

أثر الإفلاس علي المدين في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

الدكتور

عبد العزيز حسن صالح

مدرس تاريخ القانون وفلسفته

كلية الحقوق جامعة أسيوط

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد،،،

مما لا شك ان المال هو عصب الحياة وشريانها المتدفق، فأكثر مشاكل الناس منذ القدم وحتى عصرنا الحالي سببها المعاملات المالية التي تشكل المديونات جزء كبير منها، هذه المشاكل غالبا ما ينشأ عنها خصومات واضطرابات في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، والمنتبع لأغلب الأنظمة القديمة يجد انها عالجت هذه القضايا بصورة غير عادلة، إذ كان المدين إذا ما تعرض لصعوبات أو عثرات في سداد ديونه أدت الي عدم قدرته على السداد ومن ثم إفلاسه، كان يتم التنكيل به واضطهاده، فرابطة الالتزام قديما كانت شخصية بحتة تنصب على جسد المدين الذي كان يعد بمثابة الضمان العام لحقوق الدائنين وحتى بعد تطور الأمر وجعل أموال المدين هي الضامنة لما عليه من ديون في بعض الأنظمة ومنها القانون الروماني ، إلا إنه ظل للالتزام طابعة الشخصي فكان شخص المدين هو الملاذ الأخير للدائن لضمان حصوله على ديونه.

بيد إن الأمر لم يكن كذلك في الشريعة الإسلامية، حيث عالجت موضوع المعاملات المالية بين الأفراد وما ينشأ عنها من مشاكل ومنها الإفلاس بصورة أكثر تنظيما، فوضع الفقهاء الأجلاء قواعد تطبق على المدين المفلس تاجرا كان أم غير تاجر، متبعين في ذلك مبادئ الشريعة السمحة العادلة التي جاءت من أجل مصالح الناس، إذ لا ضرر ولا ضرار، فجاءت قواعد الإفلاس موازنه بين مصلحة الدائنين في استيفاء ديونهم ومصلحة المدين في عدم إهدار كرامته والتنكيل به كما كان في السابق .

ولما كان القانون الروماني قد نظم موضوع الإفلاس ووضع أسسه قديما والتي طبقت أيضا على المدين المفلس التاجر وغير التاجر، فضلا عن

إنه يعد مصدرا تاريخيا لكثير من قوانين الدول الحالية، لهذا أردت أن أقوم بدراسة الآثار المترتبة على إفلاس المدين في القانون الروماني والشريعة الإسلامية وذلك للوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما، لهذا فقد قسمت هذه الدراسة الي فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي، على النحو الاتي:

مبحث تمهيدي: مفهوم الإفلاس والفرق بينه وبين الإعسار .

الفصل الأول: أثر الإفلاس على الحرية الشخصية للمدين في القانون الروماني والشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: أثر الإفلاس على أموال المدين وتصرفاته في القانون الروماني والشريعة الإسلامية.

مبحث تمهيدي

مفهوم الإفلاس والفرق بينه وبين الإعسار

أولاً: مفهوم الإفلاس

الإفلاس في اللغة: مصدر أَفْلَسَ يَفْلَسُ فهو مفلِسٌ أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، وأفلس الرجل أي لم يبق له مال، أي صار إلى حال يقال فيها ليس معه فلس، أي أعسر بعد يساره، فحقيقة الإفلاس هي الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر، ويقال فلّسه الحاكم تقليباً أي نادي عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلساً^(١).

والإفلاس في الشرع: هو أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه أو ألا يكون للمدين مال معلوم أصلاً.

(١) لسان العرب لابن منظور - دار المعارف - القاهرة - ج ٥ ص ٣٤٦٠، المصباح المنير للفيومي - مكتبة المصطفى بالعباسية - القاهرة - ج ٢ ص ٦٥٩، المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - ١٩٦٠م - ص ٧٠٧

فقد جاء في البحر الرائق: «أن الحجر بالدين في موضعين أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله»^(١).

وجاء في المقدمات لابن رشد أن «الفلس: عدم المال، والتفليس: خلع الرجل عن ماله لغرمائه، والمفلس: المحكوم عليه بحكم الفلس، والمفلس الذي لا مال له»^(٢).

وجاء أيضاً في قليوبي وعميره أن المفلس هو من لا يفي ماله بدينه، وإن كثر سواء حجر عليه أم لا أو هو من منعه الحاكم من التصرفات المالية لتعلق الدين بها كما في الرهن^(٣).

وجاء في المبدع شرح المقنع أن الإفلاس هو خروج الإنسان من ماله، والمفلس هو من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله»^(٤).

والشاهد من ذلك أن المفلس هو من ليس عنده مال أصلاً أو من عليه دين أكثر من ماله، والأصل عند الفقهاء في ذلك هو ما روي عن النبي صل الله عليه وسلم أنه قال لأصحابه: «أتدرون من المفلس؟ قالوا: المفلس فينا يا رسول الله، من لا درهم له ولا متاع، قال: المفلس من أمتي يوم القيامة من يأتي بصلاة، وصيام وزكاة، ويأتي قد شتم عرض هذا، وأكل مال هذا، وضرب هذا، فيقعد فيقتص هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فنيت

(١) البحر الرائق لابن نجيم - دار الكتاب الإسلامي - بدون تاريخ ٩٤/٨.

(٢) المقدمات الممهدة لابن رشد - دار الغرب الإسلامي - بيروت سنة ١٩٨٨م ٣١٥/٢.

ونفس التعريف بأسهل المدارك بشرح إرشاد السالك - دار الفكر - بيروت طبعة ثانية ١١/٣.

(٣) حاشيتا قليوبي وعميره - دار الفكر - بيروت سنة ١٩٩٥م ٣٥٥/٢، ونفس التعريف بالغرر البهية في شرح البهجة الوردية - المطبعة الميمنية - بدون تاريخ ١٠٢/٣.

(٤) المبدع في شرح المقنع - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٩٩٧، ٢٨٢/٤، ونفس التعريف بشرح الزركشي - دار العبيكان سنة ١٩٩٣م ٦٢/٤.

حسناته قبل أن يقضي ما عليه، أخذ من خطاياهم، فطرح عليه، ثم طرح في النار»^(١).

ووجه الدلالة بالحديث عند جمهور الفقهاء على حقيقة الإفلاس في الحياة الدنيا، أنهم استدلوا بقول الصحابة بأن المفلس هو من لا درهم له، ولا متاع، وهذا إخبار منهم عن حقيقة الفلاس في الحياة الدنيا، وإن بين لهم النبي صل الله عليه وسلم فيما بعد دلالة الحديث وأن فليس الآخرة أشد وأعظم من فليس الدنيا^(٢).

الإفلاس قانونًا

الإفلاس في القانون الوضعي هو نظام خاص بالتجار يهدف إلى التنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها متى كان هذا التوقف يكشف عن انهيار ائتمانه بغض النظر عما إذا كان موسرًا أم معسرًا كثرت أمواله أم قلت^(٣).

أيضًا قيل بأن الإفلاس هو الحالة القانونية التي يصل إليها التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها ويتم إشهاره بموجب حكم قضائي من المحكمة المختصة^(٤).

ثانيًا: مفهوم الإعسار

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل - تحقيق شعيب الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة ٢٠٠١م ١٢/١٣٨، صحيح ابن حبان - تحقيق شعيب الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة ١٩٩٣ م ١٠/٢٥٩.

(٢) المجموع شرح المذهب - أبو زكريا محي الدين النووي - دار الفكر - بدون تاريخ ١٣/٢٧١، المغني لابن قدامة - مكتبة القاهرة - بدون طبعة سنة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨م - ٤/٣٠٦.

(٣) الإفلاس: د/ علي يونس - النهضة العربية سنة ١٩٤٦م ص ٧، ٩، الإفلاس: د/ حسن شفيق - الجزء الثاني دار نشر الثقافة ١٩٥١ ص ٥.

(٤) احكام الإفلاس: ادوارد عيد - الجزء الأول - مطبعة باخرس ١٩٧٢ ص ٨.

الإعسار في اللغة مأخوذ من العُسر: مصدر عسر، وهو الفقر الشديد أو الصعوبة الشديدة والمعسر نقيض الموسر، وأعسر الرجل: صار ذا عسرة وقله ذات يد واقتقر^(١).

والإعسار شرعاً هو عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب، والإعسار قد يكون عن دين أو عن قلة ذات يد^(٢).

ويلاحظ أن عامة الفقهاء لم يذكروا في مؤلفاتهم تعريفاً للإعسار وإنما ذكروا الإعسار والمعسر وما يجب على دائن المعسر.

فقد جاء في حاشية الدسوقي بأن المعسر هو الذي ليس عنده ما يباع^(٣).

وجاء في المغني لابن قدامة ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته وملازمته^(٤).

وقد ذكر الرازي بأن المدين المعسر هو من لا يجد في ملكه ما يؤديه بعينه، ولا يكون له ما لو باعه لأمكنه أداء الدين من ثمنه^(٥).

أيضاً جاء في التاج المذهب بأن المعسر هو من لا يملك غير ما استثنى له من ملبسه ومسكنه ومأكله^(٦).

(١) لسان العرب لابن منظور - مرجع سابق ٢٩٣٩/٤، المصباح المنير - مرجع سابق ٥٥٩/٢.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية سنة ١٩٩٣م الجزء الخامس ص ٢٤٦.

(٣) حاشية الدسوقي - دار الفكر - بدون تاريخ ٢٣١/٤.

(٤) المغني لابن قدامة - مكتبة القاهرة سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م ٣٣٨/٤.

(٥) تفسير الفخر الرازي - دار إحياء التراث العربي - بيروت سنة ١٤٢٠هـ، ٨٦/٧.

(٦) التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني - مكتبة دار الكتب المصرية سنة ١٩٣٨م ص ١٥٤، ١٦٣.

وقصر التعريف لدى الفقهاء على الإعسار والمعسر وما يجب على دائن المعسر يدل على أن المعسر هو ذلك الشخص الذي ليس عنده مال أكثر مما يكفيه من ملابس ومأكل ومسكن.

أما الإعسار قانوناً: قيل بأنه حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود على حقوقه، وعرف أيضاً بأنه حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار^(١).

ثالثاً: الفرق بين الإفلاس والإعسار

يتفق الإفلاس مع الإعسار في أن المفلس والمعسر قد يجتمعان في شخص واحد، وهو الذي لا مال له وعليه دين، ومن ثم ذهب بعض الفقهاء^(٢) انه لا فرق بينهم في الشرع أو اللغة، فالمعسر هو من يتعسر عليه قضاء دينه والمفلس هو من أفلس من قضاء دينه، وبالتالي فهما من هذه الحيثية متحدان وذلك لان معناهما يرجع لشيء واحد. لهذا أجاز ابن رشد إطلاق لفظ المفلس على المعسر فقال: أن الإفلاس يطلق على معنيين: أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه. والثاني: ألا يكون له مال معلوم أصلاً.^(٣)

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: د/ عبد الرزاق السنهوري — دار النشر للجامعات المصرية ج ٢ ص ١٢٠٩.

(٢) أغلب الفقهاء ذهبوا الي أن المفلس هو من عنده أصل مال ولكنه لا يفي بسداد ديونه، أما المعسر فهو من لا مال له فاضلا عن حاجته الضرورية. ولكن قد يؤول حال المفلس إلى الإعسار إذا صرف ماله في سداد ديونه. أنظر: أحكام الاعسار في الفقه الإسلامي، أحمد بن عبد الله الجعفري، مجلة العدل، العدد ٢٧ لسنة ١٤٢٦ هـ، ص ١١٤.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٧٣/٤، السيل الجرار للشوكاني ١/٢٤٤.

بيد إنه بالرغم من الاتفاق بين الإفلاس والإعسار إلا أن هناك بعض الآثار المترتبة على حدوثها مختلفة عن بعضهم البعض يمكن ذكرها على النحو الآتي:

١. يترتب على تقليص المدين الحجز عليه ومنعه من التصرف في أمواله أما في حالة الإعسار فلا يمنع المعسر من الاكتساب ليحصل على ما يسدد به ديون.

٢. في حالة تقليص المدين يتم بيع أمواله وتصفية موجوداته وتوزيعها على دائنيه، بينما في حالة إعساره لا تباع.

٣. دعوي اثبات إفلاس المدين تكون بطلب الدائنين عند جمهور الفقهاء، بينما في الإعسار تكون بناء على طلب المدين غالباً.

٤. عدم حلول ديون المدين المؤجلة في حالة إثبات إعساره، بينما الوضع مختلف في الإفلاس كما قال المالكية والشافعية. (١)

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية لم تفرق بين المدين التاجر وغير التاجر ولا بين المعاملات التجارية والمدنية، فطالما أن مجموع أموال المدين غير كافي له سداده دينه الحال فهو في حالة إفلاس لهذا فقد أخذت قوانين بعض الدول بوجهة نظر الشريعة الإسلامية بعدم التفرقة بين المدين التاجر وغير التاجر مثل القانون الإنجليزي والألماني ومن قبلهم القانون الروماني، في حين نجد القانون الفرنسي والمصري قد فرقوا بينهم في عدة أمور يمكن ذكرها على النحو الآتي: (٢)

(١) أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي، أحمد بن عبد الله الجعفري، ص ١١٤، ١١٥.
 (٢) الإفلاس في الشريعة الإسلامية: د/ عبد الغفار إبراهيم صالح - دراسة مقارنة سنة ١٩٨٠م ص ٢١، ٢٢، طرق حماية المدين في الفقه الإسلامي والقانون التجاري: د/ حسين محمد بيومي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨ ص ٣١، ٣٢، = الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: د/ زكي حسين زيدان - دار الكتاب القانوني، ٢٠٠٩ ص ٢٢، ٢٣.

- ١- الإفلاس نظام خاص بالتجار يتحقق بمجرد ثبوت توقف المدين التاجر عن دفع ديونه المستحقة الأداء ولو كانت لديه أموال تزيد على هذه الديون أما الإعسار فهو نظام خاص لغير التجار ويتحقق في حالة كون أموال المدين لا تفي بديونه الحالة أي عجز المدين عن سدادها.
- ٢- وجود تصفية جماعية في الإفلاس يقوم بها السنديك ممثلاً لاتحاد الدائنين، أما الإعسار فلا يوجد به تصفية جماعية فأمر التنفيذ على أموال المدين تخضع لإجراءات فردية يقوم بها كل دائن على حده.
- ٣- للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بالإعسار، بينما في الإفلاس يتعين على المحكمة المختصة أن تقضي به متى ثبت لديها توقف المدين التاجر عن الدفع لديونه الحالة ومن ثم ليس لها سلطة تقديرية.
- ٤- يترتب على الإفلاس سقوط بعض حقوق التاجر السياسية والشخصية والمالية وبالتالي فهو وصمة عار في جبين المفلس وحكم يسيء بسمعته، بينما لا يوجد تأثير على الحكم بالإعسار على المدين.
- ٥- الإفلاس يُسقط آجال الديون، بينما الإعسار لا يسقطها بل تبقى على حالها.
- ٦- تتأثر تصرفات التاجر التي تقع خلال فترة الدين إذ تكون واجبة الإبطال أو جائزة الإبطال، بينما تصرفات المدين المعسر السابقة على الحكم باعتباره لا تتأثر ما لم يطعن الدائنون عليها بالبطلان.
- ٧- ينطبق نظام الصلح البسيط على التاجر المفلس في حين لا وجود لمثل هذا النظام في القانون المدني، وبالتالي لا يستفيد المدين المعسر من الصلح الذي يجريه مع أغلبية دائنيه للتخلص من آثار الحجز.
- ٨- تنتهي حالة إفلاس التاجر، أما بالصلح أو الاتحاد بصرف النظر عن الزمن الذي انقضى منذ صدور الحكم بشهر الإفلاس، بينما ينتهي

الإعسار، إما بناءً على طلب صاحب الشأن متى أثبت أن أمواله تزيد عن ديونه أو قام بالوفاء بديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها، كما ينتهي أيضًا بقوة القانون بمرور خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار.

الفصل الأول

أثر الإفلاس على الحرية الشخصية للمدين في القانون الروماني
والشريعة الإسلامية

لا شك أن الحرية الشخصية للإنسان كفلتها القوانين والدساتير في الوقت الحالي ومن قبلها الشريعة الإسلامية، إذ لا يجوز تقييد حرية الإنسان بحبسه أو منعه من السفر أو بتحديد محل إقامته جبرياً وملازمته إلا بسبب مشروع، لذا يثور تساؤل هام ألا وهو هل كان إفلاس المدين يترتب عليه المساس بحريته الشخصية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية أم لا؟ وما مدي هذا المساس بحريته الشخصية. لهذا فإنني سوف أقسم هذا الفصل الي مبحثين أتحدث في أولهما عن أثر الإفلاس على الحرية الشخصية للمدين في القانون الروماني وفي المبحث الثاني عن الوضع في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

أثر الإفلاس على الحرية الشخصية للمدين في القانون الروماني
إن قانون إشهار الإفلاس وأثره على المدين في روما لم ينشأ دفعة واحدة بل جاء نتيجة قرون طويلة من النمو والتطور، فقد سادت الحروب قديماً بين روما وجيرانها وكان المواطن الروماني عرضة للتجنيد والانخراط في الحروب خاصة المنشبة في روما في أي لحظة مما أثر ذلك على أعماله وتجارته فتراكمت عليه الديون والضرائب فاضطر إلى اللجوء إلى فكرة الاقتراض من أجل سداد ما عليه من ديون وهذا ما كان يتطلب وجود ضمان للمقرض صاحب الدين.

في البداية لم يجد المدين شيئاً يقدم كضمان للدائن سوى جسده وهذا ما ظهر واضحاً فيما كان يعرف بنظام عقد النيكسوم وما جاء بقانون الألواح الاثني عشر، حيث كانت وسائل المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين في روما قديماً شديدة وقاسية وبعيدة عن الرحمة والعدل، لذا كان بإمكان الدائن إذ لم يستوفي حقه من مدينه وفقاً لعقد النيكسوم أن يطالب بالتنفيذ على جسده دون حاجة إلى إصدار حكم قضائي ثم تطور الأمر بصدور قانون الألواح الاثني عشر، إذ أوجد دعاوي للدائن يستطيع من خلالها المطالبة بحقوقه تجاه مدينه والتنفيذ على جسده وحبسه في سجنه الخاص غير أنه بظهور قانون بوتليا بابريا وقانون ايبوتيا تغير الوضع قليلاً بخصوص التنفيذ على جسد المدين باعتباره الضمان العام لأموال الدائنين ثم صدر فيما بعد قانون جوليا.

لهذا فإنني سوف أقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب أوضح في أولهما أثر الإفلاس على الحرية الشخصية للمدين قبل صدور قانون الألواح الأثني عشر، والمطلب الثاني أخصه للوضع في ظل قانون الألواح الاثني عشر، وفي المطلب الثالث أتحدث فيه عن الوضع في الفترة اللاحقة على هذا القانون.

المطلب الأول

أثر الإفلاس على الحرية الشخصية للمدين قبل قانون الألواح الأثني عشر

كانت العلاقة بين الدائن والمدين خلال هذه الفترة يحكمها عقد القرض القديم (النيكسوم) والذي بموجبه يستطيع الدائن في حالة إفلاس مدينه أن يقوم بالتنفيذ على جسده، لهذا فإنني سوف أتحدث عن هذا العقد لما له من أهمية وتأثير على شخص المدين من خلال عدة نقاط على النحو التالي:

أولاً: مفهوم عقد القرض القديم (النيكسوم) وطبيعته

يسمى الإجراء الذي يمكن من خلاله تحويل أي التزام إلى دين من المال بإجراء النيكسوم، ولمصطلح النيكسوم معنيان، معنى عام وخاص، فالمعنى العام يقصد به كل تصرف رسمي ناقل للملكية، أو منشئ للالتزام أو يترتب عليه الإبراء من الدين.

أما المعنى الخاص فيقصد به وسيلة التزام بمقتضى البرونز والميزان، وقد كان مصطلح النيكسوم في البداية يستخدم لتحقيق عقد القرض الذي يكون موضوعه النقود ثم تطور فيما بعد فأصبح نموذجاً عاماً أو وسيلة عامة للالتزام مثل الإشهاد.

ومدين النيكسوم هو ذلك الشخص الذي منح دائنة مسبقاً الحق في أن يمتلكه كعبد في حالة حلول ميعاد الوفاء ولم يفىء بدينه دون حاجة إلى صدور حكم قضائي.

أما فيما يتعلق بطبيعة عقد النيكسوم فقد حدث خلاف بين الفقهاء حول تفسير طبيعة هذا العقد وانقسموا إلى رأيين على النحو الآتي:

الرأي الأول: وهو للعالم الألماني هوشكي والذي يرى أن النيكسوم هو عقد قرض يتضمن مبلغاً من النقود وكان ينعقد بإجراءات شكلية تتطلب وجود سبيكة وميزان والتقوه بعبارة معينة من قبل الدائن ذات طابع ديني ربما كانت بمثابة لعنة تلحق بالمدين حال عدم سداه مبلغ الدين في موعد الاستحقاق. وحق الدائن في القاء اليد على المدين دون حاجه لاستصدار حكم من القاضي.

والرأي الثاني: وهو للعالم الألماني ميتيس والذي يرى أن النيكسوم هو بمثابة تصرف ينطوي على تنازل من جانب شخص عن حريته لمصلحة شخص آخر، وهو ليس تصرفاً قانونياً منشئاً للالتزامات وإنما هو تصرف ناقل للملكية يتخلى بمقتضاه شخص عن حريته لشخص آخر بقصد الحصول على مصلحة ما.

ثانيا: إجراءات النيكسوم

النيكسوم كمصدر رسمي للالتزام كان يتطلب ذات الإجراءات الشكالية التي كانت تستلزم في حالة الإشهاد (Mancipatio) مع وجود اختلاف يتعلق بمضمون العبارات التي كان يجب النطق بها وبالتالي فعقد النيكسوم كان يتطلب حضور خمسة من الشهود الرومان الذكور بالغين وحامل ميزان بجانب طرفي العقد الدائن والمدين وأن يتم التفوه بعبارات معينة من قبل الدائن ذات طابع ديني ربما كانت تمثل لعنه تصيب المدين في حالة عدم سداد ديونه^(١).

واشترط خمسة من الشهود لإبرام هذا العقد قد يكون الهدف منه جعل التزام المدين التزاماً عاماً أمام جميع أفراد الشعب الروماني لأن هؤلاء الشهود ربما مثلوا الشعب الروماني في صفوفه الخمسة التي نظمها سيرفيوس كيوليوس ومن ثم فإن الدائن هنا يتمتع بضمان الدين من قبل الشعب بحيث يكون له نفس حقوق الدولة ضد المواطنين^(٢).

ثالثاً: آثار عقد النيكسوم

كانت الآثار المترتبة على إبرام عقد النيكسوم في روما تعطي الدائن الحق في حالة حلول ميعاد الوفاء بدينه وعدم قيام المدين بسداد ما عليه من ديون، الحق في التنفيذ على جسده، وذلك ببيعه أو قتله أو بتقيده وحبسه لديه في سجنه الخاص إذ كان لكل مواطن حر سجن خاص به، وكذلك كان من حق الدائن منع المدين من السفر، غير انه فيما يتعلق بمسألة الحبس فقد

(1) Cuq (E): Manuel Des Institutions juridiques Des Romains. Paris 1928. p. 411.

Girad (P.E) Manuel Elementaire de Droit romain 7 Eme ed. p. 500.

محاولة لتحليل فكرة الالتزام التعاقدية دراسة مقارنة: د. عبد المنعم درويش، دار النهضة ١٩٩٧م. ص ٧١. موجز القانون الروماني: د. محمود سلام زنتاتي، ص ١١٩

(2) S.Vainberg: La Faillite D'Après le Droit Romain Mono GraphieJuridique. P. 175

حدث خلاف بين شراح القانون حول مدى فقد المدين حريته أثناء فترة حبسه لدى الدائن وانقسموا إلى رأيين على النحو الآتي^(١):

الرأي الأول

ذهب أصحابه إلى أن مدين النيكسوم في حالة عدم وفائه بديونه يفقد حريته ويخضع للدائن كأحد عبيده وبالتالي يكون الدائن بمثابة خلعاً عاماً في حكم الوريث للمدين ومن ثم يضع يده على جسده وكل أمواله وممتلكاته، فماضي ومستقبل المدين يصبح رهناً بمقتضي عقد النيكسوم، وبالتالي كان يجوز للدائن استرقائه بل وقتله وفي حالة تعدد الدائنين كان يتم بيعه وتوزيع ثمنه عليهم أو قتله وتقطيعه عدة أجزاء وفقاً لنصيب كل دائن.

الرأي الثاني

ذهب إلى أنه لا يترتب على عقد النيكسوم فقد المدين حريته بل يظل محتفظاً بها طوال فترة الحبس لدى الدائن والدليل على ذلك:

أ - أن مديني النيكسوم لم يكونوا مدرجين ضمن تعداد العبيد العاديين بقوائم التعداد والإحصاء في روما.

ب - سُمح لمدين النيكسوم أن يشارك في الحروب كجندي بعد حصوله على إذن من دائنة وبنهاية الحرب يعود مرة أخرى إلى الدائن وهذا بعكس العبيد العاديين لم يكن لهم الحق في المشاركة في الحروب.

ج - إن رب الأسرة لم يكن يورث لأبنائه الحق في امتلاك مدين النيكسوم ضمن الممتلكات المورثة عنه وكان الأبناء يحترمون تعاقبات مورثهم مع هؤلاء المدينين.

(1) Roland Obenchain: The Roman Law of Bankruptcy- A Monthly Law Review – March 1928 – Volume 111 – Number p. 172 – 173.

د - عدم وجود دليل قاطع على تنفيذ واقعة قتل لمدين نيكسوم لم يحم بسداد ديونه.

هـ - كان بإمكان مدين النيكسوم أن يقوم بإدارة تجارته وأمواله ومن ثم فإن مدين النيكسوم لم يكن عبدًا بالمعنى الحقيقي لكلمة عبد وإنما كان رجلاً حراً تم أسره مؤقتاً من قبل الدائن لاستيفاء دينه ولإجباره على رد ما عليه بالقوة.

ويمكن القول بأن مدين النيكسوم في حالة إفلاسه وعدم قدرته على سداد ديونه كان بإمكان الدائن أن يقوم بتقييده وحبسه لديه دون حاجة إلى إصدار حكم قضائي ، حيث أن عقد النيكسوم كان بمثابة سند تنفيذي يخول للدائن وضع يده على المدين المفلس وحبسه في سجنه الخاص ولكن لم يترتب على ذلك فقد المدين حريته خلال مدة الحبس بل يظل متمتعاً بشخصيته القانونية وإن كانت بصورة أقل من الأحرار ، إذا كان يأخذ حكم المشبه بالرقيق غير انه كان باستطاعة الدائن بيعه خارج روما بعد مضي فترة الحبس، وفي بعض الاحيان كان يفضل الاحتفاظ به وإجباره على الوفاء بما عليه من ديون، ومن ثم يظل رهن الإقامة الجبرية في روما وليست له سلطة في التصرف في أمواله لغير صالح الدائن إلى حين استيفاء الدين وخلال هذه الفترة كان يستطيع الدائن استخدام كافة صور التعذيب من أجل إجبار المدين بالوفاء بما عليه من دين .

المطلب الثاني

أثر الإفلاس في ظل قانون الألواح الأثني عشر

ظل التنفيذ على شخص المدين بمقتضى عقد النيكسوم كأثر من آثار الإفلاس مستمرًا حتى بعد صدور قانون الألواح الأثني عشر، غير أن هذا

القانون أضاف بعض التعديلات الجديدة^(١) تمثلت في ضرورة صدور حكم قضائي بناء على رفع دعوى إلقاء اليد، والتي كانت تتيح الفرصة للدائن بإلقاء اليد على المدين والتنفيذ على جسده، لهذا فإنني سوف أقوم بدراسة هذه الدعوى من خلال عدة نقاط على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الدعوى وطبيعتها

هي تلك الدعوى التي كانت تخول الدائن وضع يده على شخص مدينه واحتجازه لديه تحصيلاً لدين لا خلاف عليه.

تعد دعوى إلقاء اليد من أقدم الدعاوى التي ظهرت في روما، حيث نص قانون الألواح الأثني عشر على طائفتين من الدعاوى أولهما تقريرية والتي يقصد بها تقرير وجود الحق أو المركز القانوني أو عدم وجوده ، والثانية هي دعاوى تنفيذية لا يقصد بها إقرار وجود حق بل تعد وسيلة إجرائية لتنفيذ حكم صدر ضد المدين بمبلغ نقدي أو في حالة إقرار المدين بحق الدائن وبالنظر إلى طبيعة دعوى إلقاء اليد نجد أنها تندرج ضمن طائفة الدعاوى التنفيذية التي تقع على شخص المدين الذي حُكم عليه بمبلغ من النقود بعد دعوى تقريرية أو بعد اعترافه بدين الدائن أمام القاضي .

ثانياً: حالات رفع الدعوى

كان يتم اللجوء إلى رفع دعوى إلقاء اليد في حالة صدور حكم بالدين لصالح الدائن أو حالة إقرار المدين بالدين أمام القاضي كما أضيف لهذه الحالات حالة المدين الملتزم بدين بمقتضى عقد النيكسوم إذا كان عقد النيكسوم هنا يعد بمثابة سند تنفيذي يجيز للدائن التنفيذ به ولا يحتاج إلى صدور حكم تقريري من المحكمة.

(١) صدر هذا القانون عام ٤٥١ ق.م. وقد أضاف نوعين من الدعاوى أولهما متعلقة بالتنفيذ على شخص المدين، والثانية متعلقة بالتنفيذ على بعض أمواله وكان يطلق عليها دعوى أخذ رهينة، وسوف نتحدث عليها في الفصل الثاني.

ثالثًا: إجراءات رفع الدعوى

أعطى قانون الألواح الأثني عشر الحق للدائن إذا لم يقيم المدين بدفع دينه خلال ثلاثين يومًا من صدور حكم له بالدين أو اعتراف المدين بالدين ، أن يقتاد مدينه ولو بالقوة إلى القاضي من أجل إقرار حقه في وضع يده على المدين وحبسه ، فإذا لم يعترض أحد أقارب المدين أو أحد أصدقائه على هذه الإجراءات كان القاضي يصدر حكما بإلحاق المدين بدائنة ويطلق على المدين هنا Addictus أي الملحق بالدائن ، ومن ثم تنشأ حالة من الخضوع والتبعية للدائن على مدينه حيث يقتاد الدائن مدينه إلى سجنه الخاص مع تقييده بالسلاسل التي لا تزيد عن خمسة عشر رطلاً وتستمر مدة الحبس ستين يومًا يلتزم خلالها الدائن بعرض المدين المفلس موثقًا بالأغلال في ثلاثة أسواق متتالية موضحًا حالته من أجل حث الغير على الوفاء بدينه فإذا ما إنقضت تلك المدة دون قيام أحد بالوفاء عنه انتهى دور هذه الدعوى كوسيلة لإكراه المدين على الوفاء ومن ثم تبدأ إجراءات التنفيذ على شخصه باعتباره الضمان لحقوق الدائن^(١).

رابعًا: آثار دعوى إلقاء اليد

ترتب على تنفيذ هذه الدعوى عدة آثار يمكن ذكرها من خلال تبيين أثرها على حقوق المدين المدعي عليه ومدى سلطات الدائن على حريته الشخصية:

أ - حقوق المدين

استحدث قانون الألواح الأثني عشر ضمانات هامة للمدين المفلس إذ قيد حق الدائن في اللجوء لاستخدام دعوى إلقاء اليد بضرورة الانتظار لمدة

(١) التنفيذ على شخص المدين - دراسة تاريخية مقارنة: د/ طه عوض غازي - دار النهضة سنة ١٩٩٥م ص ١٨ وما بعدها، نظام الدعاوى في القانون الروماني: د/ محمد السمالوطي: سنة ٢٠١٦م، ص ٥٤.

ثلاثين يوماً من تاريخ صدور حكم له بدينه أو إقرار المدين به بجانب إنتظاره مدة أخرى ستين يوماً، ومما لا شك فيه أن هذه المدد كانت بمثابة مهلة للمدين المفلس أو للغير للوفاء بما عليه من ديون.

بيد أن قانون الألواح الاثني عشر رغم استحداثه لهذه الضمانة إلا إنه لم يمنح المدين الحق في الدفاع عن نفسه ومن ثم لا يجوز له الاعتراض على إجراءات إلقاء اليد حتى ولو كان لديه من الدفع ما ينقضي به مطالبة الدائن بدينه ، كما أن القاضي ملزم بالحكم لصالح الدائن في حالة تخلف المدين عن الوفاء بديونه فليس له سلطة تقديرية لبحث الحالة المالية للمدين ، وما إذا كان مفلساً أم لا بل يجب عليه الحكم بإلحاق المدين لدائنه لمجرد عدم الوفاء ، لهذا فإن هذه الدعوى كانت تتسم بالشدّة والقسوة وتحمل في طياتها خصائص الانتقام الفردي ، ومن ثم لم يعطي قانون الألواح الأثني عشر أي حق للمدين إلا في حالة تدخل الغير واعتراضه على إجراءات هذه الدعوى وهنا تبرأ ذمة المدين بصفة نهائية من الدين ، ومن ثم تنشأ خصومة جديدة بين الدائن وهذا المعترض (Vindex) الذي كان يعد بمثابة كفيل ومدافع عن المدين ، فإذا كان تدخله بدون وجه حق ووجهت إليه إجراءات إلقاء اليد بضعف قيمة الدين الأصلي الذي كان على المدين الأصلي ، لهذا كان تدخل الغير نادر الحدوث خشية الحكم عليهم بضعف قيمة الدين الأصلي إذا ما فشل في إثبات عدم صحة إجراءات إلقاء اليد على المدين (١) .

ب - سلطات الدائن

أعطى قانون الألواح الأثني عشر سلطات مطلقة للدائن على جسد مدينه المفلس في حالة الحكم بإلحاقه به، فله الحق في حبسه لديه في سجنه الخاص أو استرقائه أو بيعه خارج روما بعد مضي فترة الستين يوماً، غير أنه

(١) نظام الدعاوى في القانون الروماني: د / محمد السمالوطي ص ٥٣، ٥٤، التنفيذ على شخص المدين: د/ طه عوض غازي - ص ١٩ وما بعدها.

قد حدث خلاف بين الفقهاء حول مدى حق الدائن في قتل مدينه وتقطيعه إلى عدة أجزاء وانقسموا إلى رأيين: أولهما: ذهب أصحابه إلى إعطاء الدائن الحق في قتل مدينه وفي حالة تعدد الدائنين يتم تقطيع المدين إلى عدة أجزاء بحسب نصيب كل دائن واستند أصحاب هذا الرأي في تبرير حق الدائن بقياس هذا الحق على حق الأب في قتل ابنه.

في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني: إلى عدم أحقية الدائن في قتل مدينه حيث لا ينبغي الاعتماد على المعنى الحرفي لنص المادة السادسة من قانون الألواح.

فكلمة تقطع أوصاله إلى أجزاء في حالة تعدد الدائنين تعني تقييم ثمنه في حالة بيعه وتوزيع الثمن على جميع الدائنين كما أن الشواهد التاريخية لم تعد بوجود مدينين قد تعرضوا لهذا الموت البشع ومن ثم فإن التفسير السليم هنا لهذا النص يتمثل في أن المدين في حالة إفلاسه ومن ثم عدم قيامه بدفع ما عليه من ديون كان يتم بيعه وتوزيع ثمنه على جميع الدائنين^(١).

Vainberg, La Faillite D'après le Droit Roman op. cit. p. 176 – 177.

(١)

المطلب الثالث

أثر الإفلاس في الفترة اللاحقة على قانون الألواح الاثني عشر

استمرت العلاقة بين الدائن والمدين وما تحمله من قسوة في الإجراءات ضد المدين المفلس خاضعة لأحكام قانون الألواح الأثني عشر فترة من الزمن حتى تدخل المشرع للتخفيف من شدة هذه الإجراءات في أكثر من مرة وفي فترات متلاحقة يمكن ذكرها على النحو الآتي^(١):

أولاً: أصدر المشرع الروماني عام ٣٢٦ ق.م قانون بوتيليا بابريا والذي نص فيه على عدة أمور ساهمت في التقليل من حدة الآثار السلبية المترتبة على إفلاس المدين ومن ثم فقد حسنت من وضع المدين المفلس ويمكن ذكرها على النحو الآتي:

أ - عدم جواز استخدام كافة الأغلال والأصفاة التي تربط في عنق المدين إذ لا ينبغي استخدامها إلا مع المحكوم عليهم بالسجن الفعلي لجناية.

ب - عدم جواز تطبيق الأحكام المتعلقة بعقد القرض القديم (Nexus).

ج - إطلاق سراح كافة المدينين المفلسين وفقاً لعقد النيكسوم.

الشاهد من ذلك أن قانون بوتيليا بابريا حسن من مركز المدين المفلس حيث منع الدائن من استرقاق مدينه أو قتله أو بيعه كما كان في السابق إذ

(1) Roland obenchain: The Roman Law of Bankruptcy op. cit. p. 177 - 178.

الجزء الجنائي للالتزام المدني للمنتفع بمال الغير: د/ إبراهيم فتحي عبد الرحمن - رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ص ٢١، محاضرات في القانون الروماني: د/ عبد السلام الترماني: سنة ١٩٦٥م، ص ٣٦، الحجر على المدين لحق الغرماء: د/ أحمد الخطيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٦٤م، ص ٣٢٨، مبادئ القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر، وعبد المنعم البدر، الإكراه البدني كوسيلة لاستيفاء الحقوق المالية: د/ مصطفى إبراهيم عابد: رسالة دكتوراه - عين شمس ص ٤٢ وما بعدها.

اقتصرت حق الدائن على حبس مدينه في سجنه الخاص حيث يظل محبوساً حتى يسدد ما عليه من ديون ولكن لا يجوز للدائن استخدام وسائل التعذيب والمهانة التي كانت تستخدم في السابق، أيضاً جرد هذا القانون عقد النيكسوم من أهميته إذ لا يجوز حبس المدين بمقتضى هذا العقد باعتباره سنداً تنفيذياً كما كان في السابق بل لا بد من وجود حكم قضائي بذلك.

ثانياً: في أواخر العصر الجمهوري ساءت أحوال المواطنين من طبقة العامة وزادت الديون عليهم فسادت حالة من الفوضى والاضطرابات لذلك صدرت عدة قوانين لكي تقضي على ديون تلك الطائفة من المواطنين منها القوانين التي قلصت حجم الديون على المواطن إلى نصف الدين، وذلك عن طريق تخفيض قيمة العملة فاستطاع المدينون المفلسون تجنب الحبس، أيضاً ألزم قانون سيريا الصادر عام ١٧٣ ق. م الدائن بأن يعلن بصوت عال عن مبلغ الدين وعدد الكفلاء وإلا بطلت الكفالة.

ثالثاً: وبحلول عام ١٣٠ ق. م صدر قانون إبيوتيا الذي ألغى دعوى إلقاء اليد التنفيذية وأحل محلها وسائل برتيورية أخرى للتنفيذ على أموال المدين وبيعها ويلاحظ أن هذا التطور الجديد لم يمنع التنفيذ على شخص المدين إذا استمر التنفيذ على شخص المدين المفلس غير أنه اقتصر حق الدائن فقط على إمكانية تشغيل المدين لحسابه حتى يستوفي دينه وبالتالي لا يجوز للدائن المطالبة بحبس المدين الا في حالة رفض المدين التنفيذ على أمواله، وفي تطور آخر ونظراً لإلغاء السجون الخاصة بالدائنين كان يتم حبس المدين في السجون العامة التي تنشئها الدولة.

رابعاً: وبصدر قانون جوليا مُنح المدين الحق في تفادي التنفيذ على شخصه بحبسه وذلك عن طريق تنازله عن أمواله للدائنين من أجل التنفيذ عليها

ولكن ظل الحبس مستمراً كوسيلة لإكراهه على الوفاء بالدين أو التنازل عن أمواله.

خلاصة ما تقدم

هو اقتصار الأثر الرئيسي المترتب على إفلاس المدين في القانون الروماني خلال الفترة السابقة، على التنفيذ على جسده بكل صورته ومن ثم الاعتداء على حريته الشخصية.

ولعل ذلك كان راجعاً الي نظرة فقهاء الرومان قديماً إلى فكرة الالتزام على أنها شخصية^(١) تقوم على رابطة قانونية بين الدائن والمدين بمقتضاها يعطي الدائن سلطات مطلقة على جسد مدينه لا على ماله. وبالتالي كانت في البداية تخول الدائن في حالة إفلاس مدينه وعدم قيامه بسداد ما عليه من ديون حق حبسه وتعذيبه والتكيل به بل وقتله دون حاجه لاستصدار حكم قضائي.

ومع مرور الوقت تطورت فكرة الالتزام في العصر العلمي، فأصبحت القيود التي تفرض على المدين تشمل جزءاً من حريته الشخصية، فبعد أن كان للدائن الحق في بيع أو قتل المدين أصبح حقه مقتصرًا فقط على حبسه واستخدامه حتى يجبره على الوفاء بما عليه من ديون.

ولا شك أن هذه النظرة الشخصية للالتزام في القانون الروماني قد وجدت لها من يؤيدها من فقهاء الغرب في العصر الحديث مثل العلامة الألماني سافيني مؤسس المذهب الشخصي الذي يرى أن الالتزام هو عبارة عن سيادة للدائن وقيود على حرية المدين وذمته المالية، فالالتزام عنده صورة من صور الرق فيشمل جزءاً معيناً من حرية المدين. وبالتالي فهو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر.

(١) التنفيذ على شخص المدين: د. طه عوض غازي ص ٣٠/٣١

غير أن هناك جانب آخر من الفقه يري أن الالتزام هو علاقة مادية بحتة، ومن ثم فرق بين عنصرى المديونية والمسؤولية في المحل، فالمديونية هي ارتباط الالتزام بالذمة وهذا لا يتطلب إجباراً، بينما المسؤولية تتطلب ذلك وبالتالي قاموا بتوزيع هذين العنصرين على ذات المدين الملتزم وأمواله، فاعتبروا شخصه مديناً بينما المسؤول عن التزاماته هو أمواله لا شخصه، وبالتالي لا يكون هناك إجبار على الوفاء بالديون وهذا ما يسمى بالمذهب المادي الذي تزعمه الفقيه الألماني جيرك.

بيد أن هذا المذهب أيضاً ترجع جزوره التاريخية الي القانون الروماني، حيث أن فقهاء الرومان في تطور آخر بعد أن كانوا ينظرون للالتزام نظرة شخصية، فرقوا أيضاً بين المديونية والمسؤولية وبالتالي جعلوا أموال المدين هي الضامنة لما عليه من ديون لا جسده^(١) هذا ما سنقوم بدراسته في الفصل القادم تحت عنوان أثر الإفلاس على أموال المدين وتصرفاته.

المبحث الثاني

أثر الإفلاس على الحرية الشخصية للمدين في الشريعة الاسلامية

في البداية يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية قد جرمت بصورة قطعية فكرة الانتقام من شخص المدين بقتله أو تعذيبه أو بيعه كرقيق، فلم تجعل الدين سبباً لاسترقاقه وإهدار كرامته على نحو ما كان يحدث في القانون الروماني تحقيقاً لمصالح الدائنين.

غير أن ذلك لم يحول دون الأخذ ببعض مظاهر التنفيذ التي تقع على شخص المدين بهدف الضغط على إرادته وذلك بحرمانه من بعض مظاهر

(١) طبيعة الالتزام في القانون المدني والفقه الإسلامي: نور الدين رضا _مجلة الرسالة

حريته الشخصية كحبسه أو ضربه أو ملازمته أو منعه من السفر حتى يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي تحقيقاً لمصلحة الدائنين.

وبالتالي فقد وازنت الشريعة الإسلامية بين مصالح الدائنين في استيفائهم حقوقهم ومصحة المدين في المحافظة على أمواله وعدم إهدار كرامته بالتنفيذ على جسده كما كان متبعاً في ظل القانون الروماني، ومن ثم فقد ذكر فقهاء الشريعة الأجلاء بعض مظاهر التنفيذ على شخص المدين المفلس، كما وضعوا نظاماً للحجر على أمواله وبيعها.

لذا سوف أوضح في هذا المبحث بعض مظاهر التنفيذ على شخص المدين في الشريعة الإسلامية كأثر من آثار إفلاسه في ثلاثة مطالب، تاركا الحديث عن نظام الحجر على أمواله وبيعها^(١) في الفصل القادم.

المطلب الأول

مدى جواز حبس المدين

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لإمكانية حبس المدين أن يكون الدين مستحق الوفاء وأن يطلب الدائن أو من يمثله حبس المدين، إذا لا يجوز للقاضي أن يقضي بالحبس من تلقاء نفسه، فالحبس هنا ليس متعلق بالنظام العام في الإسلام، بل متعلق بمصلحة الدائنين، ومن ثم إذا ما امتنع المدين عن الوفاء بدينه في ميعاده وطالب الدائن بحبسه فيجب على القاضي أولاً مطالبة المدين بالوفاء فإذا ما امتنع فهذا يجوز حبسه، غير أن مسألة حبسه

(١) أجلت الحديث عن مسألة الحجر على أموال المدين لعدة أمور: - أولاً: وجود خلاف حول مدى جواز الحجر على أموال المدين، فالبعض اجازته والبعض الآخر قال بعدم جوازه وإنما يتم حبس المدين من أجل إكراهه على الوفاء بالدين دون الحجر عليه. ثانياً: أن مسألة حبس المدين يري جمهور الفقهاء بأن الحبس لا يعد حكماً للحجر ولا أثر من أثاره وبالتالي لا يختص بالمحجور عليه بل هو في غيره أظهر. أنظر: الإفلاس في الشريعة، د. عبد الغفار إبراهيم ص ١١٧. ثالثاً: حتى يكون هناك توافق وتناسق في خطة البحث مع بعضها البعض.

تتوقف على مدي قدرته المالية على الدفع والتي لا تخرج عن إحدى الحالات الآتية:

الحالة الأولى: المدين الموسر المماطل

هو ذلك المدين الذي لديه القدرة المالية على دفع ما عليه من ديون حاله ويمتنع عن سدادها مماطله منه دون مبرر مما يؤدي موقفه هذا إلى الإضرار بحقوق الدائنين، لذا فقد اختلف الفقهاء حول مدي جواز حبسه.

فذهب ابن حزم^(١) الي عدم جواز حبسه وإنما تباع أمواله لسداد ديونه إن كانت الأموال من غير جنس الدين، أما إن كانت من جنس دينه فيوفي منها الدين دون أن تباع واستند لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾^(٢) فالأمر بالقسط يستلزم النهي عن المماطلة لأن فيها ظلم للدائنين لقول النبي صل الله عليه وسلم «مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته»^(٣) فحبسه يؤدي إلي تأخر حصول الدائنين على حقوقهم^(٤)، كما أن حبس المدين فيه ظلم أيضا له اذا ما كان قادرا على الوفاء، اذ من الممكن أن يوفي بديونه عن طريق بيع أمواله دون حبسه.

في حين ذهب جمهور الفقهاء^(٥) إلى جواز حبس المدين الموسر بناءً على طلب دائنة وذلك لإجباره على أداء دينه الحال، فالمدين القادر المماطل في سداد ديونه ظالم لدائنه، والوسيلة التي تجبره على الوفاء بدينه هي الحبس

(١) المحلى لابن حزم ٤٧٢/٦ وما بعدها. أيضا من أصحاب هذا الرأي: عبد الله بن جعفر والليث بن سعد

(٢) سورة النساء الآية (١٣٥).

(٣) اختصار صحيح البخاري ٢/٢٩٤، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/٦.

(٤) جامع الأحكام للقرطبي ٢/٦.

(٥) بدائع الصنائع ٧/١٧٣، العناية شرح الهداية ٩/٢٧١، حاشية الدسوقي ٣/٢٧٨، المجموع في شرح المهذب ٣/٢٧٣، المبدع في شرح المقنع ٤/٢٨٣، كشف القناع ٣/٤١٩.

لقول الرسول صل الله عليه وسلم «مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته»^(١) وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٢). فالحبس للموسر المماطل يكون تأديباً له وتشديداً عليه فقد روي عن النبي صل الله عليه وسلم أنه: «حبس رجلاً من جهينة كان بينه وبين رجل آخر غلام فاعتقه»^(٣) دون أن يعطي شريكة نصيبة. وقد سار الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على نهج النبي صل الله عليه وسلم فقد روي عن سيدنا عمر بن الخطاب انه اتاه رجل وقال له يا أمير المؤمنين أجزني، فقال مما؟ قال: من ديني. فقال عمر: السجن، وهذا يدل على جواز حبس المدين الموسر.

ومن ثم فالحبس ضروري لاستيفاء الناس حقوقهم من بعضهم البعض فإيصال الحقوق الي مستحقيها أمر معلوم من الدين بالضرورة، ولا يتوصل الناس إلى حقوقهم في ظل زماننا هذا إلا به.

وبالتالي أنتهي جمهور الفقهاء وهذا ما يميل إليه الباحث إلى جواز حبس المدين الموسر المماطل حتى يؤدي ما عليه من ديون، بل قد ذهبوا إلى أبعد من ذلك بجواز ضربه في حال امتناعه عن أداء ما عليه من ديون وذلك إذ لم يزره الحبس لقول الرسول صل الله عليه وسلم : «مطل الغني ظلم» وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام : «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» فالظالم يستحق العقوبة ، والعقوبة إنما تستحق على ترك واجب أو فعل محرم ، والمدين الممتنع عن الأداء مع قدرته على الأداء ترك واجباً ، وهو أداء الدين مع قدرته على الأداء وفعل محرماً وهو امتناعه عن أداء الدين مع قدرته على الأداء وبالتالي فهو يستحق العقاب بالحبس وبما هو أشد منه وهو الضرب فالتعزير مشروع في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة ، والمعاصي نوعان ترك واجب ، وفعل محرم ، فمن ترك أداء الواجب مع القدرة عليه فهو

(١) سبق تخريجه.

(٢) سنن ابي داود ٤٧٣/٥ ، سنن ابن ماجه ٤٩٧/٣ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٨٠/٦ .

عاص مستحق للعقوبة والتعزير وبالتالي يجوز حبسه وضربه إذا لم يزجر من الحبس^(١)

الحالة الثانية: المدين المفلس

هو ذلك المدين الذي ثبت إفلاسه عند القاضي وقد حدث خلاف بين الفقهاء حول مدي جواز حبسه، فذهب ابن عباس وشريح وإبراهيم^(٢) إلى جواز حبسه وذلك على أساس أن دين المدين يعد من الامانات التي في عهده التي يجب عليه أدائها لقوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾^(٣) فامتناع المدين عن أداء دينه يعد خيانة للأمانة يستحق عليها العقاب المتمثل في الحبس وذلك سواء أكان موسراً أم مفلساً، فقول المولي عز وجل: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٤) خاص بالربا أما سائر الديون والمعاملات فليس فيها نظرة بل تؤدي في وقتها أو أن يحبس المدين حتى يوفى ما عليه من دين^(٥).

في حين ذهب جمهور الفقهاء^(٦) إلى عدم جواز حبسه أو مطالبته بالدين، بل يجب إنظاره إلى أن يوسر، فغاية الحبس هي التوصل إلى أداء الديون لا لعينه، ومن ثم فهو ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة لإكراه المدين

(١) مجموع الفتاوى: أحمد بن تيمية - المجلد الثلاثون ص ٣٩.

(٢) المصنف لعبد الرزاق ٥٧/٧ - ٥٨ ، نيل الأوطار للشوكاني ٢٨٧/٥ ، جامع البيان في تأويل القرآن للطبري ٢٩/٦ ، الجامع لأحكام القرآن القرطبي ٣٧٢/٣.

(٣) سورة النساء الآية (٥٨).

(٤) سورة البقرة الآية (٢٨٠).

(٥) مشكلة إفلاس المدين والحل الإسلامي دراسة فقهية مقارنة: د/ نزار الحمداني، دار المجتمع سنة ١٩٩١م، ص ١٤٨، الإفلاس والاعسار في الفقه الإسلامي: د/ زكي زكي حسين، ص ٢٥٢.

(٦) بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، شرح مختصر الطحاوي ١٧٢/٣ ، المدونة الكبرى ٦٠/٤ العناية شرح البداية ٢٧٩/٧ العزيز شرح الوجيز ٢٦/٥ ، مغني المحتاج ١٥٦/٢ ، الغرر البهية ١١١/٣ ، المبدع في شرح المقنع لابن قدامة ٢٨٣/٤ كشف القناع ٤١٨/٣ ، المحلى لابن حزم ٤٧٥/٦ ، البحر الزخار ٨١/٦ ، شرح الأزهار ٢٧٧/٤ ، شرح كتاب النيل ٦٢١/١٣ .

المماطل على دفع ديونه، وبالتالي لا فائدة منه هنا لإكراه المدين المفلس بل يجب إنظاره لقول المولى عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١) فقد قال الإمام الطبري^(٢): «وإن كان من غرمائكم ذو عسرة فعليكم أن تتظروه حتى يوسر بما ليس لكم فيصير من أهل اليسر به...».

وقد روي عن الرسول صل الله عليه وسلم انه قال لغرماء المدين المفلس الذي لم يكن لديه ما يوفى به دينه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك». فدل ذلك على عدم جواز حبس المدين المفلس، فالحبس شرع إما لإثبات إفلاس المدين أو لإجباره على قضاء الدين، وهنا قضاء المدين للدين متعذر وإفلاسه ثابت وبالتالي لا فائدة من حبسه، فلو قضى عليه بالحبس فلا يتوقع منه وفاء ما دام محبوباً أما إذا كان حراً طليقاً فيظن منه الوفاء لأنه قد يكتسب ما يستعين به على الوفاء^(٣).

وبالتالي أنتهي جمهور الفقهاء وهذا ما يميل إليه الباحث إلى عدم جواز حبس المدين المفلس الذي ثبت إفلاسه بل يجب إنظاره، وردوا على أدلة الرأي الأول بالآتي:

١- أن قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٤) فهذا خاص بالأعيان الموجودة في يد الشخص لغيره، وبالتالي يجب عليه أداؤها أما الديون التي في ذمة الإنسان فإن المطالبة بها يتوقف على مدى قدرة الشخص على أدائها وبما أن المفلس غير قادر على الأداء فلا تكليف بما لا يطاق لقوله تعالى: ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾^(٥).

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٠).

(٢) جامع البيان في تأويل القرآن للطبري ٢٩/٦.

(٣) بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، المبدع في شرح المقنع لابن قدامة ٢٨٣/٤ ، الإفلاس

والاعسار في الفقه الإسلامي: د/ زكي زكي حسين، ص ٢٥١.

(٤) سورة النساء الآية (٥٨).

(٥) سورة الطلاق الآية (٧).

٢- أن ما استدلت به شريح من أن آية الإنظار نزلت في الربا ليس بصحيح
لأمرين:

أ - أن الربا قد أحبطه الله تعالى وأبطله ومن ثم فكيف يكون فيه نظرة؟
ب - أن القراءة إنما هي: «وإن كان ذو عسرة» بالرفع.
وبالتالي قالوا إن حكم هذه الآية عاما وليس خاصا بالربا وذلك لأنه لو
كان خاصا بالربا ل قيل (وإن كان ذا عسرة) أي إن كان الذي عليه الربا ذا
عسرة (فنظرة الي ميسرة) ثم قالوا حتى ولو كانت الآية خاصة بالربا فهذا لا
يمنع من دخول سائر الديون في حكمها قياساً على رأس المال وذلك
لاشتراكهما في نفس المعنى، وهو أن المدين المفلس الذي ثبت إفلاسه لا
يجوز حبسه أو مطالبته بأداء ديونه نظرا لعدم قدرته على ذلك بل يجب إنظاره
إلى أن يؤسر^(١).

الحالة الثالثة: المدين مجهول الحال

حدث خلاف بين الفقهاء حول مدى جواز حبس المدين مجهول الحال
أي الذي لم يثبت إفلاسه ولا يساره، وانقسموا إلى عدة آراء غير أن الرأي
الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء^(٢) إلى جواز حبس المدين مجهول
الحال حبس اختبار حتى يتبين حاله يسراً ام إفلاساً ، ومن ثم إن تبين يسره
فللقاضي الحق في أن يأمره بسداد ما عليه من ديون ومن ثم يجري عليه ما
يجري على المدين الموسر في حالة امتناعه عن السداد، أما إذا ما تبين
إفلاسه فللقاضي أن يخرج من حبسه فوراً لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ
فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٣) وهنا يجري عليه ما يجري على المدين المفلس.

(١) المقدمات لابن رشد ٣٠٦/٢ ، ٣١٦ ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ١٥٧/٩ ، ١٥٨.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين ١١٢٦/٢ ، فتح
العزیز ٢٦/٥ ، الكافي ٩٦/٢ ، المحلى ٤٨٠/٦ ، والبحر الزخار ٨١/٦ ، الروضة
النديّة شرح الدرر البهية ٢٤٠/١ ، شرح كتاب النيل ٦١٩/١٣ .

(٣) سورة البقرة الآية (٢٨٠).

بيد أنه إذا لم يتبين حاله وادعي بأنه مفلس لا شيء يملكه وأنكر الدائنون ذلك فهنا يبقى في الحبس كما ذهب الجمهور مدة^(١) يقدرها القاضي حسب اختلاف أحوال الأشخاص قوة وضعفا وأموالهم قلة أو كثرة، فليس الشخص الوجيه كالحقير ولا القوي كالضعيف ولا الدين الكثير كالقليل، وذلك لأن الهدف من الحبس إنما هو استكشاف حال المدين وبيان إفلاسه من يساره، والعلم بذلك ربما يتحقق في المدة القصيرة وربما يتحقق في المدة الطويلة لأن الناس ليسوا بدرجة واحدة وإنما يترك أمر تقديرها للقاضي.

وبالتالي يمكن القول بأن الحبس في الشريعة الإسلامية قرر إما: لإكراه المدين الموسر المماطل على الوفاء بدينه ومن ثم لا يجوز حبس المفلس الذي ثبت إفلاسه، وإما للثبوت من حالة المدين إذا كانت مجهولة الحال وذلك حتى تتضح، لهذا فقد حدث خلاف حول طبيعة حبس المدين، وانقسم هذا الخلاف الي مذهبين:

فذهب رأي^(٢) الي أن الحبس هنا هو بمثابة عقوبة تطبق على المدين الممتنع عن الوفاء، واستند أصحاب هذا الرأي إلى الآتي:

(١) حدث خلاف بين الفقهاء حول المدة التي يتم فيها حبس المدين فقال البعض حبسه بشهر وقال آخرون بأربعين يوماً و قيل بشهرين وقيل ثلاثة أشهر ، وقيل بأربعة أشهر وبسنة أشهر، كما ان آخريين ذهبوا إلى تحديد المدة بناء على مقدار الدين ، فالدين القليل نصف شهر والمتوسط شهرين والكثير أربعة أشهر . والراجح هو ترك أو تقدير مدة الحبس للقاضي يقدرها حسب أحوال الناس واختلاف مقدار الدين، وبحسب اختلاف الزمان والمكان والعادات.

بدائع الصنائع ١٧٣/٧، اختيار الطحاوي لابن مودود الموصلني ٩٠/٢، المقدمات لابن رشد ٣٠٨/٢، الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٥٨٩/٢-٥٩٠، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٩٣، السياسة الجزائية في فقه العقوبات: د/ أحمد الحصري، ص ٤٣٢، الإفلاس والاعسار في الفقه الإسلامي: د/ زكي زكي حسين زيدان، ص ٢٦٤، ٢٦٥.

(٢) التعزير في الفقه الإسلامي: د. طاهر صالح العبيد، ص ٢٧٩.

١. قول الرسول صل الله عليه وسلم «مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته»^(١). وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٢).

٢. أن امتناع المدين عن أداء الدين رغم القدرة عليه يعد جريمة عظيمة وكبيرة من الكبائر، تستوجب تعزيره لأنه ترك واجبا، فقد جاء بتبصرة الحكام لابن فرحون (أن التعزيز يكون على ترك الواجب..... ومن ذلك ترك قضاء الدين وأداء الامانات..... والامتناع عن رد المغصوب والمظالم مع القدرة على أداء ذلك كله إلى أربابه حتى يؤدي ما عليه.)^(٣)

٣. بأن مماثلة المدين في تسديد ديونه يشكل ظلما للدائنين يستوجب عقابه، ومن ثم فهي مسؤولية جنائية أوجدها المشرع الإسلامي لا عن واقعة عدم تنفيذ الالتزام وإنما عن واقعة المماثلة.^(٤)

في حين ذهب رأي آخر^(٥) الي أن الحبس ليس بعقوبة وإنما هو مجرد وسيلة من وسائل ضمان تنفيذ الالتزام، إذ لا يجوز الحبس في الحق طالما استطاع الحاكم استيفائه، فإذا ما امتنع المدين عن الوفاء جاز الأخذ من ماله بقدر الدين الذي عليه ولا يجوز حبسه، فحبسه هنا استمرار لظلمه.

فإعطاء الدائن الحق في المطالبة بحبس المدين المماثل يضيف عليه الطابع الإكراهي وهو ما يجعله مختلفا عن الحبس كعقوبة، إذ لا يتصور أن تكون المساءلة الجنائية والعقوبة مقررة وفقا لمشيئة الدائن إن شاء طلبها

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/٦.

(٢) سنن ابي داود ٤٧٣/٥ ، سنن ابن ماجه ٤٩٧/٣.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون ٢/٢٨٩.

(٤) التنفيذ على شخص المدين: د. طه عوض غازي، ص ٧٩

(٥) الفروق للقرافي ٨٠/٤، الاكراه البدني كوسيلة لاستيفاء الحقوق: د. مصطفى إبراهيم

عابد، ص ٧٥ وما بعدها

وإن شاء منعها، وانتهى أصحاب هذا المذهب الي أن الحبس ليس بعقوبة وإنما هو وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام. وهذا ما يميل إليه الباحث، فالحبس ليس وسيلة تنفيذية مقصودة لذاتها ومن ثم فهو لا يطبق لمجرد امتناع المدين عن الوفاء، بل لابد أن يكون الممتنع قادرا على الوفاء أي موسرا، فإذا ما ثبت إفلاسه وجب على القاضي إخراجه فلا يجوز حبس المفلس وفقا للرأي الراجح بل يجب إنظاره.

المطلب الثاني

مدى جواز ملازمة المدين المفلس

يقصد بالملازمة هو متابعة الدائن لمدينه إذا ما رزق بمال، سواء أكان لكسبه أو بالصدقة عليه لكونه غارما أو لإظهار ماله اذ كان قد خبأه، وسواء لازمه الدائن بنفسه أو عن طريق غيره.

في البداية يمكن القول بأن الفقهاء^(١) قد اتفقوا على أن للدائن الحق في ملازمة مدينه الموسر إذا حل أجل الدين ولم يتم بسداد ديونه لأن ذلك ظلم يستدعي العقوبة وهي الحبس ومن يجوز حبسه يجوز ملازمته من باب أولى.

غير أنهم اختلفوا حول مدى جواز ملازمة المدين إذا ثبت إفلاسه بعد حلول الأجل، هل يجوز للدائن أن يلازمه أم لا؟

فذهب ابو حنيفة^(٢) إلى جواز ملازمه المدين المفلس الذي ثبت إفلاسه بعد حلول أجل الدين

(١) مختصر اختلاف الفقهاء للرازي ٢٨١/٤ ، البناية على الهداية ١٢٥/١١ ، المقدمات لابن رشد ٣٠٥/٢ ، تحفة المحتاج ١٤٢/٥ ، المغني ٣٤١/٤ ، كشاف القناع ٤١٨/٣ ، المحلى ٤٨٠/٦ .

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، اللباب شرح الكتاب ٧٤/٢ ، شرح مختصر الطحاوي ١٧٢/٣ ، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٠/٥ ، حاشية ابن عابدين ٦٤٠/٨ .

لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بَدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا ﴾^(١). أي بالملازمة على رأسه، كما أن الملازمة لا تتعارض مع أيه الإنظار فالدائن لا يطالب مدينه بشيء الا بعد ثبوت حصوله على مال وهذا الامر لا يتم معرفته الا بالملازمة، فقد روي عن النبي صل الله عليه وسلم انه قال للأعرابي الذي أشتري منه بعيرا عندما جاء يطالبه بالدين: جئتنا وما عندنا شيء، ولكن أقم حتى تأتي الصدقة، فجعل الأعرابي يقول واغدره، فهم به عمر، فقال رسولنا الكريم صل الله عليه وسلم لعمر: «دعه فإن لصاحب الحق مقالاً»^(٢). فدل ذلك على جواز الملازمة، أيضا قول الرسول صل الله عليه وسلم «لصاحب الحق اليد واللسان»^(٣) واليد هنا قصد بها الملازمة واللسان هو القضاء.

في حين ذهب جمهور الفقهاء^(٤) إلى عدم جواز ملازمة المدين المفلس الذي ثبت إفلاسه، فالملازمة إنما تكون للمدين الموسر الممتنع عن الوفاء لقول الرسول صل الله عليه وسلم: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٥) ولما كان المفلس لا تجوز مطالبته أو حبسه فمن باب أولي لا تجوز ملازمته.

روي أيضا عن النبي صل الله عليه وسلم انه قال لغرماء المدين الذي أصيب في ثمار ابتاعها، فكثر دينه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(٦) فدل ذلك على عدم جواز ملازمة المدين المفلس وهذا ما يميل اليه الباحث فالملازمة فيها تضيق على المدين وتقييد لحرية، وهذا يخالف مبدأ عامًا من

(١) سورة آل عمران الآية (٧٥).

(٢) صحيح البخاري ١٥٣/٣، فتح الباري ٥٦/٥، نصب الرأية ١٦٦/٤.

(٣) سنن الدارقطني ٤١٥/٥

(٤) المبسوط للرخسي وقد ذكر فيه قول زُفر من الأحناف ٨٩/٢٠. حاشية الدسوقي ٢٧٨/٣، العزيز شرح الوجيز ٢٦/٥، الغرر البهية ١١١/٣، المغني لابن قدامة ٤٩٧/٤، المحلى لابن حزم ٤٨٠/٦، الروض النضير - السياغي ٤٤٧/٣، البحر الزخار للمرتضى ٨١/٦.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سبق تخريجه.

مبادئ الإسلام الأساسية وهو الحرية الشخصية للإنسان، فلا يجوز لاحد أن يقيد حرية احد مع الوضع في الاعتبار عدم الإخلال بحقوق الآخرين، والمولى عز وجل بيّن هذا بياناً واضحاً في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١) فأمر المولى سبحانه وتعالى بإنظار المدين المفلس الذي ثبت إفلاسه وبالتالي فالقول بملازمته فيه مخالفة لظاهر النص.

بيد أن الامر لم يكن كذلك في القانون الروماني إذ كان يجوز للدائن ملازمه وحبس مدينه الممتنع عن أداء ديونه من أجل تشغيله لديه للحصول على نتاج عمله طوال مدة الحبس سواء أكان هذا المدين مفلساً أم موسراً.

المطلب الثالث

مدي جواز منع المدين من السفر

تُعد حرية السفر والتنقل واحدة من أهم الحقوق الأساسية الضرورية لكل فرد مقيم بأي دولة سواء كان التنقل داخل الدولة أو خارجها، إذ تعد هذه الحرية جزءاً مهماً من الحرية الشخصية التي تعد من الحريات اللصيقة بالإنسان، لهذا فقد كفلت الشريعة الإسلامية للأفراد حرية الانتقال من مكان إلى آخر، وفي أي وقت، غير أن ذلك لا يمنع من تقييد هذه الحرية، إذ قد يرد عليها عدة قيود لصالح العام ومنها منع المدين من السفر حفاظاً على حقوق الدائنين.

لهذا فقد اتفق جمهور الفقهاء على جواز سفر المدين سواء مفلساً أم موسراً أو كان الدين حالاً أم مؤجلاً، إذ ما حصل على إذن من الدائن شريطة أن يكون هذا الإذن صادراً من دائن مكلف شرعاً وأن يكون ذلك الإذن باللفظ

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٠).

لكون السكوت في هذه الحالة لا يعد بمثابة الموافقة^(١) أما إذا لم يحصل
المدين على موافقة دائنة بالسفر فهنا فرق الفقهاء بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الدين حالاً

إذا كان الدين حالاً وأراد المدين السفر خارج البلاد فرق الفقهاء بين ما
إذا كان المدين موسراً أم مفلساً على النحو الآتي:

أ - كون المدين موسراً

ذهب جمهور الفقهاء^(٢) إلى حق الدائن في منع مدينه الموسر من
السفر سواء كان السفر مخوفاً كسفره للجهاد أو غير مخوف شريطة أن يرفع
الدائن أمره إلى القاضي ويطالبه بالدين مالم يفوض المدين غيره في أداء
الدين عنه من ماله الحاضر وذلك لأن المدين إذا كان موسراً لا يجب إنظاره
بل تحل مطالبته ، ومن المطالبة منعه من السفر حفظاً للدين من الضياع ،
ولأن في ذلك رفعا للظلم عن صاحب الحق ، فتأخير المدين سداد ما عليه من
ديون بعد حلول الأجل بالسفر ظلم لصاحب الحق وقد قال النبي صل الله
عليه وسلم : « مطل الغني ظلم » والقاضي إنما نصب لرفع الظلم ومنه منع
المدين من السفر وذلك لأن قضاء الدين الحال فرض عين فيقدم علي السفر .

ب - كون المدين مفلساً

إذا كان المدين مفلساً والدين حالاً هنا فرق الفقهاء حول ما إذا كان
السفر مخوفاً أم غير مخوف؟

فإذا كان السفر غير مخوف

(١) انظر: سفر المدين (حكمه وأثره): د/ محمد بن عبد الله الملا: مجلة جامعة الملك عبد
العزیز سنة ٢٠١٢ / ١٤٣٣ هـ ، ص ٣٤ .

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، الخرشي على مختصر خليل ٢٦٣/٥ ، أسنى المطالب
١٨٦/٢ ، القواعد للحافظ بن رجب الحنبلي - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت
لبنان ص ٨٧ .

اختلف الفقهاء حول ما إذا كان المدين يريد السفر وكان سفره غير مخوف وانقسموا إلى رأيين:

المذهب الأول

وهو لجمهور الفقهاء ^(١) وقد ذهبوا إلى جواز سفر المدين المفلس ولا يجوز منعه إذ أن المفلس لا تجوز مطالبته حال إفلاسه بل يجب إنظاره ومن لا تجوز مطالبته بالدين لإفلاسه لا يجوز حبسه وبالتالي لا يجوز منعه من السفر.

المذهب الثاني

وهو قول لبعض الحنابلة ^(٢) وقد ذهبوا إلى عدم جواز سفر المدين المفلس إلا إذا قدم كفيلاً ببدنه للدائن وذلك لاحتمالية أن يوسر في البلد الذي قصد السفر إليها وحينئذ لا يتمكن الدائن من مطالبته أما إذا كان هناك كفيل فإنه يطالبه بإحضاره كي يستوفي حقه منه في بلده.

المذهب الرابع

هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول وذلك لقوة ما استندوا إليه كما أنهم ردوا على مسألة احتمالية يساره في البلد الذي يقصدها بأنه لا ينبغي أن يكون هذا الأمر سبباً لمنعه من السفر، وذلك لأنه إذا لم يتمكن من إقامة كفيل ببدنه لأدى ذلك إلى إعاقته عن السفر ومنعه من التصرف بنفسه، وقد كان بإمكان الدائن أن يستوثق لحقه عند العقد لأن احتمال سفر المدين ولو بعد العقد مباشرة وارد وهو أمر لا يخفى على الدائن.

إذا كان سفر المدين مخوفاً

(١) بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، حاشية الدسوقي ٢٦٢/٣ ، الحاوي الكبير ٣٣٧/٦ .

(٢) شرح منتهي الارادات للبهوتي ١٥٨/٢ ، الكافي لابن قدامه ٩٦/٢ .

اختلف الفقهاء أيضًا حول هذه المسألة وانقسموا إلى ثلاثة مذاهب، فذهب الشافعية والحنابلة^(١) إلى عدم جواز سفره بل يجب منعه صيانة لحق الدائن، أما الأحناف^(٢) فذهبوا إلى أن سفر المدين المفلس في هذه الحالة يكره وذلك لأن الأصل عند اجتماع الحقوق أن يبدأ بالأهم وقضاء الدين أهم من السفر، في حين ذهب المالكية^(٣) إلى جواز سفره بدون قيد، والراجح هنا والله أعلم هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من عدم جواز سفر المدين المفلس إذا كان السفر مخوفًا وذلك لغايات حفظ الحقوق وصيانة أموال الدائنين والقول بغير ذلك فيه مخاطرة بحقوق الغير والواجب فيها الاحتياط.

كما أن قضاء الدين أحق من السفر ولو كان للجهد، لأن قضاء الدين فرض عين أما الجهد فهو فرض كفاية إذ لم يتعين عليه وبالتالي فالأولى أن يقيم ويشغل باكتساب سبب إسقاط الدين.

الحالة الثانية: إذا كان الدين مؤجلًا

اختلف الفقهاء في حكم سفر المدين إذا كان دينه مؤجلًا على ثلاثة مذاهب، فذهب الأحناف والشافعية^(٤) إلى عدم جواز قيام الدائن بمنع المدين من السفر سواء كان السفر مخوفًا أو غير مخوف واستدلوا على ذلك بأنه ليس من حق الدائن مطالبة المدين قبل حلول الأجل، وبالتالي لا يجوز له منعه من السفر ولا تكليفه برهن أو كفيل، غير أن ذلك لا يمنع الدائن من مصاحبة مدينه في السفر حتى إذا حل الدين طالبه به واستوفاه.

في حين ذهب الحنابلة إلى حق الدائن في منع مدينه من السفر سواء حل الدين قبل عودة المدين أم بعدها، وسواء أكان السفر مخوفًا أم غير مخوف إلا أن يقدم المدين رهن أو كفيل فهنا يجوز له السفر، فقد جاء في

(١) التهذيب في فقه الشافعي ١١٧/٤، المغني لابن قدامة ٣٤٢/٤.

(٢) الشيباني ٢٠٩/٤، الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٦٣/٥.

(٣) الذخيرة للقرافي ٣٩٥/٣، حاشية الدسوقي ٢٦٢/٣.

(٤) بدائع الصنائع ١٧٣/٧، مغني المحتاج ١١٦/٣.

الإنصاف: «من أراد سفرًا وكان عاجزًا عن وفاء دينه فلغريمه منعه حتى يقيم كفيلاً ببذنه»^(١).

أما المالكية فقد ذهبوا إلى إعطاء الدائن الحق في منع مدينه من السفر إذا كان السفر بعيدًا ولم يقدم المدين رهناً أو كفيلاً وبالتالي لا يجوز منعه في حالة إذا ما كان السفر قريباً، وهنا لا يطالب بكفيل إلا أنه يستحلف بأنه ما أراد من سفره الفرار وإن كان بعض فقهاء المالكية يشترطون للسماح للمدين بالسفر القريب ألا يكون المدين معروفاً بالدد، أو يقع في نفس القاضي أنه ينوي الهروب من الدين، فإن كان كذلك فلا يُسمح له بالسفر حتى وإن كان قريباً ما لم يقدم رهناً أو كفيلاً عنه^(٢).

مقارنة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية

لا شك أن الشريعة الإسلامية نظمت الآثار الشخصية للإفلاس ومدى تأثيرها على المدين بصورة أفضل عما كان عليه الوضع في القانون الروماني حيث وازنت بين مصالح الدائنين والمدين ويظهر ذلك في الآتي:

١. من سماحة الشريعة الإسلامية أنها لم تجيز قتل المدين في حالة عدم سداده ديونه، وهذا بعكس ما كان معروفاً في القانون الروماني، فقد كانت الآثار المترتبة على عقد النيكسوم الذي كان يحكم علاقة الدائن بالمدين تسمح للدائن وفقاً لبعض الآراء بالحق في قتل مدينه، وحتى بعد صدور قانون الألواح الاثني عشر ظل هذا الحكم مستمرا، مما يظهر مدى قسوة القانون الروماني في تعامله مع المفلس.

٢. أعطى القانون الروماني للدائن الحق في المطالبة بحبس مدينه المفلس بمجرد مرور ثلاثين يوماً على ميعاد الوفاء، دون أن يكون هناك سلطة

(١) الإنصاف للمرادي ٢٧٣/٥-٢٧٤ ، النظام القانوني لمنع المدين من السفر في ظل القانون الأردني: د/ محمد موسى عبد الرازق: - دراسة مقارنة ، ص ٤٣ .

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل ١٠/٦ ، التهذيب في اختصار المدونة ٧٦/٣ .

تقديرية للقاضي في تبين حالة المدين المالية، وما إذا كان مفلساً أم موسراً مماطلاً ومن ثم كان يجوز حبسه لمجرد توقيفه عن دفع ديونه، وهذا بعكس الحال في الشريعة الإسلامية، إذا فرق الفقهاء بين المدين المفلس والموسر المماطل، فلم يجيزوا وفقاً للرأي الراجح حبس المفلس بل يجب إنظاره، ومن ثم فالحبس يكون للمدين الموسر المماطل، فبمطله يكون ظالماً للدائنين وهذا غير جائز إذ لا ضرر ولا ضرار، كما أن الحبس في الشريعة الإسلامية لم يكن كعقوبة وإنما كان يعد وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام وهذا بعكس الوضع في القانون الروماني.

٣. لم يسمح القانون الروماني للمدين بالدفاع عن نفسه أمام المحكمة حتى ولو يملك من الأدلة ما يدحض به حجج الدائن ويبرئه من الدين وهذا بعكس الوضع في الشريعة الإسلامية التي كفلت للإنسان حق الدفاع عن نفسه.

٤. كان بإمكان الدائن أن يقوم ببيع مدينه كرقيق حال انتهاء المهلة المقررة له من قبل القاضي لسداد ما عليه من ديون، وهذا ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي ألغت نظام الرق برمته.

٥. أجاز القانون الروماني للدائن أن يستخدم وسائل التعذيب المختلفة بسجنه الخاص لإجبار المدين على سداد ما عليه من ديون، وهذا غير جائز في الشريعة، فلا يجوز تعذيب المدين لإجباره على الوفاء وإن كان بعض الفقهاء قد أجاز ضربه لحثه على الوفاء وذلك في حاله إذا ما كان محبوساً ولم يردعه الحبس غير أن ذلك خاص بالمدين الموسر وبشرط ألا يؤدي الضرب إلى الإضرار به.

٦. فيما يتعلق بسفر المدين، فقد منع القانون الروماني المدين من السفر بل أجاز للدائن أن يخضعه للإقامة الجبرية ولا يغادر روما وهذا بعكس الحال في الشريعة الإسلامية بحسب ما تناولناه.

الفصل الثاني

أثر الإفلاس على أموال المدين وتصرفاته في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

سوف أقسم هذا الفصل الي مبحثين أتحدث في أولهما عن مدي جواز الحجر على أموال المدين وإجراءات بيعها وفي المبحث الثاني أتحدث فيه عن مدي حرية وصحة تصرف المدين في أمواله.

المبحث الأول

مدي جواز الحجر على أموال المدين وبيعها

سوف أقسم هذا المبحث الي مطلبين أتحدث في أولهما عن نظام الحجر على أموال المدين في القانون الروماني وفي المطلب الثاني عن الوضع في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

نظام الحجر على أموال المدين في القانون الروماني

لا شك أن التنفيذ على أموال المدين كأثر من آثار إفلاسه يعد مرحلة متطورة وصل إليها الرومان بعد أن كانت وسائل الضمان العام للمحافظة على حقوق الدائنين مقتصرة على جسد المدين ، حتى وإن كان قانون الألواح الاثني عشر قد تضمن بعض الدعاوى الواردة على أموال المدين كدعوى أخذ رهينة إلا أن اللجوء إليها كان محدودًا ، لهذا فقد تدخل البريتور وبفضل القواعد التي أرساها بمقتضى سلطته الولائية أخذت قواعد التنفيذ على جسد المدين يتم

استبعادها تدريجيًا ومن ثم أنشأ وسائل جديدة للتنفيذ على أموال المدين وبيعها سواء ورد هذا البيع على جميع أموال المدين أو على جزء منها، غير أن هذا الأمر لما كان يترتب عليه آثار سلبية ضارة بالمدين لذا فقد أوجد البريتور عدة وسائل يستطيع المدين من خلالها منع هذا التنفيذ أو تأخيره .

لهذا فإنني سوف أقسم هذا المطلب إلى فرعين أوضح في أولهما قواعد الحجز على أموال المدين، وفي الفرع الثاني وسائل المدين لتجنب الآثار السلبية للحجز والبيع.

الفرع الأول

قواعد الحجز على أموال المدين

مر الحجز على أموال المدين باعتبارها الضامنة لما عليه من ديون بمرحلتين، مرحلة الحجز على جميع أمواله وبيعها ثم مرحلة الحجز على جزء منها، غير أنه قد سبق ذلك في ظل قانون الألواح الأثني عشر وجود بعض الدعاوى التنفيذية كدعوى أخذ رهينة من أموال المدين إذ كانت تعد وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين وإن كانت السمة الغالبة خلال هذه الفترة هو التنفيذ على شخص المدين.

لهذا فإنني سوف أقسم هذا المطلب إلى ثلاثة غصون أوضح في أولهما دعوى أخذ الرهينة كوسيلة للتنفيذ على أموال المدين، الغصن الثاني نظام الحجز على جميع أموال المدين، الغصن الثالث نظام الحجز على جزء من أموال المدين.

الغصن الأول

دعوى أخذ الرهينة كوسيلة من وسائل التنفيذ على أموال
المدين

أولاً: مفهوم الدعوى وطبيعتها

يقصد بها تلك الدعوى التي كانت تعطي الدائن الحق في أخذ مال من أموال المدين المفلس وحجزه لديه كرهينة لإجباره على الوفاء بما عليه من ديون، حيث كانت هذه الدعوى من الدعاوى التنفيذية وبالتالي كانت بمثابة وسيلة من وسائل الضمان العام لحقوق الدائنين، غير أنها كانت دعوى ناقصة وذلك لأنها كانت تجري خارج مجلس القضاء، وبالتالي افتقرت إلى الطابع القضائي الذي يميز دعاوى القانون مما جعل البعض ينكر عليها وصف الدعوى.

ثانياً: إجراءات الدعوى

كان إجراءات هذه الدعوى تبدأ بقيام الدائن أمام عدد من الشهود بالتفوه بعبارات معينة يبين من خلالها أنه دائن لهذا المدين وأن مدينه لم يقم بسداد ما عليه من ديون، فاذا ما أثبت ذلك كان يستطيع بمقتضى قانون الألواح الاثني عشر الاستيلاء على أحد أموال المدين المفلس دون حاجة لصدور حكم قضائي ويحتجز هذا المال لديه كرهينة لإجباره على الوفاء بما عليه من ديون. فبالرغم من أن هذه الإجراءات كانت تتم خارج مجلس القضاء إلا أنه كان بإمكان المدين المعارضة في شرعية استعمال الدائن لهذا الحق بما تؤدي إليه هذه المعارضة من التحقق من صحة الإجراء من عدمه أمام القاضي^(١).

ثالثاً: حالات استخدام هذه الدعوى

(١) تاريخ النظم القانونية الاجتماعية: د/ عكاشة محمد عبد العال - د / طارق المجذوب - منشورات الحلبي الحقوقية سنة ٢٠٠٤، ص ٣٨١، ٣٨٢، نظام الدعاوى في القانون الروماني: د/ محمد السمالوطي: نظام الدعاوى - ص ٥٨، ٥٩.

نظرًا لأن هذه الدعوى كانت تتم خارج مجلس القضاء لذلك كانت تستخدم في حالات ضيقة جدًا منعًا لما يخشى حدوثه من أخطاء وتجاوزات يرتكبها الدائنون.

فقد قصر قانون الألواح الأثني عشر الحالات التي يجوز فيها استخدام هذه الدعوى على الديون ذات الطابع الديني، مثل الديون المتمثلة في ثمن بيع حيوان اشترى لتقدمه كأضحية أو حالة المؤجر الذي أجر حيوانه لتخصيص البديل للقيام بذبيحة ولم يدفع له المستأجر بدل الإيجار، أيضًا استخدمت هذه الدعوى في الحالات التي تكون فيها الديون ذات طابع عام مثل الديون المتمثلة في الضرائب المستحقة للدولة وكذلك حقوق الجنود استيفاءً لمرتباتهم ولنفقات غذاء خيولهم، وبالتالي فقد كانت تعد وسيلة خاصة تطبق في حالات محددة.

رابعًا: سلطات الدائن

بمقتضى هذه الدعوى كان باستطاعة الدائن أن يستولي على بعض أموال المدين المفلس ويحتفظ بها لديه لإجباره على الوفاء بما عليه من ديون ولكن لم يكن من حق الدائن التصرف في هذا المال أو بيعه أو تملكه إيفاءً لدينه، كما لم يكن من حق المدين استرداد هذا المال قبل قيامه بسداد ما عليه من ديون.

ويبدو أن حق الدائن هنا اقتصر فقط بمقتضى هذه الدعوى على حبس المال المملوك للمدين مدة زمنية لإجباره على الوفاء بما عليه من ديون فإذا ما انتهت هذه المدة دون أن يوفى المدين أصبح من حق الدائن أن يعدم هذا المال^(١).

(١) تاريخ النظم القانونية الاجتماعية: د/ عكاشة محمد عبد العال، ص ٣٨١، ٣٨٢، مبادئ تاريخ القانون: د/ صوفي أبو طالب: ص ٨٧، نظام دعاوي في القانون الروماني: د/ محمد السمالوطي، ص ٥٩.

والشاهد أن هذه الوسيلة باعتبارها كانت تمكن الدائن من وضع يده على أموال مدينه المفلس، كان اللجوء إليها يتم في حالات ضيقة جدًا، لهذا فأنها لم تكن وسيلة فعالة لضمان وحفظ حقوق الدائنين وعلى الأخص الدائنين بديون عادية لذا كان الضمان العام لحقوق الدائنين خلال فترة قانون الألواح الأثنى عشر متمثل بصورة أساسية في جسد المدين.

الغصن الثاني

الحجز على جميع أموال المدين وبيعها

تغير الوضع في المجتمع الروماني في أواخر العصر العلمي من الناحية التشريعية على أثر التغيرات الاجتماعية والفلسفية التي غيرت من النظرة إلى الفرد وحرية . إذ تم الاعتراف للفرد بحقه في الحياة وفي حرية الشخصية مما انعكس ذلك على مدى وفاء الشخص بالتزاماته المدنية ، ومن ثم ظهرت فكرة أن أموال المدين هي الضامنة لما عليه من ديون وليس جسده كما كان سابقًا ، لذلك استحدث البريتور بمقتضى سلطته الولائية نظام الحجز والتنفيذ على جميع أموال المدين المفلس تحت مسمى إجراءات روتيليان Rutilian Procedure عام ١٠٥ ق. م . والتي يرحح تطبيقها بصورة عرفية قبل هذا التاريخ^(١).

وإجراءات روتيليان في البداية كانت تتجاوز حدود سلطات القضاة المحليين خارج روما ثم امتد نطاق تطبيقها فيما بعد ليشمل جميع الولايات الرومانية.

لهذا فإنني سوف أتحدث عن نظام الحجز والتنفيذ على جميع أموال المدين المفلس وبيعها وفقًا لما جاء بإجراءات روتيليان والقواعد اللاحقة عليها على النحو الآتي:

(1) Roland Obenchain – The Roman law of Bankruptcy. op. cit., p. 180

١ - إجراءات الحجز والتصفية

تبدأ إجراءات الحجز على أموال المدين المفلس بعد صدور حكم قضائي لصالح أحد الدائنين بأحقيته في الدين أو اعتراف المدين به إذ يجوز لهذا الدائن أن يطلب من الحاكم القضائي الحجز على أموال المدين، ووضع يده عليها على أن يلتزم بالقيام بنشر عدة إعلانات يوضح فيها حيازته لهذه الأموال بجانب أيضاً تمكين الدائنين الآخرين من الاشتراك في إجراءات الحجز والبيع، فإذا ما مضت ثلاثون يوماً على الحجز استطاع هذا الدائن أن يقوم باتخاذ إجراءات البيع لهذه الأموال حتى يستوفي دينه وما يتبقى يؤول إلى المدين.

بيد أنه في حالة تعدد الدائنين ومطالبة كل منهما بأحقيته بوضع يده وحيازته لهذه الأموال كان للقاضي الحق في اختيار أحدهم أو شخصاً من الغير ويكلفه بحراسة هذه الأموال وإدارتها، على أن يلتزم هذا الحارس بإدارة هذه الأموال إدارة جيدة ومن ثم يُلزم بالمحافظة عليها وفقاً لمعيار الشخص المعتاد، وبالتالي لا يُسأل عن الأضرار التي تلحق بهذه الأموال إلا إذا كانت راجعة إلى غش أو تدليس صادر منه.

وبعد مرور ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار الأمر بالحجز ووضع اليد وعدم توصل المدين أو الغير خلال هذه الفترة إلى تقديم ضمانات مقبولة للدائنين أو الوفاء بالدين، يصدر القاضي أمراً آخر لجميع الدائنين بضرورة الاتفاق فيما بينهم على اختيار أحدهم كنائباً عنهم يتولى مهمة تسهيل أموال المدين وتصفيتها واتخاذ إجراءات البيع، وبالتالي يقوم هذا النائب (المصفي) بجرد أموال المدين وعمل قائمة بالديون وحصرها ثم عمل إعلان بغرض بيعها، وبالتالي فهو كان بمثابة نائب عن الدائنين وكذلك عن المدين.

٢ - طبيعة الحجز على أموال المدين

الحجز على أموال المدين بهذا الشكل كان يعد إجراءً تحفظياً الهدف منه هو المحافظة على أموال المدين باعتبارها الضمان العام للدائنين ومن ثم منع المدين من تهريبها والإضرار بحقوق الدائنين، غير أن هذا الحجز لم يكن يمثل عقبة أمام المدين في التصرف في أمواله أن أراد ذلك إذ كان له مطلق الحرية، لهذا فإن هذا الحجز لم يكن في مرتبة الحجز القانوني المتبع في القوانين الحديثة أو نظام الحجر المتبع في الشريعة الإسلامية.

٣ - بيع أموال المدين وتوزيعها

تتم عملية بيع أموال المدين بقيام المصفي بعد مرور عشرة أيام على اختياره بإصدار قائمة بممتلكات المدين المراد بيعها بالمزاد وما عليه من ديون سواء كانت هذه الديون خاصة بدائنين عاديين أو دائنين ممتازين^(١) على أن تباع هذه الممتلكات جملة واحدة وفقاً لشروط البيع المعدة سلفاً على أن يتم ذلك بمقابل نسبة يدفعها المشتري من دين كل دائن وليس على أساس مبلغ معين ثمناً لهذه الممتلكات ، ويرسو المزاد على من يقدم عرضاً أكبر ثمن وأفضل شروطاً فإذا ما تقدم أكثر من شخص بعروض متساوية فضل من كان منهم بالأولوية دائناً للمدين ثم قريباً له .

بيد أنه كان يُشترط أن يتم البيع لمشتري واحد وأن يكون البيع شاملاً لجميع ممتلكات المدين، لهذا فقد كان المشتري يخلف المدين في الجانب الإيجابي لزمته المالية دون السلبي، وبالتالي كان من حقه أن يدفع مطالبة الدائنين بنفس الدفع التي كان يملكها المدين باعتباره وكيلاً عنه.

(١) الدائنون العاديون هم الذين يشتركون في إجراءات تصفية أموال المدين ويقسمون ثمن البيع فيما بينهم قسمة الغرماء .

أما أصحاب الديون الممتازة فقد اعتبرهم القانون مفضلين في استيفاء ديونهم أولاً قبل أصحاب الديون العادية مثل أصحاب القرض الذي خصص لإعادة بناء مبنى أو لتجهيز سفينة أو أصحاب الديون التي قدمت كمصاريف الجنازة.

وبيع جميع ممتلكات المدين المفلس بهذا الشكل لم يكن يترتب عليه براءة ذمته تجاه الدائنين من ديونه إلا إذا كان ثمن البيع كافيًا للوفاء بها فإذا لم يكن كافيًا أجاز القانون للدائنين الحق في التنفيذ مرة أخرى على أمواله خلال السنة الأولى من عملية التنفيذ الأولى ولكن بشرط أن يكون ذلك في حدود قدرة المدين وهذا ما يسمى بالتنفيذ على أموال المدين الحاضرة.

٤ - آثار الحجز على أموال المدين وبيعها

كان يترتب على صدور إذن من البريتور للدائنين بالحجز على أموال المدين، غل يده عن إدارتها وبالتالي كانت تتم إدارة هذه الأموال خلال مدة الحجز بواسطة من يعينه القاضي لهذا الأمر. غير أن مسألة الحجز بهذا الشكل لم تكن تشكل عقبة أمام المدين إذا ما أراد التصرف في هذه الأموال لكونه ما زال حائزًا لها، وبالتالي كان بإمكانه التصرف فيها بالبيع أو الهبة مما قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بحقوق دائنيه.

يُبد أنه في حالة انتهاء مدة الحجز وعدم قيام أحد بالوفاء عن المدين المفلس كان يتم بيع أمواله، مما كان يرتب ذلك عدة آثار يمكن ذكرها على النحو الآتي:

أ - إن مسألة البيع لأموال المدين بهذا الشكل كانت من شأنها أن توصم المدين بالذل والعار.

ب - عدم السماح للمدين المفلس بالتقاضي أو بإبداء أي دفوع أمام المحكمة ما لم يقدم ضمانات كافية ومقبولة للمحكمة.

ج - حرمان المدين المفلس من حقوقه السياسية، أو أي ألقاب أو نياشين وذلك على اعتبار أنه فشل في تنفيذ التزاماته المدنية، لذا يكون من الأولى حرمانه من حقوقه السياسية.

د - حرمان المدين من حقوقه الشخصية كحق الانتفاع والحق في العمل وغيرها من الحقوق.

ويلاحظ أن الآثار السلبية المترتبة على بيع أموال المدين كانت تلحق بالمدين المفلس بغض النظر عن مدى حسن أو سوء نيته، لذا فإن أغلب المدينين كانوا يتنازلون عن أموالهم للعبيد التابعين لهم وذلك من أجل إجراء عملية الحجز والبيع باسمهم تجنبًا لما كان يترتب على ذلك من آثار سلبية^(١).

الغصن الثالث

الحجز على أموال المدين المفلس

عالج المشرع الروماني ما كان يترتب على بيع أموال المدين كلها جملة واحدة من آثار سلبية تلحق بالمدين، فأنشأ نظامًا جديدًا تمثل في التنفيذ على بعض مفردات ذمة المدين.

في البداية كان الحجز والتنفيذ الجزئي على أموال المدين يشكل استثناءً من الأصل إذ كانت القاعدة العامة هي الحجز والتنفيذ على جميع أموال المدين ولكن سرعان ما تطور الأمر فيما بعد وأصبح نظام الحجز الجزئي هو الأصل وقد حدث ذلك في عهد الامبراطور جوستيان.

ولا شك أن ما ابتدعه البريتور الروماني في ظل نظام المرافعات الكتابية من أمور تتعلق بصالح المدين القاصر أو المجنون قد ساعد المشرع الروماني في إقراره لهذا النظام والتنفيذ على جزء من أموال المدين وتطبيقه على جميع الحالات وذلك بمقتضى توصية صادرة من مجلس الشيوخ^(٢).

لذا فإنني سوف أقوم بدراسة هذا النوع من الحجز في عدة نقاط على

النحو الآتي:

(1) Roland Obenchain: The Roman law of Bankruptcy op. cit. p. 186.

- Vainberg: La Faillite D'apper le Droit roman op. cit. p. 281 - 282.

(2) Jules Tambour, Des voies D'execution sur les Biens Des Debiteurs dans le droit Roman et Dams l'ancien droit Francais Paris - 1956 p. 237.

١- إجراءات الحجز

تبدأ إجراءات الحجز على أموال المدين بقيام الدائن الذي لم يستوفى حقه خلال شهرين من صدور حكم بأحققته بالدين أو من تاريخ ميعاد استحقاق الدين إذا كان بيده سند تنفيذي باللجوء إلى القاضي طالباً الحكم له بالحجز على أموال المدين، فإذا ما تبين لمعاوني القاضي أن المدين يتمتع بالملاءة الكافية لسداد ما عليه من ديون ولكنه يرفض الوفاء بسوء نية قام معاونه القاضي بالحجز على بعض أمواله دون كلها ، فإذا ما وقع الحجز بهذا الشكل نشأ لهذا الدائن دون سواه حق رهن على هذه الأموال المحجوز عليها فلا ينازعه فيها دائن آخر .

وكان معاونه القاضي يقوموا بالحجز على أموال المدين وفق ترتيب معين إذ يبدأ الحجز على منقولات المدين ثم العقارات ثم الحقوق غير المتنازع عليها، وبالتالي لم يكن يجوز الحجز على جميع أمواله كما لم يكن يجوز الحجز على الأشياء المخصصة لخدمة الأراضي الزراعية دون الأراضي نفسها مثل الرقيق والأدوات وغيرها.

أما إذا ما تبين لمعاوني القاضي أن المدين لا يتمتع بالملاءة الكافية لسداد ما عليه من ديون فهنا كان يجوز الحجز على جميع أمواله وذلك كتدبير احتياطي لضمان حقوق الدائنين مقدمي طلب الحجز وكذلك الدائنين الآخرين الذين لم يحصلوا على حكم بالدين إذ كان يعطي لهم مهلة لتثبيت ديونهم قدرت بسنتين إذا كانوا مقيمين بنفس الإقليم الذي يوجد به الدائنين الأولين أو أربع سنوات إذا كانوا خارج هذا الإقليم، وبعد انقضاء هذه المهلة يأمر القاضي ببيع أموال المدين على يد المصطفى والذي تم تعيينه من قبل

ليتولى مهمة إدارة هذه الأموال من البداية والقيام بجرد وجمع ديون الدائنين وذلك من أجل تحديد حجم الأموال التي يتم بيعها بالمزاد العلني^(١).

ويلاحظ أنه في حالة عدم تقدم أحد الأشخاص لشراء هذه الأموال المعروضة للبيع أو عرضه لسعر أقل من السعر الحقيقي لها، كان يجوز لأي من دائني المدين التقدم لشرائها كما كان يجوز للمدين التصالح مع دائنيه في مقابل التنازل عن جميع الأموال المحجوز عليها والمعروضة للبيع وسوف أتحدث عن هذا الأمر في الفرع القادم.

٢ - آثار البيع بالتجزئة

ترتب على بيع أموال المدين بالتجزئة استيفاء الدائنين لديونهم دون الإضرار بحقوق المدين إذ كان يتم الاكتفاء ببيع بعض أموال المدين الكافية لسداد ما عليه من ديون مما أدى ذلك إلى تحقيق مصلحة المدين في تقاديه ما كان يترتب قديماً على بيع جميع أمواله من آثار سلبية تلحق به الخزي والعار وحرمانه من جميع حقوقه.

أيضاً يلاحظ أن المشتري لأموال المدين لم يكن يخلف المدين في ذمته المالية كما كان الوضع السابق بل كان ملزماً فقط بالوفاء بثمن ما يشتريه وبالتالي لم يكن من حق الدائنين مطالبته بدفع أكثر من ذلك فضلاً

(1) Lienne steyn, protection against forced sale of debtors home in the Roman context – Unisa – Fundamina – Volume 21 Number 1/2015 p. 130 – 131.

الإفلاس المدني: د / محسن شفيق — مجلة القانون والاقتصاد — سنة ١٩٣٨ ص ٧٠، نظام الدعاوي في القانون الروماني: د/ محمد السمالوطي، ص ١٥٩، ١٦٠، الوافي: د / سليمان مرقص — الجزء الثاني — المجلد الرابع ص ٢٦٣، نظرية إبطال تصرفات المفلس خلال فترة الريبة: عبد الرحمن شمسان — رسالة دكتوراه — جامعة عين شمس ١٩٨٩م، ص ٤٩، الطبيعة القانونية لدعوي عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه: د/ مجدين عبد القادر، دار الكتب القانونية ٢٠٠٨ ص ٥٠.

عن عدم أحقيتهم برفع أي دعوى قضائية ضده، إذ لا صلة بينهم وبينه ما لم يكن هناك غش وتواطئ مع المدين.

الفرع الثاني

وسائل تجنب المدين الآثار السلبية للحجز والبيع

كان بإمكان المدين حسن النية تجنب الآثار السلبية المترتبة على الحجز على أمواله وبيعها عن طريق محاولته تأجيل عملية الحجز على أمواله سواء بقيامه بالاتفاق مع دائنيه أو تقديمه طلب التماس للإمبراطور، أيضًا كان بإمكانه أن يتنازل عن جميع أمواله لدائنيه أمام المحكمة بقصد تسليها وبيعها بإرادته المنفردة.

لهذا فإنني سوف أقوم بدراسة هذه الوسائل في غصنين على النحو

الآتي:

الغصن الاول

طلب المدين تأجيل الحجز

كان من مصلحة المدين أن تؤجل عملية الحجز على أمواله لأطول فترة ممكنة أو أن يمنعها بأي وسيلة كانت وذلك حتى يستطيع الوفاء بما عليه من ديون تجنبًا لما يترتب على ذلك من آثار سلبية لهذا كان بإمكانه أن يتقدم بطلب التماس إلى الإمبراطور أو أن يتفق مع الدائنين على تأجيل الحجز.

أولاً: التأجيل الممنوح من قبل الإمبراطور (الوقف الاختياري)

أُتيح للمدين في العصر الإمبراطوري أن يتقدم بالتماس إلى الإمبراطور يطالب فيه بالسماح له بمد فترة السداد لفترة أخرى وبالتالي تأجيل مسألة

الحجز والتنفيذ على أمواله، إذ تم مد الفترة الممنوحة للمدين لسداد ما عليه من ديون من شهر إلى شهرين إلى أن وصلت في عهد الإمبراطور جوستينيان إلى خمس سنوات، حيث أصدر جوستينيان قراراً نظم فيه هذه المسألة بصورة دقيقة.

يُبد أن التماس التأجيل المقدم من المدين كان يجب توافر فيه الشروط الآتية:

- أ- أن يتضمن حقيقة وضعه بأدلة وأسانيد تبرر حصوله على فترة سماح أخرى لسداد ما عليه من ديون، أي أن الأموال التي يملكها ستكون كافية لسداد ما عليه من ديون في حالة منحه فترة سماح أخرى لسداد.
- ب- أن يقوم برهن بعض ممتلكاته كضمان لدائنيه للوفاء بما عليه من ديون.
- ج- ألا تكون ديون المدين المطلوب فترة سماح أخرى لسدادها خاصة بالدولة كالضرائب أو بمدفوعات المدين الإجبارية أو متعلقة بالجرائم الصادرة منه.

إذا توافرت الشروط السابقة كان الإمبراطور يمنح المدين فترة سماح أخرى لسداد ما عليه من ديون، غير أنه إذا تبين فيما بعد أن المدين كان سيء النية أو ارتكب غشاً في حصوله على هذه المدة، فإن ذلك كان يؤدي إلى إبطال قرار الإمبراطور وما يترتب على ذلك من آثار^(١).

ثانياً: التأجيل الممنوح من الدائنين (الاتفاق الطوعي)

الاتفاق الطوعي هو ذلك الاتفاق الذي كان يُعقد بين المدين ودائنيه بهدف منحه فترة سماح لسداد ما عليه من ديون وتأجيل مسألة الحجز على أمواله وبيعها تجنباً لما يترتب على ذلك من آثار سلبية.

(1) Vainberg: La Faillite D'appères le droit Roman op. cit. p. 143 - 148.

كان بإمكان المدين أن يتفق مع دائنيه على تأجيل مسألة الحجز على أمواله مقابل ضمانات يقدمها لهم، غير أن هذا التأجيل كان اختياريًا إذ لا يجبر الدائنين على القبول والسماح به، وبالتالي في حالة اعتراض بعضهم حال تعددهم وقبول البعض الآخر كان الأمر يخضع للتصويت.

غير أنه في بعض الأحوال قد يضطر الدائنين بالقبول بهذا الاتفاق وتأجيل مسألة الحجز على أموال المدين وذلك في حالة وفاة المدين (المغفرة القسرية) ويكون ذلك عندما يرغب ورثة المدين في الحصول على ترتيب مع دائني مورثهم، إذ يكون من مصلحتهم منح مورثهم مغفرة وإتاحة الفرصة لهم لسداد ما عليه من ديون، تجنبًا لاتخاذ إجراءات الحجز على التركة وبيعها، لهذا كان الدائنون مضطرين للقبول بهذا الاتفاق والتأجيل^(١).

الغصن الثاني

تنازل المدين عن ممتلكاته

كان بإمكان المدين المفلس حسن النية سيء الحظ، بمقتضى قانون صدر في عهد قيصر عام ٤٥ ق.م. أن يتنازل عن كامل ثروته أمام القضاء لصالح دائنيه بقصد إسالتها وتحويلها إلى أموال وذلك تجنبًا للآثار السلبية المترتبة على الحجز على أمواله وبيعها جبرًا.

في البداية كان المدين يتقدم بطلب مشتملاً على صيغ معينة إلى البريتور أو ما يعادل قاضي القضاة، يتنازل فيه عن كافة أمواله باستثناء القدر اليسير الذي يكفي معيشته، ثم تطور الأمر فيما بعد وأصبح مجرد قيام المدين بإرسال خطاب إلى المحكمة أو إقراره أمام القاضي بتنازله عن كافة أمواله كافيًا لإتمام التنازل.

(1) Vainberg: La faillite D'appérs le droit Roman. Op. cit. p. 149 – 151.

ويبدو أن هذا الإجراء كان نواة لما عرف لاحقاً في العصر الحديث بحالة إشهار الإفلاس من قبل المدين، فالمفلس في الوقت المعاصر قد يعفى من بعض ديونه إذ ما أشهر إفلاسه وقام بعرض كافة ممتلكاته وحولها إلى أموال سائلة لصالح دائنيه وذلك بمقتضى مبدأ حسن النية.

وبالتالي يمكن القول بأن مسألة تنازل المدين حسن النية سيء الحظ عن جميع أمواله لصالح دائنيه، كان يجنبه قديماً عملية البيع الإجباري لأمواله وما يترتب على ذلك من آثار سلبية تضر بسمعته وتقده الكثير من حقوقه.^(١)

المطلب الثاني

مدي جواز الحجر على أموال المدين في الشريعة الإسلامية

حدث خلاف بين فقهاء الشريعة الأجلاء حول مدي جواز الحجر على أموال المدين المفلس، فالبعض ذهب إلى عدم جواز الحجر مطلقاً بل يجب حبس المدين والبعض الآخر ذهب إلى جواز الحجر إذا ما توافرت أسبابه وشروطه، حجر القاضي على أمواله وقام ببيعها، ولكل من المذهبين أدلته وإسانيده. ومن سماحة الشريعة الإسلامية أنها منحت المدين عدة وسائل يستطيع من خلالها أن يتجنب مسألة الحجر على أمواله وبيعها.

لهذا فإنني سوف أقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتحدث في أولهما عن مدي مشروعية الحجر على أموال المدين وفي الفرع الثاني أتحدث عن إجراءات بيع أموال المدين وكيفية توزيعها وفي الفرع الثالث أتحدث عن وسائل وقاية المدين مسألة الحجر على أمواله وبيعها.

(1) Roland obanchain: The Roman Law of Bankruptcy op. cit. p. 188 – 189.

Vainberg: La Faillite D'appères le droit Roman op. cit. p. 124 – 135.

تصرفات المفلس خلال فترة الريبة دراسة مقارنة بالقانون الوضعي والفقهاء الإسلامي: د. عبد الرحمن عبد الله شمسان سنة ١٩٨٩م. ص ٤٩.

الفرع الأول

مدي مشروعية الحجر على أموال المدين المفلس

الحجر في اللغة: المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً لقوله تعالى: ﴿ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾^(١) أي حراماً محرماً.

وفي الاصطلاح: وجدت الكثير من التعريفات لفقهاء الشريعة الإسلامية كلها تدور حول منع الإنسان من التصرف في ماله^(٢).

والحجر مشروع بصفة عامة لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُوْثِقُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾^(٤) وانعقد الإجماع على مشروعية الحجر بصفة عامة لأنه وإن كان الحجر لا يخلو من ضرر للمحجور عليه إلا أنه في نفس الوقت يحقق مصلحة عامة للمجتمع^(٥).

بيد أنه قد حدث خلاف بين الفقهاء حول مدى جواز الحجر على أموال المدين المفلس وانقسم الفقهاء إلى مذهبين يمكن ذكرهما على النحو الآتي:

المذهب الأول

وهو لجمهور الفقهاء^(٦) وقد ذهبوا إلى جواز الحجر على المدين المفلس متى استغرقت ديونه أمواله وطلب دائنوه من القاضي تغليسه، والحجر

(١) سورة الفرقان الآية (٢٢).

(٢) المعجم الوجيز ص ١٣٥ ، الإفلاس والاعسار في الفقه الإسلامي: د/ زكي زكي حسين، ص ٢٧.

(٣) سورة النساء الآية (٥).

(٤) سورة النساء الآية (٦).

(٥) الإفلاس في الشريعة الإسلامية: د/ عبد الغفار إبراهيم صالح، ص ٥٩.

(٦) وهو رأي أبو يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والأمامية، والإباضية. بدائع الصنائع ١٦٩/٧، الذخيرة للقرافي ١٥٧/٨، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٦٧/٤، مغني المحتاج ٩٩/٣، المبدع في شرح المقنع ٢٨٦/٤، البحر الزخار

عليه لمصلحتهم، فلسه القاضي وحجر عليه متى توافرت شروط الحجر^(١) وقد استدل جمهور الفقهاء بالآتي:

أولاً: دليل السنة:

١ - قول الرسول صل الله عليه وسلم لغرماء المدين المفلس الذي لم يكن لديه ما يوفى به دينه حتى بعد التصدق عليه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(٢).

وجه الدلالة أن النبي صل الله عليه وسلم قام بتقسيم الصدقات التي أعطيت للمدين على دائنيه ولم يتركها للمدين، فلو كان يجوز للمدين أن يتولى بنفسه قسمة أمواله بين غرمائه لما قال لهم الرسول صل الله عليه وسلم «خذوا ما وجدتم» فدل هذا على جواز منع المدين من التصرف في أمواله وهذا مضمون الحجر^(٣).

٢ - ما روي عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك أن النبي صل الله عليه وسلم: «حجر على معاذ بن جبل (رضي الله عنه) وباع ماله في دين كان عليه»^(٤). فدل ذلك على جواز الحجر على كل مدين وبيع أمواله لقضاء ديونه بواسطة الحاكم بناءً على طلب الدائنين.

ثانياً: دليل الأثر:

٨٩/٦، الروضة البهية ٤/٣٧٠، شرح النيل وشفاء العليل ٧/١٦٧. انظر الإفلاس والاعسار في الفقه الاسلامي: د/ زكي زكي حسين، ص ٥١ وما بعدها.
(١) اشترط جمهور الفقهاء عدة شروط للحجر على المدين المفلس لابد من توافرها وهي:
أ. أن يطلب الدائنين من القاضي الحجر على المدين. ب- أن يثبت الدين عند القاضي وأن يكون حالاً.
ج- أن تكون أموال المدين قاصرة عن ديونه لأدميين. د- أن يصدر الحكم بالحجر أو التفليس من القاضي.

(٢) سنن بن ماجه ٣/٤٣٤، مسند الامام احمد ١٧/٤١٨

(٣) الروضة الندية في شرح الدرر البهية ٢/٢٣٩.

(٤) السنن الكبرى ٦/٨٠، المستدرک على الصحيحين للحاكم ٤/٢٠١.

استدل جمهور الفقهاء بموقف سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) من واقعة أن «رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل إلى أجل فيغالي فيها، فيسرع المسير فيسبق الحاج، فأفلس فزُفِع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد: أيها الناس فإن الاسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، ألا وأنه قد أدان معرضاً (أي استدان معرضاً عن الأداء) فأصبح وقد دين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بينهم، وإياكم والدين، فإن أوله هم وآخره حرب»^(١).

الشاهد من ذلك أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قد حجر على الاسيفع لإحاطة الدين بماله وقام ببيع ماله وتقسيمه بين دائنيه بخصصهم، وكان ذلك بحضور الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولم ينكر ذلك عليه أحد فصار ذلك إجماعاً منهم على جواز الحجر على المدين الذي كثرت ديونه على أمواله.

ثالثاً: المعقول: قالوا:

١ - أن في الحجر على المدين مصلحة له وللدائنين؛ فمن مصلحته أن تبرئ ذمته أما مصلحة الدائنين فهي حصولهم على ديونهم لأنه في حالة عدم الحجر عليه قد يؤدي ذلك إلى ضرر بهم إذ قد يقوم المدين بالتصرف في أمواله بالتبرع أو المحاباة أو أن يبيعها إلى رجل عظيم لا يمكن انتزاعها منه أو أن يقر له بهذه الأموال ثم ينتفع بها من جهته.^(٢)

٢ - أن بيع مال المدين لقضاء دينه واجب عليه ومن ثم يحبس إذا امتنع عن الوفاء ، لأن امتناعه أو تأخره عن الوفاء بدين مستحق الاداء في

(١) انظر: البدر التمام شرح بلوغ المرام ٢٥٦/٦ ، سبل السلام ٧٩/٢.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ١٩٩/٥ ، الهداية شرح بداية المبتدئ بأعلى نتائج الأفكار ٢٧٥/٩.

الحال يُعد ظلماً ، ولما كان للقاضي ولاية عامة في رفع الظلم عن الناس ، لذا كان عليه أن ينوب عن المدين الممتنع عن الوفاء في بيع ماله جبراً عليه لإيصال حقه للدائنين ، وذلك لأن قضاء الدين تجري فيه النيابة ، لهذا ينوب القاضي عنه كما في مسألة الجب ، فإن الم محبوب إذا امتنع عن مفارقة زوجته فرق القاضي بينهم ، وكما ولو امتنع غير المسلم أيضاً عن بيع عبده بعد إسلامه فللقاضي بيعه جبراً عنه حتى لا يظل المسلم تحت يد غير المسلم^(١) .

٣ - لما كان يجوز الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد عن الثلث لمصلحة الورثة فمن باب أولى أن يُحجر على المدين لمصلحة دائنيه وهذا القول هو الأظهر لأنه أعدل^(٢) .

المذهب الثاني

وقد ذهب أصحابه إلى عدم جواز الحجر على المدين مطلقاً أي سواء كان مفلساً أم غير مفلس، وبالتالي لا يجوز للقاضي التصرف في أموال المدين بالبيع أو غيره ولكن يجوز له حبسه إذا ما كان للمدين أمواله وامتنع عن أداء دينه حتى يبيع أمواله ويقضي ما عليه من ديون، وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة^(٣) وابن حزم وقد استدل أبو حنيفة بالآتي:

أولاً: دليل القرآن:

١ - قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٤) .

(١) المبسوط ١٦٤/٢٤ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٥٨/٤ ، فتح القدير ٢٢٤/٩ وما بعدها .

(٢) شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ٦٧/٤ .

(٣) البنابة شرح الهداية ١١٥/١١ ، فتح القدير ٢٧٢/٩ - ٢٧٦ ، الهداية شرح البداية للمرغيناني ٢٧١/٩ ، المبسوط للسرخسي ١٦٤/٢٤ .

(٤) سورة النساء الآية (٢٩) .

وجه الدلالة: دلت الآية على أن الحجر على المدين المفلس يستتبعه بيع أمواله بغير رضاه، وأن من شروط جواز البيع، التراضي وهذا غير متوافر في بيع مال المدين جبراً عنه، وبالتالي فالحجر على المدين والتصرف في أمواله يعد باطلاً، لأن الحجر يجعل للحاكم سلطاناً على أموال المدين فيقوم ببيعها بدون إذنه ورضاه وهذا ليس تجارة عن تراض فيكون باطلاً وما أدى إلى باطل فهو باطل وهذا يستتبع القول بعدم جواز الحجر على المدين^(١).

٢ - تكريم المولى عز وجل للإنسان لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^(٢)

فالحجر على المدين فيه إهدار لأهليته التي هي مناط آدميته التي كرمها الله سبحانه وتعالى وبالتالي لا يجوز اللجوء إلى الحجر المهدر لكرامة الإنسان من أجل المال حتى ولو كان هناك خوف من وجود ضرر محتمل يصيب الدائنين، فضرر الحجر واقع أما ضرر الدائنين محتمل^(٣).

ثانياً: دليل السنة:

١ - قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٤).

وجه الدلالة: دل الحديث على نهي الرسول صل الله عليه وسلم عن بيع مال الإنسان بدون رضاه وبالتالي فإن نفس المدين لا تطيب بقيام القاضي ببيع ماله جبراً عنه فلذلك لا يجوز الحجر عليه وبيع أمواله^(٥).

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ١٩٥/٥ ، العناية شرح البداية ٢٧٤/٩ ، ٢٧٥ ، بدائع الصنائع ١٧٠/٧ .

(٢) سورة الإسراء الآية (٧٠).

(٣) البحر الرائق ٩٤/٨ ، العناية شرح الهداية ٢٧١/٩ .

(٤) سنن الدارقطني ٤٢٤/٣ ، سبل السلام ٧٩/٢ ، البدر التمام في شرح بلوغ المرام ٢٥٥/٦ .

(٥) المبسوط للسرخسي ١٦٤/٢٤ ، سبل السلام ٥٦/٣ ، ٥٧ .

٢ - قوله صل الله عليه وسلم: «مطل الغني ظلم»^(١) وجزاء الظلم هذا هو الحبس وليس الحجر على المدين وبيع أمواله وأكد هذا المعنى قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٢) فقد فسرت العقوبة هنا بالحبس.

٣ - حديث جابر بن عبد الله فقد روي أن أباه استشهد في غزوة أحد وعليه دين فاشتد الغرماء في حقوقهم، فذكر أن جابراً قال: «أتيت النبي صل الله عليه وسلم فسألهم أن يقبلوا ثمر حائطي ويحللوا أبي فأبوا، فلم يعطهم النبي صل الله عليه وسلم حائطي وقال: ولكن سأغدو عليك فغدا علينا حين أصبح فطاف في النخل فدعا في ثمرها بالبركة ثم جذبتها فقضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية»^(٣).

وجه الدلالة: دل هذا الحديث على أن كلا من الحجر وبيع المال ليس طريقاً متعيناً للقضاء وإلا لما عدل عنهما الرسول عليه الصلاة والسلام.

٤ - استدلل ابن حزم بما جاء في المحلي بالآثار على عدم جواز الحجر على المدين المفلس بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن الرسول صل الله عليه وسلم قال: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل او يفيق".

وجه الدلالة هنا هو عدم جواز الحجر على أحد في ماله إلا على صغير أو مجنون أو نائم، لأن رفع القلم عن هؤلاء الثلاثة يعني عدم اعتبار تصرفاتهم، فإذا بلغ الصغير وأفاق المجنون واستيقظ النائم وكان بالغاً عاقلاً جاز فعل كل واحد منهم في ماله سواء أكان مفلساً أم لا مادام قد وافق فعله الحق من الواجب أو المباح، فإن خالف الفعل المباح أو الواجب فهو باطل

(١) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢/٦.

(٢) سنن أبي داود ٤٧٣/٥ ، وسنن ابن ماجه ٤٩٧/٣.

(٣) صحيح البخاري ١١٧/٣ ، سبل السلام ٨٠/٢.

مردود وذلك كالمعاصي، ومن معصية الله تعالى الصدقة والعطية بما لا يبقى
بعده للمتصدق أو الواهب.

ثالثًا: الأثر:

روي أن أسيد بن الخضير مات وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر
بن الخطاب دائنيه فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه، فدل هذا على عدم
جواز الحجر على المدين وبيع أمواله، فلو كان الحجر مشروعًا لباع عمر بن
الخطاب أرض المدين وقضى منها ديونه، فلم يفعل ذلك وإنما أعطى الدائنين
أرض المدين من أجل الانتفاع بها مدة معينة مقابل ما لهم من ديون على
المدين^(١).

رابعًا: المعقول:

استدل أبو حنيفة بالمعقول فقال:

١. أن بيع مال المدين المفلس بمعرفة الدائنين طريق غير متعين، لأن
المستحق على المفلس هو قضاء دينه، وقد يمكنه قضاؤه بالاستقراض أو
الاستيهاج وسؤال الناس الصدقة، وإذا كان كذلك فلا يكون للقاضي تعيين هذه
الجهة عليه مباشرة ببيع ماله.

٢. إن القول بالحجر على المدين المفلس والحيلولة بينه وبين التصرف في
أمواله لمصلحة الدائنين فيه ضرر عليه، وهذا ضرر أشد يفوق الضرر
الواقع بالدائنين من عدم الوفاء بحقوقهم، وبالتالي لا يجوز ارتكاب

(١) الميسوط للسرخسي ١٦٣/٢٤، سبل السلام ٨٠/٢، الحجر على المدين حماية لحق
الغرماء دراسة مقارنة في القوانين المعاصرة: د/ حسن عبده أحمد السراجي، رسالة
دكتوراه - جامعة عين شمس ٢٠٠٦ م ص ٢٤٢.

الضرر الاشد لدفع الضرر الأخف ومع ذلك يجوز النظر لمصلحة الدائنين في قضاء ديونهم بطريق أدنى ضرراً من الحجر وهو الحبس^(١).

الراجع:

من خلال عرض الآراء السابقة يتبين أنه رغم وجاهة المذهب الثاني الا ان ما يميل اليه الباحث هو جواز الحجر على أموال المدين المفلس و بيعها بواسطة القضاء في حالة امتناعه عن بيعها بنفسه فالحجر عمل وقائي الهدف منه هو المحافظة على حقوق الدائنين في مال المدين المفلس وصيانة لها من كل ما يطرأ عليها مما يسبب ضياعها وحرمانهم منها بعد أن وصل الأمر إلى هذا الحال ، كما أن الحجر ليس فيه إهدار لأدمية المدين وكرامته كما ادعي البعض، وذلك لأن الحجر متعلق بذمة المدين المالية فالناظر لمعاملات الناس اليوم وما يجري بينهم من تسويق ومُطل يرى القول بضرورة الحجر على أموال المدين المفلس وذلك تحقيقاً للعدالة وللموازنة بين مصالح الدائنين والمدين.

الفرع الثاني

إجراءات بيع أموال المدين وكيفية توزيعها

بعد الحجر على المدين المفلس وفقاً للمذهب الراجح، يقوم القاضي ببيع ماله الذي ليس من جنس دينه جبراً عنه وذلك تمهيداً لقسمته بين دائنيه، حيث يقوم القاضي باتخاذ إجراءات بيع مال المدين المفلس وقسمه ثمن البيع على دائنيه^(٢).

(١) تبين الحقائق للزليعي ١٩٢/٥ ، ١٩٥ ، المبسوط للسرخسي ١٦٣/٢٤ ، العناية شرح البداية ٢٧٤،٢٧٥/٩.

(٢) تبين الحقائق ١٩٩/٥ ، شرح مختصر خليل ٢٧١/٥ ، المجموع في شرح المهذب ٢٩٣/١٣ ، البيان في مذهب الإمام الشافعي ١٥٤/٦ ، حاشية الشرواني ١٣٠/٥ ، بحر المذهب للرواني ٣٦٢/٥ ، الأموال التي لا يجوز والتنفيذ عليها دراسة مقارنة بين

أولاً: إجراءات بيع مال المدين

بعد الحجر على المدين يأمر القاضي ببيع أمواله بواسطة أهل الخبرة من التجار المعروفين بالأمانة والصدق والحفظ على أن يتم ذلك بإشراف القضاء، أو أن يكونوا تابعين للقضاء، على أن تتبع الإجراءات الآتية:

١ - المناذاة على السلعة المراد بيعها في السوق المخصص لها على أن تتم عملية البيع خلال ثلاثة أيام حتى يمكن الحصول على أعلى الأسعار إلا إذا رأى غير ذلك من شأنه أن يحقق الصالح فيتبع.

٢ - يستحب أن يحضر المدين لأنه أقطع لحجته وحتى يحصي ثمن ماله ويخبر بصفاته فتزيد الرغبة بحضوره في شرائه لأن شراء المال من المالك أحب إلى المشتري.

٣ - يستحب أيضاً حضور الدائنين وذلك لأن المال يباع لهم، كما قد يرغب البعض منهم في شراء شيء منه فيؤدي ذلك إلى زيادة ثمن المبيع وهذا انفع لهم وللمدين، غير أنه يجوز أن تتم عملية البيع بدون حضورهم إذا رأى القاضي في ذلك تحقيقاً لمصلحتهم ومصلحة المدين وذلك لأن القاضي موكول إليه ومفوض في اجتهاده.

٤ - أن تبدأ عملية البيع، ببيع أولاً الشيء الذي يخشى عليه من الهلاك ثم الذي يليه تحقيقاً للصالح، على أن يتم قبض الثمن حالاً وبالتالي لا يُسلم الشيء المبيع إلى المشتري قبل دفعه الثمن.

ثانياً: كيفية توزيع المال المبيع:

بعد إتمام عملية بيع أموال المدين يقوم القاضي بتسليم حصيلة البيع إلى الدائن أولاً بأول إذا كان واحداً إذ لا وجه للتأخير، أما إذا كان للمدين أكثر

الشرعية والقانون: أمير محمود السيد أحمد أبو عبده، - رسالة ماجستير كلية الشريعة والقانون - ص ٣٩ ، ٤٣ ، ٢٨٨ .

من دائن فهنا يقوم القاضي بتوزيع حصيلة البيع على الدائنين كل بقدر دينه إذا كانت حصيلة البيع تكفي لجميع الديون أما إذا كانت حصيلة البيع أقل من الديون المستحقة فيقوم القاضي بتقسيمها بإحدى الطريقتين على النحو الآتي:

أ - توزع حصيلة البيع بنسبة هذه الحصيلة إلى مجموع الديون، مثال لو أن حصيلة البيع بلغت مليون جنيه وكان للمدين ثلاثة دائنين أحدهما (أ) له مليون جنيه ودائن ثان (ب) له نصف مليون، وثالث (ج) له نصف مليون، فهنا نسبة حصيلة البيع (مليون) تكون بالنصف لنسبة الديون، وبالتالي يأخذ كل دائن نصف دينه فيأخذ (أ) نصف مليون، و(ب) ربع مليون، و(ج) ربع مليون.

ب - توزع حصيلة البيع بطريقة نسبة كل دين إلى مجموع الديون كلها وبالتالي يأخذ كل دائن من هذه الحصيلة بنسبة دينه إلى مجموع الديون . مثال : لو أن حصيلة البيع بلغت مائة ألف جنيه (١٠٠٠٠٠) وكان للدائن (أ) خمسمائة ألف جنيه (٥٠٠٠٠٠) وللدائن (ب) مائتان وخمسون ألف جنيه (٢٥٠٠٠٠) وللدائن (ج) مائتان وخمسون الف جنيه (٢٥٠٠٠٠) فهنا مجموع الديون الثلاثة مليون جنيه في حين أن حصيلة البيع مائة ألف جنيه ووفقاً لهذه الطريقة يأخذ الدائن (أ) دينه بنسبته إلى مجموع الديون ، وبالتالي يأخذ (٥٠٠٠٠) ، ويأخذ الدائن (ب) دينه بنسبته إلى مجموع الديون وبالتالي يأخذ (٢٥٠٠٠٠) وكذلك الدائن (ج) يكون المستحق له (٢٥٠٠٠٠) .

ويمكن القول بأن مسألة الحجر على المدين وبيع أمواله تحقق مصلحته ومصلحة دائنيه ومن ثم لا يترتب عليها كما كان يترتب في القانون الروماني من أثار ضاره بالمدين كحرمانه من حقوقه السياسية كحق الانتخاب والترشيح للمجالس وتولي الوظائف العامة، أو حقوقه المهنية، كما لم يترتب عليها أيضا فقدانه اعتباره.

الفرع الثالث

وسائل تجنب المدين الحجر على أمواله وبيعها

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالمحافظة على أموال الدائنين وحقهم في الحصول عليها، فإنها اهتمت أيضا بالمدين حسن النية سيء الحظ، فالمدين أثناء مزاولته لأعماله قد يتعرض الي عثرات ليس له يد فيها، لذا فقد شجعت الشريعة الإسلامية الدائنين على التدخل للتيسير على المدين وحمائته من مخاطر الإفلاس تقربا للمولي عز وجل. كما أعطت للمدين الحق في تجنب افلاسه بقيامه بعدة أمور، لهذا فسوف أتحدث عن هذه الوسائل التي تجنب المدين الحجر على أمواله وبيعها على النحو الاتي:

أولاً: طريق التسوية الودية بالهبة أو الإبراء من قبل الدائن، وذلك عندما يهب الدائن مدينه الدين الذي عليه سواء كله أو جزء منه، اذ لا خلاف بين الفقهاء في جواز هبة الدين لمن عليه دين.

بيد أن الهبة بالدين المقدمة من الدائن لمدينه عند جمهور الفقهاء ^(١) لا تحتاج الي قبول المدين، فهي عندهم عقد تبرع وذلك لتغليبهم جانب الإسقاط في الإبراء على جانب التملك فقد جاء في كتب الاحناف (أن القبض كالقبول في البيع ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الي القبول). وجاء في شرح منح الجليل (تمليك الدين أو هبته إبراء أي إسقاط للدين عن ذمة مدينه تفرغ لها منه إن وهب الدين ممن هو عليه). وفي روضة الطالبين (إذا وهب الدين لمن هو عليه فهو إبراء) وجاء أيضا في كشف القناع (إن أبرأ غريم غريمه من دينه صح برئت ذمته).

في حين يري جانب آخر من الفقه بضرورة قبول المدين للهبة، فأن ردها ترد فهي تملك تحتاج الي قبول. وبغض النظر عن هذا الخلاف فيمكن

(١) مجمع الانهر ٣٥٣/٢ شرح منح الجليل ١٧٨/٨ ، روضة الطالبين ٣٧٤/٥، كشف القناع ٣٠٤/٤. أنظر طرق حماية المدين: د. حسين محمد بيومي، ص ٧١ وما بعدها

القول بأن قيام الدائن بهبة مدينه الدين الذي عليه يبرئه ومن ثم يجنبه لمخاطر الحجر عليه وبيع أمواله.

ثانيا: أوجبت الشريعة الإسلامية على الدائن بضرورة إنظار المدين المفلس لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١). وقول الرسول صل الله عليه وسلم (من أنظر معسرا أو وضع عنه أظله الله في ظله) ومن ثم يجب على الدائن إنظار مدينه المفلس وعدم الحجر عليه والتنفيذ على أمواله كما لا يجوز له المطالبة بحبسه أو ملازمته او منعه من السفر كما بينا من قبل.

ثالثا: قيام المدين بإجراء حواله لدين له عند الغير يحيله للدائن، وبهذا يتخلص من ديونه كلها أو بعضها مما يؤدي الى براءة ذمته نهائيا ما لم يتم إبطال الحوالة أو فسخها وفقا للرأي الراجح في الفقه، وبهذا يتجنب المدين الحجر وبيع أمواله.^(٢)

رابعا: أيضا عن طريق التسوية الودية بينه وبين الدائن وذلك بقيامه بتقديم كفيل عنه يضمن جميع ديونه أو بعضها سواء بصفه نهائية أو لفترة محدودة وسواء تقدم الكفيل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدين، وبهذا يكون المدين قد وثق دينه للدائن بذمه أخري، ومن ثم يستطيع تجنب إفلاسه بصفه نهائية أو لفترة موقته لحين سداد ما عليه من ديون أو تدخل الكفيل وقيامه بالسداد طالما انعقدت الكفالة بصورة صحيحة، بل يجب على الكفيل سداد الدين في حالة عدم قيام المدين بالسداد، ومن ثم يجوز للدائن مطالبة أي منهما بدينه.

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٠).

(٢) حاشية الدسوقي ٣/٣٢٨، مغني المحتاج ٢/١٩٧، كشاف القناع ٣/٣٨٣، المحلى لابن حزم ٦/٣٩٢

خامسا: بإمكان المدين أيضا أن يقوم بإجراء مقاصة بين دين مماثل له قبل الدائن ودين عليه له، فاذا وقعت المقاصة بين الدينين مستوفيه شروطها أدت الى إسقاط الدينين إن كانا متساويين، أما إذا كانا غير متساويين فيتم إسقاط الدين الأكثر منهما بقدر الأقل إن تفاوتتا. وبهذا الوضع تبرأ ذمة المدين من دينه براءة إسقاط ومطالبة ومن ثم يتقى شهر إفلاسه.

سادسا: حرصت الشريعة الإسلامية على فض المنازعات وتحقيق الصلح القائم على العدل وجاء ذلك في أكثر من آية منها قوله تعالى ﴿ وَالصَّلْحُ خَيْرٌ ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾^(٢). كما أوصت التجار بألا يأكلوا أموال الناس بالباطل لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(٣). وذلك دعما لاستقرار المعاملات بين الأفراد في المجتمع، لهذا فإن المدين يستطيع أن يعقد صلحا مع دائنة يحسم من خلاله ما قد ينشأ بينهما من نزاع ويكون ذلك بتنازل إرادي من كل منهما عن بعض أمواله. ومن ثم فان تقديم المدين طلب الصلح الواقعي من الإفلاس لتعزيز وتقوية مركزه المالي، يأتي هنا كنوع من أنواع الصلح التي دعت إليها الشريعة الإسلامية، فلا شك أن التنازع في الأموال من شأنه أن يؤدي الى الفرقة والضعف المادي مما يؤثر ذلك على المجتمع.^(٤)

(١) سورة النساء الآية (١٢٨).

(٢) سورة الانفال الآية (٤٦).

(٣) سورة النقرة الآية (١٨٨).

(٤) الصلح الواقعي من الإفلاس في القانون والفقهاء الإسلامي: د. عمر فلاح العطين، مجلة دراسات علوم الشريعة، العدد الأول، المجلد الرابعون لسنة ٢٠١٣ ص ١٢٩، طرق حماية المدين: د. حسين محمد بيومي، ص ٧١ وما بعدها.

المبحث الثاني

مدي حرية المدين في التصرف في أمواله وحكمه في القانون
الروماني والشريعة الإسلامية

سوف أقسم هذا المبحث الي مطلبين أتحدث في اولهما عن حكم
تصرفات المدين في القانون الروماني ووسائل حماية الدائنين وفي المطلب
الثاني عن الوضع في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

حكم تصرف المدين في أمواله ووسائل حماية الدائنين في
القانون الروماني

لا شك أن نظام الحجز بنوعيه الذي كان مقررًا على أموال المدين
لصالح الدائنين لم يكن يمنع المدين من التصرف في أمواله، فقد كانت له
الحرية في ذلك كما كانت تصرفاته صحيحة مع الغير مما كان يؤدي ذلك
الإضرار بحقوق الدائنين ، لذا فقد ابتدع البريتور الروماني وسائل متعددة
تطورت من فترة لأخرى لحماية مصالح الدائنين ضد تصرفات المدين وغشه،
فأوجد في البداية نظام الأمر بالرد أو إعادة الشيء لأصله وهو نظام ذات
طبيعة مدنية ، وفي مرحلة أخرى ظهر الأمر بالغش ذات الطبيعة الجنائية ،
وفي عهد الإمبراطور جوستينيان تم إدماج النظامين السابقين فظهرت الدعوي
الدوليفية كوسيلة لحماية الدائنين ضد تصرفات المدين .

لها فإنني سوف أتحدث عن هذه الوسائل في ثلاثة فروع على النحو

الآتي:

الفرع الأول

الامر بإعادة الشيء لأصله

يُعد الامر بإعادة الشيء لأصله أول وسيلة ظهرت في روما لحماية الدائنين من تصرفات مدينهم المفلس، حيث ظهر هذا الأمر في عهد سيرون وكان وثيق الصلة بإجراءات التنفيذ على جميع أموال المدين وبيعها جملة واحدة، لهذا سوف أقوم بدراسة هذا النظام من خلال عدة نقاط على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الأمر وحالات تطبيقه

يقصد به هو ذلك الأمر الذي يصدره البريتور بناءً على طلب وكيل الدائنين لإبطال تصرفات المدين المفلس مع الغير التي تؤدي إلى إنقاص ذمته واعتبارها كأن لم تكن وذلك بعد فحص النزاع ووقائعه.

طبّق هذا الأمر في حالات كثيرة منها الغلط أو الإكراه أو الغش وحالة القاصر وحالة الغائب الذي فقد حق الملكية بمرور الزمن المكسب لمصلحة غيره ، وكذلك على تصرفات المدين المفلس التي يبرمها مع الغير وتؤدي إلى إنقاص ذمته المالية مع علم كل منهما بحالة الإفلاس التي يمر بها ، كما لو قام المدين المفلس بالتحمل بدين جديد أو قام ببيع بعض أمواله للغير، غير أن هذا الأمر لم يكن يطبق في حالة قيام المدين ببعض التصرفات الصادرة بناءً على إرادته المنفردة كتخليه عن بعض أمواله لدى الغير، أو تقديمه هبة للغير، فهنا لم يكن لوكيل الدائنين الحق في الطعن في مثل هذه التصرفات حتى ولو ثبت سوء نية الطرف الآخر أي علمه بحالة إفلاس المدين^(١).

(١) نظام الدعاوي في القانون الروماني: د/ محمد السمالوطي، ص ١٣١ ، ١٣٢.
Monier: Manuel élémentaire de droit romain – Tom 1 – Paris 1947.
p. 244.

ثانيًا: شروط الأمر بإعادة الشيء

اشترط الحاكم القضائي عدة شروط يجب توافرها حتى يستطيع وكيل الدائنين المطالبة بإبطال تصرفات المدين المفلس وهي:

١ - تكليف وكيل الدائنين أولاً بإثبات صدور أمر بحيازة أموال المدين المفلس مؤقتًا لعدم وفائه بحقوق دائنيه، ثانياً تصرف المدين في بعض أمواله رغم علمه بعدم قدرته على سداد ما عليه من ديون مما ينم عن سوء نيته.

٢ - ثبوت سوء نية الغير الذي تعامل مع المدين المفلس أي علمه بإفلاس المدين وأن التصرف الذي أجراه المدين معه أدى إلى إنقاص ذمته.

٣ - حلول ميعاد استحقاق الدين قبل الحجز على أموال المدين وهذا شرط بديهي، حيث إن الدائن قد اعتمد على مال المدين المحجوز عليه فيما بعد كضمان للوفاء بدينه، أما إذا كان الدين غير مستحق الوفاء قبل الحجز على أموال المدين فلم يكن باستطاعة وكيل الدائنين المطالبة بهذا الأمر ضد ذلك الشخص الذي تعامل مع المدين وذلك لأن الدائنين القدامى لم يكونوا قد اعتمدوا على هذا المال لعدم حلول ميعاد استحقاق دينهم، وبالتالي يدخل المتعامل الجديد معهم في إجراءات الحجز^(١).

(١) مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب، ص ٧٣-، دراسة في طبيعة الدعوي البوليصية: د/ جميل الشرقاوي، هامش ص ٥، نظام الحجر على المدين: د/ أحمد على الخطيب، ص ٢٤٤ ، ٣٣٦.

ثالثاً: آثار الأمر بإعادة الشيء الي أصله

نظراً لخطورة ما كان يترتب على هذا الأمر، فقد كان البريتور يتولى نظر الدعوى بنفسه ويقوم بالتحقيق في النزاع وذلك للتأكد من توافر شروط الأمر بالرد، فإذا ما اقتنع البريتور بتوافر شروطه كان يتخذ قراره المتمثل في إعادة الشيء إلى أصله واعتبار التصرف الصادر من المدين المفلس للغير كأن لم يكن.

يُبد أنه في حالة رفض الشخص المقررة الإعادة ضده، الإذعان لأمر الرد الصادر من البريتور، كان البريتور يمنح صاحب العلاقة (وكيل الدائنين) دعوى يرفعها ضد ذلك الغير ويكون بند الطلب في صيغتها مبنياً على افتراض عدم وقوع التصرف من الأساس وبالتالي يكون القاضي مجبراً على إصدار الحكم باعتبار هذا التصرف كأن لم يكن.

أما في حالة خضوع الشخص المقررة الإعادة ضده لأمر البريتور، فكان يترتب على ذلك اعتبار التصرف كأن لم يكن وبالتالي إعادة الشيء محل التصرف وملحقاته وثماره لممتلكات المدين، ومن ثم كان يجب على وكيل الدائنين أن يُدرج في قائمة البيع بالمزاد ما يفيد إعادة هذه الأموال إلى ذمة المدين حتى تؤخذ في الاعتبار عند تقدير ثمن ممتلكات المدين فيترتب على ذلك ارتفاع الثمن الذي يتقدم به المشتري لأموال المدين، فإذا كان المشتري قد دفع ثمن الأموال المحجوز عليها ثم تبين فيما بعد أن المدين قد تصرف في بعضها وصدر أمر لصالح وكيل الدائنين بإعادة الشيء إلى أصله، فهنا كان يجوز للمشتري باعتباره خلفاً عاماً للمدين أن يرفع باسم المدين دعوى استرداد لهذه الأموال التي صدر بشأنها الأمر بالرد خلال سنة من تاريخ البيع بالمزاد^(١).

(١) نظم القانون الروماني: د/ محمود سلام زنتاتي: سنة ١٩٦٦، ص ٣١٤، الوجيز في الحقوق الرومانية: د/ منير العجلاتي سنة ١٩٤٤، ص ١٧٢، نظام الدعاوي في

الفرع الثاني

الأمر بالغش

كان الأمر بإعادة الشيء الي أصله وثيق الصلة بإجراءات بيع أموال المدين جملة واحدة لمشتري واحد، وقد ألغيت هذه الصورة للتنفيذ على أموال المدين منذ القرن الثالث وحلت محلها في ظل نظام الدعاوى الإدارية صورة بيع بعض مفردات ذمة المدين لهذا فقد ظهر الأمر بالغش كوسيلة لمحاربة غش المدين وحل محل الأمر بإعادة الشيء إلى أصله.

لذا فإنني سوف أتحدث عن الأمر بالغش من خلال عدة نقاط على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الأمر بالغش وشروط تطبيقه

يقصد بالأمر بالغش هو ذلك الأمر الذي يصدره البريتور لصالح أحد الدائنين وذلك بإلزام كل من تعاقد مع المدين المفلس، برد الشيء محل العقد حتى يتمكن دائني المدين من التنفيذ عليه أسوة بباقي أموال المدين^(١).

أما فيما يتعلق بشروطه، فقد اشترط البريتور لصدوره ثلاثة شروط يمكن ذكرها على النحو الآتي:

١ - ضرورة استفاضة المتعاقد مع المدين من التصرف الذي أجراه معه، وهنا فرق الفقهاء بين حالتين: حالة كون المتعاقد سيء النية أو حسن النية، فإذا كان المتعاقد مع المدين سيء النية أي يعلم بسوء حالة المدين وأن تصرفه هذا سوف يؤدي إلى إفلاسه أو زيادة إفلاسه ومع ذلك أقدم

القانون الروماني: د/ محمد السمالوطي ، ص ١٣٣ ، ١٣٤ ، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين د/ محمد عبد القادر، ص ٤٦.

(١) مبادئ القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر، ود/ البدرابي ، ص ٥٠٨-، دراسة في طبيعة الدعوى البوليصية: د/ جميل الشرفاوي، ص ٥، محاضرات في الحقوق الرومانية: د/ محسن البرازي، ج٢ دمشق سنة ١٩٣٥م ، ص ٣٥.

على إبرام هذا التصرف تواطؤًا معه وذلك للإضرار بالدائنين فهنا كان يجوز إصدار الأمر بالغش ضده ، أما إذا كان حسن النية أي لا يعلم بحالة المدين وأن تصرفه سيؤدي إلى إفلاسه أو زيادة إفلاسه، فالأصل هنا أنه لا يجوز إصدار هذا الأمر ضده ، ولكن استثناءً كان يجوز في حالة إذا ما كان التصرف الذي أبرمه المدين معه تبرعًا كقيامه بإبرام عقد هبة لهذا الشخص حسن النية .

٢ -سوء نية المدين، أي علمه بسوء حالته المالية ومع ذلك يُقدم على إبرام هذا التصرف تواطؤًا للإضرار بالدائنين.

٣ -ضرورة طلب هذا الأمر خلال سنة من تاريخ بيع أموال المدين وأن كان قد تم زيادة هذه المدة لعامين في عهد الإمبراطور قسطنطين^(١).

ثانيًا: مجال تطبيق الأمر بالغش

كان مجال استعمال الأمر بالغش أوسع من مجال استعمال الأمر بإعادة الشيء ويمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

١ -كان الأمر بالغش يستخدم لإهدار تصرفات المدين التي لم يطلب هدمها وكيل الدائنين بمقتضى الأمر السابق، وبالتالي كان باستطاعة أي دائن أن يطلب من البريتور إصدار الأمر بالغش لصالحه.

٢ -أستخدم الأمر بالغش في الحالات التي لم يكن في الإمكان إبطالها بمقتضى نظام الأمر بإعادة الشيء، نظرا لان الأمر بإعادة الشيء كان يستلزم وجود عملية قانونية تُعقد بين المدين والغير، وبالتالي كانت هناك صعوبة في إهدار تصرفات المدين السلبية والضارة بدائنيه وذلك كامتناعه

(١) القانون الروماني: د/ عمر مصطفى ممدوح، ص ٤٥٣-، القانون الروماني: د/ صبيح مسكوني: ، مطبعة شفيق سنة ١٩٦٨، ص ٤٣٥ ، دراسة في طبيعة الدعوى البوليصية: د/ جميل الشراوي هامش ص ٥.

عن القيام بعمل أو اتخاذ إجراء معين مما كان يؤدي إلى إفقاره ومن ثم الإضرار بحقوق دائنيه.

٣- أستخدم أيضًا الأمر بالغش لإهدار تصرفات المدين الصادرة بإرادته المنفردة كقيامه بالتخلي عن ماله للغير، غير أنه لم يكن في الإمكان استعمال الأمر بالغش في حالة قيام المدين بتقديم شيء لأحد دائنيه كرهن لضمان الوفاء بدينه^(١).

٤- أيضًا كان يستخدم الأمر بالغش لإهدار جميع تصرفات المدين سواء كانت واردة على شيء مادي أو معنوي، غير أن بعض فقهاء القانون الروماني^(٢) قصروا استخدام الأمر بالغش لإهدار تصرفات المدين الواردة على شيء مادي فقط، وذلك على أساس أن الأمر بالغش يهدف إلى استرداد حيازة مال للمدين، غير أن الرأي الراجح^(٣) هو أن الأمر بالغش كان يستخدم لإبطال جميع تصرفات المدين سواء كانت واردة على شيء مادي أو غيره وذلك على أساس أن الأمر بالغش لم يكن ضمن الأوامر الخاصة بحماية الحيازة.

ثالثًا: آثار صدور الأمر بالغش

كان يترتب على صدور الأمر بالغش إذا ما توافرت شروطه عدة آثار يمكن ذكرها على النحو الآتي:

(١) طبعة الدعوي البوليفية: د/ جميل الشراوي ، هامش ص ٥ ، مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب، ص ٧٦ ، الطبعة القانونية لدعوي عدم نفاذ تصرفات المدين: د/ محبين عبد القادر ، ص ٦٩ .
 (٢) مبادئ القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر، ود/ عبد المنعم البدر، ص ٥٢٢ .
 Girard: Manuel élémentaire de droit Romain – Paris 1929. p. 454.
 (٣) مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب ، ص ٧٥-، طبعة الدعوي البوليفية: د/ جميل الشراوي ، هامش ص ٥ .

Monier: op. Cit. p. 244.

١ - إهدار التصرف الذي أبرم بين المدين والمتعاقد الآخر، وعودة الشيء محل هذا التصرف إلى ذمة المدين وذلك حتى يتمكن دائنو المدين من التنفيذ عليه.

٢ - إلزام المتعاقد مع المدين برد الثمار الناتجة عن استعمال واستغلال الشيء والتي نتجت بعد إصدار هذا الأمر، أما الثمار الناتجة في الفترة ما بين إبرام التصرف وصدور الأمر بالغش فكانت من حق المتعاقد مع المدين وهذا بعكس ما كان مترتباً على الأمر بإعادة الشيء، إذ كان المتعاقد يلتزم برد جميع الثمار. يُيد أن الاستقادة من هذه الآثار كانت مقتصرة على الدائن الذي استصدر الأمر بالغش فقط، فلا يستفيد منها باقي الدائنين.

وقد ثار تساؤل عن مدى إلزامية المتعاقد مع المدين بتنفيذ آثار الأمر بالغش، يمكن القول بأنه لم يكن هناك إلزام من الناحية القانونية للمتعاقد بتنفيذ ما يترتب على الأمر بالغش نظراً لأن هذا الأمر كان من ابتداع البريتور ولكن كان بإمكان البريتور منح الدائن في حالة عدم إطاعة الغير المتعاقد مع المدين لأمر البريتور بالغش ورد الشيء إلى المدين، دعوى تحكيمية تؤدي إلى الحكم على هذا المتعاقد بدفع تعويض نقدي، ويلاحظ أن هذه الدعوى رغم مدنيته بحسب الأصل لتضمنها طلب بقيمة الشيء على سبيل التعويض لجبر الضرر الذي لحق بالدائن، إلا أنها كانت تتسم ببعض الخصائص الخاصة بالدعاوى الجنائية، حيث كان يترتب على الحكم بها إلحاق الوصمة والعار على المحكوم عليه بها، لهذا كان أغلب المتعاقدين مع المدين

يقوموا بتنفيذ الأمر بالغش ورد الشيء محل التصرف إلى المدين تجنباً لإلحاق الوصمة والعار بهم على اثر صدور هذه الدعوى ضدهم^(١).

الفرع الثالث

الدعوى البوليصية

نشأت الدعوى البوليصية لعدم كفاية وسيلتي الأمر بالرد والأمر بالغش في حماية حقوق الدائنين لاقتصارهما على حالة ما إذا تصرف المدين في شيء من ممتلكات بانقاص حقوقه دون زيادة التزاماته، فأصل هذه الدعوى التي استحدثها البريتور يتبلور في حماية الضمان العام للدائنين، إذا من المفترض أن كل أموال المدين ضامنة لما عليه من ديون، فإذا ما تصرف المدين بطريقة أو بأخرى أدت إلى الإضرار بحقوق دائنيه كقيامه بعقد ديون جديدة، أو محاباته لأحد دائنيه على حساب الآخرين إلى غير ذلك من التصرفات، كان من حق الدائنين بمقتضى هذه الدعوى إبطال هذه التصرفات من أجل إعادة الضمان العام إلى حالته الأصلية.

ونظراً لأهمية هذه الدعوى فإنني سوف أقوم بدراستها من خلال عدة نقاط على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الدعوى وشروطها

يقصد بالدعوى البوليصية هي وسيلة قضائية أقرت للدائن للطعن في التصرفات الضارة الصادرة من مدينه، يطالب بمقتضاها الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الضارة في مواجهته.

(١) طبيعة الدعوى البوليصية: د/ جميل الشراوي، هامش ص ٥، مذكرات في القانون الروماني: د/ عبد السلام ذهني، الكتاب الثالث ص ٢٧١، نظام الحجر على المدين: د/ أحمد علي الخطيب، ص ٣٣٧، القانون الروماني: د/ صبيح مسكوني، ص ٤٣٤ وما بعدها، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين: د/ مجيد عبد القادر، ص ٦٠ وما بعدها.

كانت هذه الدعوى في البداية ترفع باسم جميع الدائنين من قبل وكيل عنهم (السنديك) غير انه في عهد الامبراطور جوستان أجيز للدائن رفعها بدلا من الوكيل، وبالتالي فهي منحت للدائن للرجوع بها على الغير الذي تعاقد مع المدين إذا ما توافرت شروط معينة يمكن ذكرها على النحو الآتي:

١ - أن يكون التصرف المطعون فيه من التصرفات القابلة للفسخ، فإذا كان من التصرفات غير القابلة للفسخ كالعتق وقبول التركة، فلا تقبل الدعوى هنا وذلك لأن هذه التصرفات تحتاج إلى قانون خاص بها، وبالتالي تخرج عن نطاق هذه الدعوى، وتلافياً لهذا الأمر فقد تدخل المشرع الروماني وأصدر قانون سُمي بقانون (إيلياسنتا) أقر فيه إمكانية فسخ العتق الذي أجراه المدين بقصد الإضرار بحقوق دائنيه، أيضاً تدخل الإمبراطور جوستينيان في أحوال أخرى لحماية الدائنين من تصرف المدين بقبوله تركه مستغرقة بالدين^(١).

٢ - أن يؤدي التصرف المطعون فيه إلى إفقار المدين وذلك سواء بنقص في الجانب الإيجابي لزمته كأن يقوم بالتصرف في ماله بالبيع أو الهبة أو التنازل عن ديونه لدى الغير، أو يؤدي تصرفه إلى زيادة في الجانب السلبي لزمته كقيامه بعقد ديون جديدة أو تركة حقاً من حقوقه ينقضي بالتقادم، ولكن يلاحظ أن امتناع المدين عن الاغتناء، لم يكن كافياً لإقامة الدعوى وذلك كما لو رفض هبة أو ميراث أو وصية من الغير إذ لا يُجبر أحد على الاغتناء.

٣ - يجب أن يؤدي التصرف المطعون فيه إلى الإضرار بحقوق الدائنين، ويكون كذلك إذا ما أدى إلى إفلاسه أو زيادة إفلاسه، وبالتالي إذا كانت أموال المدين الباقية بعد قيامه بهذا التصرف كافية لسداد ما عليه من

(١) مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب ، ص ٨٠ ، القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر ، ود/ عبد المنعم البدرابي، ص ٥١٠ ، نظام الحجر على المدين: د / أحمد على الخطيب ، ص ٣٣٩ وهامشها.

ديون فلا تقبل الدعوى هنا وذلك لإنعدام المصلحة في رفعها لعدم وجود ضرر يلحق بالدائنين.

٤ - سوء نية المدين لكون فعله جريمة ولا جريمة بغير قصد، ويُعد القصد متوافراً لدى المدين في حالة تصرفه في أمواله مع علمه بأن هذه التصرفات ستؤدي إلى إفلاسه أو زيادة إفلاسه ، وعلمه بذلك يدل على سوء نيته في الإضرار بالدائنين ، وهذا متوافر دائماً ، غير أنه في بعض الأحوال الاستثنائية البحتة قد لا يتوافر وذلك إذا ما اعتقد شخص ثرائه رغم كونه معدماً ، كمن تكون له أموال طائلة في بلده بعيدة عن مكان إقامته فتهلك هذه الأموال بقوة قاهرة دون علمه ، فإذا ما قام هذا الشخص بإبرام تصرف من التصرفات المضرة بدائنيه معتقداً بملائته فلا يمكن اعتباره بسوء النية .

٥ - سوء نية الغير الذي تعامل مع المدين، أو استفادته منه، أي أن يكون شاعراً بسوء حالة المدين وأن تصرفه سيؤدي إلى إفلاسه أو زيادة إفلاسه ومع ذلك يقدم على إبرام هذا التصرف.

يُبد أن بعض الفقهاء ميزوا بين حالتين فيما يتعلق بسوء نية الغير الذي تعامل مع المدين: حالة استفادته من المدين بمقابل وحالة استفادته بغير مقابل:

أ - حالة استفادة الغير من المدين بمقابل، كمن اشترى مالا للمدين فهنا لا تصح الدعوى البوليسية إلا إذا كان ذلك الغير سيء النية، أي يعلم أن هذا البيع سيؤدي إلى إفلاس المدين أو زيادة إفلاسه وبالتالي يجعله عاجزاً عن الوفاء بما عليه من ديون، فالمشتري هنا يسعى لدرء الخسارة في هذه الدعوى، وبالتالي فهو كالدائنين تماماً لأنه دفع مقابل لما أخذه، ومن ثم لا يجوز إبطال تصرفه إلا إذا كان سيء النية أي شريكاً مع المدين في الغش والإضرار بالدائنين.

ب - حالة استفادة الغير من المدين بدون مقابل، كما لو حصل الغير من المدين على هبة، فهنا تصح الدعوى ضده حتى ولو كان حسن النية أي يجهل سوء حالة المدين المالية وأن هذه الهبة ستؤدي إلى إفلاسه أو زيادة إفلاسه، فهنا يبطل هذا التصرف حيث إن مصلحة الدائنين أولى من مصلحة الموهوب لأنه يسعى إلى الحصول على كسب محض، ودفع الضرر هنا أولى من جلب المنفعة.

وقد يحدث أن يتصرف الغير في المال الذي اكتسبه من المدين، إلى شخص ثالث فهنا يجوز رفع هذه الدعوى أيضاً ضد ذلك الشخص بشرط إثبات سوء نيته أو أخذه لهذه الأموال بدون مقابل^(١).

ثانياً: آثار الدعوى البوليصية

إذا توافرت شروط إقامة الدعوى فإن الأثر الرئيسي المترتب على نجاحها يتمثل في إبطال تصرفات المدين التي عقدها غشاً مع الغير، وبالتالي إعادة الشيء المتصرف فيه إلى المدين حتى يتمكن الدائنين من التنفيذ عليه واستيفاء حقوقهم، غير أنه في حالة رفض الغير الذي تعامل مع المدين، إعادة الشيء إلى ما كان عليه كأن يصدر حكم من القاضي بإلزامه بدفع تعويض للدائنين يختلف تقديره بحسب ما إذا كان الغير حسن النية أو سيء النية.

فإذا كان سيء النية كان يحكم عليه بتعويض مالي يعادل الضرر الذي لحق بالدائنين وليس فقط بقدر اغتائه، أي أن مبلغ التعويض كان يشمل قيمة الشيء الواجب رده وثمراته، أما إذا كان ذلك الغير حسن النية فكان يُحكم عليه بدفع تعويض يعادل قيمة الشيء فقط.

(١) القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر ود/ عبد المنعم البدر اوي، ص ٥١٢ وما بعدها، القانون الروماني: د/ علي محمد بدوي، جامعة فؤاد الأول سنة ١٩٤٨، ص ٢٣٣ ، محاضرات في القانون الروماني: د/ عبد السلام ترماني، بدون ناشر، بدون تاريخ ص ٢٤٨، ٤٥٠، ، طبيعة الدعوى البوليصية: د/ جميل الشرقاوي ٦ ، نظام الحجر على المدين: د/ أحمد علي الخطيب، ص ٣٤٠.

ويلاحظ أن الفائدة المتحققة من نجاح هذه الدعوى كان يستفيد منها جميع الدائنين سواء كانت ديونهم سابقة على التصرف المطعون فيه أو لاحقة عليه، وبالتالي لا تقتصر على دائن بعينه حتى وإن كان هو الذي قام برفعها، ولكن كان يشترط أن يكون دين الدائن الذي تولى رفعها سابقاً على التصرف المطعون فيه^(١).

ثالثاً: طبيعة الدعوى البوليصة

في البداية يمكن القول بأن الدعوى البوليصة تعد من الدعاوى البريتورية التي أورد البريتور أحكامها في منشوراته، معتمداً في ذلك على قواعد العدالة ومبدأ حسن النية الذي ساعد في حماية حقوق الدائنين من تصرفات المدين المنطوية على غش من جانبه.

كما كانت هذه الدعوى تعد من الدعاوى التحكيمية، إذ كانت صيغتها تعطي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد ما يجب على المدعي عليه القيام به، إذ كان يجب عليه الالتزام برد الشيء محل التصرف المطعون فيه إلى المدين، فإذا لم يلتزم كان بإمكان القاضي إلزامه بدفع تعويض تختلف قيمته بحسب مدى حسن أو سوء نيته.

يُبد أنه حدث خلاف بين الفقهاء حول مدى اعتبار الدعوى البوليصة من الدعاوى الجنائية أو المدنية، وكذلك مدى اعتبارها من الدعاوى الشخصية أو العينية ويمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

أولاً: مدى جنائية أو مدنية الدعوى البوليصة

(١) محاضرات في القانون الروماني: د/ عبد السلام ترماني، ص ٢٥١ ، نظام الحجر على المدين: د/ أحمد علي الخطيب، ص ٣٤١ ، مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب، ص ٨٨ ، محاضرات في الحقوق الرومانية: د/ محسن محمد البرازي، ص ٣٦١.

نشأ الخلاف بين فقهاء القانون الروماني حول مدى جنائية أو مدنية الدعوى على أساس أن أحكام هذه الدعوى كانت تعد مزيجاً من أحكام الأمر بإعادة الشيء ذات الطبيعة المدنية والأمر بالغش ذات الطبيعة الجنائية، فذهب البعض إلى اعتبارها دعوى جنائية، والبعض الآخر اعتبرها دعوى مدنية، ويمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

الرأي الأول وقد ذهب أصحابه إلى اعتبارها من الدعاوى المدنية^(١) وذلك على أساس كثرة أحكامها المدنية التي تقرّبها من الدعاوى المدنية واستندوا في ذلك بالآتي:

١- أن الهدف الأساسي من رفع هذه الدعوى هو استرداد ما تم التصرف فيه وليس العقاب، فإذا ما قام من رُفعت عليه الدعوى برد الشيء محل التصرف بُرئت ذمته، وما يعضد ذلك أن الدائن إذا تمكن من استرداد الشيء محل التصرف من أحد الدائنين حال تعددهم، سقط حقه في مطالبة الآخرين.

٢- كان يجوز للدائن في حالة وفاة المدين رفع هذه الدعوى على ورثته، وكانوا ملزمين بالرد في حدود قدر استفادتهم من الشيء محل التصرف المطعون فيه، أيضاً كان يجوز لورثة الدائن رفع هذه الدعوى على المدين في حالة وفاة الدائن.

٣- عدم جواز رفع هذه الدعوى ضد رب الأسرة عن طريق دعوى التخلي إذا كان مرتكب الغش أحد أفراد الأسرة الخاضعين لسلطة رب الأسرة.

(١) مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب ، ص ٨٩ ، طبيعة الدعوى البوليصية: د/ جميل الشراوي ، سابق ص ٩ ، القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر ود/ البدرابي ، ص ٥٩٩ ، مذكرات في القانون الروماني: د/ عبد السلام ذهني، ص ٢٧٣.

الرأي الثاني وقد ذهب أصحابه إلى اعتبار الدعوى البوليصية من الدعاوى الجنائية^(١) حيث إن جريمة غش الدائنين تعد من الجرائم البريتورية مثل التدليس والإكراه واستندوا في ذلك بالآتي:

١- أن توجيه هذه الدعوى ضد المدين سيء النية حال عجز الدائنين عن استرداد أمواله التي خرجت منه راجع إلى الصفة الجنائية لهذه الدعوى، لذا فإن هذه الدعوى كانت تقوم على فكرة الغش الذي يعد ركنا هاما من الأركان الجنائية.

٢- إن عدم قابلية انتقال هذه الدعوى بطريقة الوراثة ضد ورثة المدلس إلا بقدر استفادتهم من التدليس يجعل هذه الدعوى قريبة من الدعاوى الجنائية كدعوى التدليس والإكراه، فضلاً عن ضرورة رفعها خلال سنة.

وانتهى أصحاب هذا الرأي إلى اعتبارها من الدعاوى الجنائية وليس المدنية، غير أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من اعتبارها من قبيل الدعاوى المدنية وليس الجنائية للأسباب الآتية^(٢):

١- إن مفهوم وغاية هذه الدعوى يقتصر على إعادة الأمور إلى نصابها الطبيعي أي اعتبار هذا التصرف كأن لم يكن ومن ثم إصلاح الضرر الناتج عنه.

٢- كانت هذه الدعوى من استحداث البريتور، فلم يكن يوجد بالقانون المدني الروماني تنظيم خاص بها، وبالتالي فشروط تطبيقها كانت مختلفة عن

(١) انظر القانون الروماني: د/ صبيح مسكوتي ، ص ٢٣٨ ، القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر ود/ عبد المنعم البدرابي ، ص ٢٣٢ ، مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب ، ص ٨٨ ، طبيعة الدعوى البوليصية: د/ جميل الشراوي ، هامش ص ٩ ، مذكرات في القانون الروماني: د/ عبد السلام ذهني ، ص ٢٧٢ .
(٢) دراسة مقارنة لشروط وطبيعة الدعوى البوليصية: د / فخري أبو يوسف ، ص ١٣٤ - وما بعدها ، دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين: د/ محيين عبد القادر ، ص ٣٩٠ ، ٣٩١ .

أركان الأحكام الجنائية كما أن آثارها كانت تترتب في بعض الأحوال التي لا يتوافر فيها الغش كالتصرفات القائمة على أساس التبرع من المدين.

٣- إن مسألة الرجوع بآثارها على ورثة المدين يخرجها من نطاق الدعوى الجنائية حيث أن المعروف أن الأحكام الجنائية الناشئة عن الجرائم شخصية.

٤- استقرار الوضع منذ عهد المحشيين وتابعيهم على إسباغ الطابع المدني على هذه الدعوى الذي قُصد به مواجهة الغش الصادر من المدين أضراراً بدائنية، وهو ما كان يتطلب إلزام المدين بدفع مقابل ما قام به من تصرفات أدت إلى إضعاف الضمان العام للدائنين وفي حدود ما حدث من إضعاف دون أن يمثل ذلك ركنًا جنائيًا.

٥- أن القول بجنائية الدعوى قياسًا على أوجه التشابه بينها وبين دعاوى التدليس والإكراه قول ضعيف، حيث ينبغي ألا يتم ذلك عن طريق القياس، ومن ثم يمكن القول بأن الدعوى البوليسية هي أقرب للدعاوى المدنية من الجنائية.

ثانيًا: مدى عينية أو شخصية الدعوى البوليسية

حدث خلاف بين الفقهاء حول مدى عينية أو شخصية الدعوى البوليسية، بمعنى هل كانت توجه الدعوى إلى شخص الملتزم (المدين) أم كانت توجه إلى الشيء أو الحق الذي وقع عليه التصرف بغض النظر عن شخص من قام بالالتزام، وانقسم فقهاء القانون الروماني إلى ثلاثة آراء على النحو الآتي:

الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى اعتبار الدعوى البوليصية من الدعاوى العينية^(١) وذلك لتصنيفها ضمن الدعاوى العينية طبقاً لما أورده الإمبراطور جوستينيان بالكتاب الرابع من الباب السادس إذا جاء فيه: «إذا تصرف المدين في شيء من ماله إضراراً بدائنيه فلهؤلاء الدائنين، بعد تصريح الحاكم لهم بوضع يدهم على أموال المدين، أن يبطلوا التصرف في الشيء المذكور ويستردوه قائلين إنه لم يحصل تسليم وانه إذن ما زال من أموال مدينهم».

أيضاً قالوا بأن موضوع هذه الدعوى يتعلق بشيء تصرف المدين فيه، ويطلب الدائنون بحماية حقوقهم عليه بافتراض أن هذا الشيء لم يخرج من ذمة المدين من الأساس، كما أن وصف الدعوى بالعينية يحقق ضمانات أكثر للدائنين من اعتبارها من الدعاوى الشخصية، وانتهى أصحاب هذا الرأي إلى اعتبارها من الدعاوى العينية وليس الشخصية.

الرأي الثاني:

ذهب أصحابه إلى اعتبارها من الدعاوى الشخصية لاشتغالها على خصائص الدعاوى الشخصية حيث إنها كانت مبنية على الفعل المجرد وأسست على حق الدائنين في توجيهها إلى الغير الذي تعامل مع المدين حتى ولو لم يكن حائزاً للشيء محل التصرف، كما أن محل الدعوى لم يكن مقصوراً على التصرفات بل شمل أيضاً أداء الديون المنطوية على غش أو إهمال مشوب بخطأ من المدين، كما كان لهذه الدعوى أثر فاسخ مما يجعلها ضمن الدعاوى الشخصية.

(1) Macqueron (J): *Precis des obligations on droit Roman cours polycopies Aix – en – province – 1967 p. 283.*

انظر أيضاً مبادئ القانون الروماني: د/ صوفي أبو طالب، ص ٨٩، القانون الروماني: د/ صبيح مسكوني، ص ٤٣٨، القانون الروماني: د/ محمد عبد المنعم بدر ود/ البدرابي، ص ٥٢٧ وما بعدها، شروط وطبيعة الدعوى البوليصية: د/ فخري أبو سيف، ص ١٣٧ وما بعدها، دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين: د/ مجيب عبد القادر، ص ٣٩٣ وما بعدها.

وقالوا إنه بالرغم من وجود بعض الإشارات المنسوبة للفقهاء البيانوس بموسوعة الديجست تغيد وجود دعاوى فاسخة لحق الملكية، إلا أن هذه الدعاوى كانت تمثل خروجًا على الأوضاع العادية حيث إن المتتبع لمنهجية تطور القانون الروماني يرى أن الفقه القديم لم يكن يعترف بالدعاوى العينية التي لها أثر فاسخ، وانتهى أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار الدعوى البوليصية من الدعاوى الشخصية كما صنفها الفقيه بولس وليس من الدعاوى العينية^(١).

الرأي الثالث:

ذهب أصحابه إلى اعتبار الدعاوى البوليصية من الدعاوى ذات الطبيعة المختلطة^(٢) وذلك اعتمادًا على نص الإمبراطور جوستينيان في النظم وعلى موضع هذه الدعوى فيه ، فهي تكون أحيانًا دعوى عينية وفي أحيان أخرى تكون دعوى شخصية وذلك حسبما يطلب فيها : إما طلب الشيء ذاته أو الجزاء أو الاتنين معًا ، فإذا كان المطلوب هو الشيء ذاته كانت من الدعاوى العينية أما أن كان المطلوب الجزاء كانت من الدعاوى الشخصية ، فضلاً من أن معظم الدعاوى الناشئة عن الجرائم بعضها كان موضوعه طلب الجزاء والبعض الآخر من الدعاوى كان موضوعه طلب الشيء والجزاء معًا ، وبالتالي لا يمكن القول بأنها دعوى من الدعاوى الشخصية البحتة ، كما أن التشابه بينها وبين الدعاوى العينية يؤدي إلى القول بوجود دعوى ذات طابع عيني أو على الأقل إذ سلمنا بكونها دعوى شخصية فهي في نطاق عيني ، الأمر الذي دفع للتمسك بهذه المؤشرات لاستبعاد التسليم بوجود نظرية لدعوى شخصية بحتة ، وبالتالي فهي تعد من الدعاوى المختلطة .

(1) Petit: Traite élémentaire e Roman – Paris – 1920p. 730.

شروط وطبيعة الدعوى البوليصية: د/ فخري أبو سيف، ص ١٤٤، مذكرات في القانون الروماني: د/ عبد السلام الترماني، ص ١٤٧ وما بعدها.

(٢) شروط وطبيعة الدعوى البوليصية: د/ فخري أبو سيف ، ص ١٤٤، الحجر على المدين حماية لحق الغرماء: د/حسن عبده احمد السراجي: ص ٢٠٦_٢٠٧

المطلب الثاني

مدي صحة تصرفات المدين المفلس في الشريعة الاسلامية

إذا استغرق الدين مال المدين جاز للدائنين أن يلجأوا إلى القاضي من أجل الحجر عليه ومنعه من التصرف في أمواله أما إذا لم يستغرق الدين أموال المدين بحيث لا يؤدي الدين إلى إفلاسه لوجود أموال أخرى لدى المدين فلا يجوز للدائنين اللجوء إلى القاضي من أجل الحجر على المدين ومنعه من التصرف إلا إذا كان المدين مماطلاً في أداء دينه مما يضر ذلك بالدائنين فهنا يجوز للدائنين أن يلجأوا إلى القاضي من أجل أن تصل الحقوق إلى أصحابها.

ويثور تساؤل عن مدى صحة تصرفات المدين التي يجريها سواء قبل الحجر عليه أو بعده لهذا فإنني سوف أقسم هذا المطلب في فرعين أوضح في أولهما مدي صحة تصرفات المدين المفلس قبل الحجر عليه وفي الفرع الثاني أتحدث عن مدي صحتها بعد الحجر عليه.

الفرع الأول

مدي صحة تصرفات المدين المفلس قبل الحجر عليه

أنفق الفقهاء على أن المدين المفلس يصح له مباشرة التصرفات المالية النافعة نفعاً محضاً كقبوله هدية أو صدقة وكذلك التصرفات الشخصية وله مباشرة كافة حقوقه الشخصية والسياسية ^(١) غير أنهم اختلفوا في مدى صحة

(١) الإفلاس في الشريعة الإسلامية: د/ عبد الغفار إبراهيم صالح، ص ٨٢.

مباشرة التصرفات المالية المتعلقة بماله والتي قد يترتب عليها ضرر بالدائنين كقيامه ببيع شيء من ماله أو تصدقه أو هبته.

فذهب جمهور الفقهاء^(١) إلى صحة هذه التصرفات الصادرة منه قبل الحجر عليه وبالتالي فإن ما فعله من بيع أو شراء أو هبة أو إقرار أو غيره من التصرفات صحيحة وذلك لتمتعه بأهلية أداء كاملة غير منقوصة. فالأصل في الفقه الإسلامي أنه إذا لزم الدين إنساناً بسبب من الأسباب حل هذا الدين في ذمة الإنسان ومثل الجانب السلبي بها وبالتالي أصبحت ذمة الإنسان وحدها مشغولة بهذا الدين ومسئولة عنه ومن ثم تكون أموال الإنسان كلها لا شيء معين منها محلاً للوفاء بهذا الدين طالما لم يتم الحجر عليه. فإذا ما تم الحجر عليه تعلق الدين بكل عين من أعيان أمواله وأصبح شاغلاً لذمته وذلك لضمان بقائها صالحة لاستيعاب حقوقه والتزاماته دون أن تتعلق بأمواله ديون أخرى تؤدي إلى إهدار النتيجة المرجوة من الحجر. وبالتالي فالمدين غير المحجور عليه من قبل الحاكم تصرفاته تعد صحيحة ونافذة مثله في ذلك مثل الرجل الغني المليء وذلك لأنه رشيد غير محجور عليه وبما أن سبب المنع من التصرف هو الحجر فلا يجوز أن يتقدم المسبب على سببه.^(٢)

في حين ذهب المالكية^(٣) إلى القول بعدم صحة تصرفات المدين المفلس قبل الحجر عليه وذلك على أساس أنه متى أحاط الدين بمال المدين فإنه يمنع

(١) المبسوط للسرخسي ١٦٣/٢٤ ، بدائع الصنائع ١٦٩/٧ ، الأم للشافعي ٢١٤/٣ ، المغني لابن قدامة ٣٢٩/٤ ، المبدع شرح المقنع ٢٨٧/٤ ، الأوسط من السنين والإجماع والاختلاف لابن المنذر ٤٤/١١ ، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ١٥٩/٤ .

(٢) الإفلاس في الشريعة: عبدالغفار صالح ص ٨٢ وما بعدها، نظام الحجر في الشريعة: سليمان رمضان ص ١٠١. الحجر على المدين: احمد على الخطيب ص ٥٦٤

(٣) ذهب فقهاء المالكية إلى القول بأن المدين الذي أحاط الدين بأمواله ثلاثة أحوال : أ - قبل التقليل وهي تتحقق بمجرد إحاطة الدين بأمواله.

ب - التقليل العام وهو يتحقق بمجرد قيام الدائنين عليه وسجنه من قبلهم والحيلولة بينه وبين أمواله دون تدخل الحاكم.

من تصرفاته التي تضر بمصلحة دائنيه لقول الرسول صل الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار »^(١) ومن ثم يجوز لدائنيه أن يرفعوا أمره الي القاضي من أجل الحجر عليه ومنعه من تصرفاته، بل ويجوز لهم أيضا أن يقوموا ببيع أمواله وتوزيع ثمنها عليهم دون تدخل القاضي غير أن هذا الأمر يتوقف على مدي قدرتهم الشخصية في القيام بذلك ومنعه من إبرام مثل هذه التصرفات الضارة بهم.

فتصرف المدين في أمواله رغم علمه بإفلاسه أمر منهي عنه لأنه يعد صورة من صور أكل أموال الناس بالباطل^(٢). لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾^(٣). ولما كان الانسان ملزم بتأدية الأمانات إلى أهلها لذا وجب على المدين أن يؤدي ما عليه من ديون^(٤). فاذا ما تصرف في أمواله رغم علمه بإفلاسه كان خائنا للأمانة لقول الرسول صل الله عليه وسلم « لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له »^(٥).

وبالتالي أنتهي المالكية وهذا ما يميل إليه الباحث إلي عدم صحة تصرفات المدين المفلس قبل الحجر عليه ولأن القول بغير ذلك لا يحقق المصلحة التي توخاها المشرع من نظام الحجر.

ج - التفليس الخاص وهو يتحقق بالحجر على المدين من قبل القاضي بناءً على طلب الدائنين وهذه الحالة تقابل حجر المدين في باقي المذاهب.

انظر: حاشية الصاوي ٣/٣٤٦، الشرح الصغير للدريير ٣/٣٤٦، منح الجليل في شرح مختصر خليل ٣/٦، حاشية الدسوقي ٣/٢٦٢، ٢٦٣.

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦/١١٤، وسنن الدار قطني ٣/٧٧.

(٢) النهي هنا يدل على التحريم ما لم يصرف صارف ولا يوجد صارف يصرف هذا النهي عن دلالاته الأصلية المذكورة، ومن ثم يكون كل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل منهي عنه بنص الآية. انظر: الإبهاج في شرح المنهاج ٣/٦٦، ٦٧، التفسير الوسيط للقرآن الكريم - محمد سيد طنطاوي - دار نهضة مصر يناير ١٩٩٧م، ٣/١٢٦.

(٣) سورة النساء الآية (٢٩).

(٤) انظر: تفسير ابن كثير ٢/٢٩٨، فتح القدير للشوكاني ١/٥٥٥، التفسير المنير للزحيلي ٥/١٢١، تفسير القرطبي ٥/٢٥٧.

(٥) انظر: السنن الكبرى للبيهقي، باب الترغيب في أداء الامانات ٦/٤٧١.

فالشريعة الإسلامية جاءت لحفظ الحقوق وعدم إضاعتها على أصحابها ولا شك أن تصرف المدين في أمواله رغم إحاطة الدين بأمواله فيه إضاعة لحقوق الدائنين، كما أن طبيعة المعاملات في العصر الحالي وأخلاق بعض الناس التي التوت واستباحة أكل أموال الناس بالباطل تستدعي توفير حماية لأصحاب الحقوق (الدائنين) من تصرفات المدينين التي قد تضر بهم وهذا يتفق مع مقاصد الشرع الحكيم^(١) وما يدعم هذا الرأي أن بعض متأخري فقهاء الأحناف والحنابلة والشافعية قد ذهبوا إلى الأخذ به فجاء في كتبهم الآتي:

أ - ذكر ابن عابدين في كتابه: «أن الشيخ علاء الدين الحصكفي صاحب الدر المختار أقر ما جاء في معروضات أبي السعود^(٢) وتبعه في ذلك تلميذه إسماعيل الحانك الذي جاء في فتاويه انه: سُئل في رجل عليه دين وله دار ملك فقط لا يفي ثمنها بقدر دينه وليس له ما يوفي به دينه، فوقف الدار لمنع صاحب الدين؟ أجاب: ليس للقاضي أن ينفذ هذا الوقف ويُجبر المدين على بيعه ووفاء الدين لأن القضاة ممنوعون من تنفيذ مثل هذا الوقف»^(٣).

فهنا نجد متأخري فقهاء الحنفية قد ذهبوا إلى عدم صحة تصرفات المدين الصادرة قبل الحجر عليه لمصلحة دائنيه، وذلك وبقياسهم التصرف بالوقف على جميع التصرفات الصادرة من المدين واقتصارهم على الوقف هنا يرجع إلى أنه كان الطريقة الوحيدة الشائعة وقتهم في تهريب أموال المدينين^(٤).

(١) الإفلاس في الشريعة الإسلامية: د/ عبد الغفار إبراهيم صالح ص ٨٨ ، ٨٩ ، الطبيعة القانونية لدعوي عدم نفاذ تصرفات المدين لمحمدين عبد القادر ص ١٢٣، ١٢٢.

(٢) ذكر في معروضات أبي السعود ما يفيد أنه سُئل عن وقف على أولاده تهرباً من الديون ، هل يصح ؟ فأجاب: بأنه لا يصح ولا يلزم وأن القضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل بالدين. انظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية. ابن عابدين ١/١١٢.

(٣) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ابن عابدين ١/١١٢.

(٤) انظر: العقود الدرية: العقود الدرية في تنقيح: ابن عابدين ١/١٢ ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: د/ مصطفى الزرقا: مجلد ٢- من الجزء الأول ص ٨٠٥ ، ٨٠٩.

ب - أخذ أيضًا متأخري فقهاء الحنابلة برأي المالكية فذكر الفقيه ابن رجب الحنبلي في قواعده: «إن التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة إذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن قد حجر عليه، فالمذهب صحة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك، واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء وحكاه قولاً في المذهب كما اختار الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم مذهب الإمام مالك»^(١).

ج - أيضًا أخذ بعض متأخري فقهاء الشافعية بمذهب الإمام مالك وأفتوا ببطلان هبة المدين وصدقته ووقفه متى كان المدين لا يرجو وفاء لديونه من غيره ونصوا بالآتي: «من عليه دين ثم وهب أو تصدق أو وقف جميع ما يملكه وكان لا يرجو الوفاء من غيره، فالذي نعتمده في الفتوى تبعًا لشرح المهذب في صدقة التطوع وغيره البطلان»^(٢).

د - وما يؤيد هذا الرأي أيضًا أن تبويب البخاري وترجيحه واستدلاله يدل على اختياره مذهب الإمام مالك، فقد قال في باب رد أمر سفيه والضعيف وإن لم يكن حجر عليه الإمام، ويذكر عن جابر أن النبي (ﷺ) رد على المتصدق قبل النهي ثم نهاه^(٣). وقد ورد عن ابن الجلاب أنه ذكر أنه لا تجوز هبة المفلس ولا عتقه ولا صدقته إلا بإذن الدائنين وكذلك الديان الذي لم يفلسه دائنيه في عتقه وهبته وصدقته^(٤).

الفرع الثاني

(١) انظر: ابن رجب الحنبلي: القواعد في الفقه الإسلامي - دار الفكر - بدون تاريخ - ص ١٤.

(٢) انظر: غاية تلخيص المراد في فتاوى ابن زياد للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن حسين، المطبوع بهامش كتاب «بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين» - دار الفكر بيروت ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ص ٢٢٢.

(٣) انظر: صحيح البخاري ١٢١/٣، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٧٢/٥.

(٤) الإفلاس في الشريعة الإسلامية: د/ عبد الغفار إبراهيم صالح، ص ٨٩.

مدي صحة تصرفات المدين المفلس بعد الحجر عليه

تصرفات المدين المفلس بعد الحجر عليه قد تكون فعلية وقد تكون قولية، لذا فسوف أتحدث في البداية عن حكم تصرفات المدين المفلس الفعلية في غصن أول، ثم أتحدث عن حكم تصرفات المدين المفلس القولية في غصن ثان على النحو الآتي:

الغصن الأول

حكم تصرفات المدين المفلس الفعلية

استقر رأي الفقهاء على أن التصرفات الفعلية للمدين المفلس لا يؤثر فيها الحجر فإذا وقعت لا يمكن ردها لذلك فهي تنفذ في أمواله مباشرة فلو جنى المدين المفلس على غيره فإنه يلزم تعويض هذا الغير والذي يحق له مشاركة الدائنين. أيضًا يضمن المدين المفلس أموال الغير لو قام بإتلافها ويحق للغير هنا مشاركة الدائنين، فقد جاء في الفقه الحنفي^(١) «إن الحجر شرعًا هو منع من نفاذ تصرف قولي لأن الحجر لا يتحقق في أفعال الجوارح وذلك لأن أثر التصرف القولي لا يوجد في الخارج بل باعتبار الشرع كالبيع ونحوه فجاز أن يعتبر عدمه بخلاف التصرف الفعلي إذا هو موجود خارجي كالقتل وإتلاف المال فلم يكن اعتبار عدمه إذ يكون حينئذ مضبوطة»

أيضا جاء في فقه الحنابلة^(٢) «لو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالا، شارك المجني عليه الغرماء لأن حق المجني عليه ثبت بغير

(١) درر الحكام شرح غرر الاحكام ٢٧٣/٢

(٢) المبدع شرح المقنع ٤ / ٢٨٧، الكافي لابن قدامة ٤ / ٣٣١

اختياره» وقال الشافعية في المذهب^(١): «وإن جنى على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الأرش من المال لأنه حق لزمه بغير رضى من له الحق فوجب قضاؤه من المال، وإن جنى عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله».

الغصن الثاني

حكم تصرفات المدين المفلس القولية

قسم فقهاء الشريعة تصرفات المدين المفلس إلى قسمين، قسم يتعلق بذمة المدين وهذا جائز عندهم، وقسم آخر يقوم به المدين ويضر بحقوق الدائنين وهذا غير جائز، لهذا فإنني سوف أتحدث في البداية عن التصرفات المتعلقة بذمة المدين، ثم أتحدث عن التصرفات الأخرى الضارة بالدائنين على النحو الآتي:

أولاً: التصرفات المتعلقة بذمة المدين:

اتفق الفقهاء^(٢) على أنه يجوز للمدين المفلس المحجور عليه أن يباشر التصرفات التي تتعلق بذمته والمتمثلة في الآتي:

١ - قيامه بالبيع أو الشراء أو الاقتراض أو أن يتكفل بالغير، فكل هذه التصرفات وما جرى مجراها صحيحة وبالتالي تثبت في ذمته ويجوز هنا للدائنين الجدد أن يتبعوا بها المدين المفلس بعد ذلك بعد الحجر عليه، وبالتالي لا أثر لهذه التصرفات على الأموال المحجور عليها وذلك لأن

(١) المذهب في فقه الشافعي ٢ / ١١٥، المجموع في شرح المهذب ١٣ / ٢٨٧

(٢) حاشية الدسوقي ٣ / ٢٦٥، المبدع شرح المقنع ٤ / ٢٨٦، كشف القناع عن متن

الاقناع ٣ / ٤٢٤، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٤ ص ١٣٠ / ١٣١، الحاوي الكبير ٦

٣٢٤ /

الدائنين الجدد تعاملوا مع المدين رغم علمهم أنه مفلس فإذا لم يكن يعلموا فقد فرطوا وذلك لأنه مظنة الشهرة فلا يلوموا إلا أنفسهم.

٢ - التصرفات الغير مستأنفة مثل إمضائه خيار وفسخ بعيب فيما اشتراه قبل الحجر لأنه إتمام لتصرف سابق على حجره فلم يمنع منه، وبالتالي فهو ليس تصرف مبتدأ بل يعتبر إتماماً لتصرف صادر منه قبل الحجر عليه فالحجر يؤثر في العقود المستأنفة الجديدة وهذا عقد سابق على الحجر فلا يؤثر فيه وإن كان بعض الفقهاء أعطوا الحق للدائنين في إمضاء هذه التصرفات أو ردها وذلك على حسب مصلحتهم.

٣ - التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية وذلك لأنها تخرج من الثلث وبالتالي إذا صادفت عند الوفاة مالا للمدين المفلس باق بعد استيفاء الدائنين حقوقهم نُفذت هذه الوصية كلها أو بعضها وإذا لم يتبق شيء لا تنفذ.

٤ - أيضاً جواز التصرفات التي ترتب له أموالاً مثل قبوله وصية أو هبة، كما تصح منه التصرفات غير المالية وإن كانت تستلزم بعض المال مثل نكاحه أو طلاقه أو استيفاء القصاص أو العفو عنه، أو إقراره بالنسب أو نفيه باللعان وغير ذلك بما هو ليس تصرف في المال وأن تطلب ذلك بعض المال.

٥ - أيضاً جواز الإنفاق على نفسه ومن يعولهم وذلك لأن حاجة المدين المحجور عليه الأصلية مقدمة على حق الدائنين لأنها حق ثابت عليه لغيره ممن يعولهم وبالتالي لا يبطله الحجر، كما تجوز منه الصدقة بالشيء اليسير بشرط ألا تضر.

ثانياً: التصرفات الضارة بالدائنين:

القاعدة العامة عند جميع الفقهاء هي عدم جواز التصرفات الصادرة من المدين المفلس الضارة بالدائنين كقيامه بالصدقة أو الهبة أو البيع أو الشراء أو الإقرار، فذهب القائلون بالحجر على المدين عند الاحناف^(١): إلى القول بعدم صحة أي تصرف يضر بالدائنين كالصدقة أو الهبة أو قضاء دين البعض دون البعض أما فيما يتعلق بمسألة البيع فقد ذهبوا إلى جواز البيع الصادر عن المدين المحجور عليه إن كان بثمن المثل أما إن كان أقل من ثمن المثل فهنا يكون للمشتري الخيار بين أن يكمل الثمن حتى يصل إلى ثمن المثل وإما يفسخ البيع ويرد المبيع إلى المدين المحجور عليه. وبالتالي فالبيع الممنوع من المدين هو ذلك البيع الذي به غبن ولو كان يسيراً.

أيضاً ذهب المالكية^(٢) إلى القول بمنع المدين المفلس المحجور عليه من التصرفات المالية كالبيع أو الشراء وغيره ولكن في حالة تصرفه بالبيع أو الشراء فإن هذا التصرف لا يبطل وإنما يعد موقوف على نظر الحاكم أو الدائنين فلهم رده أو إمضائه.

أما الشافعية^(٣) فلهم قولان: والراجح هو أن الحجر للمفلس يمنع كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر من عتق وبيع ورهن وما إليهما وذلك لأن الحجر ثبت بحكم الحاكم فمنع التصرف في المال.

وذهب الحنابلة^(٤) أيضاً إلى عدم صحة تصرف المدين المفلس بعد الحجر عليه.

والزيدية^(٥) ذهبوا إلى عدم صحة تصرفات المدين المفلس بعد الحجر عليه، غير أنهم أجازوا هذه التصرفات بإجازة الحاكم أو الغرماء. في حين نجد

(١) رد المختار على الدر المختار ١٥١/٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٢٦٥/٣، شرح مختصر خليل للخرشي ٢٦٦/٥

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين ١٣٠/٤

(٤) زاد المستقنع في اختصار المقنع ١٢٠/١، الروض المربع شرح زاد المستقنع ٢٢٠/٢

(٥) السيل الجرار ٢٣٤/٤، شرح الازهار ٢٨٥/٤، البحر الزخار ٩٠/٦

الإمامية^(١) قد قالوا بمنع المحجور عليه للفلس من التصرفات التي تمس حقوق
حقوق الغرماء

(١) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٨٩/٢، مفتاح الكرامة في شرح قواعد
العلامة ٣١٦/٥

الخاتمة

يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية قد نظمت موضوع الإفلاس وما يترتب عليه من آثار على شخص المدين وأمواله بصورة عادلة فوازنت بين مصلحة الدائن والمدين وذلك بعكس ما كان عليه الوضع في القانون الروماني، وإن كان هناك بعض أوجه الاتفاق بين القانون الروماني والشريعة إلا أن ذلك كان من الناحية الشكلية، فجوهر الإفلاس وأثره على المدين مختلف ويظهر ذلك في النقاط الآتية:

أولاً: أوجه الاتفاق

١. اتفق القانون الروماني والشريعة في تطبيق نظام الإفلاس على المدين تاجراً كان أم غير تاجر.
٢. اتفقوا أيضاً على جواز الحجر على أموال المدين المفلس وبيعها وغل يده عن إدارتها، وإن كانت مسألة الحجر على أموال المدين في القانون الروماني لم تكن عائفاً أمام المدين في التصرف في أمواله.
٣. وجود وسائل لحماية الدائنين من تصرفات المدين، أيضاً وجود وسائل يستطيع من خلالها المدين حسن النية سيء الحظ أن يتجنب الحجر على أمواله وبيعها جبراً.

ثانياً: أوجه الاختلاف

١. أن من سماحة الشريعة الإسلامية أنها لم تجيز قتل المدين في حالة عدم سداده ديونه، وهذا بعكس ما كان معروفاً في القانون الروماني، فقد كانت الآثار المترتبة على عقد النيكسوم الذي كان يحكم علاقة الدائن بالمدين تسمح للدائن بالحق في قتل مدينه، وحتى بعد صدور قانون الألواح الاثني عشر ظل هذا الحكم مستمراً، مما يظهر مدى شدة وقسوة القانون الروماني في تعامله مع المدين المفلس.

٢. أعطي القانون الروماني للدائن الحق في المطالبة بحبس مدينه المفلس بمجرد مرور ثلاثين يوما على ميعاد الوفاء، دون أن يكون هناك سلطة تقديرية للقاضي في تبين حالة المدين المالية، عما إذا كان مفلسا أم موسرا ماطلا ومن ثم كان يجوز حبسه لمجرد توفقه عن دفع ديونه، وهذا بعكس الحال في الشريعة الإسلامية، إذا فرق الفقهاء بين المدين المفلس والموسر، فلم يجيزوا وفقا للرأي الراجح حبس المفلس بل يجب انظاره، ومن ثم فالحبس يكون للمدين الموسر المماطل، فبمطله يكون ظالما للدائنين وهذا غير جائز اذ لا ضرر ولا ضرار، كما أن الحبس في الشريعة الإسلامية لم يكن كعقوبة وإنما كان يعد وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام وهذا بعكس الوضع في القانون الروماني.

٣. لم يسمح القانون الروماني للمدين بالدفاع عن نفسه أمام المحكمة حتى ولو يملك من الأدلة ما يدحض به حجج الدائن ويبرئه من الدين وهذا بعكس الوضع في الشريعة الإسلامية التي كفلت للإنسان حق الدفاع عن نفسه.

٤. كانت هناك سجون خاصة بالدائنين يسجن بها المدين، أما في الشريعة الإسلامية فلم تجيز ذلك بل في حالة تقرير الحبس يكون في السجون العمومية.

٥. أجاز القانون الروماني للدائن أن يستخدم وسائل التعذيب المختلفة لإجبار مدينه على سداد ما عليه من ديون، وهذا غير جائز في الشريعة الإسلامية، إذا لا يجوز تعذيب المدين لإجباره على الوفاء وإن كان بعض الفقهاء قد أجاز ضربه لحثه على الوفاء وذلك في حاله إذا ما كان محبوسا ولم يردعه الحبس وأن ذلك خاص بالمدين الموسر المماطل وبشرط ألا يؤدي الضرب الي الاضرار به.

٦. كان بإمكان الدائن أن يقوم ببيع مدينه كرقيق حال انتهاء المهلة المقررة له من قبل القاضي لسداد ما عليه من ديون، وهذا ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي الغت نظام الرق برمته.
٧. فيما يتعلق بسفر المدين، فقد منع القانون الروماني المدين من السفر بل أجاز للدائن أن يخضعه للإقامة الجبرية ولا يغادر روما وهذا بعكس الحال في الشريعة الإسلامية بحسب ما تناولناه.
٨. كان يترتب على بيع أموال المدين المفلس في القانون الروماني حرمانه من حقوقه السياسية والمهنية ومن ثم إلحاق الوصمة بالخزي والعار به، وهذا بعكس الوضع في الشريعة الإسلامية.
٩. كان بيع أموال المدين في روما في البداية يتم جملة واحدة ولمشتري واحد دون الأخذ في الاعتبار التناسب بين نسبة الدين وأمواله مما كان لهذا الأمر آثار ضاره بالمدين.
١٠. لم يمنع نظام الحجز على الأموال في القانون الروماني المدين من التصرف فيها مما كان يضر ذلك بحقوق الدائنين وهذا بعكس الوضع في الشريعة الإسلامية التي فرقت بين تصرفات المدين قبل الحجر عليه وبعده وفقا للتفصيل الذي ذكرناه، متبعه في ذلك سياسية الموازنة بين مصالح المدين والدائن والغير.

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه

المراجع

أولاً: القرآن وعلومه

- ◆ احكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري
الاشبيلي المالكي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد

القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

♦ **التفسير الكبير**، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب، دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ

♦ **التفسير الوسيط للقرآن الكريم** - محمد سيد طنطاوي - دار نهضة مصر يناير ١٩٩٧ م

♦ **الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي**، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش: دار الكتب المصرية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.

♦ **اللباب في علوم الكتاب**، أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني، المحقق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

♦ **تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)** أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، ط: الأولى - ١٤١٩ هـ.

♦ **جامع البيان في تأويل القرآن**، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

ثانياً: الحديث وشروحه

- ◆ **اختصار صحيح البخاري وبيان غريبه**، أبو العباس القرطبي ضياء الدين أحمد بن عمر الأنصاري الأندلسي القرطبي، المحقق: رفعت فوزي عبد المطلب: دار النوادر، دمشق - الطبعة: الأولى، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م .
- ◆ **البدرُ التمام شرح بلوغ المرام**، الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي، المحقق: علي بن عبد الله الزين، دار هجر ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م .
- ◆ **الجامع الصحيح**، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله دار الشعب - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ - ١٩٨٧ م .
- ◆ **السنن الكبرى**، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوِجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م .
- ◆ **المستدرک علی الصحیحین للحاکم**، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه الحاكم النيسابوري، المحقق: أبو عبد الرحمن مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين - مصر، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .
- ◆ **المصنف**، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المحقق: مركز البحوث بدار التأصيل، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م .
- ◆ **سبل السلام**، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ .
- ◆ **سنن ابن ماجه**، ابن ماجه - وماجة اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م .

- ◆ سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي: دار الرسالة العالمية الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
- ◆ سنن الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني، حقه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- ◆ صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ.
- ◆ فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ هـ.
- ◆ مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م.
- ◆ مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.
- ◆ نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، المحقق: محمد عوامة مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية الطبعة:

الأولى، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م.

- ◆ نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

ثالثاً: كتب اللغة:

- ◆ المصباح المنير للفيومي - مكتبة المصطفى بالعباسية - القاهرة - الجزء الثاني.
- ◆ المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - ١٩٦٠ م
- ◆ لسان العرب لابن منظور - دار المعارف - القاهرة - الجزء الثاني.

رابعاً: الفقه

الفقه الحنفي

- ◆ البحر الرائق شرح كنز الدقائق المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.
- ◆ البدر التمام شرح بلوغ المرام الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي، المحقق: علي بن عبد الله الزين دار هجر ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م
- ◆ البناية شرح الهداية المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة: الأولى ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- ◆ العناية شرح الهداية المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي، دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

- ◆ **الفتاوى الهندية المؤلف:** لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي الناشر: دار الفكر الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ.
- ◆ **اللباب في شرح الكتاب المؤلف:** عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العلمية، بيروت - د.ت.
- ◆ **المبسوط المؤلف:** محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي الناشر: دار الفكر - بيروت ١٤٢١ - ٢٠٠٠ م.
- ◆ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع المؤلف:** علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- ◆ **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي المؤلف:** عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.
- ◆ **تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري،** دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، - بدون تاريخ.
- ◆ **درر الحكام شرح غرر الأحكام المؤلف:** محمد بن فرامرز بن علي الشهير بالمولى خسرو، دار إحياء الكتب العربية الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ◆ **رد المحتار على الدر المختار المؤلف:** ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي دار الفكر - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- ◆ **شرح مختصر الطحاوي المؤلف:** أحمد بن علي أبو بكر الرازي

الجصاص الحنفي المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د. محمد عبيد الله خان - د. زينب محمد حسن فلاتة أعد الكتاب للطباعة وراجعته وصححه: أ. د. سائد بكداش: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج الطبعة: الأولى ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

♦ فتح القدير، كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي، بابن الهمام، دار الفكر بيروت، بدون تاريخ.

♦ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبي المدعو بشيخي زاده، دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

♦ مختصر اختلاف العلماء أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، المحقق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية - ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.

الفقه المالكي

♦ التهذيب في اختصار المدونة المؤلف: خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.

♦ الذخيرة المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، المحقق: محمد بوخيزة - دار الغرب الإسلامي - بيروت ١٩٩٤ م.

♦ المدونة الكبرى المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.

- ◆ **المقدمات الممهדות المؤلف:** أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: الدكتور محمد حجي الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
- ◆ **الإشراف على نكت مسائل الخلاف المؤلف:** القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، ت: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٣ م.
- ◆ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد المؤلف:** أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
- ◆ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المؤلف:** محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون تاريخ.
- ◆ **حاشية الصاوي على الشرح الصغير المؤلف** أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي - دار المعارف - بدون تاريخ.
- ◆ **شرح الزرقاني على مختصر خليل** - عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - طبعة أولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م.
- ◆ **شرح مختصر خليل للخرشي المؤلف:** محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، دار الفكر للطباعة - بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ◆ **منح الجليل شرح مختصر خليل:** محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي، دار الفكر - بيروت الطبعة، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

الفقه الشافعي

- ◆ **البيان في مذهب الإمام الشافعي** المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ) المحقق: قاسم محمد النوري الناشر: دار المنهاج - جدة الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م
- ◆ **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض: دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١٨ - ١٩٩٧م.
- ◆ **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** وهو شرح مختصر المزني المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩.
- ◆ **العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير - للقزويني - دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٧م.**
- ◆ **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية - المطبعة الميمنية - بدون تاريخ.**
- ◆ **المهذب في فقه الإمام الشافعي:** أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية، د. تاريخ.
- ◆ **الأم - محمد بن إدريس الشافعي** المحقق رفعت فوزي عبد المطلب - دار الوفاء - طبعة أولى ٢٠٠١م.
- ◆ **أسنى المطالب في شرح روض الطالب** المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي

الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

◆ **بحر المذهب، الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، المحقق: طارق فتحي السيد الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م.**

◆ **تحفة المحتاج في شرح المنهاج احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٧هـ_١٩٨٣م.**

◆ **حاشية الشرواني - الإمام عبد الحميد الشرواني - بدون طبعة سنة ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.**

◆ **حاشيتنا قليوبي وعميرة المؤلف: أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر - بيروت: بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.**

◆ **روضة المستبين في شرح كتاب التلقين المؤلف: أبو محمد، وأبو فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيمة، ت: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم الطبعة: الأولى، ١٤٣١ - ٢٠١٠ م.**

◆ **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.**

الفقه الحنبلي:

◆ **الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، ١٣٩٠.**

◆ **الكافي في فقه الإمام أحمد المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى،**

١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

◆ اللباب في علوم الكتاب أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني، المحقق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

◆ المبدع في شرح المقنع - دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٧ م.

◆ المغني لابن قدامة المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠ هـ) الناشر: مكتبة القاهرة ١٤٨٨ هـ - ١٩٦٨ م.

◆ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرادوي - دار إحياء التراث العربي، طبعة ثانية، بدون تاريخ.

◆ زاد المستقنع في اختصار المقنع: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجاء، ت: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، دار الوطن للنشر - الرياض.

◆ شرح منتهى الإرادات منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي الناشر: عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

◆ كشف القناع عن متن الإقناع المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية - بدون تاريخ.

الفقه الظاهري:

- ◆ **المحلى بالآثار المؤلف:** أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر - بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

الفقه الزيدي:

- ◆ **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - أحمد بن يحيى المرتضى - مؤسسة الرسالة - بدون تاريخ.**
- ◆ **التاج المذهب لأحكام المذهب - القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصغاني - دار الكتب المصرية - ١٩٣٨م.**
- ◆ **الروضة الندية شرح الدرر البهية المؤلف:** أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي، دار المعرفة- بدون تاريخ.
- ◆ **شرح الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، عبد الله بن مفتاح، دار إحياء التراث العربي، د.ت.**

الفقه الإباضي

- ◆ **شرح كتاب النيل وشفاء العليل - محمد بن يوسف أطفيش - دار الفتح - ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.**

الفقه الإمامي

- ◆ **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، للإمام الحلبي، تحقيق عبد المحسن محمد علي، ١٩٨٩م.**
- ◆ **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، السيد محمد دواد الحسيني العاملي، دار إحياء التراث العربي، د. تاريخ.**

خامسا: مؤلفات أخرى

- ◆ أحكام الاعسار في الفقه الإسلامي، أحمد بن عبد الله الجعفري، مجلة العدل، العدد ٢٧ لسنة ١٤٢٦هـ.
- ◆ السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، محمد بن عبد الله الجريوي، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، ١٩٩٧.
- ◆ العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، دار المعرفة، بدون تاريخ.
- ◆ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ◆ غاية تلخيص المراد في فتاوى ابن زياد الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن حسين المطبوع بهامش كتاب «بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين» - دار الفكر بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

سادسا: المراجع القانونية

- ◆ احكام الإفلاس: ادوارد عيد، _ الجزء الأول _ مطبعة بأخرس ١٩٧٢
- ◆ التنفيذ على شخص المدين - دراسة تاريخية مقارنة: طه عوض غازي _ دار النهضة سنة ١٩٩٥م.
- ◆ السياسة الجزائية في فقه العقوبات الإسلامي المقارن: أحمد الحصري - دار الجيل بيروت سنة ١٤١٣هـ
- ◆ الطبعة القانونية لدعوي عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه: محمدين عبد القادر، دار الكتب القانونية ٢٠٠٨.

- ◆ **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد:** مصطفى الزرقا، مجلد ٢ من الجزء الأول. مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١.
- ◆ **القانون الروماني:** صبيح سكوني، مطبعة شفيق سنة ١٩٦٨ م.
- ◆ **القانون الروماني:** علي محمد بدوي، جامعة فؤاد الأول سنة ١٩٤٨ م.
- ◆ **الوافي في شرح القانون المدني:** سليمان مرقص، الجزء الثاني - المجلد الرابع، ١٩٩٢.
- ◆ **الوجيز في الحقوق الرومانية:** منير العجلاني، طبعة دمشق، سنة ١٩٤٤ م.
- ◆ **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد:** عبد الرازق السنهوري - دار النشر للجامعات المصرية، د.ت.
- ◆ **الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:** زكي حسين زيدان، دار الكتاب القانوني سنة ٢٠٠٩ م.
- ◆ **الإفلاس في الشريعة الإسلامية:** عبد الغفار إبراهيم صالح - دراسة مقارنة سنة ١٩٨٠ م.
- ◆ **الإفلاس:** علي يونس، النهضة العربية سنة ١٩٤٦ م.
- ◆ **الإفلاس المدني:** محسن شفيق، مجلة القانون والاقتصاد - سنة ١٩٣٨ م.
- ◆ **تاريخ النظم القانونية الاجتماعية:** عكاشة محمد عبد العال - د / طارق المجذوب، منشورات الحلبي الحقوقية سنة ٢٠٠٤.
- ◆ **دراسة في طبيعة الدعوي البوليصية في القانون المدني المصري:** د. جميل متولي الشرقاوي، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة العدد (٢٩) الأول لسنة ١٩٥٩.
- ◆ **سفر المدين (حكمه وأثره):** محمد بن عبد الله الملا: مجلة جامعة الملك

- سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، سنة ٢٠١٢ / ١٤٣٣ هـ
- ◆ طبيعة الالتزام في القانون المدني والفقه الإسلامي: نور الدين رضا، مجلة الرسالة عدد ٨٩٤.
- ◆ طرق حماية المدين في الفقه الإسلامي: حسين محمد بيومي - القانون الوضعي - دار الفكر الجامعي ٢٠٠٨ م
- ◆ مبادئ تاريخ القانون: صوفي أبو طالب، بدون ناشر بدون سنة.
- ◆ مبادئ القانون الروماني: محمد عبد المنعم بدر ود/عبد المنعم البدرائي - د. د. ن.
- ◆ محاولة لتحليل فكرة الالتزام التعاقدية دراسة مقارنة: عبد المنعم درويش، دار النهضة ١٩٩٧ م.
- ◆ محاضرات في القانون الروماني: عبد السلام الترماني، سنة ١٩٦٥ م.
- ◆ محاضرات في الحقوق الرومانية: محسن البرازي: ج ٢ دمشق سنة ١٩٣٥ م.
- ◆ مشكلة إفلاس المدين والحل الإسلامي دراسة فقهية مقارنة: نزار الحمداني، دار المجتمع سنة ١٩٩١ م .
- ◆ نظام الدعاوى في القانون الروماني: محمد السمالوطي، كلية الحقوق بجامعة أسيوط، سنة ٢٠١٦ م.
- ◆ نظم القانون الروماني: محمود سلام زنتي: بدون ناشر سنة ١٩٦٦ .
- سابعاً: رسائل الدكتوراه والماجستير
- ◆ التعزير في الفقه الإسلامي: طاهر صالح العبيدي - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس طبعة ١٩٩٣ م.
- ◆ الحجر على المدين لحق الغرماء: أحمد علي الخطيب — رسالة

دكتوراه - جامعة القاهرة ١٩٦٤ م.

◆ الحجر على المدين حماية لحق الغرماء دراسة مقارنة في القوانين المعاصرة: حسن عبده أحمد السراجي - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ٢٠٠٦ م.

◆ الجزاء الجنائي للالتزام المدني للمنتفع بمال الغير: إبراهيم فتحي عبد الرحمن - رسالة دكتوراه جامعة عين شمس.

◆ الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه: عمر فلاح العطين، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد الأول، المجلد الرابع لسنة ٢٠١٣.

◆ النظام القانوني لمنع المدين من السفر في ظل القانون الأردني: محمد موسى عبد الرازق، دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه - جامعة العلوم الإسلامية - الأردن - ٢٠١٤.

◆ الإكراه البدني كوسيلة لاستيفاء الحقوق المالية: مصطفى إبراهيم عابد، رسالة دكتوراه - عين شمس.

◆ الأموال التي لا يجوز والتنفيذ عليها دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون: أمير محمود السيد أحمد أبو عبده، رسالة ماجستير كلية الشريعة والقانون.

◆ نظام الحجر في الشريعة: سليمان رمضان عثمان -، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، ١٩٤٥.

◆ نظرية إبطال تصرفات المفلس خلال فترة الريبة: عبد الرحمن شمسان - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ١٩٨٩ م.

تاسعا: المراجع الاجنبية

- ◆ **Cuq (E)**: Manuel Des Instiutions juridiques Des Romans. Paris 1928.
- ◆ **Girard**: Manuel élémanture de droit romain – Paris 1929.
- ◆ **Jules Tambour**, Des voies D' execution sur les Biens Des Debiteurs dans le droit Roman et Dams l'ancien droit Francais Paris – 1956.
- ◆ **Lienne steyn**, protection against forced sale of debtors home in the Roman context – Unisa – Fundamina – Volume 21 Number 1/201
- ◆ **Macqueron (J)**: Precis des obligations on droit Roman cours polycopies Aix – en – province – 1967.
- ◆ **Monier** : Manuel élémentaire de droit romain – Tom 1 – Paris 1947
- ◆ **Petit**: Traite élémentaire de droit Roman – Paris – 1920
- ◆ **S.Vainberg**: La Faillite D'Après le Droit Romain MonoGraphie Juridique. Paris.1874.