصبا ، لتحقيق معنى الغصب .

والرجوع يكون بقول الواهب رجعت عن الهبة ، وباسترداد
الموهوب ، وبنيه الموهوب له عن القبض بعد الايجاب (م ٨٦٣) (١)
فان الايجاب وان كان يتضمن الاذن بالقبض دلالة فان النهي
الصريح ينفي تلك الدلالة ويبطل الايجاب فيكون رجوعا فليس
للموهوب له القبض بعد ذلك ولو كان الموهوب في المجلس .

موانع الرجوع عن الهبة

موانع الرجوع عن الهبة سبعة ، وهى : المحرمة فى القرابة ،
الزوجية ، العوض المضاف الى الهبة ، الزيادة المتصلة ، خروج
الموهوب عن ملك الموهوب له ، وفاة احد العاقلين ، هلاك
الموهوب . واليك التفصيل :

١ - المحرمة فى القرابة : هى كون القريين يحرم التزاوج
بينهما كأب الشخص وجده وان علا ، وكأمه وجداته وان علون ،
وكالاولاد وان سفلوا ، والاخوة والاخوان وااولادهم وان
سفلوا ، والاعمام والعمات ، والاخوال والحالات .

ووجه كونها مانعة عن الرجوع هو ان المقصود بالهبة هنا
صلة الرحم ، وكل عقد افاد مقصوده يكون لازما (م ٨٦٦) (٢) .
(١) م ٨٦٣ : (نهى الواهب الموهوب له عن القبض بعد الايجاب
رجوع) .

(٢) م ٨٦٦ : (من وهب لاصوله وفروعه او لآخيه او اخته او
لاولادهما او لعمه وعمته شيئا فليس له الرجوع) .

٢ - الزوجية : فلا رجوع لاحد الزوجين فيما وهبه لصاحبه ، لان صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة « القرابة المحرمة » بدليل انه يتعلق بالزوجية التوارث فى جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان . والقرابة الكاملة مانعة للرجوع فكذا ما يجرى مجراها (م ٨٦٧) (١) .

٣ - العوض : وهو نوعان : متأخر عن العقد ، ومشروط فيه ، اما المتأخر عن العقد فيشترط لكونه مانعا لثلاثة امور :
أ - ان يكون اللفظ دالا على المقابلة ، بأن يقول هذا عوض عن هبتك ، او بدل عن هبتك . وبعبارة اخرى ان يضاف العوض الى الهبة .

ب - الا يكون العوض فى العقد مملوكا بذلك العقد ، حتى لو عرض الموهوب له الواهب بالموهوب ، لا يكون عوضا ، بل يكون فسخا للهبة . وان عوضه ببعض الموهوب ، فان كان الموهوب باقيا على حالته لا يكون عوضا ، فلا يمنع من الرجوع فى الباقي ، وان كان قد تغير عن حالته فانه يكون عوضا يمنع عن الرجوع . كما لو كان الموهوب حنطة فطحنها الموهوب له ثم اعطى الواهب شيئا من الدقيق عوضا عن هبته . وان وهب احد

(١) م ٨٦٧ : (لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئا حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع) .

لآخر شيئين فى عقدين فعوض الموهوب له احدهما عن الآخر
كان عوضا يمنع الرجوع .

ج - سلامة العوض للواهب فان لم يسلم ، بان استحق فى
يده لم يكن عوضا ، فله ان يرجع فى هبته . وان استحق بعض
العوض فالباقي يعتبر عوضا عن كل الموهوب ، الا ان للواهب
الخيار فى ان يرد ما بقى من العوض ويرجع فى كل الموهوب
ان كان قائما فى يده ولم يحدث فيه مانع يمنع الرجوع .

واذا استحق الموهوب فما حكم العوض ؟

اذا استحق الموهوب فان للموهوب له ان يرجع بما عوض
لانه انما ادى العوض ليسقط الرجوع فى الهبة فاذا استحق
الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتا فصار كمن صانع
عن دين ثم تبين ان لا دين عليه . ولو استحق نصف الموهوب
فللموهوب له الرجوع بنصف العوض ان كان الموهوب مما
لا يحتمل القسمة ، لانه انما جعل عوضا عن حق الرجوع فى
جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعض الموهوب يرجع فى العوض
بقدره سواء نقص العوض فى السعر او زاد فى البدن وليس
للموهوب له رد ما بقى من الهبة والرجوع فى العوض كله لان
العوض لم يكن مشروطا فى العقد . وان استحق كل الموهوب

والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض . وان كان مما
يحتمل القسمة بطلت الهبة ان كان المستحق هو الموهوب لانه
تبين ان الهبة وقعت على مشاع يحتمل القسمة وبطل العوض ان
كان هو المستحق ، لانه بحكم هبة مبتدأة وايهما بطل يرجع
الثانى بما اعطاه فان بطل العوض يرجع الواهب بهبته ، وان
بطلت الهبة يرجع الموهوب له بعوضه .

وليعلم ان الواهب اذا قبض العوض فليس لكل منهما ان
يرجع على صاحبه فيما ملكه . ولا يشترط فى العوض ان يكون
من الموهوب له ، بل الحكم واحد ان كان العوض من الموهوب
له او من اجنبى بأمر الموهوب له او بغير امره ، ففى كل الصور
ليس لاحد حق الرجوع ، وليس الاجنبى الذى دفع العوض حق
الرجوع على الموهوب له وان دفع بأمره ، الا اذا قال له : ادفع
عنى على انى ضامن لما تدفعه .

وان كان العوض مشروطا فى العقد فانه مع كونه يمنع
الرجوع يقلب الهبة الى البيع بعد قبضه فيترتب على تلك الهبة
احكام البيع ، بخلاف الاول « العوض غير المشروط » فانه يمنع
الرجوع فقط (م ٨٦٨) (١) .

(١) م ٨٦٨ : (اذا اعطى للهبة عوض قبضه الواهب فهو مانع
للرجوع ، فلو اعطى للواهب شيئا على ان يكون عوضا لهبته وقبضه فليس
له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له او من الغير) .

٤ - الزيادة المتصلة سواء كانت متولدة ، كما اذا كان الموهوب فرسا هزيلا فسمت ، او غير متولدة ، كما اذا كان الموهوب دارا فبنى الموهوب له فيها ، او ارضا فغرس فيها قليلا او كثير او زاد فيها شيئا بصورة يدخل فى بيع الارض من غير تسمية .

والعلة فى اعتبار الزيادة مانعة من الرجوع هى انه لا سبيل الى الرجوع فى الاصل مع الزيادة ، لان الزيادة ليست بموهوبة فلا يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع فى الاصل بدون الزيادة ، لانه غير ممكن (م ٨٦٩) (١) .

اما الزيادة المنفصلة فلا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل ، كالولد واللبن والثمر ، او غير متولدة ، كالارش ، لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل فيمكن فسخ العقد فى الاصل دون الزيادة ، ولان الزيادة المنفصلة حصلت على ملك الموهوب له فلا وجه لاسترداد

(١) م ٨٦٩ : (اذا حصل فى الموهوب زيادة متصلة كأن كان ارضا واحدا الموهوب له عليها بناء او غرس فيها شجرا او كان حيوانا ضعيفا فسمن عند الموهوب له او غير الموهوب على وجه تبدل به اسمه كأن كان حنطة فطحن وجعلت دقيقا فلا يصح الرجوع عن الهبة حيثذ واما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع فلو حملت الفرس التى وهبها احد لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد الولادة وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له « انظر المادة ٩٨ » .

الواهب اياها ، وكذلك زيادة السعر لا تمنع الرجوع ، وكذا نقصان الموهوب .

ثم ان البناء فى الارض انما يمنع اذا كان يوجب زيادة فيها ، اما اذا اوجب زيادة فى بعضها بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها لكبرها ، امتنع الرجوع فى تلك القطعة فقط ، واذا لم يوجب البناء زيادة اصلا فانه لا يمنع الرجوع ايضا ، كما لو بنى فى غرفة النوم تنورا للخبز مثلا لان مثل هذا يعد نقصا لا زيادة .

٥ - خروج الموهوب عن ملك الموهوب له . فان تبدل الملك كتبدل العين ، وقد تبدل الملك بتبدل السبب .

واذا رجع الموهوب الى يد الموهوب له فان كان بسبب جديد فلا سبيل الى بطلان المانع ، والا زال المانع وعاد حق الرجوع . فاذا وهب الموهوب له الموهوب لا آخر ثم رجع عن هبته فان للواهب الاول الرجوع عليه بعد ذلك ، ولكن اذا اشتراه او ورثه منه فليس للواهب الاول الرجوع ، لان الملك عاد بسبب جديد (م ٨٧٠) (١) .

٦ - هلاك الموهوب ، لان الموهوب يتعذر رده بهلاكه

(١) م ٨٧٠ : (اذا باع الموهوب له الموهوب او اخرجه من ملكه

بالهبة والتسليم فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع) .

فيمتنع الرجوع (م ٨٧١) (١) .

٧ - موت احد العاقلين ، لانه اذا مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة بسبب الارث فلا وجه لابطاله ، واذا مات الواهب فقد مات معه حق الرجوع ، لان الرجوع ثبت بالنص على خلاف القياس ، والنص لم يوجب حق الرجوع لغير الواهب (م ٨٧٢) (٢) .

ولو وهب احد لاختيه واجنبى شيئا له الرجوع بنصيب الاجنبى ولو عوض الواهب عن نصف ما وهب فله الرجوع بالنصف الآخر . والحاصل ان المانع اذا وقع على كل الموهوب منع الرجوع فى الكل ، وان وقع على بعضه منع فى البعض . ويلاحظ ان الدائن اذا وهب لمدينه الدين الذى فى ذمته ، فليس له الرجوع عن هبته هذه (م ٨٧٣) (٣) لان هذه الهبة ابراء حقيقة وان كانت هبة لفظا ، . فاذا سقط الدين بالابراء فانه لا يعود . انظر المادة (٥١) والمادة (٨٤٧) .

(١) م ٨٧١ : (اذا استهلك الموهوب فى يد الموهوب له فلا يبقى للرجوع محل « انظر المادة ٩٨ ») .

(٢) م ٨٧٢ : (وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع ، بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة اذا توفى الموهوب له ، كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب اذا توفى الواهب « انظر المادة ١٣ ») .

(٣) م ٨٧٣ : (اذا وهب الدائن الدين للمدينون فليس له الرجوع « انظر الى مادة ٥١ ، ومادة ٨٤٧ ») .

وكذلك لا يصح الرجوع فى الصدقة بعد قبضها وان كانت الصدقة نوعا من الهبة (م ٨٧٤) (١) . والسبب فى عدم الرجوع ، هو ان الصدقة هبة بعوض بحكم الشرع ، والعوض فيها هو الثواب . ومن المعلوم ان العوض مانع عن الرجوع ، فبعد قبض الصدقة تتم الهبة ويحصل العوض فلا رجوع .

ويلاحظ ايضا ان الهدايا التى ترسل فى الاعراس والاعياد والايباب من الحج والسفر ونحو ذلك ، ان كانت مما تعارف اهل البلد انها ترسل بيدل كان على القابض لها ايفاء البدل ، مثلا ان كانت من المثليات ، وقيمة ان كانت من القيمات . وان لم يتعارف ذلك كانت هبة محضة فيترتب عليها سائر احكام الهبة .

ثم ان مثل هذه الهدايا ان وردت باسم معين فهى لصاحب الاسم ، وان لم يذكر اسم احد يسأل المهدي انها لمن ، وان لم يكن السؤال ممكنا روى العرف ، فاذا كانت الهدية مما تعرف ارساله لابی العروس مثلا فهى له ، وان كانت مما تعرف ارساله للصبيان بان كانت ثياب صبيان مثلا فهى لهم ، وعلى

(١) م ٨٧٤ : (ولا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه

من الوجوه) .

هذا القياس . والاصل فى هذا الموضوع ، ان المعروف عرفا
كالمشروط شرطا (م ٨٧٦) (١) .

واعلم ان الاباحة ليست بهبة ، بل هى شبيهة بها من وجه .
فان الاباحة ليست بتملك ، بل هى اجازة . فاذا اجاز احد لآخر
ان ينتفع من ملكه بطريق الاكل او الشرب او غيرهما فليس
للمباح له التصرف فى المباح باكثر مما قد ابيح له ، فليس له ان
يعطى لاحد شيئا مما قد ابيح له ان يأكله مثلا ، وليس للمبيح ان
يطالب المباح له بشئ بدلا مما اخذه بوجه الاباحة .

وكما يثبت الرجوع فى الهبة للواهب ، يثبت فى الاباحة
للمبيح ، اى ان للمبيح ان يرجع عن اباحته متى شاء . وحينئذ
لا يبقى للمباح له حق الاستمرار على الانتفاع بوجه الاباحة
السابقة .

ولا يمنع الاباحة الشيوع مطلقا ، ولا جهالة المباح له فلو
قال صاحب بستان مثلا : ابحت لكل احد ان يأكل من ثمرة
هذه البستان كانت الاباحة صحيحة ، فكل من يأكل من ثمرتها
لا يكون متعديا ولا غاصبا .

(١) م ٨٧٦ : (الهدايا التى ترد فى الحتان والعرس تكون لمن ترد
باسمه من المختون والعروس والوالد والوالدة . وان لم يذكر أنها وردت
لمن ولم يمكن السؤال والتحقيق عنها فعلى ذلك يراعى عرف البلد وعاداتها
« انظر المادة ٣٦ ») .

وقد تعتبر بعض الاشياء مباحة عرفا ، مثل ما تخلفه الحيوانات
من الاسمدة فى الحانات ، فانها مباحة لمن يأخذها ولا يختص
بها صاحب الحان ، ومثل الثار الذى يثر فى الاعراس فان اخذه
مباح لكل احد (٨٧٥) (١) •

(١) م ٨٧٥ : (اذا أباح احد لا آخر شيئا من مطعوماته فليس له
التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة ولكن له الاكل والتناول
من ذلك الشيء وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته • مثلا اذا أكل احد
من بستان آخر باباحته مقدارا من العنب فليس لصاحب البستان مطالبة
قيمه بعد ذلك) •

حكم الرهبة بشرط العوض

الشرط نوعان :

١ - الشرط التعليقي ، وهو يكون باحد ادوات الشرط .
وهو مبطل لعقد الهبة على ما مر بيانه .

٢ - الشرط التقيدي ويكون بـ (على) مثل ان يقول
الواهب وهبتك الدار على ان تعطيني فرسا ، او بما يؤدي هذا
المعنى ، كأن يقول وهبتك الدار بشرط ان تقضى ديني الذي هو
مائة دينار ، وكما لو وهب احد لآخر دارا وسلمها اليه على شرط
ان يقوم الموهوب له بنفقة الواهب ما دام حيا .

وهذا النوع من الشرط يقع العقد به صحيحا ، والشرط
معتبر ، فاذا راعى الموهوب له الشرط تمت الهبة فلا يصح
الرجوع بعد ذلك ، لانها تكون قد انقلبت الى بيع ، واذا لم يراع
الموهوب له الشرط كان للواهب الرجوع واسترداد الموهوب
فلا تكون لازمة بدون التقابض (م ٨٥٥) (١) .

(١) م ٨٥٥ : (تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط . مثلا
لو وهب احد لآخر شيئا بشرط ان يعطيه كذا عوضا او يؤدي دينه المعلوم
المقدار اذا راعى الموهوب له الشرط والا فللواهب الرجوع عن الهبة ،
كذلك لو وهب احد وسلم عقارا مملوكا لآخر بشرط ان يقوم بنفقة
الواهب الى وفاته ثم ندم فأراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار
فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضيا بانفاقه على وفق ذلك الشرط) .

ثم ان الشرط التقيدي انما يعتبر اذا كان ملائما ، كما فى
الامثلة المارة ، فان لم يكن ملائما صحت الهبة ولغا الشرط ، على
ما تقدم بيانه فى بحث ركن الهبة - فليراجع - كما لو وهبه
شيئا على شرط ان يهبه لغيره ، او ان لا يبيعه لاحد ، فالهبة هنا
صحيحة والشرط باطل .

والشرط الملائم هنا هو الشرط الذى لا يتنافى مع مقتضى
التملك والتملك ، فشرط العوض مثلا لا يتنافى مع مقتضاها ،
فان الاصل فى التملك والتملك ان يكونا بعوض ، لكن اشتراط
ان لا يبيع الموهوب له المال الموهوب يتنافى مع مقتضى الملكية ،
لان الاصل فى المالك انه حر فى تصرفاته فى ملكه وليس لاحد
ان يقيده فيها وان لا عبرة بتقييد الغير اياه .
والعوض نوعان :

١ - عوض حقيقى ، كما فى الامثلة المارة .

٢ - عوض حكمى ، كما لو وهبت الزوجة مهرها لزوجها
على الا يطلقها او على ان يسكن معها فاذا وفى بالشرط صحت
الهبة بعوض ، والا بطلت .

والهبة بشرط العوض هبة ابتداء ويبيع انتهاء اى بعد التقابض ،
فلهذا يترتب عليها فى الابتداء حكم الهبة ، وبعد التقابض اى فى
الانتهاء يترتب حكم البيع .

ويتفرع على الاعتبار الاول :

١ - انه يشترط قبض الموهوب فى المجلس ، او بعده باذن

صريح .

٢ - انها لا تتم فى المشاع القابل للقسمة الا بعد قبضه

مقسوما .

٣ - اذا اختلف الواهب والموهوب له فى مقدار العوض

لا يجرى التحالف بينهما . فاذا ادعى الواهب ان العوض المتفق

عليه مائة دينار وقال الموهوب له انه خمسون ، كان الواهب

مخيرا بين قبض الخمسين وبين الرجوع عن الهبة .

٤ - انها لا يعتبر فيها خيار الغبن والتفريط .

ويتفرع على الاعتبار الثانى :

أ - انها بعد التقابض يجرى فيها خيار العيب وخيار الرؤية .

ب - ان الشفعة تجرى فى العوض والمعوض بعد التقابض

اذا كان كل منهما او احدهما عقارا .

واعلم ان الاعتبارين المذكورين للهبة بشرط العوض انما

يتحققان اذا كان العوض معلوما ، فلو كان العوض مجهولا

تكون الهبة بشرط العوض هبة ابتداء وانتهاء ، لان اشتراط

العوض المجهول اشتراط فاسد ، والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد

يفسد الشرط وتبقى الهبة من كل وجه ، هبة صحيحة .
وقد استثنى من لزوم كون العوض معلوما في اعتبار الهبة
هبة بشرط العوض مسألة واحدة ، وهى الهبة على شرط ان يقوم
الموهوب له بنفقة الواهب مدة حياته فان العوض هنا مجهول ،
اذ لا يعلم مقدار الزمن الذى سيعيش فيه ، ولا مقدار ما سيطعمه
ويكسوه ، وانما جازت هذه المسألة للعرف ، وفى هذه الصورة
يجوز للواهب الرجوع قبل ان يصرف عليه الموهوب له شيئا ،
اما بعد الصرف فليس له ذلك لحصول التقابض . نعم لو امتنع
الموهوب له من الصرف بعد ذلك كان للواهب الرجوع ، فيأخذ
الموهوب ان كان موجودا وقيمته ان كان مستهلكا .

وهل للموهوب له الرجوع بعد ذلك بما كان قد صرفه ؟
وهل للواهب ان يطالب باجرته بعد الرجوع اذا كان معدا
للاستغلال ؟

الظاهر ان للموهوب له الرجوع بما كان قد صرفه وان
لِلواهب حينئذ المطالبة بأجر مثل الموهوب اذا كان معدا
للاستغلال . وقد يقال انه ليس للواهب حق الرجوع بالاجرة ،
لان تصرف الموهوب وقع بتأويل عقد ، ولان العقد الذى جرى
اذا بطل كونه بيعا فلا أقل من ان يعتبر هبة قبل الرجوع ، ومنافع
الموهوب للموهوب له . الحاصل ، ان المسألة محل تأمل .

واذا مات الموهوب له قبل الواهب فما الحكم ؟

قيل ان الحكم ان يكون للواهب حق استرداد الموهوب على ان يضمن لورثة الموهوب له ما كان قد انفق عليه . وقيل ليس له الاسترداد اذا استمر الورثة على الانفاق المشروط . والقول الاول موافق للقياس والثاني موافق للاستحسان .

حكم هبة المريض

المراد من المريض هنا هو المريض مرض الموت . وقد مر الكلام عن مرض الموت في كتاب البيع .

هبة المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية فلا تنفذ هبته اكثر من الثلث بدون اجازة سائر الورثة ، كما لا تنفذ وصيته باكثر من الثلث من غير اجازتهم . ولا تنفذ هبته لو ارث بدون اجازة سائر الورثة ، كما انه لا تنفذ وصيته له بشئ بدون اجازتهم . فتصرفات المريض ليس كتصرفات الصحيح ، فان الصحيح يتصرف في ملكه كيفما يشاء اللهم الا اذا طرأ عليه سبب من اسباب الحجر ، بخلاف المريض فان تصرفاته مقيدة ، الا ترى ان لبيعته احكاما خاصة ، تقدمت في كتاب البيوع ، وكذا اجارته وكفالاته وسائر تصرفاته .

فمرض الموت في الحقيقة سبب من اسباب الحجر ، الا ان حجره مقيد بما زاد على الثلث .

والكلام في هذا الفصل ينحصر في خمسة مواضع :

١ - هبة المريض كل ما له لو ارث لا يرد عليه ، وليس للميت وارث سواه ، والتركة غير مستغرقة بالدين .

٢ - هبة المريض كل ماله لشخص غير وارث ، وليس للوهاب وارث ما ، والتركة غير مستغرقة بالدين .

٣ - هبة المريض كل ما له او بعضه لو ارث يرد عليه والتركة غير مستغرقة بالدين .

٤ - هبة المريض ثلث ماله فما دونه لغير وارث والتركة غير مستغرقة بالدين .

٥ - هبة المريض المستغرقة تركته بالدين .

وقبل تفصيل البحث فى هذه المواضع لابد من تقديم الكلام مجملا عن الرد على الورثة فنقول : الورثة اما ان يكونوا ذوى فرض ، او عصة ، او ذوى ارحام . واصحاب الفرض هم الاب والجد والزوج والاخ لام والبنت وبنت الابن والزوجة والام والجدة والاخت مطلقا . والعصة هم الابناء والاباء والاخوة والاعمام . وذوو الارحام هم مثل الاخوال والحالات والعمات . فالزوج والزوجة ذوا فرض لا يرد عليهما بمعنى انهما بعد اخذهما فرضيهما ولم يكن للميت وارث ذو فرض سواهما لا يرد الباقي عليهما بل يعطى لذوى الرحم ، ثم ليت المال . واما سائر ذوى الفروض فيرد الباقي عليهم بمعنى انهم بعد اخذهم فروضهم المقررة اذا بقى من التركة شئ ولم يكن

للميت عصبه فالباقى يرد عليهم ولا يعطى لذوى الرحم ولا لبيت المال .

وتفصيل البحث فى طرق الرد وسائر احكام الارث مرجعه علم الفرائض . ولنعد الان الى تفصيل المواضيع الخمسة .
 أ - اذا وهب المريض جميع تركته لزوجته او زوجته ، ولم يكن له وارث سواه وقبض الموهوب له الهبة صحت ونفذت فليس لبيت المال بعد ذلك طلب شىء من الموهوب له . وانما قيدنا الوارث بالزوج او الزوجة - اى من لا يرد عليه - لان الوارث لو كان ممن يرد عليه فانه اذا انفرد يأخذ كل المال ارثا ، فرضا وردا ، فلا فائدة ولا اعتبار للهبة المذكورة وان كانت صحيحة . وانما قلنا : ولم يكن له وارث سواه ، لانه اذا كان للمريض وارث آخر توقفت الهبة على اجازته بعد الموت ، لانه اجتمع المانع وهو الوارث الآخر والمقتضى وهو عقد الهبة ، والمانع يقدم على المقتضى فاذا اجاز الوارث الآخر زال المانع وبقي المقتضى . وانما قلنا : وقبض الموهوب . لانه اذا مات الوارث قبل قبض الموهوب له المال بطل العقد ، فلا يأخذ الموهوب له حينئذ غير الفرض (م ٨٧٨) (١) .

(١) م ٨٧٨ : (اذا وهب وسلم كل من الزوج والزوجة جميع ماله لصاحبه فى مرض موته ولم يكن له وارث سواه فيصح وبعد الوفاة ليس لامين بيت المال المداخلة فى تركته) .

ب - اذا وهب المريض جميع ما له لشخص غير وارث ، ولم يكن له وارث وقبض الموهوب له الهبة ، صحت نافذة ، فليس لبيت المال مطالبة بعد ذلك بشيء ، لان الموصى له بجميع المال من الاجانب او ممن لا يرد عليه من الورثة مقدم على بيت المال ، والهبة فى المرض بحكم الوصية ، غير انه لا بد لتمامها من القبض (م ٨٧٧) (١) .

ج - اذا وهب المريض جميع ماله او بعضه لوارث يرد عليه ، فان لم يكن له وارث آخر صحت الهبة ، ولكن لا عبرة بهذه الهبة ، لان هذا الوارث يملك المال كله بالارث ، فرضا وردا وان كان للواهب وارث سواه يكون العقد موقوفا على اجازة ذلك الوارث بعد موت الواهب ، كالوصية . واذا كان الورثة متعددين واجاز بعضهم دون بعض نفذت الهبة فى حصة المجيز دون غيره .

ويشترط لصحة الاجازة كون المجيز عاقلا ، بالغاً ، غير مريض مرض الموت . فلا عبرة باجازة الصغير او وليه او وصيه ، ولا باجازة المعتوه والمجنون والمريض مرض الموت .

(١) م ٨٧٧ : (اذا وهب من لا وارث له جميع امواله لاحد فى مرض موته وسلمها فيصح بعد وفاته وليس لامين بيت المال المداخلة فى تركته) .

ويشترط لاعتبار هذه الاجازة ان تقع بعد موت الواهب ،
أى بعد توجه الحق الى الوارث . فلو اجاز الورثة قبل ذلك ثم
رجعوا عن الاجازة بعد موت الواهب اعتبر رجوعهم وبطلت
الهبة . وحكم الوصية للوارث كحكم الهبة له .

والمراد من الوارث هنا ، هو من يصبح وارثا عند موت
الواهب ، فلو وهب لمن قام به سبب الارث قبل الموت غير انه
اصبح بعد الموت غير وارث لانحجابه مثلا ، فان الهبة تصبح
نافذة فى الثلث ، وموقوفة فيما زاد على الثلث على اجازة الوارث .

واذا كان الموهوب له غير وارث عند الهبة ولكنه عند موت
الواهب اصبح وارثا اما لقيام سبب الارث فيه او لزوال من
كان يحجبه ، لا تنفذ الهبة مطلقا الا باجازة سائر الورثة ، على
ما تقدم بيانه . فلو وهب لاخته ولم يكن له ولد ثم صار له ولد
عند الموت بان ولدت زوجته ، صحت الهبة المذكورة من الثلث ،
لان الاخ اصبح غير وارث . ولو وهب لاخته وكان له ولد ثم
مات الولد قبل موت الواهب ، كانت الهبة للوارث ، فيترتب
عليها ما يترتب من الاحكام على الهبة للوارث . واذا وهب
لاجنية ثم تزوجها ومات عنها وهى زوجته ، كانت الهبة هبة
للوارث ، لانها بعد الموت صارت وارثة ، وعلى هذا القياس

(م ٨٧٩) (١) .

د - اذا وهب من لم تستغرق تركته الديون ثلث ما له لاجنبى اى غير وارث - وله ورثة صحت الهبة فى الثلث نافذة ، لانها من قبيل الوصية ، والوصية بالثلث نافذة فكذا ما هو فى حكمها .

ه - اذا مات الواهب وتركته مستغرقة بالدين ، وكان قد وهب شيئاً فى مرضه وقبض الموهوب له الهبة ، لا ينفذ عقد الهبة ، بل يتوقف على اجازة الدائنين ، سواء كان الموهوب له وارثاً او غير وارث ، فلهم ابطال الهبة المذكورة وادخال الموهوب فى قسمة الغرماء - والمال بيد الموهوب له فى هذه الصورة مضمون للدائنين بقيمته ، فاذا كان الموهوب له قد باع المال قبل موت الواهب ، اى عندما كانت الهبة موقوفة فليس للدائنين نقض ذلك البيع بل لهم تضمين الموهوب له قيمة الموهوب يوم قبضه الهبة .

ولو اجاز بعض الدائنين دون بعض نفذت الهبة فى حصته المميز فقط .

(١) م ٨٧٩ : (اذا وهب احد فى مرض موته شيئاً لاحد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقيون فلا تصح تلك الهبة واما لو وهب وسلم لغير الورثة فان كان ثلث ماله مساعداً لتمام الموهوب تصح وان يكن مساعداً ولم تجز الورثة الهبة تصح فى المقدار المساعد ويكون الموهوب له مجبوراً على رد الباقي) « انظر المادة ٧٣ » .

الفهرست

الصفحة

٣

تمهيد موجز : العقود المعينة والعقود غير المعينة

٥

انواع العقود المعينة

كتاب الكفالة

٦

(١) ماهية الكفالة وانواعها واركائها :

٦

ماهية الكفالة

٨

انواع الكفالة

انواع الكفالة من حيث المكفول به :

٨

١ - الكفالة بالمال

٩

٢ - الكفالة بالنفس

١٠

٣ - الكفالة بالقسليم

انواع الكفالة من حيث العقد :

١١

١ - الكفالة المنجزة

١١

٢ - الكفالة المضافة

١١

٣ - الكفالة المعلقة

١٢

٤ - الكفالة المشروطة

(ب)

الصفحة

انواع الكفالة من حيث الوصف :

- | | |
|----|---------------------|
| ١٢ | ١ - الكفالة المؤقتة |
| ١٣ | ٢ - الكفالة المطلقة |
| ١٣ | ٣ - الكفالة المعجلة |
| ١٤ | ٤ - الكفالة المؤجلة |
| ١٤ | ركن الكفالة |

(٢) شروط الكفالة :

- | | |
|----|-------------------------------|
| ٢١ | ١ - الشروط العائدة الى الكفيل |
| ٢٣ | ٢ - « « « المكفول عنه |
| ٢٥ | ٣ - « « « المكفول له |
| ٢٦ | ٤ - « « « المكفول به |

(٣) حكم كل نوع من أنواع الكفالة :

- | | |
|----|-------------------------|
| ٣٠ | الحكمان العامان للكفالة |
| ٣١ | حكم الكفالة المنجزة |
| ٣٢ | « « المعلقة |
| ٣٥ | « « المضافة |
| ٣٧ | « « المشروطة |
| ٣٨ | « « بالدرك |

(ج)

الصفحة

- ٤٠ حكم الكفالة المؤقتة
- ٤٠ « « المطلقة والمعجلة والمؤجلة
- ٤١ « « بالمال
- ٤٣ « « بالتسليم
- ٤٤ « « بالنفس
- (٤) الرجوع على المكفول عنه :
- ٤٧ شروط رجوع الكفيل عن الاصيل
- ٤٩ ما يرجع به الكفيل
- (٥) انتهاء الكفالة :
- ٥١ انتهاء الكفالة بالمال
- ٥٥ « « بالنفس
- ٥٧ « « بالتسليم
- ٥٧ لزوم الكفالة بحكم القانون وان لم يجر بها عقد
- ٦٠ (٦) الأحكام التي يقترح قبولها :

كتاب الحوالة

- (١) تعريف الحوالة وركنها وموردها :
- ٦٦ تعريف الحوالة

٦٩	ركن الحوالة
٧١	مورد الحوالة

(٢) شروط الحوالة :

٧٣	شروط الانعقاد
٧٣	شروط الصحة
٧٤	شروط النفاذ

(٣) أقسام الحوالة :

١ - أقسام الحوالة من حيث إيفاء المحال به :

٧٦	أ - الحوالة المقيدة
٧٦	ب - الحوالة المطلقة

٢ - أقسام الحوالة من حيث وقت الإيفاء :

٧٧	أ - الحوالة المبهمة
٧٧	ب - الحوالة غير المبهمة

٣ - تنقسم الحوالة أيضاً إلى :

٧٨	أ - الحوالة اللازمة
٧٨	ب - الحوالة الجائزة
٧٩	ج - الحوالة الفاسدة

(٤) أحكام الحوالة :

٨٠	الحكمان العامان للحوالة
----	-------------------------

- ٨١ حكم الحوالة المطلقة
- ٨٢ « « المقيدة
- ٨٤ « « المهمة وغير المهمة
- ٨٤ « « اللازمة والجائزة والفاصلة
- (٥) بطلان الحوالة :
- ٨٦ الامور التي تبطل بها الحوالة
- (٦) انتهاء حكم الحوالة :
- ٩٠ الامور التي تنتهي بها الحوالة
- (٧) رجوع المحال عليه على المحيل :
- الامور التي يجب ان تتوفر ليكون المحال عليه حق
- ٩٢ الرجوع على المحيل
- ٩٥ (٨) ما يقترح قبوله من الاحكام

كتاب الرهن

- (١) تعريف الرهن وركنه وصفته :
- ١٠٢ تعريف الرهن
- ١٠٣ ركن الرهن
- ١٠٤ صفة الرهن

اقسام العقود من حيث الزوم

(٢) شروط الرهن :

١ - شروط الانعقاد

٢ - شروط الصحة

٣ - شروط الزوم

٤ - شروط النفاذ

تفصيل شروط الرهن

(٣) زوائد المرهون وتبديله والزيادة فيه والزيادة في البذل :

توابع المرهون

زوائد المرهون

تبديل المرهون

الزيادة في المرهون

الزيادة في البذل

(٤) رهن مال الصغير ورهن المستعار :

رهن مال الصغير

رهن المستعار

(٥) أحكام الرهن العامة :

حكم الرهن حال قيام المرهون

- ١٣٤ حكم الرهن حال هلاك المرهون
- ١٣٧ (٦) استحقاق الرهن :
- ١٣٨ (٧) تصرفات الراهن والمرتهن في المرهون :
- (٨) مؤونة الرهن :
- ١٤٤ المصاريف اللازمة لحفظ المرهون
- ١٤٤ « لبقاء ذات المرهون »
- (٩) العدل وحفظ الرهن في يده :
- ١٤٦ ١ - من يصلح ان يكون عدلاً في الرهن ومن لا يصلح
- ١٤٧ ٢ - ما للعدل ان يفعله في الرهن وما ليس له ان يفعله فيه
- ١٤٨ ٣ - ما ينزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينزل به
- (١٠) ما يخرج به المرهون عن حكم الرهن :
- ١٥٠ الامور التي يخرج بها المرهون عن كونه مرهوناً ويبطل الرهن
- (١١) اختلاف الراهن والمرتهن والعدل :
- ١٥١ أ - الاختلاف في الرهن وفي تعيينه
- ١٥١ ب - « رد الرهن وفي قدره وفي تلفه »
- ١٥١ ج - « بيع المرهون وفي ثمنه »
- ١٥٢ د - الاختلاف في كون المال رهناً او ودیعة او صدقة او هبة

- (١٢) بيع الرهن :
- حالات بيع الرهن :
- اولاً : لقضاء الدين ١٥٣
- ثانياً : اذا خيف فساد الرهن ١٥٤
- الوكيل يبيع الرهن ١٥٥
- (١٣) ما يقترح قبوله من الاحكام : ١٥٦
- (١٤) التأمين : ١٥٧
- ١ - تعريف التأمين ١٥٨
- ٢ - شروط التأمين ١٥٨
- ٣ - احكام التأمين ١٥٩
- ٤ - طريقة التأمين ١٦٢
- ٥ - الفروق بين التأمين والرهن ١٦٣

كتاب الامانات

- ١٦٧ تعريف الامانات وحصرها بالاستقراء وانواعها

اللقطة

- (١) تعريف اللقطة وركنها :
- تعريف اللقطة ١٧١

(ط)

الصفحة

١٧٢

اركان اللقطة

(٢) شروط اللقطة والمراسم التي يلزم المتقط القيام بها :

١٧٣

شروط اللقطة

١٧٣

المراسم التي يلزم المتقط القيام بها

(٣) أحكام اللقطة :

١٧٥

حكم اعادتها الى محلها بعد اخذها

١٧٥

حكم تسليمها

حكم الاتفاق على اللقطة

الوديعة

(١) تعريف الوديعة وأركانها وشروطها :

١٨٤

تعريف الوديعة

١٨٥

اركان العقد في الوديعة

١٨٧

شروط عقد الابداع

(٢) أحكام الوديعة :

١٨٩

احكام الوديعة

١٩١

ما يعتبر تعدياً او تقصيراً من افعال الوديع

(ي)

الصفحة

(٣) كيفية حفظ الوديعة والاتفاق عليها :

١٩٨	حفظ الوديعة ومن يحفظها
٢٠٠	محل حفظ الوديعة
٢٠٢	الشرط في عقد الابداع
٢٠٥	رد الوديعة
٢٠٧	فرض النفقة من الوديع
٢٠٩	زوائد الوديعة

(٤) تجهيل الوديعة :

٢١١	حالات تجهيل الوديعة
-----	---------------------

العارية

(١) تعريف العارية وأركانها وشروطها :

٢١٤	تعريف العارية
٢١٦	اركان عقد الاعارة
٢١٧	شروط الاعارة

(٢) صفة عقد الاعارة وأحكامها :

٢١٨	صفة عقد الاعارة
٢١٨	احكام الاعارة

(٣) حقوق المستعير وواجباته :

٢٢١ حقوق المستعير

٢٢٤ واجبات المستعير

٢٢٥ ما يتفرع على هذه الاحكام

(٤) مايجوز اعارته وما لايجوز :

٢٣٢ مايجوز اعارته

٢٣٢ مالايجوز اعارته

(٥) الفرق بين العارية والقرض :

٢٣٣ حكم القرض

كتاب الهبة

(١) تعريف الهبة وأركانها :

٢٣٨ تعريف الهبة

٢٤٠ ركن الهبة

(٢) القبض في الهبة :

٢٤٥ تعريف القبض

٢٤٦ شروط صحة القبض

٢٤٨	قيام القبض مقام القبول
٢٤٨	هل يفيد القبض الملك في الهبة الفاسدة
٢٥٢	من له ولاية القبض
	(٣) شروط الهبة :
٢٥٦	الشروط العائدة الى نفس العقد
٢٥٧	« الى الواهب
٢٥٨	الشرط اللازم لتحقيقه في الموهوب له
٢٥٩	الشروط العائدة الى الموهوب
	(٤) حكم الهبة وموانع الرجوع عنها :
٢٦٥	حكم الهبة
٢٦٨	موانع الرجوع عن الهبة
٢٧٨	حكم الهبة بشرط العوض
٢٨٣	حكم هبة المريض

349.56:K11sA:v.2:c.1

القاضي، منير

شرح المجلة

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01021501

American University of Beirut



349.56

K11sA

v.2

General Library

349.56

K113A

v. 2