

349.297:Sa22mA:v.5:c.1

معهد الدراسات العربية العالمية

مصادر الحق في الفقه الاسلامي

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01025343

جَامِعَةُ الدُّوَلِ الْعَرَبِيَّةِ

مَعْدَلُ الدِّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

مَصَادِرُ الْحَقِّ
فِي
الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٥)

أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص

الخلف العام والخلف الخاص - الدعوى البولصية والاعسار
التعهد عن الغير والاشتراطات لمصلحة الغير - النيابة في التعاقد

القاه
الدكتور

عبدلرزاق السنهوري

على طلبة قسم الدراسات القانونية

خطة البحث

المسائل التي يتناولها هذا الموضوع متناثرة في نواحي الفقه الإسلامي المتفرقة ، لا يجمعها باب واحد . وخطة البحث التي نسير عليها هنا هي خطة الفقه الغربي ، وهي الخطة التي ألفنا السير عليها . والضرورة هنا أشد ، فإن الفقه الإسلامي لم تجتمع فيه أطراف هذه المسائل كما نراها مجمعة في الفقه الغربي .

فنتولى في فصلين متعاقبين بسط ما يترتب على العقد من الآثار : (أولا) بالنسبة إلى الأشخاص (وثانيا) بالنسبة إلى الموضوع .

الباب الثاني

آثار العقد

الفصل الأول

آثار العقد

بالنسبة الى الأشخاص

العاقِد أصيلاً بنفسه أو نائب عن غيره :

يبرم العاقِد العقد إما أصيلاً بنفسه، وإما نائباً عن غيره . ويختلف الحكم في كل من الحالتين .

الفرع الأول

العاقِد أصيلاً بنفسه

المبحث الأول

الفقه الغربي

طوائف ثلاث :

ينصرف أثر العقد إلى العاقدين بالذات ، فهما اللذان تعاقدا ، وهما اللذان أرادا أن ينصرف أثر العقد إليهما . ويجب التوسع في مفهوم كلمة « العاقدين » ، فالمقصود بالعاقِد هنا العاقِد نفسه وخلفه العام وخلفه الخاص . وينصرف أثر العقد أيضا إلى الدائنين لكل من العاقدين ، وذلك بفضل القاعدة التي تقضى بأن جميع أموال المدين ضمان لدائنيه ، فإذا تصرف المدين فزاد في ماله أو أنقصه ، انصرف أثر هذا التصرف إلى الدائنين .

وقد ينصرف أثر العقد أخيرا إلى الغير دون أن يكون طرفا فيه ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أن يكسبه العقد حقا ، وهذا ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير . ولا يجوز أن يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، وهذا ما يعرف بالتعهد عن الغير .

فعندنا إذن طوائف ثلاث ينصرف إليها أثر العقد : (١) الخلف العام والخلف الخاص (٢) الدائنون (٣) الغير في الاشتراط لمصلحة الغير لا في التعهد عن الغير .

المطلب الأول

الخلف العام والخلف الخاص

الفرق بين الخلف العام والخلف الخاص :

الخلف العام (ayant-cause a titre universel) هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال . فالوارث خلف عام للمورث ، لأنه يخلفه في مجموع أمواله إذا كان هو الوارث الوحيد ، أو في جزء من هذا المجموع إذا تعددت الورثة . والموصى له بجزء من مجموع التركة ، كالثالث أو الربع ، خلف عام للموصى ، لأنه يخلفه في جزء من مجموع ماله . فالعبرة في الخلف العام أنه يخلف السلف في مجموع من المال .

أما إذا خلفه في عين معينة بالذات ، دار أو أرض أو سيارة أو نحو ذلك ، فهو خلف خاص (ayant-cause à titre particulier) . والخلف العام لا يخلف سلفه في مجموع المال إلا عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية . أما الخلف الخاص فيخلف سلفه في عين معينة بالذات لأسباب كثيرة ، ليس من بينها الميراث إذ الميراث ينقل مجموع المال إلى الوارث لاعتينا بالذات فيه . ولكن قد تنتقل العين المعينة بالذات من السلف إلى الخلف بالوصية ، فن أوصى

لشخص بدار أو أرض أو سيارة أو أى عين أخرى ، فقد جعل منه خلفا خاصا فى هذه العين. وقد تنتقل العين بالعقد ، فمن باع أو وهب عينا لشخص فقد جعل من المشتري أو الموهوب له خلفا خاصا فى العين المبيعة أو الموهوبة. وقد تنتقل العين بالشفعة فمن أخذ داراً بالشفعة فهو خلف خاص للبائع ، أو بالحيازة أو بالتقادم فمن ملك منقولا بالحيازة مع حسن النية أو ملك عينا بالتقادم فهو خلف خاص للمالك السابق فى العين التى تملكها بالحيازة أو بالتقادم .

§ ١ — الخلف العام

انصراف أثر العقد الى الخلف العام :

تنص المادة ١٤٥ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى : « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

ويتبين من هذا النص أن العقد ينصرف أثره إلى الخلف العام ، أى الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة ، إلا فى استثناءات معينة . فإذا باع شخص عينا بثمن مؤجل ، ثم مات قبل أن يقبض الثمن ، فإن الحق فى الثمن المتولد من عقد البيع ينتقل إلى وارثه ، ويكون للوارث أن يطالب المشتري بهذا الثمن عند حلول الأجل كما كان المورث يطالبه به حال حياته ، إذ هو قد خلفه فيه . ويكون له أيضا ، تبعا لذلك ، أن يحبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن إذا كانت العين لاتزال باقية فى التركة ولم تسلم إلى المشتري ، بل وله أن يفسخ البيع وأن يسترد العين إذا لم يقم المشتري بوفاء التزامه .

أما إذا فرضنا أن الذى مات هو المشتري ولا يزال الثمن دينا فى ذمته ،

فإن هذا الدين يبقى في تركته ولا ينتقل إلى ذمة وارثه ، وذلك وفقا لقاعدة معروفة في الفقه الإسلامي تقضي ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهي القاعدة التي يشير إليها النص المتقدم الذكر في عبارته « دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث » . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الفقه الإسلامي في هذه المسألة .

ويترب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له أو عليه ، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري .

وقد أشرنا إلى أن هناك استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام . وهذه الاستثناءات على قسمين : (١) استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا (٢) واستثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير .

استثناءات لا ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا :

لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام ، مع بقاءه خلفا ، في الأحوال الثلاث المبينة في المادة ١٤٥ مدني السابق ذكرها ، وهي :

أولا — إذا اتفق المتعاقدان على ذلك . فإذا أراد أن حقا أو التزاما ناشئا عن العقد لا ينتقل إلى الوارث بل يقتصر أثره على شخص المتعاقد ، جاز لهما أن يتفقا على ذلك مادام هذا الاتفاق لا يخالف النظام العام ولا الآداب . فيجوز الاتفاق مثلا بين البائع والمشتري على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع . كما يجوز أن يلزم المؤجر نفسه نحو المستأجر بوعده ببيع العين المؤجرة خلال مدة الإيجار للمستأجر ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى وارت المستأجر إذا مات هذا قبل انقضاء هذه المدة .

ثانيا : إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تأبى أن ينتقل

من العاقد إلى خلفه العام . فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد فإن طبيعة هذا الحق تأبى أن ينتقل الحق إلى ورثته من بعده ، لأن حق الانتفاع ينقضى حتماً بموت صاحبه . وكذلك إذا حصل شخص بموجب عقد على إيراد مرتب طول الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأنه ينقضى حتماً بموت صاحب الإيراد . وإذا تعاقد شخص مع جراح أو فنان معين ، ومات الجراح أو الفنان ، فإن الالتزام ينقضى لأنه قد لوحظ فيه شخصية الملتزم وتأبى طبيعته أن ينتقل منه إلى وارثه .

ثانياً : إذا كان هناك نص في القانون يقضى بالألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٢٨ مدني من أن الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المادة ٦٠٢ مدني من أن الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرقته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، وما قضت به المادة ٦٢٦ مدني من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ مدني من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل . هذا وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدني على أنه « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » . وسنرى ما يقابل ذلك في الفقه الإسلامي من مدى انتقال حق المقذوف إلى وارثه .

١- استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير:

إذا كان الوارث لا يعتبر من الغير في تصرفات مورثه ، فتسرى في حقه هذه التصرفات كما تسرى في حق المورث ، فإن هذا هو الأصل . ولكن القانون — والقانون هنا هو الشريعة الإسلامية فهي التي تسرى أحكامها في هذه المسألة — يدخل استثناء على هذا الأصل ، ويجعل الوارث من الغير في بعض تصرفات مورثه ، فلا تسرى في حقه هذه التصرفات . ذلك أن للوارث حقاً شخصياً في تركة مورثه ، لا يستمد من المورث ، بل يعطيه إياه

القانون ، هو أن يأخذ من التركة ثلثها فلا يستطيع المورث أن يمس هذا المقدار بالوصية أو بما هو في حكمها من التصرفات . للمورث أن يتصرف في ماله وهو في غير مرض موته بجميع التصرفات ، معاوضة أو تبرعا ، ويستطيع أن يستغرق بتصرفاته هذه كل ماله مادام التصرف ينتج أثره حال حياته . ويمكن ضابطا لتصرفاته في هذه الحالة أنه لا يحرم ورثته فحسب ، بل هو أيضا يحرم نفسه، فإن التصرف يجرده من ماله وهو حي . أما أن يتصرف تصرفا لا ينتج أثره إلا بعد موته ، أي أنه يحرم ورثته دون أن يحرم نفسه ، فهذا هو الذي يتولى القانون حماية الورثة من عواقبه ، لأن المورث في هذه الحالة لا يتصرف في ماله وإنما هو ينظم وراثته هذا المال . فلم يجزله القانون أن يتصرف بالوصية — ويلحق بها كل التبرعات التي تصدر منه في مرض الموت — إلا في حدود ثلث التركة . فإذا جاوز هذه الحدود ، كان التصرف فيما جاوز فيه غير سار في حق الوارث ، ويصبح الوارث من الغير في هذا التصرف .

فإذا باع المورث في مرض موته دارا تجاوز قيمتها ثلث تركته ، فإن القانون يفرض أن هذا البيع وقد صدر في مرض الموت إنما هو تبرع ، فيأخذ حكم الوصية ، ولا يسرى في حق الورثة فيما جاوز ثلث التركة . وقد تكفلت المادة ٩١٦ مدني ببيان هذه الأحكام فقالت : « ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبتت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

وإيضاحاً لهذا النص نفرض أن المورث باع في مرض موته أرضاً تعدل ثلثي تركته . ونبادر إلى القول إنه ، طبقاً للتشريع المصري والتشريع العراقي ، يستوى في هذه الحالة أن يكون البيع صادراً لوأرث أو لغير وارث ، ففي الفرضين ينفذ التصرف في حدود ثلث التركة ، ولا يسرى في حق سائر الورثة فيما يجاوز الثلث . ثم تعرض بعد ذلك مسألتان :

المسألة الأولى : أن التاريخ العرفي للبيع الصادر في مرض الموت يكون حجة على الوارث ، لأنه لا يعتبر من الغير في هذا التاريخ ، بل يحتج عليه بالتاريخ العرفي كما يحتج به على مورثه . ولكنه يستطيع كمورثه أن يثبت أن هذا التاريخ قد قدم — وهذا ما يحصل عادة — إخفاء لكون البيع قد صدر في مرض الموت . ويستطيع الوارث أن يثبت تقديم التاريخ بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت غشاً وجه للإضرار بحقه .

المسألة الثانية : متى أثبت الوارث ، بأي طريق من طرق الإثبات ولو بالبينة أو بالقرائن ، تقديم التاريخ وأن البيع إنما صدر في تاريخ متأخر وأن هذا التاريخ المتأخر يوافق الوقت الذي كان فيه المورث مريضاً بمرض الموت ، فإن الوارث حينئذ يصبح من الغير فلا يسرى البيع في حقه . وله عند ذلك أن يتمسك بأن البيع ، وقد صدر في مرض الموت ، يعتبر صادراً على سبيل التبرع . ولمن صدر له التصرف أن يثبت العكس وأنه دفع ثمناً للدار يعدل قيمتها على الأقل ، ولكن عبء الإثبات هنا يقع على المشتري لا على الوارث . فإذا عجز المشتري عن هذا الإثبات ، اعتبر البيع تبرعاً وسرى عليه حكم الوصية . فلا يسرى في حق الوارث فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجاز الوارث التصرف ، فإن لم يجزه بطل البيع فيما جاوز هذا الحد .

§ ٢ — الخلف الخاص

تحرير منطقة الخلف الخاص .

قدمنا أن الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في عين معينة بالذات لا في مجموع من المال ، والآن نحدد تحديداً دقيقاً منطقة الخلف الخاص .

فمن يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء يكون خلفا خاصا له . والشيء المعين بالذات الذي يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقا عينيا كما هو الغالب ، وقد يكون حقا شخصا . فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع ، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف في حق عين واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به ، وهذا استخلاف في ملكية حق شخصي . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه ، وهذا استخلاف في حق عين واقع على حق شخصي . فالخلف الخاص إذن هو من يتلقى شيئا معيناً — سواء كان هذا الشيء حقا عينيا أو حقا شخصا — أو يتلقى حقا عينيا على هذا الشيء .

أما من يترتب له حق في ذمة شخص آخر ، فلا يكون خلفا خاصا له ، بل يكون دائئا . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائن له . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي ، وإنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الايجار لأنه تلقى عنه ملكية حق شخصي ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفا خاصا للمشتري ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي ، فلا يكون البائع متلقيا للملكية من المشتري ، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلا إلى المشتري حتى تعود إليه .

والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف الخاص يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والنقادم ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف الخاص إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادى — وصية أو عقد — فهو وحده الذى يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو حوالة الدين وهى الفكرة التى يؤسس عليها عادة انصراف اثر العقد إلى الخلف الخاص .

والمثل المألوف للخلف الخاص هو من يتلقى ملكية عين من سلفه ،
كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة .

فإذا كان السلف — البائع مثلاً — قد أبرم عقداً بشأن العين المبيعة قبل
بيعها ، ثم باع العين ، فهل ينصرف أثر هذا العقد ، من حقوق والتزامات ،
إلى الخلف الخاص وهو المشتري ؟

الواضح أنه حتى يمكن أن يوضع هذا السؤال لا بد من توافر أمرين :
(١) أن يكون السلف قد أبرم عقداً بشأن العين التي انتقلت إلى الخلف ،
ولا يكفي أن يبرم السلف عقداً بل يجب أن ينصب العقد على العين . فإذا
كان البائع قد اقترض قبل البيع ، لم ينصرف أثر عقد القرض إلى المشتري ،
ولو أن دين القرض قد أنقل الضمان العام للمقترض وتدخل فيه العين المبيعة ،
وذلك لأن القرض لم يعقد بشأن العين المبيعة بالذات . ويختلف الحكم لو أن
العين المبيعة كانت قد ارتهنت ضماناً للقرض ، فعند ذلك يكون عقد الرهن —
لا عقد القرض — قد عقد بشأن العين المبيعة ، ويصح عندئذ التساؤل ما إذا
كان عقد الرهن ينصرف أثره إلى الخلف الخاص وهو المشتري . (٢) أن
يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً في التاريخ الثابت على العقد الذي نقل
الشيء إلى الخلف الخاص . فلو أبرم البائع عقداً بشأن العين المبيعة بعد بيعها
لم يكن هناك محل للتساؤل ما إذا كان أثر هذا العقد ينصرف إلى المشتري ،
فقد أبرم العقد بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري فأصبح هذا من الغير
ولا ينصرف إليه أثر العقد .

من ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص :

تنص المادة ١٤٦ من التقنين المدني المصري على أنه : « إذا أنشأ العقد
التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ،
فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل

فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه .

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له ، كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق المكملة للشيء تعتبر من توابعه ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل هي أيضا معه ، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك وفاقد الشيء لا يعطيه .

الحقوق المكملة للشيء :

فمن الحقوق التي تعتبر مكملة للشيء ، فتنقل معه إلى الخلف الخاص ، ما يأتي :-
١ - الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء ، كحق ارتفاق رتب بعقد لمصلحة العين فإن هذا الحق ينتقل مع العين إلى الخلف الخاص .

٢ - الحقوق التي تعتبر تأميناً للشيء ، لأن التأمين يعتبر مكملاً للشيء إذ هو يحفظه ويقويه . فإذا حول الدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة ورهن وما إلى ذلك . وتنتقل كذلك دعاوى الفسخ دون دعاوى الإبطال ، لأن الأولى تؤكد الحق والأخرى تنافيه . وينتقل السند التنفيذي بالدين المحال به .

٣ - وينتقل أيضا إلى الخلف الخاص الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها وقاية الشيء ، إذ هي تحفظ الشيء كالتأمينات . فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشتري ، وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين . ومثل ذلك أيضا انتقال حق البائع قبل البائع له ، في ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، إلى المشتري ، وللمشتري أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لباعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأي ضمان

أشترطه البائع لنفسه . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان فإن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع للبائع . كذلك حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو في تقييد موظف في قديم بحيث يتمتع من المنافسة ، هذه حقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكملة للمتجر ، وتنتقل معه إلى المشتري .

ولا يعتبر الحق مكملاً للشيء ، فلا ينتقل معه إلى الخلف الخاص ، في فروض منها الفرضان الآتيان :

١ — إذا لم يكن من شأن الحق تقوية الشيء أو درء الخطر عنه . فإذا كان السلف قد تعاقد مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف ، لم ينتقل حق السلف قبل المقاول إلى الخلف . ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر « جراجاً » تأوى إليه السيارة . ثم باع السيارة ، فإن هذا الحق في استئجار الجراج لا ينتقل إلى المشتري .

٢ — حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم عليها مستشفى متنقلاً وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستشفى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستشفى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التي بيعت . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض ، وبني المشتري على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

الالتزامات المحددة للشيء :

وينتقل الالتزام مع الشيء إلى الخلف الخاص إذا كان محدداً له . ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

١ — الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت ،
تنتقل العين إلى الخلف الخاص مثقلة بهذه الارتفاقات .

٢ — الالتزام الذي يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال
ينقل مع الهين إلى الخلف الخاص . فإذا كان السلف قد التزم بعقد ألا يستعمل
المنزل الذي يملكه في حى للسكنى مقهى أو مطعما ، انتقل هذا الالتزام إلى
الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء
كيف شاء ، كأن تمنعه من مجاوزة حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة
رقعته ، فإن هذه القيود — سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاقات
عينية — تنتقل إلى المشتري بموجب هذه القاعدة أو بموجب القاعدة السابقة .

٣ — التزام السلف الذي يغل يده عن بعض حقوق المالك ينتقل إلى
الخلف الخاص . مثل ذلك من اشترى أرضا من شركة تعمل في استخراج
المعادن ، فاشتطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر
بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، فإن هذا الشرط ينصرف أثره إلى
خلف المشتري . ومثل ذلك أيضا صاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن التجارة
في جهة معينة كفا للمنافسة ، فإن هذا الالتزام ينتقل إلى خلف صاحب المتجر .
ومثل ذلك أخيرا أن تباع الحكومة أرضا ، وتشتترط على المشتري أنها إذا
نزعت ملكيتها للمصلحة العامة في خلال مدة معينة لم تلتزم إلا برد الثمن فقط ،
فإذا باع المشتري الأرض لمشتري ثان التزم المشتري الثاني بهذا الشرط باعتباره
خلفا خاصا للمشتري الأول .

ولا يعتبر الالتزام محمدا للشيء ، فلا ينتقل إلى الخلف الخاص ، في
فروض منها الفرضان الآتيان :

١ — التزام السلف إذا كان لا يشغل العين أو يكيف من استعمالها أو يقيد
بعض حقوق المالك . فالالتزام بائع الأرض الذي اتفق مع مقاول على البناء
لا ينتقل إلى مشتري الأرض ، والالتزام بائع السيارة نحو مؤجر الجراج لا ينتقل

إلى من اشترى السيارة ، وقد رأينا فيما تقدم أن الحق أيضا لا ينتقل في هاتين الحالتين . ولا ينتقل إلى المشتري الالتزام الذي نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع الأجنبي قبل أن يبيع العين للمشتري .

٢ - التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فإذا وهب شخص دارا لآخر على أن يقوم بالنفقة عليه ، ثم باع الموهوب له الدار ، لم ينتقل التزامه بالنفقة إلى المشتري .

وجوب علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات متى تنتقل إليه :

ولا ينتقل إلى الخلف الخاص حق أو التزام إلا إذا كان عالما به علما حقيقيا ، ولا يكفي مجرد إمكان العلم . وتظهر أهمية ذلك بوجه خاص في انتقال الالتزام ، لأنه قيد يرد على حقوق الخلف ، فلا ينبغي أن ينتقل إليه دون أن يكون عالما به .

ويغنى عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها .

المطلب الثاني

الدائنون

كيف ينصرف إلى الدائن أثر العقد الذي يبرمه المدين :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري على أن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » . وهذا الضمان العام هو الذي يجعل الدائن ينصرف إليه في الأصل أثر العقد الذي يبرمه المدين . ذلك أن المدين إذا تصرف في عين مملوكة له فأخرجها عن ملكه ، فإن هذه العين التي كانت قبل التصرف داخلة في مجموع ماله ، وكانت تبعا لذلك ضامنة لدين

الدائن ، خرجت بالعقد الذي أبرمه عن ملكه ، خرجت تبعا لذلك من الضمان العام لدين الدائن . ومن هذا الطريق ينصرف أثر العقد الذي أبرمه المدين إلى الدائن : يخرج من ضمان الدائن . وينصرف أثر العقد إلى الدائن أيضا بطريق عكسي لو أن المدين أبرم عقدا أدخل بموجب عينا في ملكه كأن اشتراها مثلا ، فإن هذا العقد ينصرف أثره إلى الدائن هنا لا عن طريق نقص الضمان العام بخروج عين من ملك المدين ، بل عن طريق زيادته بدخول عين في ملك المدين .

وهذا الذي نقرره هو إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) ، إذ الذمة المالية هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين . فالذمة المالية إذن هي مجموع من المال ، ويكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذي يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكا له وقت نشوء الدين ، فلما دخل في ملكه إندمج في المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملكا للمدين وقت نشوء الدين وخرج عن ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل من المجموع فلم يعد محسوبا ضمن عناصره .

وقد حمل ذلك بعض الفقهاء — جوسران ٢ فترة ٦٤٩ وانظر أيضاً تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ وانظر عكس ذلك كولان وكايتان ٢ فقرة ٤٢٢ — على القول بأن الدائن يعتبر خلفا للمدين ، مادام تصرف المدين ينقص أو يزيد الضمان العام . والصحيح أن الدائن لا يعتبر خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين ، وإنما هو بمن يسرى في حقهم تصرف المدين باعتبار أن هذا التصرف هو واقعة مادية أنقصت أو زادت في ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانوني أنشأ حقا أو التزاما في جانبه . وإذا كان الخلف يسرى في حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير في حقه

يعتبر خلفا له ، وإنما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التي يسرى تصرف الغير في حقها . وكما يسرى التصرف باعتباره تصرفا قانونيا في حق الخلف ، يسرى باعتباره كذلك تصرفا قانونيا في حق الأصل إذا تعاقد بطريق نائب عنه ، وفي حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، ويسرى باعتباره واقعة مادية في حق الدائن ، دون أن يعتبر الأصل أو المنتفع أو الدائن خلفا .

مَنْ يَعْتَبَرُ الدَّائِنُ غَيْرًا فِي تَصَرُّفَاتِ الْمَرِين :

على أن القانون يأتي لحماية الدائن ، كما أتى لحماية الوارث ، فيجعل الدائن كما جعل الوارث « غيرا » في تصرفات مدينه في بعض حالات معينة . ففي الوصية والتصرفات التي تلحق بها يحمي القانون الدائن بأكثر مما يحمي الوارث ، فلا تسرى وصايا المدين والتصرفات الملحقة بالوصايا في حق الدائن ، لا في حدود ثلث التركة ولا في أقل من ذلك ، فهي لا تسرى أصلا إذ يقدم الدين على الوصية . وفي التصرفات ما بين الأحياء ، لا يسرى تصرف المدين في حق الدائن ، لا فحسب إذا كان هذا التصرف تبرعا في مرض الموت ، بل أيضا إذا كان التصرف معاوضة وفي غير مرض الموت مادام قد قصد به المدين الإضرار بحقوق دائئه . والسبب في إضرار الدائن على الوارث بهذه الحماية ظاهر ، فالوارث يأخذ تركة مورثه بغير عوض ، أما الدائن فله حق ثابت في ذمة مدينه فهو لا يأخذ منه شيئا بغير عوض ، ومن ثم استحق هذه الحماية . والأصل أن المدين حر في التصرف في ماله ولو تبرعا ، مادام تصرفه لم يصدر في مرض الموت ، وتصرفه يسرى في حق دائئه . إلا انه اذا تصرف ولو معاوضة بقصد الإضرار بدائئه ، فهنا يصبح الدائن من الغير ولا يسرى هذا التصرف في حقه . ويستطيع الدائن في هذه الحالة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوالصية .

ولم يكتف التقنين المصري الجديد بالدعوى البوالصية لحماية الدائن ، بل

حماه أيضا في حالة إعسار المدين فنظم إجراءات شهر هذا الإعسار ، وغل يد المدين عن التصرف حتى إذا تصرف لم يسر التصرف في حق الدائن . فعندنا إذن مسألتان : (١) الدعوى البولصية (٢) إعسار المدين .

١٨ . الدعوى البولصية

(Action Paulienne)

الأساس الذي قامت عليه الدعوى البولصية وعدم الدقة في تسميتها

دعوى إبطال التصرفات — أصلها في القانون الروماني :

قدمنا أن الدعوى البولصية وجدت لحماية الدائن من تصرفات مدينه ، فإذا تصرف المدين في ماله تصرفا قصد به الإضرار بحق دائئه، أعطى القانون للدائن سلاحا يطعن به هذا التصرف الضار فيهدمه فيما يتعلق به، ولا ينصرف أثره إليه . فالأساس الذي قامت عليه الدعوى البولصية إذن هو حماية الدائن من غش مدينه عن طريق جعل تصرف هذا المدين غير نافذ في حق الدائن . فهي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين ، لا دعوى إبطال هذا التصرف ، وكان الفقه المصري قديما يطلق عليها خطأ اسم « دعوى إبطال التصرفات » . ذلك أن الدائن لا يبطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه . فإذا أجب إلى طلبه لم يسر التصرف في حقه ، وإلكنه يبق قائما بين المدين ومن صدر له التصرف .

ولا مانع من أن نستبق للدعوى تسميتها التقليدية بالدعوى البولصية . والمعروف أن هذه التسمية اشتقت من اسم البريطور Præteur أى القاضى الروماني الذي كان أول من أدخلها في القانون الروماني، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت تسمية مستعملة في القانون الروماني أصبحت الآن محل شك كبير . ويبدو أن البريطور « بولص » هذا ليس إلا شخصا خياليا

أخترعه بعض شراح القانون الرومانى فى العصور الوسطى. ولم تكن الدعوى البوليصية فى عهد القانون الرومانى المدرسى دعوى واحدة، بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين فى حالات مختلفة. ولم تتوحد فى دعوى واحدة إلا فى عهد جستينيان. وكان لهذه الدعاوى فى إجراءات القانون الرومانى الطابع الجماعى، إذ كانت لا تعطى ضد المدين المفلس إلا لجماعة الدائنين فى شخص ممثل لهم هو الذى يوكل إليه تصفية أموال المدين، فكانت فأئدتها تعود على جماعة الدائنين لا تختص بواحد منهم دون الآخرين. وقد انقلبت الدعوى البوليصية فى القانون الحديث من دعوى جماعية إلى دعوى فردية كما سنرى. ونبحث الآن تفصيلات الدعوى البوليصية فتتكم : (١) فى شروط هذه الدعوى (٢) وفى الآثار التى تترتب عليها.

(١) شروط الدعوى البوليصية

أولاً : الشروط التى ترجع إلى الدائن :

يستلزم فى الدائن أنه يكون حقه مستحق الأداء :

حتى يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية، يجب أن يكون حقه مستحق الأداء. ومتى وجب أن يكون الحق مستحق الأداء، وجب بالأولى أن يكون خالياً من النزاع، لأن الحق لا يستحق الوفاء به إلا إذا خلا من المنازعة.

فلا يستطيع إذن استعمال الدعوى البوليصية الدائن الذى يكون حقه متنازعا فيه، وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ثم صدر حكم ابتدائى يحسم النزاع لصالحه، واستأنف المدين الحكم، فإن الدعوى البوليصية توقف حتى يثبت فى الاستئناف الذى يتوقف عليه مصير الحق. ولا يستطيع استعمال الدعوى البوليصية الدائن الذى يكون حقه معلقا على شرط واقف، لأن الحق هنا إذا خلا من النزاع فهو مع ذلك غير مستحق الأداء. كذلك لا يستطيع استعمالها الدائن الذى يكون حقه مقترناً بأجل واقف، ولا يتعارض ذلك مع

شُرط إعسار المدين — وسنرى أنه يشترط أن يكون المدين معسراً — لسببين . أولهما أن الأجل لا يسقط بمجرد الإعسار ، بل يجب لسقوطه أن يصدر حكم بشهر الإعسار فجاز أن يكون المدين معسراً دون أن يسقط الأجل . والسبب الثاني أن للإعسار في الدعوى البولصية معنى عملياً ينطوى على كثير من المرونة سنبسطه فيما يلي ، فجاز ألا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار في معنى الدعوى البولصية ، فلا يصح عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .

وأى دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية . فيجوز أن يستعملها دائن حقه معلق على شرط أو مقترن بأجل فاسخ ، لأن الشرط والأجل الفاسخين لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء . ويجوز أن يستعملها دائن شخصى ودائن مرتتهن ودائن له حق امتياز ، إذ لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سبباً فى إضعاف هذا الحق وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين . ولكن يشترط إذا تصرف المدين فى غير الشيء الذى ترتب عليه التأمين العيني أن يكون الشيء الذى ترتب عليه هذا التأمين غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه . ويجوز أن يستعمل الدعوى البولصية دائن حقه غير مقدر مادام مستحق الأداء ، فيستطيع المضرور فى العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية فيطعن فى تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع بقصد « تهريب » ماله حتى لا ينفذ عليها الدائن بالتعويض المستحق له .

ثانياً : الشروط التى ترجع إلى التصرف المطعون فيه :

شروط : ١ -

يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : (١) تصرفاً قانونياً (٢) مفقراً (٣) تالياً فى الوجود لحق الدائن .

تصرف فانوى :

يجب أن يكون العمل الصادر من المدين ويطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية تصرفاً قانونياً (acte juridique) ، فإذا كان عملاً مادياً لم يتصور الطعن فيه . فلا يتصور الطعن في عمل غير مشروع قام به المدين فأصاب شخصاً بضرر ووجب عليه به مقدار من التعويض جعله معسراً أو زاد في إعساره ، كما لا يتصور الطعن في ترك المدين عيناً له في يد شخص آخر حتى ملكها بالتقادم وإنما يتصور في هذه الحالة أن يقطع الدائن التقادم ويسترد العين بإسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة .

فالعمل الذى يطعن فيه بالدعوى البولصية يجب إذن أن يكون تصرفاً قانونياً . ويستوى أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد كالوقف والابراء ورد الابراء ورد الاشتراط لمصلحة الغير ورد الوصية ، أو صادراً من الجانبين تبرعاً أو معارضاً كالهبة والبيع والحوالة والقرض والشركة .

تصرف مفقر :

التصرف المفقر فى معنى الدعوى البولصية هو التصرف الذى ينقص من حقوق المدين ، عينية كانت هذه الحقوق أو شخصية ، أو التصرف الذى يزيد فى التزاماته . مثل التصرف الذى ينقص من حقوق المدين الهبة والبيع والوقف وهذه تنقص الحقوق العينية ، والحوالة والإبراء ورد الاشتراط لمصلحة الغير وهذه تنقص الحقوق الشخصية . ومثل التصرف الذى يزيد فى التزامات المدين القرض والشركة والإبراء . وقد كانت تقاليد الدعوى البولصية تقضى بأن التصرف المفقر هو التصرف الذى ينقص من الحقوق دون التصرف الذى يزيد فى الالتزامات ، وعلى هذه التقاليد سار التقنين المدنى المصرى السابق ، ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد عدل عنها وجعل التصرف الذى يزيد فى الالتزامات مفقراً كالتصرف الذى ينقص من الحقوق .

أما التصرف المانع من الاعتناء ، كأن يرفض المدين قبول هبة فيمتنع من زيادة حقوقه ، فإنه لا يكون تصرفا مفقرا ، ولا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوالصية .

وإعطاء المدين أحد دائئيه تأمينا يجعله يتقدم على سائر الدائئين يجوز الطعن فيه بالدعوى البوالصية ، وكذلك وفاء المدين أحد دائئيه ديننا مؤجلا قبل حلول الأجل ولو لم يكن هناك تواطؤ بين الدائئين أو وفاؤه المدين عند حلول الأجل بشرط أن يكون الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ بينهما كل هذا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوالصية . ولما كانت هذه الحالات محل نزاع في عهد التقنين المدني السابق ، فقد ورد نص صريح في التقنين المدني الجديد يحيز الطعن فيها جميعا بالدعوى البوالصية ، فحسم النص النزاع .

واستثناء مما قدمناه نص القانون على أنه يجوز للدائن الطعن في نزول مدينه عن التمسك بالتقادم المسقط أو المكسب ، مع أن النزول عن التقادم المسقط ليس إلا امتناعا عن إنقاص الالتزامات والنزول عن التقادم المكسب ليس إلا امتناعا عن زيادة الحقوق .

تصرف تال في الوجود لحق الدائن :

ويجب أن يكون التصرف القانوني المفقر المطعون فيه بالدعوى البوالصية تاليا في الوجود لحق الدائن ، ذلك أن حق الدائن إذا كان متأخرا عن هذا التصرف فليس للدائن أن يشكو من تصرف تم قبل أن يصبح هو دائئا . ومن ثم يجب أن يكون تصرف المدين صادرا بعد أن ثبت حق الدائن ، حتى يمكن القول إن المدين إنما تصرف غشا وإضرارا بحق الدائن ، فلو لم يوجد حق الدائن قبل صدور تصرفه لما أمكن تصور الإضرار بحق غير موجود . ولو أمكن تصور ذلك — كما لو باع شخص دارا له أو وقفها ثم اقترض وقد قصد من البيع أو الوقف السابق أن يهرب من دائئه في المستقبل —

لصحت الدعوى البولصية . ونرى من ذلك أن شرط أن يكون تصرف المدين تاليا لوجود حق الدائن إنما هو فرع من شرط أعم ، سيأتي الكلام فيه ، وهو شرط غش المدين . فالأصل أن غش المدين لا يتصور في العادة إلا إذا كان تصرفه تاليا لحق الدائن ، فإذا أمكن تصور الغش بينما يكون حق الدائن تاليا لتصرف المدين ، جاز الطعن بالدعوى البولصية . فالعبرة إذن بتوافر غش المدين ، سواء كان تصرفه لاحقا أو سابقا .

وإذا قلنا إن الأصل أن يكون تصرف المدين تاليا لحق الدائن ، فإنما نعتد في التصرف بتاريخ صدوره لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات الواجب شهرها ، ويعتد في حق الدائن بتاريخ وجوده لا بتاريخ استحقاقه إن كان تاريخ الاستحقاق تاليا لتاريخ الوجود . فلو باع المدين دارا وقبل تسجيل البيع استدان ، لم يستطع المقرض أن يطعن في البيع بالدعوى البولصية ، لأن البيع قد صدر قبل وجود حق الدائن ولمن كان قد سجل بعد ذلك . ولو كان المدين الذي في ذمة المدين ديننا معلقا على شرط أو مقترنا بأجل ، ثم تصرف الدين في ماله إضرارا بحق الدائن ، جاز للدائن الطعن بالدعوى البولصية ، لأن حقه موجود قبل التصرف وإن كان لم يستحق — أى لم يتحقق الشرط أو يحل الأجل — إلا بعد صدور التصرف . كذلك لو كان الدين الذي في ذمة المدين متنازعا فيه ورفع الدائن الدعوى بالدين ، وتصرف المدين أثناء نظر النزاع في مال له توقعا لصدور حكم عليه بالدين ، جاز للدائن عند صدور الحكم أن يطعن في التصرف بالدعوى البولصية ، لأن حقه كان موجودا قبل صدور التصرف وإن لم يصبح خاليا من النزاع بحكم نهائي إلا بعد صدور التصرف .

ثالثا : الشروط التي ترجع إلى المدين

شروطه :

أما الشروط التي ترجع إلى المدين فتد إلى شرطين رئيسيين (١) الإعسار (٢) الغش والتواطؤ .

الإعسار :

يجب أن يكون تصرف المدين قد تسبب في إعساره إذا كان غير معسر قبل التصرف ، أو تسبب في زيادة إعساره إذا كان معسرا قبل التصرف . فلو أن التصرف لم يسبب الإعسار ، بل بقي المدين موسرا بعده ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسرا ، فلا يجوز الطعن في التصرف ، ما لم يكن هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها قد أدى إلى إعساره ، فيجوز للدائن في هذه الحالة أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إعسار المدين . وإذا كان المدين معسرا من بادئ الأمر ، ثم تصرف تصرفا بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سببا في زيادة إعساره ، فإن التصرف لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البو لسية .

والمقصود بالإعسار هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانوني الذي سنتكلم فيه فيما يلي وهو الذي يستلزم حكما بشهره بشروط واجراءات معينة . على أن للإعسار في الدعوى البو لسية فوق ذلك معنى خاصا ينطوي على كثير من المرونة . وذلك أن الدائن يكلف أولا بإثبات مقدار ما على المدين من الديون ، وعند ذلك يتنقل عبء الإثبات إلى المدين ، وعليه أن يثبت أن له أموالا ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها تكفي لوفاء جميع الديون ، والا اعتبر معسرا . ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ومع ذلك يسبب إعساره . ويمكن التحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بضمن بخس ، أو باعها بضمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليها بحقه .

وإذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان ملوعودا ببيع عين أو كان دائنا في وعد برهن أو كان دائنا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن

من تتبع العين ، أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو يرهنها أو في تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها . يؤيد ذلك أن الدائن له أن يطالب بالتنفيذ العيني دون التعويض إذا شاء ، وهنا هو يطالب بالتنفيذ العيني ويحول دون هذا التنفيذ تصرف صدر من المدين غشاً فيجعله الدائن غير سار في حقه بالدعوى البولصية . ويترب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشتري ، ثم باعه ثانية من مشتري آخر وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع . وهذا على خلاف ما تقضى به محكمة النقض من أنه إذا بادر المشتري الثاني إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المشتري الأول فقد خلصت له ملكية المبيع ، حتى لو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . ولكن محكمة النقض تقدم المشتري الأول الذي لم يسجل عقده على المشتري الثاني الذي سجل عقده في حالة ما إذا طعن المشتري الأول في العقد الثاني ، لا بالدعوى البولصية ، بل بدعوى الصورية .

ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية ، فلو أن تصرفه سبب إعساره أو زاد في إعساره ، ثم انقلب قبل رفع الدعوى موسراً لزيادة طرأت في ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة في ذلك .

الفُس والتواطؤ :

يجب التمييز هنا بين ما إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا . فإذا كان التصرف معاوضة ، وجب أن يكون منطويا على غش المدين وتواطؤ من صدر له التصرف . والدائن هو الذي يحمل عبء الإثبات . ولكن يكفي لإثبات غش المدين أن يثبت الدائن أن المدين وقت أن صدر منه التصرف كان يعلم أنه يسبب إعساره أو يزيد في إعساره ، فيكون هذا قرينة على غش المدين . ولكنها قرينة غير قاطعة ، للمدين أن ينقضها بأن يثبت أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف مثلا تلبية لنداء واجب أدبى ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إعساره لا يلبث أن يزول حتى لو أخلفت الأيام ظنه ، أو أن التعاقد الذي أدى إلى إعساره سيكون سببا فيما بعد في ترويح أعماله وعودته إلى اليسار . ويكفي لإثبات تطاؤ من صدر له التصرف أن يثبت الدائن أنه كان يعلم وقت التصرف له أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره . ولمن صدر له التصرف أن ينقض القرينة بأن يثبت مثلا أنه بالرغم من هذا العلم كان يعتقد أن المدين يتصرف بحسن نية تصرفا مألوا تقضي صيانة تجارته . ويخلص مما قدمناه أن الدائن يبدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدي إلى إعساره وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضا ، وعند ذلك نفرض الغش في جانب الاثنين حتى يثبت أى منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار بالدائن . والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق ، ومن القرائن على الغش أن يبيع مدين أملا كه لأولاده ويدعى أنه قبض الثمن من أمهم ، وأن يبيع عقارا لزوجته ولا يستطيع أن يثبت من أين أتت بالثمن ، وأن يبيع لزوجته كافة ما يملكه ثم تبقى الأعيان المباعة في حيازة المدين بعد البيع . وإذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا ، لم يشترط لا غش المدين ولا تطاؤ

المتبرع له ، بل يكفي أن يثبت الدائن أن التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، سواء كان المدين يعلم ذلك أو لا يعلم ، وسواء كان المتبرع له يعلم هو أيضا أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائما ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات كسب عليه إذا أجزأنا للدائن الطعن في التبرع . والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى كسبا ، فالأول أى الدائن هو الأجدر بالرعاية . أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهوب له ، إذ المشتري إنما يتوقى ضررا كاللدين فقد دفع مقابلا للدين ، فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه ، وإن كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن . وقد يتصرف خلف المدين في الشيء خلف ثان تبرعا ، ففي هذا الغرض لا يشترط سوء نية الخلف الثاني لأنه إنما يبتغى كسبا ولا يتوقى ضررا كما قدمنا . فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا يشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذى قدمناه ، دون إثبات سوء نية الخلف الثاني المتبرع له كما مر . بقى أن نفرض أن الخلف الذى انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه خلف ثان معاوضة . فإذا كان المدين قد تصرف معاوضة أيضا للخلف الأول فلا يكفي أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضا أن يثبت غش الخلف الثاني . وإذا كان المدين قد تصرف تبرعا للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفا بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول ، ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني فإنه يجب على الدائن أن يثبت علم هذا الخلف الثاني بإعسار المدين .

(ب) الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية

أولاً : أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

عدم مضي الدائن في الدعوى إذا استوفى حقه :

إذا استوفى الدائن حقه ، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ بعد الحصول على حكم في الدعوى ، إذ لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه . ويغلب في العمل أن يكون الذي يوفى الدائن حقه هو من صدر له التصرف المطعون فيه . ولهذا أن يودع الثمن الذي اشترى به — أو ثمن المثل إذا كان قد اشترى بأقل من ذلك — خزانة المحكمة على ذمة الدائن ، فيتخلص من الدعوى أو من التنفيذ ، فإن الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذي خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة في الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ .

عدم نفاذ تصرف المدين في هو المراتن :

فإذا لم يستوف الدائن حقه على النحو الذي قدمناه ، استمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه ، فلا يسرى في حقه أثر هذا التصرف إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن المال الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه . ويتخذ في ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية وإن كانت تقتزن بها .

ومن ذلك نرى :

(١) أن دخول المال في ضمان الدائن يكون بأثر رجعي ، إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا . ويترتب على ذلك أنه إذا باع المدين عقاراً

المشتري وكانا سيئ النية ، وأخذ شفيع العقار بالشفعة ، والدائن يعتبر العقار لم يخرج من مال المدين ، فيسقط الأخذ بالشفعة دون حاجة إلى إثبات سوء نية الشفيع ، فهو ليس بمشتري من المشتري بل هو مشتري من البائع رأسا .

(ب) أن الدائن ينفذ على كل العين الذي تصرف فيها المدين ، ولكن مع ملاحظة ما يأتي : (١) يستنزل من العين ماعسى أن يكون الدائن قد أفاده من تصرف المدين . فقد يكون المدين باع العين وبقى الثمن دينسا في ذمة المشتري ، أو يكون المشتري دفع الثمن وسدد المدين به بعض ديونه ، فيستفيد الدائن إما على اعتبار أن حقوق المدين زادت بمقدار الثمن الذي بقي دينسا في ذمة المشتري ، وإما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقلل إعسار المدين بذلك . فيجب إذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، فلا ينفذ الدائن على العين المبيعة الا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التي عادت على الدائن . فإذا لم تعد على الدائن فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذي قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى البوالصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها . (٢) قد يضطر الدائن الى التنفيذ على العين منقوصة أيضا ، كما اذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية فيملك الثمرات بالقبض ، فينتقص من العين ثمراتها . (٣) قد يضطر الدائن الى التنفيذ على مال آخر حل محل المال الذي تصرف فيه المدين ، كما اذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فإن الدائن في هذه الحالة لا ينفذ الا على الثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني للمشتري الأول أو على قيمة العين اذا كانت أكبر من الثمن . واذا فرضنا موهوبا له حسن النية بدلا من المشتري الأول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتري حسن النية ، فإن الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية الا بمقدار ما استفاده فإن كان قد باع للعين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة .

استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف بإضرارهم من الدعوى

البولصية :

كانت القاعدة في التقنين المدني السابق — كما هي الآن في التقنين المدني الفرنسي — أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية هو الذي يستأثر بفائدتها — هو ومن ينضم اليه في الدعوى — دون سائر الدائنين . ولكن التقنين المدني الجديد ، حتى لا يخل بالمساواة بين الدائنين ، جعل الدعوى تفيد جميع الدائنين الذين أضر بهم التصرف ، أى الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البولصية بالنسبة الى التصرف المطعون فيه ولولم يتدخلوا في الدعوى نفسها . فالعين ترجع الى ملك المدين بالنسبة الى هؤلاء الدائنين جميعا ، ولهم أن ينفذوا عليها بحقوقهم .

ثانيا : أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين :

بقاء التصرف المطعون فيه قائما :

يبقى التصرف المطعون فيه قائما نافذا الأثر بين الطرفين ، لأن الدعوى البولصية لا تبطل التصرف وإنما تجعله غير نافذ في حق الدائن وحده . فإذا كان التصرف بيعا ، بقي المبيع ملكا للمشتري وبقى المشتري ملتزا ما بدفع الثمن ، فإذا نفذ الدائن على المبيع وبقى شيء من الثمن فهو ملك المشتري . ولو ترتب على البيع أن أخذ العين شفعي ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، رجع ما بقي من العين أو من ثمنها للشفيع . وإذا كان التصرف وقفا ، فما بقي من الثمن بعد تنفيذ الدائن يكون وقفا ، وتشتري به عين أخرى تحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد مع بقاء الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظامته لا تتغير .

وينصرف أثر التصرف إلى ورثة كل من الطرفين ، فورثة المدين لا يرثون الباقي من العين التي تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشتري .

وينصرف أثر التصرف إلى الدائنين فيما عدا الذين استوفوا شروط الدعوى البوالصية ، فهؤلاء يستوفون حقوقهم من العين ، وما بقي منها لا ينفذ عليه الدائنون الذين لم يستوفوا شروط الدعوى البوالصية بأن كان التصرف المطعون فيه سابقاً على حقوقهم ، وإنما ينفذ عليه دئو المشتري .

تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه في حق الرائن :

على أنه لا يمكن تفادى تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن من جهة أخرى . فلا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدي إلى أن الدائن يستوفي حقه من العين المباعة لأن البيع غير نافذ في حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائماً فيما بين المدين والمشتري ، فإن المشتري يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ، وله أيضاً أن يطلب فسخ البيع ، فيتحلل من دفع الثمن ، ويرد إلى المدين ما بقي من العين في يده بعد تنفيذ الدائن عليها . وله أخيراً أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب . فللمشتري إذن دعويان : (١) دعوى عقد البيع بضمان الاستحقاق أو بالفسخ يرفعها على البائع . (٢) ودعوى الإثراء بلا سبب يرفعها على المدين . فإذا كان البائع هو المدين ، فالمشتري بالخيار في الرجوع عليه بإحدى الدعويين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما إذا كان المدين قد تصرف في العين لأخر وهذا باعها للمشتري ، ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق أو دعوى الفسخ ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين ، وللمشتري أن يختار إحدى الدعويين .

٢٤ - الاعسار

تمهيد .

الافلاس التجاري ومقوماته :

إذا توقف التاجر عن دفع دين مستحق الأداء ، جاز شهر إفلاسه .
وشهر الإفلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه ، ولذلك
اختص به التجار لما للاتمان في المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن
التاجر دائنوه في العادة كثيرون ومتفرقون فمن المصلحة أن يتحدوا في جماعة
تصفي أموال مدينهم تصفية جماعية فتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .

ومن ثم كان للإفلاس التجاري مقومات ثلاثة : (١) تغل يد المدين عن
التصرف في أمواله منذ شهر إفلاسه ، بل تقيده تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ،
وفي فترة الرية — من اليوم الذي تحدده المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع
وعشرة أيام قبله — تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلاً للإبطال .
(٢) لا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، بل يشتركون
فيه جميعاً شركة الغرماء ، إلا إذا كان لأحدهم حق تأمين خاص كرهن أو امتياز .
(٣) تصفي أموال المدين تصفية جماعية ، والتصفية الجماعية هي المميز الجوهرى
للإفلاس التجاري . ومعناها أولاً أن ترفع يد المدين عن أمواله فتنتقل
حياسة هذه الأموال وحراستها إلى « سنديك » يمثل كلا من الدائنين والمدين .
ومعناها ثانياً ألا يباشر أى دائن إجراء فردياً للتنفيذ على أموال المدين ، بل
تكون إجراءات التصفية والتنفيذ إجراءات جماعية يتخذها السنديك باسم
جميع الدائنين ، إذ يندمج هؤلاء في اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية
المعنوية . ومن هنا تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفي
أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً ، ويتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء .

الفصل -٥- التجارى والدعوى البولصية :

الآن وقد ذكرنا مقومات الافلاس التجارى نقارن بينه وبين الدعوى البولصية . ففي الدعوى البولصية يوجه الدائن همه إلى مال المدين سبق لهذا أن تصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار في حق هؤلاء الدائنين تمهيداً للتنفيذ على المال الذى سبق التصرف فيه . والدائن فى التقنين المدنى لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق الدعوى البولصية مع الافلاس التجارى . وقد كانت فى التقنين المدنى السابق يستأثر فيها الدائن بالتنفيذ على المال ، فكانت لا تتفق مع الافلاس التجارى حتى فى هذه الخصيصة الأولى . وتختلف الدعوى البولصية عن الافلاس التجارى فى الخصيصتين الأخرين : فالمدين فى الدعوى البولصية لم تغل يده عن التصرف فى ماله بل هو قد تصرف فيه فعلاً ، والتنفيذ فى الدعوى البولصية يكون بإجراءات فردية لا بإجراءات جماعية فمن لم يساهم من الدائنين بنفسه فى هذه الاجراءات لا ينال شيئاً من المال الذى يجرى التنفيذ عليه .

الفصل -٥- التجارى والاعسار المدنى :

أما الاعسار المدنى — كما نظمته التقنين المدنى المصرى الجديد — فيتقدم خطوة على الدعوى البولصية ، ويشترك مع الافلاس التجارى فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه فى المقوم الثالث وحده .

يتفق الاعسار المدنى مع الافلاس التجارى فى أن يد المدين تغل عن التصرف فى أمواله منذ شهر الاعسار ، وفى أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي فى الاستئثار بمال المدين .

ولكن يختلف الاعسار المدنى عن الافلاس التجارى فى المقوم الثالث ، وهو المقوم الجوهرى كما قدمنا . فلا يوجد فى الاعسار المدنى تصفية جماعية

يقوم بها السنديك ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري ، بل يبقى أمر التنفيذ موكولاً إلى إجراءات فردية من الدائنين كل دائن باسمه خاصة ، ومن لا يساهم فيها لا يناله شيء .

تنظيم الاعسار المدني في التشريعات الحديثة :

لم ينظم التقنين المدني المصري السابق الإعسار المدني ، بل تركه إعساراً فعلياً ، وقد سائر في ذلك نهج التقنين المدني الفرنسي ، فأطلق يد المعسر في التصرف ولم يقيد من هذا الإطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية .

أما موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الاعسار فيختلف . فبعض هذه التشريعات — كما في ألمانيا وفي إنجلترا — لا تميز بين الإفلاس التجاري والاعسار المدني ، فتجعل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاضعاً لنظام واحد وهو نظام الإفلاس التجاري . وعيب هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجاري ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة . وفي سويسرا نظم الإفلاس التجاري وترك الإعسار المدني دون تنظيم موكولاً إلى إجراءات الحجز العادية ، ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الإفلاس التجاري على سبيل الاجبار وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه في سجل خاص . وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدني دون تنظيم . ولعل النظام الأسباني هو خير هذه النظم جميعاً ، فهو ينظم الاعسار المدني مستقلاً عن الاعسار التجاري ، ويسير في كل نظام وفقاً لمقتضياته . على أنه لا يفرق كثيراً بين النظامين من حيث التصفية الجماعية ، مع ما في التصفية الجماعية من رفع يد المدين عن ماله وتعيين سنديك وفي غير ذلك من تعقيدات ومصروفات ، وهذا من شأنه أن يربك المدين في الاعسار المدني في غير حاجة .

تنظيم الاعسار في التقنين المدني المصري الجديد — الاعسار الفعلي والاعسار القانوني :

وهذا ما توقعه التقنين المدني المصري الجديد ، فقد نظم الاعسار المدني واقتصر فيه على الاجراءات الفردية دون أن يقحم التصفية الجماعية . وبعد تنظيم الاعسار المدني أصبح الاعسار القانوني — وهو الاعسار المدني المنظم — يختلف عن الاعسار الفعلي .

فالاعسار الفعلي (insolvabilité) حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ، ولو كانت غير مستحقة الأداء ، على أمواله . أما الاعسار القانوني (déconfiture) فخالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله ، ولا بد من شهرها بحكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار . فالاعسار القانوني — كما نرى — أشد إمعانا في الاستغراق بالدين من الاعسار الفعلي .

والآثار التي يربتها القانون على الاعسار القانوني لا يربتها على الاعسار الفعلي . فتمنع المدين من التصرف في ماله وتعريضه لعقوبة التبديد وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة وسقوط آجال الديون وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين ، إنما يترتب ذلك كله على الاعسار القانوني لا على مجرد الاعسار الفعلي . أما انتهاء الشركة بإعسار أحد الشركاء وجواز انتهاء العارية إذا أعسر المستعير والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، فكل ذلك يترتب على الاعسار الفعلي دون حاجة إلى أن يكون الاعسار قانونياً .

وقد ينتهي الإعسار القانوني قبل أن ينتهي الإعسار الفعلي ، إذ الإعسار القانوني ينتهي حتما بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الاعسار . فيتبين من ذلك أن الاعسار القانوني قد ينتهي ومع ذلك تبقى ديون المدين

أكثر من أمواله فيكون معسراً فعلاً ، وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلي ينتقل منه إلى إعسار قانوني ليعود بعد ذلك إلى إعسار فعلي .

ونبحث الآن ، بعد هذا التمهيد ، أحكام تنظيم الاعسار القانوني فنستعرض : (١) شهر حالة الاعسار (٢) الآثار التي تترتب على حالة الاعسار (٣) انتهاء حالة الاعسار .

ونقصد ، إذا أطلقنا لفظ الاعسار ، الاعسار القانوني .

١ - شهر حالة الإعسار

متى يجوز شهر الاعسار :

رأينا أن الإفلاس التجاري يجوز شهره إذا توقف التاجر عن دفع دين تجاري مستحق الأداء . ومجرد توقف التاجر عن دفع دينه يحجز شهر إفلاسه ولو كان هذا التاجر غير معسر إعساراً قانونياً بأن أوفت أمواله بديونه المستحقة الأداء ، بل ولو كان غير معسر إعساراً فعلياً بأن أوفت أمواله على ديونه جميعاً المستحق الأداء منها وغير المستحق . وقد يتوقف التاجر عن دفع دينه المستحق الأداء ، مع أن أمواله توفى بديونه جميعاً ، إذا كانت هذه الأموال حقوقاً في ذمة الغير لم يستوفها منهم أو كانت عقارات أو منقولات يتعذر بيعها فوراً لوفاء الدين من ثمنها .

فإذا كانت حالة المدين غير التاجر أسوأ من ذلك ، وكانت ديونه الحالة والمؤجلة تربي على أمواله ، فهذا هو الاعسار الفعلي كما سبق القول .

فإذا وصلت حالة المدين غير التاجر من السوء غايتها ، وكانت ديونه الحالة وحدها تربي على أمواله ، جاز شهر إعساره القانوني بحكم من القضاء . فلو أن أموال المدين كانت كافية للوفاء بالديون الحالة لم يحجز شهر إعساره ، حتى لو توقف عن دفع دين حال ، وحتى لو كانت أمواله غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة . ونرى من ذلك أن الاعسار القانوني حالة أسوأ من

الإفلاس التجارى ، بل هى أسوأ من الإعسار الفعلى فإن المعسر إعساراً فعلياً لا يكون بالضرورة معسراً إعساراً قانونياً أما المعسر إعساراً قانونياً فلا بد أن يكون معسراً فعلياً .

سلطة المحكمة التقديرية فى شهر الإعسار :

ولابد فى شهر الإعسار القانونى من حكم يقضى بذلك . وليست المحكمة ملزمة بشهر إعسار المدين ، حتى لو ثبت لها أن ديونه الحالة تزيد على أمواله ، فإن لها سلطة تقديرية واسعة . وتراعى فى تقديرها ، قبل شهر إعسار المدين ، جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء كانت هذه الظروف عامة أو خاصة . فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائى ، أو نحو ذلك من الظروف التى تعم جميع الناس . والظروف الخاصة بالمدين إما أن ترجع إلى الماضى كسؤليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ أو كان مبذراً متلافاً . وإما أن ترجع إلى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة أو رعونته وعدم خبرته ، فقد يستدعى شيء من هذا شهر إعساره . وإما أن ترجع إلى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقبلية فقد ينتظر لها الزواج ، ومثل ذلك قدرته الشخصية فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهندساً حاذقاً .

من يطلب شهر الإعسار :

يغلب أن يكون طالب شهر الإعسار هو أحد الدائنين ، ومصلحته فى ذلك واضحة . فقد يخشى أن يبدد المدين ماله أو يتصرف فيه إضراراً بحقوق الدائن ، فيغل يده عن هذه التصرفات . بل إن المدين بعد شهر إعساره يتعرض لعقوبة التبديد فى بعض الحالات . وقد يخشى الدائن لا من المدين ، بل من الدائنين الآخرين ، إذ قد يبادر أحد هؤلاء إلى أخذ حق اختصاص

فيتقدم عليه فإذا ما شهر إعسار المدين لم يعد مستطاعا الاحتجاج فيما بين الدائنين بحقوق الاختصاص .

وقد يطلب شهر الاعسار المدين نفسه . فقد يرى أن الظروف التي تحيط به تشفع له في أن يطلب ، بعد شهر إعساره ، الحصول على منحه آجالا للديون الحالية أو مد الآجال بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، وقد يكون غارقاً في الديون تنهال عليه الحجوز من كل جانب ، وقد حجزت إيراداته فنع مورد رزقه ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة تقوم بأوده .

أما المحكمة فلا يجوز لها - لا من تلقاء نفسها ولا بناء على طلب النيابة - أن تشهر إعسار المدين كما تستطيع ذلك في شهر إفلاس التاجر .

إجراءات دعوى الإعسار :

المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار هي المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين المعسر . وتنظر الدعوى على وجه السرعة . والحكم الصادر بشهر الإعسار حكم منفي لحالة قانونية جديدة ، فهو حجة على الكافة ، والمدين الذي شهر الحكم إعساره يعتبر معسرا لا بالنسبة إلى الدائن الذي رفع دعوى شهر الإعسار وحده بل أيضا بالنسبة إلى سائر الدائنين وبالنسبة إلى الغير ممن يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه .

وعلى كاتب المحكمة ، في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار ، أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين . وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم . وعلى الكاتب أيضا أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام .

الاثار التي تترتب على حالة الاعسار

بالنسبة الى المدين

من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تنفذ تصرفات المدين في حق دائئيه . وهذه مزية من أهم مزايا شهر إعسار المدين ، فقد كان المدينون ، قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية في حقهم إلا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشا وأن المتصرف له كان متواطئاً معه إذا كان التصرف معاوضة . أما بعد شهر إعسار الدين فكل تصرف يصدر من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى يكون غير سار في حق الدائئين دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بشهر الاعسار ، ودون حاجة إلى إثبات الغش والتواطؤ ولو كان التصرف معاوضة ، وهذه الوقاية تفضل العلاج الذي تقدمه الدعوى البولصية . وعدم نفاذ التصرف في حق الدائئين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماً فيما بين المدين والمتصرف له ، فلهذا أن يرجع بالضمان على المدين . على أنه يجوز أن يبيع المدين ماله بضمن المثل ، ويودع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائئين ، فينفذ البيع في حقهم .

ويعاقب المعسر بعقوبة التبديد في حالتين : (١) إذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعتمد الاعسار بقصد الاضرار بدائئيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالمدين وشهر إعساره . (٢) إذا كان ، بعد الحكم بشهر إعساره ، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغاً فيها ، وذلك كله بقصد الاضرار بدائئيه .

وإذا أوقع الدائئون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة

المختصة بشهر الاعسار أن يقرر للمدين . بناء على عريضة منه ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

بالنسبة إلى الدائنين :

لا يحول شهر الاعسار دون اتخاذ المدينين لاجراءات فردية ضد المدين ، وهنا يتجلى المقوم الأساسي للإعسار المدني ، فهو ليس كالأفلاس التجاري يؤدي إلى إجراءات جماعية . فلا ترفع يد المدين المعسر عن ماله ، ولا يعين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون في إتحاد . ويقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الاجراءات الفردية ما يسمح به القانون . وإذا هو حجز على مال المدين فقد يسبق سائر الدائنين إلى إجراءات التنفيذ ، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومنحته عند التوزيع ، فقد يستوفي حقه كاملا دونهم . فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية .

على أن القانون كفّل للدائنين المساواة الفعلية في حالتين :

الحالة الأولى حالة أصحاب الديون المؤجلة وحلول هذه الآجال . ذلك أن شهر إعسار المدين إشعار للدائنين أن يبادروا إلى التنفيذ على ماله . فيكون صاحب الدين المؤجل في مركز جد دقيق . فهو لا يستطيع التنفيذ لأن حقه لم يحل أجله ، والانتظار إلى أن يحل الأجل ضار به إذ قد تستنفد الديون الحالة لجميع أموال المدين . من أجل ذلك رتب القانون على الحكم بشهر الاعسار حول ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . هذه هي القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفع به ، بل يصح أن يكون من مصلحة الدائنين أنفسهم الا يبادروا إلى التنفيذ في ظروف غير مناسبة ، وأن يكون من الخير التبرص لفرصة موالية

تباع فيها أموال المدين بضمن أعلى . وعندئذ يجوز للمدين ، بعد أن سقطت آجال الديون ، أن يطلب من القاضى إبقاءها كما كانت ، بل يجوز له أن يطلب مدها ، وأن يطلب منحه أجلا فى الديون الحالة ذاتها . وليس فى هذا الا تطبيق لنظرة الميسرة الممنوحة من القاضى .

والحالة الثانية حالة عدم الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين . وهذه وسيلة أخرى أبعد أثرا فى تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقد قضى القانون بأنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ الى أخذ حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص هذا لا يكون نافذا فى حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أما اذا كان حق الاختصاص سابقا على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإنه ينفذ بطبيعة الحال فى حق جميع الدائنين .

ح — إنتهاء حالة الاعسار

كيف تنتهى حالة الاعسار :

تنتهى حالة الإعسار إما بموجب حكم قضائى وإما بقوة القانون .

فتنتهى بموجب حكم قضائى ، ويؤشر بالحكم يوم صدوره على هامش تسجيل دعوى الإعسار ، فى أحد فرعين .

١ — اذا أصبحت أموال المدين تنفى بجميع ديونه ، ما كان حالانها وقت إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . ويتحقق ذلك فعلا اذا تلقى المدين المعسر ميراثا أو وصية أو هبة ، أو قبل بعض الدائنين إبراء المدين من بعض ديونه فأصبح الباقي من الديون لا يزيد على ما عنده من المال .

٢ - اذا وفي المدين فعلا جميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب انتهاء حالة الإعسار ، سواء كانت حالة منذ شهر الإعسار أو حلت بعد ذلك بإنقضاء أجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طريق اسقاط أجلها بسبب شهر الإعسار ولم يكن هذا الأجل قد انقضى وقت طلب انتهاء حالة الإعسار ، فإنها لا تدخل في هذا الحساب بل يعود اليها الأجل الذي سقط . ولا يكفي ان يكون عند المدين مال يفي بهذه الديون بل يجب أن يكون قد وفاها فعلا كما قدمنا . وفي هذا يختلف الفرض الثاني عن الفرض الأول ، ففي الفرض الأول يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه دون حاجة الى وفاء هذه الديون بالفعل .

وتنتهي حالة الإعسار بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار . وقد أعطى القانون الدائنين هذه المهلة لتصفية أموال مدينهم واسدائهم حقوقهم منها ، وهي مدة كافية لا يجوز أن يبقى المدين بعدها في حالة الإعسار التي لحقتها ، فإن هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف في أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه . وانقضاء خمس سنوات كاف لإنهاء حالة الإعسار ، دون حاجة الى حكم ، بل ولا الى تأشير على هامش التسجيل .

ما يترتب على زوال حالة الإعسار :

يترتب على زوال حالة الإعسار :

أولا : زوال الآثار التي ترتبت على الحكم بشهر الإعسار ، فيعود للمدين حق التصرف في ماله ، ولا يبقى للدائنين إلا الدعوى البولصية كما سيأتي ، ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد حتى لو أخفى ماله أو اصطنع ديوناً ، وتنقطع النفقة التي قد تكون قررت له ، وتصبح حقوق الاختصاص نافذة في حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار .

ثانيا : وترجع للديون آجالها التي سقطت على التفصيل الآتي : إن زال

لإعسار بحكم قضائي بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التي حلت ، فإن الديون الباقية التي لم توف والتي كانت آجالها قد سقطت بشهر الإعسار تعود إلى آجالها السابقة دون طلب من المدين . وإن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه ، فما حل من هذه الديون بانقضاء أجله انقضاء طبيعياً يكون مستحق الأداء ، فإذا وفاه المدين فعلاً كان له أن يطلب إعادة الديون الأخرى إلى آجالها السابقة . وإن زال الإعسار بقوة القانون ، وأدى المدين فعلاً ما حل من الديون حلولاً طبيعياً ، كان له أن يطلب إعادة الديون الأخرى إلى آجالها السابقة .

ثالثاً : إذا بقي المدين بعد زوال حالة الإعسار القانوني معسراً إعساراً فعلياً ، فإن للدائنين الطعن في تصرفاته بالدعوى البراءة إذا توافرت شروطها . ويخلص من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالته الإعسار القانوني والإعسار الفعلي . فإن كان في حالة إعسار قانوني ، كان خاضعاً لنظام الإعسار الذي بسطنا تفصيلاته فيما تقدم . أما إذا كان معسراً إعساراً فعلياً ، فإنه لا يكون خاضعاً لهذا النظام الخاص ، بل يخضع لنظام عام يتركز في الدعوى البراءة .

المطلب الثالث

الغير

من هو الغير :

لا نقصد بالغير هنا الخلف العام عندما يصبح « غيراً » في تبرعات الوارث في مرض الموت . ولا الخلف الخاص عندما يصبح « غيراً » في عقد أبرمه الخلف الخاص ولم تتوافر فيه الشروط المطلوبة بأن أبرم العقد بعد انتقال الشيء أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد ليس من مستلزمات الشيء .

كذلك لا نقصد بالغير الدائن عندما يصبح « غيرا » في تصرفات مدينه المعسر أو في تصرفات المدين الواقعة إضراراً بحقوقه ويستطيع أن يطعن فيها بالدعوى البولصية .

ولإنما نقصد بالغير هنا شخصاً أجنبياً تماماً عن العقد (penitus extreni) فليس هو طرفا فيه ، ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد العاقدين ، ولا دائناً لهما .

لا يسرى العقد في حق الغير :

والأصل أن العقد لا ينصرف أثره إلى هذا الغير الأجنبي تماماً عن العقد ، فالصالح الذي يقع بين الدائنين وأحد الورثة لا يسرى في حق بقية الورثة . والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشيوع لا يقيد بقية الشركاء . ويبيع ملك الغير لا يسرى في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى استثناء بانصراف أثر العقد إلى الغير . فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة في عقد لم يكن طرفاً فيه ، ولا يكون ذلك إلا بنص خاص في القانون ، وذلك كالمؤجر يرجع بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن (م ٥٩٦ مدني) والمقاول من الباطن والعمال يرجعون بدعوى مباشرة على رب العمل (م ٦٦٢ مدني) . واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه ، فالتصرف الصادر من الوارث الظاهر يسرى في حق الوارث الحقيقي ، والإيجار الصادر دون غش لمستأجر حسن النية يسرى في حق المالك الحقيقي في بعض الأحوال .

التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير :

ولكن الأثر الذي انصرف إلى الغير في الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يردده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبني على اعتبارات لا دخل

للإرادة فيها . أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ، ويكون أثراً مقصوداً أرادته المتعاقدان ، فذلك ما لا يجوز إذا أريد أن ينشئ العقد التزاماً في ذمة الغير ، وذلك ما يجوز إذا أريد أن يكسب العقد حقاً للغير . وقد نصت المادة ١٥٣ مدني على هذا الحكم إذ تقول : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب في ذمته التزاماً . والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير ، ويكسبه حقاً . ونبحث كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير (٢) الاشتراط لمصلحة الغير .

١٨ - التعهد عن الغير

الصور العملية للتعهد عن الغير :

يراد عادة بالتعهد عن الغير علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذى الشأن ، فيلتزم عنه غيره . مثل ذلك شركاء في الشيوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب الإجراءات القضائية ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطيع انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويريدون تجنب إجراءات القسمة القضائية . في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد دون الذين لا يستطيعون ذلك ، ويتعاقد الأولون عن أنفسهم وملتزمين عن الآخرين . وكذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ولم يتمكن من أن يحصل على إذن من الموكل ، ولم يتيسر له أن يعمل كفضولي ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل .

فمقومات التعهد عن الغير إذن ثلاث : (١) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير ، وهذا هو الفرق بين التعهد عن الغير من جهة وبين الوكيل والفضولي من جهة أخرى . (٢) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . فلو أنه أراد إلزام الغير لكان التعاقد باطلاً

لاستحالة المحل ، إذ لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه . أما في الاشتراط لمصلحة الغير ، فسرى أن المتعاقد يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه . (٣) أن يكون التزام المتعهد هو القيام بحمل الغير على قبول التعهد ، وهذا التزام بعمل شيء . أما التعهد الذي يراد حمل الغير على قبوله فقد يكون التزاماً بعمل كمقاولة يراد حمله على التعهد ببناء منزل ، وقد يكون التزاماً بالامتناع عن عمل كتاجر يراد حمله على التعهد بعدم المنافسة ، وقد يكون التزاماً بنقل حق عيني كشريك في الشيوخ يراد حمله على بيع حصته في الشيء الشائع . والتزام المتعهد التزام بتحقيق غاية لا يبذل عناية ، فلا يكفي أن يبذل المتعهد جهده لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يصل إلى تحقيق هذه الغاية فيتعهد الغير فعلاً . ولكن إذا قبل الغير التعهد ، فإن المتعهد لا يكفله في تنفيذه ، وفي هذا يخالف الكفيل .

الغير أنه يقبل التعهد أو يرفضه :

وقد نصت المادة ١٥٣ مدني على ما يأتي : (١) إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، فلا يلزم الغير بتعده . فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه . ويجوز مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به . (٢) أما إذا قبل الغير التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

فالغير إذن حر في قبول التعهد أو رفضه ، لأنه أجنبي عن العقد فلا يلزمه العقد بشيء . ويبقى أن نستعرض حالة قبول الغير للتعهد وحالة رفضه إياه .

قبول الغير للتعهد :

يعتبر التعهد — وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه — بمثابة إيجاب معني وض

على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد ، فقد قبل هذا الإيجاب ، وتم عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد ، يختلف عن عقد المتعهد من حيث أطراف التعاقد ومن حيث محل العقد ومن حيث الوقت الذى يتم فيه . أما من حيث أطراف التعاقد ، فعقد التعهد طرفاه المتعهد والمتعاقد معه ، والعقد الجديد طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير .

وأما من حيث محل العقد ، فعقد التعهد ينشئ التزاما بعمل شيء كما قدمنا ، والعقد الجديد ينشئ التزاما فى جانب الغير محله قد يكون نقل حق عيني أو عملا أو امتناعا عن عمل كما سبق القول ، ومن ثم ليس التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذى كان أجنيا عنه ، بل التزم بالعقد الجديد الذى كان طرفا فيه .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فعقد التعهد يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه ، والعقد الجديد لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير . فليس للقبول أثر رجعى ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد . فإذا تعاقد شركاء فى الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم ، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمنا أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعى .

رفض الغير للتعهد :

وإذا رفض الغير التعهد فلا مسؤولية عليه ، لأنه لم يكن طرفا فيه ، فلا يلتزم به . ولكن المتعهد يبقى مسئولا بموجب عقد التعهد ، وعليه أن يعرض المتعاقد معه عن الأضرار التى أصابته من جراء رفض الغير للتعهد .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ التعهد الذى كان يراد من الغير أن يقبله ، لأنه لم يلتزم إلا بحمل الغير على قبول هذا التعهد ، وهو التزام بعمل كما

قد منا . ولكن يجوز للمتعهد، إن شاء، أن يقوم بتنفيذ التعهد إذا كان تنفيذه ممكنا ولم يكن متصلا بشخص الغير. فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا التعهد هو إذن التزام بدلى، إذ التزامه الأصيل هو دفع التعويض ولكن يستطيع أن يبرىء ذمته من التعويض بأن ينفذ التعهد المشار إليه .

§ ٢ — الاشتراط لمصلحة الغير

كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت اليه فى

تطبيقاتها العملية :

لو أننا سرنا فى الاشتراط لمصلحة الغير على مقتضى القواعد العامة كما فعلنا فى التعهد عن الغير، لوجب أن يتكون الاشتراط لمصلحة الغير من عقدين . العقد الأول ما بين المشتري والمتعهد، يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع . والعقد الثانى ما بين المتعهد والمنتفع، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانونى واحداً فى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : فى كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب فى ذمته التزام لا بموجب العقد الذى لم يكن طرفاً فيه بل بموجب عقد جديد كان هو أحد طرفيه .

ولكن الأساس القانونى فى الاشتراط لمصلحة الغير يختلف عنه فى التعهد عن الغير، فالاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد تم بين المشتري والمتعهد . والمنتفع أى الغير، إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . وهذا هو وجه الخروج على القواعد التقليدية التى تقضى بأن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير، فإن أثر العقد هنا — متمثلاً فى حق اشتراط لمصلحة المنتفع — انصرف إلى المنتفع مع أنه ليس طرفاً فى العقد .

ولم يدخل هذا الاستثناء على القواعد التقليدية ، ويبرز ليصبح هو نفسه قاعدة قائمة بذاتها ، إلا بعد تطور طويل . فقد كان القانون الروماني لا يجيز أن ينصرف أثر العقد — التزاماً أو حقاً — الى الغير ، ووصل في ذلك الى حد أن منع النيابة في التعاقد . ثم تطور تحت ضغط الضرورات العملية ، فبدأ بأن جعل المشتراط لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً في العقد ، بأن يضع شرطاً جزائياً يطالب به المتعهد اذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المستفيع . ثم انقلب الشرط الجزائي الصريح الى شرط جزائي مفروض ، ولكن الذي يرجع بالتعويض هو المشتراط ، فلم يكن للمستفيع حق مباشر يكسبه من الاشتراط لمصلحته . ثم أعطى القانون الروماني للمستفيع حقاً مباشراً في حالات استثنائية معينة أهمها الهبة اذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير . وورث القانون الفرنسي القديم هذه القواعد من القانون الروماني ، وأضاف استثناء آخر هو اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث كدائن للبائع فيكون للشخص الثالث وهو المستفيع حق مباشر قبل المشتري . وسار التقنين المدني الفرنسي على هذا النحو ، فلم يجز الاشتراط لمصلحة الغير الا في حالتين : (١) الهبة بشرط ، وهي التي تقدم ذكرها (٢) اذا صدر من المشتراط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه ، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير .

واستمر التطور في الفقه والقضاء طوال القرن التاسع عشر ، ليواجه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة « اشترط » بمعنى تعاقد سواء كان المتعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته . ففي عقد التأمين نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً ، ولكنه رتب في ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين . ثم تطور الفقه والقضاء ، فأصبح يكفي أن يكون للمشتراط مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المستفيع ، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو أن يلتزم عن

نفسه. فإذا اشترطت أم علي والد ابنها نفقة للابن جاز هذا الاشتراط ، دون أن تشرط الأم لنفسها شيئاً أو تلتزم عن نفسها بشيء ، ويكفي أن يكون لها مصلحة أدبية في أن توفر لابنها نفقة تعوله . بل إن القضاء والفقه وصلاً في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود . وكثيراً ما يؤمن رب العمل من مخاطر العمل لمصلحة عماله من غير تعيين ، فالمنتفع هنا أشخاص غير معينين ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم ، بل قد لا يكون له أولاد أصلاً ومع ذلك يؤمن لمصلحة من عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل . فالمنتفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره .

هذا هو التطور الذي وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة . وهذا هو ما عبر عنه التقنين المصري الجديد في عبارة صريحة ، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يربط التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً .

وهناك تطبيقات عملية كثيرة لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذي تطورت إليه أخيراً . من ذلك الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو أي حق آخر لمصلحة الغير . ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن إلى الدائن المرتهن . كذلك قد يشترط صاحب المتجر عند بيع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين ، فيأخذ على المشتري عهداً أن يقيمهم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وعقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة الغير ، والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين أو قابلين للتعيين . وقد يؤمن المستحق

في وقف ، عندما كان الوقف الأهلى قائماً ، على حياته لمصلحة دائنه . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير ، فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله كما رأينا ، وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، وقد يؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن . وإذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً عاماً ، كالمياه والنور والغاز والنقل ، فإن مانح الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور ، كحد معين من الأجور . وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال : حداً معيناً من حيث الأجور ، وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل ومن حيث التعويض عن الإصابات .

وننتقل الآن الى بيان شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم الى بيان أحكام هذا الاشتراط .

شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشتري والمتعهد والمشتري . ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يشترط المشتري على المتعهد حقاً مباشراً للمشتري (٢) أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المشتري (٣) أن يكون للمشتري من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية .

فيجب أولاً أن يشترط المشتري حقاً مباشراً للمشتري . أما إن اشترط لنفسه هو ، فإن هذا لا يكون اشتراطاً لمصلحة الغير وإن عادت منه فائدة على الغير . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسؤوليته عما ينتجم من الضرر للغير ، فإن الغير هنا يستفيد من التعويض الذي تدفعه شركة التأمين إذ يستطيع أن يستوفي منه حقه . ولكن ليس له حق مباشر إذ أن المؤمن له قد اشترط

لنفسه لا للمصاحب ، ومن ثم لا يرجع المصاحب على شركة التامين الا بطريق الدعوى غير المباشرة فيستعمل دعوى المدين ويناحمه سائر دائي هذا المدين . كذلك لا يكفي اعطاه حق للمنتفع اذا لم ينشأ هذا الحق مباشرة من عقد الاشتراط الذي تم ما بين المشتراط والمتعهد . فإذا اشترط المشتراط الحق لنفسه ثم حوله للغير ، لم يكن في هذا اشتراط لمصلحة الغير لأن الغير قد استمد الحق من عقد الحوالة لا من عقد الاشتراط . وكما لا يستمد المنتفع حقه من عقد بينه وبين المشتراط ، كذلك لا يستمد هذا الحق من عقد بينه وبين المتعهد ، وانما يستمد الحق مباشرة من عقد الاشتراط بين المشتراط والمنتفع كما قدمنا .

ويجب ثانياً أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع . وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، فالنائب ، وكيل أو ولياً أو وصياً أو فضولياً أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه ، والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد . أما المشتراط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع ، وهو نفسه الطرف في العقد وليس المنتفع . ويتبين من ذلك أن المشتراط ليس فضولياً يتعاقد بالنيابة عن المنتفع ، فهذا رأى قديم تبين الآن فساد . فالفضولي يعمل لحساب رب العمل ويلتزم بالمضى فيما بدأ فيه ، أما المشتراط فيعمل لحسابه ، ولا يلتزم بالمضى في عمله بل له أن ينقض الاشتراط للمنتفع ويضيف الحق لنفسه أو لشخص آخر كما سنرى .

ويجب ثالثاً أن يكون المشتراط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير . وهذا فرق آخر بينه وبين الفضولي ، فالفضولي يقوم بمصلحة ضرورية عاجلة لرب العمل دون أن تكون له أية مصلحة شخصية في ذلك ، أما المشتراط فيقوم المنتفع بمصلحة ضرورية أو غير ضرورية وله في ذلك مصلحة شخصية مادية أو أدبية . ويكفي أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية ، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصي في العقد ، فقد رأينا الأم وهي تشتراط

على والد ابنها النفقة للابن لا تقوم بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط فهي مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة ، وهي في الوقت ذاته ليس لها دور شخصى في التعاقد فهي لم تلزم شخصيا ولم يترتب لها شخصيا أى حق .

أقسام الاشتراط لمصلحة الغير :

أثر الاشتراط لمصلحة الغير يظهر في العلاقة ما بين الأشخاص الثلاثة بعضهم ببعض : في علاقة المشتري بالمتعهد ، وفي علاقة المشتري بالمنتفع ، وفي علاقة المتعهد بالمنتفع .

أما علاقة المشتري بالمتعهد ، فهذه يحددها عقد الاشتراط الذى تم فيما بينهما . فإذا كان هذا العقد عقد بيع مثلا اشترط فيه البائع على المشتري دفع الثمن لدائن البائع ، التزم المشتري (البائع) نحو المتعهد (المشتري) بأن ينقل إليه ملكية المبيع وتسليمه إياه والتزم أيضا بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من التزامات البائع . والتزم المتعهد نحو المشتري بتسليم المبيع ودفع مصروفات البيع ، والتزم في الوقت ذاته نحو دائن المشتري بدفع الثمن . ولكل من المشتري والمتعهد أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع المستمدة من عقد البيع من نحو أوجه بطلان أو أسباب انقضاء . وللمشتري فوق ذلك أن يطالب المتعهد بأن ينفذ التزامه نحو الدائن فيدفع له الثمن ، ويطلبه بتنفيذ هذا الالتزام باسمه لا باسم الدائن ، لأن له مصلحة شخصية فيه وقد بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير على هذه المصلحة الشخصية .

وأما علاقة المشتري بالمنتفع ، فقد تكون علاقة تبرع وقد تكون علاقة معاوضة . فإذا كان المشتري أراد التبرع بالمنتفع ، فلا يشترط شكل الهبة لأنها هنا هبة غير مباشرة . ولكن الأحكام الموضوعية للهبة تسرى . فيجب توافر أهلية التبرع في المشتري ، ويجوز الطعن في الهبة بالدعوى البولصية

ولا يشترط أن يكون أى من المشتراط والمتنفع سىء النية . ويلاحظ أن المقدار الموهوب ليس هو ما التزم به المتعهد نحو المتنفع ، بل هو مقدار ما دفعه المشتراط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المتنفع . فإذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة ، فإن المقدار الذى وهبه المشتراط للمتنفع هو خمسمائة لا ألف . وإذا كان المشتراط لم يرد التبرع ، فالعلاقة بينه وبين المتنفع يحددها موقف الأول من الثانى بحسب الأحوال . فقد يكون المشتراط مديناً للمتنفع واشترط لمصلحته وفاء للدين ، وقد يكون أراد إقراض المتنفع من طريق الاشتراط لمنفعته ، وقد يكون أراد توكيل المتنفع فى شراء شىء واشترط لمصلحته حتى يهيء له ثمن المبيع .

بقيت علاقة المتعهد بالمتنفع ، وهى أخص ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . فالمتنفع كما قد منا يكسب من عقد الاشتراط الذى لم يكن طرفاً فيه حقاً مباشراً يطالب به المتعهد . وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً للغير ، قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ثم لماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير ، إذا كان هذا الحق لا يصبح باتاً إلا برضاء الغير كما سنرى ؟ ليس فى المنطق القانونى ما يجعل هذا متعذراً ، وإنما هى القاعدة الرومانية العتيقة التى كانت تقضى بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين نزولاً على اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها . بل ليس فى المنطق القانونى ما يستعصى على أن يكون التعهد عن الغير — عندما تقوم الحاجة العملية إلى ذلك ولم تقم بعد — على غرار الاشتراط لمصلحة الغير ، فيترتب فى ذمة الغير التزام من عقد لم يكن طرفاً فيه ، مادام هذا الالتزام لا يصبح باتاً إلا برضاء الغير . ومع وضوح ذلك نرى الفقهاء يعقدون عادة بحثاً تقليدياً يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمتنفع ؟ لعله يكون فى عقد جديد تم بين المشتراط والمتنفع ، أو بين المتعهد والمتنفع ، أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشتراط على أساس

أنه فضولي يعمل لمصلحة المنتفع ، أو لعله يكون هو حق المشتري كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع ! وقد سبق أن فندنا كل هذا ، والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسبوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط ذاته ، خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في القول بأن حق المنتفع هو حق مباشر مصدره عقد الاشتراط ذاته ، ولكل من هاتين الخاصيتين نتائج عملية هامة .

أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشتري ، فمنها : (١) لا شأن لدائي المشتري بهذا الحق بعد موته ، بل يخص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشتري ، ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مشقلاً بديون التركة . وأهم تطبيق لهذه النتيجة عقد التأمين على الحياة ، فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحته أو ولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين ، فلا يشغل هذا الحق بديون التركة ولا يأخذ الدائنون منه شيئاً . (٢) ولما كان المنتفع بموجب حقه المباشر ، أصبح دائئاً للمتعهد ، فدائنو المتعهد وقد أصبح المنتفع واحداً منهم يشتركون معه شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد . فالمنتفع ، ولا شأن له كما رأينا بدائي المشتري ، يتحمل على العكس من ذلك مزاحمة دائي المنتفع .

وأما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره عقد الاشتراط ذاته ، فمنها : (١) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن هذا الحق يوجد منذ صدور العقد لا من وقت إعلان المنتفع إرادته في الاستفادة من

الاشتراط أى وقت إقراره للحق . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور إقرار المنتفع لحقه ، لم يكن هذا مانعا للمنتفع من أن يصدر إقراره . ويترتب على ذلك أيضا أن المنتفع إذا رفض الاشتراط ، جاز الطعن في رفضه بالدعوى البولصية ، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصا من حقوقه . (٢) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة في هذا العقد ، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ .

وحق المنتفع المباشر الذى يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . والذى يثبت له حق النقص هو المشترط ، وهو حق شخصى لا ينتقل إلى الورثة . ويوجه المشترط النقص إلى المنتفع أو إلى المتعهد ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائما بالنقص حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع . وليس للنقص شكل مخصوص ، وكما يقع صريحا يصح أن يكون ضميا . وإذا نقض المشترط حق المنتفع ، جاز له أن يعين منتفعا آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك فلا يتلقاه من المنتفع الأول ، ويجوز للمشرط أن يضيف الحق إلى نفسه ، وهو على كل حال إذا لم يعين بعد النقص منتفعا آخر أصبح حق المنتفع له هو ، وانقلب الاشتراط لمصلحة الغير في هذه الحالة عقدا عاديا .

ولا ينقطع حق النقص إلا إذا صدر إقرار المنتفع للاشتراط . وإقرار المنتفع هو تثبيت لحقه ، وليس قبولا لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط . ولا بد من صدور هذا الإقرار من المنتفع كي لا يثبت له حق دون رضاه ، فإذا صدر الإقرار تثبت الحق من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما سبق القول . ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره فى أى وقت شاء

ما دام المشترط لم ينقض الحق ، ولا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى في حقه . فإذا صدر الإقرار ، أصبح الحق غير قابل للنقض ، وكان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته . وقد يرفض المنتفع الحق الذي اشترط لمصلحته ، وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . ويجوز للمشرط ، عند رفض المنتفع أن يعين منتفعا آخر يحل محل المنتفع الذي رفض ، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيين المشترط إياه .

المبحث الثاني

آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

في الفقه الإسلامي

انصراف أثر العقد إلى العاقد :

الأصل في الفقه الإسلامي ، كما هو الأصل في الفقه الغربي ، أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه ، ولا يجاوزه إلى غيره ممن لم يكن طرفا في العقد . فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه انفسه ، انصرف إليه وحده أثر العقد من حكم وحقوق . والفقه الإسلامي يميز بين حكم العقد وهو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصد إليه العاقدان من إنشائه ، وحقوق العقد وهي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله (١) .

(١) فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ونقل ملكية الثمن إلى البائع ، وحقوقه الزام البائع بتسليم المبيع وقبوله إذا رد إليه بسبب العيب ، وثبوت حقه في المطالبة بالثمن ، والزام المشتري بإداء الثمن وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع ورد المبيع إذا وجد معيبا وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلا لأثر العقد ومحافظة طيبه وتوفيرا لكمال الانتفاع به (الاستاذ على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧) .

وقد أكد هذا الأصل في الفقه الإسلامي صاحب مرشد الخيران في أكثر من موضع . فنص في المادة ٢٧٨ على ما يأتي : « يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أى عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره . فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه ، فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام » . ونص في الفقرة الأولى من المادة ٣٠٦ على أنه « إنما تجرى أحكام العقود في حق العاقلين ، ولا يلتزم بها غيرهما » .

الطوائف المتمثلة :

وقد رأينا في الفقه الغربي أن أثر العقد قد ينصرف أيضاً إلى طوائف ثلاث : (١) الخلف العام والخلف الخاص (٢) الدائنين (٣) الغير .
فنبحث هنا هل ينصرف أثر العقد في الفقه الإسلامي أيضاً إلى هذه الطوائف الثلاث ، وإلى أى مدى ينصرف .

المطلب الأول

الخلف العام والخلف الخاص

نص التقنين المرفق العراقي :

عرض التقنين المدني العراقي - ومن مصادره الأساسية الفقه الإسلامي - لا ينصرف أثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص ، فنص في المادة ١٤٣ على ما يأتي :

١ - « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يثبت من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

٢ — « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » .

وظاهر أن هذا النص قد أخذ حرفياً من نص المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من التقنين المدني المصري ، ويشعر هذا باتفاق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي في جواز انصراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص . فنبحث الآن إلى أي مدى ينصرف أثر العقد في الفقه الإسلامي إلى كل من الخلفين .

§ ١ — الخلف العام

التمييز بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة على العقد :

يجب أن نميز في الفقه الإسلامي ، في صدد ما نحن فيه ، بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة عليه . ونستعمل هنا كلمة « الحقوق » بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي ، لا بالمعنى الذي يقابل بين حقوق العقد وحكمه في الفقه الإسلامي .

فالأصل أن الحقوق الناشئة من العقد تنصرف إلى الوارث بعد موت المورث ، لأن الوارث خلف المورث في الحقوق . ولا تنتقل الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث بل تبقى في التركة ، لأن خلافة الوارث للمورث إنما تكون في الحقوق لا في الديون . وكالوارث الموصى له بجزء من مجموع التركة .

١ - حقوق التركة

انتقال الحقوق الناشئة من العقد المورث إلى الوارث :

إذا أبرم المورث عقداً نشأت له حقوق منه ، فإن هذه الحقوق تنتقل بذواتها إلى الوارث بعد موت المورث . فإذا باع شخص عيناً مملوكة له بشمن مؤجل ، ونشأ من عقد البيع حق للبائع في هذا الثمن ، ومات البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد أن حل ولكن قبل أن يقبض الثمن ، فإن هذا الحق الناشئ من عقد البيع ينتقل بذاته — مؤجلاً أو حل أجله — إلى الوارث . وإذا فرض أن البائع كان قد أخذ بالثمن رهناً ، فإن حق الرهن المترتب على عقد الرهن ينتقل هو أيضاً مع حق الثمن من المورث إلى الوارث . كذلك إذا اشترى المورث عيناً وأصبح له حق بموجب عقد البيع في قبضها ، ومات قبل القبض ، فإن الحق في قبض العين ينتقل من المورث إلى الوارث ، ويستطيع الوارث أن يطالب البائع بتسليم العين ، بل يستطيع أيضاً أن يحبس الثمن الذي هو دين في التركة حتى يتم التسليم .

ومن الحقوق التي يكسبها المورث بالعقد فتنتقل منه إلى الوارث حقوق الارتفاق وحق التعلي وحق قبول الوصية .

فحقوق الارتفاق ، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور ، تتعلق بأعيان مالية وهي الأرض التي تقررت عليها هذه الحقوق فتغلب فيها معنى المالية ، فتنتقل إلى الوارث مع العين صاحبة الارتفاق أي العين المرتفعة . فإذا مات شخص عن أرض لها حق شرب أو مجرى أو مسيل أو مرور على أرض أخرى ، انتقلت الأرض المرتفعة بما لها من حقوق ارتفاق إلى الوارث . بل إن الفقه الإسلامي ، خلافاً للفقه الغربي ، يتصور جواز انفصال حقوق الارتفاق عن العقار المرتفق ، كما إذا باع صاحب العقار المرتفق عقاره دون أن ينص على دخول حقوق الارتفاق في البيع ، فيملك المشتري

العقار مجرداً من حقوق الارتفاق وتبقى هذه الحقوق للبائع مستقلة عن العقار . وحتى في هذه الحالة تنتقل من المورث إلى الوارث ، ففي الفرض الذى قدمناه تنتقل حقوق الارتفاق التى بقيت للبائع منه إلى وارثه .

وحق التعلی هو حق قيام بناء على بناء آخر ، فالعلو له حق التعلی على السفل . وهو فى حكم المال ، فينتقل بالميراث تبعاً للبناء المستعلی أو مستقلاً عنه . فإذا مات صاحب العلو وعلوه قائم على السفل ، انتقل العلو بما يتبعه من حق التعلی إلى الوارث . وإذا مات صاحب العلو بعد أن أنهدم علوه ولم يبق له إلا حق التعلی مستقلاً ، انتقل هذا الحق إلى الوارث فيكون له حق البناء على السفل . وإذا كان لا يجوز بيع حق التعلی مستقلاً عند الحنفية ، فإنه مع ذلك يجرى التوارث فيه مستقلاً عندهم . أما عند المالكية والحنابلة فيجوز بيع حق التعلی مستقلاً ، بل يجوز بيعه مستقلاً قبل بناء السفل ، فيباع الهواء فوق ما سبى من البناء إذا وصف كل من البناء الأسفل والبناء الأعلى وصفاً نافياً للجهاالة ، ومن باب أولى يجرى التوارث فيه .

وحق قبول الوصية ينتقل من الموصى له ، إذا مات قبل قبول الوصية ، إلى وارثه ، وهذا بإجماع المذاهب الأربعة على خلاف بينها فيما ينتقل . أما عند الحنفية فالذى ينتقل إلى الوارث هو الشيء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له . فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد ، فقد تحقق اليأس من الرد ، واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له ودخل فى تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذى ينتقل لورثة الموصى له هو حق قبول الوصية ، إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول إلى ورثته . ومن ثم نرى أن حق قبول الوصية ، فى هذه المذاهب الثلاثة ، قد تغلبت فيه الناحية المالية لأنه تعلق بعين مالية هى العين الموصى بها (١) .

(١) انظر فى انتقال حقوق الارتفاق وحق التعلی وحق قبول الوصية ، بحثاً للاستاذ على الخفيف فى تأثير الموت فى حقوق الانسان والتزاماته ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة العاشرة العددین الخامس والسادس .

الاستثناءات : ما لا ينتقل منه الحقوق إلى الوارث :

وإذا كان الأصل في الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، أن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث ، فهناك استثناءات ترد على هذا الأصل ، ترجع ، كما في الفقه الغربي أيضا ، إلى طبيعة الحق .

فما كان من الحقوق ليس حقا ماليا ، وما كان حقا ماليا ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل بمشيئة المورث لا بماله ، كل هذا لا ينتقل إلى الوارث ، لأن طبيعة الحق تستعصى على هذا الانتقال ، وتأتي إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلي وزواله بموته . فنستعرض أمثلة من هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق :

الحقوق غير المالية :

لا تنتقل حقوق المورث غير المالية إلى الوارث بداهة . فحق الحضنة ، وحق الولاية على النفس ، وحق الولاية على المال ، كل هذه ليست بحقوق مالية فلا تنتقل إلى الوارث . هذا إلى أن هذه الحقوق لم يكسبها المورث بالعقد ليعتد به هل ينصرف أثر العقد إلى الوارث ، بل أكسبها إياه الشرع . وما يكسبه المورث من هذه الحقوق غير المالية بالإرادة ، كما لو كان وصي الأب أو وصي الجد ، لا ينتقل أيضا إلى الوارث .

كذلك حق المطالبة بمحد القذف — ويذكرنا هذا الحق وإن كان غير مالي بحق التعويض المالي عن الضرر الأدبي الذي مر بنا في الفقه الغربي — لا يجري فيه الإرث ولا ينتقل إلى ورثة المقذوف ، لأن الإرث إنما يجري فيما يترك من مال . وهذا ما ذهبت إليه الحنفية . وذهب أحمد بن حنبل في أشهر الروايتين إلى أنه يسقط بموت المقذوف إذا مات قبل أن يطالب به ، فإن طالب به ثم توفي لم يسقط ، وثبت لعصبته لا لورثته حق استيفائه . وذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية أخرى إلى أنه لا يسقط بالموت ، لأن المعرفة تلاحق المقذوف

وأقاربه. ولكنهم اختلفوا فيمن يكون له حق المطالبة بإقامة الحد بعد موت المقذوف. فذهب الشافعي إلى أنه يثبت للورثة على حسب ترتيبهم في الميراث، ولكن يثبت لكل وارث على التمام وإن لم يستقل بكل التركة. فإذا عفا أحدهم عن حقه فلم يأتى بعده من الورثة أن يطالب به ويستوفيه كله. وقيل في مذهب الشافعي إنه يثبت للورثة بقدر نصيبهم في الميراث، فإذا عفا أحدهم سقط من الحد بقدر ما يخصه. وذهب مالك إلى أن حق المطالبة بإقامة الحد يثبت لكل قريب قام به سبب الإرث وإن لم يرث فعلا لما لحقه من العار، فيثبت للأبعد مع وجود الأقرب كابن الابن مع وجود الابن، وثبوته لهؤلاء إنما هو ثبوت ابتداء لا بطريق الوراثة من المقذوف. ويتبين مما قدمناه أن الغالب في الفقه الإسلامي أن حق المطالبة بحد القذف لا ينتقل إلى الوارث بطريق الميراث، فهو إما لا ينتقل أصلا كما في المذهب الحنفي، أو يثبت ابتداء لعصبة المقذوف وأقاربه باعتبارهم مجنبا عليهم قد لحقهم عار شخصي من القذف لا باعتبارهم ورثة إنتقل إليهم هذا الحق من المورث. ولا يوجد إلا قول مرجوح في مذهب الشافعي هو الذي يجعل الحق ينتقل إلى الورثة بالميراث، وبقدر نصيبهم فيه، فإذا عفا أحدهم سقط من الحد بقدر ما يخصه.

الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث :

وما كان من الحقوق مالياً ولكنه متصل بشخص المورث لا ينتقل إلى الوارث. فدين النفقة، سواء كان الدائن زوجة أو قريباً، لا ينتقل إلى الوارث بعد موت الدائن، وذلك ما لم يأذن القاضى للدائن بالاستدانة ويستدن فعلاً. وحق الانتفاع لا يثبت لشخص إلا مدة معينة لا تتجاوز مدة حياته، فلا ينتقل إلى وارث المستفيع بعد الموت. وحق رجوع الواهب في الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب، فلا ينتقل منه إلى وارثه، بل يسقط بموته.

ولا ينتقل بالموت إلى الوارث حق المالك في إجازة تصرف الفضولى.

ويرجع ذلك غالباً إلى إن الإجازة تستند من جهة ، وتكون إنشاء من جهة أخرى . فوجب أن يكون المالك موجوداً وقت صدور التصرف مراعاة لحق الاستناد ، ووقت الإجازة مراعاة لحق الإنشاء . فإذا مات بين الوقتين لم تعد الإجازة ممكنة ، فلا يتصور انتقالها إلى الوارث (أنظر في تعليل آخر يستند إلى قاعدة معروفة في الفقه الإسلامي تقضى بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله مقال الأستاذ على الخفيف في تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته ص ٣١ - ٣٢) .

وحق الأجل في الدين حق متصل بشخص المدين في الفقه الإسلامي ، فقد نظر الدائن فيه إلى شخص المدين لأمانته أو لملاءته أو للشفقة عليه أو للرغبة في إسداء الجليل إليه ، وهذه كلها اعتبارات شخصية لا تورث . فإذا مات المدين قبل أن يحل أجل دينه ، لم ينتفع الوارث بالأجل ، بل يحل الدين بموت المدين . أما إذا مات الدائن قبل حلول الأجل ، بقي الأجل على حاله ولم يحل الدين ، ووجب على ورثة الدائن أن يتربصوا حتى ينتهي الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . وهناك اعتبارات أخرى غير ما قدمناه ، تذكر في الفقه الإسلامي ، لتبرير حلول الدين بموت المدين . من ذلك ما جاء في الأم للشافعي : « وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل ، فهي إلى أجلها لا تحل بموته . ولو كانت الديون على الميت إلى أجل ، فلم أعلم مخالفاً حفظت عنه ، ممن لقيت ، في أنها حالة يتحاص فيها الغرماء . فإن فضل فضل ، كان لأهل الميراث والوصايا إن كانت له . قال ويشبه أن يكون من حجة من قال هذا القول ، مع متابعتهم عليه ، أن يقولوا : لما كان غرماء الميت أحق بماله في حياته ، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته . فلو تركنا ديونهم إلى حلولها كما ندعها في الحياة ، كنا منعنا الميت أن تبرأ ذمته ، ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه . ولعل من حججهم أن يقولوا إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه » .

وهذا بخلاف الفقه الغربي ، فإن الأجل في الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص المدين ، بل هو وصف في الدين ، فإذا مات الدائن أو المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقض . ولم يخل الفقه الاسلامي من أقوال تذهب إلى ما ذهب اليه الفقه الغربي من عدم حلول الدين المؤجل بموت المدين . فمالك يشترط لسقوط الأجل بالموت شرطين . أحدهما ألا يكون الدائن قد تسبب في موت المدين ، فإن استعجل موته قبل أوانه عوقب بحرمانه من سقوط الأجل فيبقى الدين مؤجلا على ما كان . والشرط الثاني ألا يكون المدين قد اتفق مع الدائن على عدم سقوط الأجل بموت المدين ، فإن اشترط المدين بقاء الدين مؤجلا بعد موته إلى أن ينقضي الأجل ، صح هذا الشرط ولم يسقط الأجل بموت المدين ^(١) . وفي المذهب الحنبلي روايتان ، إحداهما أن الديون المؤجلة لا تحل بالموت إذا وثقها الورثة ، والرواية الأخرى أنها تحل بالموت . . جاء في المغني (جزء ٤ ص ٤٨٥ — ص ٤٨٧) ، « إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل تحل بالموت ؟ فيه روايتان . إحداهما لا تحل إذا وثق الورثة ؛ وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد ، وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد ابن ابراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن . والرواية الأخرى أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال . لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت ، لخربها وتعذر مطالبتها . ولا في ذمة الورثة ، لأنهم لم يلتزموها ، ولا رضى صاحب الدين بذممهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه . وأما صاحبه فيتأخر حقه ، وقد تلف العين

(١) أنظر مقال الاستاذ على الخفيف في تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته ص ٢٣ ،

وأنظر أيضا الاستاذ محمد أبو زهرة في أحكام الشركات والمواثيق ص ٣٨ — ص ٣٩ .

فيسقط حقه . وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا .. أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق ، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : من ترك حقاً أو مالا فلورثته .. فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ، ويتعلق بعين ماله كمتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه . فإن أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون في المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه . فإنهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم ، فيؤدى إلى فوات الحق . وذكر القاضى أن الحق ينتقل إلى ذم الورثة بموت مورثهم ، من غير أن يشترط التزامهم له . ولا ينبغي أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ، ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم للزمهم وإن لم يخلف وفاء .. وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت ، تساوا في التركة فاقسموها على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يحل بالموت ، نظرنا ، فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية .

الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة المورث لا بماله :

وهناك حقوق مالية تتصل بمشيئة المورث لا بماله ، وهذه أيضاً تنتقل إلى الورثة ، لأن المشيئة لا تورث . نذكر من ذلك الخيارات وحق الأخذ بالشفعة . وأهم الخيارات هي خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف . ويذهب الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث ، إذ هي متصلة بشخص صاحب الخيار ، وليست إلا إتجاهاً لإرادته ومظهر أ من مظاهر مشيئته . وليس للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنتهى به ولا تنتقل إلى الوراث . إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار قوات الوصف يثبت للوراث بعدموت المورث ابتداء ، لا بطريق الوراثة والخلافة ،

لأن هذه الخيارات إنما تثبت لعلل تحققت في العين ذاتها . فخير التعيين يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لصياح بعض المال أو نقصه . وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه . ويذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث ، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق ، وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والخلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها . وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو حق مالى يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافاً لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته ، أما إذا لم يختَر قبل الموت فلا يورث الخيار .

أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث كإلا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة ومشيئة لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفي رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث إذا كان الشفيع لم يمت إلا بعد أن طلب الأخذ بالشفعة . وذهب مالك والشافعي إلى أن حق الشفعة يورث ، لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشيئة ، فالإرادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق ، إذ الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقاراً معيناً بالذات لأنه أولى به من مشتريه ، فإذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال العقار المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء في البدائع وهو من كتب الفقه الحنفى : « وأما الضروري (فيما يبطل به حق الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفيعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا تبطل ولو ارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط » (جزء ٥ ص ٢٢) . وجاء في بداية المجتهد

وهو من كتب الفقه المالكي : « فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياساً على الأموال » (جزء ٢ ص ٢١٨) . وجاء في المذهب وهو من كتب الفقه الشافعي : « وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب » .^(١) (جزء أول ص ٣٨٣) . وجاء في المغني وهو من كتب الفقه الحنبلي : « والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك : أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . أحدهما أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد إذا مات المقذوف ، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أني على حق من كذا وكذا وأنني قد طلبته . فإن مات بعده ، كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت

(١) ويرد الزبلي من فقهاء الحنفية على مذهب الشافعي بما يأتي : « وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضاً ، لأن هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك ، وأنه مجرد رأي ، وهو صفته فلا يورث عنه . بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن ارثه . بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هي مجرد الرأي والمشية ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن ارثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ . وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة ، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه » . (الزبلي جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨) .

عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب. ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء، فلم يورث كالرجوع في الهبة، ولأنه نوع خيار جعل للمليك أشبه خيار القبول. فأما خيار الرد بالعيب، فإنه لا يستدرأك جزءات من المبيع. الحال الثاني إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه. لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده، وقبله يسقط. وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا، فإنه لو كان ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها. فإذا ثبت هذا، فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب موارثهم، لأنه حق مالي موروث. . . فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفيعه، لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه. (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ - ص ٣٤٧)،

وإذا كنا قد تبسطنا في الكلام في انتقال حق الشفعة وبيان اختلاف المذاهب فيه، فذلك لأن هذه المسألة الهامة لا تزال محلاً للخلاف أمام القضاء المصري، ومرجع القضاء في ذلك هو الفقه الإسلامي إذ هو مصدر حق الشفعة. وقد كان المشروع التمهيد للتقنين المدني المصري الجديد يشتمل على نص في هذا الصدد يحسم الخلاف، ويقضى بأن حق الشفعة ينتقل بالميراث، إذ كانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي: «والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في استعماله». وقد عدل هذا النص في لجنة المراجعة، فأصبح يقضى بأن «الحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث». ثم أعيدت مناقشة هذا النص

في لجنة مجلس الشيوخ ، واستقر الرأي بعد مناقشة طويلة على حذفه أصلاً ، وترك الحكم فيما إذا كان حق الشفعة ينتقل بالميراث أو لا ينتقل لاجتهاد القضاء . وعلى هذا النحو صدر التقنين المدني المصري الجديد خالياً من النص الذي كان يراد به حسم خلاف محتدم في القضاء المصري . فقد كان بعض المحاكم ، في عهد التقنين السابق ، يقضى بانتقال حق الشفعة بالميراث ، وبعض آخر يقضى بعدم انتقاله . ثم رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف في دوائرها المجمعة ، فقضت في ٣ مايو سنة ١٩٣٠ بأن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث . ولكن عندما أنشئت محكمة النقض ، رفع إليها الأمر ، فقضت في ٨ يولية سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر المجمعة لمحكمة الاستئناف وبأن حق الشفعة ينتقل بالميراث . وقد جاء في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث أن الأصل في القوازين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته . . ولهذا خلت القوازين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل فيها جميعاً الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاصاً بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت . وكما خلا القانون المصري من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفعيع أي ينتقل للورثة أو لا ينتقل . فالقول الفصل فيها جميعاً أنها تنتقل قانوناً إلى ورثة صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل . وحيث أن الأصل كذلك في الشريعة الإسلامية — على مذهب جمهور الفقهاء — هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . أما الخفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق ، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا فلورثته . إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فوضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف

المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لأعلى اعتبار أن الذى ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففي خيار العيب وخيار فوات الوصف السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائماً قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقاً بالعين المشفوع فيها ولاصقاً بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال . أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات والخيارات تورث كما تورث الأموال إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار كخيار الأب فى رد هبته ، فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة فى الأب لا توجد فى غيره وهى الأبوة . فسبب اختلافهم إذن فى خيار خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انقذ له فى شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقذ له أنه صفة لذى الخيار لم يورثه . وحيث أن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة فى انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة هو الذى يلائم مذهب القانون المصرى فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون . فمن مات وعليه دين مؤجل ، فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثاً عنه . والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيمابقى منها ، ولهذا لا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء المدة ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضى ثلاث سنين حل وارثته محلّه فى اختصاصه بها وأولويته بإحيائها . وإذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل معها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله صحيح فى مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح فى مذهب أبى حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون فى خيار

الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كرأى جمهور أولئك الفقهاء والأئمة . وحيث أنه ينتج من ذلك أن محكمة الاستئناف ، إذ قضت بسقوط حق الشفيع بموته قبل القضاء معتمدة في ذلك على مذهب أبي حنيفة وعلى خلو القانون من نص صريح يخالف المعتمد في هذا المذهب ، تكون قد خالفت حكم القانون المدني فيما استنبطته هذه المحكمة من فقهه كما سبق الذكر . (نقض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ — انظر نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) . ولا شك في أنه مادام أن النص الذي كان مشروع التقنين المدني الجديد يشتمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التي أحاط بها الشفعة تخففا من أثرها في تقييد حرية التعامل قيدا جديداً بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء في هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض في حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة ، قد حسنت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالي ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية . (١)

بعض النصوص الفقهية الرامية فيما ينتقل منه الحقوق إلى الورثة

وما لا ينتقل :

ونقل هنا بعضاً من النصوص الفقهية التي تتناول تعيين ما ينتقل من الحقوق إلى الورثة وما لا ينتقل .

جاء في الفروق للقرافي (جزء ٣ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٩) وهو من كتب الفقه المالكي : « اعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته . وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ما ينتقل

(١) انظر أيضاً في أن الحقوق المستمدة من الاجازة لا تنتقل لا إلى ورثة المؤجر ولا إلى الورثة المستأجر في المذهب الحنفي ، وتنتقل إلى الورثة في المذاهب الأخرى إلى الدكتور صبحي محمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية . الجزء الثاني ص ٣٣٩ .

إلى الوارث ومنها مالا ينتقل . فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان ، وأن يفء بعد الإيلاء ، وأن يعود بعد الظهار ، وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما . وإذا جعل المتبايعان له الخيار ، فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه . ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب ، كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها ، وكالأمانة والوكالة . فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء ، وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقا بالمال ، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث . والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً ، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به . فاللعان يرجع إلى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالباً والاعتقادات ليست من باب المال ، والفيئة شهوته ، والعود إرادته ، واختيار الأختين والنسوة أربه وميله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه . ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده وأصله . وانتقل للوارث خيار الشرط في البيعات ، وقاله الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى موروثه عبداً من عبيدين على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصى له بعدموت الموصى ، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فوارثه القبول والرد ، وقال ابن المواز إذا قال من جاني بعشرة فغلامي له فتي جاء أحد بذلك إلى شهرين لزمه ، وخيار الهبة وفيه خلاف . ومنع أبو حنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالغيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع وخيار ما وجد من أموال المسلمين في الغنيمة فأت ربه قبل أن يختار أخذه بعد القسمة . ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب لابن

بالاعتصار وخيار العتق واللعان والكتابة والطلاق بأن يقول طلقت امرأتى متى شئت فيموت المقول له . وسلم الشافعي جميع ما سئلناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد ، فإن آثار العقد انتقلت للوارث . وعند أبي حنيفة صفة للعاقدة لأنها مشيئته واختياره ، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته ، ولأن الأجل في الثمن لا يورث فكذلك في الخيار ، ولأن البائع رضى بخيار واحد وأتم تثبتونه لجماعة لم يرض بهم وهم الورثة فوجب ألا يتعدى الخيار من اشترط له كما لا يتعدى الأجل من اشترط له . والجواب عن الأول أن اختياره صفته ، ولكن صفة متعلقة بالمال فينتقل ، كاختياره الأكل والشرب وأنواع الانتفاع في المال فإن جميع ذلك ينتقل تبعاً للمال . وعن الثاني أن الأجل معناه تأخير المطالبة ، والوارث لا مطالبة عليه . . . وعن الثالث أنه ينتقص بخيار التعيين وبشرط الخيار للأجنبي وقد أثبتوه للوارث ، وبما إذا جنى فإنه ينتقل إلى الولي ما لم يرض به البائع . فهذا تلخيص مدرك الخلاف . ويعضدنا في موطن الخلاف قوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ، وهو عام في الحقوق فيتناول صورة النزاع ، ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال ، لأجل شفاه خليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجنابة عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت الموروث . . . فهذا تلخيص هذا الفرق ، ببيان سره ومداركة والخلاف فيه .

وجاء في القواعد لابن رجب (ص ٣١٥ - ص ٣١٨) وهو من كتب الفقه الحنبلي : «فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق ، وهي نوعان :

حق له وحق عليه . فأما النوع الأول، فما كان من حقوقه يجب بموته، كالدية والقصاص في النفس ، فلا ريب في أن لهم استبقاؤه ، وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداء أو منتقل لهم عن موروثهم ، ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب . ومال الشيخ تقي الدين إلى أن مطالبته بالقصاص توجب تحتمه ، فلا يتمكنون بعدها من العفو ، وما كان واجباً له في حياته إن كان قد طالب به أو هو في يده ، ثبت لهم إرثه . فمنه الشفعة إذا طالب بها ، نص عليها أحمد في أكثر الروايات ، وتوقف في رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر . ومنه حد القذف ، ونص عليه أيضاً ، ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الإرث عند القاضي ، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه إنما يستوفي للبيت بمطالبته منه ولا ينتقل ، وكذا الشفعة فيه فإن ملك الوارث وإن كان طارئاً على البيع إلا أنه مبنى على ملك مورثه . ومنه خيار الشرط ، ونص عليه أحمد أيضاً . . ومنه خيار الرجوع في الهبة إذا طالب به ، ذكره القاضي في خلافه . . وأما إن لم يكن يطالب به فهو ضربان . (أحدهما) حقوق التملكات والحقوق التي ليست بمالية كالقصاص وحد القذف ، ففيه قولان في المذهب أشهرهما أنه لا يورث . ويندرج في ذلك صور . منها الشفعة فلا تورث مطالبته على المذهب ، وله مأخذان أشار إليهما أحمد . أحدهما أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبته به . . والثاني أن حقه فيها سقط بتركه وإعراضه لا سيما على قولنا إنها على الفور . . ومنها حق الفسخ بخيار الشرط ، فلا يورث بغير مطالبة . . ومنها الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة ، فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً . . وعن أحمد في الهبة المخصص بها بعض الولد إذا مات الوهاب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا ؟ روايتان ، ومأخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه ، أو هو ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل فإذا لم يفعله سقط ، أو هو مأمور به لحق بقية الأولاد المظلومين فيثبت لهم الرد إذا

تعذر الرد من جهته ؟ ومنها حد القذف ، فلا يورث بدون المطالبة أيضاً . .
ومنها خيار قبول الوصية ، المنصوص عن أحمد أن الوصية تبطل بموت
الموصى له قبل وصولها إليه . . وقال الخرقي ثبت الخيار بين القبول والرد
لورثة الموصى له ، لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهي كالمملوكة
(الضرب الثاني) حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالأملاك الموروثة ، فينتقل إلى
الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة ، بخلاف الضرب الأول
فإن الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك . . ومن صور
ذلك الرهن ، فإذا مات وله دين برهن انتقل برهنه إلى الورثة . ومنها الكفيل
وهو كالرهن . . ومنها الأجل ، فلا يحل الدين المؤجل إذا أوثقه الورثة برهن
أو كفيل في أشهر الروايتين . ومنها الرد بالعيب ، وقد تردد القاضي في خلافه
هل هو ثابت للورثة ابتداءً أو بطريق الإرث ، والمشهور أنه إرث لأن الرد إنما
يثبت لمن كان العقد له . والخيار الثابت لفوات الصفة المشروطة في العقد مثله . .
وذكر القاضي في كتاب التخييج أن من باع سلعة إلى أجل ، ثم مات المشتري
فاشترها البائع من مورثه بأقل من الثمن لم يجز ، لأن الوارث يملكها على
حكم ملك الميت ، بدليل أنه يرد على بائعها بالعيب ، فصار الشراء منه
كالشراء من المورث . وهذا غريب ، وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل
في بناء الوارث على حزل المورث في الزكاة . النوع الثاني الحقوق التي
هي على الموروث » .

انتقال الحق إلى الوارث وموقف الفقه الإسلامي من انتقال الحقوق

والديونه :

ويخلص مما تقدم أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الحق ينتقل إلى الوارث إلا إذا استعصت طبيعة الحق على هذا الانتقال ، وهذا هو أيضاً الفقه الغربي كما سبق القول .

وإذا كان الفقه الإسلامي سلم انتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل فكرة خلافة الوارث للمورث . ففكرة الخلافة هذه تقضى بأن الوارث يقوم مقام الوارث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه جملة واحدة في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق أن يقال إن الوارث هو الذي ينتقل ليحل محل مورثه في مجموع حقوقه ، فيقوم مقامه في هذه الحقوق ويخلفه عليها^(١) . ومثل الوارث الموصى له بجزء من مجموع الحقوق ، فإن نظرية الخلافة تنسج له كما اتسعت للوارث ، إذا أن كليهما يخالف الميت في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات . ولم يمد الفقه الإسلامي نظرية الخلافة هذه إلى مجموع الديون ، فلا يخلف الوارث المورث في مجموع ديونه ، بل تبقى هذه الديون في التركة كما سيأتي .

(١) . ويقضى ذلك أن يكون ملك الوارث هو نفس ملك المورث لم يتغير . ويؤيد هذا النظر ما يرد في بعض المواطن من أقوال الفقهاء ، ونعيد هنا ماسبق أن نقلناه عن القواعد لابن رجب « وذكر القاضي في كتابه التخريج أن من باع سلعة إلى أجل ، ثم مات المشتري فاشترها البائع من مورثه بأقل من الثمن ، لم يجز ، لأن الوارث يملكها على حكم ملك الميت ، بدليل أنه يردها على بائعها بالقبض ، فصار الشراء منه كالشراء من المورث ، وهذا غريب ، وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة » . « القواعد لابن رجب ص ٣١٨ » . ويؤيد ذلك أيضاً ماذهب إليه الحنفية من أن حق السطلى مستقلاً عن البناء المستعلى ينتقل بالميراث ولا ينتقل بالبيع . وذلك أن انتقاله بالميراث لا يكون باعتباره حقاً معيناً بالذات ، بل باعتباره عنصراً داخلاً في مجموع المال الذي خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لأن البيع لا ينقل إلحاقاً معيناً بالذات ، ولا يكون حق السطلى حقاً معيناً بالذات إلا إذا كان تابعاً للبناء المستعلى .

وهذا بخلاف إنتقال حق معين بالذات بعقد مثلاً من الدائن إلى غيره ، أو انتقال دين معين بالذات من المدين إلى غيره ، فإن نظرية الخلافة لا تتسع لهاتين الصورتين إذ هي لا تقوم إلا في مجموع من المال ، بل هي لا تقوم إلا في مجموع من الحقوق لا في مجموع من الديون كما قدمنا . فالجائز في الفقه الإسلامي هو أن ينتقل الحق بطريق الميراث ، لأنه ينتقل ضمن عناصر مجموع الحقوق . وغير الجائز أن ينتقل حق معين بالذات ، بطريق العقد مثلاً ، من الدائن الأصلي إلى دائن جديد . وكذلك لا يجوز أن ينتقل دين معين بالذات بطريق العقد من المدين الأصلي إلى مدين جديد ، بل لا يجوز أن ينتقل مجموع الديون بطريق الميراث إلى الوارث كما سبق القول .

إذا صح ذلك ، فكيف صحت حوالة الدين في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة ، وصحت حوالة الحق في مذهب مالك ؟

يفجأ الباحث حقاً ، إذا أخذ بظاهر العبارات أن يجد المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي غير مذهب مالك لا تجيز حوالة الحق وتجزئ حوالة الدين ، مع أن حوالة الحق تسبق عادة في تطور النظم القانونية حوالة المدين ، بل إن هناك قوانين كالقانون الفرنسي عرفت حوالة الحق ولا تعرف حتى اليوم حوالة الدين ! ويفجأ الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامي يجيز حوالة الدين بالعقد ولا يجيزها بالميراث ، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل إن القانون الروماني في أعلى مراحل تقدمه لم يجز انتقال الدين بالعقد بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث !

على أن البحث الدقيق في نصوص الفقه الإسلامي يزيل هذا العجب ، ويبعد عن الفقه الإسلامي شبهة هذا الشذوذ . فليس صحيحاً أن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدعاً في تطور القانون . ومن غير الطبيعي أن يعرف نظام قانوني حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غير الطبيعي أن يسلم نظام قانوني بانتقال

الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . لقد كان الفقه الإسلامي في تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل الى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده كما سنرى ، ولا بين الأحياء الا في صورة من صور الكفالة أو التجديد . وعرف حوالة الحق بسبب الموت إذ حقوق المورث تنتقل الى الوارث كما رأينا ، وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي .

أما ما يسمى في الفقه الإسلامي بحوالة الدين ، فهو في الفقه الحنفي غير في فقه المذاهب الثلاثة الأخرى ، وهو في المذاهب الأربعة جميعاً ليس « حوالة » دين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي ^(١) .

(١) ذلك أن حوالة الدين في الفقه الحنفي ، عند زفر ، حيث لا ينتقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين الى ذمة المحال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه الى ذمة المدين في المطالبة ، لاتعدوان تكون كفالة محضة ، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين الى ذمة المحال عليه ، فان الدين الاصلى ينقضى ، ومما يقطع في انقضائه انقضاء التأمينات التي كانت تكفله ، ويحل محل الدين الاصلى دين جديد في ذمة المحال عليه ، وتكون حوالة الدين اذن ليست الا تجديدا بتغيير المدين ، فاذا توى الدين عند المحال عليه فسخ التجديد وعاد الدين الى ذمة المدين الاصلى . وعند محمد ، حيث لا ينتقل الدين الى ذمة المحال عليه وانما تنتقل المطالبة وحدها ، وحيث لا تنقضى التأمينات بل تبقى على حالها ، فان حوالة الدين أقرب الى أن تكون كفالة محورة ، ووجه التحوير فيها ان الدائن يرجع على الكفيل « المحال عليه » أولاً ، فان توى الدين عند الكفيل رجع على المدين الاصلى ، أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار ان شاء طالب المدين الاصلى أولاً وان شاء طالب الكفيل لان المطالبة بقيت عند المدين وانما ضمت فيها الى ذمته ذمة الكفيل .

وحوالة الدين في المذاهب الثلاثة الأخرى يستوقف النظر فيها انها لا تكون الا حيث يكون المدين دائماً في الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ماعليه وبمقداره . فهي اذن وفاء دين بحق عن طريق اسقاط كل من الدين والحق ، فتنتهي الى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة الى استيفاء الحق ، والى تجديد بتغيير المدين بالنسبة الى الوفاء بالدين . أما الحوالة حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حوالة أصلاً بل هي محض كفالة .

ويخلص من كل ذلك ان الفقه الاسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه العربي في أى مذهب من مذاهبه . وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه ، وهو مذهب هالك ، دون المذاهب الأخرى . فسار الفقه الاسلامي بذلك على السنن المألوفة في التطور ، اذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم باقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في المذاهب الأخرى ، ولم يقر حوالة الدين أصلاً لا بسبب الموت ولا بين الأحياء . « أنظر الوسيط للمؤلف جزء ٣ ص ٢٤٠ - وانظر أيضاً رسالة في هذا الموضوع للاستاذ محمد الحسيني عبد الفقار » .

ب — ديون التركة

عزم انتقال الديون المترتبة على العقصر من المورث إلى الوارث :

أما إذا أبرم المورث عقداً رتب في ذمته ديناً ، ومات قبل الوفاء بالدين ، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة (١) ، وتصبح التركة هي المسؤولة عنه إلى أن يسدد . ثم تسدد بعد ذلك وصايا المورث في حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون . وبعد سداد الديون والوصايا يكون الباقي من التركة نصيب الورثة ينتقل إليهم بالميراث ، ويوزع بينهم كل بقدر حصته (٢) .

فإذا اشترى المورث داراً وبقي ثمنها ديناً في ذمته إلى أن مات ، فالثمن

(١) أما في القانون الفرنسي ، فإن الدين ينتقل إلى ذمة الوارث ، ولدائى التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، إلا إذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنيب .

(٢) والحقوق التي تترتب على التركة هي : « أولاً » حق الميت في تجهيزه وتكفينه ودفنه . « ثانياً » حق الدائنين ، « ثالثاً » حق الموصى لهم ، « رابعاً » حق الورثة ، وذلك على الترتيب المتقدم . جاء في المبسوط « جزء ٢٩ ص ١٣٦ — ص ١٣٨ » : « إذا مات ابن آدم .. فأول ما يبدأ به تجهيزه وتكفينه ودفنه بالمعروف .. ثم بعد الكفن يقدم الدين على الوصية والميراث ، لحديث على رضى الله عنه قال انكم تقرأون الوصية قبل الدين ، وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية . وقيل لابن عباس رضى الله عنه انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تعالى بالحج فقال وأتموا الحج والعمرة لله ، فقال كيف تقرأون آية الدين ، فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فقال بماذا يبدأ ، فقالوا بالدين ، قال هو ذلك . ولأن قضاء الدين من أصول حوائجه فانه يفك به رهانه ، وتنفيذ الوصية ليس من أصول حوائجه . ثم قضاء الدين مستحق عليه ، والوصية لم تكن مستحقة عليه .

وصاحب الدين ليس يملك ما أخذ عليه ابتداء ولكنه في الحكم يأخذ ما كان له ، ولهذا ينفرد به إذا ظفر بجنس حقه ، والموصى له يملك ابتداء بطريق التبرع . وأيد هذا كله ما روى أن رجلاً أعتق عبداً في مرضه وعليه دين ، فاستسعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قيمته ، وانما فعل ذلك لانه قدم الدين على الوصية .. ثم بعد قضاء الدين تقدم الوصية في محلها على الميراث ، ومحل الوصية الثلث » .

يبقى في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة . وإذا كان مؤجلا ولم يكن قد حل أجله ، فإن موت المدين يسقط الأجل ويجعل الثمن واجب الدفع في الحال كما سبق القول . وعلى التركة أن تسدد الثمن للبائع ، وللبائع أن يحبس المبيع إذا كان لم يسلمه حتى يقبض الثمن . فإذا ما قبض البائع الثمن من التركة ، واستوفيت سائر الديون والوصايا ، كان الباقي من التركة ملصكا للورثة كما قدمنا .

ويلاحظ أن كل تصرف من المورث في مرض الموت يفرض فيه أنه تصرف تبرعى إلى أن يقوم الدليل على العكس ، ويأخذ حكم الوصية ، فلا ينفذ من غير إجازة الورثة إلا في حدود ثلث التركة . وهذا قيد على تصرفات المالك وهو في مرض الموت سبقت الإشارة إليه .

ويبقى الآن أن نعرف — مادام الدين لا ينتقل إلى ذمة الورثة بعد موت الدين — في ذمة من يكون الدين ؟ ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى في ذمة المدين حتى بعد موته ، فهم يفترضون بقاء الذمة بعد الموت بشرط أن تتقوى الذمة بتركة أو كفيل ، فإن لم يترك المدين تركة أو كفيلًا بالدين خربت الذمة وسقط الدين . وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها ، والدين يتعلق بالتركة لا بذمة الميت ، فإذا توفي المدين ولم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله . أما الحنابلة ، فمنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن محل الدين ذمة الميت بافتراض وجودها بعد موته ، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن محل الدين هو تركة الميت ، ومنهم من ذهب إلى أن محل الدين هو ذمة الورثة ولكن في حدود ما يتركه الميت من أموال ، وهذا الرأي الأخير أقرب إلى المعمول به في القوانين اللاتينية إذا قبل الوارث الميراث بشرط التجنيب .

وأيا كان اختلاف المذاهب في هذه المسألة — وليس لهذا الاختلاف

آثار عملية — فقد اتفقت على أن الدين يتعلق بما يتركه المدين من أموال ، فتصبح تركه الميت هي المسؤولة عن سداد ديونه . والدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفي دينه من مالية التركة لا من عين بالذات (١) .

منى تنقل ملكية أعيانه التركة الى الورثة :

ليس الغرض من تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة القول بأنهم يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من هذا الوقت ، فإن ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بالتركة فلا يستطيعون التصرف فيها كما سنرى . ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد هذا الوقت ، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون ؟ ونذكر من هذه النتائج ما يأتي :

١ — نماء أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة متصلة أو منفصلة ، كالثرة والسمن والولد والربع ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكا للميت فتقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكا للورثة ، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه .

٢ — نفقات أعيان التركة ، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان ، تكون على التركة فيما إذا بقيت على ملك الميت . أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه

(١) انظر مقالا للاستاذ على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة — مجلة القانون

والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٣ — ص ١٥٦ .

(٢) أنظر في هذه النتائج مقال الاستاذ على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة « وهو

المقال السابق الاشارة اليه » ص ١٧٤ — ص ١٧٧ .

النفقات تكون على الورثة ، حتى اذا بيعت أعيان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة الى بيع الأعيان لسداد الديون . وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقاتها ، والغرم بالغنم .

٣ — اذا كان في أعيان التركة عقار يشفع به في عقار آخر ، ويبيع العقار الآخر بعد موت المورث ، فإن كان الورثة يمتلكون العقار المشفوع به من وقت موت المورث ثبت لهم حق الشفعة ابتداء لا عن طريق الورثة ، والالم يثبت أصلاً عند من يقول بعدم انتقال حق الشفعة بالميراث ، ويثبت بطريق الميراث لا ابتداء عند من يقول بانتقال حق الشفعة بالميراث .

وقد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة الى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب الى بقاء التركة على ملك الميت ، ومنها ما ذهب الى انتقالها فوراً الى ملك الورثة ، ومنها ما يميز بين حالة وحالة .

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته الى أن يسدد الدين ، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها .

وعند الشافعية (في المذهب الجديد) والحنابلة (في أشهر الروايتين) تنتقل أموال التركة الى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذي قدمناه ، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما اذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقاً ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل الى ملك الورثة . وأما ان كان الدين غير مستغرق ، فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأى ثان يذهب الى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة الى الورثة الا بعد سداد الدين ، وهذا الرأي يتفق مع مذهب المالكية .

وهناك رأى ثالث يذهب الى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال الى الورثة (١) .

تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون :

اختلفت المذاهب في صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها هنا لا يتفرع حتما على اختلافها في الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة ، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الوارث بمجرد موت المورث بصحة تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف ، وسنرى بعد عرض المذاهب في هذه المسألة أن هذا ليس مضطردا .

المذهب المالكي

فعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة .

والرأى الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو ينزل عن دينه ، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . لافرق في ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقا للتركة أو غير

(١) أنظر عرضا مفصلا لهذه المذاهب وللادلة التي يحتج بها كل من الشافعية والمالكية في مقال الاستاذ على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية

مستغرق . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فذلك حالتان : الأولى أن يكون الوارث عالماً بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولم يكن الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولاً ، ولارجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الحاباء فقط .

ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة . فإن ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه ، رجع على الورثة بما في أيديهم من أموال التركة . فإن لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه ، رجع على الدائنين بما فاته من حصته .

جاء في المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٥٧ — ص ٥٩) : « قلت أرأيت لو أن رجلاً هلك وترك عليه ديوناً ، فباع الورثة ماله وقضوا أهل دينه ، وفضلت في يد الورثة فضلة من تركته فاقسموها ، فقدم رجل فأقام البينة على الميت بدين له عليه . . . أيسكون له أن يتبع الغرماء الذين أخذوا دينهم من الورثة في قول مالك ؟ قال قال مالك ليس له أن يتبع الغرماء ولكن يتبع الورثة إذا كان الذي بقي من تركة الميت في يد الورثة كفافاً لدينه ، وإن كان دينه أكثر مما بقي في يد الورثة رجع على الغرماء بما يصير له عندهم أن لو كان حاضراً فخاصهم . وتفسير ذلك أن يكون على الميت دين ثلاثمائة دينار لثلاثة رجال ، وتركه الميت مائتان وخمسون ديناراً ، فقضى الورثة غريمين مائتين ولم يعملوا بالآخر ، وبقيت في يد الورثة خمسون . فهو يحاص الغرماء بجميع دينه ، فيصير لكل واحد من الغرماء ثلاثة وثمانون وثلاثمائة فالخمسون التي في يد الورثة هي للغريم الذي أحيا دينه يتبع الورثة بها ، ويتبع اللذين اقتضيا مائة مائة يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثاً ،

فذلك ثلاث وثلاثون وثلاث . فيصير له ثلاث وثمانون وثلاث بالخمسين التي في يد الورثة ، ويصير لكل واحد من الغرماء ثلاثة وثمانون وثلاث لأنه رجع على كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثا . قلت فإن لم يترك إلا مقدار الدين الذي أخذته الغرماء من تركة الميت الذي دفعه اليهم الورثة ، قال قال مالك يرجع الى الغرماء فيحاسبهم بمقدار دينه . قلت ولا يرجع على الورثة بشيء من ذلك ان أصاب الغرماء عدما ، قال اذا قضت الورثة الغرماء دينهم وهم لا يعلمون بدين هذا الرجل الذي طرأ عليهم ، فليس عليهم شيء . وان كانوا يعلمون بدينه ، فإذا أصاب الغرماء عدما لآمال عندهم ، كان له ان يرجع على الورثة بمحسته من الدين ويتبع الورثة الغرماء الأولين بمقدار ما غرموا لهذا الغريم الذي طرأ . قلت وهذا قول مالك ، قال هذا رأي لأنهم أتلغوا حقه وهم يعلمون بذلك . قلت أرأيت ان باع الورثة تركة الميت فأكلوها واستهلكوها ، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت ؟ قال قال مالك ان كان الرجل الميت معروفاً بالدين ، فبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه ، كان للغرماء ان يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة ، واتبع الذين اشتروا الورثة . وان كان الرجل الميت لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم ، اتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم . قال ابن القاسم أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا ، وهو رأي . سخنون عن ابن وهب قال مالك في الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما على حاله ، ثم يبيع الورثة أمواله فيقسمونها ، ثم يأتي دين على هذا الميت ، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا . قال أما الذي يعرف بالدين ولا يحجل أمره ، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا ، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم . وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فإنما يتبع غرماؤه الورثة بثمان ما باعوا ، كان فيه وفاؤهم أو لم يكن .

مذهب الشافعي :

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية مانع من بيع العين المرهونة . وفي مذهب الشافعي رواية أخرى تقضى بأنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقضه فسخ التصرف .

ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فإن ظهر دائن لم يكن معروفاً وقت أن اقتسم الدائنون التركة ، رجع عليهم وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه .

جاء في المذهب (جزء أول ص ٣٢٧) : « ومن مات وعليه ديون ، تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته . . فإن تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح ، لأنه مال تعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون . والثاني يصح ، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا إنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقض فسخنا . . . وإذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة ، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه » .

المذهب الحنبلي :

وقد رأينا أن في المذهب الحنبلي روايتين : أشهرهما أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها ، فإن تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن أدوه نفذ التصرف ، وإن لم يؤدوه فسخ . والرواية الثانية تقضى بأن أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين . فإن تصرف الورثة في مال للتركة قبل سداد الدين ، لم يصح التصرف ، لأنهم يكونون قد تصرفوا في غير ملكهم .

جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٤٨٧) : « حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين : إحداهما لا يمنع . لأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس ، فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو نحوه ، صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين . فإن تعذر وفاؤه ، فسخ تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم ، لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلهما . فعلى هذا لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم » .

المذهب الحنفى :

وقد رأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة . ويكون أى تصرف للوارث في مال التركة باطلاً في هذه الحالة .

ولا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يكفي أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على رأى المشهور فى المذهب الحنفى . وفى قول آخر يكفي لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لجميع الديون . ويستثنى من أن أموال التركة لا تنتقل إلى الورثة إذا كانت التركة مستغرقة بالدين حالة ما إذا كان الدائن الوحيد للتركة هو الوارث لها ، فعند ذلك لا يوجد ما يمنع من أن ينزل الوارث عن دينه فتنقل إليه أموال التركة خالصة من الدين .

وإن لم يستغرق الدين أموال التركة ، فبالرغم من أن هناك قولاً بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة ، لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف فى هذه الأموال ، فإن تصرف كان تصرفه باطلاً . وهناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث فى هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً ما بقى فى التركة ما يبنى بسداد الدين أو أجاز الدائن التصرف .

جاء فى المبسوط (جزء ٢٩ ص ١٣٧ — ص ١٣٨) : « الدين إذا كان محيطاً بالتركة ، يمنع ملك الوارث فى التركة . وإن لم يكن محيطاً فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف الموروث فى المال ، والمال كان مملوكاً للميت فى حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون ، فكذلك يكون ملكاً للوارث . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أودين ؛ فقد جعل الله تعالى أوامير الميراث ما بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق أوامره . فيكون حال الدين كحال حياة المورث فى المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه . وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته . وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال يبقى مملوكاً بغير مالك ، تبقى مالكية المديون فى ماله حكماً لبقاء حاجته » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٥ ص ٢١٣ — ص ٢١٤) : « إن استغراق

التركة بالدين يمنع مالك الوارث في التركة . وإن كان غير مستغرق ، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله الأول كذلك ، وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمالية ، والورثة أحق بالعين حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة . وحق الغرماء في الموضعين لم يتعلق إلا بالمالية ، حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلاً . وجاء في مكان آخر (جزء ٦ ص ٢١٤) : « إن الدين يجب في الذمة . . . ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة . ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين ، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر . . بخلاف الوصية ، فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة ، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر . ولأبي يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ، ولهذا لا يثبت المالك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين » . وجاء في حاشية الشلبي (جزء ٦ ص ٢١٤) تعقيماً على ما تقدم : « إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن عند استغراق التركة بالدين ، وإن كان لا ملك لهم ، ولكن لهم حق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً ، كان للقاضي أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء . والأجنبي لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة . والدين إذا كان زائداً على التركة ، فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة ، كالعبد الجاني إذا فداه مولاه فداه بأرشه » .

ما يخلص من مختلف الرأي في هذه المسألة :

ويخلص مما قدمناه في اختلاف المذاهب أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل

هذا السداد ، بل يرجع إلى حماية الدائنين . وتختلف الأنظار في الطريقة التي تتم بها هذه الحماية .

فهناك قول يذهب في الحماية إلى مدى بعيد ، فيبطل تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين ، سواء انتقلت ملكية هذه الأعيان إلى الوارث فوراً بموت المورث أو تراخت إلى وقت سداد الدين . وهذا القول نجده في كل من المذاهب الأربعة .

وهناك قول آخر لا يمعن في الحماية إلى هذا الحد ، بل يوفق بين حق الوارث وحق الدائن . فيدفع تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين بشرط ألا يمس التصرف حق الدائن . فلا ينفذ تصرف الوارث إلا إذا أجاز الدائن هذا التصرف ، أو نزل عن دينه ، أو استوفى هذا الدين ، أو بقي في التركة مال يكفي للوفاء به . وهذا القول الآخر نجده أيضاً في كل من المذاهب الأربعة .

انتقال التركة المبرئة إلى الورثة في التقنين المدني المصري :

وقد عني التقنين المدني المصري الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التي تقضى بالألا تركة إلا بعد سداد الديون ، فأورد نظاماً مفصلاً لتصفية التركات المدينة ، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع أحكام الفقه الإسلامي في الميراث ، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم لحسب ، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة . فنصت المادة ٨٧٥ مدني على أن : « ١ — تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها . ٢ — وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية » . وقد كانت هذه المسألة محل نقاش معروف في عهد التقنين المدني السابق إذ كان هناك خلاف هل تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في كيفية انتقال المال بالإرث أولا تطبق ، فحسم التقنين الجديد هذا الخلاف ،

وصرح بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

ونبين ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث ، وفي حق الورثة في التصرف في هذه الأموال ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون . وقد انطوى التقنين المدني في هذا الصدد على المبادئ الرئيسية الآتية ، وهي مستقاة من مبادئ الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة :

أولاً — تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق الدائنين بها . فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون . ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث . ويكون الشهر بأحد طريقتين : (١) إما بتأشير الدائن بدينه في خلال سنة من وقت تسجيل المورث شهادة الإرث ، ويكون التأشير أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . فإذا تم التأشير على هذا النحو ، أو تم بعد سنة ولمكن قبل تسجيل تصرف الوارث ، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فيتبعها في يد الغير . وهذا الطريق يتبع إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية الذي نص عليه القانون . وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدني إذ تنص على ما يأتي :

« إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائن التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا شروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون (ب) . وإما أن تخضع التركة لنظام التصفية المنصوص عليه في القانون ، ففي هذه الحالة يقوم مقام التأشير بالدين المشار إليه سابقاً ، ويكون له نفس الأثر ، قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي . وقد

نصت المادة ٨٧٩ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصفيين وبتثبيت أوصياء التركة في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل ، ٢ - ويكون لقيود الأوامر الصادرة بتعيين المصفي من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة مالم للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤ . »

ويخلص من ذلك أنه يترتب على شهر حقوق الدائنين على النحو الذي يبناه سالفاً أن يكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة في يد الغير ، حتى تسدد لهم ديونهم . ويجوز أن تسدد ديونهم عن طريق التنفيذ الجبري ، أو عن طريق المصفي ، أو من الورثة أنفسهم ، أو من الغير .

ثانياً — ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذي يبناه . على أنه إذا خضعت التركة لنظام التصفية ، لم يجوز للورثة التصرف فيها ولا تقاضى الديون التي لها من مدينتها إلا بعد أن تسلم اليهم شهادات التوريث على الوجه المبين في القانون . وفي هذا الصدد تنص المادة ٨٨٤ مدني على أنه « لا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم اليه شهادة التوريث المنصوص عليها في المادة ٩٠١ ، أن يتصرف في مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة . » ومع ذلك فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدني على ما يأتي : « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها . » وغى عن البيان أن الوارث الذي يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث .

الأرقام من ٩٧ - ١١٢ سقطت سهواً في تسلسل
أرقام الصفحات . فتقرأ الصفحة رقم ١١٣ عقب
الصفحة رقم ٩٦ مباشرة .



ثالثاً — ويكون سداد الديون، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية، بإجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه، فيتخذ من الإجراءات التنفيذية والإجراءات التحفظية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن، وذلك إما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهي في يد الورثة، وإما عن طريق تتبعها والحجز في يد الغير إذا تم الشهر على النحو المبين سالفاً. ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث، من حيث الاتجاه إلى الإجراءات الفردية، تماثل حالتهم قبل موته، فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه، ومن تأخر فقد يضيق عليه حقه كله أو بعضه. على أنه لا يجوز لأي دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (١٠٨٥م/٢ مدني). أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصفي نيابة عن التركة. ومن ثم لا يجوز لأي دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه، بل يقوم المصفي في التركة، كما يقوم السنديك في التفليسة — بجرد أموال التركة وحصر الديون التي عليها وسدادها وتوزيع ما بقي بعد السداد على الموصي لهم والورثة. وإن ضاقت التركة بوفاء الديون، تحاص الدائنون أموال التركة، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه، ولم يأخذ الموصي لهم والورثة شيئاً.

نظام تصفية التركة في التقنين المدني المصري الجديد :

بقي أن نعرف الخطوط الرئيسية في نظام تصفية التركة عندما تخضع للتصفية. ونبادر إلى القول أن كل تركة لا تخضع حتماً للتصفية، بل إن أكثر التركات لا تخضع لهذا النظام، لما فيه من إجراءات مقددة ومصرفات كثيرة مما يجعل النظام غير صالح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون. ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأي من ذوي الشأن — الدائن أو الموصي له أو الوارث — على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضي،

فإن لم ير موجبا لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام (١) . وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصيا لتركته ، فإن عين وصيا للتركة ، وأقر القاضى هذا التعيين ، فإنه يسوى على وصى التركة ما يسرى على المصنفى من أحكام (م ٨٧٨ مدنى) . وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى فى خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية : « إذا لم يعين المورث وصيا لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضى اختيار المصنفى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » . وتنص المادة ٨٧٧ مدنى على أنه « ١ — لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة . ٢ — وللقاضى أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » .

ومتى وحد مصنفى التركة وجب عليه : (١) تسلم أموال التركة .
 (٢) جرد ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون . (٣) تسوية ديون التركة . (٤) تسليم أموال التركة لأصحابها ، وعند الاقتضاء قسمتها بينهم .
 فتتابع هذه الخطوات .

(١) ونرى من ذلك أن ما يوجهه الأستاذ محمد أبو زهرة ، فى كتابه « أحكام الشركات والموارث » ص ٦٤ — ص ٧٤ ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات وأجراءات معقدة ، غير وارد . فهو ليس بنظام اجبارى ، بل هو ليس بنظام اختيارى يجوز لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية الشركات الكبيرة إذا أنقلتها الديون الكثيرون وتمعدت علاقاتها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه الشركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك ..

١ — تسليم أموال التركة :

يتسلم المصفي أموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيها برقابة المحكمة ، وتحمل التركة نفقات التصفية (م ٨٨٠ مدني) . وعلى المصفي أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضاً أن يستصدر أمراً من قاضي الأمور الوقفية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهي التصفية ، على أن تخصم النفقة التي يستولى عليها كل وارث من نصيبه في الإرث (م ١/٨٨٢ مدني) . وغنى عن البيان أن هذا معناه ألا تكون التركة مستغرقة بالديون ، وإلا لما وجدت أنصبة في الإرث للورثة تخصم منها النفقة .

٢ — مرد التركة :

لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أي إجراء ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أي إجراء اتخذوه ، إلا في مواجهة المصفي (م ١/٨٨٣ مدني) . ولا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث ، أن يتصرف في مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة (م ٨٨٤ مدني) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وعلى المصفي أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، وعليه أيضاً أن ينوب عن التركة في الدعاوى وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت (م ١/٨٨٥ مدني) . وعليه أن يكلف دائي التركة ومدينها أن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير

لقسمة هذه الأموال (م ٨٨٦ — ٨٨٧ مدني) . ويعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ولو كان وارثا (م ٨٨٩ مدني) . وكل منازعة في صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقا بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذي شأن . وتجري المحكمة تحقيقا ، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها ، وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال (م ٨٩٠ مدني) .

٣ — تسوية ديون التركة :

وبعد إنقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصنف بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يتم في شأنها نزاع . أما الديون التي نوزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيا (م ٨٩١ مدني) . ولكن على المصنف ، في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أي دين ، ولو لم يتم فيه نزاع ، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م ٨٩٢ مدني) . ويقوم المصنف بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها وما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن ثمن ما في التركة من منقول ، ويدخل في ذلك أيضا ريع أموال التركة ونماؤها (١) . فإن لم يكن كل ذلك كافيا ، فن ثمن ما في التركة من عقار (٢) . وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد

(١) وهذا يتفق مع رأى الكثيرين من الحنابلة ، فهم يجعلون التركة ملكا للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلقها بأصل النماء « انظر مقال الاستاذ على الخفيف المشار اليه ص ٢٢٠ . والاستاذ محمد ابو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٧ » .

(٢) ولاتبعد أحكام الفقه الاسلامي في بيع أموال التركة لسداد الديون كثيرا عن هذه الاحكام « الاستاذ محمد ابو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٥٨ — ص ٦٠ » .

العلن وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة ، فإذا كانت التركة معسرة وجب أيضاً رضا جميع الدائنين . وللورثة في جميع الأحوال أن يدخلوا في المزاد (م ٨٩٣ مدني) . ويجوز للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن ، ويكون ذلك باستئصال الفائدة بسعرها القانوني أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل ، بشرط أن يكون قد انقضى على الدين ستة أشهر على الأقل ، وأن يتم الإعلان عن الرغبة في الرد ، وأن يتم الرد فعلاً في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان مع أداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٨٩٤ و ١٨٣ / ٢ و ٥٤٤ مدني) . فإذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، لم يسقط الأجل ، وكذلك لا يسقط الأجل بالموت في التركات التي لم تخضع لنظام التصفية . وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من ماله الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥ / ٢ و ١ مدني) . ويجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة ، أن يدفع القدر الذي اختص به قبل أن يحل الأجل ، وفقاً لأحكام حلول الأجل التي سبق بيانها . وبعد تسوية الديون على هذا النحو ، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يحز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على أموال التركة ، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم

فإذا ما سويت الديون ، تولى المصنف بعد ذلك تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف .

٤ — تسليم أموال الشركة إلى الورثة وقسمة هذه الأموال :

بعد أن يقوم المصنف بتنفيذ التزامات الشركة من تجهيز الميث وسداد الديون والتكاليف والوصايا وغير ذلك ، يخلص ما بقى من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعى ، ويسلم المصنف لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م ٨٩٩ — ٩٠٠ مدنى) . وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاما شرعيا ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام ، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال الشركة (م ٩٠١ مدنى) . وهذه الشهادة هى التى يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه ، وهى التى تبيح له من وقت تسلمها التصرف فى هذه الأموال كما سبق القول . ولكل وارث أن يطلب من المصنف أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزا ، فيتولى المصنف إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع ، فإذا لم ينعقد إجماعهم ، أو كان فيهم قاصر ، فعلى المصنف أن يرفع على نفقة الشركة دعوى بالقسمة وتستنزل المصروفات من أنصباء المتقاسمين (م ٩٠٢ — ٩٠٣ مدنى) . (١)

(ح) الموصى له بجزء من مجموع الشركة

حكم الموصى له بجزء من مجموع الشركة هو حكم الوارث :

ويعتبر خلفا عاما كالوارث الموصى له بجزء من مجموع الشركة ، كما سبق القول . أما إذا كان موصى له بعين معينة بالذات ، اعتبر خلفا خاصا . والموصى له

(١) انظر فى أحكام هذه القسمة المواد ٩٠٤ — ٩٠٧ مدنى . وانظر فى قسمة المورث المواد

عندما يكون خلفاً عاماً حكمه حكم الوارث من ناحية انصراف أثر العقد الذي أبرمه الموصى . فينصرف إليه أثر العقد فيما يتعلق بالحقوق التي تنشأ منه ، وتبقى الديون التي ترتبت على العقد في التركة مع جميع الديون الأخرى ، وهي مقدمة على الوصية . فلا يأخذ الموصى له الجزء الموصى به من التركة إلا بعد سداد هذه الديون ، شأنه في ذلك شأن الوارث لا يأخذ نصيبه في الإرث إلا بعد سداد ديون التركة .

تطبيق عملي :

ونورد تطبيقاً عملياً لما تقدم : امرأة أوصت لابن بنتها بثلاث تركتها وتركت ورثة لها زوجاً وأخاً . فابن البنت الموصى له يأخذ ثلث التركة بالوصية ، والثلاثان الباقيان يأخذ الزوج منهما النصف أي ثلث التركة بالميراث ، والثالث الباقي يأخذه الأخ بالميراث أيضاً . وينتج من ذلك أن كلا من الوارثين والموصى له يأخذ ثلث التركة ، ويتساوى الجميع ، لا في الأنصبة فحسب ، بل أيضاً في تحمل الحقوق والديون المترتبة على عقد أبرمته المورثة في حياتها . فلو فرضنا أن المورثة كانت قد باعت داراً وبقي ثمنها ديناً على المشتري ، انتقل هذا الحق الذي للتركة إلى الموصى له والوارثين كل بقدر الثلث ، فيكون للموصى له الثلث من ثمن الدار الثابت في ذمة المشتري ، وبذلك ينصرف إليه أثر العقد الذي أبرمته الموصية حال حياتها مع المشتري . ولو فرضنا أن الموصية قد اشترت داراً حال حياتها وبقي الثمن ديناً في ذمتها ، فإن هذا الدين يبق في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الموصى له والوارثين . ويسدد الدين أولاً من أموال التركة ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم . ومتى سدد الدين أصبحت الدار ملكاً خالصاً للموصى له والوارثين ، يتقاسمون بها كل بقدر الثلث . ومن ثم لا ينصرف أثر العقد الذي أبرمته الموصية . من حيث الديون المترتبة على هذا العقد ، في حق الموصى له .

ونرى من ذلك أن جميع ماقررناه في شأن الوارث ، في صدد انصراف

أثر العقد إليه من حيث الحقوق وعدم انصراف أثر العقد إليه من حيث الديون ، صحيح أيضاً في شأن الموصى له بجزء من مجموع التركة . فيرجع في ذلك إلى ما قدمناه .

٢٨ — الخلف الخاص

الموصى له بعين معينة :

قدمنا أن الموصى له بعين معينة يعتبر خلفاً خاصاً للموصى في هذه العين . فهل يتحمل ، كما هو الأمر في الفقه الغربي ، أثر العقد الذي أبرمه الموصى في شأن هذه العين من حقوق تعتبر مكملّة للعين والتزامات تعتبر محددة لها ؟ حتى نجيب على هذا السؤال نفرض الفروض المختلفة الآتية :

١ — اشترى شخص داراً ثم أوصى بها — في حدود ثلث التركة — إلى شخص آخر . فإذا انتقلت الدار إلى الموصى له بعد موت الموصى ، هل يرجع الموصى له على البائع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق وبضمان الهلاك إذا كانت العين لا تزال في يد البائع ، كما كان يرجع الموصى لو كان حياً ؟ الظاهر أنه يرجع ، فيكون الخلف الخاص قد انصرف إليه أثر عقد البيع الذي أبرمه السلف في شأن العين التي انتقلت إلى الخلف من حيث الحقوق التي تعتبر مكملّة للعين ، كما هو الحكم في الفقه الغربي .

٢ — اشترى شخص داراً ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها ، فبقى الثمن ديناً في ذمته ، ثم أوصى بها إلى شخص آخر . لاشك في أنه عند موت الموصى يبقى الثمن ديناً في التركة ولا ينتقل إلى ذمة أحد من الورثة ولا إلى ذمة الموصى له من باب أولى . وهذا لأن الديون لا تنتقل في الفقه الإسلامي من ذمة المدين الأصلي ولو بسبب الموت ، بل تبقى في التركة . ولا شك أيضاً في أن الدار لا تخلص للموصى له إلا إذا كانت لا تزيد على ثلث التركة بعد استئصال ثمن الدار

كسائر الديون ، إذ أن التركة تصبح مدينة بالثمن كما قدمنا ، وسداد الديون مقدم على تنفيذ الوصية . فإذا سددت جميع ديون التركة ومنها ثمن الدار ، وكان مابق من أموال وفيها الدار الموصى بها بعد سداد الديون لا يقل ثلثه عن قيمة هذه الدار ، خلصت الدار للموصى له ، دون أن ينصرف إليه أثر العقد من حيث ترتيب الثن في ذمة المدين . ولكن يبقى بعد ذلك أن نتساءل هل يتحمل الموصى له حبس البائع للدار حتى يستوفي الثمن ، كما كان الموصى يتحمل ذلك حال حياته ؟ وهل لو كان للبائع خيار النقد ولم يقبض الثمن في الأيام الثلاثة المشترطة ، هل يتحمل الموصى له فسخ العقد ، كما كان الموصى يتحمل ذلك حال حياته ؟ لا شك في أن الموصى له يقوم مقام الموصى في كل ذلك ، فيتحمل حبس الدار كما يتحمل فسخ البيع . ومن ثم ينصرف هنا إلى الخلف الخاص أثر العقد من حيث الالتزامات التي تعتبر محددة للعين ، كما هو الحكم في الفقه الغربي .

٣ — باع شخص داراً ولم يقبض ثمنها فبقي الثمن ديناً له في ذمة المشتري ، وأوصى بهذا الدين إلى آخر في حدود ثلث التركة . فبعد موته ينتقل هذا الحق إلى الموصى له ، ويصبح هو الدائن بالثمن للمشتري . فهل يملك حبس المبيع إذا كان لا يزال في التركة حتى يستوفي الثمن ؟ وهل لو كان للموصى خيار النقد يملك الموصى له أن يفسخ العقد وفقاً لأحكام هذا الخيار ؟ لا شك في أن للموصى له حبس المبيع وله فسخ العقد بخيار النقد ، كما كان الموصى يفعل لو بقي حياً ، إذ الموصى له قد قام مقام الموصى في كل ذلك . ومن ثم ينصرف أثر العقد ، من حيث الحقوق المكتملة للشئ ، إلى الخلف الخاص الذي انتقلت إليه هذه العين ، كما هو الحكم في الفقه الغربي .

٤ — أوصى شخص لآخر بدار مرهونة أو مستأجرة في حدود ثلث التركة ، وعند موته انتقلت العين إلى الموصى له . فلا شك في أنها تنتقل إليه مثقلة بحق المرتهن أو بحق المستأجر كما كانت في حياة الموصى . وهذا دليل

على أن أثر عقد الرهن أو عقد الإيجار ينصرف ، من حيث ترتيبه لالتزامات تعتبر محددة للعين ، إلى الخلف الخاص الذي انتقلت إليه هذه العين ، كما هو الحكم في الفقه الغربي .

ونرى من ذلك أن حكم الموصى له كخلف خاص للموصى ، من حيث انصراف أثر العقد إليه ، حقاً مكملأ أو التزاماً محدداً ، يماثل حكم الخلف الخاص في الفقه الغربي .

المشترى لعين معينة :

وننتقل الآن إلى مثل آخر للخلف الخاص ، المشتري لعين معينة ، وهو خلف لا بسبب الموت كما في الموصى له ، بل هو خلف بعقد فيما بين الأحياء . فنفرض في شأنه الفروض الآتية :

١ — باع شخص داراً ، وكان قد اشتراها من آخر ، فأصبح المشتري من البائع الثاني خلفاً خاصاً له على هذه العين . فإذا فرض أن بها عيباً يرجع به البائع الثاني على البائع الأول ، أو كان للبائع الثاني خيار التعيين أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه ، فهل يستطيع المشتري باعتباره خلفاً خاصاً للبائع الثاني أن يرجع بضمان العيب على البائع الأول؟ وهل ينتقل إلى الخلف الخاص خيار التعيين أو خيار الوصف؟ ولو استحققت العين وكان للبائع الثاني أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع الأول ، فهل يستطيع المشتري أن يرجع بدعوى الاستحقاق هذه على البائع الأول؟ الظاهر أنه يستطيع كل ذلك . ومن ثم تكون الحقوق المكتملة للعين قد انتقلت معها إلى الخلف الخاص ، كما هو الحكم في الفقه الغربي .

٢ — اشترى شخص داراً من آخر ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها . ثم باع الدار من مشتري ، فأصبح هذا المشتري خلفاً خاصاً للبائع الثاني كما في المثل المتقدم . فهل يستطيع البائع الأول أن يحبس الدار عن المشتري حتى يستوفي

الثمن كما كان يحبسها عن البائع الثاني ؟ وهل يستطيع أن يفسخ البيع بخيار النقد في حق المشتري كما كان يفعل في حق البائع الثاني ؟ لا شك في أنه يستطيع كل ذلك . ومن ثم يتحمل الخلف الخاص أثر العقد الذي يبرمه سلفه فيما يتعلق بالالتزامات التي تعتبر محددة للعين ، كما هو الحكم في الفقه الغربي .

٣ — باع شخص داراً مرهونة أو مستأجرة ، فلا شك في أن المشتري — وهو خلف خاص للبائع — تنتقل إليه الدار محملة بحق المرتهن أو بحق المستأجر ، بل إن البيع لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن أو المستأجر . ومن ثم يتحمل الخلف الخاص أثر العقد من حيث الالتزامات التي تعتبر محددة كما هو الحكم في الفقه الغربي .

ويخلص من هذا كله أن الخلف الخاص في الفقه الإسلامي — على التحديد الذي عرفناه في الفقه الغربي — ينصرف إليه بوجه عام أثر العقد الذي يبرمه سلفه ، من حيث الحقوق المكتملة للشيء ومن حيث الالتزامات المحددة للشيء ، كما هو الحكم في الفقه الغربي . ويمكن القول إذن أن أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تماثل في مجموعها أحكام الفقه الغربي .

المطلب الثاني

الدائنون

الأصل أنه ينصرف إلى الدائن أثر العقد الذي يبرمه المدين :

في الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، ينصرف أثر العقد الذي يبرمه المدين في أمواله إلى دائنه . فلو أنه باع داراً مملوكة له ، وانتقلت ملكية الدار إلى المشتري ، فإن أثر هذا العقد ينصرف إلى الدائن ، فتخرج الدار من ضمانه ولا يستطيع أن ينفذ عليها بحقه بعد خروجها من ملك مدينه . كذلك لو اشترى

المدين داراً ، فإن أثر هذا الشراء ينصرف إلى الدائن إذ يزيد ضمانه ، وبدخول الدار المشترأة في ملك المدين يستطيع الدائن أن ينفذ عليها بحقه .

وهذه هي نفس الأحكام التي قررناها في الفقه الغربي :

متى يصبح الدائن « غيراً » في تصرفات المدين :

على أن الدائن في الفقه الإسلامي يصبح « غيراً » إذا تصرف المدين تبرعاً في مرض موته ، إذ يأخذ هذا التبرع حكم الوصية . وحق الدائن مقدم على الوصية ، فلا تسرى الوصية في حق الدائن ، بل يستوفى هذا حقه قبل تنفيذ الوصية . فإذا كانت التركة مستغرقة بالدين لم تنفذ الوصية أصلاً ، وإلا نفذت في ثلث ما بقى من المال بعد سداد الدين .

والأصل في الفقه الإسلامي ، كما هو الأصل في الفقه الغربي ، أن المدين حر التصرف في ماله ولو تبرعاً ، مادام أنه ليس في مرض الموت . وتصرفه يسرى في حق دائئه ، فينصرف أثر التصرف إلى الدائن على النحو الذي قدمناه . إلا أنه إذا تصرف المدين ، ولو معاوضة ، بعد الحجر عليه للفلس ، لم يسر هذا التصرف في حق دائئه . كذلك تذهب المالكية إلى أن تصرف المدين المضار بدائئه لا يسرى في حق الدائن ، حتى قبل الحجر عليه للفلس .

فعندنا إذن مسألتان : (١) الحجر على المدين للفلس ، وهذا يقابل الإعسار في الفقه الغربي . (٢) عدم سريان تصرف المدين المضار بحق الدائن في مذهب مالك ، وهذا يقابل في الفقه الغربي الدعوى البوالية .

§ ١ — الحجر على المدين للمفلس

الافتراض النظام بافتراض المذاهب :

تختلف أحكام الحجر على المدين للمفلس (١) باختلاف المذاهب .
فنستعرض هذه الأحكام في المذاهب الأربعة ، ثم نقارن فيما بينها ، ونقارن
بعد ذلك بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي فيما يتعلق بنظام الإعسار ،
ثم نستعرض نظام الحجر على المدين للمفلس في التقنين المدني العراقي وهو
مأخوذ من أحكام الفقه الإسلامي .

المذهب الحنفي :

كيف يتم الحجر :

عند أبي حنيفة لا يحجر على المدين بسبب الدين ، ولو زادت ديونه على
أمواله وطلب غرماءه الحجر عليه ، لأن في الحجر عليه إهداراً لأدميته .
وإذا طلب غرماءه حبسه ، حبس حتى يبيع ماله لقضاء دينه .

وعند الصاحبين — وعلى قولهما الفتوى — يجوز الحجر على المدين
المفلس بطلب الغرماء . فيجب إذن توافر شرطين للحجر : (أولاً) أن يركب
المدين دين مستغرق لماله أو يزيد ، فيكون مجموع ديونه الحالة والمؤجلة
أكثر من ماله . وهذا على قول من يذهب إلى أن مسألة الحجر بسبب الدين
بناء على مسألة القضاء بالإفلاس ، والإفلاس عند الصاحبين يتحقق في حال
حياة المدين ، ولا يتحقق عند أبي حنيفة إلا بعد موته . وهناك رأى آخر

(١) سمي المفلس مقلساً لأنه استبدل بالذهب والفضة الفلوس ، أو لانه لا مال له الا

الفلوس ، وهي أدنى أنواع الاموال (المفتى ص ٤٥٥) .

يذهب إلى أنه يجوز الحجر على المدين ولو كان غير مفلس ، إذا كان مماطلا في أداء دينه مع قدرته على الوفاء (١) . (ثانيا) أن يطلب الغرماء الحجر على المدين ، فلا يجوز الحجر بغير طلب الغرماء .

فإذا توافر هذان الشرطان ، حجر القاضي على المدين . ويشترط علم المحجور عليه بالحجر حتى يصير محجورا عليه . وإذا حبس الرجل في الدين ، يذنبى للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضى ديونه التي حبس فيها . فالإشهاد ، أى إعلان الحجر ، ليس بشرط لصحته ، وإنما يفعله القاضي خوفا من الجحود .

جاء في الهداية (انظر تكملة فتح القدير ٧ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٨) : « قال أبو حنيفة لا أحجر في الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص . فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم ، ولكن يحبسه أبدأ حتى يبيعه في دينه ، إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه . وقالوا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه ، حجر القاضي عليه ومنعه من البيع

(١) وبهذا الرأي أخذت مجلة الاحكام العدلية . فنصت المادة ٩٥٩ منها على أن « للحاكم أن يحجر المدين بطلب الغرماء » ، ويقول الاستاذ سليم باز (ص ٥٣٨) : « وهل يراد بالمدين المدينون مطلقا أو المفلس فقط ؟ سنحققه في شرح المادة ٩٩٩ » . ثم نصت المادة ٩٩٨ على أنه : « لر ظهر عند الحاكم مباطلة المدينون في أداء دينه مع قدرته على الوفاء ، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه ، حجره الحاكم » . ونصت بعد ذلك المادة ٩٩٩ على أن « المدينون المفلس ، وهو من كان دينه مساويا لماله أو أزيد منه ، إذا خاف غرماءه أن يضيع ماله بالتجارة ، أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره ، وراجعوا الحاكم طالبين حجره عن التصرف في ماله أو عن اقراره بدين لآخر ، حجره الحاكم » . ويقول الاستاذ سليم باز (ص ٥٥٥) : « مفاده اذا لم يكن المدينون مفلسا لا يجوز حجره ، وهذا موافق لما في الدر المنتقى ، ونصه » . ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالافلاس ، ثم الحجر بناء عليه ا هـ . ولكن صرح في المادة السابقة بجواز الحجر على المدين ولو كان مليا ، فتنبه وبه صرح في نتائج الافكار » .

وانظر أيضا ما جاء في تكملة فتح القدير جزء ٧ ص ٣٢٧ و ص ٣٢٩ ، ويكشف عن هذا الخلاف في المذهب الحنفى - وانظر مقالا للدكتور محمد زكى عبد البر في الحجر على المدين في الفقه الاسلامى في مجلة المحاماة السنة السادسة والثلاثين العدد التاسع ص ١٤٣٥ -

والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء ، لأن الحجر على السفية إنما جوز نظر آله ، وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم .

وجاء في البحر الرائق (جزء ٨ ص ٨٣) : « لا يحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماءه الحجر عليه ، وهذا عند الإمام لأن في الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم ، وذلك ضرر عظيم فلا يجوز . وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين ، وعلى قولها الفتوى ، كذا في قاضيه خان من باب الحيطان وفي الكافي . والكلام في الحجر بالدين في موضعين . أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضى أن يحجر ، فيحجر عليه ، ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء . وفي النوادر مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس ، والإفلاس عندهما يتحقق في حال حياته فيمكن القاضى القضاء بالإفلاس وفي التارخانية يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجوراً عليه ، وفي النوادر وإذا حبس الرجل في الدين ينبغي للقاضى أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضى ديونه التي حبس فيها . »

ما يترتب على الحجر :

ويترب على الحجر على المدين : (١) منعه من التصرف في ماله . (٢) بيع هذا المال وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة .

١ - المنع من التصرف :

أما المنع من التصرف في المال فقصور على مال المدين الذي كان موجوداً وقت الحجر ، ولا يؤثر في المال الذي يملكه المدين بعد الحجر . وهذا بخلاف الحجر للسفه ، فإنه يؤثر في المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده . والفرق بينهما أن الحجر على المدين إنما هو لحق الغرماء وقد تعلق

حقهم بماله الموجود وقت الحجر لا بما يحدث بعده لأنه لم يكن موجوداً ،
أما الحجر على السفه فله حق نفسه وحقه يتناول كل ماله ما وجد وما
سيوجد . والحجر للدين يؤثر في كل التصرفات المؤدية إلى إبطال حق
الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين ، دون غيرهم من الغرماء الذين
لم يباشروا الحجر . فالحجر للدين هو إذن نسبي في آثاره ، فيما يتعلق بالمال
الذي يقع عليه الحجر وفيما يتعلق بالدائنين الذين ينفعون بالحجر . ومن ثم
لا ينفذ في حق الغرماء الذين باشروا الحجر هبة المحجور ولا صدقته ولا إبراؤه
ولا وقفه . وينفذ بيعه بثلث المثل ، لا بمحابة . وإذا تزوج بأكثر من مهر
المثل ، لم ينفذ في حق الغرماء إلا مهر المثل ، وما زاد على ذلك لا ينفذ إلا فيما
يحدث من مال بعد الحجر . ولا يجوز للمدين المحجور أن يؤثر بعض الغرماء
بقضاء ديونهم دون بعض . ولا ينفذ إقراره فيما كان له من مال عند الحجر
عليه ، وينفذ فيما يملكه من مال بعد ذلك . ويتوقف نفاذ التصرفات الموقوفة
على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم أو إبرائهم للمدين . على أنه إذا
استهلك المدين المحجور مال إنسان وثبت ذلك بغير إقراره ، لزمه ضمانه من
ماله الموجود وقت الحجر ، إذ لا حجر في الفعل وهو مشاهد فتنتفي التهمة ،
وإنما الحجر في التصرفات القولية . ولا تحمل الديون المؤجلة بالحجر ، بخلاف
الموت فيحل به الدين المؤجل .

جاء في حاشية الشلبي على الزيلعي (جزء ٥ ص ١٩٩) : ولا يعمل الحجر
فيما يحدث من المال ، بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث .
وجاء في الهداية (انظر تكملة فتح القدير ٧ ص ٣٢٨) : « ومنعه من البيع
والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفه إنما
جوز له ، وفي هذا الحجر نظر للغرماء ، لأنه عساه يلجى . ماله فيفوت
حقهم . ومعنى قولها ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع
بثلث المثل لا يبطل حق الغرماء ، والمنع لحقهم فلا يمنع منه . . فإن أقر في حالة
الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ، لأنه يتعلق بهذا المال حق الأولين
فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له ،

له . ولو استفاد مالا آخر نفذ إقراره فيه ، لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر .

وجاء في البحر الرائق (جزء ٨ ص ٨٣) : « ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء . . . وفي العناية وإذا قضى بالحجر بسبب الدين ، يختص بالمال الموجود في الحال دون ما يحدث من الكسب أو غيره ، حتى لو تصرف في الحادث نفذ . وإذا صح الحجر بسبب الدين ، صار حال هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة . وكل تصرف يؤدي إلى إبطال حق الغرماء ، فالحجر يؤثر فيه » .

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٤ ص ٦٣) : « ولو حجر القاضي على رجل لقوم لهم ديون مختلفة ، فقضى المحجور دين بعضهم ، شارك الباقيون فيما قبض ، يسلم له حصته ، ويدفع ما زاد على حصته إلى غيره من الغرماء » .

٢ - بيع مال الدين وقسم الثمن بين الغرماء بالمخاصة - البائع

أسوة الغرماء :

وبياع مال المدين عليه ، ويقسم ثمنه بين الغرماء بالمخاصة . ويبدأ بما يخشى عليه التوى من عروضه ، ثم بما لا يخشى عليه ، ثم بالعقار . ولكن يترك للمدين لباسه الضروري وبית سكنه ، وينفق عليه وعلى من تزاممه نفقته في مدة الحجر من ماله . وبيع مال المدين عليه هو قول الصاحبين ، أما أبو حنيفة فكلما لا يرى الحجر على المدين كذلك لا يحيز بيع ماله عليه . وإذا كان عند المدين المحجور متاع لرجل بعينه ابتاعه منه ، فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه ، ولا يجوز للبائع فسخ البيع واسترداد متاعه .

جاء في المبسوط (جزء ٢٤ ص ١٦٤ - ١٦٦) : « لا يباع على المديون ماله في قول أبي حنيفة ، . . وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه ماله فيقضى

دينه بشفه ، لحدف معاذ رضى الله عنه ، فإنه ركبه الديون ، فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله ، وقسم ثمنه بين غرمائه بالخصص . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى خطبته أيها الناس إياكم والدين ، فإن أوله هم وآخره حرب . وإن أسفح جهينة قد رضى من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج ، فادان معرضا ، فأصبح وقدرين به . ألا إني بائع عليه ماله ، فقسام ثمنه بين غرمائه بالخصص ، فمن كان له عليه دين فليقد . ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فكان هذا اتفاقا منهم على أنه يباع على المديون ماله . والمعنى فيه أن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه ، بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه . وهو ما يجزى فيه النيابة ، والأصل إن امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو ما يجزى فيه النيابة ، ناب القاضى فيه منابه . . . وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض . والمعنى فيه أن بيع المال غير مستحق عليه . . . المستحق عليه قضاء الدين ، وجهة بيع المال غير متعين لقضاء الدين ، فقد يتمكن من قضاء الدين بالاستيهاب والاستقراض وسؤال الصدقة من الناس ، فلا يكون للقاضى تعيين هذمه الجمة عليه بمباشرة بيع ماله . والدليل عليه أنه يحبسه بالاتفاق . . ولو جاز للقاضى بيع ماله لم يشتغل بحبسه ، لما فى الحبس من الإضرار به وبالغرماء فى تأخير وصول حقهم إليهم ، فلا معنى للمصير إليه بدون الحاجة ، وفى اتفاق العلماء رحمهم الله على حبسه فى الدين دليل على أنه ليس للقاضى ولاية بيع ماله فى دينه . . . وأما تأويل حديث معاذ رضى الله عنه فنقول إنما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله بسؤاله ، لأنه لم يكن فى ماله وفاء بدينه . فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتولى بيع ماله لينال ماله بركة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيصير فيه وفاء بديونه . وهذا لأن عندهما يأمر القاضى المديون ببيع ماله أولا ، فإذا امتنع فحينئذ يبيع ماله ، ولا يظن بمعاذ رضى الله عنه أنه كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بإياه ببيع ماله حتى يحتج ببيعته عليه بغير رضاه ، فإنه كان سمحا جوادا لا يمنع أحدا شيئا ولا جله ركبه

الديون ، فكيف يتمتع من قضاء دينه بماله بعد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ! والمشهور في حديث أسيفع رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه قال : إني قاسم ماله بين غرمائه ، فيحمل على أنه كان ماله من جنس الدين . وإن ثبت البيع فإنما كان ذلك برضاه ، ألا ترى أن عندهما القاضى لا يبيعه إلا عند طلب الغرماء ولم ينقل أن الغرماء طالبوه بذلك ، وإنما المنقول أنه ابتدأهم بذلك وأمرهم أن يقدوا إليه ، فدل أنه كان ذلك برضاه .

وجاء في الزيلعي (جزء ٥ ص ٢٠٠) : « يبدأ القاضى ببيع النقود ، لأنها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها ، فيكون بيعها أهون على المدين . فإن فضل شيء من الدين ، باع العروض ، لأنها قد تعدد للتقلب والاسترباح ، فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها . فإن لم يف ثمنها بالدين ، باع العقار ، لأن العقار يعد للاقتناء ؛ فيلحقه ضرر ببيعه ، فلا يبيعه إلا عند الضرورة . وقال بعضهم يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ، ثم مالا يخشى عليه التلف منه ، ثم يبيع العقار . ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويبيع الباقي لأن به كفاية ، وقيل يترك له دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس . وقالوا إذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك ، فإنه يبيع ثيابه ويقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقي ثوباً يلبسه ، لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجميل . وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يحتزى بما دون ذلك ، يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقي مسكناً يكفيه . »

وجاء في البحر الرائق (جزء ٨ ص ٨٤) : « وينفق على المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوى أرحامه من ماله ، لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء . . فإن كان المحجور اسرف في الطعام والكسوة ، أمره القاضى أن ينفق بالمعروف . وفي النبايع المحجور عليه إذا تزوج امرأة وزاد في مهر مثلها ، جاز في مهر مثلها لأنه من الخواتم الأصلية . وفي الذخيرة إذا

باع القاضى مال المديون أو أميته بالدين الذى ثبت عليه بينة أو إقرار ، وضاع الثمن أو استحققت العين المعينة ، فالعهد على من باع لأجله لأعلى القاضى وأمينه . . . وإن أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء : يعنى لو اشترى متاعاً فأفلس والمتاع فى يده ، فالذى باعه المتاع أسوة الغرماء فيه ، مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع . وإن كان قبل القبض ، فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن . وكذا إذا قبضه بغير إذن البائع ، كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن . وقال الإمام الشافعى للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض وبعده ، لما أخرجه الإمام مسلم عن أبي هريرة قال : قال عليه الصلاة والسلام من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو عند إنسان قد أفلس ، فهو أحق به به من غيره . ولأن المشتري قد عجز عن تسليم أحد بدل العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما إذا عجز عن تسليم المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضى المساواة . ولنا قوله تعالى « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » ، فاستحق النظر إلى ميسرة بالآية فليس له المطالبة قبلها ، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن . والجواب عن الحديث أنه قال من وجد ماله ، وهذا مال المشتري لا مال البائع . وإنما يصلح أن يكون حجة أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان باعه من الذى وجدته فى يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من كل الغرماء ، وهو نظير ما روى عن سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده فى يد رجل بعينه فهو أحق به ويرجع المشتري على بائعه بالثمن رواه الطحاوى .

وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ٦٤) : « ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه ، فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه . صورته رجل اشترى من رجل شيئاً وقبضه ، فلم يؤد ثمنه حتى أفلس وليس له غير هذا الشيء ، فادعى البائع بأنه أحق من سائر الغرماء ، وادعى الغرماء التسوية فى ثمنه . فإنه يباع ويقسم الثمن بينهم بالحصص إن كانت الديون كلها حالة ، وإن كان بعضها مؤجلاً وبعضها حالاً يقسم الثمن بين الغرماء الذين

حلت ديونهم ، ثم إذا حل الأجل شاركهم أصحاب الديون المؤجلة فيما قبضوا بالخصص . وأما إذا لم يقبض المبيع ثم أفلس ، فصاحب المتاع أولى بثمنه من سائر الغرماء ، كذا في الينايع .

المذهب المالكي :

كيفية يتم الحجر :

في المذهب المالكي لمن أحاط الدين بماله ثلاث أحوال : الحالة الأولى قبل التفليس ، فيمنع من التصرف في ماله بغير عوض لما في ذلك من الإضرار بدائنيه ، إذ الدين محيط بماله . والحالة الثانية تفليس عام ، وهو قيام الغرماء عليه دون حكم القاضي ، ولهم سجنه ومنعه من البيع والتعامل . والحالة الثالثة تفليس خاص ، وهو خلع ماله لغرمائه بعد حكم القاضي بتفليس المدين والحجر عليه . أما الحالتان الأولىان — حالة ما قبل التفليس وحالة التفليس العام — وهما حالتان لا يحتاجان إلى حكم القاضي ، فالكلام فيهما يأتي في عدم سريان تصرف المدين الضار بحقوق الدائن ، وهو ما يقابل الدعوى البواصمة في الفقه الغربي . والذي يعنيناهنا ، هو الحالة الثالثة ، أي حالة التفليس الخاص ، وهي الحالة التي تقابل في الفقه الغربي شهر إعسار المدين .

ويشترط في التفليس الخاص شروط ثلاثة : (أولاً) أن يحيط الدين بمال المدين ، وأن يحل الدين كلا أو بعضاً فلا يفلس من لم يحل عليه شيء ، وأن يزيد الدين الحال على مال المدين الذي بيده فلا يفلس من كان ماله أكثر اتفاقاً ، ولا إن ساوى في المذهب . ولا يفلس في الديون المؤجلة على خلاف في الرأي ، وإذا أتى بحميل فإن إتيانه بالحميل يمنع من حلول الديون المؤجلة . (ثانياً) أن يلد المدين ويماطل بعد حلول الأجل في دفع ما عليه ، فإن دفع للدائنين جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس هذا التفليس الخاص . (ثالثاً) أن يرفع الدائنون كلهم أو بعضهم أمر المدين إلى الحاكم ، ليحكم

بتفليسه والحجر عليه . ولو أبى تفليسه بعض الدائنين وطلب بعض آخر تفليسه ، فإنه يفلس لحق من طلب من الدائنين التفليس ، سواء كان الدين الحال كله لطالب تفليسه أو بعضه له وبعضه لغيره من الدائنين الذين لم يطلبوا التفليس ، خلافا لما قيل من أن المدين لا يفلس إلا إذا كان الدين الحال لطالب التفليس زائداً على مال المدين (١) . وإذا فلس أو سجن لحق بعض الدائنين ، كان للباقي إذا شأوا أن يخاصوا الدائنين الذين طلبوا السجن أو التفليس (٢) . فإذا لم يطلب أحد من الغرماء تفليس المدين ، لم يفلس . وليس للمدين أن يفلس نفسه ، بأن يرفع الأمر للحاكم ويثبت عدم نفسه ويفلسه الحاكم من غير طلب الغرماء ذلك . (٣)

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، حكم الحاكم بتفليس المدين وحجر عليه وخلع ماله لغرمائه ، حضر المدين أو غاب ، فلا يتوقف الحكم على حضوره .

جاء في الخرشى (جزء ٥ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٦) : « من أحاط الدين بماله يفلس بشروط ثلاثة : الأول أن يطلبه أرباب الديون بديونهم الحالية ، كلهم أو بعضهم ويأبى البعض . وإذا فلس البعض ، فلآخرين محاصة القائم ، لأن تفليسه لواحد تفليس للجميع . الشرط الثانى أن يكون الدين المطلوب تفليسه به قد حل أصالة أو لانتهاه أجله ، إذ لا حجر بدين مؤجل . الشرط

(١) الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٣ ص ٢٦٥ .

(٢) جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٠) : « قلت أرأيت ان قال بعضهم نحن نسجنه ، وقال بعضهم لانسجنه ولكننا نخليه يطلب الفضل حتى يقضينا حقوقنا . قال اذا تبين الاولاء للسلطان وطلب واحد من الغرماء أن يسجنه ، له سجنه — فان شاء أولئك الذين لم يريدوا أن يسجنوه أن يقوموا على حقوقهم فيخاصوا هذا الغريم الذى سجنه فى مال المسجون المطلوب ، فذلك لهم . »

(٣) جاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٣٨) : « وفهم من قوله فلس بطلب الغريم أنه لا يكون للقاضى تفليس المديان الا بطلب الغريم ، وأنه لو أراد المدين تفليس نفسه لم يكن له ذلك . وقد اختلف الشافعية هل له ذلك أم لا . »

الثالث أن يكون الدين الحال زائداً على مال المفلس إذ لا حجر بالدين المساوي، أو بقي من ماله بعد وفاء الحال ما لا يفي بالدين المؤجل. مثلاً عليه مائتان مائة حالة ومائة مؤجلة، ومعه مائة وخمسون، فالباقي بعد وفاء المائة الحالة لا يفي بالدين المؤجل، فيفلس ولو أتى بحميل، وأخرى إن لم يبق للمؤجل شيء. وبقي شرط، وهو أن يكون الغريم ملداً، وبعبارة وإنما يفلس بطلب بعض الغرماء إذا تبين لده، نقله الطخيني عن المدونة. فإن قلت الغائب لا يتصور فيه ذلك، قلت الغائب حيث لم يعلم ملاؤه مظنة اللدد. وجاء في حاشية العدوى (على الخرشى جزء ٥ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٦) تعقيباً على ما تقدم: « قوله فالباقي الخ، هذه طريقة اللخمي. وطريقة المازري إذا كانت مؤجلة لم يفلس بها، ففي هذه الصورة لا تفليس. والحاصل أن المازري يقول إذا حل بعض الدين واستغرق ما يبد المدين، وبقي ما لا يفي بالمؤجل، فلا يفلس. ويؤخذ منه الحال، ويبقى المؤجل حتى يحل يخلص من الباقي إن وجد. قال المواق فانظر مال المازري مع كلام خليل، أي انظر لم تبع اللخمي دون المازري... وبقي شرط آخر، وهو ألا يدفع لطالب التفليس حميلاً بمال وإلا لم يفلس (١)».

ما يترتب على الفحجر :

ويترب على التفليس الخاص الذي بسطنا شروطه فيما تقدم النتائج

(١) وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (جزء ٣ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٦) :
« قوله فلا يفلس بمساو : أي اذا كان ما بيده مساويا للدين الذي عليه الحال ، فانه لا يفلس ولا تهتك حرمة ، وهذا لا ينافي انه يمنع من التبرعات كما مر . قوله فيفلس على المذهب : وقيل يفلس في هذه الحالة ، لان الديون المؤجلة لا يفلس بها . والقول الاول للخمي ، والثاني للمازري . قوله فيفلس ولرأتى بحميل : ظاهره أنه يفلس في هذه الحالة ولو كانت الفضلة الباقية بيده يعامله الناس بسببها ويرجى من تنميته لها ما يقضى به الدين المؤجل . وقال ابن محرز أنه لا يفلس . وظاهر كلام ابن عرفة أن هذا التقييد هو المذهب ، فيحمل القول بتفليسه على ما اذا كان لا يرجى بتحريكه الفضلة وفاء المؤجل . فقول الصنف لا يكفي أي ولو بواسطة التحريك ، فوافق ما لابن محرز » .

الآتية : (١) الحجر على المدين ومنعه من التصرف في ماله . (٢) بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة . (٣) حلول الديون المؤجلة . (٤) استرداد من باع عيناً للمدين ولم يقبض ثمنها لهذه العين ذاتها .

١ — الحجر على المدين ومنعه من التصرف في ماله :

المذهب المالكي كالمذهب الحنفي في أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر ، كما سنرى . ويترتب على الحجر أن يمنع المدين من التصرف في هذا المال ، تبرعاً أو معاوضة ، بمحابة أو بغير محابة . فلا تنفذ الهبة أو الصدقة أو الإبراء أو الوقف ، كما لا ينفذ البيع أو الشراء أو الكراء أو الاكتراء . ولا يكون للمدين أن يتزوج ولو بما لا يزيد على أجر المثل في المال الذي فلس فيه ، ولا يقبل منه إقراره في هذا المال ولكن يقبل منه تعيينه القراض الذي تحت يده لغيره والوديعة بأن يقول هذا المال قراض تحت يدي أو وديعة لفلان إن قامت بينة بأصله . ويتوقف نفاذ التصرفات الموقوفة على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم أو إبرائهم للمدين . ولا يجوز للمدين المحجور أن يؤثر بعض الغرماء بقضاء ديونهم دون بعض بل يتحاصون جميعاً في ماله . وله أن يستدين ، على أن يوفي الدين من مال يطرأ له لا من المال الذي فلس فيه .

جاء في الشرح الكبير للدردير (انظر حاشية الدسوقي ص ٣٢٦) : « فنع المفلس بالمعنى الأخص من تصرف مالى ، كبيع وشراء وكرام واكتراء ولو بغير محابة خلافاً لمن قيده بالمحابة لأنها من التبرع وهو يمنع منه بمجرد الإحاطة كما تقدم . فإن وقع التصرف المالى لم يبطل ، بل يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء . لا إن التزم شيئاً في ذمته لغير رب الدين إن ملكه ، فلا يمنع منه ، إلا أن يملكه ودينهم باق عليه فلمنع منه حتى يوفيه دينهم » . وجاء في حاشية الدسوقي (جزء ٣ ص ٢٦٦) تعقيباً على ما تقدم : « قوله على نظر الحاكم : أى عند

عدم اتفاق الغرماء واختلافهم في رده وإمضائه . وقوله أو الغرماء : أى عند اتفاقهم . وبهذا حصل التوفيق بين قول ابن عرفة إذا حصل من المفلس تصرف مالى فلا يبطل بل يوقف على نظر الحاكم إن شاء رده وإن شاء أمضاه ، وقول الجواهر بل على نظر الغرماء . . . قوله لا في ذمته : أى لا يمنع من التصرف في ذمته ، كما لو التزم شيئاً لغير رب الدين إن ملكه ، ثم ملكه ، فلا يمنع من دفعه له حيث ملكه بعد وفاء دينهم .

وجاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٣٩) : « إذا اشترى شيئاً ، وشرط أن يقضيه من غير ما حجر عليه مما سيطرأ ، جاز . . ولا يلزم في هذا أن يكون لأجل مجهول ، فقد يؤجل بأجل معلوم يمكنه أن يتجر فيه في تلك السلعة ويربح فيها . »

وجاء في المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٦) : « قلت أرأيت المفلس أ يكون له أن يتزوج بعد ما فلسوه ؟ قال أما في المال الذي فلسوه فيه فلا يكون له أن يتزوج فيه ، وأما فيما يفيد بعد ذلك فله أن يتزوج فيه . قلت وهذا قول مالك ؟ قال هذا رأيي . »

٢ — بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمخاصة :

قدمنا أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر ، وما حدث بعد ذلك يحتاج إلى حجر جديد . فإذا اقتسم الغرماء ما تحصل من المال المحجور عليه ابتداء أو بحجر جديد ، انفك حجر المدين بلا احتياج في فسكه إلى حكم من الحاكم . وللغرماء تحليف المدين إنه لم يخف عنهم مالا عنده ، فإن نكل فلا ينفك حجره . وإذا انفك حجره ، وحدث له مال بعد ذلك كميراث أو وصية أو هبة ، وجب تجديد الحجر على المال الحادث ، لأن الحجر

الأول كان في مال مخصوص وانفك حجره ، فيتصرف فيما حدث الى أن يحجر عليه فيه . (١)

ويبيع الحاكم مال المدين من عقار أو عروض أو مثليات بحضرته ، لأنه أقطع لحجته . ويشمل ماله الذي يباع الدين الذي له على الغير (٢) ، إلا أن يتفق الغرماء على ابقائه حتى يقبض ، وقيل انه لا يباع ويبقى على حاله . ويعجل بيع ما يخاف بتأخير فساد كالفواكه ، أو تغييره عن حاله التي هو بها أو كساده . وكذا يعجل بيع الحيوان ، لأنه قد يتغير مع الاحتياج الى مؤنته . ويستأنى بالعقار لطلب زيادة الثمن ، وكذا العروض كالشباب والحديد والمعادن . ويتحرى الحاكم الاستقصاء في الثمن وعدم تقدم من يزيد ، مع الخيار ثلاثاً من الأيام لطلب الزيادة والاستقصاء في الثمن في كل ساعة إلا ما يفسده التأخير .

(١) ولو تداين بعد ذلك وحجر عليه ، لا يدخل الدائنون الاول مع الدائنين الآخرين في مال حدث عن معاملة ، بخلاف مال حدث له لاعتن أصل معاملة نحو ارث ووصية وهبة واستحقاق وقف وجناية وركاز فيدخل فيه الاولون والآخرين (الشرح الصغير للدردير : انظر حاشية الصاوي ٢ ص ١٢١) .

(٢) وإذا لم يكن للمدين بينة على حقه في ذمة الغير الا شاهد واحد ، ونكل ان يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، جاز للغرباء ان يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف على النحو الذي نراه في استعمال الدائن لحق المدين في الفقه الغربي . جاء في الخرشى (جزء ٥ ص ٢٦٧) في هذا المعنى مايتى : « الفيلس اذا كان له حق على شخص فجحد فيه ، وشهد له به شاهد واحد ، ونكل الفيلس ان يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، فان الغرماء ينزلون منزلة الفيلس ويحلفون مع الشاهد على ذلك الحق كما ان الفيلس يحلف ان ماشهد به الشاهد حق لاعتن قدر حصته من ذلك الدين لحلول كل منهم محل الفيلس . فان حلفوا كلهم تقاسموا ذلك الحق ، وان نكلوا كلهم فلا شيء لهم منه ، ومن حلف اخذ حصته فقط أى بمنابه في الحصص من ذلك الدين لاجميع حصته ومن نكل فلا شيء له » .

ويقسم المتحصل من البيع محاصة بين الغرماء (١). فإن لم ينف بـكل الدين، لم يلزم المفلس بتكسب لوفاء ما بقى عليه من الدين ولو كان قادرا على ذلك، لأن الدين إنما تعلق بذمته فلا يطالب به إلا عند القدرة. وإن ظهر على المفلس دين لغريم بعد قسمة ماله، أو استحق مبيع (٢) من سلعة كانت للمدين ولو بيعت لأجنبي أو لأحد الغرماء قبل فلسه، رجع الغريم الطارىء أو من استحققت من يده السلعة على كل من الغرماء بما يخصه في الحصاص.

ولا تباع آلة الصناعة التي لا بد منها للمدين حتى يكسب معاشه. ويترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لزوجته أو لولد أو لقريب، وكسوته وكسوة من تلمزمه نفقته من قميص وعمامة وقلنسوة أو خمار للمرأة.

(١) ويقوم الدين الذي يخالف النقد، بأن كان الدين الذي على المدين عرضا أو مثليا حالا أو مؤجلا لأنه يحل بفلسه، يوم القسمة. ويشترى لرب الدين الخالف للنقد من جنس دينه وصفته بالشئ الذي يخصه في الحصاص من مال المفلس، كأن يكون مال المفلس مائة وعليه لشخص مائة وعليه لآخر عرض قيمته يوم القسمة مائة، فيأخذ رب المائة خمسين، ويشترى بالخمسين الأخرى لرب العرض عرض من جنس عرضه وصفته. وجاز لرب الدين الخالف للنقد أخذ الثمن (لخمسين الباقية، إلا لما منع كأن يكون المخالف طعام معاوضة فلا يجوز لربه أخذ الثمن لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه) الشرح الصغير للدردير: أنظر حاشية الصاوي ٢ ص ١٢١ - ص ١٢٢).

(٢) وكضمان الاستحقاق خيار العيب، العهدة فيه على الغرماء. وعلى الغرماء أيضا العهدة إذا بيع مال المفلس وتلف ثمنه قبل أن يتقاسمه الغرماء، والعهدة على المفلس إذا جمع السلطان ماله لبيعه فتلف قبل أن يباع ويتحول ثمنه. جاء في المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ١٨٤): «قلت أرأيت من اشترى عبدا من مال رجل قد فلسه السلطان، فأصاب به عيبا، على من يردده؟ أعلى السلطان أم على الذي فلس أم على الغرماء الذين فلسوه؟ قال بلفنى ممن أئق به أن مالكا قال يرد على الغرماء، ولم أسمع منه، قال مالك لأنه إنما يبيع لهم وهم أخذوا المال. قال ابن القاسم ولكنى قلت لمالك أرأيت إذا فلس فجمعوا متاعه وباع السلطان لهم ماله فتلف قبل أن يقسموه؟ قال قال لى مالك قد برى الغريم منه ومصيبته من أهل الدين. وقال مامات من الرقيق أو سرق من المتاع أو هلك من الحيوان قبل أن يباع على الغرماء بعد ما جمعه السلطان، فهو من الذى عليه الدين مصيبته منه. فإذا باعه السلطان وصار ثمنه، فمصيبته من الذين لهم الدين».

جاء في المواق (أنظر الخطاب جزء ٥ ص ٤٢ - ص ٤٣) : « وحجر أيضا إن تجدد ومال .. المال المتجدد يحتاج إلى حجر ثان .. وانفك ولو بلا حكم .. إن لم يبق للمفلس مال واعترف بذلك الغرماء ، انفك الحجر عنه ولا يحتاج لفك القاضى .. ويبيع ماله بحضرته .. ويبيع الحاكم بحضرة المفلس بالخيار ثلاثا .. قال مالك يستأنى في بيع ربع المفلس يتسوق به الشهر والشهرين ، وأما الحيوان والعروض يتسوق بها يسيرا ، والحيوان أسرع بيعا .. وقال في المدونة ومن شأن بيع السلطان عندنا أن يبيع بالخيار ثلاثة أيام ، قال سحنون يبيع بالخيار لعل زائدا يأتيه .. قال مالك يباع عليه سريره ومصحفه ، ولا تباع الكتب في دين الميت ، والوارث وغيره فيها سواء ممن هو لها أهل ، وإلى هذا ذهب سحنون . أبو محمد وغيره من أصحابنا يحجز بيعها ، بيعت كتب ابن وهب بعد موته بثلاثمائة دينار ، قال ابن عبد الحكم وأصحابه حينئذ متوافرون فما أنكروا ذلك .. قال أبو حفص الصانع إذا فلس ترك له آلة البناء إن كان بناء ، وكذلك جميع الصنائع تترك لهم الآلة لأنهم بها يتمشون .. حكم بعض أصحابنا ببيعها فذكرت له فتيا أبي حفص ، فقال إنما بيعها لأنه ينتصب بها للناس يغرمهم بذمته ، فأقطع عنهم مادته حتى يكون أجيرا تابعا .. ولا يلزم بتكسب من المدونة ، قال مالك الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا أن الحر إذا فلس لا يؤاجر ، قال ابن القاسم ولا يستعمل لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة .. قال مالك ليس لغرماء المفلس أن يجبروه على اعتصار ما وهب لولده أو نخله ولا على شفحة له فيها فضل » .

وجاء في الخرشى (جزء ٥ ص ٢٧١) : « وقسم مال المفلس المجتمع من أثمان ما يبيع وناضه إن كان ، إما بنسبة الديون بأن ينسب كل دين للمجموع الديون ، فلو كان لشخص مائة وآخر خمسون وآخر مائة وخمسون ، ومال المفلس مائة وعشرون ، فنسبة دين الأول للمجموع الديون ثلث فيأخذ أربعين ، ونسبة الثانى سدس فيأخذ عشرين ، ونسبة الثالث النصف فيأخذ ستين . ويحتمل

طريقا آخر ، وهو نسبة مال المفلس لجملة الديون ، وطريق ذلك أن تعلم كمية مال المفلس ، ثم تعلم كمية الديون اللازمة لذمته ، ثم تنسب مال المفلس إلى مجموع الديون ، فبتلك النسبة يأخذ كل غريم من دينه . مثلاً لو كان جميع مال المفلس عشرين ديناراً ، وجميع الديون أربعون ، فنسبة العشرين إلى الأربعين النصف ، فيأخذ كل واحد من الغرماء نصف دينه . ثم جاء بعد ذلك (ص ٢٧٤) : « المفلس إذا قسم الغرماء ماله ، ثم طرأ عليهم غريم سواء علم الغرماء به أم لا ، فإنه يرجع على كل من الغرماء بالحصصة التي تنوبه لو كان حاضراً . فلا يأخذ مليئاً عن معدوم ، ولا حاضراً عن غائب ، ولا حياً عن ميت . فلو كان مال المفلس عشرة مثلاً ، وعليه لثلاثة أسكل واحد عشرة أحدهم غائب ، فاقسم الحاضران ماله فأخذ كل واحد منهما خمسة ، ثم قدم الغائب ، فإنه يرجع على كل واحد منهما بواحد وثلثين . وكذلك إذا بيعت سلعة من مال المفلس أو الميت بعد الفس والموت أو قبلهما ، ثم استحققت تلك السلعة ، فإن المستحق من يده يرجع على كل واحد من الغرماء بالحصصة التي كانت تنوبه في الحصاص فقط ، فلا يأخذ أحداً عن أحد . فلو كان عليه عشرون ديناراً مثلاً لاثنتين ، ولم يوجد عنده إلا سلعتان ، فبيعت كل سلعة بعشرة ، فأخذ كل واحد من غريميه عشرة على قدر دينه ، ثم استحققت إحدى السلعتين ، فإن المستحق من يده يرجع على كل واحد منهما بثلث ما في يده وهو ثلاثة وثلث ، لأنه غريم طرأ على الغرماء . وهذا مبني على أنه يفلس حيث كان دينه مساوياً لما بيده ، وهو خلاف مأمور . أو يحمل على ما إذا كانت قيمتها حين التفليس تنقص عن عشرين ، ثم زادت حين البيع إلى بلوغها عشرين » .

وجاء في الشرح الكبير للدردير (انظر حاشية الدسوقي ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩) : « وقبل إقراره . . . بدين في ذمته لمن لا يتهم عليه بالمجلس الذي حجر عليه أو قامت فيه الغرباء عليه . . . إن ثبت دينه الذي حجر عليه به بإقرار منه به ، لا إن ثبت عليه ببينة . فلا يتعمل إقراره لغيرهم ، وهذا إذا

كانت الديون الثابتة تستغرق ما بيده ولم يعلم تقدم معاملته للمقر له ، وإلا قبل إقراره . وهو أى ما أقرب له ولم يقبل فيه إقراره ، بأن ثبت دينه ببينة أو أقر بعد المجلس بطول لمن لا يهتم عليه ، فى ذمته يحاصص المقر له به فيما يتجدد له من مال لا فيما بيده . . وقبل . . تعيينه القراض والوديعة ، بأن يقول هذا قراض أو وديعة ولو لم يعين ربهما أو كان بعد المجلس بطول ، إن قامت بينة بأصله أى بأصل ما ذكر من القراض والوديعة أن عنده ذاك أو أنه أقر به قبل إقامة الغرماء ، ولو لم يعين ربه ، وقبل منه تعيينه ولو لم يهتم عليه . فإن لم تقم بينة بأصله ، فلا عبرة بإقراره ، وتحاصصه الغرماء ، ولا يكون فى ذمة المفلس لأنه معين . . والمختار قبول قول الصانع المفلس فى تعيين ما بيده لأربابه ، كهذه السلعة لفلان ، مع يمين المقر له ، ولو متهما عليه ، بلا بينة بأصله لأن الشأن أن ما بيده أمتعة الناس ، وليس العرف بالإشهاد عليه عند الدفع ولا يعلم إلا من قوله ، فلا يهتم أن يقربه لغير ربه . .

وجاء فى حاشية الدسوقي (٣ ص ٢٦٨) تعقيبا على ما تقدم : « إقراره بعد القيام عليه جائز إن كانت ديون القائم عليه بغير بينة ، أو ببينة وهى لا تنقض ما بيده ، أما تنقضه وعلم تقدم معاملته أن أقبله بخلافه »

مذهب المدونة ، فإن مذهبها أن دين الغرماء الذين قاموا عليه متى كان ثابتا بالبينة فلا يقبل إقراره ولو علم تقدم معاملته لمن أقر له . . ولمالك فى الموازية قول ثالث أن من أقر له المفلس إن كان يعلم تقدم مداينة أو خلطة بينه وبين المقر ، حلف المقر له ودخل فى الحصاص مع من له بينة . . وجاء فى مكان آخر فى الشرح الكبير للدردير (ص ٢٧٨) : « وترك له . . من ماله قوته أى ما يقتات به مما تقوم به البينة لا ما يترفع به ، والنفقة الواجبة عليه لغيره كزوجاته ووالديه وأولاده ورقيقه الذى لا يباع عليه كأم ولده ومدره ، لظن يسرته أى إلى وقت يظن بحسب الاجتهاد أنه يحصل له فيه ما يأتى به المعيشة . وهذا بخلاف مستغرق الذمة بالتبعات والمظالم ، فإنه

لا يترك له الا ما يسد رمقه وحده ، لأن أهل الأموال لم يعاملوه على ذلك .
ويترك لهم أيضا كسوتهم . . كل واحد منهم دستا . . مقابل ثياب الزينة .
معتادا ، كقميص وعمامة وقلنسوة ويزاد للمرأة مقنعة وازار ، ولخوف شدة
برد ما يقيه .

وجاء فى الخطاب (جزء ٥ ص ٤٢) : « قال فى المقدمات فى كتاب
التفليس وبيع ماله من الديون الا أن يتفق الغرماء على تركها حتى تقبض
عند حلولها » . أنظر فى هذا المعنى أيضا المدونة الكبرى ١٣ ص ٨٥
وسياقى النص .

٣ - حلول الديون المؤجلة :

وتحل الديون المؤجلة بالتفليس الخاص ، وهذا هو الفرق الرئيسى بين
التفليس الخاص والحالتين اللتين قبله ، فى حالة ما قبل التفليس عند احاطة
الدين بمال المدين وفى حالة التفليس العام لا تحل الديون المؤجلة . على أنه
حتى فى حالة التفليس الخاص إذا كان مشروطا بعدم حلول الدين بالتفليس
عمل بالشرط ولم يحل الدين . وأما الديون التى للمفلس ولم تحل ، فإنها
لا تحل بفلسه .

جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٥ - ٨٦) « قلت أرأيت
المفلس إذا كانت عليه ديون إلى أجل وعليه ديون قد حلت ، ففلسه الذين
قد حلت ديونهم ، أيبكون للذين لم تحل ديونهم عليه أن يدخلوا فى قول
مالك ؟ قال نعم ، ولكن ما كان للمفلس من دين إلى أجل على الناس فهو
إلى أجله . قلت وهذا قول مالك ؟ قال نعم . قلت أرأيت المفلس إذا كانت
عليه ديون للناس إلى أجل أتحل إذا فلس فى قول مالك أم لا ؟ قال إذا
فلس فقد حلت ديونهم عند مالك . قلت أرأيت إن فلس هذا المفلس وله
ديون على الناس أتباع ديونه الساعة نقدا فى قول مالك ! قال نعم ، قلت

أفلا ينتظر به ويتلوم له حتى يقبض دينه من مدينه ؟ قال قد حل للغرماء ، فذلك إلى الغرماء إن شاؤوا أخروه وإن شاؤوا لم يؤخروه . قال ابن وهب قال مالك من مات أو فليس فقد حل دينه وإن كان إلى أجل . »

وجاء في الخرشي (جزء ٥ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) : « الدين المؤجل على الشخص يحل بفلسه أو بموته على المشهور ، لأن الذمة في الحالين قد خربت والشرع قد حكم بحلوله ، ولأنه لو لم يحل للزم إما تمكين الوارث من القسم أو عدمه وكلاهما باطل لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، وللضرورة الحاصلة للكل بوقفه . وعلى المشهور لو طلب بعض الغرماء بقاءه مؤجلاً منع من ذلك . ويستثنى من الموت من قتل مدينه ، فإن دينه المؤجل لا يحل لحمله على استعجال ما أجل . وأما الدين الذي له فلا يحل بفلسه ولا بموته ، ولغرمائه تأخيرهم إلى أجله أو بيعه الآن . وحل حلول الدين المؤجل بالموت أو الفليس مالم يشترط من عليه أنه لا يحل عليه الدين بذلك . وإلا عمل بشرطه . »

٤ — استرداد من باع عينا من المدين ولم يقبض ثمنها له

العين ذاتها .

الأصل أن من باع عينا ولم يقبض ثمنها ليس له أن يفسخ البيع لعدم دفع الثمن ، بل يطالب المشتري بالثمن وينفذ به على ماله . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو مات المشتري ، فالبايع لا يستطيع أن يسترد العين من تركته ، بل يرجع بالثمن على التركة . لكن إذا فاس المشتري ، كان للبايع فسخ البيع ، واسترداد العين المبيعة ذاتها ، ولا يتحمل فيها محاصة الغرماء . وحل استرداد البايع عين ماله إذا لم يفده الغرماء بدفع ثمنه للبايع ، ولا بما لهم ، فأولى بمال المفلس ، فإن سلبه فليس له أخذه . وكذلك لا يأخذه إن انتقل عن أصله بناقل ،

كخطة طحنت أو شقة فصلت ثوبا أو حيوان ذبح . وللبيع رد بعض ثمن قبضه من المفلس قبل التفليس وأخذ عين سلعته ، وله تركها والمحاصة بما بقي له .

جاء في المدونة الكبرى (جزء ١٣ ص ٨٧) : « قلت أرأيت من مات وعليه دين ، وقد اشترى سلعة وهي قائمة بعينها ، أيسكون الغرماء وهذا الرجل الذي باع هذه السلعة أسوة الغرماء في هذه السلعة إذا لم يدع الميث مالا سواها ؟ قال نعم ، قلت وهذا قول مالك ؟ قال نعم . قلت وإنما يكون أولى بسلعته إذا أدركها من الغرماء في التفليس لا في الموت في قول مالك ! قال نعم . ابن وهب عن مالك والليث وعمر بن الخطاب عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر ابن حزم أن عمر بن عبد العزيز حدثه أن أبا بكر بن عبد الرحمن حدثه أنه سمع أبا هريرة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل فليس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره . قال ابن وهب وأخبرني مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا ، فوجده بعينه فهو أحق به ، فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء . قال ابن وهب وسمعت من أَرْضَى به يقول سمعت من أدركت من علمائنا يقولون من باع سلعة من رجل فأفلس المبتاع ، فصاحب السلعة أحق بها إذا وجدها قائمة بعينها ، إلا أن يعطى ثمن سلعته كاملا ليس له النماء . وقال ابن وهب وسمعت الليث يقول ذلك » .

وجاء في الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقي ٣ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) « وللغريم . . . أخذ عين ماله التابت له ببينة أو بإقرار المفلس »

قبل الفلاس . . في الفلاس الواقع بعد البيع ونحوه وقبل قبض الثمن . فإن وقع قبله ، بعد قبضه السلعة ليقبلها أو ليتروى في أخذها ثم عقد البيع ، فلا يكون أحق به . لا لحوز عنه في الموت ، فلا يأخذه ربه لخراب ذمته ، فصار بضمنه أسوة الغرماء . . وللرجوع في عين ماله شروط ثلاثة . أشار لأولها بقوله إن لم يفده غرماءه بضمنه الذي على المفلاس ، فإن فدوه ولو بماله ، وأولى بمال المفلاس ، لم يأخذه وكذا لو ضمنوا له الثمن وهم ثقات ، أو أعطوه حميلاً ثقة ، لم يأخذه . ولثانيتها بقوله وأمكن أخذه ، لا إن لم يمكن ، نحو . . . عصمة كمن خالعه على مال تدفعه له فخالعها ففلسفت فيحاصص غرماءها بما خالعها عليه ولا يرجع في العصمة التي خرجت منه ، ولا في قصاص صولح فيه بمال ثم فلس الجاني لتعذر الرجوع شرعاً في القصاص بعد العفو . . . ولثالثتها بقوله ولم ينتقل عن ماله عما كان عليه حين البيع ، فإن انتقل فالخصاص . . إن طحنت الخنطة فلا رجوع ، وأولى لو عجنت أو بذرت ، أو خلط عين ماله بغير مثل ولم يتيسر تمييزه كخلط زيت بزيت من غير نوعه أو قطع الجلد نعالاً . .

مذهب الشافعي :

كيف يتم الحجر :

في مذهب الشافعي إذا كان مال المدين يفي بديونه الحالة ، لم يحجر عليه . فلا يحجر بالدين المؤجل ، لأن قيام الأجل يمنع من المطالبة بالدين . فإن كان مال المدين لا يفي بديونه الحالة ، ورفع الغرماء إلى الحاكم ، حجر عليه . وإن كان ماله يفي بالديون الحالة إلا أنه ظهرت عليه أماراة التفليس بأن زادخرجه على دخله ، ففيه وجهان : أحدهما لا يحجر عليه لأنه ملئ بالدين ، والثاني

يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء .

فهنالك إذن شرطان لتفليس المدين والحجر عليه : (الشرط الأول) أن تركبه الديون فلا يفي ماله بديونه الحالة . وفي قول يجوز الحجر عليه كذلك حتى لو وقي ماله بديونه الحالة ولكن زاد خرجه على دخله ، فظهرت عليه أمانة التفليس . (والشرط الثاني) أن يرفعه الغرماء للحاكم ، فيحكم بتفليسه والحجر عليه . ولو طلب بعض الغرماء الحجر دون بعض ، وكانت ديون الطالبين الحالة تزيد على مال المدين ، حجر عليه ، وعم الحجر فظهر أثره في حق سائر الغرماء . وإذا لم تزيد الديون الحالة لمن طلبوا الحجر على مال المدين ، لم يحجر عليه لأن ديونهم يمكن وفاؤها كاملة . فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه الحجر ، كان على الحاكم الحجر من غير سؤال لأنه ناظر لمصلحته ، ومثله ما لو كان الدين لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء وكالمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس . ويصح أن يرفع المدين نفسه أمره إلى الحاكم ليحكم بتفليسه . والمستحب أن يشهد الحاكم على الحجر ، ليعلم الناس حال المفلس فلا يعاملوه إلا على بصيرة .

جاء في المذهب (جزء أول ص ٣٢٠ - ص ٣٢١) : « وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم وسأله أن يحجر عليه ، نظر الحاكم في ماله . فإن كان له مال يفي بالديون ، لم يحجر عليه لأنه لا حاجة به إلى الحجر ، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه . فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه ، وباع ماله عليه ، لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً ، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين ، فكلّم النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه ، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم . فباع لهم

رسول الله صلى عليه وسلم ماله ، حتى قام معاذ بغير شيء . . وإن كان ماله يفي بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارات التفليس بأن زاد خرجه على دخله ، ففيه وجهان : أحدهما لا يحجر عليه لأنه ملىء بالدين فلا يحجر عليه كما لو لم يظهر فيه أمارات الفلاس ، والثاني يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء . والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله ، فلا يعاملوه إلا على بصيرة .»

وجاء في نهاية المحتاج للمولى (جزء ٤ ص ٣٠٠ وما بعدها) : « والأصل فيه ما صح أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ، وباع ماله في دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم ليس لكم إلا ذلك . ثم بعثه إلى اليمن وقال له لعل الله يجبرك ويؤدى عنك دينك ، فلم يزل باليمن حتى توفي النبي صلى الله عليه وسلم . من عليه ديون لأدنى لازمة حالة زائدة على ماله يحجر عليه . . وشمل ما إذا كان بسؤال الغرماء وما إذا كان بسؤال المفلس . . ولا يحجر بالمؤجل ، لأنه لا يطالب به في الحال . . والخاجر على المفلس الحاكم دون غيره لاحتياجه لنظر واجتهاد . . ولا يحجر عليه بغير طلب من غرمائه أو من يخلفهم ، إذ هو لمصالحتهم وهم ناظرون لأنفسهم . فإن كان الدين لمحبور عليه ولم يسأل وليه ، وجب على الحاكم الحجز من غير سؤال لأنه ناظر لمصالحته . ومثله ماله كانت لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء والمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس والدين مما يحجز به . . فلو طلب بعضهم الحجز ، ودينه قدر يحجز به بأن زاد على ماله ، حجز لتوفر شروط الحجز ، ولا يختص أثر الحجز بالملتزم بل يعمهم ، وإلا بأن لم يزد الدين على ماله فلا حجز لأن دينه يمكن وفاءه بكماله فلا ضرورة إلى طلب الحجز . . ويحجز بطلب المفلس ولو بوكيله في الأصح ، لأن له غرضاً ظاهراً وهو صرف ماله إلى ديونه ، وروى أن الحجز على معاذ كان بطلبه . ومقابل الأصح لا يحجز ، لأن الحق

لهم في ذلك والحجر ينافي الحرية والرشد، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة وأنهم لا يتمكنون من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكن منه ببيع أمواله وقسمتها على غرمائه .

ما يترتب على الحجر :

فإذا حجر على المدين تعلقت ديون الغرماء بماله، وترتبت النتائج الآتية :

(١) يمنع المدين من التصرف في ماله . (٢) يباع ماله عليه ويقسم الثمن بين الغرماء بالمحاسبة، ولسكن ديونه المؤجلة لا تحل . (٣) يسترد من باع عينا للمدين ولم يقبض ثمنها هذه العين ذاتها .

١ - منع المدين من التصرف في ماله :

في مذهب الشافعي يتناول الحجر في الراجح مال المدين الموجود وقت الحجر وما يملكه بعد ذلك، بشراء أو ميراث أو وصية أو هبة أو جناية أو غير ذلك، دون حاجة إلى حجر جديد . ويترتب على الحجر أن يمنع المدين من التصرف في هذا المال، تبرعا أو معاوضة، بمحابة أو غير محابة . وحكم التصرف فيه قولان : أحدهما أن التصرف صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال كالحجر على المريض، فإن وفي مال المدين بالدين بأن زادت قيمة المال أو فتح عليه بما يقضى به الدين نفذ التصرف، وإن لم يفسخ . والقول الثاني أن التصرف لا يصح، وهذا القول هو الصحيح، لأنه حجر ثبت بالحكم فمنع التصرف في المال كالحجر على السفه، ويخالف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون . وإن اقترض المحجور أو اشترى في ذمته شيئا صح، لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته، إذ أن من أقرضه أو باعه بعد الحجر لا يشارك

الغرماء في ماله ، لانه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة وأن ديون الغرماء متعلقة بماله ، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل في معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر . وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر ، لزم الإقرار في حقه . وفي لزومه في حق الغرماء قولان : أحدهما لا يلزم لانه متهم إذ ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرده عليه ، والثاني أنه يلزمهم وهو الصحيح لانه حق يستند بثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة . وإن جنى المحجور على رجل جنائية توجب المال وجب قضاء الارش من المال ، لانه حق لزمه بغير رضا من له الحق فوجب قضاؤه من مال المدين ، وإن جنى عليه جنائية توجب المال تعلق حق الغرماء بالارش كما يتعلق بسائر أمواله .

جاء في المنهاج للنووي (أنظر مغنى المحتاج للشرييني ٢ ص ١٤٧ — ص ١٤٩) : « فإذا حجر تعلق حق الغرماء بماله ، وأشهد على حجره ليحذر . ولو باع أو وهب أو أعتق ، ففي قول يوقف تصرفه فإن فضل ذلك عن الدين نفذ وإلا لغا ، والأظهر بطلانه فلو باع ماله لغرمائه بدينهم بطل في الأصح . ولو باع سلباً أو اشتري في الذمة ، فالصحيح صحته ويثبت في ذمته . . ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر ، فالأظهر قبوله في حق الغرماء . وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً لم يقبل في حقهم ، وإن قال عن جنائية قبل في الأصح . . والأصح تعدى الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطيد والوصية والشرء إن صححناه » . وجاء في مغنى المحتاج للشرييني (٢ ص ١٤٨ — ص ١٤٩) تعقيباً على ما تقدم : « وأشهد الحاكم ندباً ، وقيل وجوباً ، على حجره . . ، وأشهد بالنداء عليه ليحذر من معاملته . قال العمراني : فيأمر منادياً ينادى في البلد أن الحاكم حجر على فلان بن فلان . ولو تصرف تصرفاً مالياً مفوتاً في الحياة بالإنشاء مبتدأ ، كأن باع أو اشتري بالعين أو وهب أو أعتق أو أجر أو وقف أو كاتب ، ففي قول يوقف تصرفه المذكور فإن

فضل ذلك عن الدين لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم نفذ أي بان أنه كان نافذاً .. وإن لم يفضل لغا أي بان أنه كان لاغياً . والأظهر بطلانه في الحال لتعلق حقهم به كالمرهون ، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم ، فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه . . . فلو باع ماله كله أو بعضه لغريمه بدينه . . من غير إذن القاضي بطل البيع في الأصح ، لأن الحجر يثبت على العموم ومن الجائز أن يكون له غريم آخر . والثاني يصح لأن الأصل عدم غيرهم ، وبالقياس على بيع المرهون من المرتين . . أما بإذن القاضي فيصح وخرج بالتصرف المالي التصرف في الذمة . . كأن باع سلباً . . أو اشترى شيئاً بشئ في الذمة . . أو اقترض أو استأجر ، فالصحيح صحة ويثبت المبيع والثن ونحوهما في ذمته إذ لا ضرر على الغرماء فيه ، والثاني لا يصح كالسفيه وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت ، وهو التدبير والوصية فيصح . وخرج بقيد الإنشاء الإقرار كما قال ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر بمعاملة أو إتلاف أو نحو ذلك ، فالأظهر قبوله في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة . . والفرق بين الإنشاء والإقرار أن مقصود الحجر منع التصرف فألغى إنشاؤه ، والإقرار إخبار والحجر لا يسلب العبارة عنه . . والثاني لا يقبل إقراره في حقهم لئلا تضرهم المزاحمة ولأنه ربما واطأ المقر له ، قال الرويان في الحلية والاختيار في زماننا الفتوى به لأننا نرى مفلسين يقرون للظلمة حتى يمنعوا أصحاب الحقوق من مطالبتهم وحبسهم ، وهذا في زمانه فما بالك بزماننا . . . وله أن يرد بالعيب أو إقالة ما كان اشتراه قبل الحجر إن كانت الغبطة في الرد ، وليس كما لو باع بها ، لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأ فيمتنع منه ، وإنما هو من أحكام البيع الذي لم يشمل الحجر . . . والأصح تعدى الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والهبة والوصية والشراء في الذمة إن صححناه أي الشراء ، وهو الراجح لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها وذلك لا يختص بالموجود . والثاني لا يتعدى إلى ما ذكر ، كما أن حجر الرهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها . .

٢ — بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمخاصة . عدم

ملول الديون المؤجلة :

وبياع مال المحجور لسداد الديون . وعندما يبيع الحائِم ماله يستحب أن يحضر البيع ، لأنه أعرف بثمن ماله . فإن لم يكن من يتطوع بالنداء ، استؤجر من ينادى عليه من سهم المصالح لأن ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان في الأسواق ، فإن لم يكن سهم المصالح اِكترى من مال المفلس ويقدم على سائر الديون . ويباع كل شيء في سوقه ، لان أهل السوق أعرف بقيمة المتاع ، ومن يطلب السلعة في سوقها أكثر . ويبدأ بما يسرع إليه الفساد ، ثم بالحيوان لانه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف ، ويتأنى بالعقار لانه إذا توفى به كثر من يطلبه ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام . وإن كان في المال رهن أو عبد تعلق الارش برقبته ، بيع في حق المرتهن والمجنى عليه ، لان حقهما يختص بالعين فقدم .

ويقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء ، يتحاصون فيه . وإذا لم يستوف الغرماء حقوقهم كلها ، وكان المدين يحسن صنعة ، فطلب الغرماء أن يؤجر نفسه ليكسب ، لم يجبر على ذلك لانه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة . وإذا ظهر بعد قسمة المال غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه .

والديون المؤجلة التي على المحجور لا تحل بالحجر ، بل تبقى على آجالها ، في القول الأظهر ، لأن الأجل حق المحجور فلا يفوت عليه . وفي قول آخر تحل الديون المؤجلة ، لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الاجل كالموت . ولكن أجيب على ذلك بأن الذمة تخرب بالموت فيحل الدين ، ولا تخرب بالحجر فيبقى الاجل . ولا يدخر من مال المحجور شيء للديون

المؤجلة ، فإن حلت كلها أو بعضها قبل القسمة التحق ما حل منها بالديون الحالية وتحاصت معها .

وإن لم يكن للمحجور كسب ، ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ويرجع إلى الكسب . ويكون الطعام على ما جرت به عادته ، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف ، فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف . ولا يترك له دار ولا خادم ، لأنه يمكنه أن يكتري داراً يسكنها وخادماً يخدمه .

وإذا قسم مال المحجور بين الغرماء ، زال الحجر لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه هو حفظ المال على الغرماء ، وقد نفذ المال فيزول الحجر ، كالمجنون إذا أفاق . وفي قول آخر لا يزول الحجر إلا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بحكم فلا يزول إلا بحكم ، كالحجر على السفیه .

جاء في شرح زكريا الانصارى على متن البهجة (جزء ٣ ص ١٠٦ - ص ١١٠) : « ويندب البيع .. بحضرة المفلس .. وبحضرة الخصماء ، لأن ذلك أنفي للتهمة وأطيب للقلوب ، وليخبر المالك بصفة المتاع وبكم اشتراه فتسكث فيه الرغبة .. ويندب بيع كل شيء في سوقه ، ويتعين كونه بثمن مثله حالاً من نقد بلده .. ولو رأى القاضى المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز .. ويبدأ بما يخاف فساداً ، ثم بما تعلق به حق كزكاة وجنات ، ثم بالحيوان ، ثم بسائر المنقولات ، ثم بالعقار . ويبدأ في كل نوع بالأهم فالأهم ، فيقدم في المنقولات الثياب على النحاس ، وفي العقار البناء على الأرض . قال الأذرعى والظاهر أن الترتيب في غير ما يخاف فساداً وغير الحيوان مستحب لا واجب ، وقد تقتضى المصلحة تقديم العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم ونحوه ، فالأحسن تفويض الأمر إلى اجتهاد الحاكم .. وقسم القاضى على الخصماء بنسبة ديونهم الحالة مفردة إليها مجموعة ما قبضه من الأثمان ، فلو كان لزيد

عشرون ولعمرو عشرة وكان ما قبضه خمسة عشر ، صرف إلى زيد عشرة وإلى عمرو خمسة .. والمراد بقسمة ذلك عليهم أن يقسم ما قبضه شيئاً فشيئاً ، إلا أن يعسر لقلته فيؤخر ليجمع ، فإن أبوا التأخير ففي النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم ، واختاره السبكي ، قال الرافعي والظاهر خلافه ، وسكت عليه النووي ، وبه صرح الماوردي . فلو كان الغريم واحداً ، سلمه إليه أولاً فأولاً ، وهو ظاهر ... وخرج بالحال المؤجل ، فلا يدخر لأربابه شيئاً . ومن هنا علم أن المؤجل لا يحل بالحجر ، لأن مقصود الاجل من التخفيف ليسكتسب في مدته المديون غير فائت ، بخلاف الموت لحزاب الذمة به ... ويقسم القاضى بغير حجة انحصار الغرماء في الموجودين لاشتهار الحجر ، فلو كان ثم غريم لظهر . ويخالف الميراث ، لأن الورثة أضبط من الغرماء ، وهذه شهادة على نفي يعسر مدركها فلا يلزم من اعتبارها في الاضبط اعتبارها في غيره . قال النووي ولأن الغريم الموجود تيقنا استحقاقه لما يخصه ، وشككنا في مزاحمه وهو بتقدير وجوده لا يخرج عن استحقاقه له في الذمة ، ولا يتحتم مزاحمة الغريم فإنه لو أعرض أو أبرأ أخذ الآخر الكل ، والوارث بخلافه في جميع ذلك . وعاد القاضى بالحصصة على الغرماء الموجودين .. ليقضى الدين الذى ظهر على المديون من بعد القسمة من غير نقض لها ... فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لاحدهما عشرون وآخر عشرة ، فأخذ الاول عشرة والآخر خمسة ، ثم ظهر غريم له ثلاثون ، عاد على كل منهما بنصف ما أخذه ، فلو أنلف أحدهما ما أخذه وكان معسراً ، كان ما أخذه الآخر كأنه كل المال . فلو كان المتلف أخذ الخمسة ، استرد القاضى من أخذ العشرة ثلاثة أخماسها لمن ظهر . ثم إذا أيسر المتلف ، أخذ منه الآخران نصف ما أخذه وقسماه بينهما بنسبة دينيهما ... وينفق القاضى .. على المفلس وعلى ماله من ماله .. وموونه من تلزمه مؤونته من عرسه أى زوجته . المتقدمة على الحجر دون المتجددة بعده ، والفرع له وإن سفل وتجدد ، وفارق تجدد الزوجة بأنه لا اختيار له فيه بخلافها .. ويفارق إقراره بالنسب تجديد الزوجة بأن الإقرار بالنسب واجب بخلاف

التزويج ، والأصل له وإن علا ، وكذا ممالكه الذين يلزمه مؤونتهم كأموالهم . . . وكسوا أيضاً . . بالمعروف . لا إن كان المفلس ذاكسب لائق به بنفقتهم وكسوتهم واكتسب ، فلا ينفق عليهم ولا يكسوهم من ماله بل من كسبه ، فإن فضل منه شيء رد إلى المال أو نقص كل من المال . . . ولا يترك له مركوبه وإن كان ذا مروءة ولا مسكنه ولا خادمه وإن احتاج إليهما . . . ويؤجروا بالوقف وأم الولد . . . لا هو ، أي المفلس ، أي لا يجب أن يؤجر إذا لحق للغرماء في نفسه ، وعلم منه أنه لا يجب أن يكتسب لبقية الدين لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، أمر بإنظاره ولم يأمر باكتسابه . وقاعدة الباب أنه لا يؤمر بتحصيل ماله بحاصل فله العفو عن القود مجاناً ، وإنما يمنع من تفويت الحاصل كالعفو عن جنابة موجبة للمال . . وينفك الحجر عنه بعد قسمة ماله ، بقاض أي يفكه عنه ، لا بنفسه ، لأنه لا يثبت إلا بإثباته فلا يرتفع إلا برفعه كحجر السفه ، لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد ، ولا باتفاق الغرماء على رفعه لاحتمال غريم آخر ، فاعتبر نظر القاضي . . . وصحح البلقيني . . أنه ينفك بنفسه وصوبه ، قال ويوافق قول الشافعي في الأم وليس بمحجور عليه بعد الحجر الأول ويبيع المال لأنه لم يحجر عليه لسفه ، وإنما يحجر عليه في وقت لبيع ماله ، فإذا مضى فهو على غير الحجر .

٣ — استرداد من باع عيناً من المدين ولم يقبض منها اهـ

المدين ذاتها :

ويسترد من له عين عند المدين العين ذاتها ، كأن يكون في الغرماء من باع من المدين شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ ثمنه ، ووجد عين ماله على صفته ، ولم يتعلق به حق غيره . فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله . وإن وجد البائع عين ماله وهو

رهن لم يرجع به ، لأن حق المرتهن سابق لحقه ، فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقي لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال . وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل وديون الغرماء حالة ، بيع المبيع في الديون الحالة لأنها تقدم على المؤجل . وهناك قول بأن المبيع في هذه الحالة لا يباع بل يوقف إلى أن يحل الدين ، فيختار البائع الفسخ أو الترك ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل ، فلا يباع في الديون الحالة^(١) .

جاء في الوجيز للغزالي (جزء أول ص ١٧٢ — ص ١٧٤) : « الحكم الرابع الرجوع إلى عين المبيع لقوله عليه السلام أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد به بعينه . ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان : العوض والمعوض والمعاوضة . أما العوض وهو الثمن فله شرطان : الأول أن يتعذر إستيفاءه بالإفلاس ، فلو وفي المال به فلا رجوع . وإن قدمه الغرماء فله الرجوع ، لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر . . الثاني الحلول ، ولا رجوع إلا إذا كان الثمن حالا ، ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح . وأما المعاوضة فلها شرطان : الأول أن يكون معاوضة محضة ، فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والصلح بتعذر إستيفاء العوض . ويثبت في الإجارة والسلم . . الشرط الثاني للمعاوضة أن تكون سابقة على الحجر ، احترزا به عما يجرى سبب لزومه بعد الحجر كما إذا باع من المفلس المحجور . . أما المعوض فله شرطان ! الأول أن يكون باقيا في ملكه ، فلو هلك فليس له

(١) « وإذا كان البيع شيئا ثبت فيه الشفعة ، ففيه ثلاثة أوجه : أحدها أن الشفع أحق ، لأن حقه سابق فانه يثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالحجر فقدم حق الشفع . والثاني أن البائع أحق ، لانه اذا اخذ الشفع الشقص زال العذر عنه وحده واذا اخذه البائع زال الضرر عنهما لان البائع يرجع الى عين ماله والشفع يتخلص من ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما . والثالث انه يدفع الشقص الى الشفع ويؤخذ منه ثمنه ويدفع الى البائع ، لان في ذلك جمعا بين الحقين واذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز اسقاط احدهما » (المهذب جزء أول ص ٣٢٣)

إلا المضاربة بالثمن . وكذا لو زادت القيمة على الثمن ، والخروج عن ملكه كالهلاك ، وتعلق حق الرهن والكتابة كزوال الملك . ولو عاد إلى ملكه بعد الزوال ، رجع إليه في أظهر القولين : الثاني ألا يكون متغيراً ، فإن تغير بطريان عيب فليس له إلا أن يقنع أو يضارب بالثمن . . . أما التغير بالزيادة فالمتصلة من كل وجه لاحكم لها بل تسلم للبائع مجاناً ، والمنفصلة من كل وجه كالولد لا يرجع فيه ولكن إن كان صغيراً فعليه أن يبذل قيمة الولد حذراً من التفريق .»

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٢٢ — ص ٣٢٣) : « وإن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ولم يتعلق به حق غيره ، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من باع سلعة ثم افلس صاحبها فوجد بها بعينها ، فهو أحق بها من الغرماء . وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم ؟ فيه وجهان : قال أبو أسحق لا يفسخ إلا بإذن الحاكم ، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة . وقال أبو القاسم الدراكي لا يفتقر إلى الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعقد تحت العبد . . . وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه على التراخي ، لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فكان على التراخي كخيار الرجوع في الهبة . والثاني أنه على الفور ، لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب . . . وإن قال الغرماء نحن نعطيك الثمن ولا تفسخ ، لم يسقط حقه من الفسخ ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببذل العوض كالمشترى إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرش . وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ففيه وجهان : أحدهما أن له أن يفسخ لآته باعه قبل وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقر ثم أعسر ، والثاني أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته فسقط خياره كما

لو اشترى سلعة مع العلم بعيها . وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه ، رجع بحصة ما بقى من الثمن .. وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن ، لم يرجع به ، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه . فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه ، يبع منه بقدر حقه ، ويرجع البائع بالباقي ، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال ... وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل ، وقلنا إن الدين المؤجل لا يحل ، وديون الغرماء حالة ، فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لأنها حقوق حالة ، فقدمت على الدين المؤجل . ومن أصحابنا من قال لا يباع بل يوقف إلى أن يحل ، فيختار البائع الفسخ أو الترك ، وإليه أشار في الإملاء ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله ، فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل ، فلا يباع في الديون الحالة . وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه ، ففيه وجهان : أحدهما أن له أن يرجع فيه لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فأشبهه إذا لم يبعه ، والثاني لا يرجع لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه .

المذهب الحنبلي :

كيف بنم الحجر :

في المذهب الحنبلي متى لزم الانسان ديون حالة لا يفي ماله بها ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لزمته إجابتهم إلى طلبهم وحجر عليه .

ونرى من ذلك أن هناك شرطين يجب توافرها حتى يحكم الحاكم بالحجر على المدين . (أولا) أن تكون الديون الحالة أكثر من مال المدين . فلا يحجر في الدين المؤجل أيا كان مقداره ، لأنه لا تستحق به المطالبة . ولا يحجر في الدين الحال إذا كان مال المدين يفي بالحال ، وإذا كان بعض الديون مؤجلا وبعضها حالا ، وكان مال المدين يفي بالحال ، لم يحجر عليه أيضاً .

(ثانياً) أن يسأل غرماء المدين الحاكم الحجر عليه . فلا يجوز الحجر على المدين بغير سؤال غرمائه . وإن اختلف الغرماء فطلب بعضهم الحجر على المدين ولم يطلبه بعض آخر ، أوجب من طلب لأنه حق له .

ومقى توافر الشرطان سالفنا الذكر ، لزم الحاكم إجابة الغرماء إلى طلبهم ، وحجر على المدين . ويستحب أن يظهر الحاكم الحجر ، حتى يتجنب الناس معاملة المحجور .

جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٤٨٨ — ص ٤٨٩) : « إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين ، فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه ، لم يجزهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو ببيّنة . فإذا ثبتت ، نظر في ماله . فإن كان وافياً بدينه ، لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه ، فإن أُنِي حبسه ، فإن لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه . وإن كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة ، لم يحجر عليه ، لأنه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها . وإن كان بعضها مؤجلاً وبعضها حالاً وماله يفي بالحال ، لم يحجر عليه أيضاً كذلك . وقال بعض أصحاب الشافعي إن ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بأزاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله فقيه وجهان : أحدهما يحجر عليه لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه ، فهو كما لو كان ماله ناقصاً . ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس ، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر . وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها ، فسأل غرماءه الحجر عليه ، لزمته إجابتهم . ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه ، لأنه لا ولاية له في ذلك ، وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به . وإن اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض ، أوجب من طلب لأنه حق له . وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة ليس للحاكم الحجر عليه ، فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لأنه فصل مجتهد فيه . وليس له التصرف في ماله لأنه لا ولاية عليه

إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه ، فإن امتنع لم يبعه . وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله ، وإنما يحبس لبيع بنفسه ، إلا أن يكون عليه أحد النقدين وماله من النقد الآخر في دفع الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم ، لأنه رشيد لا ولاية عليه ، فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه كالذي لا دين عليه . وخالفه صاحبه في ذلك .

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٤٦٣) : ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه ، لتجنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياع أموالهم . ويشهد عليه لينتشر ذلك ، وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان .

ما يترتب على الحجر :

ويترتب على الحجر أمور ثلاثة : (١) منع المدين من التصرف في ماله (٢) بيع ماله عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء ، ولا تحل الديون المؤجلة . (٣) استرداد من باع عيناً للمدين ولم يقبض ثمنها للعين ذاتها .

١ - منع المدين من التصرف في ماله

يمنع المدين من التصرف في ماله ، الموجود وقت الحجر ، وما سيوجد بعده دون حاجة إلى حجر جديد . فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا أو نحو ذلك ، ولو كان تصرفه بغير محاباة ، لم يصح ذلك وكان التصرف باطلاً . وأما إن تصرف المفاس في ذمته ، فاشترى أو اقترض أو تكفل ، صح تصرفه ، لأنه أهل للتصرف وإنما وجد في حقه الحجر ، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته . ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء ، لأنهم رضوا بذلك إذ علموا أنه مفاس وعاملوه ، ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك فإن هذا في مظنة الشهرة ، ويتبع بها بعد فك الحجر عنه . وإن أقر بدين ، لزمه بعد فك الحجر عنه . ولو كان

صانعا ، كالتقصار والحائك ، في يديه متاع فأقربه لأربابه ، لم يقبل إقراره ، وتباع العين التي في يديه وتقسم بين الغرماء ، وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها ، لأنها صرفت في دينه بسبب من جهته ، فكانت قيمتها عليه كالموذن في ذلك . وإن توجهت على المفلس يمين فنسكل عنها فقضى عليه ، فحكمه حكم لإقراره ، يلزم في حقه ولا يحاص الغرماء ، ولو جنى المفلس بعد الحجر جنايه أوجب مالاً ، شارك المجنى عليه الغرماء ، لأن حق المجنى عليه ثبت بغير اختياره . ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال ، شارك الغرماء لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه .

جاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٦٣ وما بعدها) : « متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله ، فإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة مالا له أو نحو ذلك ، لم يصح . وبه قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء وإلا بطل . ولنا أن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ، ولأنه محجور عليه بحكم حاكم فأشبهه السفينة . وإن أقر بدين لم يقبل في الحال ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه ، نص عليه ، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول ، وقال في الآخر يشاركونهم اختاره ابن المنذر لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة . ولنا أنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفينة ، ولأنه إقرار يبطل بثبوته في حق غير المقر فلم يقبل ، أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن ، ولأنه متهم في إقراره ، وفارق البينة لأنه لا تهمة في حقها . فإن كان المفلس صانعا ، كالتقصار والحائك ، في يده متاع ، فأقربه لأربابه ، لم يقبل ، والقول فيها كالتقيلها . وتباع العين التي في يده وتقسم بين الغرماء ، وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر

عليها ، لأنها انصرفت في وفاء دينه بسبب من جهته ، فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك . وإن توجهت على المفلس يمين ، فنسكل عنها فقضى عليه ، فحكمه حكم إقراره يلزم في حقه دون الغرماء .

٢ — بيع مال المدين وفسدة الثمن بين الغرماء بالمخاصة — عرهم

مأول الديون المؤجلة :

ويبيع الحاكم مال المفلس حتى يفي الغرماء (١) . ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة : أحدها ليحصى ثمنه ويضبطه ، والثاني أنه أعرف بشمن متاعه وجيده ورديئه ، والثالث أن تكثر الرغبة فيه فإن شراه من صاحبه أحب إلى المشتري ، والرابع أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه . ويستحب إحضار الغرماء أيضا لأموار أربعة : أحدها أنه يباع لهم ، والثاني أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس ، والثالث أنه أطيب لقلوبهم وأبعد عن التهمة ، والرابع أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها . ويقام مناد ينادى على المتاع ، وتدفع أجرته من مال المفلس لأن البيع حق عليه ، وقيل يدفع من بيت المال لأنه من المصالح . ويستحب بيع كل شيء في سوقه ، ويبيع الأمين المال بنقد البلد لأنه أوفر ، وإن زاد في السلعة زائد في مدة الخيار لزمه الفسخ . ويبدأ بيع العبد الجاني ، فيدفع إلى الجني عليه أقل القيمتين من ثمنه أو أرش جنايته ، وما فضل منه رده إلى الغرماء . ثم يبيع الرهن ، فيدفع إلى المرتهن قدر دينه ، وما فضل من ثمنه رده إلى الغرماء ، وإن بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء . ثم يبيع ما يسرع إليه الفساد . ثم يبيع الحيوان ، لأنه معرض للإتلاف ويحتاج إلى مؤونة . ثم يبيع السلع والأثاث ، لأنه يخاف عليه

وتناله الأيدي . ثم العقار أخيراً ، لأنه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه .

ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدين لواحد ، دفعه إليه لأنه لا حاجة إلى تأخير . وإن كان له غرماء ، فأمكننت قسمته عليهم ، قسم ولم يؤخر . وإن لم تمكن قسمته ، أودع عند ثقة إلى أن يجتمع وتمكن قسمته ، فيقسم . وإن كانت الديون من جنس الأثمان ، أخذها الغرماء متحاصنين فيها . وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان ، فرضى أن يأخذ عوض حقه من الأثمان ، جاز . وإن امتنع وطلب جنس حقه ، ابتاع له بخصته من جنس دينه . وإذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة ، ففي إجباره على إيجار نفسه روايتان ، إحداهما لا يجبر على التكسب والثانية يجبر . ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض . وإذا انتهت قسمة مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر ، رجع على كل من الغرماء بقسطه .

وإذا كان على المفلس دين مؤجل ، لم يحل بالتفليس ، وهو المذهب المشهور الأصح . ذلك أن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ولأن التفليس لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه ، ولأنه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله . وإذا سلم أن الدين يحل بالموت ، فالفرق بينهما أن ذمة المدين خربت بالموت بخلاف التفليس . فلا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية ، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالية ، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله . فإن لم يقسم الغرماء حتى حل الدين ، شارك صاحب الدين المؤجل الذي حل أجله سائر الغرماء ، كما لو تجدد على المفلس دين بجنائته . وإن أدرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ، ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم .

وينفق على المفلس وعلى من تلزمه نفقته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ

من قسمته بين غرمائه ، إلا إذا كان ذا كسب يني بالنفقة . وإن مات المفلس ، كفن من ماله . ولا تباع داره التي لا غنى له عن سكنائها ، كما لا يباع ما يلزمه من الثياب والأثاث .

وإذا فرق مال المفلس ، كان في فك الحجر عنه وجهان . أحدهما يزول الحجر بقسمة ماله ، لأنه حجر عليه لأجله ، فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر ، فزال الحجر ، كزوال حجر الجنون لزوال جنونه . والثاني لا يزول إلا بحكم الحاكم ، لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا بحكمه ، كالحجور عليه لسفه . وفارق الجنون ، فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله ، ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحت فوقف ذلك على الحاكم ، بخلاف الجنون . وإذا أعيد الحجر عليه لديون تجددت ، شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني ، إلا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها .

جاء في الفروع لأبي عبد الله بن محمد بن مفلح (جزء ٢ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٢) : « يلزم الحاكم قسمة ماله على الغرماء إذا كان من جنس الدين ، وإلا باعه على الفور لأن ذمته لم تخرب بخلاف الميت ، بلا إذنه . ولا تباع إلا بضمن مثله المستقر في وقته أو أكثر ، ذكره شيخنا وغيره . ويستحب إحضاره وغرمائه ، وبيع كل شيء في سوقه . ويبيع أولاً أقله بقاء وأكثره كلفة . ونفقته أدنى نفقة مثله وكسوته وعياله من ماله حتى يقسم ، وذكر الشيخ إن لم يكن ذا كسب . ويترك له مالا بذمته كمسكن لاسعة فيه وخادم ليسا نفيسين . . وفرس يحتاج ركوبها . . ودابة يحتاجها . ونقل عبد الله يباع السكل إلا المسكن وما يوازيه من ثياب وخادما يحتاجه . وأجرة المنادي ونحوه ، ولا متبرع ، من الثمن ، وقيل من بيت المال . . ويقدم المرتهن برهن لازم . . ويشارك المرتهن بالفضل . . ويقسم الباقي بقدر ديون غرمائه ، ولا يلزمهم بيان ألا غريم سواهم ، ويلزم الورثة بينة تشهد : لانعلم له وارثا سواهم . . لئلا يأخذ أحدهم مالا حق له فيه . ثم إن ظهر غريم لم ينقض ،

ويرجع على كل واحد بقدر حصته .. فلو كان له ألف اقتسمها غريمه نصفين ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما ، رجع على كل واحد بثلاث ماقبضه . وإن كان أحدهما قد أتلّف ماقبضه ، فظاهر المذهب أن الثالث يأخذ من الآخر ثلث ماقبضه من غير زيادة .. ولا يحل دين تفليس .. فيختص به الحال ، وعنه يحل فيشارك به .. ويلزم إجبار محترف على الكسب فيما يليق بمثله لبقية دينه كوقف وأم ولد .. وعنه لا يجوز كقبول هبة وصدقة ووصية ، .

وجاء في الإنصاف للرداوى (جزء ٥ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) : فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل : هذا إحدى الروايات ، وهو المذهب . قال الزركشى هذا المذهب المشهور . قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب ، وهو أصح . قال القاضى لا يحل الدين بالفلس رواية واحدة . قال فى التلخيص لا يحل الثمن المؤجل بالفلس على الأصح . قال فى الخلاصة وإن كان له دين مؤجل لم يشارك على الأصح . وقدمه المستوعب والكافى والمغنى والشرح والرايعتين والحاويين والفروع والفائق وغيرهم . وجزم به فى العمدة وغيره . وعنه يحل ، ذكرها أبو الخطاب . قال ابن رزين وليس بشيء . وأطلقهما فى الهداية والمذهب . وعنه لا يحل إذا وثق برهن أو كفيل ملىء ، وإلا حل : نقلها ابن منصور . فتى قلنا يحل ، فهو كبقية الديون الحالة . ومتى قلنا لا يحل ، لم يوقف لربه شيء ، ولا يرجع على الغرماء به إذا حل . لكن إن حل قيل القسمة شارك الغرماء ، وإن حل بعد قسمة البعض شاركهم أيضا وضرب بجميع دينه وباقي الغرماء ببقية ديونهم ، قاله الزركشى وغيره من الأصحاب . وجاء فى مكان آخر (ص ٣١٧) : وإن بقى على المفلس بقية وله صنعة ، فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها ؟ على روايتين .. إحداهما يجبر ، وهو الصحيح من المذهب .. والرواية الثانية لا يجبر .. كما لا يجبر على قبول الهدية والصدقة والقرض والهبة والوصية والخلع والتزويج .. الصحيح من المذهب أنه يجبر على إيجار موقوف عليه وإيجار أم ولده إذا استغنى عنها . قال فى الفروع ويجبر

على إيجار ذلك في الأصح ، وجزم به في المغنى والشرح والقواعد في أم الولد .
وقيل لا يجبر ، وأطلقهما في الرعاية الكبرى .

٣ — استرداد من باع عبدا من المدين ولم يقبض ثمنها لهذه
العين فأنها :

وإن وجد أحد الغرماء عين ماله عند المفلس استرده ، فهو أحق به من
سائر الغرماء . فإذا باع أحد سلعة ولم يقبض ثمنها ، ثم أفلس المشتري ، فإن
البائع بالخيار ، إن شاء رجع في السلعة وفسخ البيع فاستردها بعينها ، وإن
شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل
أو أكثر ، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجب كالعيب والخيار .
ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم لأنه فسخ ثبت بالنص ، فلم يفتقر إلى حكم
حاكم كفسخ النكاح لعق الأمة . فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة
ليتركها ، لم يلزمه القبول لاحتمال ظهور غريم آخر . وإن دفع الغرماء إلى
المفلس الثمن فبذله للبائع ، لم يكن له الفسخ ، وفي هذه الحالة إذا ظهر غريم
آخر لا يشارك البائع في الثمن .

جاء في الإنصاف للهرداوى (جزء ٥ ص ٢٨٦ — ص ٢٨٧) « إن من
وجد عنده عينا باعها إياه ، فهو أحق بها ، بشرط أن يكون المفلس حيا ،
ولم ينقد من ثمنها شيئا ، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما
يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق ، ولم يتعلق بها حق من شفعة (١) أو

(جاء في المغنى « جزء ٤ ص ٤٨٢ » : « وان كان المبيع شقصا مشفوعا فيه ، ففيه ثلاثة
أوجه : أحدها البائع أحق به .. لانه اذا رجع فيه تاد الشقص اليه فزال الضرر عن الشفيع ،
لانه عاد كما كان قبل البيع ولم تتحدد لشركة غيره . والثاني ان الشفيع احق .. لان حقه اسبق
فكان أولى ، بيانه ان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع .. والوجه الثالث
ان الشفيع ان كان طالب بالشفعة فهو أحق لان حقه تأكد هنا بالمطالبة ، وان كان لم يطالب
بها فالبايع أولى . ولاصحاب الشافعى وجهان كالاولين ، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من

جناية أو رهن ونحوه ، ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة ذكر المصنف شروطاً منها أن يكون المفلس حياً ، فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء . . وقال في التلخيص من الشروط أن يكون البائع حياً ، إذ لا رجوع للورثة . . . ومنها ألا يكون نقد من ثمنها شيئاً ، فإن كان نقد منه شيئاً كان أسوة الغرماء ، لا أعلم فيه خلافاً . ومنها أن تكون السلعة بحالها لم يتلف بعضها ، ، وكذا لم يزل ملكه عن بعضها ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك . (١)

الشفيع فيختص به البائع جميعاً بين الحقيين ، فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع ، وغرض البائع في ثمنه ، فيحصل ذلك بما ذكرنا . وليس هذا جيداً ، لان حق البائع انما ثبت في العين ، فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه . . (٢) وفي المذاهب الاربعة يحبس المدين في الدين ولو لم يكن مفلساً ، اذا ظن أن له مالا . وهذا غير الحجر للافلاس ، فقد يحبس المدين ولا يحجر عليه ، وقد يحجر عليه ولا يحبس ، وقد يحجر عليه ويحبس . وانما الحبس طريق من طرق التنفيذ ، لاجبار المدين ولو كان غير مفلس على اظهار المال اذا كان قد أخفاه ، وعند أبي حنيفة حتى يبيع المدين ماله بنفسه ولا يباع عليه . وننقل هنا بعض النصوص ، كل من المذاهب الاربعة ، في هذا الصدد :

جاء في البحر الرائق « جزء ٨ ص ٨٣ و ٨٤ » : « وحبس ليبيع ماله في دينه ، لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم ، فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه . ولا يكون ذلك اكراها على البيع ، لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأى طريق كان عند أبي حنيفة . . يحبس حتى يظهر له مال ، فان لم يظهر له مال أخرجه من الحبس » . وجاء في الخرشي « جزء ٥ ص ٢٧٦ » : « المديان ، سواء كان مفلساً أم لا ، أحاط الدين بما له أم لا ، يحبس الى أن يثبت عسره ، كان ذكراً أو أنثى ، حراً أو مأذوناً له في التجارة . هذا أن جهل حاله ، أى لم يعلم هل هو ملىء أو معدم ، لان الناس محمولون على الملاء . وهذا مما قدم فيه الغالب على الاصل ، لان الاصل في الانسان أن يولد فقيراً لاملك له ، والغالب من شأنه التكسب ، فحمل على الغالب في هذا . أما من علم ملاؤه فيؤمر بدفع الحق الان ، ومعلوم العدم يجب انظاره . ومحل حبس مجهول الحال مالم يسأل التأخير بحميل بوجهه الى غاية اثبات عسره . فان سأل الصبر بحميل بوجهه وأولى بالمال الى أن يثبت عسره ، فإنه لا يحبس ، لان الغريم لم يثبت ملاؤه ولا أنه غيب مالا ، وانما سجن ليتبين أمره ، فاذا أعطى حميلاً الى مدة الاستكشاف توصل به الى ذلك كما يتوصل بالسجن » .

وجاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٣٣) : « قال في كتاب التفليس من المقدمات وقد كان الحكم من النبي صلى الله عليه وسلم في أول الاسلام بيع المديان فيما عليه من الدين ، على ما كان عليه من الاقتداء بشرع من قبله فيما لم ينزل عليه فيه شيء ، وذكر قصصاً في ذلك . ثم قال نسخ الله ذلك من حكم رسوله بقوله وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » .

مقارنة فيما بين المذاهب الأربعة في الحجر على المدين المفلس :

بعد أن بسطنا المذاهب الأربعة في الحجر على المدين المفلس ، نعقد في إيجاز مقارنة فيما بين هذه المذاهب ، مقتصرين على الخطوط الرئيسية لنظام التفليس في الفقه الإسلامي . ونجرب المقارنة في المسألتين الرئيسيتين اللتين ينطوي عليهما هذا النظام : (١) كيف يتم الحجر (٢) وما يترتب على الحجر .

كيف يتم الحجر :

تتفق المذاهب جميعاً على أن الحجر يكون على مدين ديونه الحالة أكثر من ماله ، وعلى أن الحجر يكون بناء على طلب الدائنين ، وعلى أنه لا يكون

وجاء في الوجيز للغزالي (جزء أول ص ١٧٢) : « الحكم الثالث حبسه الى ثبوت اعساره . وللقاضى ضربه ان ظهر عناده باخفاء المال . فان أقام بينة على اعساره ، سمع في الحال وأنظر الى مسيرة . وليشهد من يخبر باطن حاله ، فانه شهادة على التفى قبلت للحاجة . ثم للخصم أن يحلفه مع الشهادة ، فان لم يطلب فهل يجب على القاضى أدبا في قضائه ؟ فيه خلاف . وان لم يجد بينة وقد عهد له مال ، فلا يقبل قوله . . وان لم يعهد ، فقبل ان القول قوله لان الاصل عدم اليسار ، وقيل لا بل الاصل في الحر الاقتدار ، وقيل ينظر ان لزمه الدين باختياره . فالظاهر أنه لا يلتزم إلا عن قدرة . فان لم يقبل يمينه ، فان كان غريباً فليوكل القاضى به من يسأله عن منشأه ومتقلبه حتى يغلب على ظنه افلاسه فليشهد كى لا يتخذ الحبس عليه » .

وجاء في المغنى « جزء ٤ ص ٤٨٨ » : « اذا رفع الى الحاكم رجل عليه دين ، فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه ، لم يجبههم حتى تثبت ديونهم باعتباره أو ببينة . فاذا ثبتت نظر في ماله ، فان كان وافيا بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه . فان أبى ، حبسه . فان لم يقضه وصبر على الحبس ، قضى الحاكم دينه من ماله ، فان كان وافيا بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه . فان أبى ، حبسه . فان لم يقضه وصبر على الحبس ، قضى الحاكم دينه من ماله ، وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه » .

وجاء في الشرح الكبير (جزء ٤ ص ٤٥٩) : « قال ابن المنذر أكثر من تحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين ، منهم مالك والشافعى وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد بن الحسن ، وروى عن شريح والشعبي . وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن أبى جعفر والليث بن سعد » .

إلا بحكم من القاضى وهو حكم يحسن الإشهاد عليه وإعلانه للناس حتى تتجنب
معاملة المدين المفلس .

هذا هو الجوهر تتفق فيه المذاهب ، وتختلف بعد ذلك في مسائل أهمها
مايأتى : (١) أبو حنيفة فى المذهب الحنفى لا يجيز الحجر للإفلاس ولا بيع
مال المدين أصلاً عليه ، بل إن إفلاس المدين عنده لا يمكن أن يتحقق إلا بعد
الموت . ويخالفه أصحابه فى كل ذلك . (٢) المذهب الحنفى فى قول يجيز الحجر
على المدين ولو كان مليئاً إذا كان ممطلاً فى دفع ديونه ، وفى قول آخر لا يجيز
الحجر إلا إذا كان مال المدين لا يفي بديون الحالة والمؤجلة (٣) . المذهب المالكى
فى قول يجيز الحجر على المدين ، ليس فحسب إذا كان دينه الحال أكثر من
ماله ، بل أيضاً إذا كان مجموع ديونه الحال منها والمؤجل يزيد على ماله بشرط
أن يكون فى الديون ما هو حال . (٤) يشترط المذهب المالكى فى الحجر
للإفلاس ، فوق الشروط المتقدمة ، أن يلد المدين ويماطل بعد حلول الأجل
فى دفع ما عليه ، فإن دفع للدائنين جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شيء لم يحجر
عليه . (٥) المذهب الشافعى فى قول يجيز الحجر على المدين وإن كان ماله يفي
بالديون الحالة إذا ظهرت عليه أماراة التفليس ، بأن زاد خرجه على دخله .
(٦) يجوز فى المذهب الشافعى أن يتقدم المدين إلى الحاكم لتفليس نفسه .

ما يترتب على الحجر :

يمكن حصر النتائج التى تترتب على الحجر فى المذاهب كلها فى أمور أربعة :
(١) غل يد المدين المحجور عن التصرف فى ماله . (ب) بيع أمواله عليه .
(ج) ترك ما يحتاج إليه شفقة عليه . (د) المساواة الفعلية ما بين الدائنين
عن طريق المحاصة بينهم .

(١) ففى غل يد المدين المحجور تتفق المذاهب جميعاً فى أن المدين لا يجوز
له أن يتصرف تصرفاً مفقراً فينقص من ماله ، ببيع أو هبة أو وقف .

أو نحو ذلك . ولا يجوز له أن يلتزم في ماله المحجور عليه ، بقرض أو شراء أو نحو ذلك من التصرفات القولية ، وينفذ التزامه فيما يجد له من مال بعد زوال الحجر ، أما التزامه بحماية ونحوها من التصرفات الفعلية فينفذ في ماله المحجور عليه . وإذا عرض للمدين المحجور كسب فامتنع عنه ، كربة أو وصية امتنع عن قبولها ، لم يجبر على ذلك .

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسائل أهمها ما يأتي : (١) عند الحنفية يجوز للمدين المحجور أن يتصرف في ماله معاوضة بغير محاباة . (٢) وعندهم لا يكون عدم نفاذ التصرفات التبرعية إلا في حق الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين دون غيرهم من الغرماء الذين لم يباشروا الحجر . (٣) التصرفات المحظورة الصادرة من المدين المحجور موقوفة لحق الغرماء في المذهبين الحنفي والمالكي ، وهي باطلة في المذهب الحنبلي وفي القول الصحيح من مذهب الشافعي . (٤) إقرار المدين المحجور لا ينفذ في ماله المحجور عليه عند الحنفية والمالكية والحنابلة ، وينفذ في القول الصحيح من مذهب الشافعي .

(ب) وفي بيع أموال المحجور تتفق المذاهب جميعاً على أن ما به يباع عليه ، ويعجل بيع ما يخشى فسادَه أو تغيره عن حالته ، ويتحرى الحاكم الاستقصاء في الثمن وعدم تقدم من يزيد .

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسألة هامة . فعند الحنفية والمالكية لا يتناول الحجر إلا المال الموجود وقت الحجر . وعند الشافعية والحنابلة يتناول الحجر أيضاً ما يجد من مال دون حاجة إلى حجر جديد . وقد تقدم أن أبا حنيفة لا يحيز بيع مال المدين عليه ، ويحيز حبسه في الدين حتى يبيع ماله بنفسه ، أما الصحابان والمذاهب الأخرى فتجيز حبس المدين في الدين وتجزئ إلى جانب ذلك بيع ماله عليه .

(ج) وفي ترك ما يحتاج إليه المدين المحجور تتفق المذاهب جميعاً في

أن يترك له ما يحتاج إليه في صناعته أو حرفته ، ويترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته .

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسائل أهمها ما يأتي : (١) تباع دار السكنى عند المالكية والشافعية ، ولا تباع عند الحنفية والحنابلة . (٢) لا يجبر المدين المحجور على التكسب لوفاء الباقي من ديونه عند الحنفية والمالكية والشافعية ، ويجبر على ذلك في القول الصحيح من المذهب الحنبلي .

(د) وفي المساواة الفعلية ما بين الدائنين يتميز الفقه الإسلامي بأنه يجعل إجراءات التنفيذ على مال المدين . المحجور للإفلاس إجراءات جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين فتتفق المذاهب جميعاً في أن يقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء يتحاصون فيه ، وإذا ظهر بعد قسمة المال غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه . على أن من وجد من الغرماء عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره ، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله .

وتختلف المذاهب بعد ذلك في مسائل أهمها ما يأتي : (١) تحل الديون المؤجلة التي على المفلس بالحجر عليه عند المالكية ، ولا تحل عند الحنفية وفي القول الأظهر من مذهب الشافعي وفي القول المشهور الأصح من المذهب الحنبلي . وعند من يقول بعدم حلول الديون المؤجلة لا يدخر من مال المحجور شيء لها إذا تمت قسمة المال بين أصحاب الديون الحالة قبل حلول الديون المؤجلة ، وفي هذا بعض تفويت للمساواة الفعلية ما بين الدائنين . (٢) عند الحنفية من وجد من الغرماء عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره لم يكن له أن يفسخ البيع لأخذ عين ماله ، وهو أسوة الغرماء . أما إذا كان المشتري لم يقبض المبيع أو قبضه بغير إذن البائع ، فللبائع أن يستبقى المبيع في يده أو يسترده من المشتري ، فيحبسه بالثمن . وفي المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، قدمنا أن للبائع الفسخ وأخذ عين ماله ، قبل القبض وبعده .

(٣) إذا طلب البائع فسخ البيع ، في المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، لأخذ عين ماله ، فعند المالكية يجوز للغرماء أن يفدوا المبيع بدفع ثمنه للبائع ولو بمالههم فأولى بمال المفلس ، فيمتنع على البائع أن يفسخ وأن يأخذ عين ماله . وعند الشافعية يجوز للغرماء أن يفدوا المبيع بدفع ثمنه للبائع من مال المفلس ، أما فداؤه بدفع ثمنه من ماله فلا يجوز لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر . وعند الحنابلة إذا بذل الغرماء الثمن لصاحبة السلعة ليركها لم يلزمه القبول لاحتمال ظهور غريم آخر ، لكن إذا دفع الغرماء إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن لهذا أن يفسخ وفي هذه الحالة إذا ظهر غريم آخر لا يشارك البائع في الثمن .

مقارنته بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإعسار :

خلص مما قدمناه أن الفقه الإسلامي ينظم إعسار المدين تنظيماً جماعياً يحمي به حقوق الدائنين ، ويحقق بواسطته المساواة الفعلية فيما بينهم ، ويستجيب فيه لدواعي الشفقة بالمدين فيكفل له نفقته هو ومن يعول . وقد جرى الفقه الإسلامي في ذلك أحدث النظم الغربية ، وقد رأينا مثلاً لهذه النظم الأخيرة في نظام الإعسار في التقنين المدني المصري الجديد ، فنعقد مقارنة سريعة بين هذا النظام والنظام الذي بسطنا أحكامه في الفقه الإسلامي .

يقوم نظام الإعسار في التقنين المدني المصري ، كما رأينا ، على الأسس الآتية :

أولاً — إذا زادت ديون المدين الحالة على ماله ، جاز لدائنيه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره . وللمحكمة أن تقضى بشهر إعسار المدين بحكم ، وتسجل صحيفة دعوى الإعسار في قلم كتاب المحكمة ويؤشر بالحكم على هامش هذا التسجيل . ويجوز للمدين نفسه أن يتقدم إلى المحكمة طالباً شهر إعساره ، فتجيبه المحكمة إلى طلبه .

وهذا هو عين ما رأيناه في الخطوط الرئيسية للفقه الإسلامي . فقد قدمنا أن المدين يحجر عليه بحكم الحاكم ، إذا زادت ديونه الحالة على ماله .

ويكون الحجر بناء على طلب دائنيه، وقد يكون بناء على طلب المدين نفسه في مذهب الشافعي . ويحسن الإشهاد على الحكم وإعلانه للناس لتجنب معاملة المدين المحجور . بل إن الخلاف في مذهب مالك ، وقد رأينا هذا المذهب في قول يجيز الحجر على المدين ليس فحسب إذا كان دينه الحال أ كثر من ماله بل أيضا إذا حلت بعض ديونه وكان مجموع ديونه الحال منها والمؤجل يزيد على ماله ، فراه مردد آ في الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري . فقد ورد نص المادة ٣٣٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الجديد ، عن طريق الخيرة ، على أحد الوجهين الآتين : يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه على أمواله، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء ، أو « يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء » . وقد فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المتقدمين ، فاختارت النص الثانى وهو الذى استقر فى التقنين المدني المصري الجديد (انظر الوسيط للمؤلف جزء ٢ ص ١٢١٢ هامش رقم ١) .

ثانيا — إذا شهر إعسار المدين بحكم ، غلت يد المدين عن التصرف في ماله ، وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون غير سار في حق الدائنين ، دون حاجة إلى إثبات أعسار المدين إذ هو ثابت بالحكم ، ودون حاجة إلى إثبات تواطو المدين مع من تصرف له في ماله . ويكون المدين معرضاً لعقوبة التبديد إذا هو ارتكب عملا من الأعمال التي سبق بيانها عند الكلام في الإعسار في التقنين المدني المصري . ويستطيع المدين إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقى دون مورد يعيش منه ، أن يطلب تقرير نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

وهذه هي أيضاً أحكام الفقه الإسلامى فيما قدمناه . فإذا حجر على المدين بحكم الحاكم ، لم تسر تصرفاته القولية وإقراراته في المال المحجور عليه في حق غرمائه . ويحبس إن كان عنده مال وأخفاه أو كان ظاهر الغنى وادعى عدم

المقدرة على وفاء ما عليه، ويطلق المجهول الحال من الحبس إن طال حبسه بحيث يغلب على الظن أنه لو كان عنده مال لما صبر على الحبس . ويترك للمدين المحجور قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته .

ثالثاً — ويحقق نظام الإعسار في التقنين المدني المصري المساواة ما بين الدائنين فيتحاصون في أموال المدين ، وتحل الديون المؤجلة ، ولا يجوز لدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار المدين وإلا كان الاختصاص غير نافذ في حق الدائنين الآخرين . ولكن المساواة التي تتحقق هي المساواة القانونية لا المساواة الفعلية، فليست هناك إجراءات جماعية يتخذها الدائنون في التنفيذ على أموال المدين . بل كل منهم يتخذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقه ، فإذا حصل عليه لم يشاركه فيه سائر الدائنين .

وأحكام الفقه الإسلامي تحقق هي أيضاً ، كما رأينا ، المساواة بين الدائنين . فيقسم ما يحصل من مال المفلس بين الغرماء يتحاصون فيه ، وتحل الديون المؤجلة ، ولا يقدم دائن على دائن إلا بمسوغ شرعي . بل إن الفقه الإسلامي لا يكتفى بالمساواة القانونية بين الغرماء ، إذ هو يحقق كما قدمنا المساواة الفعلية بينهم . وذلك عن طريق إجراءات جماعية عند التنفيذ على أموال المدين ، فإذا ظهر بعد قسمة أموال المدين على الغرماء غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه .

ولما كانت أحكام الفقه الإسلامي في تنظيم الإعسار وافية بالأغراض التي يقصد إليها من وراء هذا التنظيم ، لم يكن غريباً أن يعتمد التقنين المدني العراقي إلى هذه الأحكام فيستمد منها نظاماً تشريعياً للحجر على المدين المفلس ، وهو النظام الذي نبسط أسسه فيما يلي .

الحجر على المدين المفلس في التقنين المدني العراقي :

أخذ التقنين المدني العراقي نظام الحجر على المدين المفلس من أحكام الفقه الإسلامي كما قدمنا ، وفصل هذا النظام تفصيلاً يتسق مع النظم القضائية في العراق ومع المبادئ العامة للتقنين المدني العراقي . ونستعرض الخطوط

الرئيسية لهذا النظام مع النصوص المتعلقة بها ، فننظر كيف يتم الحجر على المدين المفلس ، وما هي الآثار التي تترتب على هذا الحجر ، وكيف ينتهي .

كيف يتم الحجر على المدين المفلس :

يشترط للحجر على المدين ما يأتي : (١) أن يكون ماله لا يفي بديونه الحالة . (٢) أن يطلب أحد الدائنين الحجر عليه . (٣) أن تكون هناك أسباب معقولة للخوف من أن يضيع المدين ماله أو أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره . وقد وردت هذه الشروط في المادة ٢٧٠ مدني عراقي على الوجه الآتي : « المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله ، إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة ، وراجعوا المحكمة في حجه عن التصرف في ماله أو إقراره بدين لآخر ، حجرته المحكمة . »

فإذا توافرت هذه الشروط ، وقع الحجر على المدين المفلس بحكم تصدره محكمة البداية بناء على طلب أحد الدائنين (م ٢٧١ / ١ مدني عراقي) .

الآثار التي تترتب على الحجر على المدين المفلس :

يترتب على الحجر على المدين المفلس ما يأتي : (١) الحجر على جميع أمواله ومنعه من التصرف فيها أو الإقرار بديون . (٢) حلول الديون المؤجلة . (٣) بيع أموال المدين المفلس للوفاء بديونه (١) .

(١) أما استرداد الغريم للعين التي له في أموال المدين ، فهذا مالم يتعرض له التفنين المدني العراقي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وهذه القواعد أوسع من أحكام الفقه الاسلامي في هذه المسألة . فان البائع في الفقه الاسلامي لا يستطيع ، مالم يشترط خيار النقد ، ان يسترد سلعته بفسخ البيع الا اذا أفلس المشتري وحجر عليه . أما القواعد العامة فتقضي بأنه يجوز للبائع فسخ البيع واسترداد المبيع اذا لم يستوف الثمن ، حتى لو كان المشتري لم يحجر عليه بل كان موسراً قادراً على الوفاء بالثمن ، واذا كانت هناك قيود على استرداد البائع للمبيع ، فمحل ذلك في القانون التجاري عند افلاس المشتري وبالنسبة الى البضائع التي اشتراها وتسلمها . ومن أجل ذلك لم يكن هناك محل في التفنين المدني العراقي لايراد أحكام الفقه الاسلامي في هذه المسألة ، والا كان في ذلك تضيق من نطاق القواعد العامة على النحو الذي بسطناه .

فيحجز على أموال المدين المفلس — الموجود منها وما سيوجد بمجرد أن يوجد — إذ يجوز لأي دائن بموجب الحكم الصادر بالحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير ، عدا الأموال التي لا يجوز حجزها . ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر ، ولو كان الذي طلب الحجز بعض الدائنين دون بعض أو أحد الدائنين دون الآخرين (م ٢٧١ / ٢ مدني عراقي) . ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها ، إلا إذا كان هناك ما يبرر إقامة حارس آخر (م ٢٧١ / ٣ مدني عراقي) . ومتى حجز على أموال المدين ، لم يعد هذا يستطيع أن يتصرف فيها لا تبرعاً ولا معاوضة ، وكل تصرف يصدر منه بعد الحجز يكون باطلاً . ولا يجوز للمدين المحجور أن يرتب في ذمته ديناً كأن يقرض ، بل إنه لا يجوز له من وقت الحجر أن يفي أحد غرمائه دون الآخرين ، وإذا فعل كان لسائر الغرماء استرداد المبلغ الذي دفعه لهذا الغريم والمحاصة فيه معه . كما لا يجوز للمدين المحجور من وقت الحجر أن يقر بدين عليه ، ولا يعتبر إقراره سارياً في حق الدائنين ، ولكن إذا قامت بينه على وجود دين في ذمته قبل الحجر ثبت هذا الدين لو أقيمت البينة بعد الحجر . وتنص المادة ٢٧٤ مدني عراقي في هذا الصدد على ما يأتي : « إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره ، وإذا دفع من ماله ديناً في ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه » . على أن المدين — هو ومن تلزمه نفقته — يستحق النفقة في ماله طول مدة الحجر ، وتنص المادة ٢٧٢ مدني عراقي على هذا الحكم إذ تقول : « ينفق على المدين المحجور وعلى من تلزمه نفقته في مدة الحجر من ماله ، فإذا أوقع الدائنون الحجز على إرادته كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من إرادته المحجوزة » . فإذا لم يحجز الدائنون على إرادته كلها أو بعضها ، فالمفروض أنهم تركوا ما لم يحجزوا عليه نفقة للمدين ، ولهم أن يحجزوا على إرادته كلها

بعد أن يطلبوا هم — أو يطلب المدين — تقدير النفقة الواجبة .

ويحل ما فى ذمة المدين المفلس من ديون مؤجلة بمجرد الحكم بالحجر عليه ، على أن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية إذا كان هناك اتفاق على سعر الفائدة ، أو الفائدة القانونية إذا لم يكن هناك اتفاق عن المدة التى سقطت بحلول الدين . ويزاحم أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالية فى المحاسبة بهذا المقدار بعد الخصم . على أنه يجوز للمدين أن يطلب من المحكمة فى مواجهة دائنيه إبقاء الأجل أو مده أو منح أجل للديون الحالية ، فإذا رأت المحكمة أن هذا يساعد على تصفية أموال المدين تصفية رابحة ينتفع بها كل من المدين والدائنين أجابته إلى طلبه . وتنص المادة ٢٧٣ مدنى عزانى فى هذا الصدد على أنه : « ١ — يترتب على الحكم بالحجر أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل . ٢ — ويجوز للمحكمة ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، أن تحكم بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز لها أن تمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالية ، إذا رأت أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكشف مصالح المدين والدائنين جميعاً » .

وتباع أموال المدين المفلس للوفاء بديونه . ولكن إجراءات التنفيذ تبقى إجراءات فردية يتولاها كل دائن لحسابه الخاص ، دون أن تكون هناك إجراءات جماعية يتولاها مصف أو سنديك لحساب جميع الدائنين . فيجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجر ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه . فينفذ على أى مال من أموال المدين بالطرق المقررة ، على أن ما يحصل من التنفيذ يتقاسمه الدائنون جميعا قسمة غرماء ، لأن الحجر قد تقرر لمصلحة جميع الدائنين كما قدمنا . فمن تقدم منهم لأخذ حصته أخذها ، ومن تخلف لم يأخذ شيئا ، على أن يتقدم فيما عسى أن يستجد

من التنفيذات أو على أن يقوم هو بنفسه بالتنفيذ على أموال أخرى للمدين . وهذا بخلاف الفقه الإسلامي ، فقد رأينا أن أحكامه تقضى بجعل تصفية أموال المدين تصفية جماعية ، فإذا ظهر غريم متأخرا حاص بقية الغرماء فيما أخذوا . وتنص المادة ٢٧٥ مدني عراقي في المعنى الذي قدمناه على ما يأتي : « يجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز الموقع على أموال المدين ، . ولا يقتصر بيع أموال المدين على الدائنين وحدهم ، بل يجوز للمدين نفسه أن يبيع ماله بقصد الوفاء بديونه ، ويكون ذلك إما بموافقة أغلبية معينة من الدائنين وإما بإذن المحكمة . في الحالة الأولى تنص المادة ٢٧٦ مدني عراقي على أنه « يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . فإذا لم يتفق الجميع على طريقه توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقا للإجراءات المقررة » . وفي الحالة الثانية تنص المادة ٢٧٧ مدني عراقي على أنه « يجوز للمدين بإذن من المحكمة أن يتصرف في ماله بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بضمن المثل ، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم » .

كيف ينتهي الحجر على المدين المفلس :

وتنص المادة ٢٧٨ مدني عراقي على أن « ينتهي الحجر بحكم تصدره محكمة البداية ، بناء على طلب كل ذي شأن^(١) ، في الحالات الآتية ، :

١ - متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . والأصل أن تحل الديون المؤجلة كما قدمنا ، فيجب إذن أن تكون أموال المدين

(١) كالمدين أو أحد الدائنين أو دائن متأخر نشأ دينه بعد الحجر .

قد أصبحت كافية للوفاء بجميع ديونه . ويتحقق ذلك إذا زادت قيمة هذه الأموال ، أو أضيف إليها مال جديد من هبة أو ميراث أو وصية أو نحو ذلك .

« ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه ، بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال . وهذا وجه آخر لصيرورة أموال المدين كافية للوفاء بديونه ، لاعتن طريق زيادة أمواله بل عن طريق نض ديونه . »

« ٣ — متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت . وهنا نميز بين الديون التي كانت حالة وقت الحجر والديون المؤجلة التي حصلت بموجب الحجر على النحو الذي قدمناه . فإذا استطاع المدين أن يوفى بالديون التي كانت حالة وقت الحجر ، بأن زادت قيمة أمواله أو زاد مقدارها بهبة أو وصية أو نحو ذلك ، وبالأقساط التي حلت فعلا من الديون التي كانت مؤجلة فحلت بموجب الحجر ، كان هذا سببا لقضاء المحكمة بانتهاء الحجر . وتعود في هذه الحالة الديون التي كانت مؤجلة فحلت بموجب الحجر إلى آجالها الأولى ، وعلى المدين أن يوفى أقساط هذه الديون في آجالها المحددة . »

« ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر . ومعنى ذلك أن للدائنين ، لاستيفاء حقوقهم عن طريق الإجراءات الفردية ، ثلاث سنوات ، فإذا انقضت هذه المدة قضت المحكمة بانقضاء الحجر . »

ويترتب على الحكم بانتهاء الحجر أن يكون للمدين الحق في أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجر الموقع على أمواله بسبب الحجر . فيعود المدين إلى حقه في التصرف في أمواله ، وتعتبر أمواله غير محجوز عليها لمصلحة الدائنين أجمعين . وهذا لا يمنع من أن يكون أحد الدائنين قد وقع ، أثناء الحجر أو بعده ، حجزاً باسمه خاصة ولمصلحته وحده بموجب

سند غير حكم الحجر ، ففي هذه الحالة يكون لهذا الدائن الحق في أن يستمر في إجراءات التنفيذ حتى يستوفي حقه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن . وفي هذا تقول المادة ٢٧٩ مدني عراقي : « يكون للدين الحق بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجر الموقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون إخلال بما اتخذته كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده » .

٢٨ — عدم سريان تصرف المدين الضار بحق الدائن

في غير مذهب مالك تسرى تصرفات المدين الى أنه يحجر عليه :

عند الحنفية والشافعية والحنابلة لا يمنع المدين من التصرف في ماله ولو تبرعا ، إلا إذا كان في مرض الموت أو كان قد حجر عليه للإفلاس على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . فإذا كانت أمواله لا تبقى حتى يديونه الحالة ، فإن له مع ذلك ، قبل الحجر عليه ، أن يبيع ، بل له أن يهب ماله لمن يشاء . وتكون هبته صحيحة نافذة متى استوفت شرائطها ، مع أن الهبة واضحة للضرر بحقوق الدائنين وهي صادرة من مدين أحاط به الدين . فليس أمام الدائنين إلا تفليس المدين برفع أمره للحاكم للحجر عليه ، وفقاً للأحكام التي سبق ذكرها . ولا يوجد إذن في هذه المذاهب الثلاثة ما يقابل الدعوى البولصية في الفقه الغربي ، ولا يجوز للدائنين الطعن في تصرفات المدين الضارة بهم دون أن يحجروا عليه .

ويقول صاحب المغني (جزء ٤ ص ٧٩) في هذا المعنى : « ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو إقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، ولا نعلم أحدا خالفهم . ولأنه رشيد غير مجبور عليه ، فأشبهه المليء . وإن

أكرى جملاً أو داراً ، لم تنفسخ إجازته بالفلس ، وكان المكسرى أحق به حتى تنقضى مدته » .

على أن هذا التعميم الذي يقول به صاحب المغنى ، ونسبته إلى المذاهب الأربعة جميعاً ، محل للنظر فيما يختص بمذهب مالك . فسنرى الآن أن هذا المذهب بقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر عليه ، ويورد في ذلك أحكاماً قريبة الشبه بالدعوى البولصية في الفقه الغربي .

تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله الصادر قبل الحجر في مذهب مالك

مآلاته تبعاً لهالة الفلبلس الخاص :

جاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧) : « فأما المفلس فله حالان : حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر ، فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله . وإنما اشترط مما لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وإن لم يكن بعوض ، كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء . وإنما قيل بمالم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض ، كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة . وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض ، كالتزوج والنفقة على الزوجة . ويجوز بيعه وابتاعه مالم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه . واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس ، فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر . ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه وهو إحاطة الدين بماله ، لكن لم يعتبره في كل حال لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوز له المحجور عليه » .

ويبدو أن ابن رشد اقتصر في كلامه الذي قدمناه على حالة واحدة للمدين قبل الحجر ، وهى حالة إحاطة المدين بماله ، وأغفل الحالة التالية لها وهى حالة التفليس العام . فقد قدمنا أن للمدين الذى أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال : الحالة الأولى هى حالة إحاطة الدين بماله ، وتحقق بمجرد أن يستغرق الدين مال المدين ، فيمنع المدين من التصرف بغير عوض لما فى ذلك من الإضرار بدائيته . والحالة الثانية . حالة التفليس العام ، وتحقق بقيام الغرماء على المدين دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه ، فيسجنونه ، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه ، فيحولون بينه وبين ماله ، ويمنعونه لا من التبرعات فحسب بل أيضاً من التصرفات بعوض ، ولهم أن يقسموا ماله بينهم بالمحاصة . والحالة الثالثة . هى حالة الحجر على المدين وتسمى بحالة التفليس الخاص ، وتحقق برفع الغرماء أمر المدين إلى الحاكم للحجر عليه فيحكم بحجره ، وقد سبق أن بسطنا أحكامها فيما تقدم ، فتوجد إذن ، إلى جانب حالة إحاطة الدين بمال المدين ، حالة أخرى للمدين سابقة على الحجر هى حالة التفليس العام .

ويقول الدردير فى الشرح الصغير (أنظر حاشية الصاوى ٢ ص ١١٦) فى هذا المعنى : « واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال : الأولى قبل التفليس ، وهى منعه وعدم جواز التصرف فى ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لا تجرى العادة بفعله من هبة وصدقة وعق وما أشبه ذلك كخدمة وإقرار بدين لمن يتهم عليه ، ويجوز بيعه وشرائه كما نبه عليه ابن رشد . الحالة الثانية تفليس عام ، وهو قيام الغرماء عليه ، ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء . الحالة الثالثة تفليس خاص ، وهو خلع ماله لغرمائه . »

والحالتان الأوليان اللتان تسبقان الحجر — حالة إحاطة الدين بمال المدين وحالة التفليس العام — هما اللتان تعيناننا هنا . أما الحالة الثالثة ، وهى حالة التفليس الخاص ، فقد سبق بحثها .

مدى تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله الصادرة منه

قبل الحجر عليه :

ويستخلص من الفقه المالكي أن المدين الذي أحاط الدين بماله تنقيد تصرفاته حتى قبل الحجر . فلا تسرى في حق دائنيه تصرفاته الصادرة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه إلخاً كم ، وفي هذا شبه واضح بالدعوى البولسية في الفقه الغربي . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولاً — أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله : وإحاطة الدين بمال المدين هي أن تكون ديوفه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له ، إلا أن المنقول أن تقييد تصرفات المدين إنما يكون إذا زادت الديون على ماله لا إن نقصت أو ساوت ، ولكن المستظهر أن المساواة تكفي لتقييد تصرفات المدين . ويستوى أن يكون صاحب الدين متعدداً أو منفرداً ، كما يستوى أن يكون دينه حالاً أو مؤجلاً على خلاف في الرأي . والأصل في المدين الملاءة ، فإذا ادعاها لم تنقيد تصرفاته إلا بعد الكشف عن حاله لمعرفة ما إذا كان الدين محيطاً بماله ، فإذا تبين أن الدين محيط بماله تقيدت تصرفاته من وقت إحاطة الدين بالمال .

جاء في الخرشي (جزء ٥ ص ٢٦٣) : « من أحاط الدين بماله ، أي زاد عليه أو ساواه ، فلصاحب الدين أن يمنعه من تبرعاته كاعتق والصدقة ونحوهما ، وسواء كان صاحب الدين متعدداً أو منفرداً ، وسواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً . . . وافهم قوله : من أحاط ، أي علمت إحاطته ، وأما لو ادعى الملاء فلا يمنع إلا بعد كشف السلطان عنه . » وجاء في حاشية العدوى (ص ٢٦٣) تعقيباً على ذلك : « المنع المذكور بمجرد الإحاطة ولا يتوقف على قيام الغرماء . . . قوله أي زاد عليه أو ساواه : هكذا ينبغي ، لأن العلة وهي إتلاف مال الغريم حاصلة مع التساوي كحصولها في الزائد ، إلا أن المنقول أن المنع إنما يكون إذا زاد على ماله لا إن نقص أو ساوى . قوله

أى علمت إحاطته : أى لا من شك فى إحاطة الدين بماله . والظاهر أن المراد بالشك مطلق التردد ، فإذا ادعى الملاء لم يمنع إلا بعد كشف السلطان عن ماله ، فإن وجد وفاء لم يفلس ، وإلا فليس ، اللخمي وهو المشهور .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقي ٣ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٤) : « للغريم رب الدين ، واحداً أو متعدداً . . . منع من أحاط الدين ، ولو مؤجلاً ، بماله ، بأن زاد عليه وقيل وكذا إن ساواه واستظهر ، من تبرعه بعق أو هبة أو صدقة أو حبس أو حمالة . . . وجاء فى حاشية الدسوقي (ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) تعقيباً على ذلك : « قوله ولو مؤجلاً : أى هذا إذا كان الدين حالاً بل ولو كان مؤجلاً ، وأشار بذلك لقول المدونة ولا يجوز عتق ولا صدقة ولا هبة لمن أحاط الدين بماله وإن كانت الديون عليه لأجل بعيد ، أى خلافاً لما فى التتائى من أن الغريم إذا كان دينه مؤجلاً لم يكن له منع المدين الذى أحاط الدين بماله من التبرعات المذكورة وهو تابع فى ذلك لشيخه الشيخ على السهورى ، لكن كلام ابن عرفة يفيد بل فى كلام بعضهم ما يفيد ترجيحه كما كتب ذلك بعض تلامذة ابن عبق نقلاً عنه . قوله وكذا إن ساواه واستظهر : أى لأن العلة إتلاف مال الغير ، وهى متحققة فى الزائد وكذا فى المساوى ، بل النقل أن الدين إذا أحاط ببعض ماله فإنه يمنع من التبرع إن كان التبرع ينقص ماله عن الدين ، فإذا كانت حمالته التى تحمل بها لا يحملها ما فضل من ماله بعد الدين الذى عليه فلا تجوز وتفسخ ، وأما إن كان يحملها ما فضل من ماله بعدما عليه من الدين فهى جائزة فى الحكم سائغة فى فعلها . . فإذا كان يملك مائة وعليه خمسون ديناراً فإن تحمل بأربعين جاز وإن تحمل بستين منع . »

ثانياً : أن يكون المدين عالماً وقت التصرف بأن الدين محيط بماله : فإذا كان يعتقد أن الدين غير محيط بماله ، بل لو كان لا يدري هل يفي ماله بما عليه من الديون ، نفذت تصرفاته ، حتى لو كان الدين فعلاً محيطاً بماله وهو لا يعلم ذلك . فالشرط إذن أن يعلم يقيناً أن الدين محيط بماله ، ولو كان المدين يتصرف

تصرفاً مألوفاً لاسرف فيه ولا محاباة ، وهو يعتقد أن تصرفه مأمون ، ولم يتحقق من أن ديونه مستغرقة لجميع ماله ، فتصرفه جائز .

جاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٣٥) : « ويؤخذ من قوله أحاط أنه علم أن الدين أحاط بماله . فلو لم يعلم بذلك ، لم يمنع من التبرع . قال المشذلي في حاشيته في أول التفليس ابن هشام لو وهب أو تصدق وعليه دين لا يدرى هل لا يفي ماله بهما أم لا ، جاز حتى يعلم أن ماله من الدين يستغرق ماله . قال ابن زرب ، واحتج عليه بما في سماع عيسى من الرضاع فيمن دفع لمطلقة نفقة سنة ثم فلس بعد ستة أشهر ، إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه لم يظهر في فعله سرف ولا محاباة فذلك جائز ابن رشد . يريد بقوله قائم الوجه جائز الأمر أن يكون الفليس مأموناً عليه مع كثرة ديونه ولا يتحقق أنها مغترقة لجميع ماله . فيقوم من قوله هذا أن من وهب أو تصدق وعليه دين لقوم ، إلا أنه قائم الوجه لا يخاف عليه الفلاس ، إن أفعاله جائزة وإن لم تحصر الشهود قدر مامعه من المال والدين . وبهذا كان يفتي ابن زرب ويحتج بهذه الرواية ، ويقول لا يخلو أحد من أن يكون عليه دين ، وقوله صحيح واستدل له حسن . وأما إن علم أن ماله من الدين يغترق ما بيده من المال ، فلا يجوز له هبة ولا عتق ولا شيء من المعروف . . . قلت وفي سماع أصبغ من الديبات مانصه إذا كان الرجل قائم الوجه يبيع ويشترى ويتصرف في ماله ، فخالفته وهبته وصدقته ماضية . فإن كان علم أن عليه ديوناً كثيرة ، بقي الجواز حتى ثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف . »

ثالثاً : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضاراً بحقوق الدائنين . وهنا يجب التمييز بين حالة إحاطة الدين بمال المدين وحالة التفليس العام ، فإن تصرفات المدين تنقيد في الحالة الثانية أكثر مما تنقيد في الحالة الأولى .

(١) ففي حالة إحاطة الدين بمال المدين ، لا يجوز للمدين أن يتصرف في ماله بغير عوض إذا كان هذا التصرف لا يلزمه ولم تجر العادة بفعله . فليس له أن يهب ماله ، لأن الهبة تضر بالدائنين فلا تنفذ في حقهم . ولكن

يجوز له التصرف تبرعاً بما يلزمه كنفقته على من تجب له عليه النفقة ، وبما جرت العادة بفعله كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة . ويجوز بيعه وشراؤه بشرط عدم المحاباة ، لأن المحاباة تبرع وهو ضار بحقوق الدائنين . ولا يجوز حملته ولا إقراضه ، فكلاهما من عقود التبرع . ولا يجوز له أن يوفى ديناً لم يحل أجله ، ولا أن يوفى ديناً حل أجله بكل ما عنده من مال ، ولكن له أن يوفى ديناً حالاً ببعض ما عنده من المال . ولا يجوز إقراره لمتهم عليه كابنه وأخيه وزوجه وصديقه ، بخلاف غير المتهم عليه فيعتبر إقراره له . ويجوز أن يرهن بعض ما بيده لبعض غرمائه ، في معاملة سابقة أو لاحقاً لإحاطة الدين بماله ، إذا أصاب وجه الرهن بالارهن كثير أو قليل . ولا يجوز له أن يتزوج أكثر من زوجة واحدة ، وأما الواحدة فلا يمنع منها إن كانت ممن تشبه نساءه لا إن كانت أعلى وأن يصدقها مثل صداقها فإن أصدقها أكثر من صداق مثلها فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به وكان ذلك الزائد ديناً لها عليه ، فلو كان متزوجاً منع من إحداث زوجة ثانية .

جاء في الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقي جزء ٣ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٤) : « منع من أحاط الدين . . بماله . . من تبرعه بعقيق أو هبة أو صدقة أو حبس أو حمالة ، ولا يجوز له هو ذلك ، ولهم رده حيث علموا . ومن التبرع قرض لغيره لما في ذلك من ضياع مال الغير ، وإيس منه ما جرت العادة به ككسرة لسائل ونفقة عيدين وأضحية ونفقة ابنه وأبيه دون سرف في الجميع . وخرج بتبرعه تصرفه المالى كبيعته وشراؤه . . وللغيريم منعه . . من إعطاء غيره من الغرماء بعض ما بيده قبل حلول أجله لأنه سلف فيرجع للتبرع ، أو إعطاء غيره كل ما بيده ولو حل الدين . كإقراره أى المدين لمتهم عليه كابنه وأخيه وزوجة يميل إليها وصديق ملاطف فللغيريم منعه منه على الاختار والأصح ، بخلاف غير المتهم عليه فيعتبر إقراره ، وسواء كان الدين الذى عليه ثابتاً بالبينة أو بإقراره على أحد القولين . . ، لامنعه من إعطاء بعضه ، أى بعض ما بيده ، لبعض غرمائه الحال دينه ، ويجوز له هو أيضاً

ذلك إن كان صحيحاً لا مريضاً . ولا منعه من رهنه ، أى رهن بعض ماله لبعض غرمائه في معاملة حدثت اشترط فيها الرهن لمن لا يهتم عليه والراهن صحيح وأصاب وجه الرهن بالأرهن كثيراً في قليل ، فشروط عدم المنع ستة ، وأما الدين الثابت من قبل فلا يرهن فيه . . وله ، أى لمن أحاط الدين بماله الزوج . . والمختار المنع فيما زاد على واحدته بعفه . . وجاء في حاشية الدسوقي (جزء ٣ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) تعقيماً على ما تقدم : « قوله ومن التبرع قرض لعديم : الأولى حذف قوله لعديم لما يأتي له في الإعطاء قبل الأجل . . قوله وخرج بتبرعه تصرفه المالى : أى فلا يمنع منه بمجرد إحاطة الدين بماله وإنما يمنع من ذلك بالتفليس بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء عليه ، وأولى بالمعنى الأخص فيمنع بكل منهما من التصرف المالى بالتبرعات والبيع والشراء ولو بغير محاباة ^(١) . . قوله وإعطاء غيره قبل أجله : أى وأما دفعه بعض ما بيده لغيره من الغرماء بعد حلول أجله فلا يمنع منه . . قوله لأنه سلف : أى لأن من عجل ما أجل عد مسلماً ، والسلف من جملة التبرع ، فيرد كل ما أعطاه للغير ، وقال بعضهم لا يرد كل ما أعطاه لذلك الغير بل بعضه لأن قيمة المؤجل أقل من قيمته معجلاً فالزائد على قيمته مؤجل هبة ترد اتفاقاً . قوله أو إعطاء غيره : أى غير المانع له من الغرماء كل ما بيده ، ومثل إعطاء الكل ما إذا بقى في يده فضلة لا يعامله الناس عليها ، فإن وقع وأعطى جميع ما بيده لبعض الغرماء بعد الأجل كان لغيره رد الجميع على الظاهر ، ولا يبقى البعض الجائز مع الحلول ، من باب صفقة جمعت حلالاً وحراماً فسدت كلها . . قوله فشروط عدم المنع : أى من الرهن ، ستة مساقها

(١) قدمنا ما جاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ٢٣٧) : « ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة » . فلا يجوز لمن أحاط الدين بماله التصرف معارضة بمحاباة لأن المحاباة من قبيل التبرع . أما في كل من التفليس العام والتفليس الخاص ، فلا يجوز المعارضات أصلاً ولو بغير محاباة . فظاهر أن ما جاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧) إنما يعرض لحالة المدين الذي يحيط الدين بماله ، لا لحالة التفليس العام ، كما سبق القول .

هكذا أن يكون المرهون بعض ماله وأن يكون في معاملة حدثت بعد إحاطة الدين بماله وأن يكون الرهن قد اشترط في تلك المعاملة وأن يكون الرهن لمن لا يهتم عليه وأن يكون الراهن صحيحاً وأن يصيب وجه الرهن ، قال بن لم أر من ذكر هذه الشروط ، وظاهر المدونة وابن عرفة والتوضيح وغيرهم أن الجواز مطلق . . والحاصل أنه يجوز للمدين الذى أحاط الدين بماله أن يرهن بعض ما بيده لبعض غرمائه في معاملة حادثة أو قديمة على الإحاطة إذا أصاب وجه الرهن وكان ذلك المدين صحيحاً أو مريضاً على أحد القولين كان المرتهن ممن لا يهتم عليه أم لا . قوله أى لمن أحاط الدين بماله : أى ولم تقم عليه الغرماء ، وأما المفلس بالمعنى الأعم وهو من قام عليه الغرماء فليس له أن يتزوج بالمال الموجود كما في المدونة وابن الحاجب . . . والظاهر منعه من تزوج ما زاد على الواحدة لعفته بها عادة ، ثم إن محل جواز تزوجه بالواحدة إذا كانت ممن تشبه نساءه لا إن كانت أعلى ، وأن يصدقها مثل صداقها فإن أصدقها أكثر من صداق مثلها فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به وكان ذلك الزائد ديناً لها عليه . . أنظر أيضاً الخرشى جزء ٥ ص ٢٦٣

— ص ٢٦٤ .

(ب) وفي حالة التفليس العام — وتحقق كما قدمنا بقيام الغرماء على المدين ، دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه ، فيسجنونه ، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه ، فيحولون بينه وبين ماله — تكون تصرفات المدين المفلس أكثر تقيداً إلى حد بعيد مما هي في الحالة الأولى عندما يحيط الدين بمال المدين دون أن يقوم عليه الغرماء . وتقرب حالة التفليس العام كثيراً من حالة التفليس الخاص من ناحية السبب الذى ينشأها ، ومن ناحية الآثار التى تترتب عليها . فالتفليس العام سببه قيام ذى دين حل أجله أو كان حالاً أصالة على المدين ، وليس للمدين من المال ما يفي بهذا الدين الحال . ولكن يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص في أن الغرماء في التفليس العام لا يرفعون أمر المدين المفلس إلى الحاكم للحجر عليه ، كما سبق القول . والآثار التى تترتب على

التفليس العام تقرب كثيراً من الآثار التي تترتب على التفليس الخاص ، وهي أشد بكثير من الآثار التي تترتب على مجرد إحاطة الدين بمال المدين دون قيام الغرماء عليه فالمدین فی حالة التفليس العام لا يجوز له أن يتبرع بماله ، ولا يجوز له التصرف معاوضة ولو بغير محاياة ، ولا يجوز له أن يوفى ديناً حل أجله أو لم يحل ، ولا يجوز له أن يرهن ماله ، ولا يعتبر إقراره إلا في المجلس الواحد أو المجلس القريب ، ولا يجوز له الزواج من ماله الموجود ولو بواحدة . ويحول الغرماء بينه وبين ماله ، ويمنعونه من التصرف فيه على الوجه المتقدم ، ولهم أن يبيعوا هذا المال وأن يتحصوا في ثمنه . فلا يكاد يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص من ناحية ما يترتب عليه من الآثار إلا في حلول الدين المؤجل ، فهو لا يحل في التفليس العام ويحل في التفليس الخاص . ومن ثم تختلط حالة التفليس العام بحالة التفليس الخاص في كثير من كتب الفقه المالكي ، فتجتمع هذه الكتب بين الحالتين وتسكلم فيهما كأنهما حالة واحدة . وقد تختلط حالة التفليس العام بحالة إحاطة الدين بمال المدين كما وقع في الشرح الكبير للرددير . على أن بعض كتبه الفقه المالكي تميز بين هذه الحالات الثلاث تمييزاً واضحاً كما نرى في الشرح الصغير للرددير وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للرددير .

جاء في الشرح الصغير (انظر حاشية الصاوى جزء ٢ ص ١١٦ - ص ١١٧) : « والتفليس أعم وأخص . وإعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال : الأولى قبل التفليس وهي منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض . . . ويجوز بيعه وشراء كما نبه عليه ابن رشد . الحالة الثانية تفليس عام ، وهو قيام الغرماء عليه ، ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء ، نص عليه ابن رشد . ويقبل إقراره لمن لا يهتم عليه إذا كان في مجلس واحد أو قريباً بعضه من بعض . الحالة الثالثة تفليس خاص ، وهو خلع ماله لغرمائه . وإلى الأحوال الثلاثة أشار بقوله : الفاس إحاطة الدين بمال المدين فيمنعه الهبة وما في معناها ، لا البيع والشراء والتصرف اللازم ، ما لم تقم عليه

الغرماء . والتفليس الأعم قيام ذى دين حل أجله ، أو كان حالا أصالة ، على
 مدين له ليس له ، أى للمدين ، من المال ما يبق به . . وقوله من تبرعه لافهموم
 له ، بل لهم منعه من بيعه وشرائه وأخذه وعطائه ، لأن التفليس الأعم مانع
 من ذلك كما نص عليه ابن رشد كما تقدم خلافاً لظاهر ابن عرفة ، بخلاف
 مجرد الإحاطة بلا قيام فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء . . . وله
 أى للغريم . . . رفع من أحاط الدين بماله للحاكم فيحكم . . . بخلع ماله
 لغرمائه . . وهذا هو التفليس الأخص . واستشكل تسمية الأول بالأعم
 وهذا بالأخص بأن حقيقة الأعم ما يشمل الأخص وزيادة والأخص ما اندرج
 تحت الأعم كالإنسان والحيوان ، وليس الأمر هنا كذلك لأن جنس الأعم
 قيام الغرماء على المدين وجنس الأخص حكم الحاكم المذكور وهما متباينان .
 وأجيب بأن الأعمية والأخصية باعتبار الأحكام لا باعتبار الصدق ، ولا شك
 أن الثانى يمنع من كل ما منعه الأول لا العكس . . وجاء فى حاشية الصاوى
 (جزء ٢ ص ١١٦ — ص ١١٧) تعقيباً على ما تقدم : « قوله والتفليس أعم
 وأخص : فالأعم هو قيام الغرماء عليه الذى يترتب عليه خلع المال ، والأخص
 خلعه بالفعل . . . قوله ويجوز بيعه وشرائه : أى بغير محاباة . قوله ومنعه
 حتى من البيع والشراء : أى ولو بغير محاباة . وقوله والأخذ والعطاء : كناية
 عن منعه من جميع التصرفات . . وإلى الأحوال الثلاثة أخ : لكن تسميته
 فى الحالة الأولى مفلساً باعتبار التهيؤ والصلاحية لا بالفعل . . . قوله فلا تمنع
 المعاوضات بالبيع والشراء : أى بغير محاباة . . . قوله لا باعتبار الصدق : أى
 لا باعتبار المفهوم لتباين المفهومين . . قوله لا العكس : أى فإن الأول يمنع
 التبرعات ولا يشمل سائر التصرفات ولا يحل به المؤجل . ولا يقال هذا
 البحث لا يرد لأن جنسهما واحد لأن الأعم هو قيام الغرماء والأخص هو
 قيام الغرماء مع الحكم بخلع ماله فى الجنس فى كل واحد وإنما يتميز الثانى
 بالفصل الذى هو قولنا مع الحكم بخلع ماله ، لأننا نقول هم لم يجعلوا قيام
 الغرماء فى الأخص جزءاً من التعريف بل شرطاً للحكم فلم يكن من
 الماهية تأمل . »

وجاء في الشرح الكبير (انظر حاشية الدسوقي جزء ٣ ص ٢٦٤) :
 « ولما أنهى الكلام على التفليس بالمعنى الأعم ، وهو قيام الغرماء على من
 أحاط الدين بماله ، شرع في الكلام عليه بالمعنى الأخص ، وهو حكم الحاكم
 بخلع ما بيده لغرمائه لعجزه عن وفاء ما عليه » . ويقول الدسوقي في حاشيته
 (جزء ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) تعقيباً على ذلك : « قوله ولما أنهى الكلام
 على التفليس بالمعنى الأعم ألخ : هذا غير صحيح ، لأنه إنما تسكلم فيما تقدم على
 إحاطة الدين بماله ، وذلك ليس بتفليس بل حالة قبله . وقد يقال إن ما سبق
 من قوله وللغريم منع من أحاط الدين بماله يشير لقيام الغرماء وهو التفليس
 بالمعنى الأعم . والحاصل أن المدين له ثلاثة أحوال : الحالة الأولى إحاطة
 الدين بماله قبل التفليس . فلا يجوز له في هذه الحالة إتلاف شيء من ماله بغير
 عوض فيما لا يلزمه ، فلا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا حبس ولا إقرار
 بدين لمن يتهم عليه ، وإذا فعل شيئاً من ذلك كان للغرماء إبطاله . ويجوز تصرفه
 إذا كان ذلك التصرف مالياً . وإلى هذه الحالة أشار المصنف بقوله للغريم
 منع من أحاط الدين بماله . الحالة الثانية قيام الغرماء عليه فيسجنونه ، أو يقومون
 عليه فيستتر منهم فلا يجدونه ، فيحولون بينه وبين ماله ، ويمنعونه من التبرعات
 والتصرفات المالية بالبيع والشراء والإخذ والعطاء ولو بغير محاباة ، ومن
 الزوج ، ولهم قسم ماله بالخاصة . وهذه الحالة سكت المصنف عنها ولم يذكرها .
 الحالة الثالثة حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعجزه عن قضاء ما لزمه . ويترتب
 على هذه الحالة أيضاً منعه من التبرعات والتصرفات المالية ، وقسم ماله
 بين الغرماء ، وحلول ما كان مؤجلاً من الدين . وإلى هذه الحالة أشار المصنف
 بقوله وفلس حضر أو غاب ، كما قال الشارح تبعاً لغيره . ويحتمل أنه أشار
 بقوله وفلس ألخ للحالة الثانية والثالثة كما قال بعضهم ، والمعنى حينئذ وحجر
 عليه بسبب طلبه بدين حل عليه أعم من أن يكون ذلك الحجر من قيام
 الغرماء أو من حكم الحاكم بخلع ماله . والحالة الثانية تسمى فلساً بالمعنى الأعم ،

والثالثة تسمى فلسا بالمعنى الأخص . والأعمية والأخصية باعتبار التحقق ، لأن حكم الحاكم بخلع المال إنما يكون بعد قيام الغرماء ، فكلما وجد الأخص وجد الأعم ، ولا عكس إذ قد يقوم الغرماء على المدين من غير أن يرفعوا الأمر للحاكم ، كذا قرر شيخنا .

الفقه المالكي يستعمل على الأسس التي تقوم عليها الدعوى البوليصية :

ونرى مما قدمناه أن أسس الدعوى البوليصية المعروفة في الفقه الغربي قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه لا تنقيد تصرفات المدين بعد الحجر فحسب ، بل هي أيضاً تنقيد قبل الحجر . ويقوم تنقيد تصرفات المدين قبل الحجر على نفس الأسس التي تقدم عليها الدعوى البوليصية . فهناك مدين أحاط الدين بماله ، وهذا هو المدين المعسر بالمعنى المعروف في الدعوى البوليصية . وكل تصرف يصدر من هذا المدين ويكون ضاراً بدائنه لا يسرى في حق هؤلاء الدائنين . ويشترط في المدين أن يكون عالماً بأعساره . ويشترط في التصرف أن يكون تصرفاً مفقراً يجرد المدين من ماله دون مقابل وأن يكون سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره . أليس من اليسير أن نتعرف في مجموع هذه الأحكام وجه الدعوى البوليصية ، وأن نرى معالم هذه الدعوى ترتسم في خطوطها الرئيسية ؟

المطلب الثالث

الغير

في الفقه الإسلامي لا يسرى لعقد في هو الغير:

العقد في الفقه الإسلامي ، لا يتصرف أثره إلى الغير الأجني تماماً عن العقد ، فإذا أبرم أحد الشركاء عقداً لم ينصرف أثر هذا العقد إلى بقية الشركاء . وكذلك العقد الذي يبرمه أحد الورثة ، دون أن يمثل فيه التركة ، لا يسرى

في حق باقى الورثة . وبيع الفضولى لا يسرى فى حق المالك إلا إذا أجاز ،
وبيع المأجور والمرهون لا يسرى فى حق المستأجر أو المرتهن .

فالآثار التى تترتب على العقد — الزاماً أو حقاً — لا تنصرف الى الغير
فى الفقه الإسلامى . وإذا كان الفقه الغربى ، كما رأينا ، لا يميز أن ينصرف
الالتزام إلى الغير ولكن يميز أن ينصرف الحق ، فإن الفقه الإسلامى لا يميز
أن ينصرف إلى الغير لا الالتزام ولا الحق .

فلا يجوز فى الفقه الإسلامى التعهد عن الغير بحيث يلتزم الغير بهذا
التعهد ^(١) ، وفى هذا يتفق الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى . كما لا يجوز
الاشتراط لمصلحة الغير بحيث يكسب الغير حقاً بهذا الاشتراط ، وفى هذا
يختلف الفقه الإسلامى عن الفقه الغربى . ويجدر أن ننظر مع ذلك كيف يمكن
فى الفقه الإسلامى مواجهة النظامين القانونيين الذين يعرفهما الفقه الغربى :
التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير .

كيف يواجه التعهد عن الغير فى الفقه الإسلامى :

إذا أراد شريكان فى الشيوع النصرف فى الشئ الشائع ، وكان أحدهما
قاصراً ، فقد رأينا فى الفقه الغربى أن الشريك الآخر ، حتى يتجنب

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحانة فى هذا المعنى : « القاعدة كما قلنا ان العقد لا يمكن ان
يضر بغير المتعاقدين . وهذه القاعدة مطردة . من ذلك انهم قالوا ان الثمن لا يمكن اشتراط
دفعه على غير المشتري ، وأن الاتفاق على ان شخصا اجنيا عن العقد يقرض البائع لاقيمة
للمبيع ان كان له حصة فى البيع » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ١٨٨) .
ومع ذلك يبدو ان حوالة الدين فى الفقه الحنفى تحقق صورة فيها يلتزم شخص بعقد
لم يكن طرفا فيه . فاذا فرضنا ان المحال عليه كان مدينا للمحيل ، فانه لاضرورة فى هذه الحالة
الرضاء المحال عليه بالحوالة . واذا اتفق المحيل مع المحال على ان يتحول هذا بالدين الذى
له على المحال عليه ، تمت الحوالة . ومن ثم يصبح المحال عليه — وليس طرفا فى عقد
الحوالة لان رضاه غير ضرورى كما قدمنا — ملتزما بهذا العقد نفسه ان يفي الدين للمحال .
على ان هذه حالة مقصورة على حوالة الدين ، ولا يجوز ان نتعدى الحوالة الى غيرها من
العقود .

الإجراءات المعقدة التي يستلزمها استئذان المحكمة في بيع نصيب القاصر ، يستطيع أن يتعهد للمشتري بأن القاصر يبيع هو أيضاً نصيبه للمشتري إذا بلغ سن الرشد . فيكون الشريك البائع قد تعهد عن الغير — والغير هنا هو شريكه القاصر — فالتزم بعمل ، هو حمل القاصر عند بلوغه سن الرشد على أن يبيع نصيبه للمشتري . ويلاحظ هنا أن الشريك البائع لم يبيع فوراً نصيب القاصر ، حتى يكون هذا بيع ملك الغير موقوفاً على إجازة القاصر عند بلوغه سن الرشد . بل هو تعهد بأن القاصر يبيع نصيبه عند بلوغه سن الرشد ، فيكون هذا تعهداً عن الغير وليس بيعاً لملك الغير . والفرق بينهما أن التعهد عن الغير في حاجة لتنفيذه إلى عقد جديد ، أما بيع ملك الغير فلا يحتاج إلا إلى إجازة البيع الأول .

والفقه الإسلامي ، في حدود الصور المألوفة فيه ، يعرف صورة بيع ملك الغير تحت اسم بيع الفضولي ، ولا يعرف صورة التعهد عن الغير . فالأوفق إذن ، عند مواجهة الفرض الذي نحن بصددده في الفقه الإسلامي ، أن يلجأ الشريك غير القاصر إلى بيع الفضولي . فيبيع كأصيل نصيبه في الشيء الشائع ، وبيعه كفضولي نصيب شريكه القاصر ، على أن يحيز القاصر عند بلوغه سن الرشد بيع نصيبه .

ويختلف بيع الفضولي في الفقه الإسلامي على هذا النحو عن صورة التعهد عن الغير في الفقه الغربي من الوجوه الآتية : (١) الشريك الفضولي يعقد بيعاً تاماً ، أما المتعهد عن الغير فيعقد مجرد التزام بعمل هو حمل الغير على أن يعقد بيعاً تاماً . (٢) إذا أجاز القاصر في صورة بيع الفضولي فإنه يحيز عقد البيع نفسه الذي صدر من الفضولي ، أما إذا أجاز في صورة التعهد عن الغير فإنه يبرم عقد بيع جديد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . (٣) إذا لم يحز القاصر في صورة بيع الفضولي ، فالشريك الفضولي لا يكون مسؤولاً نحو المشتري ، فإنه قد تقدم للمشتري كفضولي والمشتري على بصيرة من ذلك .

أما لماذا لم يجوز القاصر في صورة التعهد عن الغير ، فإن شريكه الذي تعهد عنه يكون مسئولا نحو المشتري عن التعويض أو عن تنفيذ التعهد بنفسه .

كيف يوائم الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي :

يبدو أن الاشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه الغربي غير جائز في الفقه الإسلامي . وهذا ما يقرره بعض الفقهاء الذين اشتغلوا بمقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي . فيقول الدكتور صبحي محمدي في كتابه « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية » (جزء ٢ ص ٢٢٩) : « إن الشريعة الإسلامية لم تقر ذلك (أي الاشتراط لمصلحة الغير) . نعم في الوقف يجوز للواقف أن يشترط استحقاق الوقف لأشخاص معينين أو غير معينين أو غير موجودين ولكن هذا له أحكامه الخاصة المعروفة في كتب الوقف ، وعلى كل حال ليس له علاقة بالعقود » . ويقول الأستاذ شفيق شحاته في كتابه « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » (فقرة ١٨٩) : « أما التعاقد لمصلحة الغير ، فلا يظهر من النصوص أنه جائز . وقد وجدنا بعض حالات اشترط فيها المتعاقدان شروطا لمصلحة أجنبي عن العقد ، وفي حالة كلف شخص آخر أن يقوم بعد موته بدفع مبلغ لثالث ، وهذا المبلغ يقر الشخص الأول بأنه لهذا الثالث . » (١)

ويعرض كثير آ في التعامل ما يستدعي الالتجاء إلى نظام الاشتراط لمصلحة الغير المعروف في الفقه الغربي ، وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك . ونفرض

(١) وظاهر في هذه الحالة أن العقد لا ينشئ حقا للمنتفع ، إذ أن المشتري يقر أن الحق هو للمنتفع قبل العقد . هذا ويجوز جعل خيار الشرط لأجنبي عن العقد ، فيتعدى أثر العقد بذلك إلى غير طرف فيه ، ولكن الأجنبي هنا يعتبر نائبا عن العاقد صاحب الخيار ، فيثبت الخيار لكل من الأجنبي والعاقد . وقد جاء في بعض النصوص أن شخصا يستطيع أن يطلب إلى آخر أن يكفل هذا الآخر بنفس فلان لدائن أجنبي عن العقد ، فإذا قال الآخر كفلت تمت الكفالة . وهذا ما جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٦) « قال أكفل بنفس فلان لفلان ، قال كفلت ، تمت الكفالة . فإذا كان غائبا ، فقدم وأجاز كفالته ، جاز » فهل يقال هنا إن أحد المتعاقدين قد اشترط على الآخر أن يكفل هذا الآخر شخصا لدائن ليس طرفا في العقد ، فيكون قد اشترط لمصلحة هذا الدائن ؟ يبدو أن هذا غير صحيح ، لأن الإيجاب لا يكون بصيغة الأمر . والظاهر أن الكفالة قد تمت بإرادة الكفيل وحده ، وقد أجازها الدائن المكفول له .

مثلاً أن شخصاً يبيع عيناً من آخر ، ويريد أن يشترط على المشتري أن يدفع الثمن لدائنه سداداً للدين الذي عليه ، فكيف يمكن أن يتحقق ذلك في الفقه الإسلامي ؟ يبدو أنه يمكن تحقيق هذا الغرض ، في الفرض الذي نحن بصددده ، عن طريق حوالة الدين . فيتفق كل من البائع والمشتري ودائن البائع على أن يحيل البائع دائنه على المشتري . وغنى عن البيان أن هناك فروقا بين حوالة الدين على هذا النحو وبين الاشتراط لمصلحة الغير ، أظهرها أن الدائن ، في الفرض المتقدم الذكر ، يكون في الحوالة طرفاً في العقد ، وهو أجنبي عن العقد في الاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الثاني

العاقـد نائب عن غيره

المبحث الأول

النيابة في التعاقد

في الفقه الغربي

التطور التاريخي للنيابة في التعاقـد :

النيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب في تصرف قانوني محل إرادة الأصل ، مع انصراف أثر التصرف إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . ونرى من ذلك أن التعاقد مع الغير بطريق نائب يكون من شأنه أن العقد يتم بين النائب والغير فهما المتعاقدان ، ومع ذلك ينصرف أثر العقد إلى الأصل ولو أنه لم يباشر العقد بنفسه . ولكن فكرة النيابة قد تطورت تطوراً خطيراً ، حتى أصبح مسلماً في الفقه الغربي أن النائب الذي

باشر العقد لا يعتبر طرفا فيه ، أما الأصيل الذي لم يباشر العقد فهو الطرف . ومن ثم يبدو أن انصراف أثر العقد إلى الأصيل — وهو طرف في العقد كما قدمنا — أمر طبيعي ليس فيه أى استثناء من القاعدة التي تقضى بأن أثر العقد إنما ينصرف إلى العاقلين دون غيرهما .

على أن هذه النتيجة لم يصل إليها الفقه الغربي إلا بعد تطور طويل كما سبق القول . فقد كان القانون الروماني لا يسلم أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل دون النائب ، بل كان يجعل من باشر العقد — أصيلا كان أو نائبا — هو العاقد وهو الذي ينصرف إليه أثر العقد . ويقال عادة إن ذلك مرجعه إلى أمور ثلاثة :

(الامر الأول) ما تركته الأوضاع والشكليات في العقود من أثر تخلف عنها ، فقد كان العقد الشكلي في القانون الروماني لا يباشره إلا العاقد نفسه ، ولا ينصرف أثر العقد إلا إلى من باشره لأنه هو الذي يقوم بالأوضاع والأشكال التي تتطلبها العقد . فكان من الصعب التسليم أن شخصا يقوم بما يستوجبه العقد من شكليات ثم ينصرف أثر العقد إلى غيره ، فإن الشكليات لا تجوز النيابة فيها . وعندما تحررت الإرادة من الشكلية في بعض العقود ، بقي مع ذلك هذا الأثر ولم يسلم القانون الروماني جواز النيابة في التعاقد .

(الامر الثاني) أن الالتزام في القانون الروماني كان رابطة شخصية محضة ، فإذا نشأت هذه الرابطة بين الشخصين اللذين باشرا العقد ، فقد كان من الصعب التسليم أنها تمتد إلى شخص ثالث يعتبر هو الأصيل ، مع زوالها عن النائب وهو أحد الشخصين الأصليين اللذين عقدت بينهما الرابطة .

(الامر الثالث) أن التسليم بفكرة النيابة يقتضى الفصل بين العلة والمعلول ، فالمعلول يترتب في شخص من باشر العلة ، والنيابة تستلزم أن يباشر النائب العلة وأن يترتب المعلول في شخص الأصيل .

وانبنى على عدم جواز النيابة في التعاقد في القانون الرومانى أن الشخص إذا كان وكيلًا عن شخص آخر ، فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل لا إلى الموكل ، وعلى الوكيل بعد ذلك بموجب عقد الوكالة أن ينقل إلى الموكل الآثار التى انصرفت إليه من حقوق والتزامات .

ولكن مقتضيات التعامل ما لبثت أن أحدثت ثغرات فى مبدأ انتفاء النيابة فى القانون الرومانى . وبدأ ذلك بنبابة الابن والعبد ومن فى حكمهما عن رب الأسرة ، ولكن فى جعله دائنًا لا مدينًا . فكان الابن ، أو من فى حكمه ، يستطيع أن يتعاقد مع أجنبى على حق ينصرف إلى رب الأسرة ، ويستطيع هذا بموجب دعوى مباشرة أن يطالب الأجنبى بالحق . ومهد لذلك أن الابن أو من فى حكمه كان أقرب إلى أن يكون يدًا لرب الأسرة منه نائبًا عنه ، وأن الولد وماله لأبيه . وكان الابن فى أول الأمر لا يستطيع أن يتعاقد نيابة عن رب الأسرة فى التزام ينصرف إلى رب الأسرة ، ثم تطور القانون الرومانى فأجاز ذلك ، ولكن فى حدود معينة . وبما دعا إلى هذا الأمر أن الابن كان يستطيع أن ينوب عن رب الأسرة فى الشراء فيجعله مالكًا للبيع ، فاقضى ذلك بعد تطور أن يكون رب الأسرة مدينًا أيضاً بالثمن . وقد واجهت نيابة الابن ومن فى حكمه عن رب الأسرة الحاجات العملية دهوراً طويلة ، فأغنت عن ظهور النيابة كقاعدة عامة .

ومن ثم كانت القاعدة ، فى التعاقد بغير وساطة الابن ومن فى حكمه ، انتفاء النيابة . فإذا وكل شخص آخر فى عقد يباشره مع أجنبى ، فالأجنبى لا صلة له إلا بالوكيل فلا يستطيع أن يرجع على الموكل ، وكذلك الموكل لا صلة له إلا بالوكيل فلا يستطيع أن يرجع على الأجنبى . فلم تكن هناك علاقة مباشرة بين الموكل والأجنبى ، وكان أثر العقد يقف عند الوكيل ولا ينصرف إلى الموكل . غير أن مقتضيات التعامل ، هنا أيضاً ، أدخلت بالتدريج استثناءات مختلفة على هذه القاعدة ، فذكر منها ثلاثة : (١) إذا

كان من باشر العقد نائباً بحكم القانون ، كالولي والوصي والقيم ، فإن أثر العقد من حقوق والتزامات كانت تنصرف إلى الأصيل أي المحجور ، فكان في هذا اعتراف كامل بالنيابة . (٢) في العقود التي لا تتم إلا بالقبض ، كانت النيابة جائزة في القبض . فكان يجوز بعد تمام البيع أن ينوب عن البائع شخص آخر في تسليم المبيع إلى المشتري ، فتنقل الملكية إلى المشتري بالقبض (traditio) الذي تم بوساطة النائب . وقد أجازت النيابة في القبض لأنه عمل مادي — فالنائب مجرد أداة مادية ولم تحل إرادته محل إرادة الأصيل — وليس تصرفاً قانونياً ولا عملاً شكلياً ، فصح أن يقوم به صاحب الشأن نفسه كما صح أن يقوم به نائب عنه . أما النيابة في المعاطاة (maneipatio) وفي التنازل القضائي (jure in cessione) — وهما عملان شكليان — فلم تكن جائزة . ويخلص من ذلك أن الملكية التي تنتقل بالقبض كان من الممكن أن تنتقل بطريق النيابة ، في حين أن الالتزام كان لا يمكن أن ينشأ بطريق النيابة . فالنائب كان يستطيع أن يسلم المبيع إلى المشتري فينقل إليه ملكيته ، ولكن كان لا يستطيع أن يجعل المشتري مديناً بالثمن للأصيل ، بل يكون المشتري مديناً بالثمن للنائب . وكان يجوز في القرض أن يسلم وكيل عن المقرض النقود إلى المقترض فيتم عقد القرض بهذا القبض الذي أجراه الوكيل ، ويصبح المقترض مديناً للوكيل عن المقرض بل للمقرض نفسه . ذلك أن التراضي لم يكن له أثر في تكوين عقد القرض ، بل الإعطاء — وينطوي على عنصرى التسليم ونية الإعطاء على سبيل القرض — هو الذي ينشئ العقد . ومن ثم جاز بعد ذلك التوكيل في الاقتراض كما جاز التوكيل في الإقراض ، ثم إلحاق بالقرض في جواز النيابة سائر العقود العينية (١) —

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاته إن التسليم في العقد العيني يؤدي الوظيفة التي تؤديها الألفاظ في العقد اللفظي ، وإذا كان هناك اتفاق مستتر وراء الألفاظ أو وراء التسليم ، فلا ترد إليه أبداً الالتزامات الناشئة عن العقد اللفظي أو العيني ، وذلك بخلاف الحال في العقد الرضائي . وهذا يفسر لماذا ينشأ الالتزام بالرد في الحال ، ولماذا يكون مقصوراً على رد مثل الشيء المقترض دون زيادة ، أما الفوائد فلا بد في الالتزام بها من عقد مستقل كان في الغالب عقداً لفظياً (النيابة في التصرف القانوني — مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه ص ٢٢ — ص ٢٣) .

العارية والوديعة والرهن — وكذلك الهبة . (٣) في غير ما تقدم من العقود إذا تعاقد الشخص بوكيل وباشرة الوكيل العقد مع الغير ، فقد كان الغير يرجع كما قدمنا على الوكيل . فأجيز له أيضا أن يرجع على الموكل بدعوى مباشرة ، مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل . وإلى هنا وقف التطور ، فكان للغير أن يرجع على الوكيل دون الموكل إذا شاء ، ولم يكن للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على الغير إطلاقا . ومعنى ذلك أن الشخص كان يستطيع عن طريق وكيل أن يكون مدينا ، ولكن كان لا يستطيع أن يكون دائنا بوكيل . فبقي الوكيل هو الدائن للأجنبي ، وينقل الحق الذي كسبه بالعقد إلى الموكل بعد ذلك ^(١) .

وكان الوكيل في القانون الروماني يتعاقد باسمه لا باسم موكله ، لأن الحقوق والالتزامات الناشئة من تعاقدته تنصرف إليه هو لا إلى موكله كما سبق القول ، ولو تعاقد باسم موكله لما انصرف أثر العقد إلى الموكل ؛ مالم يكن قد تصرف بناء على تعليمات محددة صدرت إليه من موكله ، وعند ذلك يعتبر رسولا (nuntius) ويكون الموكل هو العاقد فينصرف إليه أثر العقد ^(٢) .

وسار الأمر في القانون الفرنسي القديم على هذا النهج من انتفاء النيابة في التعاقد حتى القرن السادس عشر ، ثم اعترف بالنيابة فجاز للشخص أن يتعاقد بوكيل مدينا كان أو دائنا . ويغلب أن يكون السبب في هذا التطور راجعا إلى القانون الكنسي ، فهذا القانون ، بعد أن حرر الإرادة من الشكل

(٢) جيرار ص ٦٧٨ وص ٦٩٠ .

(٣) وقد يكون الرومان استغنوا عن الوكيل بالرسول إذا أريد أن ينصرف أثر العقد إلى الموكل ، ثم اختلط الأمر بين الوكيل الذي يتعامل باسم موكله والرسول (الاستاذ شفيق شحاتة : النيابة في التصرف القانوني ص ٤٤ - ص ٤٦) . ويبدو أن الفقه الإسلامي - كما سنرى - هو الذي خطا هذه الخطوة ، فقام الوكيل الذي يضيف العقد إلى الموكل على الرسول ، دون أن يخلط ما بين الوكيل والرسول .

وجعلها وحدها كافية لإنشاء الالتزام ، أجاز أن ينوب شخص عن آخر في تصرف قانوني يباشره بالوكالة عنه ^(١) .

مصادر النيابة :

والنيابة إما أن تكون نيابة قانونية إذا كان المصدر الذي يضاف على النائب صفته هو القانون ، كما في الولى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه . وإما أن تكون نيابة قضائية إذا كان القضاء هو الذى يعين النائب ، كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى والسنديك . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كانت نتيجة لاتفاق بين الأصيل والنائب ، كما فى الوكيل .

ويلاحظ أن المصدر الذى يستمد منه النائب صفته ليس هو حتم المصدر الذى يحدد مدى ولاية النائب . فالذى يحدد مدى ولاية النائب فى كل من النيابة القانونية والنيابة القضائية هو القانون دائماً ، والذى يحدد مدى ولاية النائب فى النيابة الاتفاقية هو الاتفاق . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى كل من المصدرين ، المصدر الذى يضاف صفة النيابة والمصدر الذى يحدد مدى ولاية النائب . وتكون نيابة كل من الولى والفضولى والدائن نيابة قانونية بالنسبة إلى كل من المصدرين كذلك . وتكون نيابة كل من الوصى والقيم والحارس والسنديك نيابة قضائية بالنسبة إلى المصدر الذى يضاف صفة النيابة ، ونيابة قانونية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد مدى ولاية النائب .

ويجب تمييز النيابة عن الوكالة . فقد توجد النيابة دون وكالة ، ويقع ذلك فى كل نيابة قانونية أو قضائية كالولى والوصى والسنديك . وقد توجد الوكالة دون نيابة ، ويقع ذلك فى عقد المسخر أو الاسم المستعار

(١) الاستاذ رواست : النيابة فى التصرفات القانونية - مذكرات غير مطبوعة لقسم

(prête-nom) وفي عقد الوكيل بالعمولة (commissionnaire) عندما يتعاقد الوكيل باسمه الشخصي لا بصفته نائباً وسنعود إلى بيان ذلك .

مسائل مهمّة :

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، وتترتب عليها آثار خاصة ، وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد أو يتعاقد شخص أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره فيبدو في الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفرد بها بالذكر .

فنبحث إذن في النيابة مسائل ثلاثاً : (١) شروط تحقق النيابة (٢) آثار النيابة (٣) تعاقد الشخص مع نفسه .

المطلب الأول

شروط تحقق النيابة

مصدر هذه الشروط :

حتى تتحقق النيابة يجب توافر شروط ثلاثة : (١) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل . (٢) وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة . (٣) وأن يتعامل النائب باسم الأصيل لا باسمه الشخصي .

١ — حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل — النائب والرسول :

كان الفقه التقليدي — وعلى رأسه أعلام من الفقهاء من أمثال سافيني ولايه وبلايول وجني — يذهب إلى أن النائب يتقمص شخص الأصيل فيسكلم بلسانه ، ويعبر عن إرادته . وقد هجر الفقه الحديث هذا الرأي ، وهو الآن يذهب إلى أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ،

وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه تعليمات محددة من الأصل فينفذها كما تلقاها إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصل لا عن إرادته هو . وهذا الرأي الجديد يوضح أمرين :

(أولاً) ما يميز النيابة من طابع جوهرى . فإدام النائب يعبر عن إرادته هو فإن خصوصية النيابة تبرز بروزاً واضحاً ، فهو يعبر عن إرادته ومع ذلك ينصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصل لا إلى نفسه .

أما في الرأي التقليدى الذى كان يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصل ، فإن النيابة لم تكن تتميز بشيء خاص ، ولم تكن إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فإدام النائب يعبر عن إرادة الأصل ، فالطبيعى أن ينصرف أثر العقد إلى صاحب الإرادة وهو الأصل ، وغير الطبيعى أن ينصرف إلى غير صاحبها وهو النائب . ولكن القول بأن النائب يعبر عن إرادة الأصل كان قائماً على ضرب من الافتراض القانونى أو الحيلة القانونية (fiction) ، إذ يفترض أن الأصل لا النائب هو الذى أبرم العقد مع الغير ، وإن إرادة النائب ليست إلا إرادة الأصل . وإذا أمكن أن تتصور هذا في حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مانعة يسيّر بموجبها ولا يجوز له أن ينحرف عنها ، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولاً ، فإن هذا صعب التصور في حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً في أن يتصرف برأيه ، حيث يبدو في وضوح إن الإرادة هي إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل . بل يتعذر تصور هذا في حالة الفضولى ، وهو يتصرف دون إذن من الأصل ودون علمه ، فالإرادة لا شك إرادة الفضولى والأثر ينصرف إلى الأصل . ويتعذر تصور هذا بوجه خاص في حالة الولاية والوصاية والقوامة ، حيث يستحيل القول إن الإرادة هي إرادة المحجور لا إرادة الولي ، إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتعذر تصور هذا إطلاقاً في حالة الحارس القضائى ، فهو يتصرف في المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصل ، ويتصرف غالباً رغم إرادة الأصل .

ومن ثم تحول الفقه الحديث ، يقوده أعلام من الفقهاء من أمثال إهرنج وديموج وكابتان وبولانجيه ورواست ويلون — إلى القول بأن النائب يعبر عن إرادته هو لاعتراض إرادة الأصيل . ويعمل يلون كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها مع ذلك إلى الأصيل بأن الالتزام لم يعد ، كما كان في القانون الروماني ، رابطة ما بين شخصين ، بل هو رابطة ما بين ذمتين ماليتين . وإذا صعب أن نتصور أن إرادة شخص تحل محل إرادة شخص آخر ، فإنه لا يصعب أن نتصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر . ويؤخذ على هذا التعليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمته المالية ، وأنه إذا صالح في النيابة على مجموع المال كما في الولاية والوصاية فإنه لا يصلح في تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شيء معين بالذات . وقد أورد الفقيهان ليفي وإيلمان وبوبسكو رامينسيانو تعليلًا آخر ، فقالا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانوني كالشرط والأجل ، فالتصرف القانوني البسيط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه ، أما في التصرف القانوني الموصوف « بوصف النيابة » فالإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصيل بتسليط من الأصيل نفسه أو من القانون . ويرد على هذا الرأي بأن الوصف أمر عارض يأتي بعد أن يستكمل التصرف كل مقوماته ، أما النيابة فهي متصل بصميم التصرف القانوني إذ تعين طرف العقد الذي ينصرف إليه أثره وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض . هذا إلى أنه في الوكالة لا ينصرف الأثر إلى الموكل بإرادة الوكيل وحده ، بل أيضا بإرادة الموكل نفسه فهو الذي سلط الوكيل على التصرف . ومن ثم قام فقهاء — متيس في ألمانيا وكوربسكو في فرنسا وتارتوفاري في إيطاليا — يقولون إن الأثر ينصرف إلى الموكل باشتراك إرادته مع إرادة الوكيل ، أما في النيابة القانونية فالقانون يحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل . وذهب كلارينز إلى أن إرادة النائب — وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل — هي التي تحدد نطاق الالتزام lien de droit ، أما الذي يخلق الرابطة القانونية contenu de l'obligation

ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهي إرادة الأصيل في النياية الاتفاقية والقانون ذاته في النياية القانونية . (١)

وإلى هنا رأينا الفقهاء ينقسمون ، بعضهم يربط أثر النياية بإرادة الأصيل وبعضهم يربط هذا الأثر بإرادة النائب . أما ديجيه ، الفقيه الفرنسي المعروف فيذهب إلى أن الصعوبة في هذه المسألة قد قامت من جراء ربط الأثر القانوني بالإرادة ، بينما القانون وحده لا الإرادة هو الذي يرتب الآثار القانونية ، وقد رتب القانون على إرادة النائب آثاراً تنصرف إلى الأصيل . ويرى مادريه (Madray) أن القانون وإن كان هو الذي رتب الأثر وصرفه إلى الأصيل ، إلا أن القانون في ذلك لابد أن تحركه الإرادة ، والإرادة التي حركته هي الإرادة المشتركة للنائب والأصيل في النياية الاتفاقية وإرادة النائب وحده في النياية القانونية .

وبعد استعراض كل هذه المناقشات الفقهية ، نقرر أن النائب يعبر عن إرادته هو لاعت إرادة الأصيل ، وهو مع ذلك يسكب الأصيل حقاً أو يرتب في ذمته التزاماً . ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التي كانت تقضى بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها - وهذا ما كانت تقتضيه الشكلية وفكرة الرابطة الشخصية للالتزام في القانون الروماني - إلى نطاق قاعدة أوسع تقضى بأن الإرادة بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص ، فينصرف أثرها إلى غير صاحبها ، وقد رأينا مثل ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير . ونلاحظ هنا أموراً ثلاثة : (١) إننا لا نقول كما يقول ديجيه إن الإرادة لا ترتب أثراً بل القانون هو الذي يرتبه ، بل نحن نقول إن الإرادة هي التي ترتب بل هي هنا ترتب أثراً بعيد المدى يتعدى صاحبها إلى غيره (٢) إن الإرادة هنا لا تقتصر على إنشاء حق للغير كما فعلت في الاشتراط لمصلحة الغير ، بل هي

(١) وينهب كلارينز (clarise) إلى أن النياية قد تكون في عمل مادي كنيابة المتبوع عن التابع في الخطأ . وتكون النياية على هذا الأساس إما نيابة في الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، وإما نيابة في المصلحة كنيابة الولي عن الصغير ، وإما نيابة في العمل المادي كنيابة المتبرع عن التابع ونيابة الفضولي في عمل مادي عن رب العمل .

أيضا ترتب التزاماً في ذمة الغير على عكس ما رأيناه في التعهد عن الغير . ذلك أن الضرورات العملية اقتضت ذلك في النيابة ، ولم تقتضه في التعهد عن الغير . (٣) إذا انصرف أثر الإرادة — حقاً أو التزاماً — إلى الغير ، وجب أن تشترك مع هذه الإرادة إرادة الغير نفسه . وقد تكون إرادة الغير سابقة كما في النيابة ، وقد تكون لاحقة كما في الاشتراط لمصلحة الغير وكما في إقرار ما يجاوز حدود الوكالة .

يخلص من كل ذلك أن النائب يعبر عن إرادته هو ، فينصرف أثر هذه الإرادة إلى الغير باشتراكها مع إرادة هذا الغير في النيابة الاتفاقية ، أما في النيابة القانونية فإن القانون نفسه هو الذي يصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل (١) .

(ثانياً) وهذا الرأي الجديد الذي يذهب إليه الفقه الحديث من أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل يبرز في وضوح الفرق بين النائب والرسول . فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل كما قدمنا ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو ، ذلك أنه مجرد وسيط بين المرسل والمرسل إليه فيقتصر على نقل إرادة الأول إلى الثاني . وقد كان الرأي التقليدي لا يجعل هذا التمييز واضحاً ، فدام النائب في الرأي التقليدي يعبر عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو ، فأى فرق إذن يقوم بينه وبين الرسول !

ويترتب على هذا التمييز ما بين النائب والرسول نتيجتان هامتان : (١) مادام النائب يعبر عن إرادته الشخصية ، فالعبارة إذن — كما سنرى — بهذه

(١) ويقرب من هذا الرأي ما يقوله الدكتور جمال مرسى بدر في رسالته في النيابة : « وهكذا فان منطق النظرية العامة للتصرف القانوني يسيغ مبدأ النيابة كما لا يسيغه منطق النظرية العامة للالتزام . ولا غرو فان الالتزام ، تلك الرابطة القانونية بين شخصين ، لا يسهل تصوره الا فيما بين منشيئه . أما التصرف القانوني بوصفه وسيلة الى غاية عملية فليس ما يمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم يكن هو صاحب الارادة التي يقوم عليها التصرف ، وذلك متى أراد صاحب الشأن هذا الوضع وهو مانراه في النيابة الاتفاقية ، أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون كما هو الامر في حالات النيابة القانونية » (النيابة في التصرفات القانونية ص ١٧٥ - ص ١٧٦) .

الإرادة من حيث وجودها ومن حيث العيوب التي تلحقها . فلا يصح أن يكون النائب غير مميز لأن إرادته التي يعبر عنها تكون في هذه الحالة غير موجودة ، ولا يصح أن تكون إرادته مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه فإن هذه الإرادة تكون معيبة . أما في الرسول فالعبرة بإرادة المرسل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة ، فيصح أن يكون الرسول غير مميز ما دام يستطيع مادياً أن يبلغ الرسالة تبليغاً صحيحاً ، ولا ينظر في عيوب الإرادة إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل . (٢) إذا تعاقد الأصيل بنائب عنه ، اعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد . أما التعاقد برَسُول فيكون دائماً تعاقدًا بين غائبين . حتى لو جمع مجلس واحد بين الرسول والمتعاقد الآخر .

العبرة بإرادة النائب وبنيته :

وقد قدمنا أن النائب إنما يعبر عن إرادته ، ففيما يشوب الإرادة من عيوب ينظر إلى إرادته لا إلى إرادة الأصيل . ومن ثم إذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، حتى لو أن الأصيل ما كان ليقع في ذلك لو أنه هو الذي تعاقد .

كذلك إذا استلزم تصرف قانوني النظر فيما إذا كان المتعاقد حسن النية أو سيئها ، فالعبرة بنية النائب لا بنية الأصيل . فإذا كان النائب قد تعامل مع مدين معسر وهو حسن النية ، لم يحجز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البو لصية . أما إذا كان النائب سيئ النية وتواطأ مع المدين المعسر ، جاز للدائنين الطعن بالتصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية وإذا وفي نائب المدين الدين لدائني ظاهر ، فالعبرة بحسن نيته هو لا بحسن نية المدين الأصيل . فان كان حسن النية بأن كان يعتقد وقت الوفاء أنه يفي للدائن الحقيقي ، فالوفاء صحيح مبرىء لذمة المدين ولو كان هذا يعرف أن الموفى له ليس هو الدائن الحقيقي . وإن كان النائب سيئ النية ، فالوفاء غير صحيح حتى لو كان المدين الأصيل حسن النية ويعتقد أن الموفى له هو الدائن الحقيقي . وإذا ناب شخص عن آخر في شراء عقار فاشتراه من غير مالك ، فالعبرة بحسن نية النائب

لا الاصيل في تملك العقار بالتقادم القصير . كذلك إذا اشترى النائب منقولا من غير مالك وتسلمه ، فالعبرة بحسن نيته هو لا بحسن نية الاصيل في تملك المنقول بالحيازة .

على أنه إذا كان النائب يتصرف وفقا لتعليمات محددة صدرت له من الاصيل ، فالعبرة بنية الاصيل لا بنية النائب . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم أن في الشيء عيبا بجمله الوكيل ، لم يحز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بضمان العيب . ونرى من ذلك أن الأصل في العقد أنه ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الاصيل ، على أن إرادة الاصيل تكون محل اعتبار فيما يوجه فيه الاصيل النائب إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول .

ولكن الأهلية ينظر فيها الاصيل :

وإذا كان النائب إنما يعبر عن إرادته ، فإن ذلك لا يستتبع أن الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره يجب أن تكون متوافرة فيه . ذلك أن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب ، فإنه ينتج أثره في شخص الاصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد . ويعتد ، في توافر الأهلية في الاصيل ، بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الاصيل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت التوكيل وكان أهلا وقت مباشرة الوكيل للتعاقد صح العقد ، ولا يصح إذا كان الاصيل أهلا وقت التوكيل ثم حجر عليه فاصبح غير أهل وقت مباشرة العقد .

والنائب لا تشترط فيه أهلية العقد الذي يباشره ، لا عند التوكيل ولا عند مباشرة العقد . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف ، ولكن يستطيع الوكيل ناقص الأهلية في هذه الحالة أن يبطل عقد الوكالة ، فتسقط نيابته المستمدة من هذا العقد ، ويسقط العقد الذي باشره بالنيابة عن الموكل تبعاً لذلك . على أنه إذا كان النائب لا تشترط فيه أهلية العقد الذي يباشره ، فإنه يجب مع ذلك أن تكون له إرادة مميزة لأنه يعبر عن إرادته كما سبق القول ، فيجب إذن أن يكون الوكيل مميزاً ، ولو كان قاصراً أو محجوراً عليه .

وكل هذا مالم تكن النيابة قانونية أو قضائية فإن القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي يعين أهلية كل من النائب والأصيل. فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً ، مميزاً أو غير مميز ، كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ويتحقق هذا في الولاية والوصاية والقوامة . كذلك في نيابة الفضولي عن رب العمل لا يشترط في رب العمل الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره الفضولي لحسابه .

§ ٢ — استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة

مجاورة النائب لحدود النيابة :

والنائب ، وإن كان يعبر عن إرادته ، يجب أن يعبر عنها في حدود النيابة كما رسمها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود لم يعد نائباً ، ولم ينصرف أثر العقد إلى الأصيل .

على أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل استثناء ولو جاوز النائب حدود نيابته ، إذا كان الغير الذي تعامل مع النائب حسن النية ، أي لا يعلم بمجاورة النائب حدود النيابة بل كانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى أن يعتقد أن النائب يتعاقد في حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة — كعملاء التأمين ووكلاء الدوائر ومديري الشركات — وأن يكون التصرف الذي يباشره يدخل عادة في حدود هذه النيابة . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير معه مطمئناً إلى هذا السند . ومثل ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة ١٠٧ مدني من أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » . فإذا عزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو مات الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، وتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير

بعزل النائب أو بموت الأصيل، فإن أثر العقد ينصرف في هذه الحالة إلى الأصيل. ويلاحظ أنه في المثلين الأولين — النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب — ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصيل لأن هذا قد ارتكب خطأ، فيكون نفاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض. أما في المثل الأخير — جهل النائب والغير انقضاء النيابة — فنفاذ عمل النائب في حق الأصيل إنما هو تطبيق لنظرية الأوضاع الظاهرة.

وهناك حالة أخرى ينفذ فيها عمل الوكيل في حق الموكل، بالرغم من أن الوكيل جاوز حدود الوكالة. وقد نصت المادة ٧.٣ مدني على هذه الحالة إذ تقول: «١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة. ٢ — على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة». ويبدو أن عمل الوكيل هنا ينفذ في حق الموكل، فيما جاوز فيه حدود الوكالة، تطبيقاً لقواعد الفضالة، فمن الممكن اعتبار الوكيل في هذه الحالة فضولياً.

إقرار الأصيل لهذه المجاوزة:

فإذا جاوز النائب حدود النيابة. ولم تكن أمام حالة استثنائية من الحالات المتقدمة، لم ينصرف أثر العقد إلى الأصيل، ورجع الغير على النائب بالتعويض إن كان له محل.

ولكن قد يقر الموكل العمل الذي جاوز حدود الوكالة، فيصبح هذا العمل كأنه قد تم في حدودها، ومن ثم ينصرف أثر العقد إلى الموكل. ويمكن تأصيل ذلك — إذا لم نستعز من الفقه الإسلامي نظريته المعروفة في التصرف الموقوف فيعتبر تصرف الوكيل في هذه الحالة موقوفاً على إجازة الموكل

— بأن الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة قد نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة على أن يقره الموكل بعد ذلك ويساعد على ذلك، قيام وكالته من الأصل فالوكالة التالية ليست وكالة مبتدأة بل هي وكالة مكملة . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة أحد أمرين : (١) إما القانون ، فهو الذي جعل الوكيل بناء على إرادته نائبا فيما يجاوز حدود الوكالة ، واشترط في قيام النيابة على هذا الوجه إقرار الموكل . (٢) وإما الإعارة المشتركة للوكيل والموكل ، وهذه صورة تخالف صورة الوكالة في أن إرادة الموكل هنا لاحقة لإرادة الوكيل ، وهي في الوكالة سابقة على إرادة الوكيل . ولكن النيابة في الحالتين نيابة اتفاقية لاقانونية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

والإقرار تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الأصل ، ولا شأن به للنائب ولا للغير . ويجب أن يكون الأصل أهلا لإقرار التصرف . ويكون الإقرار صريحا أو ضمنيا ، إلا إذا كان التصرف القانوني الذي يقره الأصل عقدا شكليا كالهبة ، فيجب عند ذلك أن يصدر الإقرار في ورقة رسمية كالهبة ذاتها . وللإقرار أثر رجعي إذ يجعل التصرف القانوني صحيحا منذ صدوره لامتد الإقرار ، وذلك دون إضرار بحق الغير ، فلو أقر الأصل بيع النائب لعقاره لم يضر إقراره بمن كسب منه حقا عينيا على هذا العقار قبل الإقرار .

§ ٣ — تعامل النائب باسم الأصل

يجب أنه يتعامل النائب باسم الأصل :

وحق التحقق النيابة يجب أن يتعامل النائب مع الغير باسم الأصل . والأصل أن الشخص يتعاقد لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فإذا تعامل النائب دون أن يبين أنه يعمل لحساب الأصل ، كان من حق الغير أن يعتبر أن النائب يعمل لحساب نفسه لا لحسابه الأصل . فيجب إذن أن يبين النائب

أنه يعمل باعتباره نائبا ، أى يقصد إسناد أثر العقد إلى الأصيل (contemplatio domini) . وقد يفصح النائب عن هذه النية صراحة ، وقد تفهم ضمناً من الظروف كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومة في متجر هذا المخدم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . ويكفى أن يعلم الغير أن النائب يتعامل بصفته نائبا ، وليس من الضروري أن يعرف من هو الأصيل ، فإذا قبل التعاقد مع النائب على هذا النحو انصرف أثر العقد إلى الأصيل . فقد توجد ظروف تدعو النائب أن يكتم عن الغير اسم الأصيل ، كما يقع في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير .

(déclaration de command)

والتعاقد لحساب الأصيل يجب أن يتحقق أيضا عند الغير الذى يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل لحساب الأصيل ، ولكن الغير يتعامل مع النائب في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لأمع شخص النائب لانه لا يتعامل لنفسه ، ولأمع الأصيل لان الغير لا يقصد التعامل معه . ويستثنى من ذلك أن يستوى عند الغير التعامل مع النائب أو مع الأصيل ، كما سنرى .

تعامل النائب باسم الشخصى — الاسم المستعار أو المسخر :

فإذا تعامل الوكيل باسمه الشخصى ، وتعامل معه الغير على هذا الاعتبار ، فليست هناك نيابة وإن وجدت الوكالة ، وتكون الوكالة في هذه الحالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل . وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار (prête-nom) أو المسخر . فينصرف أثر العقد عندئذ إلى الوكيل ، دائنا أو مدينا ، ولا ينصرف إلى الموكل . ثم ينقل الوكيل بعد ذلك إلى الموكل ما ينصرف إليه من أثر العقد ، من حقوق والتزامات .

ومع ذلك قد يتعاقد الوكيل باسمه الشخصى ، وينصرف أثر العقد إلى الموكل بالرغم من ذلك ، في حالتين :

- ١ — إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة .
 - ٢ — إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الاصيل أو مع النائب .
- وقد نصت المادة ١٠٦ مدني على هذه الاحكام صراحة إذ تقول : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الاصيل ، دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الاصيل أو النائب ، .

المطلب الثاني

آثار النيابة

العلاقة فيما بين النائب والغير :

ينصرف أثر العقد كما قدمنا إلى الاصيل لا إلى النائب ، ومن ثم لا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه .

كذلك لا يقوم في ذمة النائب إلزام بالعقد نحو الغير ، فلا يستطيع الغير أن يطالب بالتزام من الالتزامات التي أنشأها العقد .

فلا تقوم إذن علاقة مباشرة بين النائب والغير عن طريق العقد . ولكن قد تقوم هذه العلاقة المباشرة عن طريق آخر . مثل ذلك أن يخطئ النائب في تنفيذ النيابة ، فيكون مسؤولاً مباشرة نحو الغير ، ولكن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية ولم تنشأ عن طريق العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يكفل النائب الاصيل ، فتنشأ العلاقة المباشرة من عقد الكفالة لا من العقد الذي أبرمه النائب مع الغير باسم الاصيل .

المعرفة فيما بين النائب والأصيل :

يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الاتفاق أو القانون . ويجوز للنائب ، بوجه عام ، إنابة وكيل عنه في تنفيذ النيابة ، ويكون مسئولاً عن هذا الوكيل نحو الأصيل . وعلى النائب أن يقدم للأصيل حساباً عن تنفيذ نيابته ، طبقاً لأحكام قررها القانون ، ونذكر من هذه الأحكام الحكمين الآتين : (أولاً) إذا كان النائب وكيلًا ، وجب عليه أن يبذل في تنفيذ وظيفته عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوكالة بأجر ، وعنايته هو دون أن يزيد على عناية الرجل المعتاد إذا لم تكن الوكالة بأجر ، (ثانياً) الأصيل مسئول عما أصاب النائب من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ النيابة تنفيذاً معتاداً (أنظر فيما يتعلق بالوكالة المادة ٧١١ مدني) .

المعرفة فيما بين الأصيل والغير :

تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفي شخص النائب من بينهما . فيعتبر الأصيل هو المتعاقد مع الغير ، وإليه ينصرف أثر العقد ، حقاً كان أو التزاماً .

فيكسب الأصيل الحقوق التي تولدت من العقد ، ويطالب بها الغير دون وساطة النائب . ويلتزم الأصيل بالالتزامات التي أنشأها العقد ، ويطالبه بها الغير دون وساطة النائب .

فالأصيل في العقد الذي أبرمه النائب لا يعتبر « غيراً » ، بل هو لا يعتبر خلفاً للنائب انتقل إليه منه أثر العقد كالوارث ، وإنما هو أحد طرفي العقد كما سبق القول . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني ، ولكنها الخطوة التي انتهت إليها منطق النيابة في تطورها .

المطلب الثالث

تعاقد الشخص مع نفسه

تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية الفنية :

قد يتعاقد الشخص مع نفسه ، إما نائبا عن كل من طرفي العقد فيكون مثلا وكيلًا في كل من البيع والشراء ، وإما أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر فيبيع مثلا لنفسه العين الموكلة في بيعها . وقد يقع ذلك أيضا في النيابة القانونية ، فيبيع الأب مثلا ماله لابن تحت ولايته أو يشتري لنفسه مال الابن ، أو يبيع الأب مال أحد ولديه للولد الآخر والولدان تحت ولايته . وما دام النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الاصيل كما قدمنا ، فإن الذي يجمع طرفي العقد في شخصه ، سواء كان أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر أو كان نائبا عن الطرفين ، إنما يجري العقد بإرادته هو وحده وقد حلت محل الإرادتين معا .

ومن هذا انقسم الفقه في تعاقد الشخص مع نفسه ، فرأى يذهب إلى التحريم إذ لا يكون أمنا في هذا التعاقد إلا إرادة واحدة ، والعقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين . ورأى يذهب إلى الإباحة . وأنصار الإباحة انقسموا إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقى توافق فيه الإيجاب والقبول ، ولكن شخصا واحداً هو الذى عبر عن كل من الإيجاب والقبول . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوى إلا على إرادة واحدة جعلها القانون تنبج هذا الأثر .

موقف الشرائع من تعاقد الشخص مع نفسه :

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من تعاقد الشخص مع نفسه . فمنها ما يحرم في الأصل هذا التعاقد ، وذلك كالتقنين المصرى والتقنين الألمانى . ومنها ما يبيحه في الأصل ، كالتقنين الفرنسى والتقنين السويسرى .

ولكن لا توجد شريعة من هذه الشرائع أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحته في فروض معينة ، والشرائع التي أباحته استثنت ظروفاً حرمتها فيها . وكان من شأن التوسع في الاستثناءات عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن اقترنت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .

تعاقد الشخص مع نفسه في التقنين المدني المصري وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى :

أورد التقنين المدني المصري نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في حالات استثنيت ، فنصت المادة ١٠٨ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لنفسه (انظر في هذا التطبيق المواد ٤٧٩ — ٤٨١ مدني) ، أو تعاقد لحساب غيره نائباً عن طرف في العقد كما لو كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حساباً أحد من الأصيلين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تبيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين .

وتحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد ، فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيع للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ،

لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد الشخص مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، وكان شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أقره . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه ، وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرح به المادة ١٠٨ مدني السالف ذكره ، إذ استنتجت من تحريم تعاقد الشخص مع نفسه أن يرخص الأصيل في ذلك منذ البداية أو أن يجيز التعاقد بعد ذلك .

وتنقضي هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بمجاوز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون الولاية على المال (١) من جواز أن يتصرف الأب أو الجد في عقار القاصر لنفسه ، ويشترط في ذلك إذن خاص من المحكمة ، ويشترط أيضاً في الجد تعيين وصي خاص للتعاقد معه . كما يجوز للأب وحده أن يتصرف لنفسه في محل تجاري أو أوراق مالية للقاصر لا تتجاوز قيمة أي منهما ثلاثمائة جنيه (أما ما جاوز فيحتاج إلى إذن) ، أو في أي منقول آخر يملكه القاصر أيما كانت قيمته ، دون إذن . أما الجد فلا بد له من الحصول على إذن من المحكمة في كل ذلك . ومثل ما تنقضي به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري .

والتقنيات المدنية العربية الأخرى تورد في تعاقد الشخص مع نفسه كبدأ عام أحكاماً تقرب من أحكام التقنين المدني المصري . فالمادة ١٠٩ من التقنين المدني السوري تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المدني المصري ، وكذلك يطابق هذا النص المادة ١٠٨ من التقنين المدني الليبي . والتقنين المدني العراقي

(١) وهو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وقد صدر في ٢ أغسطس سنة ١٩٥٢ ، وحل محل قانون المحاكم الحسبية الصادر في سنة ١٩٤٧ ، وكان هذا قد حل محل قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ .

(م ٥٩٢) يقرر نفس المبدأ ، ويستثنى منه حالات وردت في النصوص الآتية : م ٥٨٨ : ١ — يجوز للأب الذى له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده ، وله أن يشتري مال ولده لنفسه ، بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش .

٢ — فإن باع مال نفسه لولده أو اشتري مال ولده لنفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد . ٣ — والجد كالأب فى الحكم .

م ٥٨٩ : لا يجوز للوصى المنصوب أو القيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع مال نفسه للمحجور ، ولا أن يشتري لنفسه شيئا من مال المحجور مطلقاً ، سواء كان فى ذلك خير للمحجور أم لا . م ٥٩٠ : ١ — لا يجوز للوصى المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لليتيم ولا أن يشتري لنفسه شيئا من مال اليتيم ، إلا إذا كان فى ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة .

٢ — والخيرية هى أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل ، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة . م ٥٩١ : لا يجوز للقاضى أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه .

أما تقنين الموجبات والعقود البنانية ، فقد حرم على من عهد إليه فى بيع شيء أن يشتريه لنفسه ، وحرم شراء الولي أو الوصى أو القيم مال المحجور لنفسه ولا يصح شيء من ذلك كله إلا بترخيص من القضاء . فنصت المادة ٣٧٨ من هذا التقنين على ما يأتى : « إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلى لا يجوز لهم الشراء ، لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ، ولو كان الشراء بالمزايدة ، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، وإذا فعلوا كان هذا الشراء باطلا : أولا — لا يجوز لو كلاء البيع شراء الأموال التى عهد إليهم فى بيعها . ثانيا — لا يجوز لمتولى الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التى فوض إليهم أمر الاعتناء بها . ثالثا — لا يجوز للبائعين الرسميين شراء الأموال المعهود إليهم فى بيعها . رابعا — لا يجوز للأب أو الأم ، ولا للوصى أو القيم أو المشرف القضائى أو الولي المؤقت ، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم .

المبحث الثاني

النيابة في التعاقد

في الفقه الإسلامي

النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي - مسمى نظام متقدم :

يتميز الفقه الإسلامي ، في النيابة في التعاقد ، بأنه ارتقى في هذا النظام
الارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي في تقدمه ، ويبرز الفقه الروماني الذي رأينا
قصوره في هذا الميدان . ولقد وقعنا في بعض المباحثات التي
ونبحث هنا : (١) مصادر النيابة في التعاقد (٢) أحكام هذه النيابة
(٣) تعاقد الشخص مع نفسه .

المطلب الأول

مصادر النيابة في التعاقد

التمييز بين الرسول والنائب :

يميز الفقه الإسلامي — كما يميز الفقه الغربي — بين الرسول والنائب .
فالرسول يعبر عن إرادة المرسل ، ويقتصر على تبليغها دون أن يكون
له رأى في ذلك . ولهذا جاز أن يكون رسولا الصبي دون السابعة ، إذا
كان قادراً قدرة فعلية على نقل إرادة المرسل . وفي هذه الحالة يتم التعاقد
الآخر دون وساطة الرسول ، فما على الرسول إلا البلاغ ، وكما يصح للإنسان
أن يبلغ إرادته بالخطاب وبالكتاب كذلك يجوز أن يبلغها بالرسالة .

أما النائب فإنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، إذ هو أصل في العقد والعقد إنما يقوم بكلامه . قال الزيلعي (جزء ٤ ص ٢٥٦) :
 « الوكيل أصل في العقد ، لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً . . . والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ، ولو كان سفيراً كما زعم (الشافعي) لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته . . . ولذلك يجب أن يكون النائب مميزاً ، حتى يصح أن يكون له كلام يفتج أثراً ، وإن كان لا يشترط فيه البلوغ لأنه لا يتصرف في ماله ، وإنما يتصرف في مال غيره بتفويض منه . ويعتد بإرادته لا بإرادة الأصل في عيوب الرضاء . فإكراهه يفسد العقد ، وله خيار فوات الوصف المرغوب فيه إذا وقع في غلط .

وللوكيل بشراء شيء خيار الرؤية ، وفي الهندية الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئاً كان رآه الموكل ولم يعلم به الوكيل ، كان للوكيل خيار الرؤية . وهذا إذا كان وكيلًا بشراء شيء بغير عينه ، فلو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قد رآه الموكل ولم يره الوكيل فليس للوكيل خيار رؤية إذا اشتراه (سليم باز في شرح المجلة ص ٧٧٢) .

وصورة النيابة أن يقول شخص لآخر كن وكيلًا عني في بيع داري أو وكلتك في بيعها ، وصورة الرسالة أن يقول كن رسولاً عني في تبليغ فلان أني أبيع منه داري بكذا . والأصل أن الشخص يكون وكيلًا بألفاظ الوكالة ، ورسولاً بألفاظ الرسالة . وأما لفظ الأمر فلا يكون توكيلاً ، مالم يفد النيابة عن الأمر بأن يقول له أذنت لك أن تفعل كذا ، أو يدفع له نقوداً ويقول له اشتر لي بها داراً ، أو يقول اشتر بهذا الألف جارية ويشير إلى مال نفسه . ولو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم ، كان مشورة والشراء للمأمور ، إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهماً لأن

اشتراط الأجر له يدل على الإنابة (تكملة ابن عابدين ١ ص ٢٠٥ -
سليم باز في شرح المجلة ص ٧٧٠) .

وفي التمييز بين الرسول والنائب يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي .

النيابة القانونية والقضائية والاتفاقية :

وإذا نظرنا إلى المصدر الذي يضاف على النائب صفة النيابة ، أمكن
في الفقه الإسلامي ، كما هو الأمر في الفقه الغربي ، تقسيم النيابة إلى نيابة
قانونية ونيابة قضائية ونيابة اتفاقية .

فالنيابة القانونية هي التي يكون مصدرها الشرع . فالولي نائب عن محجور
بحكم الشرع ، فالشرع إذن هو الذي يضاف عليه صفة النيابة . والقاضي
نائب عن المحجور بحكم الشرع ، وفي تزويج اليتامى ، وعن المفلس في بيع ماله
بحكم الشرع كذلك .

والنيابة القضائية هي التي يكون مصدرها القاضي . فالوصي يعينه القاضي
ويجعله نائباً عن المحجور ، وكذلك القيم والوكيل عن النائب .

والنيابة الاتفاقية هي التي يكون مصدرها إرادة الأصيل . ويكون ذلك
باتفاق سابق بين الأصيل والنائب ، وهذه هي الوكالة ، وسنفردها ببحث
موجز فيما يلي لأهميتها في موضوع النيابة . وقد تكون النيابة الاتفاقية بإذن
لاحق لتصرف النائب ، وهذه هي الفضالة . والفضولي قبل الإجازة ليس
بنائب ، فإذا أجاز رب العمل تصرفه صار نائباً عنه ، لأن الإجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة . ومثل الفضولي الغاصب ، فإنه إذا باع ما غصبه ثم أجاز
المالك جاز . وحقوق العقد في صورتين تعود إلى الفضولي أو الغاصب
لمباشرتهم العقد (سليم باز في شرح المجلة ص ٧٧٢) .

الوكالة :

الوكالة هي المصدر الرئيسى للنياية الاتفاقية فى الفقه الإسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، فنخصها بكلمة موجزة ، مبينين ركنها وشرائطها وطرق انقضائها .

فركن الوكالة هو الإيجاب والقبول من الموكل والوكيل . فلما لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد ، ولهذا لو وكل إنسانا بقبض دينه فأتى أن يقبل ، ثم ذهب الوكيل فقبضه ، لم يبرأ الغريم ^(١) .

(١) جاء فى البدائع : « وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة ؟ لاخلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط ، أما علم الوكيل وأما علم من يعامله . حتى أنه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل عنقه وعلم الرجل بالتوكيل ، لايجوز بيعه حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة ، لأن حكم الأمر لايلزم إلا بعد العلم بالأمورية أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالأمورية كما فى أوامر الشرع . وأما علم الوكيل على التعيين بالتوكيل ، فهل هو شرط ؟ ذكر فى الزيادات أنه شرط ، وذكر فى الوكالة أنه ليس بشرط . فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدى هذا الى فلان فبيعه فلان منك ، فذهب الرجل بالعبد اليه وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه ، وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز ، كذا ذكر محمد فى كتاب الوكالة ، وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل . وذكر فى الزيادات أنه لايجوز البيع ، وصورة المسألة فى الصبى المأذون . وذكر فى المأذون الكبير مايدل على جواز البيع ، فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدى فأتى قد أذنت له فى التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعه . وليس التوكيل كالوصاية ، فان من أوصى الى رجل غائب أى جعله وصيا بعد موته ثم مات الموصى ، ثم أن الوصى باع شيئا من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت ، فان بيعه جائز استحسانا ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لايملك اخراج نفسه منها ، والقياس إلا يجوز . والفرق أن الوصى خلف عن الموصى ، قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ، ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لايلزم موته جاز بيعه ، فكذا الوصى . بخلاف التوكيل ، لانه أمر من الموكل ، وحكم الأمر لايلزم إلا بعد العلم بسببه على مأمور . فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط ، فان كان التوكيل بحضرة الوكيل ، أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه قبله وعلم مافيه ، أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة ، أو أخبره بالتوكيل بحضرة الوكيل أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه قبله وعلم مافيه ، أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة ، أو أخبره بالتوكيل رجلا أو رجل واحد عدل ، صار وكىلا بالاجماع . وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل ، فان صدقه صار وكىلا أيضا ، وان لم يصدقه يبقى أن يكون على الاختلاف فى العدل ، عند أبى حنيفة لا يكون وكىلا وعند أبى يوسف ومحمد يكون وكىلا كما فى العزل » - « البدائع ٦ ص ٢٠ - من ٢١ »

والشروط ترجع إلى الموكل ، وإلى الوكيل ، وإلى الموكل به :
فأما ما يرجع إلى الموكل ، فهو أن يملك بنفسه فعل ما وكل فيه غيره ،
لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره ، فما لا يملكه بنفسه
لا يحتمل التفويض إلى غيره . فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي غير
المميز مطلقاً . ولا يصح التوكيل من الصبي المميز بما لا يملكه بنفسه كالحبة
والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ، ولا يصح إلا بإذن الولي
في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار . والظاهر في الفقه
الإسلامي أن الموكل يشترط فيه أن يملك بنفسه مباشرة التصرف الذي وكل
فيه وقت التوكيل وأن يستمر قادراً على مباشرته إلى أن يتم الوكيل التصرف
لأن أهلية الموكل ليست شرطاً لإنشاء الوكالة فقط ، بل هي أيضاً شرط
لبقائها ^(١) . وهذا بخلاف الفقه الغربي ، فقد رأينا أن العبرة في أهلية الموكل
للتصرف الذي وكل فيه بوقت مباشرة الوكيل لهذا التصرف لا بوقت التوكيل .

وأما ما يرجع إلى الوكيل ، فهو أن يكون مميزاً ، فلا تصح وكالة المجنون
والصبي غير المميز ، لأن الوكيل يعبر عن إرادته كما قدمنا وهذا ان ليست
لهما إرادة يعتد بها . ولكن لا يشترط في الوكيل بلوغ سن الرشد ، فتصح
وكالة الصبي المميز ، بخلاف الشافعي فعنده وكالة الصبي المميز غير صحيحة .
جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٢٠) : « وهذا عند أصحابنا . وقال الشافعي
رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة . لأنه غير مكلف ، ولا تصح وكالة المجنون .
ولنا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة ، قالت
إن أوليائي غيب يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من
يكرهني ، ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني ، فزوجها من رسول
الله صلى الله عليه وسلم وكان صيباً . والاعتبار بالمجنون غير سديد ، لأن

العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا ، فتصح
وكالته كالبائع ، إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع إلى الوكيل إذ
كان بالغاً ، وإذا كان صبياً ترجع إلى الموكل .

وأما ما يرجع إلى الموكل به ، فيجوز التوكيل في حقوق العباد — عدا
القصاص وفيه تفصيل — كالتوكيل بالخصومة وقبض الدين والإقرار وغير
ذلك . ويجوز التوكيل في التعاقد ، وهذا الذي يعنينا هنا . والتوكيل في التعاقد
نوعان ، عام وخاص . فالتوكيل الخاص يكون في خصوص تصرف معين ، كالبيع
أو الشراء أو الإجارة أو الاستئجار . والتوكيل العام يكون بإطلاق التصرف
للكيل في كل شيء . وقال في رد المحتار لو قال لغيره أنت وكيل في كل شيء ،
أو قال أنت وكيل بكل قليل وكثير ، يكون وكيلًا بالحفظ فقط ، هو الصحيح .
ولو قال أنت وكيل في كل شيء جائز أمرك ، يصير وكيلًا عامًا ، فيملك البيع
والشراء وكل شيء إلا الطلاق والوقف والهبة والصدقة وسائر التبرعات على
المفتي به ، وينبغي ألا يملك الإبراء والخط عن المديون لأنهما من قبيل
التبرع (سليم باز في شرح المجلة ص ٧٦٩) .

والوكالة تنقضي : أولاً — بقيام الوكيل بالأمر الموكل به ، أو بقيام
الموكل نفسه بهذا الأمر . ذلك أن الموكل إذا وكل شخصاً في أمر من أموره
لا يكون ممتنعاً عليه أن يقوم هو نفسه بهذا الأمر ، فهو الأصيل والوكيل
ليس إلا نائباً عنه . ثانياً — بعزل الوكيل نفسه من الوكالة ، أو بعزل الموكل
إياه : ذلك أن الوكالة عقد غير لازم من كلا الجانبين ، فيجوز للوكيل أن يرجع
في الوكالة بإرادته وحده كما يجوز للموكل أن يفعل ذلك . غير أنه إذا تعلق
بالوكالة حق للغير ، كمن رهن ماله ووكل المرتن في بيع المال لاستيفاء حقه ،
لم يحز للموكل عزل الوكيل بغير رضا صاحب الحق أى بغير رضا الوكيل نفسه
في المثل المتقدم . ثالثاً — بموت الوكيل ، أو بموت الموكل . ذلك أن الوكالة

تقوم على الثقة الشخصية ما بين الموكل والوكيل ، فإذا مات أحدهما لم تجبر ورثته على استيفاء الوكالة فتنتفى . وللوورثة بعد ذلك أن يعقدوا وكالة جديدة مع الباقي من المتعاقدين في الوكالة الأولى .

وتوجد أسباب أخرى أقل أهمية من الأسباب المتقدمة لانقضاء الوكالة ، فتجزيء بما قدمناه . ومن هذه الأسباب الستة لانقضاء الوكالة ، يتبين أن هناك سببين منها تنقضى الوكالة قبل تنفيذها ويحتمل ألا يعلم بهما الوكيل ، وهذان السببان هما عزل الموكل للوكيل وموت الموكل ، فهل تنقضى الوكالة بمجرد قيام أحد هذين السببين ولو لم يعلم الوكيل بذلك ؟ يميز الفقه الحنفي بين عزل الوكيل وموت الموكل ، فيشترط لصحة عزل الوكيل علمه بالعزل ، ويجعل موت الموكل منهياً للوكالة علم الوكيل بموته أو لم يعلم . وفي المذهب المالكي والمذهب الحنبلي روايتان في كل من العزل والموت ، إحداهما أنه يشترط علم الوكيل بالعزل أو بالموت ، والأخرى أنه لا يشترط علم الوكيل بذلك . وفي مذهب الشافعي روايتان في العزل ، أما الموت فلا يشترط علم الوكيل به . ونورد بعض النصوص الفقهية في هذا الصدد .

جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٣٧ — ص ٣٧) في الفقه الحنفي : « ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به ، لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد الحكم به والثاني ألا يتعلق بالوكالة حق الغير ومنها موت الموكل ، لأن التوكيل بأمر الموكل ، وقد بطلت أهلية الأمر بالموت ، فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا . »

وجاء في الخرشي (جزء ٦ ص ٨٦) في الفقه المالكي : الوكيل إذا علم بموت موكله فإنه ينعزل بمجرد علمه بذلك ولو مفوضاً لأن ماله انتقل لغيره ولا يتصرف أحد في مال الغير إلا بإذنه . وإن لم يعلم الوكيل بموت موكله فهل ينعزل بمجرد الموت أو حتى يبلغه الموت ؟ . تأويلان الموكل إذا عزل وكيله ولم يعلم الوكيل بذلك هل ينعزل بمجرد عزله أو لا ينعزل إلا بعد علمه

بالعزل ؟ في ذلك خلاف . وفائده لو تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم ببيع أو شراء أو نحو ذلك ، هل يلزم الموكل لأن الوكيل معذور بعدم العلم ، أولا يلزمه لأن الوكيل قد انعزل ؟ ،

وجاء في نهاية المحتاج للرملي (جزء ٥ ص ٥٣ — ص ٥٥) في فقه الشافعي : « فإن عزله وهو غائب انعزل في الحال ، لأنه لم يحتج للرضا فلم يحتج للعلم كالطلاق ، وينبغي للموكل الإشهاد على العزل إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل . . وفي قول لا ينعزل حتى يبلغه الخبر . . . وينعزل أيضا بخروج أحدهما — أي الموكل والوكيل — عن أهلية التصرف بموت أو جنون ، وإن لم يعلم به الآخر . »

وجاء في المغني (جزء ٥ ص ١١٣ — ص ١١٤) في الفقه الحنبلي : « الوكالة عقد جائز من الطرفين ، فلموكل عزل وكيله متى شاء ، ولو وكيل عزل نفسه . لأنه إذن في التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن في أكل طعامه . وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم . فتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته ، فهو باطل إذا علم ذلك . فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل ، فعن أحمد فيه روايتان : . . أنه ينعزل علم أو لا يعلم ، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعناق . والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة . فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه . وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه . »

المطلب الثاني

أحكام النيابة في التعاقد

تميزانه جوهرانه في هذا الموضوع :

نبدأ بإيراد تمييزين جوهريين خاصين بالفقه الإسلامي في هذا الموضوع :

(التمييز الأول) هو التمييز بين حكم العقد وحقوقه . فحكم العقد هو الغرض الأصلي من العقد ، ومن ثم يكون حكم البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع . وحقوق العقد هي المطالبات والالتزامات التي تنشأ من العقد لتثبيت حكمه وتأكيده وتقويته ، ومن ثم تكون حقوق البيع هي من جانب البائع المطالبة بالثمن وحبس المبيع إلى أن يستوفيه ، ومن جانب المشتري المطالبة بقبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق والعيب وما إلى ذلك . وقد تقدمت الإشارة إلى هذا التمييز .

(التمييز الثاني) هو التمييز بين إضافة النائب العقد إلى الأصل وإضافته إلى نفسه . ونستعرض فيما يلي صوراً مختلفة في إضافة العقد ، لنتبين كيف يضيف النائب العقد إلى الأصل وكيف يضيفه إلى نفسه .

صور مختلفة في إضافة العقر :

نفرض أن شخصاً يبيع داراً مملوكة لغيره ، فيمكن أن تتدرج صور إضافة العقد من حيث صفة هذا الشخص بالنسبة إلى بيع الدار على النحو الآتي :

١ — لا يكون الشخص نائبا عن مالك الدار ، ويقول للمشتري باع فلان منك هذه الدار ، أو بعثك هذه الدار . ففي هذه الصورة يكون البائع فضوليا ، وقد أضاف العقد في حالة إلى المالك وفي حالة أخرى إلى نفسه .

٢ — يرسل مالك الدار الشخص إلى المشتري ، فيقول له أرسلني فلان ليقول لك إنه باع منك هذه الدار . ففي هذه الصورة يكون الشخص رسولا للمالك وقد أضاف العقد بداهة إلى المالك .

٣ — يكون الشخص وكيلا عن مالك الدار في بيعها ، فيقول للمشتري باع فلان منك هذه الدار ، أو بعث نيابة عن فلان منك هذه الدار . ففي هذه الصورة يكون الشخص وكيلا أضاف العقد إلى الأصيل .

٤ — يكون الشخص وكيلا في البيع ، فيقول للمشتري بعث منك هذه الدار . ففي هذه الصورة يكون الشخص وكيلا أضاف العقد إلى نفسه . ويستوى أن يكون المشتري عالما بالتوكيل أو غير عالم به ؛ كما يستوى أن يعامل المشتري الوكيل باعتباره وكيلا أو باعتباره أصيلا ، والمهم أن يكون الوكيل ، بالرغم من إضافته العقد إلى نفسه ومن أنه يعمل باسمه الشخصي لا باسم الأصيل ، يعمل لحساب الأصيل لا لحساب نفسه . وهذه الصورة هي من خصوصيات الفقه الإسلامي ، ويقرب منها صورة النيابة (agency) في القانون الانجليزي تعرف بنظام الأصيل المستور (undisclosed principal) وقد كتبنا عن هذا النظام في نظرية العقد (ص ٢١٨ هامش رقم ٥) ما يأتي : « في هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصيا مع الغير ، ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير . وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذي تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائبا ، فإن الأصيل المكتوم (المستور) — بعد أن يظهر) — تكون علاقته مع الغير الذي

تعاقده معه النائب علاقة مباشرة ، ويسرى في حقه العقد الذي باشره نائبه ، مادام هذا العقد لم تكن فيه شخصية المتعاقدين محل اعتبار ، ومادام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذي تعامل مع النائب أن يتعامل معه أو مع غيره . وهذا النظام الإنجليزي هو في الواقع مرحلة إلى الأمام في نظام الاسم المستعار (prête-nom) الذي تعرفه القوانين اللاتينية — وكذلك القوانين الجريانية انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ص ٢٠١ - ص ٢٠٣ — فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير ، بل يتوسط بينهما النائب ، ويرجع كل منهما عليه . دون أن يرجع أحد منهما على الآخر . أما النظام الإنجليزي فيسمح بهذا الرجوع : انظر ما يقرب من القانون الإنجليزي المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسري وهي تقضى بأنه إذا لم يذكر النائب صفته وقت التعاقد ، فإن الأصيل لا يصبح دائماً أو مديناً بطريق مباشر قبل الغير ، إلا إذا كان هذا الغير يمكنه أن يستنتج من الظروف وجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل . وظاهر أن نظرية «الأصيل المكتوم» في القانون الإنجليزي لا تنطبق إلا في العلاقات المالية التي لا اعتبار فيها للشخص ، فلا تنطبق على وعد بالزواج أو على إيجار العمل ، كذلك لا تنطبق على العقود الشكلية (under seal) فإن هذه العقود لا تسرى إلا في حق الموقعين عليها .

هـ — يكون الشخص وكيلًا في البيع ، ولكنه يبيع الدار لحساب نفسه لا لحساب الموكل حتى لا يظهر اسم الموكل في أية معاملة من معاملات هذا البيع لسبب يبرر ذلك في نظر الموكل . ثم يشتري الوكيل الدار من الموكل ، وبمجرد شرائها وانتقال ملكيتها إلى الوكيل تنتقل منه إلى المشتري . أو يكون الشخص وكيلًا في الشراء — وهذه هي الحالة العملية الغالبة — فيشتري الدار

لحسابه ثم يبيعها بعد ذلك للموكل^(١). وفي كلتا الحالتين يدعى الوكيل بالمسخر أو بالاسم المستعار (prête-nom). ويستوى أن يكون المتعامل مع الوكيل عالما بالتوكيل أو غير عالم به، والمهم أن يكون الوكيل يعمل لحساب نفسه وأن الظرف الآخر يتعامل منه باعتباره أصيلا لا باعتباره وكيلًا وهذا هو الذي يميز الصورة التي نحن بصددنا عن الصورة السابقة.

ولا يعنينا من هذه الصور الخمس صورتان الأولى والثانية والصورة الأخيرة. أما الصورة الأولى، وهي صورة الفضالة، فلأن الفضولي لا يكون نائبًا عن مالك الدار إلا بالإجازة، ومتى أجاز المالك البيع أصبح الفضولي وكيلًا أضاف العقد إلى الأصيل وهذه هي الصورة الثالثة، أو وكيلًا أضاف العقد إلى نفسه وهذه هي الصورة الرابعة. وأما صورتان الثانية والأخيرة، وهما صورتا الرسول والاسم المستعار، فلأن التعاقد فيهما لا يكون بالنيابة بل بالأصالة.

فيبقى إذن الصورتان الثالثة والرابعة، وهما اللتان تعيننا هنا. وفي أحدهما يضيف النائب العقد إلى الأصيل، وفي الأخرى يضيف العقد إلى

(١) وهذا الضرب من التعامل غير معهود في الفقه الاسلامي، فالوكيل بالشراء، اذا وكل بشراء شيء بعينه، لا يملك أن يشتريه لنفسه، واذا اشترى يقع الشراء للموكل. وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه فانه اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه، الا أن ينوبه للموكل. جاء في البدائع « جزء ٦ ص ٣١ »: « الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، واذا اشترى يقع الشراء للموكل، لان شراؤه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحض من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحض منه .. وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه، اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه، الا أن ينوبه للموكل. وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل، فالمشترى له. واذا قال الموكل اشتريته لى وصدقه الوكيل، فالمشترى للموكل .. ولو اختلفا .. فان أدى الوكيل الثمن دراهم نفسه فالمشترى له، وان أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله » ويخلص من ذلك أن الوكيل بشراء شيء معين بالذات لا يملك الا أن يشتريه لموكله، واذا اشتراه لنفسه وقع الشراء للموكل دون حاجة الى عقد جديد. والوكيل بشراء شيء غير معين بالذات، اذا ثبت أنه نوى الشراء لنفسه، ملك ما اشتراه ولا يجبر على بيعه لموكله. واذا ثبت أنه نوى الشراء لموكله، وقع الشراء للموكل دون حاجة الى عقد جديد. فلا محل في هذه الفروض المختلفة لتطبيق القواعد المقررة في الفقه الغربي للنظام، المعروف بالاسم المستعار.

السنة ويمكن القول بوجه عام إن كل عقد يباشره النائب إما أن يضيفه إلى الأصل ، وإما أن يضيفه إلى نفسه . غير أن هناك طائفة من التصرفات ، هي الزواج وسائر الاستقطاعات والتصرفات التي لا تثبت إلا بالقبض ، لا يجوز إضافتها إلى النائب بل يجب إضافتها إلى الأصل . أماما ذلك من التصرفات فتضاف ، كما قدمنا ، إما إلى الأصل وإما إلى النائب ، ويدخل في ذلك حالة ما إذا كان النائب محجورا وحالة ما إذا كان الأصل هو المحجور .

ولما كان هذا التمييز الجوهرى بين إضافة النائب العقد إلى الأصل وإضافته إلى نفسه هو المحرر الذى تدور عليه أحكام النيابة في الفقه الإسلامى ، فنستعرض في بيان هذه الأحكام الصورتين واحدة بعد الأخرى . على أن النائب في الفقه الإسلامى ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الأصل ، أما الرسول فيضيف العقد دائما إلى المرسل .

§ ١ - النائب يضيف العقد إلى الأصل

الطائفة الأولى من العقود التى يجب إضافتها إلى الأصل - الزواج

و- سائر الاستقطاعات :

هناك طائفة أولى من العقود لا يجوز للوكيل أن يضيفها إلى نفسه ، بل يجب أن يضيفها إلى الموكل ، وهذه هي الزواج والطلاق على مال والخلع والعتاق على مال والكتابة والصلح عن دم العمد والصلح عن إنكار ، ويجمع هذه العقود فكرة إسقاط الحق ، فهى إسقاطات كلها . فالزواج إسقاط حرمة المرأة على الرجل ، والطلاق إسقاط للحل وكذلك الخلع ، وكل من العتاق والكتابة إسقاط للرق ، والصلح عن دم العمد إسقاط للقصاص ، والصلح عن إنكار إسقاط لبعض الحق أفداء لبعض الآخر . ويدخل هذه التصرفات أيضا الإبراء ، إذ هو إسقاط للدين .

فالوكيل عن الزوجة في الزواج يجب أن يضيف العقد إلى الزوجة ولا يتصور أن يضيفه إلى نفسه، وكذلك الوكيل عن الزوج يجب أن يضيف العقد إلى الزوج فإن أضافه إلى نفسه وقع الزواج له . كذلك الوكيل في الطلاق على مال أو في الخلع ، سواء كان من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، يجب أن يضيف العقد إلى موكله ، وهذا هو أيضا شأن سائر الإسقاطات .

فالوكيل في هذه التصرفات ، وهو يضيف العقد إلى موكله ، يكون سفيرا محضا أى بمثابة الرسول . ولما كان حكم العقد وحقوقه تنصرف إلى المرسل دون الرسول ، فكذلك هنا ينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل . فإذا زوج الوكيل الزوج من زوجته انصرف إلى الزوج دون الوكيل حكم الزواج وحقوقه . فيثبت للزوج دون الوكيل صفة الزوج وهذا هو حكم الزواج . ويطالب الزوج دون الوكيل الزوجة بتسليمها نفسها لزوجها ، وتطالب الزوجة الزوج دون الوكيل بمهرها ، وهذه هي حقوق الزواج . ويترتب على ذلك أن وكيل الزوجة في الزواج لا يملك قبض المهر، وفي الخلع لا يطالب ببذل الخلع ، ووكيل الزوج في الخلع ووكيل المولى في الكتابة لا يملك قبض بدل الخلع أو الكتابة .

والسبب في أن حكم العقد وحقوقه في الإسقاطات تنصرف إلى الموكل لا إلى الوكيل أن الوكيل يتعين عليه أن يضيف العقد إلى موكله ، والقاعدة أن كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله ينصرف حكمه وحقوقه جميعا إلى الموكل دون الوكيل . والسبب في أن الوكيل يتعين عليه في الإسقاطات أن يضيف العقد إلى موكله أن الإسقاط لا يقبل الفصل عن التصرف المسقط ، فلا يجوز الإسقاط في حق الوكيل ثم ينتقل الإسقاط إلى حق الموكل لأن الساقط لا يعود ، فوجب الإسقاط في حق الموكل مباشرة وهذا هو الحكم، وتتبع الحقوق الحكم في تعلقاتها مباشرة بالموكل . أما في المعاوضات كالبيع فالحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل ، فأمكن ابقاء الحقوق للوكيل وصرف الحكم إلى الموكل . ويبدو من

من استعراض التصرفات المسقطه ، وهي التي ذكرناها فيما تقدم ، أنها لا تخلو من انصافها بشخص المتصرف ، ومن ثم وجب على الوكيل أن يضيفها اليه ، ولعل فكرة الإسقاط ذاتها تستدعي الاتصال بالشخص . ومتى أضيف التصرف إلى الموكل ، انصرف إلى الموكل دون الوكيل حكم التصرف وحقوقه جميعا كما سبق القول .

ونقل هنا بعض النصوص الفقهية في هذا الصدد : جاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٢٥٧) : « وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن إنكار تتعلق بالموكل ، فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها أي في كل عقد يضيفه إلى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الخ . لأن الوكيل فيها سفير محض ، ولهذا لا يستغنى عن اضافته إلى الموكل ، حتى لو أضافه إلى نفسه وقع النكاح له . فصار كالرسول ، فلا يتصور أن يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الأصالة والحكم واقع لغيره ، فجعلناه سفيرا ، وهذا لأن الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنها من قبيل الإسقاطات . أما غير النكاح فظاهر ، وكذا النكاح لأنها تسقط مالم يكتسبها بعقد النكاح ، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة ، فكان النكاح إسقاطا للحرمة نظرا إلى الأصل . . . والساقط متلاش ، فلا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال ، لأن الساقط لا يعود إلا بسبب جديد ، فكان حكم النكاح ثابتا لمن أضيف إليه ابتداء ، وهو الموكل . بخلاف البيع ، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار ، فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره . فلا حاجة إلى جعله غير أصل ، إذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك » . وجاء في تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ٢٠-١٩) « كل عقد لا يستغنى الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل ، كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل . ففرع على ذلك قوله فلا يطالب بصيغة المجهول وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة

تسليمها — أى تسليم المرأة إلى زوجها — لأن الوكيل . . فى هذه العقود
 سفير محض ، أى معبر محض حاك قول الموكل ، ومن حكى قول الغير
 لا يلزمه حكم قول ذلك الغير . . فصار كالرسول ، يعنى إذا كان الوكيل فى هذا
 الضرب سفيراً محضاً فقد صار كالرسول فى باب البيع ونحوه ، ولا شك أن
 الحكم فى الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول . . لأن الحكم . . فى هذه
 العقود لا يقبل الفصل عن السبب ، حتى لم يدخل فيها خيار الشرط إذ الخيار
 يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب . وهذه العقود لا تقبل
 ذلك . . لأن السبب فى هذه العقود إسقاط . . وإذا كان السبب فى هذه
 العقود إسقاطاً فيتلاشى . . فلا يتصور . . صدور السبب بطريق الإصالة من
 شخص وثبوت حكمه لغيره . . فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيراً محضاً .
 فإن قلت ليس الكلام فى الحكم بل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها
 لا يقبل الفصل عن السبب ، قلت إنهم قالوا فى الضرب الأول إن الحكم يثبت
 للموكل خلافة عن الوكيل اعتباراً للتوكيل السابق وتعلق الحقوق بالوكيل
 اعتباراً لعبارة . وهنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط فإما أن
 يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يبطل
 التوكيل وينافى الإضافة إلى الموكل ، فتعين الثانى وإليه أشار بقوله فكان سفيراً .

المائة الثانية من العقود التى يجب إضافتها إلى الأصل — العقود

التي لا تثبت بالإقباض :

والمائة الأخرى من العقود التى يجب إضافتها إلى الأصل هى العقود
 التى لا تثبت إلا بالقبض ، وهى الهبة والصدقة والقرض والعارية والوديعة
 والرهن (١) ، أى العقود التى تسمى فى الفقه الغربى بالعقود العينية .

(١) ويضاف عادة إلى هذه العقود الشركة والمضاربة . جاء فى تكملة فتح القدير « جزء

فالوكيل عن الموهوب له أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن يجب أن أن يضيف العقد إلى موكله^(٢) . والوكيل في هذه التصرفات ، وهو يضيف العقد إلى موكله ، يكون هنا أيضاً سفيراً محضاً بمثابة الرسول . ومن ثم ينصرف حكم

سفيراً أيضاً ، وتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل ، إذ لابد له من إضافة العقد إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه يقع عنه لاعتن موكله » . وظاهر أن الشركة والمضاربة لا يدخلان في العقود التي لا تثبت إلا بالقبض ، أو في القليل لا تدخل الشركة . ويبدو أن ما يتسم به العقدان من طابع شخصي — شأنهما في ذلك شأن الاسقاطات — هو الذي يدعو إلى القول بأنه يجب أن يضيف الوكيل فيهما العقد إلى الموكل .

(١) أما التوكيل بالاقتراض فهو على ما تقول الهداية باطل . ويقول البابرتي في العناية تفسيرا لذلك : « واعلم أني أعيد لك ههنا ما ذكرته في أول كتاب الوكالة ، وأزيدك ما ييسر الله ذكره ، لكون المقام من معارك الآراء . فان ظهر فاحمد الله ، وان سمح ذهك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه . التوكيل بالاستقراض لا يصح ، لانه أمر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز . ورد بالتوكل بالشراء فانه أمر يقبض المبيع وهو ملك الغير ، وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البديل في ذمة الموكل ، وأجيب بأن ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض . وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب إذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له ليجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاغارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب ، وانما محله فيهما عبارة الموكل ، فانه ينصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك . فان قيل فليكن في الاستقراض

كذلك ، فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة ، فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز » . ويرد قاضي زارة في تكملة فتح القدير على هذا التفسير ردا مطولا ، يقول فيه : « أقول فيه بحث . أما أولا فلان الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكرنا في صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندي ، لان التصرف في ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصت ملك الغير أو أمر بغصه ، وأما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا . الا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه ، وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله ، ولا خلاف لاحد في جواز ذلك ، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف في ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر —

وقد فرقنا هنا بين الوكيل من قبل المالك كالوكيل عن الواهب وبين الوكيل من قبل من يثبت له الملك كالوكيل عن الموهوب له . فالأول لا يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله ، وهو إذا أضاف العقد إلى نفسه صح ذلك ، ولكن حكم العقد وحقوقه جميعا ترجع إلى الموكل سواء أضاف العقد إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه . والثاني ، وهو الوكيل من قبل من يثبت له الملك ، يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله ، فيصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دونة . أما إذا أضاف العقد إلى نفسه ، فإن العقد ، حكما وحقوقا يقع له هو دون الموكل . جاءنا في شرح المجلة لسليم باز (ص ٧٨٠ — ص ٧٨١) : « أما الوكيل بطلب الهبة والصدقة والإعارة والرهن لوقال هبني أو تصدق علي أو أعرنني أو أرهن عندي ، وقع ذلك له لا للموكل . أما الوكيل من الجانب الآخر ، كما إذا دفع إلى رجل مالا ووكله أن يهبه لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره منه ، فإنه لو قال وهبتك أو تصدقت عليك أو أعرتك الخ صح ، ولا حاجة لأن يقول وهبتك هذه الألف التي لفلان الموكل (تكملة) ويظهر من هذا أن المقصود بالوكيل هنا الوكيل من قبل من يثبت له الملك لا من قبل المالك ، وإلا لما صححت الهبة من الوكيل الواهب والمعبر لأنهم يضيفها إلى موكله . ثم اعلم أن حقوق العقد في هذه العقود التي لا بد من إضافتها إلى الموكل تتعلق بالموكل فقط ليكون الوكيل سفيرا محضا ، فكان كالرسول (در مختار) . فلا مطالبة عليه بتسليم الهبة ، ولو استحق الموهوب بعد هلاكه في يد الموهوب له وضمانه للمستحق لا يرجع الموهوب له على الوكيل بل على الموكل (در مختار) . وكذا ليس لوكيل الواهب أن يرجع في الهبة ، ولو أراد الواهب الرجوع وكان الموهوب في يد وكيل الموهوب له لم يكن له أن يرجع على هذا الوكيل الذي لا يصلح خصما (هندية) . »

وجاء في البحر (٧ ص ١٥٢) « وكله أن يرتهن عبد فلان بدينه أو يستعيره له أو يستقرض له ألفا ، فإنه يضيف العقد إلى موكله دون نفسه ، فيقول إن

زيدا يسقرض منك كذا أو يسترهن عبدك أو يستعير منك ، ولو قال هب لي أو أعرنى أو أقرضني أو تصدق على فهو للوكيل . . ونقرأ هنا أن التوكيل بالاقتراض جائز .

ويبدو أن السبب في هذه التفرقة يرجع إلى أن الوكيل من قبل المالك لاشبهة في أنه يتصرف لحساب المالك حتى لو أضاف العقد إلى نفسه . فهو يسلم شيئا ليس له بل له للمالك وبإذن هذا المالك ، فوقع العقد للمالك حكما وحقوقا ولو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، لأن العقد لا يتم إلا بالقبض والوكيل لا يكون أصيلا في القبض كما قدمنا . أما الوكيل من قبل من يثبت المملك ، فيحتمل أن يكون قابضا لحق الموكل أو قابضا لحق نفسه ، فإذا أضاف العقد للموكل انصرف إلى الموكل حكم العقد وحقوقه كما قدمنا ، وإذا أضاف العقد إلى نفسه وقع له العقد (قارن الأستاذ شفيق شحاته في محاضراته غير المطبوعة في نظرية النيابة ص ٨٣) .

غير ما تقدم من العقود لا تجب فيه إضافة العقد إلى الموكل ولكن
تجوز هذه الإضافة — ما يترتب على إضافة العقد للموكل :

وفي غير ما قدمناه من التصرفات التي تجب إضافتها إلى الموكل ، وهي الإسقاطات والعقود التي لا تتم إلا بالقبض ، وبوجه خاص في المعاوضات كالبيع والإيجار ، تضطرب عبارات الفقهاء فيما إذا كان يضيف الوكيل العقد إلى نفسه أو يضيفه إلى موكله .

والظاهر أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه ، وهذا هو الذي يميزه في العمل عن الرسول . ومن الأغراض الجوهرية للوكالة أن يقوم الوكيل بأعباء العقد عن الموكل ، فيضيف العقد إلى نفسه فتصرف إليه دون الموكل حقوق العقد كما سنرى . فهو الذي يطالب المتعاقد الآخر ، وهو الذي يطالبه المتعاقد الآخر . أما الموكل فيبقى بمعزل عن كل ذلك ، وبعد أن

انصرف له حكم العقد تحقيقا للوكالة ، يرجع على الوكيل في حقوق العقد وهو إنما وكله من أجل ذلك . هذا هو الأصل ، وهو الذى يقع فعلا في العمل في الكثرة الغالبة من الأحوال . وقد رأينا أن هذا هو الذى كان يقع أيضا في القانون الرومانى .

ولكن هل يجوز للوكيل — مع بقائه وكيلًا لا رسولًا — أن يضيف العقد إلى موكله ؟ يبدو أن رأى غير مستقر في مذهبي الحنفية والشافعية ، أما في مذهبى المالكية والحنابلة فالظاهر أن هذا يجوز .

المذهب الحنفى :

لهذه المسألة في المذهب الحنفى أهمية خاصة ، لأن هذا المذهب يتشدد أكثر من المذاهب الأخرى في جعل حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، وتنصرف إلى الموكل إذا أضيف إليه العقد . ومن ثم كان مهما أن نعرف هل يجوز في هذا المذهب للوكيل أن يضيف العقد إلى الموكل حتى تنصرف إلى الموكل دون الوكيل حقوق العقد . أما في المذاهب الأخرى ، فإن إضافة العقد إلى الوكيل لا تستلزم حتما انصراف حقوق العقد إليه ، فكثيرا ما تنصرف حقوق العقد إلى الموكل بالرغم من إضافة العقد إلى الوكيل . وتتوسع هذه المذاهب الأخرى في ذلك كثيرا ، فهم لا يختلف في التوسع وإنما تتفاوت في درجته . وما دامت حقوق العقد تنصرف إلى الموكل غالبا حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإن جواز إضافة الوكيل العقد إلى موكله ليس له من الأهمية في هذه المذاهب ماله في المذهب الحنفى ، فسواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى موكله فإن حقوق العقد في الكثرة الغالبة من الأحوال تنصرف إلى الموكل ، وهذا بخلاف المذهب الحنفى كما سبق القول .

والذى يستخلص من نصوص الفقه الحنفى أن هناك رأيا يذهب إلى أنه

لا يجوز للوكيل في غير الإسقاطات وعقود القبض إضافة العقد إلى الموكل بل يجب عليه أن يضيف العقد إلى نفسه ، لأن هذا هو الغرض الأصلي من الوكالة .

وهناك رأى يذهب إلى النقيض من ذلك ، فيجيز للوكيل إطلاقاً أن يضيف العقد إلى موكله ، كما يجيز له أن يضيف العقد إلى نفسه . فما لم يمنع الموكل الوكيل من إضافة العقد إلى الموكل ، كان الوكيل بالخيار ، إذا شاء أضاف العقد إلى الموكل ، وإذا شاء أضاف العقد إلى نفسه . ولكن الغالب في العمل ، كما قدمنا ، أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل ، فينصرف إليه دون الموكل حقوق العقد ، ولا يجوز للموكل في هذه الحالة أن يشترط ألا تتعلق الحقوق بالوكيل .

وهناك رأى ثالث يتوسط بين الرأيين ، فيذهب إلى أن الأصل هو أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه ، فتصرف إليه حقوق العقد . ولا يجوز له أن يضيفه إلى موكله ، فتصرف إلى الموكل حقوق العقد ، إلا إذا وافق الموكل على ذلك إما بإذن سابق أو بإقرار لاحق .

ويبدو أن الرأى الثانى ، وهو الرأى الذى يطلق الجواز فيكون الوكيل بالخيار إذا شاء أضاف العقد إلى نفسه وإذا شاء أضافه إلى الموكل مع بقاءه وكيلاً لا رسولاً ، هو الرأى الظاهر . ومهما يكن من أمر ، ففي جميع الأحوال التى يضيف فيها الوكيل العقد إلى الموكل حيث يجوز له ذلك ، ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل دون الوكيل ، كما رأينا في الإسقاطات وفي العقود التى لا تتم إلا بالقبض .

ونقل هنا بعض نصوص الفقه الحنفى التى تعرض لرأى أو لآخر من الآراء الثلاثة التى تقدم ذكرها .

جاء في البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٤٧ - ص ١٤٨) ما يؤيد الرأى الأول من أن الوكيل يجب عليه أن يضيف العقد إلى نفسه ولا يجوز له أن

يضيف العقد إلى الموكل : « قوله والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب : لأن الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً ، وكذا حكماً لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيراً عنه ما استغنى عن ذلك كالرسول . وإذا كان كذلك ، كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق به . وفي النهاية حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حائثاً اهـ . والمراد بقوله فيما يضيفه الوكيل : في كل عقد لا بد من إضافته إليه لينفذ على الموكل ، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن اضافته إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل ، كما فهمه ابن الملك في شرح المجمع ، لما في الخلاصة والبرزازية وكيل شراء العبد جاء إلى مالكة فقال بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع . قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضولاً ويتوقف العقد على إجازة الموكل اهـ . »

وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٢٦٣) ما يفهم منه تأييد الرأي الثاني من أن الوكيل فيما لا تجب عليه إضافته إلى الموكل تجوز له هذه الإضافة : « ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه : معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه ، بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل ، لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب ، حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشتري له ، لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تغريراً له . . . بخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها ، لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره ، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، فكان مخالفاً بإضافته إلى نفسه فانعزل . وفي الوكالة

بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد ، فكل شيء أتى به لا يكون مخالفاً به ، إذ لا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت ، فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الأمر .

وتبسط محمد علاء الدين في تكملة ابن عابدين (جزء أول ص ٢٢٠ — ص ٢٢٢) في عرض هذه المسألة الدقيقة فأورد الآراء الثلاثة فيها ، مع ميل إلى الرأي الثالث من أن الوكيل لا يجوز له إضافة العقد إلى موكله إلا بموافقة الموكل بناء على إذن سابق أو إقرار لاحق : « قوله لا بد من إضافته إلى الوكيل إلخ : قال في البحر والمراد فيما يضيفه الوكيل في كل عقد لا بد من إضافته إليه لينفذ على الموكل ، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل ، كما فهمه ابن ملك في شرح المجمع لما في الخلاصة والبرازية وكيل شراء العبد جاء إلى مالكة فقال بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع . قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضولاً ويتوقف العقد على إجازة الموكل انتهى . وفي المجمع وتعلق حقوق العقد فيما يضاف إلى الوكيل به ، قال ابن ملك قيد يقوله فيما يضاف إلى الوكيل لأن الوكيل بالبيع والشراء لو أضاف العقد إلى الموكل ترجع حقوق العقد إلى الموكل اتفاقاً كذا في الفصول اهـ . فقد ادعى الاتفاق مستنداً للفصول فكيف يكون مجرد فهم منه فتأمل . وفي المجتبى كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه ، أراد به أن تصح إضافته إلى نفسه ويستغنى عن إضافته إلى الموكل ، لا أنه شرط ، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى الموكل صح بالإجماع . وقوله وكل عقد لو أضافه إلى الموكل ، مراده أنه لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله حتى أنه لو أضافه إلى نفسه لا يصح ، فلنفظ الإضافة واحد ومراده مختلف اهـ . قال الخير الرملي هذا شاهد لما فهمه شارح المجمع اهـ . وهو بظاهره إقرار

لصاحب البحر بأن مافى شرح المجمع فهم من شارحه ، إلا أن يكون ذكره
مجاراة لعبارة البحر . هذا ولك أن تنفى المناقاة بين مافى البزازية وشرح المجمع
يحمل مافى شرح المجمع من قوله لأن الوكيل بالبيع والشراء على النافذين
التبادرهما لغيرهما لا تتعلق حقوقه بالموكل قبل الإجازة لفرعية تتعلق الحقوق
عن النفاذ ، وليس فى عبارة البزازية ما ينفى تتعلق الحقوق بالموكل بعد النفاذ
بالإجازة ، فلنلتزمه ليحصل التوفيق . وقد علمت أن عدم تتعلق الحقوق
بالموكل فى مسألة البزازية إنما تأتى من المخالفة ، فلو صدر التوكيل على وجه
ينفى المخالفة بأن أذن له الموكل بإضافة العقد إليه ، فالظاهر نفاذ العقد لعدم
المخالفة كما هو مفهوم البزازية ، وإذا نفذ العقد هل تتعلق بالموكل أو الوكيل ؟
لأشياء فى كلام البزازية يدل على إيجابه أو نفيه . فنقول تتعلق بالموكل عملاً
بما فى شرح المجمع والمجتبى ، إذ لم يوجد ما ينافيهما ، كيف وقد ادعى الاتفاق .
فتأمله بعين التحقيق ، فإنه بالتأمل حقيق ، ليظهر حقيقة الحال ، والله الميسر
لبلوغ الآمال . وتوجيه مافى البحر بأن يقال إن عبارة شرح المجمع مطلقة ،
فالظاهر أنها شاملة لصورة المخالفة الواقعة فى البزازية ، وأنه إذا أضاف
إلى الموكل فيهما ينفذ البيع للحال وتعلق الحقوق به ، مع أن المنقول بخلافه .
وحيث وقع فى الفصول الحكم مطلقاً كما استند إليه الشارح المذكور ، فهو
مقيد بما فى البزازية . غير أن الشارح فهمه على إطلاقه ، ولم يقيده بالبيع
النافذ . وظاهر من كلام البحر عدم منع الحكم فى النفاذ . وإذا حملت كلام
شارح المجمع على ما قلناه ، وقيدت مستنده بما فى البزازية ، وعلمت أن كلام
البحر لا ينبوع عن الحكم المذكور ، ارتفع الخلاف ، كما يشهد بذلك الإنصاف .
فالماؤخذة التى وردت على صاحب شرح المجمع من صاحب البحر تستند إلى
إطلاق عبارة شارح المجمع لا غير ، والله تعالى أعلم . أقول فما فى شرح المجمع
مقيد بما إذا أجاز الموكل العقد ، فلا ينافى ما ذكره الصغار . وإذا صح هذا
التوفيق ، ظهر الجواب عما نقل عن المقدسى من قوله ثم إذا أجاز الموكل

ذلك هل ترجع الحقوق إلى الوكيل لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة إنتهى . وهذا التعليل مؤيد للتوفيق المتقدم ، والله أعلم . وفي حاشية أبي السعود وتعبير ابن الكمال بقوله يكتفى بالإضافة إلى نفسه صريح في أن إضافته إلى نفسه ليس بلازم ، خلافا لمن عبر به بلا بد كالبهر وتبعه المصنف . لكن الشارح نقل كلام ابن ملك ، وأمر بحفظه ، وأيده بقول ابن الكمال المتقدم ، ورد على المصنف فيما يأتي بقوله : فقوله لا بد ، فيه مافيه . وحينئذ يتجه ما ذكره ابن ملك ، ويسقط ما عترض به في البحر عليه ، وما في الخلاصة والبرازية لا ينافي جواز بالإضافة إلى كل منهما وإن كان اللزوم على الموكل فيما إذا لم يضاف الوكيل العقد إلى نفسه بأن أضافه إلى الموكل يتوقف على صدور الإجازة منه . ثم رأيت في الزيلعي من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم لزوم إضافة الوكيل في الشراء ونحوه العقد إلى نفسه ، حيث قال في شرح قول المصنف ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه مانعه : بخلاف ما لو وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جازله أن يزوجه بها ، لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره ، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد ، فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا إله . فهذا من الزيلعي صريح فيما ذكره ابن ملك . واعلم أن قول الزيلعي وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق إله صريح أيضاً في أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل لا يكون مخالفاً ، ويلزمه العقد ، ولا يتوقف على إجازته ، خلافاً لما سبق عن الخلاصة والبرازية انتهى ملخصاً .

مذهب الشافعي : الظاهر من نصوص هذا المذهب أنه لا يجوز للوكيل أن يضيف العقد إلى الموكل ، بل يجب أن يضيف العقد إلى نفسه ، وهذا بخلاف العقود التي يجب إضافتها إلى الموكل كالزواج . وهذا هو المذهب ، على أن هناك رأياً آخر يذهب إلى جواز أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل . ولما كانت حقوق العقد في مذهب الشافعي تنصرف غالباً إلى الموكل حتى لو

أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فليس لهذا الخلاف الأهمية التي له في المذهب الحنفي كما سبق القول . على أنه إذا صح في مذهب الشافعي أنه يجوز للوكيل إضافة العقد للموكل ، فلا شك في أن حكم العقد وحقوقه جميعا في هذه الحالة تنصرف إلى الموكل ، وهذا من باب أولى .

وننقل هنا بعض نصوص المذهب في هذا الصدد : جاء في نهاية المحتاج للرملي (جزء ٥ ص ٤٨) :

ولو قال بعت هذا موكلك زيدا ، فقال اشتريت له ، فالمذهب بطلانه ولو وافق الإذن وحذف له ، لا تنفاه خطاب العاقد . وإنما كان ذكره متعينا في النكاح ، لأن الوكيل فيه سفير محض ، إذ لا يمكن وقوعه له بحال . فإن قال بعتك لموكلك ، وقال قبلت له . صح جزماً كما قاله في المطلب . ولم يصرح في الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب ، ويؤخذ من التعليل أن ذلك في موافق الإذن . وجاء في حاشية الشبراملسي (ص ٤٨) تعقباً على ما تقدم : « قوله بمقابل المذهب : عبارة المحلى بعد ما ذكر في الكتابة حكائية وجهين في المسألة » . وجاء في مغنى المحتاج للشربيني (ج ٢ ص ٢٣٠) : « وإن قال بعت موكلك زيدا فقال اشتريت له فالمذهب بطلانه : أى العقد لأنه لم يجر بين المتعاقدين مخاطبة ، ولم يصرح في الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب . ويؤخذ من هذا التعليل أن ذلك في موافق الإذن . وفي الكفاية حكائية وجهين في المسألة . وفي المطلب : لو قال بعتك لموكلك فلان ، فقال قبلت له ، صح جزماً . أو بعتك لنفسك وإن كنت تشتريه للغير فلا أبيعك لك ، فاشتراه للغير ، لم يصح بلا خلاف . ولو لم يصرح البائع بلفظ الموكل بل باسمه ، فقال بعت زيدا ، فقال المشتري اشتريت له ، ونواياه ، فيكالتعبير بالموكل » .

المذهب المالكي والحنبلي : والظاهر من نصوص هذين المذهبين أن الوكيل يجوز له أن يضيف العقد إلى نفسه وهذا هو الأصل والغالب في العمل .

كما يجوز له أن يضيف العقد إلى موكله . وإذا أضاف العقد إلى موكله ،
انصرف حكم العقد وحقوقه جميعا إلى الموكل دون الوكيل دون استثناء .
وكذلك إذا أضاف العقد إلى نفسه ، فالغالب كما سنرى أن ينصرف إلى
الموكل دون الوكيل حكم العقد وحقوقه . فليس لإضافة العقد إلى الوكيل
أو إلى الموكل في هذين المذهبين الأهمية التي رأيناها في المذهب الحنفي كما
سبق القول .

جاء في الشرح الكبير للدردير (أنظر حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٨٢ - ٣٨٣) :
« وطولب بضمن لسلعة اشتراها لموكله أو باعها له ، وضمن كذلك اشتراه أو
باعه لموكله ، ما لم يصرح بالبراءة من الثمن والمضمن . فإن صرح ، بأن قال
لا أتولى ذلك ، لم يطالب ، وإنما يطالب موكله . وشبه في مفهوم لم يصرح
قوله : كبعتي فلان لتبيعه كذا أو ليشتري منك كذا ، فلا يطالب بالثمن .
لا إن قال : بعثني لأشتري منك أو لأشتري له منك ، فيطالب الرسول ،
ما لم يقر المرسل بأنه أرسله فالطلب على المرسل » . وجاء في حاشية الدسوقي
(ص ٣٨٣) تعقيبا على ما تقدم : « قوله لا أشتري منك الخ : الفرق بين هذه
وما قبلها أنه في هذه أسند الشراء لنفسه ، وما قبلها أسنده لغيره » .

إقرار الفقه الإسلامي بالنيابة كاملة — تقرره في إضافة العقد للموكل

على الفقه الروماني ومبادئ الفقه الغربي الحديث :

إلى هنا وبقر الفقه الإسلامي النيابة كاملة . ألا ترى أنه لا خلاف في
المذاهب الأربعة في أنه حيث يصح للوكيل إضافة العقد للموكل ، ينصرف
حكم العقد وحقوقه جميعا إلى الموكل دون الوكيل . وإضافة الوكيل العقد إلى
الموكل معناه في الفقه الغربي أن الوكيل يعمل باسم الموكل ، وهذا شرط في
تحقق النيابة في الفقه الغربي كما رأينا .

فالفقه الإسلامي أقر إذن النيابة كاملة ، إذ جعل العلاقة مباشرة بين
الموكل والغير في كل من حكم العقد وحقوقه جميعاً ، واختفى شخص الوكيل

من بينهما ، كما هو الأمر في الفقه الغربي في أحدث مراحل تقدمه . فالفقه الإسلامي في هذا يحاكي الفقه الغربي ، بعد أن خطا هذا الفقه الأخير خطواته الواسعة في مدارج التقدم . بل إن الفقه الإسلامي يبرز في الأخذ بمبدأ النيابة كاملة الفقه الروماني ، فقد رأينا أن القانون الروماني لم يصل في أية مرحلة من مراحل تطوره إلى إقرار مبدأ النيابة إقراراً كاملاً كما فعل الفقه الإسلامي .

وكان سبيل الفقه الإسلامي ، في هذه الخطوة الرائعة التي خطاها فسبق فيها الزمن ، أنه قاس الوكيل الذي يضيف العقد إلى الموكل على الرسول ، فاعتبر كلا منهما سفيراً ، الرسول عن المرسل والوكيل عن الموكل . ولما كان حكم العقد وحقوقه جميعاً ترجع إلى المرسل دون الرسول ، فكذلك هي تنصرف إلى الموكل دون الوكيل . نقرأ ذلك صريحاً في نصوص الفقه الإسلامي ، فهذا صاحب تكملة فتح القدير يقول في العقود التي تجب إضافتها إلى الموكل : « لأن الوكيل . . في هذه العقود سفير محض ، أي معبر محض حاك قول الموكل ، ومن حكي قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير . ألا يرى أنه — أي الوكيل — لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل فصار كالرسول . يعني إذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيراً محضاً ، فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ، ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول » (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٩) . وليس معنى قياس الوكيل على الرسول أن الفقه الإسلامي خلط بين الوكيل والرسول ، بل هو ميز بينهما كل التمييز ، فتقرأ في النصوص « أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة ، فإن الرسول معبر ، والعبارة ملك المرسل ، فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة . وأما الوكالة فغير موضوع لنقل عبارة الموكل ، فإن العبارة فيها للوكيل (تكملة فتح القدير ٦ ص ٢٤) . ولكنه جعل حكم الوكيل كحكم الرسول من حيث انصراف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الأصل ، مع بقاء الوكيل

وكيلا لا رسولا ، أى مع بقاء العبارة للوكيل دون الموكل ، وهذا بخلاف الرسول فالعبارة ليست له بل للرسول . فالفقه الإسلامى لم يخلط بين الرسول والوكيل ، بل قاس الوكيل على الرسول خطأ بذلك خطوة لم يخطها القانون الرومانى ، فقد رأينا أن هذا القانون قد وقف دون هذه الخطوة ، واكتفى بالرسالة ولم يقس النيابة عليها (أنظر الأستاذ شفيق شحاته فى محاضراته غير المطبوعة فى نظرية النيابة ص ٨٥) .

ومع ذلك فقد بقيت هذه الخطوة الواسعة التى خطاها الفقه الإسلامى غامضة بعض الغموض ، محتفية تحت خطوة أوسع منها حين يضيف الوكيل العقد إلى نفسه ، وسرى أن الفقه الإسلامى فى هذه الحالة لا يبن حسب القانون الرومانى بل هو أيضا يسبق الفقه الحديث . فنظر الناس إلى الوكالة فى الفقه الإسلامى فى صورتها العملية الغالبة والوكيل يضيف العقد إلى نفسه ، فرأوا النيابة فيها غير كاملة وبخاصة فى المذهب الحنفى حيث ينصرف حكم العقد إلى الموكل ولكن حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل كما سرى . فقيل خطأ (أنظر الوسيط جزء أول ص ١٨٩ هامش ١) إن الفقه الحنفى لا يزال فى النيابة عند المرحلة التى وقف عندها القانون الرومانى ، مع أن القانون الرومانى كما أسلفنا لم يعرض لصورة ما إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل ، وهى الصورة المألوفة للنيابة فى الفقه الحديث ، بل بقى فيما يتعلق بهذه الصورة فى حدود الرسالة ولم يجاوزها إلى نطاق الوكالة . أما الفقه الحنفى فقد جاوز حدود الرسالة إلى نطاق الوكالة كما رأينا ، وفعل ما فعله الفقه الحديث تماما ، فأقر مبدأ النيابة إقرارا كاملا . والذى ساعد على خفاء هذه المسألة فى الفقه الحنفى أن نصوص هذا الفقه تكاد لا تعرض للصورة المألوفة للنيابة ، حين يضيف الوكيل العقد إلى موكله ، إلا حيث تسكون هذه الإضافة واجبة فى الإسقاطات والعقود التى لا تتم إلا بالقبض . أما المعاوضات ، وهى المجال الحيوى للنيابة ، فلا تكاد النصوص تعرض لها . بل هى إذا عرضت ، فإنما تسير بخطى مترددة لا تخلو من الحيرة ، وقد رأينا كيف اضطرب الرأى فى

جواز إضافة العقد إلى الموكل في الفقه الحنفي . وهكذا كادت تختفي خطوات رائعة في تقدم الصناعة الفقهية في ثنايا صفحات الفقه الإسلامي ، حجبها ما يحيط بنصوص الفقه الإسلامي عادة من جدل لفظي . ومهما يكن من أمر ، فالحقيقة الواقعة أن الفقه الإسلامي — ويدخل فيه الفقه الحنفي — أقر مبدأ النيابة إقراراً كاملاً في الصورة المألوفة للنيابة في الفقه الحديث حين يضيف الوكيل العقد إلى الموكل .

§ ٢ — النائب يضيف العقد إلى نفسه

حكم العقد ينصرف إلى الأصل ومقوى العقد تبقى النائب :

وننتقل الآن إلى الصورة الغالبة للنيابة في الفقه الإسلامي ، وهي الصورة التي يضيف فيها النائب العقد إلى نفسه . ففي هذه الصورة لاختلاف بين المذاهب في أن حكم العقد ينصرف إلى الأصل . أما حقوق العقد فقد اختلفت فيها المذاهب اختلافاً كبيراً ، فبعض هذه المذاهب يصرف حقوق العقد للنائب ، وبعض المذاهب يصرفها غالباً للأصيل على تفاوت في ذلك فيما بينهما .

١ . حكم العقد ينصرف إلى الأصل

أ. مذهب المذاهب على أنه حكم العقد ينصرف إلى الأصل :

نفرض الآن أن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه ، وقد قدمنا أن الوكيل في هذه الحالة يعمل باسمه الشخصي لا باسم الموكل . وهذا يجعلنا قريين من نظام « الاسم المستعار » في الفقه الغربي ، إلا أن الوكيل هنا وإن كان يعمل باسمه الشخصي ، فهو إنما يعمل لحساب الموكل ، أما في نظام « الاسم المستعار » فالوكيل يعمل باسمه الشخصي ولحساب نفسه . على أن الفقه الغربي لا يكاد

يميز بين الحالتين هذا التمييز الواضح ، إذ هو يفرض أن الوكيل الذي يعمل باسمه إنما يعمل لحساب نفسه ، إلا إذا قام الدليل على العكس . والوكيل في الفقه الغربي يعمل عادة باسم الموكل وهذه هي الصورة المألوفة للنيابة في هذا الفقه كما سبق القول ، أما الوكيل في الفقه الإسلامي فيعمل عادة باسمه هو أي يضيف العقد إلى نفسه .

ولو أننا استعرضنا الصورة التي يضيف فيها الوكيل العقد إلى نفسه في الفقه الغربي على النحو الذي قدمناه ، فيتقدم الوكيل للتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لا باسم الموكل ، لرأينا أن ما يسمى في الفقه الإسلامي بحكم العقد ينصرف عادة إلى الوكيل دون الموكل . فإذا تقدم الوكيل في الشراء لشراء دار باسمه الشخصي ، كان هو المالك للدار بحكم الشراء ، وعليه بعد ذلك أن ينقل ملكيته إلى الموكل بعقد جديد . ولا يكاد يستثنى من هذه القاعدة إلا حالتان كما رأينا : إحداهما إذا كان من المفروض حتما أن من يتعامل مع الوكيل يعلم بوجود الوكالة ، والأخرى إذا كان يستوى عند هذا المتعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل .

أما في الفقه الإسلامي فالقاعدة العامة هي الاستثناء في الفقه الغربي، وإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه انصرف حكم العقد إلى الموكل بالرغم من ذلك، وقد أجمعت على هذه القاعدة المذاهب الأربعة كلها لم يشذ منها مذهب واحد . فالوكيل بشراء الدار إذا أضاف العقد إلى نفسه ، كان المالك للدار هو الموكل لا الوكيل ، على خلاف الفقه الغربي كما رأينا . ويستوى في الفقه الإسلامي أن يكون بائع الدار يعلم بوجود الوكالة ، أو يحسب أن الوكيل أصيل يعمل لحساب نفسه . والوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه في الفقه الإسلامي ، إذا كان في وضع ذاتي من حيث أن نيته يجب أن تنصرف إلى العمل لحساب الموكل ، فهو في الوقت ذاته في وضع مادي من حيث أن علم المتعاقد معه بوجود الوكالة أو جهله بوجودها لا يؤثر في هذا الوضع . فهو في وضع ذاتي من حيث نيته هو ، وفي وضع مادي من حيث نية المتعاقد معه .

و تطبيقا لما قدمناه في الفقه الإسلامي نفرض أن الوكالة هي في بيع دار للموكل ، وأضاف الوكيل البيع إلى نفسه . فتمن الدار يصبح مع ذلك ملكا للموكل دون الوكيل ، كما أن الدار تصبح ملكا للمشتري . وإذا فرغنا أن الوكالة هي في شراء دار للموكل ، فالدار تصبح مع ذلك ملكا للموكل دون الوكيل ، كما أن ثمن الدار يصبح ملكا للبائع . وإذا كان التوكيل في إيجار دار فالموكل لا الوكيل هو الذي يصبح مالكا للأجرة ، وإذا كان التوكيل في إستئجار دار فالموكل أيضا لا الوكيل هو الذي يصبح مالكا للمنفعة . كذلك إذا اشترى الولي لمجوره ، فإنه يضيف العقد إلى نفسه كما سنرى ، ومع هذا فإن الملك ينتقل ابتداء إلى المحجور .

ونبادر إلى القول إن الفقه الإسلامي في هذه القاعدة قد سبق الفقه الغربي الحديث . فقد رأينا أن الفقه الغربي يخطو هذه الخطوة في الصناعة الفقهية على سبيل الإستثناء ، أما الفقه الإسلامي فيجعل من هذا الاستثناء القاعدة العامة . وإذا قيل إن في هذه القاعدة خطراً على المتعاقد مع الوكيل إذا جهل وجود الوكالة وحسب أنه يتعامل مع أصيل لا وكيل معتمداً على ملاءته ، فإن هذا الاعتراض مدفوع بأن حقوق العقد — وهي التي تعيننا من ناحية الملاءة — تنصرف إلى الوكيل لا إلى الموكل في المذهب الحنفي كما سنرى ، فلا يفوت المتعاقد مع الوكيل ما كان يعتمد عليه من ملاءة الوكيل . ذلك أن الوكيل في بيع الدار هو الذي يطالبه المشتري بتسليمها ويخاصمه في ضمانها في الاستحقاق والعيب والهلاك وما إلى ذلك ، والوكيل في شراء الدار هو الذي يطالب البائع بالثمن .

كيف يفسر الفقه الإسلامي انصراف حكم العقد إلى الأصيل :

يفيض الفقه الحنفي ، دون المذاهب الأخرى ، في تفسير لماذا ينصرف حكم العقد إلى الأصيل مع أن العقد قد أضيف إلى الوكيل . ثم لا يكتفي هذا الفقه بذلك ، بل هو يبين أيضا كيف ينصرف حكم العقد إلى الأصيل ، أي

يبين الطريقة الفنية التي بها ينصرف حكم العقد إلى الأصل من ناحية الصناعة الفقهية .

أما تفسير لماذا ينصرف حكم العقد إلى الأصل ، فذلك لقضاء حق الضرورة . فالأصل أن العبارة هي عبارة الوكيل ، فكان ينبغي أن يكون الأثر المترتب على العبارة من حكم وحقوق مقصورا على الوكيل . ولكن لما كان الموكل قد استتاب الوكيل في تحصيل الحكم ، فقد انصرف الحكم إلى الموكل للضرورة كي لا يبطل مقصوده ، وبقينا فيما يتعلق بالحقوق على الأصل ، فظلت هذه الحقوق متعلقة بالوكيل ، إذ لا ضرورة تدعو لصرفها إلى الموكل . بل لعل الضرورة تقتضي بقاء الحقوق متعلقة بالوكيل ، فقد أضاف العقد إلى نفسه وتعامل معه الغير على هذا الاعتبار فهو في الحقوق لا يعرف سواه . قال الزيلعي (جزء ٤ ص ٢٥٦) في هذا المعنى : « الوكيل أصل في العقد ، لأن العقد يقوم بالكلام . وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا ، فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له . غير أن الموكل لما استتابه في تحصيل الحكم ، جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة ، كي لا يبطل مقصوده . وراعينا الأصل في حق الحقوق ، إذ لا ضرورة في حقها . والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ، ولو كان سفيرا . . لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح وأخوانه حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه ، فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل . فإذا أضافه إليه ، كان أصيلا فيه . فيقع له فيما لا ضرورة فيه ، وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع ورجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد » .

وإلى جانب هذا التفسير العملي يوجد تفسير منطقي . فالوكيل هو العاقد ، لأن العقد تم بعبارة . وكان ينبغي أن يكون أثر العقد منصرفا إليه ، لأن السبب

وهو العقد وجد منه . ولكنه مأمور في العقد من الموكل ، وفعل المأمور مضاف إلى الأمر . فتعارض الشبهان : شبه السبب ويقضى بإيجاب العقد حكما وحقوقا للوكيل ، وشبه الأمر ويقضى بإيجاب العقد حكما وحقوقا أيضا للموكل . فوجب اعتبار الشبهين بقدر الإمكان ، فأعملنا شبه الأمر بإيجاب حكم العقد للموكل ، وأعملنا شبه السبب بإيجاب حقوق العقد للوكيل . قال السكاساني (البدائع جزء ٦ ص ٣٣ — ص ٣٤) في هذا المعنى : « الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلا بفعل الغير حقيقة . وهذه حقيقة مقررة بالشريعة ، قال الله عز وجل وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ، وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت . وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضا ، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعا . إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل ، لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنايته ، وفعل المأمور مضاف إلى الأمر . فتعارض الشبهان ، فوجب اعتبارهما بقدر الإمكان . فعملنا بشبه الأمر والإناية بإيجاب أصل الحكم للموكل ، وبشبه الحقيقة المقررة بالشريعة بإثبات توابع الحكم للموكل ، توفيراً على الشبهين حفظهما من الحكم . ولا يمكن الحكم بالعكس ، وهو إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للموكل . لأن الأصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية ، لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له . والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له ، لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل . فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة ، وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو حد السفه . بخلاف النكاح وأخواته ، لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل ، بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول . ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله ، فاعتمدت النيابة ، فبقى سفيراً محضاً ، فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه ، فترجع الحقوق إليه . » وقال قاضي زادة (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٨)

نفس المعنى في عبارات أخرى : «وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته. وأعمالها ولوبوجه أولى من اهمال أحدهما . فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته وأهليته ، بطل توكيل الموكل . ولو أثبتناها للموكل ، بطل عبارة الوكيل . فأثبتنا الملك للموكل ، لأنه الغرض من التوكيل . . فتعين الحقوق للوكيل : ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب ، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب » .

أما كيف ينصرف حكم العقد إلى الأصل ، فقد تشعبت الآراء في المذهب الحنفى في بيان الطريقة الفنية التي بها ينصرف حكم العقد إلى الأصل . وتذكر النصوص في هذا الصدد آراء ثلاثة :

الرأى الأول هو رأى أبى الحسن الكرخى ويذهب إلى أن الحكم ينصرف إلى الوكيل أولا ، ثم ينتقل منه إلى الموكل . فيكون الوكيل أصيلا في كل من الحكم والحقوق ، ولكنه يلتزم بنقل الحكم للموكل ، فيكون الحكم غير مستقر له . فالوكيل بالشراء مثلا ينتقل إليه الملك من البائع ولكن الملك لا يستقر عنده ، بل يعود فينتقل منه إلى الموكل . وهذا الرأى قريب مما يذهب إليه الفقه الغربى في نظام « الاسم المستعار » ، فقد قدمنا أن الملك ينتقل في هذا النظام إلى الوكيل وهو الاسم المستعار ، ثم ينقله الوكيل إلى الموكل . ومن ثم تكون نيابة الوكيل عن الموكل في رأى الكرخى غير متحققة ، لأن الملك ينتقل أولا إلى الوكيل ، ولا ينتقل ابتداء إلى الموكل . وقد أخذ على هذا الرأى أنه يقتضى أن الوكيل بالشراء إذا اشترى عبدا قريبا له ممن يغتق عليه ، انتقل الملك في العبد أولا إلى الوكيل فيعتق العبد قبل أن ينتقل الملك فيه إلى الموكل . ويقتضى هذا الرأى كذلك أن من كان متزوجا جارية ووكل في شرائها فاشتراها ، انتقل الملك في الجارية إليه أولا ، فأصبح مالكها لزوجته . ففسد الزواج ، وذلك قبل أن ينتقل الملك في الجارية من الوكيل إلى الموكل .

ولكن الكرخى يئيب على هذه الاعتراضات بأن الملك الذى يكون سبباً فى العتق أو سبباً فى فساد الزواج هو الملك المستقر، والملك الذى ينتقل إلى الوكيل ملك غير مستقر كما قدمنا ، فآله أن ينتقل من الوكيل إلى الموكل ، ومن ثم لا يعتق العبد فى الصورة الأولى ولا يفسد الزواج فى الصورة الثانية . ونرى من ذلك أن ما يوجه إلى رأى الكرخى من اعتراض ليس بذى بال ، والاعتراض الحقيقى الذى يرد على رأيه هو أن هذا رأى لا تتحقق معه النيابة كما سبق القول .

والرأى الثانى هو رأى أبى طاهر الدباس ، ويذهب إلى أن حكم العقد لا ينصرف إلى الوكيل أولاً ثم ينتقل منه إلى الموكل كما فى رأى الأول ، بل ينصرف ابتداء إلى الموكل . والوكيل ليس إلا أداة لكسب الحكم ويقوم الموكل مقامه فيه ، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد ويقوم مولاه مقامه فى الملك بهذا السبب . ويفسر هذا رأى فى وضوح كيف أن العبد لا يعتق على الوكيل الذى اشتراه فيما قدمنا . إذا أن الملك فى العبد ينتقل ابتداء إلى الموكل ولا ينتقل أصلاً إلى الوكيل . ويوضح كذلك كيف أن الزواج لا يفسر إذا توكل زوج الجارية فى شرائها فاشترأها على مامر ، إذ أن الملك فى الجارية هنا أيضاً ينتقل ابتداء إلى الموكل ولا ينتقل أصلاً إلى الوكيل . ولكن رأى الأول استطاع هو أيضاً كما رأينا أن يعالها تين المسألتين تعليلاً كافياً ، بالتجائه إلى فكرة الملك غير المستقر ، فلا يفضل رأى الثانى من هذه الناحية . فهل يفضل من ناحية تحقق النيابة ، وقد قدمنا أن النيابة لا تتحقق فى رأى الأول ، فهل هى تتحقق فى رأى الثانى ؟ ظاهر أن رأى الثانى يستعين فى تحقيق النيابة بافتراض أن الوكيل مجرد أداة فى يد الموكل يكسب بها حكم العقد ابتداء ، وهذا من شأنه أن يقيم النيابة على افتراض محض . والا فإن الوكيل فى الرأيتين أصيل فى حق الحكم . أصالته فى رأى الأول أصالة تمهد للانتقال ، فينتقل حكم العقد من الوكيل إلى الموكل كما رأينا . وأصالته فى رأى الثانى أصالة استخلاف أو أصالة حلول ، إذ لا ينصرف حكم العقد ابتداء إلى الموكل

إلا عن طريق حلولة محل الوكيل في هذا الحكم وقيامه مقامه فيه . وتصرح النصوص فعلا في الرأي الثاني أن حكم العقد ينصرف ابتداء إلى الموكل عن طريق خلافته للوكيل ، والخلافة هنا كخلافة الوارث معناها الحلول . فالموكل يحل محل الوكيل ويقوم مقامه في حكم العقد ، كما يحل الوارث محل الوارث ويقوم مقامه . وتصرح النصوص كذلك في الرأي الثاني أن الوكيل لا يزال أصيلا ، وإن كان مجرد أداة يكسب بها الموكل حكم العقد ابتداء . فلا تتحقق النيابة في هذا الرأي الثاني على الوجه الحقيقي ، أي عن طريق أن يكون الوكيل نائبا عن الموكل . بل تتحقق عن طريق افتراض ، فيبقى الوكيل أصيلا لا نائبا ، ولكن يفترض في هذا الأصل أنه مجرد أداة يكسب بها الموكل حكم العقد .

والرأي الذي تتحقق فيه النيابة على الوجه الحقيقي هو الرأي الثالث ، وهو رأي القاضي أبي زيد فيما نقله الصدر الشهيد . فيذهب أبو زيد إلى أن الوكيل نائب عن الموكل في تحصيل حكم العقد . وليس أصيلا في تحصيل هذا الحكم ، ومن ثم ينصرف حكم العقد ابتداء إلى الموكل . أما في حقوق العقد فالوكيل أصيل لا نائب ، ومن ثم تنصرف هذه الحقوق إليه هو دون الموكل . والذي يميز هذا الرأي عن الرأيين السابقين أنه يجعل الوكيل في حق حكم العقد نائبا لا أصيلا . فهو لا يجعل من الوكيل أصيلا ينصرف إليه حكم العقد أولا ثم ينتقل هذا الحكم منه إلى الموكل بعد ذلك ، كما يقول الرأي الأول . وهو لا يذهب ، كما يذهب الرأي الثاني ، إلى أن الوكيل لا يزال أصيلا في حق حكم العقد وإن كان أداة يكسب بها الموكل ابتداء هذا الحكم . بل هو يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يجعل الوكيل في الحكم أصيلا بتأنا ، وإنما هو مجرد نائب عن الموكل ، فينصرف إلى الموكل رأسا حكم العقد . وتتحقق النيابة بذلك على الوجه الحقيقي ، إذ تكون العبارة — أو الإرادة — للنائب ، وبكون الحكم — أو الأثر — للأصيل . ويتبين من ذلك أن هذا الرأي هو أقرب الآراء الثلاثة إلى فكرة النيابة الصحيحة ، وقد قيل عنه في النصوص إنه الرأي الأحسن ، وإن قيل عن الرأي الثاني إنه هو الرأي

الأصح في مقابلته بالرأى الأول . وتذكر النصوص أن هذا الرأى الثالث يوافق الرأى الأول في حق الحقوق ، ويوافق الرأى الثانى فى حق الحكم . ولكن يبدو لنا أنه يخالف الرأين معاً فيما يتعلق بحكم العقد . هو يوافقهما فيما يتعلق بحقوق العقد ، إذ هو مثلهما يجعل الوكيل أصيلاً . ولكنه يخالفهما فيما يتعلق بحكم العقد ، إذ يجعل الوكيل نائباً لا أصيلاً ، بينما يجعله الرأى الآخران أصيلاً لا نائباً .

وتنقل الآن بعض النصوص الفقهية التى عرضت لما تقدم بيانه :

جاء فى تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٧ - ص ١٩) : « والملك يثبت للموكل خلافة عنه : أى عن الوكيل . هذا جواب عما قاله الشافعى إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل ، فكذا توابعه . تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء ، لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضاً ، بل خلافة عن الوكيل . ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء ، وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل ، فكان الموكل قائماً مقام الوكيل فى ثبوت الملك إعتباراً للتوكيل السابق . والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل فى حق الاستفادة التصرف ، والموكل خلف عن الوكيل فى حق ثبوت الملك . كالعبد يتهب ويصطاد ، فإنه إذا اتهم أى قبل الهبة واصطاد ، يثبت الملك للبولى ابتداء خلافة عن العبد ، فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كما ذكر فى المبسوط . . ثم اعلم أن هذا المسلك طريقة أبى طاهر الدباس ، وإليه ذهب جماعة من أصحابنا ، قال شمس الأئمة السرخسى قول أبى طاهر أصح ، وقال المصنف هو الصحيح . واحتارزه عن طريقة أبى الحسن الكرخى ، وهى أن الملك يثبت للوكيل أولاً ثم ينتقل إلى الموكل ، وإليها ذهب بعض أصحابنا ، وهى اختيار الإمام قاضىخان كما ذكر فى التحرير . وإنما قال هو الصحيح ، لأن الوكيل إذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك . قال صاحب العناية وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج إلى ملك مستقر دائم ، وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم

فيه ، بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة . قال في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبته ، فأجاز مولاه ، فإنه تصير الأمة مهرراً للحرّة ولا يفسد النكاح ، وان ثبت الملك للزوج فيها لأن ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه إلى الحرّة ، فكذلك ههنا انتهى . وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب : وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرّم منه عتق عليه الحديث انتهى . اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر ، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل ، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر ، فلا مخالفة . قال الصدر الشهيد إن القاضي أبازيد خالفهما ، وقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله ، فوافق أبا الحسن في حق الحقوق ، ووافق أبا طاهر في حق الحكم . وهذا حسن ، كذا ذكر في الإيضاح والفتاوى الصغرى .

وجاء في البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٥١) : « وقد اختلف أصحابنا فيها فقال الكرخي يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل . وقال أبو طاهر يثبت للموكل ابتداء ، وهو الأصح ، ولهذا لو كان المشتري منكوحه الوكيل لا يفسد نكاحه ولا تعتق عليه . وقال القاضي أبوزيد الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق ، فوافق الكرخي في الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم ، وهذا أحسن كذا في البزاية وصحح الشارحون ما في الكتاب لكن لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة للاتفاق على عدم عتق قريب الوكيل لو اشتراه وعدم فساد نكاحها لو اشتراها ، والعتق والفساد على الموكل لو اشترى قريب موكله وزوجته ، لأن الملك للوكيل لم يكن مستقراً والموجب للعتق والفساد الملك المستقر ، هكذا أجاب الكرخي (١) . »

(١) وجاء في تكملة ابن عابدين « جزء ١ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ » : « قوله والملك يثبت للموكل ابتداء : جواب عن سؤال مقدر ، تقديره اذا كانت الحقوق في هذا الفصل راجعة الى الوكيل ينبغي أن يعتق قريبه اذا اشتراه بالوكالة ، لان شراء القريب اعتاق . فأجاب عنه بقوله : والملك يثبت للموكل ابتداء ، أى ، ابتداء الامر ، خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل

« انصرف حكم العقد الى الاصيل انما يكونه في الحدود المرسومة للمنيابة :

وإذا تقرر أن حكم العقد ينصرف إلى الاصيل ، فإنما يكون ذلك إذا التزم الوكيل الحدود المرسومة لوكالته . أما إذا خرج عن هذه الحدود ،

== في حق العقد ، لكن في حق الحكم يخلفه الموكل ، فيقع له من غير ان يكون أصلا فيه ، كالعبد يتهب أو صطاد ، فكما ان المولى يثبت الملك له ابتداء فيما اتهب عبده او اصطاده خلافة عنه ، فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه . قال الشمنى وهذه طريقة ابي طاهر الدباس ، وقال في البحر انه الاصح . وقال الكرخي يثبت للوكيل ثم ينتقل للموكل . وقال القاضي أبو زيد الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق ، فوافق الكرخي في الحقوق واما طاهر في الحكم ، وهو حسن كذا في اليزازية . قوله في الاصح : قال الشمنى وعلى طريقة الكرخي لا يعتق أيضا ، لانه يثبت للوكيل ملك غير مقرر ، وكذا لا يفسد نكاحه اذا اشترى زوجته بالوكالة ، فلا ثمرة لهذا الاختلاف لان الموجب للملك والفساد الملك المستقر ، ولهذا اذا اشترى الوكيل قريب موكله يعتق عليه ، ويفسد نكاحه اذا اشترى زوجة موكله » . وهذه النصوص كلها نصوص في الفقه الحنفى ، ويفيض هذا الفقه كما قدما في تكييف انصراف حكم العقد للموكل . أما النصوص في المذاهب الاخرى فتكتفى بتقرير القاعدة دون تأصيل في الغالب .

جاء في المذهب « جزء أول ص ٣٥٦ » في فقه الشافعى : « اذا اشترى الوكيل ما اذن فيه الموكل ، انتقل الملك الى الموكل ، لان العقد له ، فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه » وجاء في الخرشى « جزء ٦ ص ٧٨ » في الفقه المالكي : « لو اشترى الوكيل من يعتق على نفسه فانه لا يعتق ، لانه لا يملكه ، وسواء قلنا أن العهدة تقع للموكل ابتداء أو للوكيل على ما يظهر » .

وجاء في المغنى « جزء ص ١٣٠ - ص ١٣١ » : في الفقه الحنفى « واذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه ، انتقل الملك من البائع الى الموكل ، ولم يدخل في ملك الوكيل . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل ، لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل انه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل ، ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له ، فوجب أن ينتقل الملك اليه كالأب والوصى وكما ثم تزوج له . وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم . ويتفرغ عن هذا ان المسلم لو وكل ذميا في شراء خمر أو خنزير ، فاشتراه له ، لم يصح الشراء . وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي ، لان الخمر مال لهم لانهم يتمولونها ويتعاونها ، فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم . ولنا ان كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه ، كتزويج المجوسية ، وبهذا خالف سائر أموالهم . واذا باع الوكيل بشئ معين ، ثبت الملك للموكل في الثمن ، لانه بمنزلة المبيع ، وان كان الثمن في الذمة ، فللوكيل والموكل المطالبة به ، وبهذا قال الشافعى » .

فالحكم لا ينصرف إلى الموكل إلا إذا أجاز العقد . إذ ينقلب الوكيل فضولياً فيما جاوز فيه حدود الوكالة . أما إذا لم يحز الموكل العقد ، فإن العقد لا ينفذ في حق الموكل . وإذا وجد نفاذاً في حق الوكيل نفذ ، لأن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه فتعامل معه الغير على هذا الاعتبار ، فإذا لم ينفذ العقد في حق الوكيل حيث يجد نفاذاً تضرر الغير .

جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٢٩) في الفقه الحنفي : « التوكيل بالشراء لا يخلو إما إن كان مطلقاً أو كان مقيداً . فإن كان مقيداً ، يراعى فيه القيد إجماعاً لما ذكرنا ، سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن . حتى أنه إذا خالف ، لا يلزم الشراء ، إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم الموكل . مثال الأول . . إذا قال اشتر لي جارية تخدمني ، فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية . . وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تركية ، فاشترى جارية حبشية ، لا يلزم الموكل ، ويلزم الوكيل لما ذكرنا . ومثال الثاني إذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم ، فاشترى جارية بأكثر من الألف ، تلزم الوكيل دون الموكل ، لأنه خالف أمر الوكيل فيصير مشترياً لنفسه . . فإن اشترى جارية بألف درهم ، فإن كان مثلها يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه ، لزم الموكل . وإن كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه ، لزم الوكيل . . وإن اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشتري بألف . . لزم الموكل ، لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معنى . وكذا إذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة ، فاشترى جارية بألف حالة ، لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل . . والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه ، والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل . والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم ، لأنه يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه ، حتى أنه لو كان صنيهاً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل ، لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف . »

وقال المواق (هامش الخطاب جزء ٥ ص ١٩٧) في الفقه المالكي :
 « قال مالك إن أمرته بشراء سلعة ، فابتاعها معيبة ، فإن كان عيباً خفيفاً يغتفر
 مثله وقد كان شراًؤها به فرصة ، لزمك . وإن كان عيباً مفسداً ، لم تلزمك
 إلا أن تشاء ، وهي لازمة للأموار . »

وقال الشرييني في مغنى المحتاج (جزء ٢ ص ٢٢٩) في فقه الشافعي : « متى
 خالف الوكيل الموكل في بيع ماله ، بأن باعه على غير الوجه المأذون فيه ، أو
 في الشراء بعينه بأن اشترى له بعين ماله على وجه لم يأذن له فيه ، فتصرفه باطل ،
 لأن الموكل لم يرص بخروج ملكه على ذلك الوجه . . . ولو اشترى في
 الذمة غير المأذون فيه ، ولم يسم الموكل ، وقع الشراء للوكيل ، وإن نوى
 الموكل . . لأن الخطاب وقع منه . وإنما ينصرف بالنية إلى الموكل إذا كان
 موافقاً لإذنه ، فإن خالف لغت نيته . »

وجاء في المغنى (جزء ٥ ص ١١٩) في الفقه الحنبلي : « الوكيل في الشراء
 إذا خالف موكله فاشترى غير ماوكل في شرائه ، مثل أن يوكله في شراء عبد
 فيشترى جارية ، لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال . فإن كان
 اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه ، فالشراء صحيح ، لأنه إنما اشترى بضمن في ذمته
 وليس ذلك ملكاً لغيره . . إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان : إحداهما
 الشراء لازم للمشتري . . لأنه اشترى في ذمته بغير إذن غيره ، فكان
 الشراء له كما لو لم ينو غيره . والرواية الثانية يقف على إجازة الموكل ، فإن
 أجاز له لزمه ، لأنه اشترى له وقد أجاز له فله لزمه كما لو اشترى بإذنه . وإن لم
 يحزه لزم الوكيل ، لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل لأنه لم يأذن في شرائه ، ولزم
 الوكيل لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه
 لنفسه . . فأما إن اشترى بعين المال ، مثل أن يقول بعني الجارية بهذه
 الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه ، فالصحيح من المذهب أن البيع باطل
 وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك ،
 فإن لم يحزه بطل ، وإن أجاز صح . »

ب - إلى من تنصرف حقوق العقد إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه

اختصار المذاهب :

إذا كانت المذاهب الأربعة قد اتفقت في صرف حكم العقد إلى الموكل في حالة ما إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإنها قد اختلفت في هذه الحالة في تعيين من تنصرف إليه حقوق العقد ، هل تنصرف إلى الموكل أو تنصرف إلى الوكيل .

ونلاحظ بادية ذي بدء أن المفروض هنا أن الوكيل قد أضاف العقد إلى نفسه ، وأن من تعاقد مع الوكيل قد تعامل معه على هذا الاعتبار وقد يجهل وجود الوكالة ولا يعرف غير الوكيل . فلا غرابة في هذه الحالة أن تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل الذي اطمأن الغير إلى التعامل معه . وإذا أقررنا مبدأ النيابة هنا فصرنا حقوق العقد إلى الموكل ، كنافي بعض الحالات مجاوزين للغاية ، وقد يتضرر الغير بذلك ، إلا إذا أثبتنا له ، إلى جانب رجوعه على الموكل ، حق الرجوع أيضا على الوكيل . ونستعرض بعد ذلك المذاهب الأربعة ، لنرى ما الذي قرره كل مذهب في هذه المسائل .

أولا - المذهب الحنفي

١ - تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل

ما هي حقوق العقد التي تنصرف إلى الوكيل وكيف تقرر المهرقة

عابين الوكيل والموكل :

الأصل في المذهب الحنفي أن حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه ، فهو العاقد ، والغير قد تعامل معه هو لأمع الموكل ،

فن الطبيعي أن تنصرف حقوق العقد إليه هو دون الموكل . وقد تمكن المذهب الحنفى عن طريق الصناعة القانونية كما رأينا ، أن يجعل حكم العقد ينصرف رأسا إلى الموكل ، فخطا خطوة سبق بها الفقه الغربى الحديث لا القانون الرومانى فحسب . أما فيما يتعلق بحقوق العقد فالأمر يختلف ، فهذه كان الوكيل فيها أصيلا واعتمد الغير الذى تعامل مع الوكيل على هذه الأصاله ، فكان من الطبيعى أن تنصرف هذه الحقوق إلى الوكيل لا إلى الموكل ، وألا توجد علاقة مباشرة بين الموكل والغير ، بل يتوسط بينهما الوكيل . وعلى هذا النحو يكون الفقه الحنفى قد سار منطق النيابة بصرفه حكم العقد إلى الموكل ، وأرضى مقتضيات العمل بصرفه حقوق العقد إلى الوكيل .

وحق نستعرض حقوق العقد نفرض أن العقد بيع ، وقد عرفنا أن حكم البيع هو نقل الملك فى المبيع إلى المشتري ونقل الملك فى الثمن إلى البيع . أما حقوق البيع فبعض يرجع إلى الثمن ، وبعض يرجع إلى المبيع . فنستعرض تلك وهذه ، ثم ننظر بعد انصراف الحقوق إلى الوكيل كيف تقوم العلاقة بينه وبين الموكل .

حقوق العقد التى ترجع إلى الثمن :

عقد البيع يتولد عنه حق للبائع فى أن يطالب المشتري بالثمن وفى أن يقبضه منه ، فننظر كيف ينصرف هذا الحق إلى وكيل البائع ، ثم كيف ينصرف هذا الالتزام إلى وكيل المشتري .

(١) فإذا كان البيع بوكيل ، فإن الوكيل وحده هو الذى يملك مطالبة المشتري بالثمن ، أما الموكل فلا يملك ذلك ولا يستطيع إجبار المشتري على أن يدفع له الثمن . ذلك أن المشتري مدين بالثمن للوكيل لا للموكل ، والموكل أجنبى عن المطالبة بالثمن حتى أنه لا يستطيع مطالبة المشتري به إلا إذا وكله الوكيل فى هذه المطالبة .

وإذا كان الموكل لا يملك المطالبة بالثمن ، فانه مع ذلك يملك قبضه ، فإذا دفعه له المشتري إختياراً برئت ذمته منه . ذلك أن مرد الثمن في النهاية إلى الموكل ، فالوكيل إذا قبضه من المشتري وجب عليه دفعه إلى الموكل ، ومن ثم أجاز الفقه الحنفي استحساناً اختصار الطريق بأن سمح للمشتري أن يدفع الثمن رأساً للموكل . بل أجاز الموكل أن يبرئ ذمة المشتري من الثمن ، أما الوكيل فيجوز له أيضاً إبراء المشتري في رأى أبى حنيفة ومحمد ولا يجوز له ذلك في رأى أبى يوسف . ومن ثم إذا كان للمشتري دين في ذمة الموكل ، وقعت المقاصة بين هذا الدين والثمن . وإذا كان للمشتري دينان أحدهما في ذمة الموكل والآخر في ذمة الوكيل ، فإن المقاصة تقع بين الثمن والدين الذي في ذمة الموكل دون الدين الذي في ذمة الموكل . لكن إذا لم يكن للمشتري إلا دين في ذمة الوكيل ، فالمقاصة على الخلاف الذين رأيناه في الإبراء ، تقع المقاصة بين هذا الدين والثمن في رأى أبى حنيفة ومحمد ولا تقع في رأى أبى يوسف .

وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنفي فيما تقدم بيانه : قال الزيلعي (جزء ٤ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨) : « والمشتري منع الموكل عن الثمن : يعني إذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء فباعه ، ثم إن الموكل طالب المشتري بالثمن ، له منعه ، لأن الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه لأنها تتعلق بالعاقدة على ما بينا . . وإن دفع . . إلى الموكل ، صح ، ولا يطالبه الوكيل ثانياً . لأن المقبوض حقه ، فلا فائدة في نزع منه ثم رده إليه ، وبرئت ذمة المشتري لو وصول الثمن إلى مستحقه . بخلاف ماذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم ، حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي ثانياً ، لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلاً ، فلا يكون له الأخذ من المدين ، فيكون الدفع إليه تضييعاً فلا يعتد به . وأما الموكل في مسألتنا فتصرف في ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه ، فيكون قبضه معتبراً . . ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل ، تقع المقاصة بمجرد العقد ، لو وصول الحق إليه بطريق التقاص . ولو كان له عليهما دين ، تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل . ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به

ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل . . وهذا عندهما ، وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بدين الوكيل . وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالمبيع من الثمن ، فعندهما يجوز إبراءه فكذا تقع المقاصة بدينه ، وعنده لا يجوز فلا تقع . ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض . ولهذا لو كان له عليهما دين ، كانت المقاصة بدين الموكل أولى عندهما ، كما لو أبرآه معا فإنه يبرأ بإبراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه . وقول أبي يوسف استحسان ، ووجهه أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لأنه بدل مملكه ، وإبراءه تصرف فيه على خلاف ما أمر به ، فلا ينفذ ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري . ودليل الخلاف ظاهر ، ولهذا يصير ضامنا . ووجه قولهما أن الإبراء إسقاط لحق القبض ، والقبض خالف حق الوكيل . ألا ترى أن الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك ، ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك . فكان هو بالإبراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه ، فيصح منه . إلا أنه بقبضه يتعين ملك الأمر في المقبوض ، وإذا أنسد عليه هذا الباب بإبرائه صار ضامنا له ، بمنزلة الراهن إذا أعتق المرهون ينفذ إعاقته لمصادفته مملكه ويضمن الهريته لأنسد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالإعتاق . وعلى هذا الخلاف إبراء الولى والوصى فيما باعاه من مال الصغير . وجاء فى البحر (جزء ٧ ص ١٥٠) : « الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن ، صح ، وله عزله » — أنظر أيضا تكملة القدير جزء ٦ ص ٢٥ — ص ٢٦ :

(٢) وإذا كان الشراء بوكيل ، فإن الوكيل وحده هو الذى يطالبه البائع بالثمن ، أما الموكل فلا تتجه إليه المطالبة ، إذ الموكل ليس هو المدين للبائع ، بل المدين هو الوكيل فيجبر على الوفاء بالثمن ولو لم يقبضه من موكله ، فإذا ما وفاه رجع به على الموكل وجاز له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفيه منه . وإذا كان للثمن أجل ، فإن الأجل يحل بموت الوكيل لا بموت الموكل ، لأن المدين هو الوكيل . ولو دفع الموكل الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر ، كان للبائع حبس المبيع ولكن لا مطالبة له على الموكل .

ويبدو أن الموكل إذا كان لا يمكن إجباره على الوفاء بالثمن ، فإنه مع ذلك يستطيع اختياراً أن يوفيه رأساً إلى البائع . ذلك أنه يجوز للغير أن يوفى عن الوكيل الثمن للبائع ويكون الوفاء مبرئاً لذمة الوكيل ، فلأن يوفى الموكل الثمن عن الوكيل أولى ، إذ الموكل هو الذي يجب عليه دفع الثمن للوكيل في النهاية .

وهذه بعض نصوص الفقه الحنفي فيما تقدم بيانه . جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٥٨٦ - ص ٥٨٨) : « الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه وإن لم يدفع له الموكل بعد ذلك ، وللوكيل أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي من مال نفسه ، وله أن يحبس المشتري عن الموكل إلى أن يأخذ منه ما نقد . . ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن والبائع يسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الدراهم منه ، حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى أن له ذلك ، وهو صحيح كذا في المحيط . . الوكيل بشراء شيء بعينه إذا اشترى ولم ينقد الثمن حتى آخر البائع الثمن عن الوكيل ، صح وثبت التأخير في حق الموكل حتى لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل قبل حلول الأجل ولو حط البائع بجميع الثمن ، لا يظهر ذلك في حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن . . ولو وهب كل الثمن ، لا يظهر ذلك في حق الموكل . ولو أبرأه البائع عن جميع الثمن ، فالجواب فيه كالجواب في هبة جميع الثمن كذا في المحيط » . وجاء في البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٥١) : « الوكيل بالشراء إذا اشترى بالذسيئة ، فمات الوكيل ، حل عليه الثمن ويبقى الأجل في حق الموكل . . ثم جاء في مكان آخر (جزء ٧ ص ١٥٣) : « الموكل لو كان دفع الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر ، كان للبائع حبس المبيع ، ولا مطالبة له على الموكل . فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع ، باع القاضى الجارية بالثمن إذا رضا ، وإلا فلا ، كذا في بيوع خزانة الممتن » .

مقوق العقء الى رررر الى المبيع :

و يتولد أيضا عن عقد البيع حق للمشترى فى أن يطالب البائع بتسليم المبيع له وفى أن يقبضه منه ، وحق له فى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب . فننظر كيف تنصرف هذه الآثار إلى وكيل البائع ، ثم إلى وكيل المشترى . و نقتصر على هذه الحقوق على سبيل المثال ، و يقاس عليها غيرها من حقوق العقد المتعلقة بالمبيع كضمان الهلاك وخبار الرؤية وخبار الشرط وخبار التعيين .

(١) فإذا كان البيع بوكيل ، فإن الوكيل وحده هو الذى يطالبه المشترى بتسليم المبيع ، ولا مطالبة على الموكل فى ذلك . وإذا استحق المبيع فى يد المشترى ، رجع هذا بضمان الاستحقاق على الوكيل إن كان قد نقده الثمن ، أما إذا كان قد نقد الموكل الثمن اختياراً فإنه يرجع بضمان الاستحقاق على الموكل استحساناً . ويخاصم المشترى الوكيل فى العيب . ويرد المبيع عليه ، ويأخذ الثمن من الوكيل أو من الموكل أيهما نقده الثمن .

(٢) وإذا كان الشراء بوكيل ، فإن الوكيل هو الذى يطالب بتسليم المبيع ، وهو الذى يقبضه . ولا يملك الموكل أن يطالب البائع بتسليم المبيع . ولكن يبدو أن للبائع اختياراً أن يسلم المبيع رأساً للمشترى ، كما يجوز للوكيل بالشراء أن يوكل موكله فى قبض المبيع . وإذا استحق المبيع ، رجع الوكيل لا الموكل بضمان الاستحقاق على البائع . وإذا ظهر بالمبيع عيب ، فالوكيل بالشراء هو الذى يخاصم البائع ويرد عليه المبيع ، إلا إذا كان قد سلم المبيع للموكل فلا يرد له إلا برضاء الموكل . على أن الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع من العيب ، ويملك الموكل ذلك .

و نورد بعض النصوص الفقهية فيما قدمناه إذا كان البيع أو الشراء بوكيل . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٣٣) : « أما التوكيل بالمبيع والشراء ، فحقوقها

ترجع إلى الوكيل . فيسلم المبيع ويقبضه . ويخاصم فى العيب وفى الاستحقاق . والأصل أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه ، فحقوقه راجعة إلى العاقد ، كالبیاعات والأشربة والإجازات والصلح الذى هو فى معنى البيع . فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ، ويكون الوكيل فى هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبي الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري الثمن ، ولا يطالب به الموكل . وإذا استحق المبيع فى يد المشتري ، يرجع بالثمن على الوكيل إن كان نقد الثمن إليه ، وإن كان نقده إلى الموكل يرجع بالثمن عليه . وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً ، له أن يخاصم الوكيل ، وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضى ، أخذ الثمن من الوكيل إن كان نقده الثمن ، وإن كان نقده إلى الموكل أخذه منه . وكذا الوكيل بالشراء . . . هو الذى يقبض المبيع ، دون الموكل . وإذا استحق المبيع فى يده ، فهو الذى يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل . ولو وجد بالمبيع عيباً ، إن كان المبيع فى يده ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب ، وإن كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه إلا برضا موكله . وكذلك هذا فى الإجارة والاستئجار وأخواتهما . . . وجاء فى تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٩) : «الوكيل إذا اشترى شيئاً ما ثم اطلع على عيب ، فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل . ثم بعد هذا إن بقى المبيع فى يده يبقى حق الرد له ، وإن لم يبق فى يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم ، فيتوقف الرد على إذن الموكل وجاء فى البحر (جزء ٧ ص ١٥٠ - ص ١٥١) : «والرجوع بالثمن عند الاستحقاق شامل للسألتين . الأولى ما إذا كان الوكيل بائعاً وقبض الثمن من المشتري ثم استحق المبيع ، فإن المشتري يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقياً فى يده أو سلمه إلى الموكل ، وهو يرجع على موكله . الثانية ما إذا كان مشترياً فاستحق المبيع من يده ، فإنه يرجع بالثمن على البائع ، دون موكله . وفى البرازية المشتري من الوكيل باعه من الوكيل ، ثم استحق من الوكيل ،

رجع الوكيل على المشتري منه ، وهو على الوكيل ، والوكيل على الموكل ، وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن ا ه . . وكذا قوله والخصومة في العيب شامل لمسألتين : ما إذا كان بائعاً فإيرده المشتري عليه ، وما إذا كان مشترياً فإيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه في يده فإن سلبه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه . . الوكيل لو رضى بالعيب لزمه ، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل . . وفي الخاتمة الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع عن العيب عند أبي حنيفة ومحمد ، واختلفوا في قول أبي يوسف . . وجاء في الجامع الكبير لمحمد (البيوع ٩ : ٣٨) : « إن ادعى البائع أن الأمر قد رضى بالعيب . . فإن قامت بينه على رضا الأمر ، لم يكن له أن يردها » .

كيف تقوم العلاقة بين الوكيل والموكل :

في تنفيذ الوكيل لوكالته يقع كثيرا أن يقبض مالا لحساب الموكل ، كما يقع أن يغرم مالا لحساب الموكل أيضاً . ويمكن القول بوجه عام إن العلاقة بين الوكيل والموكل تقوم على أساس أن المال الذي يقبضه الوكيل لحساب الموكل هو أمانة في يده ، أما المال الذي يغرمه لحساب الموكل فيرجع به عليه .

(١) ويقبض الوكيل المال لحساب الموكل في صور مختلفة . منها أن يكون وكيلاً بالشراء فيقبض المبيع من البائع ليسلمه إلى الموكل ، أو يقبض الثمن من الموكل ليدفعه إلى البائع . فإذا قبض المبيع من البائع ، فهو في يده أمانة للموكل بمنزلة الوديعة ، لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع عنده ، فإذا هلك المبيع في يده بغير تعد منه هلك على الموكل وإلا هلك عليه . وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل كما قدمنا . وعند زفر ليس له حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، لأن الأمين ليس له حبس الأمانة بعد طلبها ، فإن هلك المبيع وهو محبوس في يده ولو بغير تعد كان مضمونا عليه . كذلك

إذا قبض الوكيل بالشراء الثمن لدفعه إلى البائع ، فهو في يده أمانة إن هلك دون تعد قبل نفعه للبائع هلك من مال الموكل . ومن ذلك أيضا أن يكون الوكيل وكيلا بالبيع فيقبض الثمن من المشتري ليدفعه إلى الموكل ، أو يقبض المبيع من الموكل ليسلمه إلى المشتري ، فكل من الثمن والمبيع أمانة في يده إن هلك دون تعد قبل دفع الثمن إلى الموكل أو تسليم المبيع إلى المشتري هلك من مال الموكل . ومن ذلك أخيرا أن يكون الوكيل وكيلا بقبض الدين والعين أو وكيلا بقضاء الدين ، فإن هلك دون تعد ما قبضه لحساب الموكل من دين أو عين قبل دفعه للموكل ، أو هلك دون تعد ما أخذه من الموكل لقضاء دينه به قبل دفعه للدائن ، هلك كل ذلك من مال الموكل .

وهذه بعض نصوص فقهية في هذا المعنى . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٣٤) : « المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة ، لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع ، فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه » . وجاء بعد ذلك (في ص ٣٧) : « الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن ، والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل ، فكذا الوكيل بالشراء . وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر ليس له حبسه . وجه قوله أن المبيع أمانة في يد الوكيل ، ألا ترى أنه لو هلك في يده فاهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه ، وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها ، قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، فصار كالوديعة . ولنا أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمنا للبيع ، فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري . وإذا طلبه منه الموكل فحبسه حتى هلك ، كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا ، لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان . قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع ، وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن ، وقال زفر

يكون مضمونا ضمان الغصب . وجه قول زفر ما ذكرنا أن البيع أمانة في يده ،
والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها ، فإذا حبسها فقد صار غاصبا ،
والمغضوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاما بلغ . وجه قول
أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها ، فكانت مضمونة بالأفل
من قيمتها ومن الدين كالرهن . وجه قولها أن هذه عين محبوسة بدين هو
ثمن ، فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع . وجاء في الفتاوى الهندية
(جزء ٣ ص ٥٨٣) : « دفع إلى رجل ألف درهم ، وأمره أن يشتري له به
عبدا . فوضع الوكيل الدراهم في منزله ، وخرج إلى السوق واشترى له عبدا
بألف درهم . وجاء بالعبد إلى منزله ، وأراد أن يأخذ الدراهم ليدفعها إلى البائع .
فإذا الدراهم قد سرقت ، وهلك العبد في منزله . فجاء البائع وطلب منه الثمن ،
وجاء الموكل يطلب منه العبد . قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم
ويدفعه إلى البائع ، والعبد والدراهم هلكا في يده على الأمانة . قال الفقيه أبو الليث
رحمه الله تعالى هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك في يده ، أما
إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في
إيجاب الضمان على الأمر ، كذا في فتاوى قاضيخان . وجاء في موضع آخر
(الهندية ٣ ص ٥٩١) : « ولو أمره ببيع عبده .. فباعه الوكيل ، ثم قبضه
من منزل الأمر ليدفعه إلى المشتري ، فمات العبد في يد المأمور قبل الدفع إلى
المشتري ، فلا ضمان على المأمور ، لأن للمأمور حق قبض العبد من منزل الأمر
ليمكنه التسليم عند نقد الثمن . » وجاء في موضع آخر (الهندية ٣ ص ٥٩٨) : « أمر
رجلا بأن يبيع عبدا له ويدفع إليه ، فقال بعث من فلان بألف درهم وقبضت
الثن فهلك عندي . » فالتقول قول الوكيل ولا يمين عليه ، كذا في الذخيرة .

٢ - ويغرم الوكيل المال لحساب الموكل في صور مختلفة . منها أن
يكون وكيلا بالشراء ، فيدفع الثمن من ماله ، فيرجع به على الموكل ، وقد
رأينا أن له حبس المبيع حتى يستوفيه خلافا لقول زفر . ومنها أن يكون
وكيلا بالبيع ، فيرجع عليه المشتري بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب
فيرجع على موكله بما دفعه للمشتري أو يرد عليه ما رده المشتري .

وهذه بعض النصوص الفقهية . جاء في تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ٣٦) : « إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع . لم يكن متبرعا ، فله أن يرجع . . بالثمن على الموكل لأنه انعقدت بينهما . . مبادلة حكيمية ، أى بيع حكيمى ، فصار الوكيل كالبايع من الموكل . قال صاحب غاية البيان فى تعليل هذا لأن الملك ينتقل إلى الوكيل أولا ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى . أقول هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه ، لأن انتقال الملك أولا إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة السكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح ، وطريقة أبى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله . فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضاً على ذلك ، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبى طاهر إلا أنه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعى ، ولا يخفى أن هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة الحكيمية بينهما وإن لم يكن كافيا فى المبادلة الحقيقية . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥) : « وكل رجلا أن يبيع عبداً له فباعه ، فوجد به المشتري عيباً قبل القبض فردّه على الوكيل فقبل ، فإنه يلزم الموكل . . وكل رجلا يبيع ضيعة له فباعها الوكيل ، فظهر فيها قطعة أرض موقوفة . فأراد المشتري أن يردها على الوكيل ، فأقر الوكيل بذلك ، كان له أن يردها على الوكيل ، ثم الوكيل لا يردها على موكله . فإن ردت على الوكيل بالبينة ، كان للوكيل أن يردها على الموكل . »

٢ — الحكمة فى انصراف حقوق العقد إلى الوكيل

الحكمة فى انصراف حقوق العقد إلى الوكيل ترجع الى اعتبارين —

اعتبار فنى واعتبار عملى :

تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه فى الفقه

الحنفى لاعتبارين :

(الاعتبار الأول) اعتبار فني ، فالعقد قد تم بعبارة الوكيل ، وهو الذى باشر العلة فيرجع إليه المعلوم ، وهو العاقد فنصرف إليه حقوق العقد ، وقد كان ينبغى أن ينصرف إليه أيضا حكم العقد لولا الضرورة لكي لا يبطل مقصود الموكل ، وقد سبق بيان ذلك . وتقول النصوص (تكلمة فتح القدير ٦ ص ١٧) في هذا المعنى : « إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما ، كان أصيلا في الحقوق ، فتتعلق حقوق العقد به ، أى تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل . »

(والاعتبار الثانى) اعتبار عملى ، فالغير قد تعامل مع الوكيل الذى أضاف العقد إلى نفسه بصفته أصيلا لا وكيلا ، واطمأن إلى التعامل معه على هذا الوصف . وقد يحتمل وجود الوكالة أصلا ، ويعتقد بحسن نية أن الوكيل يتعاقد لحسابه الشخصى ، فعامله على هذا الاعتبار . ولعله لو عرف أن الوكيل ليس أصيلا وأنه يعمل لحساب شخص آخر ، لما قبل التعاقد . أو لعله عرف الموكل وكان لا يقبل التعامل معه لإعساره أو لمأطلته ، فأضاف الوكيل العقد إلى نفسه ليتحمل بحقوقه وليكون بمثابة كفيل للموكل فاطمأن الغير إلى ذلك . فاستقرار التعامل يقضى بأن تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل ، وحقوق العقد هى التى تعنى الغير الذى تعامل مع الوكيل ، وتكفل له الضمان الكافى الذى اعتمد عليه . فإذا كان بائعا طالب الوكيل الذى تعامل معه بالثمن ، وإذا كان مشتريا طالب الوكيل الذى تعامل معه بتسليم المبيع وبضمان الهلاك والاستحقاق والعيب ، ومادام يصل إلى حقوقه عن طريق الوكيل الذى تعامل معه ، فلا يعنيه بعد ذلك شخص الموكل . ويقول محمد علاء الدين فى تكلمة ابن عابدين (جزء ١ ص ٢٢٢) : « الوكيل أصل فى العقد ، بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل . . وإنما جعل نائباً فى الحكم للضرورة كي لا يبطل مقصود الموكل ، ولا ضرورة فى حق الحقوق ، ولأن العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه ، فلم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أو من لا يقدر على مطالبته . »

ويقول العيني (شرح الكنز جزء ٢ ص ٩٨) : « الوكيل هو العاقد ، ولا يفتقر في هذه العقود إلى ذكر الموكل ، والعاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه ، فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أو من لا يقدر على مطالبته واستيفاء الثمن منه ، وإنه متنفذ . بخلاف الرسول لأنه يضيف العقد إلى مرسله ، وبخلاف النكاح لأنه لا بد فيه من ذكر الموكل وإسناد العقد إليه ، فلا ضرر حينئذ . وجاء في تكملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٦) فيما إذا كان وكيل البائع مجبورا : « المشتري دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، يعني أن المشتري ماضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد . فإذا ظهر خلافه يتخير ، لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه ، فصار كما إذا عثر . . على عيب . . لم يرض به ، والجامع بينهما عدم الرضا » :

ويترتب على ما قدمناه ما يأتي :

(١) إذا شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل ، كان الشرط باطلا لأنه شرط يحرم العاقد الآخر من الرجوع على الوكيل بعد أن اعتمد عليه .
(٢) يجبر الوكيل على أن يرجع عليه العاقد الآخر ، فلا يستطيع أن يتخلى عن ذلك .

(٣) إذا كان الوكيل ليس من أهل العهدة بأن كان مجبورا ، انتفت الحكمة من انصراف حقوق العقد إليه فلا تنصرف .

(٤) الولي يتعين الاطمئنان إليه لأن الأصيل مجبور فلا يمكن أن تنصرف إليه حقوق العقد ، فتعين انصرافها إلى الولي .

(٥) حيث يمكن العاقد الآخر أن يرجع رأسا على الموكل دون أن تختل الحكمة في انصراف حقوق العقد إلى الوكيل ، قامت علاقة مباشرة بين العاقد الآخر والموكل وجاز هذا الرجوع .

ونستعرض في إيجاز هذه المسائل الخمس .

سُرَط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل باطل :

قدمنا أن الحقوق تنصرف إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه ، وأن هذا ضمان واجب للعاقدة الآخر الذى يتعامل مع الوكيل . فلا يجوز إذن أن يتفق الموكل مع الوكيل على ألا تتعلق الحقوق بالوكيل بالرغم من إضافته العقد إلى نفسه ، وإلا كان فى هذا إخلال بحق العاقدة الآخر الذى يتعامل مع الوكيل . فإذا أراد الوكيل أن تنصرف حقوق العقد إلى الموكل ، فسيبيله إلى ذلك أن يضيف العقد إلى الموكل حتى يعلم العاقدة الآخر أنه يتعامل مع الموكل لا مع الوكيل ويقبل هذا . فمن وكل رجلا ببيع داره لا يجوز له أن يتفق مع الوكيل على أن يضيف العقد إلى نفسه ويرجع المشتري مع ذلك ، فى التسليم أو ضمان الهلاك أو ضمان الاستحقاق أو ضمان العيب ، على الموكل رأسا لا على الوكيل ، فإذا اتفق معه على ذلك كان الاتفاق باطلا ، وكان للمشتري الرجوع على الوكيل بالرغم من هذا الشرط . ومن وكل رجلا فى شراء دار لا يجوز له أن ينفق مع الوكيل على أن يضيف العقد إلى نفسه ويرجع البائع مع ذلك على الموكل رأسا بالثمن ، بل يرجع البائع بالثمن على الوكيل بالرغم من هذا الشرط . وإنما يجوز أبى يتفق الموكل مع الوكيل على أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل ، فعند ذلك ترجع حقوق العقد إلى الموكل كما سبق القول ، وإذا لم يصف الوكيل العقد إلى الموكل كان مجاوزا حدود الوكالة فيتوقف العقد على إجازة الموكل . ويجوز ، على العكس من ذلك ، أن يتفق الموكل مع الوكيل على أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه فترجع إليه حقوقه على النحو الذى قدمناه ، وإذا لم يصف الوكيل العقد إلى نفسه كان مخالفا أمر الموكل وكان العقد موقوفا على الإجازة . بل إن المفروض أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه مالم يتفق مع الموكل على أن يضيف العقد إليه .

وهذه بعض النصوص الفقهية فيما قدمناه . جاء فى الجوهرة النيرة للحدادى

(جزء أول ص ٣٠٠) : « ولو وكل رجلا بالبيع والشراء على ألا يتعلق به

الحقوق، فلا يصح هذا الشرط. وحقوق العقد هو قبض الثمن وتسليم المبيع.. وجاء فى تكملة ابن عابدين (جزء أول ص ٢٢٥) : « وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق .. بالوكيل لغو باطل ، كما لو نهاه عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن فإنه يكون باطلا .. وكما لو وكله بالمبيع بشرط ألا يقبض الثمن فالنهي باطل أيضا . ولو كتب الصك باسم الموكل ، لا يسقط حقه فى قبض الثمن إلا أن يقر الموكل بقبضه .. وجاء فى البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٤٨) : « وكيل شراء العبد جاء إلى مالكة ، فقال بعت هذا العبد من الموكل ، وقال الوكيل قبلت ، لا يلزم الموكل ، لأنه خالف حيث أمره ألا ترجع إليه العهدة وقد رجع . قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضوليا ، ويتوقف العقد على إجازة الموكل اهـ . وفى الجوهرة وكله بالبيع والشراء على ألا تتعلق به الحقوق ، لا يصح هذا الشرط » .

برجع العاقد الآخر على الوكيل إجبارا :

ولما كان انصراف حقوق العقد إلى الوكيل روعيت فيه مصلحة العاقد الآخر للاعتبارات التى قدمناها ، فإن الوكيل لا يستطيع أن يتجنب رجوع هذا العاقد عليه بحقوق العقد . فإذا كان وكيلًا بالشراء ، لم يستطع التخلص من مطالبة البائع له بالثمن وإحالة على الموكل . وإذا كان وكيلًا بالبيع ، لم يستطع التخلص من مطالبة المشتري له بتسليم المبيع ومن رجوعه عليه بضمان الاستحقاق ومن خصمته له فى العيب . وهذا فيما يتعلق بالالتزامات التى ينشئها العقد فى ذمة الوكيل لصالح العاقد الآخر . أما فيما يتعلق بالالتزامات التى ينشئها العقد فى ذمة العاقد الآخر لصالح الوكيل ، فهذه يستطيع الوكيل أن يتخلى عنها للهوكل ، وذلك بإعطائه توكيلا يطالب الموكل بموجبه العاقد الآخر بهذه الالتزامات . فإذا كان الوكيل وكيلًا بالشراء ، جاز له مطالبة البائع بتسليم البيع وبضمان الهلاك والاستحقاق والعيب ، وجاز له أيضا أن يعطى موكله توكيلا يطالب بموجبه البائع بهذه الالتزامات . فإذا كان الوكيل وكيلًا

بالبیع ، جاز له مطالبة المشتري بالثمن ، كما جاز له أيضا أن يعطى موكله توکیلا یقبض بموجبه الثمن من المشتري وقد تقدم ذکر ذلك .

وهذه بعض النصوص الفقهية . جاء فی تکملة فتح القدير (جزء ٦ ص ١٧) :
 « واعلم أن ههنا فائدة جليلة یجب التنبيه لها قد ذکرها صدر الشریعة فی شرح الوقایة حیث قال : یجب أن یعلم أن الحقوق نوعان ، حق یكون للوکیل وحق یكون علی الوکیل . فالأول کقبض المبیع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة فی العیب والرجوع بضمن مستحق ، ففی هذا النوع للوکیل ولاية هذه الأمور لکن لا تجب علیه . فإن امتنع لا یجبره الموکل علی هذه الأفعال ، لأنه متبرع فی العمل بل یوکل الموکل بهذه الأفعال .. وإن مات الوکیل ، فولاية هذه الأفعال لورثته ، فإن امتنعوا وکلوا موکل مورثهم ، وعند الشافعی للموکل ولاية هذه الأفعال بلا توکیل من الوکیل أو وارثه . وفی النوع الآخر یكون الوکیل مدعی علیه ، فللمدعی أن یجبر الوکیل علی تسلیم المبیع وتسلیم الثمن وأخواتهما . وجاء فی البحر الرائق (جزء ٧ ص ١٥٠) : « وکیل البیع لا یطالب بالثمن من مال نفسه بخلاف الوکیل بالشراء ، ولا یجبر علی التقاضی لأنه متبرع . بخلاف الدلال والسمسار والبیاع ، لأنهم یعملون بالاجر . ویقال للوکیل أحل الموکل علی المشتري . » وجاء فی تکملة ابن عابدين (جزء أول ص ٢٢٤) :
 « اعلم أن الحقوق التي للوکیل ، کقبض المبیع ومطالبة ثمنه والمخاصمة فی العیب والرجوع بضمن المستحق ، غیر واجبة علیه ، لأنه متبرع ، لکن ینبغي أن یوکل الموکل بهذه الأفعال . وأما الحقوق التي علی الوکیل ، کتسلیم المبیع والثن ونحوهما ، فالوکیل فیها مدعی علیه ، فللمدعی أن یجبره علی ذلك ، كما فی الکافی والبرجندی وصدر الشریعة . »

لا تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان محجوراً :

قدمنا أنه یکنفی فی الوکیل أن یكون ممیزاً ولا یشرط فیہ بلوغ الرشده ، ومن ثم یجوز ان یكون الوکیل محجوراً ، صبیاً أو سفیهاً محجوراً أو عبداً . ولكن

لما كان المحجور ليس من أهل العهدة ، فإنه يتعذر أن تنصرف إليه حقوق العقد . فلا يبقى إذن إلا صرف هذه الحقوق إلى الموكل لأنه هو الذي انتفع بتصرف المحجور ، ولأن الحكمة في صرف حقوق العقد إلى الوكيل قد انتفت فالعاقد الآخر لا يحق له أن يعتمد ، حتى لو أضاف المحجور العقد إلى نفسه ، على أنه سيرجع بحقوق العقد على المحجور مادام هذا ليس من أهل العهدة . وكان مقتضى ذلك أن العاقد الآخر إذا تعامل مع وكيل محجور دون أن يعلم أنه محجور يكون مخيراً بين المضي في العقد والرجوع بحقوقه على الموكل ، وبين قسح العقد لأنه اعتمد أن يرجع بحقوق العقد على الوكيل فظهر له أن هذا متعذر فيكون كمن فاته وصف مرغوب فيه . وهذا ما يذهب إليه أبو يوسف . أما في ظاهر الرواية فلا خيار للعاقد الآخر ، ويتعين عليه أن يرجع بحقوق العقد على الموكل دون أن يفسخ ، لأن للحجر عادة علامات ظاهرة يستطيع العاقد الآخر أن يتبين بها أنه يتعامل مع وكيل محجور ، فإذا جهل ذلك فقد كان ينبغي أن يعلمه .

ويترتب على أن السبب في عدم إنصراف حقوق العقد إلى الوكيل المحجور أنه ليس من أهل العهدة أمران : (١) أن العبد إذا أعتق لزمته العهدة وانصرفت إليه حقوق العقد بعد أن كانت منصرفة إلى الموكل ، لأن المانع من لزوم العهدة كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق . أما الصبي إذا بلغ سن الرشد لم تلزمه العهدة وتبقى حقوق العقد منصرفة إلى الموكل ، لأن المانع من لزوم العهدة كان قصور أهليته فلم تلزمه بعد البلوغ . (٢) إذا كان الوكيل صبياً أو عبداً مأذوناً له ، كان من أهل العهدة فانصرفت حقوق العقد إليه دون الموكل . على أنه إذا وكل بالشراء بشمن مؤجل ، لم تلزمه العهدة لأنها هنا ضمان الكفالة لا ضمان الثمن والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة .

ولا وجه للشبه بين القاعدة التي نحن بصددناها وبين القاعدة الرومانية القديمة

التي كانت تقضى بمواز نيابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ففيما نحن بصدد
ليس ضروريا أن يكون الوكيل المحجور هو ابن الموكل أو عبده ، أما في
القاعدة الرومانية فإن هذا ضروري على اعتبار أن الابن أو العبد هو يد رب
الأسرة يتصرف بها كما سبق القول .

وننقل الآن بعض النصوص الفقهية في الأحكام التي قدمناها . جاء
في المبسوط للسرخسي (جزء ١٩ ص ٤٥) : « ولو وكل الصبي ببيع خادم
فباعها جاز ، لأن الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعا حتى ينفذ تصرفه بإذن
الولي في ملك نفسه ، فكذلك ينفذ تصرفه في ملك الغير بتوكيل المالك إياه
بذلك . وهذا لأن اعتبار عبارته بتمحض منفعة له ، فيه يمتاز الأدنى من
البهائم ، ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة ، فيصير مهتديا إلى التصرفات
عالمًا بطرق التحرز عن أسباب الغبن ، وذلك محض منفعة له . ثم العهدة على
الامر إذا لم يكن الصبي مأذونا ، لأن في إلزام العهدة إياه ضرراً والصبي يبعد
عن المضار ، فإذا تعذر إيجاب العهدة عليه تعلق بأقرب الناس إليه وهو من
انتفع بهذا التصرف وهو الامر فكانت العهدة عليه إلا أن يكون الصبي
مأذونا له ، فحينئذ تلحقه العهدة ، لأنه بالإذن صار بمنزلة البالغ في التزام العهدة
بالتصرف . . والعبد بمنزلة الصبي ، إلا أنه إذا كان محجوراً عليه يلزمه العهدة
بعد العتق ، لأن قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطباً ، وإنما لا يكون
ملزماً في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق » . وجاء في تكملة فتح القدير
(جزء ٦ ص ١٦) : « ثم إن في تقييد الصبي والعبد بقوله محجوراً عليه إشارة
إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما ، لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه
تفصيل ذكر في الذخيرة . وهو أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه
العهدة ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً . وإذا وكل بالشراء بشمن مؤجل لم يلزمه
العهدة قياساً واستحساناً ، بل تكون العهدة على الامر ، حتى إن البائع يطالب
الامر بالثمن . لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لاضمان ثمن ، لأن ضمان الثمن
ما يفيد الملك للضامن في المشتري ، وهذا ليس كذلك ، إنما هذا التزم مالا

في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة. وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ألا يلزمه العهدة، وفي الاستحسان يلزمه. لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم، فإنه يحبس به بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه، والصبي المأذون من أهل ذلك. بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا، لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، لأنه لا يملك حبسه بذلك، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى، والجواب في العبد المأذون إذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل . . .

وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنه صبي أو عبد محجور . . . له خيار الفسخ لأن المشتري دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقدة، يعني أن المشتري مارضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقدة. فإذا ظهر خلافه يتخير، لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه، فصار كما إذا عثر . . . على عيب لم يرض به، والجامع بينهما عدم الرضا. وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع، ذكره تاج الشريعة . . . وجاء في البحر (جزء ٧ ص ١٤٩) : « وقوله إن لم يكن محجورا شامل للحر الذي لم يحجر عليه بسفه والعبد المأذون والصبي المأذون . ولم يذكر شارحو الهداية المحجور عليه بالسفه هنا، وإنما زدته هنا لدخوله تحت المحجور عليه في كلامهم . وجاء في البدائع (جزء ٦ ص ٣٤) : « ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم، في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه إن كان عالما فلا خيار له، فأما إذا كان جاهلا فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه. وجه قوله أن الرضا شرط جواز التجارة، وقد اختل الرضا، لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقدة، فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه، فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب . وجه ظاهر الرواية أن الجهل بالحجر ليس بعذر، لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصا في حق الصبي لأن الأصل فيه هو الحجر والإذن بعارض الرشد،

فكان سبب الوصول إلى العلم قائما ، فالجهل به لتقصير من جهته ، فلا يعذر
ويعتبر عالما ، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا . . أنظر أيضا
الزيلعي ٤ ص ٢٥٦ — ٢٥٧ ص — الفتاوى الهندية ٣ ص ٥٦٨ — ٥٦٩ ص —
تكملة ابن عابدين ١ ص ٢٢٣ .

تنصرف حقوق العقد إلى النائب إذا كان الأصل محجورا :

وفي النيابة القانونية أو القضائية ، كنيابة الولى أو الوصى أو القيم
عن المحجور ، لا مناص من انصراف حقوق العقد إلى النائب دون الأصل .
ذلك أن الأصل محجور فهو ليس من أهل العهدة ، فتعين أن تنصرف
حقوق العقد إلى نائبه دونه . على أن هذا الحكم يأتي من طريق آخر ،
ففي الكثرة الغالبة من الأحوال يضيف الولى العقد إلى نفسه لا إلى المحجور
فتنصرف حقوق العقد إلى الأول دون الثانى . ولكن حتى إذا قدرنا أنه
يحوز للولى أن يضيف العقد إلى المحجور فأضافه إليه ، فإن حقوق العقد لا يمكن
أن تنصرف إلى المحجور لأنه ليس من أهل العهدة ، فلا بد إذن من انصرافها
إلى الولى كما سبق القول . ولا يستطيع العاقد الآخر في هذه الحالة أن يعترض ،
فهو يعلم أن المحجور الذى أضيف العقد إليه ليس من أهل العهدة ، فلا يمكنه
أن يعتمد فى الرجوع بحقوق العقد إلا على الولى .

وغنى عن البيان أن حكم العقد ، سواء أضاف الولى العقد إلى نفسه
أو أضافه إلى المحجور ، ينصرف إلى المحجور . ويقول الكاسانى (البدائع
٥ ص ١٥٣) : « وليس له (للولى) أن يشتري بماله (مال المحجور) شيئا
بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ، ولو اشترى ينفذ عليه ،
ويكون المشتري له لان الشراء وجد نفاذا على المشتري » . ويستخلص من
هذا النص أن الولى إذا اشترى للمحجور ما لا يمثل القيمة أو بغبن يسير ،

فهذا الشراء على المحجور ، أى انصرف حكم العقد إليه وصار هو المالك لما اشتراه له الولي (١) .

جواز قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر :

على أنه بالرغم من انصراف حقوق العقد إلى الوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه ، فإن هذا لا يمنع قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر في بعض أحوال سبق ذكرها . ويرجع ذلك إلى أن العاقد الآخر ، مع أنه اعتمد التعامل مع الوكيل بعد أن أضاف هذا العقد إلى نفسه ، لا يتضرر إذا تعامل رأسا مع الموكل بل يستفيد .

فقد قدمنا أن المشتري يملك باختياره أن يدفع الثمن رأسا إلى الموكل دون الوكيل بالبيع ، وفي هذا الحكم فسحة له ، إذ يستطيع أن يبرئ ذمته من الثمن بالدفع إما إلى الوكيل وإما إلى الموكل (٢) . فإذا نقد الموكل الثمن كان له أن يرجع عليه رأسا بضمان الاستحقاق وبضمان العيب . وقدمنا أن في الشراء بوكيل لا مانع من أن المشتري يتخطى وكيله ويدفع الثمن رأسا

(١) أنظر الاستاذ شفيق شحاته في محاضرات غير مطبوعة عن النيابة القاهية في قسم الدكتوراه ص ٥١ - ويقول الاستاذ شفيق شحاته في هذا الصدد : « والظاهر أن فقهاء المذهب الحنفى لم يفرقوا ما بين شراء الأب الذى تعامل باسم الصغير وشراء الأب الذى تعامل باسمه خاصة في الحكم ، مما يدل على أن الولي يتعامل في العادة باسمه خاصة ويمكن انفاذ العقد عليه هو نفسه متى وجب ذلك » ثم يقول نقلا عن الاستاذ احمد ابراهيم : « الذى ظهر لى ان الاب اذا صرح في العقد انه يشتري لابنه او قامت قرينة على ذلك (وكان الشراء بفن فاحش) ، فان العقد يبطل ، فلا ينفذ على الولد ولا على الاب ، لانه قام الدليل على انه يعقد لفيره لا لنفسه . اما اذا اطلق الاب ولم توجد القرينة عند الشراء ، نفذ على الاب حتما ، لان الاب كما يشتري لولده يشتري ايضا لنفسه » .

(٢) وقد يقال انه في البيع بوكيل اذا استطاع الموكل ان يقبض الثمن رأسا من المشتري باختياره دون ان يستطيع اجباره على الدفع ان الثمن قد انقسم الى دين ومطالبة (مديونية ومسئولية) فالدين للموكل ولذلك كان الوفاء له مبرئا للذمة ، والمطالبة للوكيل ولذلك جاز له اجبار المشتري على الوفاء .

للبائع ، ولا مانع من أن البائع يتخطى وكيل المشتري ويسلم المبيع رأساً للمشتري . وفي البيع بوكيل تقع المقاصة بين الثمن ودين في ذمة البائع للمشتري ، وفي هذا نفع ظاهر للعائد الآخر وهو المشتري . (قارن الأستاذ شفيق شحاته في محاضراته غير المطبوعة في نظرية النيابة ص ٨٦) .

فالقاعدة التي تقضى بانصراف حقوق العقد إلى الوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه إنما تقررت بوجه عام لحماية العائد الآخر ، ففي الحالات التي لا يحتاج فيها العائد الآخر إلى هذه الحماية ، نعود إلى الأصل في النيابة ، فتقوم العلاقة المباشرة ما بين العائد الآخر والأصيل .

ثانياً : المذاهب الثلاثة الأخرى غير المذهب الحنفى

المذهب المالكي :

أهم : الأصل في المذهب المالكي أن الوكيل هو الذي تتعلق به حقوق العقد .

فإذا كان وكيلًا بالبيع ، فهو الذي يطالب المشتري بالثمن ، وتعتبر هذه المطالبة من توابع الوكالة فلا يجوز له أن يتركها ولذلك لو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه . وهذا ما لم يقبض العرف بخلافه ، ففي بيع الدار والعقار جرى العرف أن الوكيل بالبيع لا يقبض الثمن إلا بتوكيل خاص والذي يطالب بالثمن ويقبضه هو الموكل . أما في بيع السلع فالوكيل قبض الثمن والمطالبة به . والوكيل بالبيع هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع وبضمان العيب وبضمان الاستحقاق . ومع ذلك يستثنى من تحمل الوكيل بالعهد أحوال ثلاث : (١) إذا صرح الوكيل للعائد الآخر بالبراءة من العهدة ، فالموكل هو الذي يتحمل بها في هذه الحالة ، ويرجع العائد الآخر عليه مباشرة بها . (٢) إذا علم العائد الآخر بوجود الوكالة ، فعند ذلك تكون العهدة مباشرة على الموكل ويطالبه العائد الآخر بها رأساً . ومع ذلك إذا كان الوكيل مفوضاً ، فالعائد

الآخر رغم علمه بوجود الوكالة أن يتبع الموكل أو يتبع الوكيل . والوكيل المفوض هو من فوض له الموكل أموره في كل شيء وأقامه مقامه ، فيمضي من فعل الوكيل المفوض في حق موكله ما كان على وجه السداد والنظر . وأما مالا مصلحة في فعله فالوكيل المفوض معزول عنه فلا يجوز له التبرع بمال الموكل ، مالم يقل الموكل للوكيل أمضيت ما كان غير نظر ، فعندئذ يصح من الوكيل المفوض أي تصرف يكون نظراً عند العقلاء ولو لم يكن نظراً عند الموكل (أنظر في الوكيل المفوض الخرشى ٦ ص ٧٠ — ص ٧١ — الشرح الكبير للدردير في حاشية الدسوقي ٣ ص ٣٨١ — ص ٣٨٢ — الخطاب • ص ١٩١ — ١٩٤) . (٣) السمسار ، بخلاف الوكيل ، لا عهدة عليه ، لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره . على أن السمسار لا يكون عادة وكيلًا ، بل هو رسول ووسيط .

وإذا كان الوكيل بالشراء ، فهو الذي يطالب البائع بتسليم المبيع وبضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، وهذه المطالبات أيضاً تعتبر من توابع الوكالة . والوكيل بالشراء هو الذي يطالبه البائع بالثمن ، وذلك مالم يصرح الوكيل للبائع بالبراءة من دفع الثمن ، فعند ذلك لا يطالبه البائع بالثمن ويرجع به مباشرة على الموكل .

النصوص الفقهية :

جاء في الخرشى (جزء ٦ ص ٧٢) : « الوكيل على بيع له أن يطلب المشتري بالثمن ويقبضه منه ويدفعه لموكله ، أو شراء له أن يشتريه ويقبضه من بائعه ، وإن ظهر به عيب ظاهر كما يأتي فله رده على بائعه بغير إذن موكله ، وهذا إذا لم يعين الموكل للوكيل المبيع ، وأما إن عينه له بأن قال اشتر لي الشيء الفلاني فإنه ليس له رده ، وهذا في الوكيل المخصوص أما في الوكيل المفوض إليه فله أن يرده على بائعه ولو عينه له موكله ، ونحوه في المدونة . وقيد اللخمي رد المعيب بما إذا كان

الغيب ظاهراً ، وأما إن كان خفياً كالسرقة ونحوها فلا شيء على الوكيل ، ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشمل . . . إذا وكله على شراء شيء فإنه يطالب بضمنه ، ما لم يصرح بالبراءة من دفع الثمن . وكذلك إذا وكله على بيع شيء فإنه يطالب بالمشمون ، ما لم يصرح بالبراءة من دفع المشمون ، وإلا فلا يطالب بذلك وإنما المطالب بما ذكر الموكل . . . فإن صرح بالبراءة ، بأن يقول وينقذك فلان دوني ، فلا مطالبة على الوكيل بالثمن . . . وكذلك يطالب الوكيل بعهد المبيع من غصب أو استحقاق ، ما لم يعلم المشتري أن المتولى البيع وكيل ، فإن علم بالعهد لا تكون عليه وتكون على من وكله أي فيرد عليه المبيع ويكون الثمن عليه ، وهذا في الوكيل المخصوص وأما المفوض فيتبع كما يتبع البائع والعهد عليه كالشريك المفاوض والمقارض بخلاف القاضى والوصى . » وجاء في حاشية العدوى (الخرش ص ٦ ص ٧٢) تعقيباً على ما تقدم : « قوله ما لم يصرح بالبراءة : وما لم يكن العرف عدم المطالبة بهما ، فإن كان العرف ذلك لم يطالب بهما . والسمسار كالوكيل في ذلك ، بخلاف العهد ، فإن الوكيل عليه العهد ما لم يعلم المشتري بأنه وكيل ، بخلاف السمسار فإنه لا عهد عليه لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره . . . بخلاف القاضى والوصى إذا باع سلعة من سلع اليتيم فلا يطالبان بالعهد فيما وليا بيعه ، والعهد في مال اليتامى ، فإن هلك مال اليتامى ثم استحققت السلعة فلا شيء على اليتامى . »

وجاء في الشرح الكبير للدردير (حاشية الدسوقي ٣ ص ٣٨٢ — ض ٣٨٣) : « إذا وكله على بيع . . . عليه طلب الثمن وقبضه لأنه من توابع المبيع . . . إذا وكله على اشتراء . . . عليه قبض المبيع من البائع وتسليمه للمشتري . وله رد المعيب على بائعه إن لم يعينه . . . موكله ، فإن عينه بأن قال له اشترى هذه السلعة فلا رد للوكيل به ، وهذا في الوكيل الغير المفوض وإلا فله الرد ولو عين له الموكل المبيع . وطولب بضمن سلعة اشتراها لموكله أو باعها له ، ولثمن كذلك اشتراه أو باعه لموكله ، ما لم يصرح بالبراءة من الثمن والمضمن . فإن صرح ، بأن قال لا أتولى ذلك ، لم يطالب وإنما يطالب

موكله . . . وطولب الوكيل بالعهد من عيب أو استحقاق ، مالم يعلم المشتري أنه وكيل وإلا فالطلب على الموكل لا الوكيل ، إلا أن يكون مفوضا . وجاء في حاشية الدسوقي (٣ ص ٣٨٣) تعقيباً على ما تقدم : « قوله مالم يعلم المشتري أنه وكيل : أي كالسمسار ، أي ومالم يحلف الوكيل أنه كان وكيلاً في البيع .. قوله إلا أن يكون مفوضا : أي فإن كان مفوضا ، كان له الرجوع عليه وعلى الموكل ، فيصير له غريمان يتبع أيهما شاء كالشريك المفوض والمقارض . والحاصل أن الوكيل إن كان غير مفوض ، فإنه يطالب بالعهد مالم يحلف أو يسلم المشتري أنه وكيل ، وإلا كان المطالب بها الموكل . وإن كان مفوضا ، كان للمشتري الرجوع عليه ، لا فرق بين عدم علم المشتري أنه وكيل أو علم أنه وكيل فقط أو علم أنه وكيل مفوض . وفي المفوض يصير للمشتري غريمان كما علمت . »

وجاء في الخطاب (جزء ٥ ص ١٩٤ - ص ١٩٥) : « والوكيل على بيع الدار والعقار إذا أراد قبض الثمن من المشتري ، وأراد أن يقيم البينة أنه وكيل على البيع ، لم يمكن من ذلك . لأن العرف والعادة أن وكيل البيع في الدار والعقار لا يقبض الثمن ، فليس له ذلك إلا بتوكيل خاص على قبض الثمن ، إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولى البيع يتولى قبض الثمن فيجزئه إقامة البينة على الوكالة على البيع . وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع ، فإن له قبض الثمن والمطالبة به .. إذا عين الموكل السلعة المشتراة ، فليس للوكيل أن يردها بالعيب اتفاقاً لاحتمال أن يكون الموكل علم بالعيب أو يغفره عند اطلاعه عليه لغرضه فيه . واختلف إذا لم يعينها ، فقال ابن القاسم للوكيل أن يرده لأنه ضامن بمخالفة الصفة ، وقال أشهب ليس له أن يرده وإن رد فالموكل ألا يجيز الرد ويضمنه قيمته إن فانت .. قال في التوضيح قيد اللخمى قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهراً ، قال وأما إن كان العيب مما يخفى فلا شيء على الوكيل ، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن يرد انتهى . ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشامل . »

وجاء في المواق (على هامش الخطاب ٥ ص ١٩٤ - ص ١٩٥) :
 « تشمل الوكالة على البيع والشراء لوازمهما العرفية فيها ، لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك ، وليس للبائع أن يأبى ذلك عليه .. إنما فرق بين شراء الوكيل وبين بيعه إن قال أبيع لفلان فالعهد على فلان وإن قال أشتري لفلان فالثمن على الوكيل إلا أن يقول فلان ينقدك دوني ، هو أن العهد أمرها خفيف وقد لا يحتاج إليها أبدا ، والثمن في شرائه لا بد منه وهذا قد ولى معاملته وقبض سلعته فعليه أداء ثمنها إلا أن يشترط أن الثمن على فلان . وبالعهد ما لم يعلم : أنظر هذا الإطلاق ، قال في المدونة من باع سلعة لرجل بأمره ، فإن أعلم المشتري في العقد أنها لفلان فالعهد على ربه إن ردت بعيب فعلى ربه ترد وعليه اليمين لا على الوكيل ، وإن لم يعلم أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه . وما باع الطوافون والنحاسون ومن يعلم أنه يبيع للناس فلا عهد عليهم في عيب ولا استحقاق ، والتباعدة على ربه ، ..

مذهب الشافعي :

أما م : الأصل في مذهب الشافعي بخلاف المذهبين الحنفي والمالكي ، أن الموكل هو الذي تتعلق به حقوق العقد ، كما يتعلق به حكمه فيما قدمناه . فإذا كان البيع بوكيل ، فالموكل هو الذي يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبضه . ويجوز للوكيل أن يقبض الثمن الحال إذا لم يمنعه الموكل من ذلك لأنه من مقتضيات البيع ، وفي رواية لا يجوز للوكيل أن يقبض الثمن الحال إلا إذا أذنه الموكل في ذلك . والموكل هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع . ويجوز للوكيل إذا تسلم المبيع من الموكل أن يسلمه للمشتري إذا لم يمنعه الموكل من ذلك ، لأنه من مقتضيات البيع ، وفي رواية لا يجوز للوكيل إذا تسلم المبيع أن يسلمه للمشتري إلا إذا أذنه الموكل في ذلك . والموكل هو الذي يطالبه المشتري بضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، لأن حقوق العقد تتعلق في الأصل بالموكل كما قدمنا .

وإذا كان الشراء بوكيل ، فالموكل هو الذى يطالب البائع بتسليم المبيع وهو الذى يقبضه . ويجوز للوكيل قبض المبيع وتسليم الثمن المسلم إليه ، وذلك ما لم يمنعه الموكل . والموكل هو الذى يرجع على البائع بضمان العيب إلا إذا وبضمان العيب ، وللوكيل أيضا أن يرجع على البائع بضمان العيب إلا إذا رضى الموكل بالعيب فلا يجوز للوكيل الرجوع . والموكل هو الذى يطالبه البائع بالثمن ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه . فإن دفع الوكيل الثمن رجع به على الموكل ، وإن دفعه الموكل لم يرجع على الوكيل . وهناك رأيان آخران : أحدهما أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، فلا يرجع الوكيل على الموكل إلا إذا رجع البائع على الوكيل ، حتى إذا أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن . والرأى الثانى أن الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل مثله ، فيجوز للوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع به .

وتبقى بعد ذلك ملاحظتان :

(الملاحظة الأولى) أنه يرد فى كتب فقہه الشافعى أن أحكام العقد تتعلق بالوكيل . والمقصود بأحكام العقد هنا حقوق العقد التى تتصل بتكوينه كخيار المجلس وخيار الرؤية والتقابض فى المجلس ، دون حقوق العقد التى تتصل بآثاره كالمطالبة بالثمن وتسليم المبيع والرجوع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق فإن هذه الحقوق تتعلق بالموكل لا بالوكيل كما سبق القول (قارن الأستاذ محمد يوسف موسى فى الملكية ونظرية العقد فى الفقہه الإسلامی ص ٣٧٤ — ص ٣٧٥) . جاء فى مغنى المحتاج للشربىنى (جزء ٢ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١) : « وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل . فيعتبر ، فى الرؤية ولزوم العقد بمقارنة المجلس والتقابض فى المجلس حيث يشترط كالربوى ورأس مال السلم ، الوكيل دون الموكل . لأن الوكيل هو العاقد حقيقة ، وله الفسخ بخيار المجلس وكذا بالخيار المشروط له وحده كما قاله بعض المتأخرين ،

وإن رضى الموكل ببقائه . بخلاف ما مر في المعيب من أن الموكل إذا رضى به ليس للوكيل الرد ، لأنه لدفع الضرر عن المالك ، وليس منوطا باسم المتعاقدين كما نيط به كل من الفسخ بخيار المجلس لخبر (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) وخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس ، ولأن ملكه ثم قد تم عليه بخلافه هنا . . أنظر أيضا نهاية المحتاج للملى جزء ٥ ص ٥٥ .

(الملاحظة الثانية) أن فقهاء الحنفية ، من أجل ما ذكرناه من أن حقوق العقد تتعاق بالموكل في فقه الشافعي ، يعارضون عادة مذهبهم بمذهب الشافعي في هذه المسألة ، ويوردون حجج كل من الفريقين . من ذلك ما ورد في البدائع (جزء ٦ ص ٣٣) : « وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل ، وإنما يرجع إلى الموكل . وجه قوله أن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل ، وتصرف النائب تصرف المنوب عنه . ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل ، فكذا حقوقه ، لأن الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع ، فإذا كان الأصل له فكذا التابع . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة ، فكانت حقوق العقد راجعة إليه ، كما إذا تولى الموكل بنفسه . ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلا بفعل الغير حقيقة . وهذه حقيقة مقررة بالشريعة ، قال الله عز وجل وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ، وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت . وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضا لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعا ، إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنايته وفعل المأمور مضاف إلى الأمر . »

النصوص الفقهاء :

جاء في مغنى المحتاج للشريني (جزء ٢ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) : « والأصح أن الوكيل بالبيع له قبض الثمن الحال إن لم يمنعه الموكل من قبضه ، وله تسليم المبيع إن كان مسلما إليه إن لم ينه عن تسليمه ، لأنهما من مقتضيات البيع . »

والثاني لا ، لعدم الإذن فيهما وقد يرضاه للبيع دون القبض ومحل الخلاف إذا لم يكن القبض شرطا ، فإن كان كالصرف ونحوه فله القبض والإقباض قطعا . أما إذا كان الثمن مؤجلا ولو حل ، أو حالا ونهاه عن قبضه ، لم يملك قبضه قطعا . . سكت المصنف عن حكم الوكيل بالشراء ، وهو كالوكيل بالبيع فله قبض المبيع وله تسلم الثمن إن كان مسلما إليه ولم ينه عن تسليمه . ولا يسلمه ، أي وكيل البائع ، المبيع حتى يقبض الثمن ، لما في التسليم قبله من الخطر . فإن خالف ضمن لتعديده قيمته كما قال الرافعي وقت التسليم ، وقضيته أنه لا فرق في غرم القيمة بين المثل والمتقوم وهو كذلك لأنه للحيلولة ، فإذا غرمها ثم قبض الثمن دفعه إلى الموكل واسترد المغروم . . لكل من الوكيل والموكل الرد بالعيب ، أما الموكل فلأنه المالك والضرر لاحق به ، وأما الوكيل فلأنه نائبه ولأننا لم نجوزه له لكان المالك ربما لا يرضى به فيتعذر الرد لكونه فوريا ويبقى للوكيل فيتضرر به . . ولورضى بالعيب الموكل . . لم يردده الوكيل إذ لاحظ له في الفسخ . . وإن رضى به الوكيل أو قصر في الرد رده الموكل لبقاء حقه . .

وجاء في نهاية المحتاج للمبلي (جزء ٥ ص ٥١) : « وإذا قبض الوكيل بالمبيع الثمن حيث جوزناه له وتلف في يده . . وخرج المبيع مستحقا ، رجع عليه المشتري ببطل الثمن وإن اعترف بوكالته في الأصح ، لدخوله في ضمانه بقبضه . والثاني يرجع به على الموكل وحده ، لأن الوكيل سفير محض . ثم يرجع الوكيل إذا غرم على الموكل بما غرمه ، لأنه غره . . وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح . . لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده . .

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٥٣ — ص ٣٥٤) : « فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتره ، ففي الثمن ثلاثة أوجه . أحدها أنه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه . فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه . فإن وزن الوكيل الثمن

رجع على الموكل، وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل . والثاني أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه . فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه ، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه . فإن وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بإذنه ، وإن لم يزن لم يرجع ، كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه إذا وزن رجع وإذا لم يزن لم يرجع . وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن ، وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن . والثالث أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع ، .

المذهب الحنبلي :

أما : الأصل في المذهب الحنبلي ، كما في مذهب الشافعي ، أن الموكل هو الذي تتعلق به حقوق العقد كما يتعلق به حكمه .

فإذا كان البيع بوكيل فالموكل هو الذي يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبضه . ويملك الوكيل في قول المطالبة بالثمن وقبضه ، لأنه من مقتضيات البيع . والموكل هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع ، كما يملك الوكيل تسليم المبيع للمشتري لأنه من مقتضيات البيع ولكن بشرط أن يقبض الثمن الحال . والموكل هو الذي يطالبه المشتري بضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، لأن حقوق العقد تتعلق في الأصل بالموكل كما قدمنا .

وإذا كان الشراء بوكيل ، فالموكل هو الذي يطالب البائع بتسليم المبيع وهو الذي يقبضه . ويجوز للوكيل قبض المبيع وتسليم الثمن . والموكل هو الذي يرجع على البائع بضمان العيب وبضمان الاستحقاق ، وفي رواية يجوز للوكيل أيضاً الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق . والموكل هو الذي يطالبه البائع بالثمن ، والوكيل ضامن ، فيثبت الثمن في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً . وللبائع مطالبة من شاء منهما ، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ

الموكل ، وإن أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً ، شأنهما في ذلك شأن المكفول والكفيل .

ويتبين مما تقدم أن أحكام المذهب الحنبلي في تعلق حقوق العقد بالموكل قريبة كثيراً من أحكام مذهب الشافعي التي تقدم ذكرها .

النصوص الفقهية :

جاء في المغني (جزء ٥ ص ٩٢ — ص ٩٣) : « وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه . ولم يملك الإبراء من ثمنه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يملكه . ولنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من ثمنه ، فلا يكون التوكيل في البيع توكيلاً فيه كالإبراء من غير ثمنه . وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن . فعلى هذا إن تعذر قبض الثمن من المشتري ، لم يلزم الوكيل شيء . ويحتمل أن يملك قبض الثمن ، لأنه من موجب البيع ، فملك الوكيل فيه كتسليم المبيع . فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره ، وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه . والأولى أن ينظر فيه ، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضع الثمن بترك قبض الوكيل له ، كان إذناً في قبضه . ومتى ترك قبضه كان ضامناً له ، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه ، فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعاً مفرطاً . وإن لم تدل القرينة على ذلك ، لم يكن له قبضه ... وإن وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه ، لأنه من ثمنه وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع في البيع . والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما مضى من القول فيه . فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً ، فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين . »

وجاء في نفس الكتاب (جزء ٥ ص ١٣١): « وإن كان الثمن في الذمة، فلو كيل والموكل المطالبة به، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه، ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله، فكذلك القبض. ولنا أن هذا دين للموكل يصح قبضه له، فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها. ويفارق مجلس العقد، لأن ذلك من شروط العقد فتتعلق بالعاقدة كالإيجاب والقبول. وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله، فكانت له المطالبة به. ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به، وإنما تتعلق بالموكل، وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك. فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة، فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً، وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن. وللبيع مطالبة من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإذا أبرأ الموكل برى الوكيل أيضاً كالضامن والمضمون عنه سواء ».

بر الوكيل بر أمانته في المذاهب الثلاثة :

وفي المذاهب الثلاثة المتقدمة الذكر جميعاً، يد الوكيل يد أمانة، كما هو الحكم في المذهب الحنفي على ما مر بيانه. فما قبضه الوكيل من مال لحساب الموكل، فهو أمانة في يده. ومن ثم إذا قبض الوكيل بالشراء المبيع من البائع ليسلمه إلى الموكل، أو قبض الثمن من الموكل ليدفعه إلى البائع، أو قبض الوكيل بالمبيع الثمن من المشتري ليدفعه إلى الموكل، أو قبض المبيع من الموكل ليسلمه إلى المشتري، أو قبض الوكيل بقبض الدين أو العين ما وكل في قبضه، فإن ما في يد الوكيل في كل هذه الأحوال يكون أمانة بمنزلة الوديعة، فإذا هلك بغير تعد منه هلك على الموكل، وإلا هلك عليه.

جاء في الخرشي (جزء ٦ ص ٨١ — ص ٨٢): « الوكيل غير المفوض إذا وكل على قبض حق فقال قبضته وتلف مني، فإنه يبرأ لموكله من ذلك

لأنه أمين وأما الغريم الذي عليه الدين فإنه لا يبرأ من الدين إلا إذا أقام بينة تشهد له أنه دفع الدين إلى الوكيل المذكور ، ولا تنفعه شهادة الوكيل لأنها شهادة على فعل نفسه . وإذا غرم الغريم فإنه يرجع بذلك على الوكيل ، إلا أن يتحقق تلفه من غير تفريط منه . وأما الوكيل المفوض إليه ومثله الوصى ، إذا أفر كل منهما أنه قبض الحق لموكله أو لتييمه ثم قال بعد ذلك تلف مني ، فإنه يبرأ من ذلك ، وكذلك الغريم يبرأ من الدين ولا يحتاج إلى إقامة بينة ، لأن المفوض جعل له الإقرار والوصى مثله ، وقوله تلف أى أو رددته . وللغريم تحليف الموكل على عدم العلم بدفعه إلى الوكيل وعدم وصول المال إليه . . إذا وكله على شراء سلعة ولم يدفع ثمنه فاشتراها له بما أمره ، ثم أخذ الوكيل الثمن من الموكل ليدفعه للبائع ، فضااع ، فإن ثمنها يلزم الموكل ولو ضاع مراراً ، إلى أن يصل إلى ربه . لأن الوكيل إنما اشترى السلعة على ذمة الموكل فالثمن في ذمته إلى أن يصل إلى ربه ، إلا أن يكون الموكل دفع لوكيله ثمن السلعة قبل أن يشتريها ، فإنه إذا ضاع من الوكيل لا يلزم الموكل أن يغرم الثمن ثانية ، لأنه مال بعينه لا يلزمه غيره ، سواء تلف بعد قبض السلعة أو قبله ، وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذي اشتراها به .

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٥٧) : « والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل . فإن تلف في يده من غير تفريط ، لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف . فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن » .

وجاء في المغنى (جزء ٥ ص ١٠١ - ١٢) : « وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع ، فهو أمانة في يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخير . لأنه رضى بكونه في يده ، ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه ، فأخر رده مع إمكانه ، فتلزمه ضمنه » .

موازنة بين المذاهب الأربعة فيما يتعلق بحقوق العقد :

وضح بما قدمناه أن الأصل في حقوق العقد أنها تتعلق بالوكيل في كل من المذهب الحنفى والمذهب المالكى ، وتعلق بالموكل في كل من مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى .

على أننا إذا ركزنا الموازنة في الأمر الجوهرى ، فإن أهم مسألة في تعلق الحقوق هى علاقة العاقد الآخر بالموكل ، وهل تقوم بينهما علاقة مباشرة ، وبخاصة من ناحية الحقوق التى للعاقد الآخر في ذمة الوكيل فهل يجوز للعاقد الآخر الرجوع بها مباشرة على الموكل ، أو لابد من رجوعه على الوكيل ثم يرجع الوكيل على الموكل ؟ أما الحقوق التى للوكيل في ذمة العاقد الآخر ، فامرها هين . إذ يمكن لكل من الوكيل والموكل اقتضاؤها من العاقد الآخر . فالوكيل يقتضيها في المذهب الحنفى باعتباره العاقد الأصيل فتصرف حقوق العقد له ، ويقتضيها في المذاهب الثلاثة الأخرى باعتبار أن هذه الحقوق من مقتضيات الوكالة فهى تنتم لها . ويقتضيها الموكل في المذهب الحنفى بتوكيل من الوكيل ، وفي المذهب المالكى بحكم الشرط أو العرف ، وفي مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى باعتبار الموكل أصيلا فتصرف حقوق العقد له كما ينصرف له حكمه .

تبقى إذن مسألة إمكان رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل ، وهى أهم مسألة في هذا الموضوع ، وقد اختلفت المذاهب فيها .

فأما المذهب الحنفى ، فلا يجيز رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل وإنما يرجع على الوكيل ، ويرجع الوكيل على الموكل .

وأما المذهب المالكى ، فهو أيضا لا يجيز في الأصل رجوع العاقد الآخر مباشرة على الموكل ، ويجيزه استثناء بالشرط أو العرف أو علم العاقد الآخر بالوكالة .

وأما مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي ، فالأصل فيهما جواز رجوع
العاقِد الآخر مباشرة على الموكل باعتباره أصيلاً إذ هو الذي تنصرف إليه
حقوق العقد . وفي بعض هذه الحقوق لا يستطيع العاقِد الآخر الرجوع
على الوكيل الى جانب رجوعه على الموكل ، فيحرم بذلك من الرجوع
على من اعتمده للتعامل معه ، وقد يكون اطمأن إليه هو دون الموكل ، بل
قد يكون غير عالم بوجود الوكالة أصلاً . وفي بعض آخر من حقوق العقد ،
وبخاصة في الرجوع بالثمن في حالة الشراء بوكيل ، يستطيع العاقِد الآخر ،
إلى جانب رجوعه على الموكل باعتباره أصيلاً ، أن يرجع أيضاً على الوكيل
باعتباره كفيلاً ، فلا يتوجه في هذه الحالة الاعتراض الذي أمكن أن
يتوجه في الحالة السابقة .

المطلب الثالث

تعاقِد الشخص مع نفسه

القاعدة العامة منع تعاقِد الشخص مع نفسه :

الأصل في الفقه الإسلامي ، كالأصل في القانون المصري على ما قدمنا ،
أن تعاقِد الشخص مع نفسه غير جائز .

وتعاقِد الشخص مع نفسه له صورتان كما نعلم ، فإما أن يكون من يتولى
صيغة العقد من الجانبين أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، وإما أن يكون
نائباً عن الجانبين .

فإذا كان أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، كمن وكل في بيع شيء فيبيعه
من نفسه ، لم يحز البيع ، لأن ذلك يؤدي إلى تعارض الأحكام . إذ يكون
الشخص الواحد طالباً ومطلوباً ، مسلماً وقابضاً ، مخاصماً وخصماً ، وهذا

لا يجوز . ولأن التوكيل في البيع يقتضى البيع ممن يستقضى في الثمن عليه ، والشخص في البيع من نفسه لا يستقضى في الثمن فلم يدخل هذا البيع في التوكيل ، فكأن الموكل قال لو كيله في البيع بعه من غيرك . فإذا إذن الموكل لو كيله في البيع أن يبيع من نفسه ، فلا يعتد بهذا الإذن في المذهب الحنفى ويبقى البيع غير جائز . أما في المذهب المالكي والحنبلى فإذن الموكل يجعل البيع جائزا ، وفي مذهب الشافعى روايتان أحدهما أن البيع لا يجوز حتى مع الإذن وهو المنصوص والأخرى أن البيع يجوز بالإذن . وكبيع الوكيل بالبيع من نفسه بعه من محجوره ، وكذلك بعه ممن لا تجوز شهادته له على خلاف في رأى .

وأما إذا كان نائبا عن الجانبين . فيبدو أن المذهب الحنفى يمنع هنا أيضاً تعاقد الشخص مع نفسه ، إذ أن حقوق العقد تنصرف في هذا المذهب إلى الوكيل . فتصرف إلى الوكيل بالبيع إذا كان موكلا أيضاً في الشراء حقوق متعارضة على النحو الذى سبق بيانه ^(١) . وفي المذهب المالكي يبدو أن هذا

(١) وينهـب الاستاذ محمد أبو زهرة الى هذا الرأى فيقول : « لا يصح لشخص ان يعقد عقد بيع بين شخصين ، وتقوم عبارته مقام عبارتهما . ووجهه ان العاقد في البيع وما يشبهه ترجع الحقوق اليه ، سواء اكان يعقد بالاصالة أم بالنيابة ، فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق . وهذه حقوق متقابلة ، فحق تسليم المبيع يقتضى متسلما وحق قبض الثمن يقتضى مسلما ، والشخص لا يتعلق به حقان متقابلان في زمان واحد . لان ذلك يؤدى الى ان يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما ، طالبا ومطلوبا ، وهذا محال . . ولذلك لم يجز ان يكون الشخص الواحد وكلا من الجانبين في البيع واشباهه ، ويصلح رسولا من الجانبين لان الرسول لاتلزمه الحقوق فلا يؤدى عمله الى مناقضة للمعقول وكذلك القاضى يتولى العقد من الجانبين ، لان الحقوق فلا يؤدى عمله الى مناقضة للمعقول . في الشريعة الاسلامية ص ٣٥٢ - ص ٣٥٣) . ومع ذلك يجيز الاستاذ احمد ابراهيم العقد اذا كان الوكيل « موكلا من شخص يبيع شئ معين وموكلا من اخر بشراء ذلك الشئ بعينه له » (مذكـرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامى ص ١٦٦)

اما عقد الزواج فيجوز لشخص واحد ان يتولى طرفيه ، كأن يكون وليا او وكلا عن الطرفين ، او ان يكون اصيلا او وكلا بالنسبة الى احد الطرفين مع كونه وليا أو وكلا بالنسبة —

التعاقد جائز يأذن كل من الموكلين ، قياسا على جواز بيع الوكيل من نفسه يأذن الموكل . وفي مذهب الشافعي نص على أنه إن وكل شخص وكيلا في بيع عبده ووكله آخر في شرائه لم يصح أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، إذ العقد الواحد في هذه الحالة يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح كالبيع من نفسه . وفي المذهب الحنبلي نص على أنه إن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه لأنه وكل في طرفي العقد فجاز له أن يليهما .

النصوص الفقهية :

جاء في المبسوط للرخسى (جزء ١٩ ص ٣٢) في الفقه الحنفي : « ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يحز ، وإن صرح الموكل بذلك . لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام ، فإنه يكون مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما في العيب ومخاصما ، وفيه من التضاد ما لا يخفى . ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد من لا تجوز شهادته له لم يحز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضا . ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إلا من عبده ومكاتبه . »

وجاء في الخرشي (جزء ٦ ص ٧٧ — ص ٧٨) في الفقه المالكي : « الوكيل على بيع شيء لا يجوز له أن يبيعه من نفسه ولو كان بغير محاباة ، ما لم يكن بحضرة الموكل ، وما لم يسم له الثمن ، وما لم يأذن له في البيع لنفسه ، وإلا جاز كما قاله الشيخ كريم الدين . وهو حسن في غير مسألة ما إذا سمي له الثمن ، فإن كلام ابن عرفة يفيد أن المعتمد المنع مع التسمية . وكذلك لا يجوز

للوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من محجوره من صغير وسفيه وعبد غير المأذون له ، ومثله شريكه المفاوض ، لأنه كنفسه . ومثل البيع لمن ذكر الشراء منه . ولا يمنع الوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من زوجته أو رقيقه الذي لا حجر عليه وهو المكاتب والمأذون له ، إذا كان بلا محاباة . فإن حابى فى ذلك ، بأن باع ما يساوى عشرة بخمسة مثلاً ، فإنه لا يجوز ، ويمضى البيع ، ويغرم ما حابى به ، والعبرة بالمحاباة وقت البيع . والفرق بين منع بيعه لمحجوره وجوازه لرقيقه أن المحجور لا يتصرف لنفسه وإنما الولى هو الذى يتصرف له ، فإذا باع له فكأنه باع لنفسه ، بخلاف المأذون له والمكاتب والزوجة فإنهم يستقلون بالتصرف لأنفسهم وينسب إليهم .

وجاء فى المذهب (جزء أول ص ٣٥٢) فى فقه الشافعى : « وإن وكل فى بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن ، لأن العرف فى البيع أن يوجب لغيره ، فحمل الوكالة عليه . ولأن إذن الموكل يقتضى البيع من المستقصى فى الثمن عليه ، وفى البيع لنفسه لا يستقصى فى الثمن فلم يدخل فى الإذن . وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه ؟ فيه وجهان : أحدهما يملك وهو قول أبى سعيد الأصطخرى ، لأنه يجوز أن يبيع منه ماله فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبى . والثانى لا يجوز وهو قول أبى إسحق ، لأنه منهم فى الميل إليهما كما يتهم فى الميل إلى نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل شهادته لنفسه . فإن أذن له فى البيع من نفسه ، ففيه وجهان : أحدهما يجوز ، كما يجوز أن يوكل المرأة فى طلاقها . والثانى لا يجوز وهو المنصوص ، لأنه يجتمع فى عقده غرضان متضادان الاستقصاء للهوكل والاسترخاى لنفسه فتناعى ، ويخالف الطلاق فإنه يصح بالزوج وحده فصح بمن يوكله والبيع لا يصح بالبائع وحده فلم يصح بمن يوكله . وإن وكل رجلاً فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح ، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه . وإن وكله فى خصومة رجل ووكله الرجل فى خصومته ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح لأنه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان

فلم يصح، كما لو وكله أحدهما في بيع عبده ووكله آخر في شرائه . والثاني يصح، لأنه لا يهتم في إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم . فإن وكل عبد الرجل ليشتري له نفسه أو عبداً غيره من مولاه، ففيه وجهان : أحدهما يجوز، لأنه لما جاز توكيله في الشراء من غير مولاه جاز توكيله في الشراء من مولاه . والثاني لا يجوز، لأن يد العبد كيد المولى ولهذا يحكم له بما في يد العبد كما يحكم له بما في يده، ثم لو وكل المولى في الشراء من نفسه لم يجوز فكذلك إذا وكل العبد .

وجاء في المغني (جزء ٥ ص ١٠٧ — ص ١٠٨) في الفقه الحنبلي : « من وكل في بيع شيء لم يجوز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين . وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ... ووجه الرواية الأولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليها كما لو صرح به فقال بعه غيرك ، ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجوز كما لو نهاه . والوصى كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتولية فأشبهه الوكيل ، أو متهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصى أكد من الوكيل ، لأن الوكيل يهتم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصى يهتم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه ، فكان أولى بالمنع ... وإن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد ، فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه ، لأنه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه . ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه ، لأنه تمكنه الدعوى من أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما ، ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان . وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه ، جاز له ذلك ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للوكيل وهما متضادان فمتناعا . ولنا أنه وكل في التصرف لنفسه فجاز ، كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها، ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه في محل لاتفاق التهمة

لدالاتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه ، وقد صرح ههنا بالإذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه . وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء ، قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل ، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبي .

الاستثناء بجواز تماثل الشخص مع نفسه :

وبجوز إستثناء أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين :

(الحالة الأولى) أن يبيع الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير ، ويجوز ذلك ولو بغبن يسير على الصغير لا بغبن فاحش وهذا إذا كان الولي حسن التدبير أو مستور الحال ، فإن كان سيئ التدبير فتشترط الخيرية وفسرت بأنها النفع الظاهر وقيل إنها البيع بالضعف أو الشراء بالنصف في العقار وفي المنقول البيع بزيادة الثلث أو الشراء بنقص الثلث . وإنما جاز ذلك استحساناً لو فور شفقة الأب والجد ، فيفترض أنهما لم يقدمتا على الصفقة إلا لمصلحة الصغير . والقياس المنع لتعارض المصلحة ولو جوب تعدد العاقد على ما سبق القول ، وهذا هو رأى زفر ، وفي المذهب الحنبلي الجواز للأب دون الجد .

(الحالة الثانية) أن يبيع الوصي المختار من الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير ، ولكن لا يجوز ذلك إلا إذا كان فيه نفع ظاهر للصغير ، أى تشترط الخيرية دائماً في الوصي ولا تشترط في الولي إلا إذا كان سيئ التدبير كما قدمنا . وإنما جاز ذلك إستحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن قربان مال اليتيم بما فيه نفع ظاهر له هو قربان له على وجه الأحسن فجاز . وكره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه ، فإن فعل أو أجر الوصي نفسه في عمل يقيم في حجره ، تعقبه الإمام فما كان خيراً لليتيم أمضاه .

والقياس بأبي جواز ذلك لوجوب تعدد العاقد ولتعارض المصاحبة ، وهذا قول محمد في المذهب الحنفي ، وهو مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي .

النصوص الفقهية:

جاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٣٥ - ص ١٣٦) في الفقه الحنفي :
 « لا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين في باب البيع ، إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك ، عند أصحابنا الثلاثة استحساناً . والقياس ألا يجوز ذلك ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد ، وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة ، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلباً ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال . ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة ، ويصلح رسولاً من الجانبين لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي إلى الاستحالة . وكذا القاضى يتولى العقد من الجانبين ، لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان بمنزلة الرسول . وبخلاف الوكيل في باب النكاح ، لأن الحقوق لا ترجع إليه ، فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول . وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن فيملكه الأب ، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته بما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قرباناً على وجه الأحسن بحكم الحال ، والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال لكمال شفقتة ، فكان البيع والشراء بذلك قرباناً على وجه الأحسن . وقوله يؤدي إلى الاستحالة ، قلنا ممنوع فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكماً فلا يؤدي إلى الاستحالة . وأما الوصى إذا باع مال نفسه من الصغير أو

اشترى مال الصغير من نفسه ، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع ، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد لا يجوز ، لأن القياس يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصى جميعاً لما ذكرنا من الاستحالة ، إلا أن الأب لكامل شفقتة جعل شخصه المتحد حقيقة متعدداً ذاتاً ورأياً وعبارة ، والوصى لا يساويه في الشفقة ، فبقى الأمر فيه على أصل القياس . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما أن تصرف الوصى إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الأحسن ، فيملكه بالنص . قوله لا يمكن إلحاق الوصى بالأب لقصور شفقتة ، قلنا الوصى له شبهان شبه بالأب وشبه بالوكيل ، أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالأب لكونه مرضى الأب فالظاهر أنه مارضى به إلا لو فور شفقتة على الصغير ، فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملاً بشبه الأب وقطعنا ولايته عند عدمه بشبه الوكيل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان .

وجا في الخطاب (جزء ٥ ص ٦٩ - ص ٧١) في الفقه المالكي : « وما اشترى لنفسه من رقيقهم وعقارهم فذلك نافذ ، إلا بالبخس البين فيرد كله ، ومتى قارب الأثمان مضى . وما باعه من مال ولده الصغير محابى فيه ، فإن صغرت المحاباة مضى وكان في مال الأب كالعطية ، وما عظم رد كله . . . وله البيع مطلقاً ظاهره ولو من نفسه ، وهو كذلك كما تقدم في كلام النوادر . وقال ابن سلبون وله أن يشتري مال ابنه لنفسه ، ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك عقاراً كان المال أو سواه ، إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش ، ثم قال وإن ضمن العقد أن التمن بمن مثله فحسن وإلا فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن . . . وكره مالك أن يشتري الوصى من مال اليتيم لنفسه ، فإن فعل أو أجر الوصى نفسه في عمل يتيم في حجره ، فإن فعله يتعقبه الإمام ، فما كان خيراً لليتيم أمضاه . »

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٣٠) في فقه الشافعي : « وإن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جداً جاز ذلك، لأنهما لا يتهمان في ذلك الكمال شفتقتهما . وإن كان غيرهما لم يجز ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يشتري الوصي من مال اليتيم ، ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه . »

وجاء في المغني (جزء ٥ ص ١١٢ ص ١١٣) : « الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي ، وزادوا الجد فأباً حواً له ذلك . وقال زفر لا يجوز ، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ، ولأنه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه . ولما أن هذا يلي بنفسه ، فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب يتزوج ابنته عبده الصغير والسيد يتزوج عبده أُمته . ولا نسلم ما ذكره من تتعلق حقوق العقد بالعاقدة لغيره . فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الأجنبي ، ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه لذلك جاز ، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فإن التهمة غير منتفية في حقهم . »



موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في نظرية النيابة في التعاقد

موازنة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية لنظرية النيابة في التعاقد :

الآن وقد فرغنا من نظرية النيابة في التعاقد في كل من الفقه الغربي الحديث والفقه الإسلامي ، نعقد موازنة سريعة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية لهذه النظرية .

ونبدأ بالقول بأن النيابة في كل من الفقهاء تكون إما نيابة قانونية أو نيابة قضائية أو نيابة اتفاقية ، على النحو الذي سبق أن قررناه .

وننظر بعد ذلك في وجوه الموافقة ووجوه المفارقة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية في نظرية النيابة : شروط تحقق النيابة (٢) الآثار التي تترتب على النيابة (٣) تعاقد الشخص مع نفسه .

شروط تحقق النيابة :

رأينا أن شروط تحقق النيابة في الفقه الغربي هي :

(١) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

(٢) في الحدود المرسومة للنيابة

(٣) مع تعامل النائب باسم الأصيل .

فلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذي يخضع على النيابة سميتها الخاصة ، فمذهبه إرادة شخص ينصرف أثرها إلى شخص آخر . والفقه الإسلامي في هذا متفق مع الفقه الغربي ، ففيه أن العقد يتم بعارة النائب وهو العاقد ، وحكم العقد بل وحقوقه في بعض المذاهب تنصرف إلى الأصيل . وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذي يميز بين النائب والرسول في الفقه الغربي . والفقه الإسلامي هنا أيضا يتفق مع الفقه الغربي ، فهو يميز تمييزا واضحا بين النائب والرسول . فالرسول لا عمل له الا نقل عبارة المرسل ، وهي تنتقل إما بالخطاب وإما بالكتاب وإما بالرسالة ، والعقد بالرسالة يتم بعارة المرسل لا بعارة الرسول . ومن ثم لم يشترط في الرسول التمييز إذا كان قادرا قدرة مادية على نقل الرسالة ، ولا يعتد في عيوب الإرادة بإرادته هو بل بإرادة المرسل . وهذا بخلاف النائب ، فالعقد يتم بعارته لا بعارة الأصيل كما قدمنا ، ويشترط فيه التمييز حتى يكون أهلا لصدور العبارة منه ، ويعتد في عيوب الإرادة بإرادته

وفي ائمة بنيتة . وفي هذا كله يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي . كذلك يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي في أن العبرة بأهلية الأصل لا بأهلية النائب ، فيجب أن يكون الأصل وقت تعاقد النائب متوافرا على الأهلية اللازمة للعقد الذي باشره النائب . ويزيد الفقه الإسلامي أن الموكل يجب أيضا أن يكون متوافرا فيه أهلية العقد وقت صدور الوكالة منه ، فتوافر الأهلية فيه شرط بقاء .

ويجب أن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنياحة . فإذا جاوز النائب هذه الحدود المرسومة ، لم يكن عمله نافذا في حق الأصل إلا إذا كان هذا يحيزه . والإجازة تصرف قانوني صادر من جانب واحد وله أثر رجعي ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . على أنه قد يجاوز النائب حدود النياحة دون علم منه ، في حالي عزله أو موت الأصل دون أن يعلم بالعزل أو بالموت ، فيكون عمله نافذا في حق الأصل أو ورثته . ويتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي في ذلك ، مع خلاف في الرأي فيما يتعلق بعلم النائب بعزله أو بموت الأصل وقد مر بيان ذلك .

ويجب أن يتعامل النائب باسم الأصل . فإذا تعامل باسمه الشخصي ، ففي الفقه الغربي تجرى أحكام النظام المعروف بالاسم المستعار ، فتصرف آثار العقد الذي باشره الوكيل إلى شخصه هو لا إلى شخص الموكل ، وعليه بعد ذلك أن ينقل هذه الآثار إلى الموكل بعقد جديد . أما الفقه الإسلامي فالأصل فيه أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل . ولكن لا مانع مع ذلك من أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل ، بل إن هذا واجب عليه في الإسقاطات وفي العقود التي لا تتم إلا بالقبض . فإذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل كانت النياحة كاملة في الفقه الإسلامي ، كما تكون في الفقه الغربي . وحتى إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإن النياحة في الفقه الإسلامي تبقى قائمة ، بينما هي تختفي في نظام الاسم المستعار المعروف في الفقه الغربي .

الآثار التي تترتب على النيابة :

هنا يجب التمييز بين ما إذا كان النائب يعمل باسم الأصيل أو يعمل باسمه الشخصي ، أو كما يقال في الفقه الإسلامي بين ما إذا كان الوكيل قد أضاف العقد إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه .

ففي الحالة الأولى تكون النيابة كاملة في الفقه الغربي ، إذ يختفي شخص النائب ، وتقوم العلاقة مباشرة بين الأصيل والعاقِد الآخر . فيكسب الأصيل الحقوق المتولدة من العقد الذي باشره النائب ، وتترتب في ذمته الالتزامات التي أنشأها هذا العقد ، فيطالب العاقِد الآخر رأساً بهذه الحقوق ويطالبه العاقِد الآخر رأساً بهذه الالتزامات . وهذا هو أيضاً شأن الفقه الإسلامي ، لم يقصر عن إدراك مدى النيابة كاملاً في هذه الحالة ، ولم يتخلف عن الفقه الغربي خطوة واحدة . فإن الوكيل في الفقه الإسلامي ، إذا أضاف العقد إلى موكله ، انصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل لا إلى الوكيل ، وكانت النيابة كاملة . ومن ثم يختفي شخص الوكيل وتصبح العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقِد الآخر ، ويرجع الموكل على العاقِد الآخر رأساً بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العاقِد الآخر على الموكل رأساً بما كسبه هو أيضاً من هذه الحقوق . لا فرق في كل ذلك بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي الحديث ، فليس هناك شك في أن الفقه الإسلامي قد وصل بنظرية النيابة إلى أبعد مدى وصل إليه الفقه الغربي الحديث .

وفي الحالة الثانية إذا عمل النائب باسمه الشخصي لا باسم الأصيل ، أو كما يقول الفقه الإسلامي إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فقد رأينا الفقه الغربي يقف بالنيابة عند حدود لا يجاوزها . فالأصل عنده في هذه الحالة أن آثار العقد تنصرف إلى شخص الوكيل لا إلى شخص الموكل ، ومن ثم تنتفي النيابة فلا يكون الوكيل نائباً عن الموكل في تعاقد مع الغير . وتكون الوكالة هنا خالية من النيابة ، وهذا ما يعرف بنظام الاسم المستعار كما سبق

القول . على أن الفقه الغربى فى هذه الحالة اعترف بالنيابة فى فرضين استثنائيين : إذا كان العاقد الآخر يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بوجود الوكالة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصل . فى هذين الفرضين ينصرف أثر العقد إلى الموكل ، وتقوم العلاقة مباشرة بينه وبين العاقد الآخر ، وهذا بالرغم من أن الوكيل قد عمل باسمه الشخصى . أما فى الفقه الإسلامى ، إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فإن النيابة تبقى بالرغم من ذلك قائمة ، وقد أجمعت المذاهب الأربعة على أن حكم العقد فى هذه الحالة ينصرف إلى الموكل لا إلى الوكيل . وفى هذا يتقدم الفقه الإسلامى على الفقه الغربى تقدما ملحوظا ، فقد خطأ خطوة لم يخطها لا الفقه الرومانى ولا الفقه الغربى الحديث . أما حقوق العقد فقد اختلفت مذاهب الفقه الإسلامى فى شأنها كما قدمنا ، فى المذهب الحنفى تنصرف هذه الحقوق إلى الوكيل لا إلى الموكل ، وفى المذهب المالكى تنصرف إلى الوكيل أيضا إلا إذا اشترط هذا انصرافها إلى الموكل أو كان العاقد الآخر يعلم بوجود الوكالة ، وفى مذهب الشافعى والمذهب الحنبلى تنصرف إلى الموكل لا إلى الوكيل . فوصلت النيابة فى هذين المذهبين الآخرين إلى أبعد مدى يتصور ، بل لعلها تجاوزت الحد المأمون كما سيجىء .

تعاقد الشخص مع نفسه :

فى القانون المصرى الأصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه ، وهذا هو الأصل أيضا فى الفقه الإسلامى . فلا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه ، سواء بصفته أصيلا عن أحد الجانبين ونائبا عن الجانب الآخر ، أو بصفته نائبا عن الجانبين . والأسباب واحدة فى الفقهاء ، فهى وحدة الإرادة وتعارض المصلحة وخروج تعاقد النائب مع نفسه عن حدود نيابته . ومن ثم جاز فى التقنين المصرى هذا التعاقد إذا كان بترخيص سابق أو بإذن

لاحق من الاصيل . واختلفت مذاهب الفقه الإسلامى فى جواز تعاقد الوكيل مع نفسه بإذن الموكل ، فالحنفية لا يجيزون هذا التعاقد ولو بإذن الموكل ، وعند الشافعية رواية بعدم الجواز ورواية أخرى بالجواز ، والمالكية والحنابلة يجيزون تعاقد الوكيل مع نفسه بإذن الموكل متفقين فى ذلك مع التقنين المدنى المصرى على ما قدمنا .

ويستثنى من منع تعاقد الشخص مع نفسه فى القانون المصرى أن يتعاقد الأب أو الجد مع الصغير بشروط تقدم ذكرها . وفى الفقه الإسلامى يجوز كذلك تعاقد الأب أو الجد أو الوصى المختار من كليهما مع الصغير على التفصيل الذى سبق إirاده ، بل ان القانون المصرى قد استلهم الاستثناء الذى قال به من الفقه الإسلامى بالذات .

تقرير موقف الفقه الإسلامى من نظرية النيابة فى التعافر :

وبعد هذه الموازنة السريعة بين الفقهاء ، يمكن تقدير موقف الفقه الإسلامى من نظرية النيابة فى التعاقد على الوجه الآتى :

أولاً — أحسن الفقه الإسلامى كل الإحسان فى صرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل إذا أضيف العقد إليه . فهذه نيابة كاملة ، سبق فيها الفقه الإسلامى الفقه الرومانى وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها إلى النيابة ، وضاهى الفقه الإسلامى فيها الفقه الغربى الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة .

ثانياً — وأحسن الفقه الإسلامى أيضاً كل الإحسان فى صرف حكم العقد إلى الموكل حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، فهذه خطوة تقدم بها الفقه الإسلامى على الفقه الغربى الحديث . ففي هذا الفقه الأخير ، إذا تعامل الوكيل باسمه الشخصى ، ولم يكن العاقد الآخر يعلم بوجود الوكالة ولا يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل ، فإن حكم العقد ينصرف

إلى الوكيل لا إلى الموكل ، وذلك في غير ضرورة . نقول في غير ضرورة ، لأن الفقه الإسلامي قد قضى حاجة الضرورة في صرف حقوق العقد في بعض مذاهبه إلى الوكيل دون الموكل ، وحقوق العقد هي التي تعني العاقد الآخر الذي تعامل مع الوكيل معتقداً أنه يتعامل مع أصيل في التعاقد . فتي انصرفت هذه الحقوق إلى الوكيل فقد استقر التعامل ، ولم تعد هناك حاجة إلى صرف الحكم أيضاً إلى الوكيل ثم ينقله الوكيل بعد ذلك إلى الموكل بعقد جديد كما يفعل الفقه الغربي . والسديد هو الذي فعله الفقه الإسلامي ، فقد صرف حكم العقد رأساً إلى الموكل . فسبق بذلك الفقه الروماني الذي كان لا يعترف بالنيابة في هذه الحالة إلا في المديونية دون الدائنية ، بل سبق أيضاً الفقه الغربي الحديث على النحو الذي سبق بيانه .

ثالثاً — أما حقوق العقد ، حين يضيف الوكيل العقد إلى نفسه ، فقد اختلفت في شأنها مذاهب الفقه الإسلامي كما سبق القول . فالمذهب الحنفي يعن في الحذر ، ويصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل لأن الوكيل هو الذي تعامل معه العاقد الآخر . فهذا المذهب يفرض دائماً أن العاقد الآخر إنما أراد التعامل مع الوكيل دون الموكل ما دام الوكيل قد أضاف العقد إلى نفسه ، غير ملق بالا إلى احتمال أن يكون العاقد الآخر قد علم بوجود الوكالة وارتضى التعامل مع الموكل دون الوكيل ، بل غير مفسح مجالاً للوكيل في أن يصرح للعاقد الآخر ببراءته من حقوق العقد فتتصرف هذه الحقوق إلى الموكل مادام العاقد الآخر قد ارتضى هذا التصريح . فإضافة الوكيل العقد إلى نفسه في المذهب الحنفي وضع مادي ، ينتج أثره القانوني مجرداعما يحيطه من ملابسات ذاتية . وعلى النقيض من المذهب الحنفي الذي يعن في الحذر ، يعن مذهب الشافعي والمذهب الحنبلي في الترخص . فهما يرجعان حقوق العقد إلى الموكل ، دون أن يتحوطا لاحتمال أن يكون العاقد الآخر غير عالم بالوكالة وقد اعتمد على شخص الوكيل ، وذلك فيما عدا الرجوع بالثمن فقد جعلاه فيه الموكل أصيلاً والوكيل كفيلاً كما مر القول .

والمذهب الذى ترخص بقدر ما تحوط ، فكان مذهباً عملياً سديداً ، هو المذهب المالكي . فقد صرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل ، فأرضى بذلك جانب التحوط حتى لا يفاجأ العاقد الآخر بمعاملة مع الموكل وهو شخص لم يعرفه وقد لا يطمئن إلى التعامل معه . ولكنه استثناء صرف هذه الحقوق إلى الموكل إذا صرح الوكيل بالبراءة منها أو إذا علم العاقد الآخر بوجود الوكالة ، فأرضى بذلك جانب الترخص . وهذه هي الغاية في السداد .

فهرس

الباب الثاني

آثار العقد

الفصل الأول

الصفحة

٦	آثار العقد بالنسبة الى الاشخاص
٦	الفرع الاول : العاقد أصيل بنفسه
٦	المبحث الأول : الفقه الغربي
٧	المطلب الاول : الخلف العام والخلف الخاص
٨	§ ١ - الخلف العام :
٨	انصراف أثر العقد الى الخلف العام
	استثناءات لاينصرف فيها العقد الى الخلف العام مع
٩	بقائه خلفا
	استثناءات لاينصرف فيها العقد الى الخلف العام
١٠	لانه أصبح من الغير
١٢	§ ٢ - الخلف الخاص :
١٢	تحديد منطقة الخلف الخاص
١٤	متى ينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص
١٥	الحقوق المكملة للشيء
١٦	الالتزامات المحددة للشيء
	وجوب علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات حتى
١٨	تنتقل اليه
١٨	المطلب الثاني : الدائنون :
١٨	كيف ينصرف الى الدائن أثر العقد الذي يبرمه المدين
٢٠	متى يعتبر الدائن غيرا في تصرفات المدين
٢١	§ ١ - الدعوى البولصية :
٢١	الاساس الذي قامت عليه الدعوى البوليصية
٢٢	١ - شروط الدعوى البولصية :

صفحة

- ٢٢ أولا - الشروط التي ترجع الى الدائن :
يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق
الاداء
- ٢٢ ثانيا - الشروط التي ترجع الى التصرف المطعون
فيه :
- ٢٣ تصرف قانوني
- ٢٤ تصرف مفقر
- ٢٥ تصرف تال في الوجود لحق الدائن
- ٢٦ ثالثا - الشروط التي ترجع الى المدين :
- ٢٧ الاعسار
- ٢٩ الفش والتواطؤ
- ٣١ ب - الاثار التي تترتب على الدعوى البولصية :
- ٣١ أولا - أثر الدعوى البولصية بالنسبة الى الدائن :
- ٣١ عدم مضي الدائن في الدعوى اذا استوفى حقه
- ٣١ عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن
- ٣٣ استفادة جميع الدائنين
- ثانيا - أثر الدعوى البولصية بالنسبة الى المدين
- ٣٣ ومن تصرف له المدين :
- ٣٣ بقاء التصرف المطعون فيه قائما
- تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ نفاذه في
حق الدائن
- ٣٤ ٢ - الاعسار :
- ٣٥ تمهيد
- ٣٩ ١ - شهر حالة الاعسار :
- ٣٩ متى يجوز شهر الاعسار
- ٤٠ سلطة المحكمة التقديرية في شهر الاعسار
- ٤٠ من يطلب شهر الاعسار
- ٤١ اجراءات دعوى الاعسار
- ٤٢ ب - الاثار التي تترتب على حالة الاعسار :
- ٤٢ بالنسبة الى المدين
- ٤٣ بالنسبة الى الدائن
- ٤٤ ج - انتهاء حالة الاعسار :
- ٤٤ كيف تنتهى حالة الاعسار
- ٤٥ ما يترتب على زوال حالة الاعسار

صفحة

- ٤٦ المطلب الثالث : الغير :
 ٤٦ من هو الغير
 ٤٧ لايسرى العقد في حق الغير
 ٤٧ التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير
 ٤٨ ١ - التعهد عن الغير :
 ٤٨ الصور العملية للتعهد عن الغير
 ٤٩ للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه
 ٤٩ قبول الغير للتعهد
 ٥٠ رفض الغير للتعهد
 ٥١ ٢ - الاشتراط لمصلحة الغير :
 كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير -
 ٥١ تطبيقاتها العملية
 ٥٤ شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
 ٥٦ احكام الاشتراط لمصلحة الغير

المبحث الثاني : آثار العقد بالنسبة الى الاشخاص في الفقه الاسلامي :

- ٦٠ انصراف أثر العقد الى العاقد
 ٦١ المطلب الاول : الخلف العام والخلف الخاص :
 ٦٢ ١ - الخلف العام :
 التمييز بين الحقوق الناشئة من العقد والديون المترتبة
 ٦٢ على العقد
 ٦٣ أ - حقوق التركة :
 انتقال الحقوق الناشئة من العقد من المورث الى
 ٦٣ الوارث
 ٦٥ الاستثناءات : ما لا ينتقل من الحقوق الى الوارث :
 ٦٥ الحقوق غير المالية
 ٦٦ الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث
 ٦٩ الحقوق المالية التي تتصل بمشئ المورث لا بماله
 ٨٠ موقف الفقه الاسلامي من انتقال الحقوق والديون
 ٨٢ ب - ديون التركة :
 عدم انتقال الديون المترتبة على العقد من المورث
 الى الوارث
 ٨٢ متى تنتقل ملكية أعيان التركة الى الورثة
 ٨٥ تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين :
 ٨٧ المذهب المالكي

صفحة

٩٠	مذهب الشافعى
٩١	المذهب الحنبلى
٩١	المذهب الحنفى
٩٣	مايخلص من اختلاف الرأى فى هذه المسألة
	انتقال التركية المدينة الى الورثة فى التقنين المدنى
٩٤	المصرى
١١٣	نظام تصفية التركية فى التقنين المدنى المصرى الجديد
١١٨	ج - الموصى له بجزء من مجموع التركية :
	حكم الموصى له بجزء من مجموع التركية هو حكم
١١٨	الوارث
١١٩	تطبيق عملى
١٢٠	§ ٢ - الخلف الخاص :
١٢٠	الموصى له بعين معينة
١٢٢	المشتري لعين معينة
١٢٣	المطلب الثانى : الدائنون :
١٢٣	الاصل أن ينصرف الى الدائن أثر العقد الذى يبرمه المدين
١٢٤	متى يصبح الدائن غيرا فى تصرفات المدين
١٢٥	§ ١ - الحجر على المدين المفلس :
١٢٥	المذهب الحنفى :
١٢٥	كيف يتم الحجر
١٢٧	مايترتب على الحجر
١٣٣	المذهب المالكى :
١٣٣	كيف يتم الحجر
١٣٥	مايترتب على الحجر :
١٣٦	الحجر على المدين ومنعه من التصرف فى ماله
١٣٧	بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الفرء بالمحاصة
١٤٣	حلول الديون المؤجلة
١٤٤	استرداد البائع لعين المبيع
١٤٦	مذهب الشافعى :
١٤٦	كيف يتم الحجر
١٤٩	مايترتب على الحجر :
١٤٩	منع المدين من التصرف فى ماله
١٥٢	بيع مال المدين وقسمته - عدم حلول الديون المؤجلة
١٥٥	استرداد البائع لعين المبيع

صفحة

- المذهب الحنبلي : ١٥٨
- كيف يتم الحجر ١٥٨
- ما يترتب على الحجر : ١٦٠
- منع المدين من التصرف في ماله ١٦٠
- بيع مال المدين وقسمته - عدم حلول الديون المؤجلة ١٦٢
- استرداد البائع لعين المبيع ١٦٦
- مقارنة فيما بين المذاهب الاربعة في الحجر على المدين
- المفلس : ١٦٨
- كيف يتم الحجر ١٦٩
- ما يترتب على الحجر ١٦٩
- مقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي في الاعسار: ١٧٢
- الحجر على المدين المفلس في التقنين المدني العراقي ١٧٤
- ٢ - عدم سريان تصرف المدين الضار بحق الدائن ١٨٠
- في غير مذهب مالك تسرى تصرفات المدين الى أن
- يحجر عليه ١٨٠
- تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله قبل
- الحجر عليه في مذهب مالك : ١٨١
- حالتان تسبقان حالة التفليس الخاص : ١٨١
- احاطة الدين بمال المدين ١٨٣
- التفليس العام ١٨٨
- الفقه المالكي يشتمل على الاسس التي تقوم عليها
- الدعوى البوليصة ١٩٢
- المطلب الثالث : الغير : ١٩٢
- في الفقه الاسلامي لا يسرى العقد في حق الغير ١٩٢
- كيف يواجه التعهد عن الغير في الفقه الاسلامي ١٩٣
- كيف يواجه الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامي ١٩٥
- الفرع الثاني : العاقد نائب عن غيره** ١٩٦
- المبحث الاول : النيابة في التعاقد في الفقه الغربي :** ١٩٦
- التطور التاريخي للنيابة في التعاقد ١٩٦
- مصادر النيابة ٢٠١
- المطلب الاول : شروط تحقق النيابة : ٢٠٢
- ١ - حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل : ٢٠٢
- النائب يعبر عن ارادته هو لاعن ارادة الاصيل -
- النائب والرسول ٢٠٣

- ٢٠٧ العبرة بارادة النائب وبنيته
٢٠٨ ولكن الاهلية ينظر فيها للاصيل
٢٠٩ ٢ - استعمال النائب ارادته في الحدود المرسومة للنيابة :
٢٠٩ مجاوزة النائب لحدود النيابة
٢١٠ اقرار الاصيل لهذه المجاوزة
٢١١ ٣ - تعامل النائب باسم الاصيل :
٢١١ يجب أن يتعامل النائب باسم الاصيل
٢١١ تعامل النائب باسمه الشخصى - الاسم المستعار أو
٢١٢ المسخر
المطلب الثانى : آثار النيابة :
٢١٣ العلاقة فيما بين النائب والغير
٢١٤ العلاقة فيما بين النائب والاصيل
٢١٤ العلاقة فيما بين الاصيل والغير
٢١٥ المطلب الثالث : تعاقد الشخص مع نفسه :
٢١٥ تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية الفنية
٢١٥ موقف الشرائع من تعاقد الشخص مع نفسه
٢١٦ تعاقد الشخص مع نفسه فى التقنين المدنى المصرى
والتقنينات المدنية العربية
٢١٩ المبحث الثانى : النيابة فى التعاقد فى الفقه الاسلامى
المطلب الاول : مصادر النيابة فى التعاقد :
٢١٩ التمييز بين الرسول والنائب
٢٢١ النيابة القانونية والقضائية والاتفاقية
٢٢٢ الوكالة
المطلب الثانى : أحكام النيابة فى التعاقد
٢٢٧ تمييزان جوهريان فى هذا الموضوع
٢٢٧ صور مختلفة فى اضافة العقد
٢٣١ ١ - النائب يضيف العقد الى الاصيل
الطائفة الاولى من العقود التى تجب اضافتها الى
٢٣١ الاصيل : الاسقاطات
الطائفة الثانية من العقود التى تجب اضافتها الى
٢٣٤ الاصيل : العقود التى لاتثبت ألا بالقبض
غير ماتقدم من العقود تجوز فيه الاضافة الى الموكل
٢٣٩ - مايرتب على هذه الاضافة :
٢٤٠ المذهب الحنفى

صفحة

- ٢٤٥ مذهب الشافعي
- ٢٤٦ المذهب المالكي والحنبلي
- ٢٤٧ اقرار الفقه الاسلامي للنيابة كاملة - تقدمه في اضافة العقد للموكل على الفقه الروماني ومحاكماته للفقه الغربي الحديث
- ٢٥٠ ٢٨ - النائب يضيف العقد الى نفسه :
- ٢٥٠ حكم العقد ينصرف الى الاصيل وحقوق العقد تبقى للنائب
- ٢٥٠ ١ - حكم العقد ينصرف الى الاصيل :
- ٢٥٠ اجماع المذاهب على أن حكم العقد ينصرف الى الاصيل
- ٢٥٠ كيف يفسر الفقه الاسلامي انصراف حكم العقد الى الاصيل
- ٢٥٢ انصرف حكم العقد الى الاصيل انما يكون في الحدود المرسومة للنيابة
- ٢٦٠ ب - الى من تنصرف حقوق العقد اذا أضاف النائب العقد الى نفسه
- ٢٦٣ أولا - المذهب الحنفي
- ٢٦٣ ١ - تنصرف حقوق العقد الى الوكيل :
- ٢٦٣ ماهي حقوق العقد التي تنصرف الى الوكيل وكيف تقوم العلاقة ما بين الوكيل والموكل :
- ٢٦٤ حقوق العقد التي ترجع الى الثمن
- ٢٦٨ حقوق العقد التي ترجع الى المبيع
- ٢٧٠ كيف تقوم العلاقة بين الوكيل والموكل
- ٢٧٣ ب - الحكمة في انصراف حقوق العقد الى الوكيل :
- ٢٧٣ اعتبار فني واعتبار عملي
- ٢٧٦ شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل باطل
- ٢٧٧ يرجع العاقد الاخر على الوكيل اجبارا
- ٢٧٨ لا تنصرف حقوق العقد الى النائب اذا كان محجورا
- ٢٨٢ تنصرف حقوق العقد الى النائب اذا كان الاصيل محجورا
- ٢٨٣ جواز قيام علاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الاخر
- ٢٨٤ ثانيا - المذاهب الثلاثة الاخرى غير المذهب الحنفي :
- ٢٨٤ المذهب المالكي :
- ٢٨٤ أحكامه

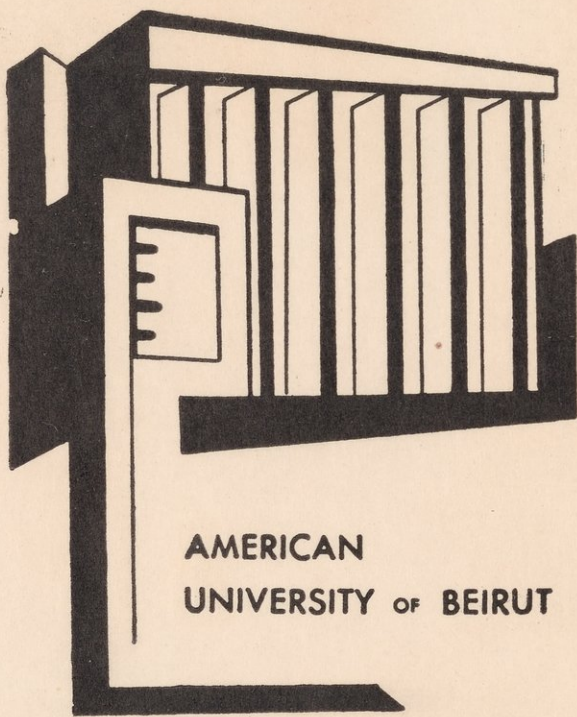
صفحة

٢٨٥	النصوص الفهية
٢٨٨	مذهب الشافعي :
٢٨٨	أحكامه
٢٩٤	النصوص الفقهية
٢٩٢	المذهب الحنبلي :
٢٩٢	أحكامه
٢٩٣	النصوص الفقهية
٢٩٤	يد الوكيل يد أمانة في المذاهب الثلاثة
	موازنة بين المذاهب الاربعة فيمن تتعلق به حقوق
٢٩٦	العقد
٢٩٧	المطلب الثالث - تعاقد الشخص مع نفسه :
٢٩٧	القاعدة العامة منع تعاقد الشخص مع نفسه
٢٩٩	النصوص الفقهية
٣٠٢	الاستثناء جواز تعاقد الشخص مع نفسه
٣٠٣	النصوص الفقهية



٣٠٥	موازنة بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي في نظرية النيابة في التعاقد
٣٠٥	موازنة بين الفقهاء في المسائل الرئيسية لنظرية النيابة في التعاقد :
٣٠٦	شروط تحقق النيابة
٣٠٨	الآثار التي تترتب على النيابة
٣٠٩	تعاقد الشخص مع نفسه
٣١٠	تقدير موقف الفقه الاسلامي من نظرية النيابة في التعاقد

تجليد صالح الدقر
تلفون ٢٢٩٠٧



AMERICAN
UNIVERSITY OF BEIRUT

349.2 97
Sa 22 mA
v. 5