بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون

الوفاء بالدين

بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى التجارى

بحث تأليف

دكتور/ محمود أحمد فتحى ناصف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ ـ ماهيه مقابل الوفاء:

تمهيد /

لايمكن أن يكلف الشخص أحداً بالقيام بالوفاء بالدين مالم توجد علاقة سابقة بينه وبين المكلف تدفعه إلى أن يوجه له هذا الأمر بالوفاء (١) .

كما أنه قد جرى العرف فى أسواق إيطاليا فى القرون الوسطى

ـ أن يخصم المسحوب عليه جزءا (٢) من قابل الوفاء كعموله له Commission agio

كما جرى العرف فى أيامنا هذه ـ أن يخصم المسحوب عليه مثل هذا الجزء نظير هذه المخاطرة ، وبعد هذا يلزم أن نعرف ، ماهو مقابل الوفاء ، وماهى شروطه وما أهلية من يقوم بالوفاء .

ـ ماهية مقابل الوفاء (٣) .

LAVIOVISION

تعريفه /

هو عبارة عن الدين الذى للساحب فى ذمة المسحوب عليه ،

---

١ ـ د / عمر القاضى ـ ضمانات الوفاء بالكمبيالة مقارنة بين الشريعة والقانون ـ ص ٩٧

٢ ـ وعادة يكون هذا الجزء ثلث فى المائة

٣ ـ يعدأول من استخدم اصطلاح مقابل الوفاء بالمعنى الحديث من الكتاب الفرنسيون Savary وهذا فى القرن السابع عشر .

ـ أنظر الدكتور / حسن شفيق ـ القانون التجارى المصرى ـ ص ٥٥٩

يلتزم هذا الاخير بدفع قيمة الصك بناء على أمر الساحب (١) ، لحامله في ميعاده .

وهذا التعريف يكاد يتشابه مع نص المادة ١١١ من القانون التجارى المصرى بنصه على ما يلى /

أن « مقابل الوفاء يعد موجوداً إذا حل دفع الكمبيالة ، وكان المسحوب عليه مدينا للساحب أو المسحوب على ذمته بمبلغ مستحق الطلب متساويا لأقل لمبلغ الكمبيالة »

ونص المادة ١١١ من التقنين التجارى المصرى متشابة مع نص المادة ١١٦ من القانون التجارى الفرنسى (٢) وقد اثارت — المادة ١١٦ من التقنين الفرنسى الجدل حول كون المشرع خص النقود بالذكر مما يعنى أن الوظيفة الاساسية للكمبيالة أعتبرت كعقد صرف وهذا ما اشترطه المشرع المصرى فى نصه فى المادة ١١١

---

١ — الدكتور / على يونس — الأوراق التجارية — سنة ١٩٦٥ — ص ٢٩٣
— دكتور حسن رسمى سليم — الموجز فى شرح القانون التجارى — المصرى — سنة ١٩٥٠ — ص ١٤٧
— د / على جمال الدين عوض — القانون التجارى — سنه ١٩٧٥ ص ٢٧٤
— وقد أستخدم التقنين الفرنسى الصادر — سنة ١٦٧٣ مقابل الوفاء بهذا المعنى

٢ — بنصها على أنه

« يعد مقابل الوفاء موجود اذا كان المسحوب عليه فى ميعاد استحقاق الكمبيالة مدينا للساحب ، أو للأمر بالسحب بمبلغ من النقود يساوى بالأقل من مبلغ الكمبيالة »

من التقنين (١) ، وهذا ماجرى عليه العمل فى القضاء المصرى (٢) .

ومن الأمـــور ذات الأهمية ، والتى يلزم توضيحها أن مقابل الوفاء فى الكمبيالة كورقة تجارية ليست شرطا لوجودها ، وإنما قد يحدث أن مقابل الوفاء قد يوجد قبل وجود الكمبيالة ، أو بعد وجودها ، وأنما الأهم هو وجوده قبل تاريخ الاستحقاق ، وقـــد لايتوافر مقابل الوفاء ، ولايؤدى هذا إلى إهـــدار صحة الكمبيالة .

ب / شروط مقابل الوفاء ـ

ان وجود مقابل الوفاء مقرون بعدة شروط (١) نجملها فيما يلى ثم نعود إلى تفصيلها

١ ـ أن يكون دينا نقديا فى ذمة المسحوب عليه

٢ ـ أن يكون الدين موجودا وقت الاستحقاق

٣ ـ أن يكون مقابل الوفاء (حال الاداء محقق الوجود ومعين المقدار)

٤ ـ أن يكون مقابل الوفاء مساويا بالأقل لمبلغها .

وستناول هـــذه الشروط بشىء من الايضـــاح

---

١ ـ أنظر ـ الدكتور / على جمال الدين عوض ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٤ وما بعـــدها

٢ ـ أنظر حكم محكمة استئناف بقـــولها

« قبـــول الكمبيـــالة يؤخـــذ منـــه وجود مقابل وفائها عنـــد القابل ، وعلى ذلك إذا ادعى القابل عنـــد رجـــوعه على صاحب الـــكمبيالة بما دفعه عنه ـ اذا لم يكن هناك مقابل وقت قبـــوله الـــكمبيالة فعليه اثبات ذلك »

ـ محكمـــة الاستئنـــاف فى ١١ / ٦ / ١٩٠١ ـ المجموعـــة الرسميـــه ـ الفهرست العشرية الأولى ـ ص ٥٠ رقم ٤١)

٣ ـ انظر ـ د/ على جمال الدين عوض ـ القانون التجارى سنة ١٩٧٥ ـ ص ٣٧٥ ـ د / محمد حسنى عباس ـ الأوراق التجارية فى القانون المصرى سنة ٦٧ ـ ص ٢٩١

أولا / أن يكون مقابل الوفاء دينا نقديا ـ

وهذا الشرط قد اشترطه المشرع المصرى فى المادة تجارى بقوله « يعد » مقابل الوفاء موجودا إذا حل ميعاد دفع الكمبيالة ، وكان المسحوب عليه مديناً للساحب أو المسحوب على ذمته بمبلغ » (١) .

وان كان المشرع المصرى لم يطلق على عمومه ـ بل خصصه بنص المادة ١١٥ ـ التى أجازت أن يكون مقابل الوفاء أعيانا أو بضائع أو أوراقا ذات قيمة مالية ، ولذا فرقت فى المعاملة فى حالة الافلاس ، وهذا التفريق ليس له مثيل فى التشريع الفرنسى .

أما إذا كان للساحب لدى المسحوب عليه بضائع قد سلمها ، له على سبيل التمليك أنصب مقابل الوفاء على ثمن البضائع (٢) لا على البضائع بذاتها (٣) وخلاصة القول أن مقابل الوفاء مثلا فى الكمبيالة ، لا يكون إلا مبلغا نقديا ، وقد يكون مصحوبا بغطاء من البضائع ، أو الاعيان ، أو أوراق ذات قيمة ، ويلزم عدم الخلط بين مقابل الوفاء وغطائه COUVERTURE

فمقابل الوفاء حتما لا يكون إلا مبلغا من النقود ، وقد يكون بضائع ، أو أعيان قصد تحويلها وصهرها إلى مبالغ نقدية إذن مقابل الوفاء أصلا ومائلا مبلغا نقديا ،

---

١ ـ انظر نص المادة ١١٦ من القانون التجارى الفرنسى بقولها « يعد مقابل الوفاء موجودا إذا كان المسحوب عليه فى ميعاد ـ إستحقاق الكمبيالة ـ مديناً للساحب أو للآمر بالسحب بمبلغ من النقود يساوى بالأقل مبلغ الكمبيالة » ـ ويفهم من هذا أن مقابل الوفاء يلزم أن يكون مبلغا من النقود وان كان هذا الأمر ، قد أثار خلافا وأستطيع أن أقول أن الغالب أن يكون مبلغا نقديا ،

٢ ـ أستئناف مختلط ـ ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ ، بلتان ٢٢ ، ٨٢

٣ ـ د / محسن شفيق ـ القانون التجارى المصرى ـ الاوراق ـ التجارية مطبعة معهد دون بوسكو بالاسكندرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٥٤ ـ ص ٥٦٢

ولا بعد من وجود مقابل الوفاء فى ذمة المسحوب عليه وقت الاستحقاق (١) ،

ثانيا / أن يكون الدين موجودا وقت الاستحقاق ـ

يلزم أن يكون مقابل الوفاء موجودا وقت تحرير الصك أو تظهيرها باعتبار أن مقابل الوفاء هذا يعتبر هو محل الإلتزام فى الأوراق التجارية ، فيلزم أن يكون وفقا لنصوص القانون المدنى ، باعتباره الشريعة العامة (٢) ، وأن مقابل الوفاء موجودا ، وقت الاستحقاق إذن لاقيمة لمقابل الوفاء فى نظر المستفيد مالم يصير حقه مستحق الأداء ،

والجدير بالذكر أن الساحب فى الكمبيالة ، يستطيع أن ينشىء الكمبيالة دون أن يشترط لصحة إنشائها وجود مقابل الوفاء (٣) وهذا بخلاف الشيك (٤) .

ثالثا / أن يكون مقابل الوفاء حال الاداء ومعين المقدار ـ

أما اشتراط أن يكون مقابل الوفاء مستحق الطلب ، فلم يرد ، ذكر لهذا الشرط

---

١ ـــ وهناك فرق بين الشيك والكمبيالة فلا يشترط فى الكمبيالة أن يكون مقابل الوفاء موجودا وقت تحريرها ، أو تظهيرها ، أما الشيك فيلزم وجود مقابل الوفاء وقت اصداره وذلك بسبب ان تاريخ الاصدار يندمج مع تاريخ الاستحقاق

٢ ـــ الدكتور عبد الرازق السنهورى ـــ مصادر الحق ـــ الجزء الثالث ـــ الطبعة الثالثة ـــ سنة ١٩٦٧ ـــ ص ٧

ـــ الدكتو / عبد المنعم فرج الصده ـــ مصادر الالتزام ـــ سنة ١٩٦٩ ـ ص ٢٣٤

ـــ الدكتور / أنور سلطان ـــ المبادىء القانونية العامة ـــ طبعة ـــ الرابعة ـــ سنة ١٩٨٣ م ـــ ص ٣٠٩

ـــ وهى نصوص القانون المدنى المواد أرقام ١٣١ ـــ ١٣٥

ـــ وقانون الموجبات اللبنانى ١٨٦ ـــ ١٩٣

٣ الدكتور / محمد صالح ـ الأوراق التجارية ـ ص ١١٨

ـــ الدكتور على البارودى القانون التجارى الأوراق ـــ التجارى والافلاس سنة ١٩٧٧م - ص ٨٣ ـ هامش رقم ١

٤ ـــ الدكتور / أنور سلطان ـ مقابل الوفاء فى الشيك ص ٣٢

فى التقنين التجارى الفرنسى فى المادة ١١٦ ، وقد ثار جدل حول وجود هذا الشرط فى الفقه الفرنسى . والبعض قد ذهب إلى وجود هذا الشرط ، وأن كان المشرع المصرى قد قطع بوجوده ، وذلك فى المادة - ١١١ - تجارى بنصها السالف ذكره (١) وذلك بوجوب أن يكون الدين (مستحق الطلب ، وذلك فى ميعاد أستحقاق الكمبيالة الأداء ، ويعنى هذا أن عبارة (مستحق الطلب) لم يقصد بها لزوم وجود مقابل الوفاء قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة فقط ، بل يلزم أيضا أن يكون دين مقابل الوفاء غير متنازع عليه . LIQUIDE

ومحقق الوجود CERTAINE

فإذا كان مقابل الوفاء محل نزاع ، فحينئذ لا يعد مقابل الوفاء موجودا بين الساحب والمسحوب عليه ، وقد تحدث ظروف استثنائية ، تؤدى إلى التأجيل بسبب عجز التجار عن الوفاء ، وهذا وفقا لنص القانون رقم ٣٨٩ - فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٦ (٢) كما يلزم أن يكون مقابل الوفاء معين المقدار ، وهذا مطابق للقواعد الالتزام الوارد ذكرها فى القانون المدنى (٣)

رابعاً / أن يكون مقابل الوفاء متساويا بالأقل لمبلغها

فإذا وجود دين مقابل الوفاء ، وكان أقل من قيمة الكمبيالة عد مقابل الوفاء غير موجود (٢) .

---

١ — فقد نصت هذه المادة على ما يلى

« يعد مقابل الوفاء موجودا إذا حل ميعاد دفع الكمبياله ، وكان المسحوب عليه مبيناً للساحب أو المسحوب على ذمته بمبلغ مستحق الطلب مساو بالأقل لمبلغ الكمبيالة »

٢ — د / حسن رسمى سليم — الموجز فى شرح القانون التجارى المصرى سنة ١٩٥٠ م — ص ١٤٨

٣ — د / سميحة القليوبى — الموجز فى القانون التجارى — ص ٤٠٠

— صدر القانون سالف الذكر بسبب العدوان الثلاثى على مصر — مما حدا بالمشرع إلى وقف إجراءات البروتستو ، لمدة شهر ثم صدر القانون رقم ٣٩٧ لسنة ١٩٥٦ مقرراً إستمرار العمل بالقانون السابق لمدة ثلاثة شهور بدلا من شهر .

٤ — الدكتور / عبد الرازق السنهورى — مصادر الحق — المرجع السابق — ص ٧

— الدكتور / أنور سلطان — المبادىء القانونية العامة سنة ١٩٨٣ م — ص ٣٠٩

— الدكتور / عبد المنعم فرج الصده — مصادر الالتزام — ص ٢٣٤

٥ — نقض فرنسى أول يونيه سنة ١٨٥٨ — داللوز ١٨٥٨ — ١ — ٣٨٢

وإذا كان المقابل مجملا بحق إختيار يستوعبة ، أو يجعل الجزء المتبقى منة أقل من مقابل الوفاء عد غير موجود .

أما المقابل الناقص . Provlslon Partielle

فيعد غير موجود أصلا لدى المسحوب عليه (١) ، ويتعرض الساحب للنتائج المترتبه على ذلك الموقف مع أحقيـة الحامل على الجزء . الموجود من مقابل الوفاء ، وذلك إذا قبله إلا أنه يعد غير موجود ، ولا يستطيع الساحب أن يتعلل بوجود جزء من مقابل الوفاء ، وذلك لأن وجود مقابل الوفاء الناقص هو بمثابه عدم الوجود (٢) ، وهذا يمكن أن تستوجبه من نص المادة ١١١ من القانون التجارى المصرى ، والتى أو جبت أن يكون مقابل الوفاء مساويا بالأقل لقيمه الكمبيالة . ولا يشترط فى دين مقابل الوفاء ، أن يكون ذا طبيعه تجارية ويستوى الأمر إذا كان مدينا أو تجاريا ، ولذ فإن مقابل الوفاء يتحقق بوجوده ولا عبرة لطبيعة الدين .

جـ — الأهليـة (٣)

تنصب دراستنا فى هذا المقام عـلى أهلية الأداء ، التى هى عبارة عن صلاحية (أى شخص) لصدور الفعل منه على وجـه

---

١ — الدكتور على جمال الدين عوض . . القانون التجارى — سنة ١٩٧٥ — ص٢٧٦
— الدكتور / حسنى عباس .. الاوراق التجارية فى القانون المصرى / سنة ١٩٦٧ — ص ٢٩٤
— الدكتور على يونس .. الاوراق التجارية - سنة ١٩٦٥ (ص ٣٠٠
٢ — الدكتور / محسن شفيق .. التجارى المصرى — الاوراق التجارية المرجع السابق ص٥٧٨
٣ — الاهلية لغة يقال أهل الله للخير تأهيلا . أى جعله صالحا له مختار الصحاح
— وفى الاصطلاح أهلية الانسان للشىء صلاحية لصدور ذلك الشىء منه وطلبه منه وقبـوله أيـاه
— ابن نجـم .. فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكلة الانوار فى أصول المنار
— مطبعة الحلبى — ١٣٥٥ هـ — ١٦٣٦ م — ج ٣ ص ٨٠
— صدر الشريعة — شرح التلويح على التوضيح لمتن — التنقيح فى أصـول — الفقه — مطبعة صبيح — سنة ١٣٧٧ هـ ..... ١٩٥٧م — ص ١٦١

يعتد به شرعا (١) وأهلية الأداء تتنوع إلى نوعين أهلية كاملة، وأهلية ناقصة (٢) وذلك حسبما يوجد عند الشخص من العقل، فإذا تمتع الشخص بالعقل الكامل، كانت أهلية أدائه كاملة، وإلا فـــلا، وقد عبر عن ذلك صدر الشريعة بقوله والـــكاملة.

أى القدرة الكاملة تكون بالعقل الكامل، أى المقرون - بقوة البدن، وذلك لأن المعتبر فى الوجوب ليس مجرد فهم الخطاب فقط بل مع قدرة العمل بـه وهـو بالبدن، والذى يعنينى هو أهلية الأداء الكاملة، والتى مناطها التمييز وذلك لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية (٣)

ولما كـان من اللازم للتوقيع على الورقة التجارية أهلية كاملة وذلك لأن الموقع يلتزم بأداء قيمتها فى ميعاد حلول الاستحقاق فكان لزام عليه أن يكون قد بلغ سن الرشد احدى وعشرين سنه وكان أهلا للتصرفات المنوطة به، وغير محجور

---

١ - صدر الشريعة - شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقح - المرجع السابق - ص ١٦١

٢ - وعبر عنها أبن نجيم فى مشكلة الانوار فى أصول المنار - المسماه فتح الغفار بشرح المنـار الجزء الثالث - ص ٨٠ ومابعدها

- بأن أهلية الأداء نوعان قاصرة تنبنى على القدرة القاصرة من العقـل القـاصر والبدن الناقص

- وقد قسم الجمهور أهلية الإداء إلى ثلاث أصناف - ولاداعى للتعرض إلى هذه الاصناف

٣ - الدكتور عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الرابـع الطبعة الثالثة - سنة سنة ١٩٨٦ - ص ١٤٤

- فاعليـــة الأداء

Capxeite exercice

(فهى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منة على وجه يعتد به شرعا - أى انها صلاحية الشخص، لمباشرة التصرفات القانونية -

- الدكتور عبد المنعم فرج الصده - مصادرة الالتزام - المرجع السابق - ص ١٦٠

عليه لسفه ، أو لغفله أو لجنون (١) ، ونحيل أمر الأهلية إلى القواعد العامه لولا أن المشرع التجارى قد أورد لذلك نصين هما المادة ١١٠ تجارى ، والتى نص فيها على أن

« الكمبيالات المسحوبة من القصر الذين ليسوا تجارا ، أو عديمى الاهلية والتحاويل والقبول المضأة منهم تكون باطلة بالنسبة لهم فقط »

ومن خلال هـــذا النص يتضح أن القاصر أو عديم الأهليـة أن يتمسك ببطلان التصرف ، وهـــذا البطلان مقرر لمصلحته دون غيره وهذا ما ينسجم والقواعد العامه ، التى يحرص على رعايتها المشرع (٢)

أما النص الثانى فهو المـادة ١٠٩ تجارى بقولها

« إذا حصل من النساء أو البنات اللاتى لسن بتاجرات سحب كمبيالة أو تحويلها أو قبولها باسمهن خاصة ووضعن عليها امضاءهن ، فلا يعتبر ذلك عملا تجاريا بالنسبة لهن »

وهـــذا النص مخالف للشريعة الإسلامية ، التى لاتعرف ، التفريق بين الرجال والنساء فى المعاملات المالية ، فيعد هذا النص مخالفاً للدستور الذى يعتبر الشريعة الاسلامية المصدر الاساسى للتشريع فنقل هذا النص من المجموعة الفرنسية لايوجد مبررا لنقله الى تشريعنا ، ويجب أن يكتفى بنص المـــادة ١١٠ ـــ تجارى سالفة الذكر (٣) .

أما مشروع التقنين المصرى فقد تناول أحكام الأهلية فى المادة ـــ السابعة بقوله

١ـ د / حسن رسمى سليم ـ الموجز فى شرح القانون التجارى المصرى ص ١٤١ وما بعدها
ـ د / محمد حسنى عباس ـ الأوراق التجارية فى القانون المصرى ص ٤١
ـ الدكتور / محسن شفيق ـ القانون التجـارى المصرى ـ الأوراق التجـارية المرجع السابق ص ١٠٥

٢ـ حيث أن أحكام الأهلية من النظام العام الذى لايجوز الإتفـاق ، على مخالفتها ، فليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها ـ المادة ٤٨ مدنى
ـ انظر الدكتور / عبد المنعم فرج الصده ـ مصادر الالتزام ص ١٦٦

٣ـ أما المـادة ١٩٦ من القانون التجارى المختلط المعد له بالمرسوم الصادر فى ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ ، وحرص الشارع فى هذا التعديل على الإشارة إلى قواعد الأهلية بوجه خاص فلم يعد ذلك يعد محل للجدل فى وجوب سريان هذه القواعد على السند للامر

« الكمبيالات المسحوبة من القصر الذين ليسوا تجارا ، أو عديمى الأهلية والتظهيرات والقبول والضمان الاحتياطى الممضأة منهم تكون باطلة بالنسبة لهم فقط مع عدم الإخلال بحقوق ذوى الشأن ، وهذا وفقاً لنص المادة ١٣١ من القانون المدنى القديم » .

د — مقابل الوفاء فى الفقه الإسلامى

يتضح من خلال ماسبق أنه لا يمكن أن يكلف أحداً آخر بالوفاء مالم تكن هناك بينهما علاقة ، وهذا أمر محل إتفاق .

ويوجد فى الفقه الإسلامى مايتشابه ، وهذه النظرة الفاحصة وهى الحوالة ، وسأبدأ بتوضيح معناها لغة وشرعا مع بيان أركان الحوالة ، وأدلة مشروعيتها من السنة والإجماع .

١ — تعريف الحوالة لغة

يقال أحال عليه بدينه والإسم الحوالة ، احتال عليه بالدين ، من الحوالة (١) .

ويؤخذ من هذا أنها من النقل والتحويل ، وقيل هى إسم بمعنى الإحالة يقال أحلت زيداً بماله على فلان (٢) .

٢ — اشخاص الحوالة

هم عبارة عن المدين أى المحيل أو المحتال (٣) ، أما الدائن فهو محال ومحتال (٤) ، أما الذى قبل الحواله محال عليه ومحتال عليه (٥) ، ويقال للدين محال به ،

---

١ — محمد بن أبى بكر الرازى — مختار الصحاح ص ١٦٣ و ١٦٤

٢ — انظر داماد أفندى مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر المجلد الثانى ص ١٤٦

٣ — وقد عرفتها المادة ٦٧٤ من مجلة الأحكام العدلية بقولها « المحيل - هو المديون الذى أحال »

٤ — وقد عرفته المادة ٦٧٥ من مجلة الأحكام العدليه بقولها « المحال له - هو الدائن »

٥ — وقد عرفته المادة ٦٧٦ من مجلة لأحكام العدلية بقولها « المحال عليه — هو الذى قبل على نفسه الحوالة »

ومحتال به (١).

٣ ــ الحواله اصطلاحا :

عرفها الاحناف بأنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة أى

١ ـ وقد عرفتها المادة ٦٧٤ من مجلة الأحكام العدليه بقولها .

« المحيل ـ هو المديون الذى أحال »

٢ ـ وقد عرفته المادة ٦٧٥ من مجلة الأحكام العدليه بقولها .

« المحال له ــ هو الدائن »

٣ ـ وقد عرفته المادة ٦٧٦ من مجلة الأحكام العدليه بقولها .

« المحال عليه ـ هو الذى قبل على نفسه الحوالة »

٤ ـ وقد عرفته المادة ٦٧٧ من المجلة بقولها .

« المحال به هو المال الذى أحيل »

من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه (١) ، وعرفتها مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٧٣ بأنها أى .

« الحوالة ـ نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى »

١ــ وقد عرفته المادة ٦٧٧ من المجلة بقولها

« المحال به هو المال الذى أحيل »

ــ وانظر فى جميع ماسبق ــ داماد افندى ــ مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر المجلد الثانى ص ١٤٦

ــ والاشخاص سالفة الذكر تتشابه مع أشخاص الكمبيالة وهم الساحب ، والمسحوب عليه والمستفيد ومقابل الوفاء ــ فالأول هو المحيل والثانى هو المحاله (أى المسحوب عليه) ، فإذا أشر على الكمبيالة بالقبول صار هو المحال عليه ــ أما مقابل الوفاء ـ فهو المحال به

٢ــ داماد أفندى ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ــ المجلد الثانى ص ١٦٤

ــ منلا خسرو ـ كتاب در الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ٣٠٨

ــ وذكر منلا خسرو أن الحوالة خصت بالدين لأنها نقل شرعى ، والدين وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة فالنقل الشرعى جاز أن يؤثر فى الوصف الشرعى

ــ المرغينانى ــ الهداية ج ٣ ص ٩٩

تعريف المالكية :

قالوا أن الحوالة مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء لأن الطالب تحـــول من طلب غريمه الى طلب غريم غريمه (١) .

ـ تعريف الشافعيه:

قالوا أن الحوالة هى تحويل الحق من ذمن إلى ذمة (٢) .

ـ تعريف الحنابله :

قالوا أن الحواله مشتقه من التحول ، لأنها تحول الحق من ذمة إلى ذمة أخرى (٣)

ـ والتعريفات السابقة تفيد أن الحوالة عند الفقهاء نقل دين من ذمه إلى ذمة (٤)

٤ ـــ مشروعية الحوالة :

الحوالة مشروعة بالسنة ، والاجماع وسنبدأ .

بالســـنـــة :

روى عن أبى هـــريرة قال مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحـــدهم على ملىء

١ـ سيدى خليـل ـ جواهر الأكليل شرح مختصر العلامه الشيخ خليـل فى مذهب الإمام مالك ج ٢ ص ١٠٧

ـ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ـ بلغة السالك لأقرب المسالك للامام مالك على الشرح الصغير الجزء الثانى ص ٦٦٠

ـ محمد عرفة الدسوقى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٢٥

٢ـ الشيرازى ـ المهذب فى فقه مذهب الإمام الشافعى ج ١ ص ٣٣٧

ـ أبى يحيى زكريا الأنصارى ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ج ١ ص ٢١٣

٣ـ منصوز البهوتى ـ الروض المربع شرح زاد المستقنع ـ الجزء الثانى ص ١٩٠

ـ أبى محمد عبد الله بن قدامه الحنبلى ـ المغنى ج ٥٤ ص ١٣٤

٤ـ الشوكانى ـ نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٣٦ واختلفوا هل هى بيـــع دين بدين زخص فيه ، فاستثنى من النهى عن بيع الدين بالدين .

فليتبع (١) .

(والحديث رواه الجماعة ، فى لفظ لأحمد ، ومن أحيل على ملىء فليحتل)

وروى عن أبن عمر عن النبى ﷺ قال :

« مطل الغنى ظلم ـ وإذا أحلت على ملىء فاتبعه »

(رواه ـ ابن ماجه) (٢)

والحد بشأن يدلان على أنه يجب على من أحيل بحقه على ملىء أن يحتال ، وإلى ذلك ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابله ، وابو ثور ، وابن جرير ، وحمله الجمهور على الاستحباب (٣) .

الاجمـــاع :

ونقل الشوكانى الاجماع ، قال الحافظ ، وهم ممن نقل فيه الاجماع (٤) .

وبهذا يتضح مشروعية الحوالة فى السنة ، والاجماع من لدن رسول ﷺ ، والخلفاء الراشدين من بعده إلى عصرنا الحاضر .

١ـ الشوكانى نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٦

ـ مالك ـ فى موطأه ـ تنوير الحوالك على شرح موطأ مالك جـ ٢ ص ١٦٤ ونقـــل الحديث مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ـ أما الحديث فورد فى نيل الأوطار ـ ورواه البخارى

ـ قال حدثنا عبـد الله بن يوسف أخذنا مالك عن أبى الزنـاد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مطل الغنى ظلم ـ فإذا اتبـع أحدكم على ملىء فليتبـع » البخـــارى فى صحيحه جـ ٣ ص ١٢٣

٢ـ الشوكانى ـ نيـــل الاوطار جـ ٥ ص ٢٣٦ ـ حديث ابن عمر اسناده فى سنن ابن ماجه هكذا حدثنا إسماعيل بن ثوبه حدثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافـــع عن ابن عمر فذكره وإسماعيل بن ثوبه قال ابن أبى حاتم صدوق وبقية رجاله رجال الصحيح ، وقد أخرجه أيضا الـترمذى .

٣ـ الشوكانى ـ نيل الأوطار الجزء الخامس ص ٢٣٧

٤ـ وذكر زكريا الأنصارى فى الحوالة قال والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين .

ـ انظر أبى يحيى زكريا الأنصارى ـ تتح الوهاب بشرح

ـ منهج الطلاب ـ الجـــزء الأول ص ٢١٣

ـ الشوكانى ـ نيل الأطار الجزء الخامس ص ٢٣٧

ـ داماد أفندى ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر المجلد الثانى ص ١٤٦

٥ - أركان الحوالة:

والحوالة تنعقد بالايجاب والقبول ، وهذا ما نصت عليه مجلة الاحكام العدليه فى المادة ٦٨٠

بقولها « لو قال المحيل لدائنه أحلتك على فلان ، وقبل المحال له ، والمحال عليه تنعقد الحوالة » (١)

وأشترط الاحناف لانعقاد الحوالة قبول المحال له ، والمحال عليه الحوالة .

اما الشافعية فذهبوا إلى أن أركان الحوالة ستة محيل ومحتال ، ومحال عليه ، ودينان :

« دين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه »

وصيغة (٢) .

- شروط الحـــوالة :

يلزم لصحتها توافر أربعة شروط - الأول تماثل الحقين (٣) - أى حق المحتال عنه المحيل ، وحق المحيل عند المحال عليه ، لأنها تعد تحويلا للحق ونقلا له ، فينتقـل على صفته .

والشرط الثانى : ثبوت الدينين - أى أن يكون الدين مستقرا ، ومثال ذلك -

---

١- وجاء فى نص المادة ٦٨١ من مجلة الأحكام العدلية قولها « يصح عقد الحوالة بين المحال له ، والمحال عليـــه ، وحدها - مثلا لو قال أحد لآخر خذ مالى على فـلان من الدين ، وقدره كذا قرضا حوالة عليك فقال له الآخر - قبلت أو قال له اقبـــل الدين الذى لك بذمة فلان وقدره كذا قرضا حوالة على تصح الحوالة حتى أنه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لاتفيد ندامته »

- انظر - داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر المجلد الثانى المرجع السابق ص ١٤٧

٢-٣ أبى يحيى زكريا الأنصـــارى - فتح الوهاب بشرح ومنهـــج الطلاب المرجـــع السابق ص ٢١٣

- الشيرازى - المهذب فى فقـه الشافعى - الجزء الأول ص ٣٣٧

منصور البهوتى الروض المربع شرح زاد المستقنع - الجزء الثانى ص ١٩١

إذا أحال البائع بالثمن على المشترى فى مدة الخيار ، أما فى الدين غير المستقر فلا يصح ذلك ، وبعد فوات مدة الخيار ويصبح الدين مستقرا لصحة الحوالة (١)

أما الشرط الثالث : معلومية الدين ، فاذا كان مجهولا ، لم تجز الحـــوالة

أما الشرط الرابع : فهو رضا المحيل ، لأن الحق عليه ، فلا يلزمه أو من جهة الدين المحول على المحال عليه (٢) ، وإذا استوفت الحواله هذه الشرائط برئت ذمة المحيل ، من الدين بالقبول أى بقبول المحتال الحواله على المحتال عليه (٣) ،

وإذا وقعت الحواله ، وتمت بغير رضاء المحتال بأن كان المحال عليه مفلسا ، أو ميتا كان للمحتال الرجوع على المحيل بلا خلاف ، حيث أنه لا يلزم الاحتيال على غير ملىء لأنه لا ضرر ولا ضرار .

٦ ــ خطة البحث:

١ ــ مقـــدمة :

أ ــ ماهية مقابل الوفاء

ـ تعريفـــه

ب ــ شروط مقابل الوفاء

ـ أولا : أن يكون مقابل الوفاء دينا نقديا

١ــ٢ زكريا الأنصارى المرجع السابق ص ٢١٣

ــ منصور البهوتى ــ الروض المربع جـ ٢ ص ١٩١

ــ وهذا الشرط الرابع ذهب الإمام محمد بن الحسن من الحنفية

ــ وفى البحر رضى المحيل ليس بشرط على ما ذكره فى الزيادات .

ــ انظر ــ داماد أفندى ــ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر المجلد الثانى ص ١٤٧

٣ــ وذهب زفر ــ لايبرأ اعتبارا بالـكفالة ، وذلك لأن المقصد من الحوالة النقل والتحويل ولا يتحقق الا بفراغ ذمة الأصيل ، بخلاف الكفالة .

ــ انظر ــ داماد أفندى ــ مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر المرجع السابق ص ١٤٧

- ثانيا : أن يكون الدين موجودا وقت الاستحقاق
- ثالثا : أن يكون مقابل الوفاء حال الاداء ومعين المقدار
- رابعا : أن يكون مقابل الوفاء مساويا بالأقل لمبلغها
جـ — الاهلية
د — مقابل الوفاء فى الفقه الاسلامى
١ - تعريف الحوالة
٢ - أشخاص الحوالة
٣ - الحوالة فى الاصطلاح
٤ - مشروعية الحوالة
٥ - أركان الحوالة - وشروطها
٦ - خطة البحث

الفصل الأول : الاستحقاق

البحث الأول : التعريف بالاستحقاق وتاريخه

١ - تعريف الاستحقاق وطرقه
- الاستحقاق فى يوم العطلة
- تعيين مكان الوفاء
٢ - تعيين تاريخ الاستحقاق
- الزمان المحدد للوفاء
٣ - الاستحقاق بمجرد الاطلاع

المبحث الثانى - مشروعية الوفاء بالدين المستحق

أ - امتناع المهلة القضائية

ب ـ الاستحقاق فى قانون جنيف

جـ ـ رأى فقهاء المسامين فى وقت الاستحقاق

الفصل الثانى ـ أحـــكام الوفاء

المبحث الأول / مشروعية الـوفاء

١ ـ نصوص الوفاء ومكانه وطرفاه

٢ ـ شروط الوفاء وطرفاه

٣ ـ اراء فقهاء المسلمين فى الوفاء

المبحث الثـانى : الوفـاء بالواسطة والاسـترداد

١ ـ ماهية الوفاء بالواسطه واثره

٢ ـ الوفاء بمقابل

٣ ـ اراء الفقه الاسلامى فى الابراء وأثره

القصل الثالث ـ الامتنـاع عن الوفاء

المبحث الاول : عدم وجود مقـابل وفاء

١ ـ تحرير برتستو عدم الدفع

٢ ـ آثار البروتستو

٣ ـ اراء فقهاء المسلمين فى الحجر على المدين

المبحث الثانى: شهر الافلاس وأثره

١ ـ اعلان شهر الافلاس

٢ ـ آثار الافلاس

٣ ـ التفليس فى الشريعة الاسلامية

الخـــــاتمة

الفصـــل الأول : الاستحقاق

تمهـــد :

الاستحقـــاق Qêhéance

وهو عبارة عن ميعاد دفع قيمة السند ، وسيتم فى هذا الفصل بحث التعريف بالاستحقاق ، وتاريخه وطرقه ومشروعية الوفاء بالدين المستحق ورأى فقهاء المسلمين فى وقت الاستحقاق ، ويتكون هذا الفصل من مبحثين وسنبدأ فى تفصيل ما أجملناه .

المبحث الاول : التعريف بالاستحقـاق وتاريخـه

١ ـ تعريف الاستحقاق وطرقه :

هو عبارة عن الموعد الذى يستحق فيه الوفاء بالدين الثابت ، بالسند للأمر (١) وبعد ميعاد الاستحقاق من البيانات الرئيسية ، وبهذا البيان يستطيع المستفيد أن يحدد ميعاد استحقاق قيمة السند ، وقد أوضح ذلك نص المادة ١٢٧ من القانون

---

١ ـ د/ محسن شفيق ـ القانون التجارى المصرى الاوراق التجارية ص ٣٢٦

ـ د/ على جمال الدين عوض ـ المرجع السابق ص ٢٠٧

ـ د / حسن رسمى سليم ـ الموجز فى شرح القانون التجارى المصرى ص ١٣٧

التجارى فى كيفية تحديد ميعاد الاستحقاق ، فقد يذكر فى السند أن القيمة مستحقه الوفاء بمجرد الاطلاع ، أو بعد مدة من الاطلاع A Certain délai de vue (١)

أو بعد عيد الاضحى ، أو بعد عيد الثورة مثلا أو أول السنة الهجرية ، وقد بينت ذلك المادة ١٠٥ تجارى بايضاح ميعاد الاستحقاق بأن نصت على مايلى .

ويبين فيها اليوم والشهر والسنه اللاتى تحررت ، فيها والمبلغ المراد دفعه واسم من يلزمه الدفع والميعاد والمحل اللذان يجب الدفع فيهما ، ويذكر فيها أن القيمة وصلت » .

ومن خلال هذا النص يتضح أنه يلزم توضيح ميعاد الاستحقاق توضيحا كاملا بحيث لايثير أى لبس فى تحديد موعد الوفاء بالحق الثابت بالسند (٢) ، وبذلك

---

١ ـ فيقال مثلا أتعهد بأن أدفع بعد أسبوع من الاطلاع ، فإذن يتبين تحديد ميعاد الاستحقاق وهو كما يلى

أ ـ يكون بمجرد الاطلاع à vue

ب ـ أو بعد مدة من الاطلاع à certain dèlai de vue

جـ ـ أو بعد مدة من تاريخ تحريرها à certain dèlai de dats

د ـ أو فى يوم محدد à jour fixè

٢ ـ انظر حكم محكمة مصر التجارية بصدد تاريخ الإستحقاق « يشترط لصحة السندات تحت الإذن وحدة المبلغ ووحدة تاريخ الإستحقاق فإذا إشتمل السند على إلتزام بدفع مبلغ على أقساط شهريه ، فلا يعتبر سندا تحت الإذن ، وإنما يعتبر إعترافا أو تعهدا بدين » (محكمة مصر التجارية الجزئية فى ١٨/٤/١٩٤٠ ـ المحاماه السنة ٢٠ ص ١٢٢١ رقم ٥١٠)

ـ عبد المعين لطفى جمعه ـ موسوعة القضاء فى المواد التجارية ص ٢٣٤

يلزم أن يتضمن الصك ، ميعادا واحدا للاستحقاق .

Principe de l'unité de l'échéance

فاذا تم تجزئة مبلغ السند إلى أقساط وعدد مواعيد السداد فقد السند صفته ،

échéances Successives ou échelonnées

وتغير وصفه ، وأصبح لا يخضع للقانون التجارى ، وانما يخضع للقانون العام (١) ولا ينطبق عليه قانون الصرف ، ومن أهم قواعد الصرف التقادم الخمسى ، ولا يحرر له بروتستو عدم الدفع ، ولا يشهر افلاس الساحب أو المسحوب عليه .

وخلاف ذلك فانه يخضع للتقادم الطبيعى ، أى خمس عشرة سنة ويصبح دينا عاديا .

ـ الاستحقاق فى يوم عطـــلة :

إذا وقع ميعاد الاستحقاق فى يوم عطلة رسمية .

Un jour ferié légal

لزم المدفوع فى اليوم السابق على يوم العطلة ، وهذا وفقـــا لنص ، المادة ١٢٢ تجارى بقولها .

« اذا وافق حلول ميعاد دفع قيمه الكمبياله يوم عيـــد رسمى ، فدفعها

١ـ استئناف مختلط ١٨٨٩/٣/٢٢ BULL ـ السنة الأولى ص ١١٣

« الصك الذى يذكر فيه مواعيد متعاقبة للاستحقاق يعتبر من طبيعة مدنية »

échéances échelonnées

يكون مستحقا فى اليوم الذى قبله ».

وهذه المادة تحمل فى طياتها نوعا من المنة ، حيث انها تلزم المدين بالسداد قبل اليوم المحدد للاستحقاق ، وبذا يكون ـ المدين قد حرم من جزء من الأجل المقرر لمصلحته ، وكان الاجدر الأجيل لليوم التالى لتاريخ الاستحقاق ، وهذا مايقرره القانون الفرنسى الجديد الصادر بتاريخ ١٩٠٤/٣/٢٨ (١) .

وهذا مايقرره قانون المرافعات المصرى فى المادة ١٨ منه (٢) .

ـ تعيين مكان الوفاء (٣) :

يعد من ضمن البيانات الاختيارية ، التى تذكر فى الصك ، مكان الوفاء ، ويتم تعيينه ، اذا ذكر المكان التزم المدين بالوفاء فيه ، أما اذا لم يذكر المكان فيتم تطبيق القواعد العامة وهى ماتنص عليه فى المادة ٢/٧٤٣ مدنى بقولها .

« أما فى الالتزامات الاخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجدفيه مركز أو أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ».

١ـ الذى يجعل الإستحقاق فى اليوم التالى لانتهاء العطلة ، وهذا ماقررته المادة ٢٣ من قانون المرافعات ـ انظر الوقائع المصرية العدد رقم ٦٥ بتاريخ ١٩٥٣/٨/١٠

٢ـ ومما هو جدير بالملاحظة أن العطلة الرسمية فى مصر غير محددة فمثلا يوم العطلة الأسبوعية غير موحد فهو فى الاصل يوم الجمعة وقد يكون يوم السبت ، أو الاحد ، أو غير ذلك من أيام الاسبوع .

٣ـ الدكتور / محمد حسنى عباس ـ المرجع السابق ص ٢٦٠

ـ د/ حسن رشدى سليم ـ الموجز فى شرح القانون التجارى المصرى ص ١٣٨

هـــذا النص يتم تطبيقه ، مالم يوجد اتفـــاق ، أو عرف يخالف ذلك (١) فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين ، وقد يشترط أن يكون الوفاء فى محل مختار (٢)

وهذا ماتصت عليه المادة ١٠٧ من القانون التجارى بقولها « يجوز أن تسحب كمبيالة على شخص ويشترط فيها ، الدفع فى محل شخص آخر ويجوز سحبها أيضا بأمر شخص على ذمته »

يوهذا النص يؤخذ مما تضمنه أمران /

أولا / حصول الوفاء ، وأن يكون فى محل شخص معين .

ثانيا / تكليف هذا الشخص بأن يوفى نيابة عن الساحب ، ومن هذا يتضح أن النص قصد به الوفاء نيابة عن المدين الأصلى (٣) .

١ـ الدكتور / عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الرابع الطبعة الثانية سنة ١٩٨٦ ص ١٠١٢

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بصدد المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن

« أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون موطن المشترى وقت إستحقاق الثمن (أى المدين) .

ـ انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ـ ٤ ص ١٣٦

٢ـ د/ على جمال الدين عوض المرجع السابق ص ٢٤٢

٣ـ ومما للمحل المختار من مميزات أدى هذا إلى صدور قانون فرنسى بتاريخ ٤/٩/١٩٤٧ يجعل تعيين المحل المختار فى الورقة التجارية أمرا إجباريا ، وهذا مما حدا بالمشرع المصرى إلى النص على المحل المختار فى المادة ١٠٧ تجارى ، وكذا المادة ٢١٤ مرافعات

ـ انظر الدكتورة سميحة القليوبى الموجز فى القانون التجارى ص ٢٧٧ ـ

٢ـ تعيين تاريخ الاستحقاق :

تستلزم الورقة التجارية ايضاح ميعاد الاستحقاق ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ١٠٥ تجارى بقولها :

" تسحب الكمبيالات من بلد الى آخر أو الى نفس البلد المحررة فيه " .

ويبين فيها اليوم والشهر والسنة اللآتى تحررت فيها ، والمبلغ المراد دفعة واسم من يلزمه والميعاد والمحل اللذان يجب الدفع فيهما.."

ومن خلال هذا النص يتضح أنه يلزم تحديد ميعاد الاستحقاق بايضاح كامل ، حتى لا يثير أى لبس ، بحيث يتضمن الصك تاريخا واحدا ، تعددت التواريخ (١) ، فقدت الورقة صفتها التجارية ، وتحولت الى ورقة

---

(١) انظر حكم محكمة مصر الجزئية بقولها :
"يشترط لصحة السندات تحت الاذن وحدة الاذن وحدة المبلغ ووحدة تاريخ الاستحقاق ، فاذا اشتمل السند على التزام بدفع مبلغ على أقساط شهرية ، فلا يعتبر سندا تحت الاذن دائما يعتبر اعترافا ، وتعهدا بدين " .

ـ محكمة مصر التجارية الجزئية فى ١٨/٤/١٩٤٠ ـ المحاماه .
ـ السنة ٢٠ ـ ص ١٢٢١ ـ رقم ٥١٠) .
ـ عبد المعين ـ موسوعة القضاء التجارى ـ ص ٧٣٤ .
ـ د / على جمال الدين عوض ـ القانون التجارى ـ ص ٢٠٧
ـ د / سميحة القليوبى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٦ .

مدنية ، واذا تعددت المبالغ المذكورة ، بحيث أصبحت فى شكل أقساط واجبة الدفع ، استلزم هذا عدم تطبيق قانون الصرف .

- الزمان المحدد للوفاء /

يلزم على حامل الورقة التجارية (١) المطالبة بالوفاء فى اليوم المحدد للاستحقاق ، على أن يكون ذلك فى أى ساعة من ساعات ذلك اليوم ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ١٦١ من القانون التجارى بقولها :

" يجب على كل حامل كمبيالة ، أن يطلب دفع قيمتها فى يوم حلول الميعاد " .

ومن خلال هذا النص يتضح أنه يجب على الحامل المطالبة بالوفاء فى ميعاد الاستحقاق ، والا عد مهملا .

كما أنه لا يجوز للساحب (أى المدين) اجبار الحامل على قبول الوفاء قبل ميعاد الاستحقاق ، وهذا وفقا للمادة ١٤٥ تجارى بقولها .

---

(١) الدكتور / محمد حسنى عباس - الاوراق التجارية - ص ٢٥٩ .

" لايجوز حامل كمبيالة على استلامها قبل الاستحقاق ، وان كان هذا النص خروجا على القواعد العامة ، حيث ، أن الزمن مقرر لمصلحة المدين ، فحينما يوفى بقيمة ، فهذا يعد تنازلا من جانبه عن ماهو مقرر لمصلحته (١) .

اذا تم الوفاء من جانب المحرر فى اليوم المحدد للاستحقاق بدون أن يكون هناك معارضة من أحد عدّ ذلك من جانبه مبرئا لذمته وللضامنين فى الورقة ، ووقع هذا الوفاء ، صحيحا ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ١٤٤ تجارى بقولها :

" من يدفع قيمة الكمبيالة فى ميعاد استحقاق دفعها بدون معارضة من أحد فى ذلك يعتبر دفعا ، صحيحا . '

ومن خلال هذا النص يتضح ، أن صحة الوفاء الذى تم فى ميعاد الاستحقاق ، والذى قام بسداده من قام بالسداد ، ولم يلق معارضة

---

(١) اما اذا وقع الوفاء قبل حلول ميعاد الاستحقاق ، فيعد المسحوب عليه مسئولا عن صحة الدفع تطبيقا للقواعد القانونية العامة .

ـ انظر الدكتور / حسن رسنى سليم ـ الموجز فى شرح القانون التجارى المصرى ـ ص ١٥٦ .

من أحد فى ذلك يعتبر دفعا صحيحا (١) .

ويستلزم هذا أن من وفى فعليه أن يتحرى الحيطة ، التى تقضيها ظروف الحال ، فمن الواجب أن يتيقن من صحة التوقيعات وتسلسلها ، ومن شخصية حامل المستند ، والا وجب عليه الوفاء مرة ثانية لتلافى الخطأ الذى وقع منه (٢) ، ومن الصواب للمدين أن يطلب من الحامل وضع توقيعه بالمخالصة Occquit على الصك ، ولكن لا تعد المخالصة شرطا لصحة الوفاء (٣) ، وان كتبت ، يلزم أن تكتب على الصك

---

(١) ويتفق هذا مع ما نصت عليه المادة ٣٥٠ من التقنين العراقى المدنى بقولها :

"تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به ، أو بحوالته اياه على آخر ، أو بالابراء ، أو باتحاد الذمة ، أو بأى سبب آخر يقضى الالتزام .

ـ انظر حسن الذنون ـ أحكام الالتزام فى القانون ـ المدنى العراقى ـ فقرة ٢٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٤ ـ Bull السنة ٣٦ صفحة ٣٣٤ .

"المدين فى الورقة التجارية ملزم بالوفاء ـ للحامل ، فاذا أوفى للمستفيد الاول بغير أن يتحقق من أن الورقة لا تزال فى حيازته فقد أخطأ ، ويلزم بالوفاء مرة ثانية للحامل ، ولا سبيل له الا الرجوع على المستفيد الاول الذى تلقى الوفاء بغير وجه حق .

(٣) Fontoine

نفسه ، فاذا كتبت على ورقة مستقلة ، فلايصح لمن قام بالوفاء ، أن يتمسك بذلك في مواجهة ، حامل الورقة حسن النية .

٣ـ الاستحقاق بمجرد الاطلاع /

انه مما يثور بصدد الاوراق المستحقة الاداء بمجرد الاطلاع ، تتمثل هذه الصعوبة في هذا التساؤل ـ نهل الاستحقاق ، يكون بمجرد تحرير البرقة ، حيث لايوجد فاصل زمني بين تاريخ التحرير وتاريخ الاستحقاق ؟

وهل يتم الاستحقاق خلال فترة زمنية ممثلة في ستة أشهر من تاريخ الاستحقاق ، وذلك اذا كانت الورقة يتم وفاؤها في خارج البلاد أو في داخلها ، وفقا لما نصت عليه المادة ١٦٠ تجارى فيما يتعلق بالنسبة للاوراق الخارجية ؟

بقولها :

" حامل كمبيالة مسحوبة من الاراضي القارة ، أو من البلاد التي على سواحل البحر الابيض المتوسط ، أو من مسالك الدولة العلية ، ومستحقة الدفع في القطر المصري سواء كان بمجرد الاطلاع عليها ، أو بعده بيوم أو اكثر ، أو بشهر ، أو اكثر يجب عليه أن يطلب دفع قيمتها أو قبولها في ظرف ستة أشهر ... الخ . "

ومن خلال هذا النص يتضح أن ميعاد الاستحقاق يتمثل في اليوم الذي يتم التقدم فيه بالمطالبة بقيمة الصك ، فاذا لم يتقدم حامل الصك خلال المواعيد آنفه الذكر والمذكورة في المادة ١٦٠ بالنسبة الى الاوراق

الخارجية عدا ميعاد الاستحقاق فى آخر أيام هذه المواعيد ، وانقضت المدة عدّ هذا الحامل مهملا ، ولم يحق له أن يحرر بروتستو عدم الوفاء (١) .

كما يجوز للحامل أن يطالب بالوفاء بأحدى أوراق المحضرين أو بخطاب موصى عليه ، فاذا لم يقم الوفاء ، حق له أى ، للحامل تحرير بروتستو عدم الوفاء فى اليوم التالى للتقدم .

---

(١) انظر الدكتور / محسن شفيق ـ القانون التجارى المصرى ـ الاوراق التجارية ـ المرجع السابق ص ٣٣١ .

ـ د / على يونس ـ الاوراق التجارية ـ المرجع السابق ص ٣٥٢
ـ د / محمد حسنى عباس ـ الاوراق التجارية ـ ص ٤٩ .
ـ انظر حكم محكمة الاسكندرية بقولها :

" ان السندات التجارية التى تحت ، الاذن يسرى عليها كل ما اشترطه القانون التجارى بالنسبة الى الكمبيالات كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة بسقوط حق حامل الكمبيالة قبل المحيلين فى المطالبة عند عدم القيام بعمل البروتستو لعدم الدفع فى المواعيد .

ـ (محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ ـ المحاماه ـ السنة ٥ ـ ص ١٢٧ رقم ١٢٤) .

المبحث الثاني / مشروعية الوفاء بالدين المستحق

ـ تمهيد :

قبل أن أتكلم عن مشروعية الوفاء بالدين ، لابد أن المح الى مفهوم الدين لغة وشرعا عند فقهاء المسلمين ، فالدين ـ لغة كل شئ غير حاضر ـ والدين يجمع على ديون وقد دانه أقرضه ـ فهو مدين ومديون (١) .

ـ أما شرعا :

فللفقه الاسلامى من يعرف فى الدين نظامين نظام الدين المشترك (٢) ونظام التضامن سواء بين الدائنين ، أو بين المدينين ـ اذن يمكن أن

---

(١) عبد القادر الرازى ـ مختار الصحاح ـ ص٢١٧ .

(٢) والمادة ١٠٩٩ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :
"اذا كان الدين غير مشترك فكل واحد من الدائنين ، يستوفى دينه من المديون على حده وما يقبضه كل واحد يحسب من دين نفسه ، ليس للدائن ، الاخر أن يأخذ من حصة" .

ـ أما الدين المشترك فقد نصت عليه المادة ١١٠٠ من المجلة ، بقولها :
" وأن كان مشتركا فكل واحد من الدائنين له طلب ، حصته من المديون وفى غيبة أحد الدائنين عند مراجعة الدائن الاخر .. "

نعرف الدين فى الاصطلاح ، بأنه من المال فى الذمة ، ولم يكـــــن حاضرا(١) . وفى ثنايا هذا البحث سنعرض لامتناع المهلة القضائية مـــع لمحة عن الاستحقاق فى قانون جنيف الموحد ، وآراء الفقهاء المسلميـــن فى وقت الاستحقاق ، وسنبدأ ذلك بشىء من التفصيل .

أ ـ امتناع المهلة القضائية :

يمنع القانون التجارى القضاة أن يمنحو مهلة قضائية ، وهـــــذا مانصت عليه المادة ١٥٦ تجارى بقولها :

"لايجوز للقضاء أن يعطى مهلة لدفع قيمة الكمبيالة" .

---

(١) وعرفه صاحب تفسير أحكام القرآن وحقيقة الدين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا والاخر فى الذمة (نسيئة) فـــان العين عند العرب ما كان حاضرا ، والدين ، ما كان غائبا ـ قال الشاعر :

وعدتنا بدرهمينا طلاء ... وسواء معجلا غير دين

ـ انظر ـ عبد الله محمد القرطبى ـ تفسير القرطبى ـ طبعـــــة الشعب ـ المجلد الثانى ـ ص ١١٨٥ .

ـ القاضى البيضاوى ـ تفسير البيضاوى (تفسير أنوار التنزيـــل واسرار التأويل) ـ الجزء الاول ـ دار سعادت سنة ١٣١٤هـ ص ١٨٧ .

ومن خلال هذا النص ، نجد الخطر من جانب القضاء لاعطاء مهلة سواء أكان ذلك للمحرر ، أم أحد المظهرين ، أو الضامنين الاحتياطيين وعلة ذلك ان الاوراق التجارية ، تعد اداة وفاء يستلزم معها قيام المستفيد ، أو حامل السند بالحصول على حقه في ميعاده ، وعدم جواز اعطاء مهلة للوفاء ، أو ميعاد لادخال ضامن في الدعوى (١) .

وقد يلجأ المشرع في اوقات الطوارئ (كما لحروب والازمات لاصدار قوانين ، أو قرارات بتأجيل دفع قيمة الاوراق التجارية وذلك رأفة بالمدينين (٢) . Moratorium

---

(١) انظر حكم محكمة الاسكندرية التجارية الجزئية ٢٤/٥/١٩٤٢ ـ المحاماه السنة ٢٦ صفحة ١٢٤ رقم ٥٢ .

(٢) يقول الله عز وجل في كتابه العزيز :

" وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة "

ـ سورة البقرة واية رقم ٢٨٠ .

ـ ويقول القاضي البيضاوي في تفسيره لهذه الاية (وان كان ذو عسرة وان وقع غريم ذو عسرة وقرئ ذا عسرة أي وان كان الغريم ذا عسرة (نظرة) فالحكم نظرة ، أو فعليكم نظرة أو فعليكن نظرة الى ميسرة يسار وقرا نافع وحمزة بضم السين ، وهما لغتان كمشرقة ومشرقة .

(انظر البيضاوي ـ في تفسيره ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٦) .

وهذا الاستثناء السالف الذكر خروج على مقتضى للأصل ، فلا يتوسع فيه ، وذلك ، لانه يتنافى أساسا مع الغرض من وجود الاوراق التجارية ، كأداة وفاء حيث أن السوق سلسلة من المعاملات ، فالتوقف عن الوفاء يؤدى الى اضطراب فى المعاملات التجارية داخل السوق ، لذلك فلا يتوسع فى الاستثناء والضرورات تقدر بقدرها (١) .

ب ـ الاستحقاق فى قانون جنيف :

قبل أن أتعرض للقانون الموحد (قانون جنيف) يجدر بى أن أنوه على التشابه بين القوانين الاجنبية ، وخاصة التى تأثرت بالقانون الفرنسى .

فنجد منها القانون المصرى ، والذى بلغ تأثره حدا كبيرا يكاد يصل الى حد التشابه .

كما نجد القانون الانجليزى يقوم بتمليك مقابل الوفاء من الساحب الى الحامل ، وهو فى هذا يتماثل مع القانون المصرى (٢) ، والذى

---

(١) انظر نص المادة ٢٢ من جلسة الاحكام العدلية .

(٢) ارمينجون وكارى رقم ١١٣ ، ١٠٠ ، ١٠٢

ـ د . عمر مختار القاضى ـ ضمانات الوفاء بالكمبيالة (رسالة ـ ماجستير مقدمة ـ لكلية الشريعة والقانون ـ جامعة الازهر ـ ص ١٦٠ .

يعطى الحامل الحق فى استلام قيمة الصك قبل ميعاد الاستحقاق ، وخاصة اذا كان المسحوب عليه بنكا ، وهذا ما يطلق عليه نظام (القطع) .

. أما بصدد القانون الموحد (جنيف) فنجد أن القانون المصرى قد نقل منه مايتعلق بالاستحقاق (١) ، وضمنها المواد من ١٢٧ ـ ١٣٢

ومن خلال هذا يتضح وجه التقارب بين القانون الموجد ، والقانون المصرى ، وخاصة فيما يتعلق بميعاد الاستحقاق .

جـ ـ رأى فقهاء المسلمين فى وقت الاستحقاق :

اختلف فقهاء المسلمين فى وقت الاستحقاق على حالتين :

ـ الحالة الاولى :

امتناع المدين عن الوفاء وهو قادر عليه .

ـ الحالة الثانية :

امتناع المدين عن الوفاء لاعساره .

---

(١) الدكتور / محسن شفيق ـ القانون التجارى المصرى ـ الاوراق التجارية ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٠ .

وسنعرض لهاتين الحالتين بشيء من الايضاح .

الحالة الاولى : امتناع المدين عن الوفاء وهو قادر عليه :

فاذا امتنع المدين عن الوفاء في وقت الاستحقاق ، وهو قادر عليه عدّ في هذا ظالما ـ لما روى عن "عمرو بن الشريد ، عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

"ليّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته" .

رواه الخمسة الا الترمذي ، قال أحمد قال ، وكبع عرضه شكايته وعقوبته حبسه (١) .

وجه الاستدلال في هذا الحديث :

نجده في قول المصطفى عليه الصلاة وأزكى السلام ليّ الواجد ، ظلم والليّ بالفتح وتشديد الياء المطل والواجد بالجيم الغني (٢) .

---

(١) البخاري ـ في صحيحه ـ طبعة الشعب ـ جـ٣ ـ ص ١٥٥
ـ الشوكاني ـ نيل الاوطار ـ جـ٥ ـ ص ٢٤٠ .
ـ الحديث آخرجه أيضا البيهقي والحاكم ، وابن حبان وصححه وعلقه البخاري ـ قال الطبراني في الاوسط لا يروى عن الشريد الا بهذا الاسناد تفرد به ابن أبي ليلة قال في الفتح واسناده حسن .

(٢) انظر ـ الشوكاني ـ نيل الاوطار ـ الجزء الخامس ـ ص ٢٤١

وهذا متمشى مع ما رواه أبى هريرة رضى الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

"مطل الغنى ظلم" (١)

ولمنع هذا الظلم اختلف الفقهاء فى الحجر عليه ، فذهب أبو حنيفة بأنه لا يحجر على المديون ، وأن طلب غير ماؤه ذلك ، لأن المنع عن التصرف بطلب الغرماء يبطل أهليته ، ويلحقه ـ بالبهائم ، وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص(٢) ، ولكن الراجح فى المذاهب هو جواز الحجر عليه ، وفقا لما نصت عليه المادة ٩٩٨ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

"طالما ماطل المديون فى أداء دينه حال كونه مقتدرا ، وطلب الغرماء ببيع ماله ، وتأدية دينه ، حجر الحاكم ماله ، واذا امتنع من بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم ، وأدى دينه ، فيبدأ بما بيعه أهون فى حق المديون بتقديم النقود أولا ـ فان لم تف فالعروض ، وان لم تف العروض أيضا ، فالعقار . . " .

---

(١) البخارى ـ فى صحيحه ـ طبعة الشعب ـ الجزء الثالث ـ ص ١٥٥ .

(٢) داماد افندى ـ مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ـ المجلد الثانى ص ٤٤٢ .

ـ المرغينانى ـ الهداية ـ الجزء الثالث ـ ص ٢٨١ .

فيبيع ماله والحجر عليه وهو قادر على الوفاء هو رأى الجمهور (١) ، فللحاكم أن يقوم بالحجر على الغريم ، وبيع ماله ، وهذا مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حينما حجر على معاذ وباع ماله ، وهذا هو الرأى الراجح لقوة أدلته ، وان القول :

أن بيع الحاكم لمال المماطل بيع عن غير رض ومردود (٢) ، وقد روى عن الشافعى ، انه يجوز للحاكم الحجر على المدين وبيع ماله سواء طلب

---

(١) الشوكانى ـ نيل الاوطار ـ الجزء الخامس ـ ص ٢٤١ صالح عبد السميع الابى الازهرى ـ جواهر الاكليل شرح مختصر ـ الشيخ خليل فى مذهب مالك ـ مطبعة الحلبى ـ سنة ١٣٣٢هـ ـ الجزء الثانى ـ ص ٨٢ .
ـ الشيرازى ـ المهذب ـ طبعة الحلبى ـ الجزء الاول ـ ص ٣١٩ وما بعدها .
ـ ابن قدامة الحنبلى ـ المغنى ـ مكتبة الجمهورية العربية ـ الجزء الرابع ـ ص ٤٥٣ .

(٢) انظر الشوكانى ـ نيل الاوطار ـ الجزء الخامس ـ ص ٢٤٥
ـ أما ما قبل بعدم جواز الحجر على المدين المماطل بسبب ، حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
"لايحل سأل امرئ مسلم ... الخ"
ـ مخصص بحديث معاذ ـ انظر المرجع السابق جـ ٥ ص ٢٤٥
ـ وقد اختلف الفقهاء فى هل يفسق المماطل أم لا ؟
ـ واختلف أيضا فى تقدير ما يفسق به .

الدائنون ، أم لم يطلبوا ، وعلل هذا للمصلحة (١) ، ولكن فى رأيى لا يقوم الحاكم ببيع أموال المدين المماطل ، الا بناء على طلب الدائنون لعلهم يكونوا قد سكتوا عن المطالبة بديونهم ، وتأجيلهم تلك المطالبة لا تعد مماطلة لما روى عن جابر " أشتد الغرماء فى حقوقهم فى دين أبى فسألهم النبى صلى الله عليه وسلم أن يقبلوا ثمن حائطى ، فابوا فلم يعطهم الحائط ، ولم يكسره لهم سأعد و عليك غدا فغدا علينا حين أصبح ، فدعا فى ثمرها بالبركة (٢) .

---

(١) ذهب الخطيب من الشافعية بقوله أما الاكراه بحق فيصح اقامته لرضا الشرع مقام رضاه ، وصورة فى الروضة بمن توجد عليه دين وامتنع من الوفاء والبيع فان شاء القاضى باع ماله بغير اذن لوفاء دينه ، وان شاء عزره وحبسه ، الى أن يبيعه .

ـ محمد الشربينى الخطيب ـ مغنى المحتاج ـ الى معرفة ألفاظ المنهاج ـ مطبعة الحلبى ـ سنة ١٣٥٢هـ ١٩٣٣م ـ الجزء الثانى ـ ص ٨ .

(٢) البخارى فى صحيحه ـ جـ ٣ ـ ص ١٥٦ ـ ١٥٢ ـ وقد قال الله سبحانه وتعالى :

" ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها " .

ـ سورة النساء آية رقم ٥٧ .

الحالة الثانية : امتناع المدين عن الوفاء لاعساره :

اذا كان المدين ينوى أن يؤدى ماعليه ، عاونه الله سبحانه وتعالى على الاداء ، فقد روى عن أبى الغيث عن أبى هريره رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

" من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذ يريد اتلافها أتلفه الله " (١) .

أما اذا امتنع المدين الوفاء بسبب اعساره وعدم قدرته على الوفاء فالدائن بالخيار بين أن يأخذ ما يجده ، أو فنظرة الى ميسرة وذلك لقول الله عز وجل :

" وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (٢) " .

وقصد من هذا ان وقع غريم ذو عسرة فنظرة ـ فسامحه بالنظرة الى ميسرة (٣) .

---

(١) البخارى فى صحيحه ـ جـ٣ ـ ص١٥٦ ـ ١٥٢ ـ وقد قال الله سبحانه وتعالى : " ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها " سورة النساء آية رقم ٥٧ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٨٠ .

(٣) البيضاوى ـ فى تفسيره ـ الجزء الاول ـ ص١٨٦ .

وهذه الآية الكريمة تتفق مع ماروى أن حذيفة قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

"تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم فقالوا أعملت من الخير شيئا ؟ قال — لا قالوا تذكر — قال — كنت أداين الناس ، فأمر فتياني أن — ينظروا المعسر ويتجوزوا عن الموسر — قال الله عز وجل تجوزوا عنه" (١) .

إذن سبق أن أوضحت أن لىّ الواجد ظلم ، فانه يدل على أن المعسر لا يحل عرضه وعقوبته ، وذهب الجمهور(٢) لا يحبس وقال أبو حنيفة يلازمه من له الدين وقال شريح يحبس(٣)

---

(١) مسلم — فى صحيحه — طبعة الحلبى — سنة ١٩٥٥م . — الجزء الثالث — ص ١١٩٤ .

— وجاء فى شرح النووى فضل المسامحة فى الاقتضاء وفى الاستيفاء سواء استوفى من موسر أو معسر ، وفضل لوضع من الدين وانه لا يحتقر شىء من افعال الخير .

— أنظر مسلم فى صحيحه بشرح النووى — المجلد الرابع

— طبعة الشعب — ص ٧٠

— البخارى — فى صحيحه — طبعة الشعب — جـ٣ — ص ١٥٣ .

(٢—٣) الشوكانى — نيل الاوطار — الجزء الخامس — ص ٢٤١ .

والارجح قول الجمهور (١) لقول المولى عز وجل :

" فنظرة الى ميسرة " .

---

(١) ابن قدامة — الحنبلى — المغنى — الجزء الرابع — ص ٤٩٩ — اذن لايتم الحبس الا اذا قصد منه اثبات عسرته ، أو القضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر ، فلا فائدة فى الحبس .

— هذا هو رأى الحنابله

— أن المعسر لايحل ، ولا ملازمته ولا مطالبته حتى — يوسر وهذا هو رآى الجمهور .

— مسلم — فى صحيحه — بشرح النووى — المجلد الرابع — المرجع السابق — ص ٧٢ .

الفصل الثانى
أحكام الوفاء

تمهيد :

لقد سبق أن تعرضت لتعريف مقابل الوفاء ، باعتبار أنه نتيجة لعلاقة قانونية خارجية مستقلة عن الورقة التجارية ، ونجد القانون التجارى المصرى ، قد تعرض لاحكام الوفاء ، ومكانه ، وزمانه ، وشروطه ، وهذا ما سنلقى الضوء عليه مع توضيح الوفاء بالواسطة ، وموقف الشريعة الاسلامية من هذه الاحكام .

المبحث الاول مشروعية الوفاء

أ - نصوص الوفاء ومكانه وزمانه :

لقد ورد فى القانون التجارى المصرى نصوصا متعلقة بالوفاء بقيمة الكمبيالة ، وذلك فى المواد من ١٤٢ - ١٥٦ - وهى أحكام تسرى على السند تحت الأمر ، وان كان المشرع التجارى قصد من ذكر هذه المواد الاستثناءات ، التى ترد على القواعد العامة فى القانون المدنى المصرى (١) .

---

(١) انظر الفصل الاول الوفاء - فى الباب الخامس انقضاء الالتزام فى القانون المدنى المصرى فى المواد من ٣٢٣ - ٣٤٩ .

وأن كان المشرع التجارى نص على الكمبيالة ، فان ذلك قصد ، على سبيل المثال ، لتسرى هذه الاحكام على الوفاء بقيمة السند للأمر ، وهذا الوفاء سواء حصل من المسحوب عليه أو أحد المظهرين ، أو الضامنين الاحتياطيين (١) ، وطالما كان هذا فى ميعاد الاستحقاق ، وهذا مانصت عليه المادة ١٤٤ — تجارى مصرى بقولها :

"من يدفع قيمة الكمبيالة فى ميعاد استحقاق دفعها بدون معارضة من أحد فى ذلك يعتبر دفعا صحيحا" — .

ومن خلال هذه المادة يتضح أن الدفع لايعد صحيحا الا اذا كان فى ميعاد الاستحقاق ، وتم دون اعتراض من أحد ، وكان من أحد الموقعين على الصك .

— مكان الوفاء وزمانه :

يعد تعيين مكان الوفاء من البيانات الاختيارية ، التى قد تذكر فى السند ، ولكن اذا اتفق فى السند على مكان معين للوفاء الى تعيين هذا المكان ، والتزم به المستفيد ، وهذا ما أوردته نص المادة ١/٣٤٧

---

(١) انظر حكم محكمة الاستئناف فى ١٩٠١/٦/١١ — المجموعة الرسمية الفهرست العشرية الاولى صفحة ٥٠ — رقم ٤١١ .

من التقنين المدنى (١) . أما اذا اشترط الدفع فى سجل مختار (٢) .

وهذا مانصت عليه المادة ١٠٧ تجارى بقولها :

" يجوز أن تسحب كمبيالة على شخص ، ويشترط فيها الدفع فى محل شخص آخر ويجوز سحبها أيضا بأمر شخص على ذمته " .

ومن خلال هذا النص يتضح أنه اشترط ، أن يتم حصول الوفاء فى محل شخص معين (٣) ، مع تكليف هذا الشخص باجراء الوفاء نيابة عن

---

(١) فقد نصت هذه المادة : " اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

(٢) صدر قانون فى فرنسا بتاريخ ٤ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يجعل تعيين المحل المختار فى الورقة التجارية ، اجباريا ، ويشترط تعيين هذا المحل فى أحد البنوك ، وقد وجهت ، لهذا القانون العديد من الانتقادات مما حدا بالمشرع الى الغاء القانون المذكور بالقانون الصادر فى ١٩٤٩/٧/٢٠١ .

(٣) د / محمد حسنى المصرى ـ الاوراق التجارية فى القانون المصرى سنة ١٩٦٧ ـ ص ٥٠

د / محسن شفيق ـ المرجع السابق ص ٣٤٢ .

د / سميحة القليوبى ـ الموجز فى القانون التجارى ص ٤٠٢

د / على جمال الدين عوض ـ القانون التجارى سنة ١٩٧٥ دار الحامى للطباعة ـ ص ٢٤٢ .

د / على يونس ـ الاوراق التجارية سنة ١٩٦٥ ـ دار الحامى للطباعة ص ٣٦١ .

المحرر ، وبهذا يوفر عليه مصاريف ، الانتقال لاجراء الوفاء بنفسه (١) .

أما اذا كان الخيار للمدين ، فوفقا للقواعد العامة يتم اعلان ارادته باختياره محلا معينا من المحال المتعددة ... للوفاء بالتزامه التخييرى (٢) ، ولا تحدث هذه الارادة أثرها ، الا اذا وصلت الى علم الدائن ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ٩١ مدنى .

أما زمان فقد نصت المادة ١٦١ من القانون التجارى بقولها :

" يجب على كل حامل كمبيالة ، أن يطلب دفع قيمتها فى يوم حلول الميعاد " .

من خلال هذا النص يتضح أنه يلوم المطالبة بالوفاء فى ميعاد الاستحقاق من قبل الحامل ، ولا يعد هذا حقا للحامل بل واجبا أيضا .

ولا يستطيع الحامل أن يجبر المدين على الوفاء قبل ميعاد الاستحقاق ، كما لا يستطيع المدين اجبار الحامل على قبول الوفاء قبل

---

(1) Cetiers, appelé lansloc vratique lomicilatire lait jouer unrole taut vassifle vaiement est à focire cheg lui ret nom varlui

ـ وهذه العبارة وردت فى كتاب ليون كان ورينو فى البند ٩٧ .

(٢) د / عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى ـ الطبعة الثانية ـ سنة ١٩٨٢م ـ ج٣ ـ ص١٧٨ .

ميعاد الاستحقاق ، وهذا مانصت عليه المادة ١٤٥ من القانون التجارى (١) .

وهذه المادة توجد عليها استثناءات منها — اذا ذكر المحرر ، بأنه يحق له الوفاء قبل ميعاد الوفاء ، أى التعجيل به (٢) ، كما يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على التنازل عن الاجل ، وتعجيل الوفاء ، وكذا اذا افلس محرر السند سقط الاجل ، وحق للحامل المطالبة بدينه ، قبل ميعاد الاستحقاق ، وهذا وفقا لمانصت عليه المادة ٢٧٣ مدنى (٣) .

ونذا فاذا سقط الاجل ، حق للحامل الرجوع على الملتزمين ، والضامنين بالوفاء بقيمة الصك ، وهذا قبل ميعاد استحقاقه .

ب — **شروط الوفاء وطرقاه :**

سبق أن استعرضت العديد من شروط الوفاء ، مبينا مدى ، صحة الوفاء فى الزمان والمكان ، ومن خلال ماعرضت له اتضح أنه لايمكن أن يجبر الحامل على غير مبلغ السند ، وهذا وفقا لمانصت عليه المادة ٣٤١ مدنى .

---

(١) وقد نصت هذه المادة على مايلى , :
"لايجبر حامل كمبيالة على استلامها قبل الاستحقاق" .

(٢) Focculté L ésomvte

(٣) وقد نصت هذه المادة على مايلى :
" يسقط حق المدين فى الاجل
١ — اذا شهر أفلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون . . الخ .

فاذا قبل الوفاء بشيك ورضى بارادته صح الوفاء ، وبرئت ذمة المدين ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادتان ٣٥٠ و ٣٥١ مدنى .

وقبول حامل السند الوفاء بشيك ، ثم تقدم به للبنك ، فاتضح عدم وجود رصيد - عدّ الوفاء ، كأن لم يكن ، ويجوز حينئذ للحامل الرجوع على المدين ، والمظهرين (١) .

أما اذا تم الوفاء جزئيا ، وان كان المدين لا يجبر عليه ولكنه من الجائز قبوله ، أو اذا وجد اتفاق على ذلك ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ٣٤٢/١ مدنى بقولها :

"لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه ، ما لم يوجد اتفاق ، أو نص يقضى بغير ذلك" .

ولم يقر المشرع التجارى ، ما ذهب اليه المشرع المدنى ، يحظر اجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئى ، ولكنه أجبره على القبول ، لان ذلك يعد وفاءا جزئيا لجزء من الدين يؤدى الى براءة ذمة المدين ، والضامنين المظهرين من هذا الجزء المدفوع .

وهذا ما ذهبت اليه المادة ١٥٥ تجارى بقولها :

---

(١) ولا يمكن أن يرجع على المظهرين ، ما لم يقم بتحرير بروتستو ضدهم فى المواعيد المقررة ، والا سقط حقه فى الرجوع على المظهرين .

"اذا عرض على حامل الكمبيالة فى ميعاد الاستحقاق بيع جزء من قيمتها ، فلا يجوز له الامتناع عن استلام ذلك الجزء ، ولو كان القبول شاملا لمبلغ الكمبيالة بتمامه ، وكل مايدفع من أصل قيمة الكمبيالة تبرأ منه ذمة ساحبها ، ومحيلها ، وعلى حاملها أن يعمل البروتستو على مابقى منها -١ .

ومن خلال هذا النص ، يتضح أنه متى تم الوفاء جزئيا (١) ، فلا يجبر الحامل على تسليم الصك (الورقة التجارية) مالم يتم الوفاء كليا .

ويمكن التدليل على الوفاء بقيمة الصك بكافة طرق الاثبات (٢) .

---

(١) الاستثناءات التى ترد على قاعدة عدم تجزئة الوفاء - انه يجوز للقاضى أن يمنح المدين السيء الحظ أجلا قضائيا للوفاء ، أو أن يأذن بتقسيط الدين على أزمنة معينة .

- انظر الدكتور / محمد صالح - أصول التعهدات - الطبعة الثالثة - مطبعة الاعتمادات - سنة ١٣٥٠هـ ١٩٣١م - ص ٨٢ .

(٢) حتى ولو كانت طرق الاثبات هذه ذات قوة محدودة كالبينة والقرائن القضائية ، فيمكن بهذه الطرق الاستدلال على سداد قيمة الصك .

- انظر د . عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ٢ - ص ٤٠٨ ، - حكم محكمة الاسكندرية المختلط - ١٩١٣/٧/٣١ - الجازيت السنة ٤ ص ١٠ ، واستئناف مختلط ١٩١٦/١/١٦ Bull السنة ٢٨ - ص ١١٥ .

وأطراف الوفاء هم الحامل ، والمسحوب عليه ، والساحب ، والمظهرين ، والضامنين الاحتياطيين ، كل هؤلاء يجب عليهم ، الوفاء بقيمة الصك في ميعاد الاستحقاق ، وفي المكان الذى اتفق على تحديده للوفاء .

جـ — آراء فقهاء المسلمين في الوفاء :

سبق أن أشرت الى تفريق الفقهاء بين المدين الموسر ، والمدين المعسر ، فالأول يدخل في نطاق الحرمة ، التى نص عليها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله :

" مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته " (١) .

ونستخلص من هذا الحديث أن مطل غير الغنى ليس بظلم ، بمفهوم المخالفة ، لمن قال بها من الفقهاء ويقصد بالغنى التمكن من الاداء ، وهو ممتنع عنه فحينئذ يجب على الحاكم بيع ماله وقسمته قسمة غرماء ، وهذا ماحدث من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين باع أموال معاذ ووزعها بين غرمائه .

أما اذا كان المدين معسرا ، فنجد الحض على النظرة ، الى الميسرة ، وهكذا يمكن أن تأخذه من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله :

---

(١) مسلم — فى صحيحه — على شرح النووى — المرجع السابق — المجلد الرابع — ص ٧٢ .

"من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة ، فلينفس عن معسر" (١)

ومن خلال هذا الحديث يفهم حض الاسلام على الوقوف بجانب المعسر ، وأن جمهور الفقهاء لا يحل عندهم حبس المدين ولا ملازمته ، ولا مطالبته حتى يوسر (٢) ، وهذا هو رأى الجمهور كما سبق أن أوضحناه

وكذلك اذا أحيل الدائن على ملىء فليتبع ، وهذا ما يقرره — مأ روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

" مطل الغنى ظلم ، واذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع (٣) . "

ومعنى فليتبع يمكن أن يؤخذ من قول الله عز وجل :

"ثم لا تجدوا لكم علينا به تبيعا" (٤)

ويؤخذ من هذا أن مذهب الجمهور ، على انه اذا أحيل على ملىء،

(١ـ٢) النووى فى شرحه على صحيح مسلم ـ المجلد الرابع ـ المرجع السابق ـ ص ٧٢
ـ وكرب بضم الكاف ، وفتح الراء جمع كربة ، ومعنى ينفس أى يمد ويؤخر المطالبة ، وقيل معناه يفرج عنه .

(٣) مسلم ـ فى صحيحه بشرح النووى ـ المرجع السابق ـ المجلد الرابع ـ ص ١٧٢ .

(٤) سورة الاسراء آية رقم ٦٩ .

استجب له قبول الحوالة (١) .

وحكم الحوالة ، وهذا مانصت عليه مجلة الاحكام العدلية ، فـــى المادة ٦٩٠ بقولها :

"حكم الحوالة هو انه يبرأ المحيل من الدين ، وكفيله من الكفالة أن كان له كفيل ، ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحـــال عليه واذا أحال المرتهن أحدا على الراهن فلايبقى له حق حبـــس الرهن ، ولاصلاحية توقيفه "ـ .

واذا تم الوفاء بقيمة المديونية ، أى سقط الحق فى مطالبة المديـن بهذا الدين (٢) ، وجاز للمحال عليه أن يرجع على المحيل .

---

(١) وقيل يحمل الامر الوارد فى الحديث على الندب ، وقال بعـض العلماء ـ القبول مباح ـ لا مندوب ، وقال بعضهم واجب ، وهذا مذهب داود الظاهرى وغيره
ـ انظر ـ المرجع السابق ـ النووى ـ بشرحه على صحيح مسلم ـ المجلد الرابع ـ ص ٧٢ .

(٢) وهذا مانصت عليه المادة ٦٩٢ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :
"ينقطع حق مطالبة المحيل بالمال به فى الحوالة المقيدة ، وليـس للمحال ـ عليه بعده أن يعطى المحال به للمحيل ، وان اعطـاه يضمن ، وبعد الضمان يرجع على المحيل . ولو توفى المحيل ـ قبل الاداء ، وكانت ديونه أزيد من تركته ، فليس لسائر الغرماء حـــق فى المحال به" .

المبحث الثانى : الوفاء بالواسطة والاسترداد

١ - ماهية الوفاء بالواسطة (١) وأثره :

ينتج عن عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية ، وذلك عند حلول ميعاد الاستحقاق ، تحرير محضر بروتستو ، مما يضر أبلغ الضرر بالحامل ، والضامنين .

فنجد أن الحامل يؤذيه عدم الوفاء ، وهذا يدفعه لاعلان البروتستو للضامنين ، ومقاضاتهم ، مطالبا اياهم بالوفاء وهذا مضر بهم أبلغ الضرر ، حيث انه فيه تشهير بهم ، وبسمعتهم التجارية ، والتى يحرصون على المحافظة عليها ، وقد حض المشرع التجارى الغير على الوفاء بقيمة الورقة التجارية ، ونظم هذه العملية بالمواد من ١٥٧ - ١٥٩ مخالفا فى ذلك ماذهب اليه المشرع المدنى باعتبار الوفاء من جانب الغير ، عمل غير مرغوب فيه (٢) .

أما المشرع التجارى فقد نظم عملية الوفاء بالواسطة ، واحاطها بعدة شروط هى كمايلى :

---

(1) Qocement nar internention

(٢) فقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى بأنه :
"فى الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق أو ستوجبت طبيعة الدين -
ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .
- يعنى أن للدائن أن يقف حيال الوفاء من الغير ويمنعه ، ويطالب بالوفاء من جانب المدين فقط .

١ــ أن يتم الوفاء بكامل قيمة الورقة ، ولا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى .

٢ــ أن يتم الوفاء بعد مواعيد الاستحقاق ، وتحرير محضر بعدم الدفع ، وقد يقع الوفاء فى اثناء تحرير محضر البروتستو .

٣ــ أن يتم الوفاء بالواسطة من جانب شخص غير مطالب ، بالوفاء بقيمة الورقة (أى بعيدا عن المظهرين ، أو الضامنين الاحتياطيين فيه) .

هذه الشروط هى التى قصد منها أن يتم توضيح صحة الوفاء فتخلف أى شرط منها يؤدى حتما الى عدم صحتها (١) .

وأثر هذا الوفاء بالواسطة يؤدى الى براءة ذمة جميع الملتزمين فى الورقة التجارية فى مواجهة الحامل ، وهذا لا يعنى نهاية حياة الالتزام الصرفى ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٨ تجارى بقولها :

"من دفع قيمة كمبيالة بطريق التوسط يحل محل حاملها ، فيجوز له من الحقوق ، ويلزم بما عليه من الواجبات فيما يتعلق بالاجراءات

---

(١) نجد أن المشرع التجارى قد أحال فى المادة ١٨٩ تجارى ــ على أحكام الكمبيالة المتعلقة بالوفاء بالواسطة

ــ انظر ــ د / محمد حسنى عباس ــ الاوراق التجارية فى القانون المصرى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٣

د / على يونس ــ الاوراق التجارية ــ ص ٢٧٩ .

اللازم استيفاؤها ، فاذا حصل هذا الدفع عند السحب ، تبرأ ذمة جميع المحيلين ، أما اذا كان عن احدهم فتبرأ ذمة من بعده منهم " .

ومن خلال هذا النص يتضح جوانب التشجيع التى قررها المشرع التجارى للمتوسط فى الدفع ، ليحفزه ويشجعه على القيام بهذا العمل ، وجعله يحل محل الحامل فى كافة حقوقه ، وواجباته ، ألا انه لا يحل محل المسحوب عليه (١) ، وقد ثار خلاف حول التزام القابل بالواسطة التزاما صرفيا ذاتيا ومستقلا ، أم أنه يعتبر مجرد كفيل عن من التزم عنه ، ويعطى نفس حقوقه ، ولا يزيد عنها وهذا ما أرجحه (٢) .

٢ - الوفاء بمقابل : Loction en vociement

ويقصد بهذا أن يتم الوفاء بشىء غير المتفق عليه ، حتى ولو كانت قيمته أعلى من المبلغ الموجود فى السند للأمر .

ولكن لا يجبر الحامل على قبوله - ولكن يجوز له أن يقبل ، وهذا

---

(١) د / محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - الاوراق التجارية - المرجع السابق - ص ٤٣٦ .
- د / على يونس - الاوراق التجارية - ص ٢٨٦ .

(٢) لان التزام القابل بالواسطة ، لا يخرج عن كونه فى نطاق الوكالة أو الفضالة - والوكالة لا تعطى حقا للوكيل أزيد مما للاصيل ، لانه يستمد وكالته منه ، وما هو الا سفير ومعبر عن ارادته .

مما أشارت اليه المادة ٣٤١ مدنى بقولها :

"الشىء المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء فلايجبر الدائن على قبول شىء غيره ، ولو كان هذا الشىء مساويا له فى القيمة ، أو كانت له قيمة أعلى " .

يؤخذ من هذا النص جواز أن يقبل الحامل بمحض ارادته الوفاء بمقابل (١) ، كما اذا قبل الوفاء عينا مثل منقول ، أو عقار - كبديل لمبلغ السند ، ويعد هذا الوفاء مبرئا لذمة المحرر ، والضامنين ، والمظهرين ، وكافة الموقعين على الورقة التجارية ، كما أنه يعتبر هذا الوفاء عندئذ كأنه يوفى بذات الشىء المتفق عليه .

ولكن هذا الوفاء لايعتد به ، اذا كان فى فترة الريبة ، قبل شهر الافلاس ، وواجب الابطال ، وفقا لما نصت عليه المادة ٢٢٧ من القانون

---

(١) واذا تم انقضاء الدين بسبب غير الوفاء ولو بالنسبة الى أحد الدائنين يجعله منقضيا بالنسبة الى الباقى وذلك فى الالتزام غير القابل للانقسام .

- انظر - الدكتور / عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - فى شرح القانون المدنى - الجزء الثالث - ص ٤٥٦ - المرجع السابق .

التجارى (١) .

وكذلك أيضا ، اذا أعطى شيكا ، ولم يكن له رصيد ، لم يعد هذا وفاءا من جانبه ، ولا يعتد بهذا الشيك ، مالم يتم تحصيله .

---

(١) وقد نصت هذه المادة بقولها :
"اذا حصل من المدين بعد الوقت الذى عينته المحكمة انه وقت وقوفه عن دفع الديون ، أو فى ظرف الايام العشرة ، التى قبله عقد تبرعا بنقل ملكية منقول ، أو عقار ، أو اذا وفى دينا لم يحل أجله بنقود أو بحوالة ، أو بيع أو بتخصيص مقابل الوفاء ، أو بمقاصة ، أو بغير ذلك فيكون جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغيا .. الخ .

ـ انظر حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٥/١١/٢٩ ـ المحاماه السنة ٧ ـ ص ٢١٢ رقم ١٥٣ ـ والمجموعة الرسمية الفهرس العشرى الثالث ، ص ٤٣ رقم ٣٢٩ .

ـ حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٩/١٢/١٨ ـ المحاماه السنة ٢٠ ـ ص ٤٣٥ ـ رقم ٢١٥ .

ـ عبد المعين لطفى جمعه ـ موسوعة القضاء فى المواد التجارية ـ ص ٤٢٤ .

٣ـ آراء الفقه الاسلامي في الابراء وأثره :

ـ تعريف الابراء لغة :

يقال برأ (برئ) منه ، ومن الدين ، والعيب ، وأبرأه من الدين ، وبرأه تبرئة وتبرأ (١) .

ـ تعريف الابراء في الاصطلاح :

ذهب صاحب مجلة الاحكام العدلية في المادة ١٥٣٦ بأن "الابراء على قسمين ـ الاول ابراء الاسقاط ، الثاني الابراء الاستيفاء .. الخ " (٢) .

والابراء هو عبارة عن الصلح عما استحق بعقد المداينة سواء بالاسقاط ، أو بالاستيفاء .

---

(١) الرازي ـ مختار الصحاح ص ٤٥ ـ باب الباء فصل الراء ومايثلثهما

(٢) وقد عرفت هذه المادة نوعي الابراء بقولها :
"أما ابراء الاسقاط ـ فهو أن يبرئ أحد الاخر باسقاط تمام حقه الذي هو عند الاخر ، أو بحط مقدار منه عن ذمته ، وهو الابراء المبحوث عنه في كتاب الصلح هذا ابراء الاستيفاء فهو عبارة عن اعتراف ـ أحد بقبض ، واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الاخر ، وهو نوع من الاقرار " .
ـ داماد افندي ـ مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ـ المجلد الثاني ـ ص ٢١٥ .

— مشروعية الابراء :

الابراء مشروع بالكتاب ، والسنة ، والاجماع .

— أما الكتاب :

فقد قال الله عز وجل :

"ولا تأكلوا أموالكم بينكم .." (١)

أى ولا تأكل بعضكم مال بعض بالوجه الذى لم يبحه الله تعالى (٢) فاذا رضى الانسان بالصلح (٣) ، وابراء أخيه مما عليه من دين ، عند هذا ليس أكلا لأموال الناس بالباطل .

— أما السنة :

ما روى عن عبد الله بن أبى قتادة ، أن ابا قتادة ، طلب غريما

---

(١) سورة البقرة آية رقم ١٨٨ .

(٢) البيضاوى — فى تفسيره — المجلد الاول — المرجع السابق — ص ١٣٩ .

(٣) يقول الشوكانى — يجاب بأن الرضا بالصلح مشعر بطيبة النفس ، فلا يكون أكل أموال الناس بالباطل .
— انظر — الشوكانى — نيل الاوطار — الجزء الخامس ، ص ٢٥٥

له فتوارى عنه ، ثم وجده ، انى معسر فقال — الله — قال — الله — قال فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة ، فلينفس ، عن معسر ، أو يضع عنه " (١) .

وجه الاستدلال من الحديث :

أن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة ، فلينفس عن معسر " (٢) .

ومعنى ينفس أى — يمد ، ويؤخر المطالبة ، وقيل معناه ، يفرج عنه ، أو يضع عنه دينه ، وهذا يكون بالا براء .

---

(١) مسلم — فى صحيحه — المجلد الرابع — طبعة الشعب — ص ٧٢ ما روى عن ابى عمر رضى الله عنهما ، أخبره ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم — قال :
"المسلم أخو المسلم لا يظلمه ، ولا يسلمه ، ومن كان فى حاجة أخيه كان الله فى حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة — ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة .
— البخارى — فى صحيحه — جـ ٣ — ص ١٦٨ .

(٢) النووى — بشرحه — على صحيح مسلم — المرجع السابق — ص ٧٢ .

ـ أما الاجماع :

فقد أجمعت الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على جواز الابراء من الدين ، ويؤيد هذا ما روى عن عمرة بنت عبد الرحمن ، قالت سمعت عائشة تقول ـ سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عاليه أصواتهما ، واذا أحدهما يستوضع الاخر ، ويستوفقه في شيء ، وهو يقول ، والله لا ـ أفعل ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما ، فقال ـ أين المتألى على الله لا يفعل المعروف ؟

قال ـ أنا يارسول الله ـ فله أى ذلك أحب" (١)

يتضح من ثنايا هذا الحديث أن أحدهما يستوضع الاخر ، ويستوقفه أى يطلب منه أن يضع عنه بعض الدين ، وقد اعتبره الرسول صلى الله عليه وسلم انه متألى على الله ، أى يحلف على ترك المعروف والقاعدة أنه يستحب لمن حلف لا يفعل الخير ـ أن يحنث ، ويكفر عن يمينه " (٢) .

---

(١) مسلم ـ في صحيحه على شرح الامام النووى ـ المجلد الرابع ـ ص ٦٤ وما بعدها .

ـ وروى هذا الحديث البخارى في صحيحه عن الليث متصل السند .

(٢) انظر ـ النووى ـ في شرح على صحيح مسلم ـ المجلد الرابع ـ المرجع السابق ـ ص ٦٥ بالهامش .

أى أن الحديث اعتبر من يسترفق بدينه ، ويستوضح (١) له يعتبر أنه فعل خيرا ، يستوجب أن يعذروا الناس حذوه " . ولا يشترط فى الابراء كمال الاهلية بالنسبة للمدين ، بسبب أن الابراء بالنسبة له يعد من التصرفات النافعة نفعا محضا لا يحتاج فيه لكمال الاهلية — .

ويعتبر أثر الابراء بالنسبة للنوع الاول من الابراء ، وهو الذى قصد منه الابراء للاسقاط الذى يقصد منه أن يبرئ أحد الاخر باسقاط تمام حقه ، أى صتصبح علاقة المديونية منتفية نهائيا بالابراء للاسقاط أما الابراء للاستيفاء قصد منه — أن الدائن ، قد استوفى كامل حقه ، وبهذا يكون الاثر انتفاء علاقة المديونية فى كلا النوعين بين الدائن والمدين .

---

(١) ذهب صاحب المحلى بان الاقرار بالصلح ، فاما أن يكون فى المال فلا يجوز الا بأحد وجهين لا ثالث لهما — أما أن يعطيه ماله عليه ، ويبرئه ، الذى له الحق من باقية باختياره ، ولو شاء أن يأخذ ما أبرأه منه لفعل .

فهذا حسن جائز بلا خوف ، وهو فعل خير .

— ابن حزم الظاهرى — المحلى — الجزء الثامن — دار الاتحاد للطباعة — سنة ١٣٨٩هـ ١٩٦٩م — ٦١٧ .

الفصل الثالث : الامتناع عن الوفاء

تمهيد :

اذا عجز أو امتنع عن الوفاء محرر الورقة التجارية ، استوجب هذا أن يرجع الحامل على الملتزمين سواء أكان هؤلاء الملتزمون مظهرين ، أو ضامنين احتياطيين ، وأوجب المشرع التجارى طريقا محددا لرجوع الحامل عليهم ، وذلك باثبات امتناع المحرر عن الوفاء ، مما يستوجب معه تحرير محضر بروتستو عدم الدفع .

وأثار هذا البروتستو ، ومما سنعرض له على سبيل الالماح الافلاس والتفليس ، وموقف فقهاء المسلمين من كل ذلك .

المبحث الاول : عدم وجود مقابل وفاء

١ — تحرير بروتستو عدم الدفع :

فقد نص عليه المادة ١٦٢ تجارى بقولها :

"الامتناع عن الدفع يلزم اثباته بعمل بروتستو عدم الدفع فى اليوم التالى لحلول ميعاد الاستحقاق ، وتزداد عليه مدة المسافة ..الخ .

ومن خلال هذا النص يتضح أنه يلزم تحرير محضر بروتستو ورقة

رسمية يقوم بتحريرها أحد المحضرين (١) وذلك من أجل أن يثبت امتناع المدين عن الدفع بتحرير بروتستو عدم الدفع محافظة بذلك عن حقه بالرجوع على الضامنين ، وقصد من اثبات امتناع المدين عن الدفع على يد أحد الموظفين العموميين ، التشهير بالمدين ، وتلويث سمعته التجارية مما يؤدى الى ضعف ائتمانه باذاعة توقفه عن الدفع ، وامتناعه عن الوفاء وبذلك ينفر الناس من التعامل معه ، مما يسىء الى سمعته فى السوق ، ويلزم لتحرير محضر البروتستو ، أن يكون فى اليوم التالى لتاريخ الاستحقاق(٢)

---

(١) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية بقولها :

"اذا لم يقم حامل السند تحت الاذن المعتبر عملا تجاريا بعمل البروتستو فى الميعاد فأنه تسرى عليه جميع قواعد القانون التجارى الخاصة بالكمبيالات ، ومن ثم فليس لحامل ذلك السند فى هذه الحالة الرجوع على المحيلين عملا بالمادة ١٦٩ — تجارى"

— محكمة الاسكندرية الابتدائية استئناف ١٩٢٤/٦/٢٤ — المجموعة الرسمية — الفهرس العشرى الثالث — ص ١٢٩ رقم ٩٨٤)

(٢) انظر حكم محكمة السيده بقولها:

"ان القاعدة التى نص عليها قانون التجارة فى المواد ١٦١ ، ١٦٨ ومابعدها والتى تحتم اجراء البروتستو فى اليوم التالى لتاريخ الاستحقاق ، هى قاعدة الزامية لايجوز مخالفتها قانونا فيعتبر باطلا وكأنه لم يكن كل بروتستو تحرر فى يوم سابق أولا حق على ذلك التاريخ المحدد .

— محكمة السيده الجزئية فى ١٩٤٠/١/٢٨ — المجموعة الرسمية ، السنة ٤٣ ، العدد الاول — ١٨) ، حكم محكمة مصر التجارية الجزئية فى ١٩٤١/٤/١٩ — المجموعة الرسمية السنة ٤٢ — العدد العاشر رقم ٢٦٩) .

وعادة لا يستسلم التاجر للبروتستو ، الا اذا عجز فعلا عن الوفاء ، مما استوجب الوقوف عن الدفع المؤدى فى نهاية الامر الى شهر الافلاس وتحرير البروتستو شرطا للرجوع على المظهرين (١) .

والذى يقوم بتحرير البروتستو ، هو من يملك السند ، فبناء على طلبه يتم تحرير محضر البروتستو ، أو بناء على طلب من ظهر له على سبيل التوكيل ، وكذا أيضا اذا ظهر السند على سبيل الرهن ، فيكون للدائن المرتهن ، طلب تحرير البروتستو .

والمكان المخصص لعمل البروتستو وفقا لما نصت عليه المادة ١٧٤ تجارى بقولها :

" فى محل من كان عليه دفع قيمة الكمبيالة ، ومن تعهد بدفع قيمتها عند الاقتضاء ، أو محل من قبل الكمبيالة بطريق التوسط ويجوز اثبات جميع ذلك فى ورقة واحدة " .

ووفقا لهذا النص يكون المكان الذى يحرر فيه بروتستو عدم الدفع فى الكمبيالة ، هو موطن اقامة المسحوب عليه ، وفى السند للامر موطن اقامة المحرر ، ومن يلزم عليه دفع قيمة الصك (٢) ، ويحرر البروتستو فى

---

(١) الا اذا أقترن بشرط الرجوع بلا مصاريف — انظر نص المادة ١٦٣ تجارى .

(٢) ويعد هذا خروجا على نص المادة ١٠ من قانون المرافعات القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

موطن التاجر ، أى فى مركز تجارته ، أو فى محله المختار ، اذا حـــدد لتجارته محلا مختارا له يلزم تحرير البروتستو فيه .

ومصاريف البروتستو تقع على عاتق المدين ، وقد ، جرى العمل فى المحاكم على أن من يقوم بدفعها هو حامل الصك على أن يطالب بهـــا المدين .

٢ ــ آثار البروتستو :

اذا قام الحامل بتحرير البروتستو ، وكان صحيحا ، ووفقا للمواعيد المنصوص عليها قانونا ، نتج عن ذلك آثار من أهمها مايلى :

أولا : حماية حق الحامل فى الرجوع على الضامنين (١) وذلك بعد تحرير محضر البروتستو .

ثانيا : بدء سريان الفوائد القانونية على قيمة السند ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ١٨٣ تجارى ، حيث انها أعطت الحامل الحق فى المطالبة بما يلى :

---

(١) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية بقولها :
" اذا لم يقم حامل السند تحت الاذن المعتبر عملا تجاريا بعمل البروتستو فى الميعاد فانه تسرى عليه جميع قواعد القانون التجارى الخاصة بالكمبيالات ، ومن ثم ، فليس لحامل ذلك السند فى هذه الحالة الرجوع على المحيلين عملا بالمادة ١٦٩ تجارى " .

— محكمة الاسكندرية الابتدائية — استئناف ١٩٢٤/٦/٢٤ المجموعة الرسمية — الفهرس العشرى الثالث ص ١٢٩ رقم ٩٨٤ ١ .

— محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٣١/١/١٤ — المحاماه السنة ١١ ، ص ٩٩١ رقم ٤٩٩ .

— د / على يونس — الاوراق التجارية — ص ٤١٠ .

— د / محسن شفيق — القانون التجارى المصرى — الاوراق التجارية المرجع السابق — ص ٤١٢

د / على جمال الدين عوض — القانون التجارى — المرجع السابق — ص ٢٤٨ .

د / سميحة القليوبى — الموجز فى القانون التجارى ص ٤١٥ وما بعدها .

١) أصل قيمة الورقة التجارية ، والفوائد (١) الاتفاقية ، اذ نص عليها فى الورقة .

٢) الفوائد القانونية عن أصل قيمة الورقة التجارية ، محسوبة من يوم البروتستو ، وفقا لما نصت عليه المادة ١٨٧ تجارى .

٣) المصاريف القانونية كأجرة الخطاب ، وكذا مصاريف البروتستو بجانب رسوم الدعوى ، وغيرها ، وفقا لما نصت عليه المادة ١٨٣ تجارى ، وكذا أيضا فوائد مصاريف البروتستو ، وفرق السعر فى الرجوع ، وغير ذلك من المصاريف المقبولة قانونا ، وفقا لنص المادة ١٨٨ تجارى .

٤) فرق سعر الصرف لاختلاف الجهة ، التى كانت الورقة واجبة الدفع فيها عن الجهة ، التى تم فيها الوفاء ، نص المادة ١٨٣ تجارى .

٣ــ آراء فقهاء المسلمين فى الحجر على المدين :

لقد اختلف الفقهاء فى تصرفات المدين من حيث البيع والشراء ، والتبرعات ، هل يمنع مطلقا أم لا ؟

---

(١) لا تقر الشريعة الاسلامية قواعد الفائدة الوارد ذكرها فى القانون التجارى ، والمدنى لانها تعد ربا والربا حرام .

فقد ثار الخلاف بينهم ، وهاك أقولهم :

أ ـ الحنفيـة :

(قال أبو حنيفة ـ رحمة الله تعالى ـ لا أحجر فى الدين ، واذا وجبت ديون على رجل ، وطلب غرماؤه حبسه ، والحجر عليه لم أحجر عليه ـ لان فى الحجر عليه اهدار اهليته ، فلايجوز ذلك لانه دفع لضر خاص) (فان كان له مال ، لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ، ولانه تجارة لاعن تراض فيكون باطلا بالنص ، و (ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه فـــى دينه) .

ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه (وقال أبو يوسف ، ومحمد ابـــن الحسن ـ اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه ، ومنعـه من البيع والتصرف ، والاقرار حتى لايضر ، بالغرماء) (١) .

والى قول أبو يوسف ومحمد مال صاحب مجلة الاحكـــام ،

---

(١) المرغيناني ـ الهداية ـ الجزء الثالث ـ ص ٢٨٥ .

العدلية (١) ، حيث نص في المادة ٩٩٨ على مايلي :

"لوظهر عند الحاكم مماطلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدرا ، وطلب الغرماء بيع ماله ، وتأدية دينه حجر الحاكم ماله ، واذا أمتنع من بيعه ، وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه ، فيبدأ بما بيعه أهون في حق المديون بتقديم النقود أولا ، فان لم تف ، فالعروض ، وان لم تف العروض أيضا ، فالعقار)" .

---

(١) اما اذا كان المدين مفلسا ، فقد نصت المادة ٩٩٩ على كمايلي :

"المديون المفلس الذي دينه مساو لماله ، أو أزيد اذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة ، أو أن يخفيه ، أو يجعله باسم غيره ، وراجعوا الحاكم ليحجره من التصرف في ماله ، أو اقراره بدين لاخر ، حجره الحاكم ، وباع أمواله ، وقسمها بين الغرماء ، ولكن يترك له من الالبسه مايحتاج اليه ، وان كان للمديون ثياب - ثمينة ، وكان يمكن الاكتفاء بما دونها ، باعها واشترى له من ثمنها ثيابا رخيصة تليق بحاله .

وأعطى باقيها للغرماء أيضا ، وكذلك ان كان له دار ، وكان يمكن الاكتفاء وبما دونها باعها ، واشترى من ثمنها دارا مناسبة لحال المديون ، واعطى باقيها للغرماء .

ب — المالكية :

ذهب ابن رشد الى " ان الحالة الثانية تفليس عام ، وهو قيام الغرماء عليه ، ولهم سجنه ومنعه ، حتى من البيع ، والشراء ، والاخذ ، والعطاء نص عليه ابن رشد ، ويقبل اقراره لمن لا يتهم عليه ، اذا كان مجلس واحد ، أو قريبا ، بعضه من بعض" (١) .

وورد في خاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، انه ومن أسباب الحجر للدين ، وأراد به الفلس لاجل الدين (٢) .

كما يقرر صاحب الشرح الكبير من فقهاء المالكية — ان حالة ، المدين لا يخلو من ثلاثة احوال :

الحالة الاولى :

من احاط الدين بماله قبل التفليس ، فلا يجوز له في هذه الحالة اتلاف شيء من ماله بغير عوض ، ولا يجوز منه التبرعات المالية ، ولا يلزمه عتق وحبس ، ولا اقرار بدين ، وللغرماء منع من أحاط الدين بماله من التصرف — .

---

(١) احمد بن محمد الصاوى المالكى — بلغة السالك — ج٢ ص ٦٠١ — ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — طبعة الحلبى سنة ١٣٧٠هـ ١٩٥٠م — ص٢٨٤ .

(٢) الدسوقى — على الشرح الكبير للدردير — ج٣ — ص٢٦٢ .

الحالة الثانية :

قيام الغرماء عليه فيسجنونه ، أو يقومون عليه فيستتر منهم ، فمايجدونه يحولون بينه وبين ماله ، وكافة التصرفات ، التى تؤدى الى الضـــــرر بالغرماء .

الحالة الثالثة :

حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء (١) .

جـ ـ الشافعية :

ذهب الشيرازى الى أنه اذا :

" ركبته الديون ، ورفعه الغرماء الى الحاكم ، وسألوه أن يحجـــر عليه ، نظر الحاكم فى ماله ، فان كان له مال يفى بالديون ، لم يحجـــر عليه ، لانه لاحاجة به الى الحجر ، بل يأمره بقضاء الدين على مابيناه ، فان كان ماله لايفى بالديون حجر عليه ، وباع ماله عليه " (٢) .

وذهب الخطيب من الشافعية بقوله :

" أما الاكراه بحق ، فيصح اقامته لرضا الشرع مقام رضاه ، وصـــوره

---

(١) الدردير ـ الشرح الكبير للدردير ـ جـ٣ ص٢٦٣

(٢) الشيرازى ـ المهذب فى مذهب الامام الشافعى ـ طبعة الحلبـــى جـ١ ص٣٢٠ .

فى الروضة بمن توجد ، عليه دين ، وامتنع من الوفاء والبيع ، فان شاء القاضى باع ماله بغير اذنه لوفاء دينه ، وان شاء عزره ، وحبسه الى أن يبيعه (١) .

وذهب أبى يحيى زكريا الانصارى الشافعى بأنه :

" من عليه دين أدمى لازم حال زائد على ماله حجر عليه ، أو على وليه وجوبا " (٢) .

وذلك بطلبه أو طلب غرمائه .

د ـ الحنابلة :

ذهبوا الى أنه :

" لم يقدر على وفاء شىء من دينه لم يطالب به ، وحرم حبسه ، وملازمته ـ وأن عرف له مال سابق الغالب بقاؤه ، أو كان أقرب بالملاءة حبس ان لم يقم بينه تخير بحاله ـ وان أبى القادر وفاء الدين الحال ،

---

(١) محمد الشربينى الخطيب ـ مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ـ مطبعة الحلبى ـ سنة ١٣٥٢هـ ١٩٣٣م ـ جـ ٢ ص ٨ .

(٢) أبى يحى زكريا الانصارى ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب جـ ١ ص ٢٠١ .

حبس بطلب ربه ، ولا يحبس بدين مؤجل ، لانه لا يلزمه أداؤه قبل حلوله ، ولا يحجر عليه من أجله .

ومن ماله لا يفى بما عليه — من الدين (حالا — وجب) على الحاكم ، الحجر عليه بسؤال غرمائه كلهم ، أو بعضهم (١) .

د — الظاهرية :

وذهب صاحب المحلى بقوله :

"ومن ثبت للناس عليه حقوق من مال ، أو مما يوجب غرم مال ببينة عدل ، أو باقرار منه صحيح — بيع عليه كل ما يوجد له ، وأنصف الغرماء ، ولا يحل أن يسجن أصلا ، الا أن يوجد له من نوع ما عليه فينصف الناس

---

(١) منصور البهوتى — الروض المربع شرح زاد المستقنع جـ٢ ص ٢١٥ وما بعدها — قال صاحب المغنى :

" ومتى لزم الانسان ديون حالة لا يفى ماله بها ، فسأل أحد غرمائه الحاكم الحجر عليه لزمته اجابتهم ويستجب أن يظهر الحجر عليه ليتجنب الناس معاملته ، فاذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام أحدها — تعلق حق الغرماء بعين ماله ، الثانى منع تعرفه فى عين ماله — الثالث — أن وجه ماله فهو أحق به من سائر الغرماء — اذا وجدت الشروط — الرابع أن للحاكم بيع ماله ، وايفاء الغرماء .

— ابن قدامه الحنبلى — المغنى — جـ٤ — ص ٤٥٦ .

منه بغير بيع ، كمن عليه دراهم ووجدت له دراهم ، أو عليه طعام ، ووجد له طعام ، وهكذا في كل شيء (١) .

اذن الظاهرية يوافقون على الرأى القائل بجواز بيع ماله بدون رضاه ، طالما ثبت للناس عليه حقوق من مال ، أو غيره .

وهذا يتمشى مع رأى الشافعية ، والذى سبق التعرض له .

أدلة القول الاول :

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى :

"لا أحجر في الدين — لان في الحجر اهدار أهليته" (٢) .

مناقشة الدليل :

وقد تكفل بالرد على هذا أبو يوسف ، ومحمد بقولهما أن عدم الحجر عليه من قبل القاضى ، يؤدى الى التصرف والبيع (٣) ، والاقرار ،

---

(١) ابن حزم — المحلى — الجزء الثامن — دار الاتحاد العربى للطباعة سنة ١٣٨٩هـ ١٩٦٩م — جـ٨ — ص ٦٢٤ .

(٢) المرغيناني — الهداية — جـ٣ — ص ٢٨٥ .

(٣) وقصد بالبيع — التصرف بأقل من ثمن المثل — أما البيع بثمن لا يبطل حق الغرماء .
— المرغيناني — المرجع السابق — جـ٣ — ص ٢٨٥ .

وهذا يضر بالغرماء ، وقد أجازوا الحجر على السفيه لعدم قدرته على التصرف ، وانما جوازه نظرا لحاله .

الدليل الثانى :

ولا يتصرف الحاكم فى ماله ، لانه نوع حجر ـ ولأنه نوع حجر ـ ولانه تجارة لا عن تراض ـ فيكون باطلا بالنص(١) .

مناقشة هذا الدليل والرد عليه :

قد تكفل بالرد على هذا الدليل الخطيب من الشافعية ـ أما الاكراه على التصرف بحق ، فيصح لاقامة رضا الشرع ، مقام رضاه (٢) ، وبهذا يكون تصرف الحاكم فى مال المدين ، قصد به اقامة رضا المدين محافظة على مال الغرماء من التبديد .

أدلة القائلين بجواز الحجر على المدين :

ومنع المدين من التصرفات المالية بيعا ، وشراءا وتبرعا ، (٣) .

---

(١) المرغينانى ـ المرجع السابق جـ٣ ص ٢٨٥

(٢) الخطيب ـ مغنى المحتاج ـ المرجع السابق ـ الجزء الثانى ـ ص ٨

(٣) يرى صاحب المحلى بأن سجنه مع القدرة على انصاف غرمائه ظلم له ولهم معا " ـ ابن حزم ـ المحلى ـ جـ٨ ـ ص ٦٢٤ .

ـ الدليل الاول :

ما روى عن عبد الرحمن بن كعب قال ـ كان معاذ بن حنبل ، شابا سخيا ، وكان لا يمسك شيئا ، فلم يزل يدان ـ حتى أغرق ماله كله في الدين ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فكلمه ليكلم غرماءه ، فلو تركوا الاحد ، لتركو لمعاذ ، لاجل رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم لهم ماله ، حتى قام معاذ بغير شيء " (١) (رواه سعيد في سننه مرسلا هكذا) (٢) .

(١ـ٢) الشوكاني ـ نيل الاوطار جـ٥ ـ ص ٢٢٤ ومابعدها
ـ وهذا الحديث اخرجه أبوداود وعبد الرزاق ، وقال عبد الحق ، المرسل أصح ، وقال ابن الطلاع في الاحكام هو الحديث ثابت ـ المرجع السابق ـ نيل الاوطار جـ٥ ص ٢٤٥

ـ ويؤخذ من هذا الحديث جواز سجنه مع القدرة على انصاف غرمائه ظلم له ولهم ـ وحكم بما لم يوجبه الله تعالى قط ، ولا رسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان للرسول الله صلى الله عليه وسلم سجن قط ، و وقد اعرض على ذلك بان سيدنا على بن أبي طالب حبس الرجل في السجن بعد مايعرف ماعليه ، من الدين ظلم ـ انظر ابن حزم ـ المحلى جـ٨ ص ٦٢٤ .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

وقد استدل بهذا الحديث على جواز الحجر على المدين الذى أحاط الدين بماله .

ويعتبر هذا الحديث حجة على أبى حنيفة القائل بعدم جواز الحجر على المدين ، ولا يباع ماله - وان كان استدلاله بحديث "لا يحل مال أمرئ مسلم .. الخ " (١) .

وهو مخصص بحديث معاذ المذكور ، فلا تعارض بينهما . واذا لم يتم الحجر على المدين ، فهو فى هذا العصر ، يستطيع أن يقوم المدين بتهريب أمواله ، طالما أنه لن يتعرض لعقوبة السجن ، وضابط هذا الامر على قانون ، لا تكون فيه مظلمة على أحد من الطائفتين ، وذلك قانون لا يعرف الا بالضبط للاوقات ، ومقادير الاحوال ، وحال الرجال - فالقول بان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لم يقم بسجن أحد ، ولم يكن له سجن قط" (٢) فهذا مرجعة استقامة حال الناس ، وعدم احتياجهم لهذا النوع من العلاج وقتذاك .

(١ ، ٢) ابن حزم المحلى - الجزء الثامن - ص ٦٢٤ .

القول الراجح :

أقول والمتمحص فى تلك الادلة بعين الحكمة ، يرى أن المذهب الراجح هو القائل بجواز الحجر على المدين ، ومنع تصرفه ، وذلك للاسباب الاتية :

١ــ أن ما أستدل به المجوزون ثبت صحته ، وما ورد عليه مردود .

٢ــ أن قواعد التشريعة قصد بها وقع الضر (١) ــ وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

" لاضرر ولا ضرار " (٢)

والحجر على المدين ليس فيه ضرر ، وانما قصد به حفظ مال الدائن .

٣ــ لو ترك المدين المفلس ــ الذى أحاط الدين بماله هو وشأنه دون الحجر عليه ، لادى ذلك الى ضياع الحقوق ، على أصحابها ، ولادى ذلك لتذرع كثير من الناس الى الدين ، وذلك من أجل أكل أموال الناس بالباطل ، ولاشك أن فى الحجر على المدين دفعا لضرر أصحاب الدين ، وأزالة الحجر عن المدين بالعجز عن السداد ، وسد الذريعة أكل أموال أصحاب

---

(١) السيوطى ــ الاشباه والنظائر ــ ص ٧٥

(٢) أحمد بن رجب الحنبلى ــ جامع العلوم والحكم ــ ص ٢٦٥ .

الدين بالباطل ، فالحجر فى الحقيقة رحمة ، بالجميع . . " .

وهذه الادلة وان كانت نصا فى المطذكور ، ولكنها مشتملة ، للاناث أيضا من باب عموم الخطاب للمكلفين (١) .

المبحث الثانى : شهر الافلاس وأثـــره

لقد استوجب القانون التجارى فى حكم شهر الافلاس ، فضلا عن القواعد العامة المتعلقة بالاحكام — قواعد الخاصة ، وهى تشتمل على بيانات محددة .

أولا : أن يتم تعيين تاريخ التوقف عن الدفع :

فاذا لم يحتو الحكم على ذلك — بتوضيح خاص — اعتبار أن المدين متوقف عن سداد ديونه من تاريخ اصدار الحكـــم بشـــهر

---

(١) استاذى الدكتور : رمضان حافظ عبد الرحمن — رسالة دكتوراه — موقف علماء الشريعة عن المرأة فى الولايات والمعاملات سنـــة ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م مقدمة لكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر — ص ٤٢٣ .

الافلاس(١) ، أما اذا تم اصدار الحكم بعد موت التاجر المدين المفلس(٢) اعتبر تاريخ التوقف عن الدفع يوم موته .

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة بأنه " لا يمكن تعرف تاريخ التوقف عن الدفع الا بعد أن يثبت عجز المدين عن الوفاء بدينه الثابت بلا منازعة ، ولا يتجلى هذا التوقف الا فى حين مطالبته بالوفاء بالدين ، أى عند اعلان الحكم الابتدائى مادام ليس فى الدعوى ما يبرر ارجاع هذا التوقف لتاريخ سابق —.

— (محكمة استئناف القاهرة — الدائرة التجارية والضرائب ٢٦ / ٤ / ١٩٥١م رقم ٣٦٠ سنة ٦٧ق) — وحكم استئناف مصر فى ٣١ / ١ / ١٩٣٧ .

— المجموعة الرسمية — السنة ٣٩ ، العدد الثانى رقم ٤٠) .

(٢) وتنص المادة — ١٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على مايلى :

"اذا أفلس المدين ، أو مات حل ماعليه من دين مؤجل ، الا أن يشترط على رب الدين عدم حلوله بهما .

— ولا يحل بتفليسه ، أو موته ماله على غيره من دين مؤجل الا أن يشترط عليه حلول بهما .

ثانيا : أن يتم تعيين سنديك :

تقوم المحكمة بتعيين سنديك (١) ، أو اكثر حسب حجم التفليسه ويكون هذا السنديك ، وكيلا عن جماعة الدائنين ، وذلك بصفة مؤقتة .

ثالثا : أن يتم تعيين مأمور التفليسة :

تقوم المحكمة بتعيين أحد قضاتها مأمورا للتفاليسة (٢) ، بحيث يلاحظ ، ما يقوم به السنديك .

---

(١) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى تعريفها للسنديك بأنه "سنديك التفليسة هو الممثل القانونى لمجموعة الدياتة فالحكم الصادر كطلب السنديك لا يمكن اعتباره فى قوة الشىء المحكوم به بالنسبة لهؤلاء الدائنين ، الذين لم يمثلوا فى الدعوى" .

— محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٣١/١٢/٢ — المحاماة — السنة ١٣ ، ص ٦٠٩ ، رقم ٣١٢) .

(٢) من خلال هذا يتضح أن التشريعة الاسلامية متفقة مع القانون فى وجوب الرقابة على أموال المفلس ، ولذا نص فى المادة — ١٥٧٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك — وهذه المادة تنص على أن :
"يتولى القاضى أو نائبه بيع ، ماوجد من مال المفلس بطريقة المزايدة العلنية ..الخ .
— ومن مقتضيات هذا النص تولى القاضى ، أو نائبه أمر التفليسة قصد منه تهريب مال المفلس ، أو تبديدها .

ويشرف على اجراءات بالتحفظ على أموال المفلس ، ، ووضع الاختام (١) عليها وحبسه واجراء القبض عليه ، وفرض نفقة للمفلس

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة — الدائرة التجارية والضرائب ٦/٣/٩٥٢ رقم ٤٠ سنة ٦٩ق ، وحكم محكمة استئناف القاهرة — الدائرة الثامنة التجارية — ٦/١١/١٩٥٦ رقم ٣٥٢ سنة ٧٣ق) .

— وتنص المادة ٢٣٩ من القانون التجارى المصرى على مايلى :

" تأمر المحكمة فى الحكم الصادر باشهار الافلاس بوضع الاختام وتأمر عند الاقتضاء فى هذا الحكم ، أو فى أى حكم آخر صادر بناء على تقرير من مأمور التفليسة بحبس المفلس ، أو بالمحافظة عليه بمعرفة ضابط من الضبطية ، أو بمعرفة أحد مأمورى المحكمة) .

ولبيته (١) .

رابعا : تعيين جريدتين لنشر الحكم :

لما كان شهر الافلاس منشئا لهذه الحالة ، فلابد أن يعلم به الكافة ، وان يطلعوا عليه .

---

(١) وقد فرضت المادة ـ ١٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب مالك ـ على وجوب فرض نفقة ، للمفلس ، بل زادت على ذلك بأنه لابد أن :

" يترك للمفلس من ماله آله صنعته ، التي يحتاج اليها ، وما يكفي لحاجاته الضرورية الى ظن الميسرة " .

ـ وهذا النص في رأيي أولى ـ لانه يؤدي الى قيام المفلس من عثرته وامكانية عودته للحياة التجارية مرة ثانية ، وهذا تدعيم للروح الاسلامية ، فقد قال المولى عز وجل

" وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة "

(صدق الله العظيم)

ـ وقد نصت المادة ١٠٠٠ من مجلة الاحكام العدلية على انه :

"ينفق على المحجور المفلس ، وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله " .

ـ وهذا موافق لنص المادة ٢٧٣ مدني عراقي .

حتى يكون حجة (١) ، فى مواجهتهم ، ولذلك تنص المادة ٢١٣ تجارى مصرى على مايلى :

" ينشر ملخص الحكم باشهار الافلاس بمعرفة وكلاء المدانيين فى جريدتين ، تعينان لذلك فى نفس الحكم ، بشرطان تكون من الجرائد المعدة للاعانات القضائية ، ويلصق ايضا ، الملخص المذكور فى اللوحة المعدة لذلك فى المحكمة الكائنة فى الجهة التى صار اشهار الافلاس فيها — وفى محكمة كل جهة يكون فيها للمدين المفلس محل تجارة " .

---

(١) وان كان شهر الافلاس يتم الحكم به بعد التوقف عن الدفع ، وهذا لا يكون الا بناءا على حجج وقرائن لاتقبل العكس ، ولذا فقد نصت مجلة الاحكام العدلية فى المادة ١٧٤١ على مايلى ,

"القرينة القاطعة هى الامارة البالغة ، حد اليقين — مثلا اذا خرج أحد من داره خالية خائفا مدهوشا وفى يده سكين ملوشة بالدم فدخل فى الدار وروى — فيها شخص مذبوح فى ذلك الوقت فلايشتبه فى انه القاتل .. الخ " .

— ومن خلال هذا النص على انه يلزم أن تكون الاحكام ، صادرة عن ادلة ثابتة ، لاتقبل اثبات العكس ، وان يعرف هذا بين الناس .

ومن مقتضيات هذا النص يتضح ، انه لابد من نشر ملخص عن حكم شهر الافلاس ، وكذا عن تعيين ميعاد التوقف ، عن دفع ديونه ، وأن يتم التأشير فى السجل التجارى ، عن حالة التاجر ، وافلاسه .

وهذا وفقا لما نص عليه فى المادة السابعة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ — بشأن السجل التجارى .

— **الطعن فى حكم شهر الافلاس :**

ويتم هذا وفقا للقواعد العامة ، التى يتم بها الطعن فى الاحكام العادية (١) (من معارضة — واستئناف) (٢) .

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف مصر بقولها :
"المعارضة فى حكم اشهار الافلاس يسرى — ميعادها من اليوم الذى تمت فيه الاجراءات المتعلقة باللصق ، والنشر المبينة فى المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من قانون التجارة .
— محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٣/١١/٢١ — المحاماة — السنة ٤ ، ص ٣٣٢ رقم ٢٧٢ .

(٢) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها :
" أن ميعاد استئناف الحكم باشهار الافلاس هو ١٥ تبدأ من تاريخ اعلان الحكم لا من تاريخ صدوره كما نصت المادة ٣٩٤ تجارى "

— محكمة استئناف القاهرة — الدائرة التجارية والضرائب ٩٥٢/٤/٩ رقم ٦٢ سنة ٦٩ ق .

وهو الطريق العادى — أو غير العادى من التماس — اعادة النظر والنقض) .

٢ — آثار الافلاس :

يترتب على حكم شهر الافلاس عدة آثار ، نجملها فيما يلى ثم نعود الى تفصيلها :

أولا : غل يد المدين عن ادارة أمواله (١)

---

(١) وهذا موافق لما نص عليه فى المادة ١٥٤ — من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك بأنه :

"يمنع المدين الذى حكم بخلع ماله ، ولو كان ذلك التصرف بمعاوضة" .

— ونصت مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٩٩٨٩ بقولها :

"لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون فى أداء دينه حال مقتدرا وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله ، واذا أمتنع من بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم ، وأدى دينه فيبدأ بما بيعه أهون فى حق المديون بتقديم النقود أولا فان لم تف فالعروض ، وأن لم تف العروض أيضا فالعقار" .

ثانيا : جواز حبس المدين ، اذا اقتضى الحال ذلك للمحكمة (١)

ثالثا : سقوط حقوقه المهنية والسياسية .

رابعا : نفقة المفلس له ولعياله من أموال التفليسة .

---

(١) وهذا موافق لما ذهب اليه المذهب المالكي والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية ، ومانصت عليه المادة ٢٧٠ مدني عراقي ، التي ، تنص على أن "المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق ـ الاداء أزيد من ماله ، اذا خاف غرماؤه ضياع ماله ..الخ "

ـ فقد نصت المادة ـ ٢/٢٧١ مدني عراقي فاذا :

" توافرت هذه الشروط ، وقع الحجر على المدين المفلس بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين .

أولا - غل يد المدين :

ان صدور حكم الافلاس لدليل على اضطراب أحوال المدين ، التجارية ، وذلك مما يستوجب النظر الى تصرفاته ، حيث أنه أصبح غير صالح لادارة تجارته ، حتى لايكون استمراره سببا فى سوء أحواله التجارية ، التى تؤدى الى الاضرار بدائنيه بسبب الزيادة فى خصومه مع النقص فى أصوله ، لما تحتويه ذمته لذلك نجد من القواعد المستقرة ، بأن الديون ، التى تأتى بعد اضطراب التاجر المدين ، وتوقفه عن الدفع لاتنضم الى الديون ، التى تنشغل بها ذمة المفلس .

كما أن غل يد المدين عن تجارته (١) ، يكون ذلك استعدادا لتصفيتها ، ويتولى ذلك عن جماعة الدائنين السنديك الذى يقوم بعملية التصفيـــة

---

(١) تنص المادة ٢٧٠ مدنى عراقى على انه يجوز للدائنين أن :

"يرجعوا المحكمة فى حجر المدين المفلس من التصرف ، فى ماله ، أو اقراره بدين لاخر حجرته المحكمة"

— وتنص المادة ٨٢٥ من القانون الكويتى على مايلى :
"بمجرد صدور حكم شهر الافلاس تغل يد المفلس عن التصرف فـــى أمواله ، وعن ادارتها" .

— د / محسن شفيق — القانون التجارى الكويتى — المرجع والطبعة السابقة — ص ٤٠٨

— وينص القانون السورى فى المادة ١٥٣ من قانون التجارة على مايلى

"المفلس المحكوم بافلاسه — لايبقى له حق فى ادارة املاكه اعتبـــار تاريخ افلاسه — وفضلا عن ذلك ، فلايقدر ايضا أن يضع يده علـــى الاملاك ، التى تنقل الى عهدته فى اثناء افلاسه .

د / رزق الله انطاكى — الحقوق التجارية البرية — المرجع السابـــق — ص ٦٢١

د / محسن شفيق — القانون التجارى السورى — المرجع والطبعة ، السابقة ص ٤٥٦ .

— مجلة الاحكام العدلية المادة ١٠٠٢ تنص على مايلى :
"الحجر يؤثر كل فى مايؤدى الى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن كمثله بناء عليه لاتعتبر تصرفات المديـــون المفلس .الخ .

الجماعية ، ولكى يكون السداد للدائنين بحقوقهم بالمساواة ، ولكى لايتم السداد لاحد الدائنين بالكامل دون آخر ، ويستوجب هذا عدم رفع الدعاوى (١) الفردية من قبل جماعة الدائنين ، وذلك من

---

(١) تنص المادة ٨٣٠ من القانون التجارى الكويتى منع المفلس من التقاضى ، واقام مدير التفليسة نائبا عنه فى الدعاوى التى تقيمها التفليسة ، أو تقام عليها ، ولكن الفقرة الاخيرة من المادة سالفة الذكر تنص على مايلى :

"للمحكمة أن تأذن فى ادخال المفلس فى الدعوى ، وسواء فى ذلك أكانت الدعوى مرفوعة من التفليسة أم عليها " .

د / محسن شفيق ـ القانون التجارى الكويتى ـ المرجع السابق ص ٤١٣

ـ راجع حكم محكمة التمييز السورية المختلطة قرار رقم ٥٠٧ بتاريخ ١٩٣٥/١/٣٠ ـ منشور فى صفيح الجزء الثانى ـ ص ٢٦٦

ـ وتنص المادة ـ ٢/١٥٣ من القانون السورى :

"بأن الافلاس من شأنه منع المفلس من المخاصمة فى جميع الدعاوى المتعلقة بأمواله وأشيائه وجعل هذا الحق من اختصاص وكيل التفليسة .

ـ د / رزق الله أنطاكى ـ الحقوق التجارية ـ ص ٦٢٣

ـ حكم محكمة مصر الابتدائية ـ فى ١٩٢٧/٧/٢ ـ المحاماه ـ السنة ـ ص ٨٢٤ ـ رقم ٤٧٩ .

أجل التنفيذ على أموال التفليسة بالسوية بين جماعتهم ، بحيث لايمتاز أحدهم بميزة دون الاخر .

وقد نصت المادة ٢١٦ من القانون التجارى المصرى على مايلى أن :

"الحكم باشهار الافلاس يوجب صدوره رفع يد المفلس ، من تاريخ هذا الحكم عن ادارة جميع امواله ، وهى ادارة الاموال ، التى تؤول اليه الملكية فيها ، وهو فى حالة الافلاس ، ويوجب ايضا فرز ركية مداينى التركة الايلة للمدين عن ركية مدائنى تفليسته " (١)

---

(١) وهذا النص سالف الذكر متشابه مع نص المادة ١٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك بأنه :

"يمنع المدين الذى حكم بخلع ماله ، ولو كان ذلك التصرف بمعارضة "

— وجاء فى المدونة الكبرى :

"قلت لرأيت أن قال بعضهم نحن نسجده ، وقال بعضهم لانسجده ولكنا نخليه بطلب الفضل ، حتى يقضينا حقوقنا .. فاذا طلب واحد من الغرماء أن يسجده له سجنه .. الخ "

— ورأيى أنه يجب الرجوع فى الامر لرأى الاغلبية .

— وجاء ايضا فى نص المادة ١٠٠٢ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

" .. لاتعتبر تصرفات المديون المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضره بحقوق الغرماء فى حق ، أمواله الموجودة وقت الحجر .. الخ "

ومن مقتضيات هذا النص يتضح ، أن غل يد المدين ، يكون نتيجة لصدور حكم الافلاس ، وبذلك يتم رفع يد المدين عن كافة أمواله ، وبذلك يتم الرفع بقوة القانون .

بمجرد صدور حكم شهر الافلاس ، ويستمر رضع اليد قائما الى أن تنقضي حالة الافلاس(١) .

أما بالصلح مع المدين ، وأما بالتنازل عن أمواله للدائنين وأما

---

(١) وهذا يتشابه مع مانصت عليه المادة ١٠٠١ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

"الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذى كان موجودا في وقت الحجر فقط ، ولا يؤثر في المال الذى تملكه بعد الحجر"

— ومن خلال هذا النص يتضح انه بعد زوال الحجر عليه الاموال التى يكتسبها بعد زوال الحجر ، لاتدخل من ضمن الاموال المحجور عليها — وكذا بالنسبة لاموال التفلسية بعد انتهائها لاتدخل أموال التاجر بعد انقضائها حالة الافلاس .

بتصفية أمواله (١) .

ويستمر المفلس فى ملكيته لاموال ، حتى يتم تصفيتها ، ولا تنتقل هذه الملكية الى يد جماعة الدائنين ، وكذلك فان غل يد المدين لاعلاقة له بملكية الاموال ، ولكن غل يد المدين ، يعتبر بمثابة حجز

---

(١) وتنص المادة ٥٠٢ من القانون التجارى اللبنانى على مايلى :
" يبدو أن هذا التخلى لايشمل الحقوق ، التى لاتختص الا بشخص المفلس ، أو بصفة كونه رب عيلة الحقوق ، التى تتناول مصلحة أدبية محضة على انه يقبل تدخلا وكلا التفليسة فى القضية ، اذا كانت تؤول الى الحكم ، بمبلغ من النقود ، وكذلك لايشمل التخلى عن الاموال ، التى جعلها القانون غير قابلة للحجز ولا الارباح .

التى يمكن أن يحررها المفلس بنشاطه ، أو صناعته على قدر مايعتبره القاضى المنتدب تمتناسبة مع حاجة المفلس لاعالة نفسه ، وعيلته .

ـ وهذا ماصح أن النبى صلى الله عليه وسلم ـ انه حجز على معاذ وباع ماله فى دين كان عليه ، وقسمة بين غرمائه ، فأصابهم خمسة اسباع حقوقهم ـ فقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم ـ ليس لكم غير ذلك ، ويرى الشافعية أنه يستحب أن يحضر البيع المدين . لانه أعرف بثمن ماله ، وهذا رأى وجيه .

ـ زكريا الانصارى على متن البهجة ـ جـ٣ ـ ص١٠٦ ومابعدها ، "ويندب البيع بحضرة المفلس . . وبحضرة الغرماء ، لان ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب . . " .

جماعي ، لاموال المدين (١) ، وبذلك تعتبر تصرفاته اللاحقة على شهر الافلاس باطلة باطلانا وجوبيا (٢) ، وهذا ما استوجبه المشرع من غل يد المدين .

---

(١) وقد كان قبل الاسلام يباع المدين فيما عليه من الدين ، وقد كانت هذه عادة جاهلية — وجاء الاسلام ، فنسخ هذا يقول المولى عز وجل :

" وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة " .

(٢) تجيز المادة ٢٧٧ من القانون المدني العراقي للمحكمة أن تأذن للمدين ببيع ماله — على انه :

" يجوز للمدين بأذن من المحكمة ، أن يتصرف في ماله بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشتري بايداع الثمن صندوق المحكمة ، ليستوفي الدائنون منه حقوقهم " .

— وفي رأيي أنه يلزم أن تضاف لهذه المادة صراحة تحت رقابة المحكمة ، والا كان التصرف باطلا ، وهذا مايتفق ونص المادة ٩٩٨ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

"لوظهر عند الحاكم مماطلة المديون في اداء دينه ، حال كونه مقتدرا وطلب الغرماء بيع ماله ، وتأدية دينه حجر الحاكم ماله ، واذا امتنع من بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم ، وأدى دينه ، فيبدأ بما بيعه أهون في حق المديون بتقديم النقود اولا فان لم تف فالعروض ، وان لم تف العروض أيضا فالعقار " .

ـ الامور التى لايشملها غل يد المدين (١) :

وهى الاعمال التى لاتؤدى الى ضرر لجماعة الدائنين ، أو التى لاتضيف أعباءا على أصوله ، وزيادة فى خصومه ، ويمكن تنوع الاعمال التى لاتضر بجماعة الدائنين الى نوعين :

أولا : الاعمال المتعلقة بأحوال المفلس الشخصية ، فله أن يبرم عقد زواج ، وله أن يثبت النسب ، كما أن له أن يطلب معاقبة زوجته فى حالة الزنا .

كل هذه الامور وغيرها ، مما تتعلق بشخصية المفلس ، وله فى ذلك اتيان الاعمال القانونية ، بدون تعقيب من جماعة الدائنين ، أو من السنديك ، أو مأمور التفليسة ، طالما الامر يتعلق بحقوق المدين المفلس الشخصية ، أى بأمور تتعلق بمصلحة أدبية ، يرجع فى تقديرها الى صاحب هذا الحق حتى ولو كانت لهذه الحقوق تعلقا لها صفة مادية .

---

(١) فقد أجازت المادة ٢٧٧٨ مدنى عراقى على انه :

"يجوز للمدين باذن من المحكمة ، أن يتصرف فى ماله بغير رضاء للدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشترى ايداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفى الدائنون من حقوقهم .

ثانيا : الاعمال المتعلقة بالناحية المالية ـ أى مصاريف عائلته اليومية ، ونفقته وذلك بتصرفه فى النفقة التى قررت من أموال التفليسة (١) .

---

(١) وقد نصت مجلة الاحكام العدلية على وجوب نفقة المفلس ، ومن تلزمه نفقته ، وذلك فى نص المادة ١٠٠٠ بقولها :

" ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله " .

والاموال التى يديرها لحساب الغير كتجارته فى أمـــــــوال زوجته (١) .

---

(١) د . رزق الله أنطاكى — الحقوق التجارية البرية — المرجـــع والطبعة السابقة — ص٦٢٣ .

— فقد نصت المادة ٢/١٥٣ من القانون السورى :

" بأن الافلاس من شأنه منع المخاصمة فى جميع الدعاوى المتعلقـــة بأموال وأشياء " .

— وجعل هذا الحق من اختصاص وكيل التفليسة ، وأما الدعـاوى ، التى لا تعلق لها بذمة المفلس ، فيبقى أمر المخاصمة ، فيهـــا عائدا له كالدعاوى المتعلقة بالزواج والطلاق والبنوة والزنـــا فللمفلس وحده حق تحريره ، وتحريك دعوى الزنا على انه اذا قـام المفلس ، الدعوى الجزائية — وطالب بالتعويضات الناشئة عـــن العمل الاجرامى ، فليس له التصرف بمبلغ التعويض ، بل لوكيـــل التفليسة وحده الحق فى قبض هذا المبلغ وادخاله فى موجـــودات المفلس .

— د . محسن شفيق — القانون التجارى السورى — المرجع والطبعة السابقة ص٤٥٧

— محكمة مصر الابتدائية (الاستئناف فى ١٩٣٧/٣/٢ — ، المجموعة الرسمية الفهرس العشـــرى — الثالـــث — ص٤٣ ، رقـــم ٣٢٥ .

والغير عموما ، ويقصد بذلك التصرفات المالية ، التى ليست لهـا تعلق بأموال التفليسة ، ولا تضيرها ، أو الاعمال التى يقوم التاجـر استعداد الاستغلال تجارة جديدة سيقوم بها .

بعد شهر الافلاس ، أو بعد تنازله عن جميع أمواله (١) ، لكى يتتم تقسيمها بين الغرماء ، ومثال هذه الاعمال — سحب الكمبيالات وتظهيرها وغير ذلك من الاعمال ، ومايسكت عنه الغرماء مثل الوفاء بكمبيالة ، حتـى ميعاد استحقاقها ، ولايتم الاعتراض من أحد الغرماء ، اذا قام المديـن المفلس باستلام قيمتها .

فقد نصت على ذلك المادة ١٤٤ من القانون التجارى المصرى (٢)

---

(١) فقد نصت على ما يشابه ذلك المادة ١٠٠١ من مجلة الاحكـام العدلية بقولها :
"الحجر للدين يؤثر فى مال المديون ، الذى كان موجودا فى وقت الحجر فقط ولايؤثر فى المال الذى تملكه بعد الحجر" .

(٢) تنص المادة ١٤٤ من القانون التجارى المصرى على مايلى :
"من يدفع قيمة الكمبيالة قبل ميعاد استحقاقها دفعها بـدون معارضة من أحد فى ذلك يعتبر دفعه تصحيحا" .
— وهذا متمشى مع نص المادة ١٤٨ :
" لاتقبل المعارضة فى دفع كمبيالة الا فى حالة ضياعها ، أو تفليس حاملها" .

— وهذا متفق مع مانصت عليه المادة ٨٢٨ من القانون التجـارى الكويتى .

فاذا قام المدين المفلس بالوفاء ، ولم يعترض السنديك على ذلك ، كان الوفاء صحيحا ، وفقا لما نصت عليه المادة ١٤٤ من القانون التجارى المصرى ، أما اذا وفى للمدين المفلس بقيمة كان للسنديك أن يحجز المبلغ تحت يد المسحوب عليه لصالح جماعة الدائنين (١) ، أما اذا قام المفلس بسداد بعض ديونه الممتازة ، التى تم التحقق من صحتها ، فلايجوز له ، أن يعترض على ذلك .

---

(١) وهذا مشابه لما نص عليه فى مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، وهو نص المادة ٢٨٥ على انه :

" اذا اقتضى أحد شريكين فى دين لهما نصيبه من المدين فللشريك الاخر أن يدخل معه فيما اقتضاه من المدين بنسبة نصيبه فى الدين ، الا أن يكون نصيبه مكتوبا فى وثيقة مستقلة ، أو طلب منه شريكه الذهاب معه لاقتضاء دينهما من المدين ، فامتنع فليس له فى الحالتين ، أن يدخل معه فيما اقتضاه " .

ثانيا : جواز حبس المدين اذا اقتضى الحال ذلك للمحكمة :

يجوز للمحكمة أن تقرر حبس المدين المفلس ، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ٢٣٩ من القانون التجارى المصرى :(١)

---

(١) وهذا النص مشابه لما ورد فى المدونه الكبرى بأنه :
" أرايت أن قال بعضهم نحن نسجده ، وقال بعضهم لا تسجده ، ولكنا نخليه يطلب الفضل ، حتى يقضينا حقوقنا ، واذا طلب واحد من الغرماء أن يسجده له سجنه " .

— الامام مالك — المدونة الكبرى جـ٣ ص ٨٠
— وقد نصت المادة على مايلى :

" تأمر المحكمة فى الحكم الصادر باشهار الافلاس بوضع الاختام ، وتأمر عند الاقتضاء فى هذا الحكم أو فى أى حكم آخر صادر بناء على تقرير من مأمور التفليسة بحبس المفلس ، أو بالمحافظة عليه بمعرفة ضابط من الضبطية ، أو بمعرفة أحد مأمور المحكمة " .

— وجواز أن تقوم المحكمة بالحبس ، أو التحفظ عليه ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ٢٤٣ من القانون التجارى المصرى .

— ويجوز للمحكمة أيضا أن تأمر بازالة الاجراءات التحفظية ، وفقا لرؤيتها التقديرية لحالة المدين المفلس .

ثالثا : سقوط الحقوق المهنية والسياسية :

من ضمن آثار شهر الافلاس سقوط بعض الحقوق ، أراد بذلك المشرع المصرى ، أن يحض التجار بكافة الوسائل عن عدم التعرض لشهر الافلاس الذى يؤدى بالتالى الى سخط المجتمع على هذا التاجر المفلس ، مما يؤدى الى سقوط بعض حقوقه ، التى قد تؤلمه آلاما نفسية عميقة ، وهذا اذا كان الافلاس بسيطا لا يشكل جريمة ، أما اذا شكل جريمة ، مثل الافلاس بالتقصير ، أو التدليس ـ فحينئذ تتم تقيد جريمة التاجر بما تصدره المحكمة من أحكام ضده .

أما الحقوق السياسية (١) التى يتم سقطها كحق الترشيح فى المجالس النيابية ، والغرف التجارية ، وكذا الاشتراك فيها .

وهذه الحقوق لم يشر اليها القانون التجارى وانما اشارت اليها قوانين آخرى .

---

(١) حكم محكمة المنيا الجزئية فى ١٩٣٨/٤/٣ المجموعة الرسمية السنة ٣٩ العدد السادس رقم ١٣٤

ـ وقد نص قانون الانتخابات السورى ذو الرقم ٣٢٥ الصادر فى ٢١ آيار سنة ١٩٤٧٨ ـ بأن المفلس المحكوم عليه بجناية الافلاس الاحتيالى ، يحرم مؤبدا من ممارسة حق الانتخاب .

ـ د . رزق الله أنطاكى ـ الحقوق التجارية البرية ـ ٦٣٠ ـ وما بعدها .

رابعا : النفقة المقررة للمفلس :

ينتج عن حكم شهر الافلاس غل يد المدين على أمواله ، ويقوم مقامه فى ذلك السنديك (١) ، ويكون تحت رقابة مأمور التفليسة ، ونتيجة لذلك يفرض للمفلس نفقة له ، ولعياله يستعين بها على ضرورات الحياة وقد يقوم المفلس من خلال ، نشاطه فى عمل يدر عليه دخلا ينفق منه على نفسه وأسرته ، وقد لا يوفق لعمل .

---

(١) وهنا يتشابه مع ما نص عليه فى المادة ٩٩٨ من مجلة الاحكام العدلية على انه :

"لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون فى أداء دينه حال كونه مقتدرا وطلب الغرماء بيع ماله ، واذا امتنع من بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم ، وأدى دينه فيبدأ بما بيعه أهون ..الخ "

— فهذا النص يقيم الحاكم مقام القاضى مأمور التفليسة ، الذى يشرف على بيع مال المدين ، وتأدية دينه ، وذلك بعد الحجر عليه .

— وهذا ايضا مشابه لما نص عليه فى المادة ١٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك انه :

" يتولى القاضى ، أو نائبه بيع ما وجد من مال المفلس بطريق المزايدة العلنية ..الخ " .

ولذا نصت مجلة الاحكام العدلية فى المادة ١٠٠٠ على أنه :

" ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله "

حتى يستطيع أن يجد العمل ، وقد يجده بعد فترة قد تكون طويلة ، يحتاج فى خلال هذه الفترة الى نفقة تفرض له هو ومن فى عياله (١)

وهذا الأمر قد يخفف عنه كارثة شهر الافلاس ، ويدفعه عن ذل السؤال ، وبذلك أجاز القانون عند الحكم بشهر الافلاس أن يفرض نفقة للمفلس ، ومن فى عياله ، حتى يستطيع أن يتكسب .

---

(١) تنص المادة ٢٧٢ مدنى عراقى على مايلى :

" ينفق على المدين المحجور ، وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله فاذا أوقع الدائنون الحجز على ايراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر ، أن يقر المحجور بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة " .

ـ وهذه النفقة تكون لازمة اذا كان قد حجز الدائنون على كافة ايراداته ، ولم يتوكوا له شيئا ما ينفق منه "

ـ تنص المادة ٨٣٨ من القانون التجارى الكويتى على مايلى :

"يجوز لقاضى التفليسة ، بعد سماع أقوال مديرها ، ان يقرر النفقة للمفلس ، ولمن يعولهم من أموال التفليسة ، بناء على طلبه ، أو طلب من يعولهم "

د . محسن شفيق ـ القانون التجارى الكويتى ص ٤١٧

ـ وتنص المادة ١٨٢ من القانون التجارى السورى على مايلى :

"يجب اخراج نفقة للمفلس تكفيه للصرف على نفسه وأهل بيته وتقدر هذه النفقة بمعرفة مأمور التفليسة " .

د . محسن شفيق القانون التجارى والسورى ـ المرجع السابق ص ٤٥٧

٢ ــ آثار حكم شهر الافلاس :

لما كان نتيجة لحكم شهر الافلاس رفع يد المدين عن أمواله أو حبسه وذلك من أجل منع المدين المفلس من التصرف فى أمواله بمحاناة بعض الدائنين (١) على حساب البعض الاخر وذلك لمنع أنانية البعض ، التى قد تدفعهم الى أن يأخذوا أنصبتهم كاملة ، ولو على حساب الدائنين ، ويمكن أن نجمل الاثار الناجمة عن الافلاس بالنسبة للدائنين العاديين ومن يماثلهم فى النقاط الاتية :

أ ــ سقوط أجال الديون
ب ــ وقف سريان الفوائد
جـ ــ وقف الاجراءات الفردية
د ــ الرهن الجماعى للدائنين

أما أرباب حقوق الامتياز ، فيتوقف من جانبهم الدعاوى والاجراءات

---

(١) وقد نصت المادة ٢٧٤ مدنى عراقى فى هذا الصدد على مايلى :

" اذا أقر المدين المحجور بدين ، فلايعتبر اقراره ، واذا دفع من ماله ، دينا فى ذمته لاحد غرمائه ، فلسائر غرمائه ، استرداد المبلغ الذى دفعه " .

ــ أى أن المدين يراقبه غرمائه ، ويمنعونه من التصرفات المضرة بهم .

الفردية ، وأخص بالذكر من لهم حقوق امتياز عامة ، وذلك لانهم ليسوا مماثلين لارباب حقوق الامتياز الخاصة المتعلقة بأحد اعيان المدين المفلس ، أما الدائنون أصحاب حقوق الامتياز العامة ، فلهم هذا الحق على كافة أعيان التفليسة .

٣ـ التفليس في الفقه الاسلامي :

لغة ـ من أفلس ـ ومعناه أصبح لايجد مالا ، وقال في المصباح المنير أفلس أى ـ أصبح لايجد فلسا .

ـ أما التفليس فمن فلس بتضعيف السلام ، فهو النداء عليه بالافلاس وجاء في مختار الصحاح ـ يقال فلسه القاضي تفليسا نادى عليه أنه افلس(١) ، وأطلق على الشخص مفلسا لانه أصبح في حالة لايجد الفلس(٢) .

---

(١) مختار الصحاح ـ باب الفاء .

(٢) أو أن الشخص المفلس صار ماله فلوسا ، أى لايمتلك الدنانير والجنيهات ، وأصبحت أمواله من قبيل الفلس ، أو القرش .

ـ النووى ـ قليوبى وعميره ـ جـ٢ ـ ص ٢٨٥

ـ الخطيب الشربينى ـ مغنى المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج الجزء الثانى ـ ص ١٤٦ .

أما معنى التفليس والافلاس شرعا :

فقد عرفه ابن رشد(١) :

" أن يستغرق المفلس في الدين ، فلا يكون في ماله وفاء بديونه "

وعرف الشوكاني (٢) بأنه من يزيد دينه على موجوده سمي مفلسا (لانه صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير ـ اشارة الى انه صار لا يملك الا أدنى الاموال وهي الفلوس) .

وعرف ابن جزى (٣) قال الفلس هو عدم المال ، والتفليس ، هو خلع الرجل من ماله وفاء بديونه .

والتعريف الراجح هو تعريف ابن رشد ، لانه هو المراد من الافلاس الذى يقصد منه عدم مقدرة المفلس على سداد ديونه ، التى كثرت ، حتى أصبحت خصومه اكثر من أصوله ، أى أن الجانب الايجابى فى راس ماله ، اقل بكثير من الجانب السلبى ، وهو المقصود باستغراقه فى ديونه ، حتى لا يستطيع رأس ماله مواجهة هذه الديون .

---

(١) ولابن رشد تعريف آخر ـ أن لا يكون للمفلس مال معلوم أصلا ـ ابن رشد ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ جـ٢ ـ ص ٢٨٠

(٢) الشوكانى ـ نيل الاوطار ـ جـ٥ ـ ص ٢٤١

(٣) ابن جزى المالكى ـ قوانين الاحكام الشرعية ـ مطبعة عالم الفكر ـ سنة ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م ـ ص ٣٣٤ .

الفرق بين الفلس والتفليس :

تكفل بالتفريق بين الفلس والتفليس ابن جـزى من فقهاء المالكية — فقال بأن الفلس هو عدم المال ، والتفليس ، هو خلع الرجل من ماله للغرماء (١) .

كيفية أداء الدين :

أجازت الشريعة الاسلامية — افلاس المدين ، الذى عجز عن أداء ديونه ، وقد نظمت كيفية الاداء بالقرآن ، والسنة — فالقرآن فى قوله تعالى :

"ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ان الله نعما يعظكم به ان الله كان سميعا بصيرا " (٢) .

---

(١) ابن جزى المالكى — قوانين الاحكام الشرعية — المرجع السابق ص ٣٤٢

(٢) سورة النساء آية رقم ٥٨ — ويقول الله عز وجل :
" ومن أهل الكتاب من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك ، ومنهم من أن تأمنه بدينار لا يؤده اليك الا مادمت عليه قائما ذلك بأنهم قالوا ليس علينا فى الامين سبيل — ويقولون على الله الكذب وهم يعملون" بل من أوفى بعبده واتقى فان الله يحب المتقين " .

— سورة آل عمران آية رقم ٧٥و٧٦ .

وبقوله سبحانه وتعالى :

"والذين هم لاماناتهم وعهدهم راعون" (١)

ويقصد بالامانة هنا الدين الذى هو فى الذمة (٢)

— أما السنة :

فقد روى عن أبى سعيد قال — اصيب رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمار بابتاعها ، فكر دينه ، فقال تصدقوا عليه ،

---

(١) سورة المؤمنين آية رقم ٨

— وفى سورة المعارج قال الله سبحانه وتعالى :

"والذين هم لاماناتهم وعهدهم راعون"

— سورة المعارج آية رقم ٣٢

(٢) القرطبى — فى تفسيره — المجلد الثانى — ص ١٢٢٣

— وقد قال أبوجعفر — فى معنى قوله سبحانه وتعالى :

" فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن امانته وليتق الله ربه "

— سورة البقرة آية رقم ٢٨٣

— فان كان المدين أمينا عند رب المال والدين ، فلم يرتهن منه فى سفره — رهنا بدينه لامانته عنده على ماله وثقته به فليتق الله "

— الطبرى — فى تفسيره — جـ ٦ — ص ٩٤ ومابعدها

— ابن حبان — تفسير البحر المحيط — المجلد الثانى ص ٣٥٥

— البيضاوى — فى تفسيره — المجلد الاول — ص ١٨٩

فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم — لغرمائه خذوا ما وجدتم وليس ، لكم الا ذلك" (١)

(وهذا الحديث رواه الجماعة الا البخارى (٢))

وجه الدلالة من الحديث :

أن الغرماء ليس لهم من الحقوق على مال المدين — الا ما هو موجود (٣) ، مع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قد طالب جماعة المسلمين بالاشفاق على المدين المعسر ، لكى تجمع هذه بين عناصر الشفقة ، والرحمة ، ويدل على هذا ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه — عن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

(١ — ٢) الشوكانى — نيل الاوطار — الجزء الخامس ، ص ٢٤١

(٣) ابن حزم — المحلى — الجزء الثامن — دار الاتحاد العربى للطباعة سنة ١٣٨٩هـ — ١٩٦٩م — ص ٦٣٤ .

"كان تاجر يداين الناس ، فإذا رأى معسرا قال لفتيانه تجاوزوا عنه لعل الله ، أن يتجاوز عنا ، فتجاوز الله عنه" (١)

ومن مقتضيات هذه الاحاديث ، وغيرها كثير تدل على أن الشريعة الاسلامية ، كان لها قصب السبق فى معرفة الافلاس ، وكيفية معاملة

---

(١) ماروى عن حذيفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم فقالوا اعملت من الخير شيئا ؟ قال — لا — قالوا تذكر — قال كنت أداين الناس فأمر فتيانى — أن ينظروا المعسر ويتجاوزوا عن المعسر قال — قال الله عز وجل — تجاوزوا عنه) — مسلم — فى صحيحه بشرح النووى جـ١٠ — ص ٢٣٤ — البخارى فى صحيحه جـ٣ ص ٧٥ .

— روى عن عائشة رضى الله عنها — تقول سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم — صوت خصمين عالية أصواتهما — واذا أحدهما يستوضع الاخر ويسترفقه فى شىء ، وهو يقول والله لاأفعل — فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما فقال لو (اين المتألى على الله لايفعل ؟ قال — أنا يارسول الله فقال له أى ذلك أحب) مسلم فى صحيحه جـ١٠ ص ٢١٩ — وجاء فى صحيح الترمذى — ماروى عن أبى هريرة قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من انظر معسرا ، أوضع له — أظله الله يوم القيامة تحت ظل عرشه يوم لا ظل الا ظله"

— قال وفى الباب عن أبى اليسر ، وأبى قتادة وحذيفة ، وأبى مسعود وعبادة وجابر — الترمذى — فى صحيحه جـ٦ ص ٤٢ ومابعدها .

التاجر المعسر (١) ، وبذلك من وحى قول الله سبحانه وتعالى :

"وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة" (٢)

ـ أحكام التفليس :

لقد أجازت الشريعة الاسلامية حلول الديون المؤجلة فى ذمة المدين المفلس ، وهذا مانصت عليه المادة ١٥٥ من تقنين الشريعة الاسلامية (٣)

---

(١) عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم ـ قال "من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ، ومن أخذ هـا يريد أتلافها اتلفه الله"
ـ الشرقاوى ـ فتح المبدى بشرح الزبيدى ـ جـ٢ ص ١٣ ـ الحديث السبعون ـ وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "من سـره ان ينجيه الله من كرب يوم القيامة فليسر عن معسر"
ـ مسلم ـ فى صحيحه ـ بشرح النووى ـ جـ١٠ ص ٣٢٧

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٨٠

(٣) مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك اعداد ، اللجنة التحضيرية التقنين الشريعه الاسلامية ـ القسم الثانى ـ باشراف مجمع البحوث الاسلامية ـ الطبعة التمهيدية ـ سنة ١٣٩٤هـ ١٩٧٤م ـ ص ١٠ .

"اذا افلس المدين ، أو مات حل ماعليه من دين مؤجل ، الا أن يشترط على رب الدين عدم حلوله بهما ، ولا يحل بتفليسه ، أو موته على غيره من دين مؤجل ، الا أن يشترط عليه حلوله بهما " (١)

وهذا موافق لما ذهب اليه المالكية ، وهو نفس ماذهب اليه القانون الفرنسى والمصرى ، وهذا يكشف ما للشريعة الاسلامية من قصب السبق على كافة التشريعات الوضعية .

— علاقة الوفاء بالدين بالافلاس :

وتتميما للفائدة ، وجدت انه يلزم أن أتعرض للعلاقة بين الافلاس، كسيف مسلط على رقاب التجار فى حالة امتناعهم ، عن سداد ماعليهم من ديون ، أو امتناعهم عن الوفاء ، مما يستوجب معه تحرير بروتستو عدم الوفاء — ومحاضر البروتستو تعتبر هى بمثابة العلامة السوداء ، التى تؤدى فى نهايتها الى شهر الافلاس .

أما الافلاس أو التفليس فى الفقه الاسلامى ، فقد سبق أن أوضحته

---

(١) أحمد الدردير — حاشية الدسوقى على الشرح الكبير — جـ٣ — ص ٢٦١ ومابعدها .

انه يستوجب بيع مال التاجر المماطل ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم :

"مطل الغنى ظلم — يحل عرضه وعقوبته"

وقد سبق لى أن أوضحت معنى هذا الحديث ، ومدى صحتـــه ، ودلالته على المعنى المقصود ، وهو وجوب الوفاء بالدين ، والا تعرض الشخص للحجر عليه ، وبيع ماله ، وهذا عند جمهور الفقهاء .

الخاتمـــــــــــة

في نهاية المطاف في هذا البحث المتعلق بالوفاء بالدين بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، انه لا وجه للمفاضلة بين ماجاءت به الشريعة الاسلامية ، وعلى وجه الخصوص ، الفقه الاسلامي بماله من قصب السبق على كافة القوانين الوضعية ، وايضا ، ولان الفقه الاسلامي مستمد من شرع الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ، ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد .

ولذا سأذكر بعض النتائج التى توصلت اليها فى بحثى هذا :

أولا : مما اتفقت فيه والشريعة الاسلامية والقانون الوضعى وجوب الوفاء بالدين .

ثانيا : مما انفردت به الشريعة الاسلامية حض المدينين على الوفاء أن المدين رفض رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أن يصلى عليه حتى يتم وفاء دينه — وهذا يعنى أن المدين غير مقبول لدى الله ورسوله حتى يتم وفاء دينه .

ثالثا : ومما انفردت به الشريعة أيضا حض الناس على أمهال المدين المعسر (فنظرة الى ميسرة) واعتبر ذلك من الامور التعبدية المستوجب لرضا الله سبحانه وتعالى .

رابعا : ومما أوضحته فى بحثى وجوب الحجر على المدين وذلك لعدم تبديد أمواله ، واختلاف فقهاء المسلمين فى ذلك .

خامسا : وقد نوهت للحوالة باعتبارها ، فيها يتحول الدين من المدين المعسر لاخر قادر على الوفاء .

سادسا : وقد وجدت أن الشريعة الاسلامية ، قد فاقت القانون الوضعى باحاطتها الدائن بضمانات تجعله يطمئن على دينه ويعتبر المدين عليه واجبا شرعيا هو الوفاء بهذا الدين .

وأنى اعتبر نفس بهذا الجهد المتواضع ، لم أوف الموضوع حقه ، وانه مازال يحتاج الى المزيد ، والمزيد من الجهد لابراز مافى الشريعة الاسلامية من مميزات ماعداها من التشريعات الوضعية لانها من صنع الله الحكيم الخبير .

وأخيرا أدعو الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل فى صحيفتى فان كنت قد وصلت الى الصواب فهذا ما ابغى ، وان كانت الاخرى فحسبى ماقصرت والله الموافق والهادى الى سواء السبيل .

فارق جوهرى بين الشريعة والقانون :

يوجد فارق جوهرى أردت أن أوضحه بمفرده وذلك لاهميته أن العلاقة ، بين الدائن والمدين فى الشريعة الاسلامية هذه العلاقة تأمر المدينين ، بسداد ديونهم ، وتعتبر هذا أمرا تعبديا استوجب عدم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم على المدين المتوفى بسبب وجوب دين عليه لم يكن له وفاء .

أما القانون فنظرته مادية بعيدة كل البعد عن الوجه التعبدية الموجودة فى الشريعة الاسلامية وهذا باعتبارها أوامر ونواهى صادرة من المشرع الاعظم ـ المولى جل جلاله .

اسم المؤلف	أسم الكتاب	الطبعة وتاريخها
أحمد بن محمد الدردير	بلغة السالك لاقرب المسالك للامام مالك	طبعة الحلبى
ابن جزى المالكى	قوانين الاحكام الشرعية	مطبعة عالم الفكر سنة ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م
ابن حزم الظاهرى	المحلى	طبعة دار الاتحاد للطباعة سنة ١٣٨٩هـ
ابن رشد	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	طبعة الحلبى سنة ١٣٧٠هـ ١٩٥٠م
ابن نجيم	فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الانوار ٠	مطبعة الحلبى سنة ١٣٥٥هـ ١٩٣٦م
أبى محمد بن قدامه	المغنى	مطبعة الجمهورية سنة ١٣٤٧هـ
ابى يحى زكريا الانصارى	فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ٠	مطبعة الحلبى
داماد أفندى	مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر	مطبعة العامره سنة ١٣٣٨هـ
سيدى خليل	جواهر الاكليل شرح	مطبعة السعادة سنة ١٩٢٩م
صالح عبد السميع	جواهر الاكليل شرح مختصر خليل ٠	طبعة الحلبى سنة ١٣٣٢هـ

اسم المؤلف	اسم الكتاب	الطبعة وتاريخها
صدر الشريعة	شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه .	مطبعة صبيح سنة ١٣٧٧هـ ١٩٥٧م
السيوطى	الاشباه والنظائر	مطبعة الحلبى سنة ٩٣٨ هـ
الشيرازى	المهذب فى فقه الشافعية	طبعة الحلبى سنة ١٣٤٣هـ
قليوبى وعمره	على شرح جلال الدين المحلى	مطبعة صبيح
مالك	المدونة الكبرى رواية سحنون .	القاهرة سنة ١٣٢٣هـ
محمد الشربينى الخطيب	مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج :	طبعة الحلبى سنة ١٣٥٢هـ سنة ١٩٣٣م
محمد عرفه الدسوقى	حاشية الدسوقى على الشرح الكبير .	طبعة الحلبى سنة
المرغينانى	الهداية	مطبعة الحلبى سنة ١٤٨٤هـ
منلا خسرو	كتاب دور الحكام شرح غرر الاحكام	المطبعة العامرة سنة ١٣٠٤هـ
منصور البهوتى	الروض المربع شرح نزاد المستنقع	مطبعة الرياض بالسعودية سنة ١٣٩٧هـ

ب — كتب الحديث والتفسير

البخارى	فى صحيحه	طبعة الشعب
الشوكانى	نيل الاوطار	المطبعة المصرية سنة ١٣٥٧هـ
عبد الله محمد القرطبى	تفسير القرطبى	طبعة الشعب
القاضى البيضاوى	تفسير انوار التنزيل واسرار التأويل	طبعة دار سعادت سنة ١٣١٤هـ
النووى	فى شرحه على صحيح مسلم	طبعة الشعب
الطبرى	جامع البيان فى تأويل أى القرآن	دار المعارف بمصر سنة ١٣٧٤هـ
مالك	فى موطأه — تنوير الحوالك على شرح مالك	طبعة الحلبى
مسلم	فى صحيحه	طبعة الحلبى سنة ١٩٥٥

جـ — كتب عامة

محمد بن أبى بكر الرازى	مختار الصحاح
مجلة الاحكام العدلية	

د — ابحاث مقارنة

د ٠ رمضان حافظ عبد الرحمن	موقف علماء الشريعة عن المرأة في الولايات والمعاملات المالية	رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون سنة ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م
د ٠ عمر القاضي	ضمانات الوفاء بالكمبيالة	رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون

٢ - الكتب القانونية
أ - كتب قانون تجارى

اسم المؤلف	اسم الكتاب	الطبعة وتاريخها
د ٠أنور سلطان	مقابل الوفاء فى الشيك	
د ٠رزق الله انطاكى	الحقوق التجارية البرية	طبعة دمشق
د ٠سميحه القليوبى	الموجز فى القانون التجارى	الطبعة الاولى سنة ١٩٧٠م دار الثقافة العربية للطباعة
د ٠حسن رسمى سليم	الموجز فى شرح القانون التجارى المصرى	طبعة سنة ١٩٥٠
أ ٠عبد المعين لطفى	موسوعة القضاء فى المواد التجارية	دار الكتاب العربى للطباعة والنشر
د ٠على البارودى	القانون التجارى الاوراق التجارية والافلاس	طبعة سنة ١٩٧٧م
د ٠على جمال الدين	القانون التجارى	طبعة سنة ١٩٧٥
د ٠على يونس	الاوراق التجارية	طبعة سنة ١٩٦٥

اسم المؤلف	اسم الكتاب	الطبعة وتاريخها
د ٠محسن شفيق	القانون التجارى المصرى الاوراق التجارية	مطبعة معهد دون بوسكو طبعة أولى سنة ١٩٥٤م
د ٠محسن شفيق	القانون التجارى السورى	طبعة دمشق.
د ٠محسن شفيق	القانون الكويتى	طبعة الكويت
د ٠محمد حسنى المصرى	الاوراق التجارية فى القانون المصرى	طبعة سنة ١٩٦٧م
د ٠محمد حسنى عباس	الاوراق التجارية فى القانون المصرى	طبعة سنة ١٩٦٧م
د ٠محمد صالح	الاوراق التجارية	

ب — كتب قانونية عامة

د ٠ انور سلطان	المبادئ القانونية العامة	الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٣م
د ٠حسن الذنون	احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى	طبعة — العراق
د ٠السنهورى	مصادر الحق	الطبعة الثالثة — سنة ١٩٦٧م
د ٠السنهورى	الوسيط فى شرح القانون المدنى	الطبعة الثانية سنة ١٩٨٦م

اسم المؤلف	اسم الكتاب	الطبعة وتاريخها
د ٠عبد المنعم فرج الصده	مصادر الالتزام	طبعة سنة ١٩٦٩م
د ٠محمد صالح	أصول التعهدات	الطبعة الثالثة ــ مطبعة الاعتماد سنة ١٩٣١م

ج ــ التقنين

التقنين الفرنسى	سنة ١٩٧٣
القانون المدنى المصرى ٠	
قانون الموجبات اللبنانى ٠	
القانون التجارى المختلط	المعدل بالمرسوم الصادر سنة ١٨٨٦
مشروع تقنين الشريعة ٠	الاسلامية على مذهب مالك اعداد مجمع البحوث
القانون المدنى العراقى ٠	
القانون التجارى الكويتى ٠	
القانون التجارى السورى ٠	

فهـــــرس

اسم الموضوع — الصفحة

مقدمة

أ ــ ماهية مقابل الوفاء

ب ــ شروط مقابل الوفاء

جـ ــ الاهلية

د ــ مقابل الوفاء فى الفقه الاسلامى

١ــ تعريف الحوالة لغة

٢ــ اشخاص الحوالة

٣ــ الاحوالة اصطلاحا

٤ــ مشروعية الحوالة

٥ــ اركان الحوالة

ــ شروط الحوالة

٦ــ خطة البحث

الفصل الاول :
الاستحقاق

المبحث الاول :
التعريف بالاستحقاق وتاريخه

١ــ تعريف الاستحقاق وطرقه

ــ الاستحقاق فى يوم عطلة

ــ تعيين مقابل الوفاء

٢ــ تعيين تاريخ الاستحقاق

الصفحة

٣ـ الاستحقاق بمجرد الاطلاع ١٤٩

المبحث الثانى :

مشروعية الوفاء بالدين المستحق ١٥١

ـ أما شرعا ١٥١

أ ـ امتناع المهلة القضائية ١٥٢

ب ـ الاستحقاق فى قانون جنيف ١٥٤

جـ ـ رأى فقهاء المسلمين فى وقت الاستحقاق ١٥٥

ـ الحالة الاولى :

امتناع المدين عن الوفاء وهو قادر عليه ١٥٦

الحالة الثانية :

امتناع المدين عن الوفاء لاعساره ١٦٠

الفصل الثانى :

أحكام الوفاء ١٦٣

المبحث الاول :

مشروعية الوفاء ١٦٣

أ ـ نصوص الوفاء ومكانه وزمانه ١٦٤

ـ مكان الوفاء وزمانه ١٦٤

ب ـ شروط الوفاء وطرقه ١٦٧

المبحث الثانى :

الوفاء بالواسطة والاسترداد ١٧٣

١ـ ماهية الوفاء بالواسطة واثره ١٧٤

الصفحـــة

٢ــ مقابل الوفاء بمقابل ١٧٥
٣ــ آراء الفقه الاسلامى فى الابراء وأثره ١٧٨
ــ تعريف الابراء لغة ١٧٨
ــ تعريف الابراء فى الاصطلاح ١٧٨
ــ مشروعية الابراء ١٧٩

الفصل الثالث :
الامتناع عن الوفاء ١٨٣

المبحث الاول :
عدم وجود مقابل الوفاء ١٨٣
١ــ تحرير بروتستو عدم الدفع ١٨٣
٢ــ آثار البروتستو ١٨٦
٣ــ أراء فقهاء المسلمين فى الحجر على المدين ١٨٨

المبحث الثانى :
شهر الافلاس وأثره ٢٠٠
أولا : أن يتم تعيين تاريخ التوقف عن الدفع ٢٠٠
ثانيا : أن يتم تعيين سنديك ٢٠٢
ثالثا : أن يتم تعيين مأمور التفليسة ٢٠٢
رابعا : تعيين جريدتين لنشر الحكم ٢٠٤
ــ الطعن فى حكم شهر الافلاس ٢٠٦
أ ــ اثار الافلاس ٢٠٧

	الصفحة
أولا : غل يد المدين	٢٠٩
ـ الامور التى لايشملها غل يد المدين	٢١٧
ثانيا : جواز حبس المدين اذا اقتضى الحال ذلك للمحكمة	٢٢٢
ثالثا : سقوط الجقوق المهنية والسياسية	٢٢٣
رابعا : النفقه المقررة للمفلس	٢٢٤
٢ـ آثار حكم شهر الافلاس	٢٢٦
٣ـ التفليس فى الفقه الاسلامى	٢٢٧
ـ أما معنى التفليس والافلاس شرعا	٢٢٨
ـ الفرق بين المفلس والتفليس	٢٢٩
ـ كيفية اداء الدين	٢٢٩
ـ أحكام التفليس	٢٣٣
ـ علاقة الوفاء بالدين بالافلاس	٢٣٤
ـ الخاتمة	٢٣٦
ـ المراجع الشرعية	٢٣٩
ـ الكتب القانونية	٢٤٣
الفهـــرس	٢٤٦