



الجامعة الإسلامية العالمية اسلام آباد
كلية الشريعة والقانون
الدراسات العليا

T-4500

مبحث الأعيان للاستيفاء المحرر

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون
(بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون)

بإشراف

الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد
كلية الشريعة والقانون

إعداد الطالب

شريف هداية الله

رقم التسجيل :

246 - SF/LL.M/94

العام الجامعي : ١٩٩٩ - ٢٠٠٠ م

LLM

MS

٢٩٧٠١٤

ش ر ع

١- وفقه المالكي - جليل الأعيان

Acc No. 4500

Amz 08/01/14

لجنة المناقشة للحصول على درجة الماجستير
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد باكستان

أجريت المناقشة البحث الذي قدمه

الطالب : شريف هداية الله

بعنوان :

اليوم :

التاريخ :

الموافق :

أعضاء لجنة المناقشة وتوقيعهم

الرقم	الاسم	التوقيع
١		
٢		
٣		



23/08/2010
ع

LLM
٢٩٧، ١٤
ش ر ٢

١- فقه اسلامي جس الأحياء

~~AMM~~



LLM

Accession No TH-4500

ED

٢٩٧
١٤

M.D

99/90

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى والدي اللذين ربياني صغيرا ، رحمهما الله تعالى رهمة واسعة ،
إلى من علمنى ولو حرفا
إلى كل من يبذل جهده فى سبيل الله دون تحزب أو تعصب مذموم
أهدى هذا البحث

كلمة الشكر والتقدير

أتوجه بخلص الشكر والتقدير الى فضيلة الأستاذ الدكتور سيد عواد على عواد على تفضله بقبول الإشراف على هذا البحث وعلى ما أفادني به من معلومات وتوجيهات وارشادات أستاذًا ومشرفًا ، فلا أنسى الساعات التي كان يخصصني بها أستاذي المشرف .

وأشكر جميع الإخوة العاملين بمكتبة الجامعة الاسلامية العالمية ومجمع البحوث الاسلامية على خدماتهم في مراجعة المصادر والمراجع ، كما لا يفوتني أن أشكر جميع من ساهموا في انجاز هذا العمل ، فلهم مني كل تقدير وإجلال .

وأسأل الله أن يوفقني لما يحبه ويرضاه إنه سميع مجيب .

إسلام آباد

شريف هداية الله

مقدمة

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين على أمور الدنيا والدين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، سيدنا ومولانا محمد ، وعلى آله وأصحابه أجمعين ، وبعد

فإن رسالة الاسلام اختصت بأنها جاءت للناس كافة قال تعالى { وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا }¹ . فضلا عن أنها خاتمة الرسالات الى يوم أن يرث الله الأرض ومن عليها قال تعالى { ولكن رسول الله وخاتم النبيين }² .

وان مبادئها السامية تميزت بملاءمتها لكل زمان ومكان ولذلك فإن الشريعة الاسلامية لم تقف عند تنظيم علاقة العبد بربه وانما تناولت شؤونه الدنيوية بما يحقق له مصالحه ، وبما يقضى له حاجته ، قال تعالى { وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض ان الله لا يحب المفسدين }³ .

ومصالح الانسان وقضاء حاجته في الدنيا مرتبطان بالضرورة بتعامله مع الناس ولكي يقوم هذا التعامل على العدل لا على البغي والظلم وضعت الشريعة الاسلامية الضوابط التي يتم على أساسها ما تستقر به المعاملات بين الناس فتحقق مصالح الأنام .

ومن تلك الضوابط (الضمان) كوسيلة من الوسائل التي تؤكد الثقة بين الناس والحفاظ على أموالهم حيث يصبح الانسان آمنا على نفسه وعلى أمواله من الضياع ، لأن ذمم الناس سريعة التغير فكم من أمين قد يصبح خائنا ، وكم من مستقيم قد يبيت معوجا ، ولهذا وضعت

¹ سورة سبأ الآية : ٢٨

² سورة الأحزاب الآية : ٤٠

³ سورة القصص الآية : ٧٧

الشريعة الإسلامية عدة قواعد للضمان في الأموال حتى تحفظ للناس حقوقهم , ومن هذه القواعد " الحق في الحبس " بمعنى أن للبائع الحق في حبس المبيع لقبض الثمن اذا كان حالاً , وللمؤجر الحق في حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الأجرة .

هذا وقد أقامت الشريعة الإسلامية الحق في الحبس على أساس "الظفر" أي الانتصاف للنفس بالنفس وفي حدود معينة ووفق شروط معينة , كما أقامت أيضاً الحق في الحبس على أساس المساواة بين المتعاقدين .

بينما القانون المدني قد وضع للحق في الحبس كوسيلة للضمان أحكاماً ما تطبق عليه وتوضح طبيعته وشروطه وانتهائه .

أتناول هذا الموضوع على وجه المقارنة بين أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي لإبراز الجانب الشرعي للحق في الحبس وإخراج كنوز التراث من كتب الفقهاء بأسلوب مبسط , لما تبين لي أن أحكام الحق في الفقه الإسلامي جاءت شاملة جامعة مانعة فاقت أحدث ما جاء به المشرع الوضعي من نظريات في هذا الشأن .

ومن الأهداف المنشودة من تناولي هذا الموضوع هو اقناع الراغبين في تطبيق الشريعة الإسلامية وتقنينها بملاءمة أحكامها لما يستجد من أحداث وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان لأنها شريعة خالدة إلى يوم الدين .

سبب اختيار الموضوع :

اخترت هذا الموضوع على وجه المقارنة بين أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي لإبراز الجانب الشرعي للحق في الحبس من حيث أن أحكام الحق في الحبس في الفقه الإسلامي فاقت أحدث ما جاء به المشرع الوضعي من نظريات في هذا المجال . ان الحبس سواء كان في الإيجارة أو البيع أو الرهن حق يكثر استعماله حتى في زماننا الحالي . فينبغي لكل مسلم معرفة ثبوت هذا الحق في القانون المدني .

منهج البحث :

منهجي في هذا البحث :

١ - استعرضت هذا الموضوع بالنسبة للجانب الشرعي أسلوب التحليل والتأصيل بالنسبة لكل مسألة وبيان موقف المذاهب الفقهية الأربعة وغيرها كلما أمكن ذلك , وذلك من أمهات الكتب الفقهية .

٢ - اما الجانب القانوني فقد استعرضت له بالنسبة للقانون المدني المصري والفرنسي مع الإشارة الى موقف الفقهاء وأحكام المحاكم في المسائل الفقهية التي تعرض لها البحث .

خطة البحث :

قسمت هذا البحث الى المقدمة وخمسة فصول والخاتمة وهي :

الفصل الاول : مفهوم حق حبس الا عيان وطبيعته في الفقه والقانون.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : مفهوم حق حبس الأعيان

المبحث الثاني : طبيعة الحق في الحبس

الفصل الثاني : شروط حق الحبس في الفقه الاسلامي والقانون,وفيه مبحثان:

المبحث الأول : شروط حق الحبس في الفقه الاسلامي :

١ . كون أحد الالتزامين عينا والآخر دينا

٢ . حيازة الحابس للشيء المحبوس

٣ . حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس

٤ . ارتباط التزام الحابس بما يقابله من التزام المحبوس عنه

٥ . عدم وجود ما يمنع من استعماله الحق في الحبس

المبحث الثاني : شروط حق الحبس في القانون .

١ . حيازة الحابس للشيء واجب التسليم الى المحبوس عنه

٢. حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس
٣. قيام الارتباط بين الدينين
٤. عدم وجود ما يمنع من استعماله الحق في الحبس

الفصل الثالث : الآثار المترتبة على الحق في الحبس , وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حقوق الحابس :

١. الامتناع عن تسليم العين
 ٢. حق الحابس في حبس توابع العين المحبوسة
 ٣. حق الحابس في حبس ثمار العين المحبوسة
- المبحث الثاني : واجبات الحابس :
١. المحافظة على العين المحبوسة.
 ٢. رد الشيء المحبوس عند انقضاء الحق في الحبس.

الفصل الرابع : انقضاء الحق في الحبس وفيه مبحثان :

المبحث الأول : انقضاء الحق في الحبس في الفقه الاسلامي :

١. انقضاء الحق بالوفاء أو مايقوم مقامه
٢. انقضاء الحق في الحبس بترول الحابس
٣. انقضاء الحق في الحبس بهلاك العين المحبوسة

المبحث الثاني : انقضاء الحق في الحبس في القانون.

١. انقضاء الحق بالوفاء أو مايقوم مقامه
٢. انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون
٣. انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تخلي الحابس طوعية من حيازته للشيء المحبوس
٤. انقضاء الحق في الحبس بمقتضى إخلال الحابس بالتزامه الناشئة عن الحبس

الفصل الخامس : تطبيقات الحق في الحبس في الفقه الإسلامي , وفيه مبحثان:

المبحث الأول : المجال التطبيقي لحق الحبس في عقود المعاوضات :

١. عقد البيع

٢. عقد الإيجار

٣. عقد الوكالة

المبحث الثاني : المجال التطبيقي لحق الحبس في الارتباط المادي :

١. حبس الآبق واللقطة

٢. حق الحبس في حالة الغرس والبناء في الأرض المخصصة

٣. حبس المرهون

نسأل الله التوفيق والسداد ، وصلى الله على أشرف أنبيائه وعلى آله أجمعين .

شريف هداية الله

الفصل الأول

مفهوم حق حبس الأعيان وطبيعته في الفقه والقانون

وفيه مبحثان

المبحث الأول : مفهوم حق حبس الأعيان لغة واصطلاحاً

المبحث الثاني : طبيعة الحق في الحبس في الفقه والقانون

- طبيعة الحق في الحبس في الفقه الاسلامي
- طبيعة الحق في الحبس في الفقه المصري
- طبيعة الحق في الحبس في الفقه الفرنسي

المبحث الأول

مفهوم حق حبس الأعيان

التعريف بالحق في الحبس :

يمثل الحق في الحبس إحدى الوسائل الشرعية والقانونية لضمان الوفاء بالحقوق المالية المتقابلة. ونعرض فيما يلي لمدلول الحبس في اللغة وفي الاصطلاح .

(أ) الحبس في اللغة :

تطلق كلمة الحبس في اللغة ويراد بها عدة معان :

فقد تطلق ويراد بها المنع ومنه قولهم حبسه بحبسه حبسا أي منعه فهو محبوس¹ . وقد تطلق ويراد بها الاختصاص ومنه قولهم أحبست الشيء بمعنى أنه اختص به نفسه.

وقد تطلق ويراد بها الوقف بمعنى حبس العين على حكم ملك الله تعالى ومنه قول الرسول صلى الله عليه الصلاة والسلام لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في نخل لهذا الأخير أراد أن يتقرب الى الله تعالى بالتصدق بها فقال له الرسول صلى الله عليه الصلاة والسلام " احبس أصلها وسبل ثمرتها " ² أي اجعله وقفا حبسا ، ومعنى تحبيسه أن لا يورث ولا يباع ولا يوهب ولكن يترك أصله ويجعل ثمره في سبل الخير³.

ولا شك أن المعنى المراد هنا هو الحبس بمعنى المنع اذ هو الذي يتفق مع المدلول الفقهي للحق في الحبس.

¹ المصباح المنير للشيخ محمد بن احمد المقرئ الفيومي ١/١٦٢.

² أخرجه النسائي عن ابن عمر عن عمر ، كتاب الأحباس ، باب حبس المشاع ، ٦ / ٢٣٢ . وأخرجه ابن ماجه عن

ابن عمر عن عمر ، كتاب الصدقات ، باب من وفق ، ٢ / ٨٠١ .

³ لسان العرب ، للشيخ جمال الدين بن منظور الافريقي ٣ / ١٩.

(ب) الحبس في الاصطلاح الفقهي وعند أهل القانون

لقد انصبت عناية الفقه الاسلامي على ابراز أحكام هذا الموضوع، ولما كان استعمال الحق في الحبس يفترض وجود التزامين متقابلين في ذمة شخصين بحيث يحق لأيهما الامتناع عن تنفيذ التزامه لحمل الآخر على الوفاء بالتزامه المقابل سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني ويمكن تعريف الحق في الحبس بأنه :

" حق الدائن بدين مستحق الأداء أن يحبس ما تحت يده مما هو ملتزم بتسليمه الى المدين حتى يقوم هذا الأخير بسداد حق هذا الدائن المرتبط بالتزامه بالتسليم " .

والتعريف السابق مستخلص من خلال النصوص الفقهية فقد جاء في البدائع¹ " للمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الأجرة وللبيع حبس المبيع الى أن يستوفي الثمن " .

ويتضح لنا من النصوص السابقة أن فكرة الحق في الحبس معروفة بمضمونها في الفقه الإسلامي اذ تفترض شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت وهناك ارتباط بين التزام كل منهما بحيث يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه مادام الطرف الآخر لم يقم بالوفاء .

الأساس الشرعي للحق في الحبس في الفقه الإسلامي:

يمكن القول بأن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الحق في الحبس ، وما يترتب عليه من الدفع بعدم تنفيذ العقد فقد كان هذا الارتباط محل الاعتبار ، وترتب على ذلك أن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه يترتب عليه أن يمتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه بأن

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٩ / ٤٤٧٢ ، المغني لابن قدامة ٥ / ٣٩٥ ، المهذب للشيرازي ١ / ٤١٦ .

محسب الشئ الذى تحت يده حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل على أن هذا الارتباط هنا يجب أن يفهم في ضوء الفكرة العامة التى تتعلق بعقود المعاوضات ، وهى ان المساواة في هذه العقود هى مقصود المتعاقدين ، وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضى ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما لم يتم الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، والا كان في ذلك اخلال بالمساواة المقصودة بين طرفى المعاوضة اذ ليس أحدهما أولى بالانصاف والانتصاف¹ ونستطيع أن نلمس الحق في الحبس بما ورد من الآيات والاحاديث المتضاربة التى تخص على الوفاء بالعقود والعهود عامة بحيث يصبح الوفاء بالالتزام شرط استحقاق الالتزام المقابل المرتبط به والا فلا .

١ . من الكتاب

- أ . قوله تعالى " وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا " ²
ب . وقال عز وجل " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ³ .
ومعنى الوفاء بالعهد والعقد في الآيتين أن يؤدى كل طرف ما تزم به بناء على هذا التعاقد فاذا لم يلتزم أجبر على الوفاء حتى ترد الحقوق لأصحابها ولما كان حبس العين في مقابل اداء الدين وسيلة للوفاء بالالتزام شرع لذلك .

٢ . من السنة

¹ وفي ذلك جاء في بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٩ / ٥ . لأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والتمن لا يتعين إلا بالتسليم فلا بد من تسليمه أولا تحقيقا للمساواة . وقد جاء في نفس المرجع ٢٠١ / ٤ ، ان المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر . اذ لو ثبت لا تكون معاوضة حقيقة ، لأنه لا يقابله عوض ، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب للعاقدين ، ولا مساواة اذا لم يثبت الملك في احد العوضين .

² سورة الاسراء الآية : ٣٤

³ سورة المائدة الآية : ١

أ. قول النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام " أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : اذا أؤتمن خان ، واذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر .¹

ب. قول النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام : " آية المنافق ثلاث ، اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أؤتمن خان " .²

وتخطى ابن حزم حق الالتزام بالوفاء الى حق الظفر بالحق أى الانتصاف للنفس فقال : " واما إمساك (أى حبس) البائع سلعته حتى ينتصف ، فان حقه واجب في مال المشتري ، فان مظهره بحق قد وجب له عنده فهو ظالم معتد لقوله صلى الله عليه الصلاة والسلام : " مطل الغنى ظلم " ³ ، واذا هو ظلم فكل ظالم معتد ⁴ ، وقال تعالى { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } ⁵ .

وقرر الفقه الاسلامي مبدأ الظفر بالحق فانما في حدود معينة ووفق شروط معينة أشار اليها ابن حزم قائلا أن " من غصب آخر مالا ، أو خانه فيه ، أو أقرضه فمات ولم يشهد له به ، ولا بينه له ، فظفر للذى حقه قبله بمال أو ائتمنه عليه ، وسواء كان من نوع ماله أو من غير نوعه وفرض عليه أن يأخذه ويجهتد في معرفة ثمنه فاذا عرف أقصاه باع منه بقدر حقه ، فان كان في ذلك ضرر ، فان شاء باعسه ، وان شاء أخذه لنفسه حلالا ، وسواء كان ما ظفر له به جارية أو عبدا أو عقارا أو غير ذلك فان وفى بماله قبله فذاك ، وان لم يف ببقى حقه فيما لم ينتصف منه ، وان فضل رده اليه ، أو الى ورثته ، فان لم يفعل ذلك فهو عاص لله عز وجل الا يحلله ويريه فهو مأجور ، وسواء كان قد خاصمه أو لم يخاصمه ، استحلفه أو لم يستحلفه ، فان طولب بذلك وخاف ان أقرب أن يغرم فلينكر وليحلف ، وهو مسأجور

¹ أخرجه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمرو ، باب بيان خصال المنافق ، ٤٧/٢ .

² أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة ، باب بيان خصال المنافق ، ٤٧/٢ .

³ أخرجه النسائي عن أبي هريرة ، كتاب البيوع . باب الحوالة ، ٣١٦ / ٧ .

⁴ المغلى لابن حزم ٨ / ١٠١ المسألة رقم ١٢١٧ .

⁵ سورة البقرة الآية : ١٩٤

في ذلك وهو قول الشافعي وأبي سليمان وأصحابهما وكذلك عندنا كل من ظفر بمال ففرض عليه أخذه وانصاف المظلوم منه " ¹ .

وخالفهم في هذا قوم فقال طائفة " لا يأخذ غيره ، وقالت طائفة ان وجد من نوع ما أخذه منه فليأخذ والا فلا يأخذ غير نوعه " ² .

وبهذا يتبين أن مبدأ الظفر بالحق يعد أساساً للحق في الحبس في الشريعة الإسلامية وخاصة أنه قائم في جوهره على أساس من القصاص والتكافؤ في المراكز القانونية وفي ذلك يقول سبحانه { وان عساقيتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به } ³ ، وقوله تعالى { ولئن انتصر بعد ظلمه ، فأولئك ما عليهم من سبيل ، انما السبيل على الذين يظلمون الناس ويغيغون في الأرض بغير الحق } ⁴ .

وقوله عز وجل { والذين اذا أصابهم البغي هم ينتصرون ، وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله } ⁵ ، وقوله سبحانه { والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } ⁶ .

اختلاف الفقهاء في مدى مشروعية الامتناع عن تسليم محل الالتزام
للحمل على الوفاء بالالتزام المقابل له .

وللفقهاء في هذه المسألة اتجاهات مختلفة تفصيلها على ما يلي :

¹ الخلى لابن حزم ٨ / ١٨١ المسألة رقم ١٢٨٤

² المرجع السابق

³ سورة الإسراء الآية : ١٢٦

⁴ سورة الشورى الآية : ٤١ - ٤٢ .

⁵ سورة الشورى الآية : ٣٩ ، ٤٠ .

⁶ سورة البقرة الآية : ١٩٤

الاتجاه الأول :

يرى عدم مشروعية الامتناع عن تسليم محل الالتزام عن طريق حبسه للحمل علسى الوفاء بالالتزام المقابل له . وذلك هو ما ذهب اليه جانب من الفقه الحنبلي¹ وجانب من الفقه الزيدي² . ومبنى ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه يتمثل فيما يلي :

أولا : أن التزام كل طرف يمثل أمانة في يده للطرف الآخر ، ولو جاز لكل منهما حبس ما في يده لكان في ذلك إجازة للامتناع عن رد الأمانة وهو ما لا يجوز³ .

ثانيا : أن هناك من الوسائل الشرعية الأخرى ما يكفي لحمل الممتنع على الوفاء بالتزامه دون اللجوء الى تلك الوسيلة كما الحال في الفسخ والحجر ، وبيان ذلك .

أن الثمن مثلا في حالة البيع اما أن يكون غائبا عن المدين به واما أن يكون حاضرا وهو في حوزته فان كان غائبا وتعذر على البائع تسلمه بعد تسليمه للمبيع حق للأخير الفسخ واسترداد ما سلمه للطرف الآخر⁴ ، أما حيث يكون الثمن حاضرا وهو في حوزة المدين به فان المشرع قرر امكانية

¹ انظر القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٦٩ حيث جاء فيه " ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنه أى المشتري على الثمن على المنصوص عليه لأنه صار في يده أمانة فوجب رده بالمطالبة . وانظر المغنى لابن قدامة ٤ / ١١٣ ، ١١٤ حيث يقول " ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن " .

² انظر البحر الزخار للمرتضى ٤ / ٣٩٦ حيث جاء فيه " وليس ان تعذر عليه استيفاء حقه حبس حق خصمه ولا استيفاؤه إلا بحكم لقوله صلى الله عليه وسلم "ولا تحن من خائفك" ولا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه منه .
³ انظر الهامشين السابقة .

⁴ المغنى لابن قدامة ٤ / ١١٣ ، ١١٤ . حيث يعبر عن وجهة أنصار هذا الاتجاه بقوله " وان كان الثمن غائبا عن البلد في مسافة القصر أو كان المشتري معسرا فللبائع الفسخ لأن عليه ضررا في تأخير الثمن فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله كالفلس " .

الحجر على هذا الأخير حملة على الوفاء بالتزامه¹ ومن ثم فإن الحق آئذ يكون في مأمّن من ضياعه مما يستتبع انتفاء العلة في إجازة استعمال الحبس .

التعليق على هذه الاتجاه :

ويبدو لي و الله اعلم أن الأدلة التي اعتمد عليها أنصار هذا الاتجاه غير مسلمة لما يلي :
أولا : لقد رد بعض فقهاء الحنابلة على أنصار هذا الاتجاه بما مفاده أنه إذا كان المانعون لاستعمال الحق في الحبس قد قرروا جواز الفسخ والاسترداد أو الحجر فإنه يلزمهم من بساب أولى .
القول بشرعية الحق في الحبس باعتبار أنه أيسر وأسهل من الاسترداد بعد التسليم فضلا عما يوفره من أمان أكثر وابتعادا عن المشاكل التي تنور عند الاسترداد ، بالإضافة الى ما يستتبعه حق الحبس من الحمل على الوفاء بالتزام المقابل للشئ المحبوس بصورة أشد².

ثانيا : أنه وإن كان من المسلم به أن ما في حوزة البائع مثلا يعتبر مملوكا للمشتري بمقتضى العقد إلا أنه طالما لم يتسلم الأول مقابل المبيع فإن لا يمكن القول باعتبار المبيع آئذ من قبيل الأمانة في يد البائع .

ثالثا : أن القول بكفاية الحجر والاستغناء به عن الحبس أو الاحتباس إنما هو قول محل نظر .
وآية ذلك ، أن الحجر كما هو معلوم قد يستتبع قسمة أموال المدين قسمة غرماء بين دائنيه وهو ما قد يفضى الى حصول البائع مثلا على قدر أقل من ثمن ما باعه³ مما يستتبع القول بأن الحجر لا يغني مطلقا عن جواز الحبس .

¹ انظر المرجع السابق حيث جاء فيه " وإن كان الثمن في يته أو في بلده حجر على المشتري في المبيع وسائر أمواله حتى يسلم الثمن لئلا يتصرف في المبيع تصرفا يضر بالبائع " .

² المغني والشرح الكبير للإمام المقدسي ١١٤ / ٤ .

³ وذلك هو ما عبر عنه صاحب الشرح الكبير الإمام المقدسي في المرجع السابق ١١٤ / ٤ بقوله " وأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر لأنه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب " ثم يقول بعد أن تحدث عن فروع متعلقة بالفسخ والحجر في هذه المسألة فيقول " وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل احتضار الثمن لما في ذلك من الضرر " .

وفضلا عن ذلك ، فإن الحجر على المشتري مثلا يستتبع غل يده عن التصرف في أمواله ، مما يمثل قيده على حرية التصرف ، وذلك بخلاف حبس محل الالتزام اذ لا ضرر فيه فهو يضمن حصول الحابس على حقه .

رابعا : أن جمهور الفقهاء يرون جواز استرداد الدائن لعين ماله من حوزة من انتقلت اليه ملكيته في حالة اعسار هذا الأخير .. ولئن قيل بجواز الإسترداد والحبس بعد التسليم فإن القول بجواز الحبس قبل التسليم يكون أدعى وألزم وأوجب .

خامسا : أن الحق في الحبس - كما يرى جمهور الفقهاء يتسع نطاق أعماله ليشمل سائر الالتزامات المالية المتقابلة والمرتبطة بعضها ببعض - سواء كان الارتباط الشرعى هو مبنى ذلك كالعقد أو كان مبناه الارتباط المادى الذى لا يمكن أن يدخله الفسخ ، بحسب أن مثل هذا الارتباط ليس من قبيل العلاقات التعاقدية .

الإتجاه الثانى :

يرى أن حبس محل الالتزام بالامتناع عن الوفاء به لا يجوز الا في حالة خوف الدائن من عدم الوفاء بحقه لدى الطرف الآخر كما هو الحال فيما لو خيف هروب أحد الملتزمين دون الوفاء بالتزامه وذلك هو ما ذهب اليه الفقه الشافعى¹ والاباضى² .

¹ أنظر معنى المحتاج للشربى ٢ / ٧٥ فقيه " وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه كله الحال أصالة ان خاف فوته بلا خلاف وكذا للمشتري حبس الثمن المذكور ان خاف فوت المبيع بلا خوف " ثم يعلل لذلك بقوله " لأن الا جبار عند خوف القوات بالهرب أو تملك المال أو نحو ذلك فيه ضرر ظاهر " .
وانظر في هذا المعنى : نهاية المحتاج للرملى ٣ / ٤٥٨ .

² وذلك هو ما عبر عنه صاحب شرح النيل ٩ / ٥٩٥ بقوله " ولا ضرر على البائع في عدم القبض لان له أن يلازم المشتري . ان لم يكن فقيرا وله أن لا يتركه ان خاف هروبه أو سفره ورخص له ان لم يعرفه ان يمنعه حتى يأتى بالثمن صونا لماله عن الضياع " .

التعليق على هذا الاتجاه :

يبدو لي أن الأدلة التي اعتمد عليها أنصار هذا الاتجاه محل نظر أيضا وذلك لما يلي :

أولا : لأن الوقوف على نية الطرف الآخر لمعرفة مدى رغبته في الوفاء وبالتالي احتمال هروبه من عدمه انما هو أمر يصعب غالبا تبينه والوقوف عليه . ومن البديهي أنه ليس على كل ملتزم أن يتفحص حال الطرف الآخر . وذلك فضلا عن أن محيط أو دائرة التعامل لا تتحدد بمن يعرفهم الشخص أو لا يعرفهم .

ثانيا : أن المعيار الذي جنح اليه هذا الجانب من الفقه للوقوف على مدى جواز حبس محل الالتزام انما هو معيار ينحو نحو الطابع الشخصي ، وما عهد عن المشرع الإسلامي أن يكون المعيار الشخصي حكما في المعاملات . ومن ثم فانه يبدو لي أن هذا الاتجاه يتفق من حيث الموضوع مع الاتجاه الأخير الذي سنعرض له الآن .

الاتجاه الثالث :

يرى أصحابه جواز استعمال الحبس في سائر الالتزامات المالية المتقابلة والمرتبطة بعضها ببعض متى تحققت الشرائط الخاصة بذلك ، وهذا هو ما ذهب اليه الحنفية¹ والمالكية² وجمهور الحنابلة³

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ٢٣٧ حيث جاء فيه بصدد الكلام عن أحكام البيع " ومنها أن للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يقبض المبيع اذا كان حاضرا " .
والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥١٣ .

² الشرح الكبير للإمام الدردير على هامش حاشية الدسوقي ٣ / ١٤٦ حيث جاء فيه " وتقدم أن ضمان المبيع بالخيار واستثنى من ذلك خمس مسائل بقوله الا السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال أي لانيان المشتري به أو السلعة المحبوسة للاشهاد عليها " ، وانظر في هذا المعنى : القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٩ .

³ القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٦٩ حيث جاء فيه " واختار صاحب المغنى أن له الامتناع فلا يلزم تسليمه حتى يحضره .

فضلا عن أنه يمثل رأى الظاهرية¹ والبعض الآخر من فقهاء الزيدية².

أدلة جمهور الفقهاء على مشروعية حبس محل الالتزام للحمل على الوفاء بما يقابله :

أولا : من القرآن الكريم .

١ . قول الله تعالى { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم }³

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة على المدعى :

أن عمومية صيغتها تقتضى جواز المعاملة بالمثل بالنسبة لمن اعتدى عليه في نفس أو مال .
ولا ريب أن الامتناع عن الوفاء بالحق المقابل للشيء المحبوس يكون من قبيل الاعتداء . ومن ثم خول
الشارع للشخص الحق في الإمتناع عن الوفاء بالتزامه عن طريق حبسه معاملة بمثل ما عومل به⁴.

¹ قال الإمام ابن حزم في المحلى ٨ / ٤١٠ المسألة ١٤٤٠ "إذا أبى المشتري من أن يدفع الثمن مع عدم قبضه لما
اشترى وقال لا أدفع الثمن إلا بعد أن أقبض ما اشتريت فللبائع أن يحبس ما باع حتى يتصف ويتصف معا ."

² البحر الرخار ٤ / ٤٩٦ .

³ سورة البقرة الآية : ١٩٤

ومن المعلوم أن هذه الآية نزلت في جواز معاملة مشركى مكة بمثل ما عاملوا به رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأصحابه حينما منع المشركون المسلمين من دخول مكة سنة ست من الهجرة النبوية الشريفة فمكثهم الله تعالى من
دخولها سنة ثمانية من الهجرة ، إلا أن دلالتها على جواز المعاملة بالمثل دلالة عامة لاشتمال لفظها على صيغة الشرط
والجزاء كما يقول الفقهاء . وذلك فضلا عن أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ...

انظر الجامع الأحكام القرآن الكريم للقرطبي ٢ / ٣٥٥ / ٣٥٦ - البدخشي مع الأسنوى ٢ / ٦٢ . المستصفى للغزالي
٢ / ٣٥ ، ٣٦ .

⁴ قال الإمام ابن حزم بصدد حديثه عن المتحمل لتبعة هلاك الشيء المحبوس " ولا ضمان على البائع فيما هلك عنده
من غير تعدية لأنه احتبس بحق " قال الله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " ابن حزم
في المحلى ٨ / ٤١٠ المسألة رقم ١٤٤٠ .

٢. قول الله تعالى { وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به }^١.

وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة :

أنهما أجازت للشخص أن يعاقب بمثل ما عوقب به ولا ريب أن الامتناع عن الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس مع القدرة على الوفاء بذلك الالتزام الحال ودون وجه هذا الامتناع ، انما يخول الطرف الآخر المعاملة بالمثل فجاز من ثم لحائز العين حبسها حتى يتسلم الالتزام المقابل لها .

٣. قول الله تعالى { وجزاء سيئة سيئة مثلها }^٢.

وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة :

أنهما دلت على جواز المعاملة بالمثل حيث يبين الله سبحانه أن جزاء السيئة سيئة مثلها ولا شك أن حبس محل الالتزام للحمل على الوفاء بما يقابله انما يعتبر نوعا من المعاملة بالمثل^٣.

٤. قول الله تعالى { ولن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل }^٤.

وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة :

أن الامتناع عن الوفاء من أحد طرفي المعاملة المالية المتقابلة دون وجه لذلك يعتبر ظلما يميز للطرف الآخر رده عن طريق حبس ما تحت يده .

ثانيا : من السنة النبوية الشريفة .

^١ سورة النحل الآية : ١٢٦

^٢ سورة الشورى الآية : ٤٠

^٣ وقد علق الامام القرطبي على تلك الآية الكريمة بقوله ((قال السدى انما مدح الله من انتصر ممن بغى عليه من غير اعتداء بالزيادة على مقدار ما فعل به)) . الجامع الأحكام القرآن الكريم ١٦ / ٤٠ .

^٤ سورة الشورى الآية : ٤١

١. أن رسول الله صلى الله عليه الصلاة والسلام قال " لا ضرر ولا ضرار " ^١.

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف :

أن النهي فيه عن الضرر جاء بلفظ من ألفاظ العموم ^٢ ولا ريب أن امتناع الملتزم عن الوفاء بما في عهده مما هو حال الأداء مع قدرته على ذلك ودون وجه لهذا الامتناع إنما يستتبع المضرة بالطرف الآخر . فجاز لهذا الأخير رفع الضرر عن نفسه بحبس ما تحت يده ^٣.

٢. ما روى عن أبي هريرة ^٤ رضى الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه الصلاة والسلام "مطل الغني ظلم" ^٥.

وجه الاستدلال بهذا الحديث النبوي الشريف :

^١ أخرجه ابن ماجة عن عكرمة عن ابن عباس ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضره بجاره ، ٧٨٤/٢.

وانظر ايضا جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم لا بن رجب الحنبلي ص ٢٨٥ .

^٢ والعموم هنا مأخوذ من ورود لفظ الحديث الشريف بصيغة اسم الجنس . انظر في ذلك البدخشى على شرح البيضاوى ٢ / ٦٣ حيث جاء فيه حينما عدد ألفاظ العموم "والمضاف وكذا اسم الجنس مثل لا رجل في الدار" .

^٣ وذلك هو ما أشار إليه الإمام الشريفي الخطيب في معنى المحتاج ٢ / ٧٥ أثناء حديثه عن شرعية الاحتباس بقوله " لأن الإيجاب أي على التسليم عند خوف القوات بالهرب أو تمليك المال أو نحو ذلك فيه ضرر ظاهر " .

كما يقول الإمام ابن قدامة في المغنى ٤ / ١١٦ في نفس الصدد " وهذا الفروع تقوى ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار الثمن لما في ذلك من الضرر " .

^٤ هو أبو هريرة بن عامر الدوسي ، اختلف في اسمه فقليل هو عمير بن عامر ، وقيل عبد الشمس بن صخر . فسماه النبي صلى الله عليه وسلم في الإسلام عبد الرحمن . وقد أجمع أهل الحديث على أنه أكثر الصحابة حديثا ، أسلم بين الحديثية وخير وقد كان عمره ثلاثين سنة ، وقدم المدينة مهاجرا ، وسكن الصفة ، ولزم النبي صلى الله عليه وسلم ، توفي سنة ٥٧ هـ . (أنظر الإصابة لابن حجر ٢/٣٩٥ ، والفكر السامي للحجوى ١/٢٤٧) .

^٥ أخرجه النسائي عن أبي هريرة . كتاب البيع ، باب الحوالة ٧ / ٣١٦ .

أنه قد قضى باعتبار مطل الغنى ظلماً ، ولا شك في أن امتناع أحد طرفي الالتزام عن الوفاء بما في عهده من أداء حال الوفاء إنما يعتبر ظلماً يخول الطرف الآخر دفعه بمقتضى حبس ما تحت يده¹.

٣. ما روى عن أبي بكر² أن النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام قال " أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي إبتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجد متاعه بعينه فهو أحق به " ³.

وجه الاستدلال بهذا الحديث النبوي الشريف :

أنه إذا كان الشارع قد أثبت للدائن الحق في استرداد هـ لعين ماله بعد قبضها بموجب الاتفاق على ذلك ، فإنه من باب أولى أن يثبت للدائن الحق في حبس هذه العين وهي مازالت في حوزته⁴.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن المجيزين لاستعمال الحق في الحبس من علماء الفقه الإسلامي وإن كان جل بحثهم لهذا الموضوع قد انصب على عقد البيع باعتبار أن قواعده تمثل الشريعة العامة للعقود المالية لكونه يمثل سنامها إلا أنه من المسلم به أن ذلك يصدق في سائر الالتزامات المالية المتبادلة كافة كما هو الحال في الإيجار وغيره .

ولذلك يقول صاحب البدائع الصنائع " الكاساني¹ " ما نصه " وللبائع حبس المبيع الى أن

¹ قال الإمام ابن حزم في المحلى ٨ / ١٠١ المسألة رقم ١٢١٧ " وأما إمساك (أى حبس) البائع سلعته حتى ينتصف فإن حقه واجب في مال المشتري . فإن مطله بحق وجب عنده فهو ظالم معتد ... وإذا ظلم فكل ظالم معتد . وقد قال الله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ... " .

² هو نفع بن الحارث بن مسروح الثقفي ، من فضلاء الصحابة ، سكن البصرة ، وكان ممن اعتزل الفتنة ، توفي سنة ٥١ هـ . (أنظر الإصابة لابن حجر ٣ / ٥٤٣ ، الفكر السامي للحجوى ١ / ٢٥٣) .

³ أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام ، ٢ / ٦٧٨ ، كتاب البيوع . باب ما جاء في إفلاس الغريم .

⁴ تكملة البحر الرائق ٨ / ٩٥ .

يستوفي الثمن فكذا للمؤجر حبس المنافع الى أن يستوفي الأجرة المعجلة " ².

كما ان الامام ابن رجب الحنبلي ³ يضع قاعدة عامة في هذا الصدد بقوله :
" كل من ملك شيئاً عليه عوضه في آن واحد ويطرد ذلك في البيع والإيجار وغيرهما من عقود
المعاوضات .. " ⁴.

وذلك فضلا عما تضمنته نصوص الفقه الاسلامي من جواز استعمال هذا الحق بصدد
الالتزامات التي يكون الارتباط المادي هو مبنى التقابل بينها كما هو الحال في اللقطة مثلا .

¹ هو ابو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (علاء الدين) ، فقيه ، اصولي . توفي بحلب سنة ٥٨٧ هـ .

من آثاره : السلطان المين في أصول الدين ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

² بدائع الصنائع للكاساني ٤ / ٢٠٣ ، القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٦٩ .

³ هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن ابن محمد بن مسعود البغدادي ، الدمشقي ، الحنبلي ، الشهير بابن رجب (زين الدين ، جمال الدين ، ابو الفرج) ، محدث ، حافظ ، فقيه ، اصولي ، مؤرخ . ولد ببغداد سنة ٧٣٦ هـ . وتوفي بدمشق في ٤ رمضان سنة ٧٩٥ هـ . من مصنفاته : ذيل طبقات الحنابلة ، شرح صحيح الترمذي ، تفرير القوهعد وتحريراً لقوائد في الفقه . معجم المؤلفين ، ٥ / ١١٨ .

⁴ بدائع الصنائع للكاساني ٤ / ٢٠٣ ، القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٦٩ .

فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتفقوا على بيان طبيعة الحق في الحبس ، هل هو حق عيني أم حق شخصي.؟ وإن كانوا قد اتفقوا على حق حبس يدور على أصل كلي شامل لا يقف عند حدود تطبيقات جزئية لا يجمعها جامع. ويمكن من خلال بعض المسائل التي تعرض لها الفقهاء استخلاص طبيعة الحق في الحبس في الفقه الإسلامي ، فأقول وبالله التوفيق :

لقد قام الفقهاء رحمهم الله تعالى بالفرقة في كتبهم بين حق الحبس (في عقد البيع) واقتضاره على اليد دون مالية العين، وبين حق المرتهن وامتداده الى مالية العين أيضا¹. وإذا كانت هذه اللمحة السريعة التي تشير فيها كتب الفقه الإسلامي الى طبيعة الحق في الحبس، والتي يظهر منها أن طبيعة هذا الحق (حق حبس البائع دون المرتهن) في الفقه الإسلامي أقرب ما يكون الى الحق الشخصي دون الحق العيني.

كما يمكن أن نستخلص من ذلك أيضا أن الطبيعة الشخصية للحق في الحبس في جميع تطبيقاته في الفقه الإسلامي دائرة على أساس من ارتباط جامع بين التزامات الطرفين ، ويمتد ذلك الى جميع الروابط التبادلية سواء كان مصدرها عقد معاوضة حقيقيا أو كان افتراضيا. مثل حالة حق حبس راد الآبق، واللقطة وما الى ذلك من الأمثلة التي يصدق عليها في القانون الوضعي تعبير حق الحبس الموضوعي.

وعلى ذلك يمكن أن نقول أن الفقه الإسلامي لا يعجز عن مجاراة أحدث التشريعات وأبلغها شأوا من الكمال في ميدان الحق في الحبس ابتغاء الاستيفاء في نفس الآونة معاً، تسليماً بتسليم، يدا بيد.

¹ المبسوط للسرخسي ١٣ / ١٩٧ .

طبيعة الحق في الحبس في القانون الوضعي

تختلف الطبيعة القانونية للحق في الحبس في ظل القانون المدني الفرنسي عنها في ظل القانون المدني المصري . ومن ثم فنتكلم بداية عن موقف الفقه الفرنسي تحديد تلك الطبيعة ثم نعرض بعد ذلك لموقف الفقه المصري .

طبيعة الحق في الحبس في ظل الفقه الفرنسي :

لم يضع التقنين المدني الفرنسي نظرية عامة لا للحق في الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد . وقام خلاف في فرنسا عن الحق في الحبس هل هو حق عيني أم لا ؟ فيرى بعض الفقهاء أنه حق عيني، ولكن أغلبية الفقهاء والفقه الفرنسي المعاصر لم يروا فيه حقًا عينيًا بسبب فقدان المقومات الأساسية للحقوق العينية .

والرأي الراجح في القانون الفرنسي أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التي نص عليها التشريع، و المذكورة على سبيل الحصر بل يجوز أن يمتد الحق في الحبس إلى حالات أخرى بطريق القياس، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس .

ولا يكفي بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدين له في وقت ذاته، فيحبس المدين الدين الذي عليه حتى يستوفي الحق الذي له. وهذا إنما يقع في المقاصة¹ القانونية، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيها جميع شروط المقاصة، فعند ذلك ينقضى الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ .

¹ المقاصة لغة هي المساواة ، اما اصطلاحاً فقد عرفها ابن جزى في القوانين الفقهية ص ٢٩٢ ، بأنها اقتطاع دين من دين ، وفيها متاركة ومعاوضة وحوالة . وعرفها الحنابلة بأن يستوى الدينان جنساً وصفة وحلولا وأجلاً وقدرًا . (الشرح الكبير ٣ / ٢٢٧) . وعرفها ابن القيم بقوله سقوط أحد الدينين بمثله جنساً وصفة . (إعلام الموقعين ، ١ / ٣٢١) . فاذا كان لخالد دينار عند محمد ، ولحمد دينار عند خالد ، تلاقى الدينان قصاصاً ، وسقط حق أحدهما في مطالبة الآخر .

وإنما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexite) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق في إحدى صورتين :

١. إما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشيء الواجب الأداء (debitum cum re junctum) ، فيحسب المدين الشيء الذي يجب عليه أداؤه حتى يستوفي الدين الذي نشأ بمناسبة هذا الشيء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التي ينفقها الحائز على العين التي في حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الشيء للحائز، ففي هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحسب العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض ، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء محل الحيازة .

٢. وإما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا من الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحسب المبيع حتى يستوفي الثمن ، والمشتري يحسب الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه إلى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه إلا بعد أن يسترد ما أعطاه¹ .

¹ الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السهوري ، ٢ / ١١٢٦ ، ١١٢٧ .

طبيعة الحق في الحبس في الفقه الوضعى المصرى :

وقد عبر التقنين المدنى المصرى السابق أن الحق في الحبس كان حقا عينيا , فنصوص هذا التقنين صريحة في هذا المعنى. فقد أوضحت المادة ١٩\٥ من هذا التقنين ذكر الحقوق العينية التى تترتب على الأموال على سبيل الحصر وذلك حق الملكية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس .

وكانت المادة ٧٣١\٦٠ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يلى :
" يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية, فضلا عن الأحوال المخصوصة المصرح بها في القانسون وهي :

أولا : للدائن الذى له حق امتياز .

ثانيا : لمن أوجد تحسينا في العين , ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال ,

ثالثا : لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها.

وهذه النصوص وضعت نظرية عامة لحق الحبس في التقنين المدنى السابق . فأركان حق الحبس ثلاثة :

- ١ . نص في القانون ينشئه
- ٢ . دين صحيح حال للحائز في ذمة المدين
- ٣ . شئ مملوك للمدين تحت حيازة الدائن

ولكن لا يقع الحبس على الأشياء المعنوية كحق الانتفاع , ولا على مالا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق في الوقف .

وقد حاول التقنين المدين المصرى السابق أن يشكك في عينية حق الحبس إلى فكرة أن الحق في الحبس ليس إلا دفعا بعدم التنفيذ ، فهو ليس بحق عيني ولا بحق شخصي . ونصوص التقنين المدين المصرى السابق كانت قاطعة ، فهذه المحاولات الفقهية لم تكن إلا بمثابة إرهابات تؤذن بما يكون عليه المستقبل ، وقد أدت هذه المحاولات عند تنقيح التقنين المدين إلى الرجوع بالحق في الحبس إلى طبيعته الحقيقية من أن دفع بعدم التنفيذ وهو الأمر الذى سار عليه التقنين المدين الجديد¹ .

أدلة عدم اعتبار الحق في الحبس من قبيل الحقوق العينية :

تقدم أن الفقه الوضعى المصرى لم يعتبر الحق في الحبس من الحقوق العينية والأدلة على ذلك على ما يلي :

١ . أن الحق في الحبس يفتقد ميزة التقدم من الناحية القانونية ، كما أنه يفتقد ميزة التبعية كذلك من الناحية القانونية والناحية الفعلية وهما أبرز خصائص الحق العيني .

٢ . أن الحق العيني يتمثل في سلطة مباشرة على شئ معين وبالتالي فإنه يلزم أن يكون هذا الشئ شيئاً مادياً في حين أن الحق في الحبس دون نص .

٣ . أن الحق العيني لا ينشأ إلا من خلال نص تشريعى صريح بذلك ، وهو ما يستتبع القول بأنه لا يجوز التوسع في مفردات هذا الحق دون نص ، كما أنه لا يجوز القياس عليها لتعلق هذا الحق بالنظام العام .

¹ الوسيط للدكتور السنهاوري جـ ٢ ف ٦٣٨ ص ١١٢٨ وما بعدها .

٤. أن الحق العيني يستلزم لضرورة ممارسته في مواجهة الغير أن يكون مشهرا عن طريق اتباع الإجراءات الخاصة بتسجيل هذا الحق والا اقتصر حجيته على طرفيه ، وذلك بخلاف الحق في الحبس حيث لا يشترط لاستعماله أن يكون مسجلا .
والى هنا انتهت أدلة عدم اعتبار الحق في الحبس من الحقوق العينية .

أما أدله عدم اعتبار الحق في الحبس من قبيل الحقوق الشخصية ، فتتلخص من أنه :

من المعلوم أن الحق الشخصي يتمثل في رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين وبمقتضى تلك الرابطة يكون للدائن الحق في اجبار المدين قضاء على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل في حين أن الحق في الحبس لا يعدو أن يكون رخصة تجعل عن تقرر له الحق في الامتناع عن تنفيذ الحبس وذلك برفع دعوى باسترداد الشئ خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشئ من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه)) .

محاولة استظهار موقف الفقه الاسلامي من طبيعة الحق في الحبس :

من المسلم به أن الفقه الإسلامي لا يعرف ما اصطلحت عليه القوانين الوضعية من تقسيم الحق الى حق عيني وحق شخصي تأثرا منها .
وانما يعرف الفقه الاسلامي تقسيما آخر للحقوق وهو المقابلة بين الدين والعين . ومرد هذا التقسيم هو التعلق أو عدم التعلق بالذمة .

فيكون الحق متعلقا بالذمة كلما كان محله مبلغا من النقود أو جملة من الأشياء المثلية كما هو الحال في عقد القرض حيث يلتزم المقترض برد مبلغ من النقود وكما هو الحال في الالتزام بتسليم شئ مثلي ، وما عدا ذلك من الحقوق فانه يكون متعلقا بالعين .

الفصل الثاني

شروط حق الحبس في الفقه الاسلامي والقانون المدني

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : شروط حق الحبس في الفقه الإسلامي.

١. كون أحد الالتزامين عيناً والآخر ديناً
 ٢. حيازة الحابس للشيء المحبوس
 ٣. حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس
 ٤. ارتباط التزام الحابس بما يقابله من التزام المحبوس عنه
 ٥. عدم وجود ما يمنع من استعماله الحق في الحبس
- المبحث الثاني : شروط حق الحبس في القانون المدني .

١. حيازة الحابس للشيء واجب التسليم الى المحبوس عنه
٢. حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس
٣. قيام الارتباط بين الدينين
٤. عدم وجود ما يمنع من استعماله الحق في الحبس

المبحث الأول

شروط حق الحبس في الفقه الاسلامى

يفترض استعمال الحق في الحبس وجود التزامين متقابلين في ذمة شخصين مختلفين ، بحيث يكون كل منها دائن للآخر ومدين له في الوقت ذاته ، بشرط أن يكون أحد الالتزامين متمثلاً في الالتزام بتسليم عين وكون الالتزام المقابل له متمثلاً في الالتزام بتسليم دين متعلق بتلك العين ومرتبطة بها ، فضلاً عن ضرورة حيابة الدائن الحابس للشئ المحبوس وحلول الوفاء بالحق المقابل له وعدم وجود ما يمنع من استعماله .

والكلام عن تفصيل هذه الشروط على ما يلي :

الشروط الأول

كون أحد الالتزامين عيناً والآخر ديناً

يجمع الفقه الإسلامى على أن ثبوت الحق في الحبس يستلزم بداية كون أحد الدينين المتقابلين عيناً والآخر ديناً¹ كما هو الحال في البيع حيث يتمثل التزام البائع في تسليم المبيع ويتمثل التزام المشتري في تسليم الثمن ، وكما هو الحال في الإيجار حيث يشمل التزام المؤجر في تسليم العين المؤجرة للمستأجر كما يتمثل التزام هذا الأخير في تسليم الأجرة للمؤجر .

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٦١ ، طبعة ناشر زكريا ، مصر .

ومن ثم فإن الحق في الحبس لا يثبت حيث يكون التزام كل طرف متمثلاً في الالتزام بتسليم عين مقابل أو دين مقابل دين .

وتأصيل ذلك : أن الالتزامات المتبادلة يلزم فيها الأداء المعاصر والحال يدا بيد حذراً من الجهالة التي تستتبع الغرر مما يفضي الى المنازعة .

ومن ذلك امتنع في مثل تلك المبادلات جواز الاتفاق على تأجيل الوفاء بأحد البدلين آنذا اذ يستتبع ذلك بطلان العقد ، كما امتنع أيضاً التفرق من مجلس العقد قبل التقابض في حالة ما اذا كانت المبادلة تتمثل في نقد مقابل نقد . ومتى وجب التسليم المعاصر على هذا النحو فإنه لا محل للقول بثبوت الحق في الحبس آنذا¹ .

وفضلاً عن ذلك فإن الالتزامات المتمثلة في دين مقابل دين قد سن المشرع الإسلامي لضمان الحق فيها ما يعرف بالمقاصة . وبالتالي فإنه لا مجال لاستعمال الحق في الحبس في مثل تلك الصورة من الالتزامات المتقابلة .

اختلاف الفقه الإسلامي حول من يثبت له الحق في الحبس في تلك الحالة :

مع أن الفقه الإسلامي يجمع على ضرورة كون أحد الالتزامين المتقابلين عينا والآخر ديناً حتى يثبت الحق في الحبس متى توافرت شروطه الأخرى . إلا أن خلافاً فقهياً وقع حول من يثبت له الحق في الحبس من صاحبي هذين الالتزامين المتقابلين . فهل يثبت الحق في الحبس لصاحب العين ؟ أم لصاحب الدين فقط ؟ أم أن ذلك الحق يثبت لكل منهما ؟

¹ الهداية للمرغيناني ٣ / ١٧ ، بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٦١ ، طبعة ناشر زكريا ، مصر ، حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٦١ ، والشرح الكبير لأحمد الدردير ٣ / ١٤٧ ، مواهب الجليل على مختصر خليل للحطاب ٤ / ٣٠٥ ، شرح النيل وشفاء العليل لابن اطفيش ٨ / ٩ - ١٠ ، الإيضاح للشماخي ٣ / ٦ .

وقد تبلور هذا الاختلاف في ظهور الاتجاهات التالية :

الاتجاه الأول :

يرى أن الحق في الحبس يثبت فقط لمن كان في حوزته العين دون من في ذمته الدين وذلك بحسب أن الملتزم بهذا الالتزام الأخير يقع عليه ابتداء واجب الوفاء شرعا بتسليم ما يثقل ذمته من دين مقابل لتلك العين .

ومتى كان وجوب البدء بالوفاء يقع على عاتق من كان الدين في ذمته ، فإن الحق في الحبس يكون مقصورا على من كان في حوزته العين المقابلة لذلك الدين . وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية¹ والمالكية² والزيدية³ والاباضية⁴ وجانب من الفقه الحنبلي⁵ .

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه على دعواهم بما يلي :

أولا : قول النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام "الزعيم غارم والدين مقضى"⁶ .
ووجه الاستدلال بهذا الحديث النبوي الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم وصف الدين بأنه مقضى ، وهذا وصف عام ومطلق ، فلو جاز تأخير تسليم الثمن عن تسليم المبيع مثلا لم يكن هذا الدين مقضيا وذلك يخالف النص .

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٧ / ٥ ، المبسوط للسرخسي ١٢ / ١٩٢ ، والفتاوى الهندية ٣ / ١٧ .

² الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي ٣ / ١٤٧ ، مواهب الجليل على متن خليل للحططاب ٤ / ٣٠٥ ، حاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣ / ٢٠٠ .

³ البحر الزخار للمرئضي ٤ / ٣٦٩ .

⁴ شرح النيل وشفاء العليل لابن اطفيش ٩ / ٥٩٥ حيث ورد فيه " أن المبيع يمنع حتى يقبض البائع الثمن ... " .

⁵ المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٤ / ١١٤ .

⁶ أخرجه ابن ماجه عن أبا أمامة الباهلي، كتاب الصدقات ، باب الكفالة ، ٢ / ٨٠٤ .

ثانياً : ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " ثلاث لا يؤخسرن . الجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت كفناً لها والدين إذا وجد ما يقضيه " .

ثالثاً : أن العين المقابلة للدين معينة قبل التسليم بخلاف الدين لا يمكن تعيينه إلا بتسليمه ، وذلك هو ما يستتبع القول بوجوب بدء من عليه الدين بالوفاء حتى يتعين¹ . وهذا هو ما يؤدي الى القول بقصر الحق في الحبس على من كان حائزاً للعين دون من عليه الدين² .

التعليق على هذا الاتجاه :

أن الأدلة التي اعتمد عليها أنصار هذا الاتجاه هي محل نظر لما يلي :

أولاً : أن الأدلة النقلية التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه ، إنما هي أدلة عامة في وجوب قضاء الدين حتى وإن لم يكن في مقابلة عين ، وذلك فضلاً عن أن تخويل الحق في الحبس لمن كان في حوزته العين فقط ، إنما يحل بفكرة المساواة الواجبة في الالتزامات المتقابلة والتي تقوم على العدالة التي تقضي بقيام كل طرف بتنفيذ ما تعهد به في وقت واحد .

ومن ثم فإن هذا الرأي ينطوي على ترجيح حق من في حوزته العين دون مرجح ذلك .

¹ انظر هذه الأدلة في بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ٢٤٩ حيث يعلل لقصر الحق في الحبس على البائع دون المشتري بقوله صلى الله عليه وسلم (الدين مقضى) حيث وصف صلى الله عليه وسلم الدين بكونه مقضياً وصفاً عاماً أو مطلقاً . فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً وهذا خلاف النص . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ... ثلاث لا يؤخرن الجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت كفناً والدين إذا وجد ما يقضيه .. الى أن قال ((فتقديم تسليم المبيع وتأخير الدين منفي بظاهر النص ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن لأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسليمه أولاً تحقيقاً للمساواة)) .

² وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن ما يراه هذا الاتجاه مؤسس على ضرورة كون العين حاضرة ، أما إذا كانت غائبة فليس ثمة ما يحول دون حق صاحب الدين في الامتناع عن الوفاء . لامتناع الطرف الآخر عن التسليم . بدائع الصنائع ٥ / ٢٤٩ .

ثانياً : أن دعوى أنصار هذا الاتجاه بوجوب البدء بالوفاء بالدين المقابل للعين لكون الوفاء على هذا النحو هو الوسيلة لتعيين الدين، إنما هو قول محل نظر . وبخاصة حينما نعلم أن عدم التعيين قد يصدق على العين المقابلة للدين في بعض الحالات كما هو الحال في البيع الوارد على شئ مثلي ، من المعلوم أن المثلي لا يتعين إلا بافرازه كالكيل في المكيل والوزن في الموزون والعدد في المعدود .. الخ .

الاتجاه الثاني :

يرى أصحابه أن الحق في الحبس مقصور على الملتزم بالدين دون الملتزم بتسليم العين المقابلة له . وذلك تأسيساً على أن البدء بالتسليم واجب على الأخير دون الأول وذلك هو ما ذهب إليه جانب من الفقه الحنبلي¹ .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى ما يلي :

أولاً : أن الملتزم بالدين يتعلق حقه بالعين الموجودة في حوزة الطرف الآخر بخلاف الأخير حيث يتعلق حقه بذمة الأول . ولا شك أن الحق المتعلق بالعين أقوى من الحق المتعلق بالذمة ، مما يجعل الحق في الحبس مقصوراً على الملتزم بالدين فقط ، كما هو الحال في أرش الجناية مع غيره من الديون .

ثانياً : أن وجوب البدء بالوفاء على من كانت العين في حوزته يمثل صيانة للعقد من احتمال فسخه لو هلكت تلك العين، وذلك بخلاف الالتزام المقابل لتلك العين - وهو الدين - حيث لا يتصور لحق الهلاك به لتعلقه بالذمة، وذلك هو ما يستتبع القول بوجوب التسليم ابتداءً على من كانت العين في حوزته، ومتى كان ذلك كذلك . فإن الحق في الحبس يكون مقصوراً على الملتزم بالدين دون من كان ملتزماً بتسليم العين المقابلة له .

¹ انظر القواعد لابن رجب الحنبلي مجلد واحد ص ٦٩ حيث جاء فيه ((أن المذهب وهو قول ابن حمدان وابن مفلح - وجوب قباض البائع أولاً لأن حق المشتري يتعلق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة . وقال الخرقي " أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى ويتعلق به مصلحة العقد " .

التعليق على هذا الاتجاه :

و يبدو لي والله اعلم أن الأدلة التي اعتمد عليها أنصار هذا الاتجاه إنما هي محل نظر لما يلي :

أولا : أن هلاك المبيع قبل التسليم نادر عملا على حد قول الحنفية ، والنادر ملحق بالعدم فلا يلزم النظر اليه ¹ .

ثانيا : أن تكليف حائز العين بتسليمها أولا للطرف الآخر ، إنما يمثل رعاية لهذا الأخير على حساب الأول دون مسوغ لذلك .

الاتجاه الثالث :

ويرى أن الحق في الحبس مقرر لكل من حائز العين والملتزم بالدين المقابل لها على سواء وليس أحدهما أولى بالرعاية من الآخر ، وذلك فضلا عن أن الأساس الفقهي الذي ينسب عليه الوفاء بالالتزامات المتقابلة - وهو المساواة - يحتم ضرورة التسوية بينهما في الحق في الحبس عند امتناع الطرف الآخر عن الوفاء بما يقابل الشيء المحبوس وذلك هو الراجح في الفقه الشافعي ² و في الفقه الحنبلي ³

¹ انظر بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ٢٤٩ حيث يقول ردا على ذلك : " ان هلاك المبيع قبل تسليم الثمن نادر ، والنادر ملحق بالعدم ، فيلزم اعتبار المساواة " .

² شرح المنهاج على هامش قليوبي وعميرة لجلال الدين المصلي ٢ / ٢١٩ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ٤ / ١٠٤ ، مغنى المحتاج للشربيني ٢ / ٧٣ .

³ انظر المغنى والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٤ / ١٣ حيث يعبر عن آراء الخنابلة في هذا الصدد بقوله ((مسألة : وإذا قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عينا أو عرضا جعل بينهما عدلا يقبض منهما ويسلم اليهما لأنه حق يتعلق بعين الثمن كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا . وقد وجب لكل منهما على الآخر حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه وهذا قول الثوري واحد أقوال الشافعي وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولا وهذا قول ثان للشافعي) .

التعليق على هذا الاتجاه :

الحق أن هذا الاتجاه الأخير هو الأول بالقبول والترجيح حيث أنه يحدد من له الحق في الحبس فيمن كان غير ممتنع عن الوفاء من الطرفين ، سواء تمثل ذلك فيمن كانت العين في حوزته أو من كان في ذمته الدين المقابل لتلك العين ، فهو بذلك لم يرجح كفة طرف على آخر أعمالا لمعيار العدالة الذي ينهض على مبدأ المساواة بين الطرفين .

¹ ويعلل ابن حزم ذلك في المخلّى ٤٠٨/٨ المسألة رقم ١٤٣٩ : ((... ليس أحدهما أحق بالانصاف . والانصاف من الآخر وبين كل منهما حق للآخر وفرض على كل واحد منهما أن يعطى للآخر حقه ، فلا يجوز أن يخص أحدهما بالتقديم وفعل ذلك جور وحيف ...)) .

ونص ابن حزم في نفس المرجع ٤٠٩/٨ المسألة رقم ١٤٤٠ على أنه "إذا أبيع المشتري أن يدفع الثمن مع عدم قبضه لما اشترى وقال لا أدفع الثمن إلا بعد أن أقبض ما اشتريت فللبائع أن يحبس ما باع حتى ينصف وينصف " .

الشرط الثاني

حيازة الحابس للشيء المحبوس

يقتضى جواز استعمال الحق في الحبس ضرورة حيازة الدائن للشيء المحبوس بوضع يده عليه ، ويستوى في هذا الصدد أن يكون ذلك الحائز مالكا للشيء المحبوس كما هو الحال في حيازة البائع للمبيع قبل تسليمه للمشتري ، أو يكون ذلك الحائز غير مالك ذلك الشيء المحبوس ، كما هو الحال في المستأجر حينما يحبس الأجرة عن المؤجر حتى يفي هذا الأخير بالتزامه بتسليم العين المؤجرة ، وكما هو الحال في الملتقط حينما يحبس اللقطة عن مالكة لها حتى يستوفي الجعل الذي التزم مالك اللقطة بتسليمه إلى الملتقط .

ويتأسس هذا الشرط على ما نص عليه الفقهاء من أن خروج الشيء المحبوس من حيازة الحابس بمقتضى إرادته يستتبع فقد الحابس لحقه في الحبس¹ وذلك بخلاف ما لو خرج الشيء المحبوس دون إرادة الحابس ، ويكون له آنئذ الحق في استرداده² وذلك هو ما يستتبع القول بأن حيازة الحابس للشيء المحبوس تمثل شرطا لثبوت الحق في حبسه³ .

¹ انظر بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٦ حيث يقول " ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد ، لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض " .

² انظر المرجع السابق حيث يقول " ولو قبض بغير اذنه لم يبطل وله أن يسترده لأن حق الإنسان لا يجوز ابطاله عليه دون رضاه " .

انظر مغنى المحتاج للشربيني ٢ / ٦٧ حيث يقول " ولو اخذ المشتري المبيع بغير اذن البائع حيث له حق الحبس فله الاسترداد " .

³ انظر الشرح الكبير للمقدسي المطبوع مع المغنى ٤ / ١١٣ حيث جاء فيه " إذا قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عينا أو عرضا جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم اليهما لأن حق البائع قد تعلق بعين الثمن كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا ... " .

ضرورة قيام الحيازة على سبب شرعي :

وأيا ما كان الأمر فإنه يلزم في تلك الحيازة كونها قائمة على سبب شرعي ، كما هو الحال في حبس المبيع وحسب الشئ المؤجر وحسب اللقطة ... الخ .

ومن ثم فإن الحق في الحبس لا يثبت لمن كانت حيازته للشئ المحبوس بغير سبب شرعي كما هو الحال في الغصب الذي يستتبع وجوب الرد الفوري للشئ المغصوب حتى وإن كان وجوده في حيازة الغاصب قد استلزم النفقه على ذلك الشئ ، ولا يجوز شرعا حبس المغصوب مقابل تلك النفقات ، وإن كان يجوز للغاصب الرجوع بها على المالك في بعض الأحيان .

ولقد ضرب الفقهاء العديد من الأمثلة لذلك ، ومنها ما لو غصب شخص قطعة قماش وخاطها فلا يجوز للغاصب حبس الثوب عن مالكه حتى يستوفي أجره الخياطة . ويجب تسليم الثوب الى مالكه باعتبار أن الخياط غاصب .

ونظرا لأن الزيادة في المغصوب غير عينية في حالتنا فقد قضى الفقهاء بعدم أحقية الغاصب في الحصول على مقابل لما أنفقه على الشئ المغصوب من نفقات استتبع تلك الزيادة¹ .

¹ انظر معنى المحتاج للشربيني ٢ / ٢٦٩ حيث جاء فيه " زيادة المغصوب إن كانت أثرا محضاً كقصارة الثوب وخياطته يحيط منه وطحن حنطة وضرب السبائك دراهم وضرب الطين لبنا وذبح الشاة وشيها فلا شئ للغاصب بسببها لتعديده ملك غيره)) والأمر كذلك فيما لو كانت الزيادة في الشئ المغصوب متولدة عنه كما هو الحال فيما لو غصب شخص طيرا فباض وأفرخ عند الغاصب ، أو كان حيوانا فولد ، أو كان شجرا فأثمر . أن مثل هذه الزيادة مع أصلها تكون على ملك المغصوب منه ، وذلك هو ما عبر عنه ابن قدامة في المغنى ٥ / ٣٨٦ بقوله : " وإن غصب شجرا فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لأنه نماء ملكه ولأن الشجر عين ملكه نأ وزاد فأشبه ما لو طالت أغصانه " .

المغنى والشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي ٣ / ٤٤٧ حيث يقول " إذا غصب ما باض من طير عند الغاصب ... فالأم والفراخ لربها " .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد : الى أنه لا يمكن أن يثور في تلك الحالة الحديث عن مدى حق الغاصب في حبس الشئ المغصوب مقابل نفقته عليه متى انتفى كونه مستحقا لأي مقابل في تلك الحالة .

أما إذا استتبع النفقة على المغصوب زيادة عينية فيه كما هي للحال في البناء والغراس على الأرض المغصوبة فإن الفقه الإسلامي له اتجاهات في هذا بيانها على النحو التالي :

الاتجاه الأول :

يرى ضرورة التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : إذا كان الهدم أو القلع يلحق بالأرض مضرّة ، فإن صاحبها مخير بين أن يبذل للغاصب قيمة البناء أو الغراس مستحق الهدم أو القلع وبين أن يجبر الغاصب على قطع الغراس أو هدم البناء .

ولا شك في أنه متى تخير صاحب الأرض دفع قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة وامتنع عن الوفاء بالتزامه فإنه يمكن للغاصب حبس الأرض حتى تؤدي إليه تلك القيمة . إلا أنه يجب أن يلاحظ أن شرعية الحبس في مثل تلك الحالة ليس مبناهما الغصب ولكن مبناهما يتمثل في التزام المالك ببذل القيمة التي التزم بها مقابل الزيادة في ملكه .

الفرض الثاني : أن لا يلحق الهدم أو القلع مضرّة بالأرض وأنذاك فإنه لا مناص من وجوب القلع أو الهدم مع حق المالك في الأجرة والتعويض إن كان له وجه ، وذلك هو ما يراه الفقه الحنفي¹ .

¹ انظر تبين الحقائق للزبلي ٥ / ٢٢٩ ، تكملة فتح القدير ٩ / ٣٤٣ ،

مصادر الحق للدكتور السنهري ، ٦ / ٢٤٢ وهامشها من نفس الصحيفة .

الاتجاه الثاني :

ويرى أن المالك مخير بين طلب القلع أو الهدم أو دفع قيمة البناء أو الغراس مستحق الهدم أو القلع ، سواء كان ذلك يستتبع مضرة بالأرض أم كان لا يستتبع ذلك مع حق المالك في الأجرة والتعويض ان كان له وجه ، وذلك هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء¹ .

وخلاصة القول : أن الحق في الحبس يستلزم كون الحابس حائزا للشئ المحبوس وأن تكون تلك الحيازة قائمة على سبب شرعي وإلا انتفى حقه في ذلك ، والله اعلم بالصواب .

¹ شرح جلال الدين اخلی علی المنهاج علی قلیوبی وعميرة ٢٦ / ٣ ، والمغنی لابن قدامة ٥ / ٣٧٩ حيث يقول "إذا غرس في أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك .". بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢ / ٣٢٢ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية العدوی علیه ٢ / ١٩٨ ، المهذب للشيرازي ١ / ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، والأم للشافعي ٣ / ٢٢٢ ، ومغنی المحتاج للشربيني ٢ / ٢٩١ ، البحر الرخار للمرتضى ٤ / ١٨٣ ، مفتاح الكرامة للعاملی ٦ / ٣٠٦ .

الشرط الثالث

حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس

يجمع الفقه الإسلامي على ضرورة كون الالتزام المقابل للشيء المحبوس واجب الوفاء في الحال حتى يحق لمريد الحبس ، حبس الشيء المقابل له ، وذلك هو ما تفصح عنه نصوص الفقه الإسلامي بمذاهبه كافة¹.

وقد يكون الشرط الصريح هو مبنى ضرورة ذلك الوفاء الحال بالالتزام المقابل للشيء المحبوس كأن يشترط المتعاقدان كون الثمن حالا في البيع أو أن تكون الأجرة معجلة في الإجارة قبل تسليم العين المؤجرة ، وقد يكون العرف هو مبنى ضرورة ذلك الوفاء الحال² وقد يكون ذلك الحلول بمقتضى وفاة المدين متى كان الدين مؤجلا بحسب الأصل .

ويرى جمهور الفقه الإسلامي سقوط الأجل في حالة موت المدين وبالتالي يحق للدائن حبس ما في حوزته في مواجهة الورثة وسائر الدائنين الآخرين . كما لو منح البائع مدينه أجلا للوفاء بالثمن ، غير أن هذا الأخير لحقته المنية قبل تسلمه للمبيع³ و يجوز للبائع هنا حبس المبيع للحمل على الوفاء بما يقابله من ثمن .

¹ مغنى المحتاج للشرييني ٧٢ / ٢ ، بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٣ / ٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥١٣ ، الشرح الصغير للدردير ١٩٦ / ٣ . القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٩ ، مغنى المحتاج للشرييني ٧٢ / ٢ ، البحر الزخار للمرتضى ٣٦٩ / ٤ ، المحلى لابن حزم ٤١٠ / ٨ مسألة ١٤٤٠ .

² بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٣ / ٤ ، مواهب الجليل على مختصر خليل للحطاب ٣٩٤ / ٥ .

³ بدائع الصنائع للكاساني ٢١٣ / ٥ ، الأم للشافعي ١٨٨ / ٣ ، شرح النيل وشفاء العليل لابن اطفيش ١٥٨ / ٧ ، د. السنهوري في الوسيط ج ٣ ف ٧٥ ص ١١٢ .

وقد يكون ذلك الحلول بمقتضى شهر اعسار المدين أو شهر افلاسه¹ كما لو باع شخص لآخر بضمن مؤجل ، غير أن المشتري أشهر اعساره أو افلاسه قبل تسلمه للمبيع ، ويقضى الرجوع في الفقه الإسلامي في مثل تلك الحالة بسقوط الأجل - ومن ثم يثبت للبائع - وهو الدائن - الحق في حبس المبيع حتى يستوفي كامل الثمن المقابل له².

وكذلك كالحال في أجر الصانع إذ يحق له حبس ما في يده للحمل على الوفاء بالأجر الذي كان مؤجلاً بحسب الأصل غير أنه سقط بأشهار فلس المؤجر³.

وقد استدل الفقهاء لذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجد متاعه بعينه فهو أحق به " ⁴.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أنه إذا كان الشارع قد أثبت للدائن الحق في استرداده لعين ماله بعد قبض المدين له بموجب هذا السند التشريعي فإنه من باب أولى أن يثبت للدائن الحق في حبس هذه العين وهي مازالت في حوزته .

اذ أن حلول الأجل بمقتضى شهر الاعسار أو الافلاس لا يصدق فقط على الديون العادية وإنما يصدق كذلك على كل دين حتى ولو كان موثقاً كما هو الحال في الدين الموثق بالرهن⁵.

¹ مدونة الامام مالك ٤ / ١٢١ ، المهذب للشيرازي ١ / ٣٢٨ ، المغنى لابن قدامة ٤ / ٤٨٥ .

² تكملة البحر الرائق ٨ / ٩٥ .

³ الامام الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ٣ / ٢٩٠ ، كما جاء في المدونة للامام مالك ٣ / ٤١٤ " قلت أرايت الخياطين و القصارين و الخرازين و الصوافين ، و اهل الفناعات (لعملهم أثر) اذا عملوا للناس بالاجرة اهلهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يقبضوا اجرهم ؟ قال مالك نعم لهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا اجرهم ، قال و كذلك في التفليس هم أحق بما في ايديهم .

⁴ أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في إفلاس الغريم ، ٢ / ٦٧٨ .

⁵ الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ٣ / ٢٨٥ .

اختلاف الفقه الإسلامي حول بعض المسائل المتعلقة بهذا الشرط :

على الرغم من أن الفقه الإسلامي يجمع على ضرورة حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشئ المحبوس إلا أنه اختلف حول نقطتين متعلقين بهذا الموضوع .

تنصب أولاهما على مدى ثبوت الحق في الحبس بسبب الزيادة الطارئة على الالتزام الأصلي المقابل للشئ المحبوس ، وتنصب الثانية على مدى اعتبار الأجرة حالة في عقد الإيجار الوارد على الأعيان المطلقة عن شرط التعجيل أو التأجيل .

وتوضح ذلك على ما يلي :

(أ) مدى ثبوت الحق في الحبس بسبب الزيادة الطارئة على الالتزام الأصلي الحال المقابل للشئ المحبوس .

أشرنا من قبل الى أن الفقه الإسلامي يجمع على ضرورة استحقاق الحبس للوفاء بالالتزام المقابل للشئ المحبوس كواحد من الشروط التي يلزم توافرها لثبوت الحق في الحبس . إلا أن الفقه الإسلامي قد اختلف حول مدى ثبوت الحق في الحبس بسبب الزيادة الطارئة على الالتزام الأصلي الحال المقابل للشئ المحبوس ، كما لو باع شخص شئنا نظير مبلغ ١٠٠ مائة روبية وبعد العقد زاد المشتري في التزامه بحيث وصل الى ١٥٠ روبية فهل يحق للبائع حبس المبيع حتى يفي المشتري بالمبلغ الأصلي فضلا عن تلك الزيادة التي التزم بها بعد العقد ؟ أم أن حقه في الحبس مرتبط فقط بالمبلغ الأصلي ؟

وكذلك الحال فيما لو زاد البائع في التزامه بعد العقد ، كما لو كان التزامه يتمثل في تسليم قطعة أرض مساحتها مائة متر نظير ١٠٠٠ روبية ، ثم زاد البائع في التزامه ليصل الى مائة وعشرين مثلاً ، فهل يحق للمشتري حبس الثمن لحمل البائع على الوفاء بالتزامه الأصلي فضلا عن تلك الزيادة ؟ أم أن حقه في الحبس مرتبط بالمبلغ الأصلي فقط ؟ وبالتالي لا يجوز له الحبس في مقابل تلك الزيادة ؟

يطالعنا الفقه الإسلامي باتجاهين ازاء هذا الموضوع :

الاتجاه الأول :

يرى أن تلك الزيادة الطارئة لا تلحق بالالتزام الأصلي المتفق عليه ، وبالتالي فأنه لا يجوز استعمال الحق في الحبس للحمل على الوفاء بتلك الزيادة . وذلك هو ما ذهب اليه الفقه الشافعي¹ والفقه الحنبلي² وجانب من الفقه الحنفي³ .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه الى ما يلي :

أولا : أن هذه الزيادة تمثل برا أو تبرعا مبتدأ ممن زادها وبالتالي فإنها لا تعدو أن تكون هبة والحق في الحبس لم يشرع استعماله في هذا الصدد⁴ .

ثانيا : أن المبيع قد دخل في ضمان المشتري بالثمن الأول، بحسب أنه قد دخل في ملك المشتري قبل تلك الزيادة ، ومن المستحيل بداهة شراء الانسان ملك نفسه ، فلا يمكن اعتبار تلك الزيادة مقابلا لذلك المبيع ، حيث لا مقابل لها ، وهو ما يستتبع القول بعدم جواز استعمال الحق في الحبس لإجبار الطرف الآخر على الوفاء بتلك الزيادة⁵ .

¹ تكملة المجموع شرح المذهب للنووي ٢٧٥ / ٩ .

² المغني والشرح الكبير ١٠٦ / ٤ .

³ فتح القدير ٢٧٠ / ٥ .

⁴ فتح القدير ٢٧٠ / ٥ ، المغني والشرح الكبير ١٠٦ / ٢ .

⁵ العناية للباقرتي على هامش فتح القدير ١٠٧ / ٥ .

الاتجاه الثاني :

يرى أن تلك الزيادة تلحق بالأصل المتفق عليه ، وتأخذ حكمه ، وبالتالي فإنه ليس هناك ما يحول دون استعمال الحق في الحبس للحمل على الوفاء بتلك الزيادة الملحقمة بالالتزام الأصلي ، وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقه الحنفى¹.

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه الأخير بما يلي :

أولاً : أن دعوى أنصار الاتجاه الأول بأن تلك الزيادة لا مقابل لها بحسب أن ملكية المبيع انتقلت الى المشتري كاملة قبل تقريرها ، إنما هي دعوى يمكن التسليم بها لو أن تلك الزيادة قد ألحقت بالأصل قبل تغيير العقد ، أما وأنها ألحقت بذلك الأصل بعد تغيير العقد عن وجهه الأول من كونه بكذا الى كونه بكذا ، فإن هذا يجعل تلك الزيادة ملحقمة بالأصل وتأخذ حكمه².

ثانياً : أن المشرع قد خول المتعاقدين الحق في تحويل العقد من حال الى حال أخرى كما في مسألة الخيار ، حيث يجوز للمتعاقدين تحويل العقد من كونه غير لازم الى كونه لازماً ، كما يحق لهما تحويل الثمن الحال الى كونه مؤجلاً ، ولا يعدو الاتفاق على زيادة الثمن أو زيادة المبيع الا أن يكون تحويلاً للعقد بمقتضى تراضيهما على ذلك ، وهو ما يستتبع القول بتحويل الحابس الحق في الحبس مقابل تلك الزيادة³.

ثالثاً : أن المشرع قد خول المتعاقدين الحق في رفع العقد عن طريق الإقالة⁴ ، فيكون لهما من باب أولى الحق في تغيير العقد من حال الى حال مع بقاء العقد وذلك بحسب أن الاتفاق على تغيير

¹ العناية للبايرتى على هامش فتح القدير ٥ / ١٠٧.

² فتح القدير ٥ / ٢٧٠.

³ العناية للبايرتى على فتح القدير ٥ / ٢٧١.

⁴ الإقالة لغة هي الرفع والإزالة ، واصطلاحاً هي رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضى الطرفين .
(أنظر الأم للشافعى ٦٧/٣ ، المغنى لابن قدامة ١٣٥/٤) .

صفة العقد أهون من الاتفاق على رفعه¹ .

ويبدو لي والله اعلم رجحان ما يراه أنصار هذا الاتجاه الأخير وذلك بحسب أن الإرادة لها دور كبير في انشاء العقد ابتداء فأولى أن يكون لها دور في تعديله .

(ب) - مدى اعتبار الأجرة حالة في إجارة العين المطلقة عن شرط التعجيل أو التأجيل .

تقضى القاعدة العامة في المبادلات المالية بحلول الوفاء بالالتزامات المتقابلة في العقود المطلقة عن شرط التعجيل أو التأجيل كما هو الحال في البيع مثلاً وذلك بحسب أن "كل من ملك شيئاً ملك عليه عوضه في آن واحد .."² .

يبد أن تطبيق تلك القاعدة التي تقضى بحلول الحقين المتقابلين متى خلا العقد عمن شرط التعجيل أو التأجيل بصدد الإيجار قد وقع فيه خلاف بين الفقهاء نظراً لكون المنفعة التي محل التزام المؤجر لا توجد أثناء إبرام العقد ، وإنما توجد شيئاً فشيئاً مع معنى زمن استيفائها ومن ثم فإنه لا يمكن التسليم والتسلم في آن واحد وإن كانت كلمة الفقهاء قد اتفقت مع ذلك على أن الأجرة في الإجارة الواردة على الذمة تعتبر حالة بمقتضى العقد ، ولا يصح ابتداء اشتراط تأجيلها³ أما الإجارة السوارة

¹ العناية للبارتني على فتح القدير ٥ / ٢٧١ .

² القواعد للحافظ ابن رجب الحنبلي مجلد ١ ص ٦٩ .

³ انظر معنى احتاج للشربيني ٢ / ٣٠٩ حيث جاء فيه " ويشترط في حالة اجبار الذمة تسليم الأجرة في المجلس قطعاً " . والفرق بين الإجارة الواردة على الذمة والإجارة الواردة على الأعيان أن الأولى يتعلق التزام المؤجر فيها بذمته كما لو التزم شخص بتوصيل شخص آخر إلى مكان معين على أي دابة من دواب الأول . وبحسب أن الالتزام هنا متعلق بذمة المؤجر ، فإن هلاك الدابة لا يحول دون التزام المؤجر بالوفاء بالتزامه على دابة أخرى من دوابه . أما الإجارة الواردة على العين فإن التزام المؤجر فيها يتعلق بعين معينة كما في تأجير الدور والحوانيت حيث يستتبع هلاك تلك العين انفساخ العقد .

على الأعيان فهي التي اختلف الفقه بشأن مدى حلول الأجرة فيها بمقتضى العقد المطلق عن شرط تعجيلها أو تأجيلها .
ومن ثم فإن محل النزاع في هذا الموضوع ينحصر في بيان موقف الفقه الاسلامي من مدى حلول الأجرة بمقتضى العقد في الإجارة المطلقة الواردة على الأعيان . وذلك هو ما نعرض لاتجاهات الفقه ازاءه ، وللفقه الاسلامي في ذلك اتجاهان :

الاتجاه الأول :

يرى أن الأجرة في الإجارة المطلقة الواردة على الأعيان لا تعتبر حالة بمقتضى هذا العقد المطلق ، وإنما تحل بمقتضى استيفاء المستأجر للمنفعة جزءا بجزء ، ومن ثم فإنه كلما استوفى المستأجر جزءا من المنفعة ، حل ما يقابله من الأجرة وبالتالي فإنه لا يجوز للمؤجر حبس العين المؤجرة وذلك هو ما ذهب إليه الفقه الحنفي¹ والفقه المالكي² والزيدية³ .

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه بالأدلة التالية :

أولا : قول الله تعالى { فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن }⁴ .

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة : أنها أمرت بالوفاء بالأجرة بعد الارضاع ، وهو ما يستتبع القول بأن الأجرة لا تجب بنفس العقد ، وإنما تجب بمقتضى استيفاء المنفعة المقابلة لها .

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٦ / ٢٦٢٤ / ٢٦٢٥ ، ناشر زكريا على يوسف ، تبين الحقائق للزيلعي ٥ / ١٠٨ .

² الخرشي على مختصر خليل ٧ / ٣٠٢ ، ومواهب الجليل على مختصر خليل ٥ / ٣٩٤ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ٢ / ٣١٠ .

³ البحر الرخار للشيخ المهدي لدين الله احمد بن يحيى بن المرتضى ٥ / ٥٦ ، ٥٧ .

⁴ سورة الطلاق الآية : ٦

ثانيا : أن الإجارة من قبيل عقود المعاوضة ، فانه من البديهي وجوب اضافة الأجرة المقابلة للمنفعة الى وقت تحقق هذه الأخيرة ، وذلك تأسيسا على أن المعاوضة المطلقة لا يثبت ملك أحد البديلين فيها الا بثبوت الملك في الآخر ، والا انتفى عن العقد كونه معاوضة¹.

ثالثا : أن قاعدة المساواة بين المتعاقدين هي المرجع في كيفية تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقود المطلقة عن شرط التعجيل أو التأجيل لكون تلك القاعدة تعبر آئذ عن مطلوب العقادين حكما ، ولا شك أن هذه المساواة تنتفي بوجود تعجيل الأجرة في حالتنا نظرا الى أن الملك لم يثبت في أحد العوضين وهو المنفعة لكونها معدومة حقيقة قبل استيفائها وهو ما يستتبع القول بأن الملك لا يثبت في العوض الآخر وهو الأجرة قبل استيفاء المنفعة تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين².

التعليق على هذا الاتجاه :

و يبدو لي أن ما استدل به أنصار هذا الاتجاه غير مسلم للأمور التالية :

أولا : أن الاستدلال بالآية الكريمة لا ينهض حجة على تلك الدعوى لكونها تحتمل وجوب أداء الأجرة عند الشروع في الارضاع .

ثانيا : أن العقد المطلق عن شرط التعجيل أو التأجيل لا ينفي عنه هذا العقد صفة المعاوضة ، وذلك بحسب أن المستأجر سيحوز العين التي هي أصل المنفعة ولا شك أن حيازة الأصل ، انما هي حيازة لما يتولد عنه في تلك الحالة .

ثالثا : أن المنفعة في عقد الإيجار وان كانت معدومة لحظة التعاقد من حيث الواقع الا أنها موجودة حكما بوجود أصلها ، ومن ثم فان اعتبار الأجرة حالة في العقد المطلق لا يخل بمبدأ المساواة بين المتعاقدين في تلك الحالة .

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٦ / ٢٦٢٤ / ٢٦٢٥ ، ناشر زكريا على يوسف ، مصر .

² المرجع السابق .

رابعاً : أن الاتجاه الأول يستتبع ضيقاً وحرراً حيث يستحيل تطبيقه في بعض الحالات ، كما لو كانت العين المؤجرة تتمثل في شئ لا يمكن تجزئة الانتفاع به ، كالحال في الدور والخوانيت التي تكون غير قابلة للانقسام ، ولا شك أن المنطق يقضى في مثل تلك الحالة بتسليم العين المؤجرة كلها حيث لا يمكن تجزئتها . فإذا سلمت فإن المؤجر يفقد حقه في الحبس ، ومتى سقط الحق في حبس المنفعة على هذا النحو فإنه لا مجال من بعد للحدوث عن إمكانية استيفاء جزء من الأجرة مقابل جزء من المنفعة.

الاتجاه الثاني :

يرى أن إجارة العين المطلقة عن شرط التعجيل والتأجيل تجب فيها الأجرة بنفس العقد وبالتالي فإنه يجوز للمؤجر حبس العين المؤجرة حتى تؤدي الأجرة إليه ، وذهب هو ما ذهب إليه الشافعية¹ والحنابلة² والامامية³.

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه بما يلي :

أولاً : أن عقد الإيجار المطلق يقضى اعتبار الأجرة معجلة ، وذلك بحسب أن المستأجر يملك المنفعة بمقتضى العقد ، فكذلك يملك المؤجر الأجرة بمقتضاه .

ثانياً : أنه إذا كان من المجمع عليه أن عقد البيع المطلق يقتضى اعتبار الثمن معجلاً ، فإن الأمر كذلك بالنسبة لإجارة العين المطلقة ، حيث يقتضى عقدها المطلق باعتبار الأجرة معجلة بجامع أن كلا منهما من قبيل عقود المعاوضة⁴.

¹ معنى المحتاج للشريبي ٢ / ٣٠٩ .

² المغنى والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٦ / ١٤ .

³ الإيضاح للشماخي ٣ / ٥٣٩ ، والمختصر النافع ص ١٧٦ .

⁴ المغنى والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٦ / ١٥ .

ثالثاً : أن الشيء المؤجر يقوم مقام المنفعة في انعقاد العقد ، ومن ثم فإن الأجرة تجب في العقد المطلق بمجرد انعقاده ، كما لزم ملك البدل في عقد السلم لما أقيمت الذمة مقام المعقود عليه في انعقاد العقد¹.

والحق أن هذا الاتجاه الأخير . هو الأولى بالقبول وال ترجيح لقوة أدلته ، وسلامتها عن المطاعن فضلاً عن اتفاق توجهه مع الأساس الشرعي الذي ينهض عليه هذا العقد وهو الاستحسان الذي أملت الحاجة والضرورة ودعت اليه الرغبة في تسهيل المعاملات .

¹ فتح القدير ٣٢٣ / ٥ .

الشرط الرابع

ارتباط التزام الحابس بما يقابله من التزام المحبوس عنه

تأصيل هذا الشرط :

تفصح نصوص الفقه الإسلامي أن الحق في حبس أحد الالتزامين المتقابلين إنما يلزم لثبوته توافر الارتباط بين هذين الالتزامين فضلا عن تقابلهما.

ويتمثل التسبب الفقهي لضرورة توافر هذا الارتباط في أن الحق في الحبس يقع ضمن حقوق العباد ، وهي لا تداخل فيها ، وهو ما يعنى استقلال كل معاملة عن الأخرى .

فاذا استوفى البائع مثلاً ثمن المبيع فإنه لا يجوز له حبسه بدعوى أن المشتري مدين لهذا البائع بدين آخر ، وذلك نظراً لانعدام الارتباط بين هذا الدين الأخير وبين الالتزام بتسليم المبيع .

ولذلك نجد أن عبارات الفقهاء بصدد البيع مثلاً قد جرت على أنه يحق للبائع حبس المبيع لإستيفاء ثمنه كما يحق للمشتري حبس الثمن لإستيفاء المبيع¹ إذ يفصح ذلك التقابل بين المبيع والثمن عن ذلك الارتباط الذي يربط التزام البائع بالتزام المشتري.

وفي خصوص عقد الإيجار نجد أن الفقهاء يعللون للحق في حبس أحد الالتزامين المتقابلين بأن هذا العقد ثبت فيه العوضان في وقت واحد فثبت الملك للمؤجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة² .

وهناك تسبب آخر لضرورة توافر الارتباط بين التزام الحابس والتزام المحبوس عنه وهو أن الالتزامات المتبادلة تنهض على فكرة المساواة التي اعتبرها الفقه الإسلامي بحق أساساً لثبوت الحق في الحبس³.

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٦ / ٢٦٢٤ / ٢٦٢٥ .

² المرجع السابق ص ٢٦٢٤ .

³ مصادر الحق للدكتور السنهاوري ٦ / ٢٤١ .

وفي خصوص اللقطة : نجد أن الفقهاء يعللون لاستحقاق الملتقط استرداد ما أنفقه على اللقطة بأن حق الملتقط قد وجد بمناسبة هذا المال الملتقط فكان له تعلق به¹ .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن هذا الارتباط قد يتولد عن عقد قائم كالحال في التزام كل من البائع والمشتري ، والتزام المؤجر والمستأجر ، وقد يتولد عن علاقة تبادلية منبثقة عن عقد باطل أو فاسد² أو فسخ للرد بالعيب³ ، كما أن هذا الارتباط قد يكون ارتباطا ماديا أو موضوعيا حينما تتولد الالتزامات المتقابلة عن عمل مادي بحت كالحال في اللقطة مثلا⁴ .

وفيما يلي عرض لبعض تطبيقات أنواع هذا الارتباط :

نماذج للالتزامات المرتبطة في اطار العقد الملزم للجانبين :

(أ) عقد البيع :

تضافرت نصوص الفقهاء المجيزين لاستعمال الحق في الحبس على حق كل من البائع والمشتري في حبس التزامه لحمل الطرف الآخر على الوفاء بالالتزام المقابل له .

وفي ذلك يقول الامام الكاساني الحنفي " وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفي الثمن فكذا للمؤجر حبس المنافع الى أن يستوفي الأجرة المعجلة " ⁵ .

¹ فتح القدير ٤ / ٤٣٠ .

² العناية للبابري على فتح القدير ٥ / ٢٣٤ .

³ معنى المحتاج للشربيني ٢ / ٥٦ .

⁴ فتح القدير ٤ / ٤٣٠ .

⁵ بدائع الصنائع للكاساني ٤ / ٢٠٣ .

كما يقول الامام الدردير المالكي¹ " وتقدم أن ضمان المبيع بالخيار من البائع واستثنى من ذلك خمس مسائل بقوله الا السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن أي لا تيان المشتري به " ².

ويقول الإمام الشريبي الشافعي³ " وللبيع حبس مبيعـه حتى يقبض ثمنه كله الحال أصالة أن خاف فوته بلا خلاف وكذا للمشتري حبس الثمن المذكور أن خاف فوته بلا خلاف " ⁴.

ويقول الامام المقدسى الحنبلي " ويقوى عندى أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر المشتري الثمن ويتمكن من تسليمه لأن البائع انما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عرضه ، ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم " ⁵.

¹ هو أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوى المالكي . الأزهرى ، الحلوى . الشهير بالدردير (ابو البركات) فقيه . صوفي . مشارك في بعض العلوم . ولد ببني عدى سنة ١١٢٧ هـ . من صعيد مصر . وتولى مشيخة الطريقة الخلوتية . والإفتاء بمصر . وتوفي بالقاهرة في ٦ ربيع الأول سنة ١٢٠١ هـ .
من تصانيفه : اقرب المسالك لمذهب الامام مالك . فتح القدير في احاديث الشير النذير . تحفة الاخوان في آداب اهل العرفان في التصوف . منظومة الخريدة البهية في التوحيد . ورسالة في متشابهات القرآن .
معجم المؤلفين ٢ / ٦٨ .

² الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي ٣ / ١٤٦ .

³ هو محمد بن أحمد الشريبي القاهري ، الشافعي ، المعروف بالخطيب الشريبي (شمس الدين) ، فقيه . مفسر . متكلم . نحوي . صوفي . توفي في ٢ شعبان سنة ٩٧٧ م . من تصانيفه : السراج المنير في الاعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم ، الفتح الرباني في حل ألفاظ تصريف عز الدين الزنجاني ، مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج للنووي ، وغيرها . معجم المؤلفين ٨ / ٢٦٩ .

⁴ مغنى المحتاج للشريبي الخطيب ٢ / ٧٣ .

⁵ المقدسى في الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامة ٤ / ١١٤ .

ويقول الامام ابن حزم الظاهري¹ " اذا أبى المشتري أن يدفع الثمن مع عدم قبضه لما اشترى
وقال لا أدفع الثمن الا بعد أن أقبض فللبائع أن يحبس ما باع " ².

كما يقول ابن اطفيش الاباضي³ " ان المبيع يمنع حتى يقبض الثمن " ⁴.

¹ هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن سفيان بن يزيد الفارسي الأندلسي . اليزيدي
(ابو محمد) . فقيه , أديب , محدث , أصولي , حافظ , متكلم , اديب مشارك في التاريخ والانساب والنحو واللغة
والشعر والطب والمنطق وغيرها . ولد في قرطبة في آخر رمضان سنة ٣٨٤ هجرية , ونشأ شافعي المذهب ثم انتقل الى
مذهب أهل الظاهر , توفي بالأندلس سلخ شعبان سنة ٤٥٦ هـ . ومن مؤلفاته : المحلى , والأحكام في اصول الأحكام
توفي سنة ٤٩٣ هجرية . معجم المؤلفين , ١٦ / ٧ .

² المحلى لابن حزم ٤١٠/٨ المسألة رقم ١٤٤٢ .

³ هو محمد بن يوسف بن عيسى اطفيش الحفصي , العدوي , الجزائري , مفسر , فقيه , محدث , اديب , شاعر . بياني
عروضي , منطقي , مشارك في غير ذلك , اباضي المذهب , مجتهد , سياسي . ولد في بلدة يسجن من وادي ميزاب
في الجزائر سنة ١٢٣٦ هـ . وتوفي بها في ٢٣ ربيع الثاني سنة ١٣٣٢ هـ . من تصانيفه الكثيرة : جامع الشمل في
حديث خاتم الرسول , ايضاح الدليل الى علم الخليل في العروض , تفسير القرآن لم يكمل , شرح النيل في الفقه في
عشرة أجزاء كبيرة , وديوان شعر . معجم المؤلفين ١٢ / ١٣٣ .

⁴ شرح النيل وشفاء العليل لابن اطفيش ٩ / ٥٩٥ .

تتضافر نصوص الفقه الاسلامي المثبته لحق كل من المؤجر والمستأجر في حبس التزامه لحمل الطرف الآخر على الوفاء بالالتزام المقابل له ، وسواء كان هذا العقد واردا على شئ أم كان واردا على عمل ، وسواء كان القائم بالعمل أجيرا خاصا أم كان أجيرا مشتركا .

وفي ذلك يقول الإمام الكاساني " وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الأجرة . كذا ذكره الكرخي في جامعه لأن المنافع في باب الاجارة كالثمن في البياعات ، وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن فكذا للمؤجر حبس المنافع الى أن يستوفى الأجرة المعجلة " ¹ .

كما جاء في مدونة الامام مالك ² رواية سحنون بن سعيد التوخى عن عبد الرحمن بن القاسم العتقى عن الامام مالك رحمه الله " قلت أرأيت الخياطين والقصارين والخرازين والصواغين وأهل الصناعات . اذا عملوا للناس بأجر . ألهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم - الجواب - قال الامام مالك نعم لهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم ، قلت أرأيت أن استأجرت حمالا يحمل لي الطعام أو متاعا أو عرضا من العروض الى موضع من المواضع بأجر معلوم على نفسه أو على دابته أو على ابله أو على سفينته . فحمل ذلك حتى اذا بلغ الموضع الذي اشترطت عليه منعنى متاعى أو طعامى حتى يقبض حقه ، قال . قال مالك ذلك له " ³ .

¹ بدائع الصنائع للكسائي ٤ / ٢٠٣ .

² هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الأصبحي ، المدني (ابو عبدالله)، أحد أئمة المذاهب المتبعة في العالم الاسلامي ، واليه تنسب المالكية . ولد بالمدينة سنة ٩٣ هـ وتوفي بها في ١٤ ربيع الأول وفي رواية في صفر سنة ١٧٩ هـ ودفن بالقيع . من تصانيفه : الموطأ ، رسالته الى الرشيد . معجم المؤلفين ، ١٦٨/٨ .

³ مدونة الامام مالك ٣ / ٤١٤ .

كما يقول الشريفي الخطيب " لو أكرى صباغا أو قصارا لعمل في ثوب وسلمه له ، فليس له بيعه قبل العمل وكذا بعده ان لم يكن سلم الأجرة . لأن له الحبس للعمل ثم لاستيفاء الأجرة " ¹ .

كما يقول صاحب النيل " وجاز لأجير منع ما بيده لأجل الأجرة حتى يأخذ أجرته فللراعي منع الضأن والمعز مثلا وامساكها حتى يأتيه صاحبها بالأجرة عن المدة التي رعاها فيها " ² .

(ج) عقد النكاح :

اتفقت كلمة الفقهاء على حق الزوجة في الامتناع عن تسليم نفسها لزوجها متى امتنع هذا الأخير عن تسليمها ما تستحق من معجل صداقها .

وفي ذلك يقول الامام الكاساني " للمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمتنع الزوج عن الدخول بها حتى يعطيها جميع المهر . ثم تسلم نفسها الى زوجها لما ذكرنا أنه بذلك يتعين حقها في كـون تسليمها بتسليم ، ولأن المهر عوض عن بضعها كالثمن في البيع ، وللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر " ³ .

وجاء في مدونة الامام مالك : " والصداق يلزمه حين تزوجها . دخل بها أم لم يدخل ولها أن تمتنع نفسها حتى تأخذ الصداق منه " ⁴ .

ويقول الامام الشريفي الخطيب : " ولها حبس نفسها ولو بلا عذر لقبض المهر المعين والحال كله أو بعضه في العقد ، كما سيأتي دفعا لضرر فوات البضع فيجب عليه تأديته " ⁵ .

¹ مغنى المحتاج للشريفي ٢ / ٦٩ وما بعده . والمهذب للشيرازي ١ / ٤١٦ .

² شرح النيل وشفاء العليل لابن اطفيش ١٠ / ٢٦٩ .

³ بدائع الصنائع للكاساني ٢ / ٢٨٨ .

⁴ المدونة الامام مالك ٢ / ١٩١ .

⁵ مغنى المحتاج للشريفي ٣ / ٢٠٨ .

ويقول الامام ابن قدامة الحنبلي¹ " أجمع من نحفظ عنهم من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج بها حتى يعطيها مهرها " ².

نماذج للالتزامات المرتبطة الناشئة عن انحلال العقد بالبطالان أو الفسخ :

تفصح عبارات الفقه الاسلامي عن جواز استعمال الحق في الحبس في حالة ابطال العقد أو فسخه بحسب أن ذلك يستتبع إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وهو ما يقتضى في حالة البيع مثلاً ، رد المبيع الى البائع ورد الثمن الى المشتري وفي حالة الايجار يقتضى الابطال أو الفسخ رد الشئ المؤجر الى المؤجر ورد الأجرة الى المستأجر .. الخ .

ونظراً لتقابل تلك الالتزامات وارتباط بعضها ببعض فقد خول الشارع الحكيم كل طرف الحق في حبس التزامه للحمل على الوفاء بالالتزام المقابل له .

فبصدد فساد العقد أو أبطاله : نرى الفقه الحنفي ينص على أنه " ليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتباراً بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة التي دفعها للمؤجر وكذا المرهّن حتى يقبض الدين " ³ .

¹ هو ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة بن مقدام المقدسى ، ثم الدمشقى ، الحنبلى ، الملقب بموفق الدين . ولد سنة ٥٤١ هـ وتوفي سنة ٦٢٠ هـ .

ومن مصنفاته : المغنى ، والكافى . معجم المؤلفين ، ٦ / ٣٠ .

² المغنى لابن قدامة والشرح الكبير للمقدسى ٨ / ٥٨٠ .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن قياس الفقهاء المهر على البيع في جواز الحبس إنما قصد به الحفاظ على المرأة والاحتياط لها لا النيل من كرامتها . وكيف يكون ذلك وهي التى كانت موضع تكريم الاسلام بنسأ وزوجة وأم ، وفضلاً عن ذلك فإن عقد الزواج في نظر الفقه الاسلامي إنما هو عقد معاوضة وذلك يستتبع حق الزوجة في استيفاء المهر قبل تسليم نفسها الى زوجها وبالتالي فإن من حقها منع الزوج من الدخول بها حتى يسلمها المعجل من صداقها تسليمًا بتسليم .

³ فتح القدير ٥ / ٢٣٤ .

وبصدد فسخ العقد : جاء في الفتاوى الهندية ما يلي :

" رجل اشترى بعقد صحيح من آخر أرضا بثمن معلوم نقده للبائع وقبض المشتري الأرض ثم بعد مدة تفاسخا البيع المذكور وأراد البائع استرداد الأرض قبل رد الثمن الذي قبضه من المشتري . فامتنع المشتري من تسليم الأرض المذكورة حتى يأخذ الثمن ، فهل يكون للمشتري حبس الأرض لأجل استرداد الثمن - أجب - له ذلك والحال ما ذكر في الدر المختار وحواشيه " ¹ .

كما يقول صاحب أسنى المطالب الشيخ زكريا الأنصارى ² " وللمشتري حق الحبس للمبيع بعد الاقالة لاسترداد الثمن سواء قلنا أنها فسخ أم بيع . لأننا ان قلنا انها بيع فللبائع الحبس كالرد بالعيب " ³ .

ويقول الامام الرملى في حاشية على أسنى المطالب " لو تفاسخا الاجارة كان للمستأجر أن يحبس العين لقبض الأجرة لأن المستأجر أخذها على مقابلة الأجرة " ⁴ .
كما يثبت الحق في الحبس اذا كان الفسخ بسبب الرد بالعيب في المبيع وذلك هو ما نص عليه الامام الشريفي بقوله ((للمشتري بعد فسخه بالعيب حبس المبيع الى استرجاع ثمنه من البائع ...)) ⁵ .

نموذج للالتزامات المرتبطة الناشئة عن وضع مادی بحث :

¹ الفتاوى الهندية ٣ / ١٧٥ .

² هو زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الأنصارى ، السنيكي ، القاهري ، الازهرى الشافعي (زين الدين ، ابو يحيى) عالم مشارك في الفقه والفرائض والتفسير والقراءات والتجويد والحديث والتصوف والنحو والتصريف والمنطق والجدل . ولد بسنيكة سنة ٨٢٦ هـ ونسأ بها ثم تحول الى القاهرة وتولى القضاء وتوفي بها في ٤ من ذى الحجة سنة ٩٢٦ هـ . من تصانيفه : شرح مختصر المزني في فروع الفقه الشافعي ، حاشية على تفسير البيضاوى ، حاشية على شرح بدر الدين الألفية بن مالك في النحو سماها الدرر السنية . معجم المؤلفين ، ١٨٢/٤ .

³ أسنى المطالب شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى ٢ / ٧٥ .

⁴ حاشية الرملى الكبير على أسنى المطالب ٢ / ٧٥ .

⁵ مغنى المحتاج للشريفي ٢ / ٥٧ .

الأمر الأول : أن الملتقط ملتزم بالحفظ والصيانة للشيء الملتقط وقد يستلزم ذلك النفقة عليه ومن ثم فانه لا يمكن اعتبار النفقة في تلك الحالة من قبيل التبرع كما يقول أنصار الاتجاه الأول .
اذ كيف يكون متبرعا وهو ملتزم بالحفظ الذي تعتبر النفقة طريقا اليه ؟ .

الأمر الثاني : أن ما يراه أنصار الاتجاه الأول من ضرورة اللجوء الى الحاكم لالزام مالك اللقطة بدفع ما أنفق عليها قد لا يكون متيسرا في كل الأحوال وبخاصة مع الحالة التي تستدعي سرعة النفقة على اللقطة حفاظا عليها من الهلاك .
وفضلا عن ذلك فانه كيف يتصور أن يكون حق الملتقط تحت يده بجيازته للقطة ثم يجبر على تسليمها واللجوء من بعد الى الحاكم ليطلب باب الاجبار على الوفاء ؟ ولعل فيما سنه المشرع الاسلامي من حق الظفر ما يدعم تلك الوجهة من النظر .

الأمر الثالث : أن النفقة على اللقطة هو لصالح مالكيها بحسب أن حفظها من الهلاك إنما يعود عليه بالمنفعة ومن ثم فانه يجب عليه الوفاء بما أنفق عليها والا حق للملتقط حبسها لحمل المالك على الوفاء بذلك الالتزام المرتبط بهذه اللقطة .

نماذج للالتزام العقدي المرتبط بالتزام ناشئ عن وضع مادي :

تمهيد : من المعلوم أن العقد الملزم لجانب واحد ينشئ التزاما يقع على أحد طرفيه دون أن يكون الطرف الآخر ملتزما بشئ ، أي أن المدين في ظلال هذا العقد يظل مدينا فقط كما أن الدائن يظل دائنا فقط كالحال في كل من الوكالة والوديعة بدون أجر .

بيد أنه قد يحدث أن ينفق المودع لديه مثلا على الوديعة بعض النفقات لحفظها أو لصيانتها ، أو يدفع الوكيل مبلغا يقتضيه صالح الموكل أو الوكالة ذاتها .

وهنا ينشأ التزامان متقابلان مرتبطان ، التزام يقع على عاتق المودع لديه برد الوديعة والتزام على عاتق المودع برد ما أنفق المودع لديه على الوديعة ، بيد أن الالتزام الأول نشأ نتيجة للعقد الملزم لجانب واحد وهو المودع لديه ، بينما نشأ الالتزام المقابل له نتيجة وضع مادي بحت .
وهنا يثار التساؤل حول مدى حق كل من الوكيل والمودع لديه في حبس ما في حوزته لحمل الطرف الآخر على الوفاء بالالتزام المقابل له ؟ .

ذلك هو ما سأحاول استيضاح موقف الفقه الإسلامي منه على النحو التالي :

الاتجاه الأول :

يرى أنه لا حق للوكيل في حبس ما وكل في شرائه لحمل الموكل على الوفاء بالتزامه المرتبط بالشئ المراد حبسه والمتمثل في ثمن ما اشتراه الوكيل وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقه المالكي¹ وجمهور الشافعية² وجانب من الفقه الحنفي³.

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه على عدم حق الوكيل في الحبس الا بمقتضى الاتفاق عليه بما يلي :

¹ انظر المدونة للإمام مالك ٣ / ٢٧٠ حيث جاء فيها " قلت أرأيت أن وكلت رجلا يشتري لي طعاما من السوق أو سلعة من السلع وأمرته أن ينقد من عنده ، ثم أتته لأقبض ذلك منه فمنعني ذلك حتى أدفع اليه الذي نقصد . قال مالك ، أرى أن تأخذ السلعة وليس للمأمور (أي الوكيل) أن يمنعه السلعة لأنه إنما أقرضه الدنانير التي اشترى بها السلعة ولم يرهن شيئا فليس له أن يمنعه مما اشترى له من ذلك " .

² انظر شرح الوجيز للإمام الغزالي على هامش المجموع شرح المذهب ١١ / ٧١ حيث جاء فيه " ومتى قبض وكيل المشتري وغرم الثمن من ماله لم يكن له حبس ليغرم الموكل له ، وفيه وجه أن له الحبس وبه قال أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك للوكيل ثم ينتقل الى الموكل " .

³ انظر تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ٢٦١ حيث جاء فيه " وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لأنه نائب عنه ، فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل . ولا يحبس المبيع بعد القبض ، وهذا لأن المبيع أمانة في يده وليس للأمين حبس الأمانة بدين له على صاحبها " .

١. أن قبض الوكيل لما اشتراه لحساب موكله يعتبر قبضا من هذا الأخير ، ومتى اعتبر الموكل قابضا حكما فإنه لا يجوز للوكيل حبس ما تحت يده بحسب أنه يعتبر آنذا في منزلة الأمانة في يده ، ولا يجوز للأمين حبس الأمانة عن صاحبها والا اعتبر غاصبا¹.

٢. أن ملكية ما اشتراه الوكيل لحساب موكله تنتقل مباشرة من البائع الى الموكل ، ومتى كانت الملكية منتقلة الى هذا الأخير فإنه لا يجوز للوكيل حبس ما اشتراه لموكله.

٣. أن الوكيل بموافقته على دفع ثمن ما وكل في شرائه لحساب موكله ، يكون بمنزلة المقرض لهذا الأخير ومن ثم فإنه لا يجوز له حبس ما وكل في شرائه.

مناقشة هذا الاتجاه :

يبدو لي أن ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه الأول غير مسلم لما يلي :

أولا : أن دعوى أنصار هذا الاتجاه بأن قبض الوكيل انما هو قبض للموكل مما يستتبع انعدام حق الأول في الحبس انما هي دعوى غير مسلمة - ومرد ذلك - أن نطاق اعتبار قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل انما ينصب فقط على واقعة القبض ، ولا يلزم من اعتبار قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل التزام الأول بدفع الثمن من ماله وبخاصة مع ما يراه أنصار هذا الاتجاه من أن ملكية المبيع في تلك الحالة تنتقل مباشرة من البائع الى الموكل .

ثانيا : أن حبس الوكيل لما وكل في شرائه اقتضاء لثمنه لا يعتبر في تلك الحالة حبسا للأمانة عن صاحبها ، إذ أن ذلك يصدق في حالة امتناع الوكيل عن الرد دون مبرر متمثل في عدم دفع الموكل للثمن ، فإن ذلك لا يعتبر حبسا بدون مبرر مما يخوله الحق في الحبس اعمالا للمبدأ الشرعي العام من أنه " لا ضرر ولا ضرار "².

¹ تبين الحقائق للزيلعي ٢٦١/٤.

² أخرجه ابن ماجه عن عكرمة عن ابن عباس ، كتاب الأحكام ، في باب من بنى في حقه ما يضره بجاره ، ٧٨٤/٢.

ثالثا : أن دعوى أنصار هذا الاتجاه في أن دفع الوكيل للثمن يعتبر بمثابة القرض ، مما ينفي حقه في الحبس . انما هو قول لا ينهض عليه دليل يؤيده ، وذلك فضلا عن أننا لو سلمنا جدلا بأن الوكيل يعتبر مقرضا للموكل فان ذلك لا ينفي عن الأول كونه دائنا بحق مرتبط بما اشتراه مما يخولسه الحق في حبسه لحمل الموكل على الوفاء بالثمن .

رابعا : أن نيابة الوكيل عن الموكل يتحدد نطاق التزام الأول فيها في قيامه بعمل لحساب الموكل ولا يعتبر التزام الوكيل بدفع الثمن من مقتضيات القيام بواجب النيابة عن الموكل ، مما يستتبع حق الوكيل في الحبس لحمل الموكل على الوفاء بالتزامه .

خامسا : أن الوكيل غالبا ما يكون متبرعا بالقيام بواجب النيابة عن الموكل ، وليس ثمة شك في أن منع الوكيل من الحبس على النحو الذي يقرره أنصار هذا الاتجاه ، انما يعرض حق الوكيل للضياع على الرغم من كونه متبرعا بالعمل .

الاتجاه الثاني :

يرى ثبوت الحق للوكيل في حبس ما اشتراه لموكله لحمل هذا الأخير على الوفاء بالثمن الذي أداه أو التزم به هذا الوكيل . وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الحنفية¹ ورأى في الفقه الشافعي² . ومبنى ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه الأخير يتمثل فيما يلي :

¹ تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ٢٦٠ / ٢٦١ حيث جاء فيه ((وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله أي الوكيل بالشراء اذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع ، له أن يحبس المبيع بالثمن الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من أن المبادلة الحكمية قد جرت بينهما وصار الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه)) .

² انظر فتح العزيز للشيخ عبد الكريم الرافي شرح الوجيز على هامش المجموع شرح المذهب ١١ / ٧١ حيث جاء فيه ((... وفيه وجه أن له الحبس وبه قال أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ...)) .

أولاً : أن ملكية ما وكل الوكيل في شرائه تنتقل بداية إليه ، ثم تنتقل من بعد الى موكله بموجب المبادلة الحكيمة بين الموكل ووكيله والتي تتضمن عقد بيع حكيم بينهما ، بمقتضاه يلتزم الوكيل ببيع ما اشتراه لموكله . فيكون الوكيل آنئذ بمثابة البائع ويكون الموكل بمثابة المشتري ، ومضى كان ذلك كذلك فإنه يحق للوكيل حبس ما اشتراه لحمل الموكل على الوفاء بالثمن قياساً على عقد البيع¹.

ثانياً : من المعلوم أن حقوق هذا العقد ترجع الى الوكيل لا الى الموكل² ومن مقتضى ذلك التزام الوكيل بتسليم الثمن ولا شك أن اقدام الموكل على توكيل شخص مع علمه المفترض بذلك الالتزام الذي يقع على عاتق الوكيل انما يعتبر اذناً منه للوكيل بدفع الثمن عن موكله ، وبمقتضى هذا الاذن يحق للوكيل حبس ما اشتراه لحمل الموكل على الوفاء بالثمن³.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن تصوير علاقة الموكل بوكيله على هذا النحو قد استتبع في نظر أنصار هذا الاتجاه حق الوكيل في حبس ما اشتراه لموكله حتى وإن كان الثمن مؤجلاً لم يقسم الوكيل بدفعه بعد ، وذلك بحسب أن حق الوكيل في الحبس لا ينهض على كونه قد دفع الثمن عن موكله ، بل على أساس أنه بائع والموكل مشتري⁴.

مناقشة هذا الاتجاه :

¹ انظر فتح العزيز للشيخ عبد الكريم الرافي شرح الوجيز على هامش المجموع شرح المذهب ١١ / ٧١ .
² يفرق الفقه الاسلامي بين حكم العقد وحقوقه ، اذ يمثل الأول في الغرض المحدد المقصود من العقد بمقتضى وضع الشارع له دون تدخل من إرادة المتعاقدين استبعاداً أو تعديلاً . أما حقوق العقد فتمثل في مجموعة الالتزامات اللازمة لتنفيذ حكم العقد ومن ثم فإن انتقال ملكية المبيع الى المشتري مثلاً ، وانتقال ملكية الثمن الى البائع انما يكون بمقتضى حكم العقد ، أما الالتزام بتسليم المبيع الى المشتري وتسليم الثمن الى البائع فإن ذلك يعتبر من قبيل حقوق العقد .
أنظر د. حسين حامد حسان في المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ص ٤٢٥ .

³ تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ٢٦٠ / ٢٦١ .

⁴ تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ٢٦٠ / ٢٦١ .

يبدو لي أن هذا الاتجاه الأخير القائل بتقرير حق الوكيل في الحبس هو الراجح لضرورة الوفاء بالحقوق إلا أن تأسيسه لحق الوكيل في حبس ما تحت يده لموكله غير مسلم للاعتبارات التالية :

أولا : أن المبادلة الحكمية التي تصورها أو افترضها أنصار هذا الاتجاه كأساس لثبوت حق الوكيل في الحبس إنما هي محض افتراض لا يؤيده الواقع ، وذلك لأن الوكالة كما قلنا من قبل إنما هي عقد يرد على عمل بمقتضاه يلتزم الوكيل بالقيام بعمل نيابة عن الموكل وحسابه ، وذلك يناقض افتراض تلك المبادلة التي تقتضى اعتبار الوكيل بائعا والموكل مشتريا من هذا البائع .

ثانيا : أن ذلك الافتراض يناقض الإرادة الصريحة للموكل ووكيله في اعتبار هذا الأخير نائبا عن الأول في الشراء لحسابه ، وليس ثمة وجه للجوء إلى حكم مفترض يناقض ما دلت عليه تلك الإرادة الصريحة للموكل ووكيله .

ثالثا : أن ذلك الافتراض لا يتفق مع ما هو مسلم به فقها من ضرورة كون البائع مالكا لما يبيعه أثناء العقد والا كان بائعا لما لا يملك ، فكيف إذن يفترض اتفاق الموكل مع وكيله على أن يبيع هذا الأخير ما سيشتريه للأول مع أن الوكيل ليس مالكا له وقت ذلك الاتفاق المفترض.

رابعا : أن اللجوء إلى ذلك الافتراض ومن ثم النظر إلى الوكيل على أنه بمزلة البائع وإلى الموكل على أنه بمزلة المشتري قد استتبع الوقوع في تناقض مفاده . أن أنصار هذا الاتجاه يرون كما سبق ثبوت حق الوكيل في حبس ما اشتراه لموكله حتى وإن كان الثمن مؤجلا لم يدفع بعد من الوكيل ، وذلك في حين أن الحق في الحبس يفترض ابتداء حلول الوفاء بالحق المقابل للشئ المحبوس وذلك هو ما تنطق به النصوص الفقهية لأنصار هذا الاتجاه الأخير¹.

مدى جواز استعمال الحبس بصدد عقد الوديعة :

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٦١ / ٧ ، مغنى المحتاج للشريني ٧٢ / ٢.

من المعلوم أن النفقة على عاتق صاحبها بحسب الأصل ، بيد أن الفقه الاسلامي يرى أن النفقة على الوديعة من المودع لديه دون اذن من صاحبها أو من القضاء يعتبر من قبيل التبرع وذلك هو ما عبر عنه الامام السرخسي بقوله " اذا كانت الوديعة ابلا أو بقرا أو غنما وصاحبها غائب فإن أنفق عليها المستودع بغير أمر القاضي فهو متطوع لأنه متبرع بالانفاق على ملك غير الغير " ¹ .

أما اذا كانت النفقة باذن من المودع أو القاضي حق للمودع لديه الرجوع بتلك النفقة على صاحب الوديعة ² . ومع أن الفقهاء نصوا على ضرورة رد الوديعة عند طلبها من المودع ، بحسب أنها أمانة في يد المودع لديه وذلك يستوجب وجوب ردها عند طلبها ، الا أنهم لم يصرحوا بأن للمودع لديه الحق في حبس الوديعة حتى يستوفى ما يستحقه من النفقة عليها وبسببها .

مناقشة هذا الرأي :

ويبدو لي رجحان هذا الرأي لما بيان الراجع التالية :

أولا : أن ما نص عليه الفقهاء من وجوب رد الوديعة عند طلبها بحسب أنها أمانة في يد المودع لديه لا يتعارض مع جواز حبسها من هذا الأخير للحمل على الوفاء بما أنفق عليها ، وذلك بحسب أن الامتناع عن الرد في تلك الحالة لا يمثل امتناعا عن رد الوديعة لذا أنها حتى يقال أن المودع لديه قد خان الأمانة ، وإنما هو امتناع مقترن بما يبرره ، وذلك فضلا عن أن نطاق الالتزام بذلك الرد إنما يتحدد بحالة ما اذا كانت الوديعة في غير حاجة الى النفقة عليها ، وأنشد فان المودع لديه يكون خائنا للأمانة لو لم يجب المودع الى طلبه في الرد ، اذ يكون الامتناع هنا امتناعا لذاته وذلك خلافا لما نحن بصددده .

ثانيا : أن المودع لديه يقع على عاتقه شرعا واجب الحفظ والرعاية للشئ المودع لديه ³ وقد يستلزم ذلك الحفظ وتلك الرعاية ، النفقة على الوديعة من جانب المودع لديه ، ولا شك أن تلك

¹ المبسوط للسرخسي ١١ / ١٢٦ .

² تكملة حاشية ابن عابدين ٨ / ٣٧١ ، مغنى المحتاج للشريني ٣ / ٨٥ .

³ المهذب للشيخ الرازي ١ / ٣٦١ . المغنى لابن قدامة ٦ / ٣٨٤ . تبين الحقائق للزيلعي ٢ / ٧٧ ، مواهب الجليل على مختصر خليل للحطاب ٢ / ٢٨٥ .

النفقة هي لصالح المودع بحسب أنها تمثل أحياء لحقه وحفظا له وذلك هو ما يستوجب القول بأن القواعد العامة في الشريعة الغراء تأبى تعريض حق المودع للضياع بحسب أنه "لا ضرر ولا ضرار".

ثالثا : أن يمكن حمل ما يراه الفقه الاسلامي من أن النفقه على الوديعة من جانب المودع لديه تعتبر من قبيل التبرع ، يمكن حمل ذلك على النفقة الكمالية التي لا تلزم لحفظ أو صيانة الوديعة ، كمصروفات الزينة مثلا ، وأنتد فانه لا يحق للمودع لديه حبس الوديعة في مقابل مثل تلك النفقات .

رابعا : أن الفقه الاسلامي جعل من ثبوت الحق في حبس المبيع والتمن قاعدة عامة تصدق على سائر المبادلات المالية ، كما مر بنا في أكثر من موضع.

خامسا : أن ايداع المودع للوديعة لدى المودع لديه يتضمن اذنا مفترضا من الأول للأخير بالنفقة على الوديعة ومتى كان ذلك كذلك فانه يجب رد ما أنفقه المودع لديه على الوديعة وقد يكون المودع مماطلا فيتعين الحبس طريقا لحصول المودع لديه على حقه .

سادسا : ولئن كان الراجع في الفقه الاسلامي قد خول الملتقط - كما سبق - الحق في حبس اللقطة لحمل مالها على الوفاء بما أنفق عليها من جانب الملتقط على الرغم من أنه لا يمكن القول بأن صاحب اللقطة قد أذن صراحة أو ضمنا للملتقط في الانفاق عليها . فأولى أن يثبت للمودع لديه الحق في الحبس مع توافر الاذن الضمني بالنفقة على الوديعة بمقتضى ذلك الايداع .

سابعا : سبق أن رأينا بصدد الحديث عن مدى جواز الحبس في عقد الوكالة أن الراجع في الفقه الاسلامي يرى جواز الحبس من الوكيل لما وكل في شرانه لحمل الموكل على الوفاء بحقوق وكيله ويمكن القول هنا بأن ذلك يصدق بصدد الوديعة أيضا ، وذلك بجامع أن كلا منهما من قبيل عقود الأمانة .

الشروط الخامس

عدم وجود ما يمنع من استعمال الحق في الحبس

قد تتكامل الشروط السابقة لاستعمال الحق في الحبس ، بيد أنه يوجد ما يقتضى المنع من استعماله ، وقد يرجع ذلك المقتضى الى النص الصريح على ذلك كالحال فيما لو اتفق البائع والمشتري على التزام الأول بتسليم المبيع قبل تسلمه لثمنه الحال ، وآتذ فانه يجب الوفاء بهذا الشرط ، لعموم الأدلة الشرعية على ضرورة الوفاء بالعهود كقوله تعالى { وأوفوا بالعهد }¹ وقوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود }² ، فضلا عن وجوب الوفاء بالشروط المشروعة لقول الرسول صلى الله عليه الصلاة والسلام " المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"³.

ولقد ضرب الفقهاء العديد من الأمثلة لذلك ، ومنها ما لو اشترط الزوج على زوجته في العقد دخوله بها قبل تسلمها للمعجل من صداقها ، اذ لا يجوز للزوجة في تلك الحالة أن تحبس نفسها عن زوجها وفاء بهذا الشرط⁴.

وقد يكون مبنى التزام مريد الحبس بالتسليم بما جرى عليه العرف من وجوب تسليم أحد الطرفين لالتزامه قبل تسلمه للالتزام المقابل له ، كالحال فيما لو قضى العرف مثلا بوجوب تسليم المستأجر للأجرة الحالة قبل تسلمه للشئ المؤجر ، اذ لا يجوز للمستأجر حينئذ حبس الأجرة ، وذلك اعمالا لتلك القاعدة التي تقتضى بأن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"⁵.

¹ سورة الإسراء الآية : ٣٤ .

² سورة المائدة الآية : ١ .

³ أخرجه الترمذى عن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده ، . كتاب الأحكام . باب الصلح بين الناس ، ٣ / ٦٣٥ .

⁴ بدائع الصنائع للكاساني ٢ / ٢٨٨ ، المدونة للإمام مالك ٢ / ١٩١ .

⁵ مجلة الأحكام العدلية القاعدة رقم ٤٣ .

وفي ذلك يقول صاحب مواهب الجليل بصدد حديثه عن حبس الأجرة في عقد الإيجار ما نصه
" ويقضى بتعجيل الأجرة في عقد الإجارة إذا كانت العادة التعجيل " ¹.

وبالتالي فإنه لا يجوز للمستأجر حبس تلك الأجرة الحالة عن المؤجر في تلك الحالة. وقد يرجع المنع من
الحبس الى تعارض استعماله مع مصلحة قدر الشارع أنها أولى بالرعاية من مصلحة مريد الحبس كالحال
في الأشياء التي خصها المشرع بأحكام خاصة تهدف الى بقائها في حوزة حائزها أو مالكها رعاية لها
كتلك الأشياء التي منع المشرع الاسلامي التنفيذ الجبري عليها ببيعها لقسمة ثمنها بين دائني المدين .

ومثال ذلك ، ما قرره جمهور الفقهاء من عدم جواز التنفيذ الجبري على ما يلزم للمدين المفلس من
نفقة تكفي حاجته وحاجة من تلزمه نفقته من المأكل والمشرب والملبس والسكن والمداواة والتمريض
حتى يوم قسمة أمواله بين دائنيه ².

وما قرره كذلك جمهور الفقهاء من عدم جواز التنفيذ الجبري على بعض أموال المدين اللازمة
لمهنته بنفسه ، الا أن يكون ذلك التنفيذ الجبري عليها اقتضاء لثمنها بحسب أنها تكون حينئذ من عين
مال الدائن الموجودة في حوزة المدين المفلس ³.

وقد يرجع المنع من الحبس الى خروج محله عن دائرة التعامل لكونه لا يتمثل في مال كالحال في
عدم جواز حبس الرضيع نظير أجرة رضاعه وذلك لاعتبارين :

الاعتبار الأول : أن محل الحق في الحبس يجب أن يكون مالا سواء تمثل في دين أو في عين
وسواء أكان منقولاً أم عقاراً . ومن ثم فإنه لا يمكن أن يكون الانسان الحر محلاً لاستعمال هذا الحق ،
بحسب أن الانسان يخرج عن دائرة التعامل فيه .

¹ مواهب الجليل على مختصر خليل ص ٣٩٤ .

² الأم للشافعي ٣ / ٧٩ ، المغني لابن قدامة ٤ / ٤٩٣ ، والبحر الزخار لابن المرتضى ٥ / ٨٥ .

³ الخرشي ٥ / ٣١٠ ، البحر الزخار ٥ / ١٦٤ .

الاعتبار الثاني : أن الرضيع ليس هو مقابل أجرة ارضاعه وانما المقابل لذلك هو اللبن أصلا والخدمة تبعا له كما يراه الفقه الحنفى¹ وان كان الفقه الشافعي والحنبلى يرى أن مقابل الأجرة في هذا الصدد يتمثل في خدمة الموضع للرضيع والقيام على شئونه ، وذلك بحسب أن اللبن عين فلا يعقد عليه في الاجارة لكونها عقد على منفعة².

وأيا ما كان الأمر فان الرضيع ليس هو مقابل الأجرة حتى يمكن احتباسه فضلا عن كونه يخرج عن دائرة التعامل فيه .

¹ الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٤١ ، تبين الحقائق للزيلعي ٥ / ٢٦ .

² نهاية المحتاج للرملى ٥ / ٢٩٢ ، المغني لابن قدامة ٦ / ١٤ ، موسوعة الفقه الاسلامي الصادرة عن وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بدولة الكويت ١ / ٢٩٣ .

المبحث الثاني

في شروط

استعمال الحق في الحبس في القانون المدني

يفترض استعمال الحق في الحبس - كما في الفقه الاسلامي - ضرورة وجود التزامين متقابلين في ذمة شخصين بحيث يكون كل منهما دائن للآخر ومدين له في الوقت ذاته شريطة حيابة الدائن الحابس للشئ المحبوس وكون الالتزام المقابل له حالا وذلك فضلا عن ضرورة توافر الارتباط بين التزام الدائن الحابس والتزام المدين المحبوس عنه .

يجمع الفقه الوضعي على أن حيازة الدائن للشيء المحبوس تمثل شرطا أساسيا من شروط ثبوت الحق في الحبس¹. وذلك تأسيسا على أن هذا الحق قد تقرر لمصلحة دائن ليكون ذلك سبيلا الى حمل المدين على الوفاء بالتزامه المرتبط بالشيء المحبوس والمقابل له. بيد أن حيازة الدائن الحابس للشيء المحبوس قد تكون مقترنة بنية تملكه وقد تتجرد عن هذه النية فلا يعدو وضع اليد حيثئذ أن يكون مجرد احراز مادي.

وعندما يكون الحابس غير مالك للعين المحبوسة فإن الحيازة المطلوب توافرها في تلك الحالة لا تتمثل الا في ذلك الاحراز المادي لذلك الشيء المحبوس، بحسب أن الدائن الحابس حينئذ لا يظهر في حيازته للشيء المحبوس بمظهر مالكة، وذلك فضلا على أن الحق في الحبس لا يهدف الى تملك الحابس للشيء المحبوس، وانما يهدف فقط الى وضع اليد المؤقت على شيء مملوك للمدين المحبوس عنه ضمانا لوفاء بدين الحابس.

ومن ثم سوى المشرع المدني الوضعي في ثبوت هذا الحق بين من كان حائزا للشيء حيازة قانونية وبين من كان حائزا له حيازة عرضية بمقتضى ما قرره الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدني من أن الحق في الحبس يكون لحائز الشيء أو محرزه دون تفرقة بينهما. فإن الحق في الحبس كما يثبت لمالك العين كما في حبس المؤجر العين المؤجرة² يثبت كذلك للمودع عنده وللمستعير وللفضولي وللولي أو الوصي على مال القاصر³.

¹ الوسيط للدكتور السهوري جـ ٢ ف ٦٤٢ ص ١١٣٨ وما بعدها.

² المرجع السابق جـ ٢ ف ٦٤٢ ص ١١٣٩ هامش ١، أحكام الالتزام والاثبات للدكتور اسماعيل غانم ص ٢٢٨

³ دكتور اسماعيل غانم في المراجع السابق ص ٢٢٨.

ويلزم لصحة الحيازة توافر الأمرين التاليين :

الأمر الأول : أن تكون حيازة مشروعة كما في حبس الوديعة لدى المودع حتى يسوفي المودع ما أنفق الأول عليها من نفقات لحفظها أو لصيانتها .
وذلك بخلاف ما لو توصل الدائن الى وضع يده على الشئ بطريقة غير مشروعة كالسرقة أو الغصب ، اذ يلتزم السارق أو الغاصب برد المغصوب أو المسروق الى مالكه ، ولا يجوز له حبسه للحمل على اقتضاء ما أنفق عليه من مصروفات .
وذلك هو ما أفصحت عنه الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدني حينما قصت بحرمان حائز الشئ أو محرزة من الحق في حبسه متى كان التزامه برده ناشئا عن عمل غير مشروع وذلك تأسيسا على أن الحق في الحبس تنهض شرعيته ابتداء على مقتضيات العدالة وحسن النية ، ولا شك أن ذلك يكون مفتقدا ازاء الحيازة بطريق غير مشروع.
ويصدق ذلك الحكم على الأشياء التي تكون في حيازة الدائن لحفظها حفظا ماديا بمقتضى واجبه الوظيفي . ومن ثم ، فانه لا يجوز للموظف في محل تجاري مثلا حبس الخزائن المعهود اليه بحفظها للحمل على الوفاء بأجره¹ .

الأمر الثاني : أن تكون هذه الحيازة سابقة أو معاصرة للحق المقابل للشئ المحبوس . وبالتالي فان الحق في الحبس لا يثبت متى كان حق الدائن سابقا على تلك الحيازة . وذلك بحسب أن الحق في الحبس ضمان لا يتعلق بنية الطرفين بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية² .

¹ الوسيط للدكتور السهوري ٢ / ١١٤٢ هامش ٢ .

² المرجع السابق ف ٦٤٢ ص ١١٤٥ هامش ١ .

الشرط الثاني

حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشئ المحبوس

اجمع الفقه الوضعي على ضرورة توافر هذا الشرط بالرغم من أن المادة ٢٤٦ مدني لم تنص صراحة على ضرورة توافر هذا الشرط الا أن الفقه يجمع على ضرورة توافره مستندا في ذلك الى عدة مبررات¹.

المبرر الأول : أن المادة ١٦١ مدني مصري المتضمنة لشروط جواز الدفع بعدم التنفيذ نصت على أنه " في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " . وحيث ان الدفع بعدم التنفيذ لا يعدو أن يكون تطبيقا من تطبيقات الحق في الحبس في اطارالعقود الملزمة للجانبين فان ذلك يستتبع القول بضرورة توافر هذا الشرط.

المبرر الثاني : أن التطبيقات التي أوردها التقنين المدني لاستعمال هذا الحق ، تستلزم ضرورة حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشئ المحبوس حتى يتسنى استعمال هذا الحق ، كما نصت عليه المادة ٤٥٩ مدني من أنه " اذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع في الحال . للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق " ².

المبرر الثالث : أن الغاية من شرعية استعمال الحق في الحبس تستلزم بالضرورة حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشئ المحبوس .

¹ انظر في الاجماع الفقهي على ضرورة توافر هذا الشرط ومبررات ذلك .

- الوسيط للدكتور السنهاوري جـ ٢ ف ٦٤٢ ص ١١٤٣ .

² المرجع السابق جـ ٢ ف ٥٤٢ ص ١١٤٣ هامش ٢ .

وتأصيل ذلك : أن الحق في الحبس يمثل وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس . ومن البديهي أن الحمل على الوفاء بالالتزام يقتضى كونه لازم الوفاء في الحال والا كان في ذلك إجبار على الوفاء بالدين قبل حلول أجله وهو ما لا يجوز .

ويستوى أن يكون حلول الوفاء بمقتضى الاتفاق عليه أو يكون بمقتضى النص القانوني على اعتبار الالتزام حالا وإن كان مؤجلا بحسب الأصل¹.

ولئن كان الاتفاق هو المصدر الأصلي لاستحقاق الوفاء الحال للالتزام المقابل للشيء المحبوس فإن التساؤل هنا يثور حول مدى حلول الالتزام المقابل للشيء المحبوس في العقد المطلق عمن شرط التعجيل أو التأجيل .

ومن البديهي أن ذلك لا يثور بصدد العقود التي يمكن أن تتم فيها المبادلة في آن واحد كما في البديع ، إذ أن خلو مثل هذا العقد عن شرط التعجيل أو التأجيل لمقابل الشيء المحبوس يقتضى كونه حالا ما لم يكن هناك نص يقضى بغير ذلك .

ولكن هذه المشكلة تثار بصدد العقود الزمنية كالحال في عقد الإيجار لما هو معلوم من أن استيفاء المنفعة يستغرق المدى الزمني لهذا العقد لاستحالة إتمام المبادلة بين العوضين في آن واحد .

الأجل القضائي لا يبرر سقوط الحق في الحبس :

أسلفنا القول حول ضرورة حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس كشرط من شروط استعمال الحق في الحبس . وبالتالي فإن هذا الحق لا يثبت حيث يكون الالتزام المقابل للشيء المحبوس مؤجلا الوفاء .

¹ د. السنهوري في الوسيط جـ ٣ ف ٧٢ ص ١١٣ هامش ٣ .

غير أنه ليس كل أجل يستتبع هذا الأثر ، المتمثل في عدم جواز استعمال الحق في الحبس . إذ أن ذلك لا يصدق الا بصدد الأجل الاتفاقي ، بحسب أن الاتفاق بين الدائن ومدينه على منح الأول للأخير هذا الأجل ، انما يعني تنازلا من جانب الدائن عن استعمال حقه في الحبس . ومن ثم فإن الأجل القضائي لا يعتبر مبررا لسلب الدائن مكتنة استعمال هذا الحق اذ يظل الحق في الحبس قائما معه ، وذلك تأسيسا على أن نظرية الميسرة أو الأجل القضائي يتمثل الباعث عليه في الرغبة في مساعدة المدين المعسر ، ولا تصلح تلك المساعدة أن تكون سببا في سلب حق الدائن في حبس التزامه للحمل على الوفاء بالالتزام المقابل له .

ولئن كان الأجل القضائي في نظر الفقه الفرنسي لا يحول دون استعمال هذا الحق تأسيسا على ما نصت عليه المادة ١٦١٢ مدني فرنسي.

فان الفقه المصري الوضعي قد أسس قضاءه بذلك على دليل قياسي ، بخلص في أن المقنن المدني المصري قد قرر في المادة ٣٦٢ مدني عدم حيولة الأجل القضائي دون وقوع المقاصة على الرغم من أنها طريق من طرق انقضاء الالتزام لكونها معادلة للوفاء¹.

مدى أثر التبرع بالأجل على سقوط الحق في الحبس :

يرى جانب من الفقه أن تبرع الدائن بالأجل بعد قيام الالتزام حالا في ذمة المدين ، لا يستتبع سقوط حق الدائن في الحبس نظرا لأن الفرض في هذا الصدد أن الدائن " لم يرد بمنحه أجلا أن يتنازل عن حقه في الحبس " ومن ثم فان الحكم هنا يكون كالحكم في حالة الأجل القضائي².

¹ الوسيط للدكتور السهوري ف ٦٤٢ ص ١١٤٥ .

أحكام الالتزام والاثبات للدكتور اسماعيل غانم ف ٣٨٧ ص ٣٣٨ .

² الوسيط للدكتور السهوري ٢ / ١١٤٣ هامش ٢ .

أحكام الالتزام والاثبات للدكتور اسماعيل غانم ص ٢٣٤ .

الشرط الثالث قيام الارتباط بين الدينين

ولا يكفي في هذا الشرط أن يكون هناك دينان متقابلان , بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين . والارتباط نوعان :

- | | |
|-------------------|----------------------|
| 1 . ارتباط قانوني | connexite juridique |
| 2 . ارتباط مادي | connexite materielle |

(1). الارتباط القانوني *connexite juridique*

هو ارتباط معنوي يجمع بين التزامات الطرفين المتقابلة بحيث يجعل منها علاقة موحدة تستند الى تصرف قانوني معين أو الى ما يشبه ذلك .

ويوجد هذا الارتباط القانوني في أقوى صورته بين الالتزامات الأساسية المتبادلة التي تنشأ من العقود الملزمة للجانبين كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن , اذ يكون التزام كل من الطرفين سببا في التزام الطرف الآخر وتكون العلاقة بين الالتزامين لا مجرد ارتباط بل تبلغ حد التساند .

ويترتب عليها أن عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزامه يحول الطرف الآخر ان يطلب فسخ العقد أو أن يتمتع هو عن تنفيذ التزامه ويكون امتناعه عن التنفيذ تطبيقا للحق في الحبس .

واذا انحل العقد الملزم للجانبين بعد تنفيذه , سواء كان انحلاله بالبطلان أو الفسخ أو لاي سبب اخر , فان التزام كل من الطرفين برد ما أخذه يكون بينه وبين التزام الطرف الاخر بالرد ارتباط قانوني يميز الحق في الحبس , لان الالتزامين متقابلان وتجمعهما علاقة موحدة ناشئة عن تنفيذ عقد أدركه الانحلال , وهو ما يسمى بالارتباط القانوني .

ويوجد الارتباط القانوني أيضا في العقود الملزمة لجانب واحد بين الالتزامات التي تنشأ من هذه العقود ذاتها والالتزامات التي تنشأ بسبب تنفيذ هذه العقود , كالتزام الوديع برد الوديعة والتزام

المودع برد ما أنفق الوديع في حفظ الوديعة أو بتعويض ما أصاب الأخير من ضرر بسببها فيجوز للوديع أن يحبس الوديعة الى أن يوفيه المودع بالنفقات والتعويضات المذكورة , وكذلك التزام الوكيل بأن يودى الى الموكل ماتسلمه لحسابه قد يقابله التزام الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد فيكون بين الالتزامين ارتباط قانوني ولو أن الالتزام الأخير ليس ناشئا من عقد الوكالة بل من واقعة الانفاق باعتبارها فعلا نافعا للموكل , وذلك لان الالتزامين متقابلان وتجمعهما علاقة موحدة تدور حول عقد من العقود .

ويرى فريق من الشراح أن الارتباط القانوني بين الالتزامات يوجد ولو لم يكن هناك عقد على الإطلاق , كما في التزام الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة والتزام رب المال ما تحمله الفضولي من نفقات وتعويضه عما أصابه من أضرار بسبب ما قام به من عمل , وكذلك فيما يتعلق بالتزام الوصي أن يسلم الى الصغير بعد بلوغه أمواله التي كانت تحت يده والتزام الصغير برد ما أنفق الوصي في تنفيذ الوصاية . فيجوز لكل من الطرفين أن يحبس ما هو مدين به الى أن يوفيه الطرف الآخر بما هو مستحق له .

(٢). الارتباط المادى *connexite materielle*

هو الذى يخول الدائن ان يحبس الشئ الذى اندمج فيه حقه , أو نجم عنه هذا الحق كما في حالة حائز الشئ أو محرزه اذا أنفق عليه نفقات ضرورية أو نافعة , فان اندماج ما أنفق على الشئ الموجود تحت يده يخوله حبس هذا الشئ الى أن يستوفى ما أنفق , وكما في حالة من أصابه ضرر بسبب سقوط شئ أو الحيوان مملوك لآخر عليه في داره , فانه يكون له حق حبس هذا الشئ أو حيوان الى أن يوفيه المالك بالتعويض اللازم¹.

¹ الوسيط للدكتور السنهاوري جـ ٢ ص ١١٤٩ هامش ١ .

الشروط الرابع

عدم وجود مانع من استعمال الحق في الحبس

قد تتكامل شروط استعمال الحق في الحبس ومع ذلك يوجد ما يمنع من استعماله كما يجري عليه العرف من عدم جواز حبس صاحب الفندق لخدماته عن التزيل قبل أن يستوفى الأول الأجر المقابل من التزيل الذي حصل على بعض الخدمات في الفندق .

ومبنى عدم جواز استعمال الحبس في تلك الحالة أن العرف يعتبر مصدرا رئيسيا من مصادر القانون فهو ملزم كالقاعدة التشريعية سواء بسواء. وبالتالي فإن استعمال الحبس من الملتزم بالبدء في التنفيذ عرفا يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية وإن كانت ثابتة بمقتضى العرف .

وقد يكون مبنى عدم جواز استعمال الحق في الحبس خروج ما يراد حبسه عن دائرة التعامل فيه ، فإنه لا يجوز لمعهد الجنائز الامتناع عن تسليم جثة الميت لأهله لعدم دفعهم مصاريف الجنازة¹ .

وقد يكون مبنى عدم جواز استعمال الحق في الحبس التزام مريد الحبس بحفظ الشيء حفظا ماديا بمقتضى واجباته الوظيفية ، ومن ثم فإنه لا يجوز للصراف في محل تجاري حبس الخزانة لا المعهود اليه بحفظها حتى يستوفى أجره² .

وأخيرا فإن عدم جواز الحبس قد يكون راجعا الى ما يقضى به النص القانوني أو ما تقتضيه المصلحة العامة . إذ لا يجوز مثلا حبس الأشياء التي تكون غير قابلة للحجز عليها بمقتضى النص القانوني ، كما في الأجور والمرتبات إلا في ذلك النطاق المنصوص عليه وهو الربع وكما في عدم جواز الحجز على الكتب اللازمة لمهنة المدين وأدوات الصناعة التي يستعملها بنفسه في عمله ، ولا

¹ الوسيط للدكتور السهوري جـ ٢ ف ٦٤٢ ص ١١١٩ هامش ١ .

² د. السهوري في المرجع السابق ص ١١٤٢ هامش ٢ .

على الدقيق اللازم لقوت المدين وعائلته لمدة شهر ولا تخرج العلة في عدم جواز الحبس في تلك الحالة عما نص عليه الفقه الاسلامي من أنه لو جاز استعمال الحق في الحبس في مثل تلك الأحوال لاستتبع ذلك تعويت الغرض الذي قصد المشرع تحقيقه من التقرير بعدم قابلية مثل هذه الأشياء للحجز عليها¹.

وكما تقرره المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ من أنه لا يجوز للمحامي أن يحبس عن موكله ما عهد اليه من مستندات وأوراق أصلية الى أن يستوفي ما له من أتعاب².

وأخيرا فإن المنع من استعمال الحق في الحبس قد يكون قائما على ما تقضى به المصلحة العامة كما في عدم جواز حبس الأملاك العامة بحسب أن ذلك يستتبع تقويت المصلحة العامة التي أعدت لها تلك الأموال ، وبالتالي فإنه لا يجوز لمستأجر الملك العام حبسه حتى يستوفي ما أنفق عليه من مصروفات نظرا لأن المصلحة العامة في الانتفاع به مقدمة على المصلحة الخاصة³.

الا أن الفقه الوضعي قد اختلف حول مدى جواز حبس العين الموقوفة ، وإن كان الراجح في هذا الفقه يرى جواز حبسها نظرا لأن الحبس في ذاته لا يخرج عن كونه حقا مؤقتا اذ لا يؤدي الى بيع العين المحبوسة ، ومن ثم فإن حبسها لا يتنافى مع طبيعة الوقف ولا يؤدي الى تقويست الغرض المقصود منه⁴.

¹ الوسيط للدكتور السهوري ف ٦٤٢ ص ١١٤٠

- أحكام الالتزام والاثبات للدكتور اسماعيل غانم ف ١٠١ ص ٢٣٠ .

² د. اسماعيل غانم في المرجع السابق ف ١٠١ ص ٢٣٠ .

³ الوسيط للدكتور السهوري ج ٢ ف ٦٤٢ ص ١١٤٠ .

- د. اسماعيل غانم في أحكام الالتزام والاثبات ف ١٠١ ص ٢٣٠ .

⁴ د . السهوري في المرجع السابق ٢ / ١١٤٠ هامش ٢ .

خلاصة ومقارنة :

يبين مما تقدم أن القانون المدني يتفق مع الفقه الاسلامي في ضرورة حيازة الحابس للشئ المحبوس وحلول الوفاء بالالتزام المقابل له فضلا عن ضرورة توافر الارتباط بين التزام الحابس والتزام المحبوس عن وانتفاء ما يمنع من استعمال الحق في الحبس .

الا أن الفقه الاسلامي قد اشترط فضلا عن ذلك كون أحد الالتزامين عينا والآخر دينا للعللة الشرعية التي أشرنا اليها من قبل وهو ما لم يشترطه القانون المدني المصري بحسب أنه جعل من الحق في الحبس نظرية عامة تطبق على سائر الالتزامات المتقابلة والمرتبطة بعضها ببعض على النحو المتقدم وتطبيقا لذلك أجاز القانون المدني من حيث المبدأ حبس دين في مقابل دين وحبس عين في مقابل عين

ومع ذلك, فإن النصوص المتعلقة بآثار الحق في الحبس وأسباب انقضاءه - م ٢٤٧، ٢٤٨ - قد عرضت فقط لتلك الحالة التي تحبس فيها عين معينة بالذات في مقابل دين مرتبط بها ارتباطا قانونيا أو ارتباطا ماديا ، بحسب أن تلك الصورة هي الأكثر شيوعا في الواقع الذي على التقنين المدني المصري بتنظيمه .

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على الحق في الحبس

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حقوق الحابس

- ١ . الامتناع عن تسليم العين
- ٢ . حق الحابس في حبس توابع العين المحبوسة
- ٣ . حق الحابس في حبس ثمار العين المحبوسة

المبحث الثاني : واجبات الحابس

- ١ . المحافظة على العين المحبوسة
- ٢ . رد الشيء المحبوس عند انقضاء الحق في الحبس

المبحث الأول حقوق الحابس

١. الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس

مقى توافر شرط استعمال الحق في الحبس ، حق للدائن الحائز للعين حبسها وذلك بالامتناع عن تسليمها للمحبوس عنه .
ويظل حق الحابس قائما طالما لم تخرج العين المحبوسة من حيازة الحابس بمقتضى ارادته الحرة ، ومن ثم ، فان خروج العين من حيازة الحابس دون ارادته يخوله الحق في استردادها بحسب أن حقه في حبسها قد ثبت بمقتضى تقرير الشارع له فلا يجوز لأحد أبطاله دون رضاه¹ على حد تعبير الفقهاء .

الوفاء الجزئى لا يسقط الحق في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس :
قد يوفى المدين المحبوس عنه جانبا من حق الحابس المقابل للشيء المحبوس ، غير أن ذلك لا يعتبر مبررا لسقوط الحق في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس اذ يظل حق الحابس في ذلك قائما حتى يستوفى هذا الأخير كامل حقه المقابل لتلك العين بحسب أن الحق في الحبس غير قابل للتجزئة² .

وتطبيقا لمبدأ الوفاء الجزئى قضى الفقهاء بأنه اذا بيع شيان في صفقة واحدة ، فان للبائع الحق في حبسهما معا طالما لم يوف المشتري بكامل ثمنهما حتى ولو كان لكل من هذين المبيعين ثمن محدد ومستقل عن الآخر ، طالما أنهما يباعا في صفقة واحدة .

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٦٥ ، ناشر زكريا على يوسف ، مصر ، مغنى المحتاج للشريبي ٢ / ٦٥ وما بعده .

² بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٦٥ .

ووجه ذلك أن المشتري لم يكن ليقبل تفريق الصفقة الواحدة عند قبوله للمبيع ، وبالمقابل فإنه لا يمكن تفريق الصفقة على البائع¹.

والأمر كذلك فيما لو باع شخص شيئا واحدا لشخصين وقام أحدهما بالوفاء بنصف الثمن كان للبائع حبس المبيع الى حين قيام المشتري الآخر بالوفاء بالنصف الباقي من الثمن² وذلك بحسب أن استحقاق جزء من الشئ المحبوس كاستحقاقه كله لعدم قابلية هذا الحق ابتداء للتجزئة كما سبق³

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى الأمرين التاليين :

الأمر الأول : أن الحق في الحبس كما يثبت للحابس في مواجهة مدينه وهو المسالك للعين المحبوسة ، فإن هذا الحق يثبت كذلك في مواجهة ورثة هذا الأخير في حدود تركته⁴ وذلك فضلا عن أن هذا الحق ينتقل من الحابس الى ورثته بحسب أنهم خلف عام له في جميع حقوقه.

الأمر الثاني : أن استعمال الحق في الحبس لا يعدو أن يكون اتخاذا لموقف سلبي لا بد أن ينتهي اذ لا يمكن أن يظل الحال على ما هو عليه الى الأبد ، ومن ثم فإن ما يسفر عنه استعمال هذا الحق لا يخرج عن أحد فرضين .

الفرض الأول : أن يتمسكا بالوفاء معا في وقت واحد اختياريا ، وحينئذ فإنه يتعين أن يسلم كل منهما للآخر ما هو مدين به تسليما متعاصرا يدا بيد⁵ .

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٦٢ ، ناشر زكريا على يوسف ، مصر .

² المرجع السابق

³ المرجع السابق ٧ / ٣٢٦٣ .

⁴ حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤ / ٤٦ ، والتكملة الثانية للمجموع ١٢ / ١٩٤ .

⁵ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ٤ / ١٠٤ ، البحر الرخار للمرتضى ٤ / ٣٦٩ .

الفرض الثاني : أن يمتنع كل منهما عن تسليم الآخر ما هو مدين به ، وحينئذ فلا بد من رفع الأمر الى الحاكم ليحجر كلا منهما على تسليم الآخر ما هو ملتزم به ، أو وضعه في حوزة عدل وفي ذلك يقول الامام الرملى مقررًا وجوب اجبارهما على التسليم في تلك الحالة " فيلزم الحاكم كلا منهما بأحضار ما عليه أو الى عدل ، فاذا فعل سلم الثمن للبائع والمبيع للمشتري يبدأ بأيهما شاء " ¹

كما يقول صاحب الشرح الكبير "واذا قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عينا أو عرضا جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم اليهما " ².

٢. حق الحابس في حبس توابع العين المحبوسة

من القواعد الفقهية المجمع عليها أن التابع من الأشياء يأخذ حكم متبوعه ³ ، وتطبيقا لتلك القاعدة فإن توابع العين المحبوسة تحبس معها تبعًا لها ، وذلك تحقيقًا للغاية من استعمال الحق في الحبس

ولقد ذكر الفقهاء بعض الأمثلة لذلك :

ومنها ما لو حبس البائع عن المشتري الأمة الحامل وفاء لثمنها . فإن انفصال حملها عنها قبل تسليمها يخول البائع الحق في حبس الأمة ووليدها .

وفي ذلك يقول الامام الخطيب الشربيني أثناء حديثه عن حبس المبيع المتمثل في أمة حامل " ولو انفصل قبل القبض فللبائع حبسه لاستيفاء الثمن ... " ⁴.

¹ في نهاية اختاج للامام الرملى ١٠٤ / ٤ .

² الشرح الكبير للمقدسى المطبوع مع المغنى لابن قدامة ١١٣ / ٤ .

³ الأشباه والنظائر للامام السيوطي ص ١٣٠ . الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٠ .

⁴ مغنى اختاج للشربيني ٦٢ / ٢ .

ومجمل القول في ذلك : أن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد سنوا قاعدة عامة تقضى بصدق الحكم في المتبوع من الأشياء على تابعه على ما مر بيانه ، ومن ثم فإن حبس الأرض الزراعية مثلاً يشمل ما عليها من شجر أو بناء¹ شريطة أن تكون هذه الأشجار من تلك التي يقصد بغرسها الدوام والاستمرار كأشجار الفاكهة مثلاً ، لكون مثلها هو الذي يصدق عليه أنه تابع ، كما يلحق بهذا النوع من الأشجار في الحكم الزرع التي تبقى جذورها في الأرض وتجز ثمارها مراراً كالقصب أو تقطف ثمارها مرة بعد أخرى كالنرجس والبنفسج² .

كما يدخل في بيع البستان توابعه من شجر وأبنية محيطة به لدخولها في مسمى البستان³ . ومن توابع الأرض التي يلحقها الحق في الحبس حقوق الارتفاق كمسيل الماء وشربه شريطة أن تكون داخلية في تلك الأرض⁴ .

وبالنسبة للبيع الوارد على الدور فإن توابعها تتمثل في كل ما كان ثابتاً فيها مثل الأبواب والشبابيك لأن اسم الدار يصدق على ذلك⁵ بخلاف ما لم يكن ثابتاً فيها كالفرش فانها ليست من الملحقات وبالتالي فانها لا تدخل في توابع العين المبيعة أو المحبوسة⁶ .

¹ معنى احتاج للشربى ٧٧ / ٢ ، ٧٨ . المغنى لابن قدامة ٤ / ١٩٨ / ١٩٩ .

² المغنى والشرح الكبير ٤ / ١٩٧ .

³ انظر المغنى لابن قدامة ٤ / ١٩٩ حيث ورد فيه " فاذا قال بعثك البستان دخل فيه الشجر لأن البستان اسم للأرض والشجر والحائط " .

⁴ أما حقوق الارتفاق الخارجة عن الأرض فلا تأخذ حكمها إلا بمقتضى الشرط على ذلك : وهذا هو ما عبر عنه الخطيب الشربيني في معنى احتاج ٢ / ٨١ بقوله " ولا يدخل في بيع الأرض مسيل الماء وشربها حتى يشترطه كأن يقول بحقوقها . وهذا في الخارج عن الأرض . أما الداخل فلا ريب في دخوله " .

⁵ الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ٤ / ١٩٩ حيث جاء فيه " واذا باع داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها وما هو متصل بما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة والخواري المدفونة والرفوف المسمرة والأوتاد المغروزة والحجر المنسوب من الرحا وأشباه ذلك " .

⁶ معنى احتاج للشربى ٢ / ٨١ .

كما يثبت للحابس الحق في حبس ثوابع العين المحبوسة على النحو السابق بيانه فانه يحق له كذلك حبس ثمار تلك العين .

ولقد ضرب الفقهاء مثالا لذلك بثمار النخيل بحسب أن النخيل كان يعتبر أصلا لكل الثمار لورود النص فيه ¹ ويأخذ حكمه كل ما كان على شاكلته قياسا . الا أن الفقهاء قد فرقوا في هذه القضية بين فرضين :

الفرض الأول : أن تكون النخيل غير مؤبرة لحظة العقد عليها ، وحينئذ فانها تكون ملك المشتري وذلك باعتبار أن التأبير اللاحق على العقد هو السبب الظاهر في الثمر . وقد تم ذلك بعد البيع فيكون ملكا للمشتري ومن ثم لا يثبت للبائع الحق في حبس تلك الثمار تبعا لأصلها .

الفرض الثاني : أن تكون هذه النخيل مؤبرة قبل التعاقد وحينئذ فان الثمار لا تكون ملكا للمشتري الا بمقتضى الشرط على ذلك ² وحيث يتنفي ذلك الشرط فان الثمار تكون ملكا للبائع ³ .

¹ وهو حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترط المبتاع " .
والتأبير التشقيق والتلقيح ومعناه شق طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شئ من طلع النخلة الذكر . والحكم مستمر بمجرد التشقيق ولو لم يضع فيه شئنا . فتح الباري شرح صحيح البخاري ٤/٤٦٩ حديث رقم ٢٢٠٤ .

² المغني لابن قدامة ٤ / ١٩٠ / ١٩١ .

³ المغني لابن قدامة ٤ / ١٩٠ / ١٩١ ، مغني المحتاج للشربيني ٢ / ٨٢ / ٨٣ .

المبحث الثاني واجبات الحابس

١ . المحافظة على العين المحبوسة

في مقابل الحقوق التي سنّها المشرع الاسلامي للحابس ، فانه قد ألزمه بعدة التزامات يقسوم على رأسها وجوب المحافظة على العين المحبوسة¹ .

ويتأسس الزام الحابس بهذا الواجب على أن الشيء المحبوس انما هو مملوك للمحبوس عنه وما كانت شرعية حبس العين عن مالكها الا ضمانا لحصول الحابس على حقه ، فضلا عن أن تلك الحيازة انما هي لمصلحة الحابس فوجب عليه من ثم حفظ الشيء المحبوس ورعايته² .

غير أن الفقه الاسلامي قد أحال على الرهن بصدد تحديده لماهية هذا الحفظ ومعيّاره وما يعتبر خروجاً عليه وذلك بحسب أن الحبس والرهن قد شرع كل منهما ضمانا للحقوق ، فضلا عن أن كلا منهما يمثل كذلك حبسا لعين في مقابلة دين وذلك هو ما عبر عنه الامام السرخسي بقوله " لان المرهون محبوس بالدين كما أن المبيع محبوس بالثمن " ³ .

¹ معنى الاحتاج للثريبي ٢ / ٦٧ .

² المعنى لابن قدامة ٢ / ٤٤٢ .

³ المبسوط للسرخسي ٣ / ١٩٥ .

معيار الحفظ الواجب على الحابس وما يعتبر خروجاً عليه :

ان المرهّن ملزم بدرجة من الحفظ للشيء المرهون تماثل درجة حفظه لماله¹ وبالتالي فان معيار الالتزام بالحفظ حينئذ يعتبر معياراً شخصياً بحسب أن درجة حفظ الانسان لماله تختلف من شخص الى آخر فمنهم من يصل الى درجة كبيرة، ومنهم من تكون درجة استعداده لذلك متوسطة ومنهم المتهاون الذي لا يهتم ، مما قد يعرض أمواله للتلف والضياع .

ومع أن ذلك هو مدلول المعيار الشخصي - بحسب الأصل - الا أن هناك حداً أدنى من الحفظ يجب أن يتوافر بحيث لا يعتبر الشخص مقصراً فيه عرفاً .

ومضى كان المرهّن ملتزماً بالحفظ على هذا النحو فان ذلك يستتبع وجوب دفعه لكل ما من شأنه أن يؤدي الى هلاك الشيء المرهون أو يكون سبباً في تلفه مادام ذلك في استطاعته² .

ولقد ضرب الفقهاء عدة أمثلة للخروج على هذا المعيار ومنها ما لو سافر المرهّن بالشيء المرهون دون اذن من الراهن³ أو تصرف الراهن في المرهون بالبيع أو الإيجار أو الهبة أو الرهن أو الإعارة بدون اذن من المرهّن ، ومنها ما لو استعمل المرهّن المرهون كأن يركب الدابسة أو يلبس الثوب المرهون⁴ .

¹ بداية الاجتهاد لابن رشد ٢ / ٢٧٦ ، شرح النيل وشفاء العليل لابن اطقيش ١١ / ٢٢٠ .

² المغنى لابن قدامة ٢ / ٤٤٢ .

³ الأم للشافعي ٣ / ١٤٨ .

⁴ شرح العناية على الهداية للبايرتي ١٠ / ١٥٠ .

وتجد الإشارة في هذا الصدد الى الأمور التالية :

الأمر الأول : أن واجب الحفظ للعين المحبوسة يمتد ليشمل ضرورة حفظ توابع تلك العين وثمارها وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تفضي بأن " التابع تابع " ¹.

الأمر الثاني : أن الالتزام بهذا الحفظ يقع كذلك على عاتق العدل الذي اتفق كل من الحابس والمحبوس عنه على وضع العين المحبوسة في حوزة ².

الأمر الثالث : أن تغير حالة الشيء المحبوس عن الحالة التي كان عليها قبل حيازة الحابس له وعلى نحو لا يستطيع معه الحابس حفظ الشيء لزيادة في النفقة مثلاً أو تعرضه للهلاك يوجب رفع الأمر الى الحاكم ليتخذ ما يراه بشأنه. ³.

الأمر الرابع : أن الحابس وإن كان يحق له حبس ثمرات العين المحبوسة وحفظها على النحو المشار اليه من قبل ، إلا أنه لما كانت تلك الثمرات ملكاً للمحبوس عنه فإن الحابس يلتزم بتقديم حساب للأول عن تلك الثمرات إذ لا يجوز للحابس تملكها أو التصرف فيها.

¹ مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ٤٧ .

² معنى المحتاج للشربى ١٤٦ / ٢ .

³ المعنى لابن قدامة ٣٨٨ / ٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤٤ / ٣ .

٢. رد الشيء المحبوس عند انقضاء الحق في الحبس

و شرعية استعمال الحق في الحبس انما تهدف الى تحقيق غاية محددة . تتمثل في حمل مالك العين المحبوسة على الوفاء بالدين المقابل لها . ومن ثم فان تحقيق تلك الغاية يستتبع بالضرورة تسليم تلك العين لمالكها تطبيقا لقاعدة وجوب تسليم البدلين . وبالتالي فان واجب الرد يكون من مقتضيات ذلك التسليم ، فضلا عن ذلك فان العين المحبوسة كالشيء المرهون لا تعدو أن تكون وثيقة بالدين لا غير ، ولاشك أن ذلك التوثيق ينقضى بانقضاء هذا الدين ، ومن ثم فقد قرر الفقهاء بصدد الرهن - والحبس في ذلك وجوب رد المرهون الى الراهن بعد الوفاء بالدين المضمون .

وهنا يثار تساؤل حول مدى التزام الحابس بتسليم العين المحبوسة لمالكها في حالة عدم طلبها من المحبوس عنه على الرغم من وفائه بالدين المضمون بتلك العين ؟.

مدى التزام الحابس بتسليم العين المحبوسة الى مالكها دون طلب منه :

نجد ان فقهاء الاسلام لم يتعرضوا لتلك الجزئية بصدد حديثهم عن الحق في الحبس ولكن تعرضوا لها بصدد حديثهم عن الرهن .

ومجمل القول في ذلك ، أن الفقه الاسلامي يتنازعه اتجاهان ازاء مدى التزام المرهّن بتسليم العين المرهونة للراهن في حالة عدم طلبها من هذا الأخير على الرغم من وفائه بالدين المضمون بتلك العين .

الاتجاه الأول :

يرى أنه لا يجب على المرتهن تسليم المرهون للراهن وذلك بحسب أن المرهون في تلك الحالة يعتبر أمانة في يد المرتهن ، وذلك هو ما ذهب اليه الشافعية¹ والحنابلة² والظاهرية³ وبعض فقهاء الزيدية⁴.

ووجه ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه :

أن المرهون مقبوض باذن الراهن وقد كان وثيقة وأمانة في يد المرتهن ، وحيث انتفى كونه وثيقة بالوفاء ، تعين بقاء الثاني وهو كونه أمانة في يد المرتهن فيكون حينئذ كالوديعة . ولا شك أن النظر في تلك الحالة على أن الشيء المرهون أمانة في يد المرتهن ، انما يستتبع عدم تحميله لتبعة الهلاك الا في حالة التقصير أو التعدي .

الاتجاه الثاني :

يرى ضرورة التفرقة بين ما اذا كانت براءة ذمة المدين الراهن مؤسسة على وفائه بالدين وهنا تكون يد المرتهن على المرهون يد ضمان ويتعين بالتالى على المرتهن تسليم المرهون الى الراهن .

أما اذا كانت براءة ذمة المدين الراهن مؤسسة على ابراء المرتهن له من الدين أو هبته له ، فان يد المرتهن حينئذ تكون يد أمانة وبالتالي فانه لا يجب عليه تسليم المرهون الى الراهن وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الحنفية⁵ والبعض الآخر من فقهاء الزيدية⁶.

¹ الأم للشافعي ٣ / ١٤٣ ، مغني المحتاج للشربيني ٢ / ١٣٧ ، ١٤١ .

² المغنى لابن قدامة ٣ / ٢٩٩ .

³ اغلى لابن حزم ٨ / ١١٥ ، ١٢٥ .

⁴ البحر الزخار للمرتضى ٤ / ١٢٣ .

⁵ تبين الحقائق للزيلعي ٦ / ٦٨ ، الهداية للمرغيناني ٤ / ٩٦ ، ١١٦ .

⁶ البحر الزخار للمرتضى ٤ / ١٣٣ .

الفصل الرابع

انقضاء الحق في الحبس

وفيه مبحثان :

المبحث الاول : انقضاء الحق في الحبس في الفقه الاسلامي.

- ١ . انقضاء الحق بالوفاء أو مايقوم مقامه
- ٢ . انقضاء الحق في الحبس بترول الحابس
- ٣ . انقضاء الحق في الحبس بهلاك العين المحبوسة

المبحث الثاني : انقضاء الحق في الحبس في القانون الوضعي.

- ١ . انقضاء الحق بالوفاء أو مايقوم مقامه
- ٢ . انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون
- ٣ . انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تخلي الحابس طواعية من حيازته
للشيء المحبوس
- ٤ . انقضاء الحق في الحبس بمقتضى إخلال الحابس بالتزامه الناشئة
عن الحبس

المبحث الأول انقضاء الحق في الحبس في الفقه الاسلامي

(١) انقضاء الحق في الحبس بالوفاء أو ما يقوم مقامه

الحكمة من شرعية جواز استعمال الحق في الحبس تتمثل في حمل المحبوس عنه على الوفاء بالالتزام المقابل للعين المحبوسة.

ومتى تم ذلك الوفاء فإن علة استعمال الحق في الحبس تزول مما يستتبع انقضاء الحق في استعماله.

وهذا الوفاء لابد أن يكون وفاء كلياً^(١) بصرف النظر عن وسيلة هذا الوفاء فقد يكون وفاء نقدياً وقد يكون عن طريق المقاصة^(٢) وقد يكون عن طريق الوفاء بما يقابل الالتزام الأصلي المحبوس عنه^(٣).

والفقهاء قد اختلفوا حول حوالة الحبس بحقه على الغير هل يكون ذلك مسقطاً لحقه في الحبس أم لا؟ و توضيح ذلك فيما يلي:

مدى سقوط الحق في الحبس بالحوالة :

لقد انقسم الفقه الاسلامي ازاء هذا الموضوع الى الاتجاهين التاليين:

الاتجاه الاول:

^(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٦٢ / ٧ ، ناشر زكريا على يوسف، مصر ، مغنى المحتاج للشربيني ٧٥ / ٢ .

^(٢) البحر الرائق لابن نجيم ١٩٩ / ٦ ، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي ٧ / ٣ .

^(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ٧٦ / ٤ .

يرى عدم سقوط الحق في الحبس بالحوالة: و يمثلّه الامامان محمد وزفر من الحنفية
و ان اختلف تعليل كل منهما عن الآخر. اذ يرى الامام محمد أن العلة في عدم
سقوط الحق في الحبس في تلك الحالة: أن الحوالة لا تستتبع سقوط الدين عن المدين و ان
استتبع سقوط الحق في مطالبته، و متى بقى ذلك الدين المقابل للعين المحبوسة قائما فان
الحق في الحبس يظل قائما كذلك⁽¹⁾ و ذلك فضلا عن أن الحق في الحبس "يدور مع المطالبة
بالثمن لا مع قيام الثمن في ذاته بدليل أن الثمن اذا كان موجلا لا يثبت حق الحبس و
الثمن في ذمة المشتري قائم و انما سقطت المطالبة بالثمن"، فدل ذلك "على أن حق الحبس
يتبع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن في ذاته"⁽²⁾.

و ذلك بخلاف ما يراه الامام زفر من أن الحوالة لا تسقط الدين عن المدين كما أنها لا
تسقط الحق في مطالبته به، بحسب أن الحوالة لا يعدو دورها أن يكون كدور الكفالة، ولما
كانت هذه الأخيرة لا تسقط الحق في الحبس فانه لا يسقط كذلك بالحوالة⁽³⁾.

مناقشة هذا الاتجاه:

يبدو لي أن ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه غير مسلم للأمور التالية:

أولا: أننا و أن سلمنا بأن حق الحبس يدور مع المطالبة، إلا أن المطالبة هنا تتجه
الى الحال عليه و ذلك يفترض سقوطها ازاء الخيل مما يستتبع سقوط الحق في الحبس.

ثانيا: أن الحوالة بحسب مدلول لفظها تعنى النقل ومن ثم فان مقتضاها يتمثل في
نقل الدين، والدين اذا انتقل من ذمة الى أخرى فان ذلك يستتبع براءة ذمة الخيل مما يرتب
سقوط الحق في الحبس⁽⁴⁾.

(1) بدائع الصنائع للكاساني ١٨/٦.

(2) المرجع السابق.

(3) المرجع السابق ص ١٧.

(4) فتح القدير لابن الهمام ٥/٤٤٦.

ثالثاً: أن دعوى اعتبار الحوالة كالكفالة إنما هي دعوى غير مسلمة، و ذلك بحسب أن الكفالة تعنى ضم ذمة الى ذمة أخرى للتوثق، و ذلك بخلاف الحوالة التي تستتبع نقل الدين من ذمة الى أخرى و بالتالي فإنه لا يمكن اعتبار الحوالة بمرتلة الكفالة¹.

الاتجاه الثاني :

يرى سقوط الحق في الحبس بمقتضى الحوالة. واليه ذهب الحنفية² كما ذهب اليه الملكية³ و الشافعية⁴ و الحنابلة⁵.

و مبنى ما ذهب اليه جمهور الفقهاء في هذا الصدد أن الحق في الحبس يثبت ما بقى الدين المحبوس به، ولما كان هذا الدين قد انقضى بمقتضى انتقاله بالحوالة من ذمة المدين المحيل الى ذمة المحال عليه فان الحق في الحبس يسقط تبعاً لذلك⁶.

مناقشة هذا الاتجاه:

يبدو لى رجحان ما ذهب اليه أنصار الاتجاه الأخير هذا و ذلك بحسب أن الحوالة لا وجود لها ابتداء الا برضا المحال، و متى تحقق هذا الرضا فان المحيل يكون قد رضى تبعاً لذلك ببراءة ذمة المحيل من الدين و هو ما يستتبع القول بسقوط الحق في الحبس بمقتضى تلك الحوالة.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد الى الأمرين التاليين:

¹فتح القدير لابن الهمام ٤٤٦ / ٥.

²بدائع الصنائع للكاساني ١٨/٦ ، فتح القدير لابن الهمام ٤٤٦ / ٥.

³الامام الدردير في شرحه الكبير على هامش حاشية المدسوتي ٣ / ٣٦.

⁴مغنى المحتاج للشربيني ١٨٢ / ٢ ، الأم للشافعي ٣ / ٢٠٣.

⁵المغنى لابن قدامة ٧٩ / ٥.

⁶الفتاوى الهندية ١٥ / ٣ ، مجلة الاحكام العدلية المادة رقم ٢٨٢ .

الأمر الأول: أن الوفاء الكلى للدين المقابل للعين المحبوسة لابد أن يكون وفاء غير معيب. و من ثم فإن الوفاء متى كان معيبا فإن الحق في الحبس لا يسقط متى كانت العين في حوزة الحابس كالحال فيما لو كانت النقود التي أوفى بها المدين نقسودا مزيفة. أما اذا خرجت العين المحبوسة من حوزة الحابس في مثل تلك الحالة. فإن الفقه الحنفى يجمع على تحويل الحابس الحق في استردادها متى كان خروجها بغير ارادة الحابس¹ و ذلك بخلاف ما اذا خرجت العين المحبوسة بارادته فإن ذلك كان موضع خلاف فقهي.

الأمر الثاني: أن الحق في الحبس و ان كان يسقط بمقتضى الحوالة الا أنه لا يسقط بمقتضى الرهن و الكفالة. و مبنى ما يراه الفقه في هذا الصدد أن الرهن و الكفالة لا يترتب على أيهما براءة ذمة المدين مالك العين المحبوسة، و بالتالى فإن الحق في الحبس يظل قائما².

¹بدائع الصنائع للكاساني ١٥/٦ .

²المرجع السابق ١٣/٦ ، الفتاوى الهندية ٣ / ١٥ .

على الرغم من اتفاق الفقهاء حول انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تنازل الخابس عنه إلا أنهم اختلفوا حول مدى اعتبار ذلك مسقطا للحق في الحبس في بعض الحالات، واتكلم أولا عن سقوط الحق في الحبس بتزول الخابس ثم اذكر الصور التي اختلف حولها الفقهاء ، واليك البيان :

اولا : انقضاء الحبس بالتزول الصريح و الضمنى :

اتفق الفقهاء على اعتبار نزول الخابس عن حقه في الحبس من قبيل المسقطات لذلك الحق، و يستوى في ذلك أن يكون هذا التنازل صريحا أو ضمنيا.
ومن أمثلة التنازل الصريح:

تسليم العين المحبوسة لمالكها بمقتضى ارادة الخابس كما هي الحال فيما لو قبض المشتري المبيع باذن من البائع دون تسلم هذا الخير للثمن على الرغم من كونه حالا. و في ذلك يقول صاحب البدائع ما نصه ”لو قبض المشتري المبيع باذن البائع بطل حق الحبس لا يملك الاسترداد لأنه أبطل حقه بالإذن في القبض...“¹.

ومن صور التنازل الضمنى :

ما نص عليه الفقه من أنه لو منح البائع المشتري أجلا للوفاء بعد الاتفاق ابتداء على كون الثمن حالا. فان ذلك يسقط حق البائع في حبس المبيع و الأمر كذلك فيما لو كان الثمن مؤجلا بحسب الأصل، بيد أن المشتري لم يتسلم المبيع حتى حل ذلك الأجل، فليس للبائع حبس المبيع في مثل هاتين الحالتين و في ذلك يقول صاحب البدائع ”لو كان

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٦٥ / ٧ ناشر زكريا على يوسف، مصر ، معنى احتياج للشريبي ٢ / ٧٠ .
البحر الزخار للمرتضى ٤ / ٣٦٩ .

التمن مؤجلا في العقد، فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الأجل فله (أى المشتري) أن يقبضه قبل نقد التمن، و ليس للبائع حق الحبس لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل "و الساقط لا يعود"¹.

و كذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن آخر التمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الأجل له (أى المشتري) أن يقبضه قبل نقد التمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا"².

ثانيا :الصور المختلف حول مدى اعتبار التنازل فيها مسقطا للحق في الحبس من عدمه .

رغم إجماع الفقهاء على سقوط الحق في الحبس بمقتضى خروج العين المحبوسة من يد الحابس بإرادته - كقاعدة - إلا أن الفقه قد اختلف حول مدى صدق هذه القاعدة على حالتين هما:

الحالة الأولى: مدى الحق في استرداد ما كان محبوسا في حالة الوفاء المعيب.

الحالة الثانية: مدى الحق في استرداد ما كان محبوسا في حالة افلاس مالكه .

و بيان ذلك فيما يلي:

(١) الحالة الأولى :

مدى ثبوت الحق في استرداد ما كان محبوسا في حالة الوفاء المعيب .

اتفق الفقه الحنفى على عدم سقوط الحق في الحبس في حالة ما اذا كان الوفاء معيبا. طالما بقيت العين المحبوسة في يد الحابس، إلا أن هذا الفقه قد اختلف حول مدى حق الحابس في استرداده لحيازة ما كان محبوسا في حالة خروج العين المحبوسة بمقتضى ذلك الوفاء المعيب و برز في هذا الصدد الاتجاهان التاليان :

¹ مجلة الأحكام العدلية القاعدة رقم ٥١ .

² بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٦١ ناشر زكريا على يوسف، مصر ، مغنى المحتاج للشريبي ٧٣ / ٢.

الاتجاه الأول :

يرى أنه لاحق للحابس في استرداده لتلك العين بعد خروجها من حوزته في تلك الحالة. و ذلك هو ما ذهب اليه الأئمة أبو حنيفة¹ وأبو يوسف² ومحمد³.

وحجتهم في ذلك: أن الوفاء وإن كان معييا أو زيوفاً إلا أن الموفى إليه قد استوفى حقه بحسب الأصل⁴.

¹ هو النعمان بن ثابت الكوفي ، التيمي بالولا (أبو حنيفة) فقيه ، مجتهد ، امام الحنفية . اصله من ابناء فارس . ولد سنة ٨٠ هـ ، ونشأ بالكوفة وتولى ببغداد سنة ١٥٠ هـ . من آثاره : الفقه الأكبر في الكلام . المسند في الحديث رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي . العالم والمتعلم في العقائد والصناعات رواية مقاتل ، الرد على القدرية . وانحارج في الفقه رواية تلميذه أبي يوسف . معجم المؤلفين . ١٣ / ١٠٤ .

² هو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب بن خنيس الأنصاري (أبو يوسف القاضي) ، روى عن عطاء بن السائب وهشام بن عروة ، وتفقه على ابن أبي ليلى ثم على أبي حنيفة ، كان على أكبر تلامذته وأفضل معين له ، فقيه ، حافظ ، وهو أول قضاة في عهد ثلاثة من الخلفاء ، توفي سنة ١٨٢ هـ . (انظر قذيب التهذيب لابن حجر ٣٨٠ / ١١ . والفكر السامي للحجوى ٤٣٣ / ١) .

³ هو محمد بن الحسن فرقد الشيباني ، مولى بني شيبان ، ولد بواسط سنة ١٣٥ هـ ، وكان فقيها عالما ، كتب عن مالك كثيرا من حديثه ، ولازم أبا حنيفة ثم أبا يوسف بعده ، حتى صار مرجع أهل الرأي في حياة أبو يوسف . وله في ذلك مصنفات هي التي بقيت بأيدي الحنفية حيث استندوا عليها في معرفة مذهب أبي حنيفة وتعرف بكتب ظاهر الرواية . توفي سنة ١٨٩ هـ . (انظر الفكر السامي للحجوى ٤٣٥ / ١) .

⁴ بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٦٦ / ٧ ناشر زكريا على يوسف ، مصر .

الاتجاه الثاني:

يرى ثبوت حق الاسترداد في تلك الحالة. و ذلك هو ما ذهب اليه الامام زفر¹ من الحنفية² و الزيدية³.

و قد أسس أنصار هذا الاتجاه ما ذهبوا اليه على ما يلي:

أولا : أن الوفاء المعيب على هذا النحو يقدر في رضا الحابس بخروج المحبوس من يده، بحسب أن رضاه بذلك كان مؤسسا على وصول حقه اليه، ومن البديهي أن حقه يتمثل في السليم لا في المعيب. و من ثم فإن خروج العين المحبوسة في تلك الحالة يكون بغير ارادة من كان حابسا مما يخوله الحق في الاسترداد.

ثانيا: أن العين المحبوسة لا تعدو أن تكون كالعين المرهونة في الدين المقابل لها، ومن المسلم به ان حق المرهن في الرهن لا يزول بالوفاء المعيب، اذ يحق له الاسترداد في تلك الحالة، و قياسا على ذلك فانه يحق استرداد العين المحبوسة في حالة الوفاء المعيب. و قد ناقش أنصار الاتجاه الأول هذا الدليل الأخير بأن قياس الحق في الحبس على الرهن في هذا الصدد انما هو قياس مع الفارق من وجهين:

الوجه الأول :

¹ هو زفر بن هذيل بن قيس العنبري البصري . ابوه من أهل أصبهان ، أحد اصحاب الامام ابو حنيفة . غلب عليه الرأي حتى كان أكثر اصحاب ابو حنيفة اخذا بالقياس . توفي سنة ١٥٨ وله ٤٨ سنة . (انظر الفكر السامي للحجوي ٤٣٧/١)

² بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٦٦ / ٧ ناشر زكريا علي يوسف، مصر ..

³ البحر الزخار للمرتضى ٣٦٩ / ٤.

أن حق المرتهن يتعلق بالعين المرهونة لجواز استيفائه لحقه من ثمنها حالة تعذر الوفاء من الراهن، و ذلك هو ما يستتبع جواز استرداد الراهن للعين المرهونة في حالة الوفاء المغيب، و ذلك بخلاف الدين المقابل للعين المحبوسة فإنه يتعلق بذمة المحبوس عنه لا بالعين المحبوسة. ومن ثم كان القياس لذلك قياسا مع الفارق.

الوجه الثاني :

أنه لو صح هذا القياس لا تحد الحكم في حالة اعادة كل من الشيء المحبوس و الشيء المرهون، و لكنه غير ذلك. اذ يستتبع اعادة الشيء المحبوس بطلان الحق في الحبس و ذلك بخلاف اعادة المرهون فإنه لا يبطله¹.

مناقشة حجج الاتجاه الأول القائل بعدم جواز الاسترداد في تلك الحالة :

يبدو لي أن ما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه محل نظر لما يلي:

١. أن دعوى أنصار الاتجاه الأول بأن الوفاء بالمزيف انما هو وفاء بجنس الحق، انما هي دعوى غير مسلمة، اذ أن المزيف لا يمكن أن يكون من جنس غير المزيف.

٢. لو سلمنا جدلا بأن الوفاء بالمزيف انما هو وفاء بجنس الحق، فاننا لا نسلم انه وفاء بكل الحق بحسب ما هنالك من فرق في القيمة بين هذا و ذاك، ومن ثم فإنه يكون وفاء جزئيا.

٣. أننا لا تسلم بما ذهب اليه أنصار الاتجاه الأول من أن الوفاء بالمزيف انما هو وفاء بما

¹ بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٣٦٦ ناشر زكريا على يوسف، مصر .

تخلفت فيه صفة الجودة فقط، و ذلك بحسب أن الزيف لا يلحق صفة الجودة و
انما يلحق الأصل حيث ينتفى معه كون الوفاء صحيحا.

٤. أن سقوط الحق في الحبس بمقتضي هذا الوفاء المعيب ينطوي على مكافأة للموفي
على وفائه بما هو مزيف.

٥. أن أنصار الاتجاه الأول لم يتعرضوا بالمناقشة لما استدل به أنصار الاتجاه الثاني من أن
الرضا بخروج العين المحبوسة في تلك الحالة هو رضا معيب، و من المسلم به أن
الرضا المعيب يستلزم لتصحيحه اجازة من تعيب إرادته و ذلك ما لا وجود له في
حالتنا هذه.

(٢). الحالة الثانية :

مدى الحق في استرداد ما كان محبوسا في حالة إفلاس مالكة .
تفصح نصوص الفقه الاسلامي المتعلقة بموضوعنا ذاك عن أن حكمه لم يكن موضع
اتفاق عليه بين الفقهاء . ولهم في ذلك اتجاهان :

الاتجاه الأول:

يرى أنه ليس من حق الدائن استرداد ما كان في حوزته طالما قبضه مالكة باذن من
الحابس اذ هو في تلك الحالة أسوة الغرماء . و ذلك هو ما ذهب اليه الفقه الحنفي^١.
و كان من أبرز ما اعتمد عليه أنصار هذا الاتجاه من أدلة ما روى عن الرسول صلى الله
عليه الصلاة والسلام أنه قال ” أيما رجل مات أو افلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو
أسوة الغرماء“^٢.

^١ تكملة فتح القدير ٧ / ٣٣٠.

^٢ أنظر عمدة القارى في شرح البخارى ٢٢٥/٦ .

الاتجاه الثاني:

يرى أن مثل هذا الدائن أحق بعين ماله من سائر الدائنين الآخرين، متى توافرت الشروط الخاصة بذلك.

و متى كان الأمر كذلك فإنه يحق لمن كان حاسباً استرداد تلك العين لمواصلة حبسها و ذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء متمثلاً في المالكية¹ و الشافعية² و الحنابلة³ و الظاهرية⁴.

و قد اعتمد أنصار هذا الاتجاه على الأدلة التالية:

١. ما رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال "من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره"⁵.

٢. ما رواه الامام أحمد عن الحسن بن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "من وجد متاعه عند مفلس فهو أحق به"⁶.

٣. ما رواه الامام مالك في الموطأ عن أبي بكر بن عبدالرحمن (مرسلاً) عن النبي صلى

¹ مدونة الامام مالك ٤ / ١٢٢ .

² الأم للشافعي ٧ / ١٧٧ .

³ المغني لابن قدامة ٤ / ٤٥٦ .

⁴ الخليل لابن حزم ٨ / ١٧٥ المسألة رقم ١٢٨٣ .

"من فليس من حى او ميت فوجد انسان سلعته التى باعها بعينها فهو أولى بها من الغرماء وله أن يأخذها".

⁵ أخرجه الامام مالك ، كتاب البيوع ، باب ما جاء فى افلاس الغريم ، ٢ / ٦٧٨ .

⁶ نيل الاوطار للشوكاني ٥ / ٢٤٢ .

اللّه عليه وسلم أنه قال "أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجدته بعينه فهو أحق به وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء"¹.

و يبدو لي أن الحق فيما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه الأخير من القول بشرعية استرداد الدائن لعين ماله من حوزة المدين حالة أعسار هذا الأخير أو إفلاسه بموجب الحكم القضائي بذلك، لقوة ما استندوا إليه من أدلة.

شروط استرداد الدائن لعين ماله عند جمهور الفقهاء:

رغم أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى شرعية استرداد الدائن لعين ماله في تلك الحالة إلا أنهم نصوا في هذا الصدد على ضرورة تحقق عدد من الشروط أو الضوابط يأتها فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون التصرف معاوضة محضة:

اتفقت كلمة الفقهاء القائلين بشرعية استرداد الدائن لعين ماله في تلك الحالة على ضرورة كون التصرف الذي انتقلت به ملكية العين من الحابس إلى المحبوس عنه من قبيل المعاوضة المحضة كالبيع مثلاً. و بالتالي فإن هذا الحق لا يثبت حيثما يكون وجود العين في حوزة المدين المحبوس عنه بسبب معاوضة غير محضة كما في النكاح و الخلع و العفو عن القصاص على شيء معلوم و ذلك لتعذر الرجوع في البضع و العصمة.

-و تأصيل ذلك -

¹ أخرجه الإمام مالك في الموطأ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام، كتاب البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم، ٦٧٨/٢.

أن المرأة اذا تزوجت بصدّاق معلوم و معين و حال و دخل بها زوجها تم حكم بتفليسها، فليس لهذه الزوجة أن تسترجع بضعها الذي خرج منها لكون زوجها لم يؤد إليها صدّاقها الحال. اذ ليس أمامها من سبيل الا أن تحاصص الدائنين الآخرين بهذا الصدّاق¹.

الشرط الثاني: أن يكون التصرف سابقا على حالة الحجر على المدين. و ذلك شرط يدهى بحسب أن التصرف اللاحق على تلك الحالة لا يسرى في حق الدائنين الآخرين ومن ثم: فإن البائع مثلا لا يستأهل منحه مكنة المطالبة بالثمن بل ولا المحاصصة مع سائر الدائنين الآخرين نظرا لأنه دخل في تلك المعاملة وهو على بصيرة من خراب ذمة المشتري المفلس².

الشرط الثالث: أن لا يتعلق بتلك العين حق عيني للغير عليها. بمعنى أن استرداد الدائن لعين ماله مشروطا له كون هذه العين طليقة من كل حق عيني للغير عليها متى كان هذا الحق سابقا وجوده على الحكم بالحجر على المدين³.

الشرط الرابع: أن لا تتغير هذه العين عن الحالة التي كانت عليها عند التعاقد. اتفقت كلمة جمهور الفقهاء على أن بقاء العين في حوزة المدين على حالتها التي كانت عليها عند التعاقد يمثل شرطا أساسيا لشرعية القول باسترداد المدين لعين ماله. ومن ثم فإنه اذا تغيرت العين تغيرا ينقلها عن حالتها الأصلية الى حال آخر، كالحال فيما لو طحنت الحنطة أو

¹ غير أنه لو طلق الزوج زوجته قبل الدخول بها فسقط نصف مهرها و تبقي نصفه الآخر و كانت عين الصدّاق باقية في حوزة المرأة التي فلتست فان الزوج يكون أحق بالنصف الباقي لأنه عين ماله.

² المغني لابن قدامة ٤ / ٤٥٨ .

³ الامام الشافعي في الأم ٣ / ١٨٣ "ولو باع رجل من رجل عبدا فرهته ثم أفلس كان المرقن أحق به من الغرماء يباع منه بقدر حقه فان بقي من العبد بقية كان البائع أحق بها".

خيط القماش أو صنع الجلد مثلاً فإنه لاحق للدائن حينئذ في استرداد تلك العين لتغيرها
تغيراً جوهرياً أخرجها عن الحالة التي كانت عليها عند التعاقد¹.

(٣) انقضاء الحق في الحبس بهلاك العين المحبوسة

اتفق الفقهاء القائلون بشرعية حق الحبس على أن هلاك العين المحبوسة يمثل سبباً
لإنقضاء هذا الحق بحسب أن محله قد زال من الوجود ، و ذلك بصرف النظر عما يتحمل
تبعه الهلاك في تلك الحالة .

كما اتفقوا على تحمل من كان الهلاك بسبب يرجع إليه لتبعة هذا الهلاك و بالتالي
يتحمل الحابس تلك التبعة كلما كان مرجع الهلاك الى خطئه^(٢) ، كما يتحمل المحبوس عنه
هذه التبعة كلما كان مرجع الهلاك الى خطئه بحسب أن خطأ المحبوس عنه المستتب لتحقيق
الهلاك بمزلة قبضه للعين المحبوسة^٣.

أقوال الفقهاء حول تحديد التحمل لتبعة الهلاك بسبب أجنبي :

وان كان إجماع الفقه يقضي بتحمل من كان الهلاك بسبب يرجع إليه لتبعة هذا
الهلاك إلا أنهم اختلفوا حول تحديد التحمل لتبعة هلاك الشيء المحبوس حالة ما يكون
الهلاك بسبب أجنبي كآلة السماوية مثلاً ، حيث يظهر في هذا الصدد الاتجاهان التاليان :

¹ الأم للشافعي ٣ / ١٨٠ ، المغني لابن قدامة ٤ / ٣٦٥ .

² بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٢٢٥ ، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي ٣ / ١٥٠ .

مغني اختار للشريفي ٢ / ٦٧ ، الشرح الكبير مع المغني ٤ / ١١٦ .

³ المراجع السابقة

الاتجاه الأول :

يرى أن تبعة الهلاك في تلك الحالة تقع على الحابس ، و ذلك بحسب أن الهلاك يستتبع العجز عن تسليم العين الى مالكيها ، و القدرة على التسليم شرط لاستحقاق مقابل تلك العين ، و من البديهي أن الهلاك يفضي الى استحالة التسليم مما يجعل الحابس متحملا لتبعة الهلاك في تلك الحالة . و ذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ و المالكية⁽²⁾ و الشافعية⁽³⁾ و الحنابلة⁽⁴⁾ و الإباضية⁽⁵⁾ .

الاتجاه الثاني :

يرى أن حبس العين بمقتضى اذن الشارع لا يمثل اعتداء من الحابس فهو من ثم حبس بحق مما يستتبع تحمل المحبوس عنه لتبعة الهلاك في تلك الحالة ، اما حيث ثبت استعمال الحبس دون وجه شرعى لذلك ، فان الحابس يتحمل تبعة الهلاك في تلك الحالة كالحال فيما لو دعى الحابس الى تسليم مقابل تلك العين فأبى . و ذلك هو ما ذهب اليه الظاهرية⁽⁶⁾ و بعض فقهاء الزيدية⁽⁷⁾ .

مناقشة هذين الاتجاهين :

و الحق أن ما ذهب اليه انصار هذا الاتجاه الأخير هو الأولى بالترجيح و ذلك لما يلي:

⁽¹⁾ يدائع الصنائع للكاساني ٣٣٥ / ٤ .

⁽²⁾ الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي ١٤٧ / ٣ .

⁽³⁾ مغنى المحتاج للشربيني ٦٤ / ٢ .

⁽⁴⁾ الشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة ١١٦ / ٤ .

⁽⁵⁾ شرح النيل لابن اطفيس ٥١٤ / ٨ ، و ٥٩٦ / ٩ .

⁽⁶⁾ المحلى لابن حزم ٤٠٩ / ٨ مسألة رقم ١٤٤٢ .

⁽⁷⁾ البحر الزخار للمرتضى ٣٦٨ / ٤ .

أولاً : أن استعمال الحق في الحبس بمقتضى اذن الشارع يؤذن ببراءة الحابس من تحمل تبعه الهلاك في تلك الحالة . و ذلك بحسب انه لو قيل بتحميله لتلك التبعة لكان في ذلك عقوبة على استعمال ما سبق أن أذن الشارع فيه .

ثانياً : أنه لو قيل بتحميل الحابس لتبعة الهلاك في تلك الحالة لكان في ذلك مكافأة المحبوس عنه على تخلفه عن الوفاء بالتزامه ، و ذلك على الرغم من الأمر الشرعى بالوفاء بالعقود و العهود¹ .

ثالثاً : أنه لو خلا عدم الوفاء بالتزام من جزاء عليه لفقد العقد بذلك قوته الملزمة.

¹ على ما تشير اليه آيات كثيرة في القرآن الكريم منها :

١ . (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) سورة المائدة الآية : ١

٢ . (وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولاً) سورة الإسراء الآية : ٣٤

المبحث الثاني انقضاء الحق في الحبس في القانون المدني

(١). انقضاء الحق في الحبس بالوفاء أو ما يقوم مقامه

لا شك أن الحق في الحبس يمثل ضمانا تبعيا نظرا لكونه يتبع ديناً يمثل استعمال الحبس ضمانا بالوفاء به ومن ثم فإن كليهما يدور مع الآخر وجودا وعدما، وبالتالي فإن انقضاء هذا الدين يستتبع حتما انقضاء الحق في الحبس .

و قد ينقضي الالتزام المضمون بمقتضى الوفاء به كأن يستوفى الحابس المصروفات التي أنفقها على العين المحبوسة.

و أخيرا فإن الالتزام المضمون قد يزول دون وفاء كالحال فيما لو أبرأ الحابس المدين المحبوس عنه من ذلك الالتزام أو استحال تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه .

(٢). انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون

الحق في الحبس يهدف الى ضمان حق الحابس بمقتضى ما يخوله لهذا الأخير من الحق في الامتناع عن تسليم محل الحبس الى مالكه لحمله على الاسراع بالوفاء بالدين المضمون .

إلا أن المدين المحبوس عنه قد يكون بحاجة الى تسلم الشيء المحبوس لضرورة تلجئه الى ذلك أو حتى لغير ضرورة ، و هنا نجد المشرع الوضعى و قد وازن بين ضرورة الحفاظ على حق الحابس و بين رغبة المدين المحبوس عنه في تسلم محل الحبس .

فمن تلك الوسيلة التي تقضى بسقوط الحق في الحبس عندما يقدم المدين تأمينا كافيا للوفاء بحق الدائن الحبس اذ يقوم هذا التأمين مقام الحبس في ضمان حق ذلك الدائن وهو ما يستتبع زوال المبرر من استمرار الدائن في حبس التزامه .

و ذلك هو ما نص عليه عجز المادة ٣٤٦ مدني مصري من جواز الحبس " ما دام المدين (أى مالك العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " . و ذلك هو ما يجمع عليه الفقه المصري^(١) .

وأن يكون التأمين المقدم من المدين المحبوس عنه تأمينا كافيا للوفاء بحق الحبس ، ومناسبا للحق المضمون حتى يكون وسيلة للضغط على إرادة المدين للإسراع في الوفاء . ولا شك أن القضاء هو صاحب القول الفصل في تقدير مدى كفاية التأمين من عدمه .

و يستوى أن يكون التأمين المقدم من المدين تأمينا شخصيا أو يكون تأمينا عينيا^(٢) حيث جاء لفظ التأمين مطلقا في نص المادة ٢٤٦ و من المسلم به أن المطلق يظل على إطلاقه ما لم يرد ما يقيد ولم يوجد ذلك المقيد .

و قد يمثل التأمين المقدم من المدين المحبوس عنه في رهن حيازي مثلا مما يستتبع سقوط الحق في الحبس لخلول الرهن محل الشيء الذي كان محبوسا .

(٣) . انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تخلي الحبس طوعية من حيازته للشيء المحبوس

حيازة الدائن فشئ المحبوس تكون شرطا من شروط ثبوت الحق في الحبس و هو ما يستتبع القول بأن التخلي طوعية عن تلك الحيازة قبل حصول الدائن على حقه المقابل

(١) الوسيط للدكتور السهوري ف ٦٨٣ / ١١٩٠ / ١١٩١ .

احكام الالتزام والاثبات للدكتور اسماعيل غانم ف ١١١ ص ٢٤٥ / ٢٤٦ .

(٢) الوسيط للدكتور السهوري ص ١١٩١ .

و ذلك هو ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها ان " حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا و متى تم هذا التنازل فانه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك " (1).

و من أمثله التنازل الضمى ما لو منح البائع المشتري أجلا جديدا بعد البيع للوفاء بالثمن ، اذ يعتبر ذاك من قبول التنازل الضمى من الحابس عن حيازته للشيء المحبوس (2).

كما يعتبر من قبيل التزول الضمى ما لو خرجت العين المحبوسة من حيازة الحابس دون ارادته الا انه لم يستعمل حقه في استردادها خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٨ مدنى .

¹ أو ذلك هو ما قضت به محكمة استئناف القاهرة في ظل القانون المدنى السابق حيث نصت في احد احكامها على انه " ليس للبائع الذى خرجت من تحت يده العين المبيعة برضاه و تسلمها المشتري فعلا أن يطلب بعد ذلك استردادها و حبسها تحت يده لان البائع يكون قد نزل باختياره من حق حبس العين بتسليمها للمشتري قبل أن يقوم بدفع الثمن . استئناف القاهرة في ١٩٣٨/١٢/٢٧ - محاماة / ٢٠ / رقم ١٧١ ص ٤٥٧ أشار اليه الأستاذ السنهورى في الوسيط ج ٢ ص ١١٩٤ هامش ٣ .

² الوسيط في التأمينات العينية للدكتور عبدالفتاح عبد الباقي ف ٣٤٤ ص ٣١٩ .

(٤). انقضاء الحق في الحبس بمقتضى اخلال الحابس بالتزاماته الناشئة عن الحبس

الحق في الحبس يرتب حقوقا و التزامات على عاتق الطرفين ، الدائن الحابس
و المدين مالك الشيء المحبوس .

و تتمثل أهم التزامات الحابس - كما سبق أن أشرنا - في واجب الحفاظ على
الشيء المحبوس وفقا للمعيار الذى أشرنا اليه من قبل فضلا عن التزامه بتقديم حساب عن
غلته .

اخلال الحابس في الالتزام يستتبع امكان طلب سقوط الحق في الحبس قضاء ، و
مع أن القانون لم يشر الى الجزاء على الاخلال بواجب الحابس المتمثل في ضرورة تقديمه
حسابا عن غلة الشيء المحبوس الا انه يمكن القول بقياس الحكم في تلك الحالة على الحكم
في حالة اخلال الحابس بالتزامه بواجب الحفاظ و الصيانة ومن ثم فانه ليس هناك ما يمنع من
اللجوء الى القضاء لاستصدار حكم بانتهاء الحق في الحبس حالة ما يخل الحابس بذلك
الواجب كذلك ¹ .

¹ الوسيط للدكتور السهورى ف ٦٨٥ ص ١١٩٤ .

خلاصة و مقارنة حول مسقطات الحق في الحبس
في الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

١- أن القانونى المدنى يتفق مع الفقه الاسلامى في اعتبار الوفاء أو ما يقوم مقامه مسقطا للحق في الحبس .

٢- أن رأى الراجع في الفقه الاسلامى و ان كان يعتبر الحوالة من مسقطات الحق في الحبس الا أن هذا الفقه لا يرى في الرهن و الكفالة مسقطا لهذا الحق .
و ذلك بخلاف ما يراه القانون المدنى من اعتبار الكفالة و الرهن من مسقطات هذا الحق اللهم الا فيما أورده من استثناءات في هذا الصدد .

٣- أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الاسلامى في اعتبار التزول عن الحق في الحبس مسقطا له ، و سواء كان هذا التزول صريحا أو كان ضمنا على نحو ما تقدم بيانه من قبل .

٤- أن الوفاء المغيب لا يعتبر من مسقطات الحق في الحبس طالما لم تخرج العين المحبوسة من حوزة الحابس .

و ان كان جمهور الفقهاء المسلمين يقررون كذلك حق الحابس في استرداد العين التى خرجت من حوزة الحابس بناء على هذا الوفاء المغيب . و ذلك هو ما نرى ضرورة تقريره في الفقه القانونى تأسيسا على أن الوفاء المغيب لا يمثل وفاء كليا بحق الحابس فضلا عن أن خروج الشئ المحبوس من يد الحابس آنذ لم يكن مبنيا على الارادة الواعية بحقيقة الوفاء المغيب .

٥- أن جمهور الفقهاء المسلمين يقررون إمكان استرداد الحابس للشيء الذي خرج من يده في حالة إفلاس مالك هذا الشيء ، وهو ما لم ينص عليه القانون المدني.

٦- أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في اعتبار هلاك الشيء الخبوس مسقطا للحق في الحبس ، كما أن موقف القانون المدني من تحمل تبعه هلاك الشيء الخبوس يتفق ما يراه جمهور الفقهاء المسلمين من تحمل المدين لهذه التبعه متى كان الهلاك بسبب أجنبي.

الفصل الخامس

تطبيقات الحق في الحبس في الفقه الإسلامي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : المجال التطبيقي لحق الحبس في عقود المعاوضات :

١. عقد البيع
٢. عقد الإيجار
٣. عقد الوكالة

المبحث الثاني : المجال التطبيقي لحق الحبس في الارتباط المادي :

١. حبس الأبق واللقطة
٢. الحبس في حالة الغرس والبناء في الأرض المغصوبة
٣. حبس المرهون

المجال التطبيقي لحق الحبس في عقود المعاوضات

أولا : عقد البيع :

عرف عقد البيع في الاصطلاح الفقهي بأنه " ركن البيع مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب" ⁽¹⁾ . و بذلك يتسع البيع لصور كثيرة من التصرفات ، و الذى يعنينا منها أن بعضا من مقتضاه تعجيل التسليم من جانب واحد كالسلم أو كالصرف فلا يتحمل التأجيل من هذه الناحية ، و مع ذلك فالتسليم ليس ركن العقد و إنما هو ركن صحة فلا بد من وقوعه في مجلس العقد قبل الافتراق ⁽²⁾ ، و ذلك تحقيقا للمساواة بين الطرفين لأن البديلين متماثلين و لذا لا يمكن أن يتقرر بموجب هذه العقود الحق في الحبس لأحد الطرفين فقط .

أما عقد البيع : (أ) فللبائع حق حبس المبيع اذ يحق له حبس الشيء المبيع في بيع العين بالدين بشرط أن يكون الثمن حالا كله أو بعضه لاستيفاء الثمن كله بالصفة الواحدة

ومما يؤيد ذلك : ما أشارت اليه المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية من ان " للبايع حق حبس المبيع الى أن يستوفى ما هو حال من الثمن " وما نصت عليه المادة ٢٧٩ من مجلة الأحكام العدلية على أنه "ولو كان المبيع جملة أشياء ، بيعت صفقة واحدة ، فله حبسها (كلها) الى ان يستوفى الثمن الحال ، سواء سمي لكل منها ثمنه أو لم يسم " .

⁽¹⁾ بدائع الصنائع للكاساني ١٣٣ / ٥ .

⁽²⁾ و تفسير الافتراق هو أن يفترقا بأبداهما ... الخ " . بدائع الصنائع ٢١٥ / ٥ .

والنصوص السابقة توضح لنا انه :

يشترط لحق حبس البائع أن يكون البائع باع سلعة بثمن ، و ان يكون حقه في الثمن حالا و المبيع حاضرا ، فان كان المبيع غائبا عن فـللمشـترى أن يمتنع عن تسليم الثمن لتحقيق المساواة، لأن المساواة لا تتحقق اذا كان المبيع غائبا لأنه من الجائز أن يكون الشيء المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشتري فلا يؤمر بالتسليم الا بعد احضار المبيع⁽¹⁾.

أما الشافعي مذهب فذهبوا في قول له بأنه "يجبر البائع على الابتداء بالتسليم لرضاه بذمته ولا استقرار ملكه ، و في قول يجبران لوجوب التسليم عليهما⁽²⁾ .

اما فيما يتعلق بعدم تجزئة الحق في الحبس :

فيحق للحابس أن يحبس الشيء المبيع كله ولو قام المدين بتسديد جزء من الدين و ذلك من منطق المحافظة على وحدة الصفقة . و يستخلص ذلك من نص المادة ٢٧٩ من مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾ .

(ب) أما حق المشتري في حبس الثمن أى امتناعه عن أداء الثمن . فله على كل حال الحق في حبس الثمن عند ظهور عيب في المبيع⁽⁴⁾.

(1) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٧/٥ ، ٢٤٩ . المسوط للسرخسي ١٣ / ١٩٢ .

(2) المنهاج و شرحه النهاية ٣ / ١٥٩ ، الوجيز للغزالي ١ / ١٤٦ ، المسوط للسرخسي ١٣ / ١٩٢ ، بدائع الصنائع للكاساني ٢ / ٢٤٩ .

(3) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ٢٧٩ .

(4) الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني ص ١٦٨ وما بعدها ، شرح فتح القدير و حاشيته لابن الهمام ص ١٦٨ وما بعدها - البحر الرائق لابن نجيم ٦ / ٦٢ وما بعدها .

و اذا استحق المبيع قبل قبضه من المشتري ، كان للمشتري أن يحبس الثمن ، بل ان له في هذه الحالة حق الفسخ و استرداد الثمن اذا كان قد دفعه للبائع .

و في هذا نجد أن القانون كما تقدم يتفق مع الفقه الاسلامي في تقرير المشتري في حبس الثمن بالعيب و الاستحقاق .

ثانيا : عقد الايجار :

هل للأجير أن يتمسك بحق الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي ما يستحقه عن الأجرة ؟ للإجابة على هذا التساؤل نفرق بين استئجار الصناع و استئجار الأشياء .

(١) فيما يتعلق باستئجار الصناع ، "العمال" :

ذهب أكثر الفقهاء الى تأكيد حق الأجير في حبس محل العمل لاستيفاء أجره من صاحب العمل .

وذهب الحنفية : الى التفرقة بين ما اذا كان محل العمل تحت يد الأجير و بين ما اذا لم يكن في يده :

(أ) فإذا كان محل العمل تحت يد الأجير : فيرون أنه اذا أراد الأجير حبس العين بعد الانتهاء من العمل فيها لاستيفاء أجره كان له ذلك بشرط أن يكون له أثر في العين ظاهر كالخياط و الصباغ . لأن الأثر عند الحنفية هو المعقود عليه في هذه الحال ، و الأجير يقابله فكان كالمبيع يحبس لاستيفاء الثمن فكذلك هنا تحبس العين لاستيفاء الأجرة اذ في حبسها حبس للأثر^(١) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٣/٤ ، تبين الحقائق للزيلعي ١١١/٥ .

وإذا لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر كالحمال يرى الحنفية أنه لا يكون للأجير حق حبس العين المحمولة لاستيفاء أجره كالمبيع الذي يسلم إلى المشتري قبل قبض الثمن لا يعود البائع بعد ذلك إلى حبسه لاستيفاء الثمن⁽¹⁾.

(ب) أما إذا لم يكن محل العمل تحت يد الأجير و كان في يد المستأجر :

فإن أى جزء يتم من العمل يصير مسلماً إلى يد المستأجر و يكون للأجير حق المطالبة بأجره الذى يقابله إذا كان المستأجر ينتفع بهذا الجزء دون اتمام فإذا استأجره لحفر قناة في أرضه فحفر بعضها كان للأجير أن يطالبه بما يقابل ذلك البعض من الأجر نصفاً أو ثلثاً ، و على ذلك إذا استأجر خياطاً ليخيط له قميصاً في منزله فإن خاط له بعضه لم يكن له أجر على ما فعل لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه قبل الاتمام فلا تلزم له أجره إذ أنه غير مقابل بشئ منها ولا يستحق الأجر الا بتمام خياطته⁽²⁾.

مذهب الشافعية :

جاء في المذهب⁽³⁾ " إذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة فهل له أن يحبس العين حتى يقبض أجره ، فيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز لأن المؤجر لم يرهن العين عنده فلم يحجز له احتباسها.

ثانيهما : يجوز لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض و ذلك بحبس العين كالمبيع في يد البائع " .

⁽¹⁾ بدائع الصنائع للكاظمي ٢٠٤/٤ - ٢٠٥ ، مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ٤٨٢ - ٤٨٣ .

⁽²⁾ بدائع الصنائع للكاظمي ٢٠٥/٤ ، المبسوط للرخسى ٢٤ / ١١ ، ١٠٣ / ١٥ - ١٠٧ .

⁽³⁾ أنظر المذهب للشرازي ١ / ٤١٦ .

أما المالكية : فلم يأخذوا بالترقية التي قال بها الحنفية بل قالوا بأن الأجير له أن يحبس ما عمل حتى يقبض أجره⁽¹⁾.

مذهب الحنابلة : يرى الحنابلة أن الأجير له حق حبس محل العمل حتى يستوفى أجره من صاحب العمل⁽²⁾.

مذهب الإباضية : ذهبوا الى القول بجواز حبس الأجير سواء كان أجيرا خاصا أو أجيرا مشتركا محل العمل الذي تحت يده حتى يستوفى أجره من صاحب العمل⁽³⁾.

و بمراجعة آراء المذاهب الفقهية السابقة نجد أنهم اتفقوا حول المبدأ العام وهو حق الأجير في حبس محل العمل لاستيفاء أجره من صاحب العمل و أن اختلفت المذاهب في التفاصيل حيث يطلب الحنفية وجود الأثر الظاهر لعمله في محل العمل لكي يحق له حبسها تحت يده لكي يستوفى حقه ، بينما ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اشتراط ذلك حيث قالوا بحق الأجير في حبس العين محل العمل تحت يده لكي يستوفى أجره سواء وجد أثر ظاهر لعمله في محل العمل أو لم يوجد.

(1) جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك ٣ / ٤١٤ تحت عنوان القضاء بالإجارة قلت أرايت الخياطين و القصارين و الخرازين و الصوافين ، و أهل الفناغات (لعملهم أثر) اذا عملوا للناس بالأجرة اهتم أن يجسوا ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم ؟ قال مالك نعم لهم أن يجسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم ، قال و كذلك في التفليس هم أحق بما في أيديهم ، و كذلك في الموت هم أحق بما في أيديهم اذا مات الذي استعمل عندهم و عليه دين قلت أرايت ان أستأجرت حمالا (ليس لعمله أثر) يحمل لى الطعام و متاعا او عرضا من العروض الى موضع من المواضع بأجر معلوم على نفسه أو على دابته أو على ابله أو على سفينته فحمل بقبض حقه قال ، قال مالك ذلك له و ان فليس رب المتاع كان هذا الحمال أو الكرى أحق بما في يديه من الغرماء حتى يستوفى حقه " .

(2) المغنى لابن قدامة ٦ / ٣٩٥ .

(3) شرح النيل وشفاء العليل لابن اطفيش ٥ / ١٨١ وما بعدها .

و الفقه الاسلامى أقر ضمانا هاما للأجير في استيفاء أجره من صاحب العمل و هو حق حبس محل العمل و بذلك أوجد الفقه الاسلامى توازنا في العلاقة بين الأجير و المستأجر و هذا ما يؤكد أن شريعتنا دائما تتسم في أحكامها بالحق و العدل بالنسبة للعلاقة التعاقدية.

(٢) فيما يتعلق باستتجار الأشياء : -

فله أن يمتنع عن تنفيذ التزامه لأن كل جانب من الانتفاع يقابله جانب من الأجرة ، لأن الاجارة عقد معاوضة⁽¹⁾.

ثالثا : عقد الوكالة

للوكيل اذا اشترى المبيع ودفع الثمن من ماله فله ان يحبس هذا المبيع من ماله دون الموكل لان بينهما مبادلة حكمية . كأن الوكيل عام من الموكل ، وبهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفى الثمن من الموكل .

ولو وجد به الموكل عيبا يردده الى عليه ، لان توكيله اياه مع علمه بأن الحقوق يرجع اليه اذن منه بدفع الثمن من ماله ، فصار كما لو اذن صريحا فيرجع عليه به والمشتري لا يمكن من أخذه حتى يوفيه ثمنه ، كما كان بانعا له حقيقة يحققه أن حبس المبيع عن الموكل ليس لأجل نقد الثمن عنه بل لأجل أنه بائع له حكما بمعنى لا يختلف².

وقال زفر من الخنفية والشافعية أنه ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لأنه نائب عنه فتقوم يده مقاييد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل . ولا يحبس المبيع بعد القبض ، لأن المبيع أمانة في يده .

⁽¹⁾ بدائع الصنائع للكاساني ٤ / ٢٠١ - ٢٠٢ .

² تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ٢٦١ ، تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٠ .

وليس للأمين حبس الأمانة بدين له على صاحبها ، ولكن رد عليهم بأن الموكل ملك بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه¹ .

وللموكل ان يرده على الوكيل اذا وجد فيه العيب ، لأن هذا ايضا من خصائص البيع وأن قبضه قبض الموكل لا يصح بل قبضه يجوز ان يكون لأحياء حق نفسه ، ويجوز ان يكون الثمن مقصود الموكل ، فلو هلك في يده قبل حبسه ملك من ماله الموكل ولم يسقط الثمن ، لأنه في القبض عامل للموكل فيصير قابض بقبض الوكيل حكما .
وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعنى يهلك بالثمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند زفر رحمه الله كالغصب فيضمن جميع قيمته لأن ليس عنده أن يحبسه ، فالحبس يكون متعديا كالمودع .

وقال أبو يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين لأنه مضمونا بالحبس للاءستيفاء² .

ورأى جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة كما رآه زفر بانه كالغصب فيضمن جميع قيمته لأنه ليس عنده أن يحبسه لأن بالحبس يكون متعديا كالمودع³ .

¹ تبين الحقائق للزيلعي ٢٦١/٤ ، تكملة فتح القدير ٨ / ٤٠ .

² المرجعين السابقين

³ شرح الخرشي ١٢٧/ ٦ ، مغنى المحتاج ٢ / ٢٨٦ . المغنى ٩٧ / ٥ .

المجال التطبيقي للحق في الحبس في بقية الروابط الأخرى في الفقه الاسلامي
" الارتباط المادي "

أولا : حبس الآبق و اللقطة

الآبق هو العبد الهارب . أبق العبد اذا هرب وتأبق إذا استتر ، ويقال : احتبس الآبق إذا هرب ، واستتر عن مولاه احتبس عنه ¹ . وقد ورد في بدائع الصنائع ان الآبق هو اسم لرقيق يهرب من مولاه ² .

أن لمن يرد الرقيق الآبق مكافأة جعل ، لأن حقيقة الجعل مبناهما إحياء المال بصيانتهم من الضياع فيكون له حق حبس العبد الآبق من صاحبه بالجعل كل هذا بشرط أن يأخذ الرقيق ليرده ⁽³⁾ ، ولو لم يقم بين الطرفين علاقة ارتباط ارادية حقيقة أو دلالية ، اذ أن الحق في الحبس يترتب في الشريعة الاسلامية أيا كانت طبيعة الارتباط و الروابط ما دامت تبادلية جامعة .

واللقطة هي اسم للمال الملقوط ، ويوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لاحافظ له ⁴ .

¹ الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود ٣٥/٣ .

² بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٣/٦ .

⁽³⁾ بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٤/٦ .

⁴ الاختيار لابن مودود ٣٢/٣ .

أما بصدد حق الملتقط في حبس اللقطة بما أنفق عليها ، فإن حق الملتقط في حبس اللقطة بما أنفق عليها مبناه أن دين الملتقط وجب بسبب هذا المال لها صيانة فكان له تعلق بهذا المال⁽¹⁾ .

ولا يكون الملتقط اللقطة الانفاق عليها ديناً إلا بإذن القاضي لأنه في الأصل أن يكون متبرعاً في الانفاق عليها قياساً على الأصل العام في التبرع الذي يقضى دين غيره بغير إذن المدين .

ولو أن القاضي باع اللقطة بعد ما أنفق عليها الملتقط قدر حقه القاضي ، و أعطاه القاضي من ثمنها لأنه مال مالكتها ، و النفقة دين على مالكتها فلرب الدين إذا ظفر بحبس حقه أن يأخذه⁽²⁾ .

ثانياً : الحق في الحبس في حالة الفرس و البناء في الأرض المغصوبة

هل يحق للغاصب أن يحبس العين المغصوبة لكي يستوفي ما أنفقته على الفرس و البناء عليها ؟

القاعدة في الشريعة الإسلامية أن من غصب شيئاً عليه رده أى لزمه رده⁽³⁾ لأن حق المغصوب منه معلق بين ماله ومالته ولا يتحقق ذلك إلا برده⁽⁴⁾ . فالشريعة الإسلامية ضمنت لمالك الأرض استرجاع أرضه و اجازت له قلع ما ينشؤه الغاصب فيها من غراس أو بناء إلا أنها لم تجعل له الخيار بين طلب القلع و بين تملك البناء أو الفرس مستحق القلع إلا إذا كان القلع في الحالة الأخيرة يفسد الأرض.

(1) تبين الحقائق للزيلعي على الكثر ٣ / ٣٠٥ .

(2) المرجع السابق ص ٣٠٦ .

(3) المغنى و الشرح الكبير ٥ / ٣٧٤ ، المحلى لابن حزم ج ٨ مسألة ٢٥٨ وما بعدها و بند ١٢٦٢ .

(4) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ٨٩٠ ، ٩٠٥ .

و في الحالة الثانية يمكن القول بأنه يحق للغاصب في هذه الحالة الحبس حتى يستوفي ما يستحقه من " قيمة البناء أو الغرس مستحق القلع " (1).

أما اذا قام الغاصب بزرع الأرض المصوبة ، فذهب بعض الحنابلة الى القول بأن صاحب الأرض له اذا استرجعها و السزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض ، و عليه النفقة ، و ان استرجعها بعد أن أخذ الغاصب الزراع فعلى الغاصب أجرة الأرض .

و مما سبق يكون صاحب الأرض اذا استرجعها و الزرع قائم مخير بين أمرين اما أن يقر الزرع و يأخذ أجرة الأرض و أرش نقصها ، و بين أن يدفع اليه نفقته و يكون الزرع له (2) ، و في هذه الحالة يكون للغاصب الحق في حبس الزرع حتى يستوفي النفقة .

(1) يؤيد ذلك ما جاء في الكتر و في شرح الزيلعي ٥ / ٢٣٦ من أنه " وان غصب خيرا من مسلم فخلل ، و جلد ميتة فدبغ ، فللمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ ، اى يأخذ الخل بغير شيء ، و الجلد المدبوغ يأخذه و يرد عليه ما زاد الدباغ فيه ، و المراد بالأول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ، و من الظل الى الشمس ، و بالتالي اذا دبغه بماله قيمة كالعفض و القرط .. و نحو ذلك . و الفرق أن التخليل تطهير لها بمزلة غسل الثوب النجس ، فتبقى على مالك المصوب منه ، لأن المالية لم تثبت بفعله ، و بهذا الدباغ اتصل بالجد مال متقوم كالصنع في الثوب ، فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ، و يأخذ الجلد و يعطى ما زاد الدباغ فيه ، و طريقة معرفته أن ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ / و الى قيمته مدبوغا فيضمن فصل ما بينهما ، و للغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن و الرهن بالدين ، و العبد الآبق بالجعل " .

(2) المغنى لابن قدامة ٥ / ٣٩٢ .

ثالثا : حبس المرهون .

حبس الرهن يترتب على تعلق الدين بالمرهون ، ولا يتم التعلق على وضع مأمون إلا بحبس ما يتعلق به الدين لدى المرتهن حتى يكون حبسه حاملا للمدين على الوفاء مخافة بيع المال المحبوس جبرا عنه عند إباطه .

واستدامة القبض عند المرتهن شرط لصحة الرهن عند الحنفية¹ وهم يستدلون بدليلين وهما الكتاب والمعقول :

١ . من الكتاب

قوله تعالى { وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة }² اذ يقتضى ذلك أن يكون الرهن محبوسا مقبوضا مادام مرهونا ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس .
كما قال تعالى { كل امرئ بما كسبت رهين }³ أى حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوسا مادام مرهونا ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوسا على الدوام فلم يكن مرهونا .

٢ . من المعقول

الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه مايقع به التوثيق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لأنه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين في أسرع الأوقات وكذا يقع الأمن عن تواء حقه بالجحود والانكار وهذا رأى المالكية والزيدية أيضا⁴ .

¹ بدائع الصنائع ٦/١٤٥

² سورة البقرة الآية : ٢٨٣

³ سورة الطور الآية : ٢١

⁴ بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٠٦ ، البحر الزخار ٥/١١٢ .

القول الثاني :

استدامة القبض للمرهون عند المرتهن ليس من حق المرتهن لأن استدامة القبض ليست شرطاً في لزوم الرهن وإن كان شرطاً في الابتداء وهذا رأى الشافعية والظاهرية¹ ، وهم يستدلون بالأحاديث التالية :

١. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال " لا يعلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " ².

٢. عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقول " الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهوناً ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة " .

يظهر من هذين الحديثين أن الراهن هو صاحب الحق في منفعة المرهون ، على أن المرهون يكون تحت يد المرتهن ولا ترفع يده عنه الا عند الانتفاع بالمرهون ، فتردد العين المرهونة للراهن مدة الانتفاع ، وللمرتهن أن يشهد عليه عند إعادة المرهون الى الراهن³.

وعند الحنابلة أن استدامة القبض شرط للزوم الرهن ، فإذا أخرج المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن وبقي العقد لأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجته بإجارة أو إعارة أو ايداع أو غير ذلك . فإذا عاد فردده اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق⁴ ، ولذا ذهب الحنفية ومن وافقهم الى وجوب سريان الحكم وهو الحبس الى الزوائد المنفصلة أو غير المنفصلة فتحبس مع أصلها لأنها كالجزء منها ، وإن الشافعية ومن وافقهم ذهبوا الى أن حكم الرهن لا يسرى اليها فلا تباع بالدين لأنها كانت عند الغقد معدومة وبعد العقد غير معقود عليها فلا تدخل في الرهن على الحاليين⁵.

¹ معنى احتاج للشربيني ٢/١٣٢ ، المخلّى لابن حزم ٨٩-٩١/٥ .

² نيل الأوطار للشوكاني ٢٣٥/٥

³ الفقه على المذاهب الأربعة ٢/٣٣٣

⁴ المعنى لابن قدامة ٤/٣٦٧

⁵ بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٠٨ ، الأم للشافعي ٣/١٦٣

اتفق جميع الفقهاء على أن حفظ المرهون واجب على المرتهن وعليه أن يحفظه كما يحفظ ماله عادة ، فإذا فرط في الحفظ للمرهن الذي عنده حتى تلف فانه يضمن ، وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط فمذهب الشافعية والحنابلة أنه لا ضمان عليه ¹ ، وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالودعة وإن حفظ بغير من في عياله أو أودعه ضمن ² وللمرتهن أن يحفظ المرهون في الخلل الذي يحفظ فيه ماله ³ .

ويتفق الأحناف مع الجمهور في أنه إذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته ، لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدى ⁴ ، وإذا هلك دون تعد ولا تقصير فالرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمته الرهن أكثر فالفضل أمانة في يد المرتهن ولا شيء على المرتهن وإن كانت قيمة المرهون أقل من الدين سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل ⁵ .

وفرق المالكية بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار وبين ما يغاب عليه من الخلى والثياب والعروض ، فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه إلا إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه يضمن ، وهو مؤتمن فيما لا يغاب عليه .

ودليل الجمهور قوله صلى الله عليه الصلاة والسلام " لا يعلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه " ، أى له غلته وخراجه ، وعليه افتكاكه وعليه ضمان جنايته . وتأول الحنفية هذا الحديث فقالوا معناه : أن غنمه ما فضل منه على الدين ، وغرمه ما نقص ⁶ .

¹ الغنى لابن قدامة ٤/٤٣٨ ، مغنى المحتاج للشربيني ٢/١٣٧ ، وسائل الشيعة ١٣/١٢٥ .

² الهداية للمرغيناني ٤/١٣٠ .

³ مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ٧٨١

⁴ الهداية للمرغيناني ٤/١٣٠

⁵ نفس المرجع

⁶ بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٠٨ ، ٢٠٩ .

خاتمة

لم ينح فقهاء الشريعة منحى فقهاء القانون الوضعى في تناول بيان طبيعة الحق في الحبس ولم يتوقفوا كثيرا عند بيان طبيعة الحق في الحبس هل هو حق عيني أم حق شخصى ، ولذا كانت الفائدة من ذلك كبيرة حيث استطاع الفقه الإسلامى أن يطبق الحق في الحبس باعتباره أصلى كلى شامل لا يقف في حدود تطبيقات جزئية لا يجمعها جامع أى أن الفقه الإسلامى سبق التشريع الوضعى في وضع الحق في الحبس في صورة نظرية عامة ، وإن كانت بعض التطبيقات الفقهية قد استخلصت الدراسة منها أن طبيعة الحق في الحبس في الفقه الإسلامى أقرب ما يكون الى الحق الشخصى دون الحق العيني .

أما الفقهاء الفرنسية والفقه الفرنسى المعاصر لم يروا الحق في الحبس حقا عينيا بسبب فقدان المقومات الأساسية للحقوق العينية . لأن هذا الحق ليس مقصورا على الحالات التى نصص عليها التشريع بل يمكن أن يمتد الى حالات أخرى بطريق القياس . بعد استخلاص قاعدة عامة ترد اليها جميع حقوق الحبس .

و التقنين المدنى المصرى السابق المادة ١٩٥ قد عبر أن الحق في الحبس كان حقا عينيا ، وهذا التقنين ذكر الحقوق العينية التى تترتب على الأموال على سبيل الحصر وذلك حق الملكية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس .

وقد استعرضنا النصوص الفقهية التى وردت في بيان شروط الحق في الحبس ، واتضح لنا من خلال تحليل تلك النصوص أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى في ضرورة حيازة الحابس للشئ المحبوس وحلول الوفاء بالالتزام المقابل له فضلا عن ضرورة توافر الارتباط بين التزام الحابس والتزام المحبوس عن وانتفاء ما يمنع من استعمال الحق في الحبس . الا أن الفقه الإسلامى قد اشترط فضلا عن ذلك كون أحد الالتزامين عينا والآخر ديناً لليلة الشرعية التى أشرنا اليها من قبل وهو ما لم يشترطه القانون المدنى .

وقد بحثنا بعض المسائل الفقهية التي أثرت في بيان حقوق الحابس حيث وضحنا الحلول الفقهية لها من خلال رأى الفقه . من الحقوق التي تترتب للحابس ، حقه في الامتناع عن تنفيذ التزامه ، فإذا كان التزاما بتسليم شئ - هذا هو الغالب - امتنع عن تسليمه الى من له الحق في استرداده سواء كان المالك أو غيره وذلك حتى يستوفى كامل حقه في مواجهة المدين ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحبس غير قابل للتجزئة . والحبس في ذاته ليس طريقا من طرق انقضاء الالتزام بل هو امتناع مؤقت عن التنفيذ حتى يستوفى الحابس حقه قبل مالك الشئ .

ان ما ذهب اليه القانون الوضعي من بيان أسباب انقضاء الحق في الحبس لا يخرج عما جاء به فقه الاسلامي ، ولكن يختلف القانون المدني عن الفقه الاسلامي في حصول الحبس على تأمين كاف للوفاء بحقه حيث ذهب مشرع الوضعي وغالبية الفقه الى تأييد انقضاء الحق في الحبس في هذه الحالة بعكس الفقه الاسلامي الذي أكدت نصوصه عكس ذلك بعدم نقضاء الحق في الحبس للسبب المذكور فالأصل في ذلك أن اعطاء المشتري رهنا أو كفيلا لا يسقط الحق في الحبس لأن تقديم رهنا أو كفيلا عند الحنفية من الشروط التي لا يقتضيها العقد .

هذا الأمر يوضح لنا أن شريعتنا الاسلامية الغراء جاءت بما لم يصل اليه الفقه الوضعي حتى عصرنا هذا لانها شريعة كاملة وشاملة وصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان .

شريف هداية الله

١٩٩٩

الفهارس

- ١ - فهارس الآيات القرآنية
- ٢ - فهارس الأحاديث النبوية
- ٣ - فهارس الأعلام المترجم لها
- ٤ - فهارس المراجع
- ٥ - فهارس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

صفحة ١٦، ١١

سورة البقرة الآية : ١٩٤

فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم

صفحة ١٢٧

سورة البقرة الآية : ٢٨٣

وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة

صفحة ٦٧، ٩

سورة المائدة الآية : ١

يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود

صفحة ١٧، ١١

سورة النحل الآية : ١٢٦

وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به

صفحة ٦٧، ٩

سورة الاسراء الآية : ٣٤

وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا

صفحة ١

سورة القصص الآية : ٧٧

وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما
أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين

ولكن رسول الله وخاتم النبيين

وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا

وجزاؤا سينة سيئة مثلها

ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل انما السبيل على الذين يظلمون
الناس ويبيعون في الأرض بغير الحق

كل امرئ بما كسبت رهين

فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	المصدر	الحديث
٧	النسائي وابن ماجه	احبس أصلها وسبل ثمرتها
١٠	مسلم	أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : اذا أؤتمن خان ، واذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر
١٠	مسلم	آية المنافق ثلاث ، اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أؤتمن خان
١٠٣	نيل الأوطار	من وجد متاعه عند مفلس فهو أحق به
١٠٤	الامام مالك	"أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به و ان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء
١٩	الامام مالك	" أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به
٦١ ، ١٨	ابن ماجه	لا ضرر ولا ضرار
٣١	الترمذى	ثلاث لا يؤخرن . الجنابة إذا حضرت والأيم إذا وجدت كفنا لها والدين إذا وجد ما يقضيه
١٠٢	عمدة القارى	أيما رجل مات أو افلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء
١٨ ، ١٠	النسائي	مطل الغنى ظلم
٣٠	ابن ماجه	الزعيم غارم والدين مقضى
		الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة

١٢٨	نبيل الأوطار	لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنته ، له غنمه وعليه غرمه
١٠٣	الامام مالك	من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره
٦٧	الترمذى	المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما

فهرس الأعلام المترجم لها

الاسم	الصفحة
أبى هريرة	١٨
أبى بكر	١٩
الكاسانى	١٩
ابن رجب الحنبلى	٢٠
الامام الدردير	٥١
الامام الشربىنى	٥١
ابن حزم الظاهرى	٥٢
ابن أطفيش الاباضى	٥٢
الامام مالك	٥٣
ابن قدامة الحنبلى	٥٥
الشيخ زكريا الأنصارى	٥٦
ابو حنيفة	٩٩، ٦٩
ابو يوسف	٩٩
محمد	٩٩
الامام زفر	١٠٠

فهرس المصادر المراجع

- ١_ القرآن الكريم
- ٢_ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ، الطبعة السابعة ١٩٢٨ ، المطبعة الأميرية ، القاهرة .
- ٣_ لسان العرب ، للشيخ جمال الدين بن منظور الأفريقي ، ٦٣٠ - ٧١١ هـ . نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه : علي سري ، طبعة الأولى - طبعة جديدة محققة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان.
- ٤_ الجامع الأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي دار إحياء التراث العرب بيروت لبنان ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٥_ فتح الباري بشرح صحيح الامام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣ - ٨٥٢) . الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م ، دار الديان للتراث ، القاهرة .
- ٦_ إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ، أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني المتوفى سنة ٩٢٣ هـ . دار الفكر بيروت - لبنان ، بدون سنة .
- ٧_ سنن ابن ماجه للحافظ ابن عبدالله محمد بن يزيد القزويني ٢٠٧ - ٢٧٥ هـ . Cagri Yayinlari , Istanbul - Turkey.
- ٨_ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، للشيخ الإمام المجتهد العلامة الرباني قاضي قضاة القطر اليماني محمد علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٠٠ هـ . المكتبة التوفيقية .
- ٩_ الموطأ ، الإمام الائمة وعالم المدينة مالك بن أنس رضي الله عنه ، صححه ورقمه وعلق عليه وخرج أحاديثه محمد فواد عبد الباقي Cagri Yayinlari Istanbul - Turkey

١٠_ سنن أبي داود ، للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (

٢٠٢ - ٢٧٥ هـ) Cagri Yayinlari - Istanbul - Turkey

١١_ سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٠٩ - ٢٧٩ هـ)

Cagri Yayinlari - Istanbul - Turkey

١٢_ عمدة القاري شرح صحيح البخاري للشيخ الامام العلامة بدر الدين أبي محمد

محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥ هـ . دار الفكر - بيروت ، بدون سنة .

١٣_ المستصفى من علم الأصول، للإمام حجة الاسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي

دار الفكر بيروت - لبنان - بدون سنة

١٤_ الموافقات في أصول الشريعة لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي

الشاطبي المالكي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ . دار المعرفة بيروت - لبنان .

١٥_ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء والمتوفى سنة ٥٨٧ هـ .

نشر زكريا علي يوسف ، بدون تاريخ .

وطبعة إيج - أيم سعيد كمبني ، الطبعة الأولى ، كراتشي - باكستان ، بدون سنة .

١٦_ البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، للإمام زين العابدين بن نجيم المتوفى سنة ٦٧٠ هـ

طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - بدون تاريخ .

١٧_ شرح العناية على الهداية . للإمام اكمل الدين محمد بن محمود البابرني المتوفى سنة

٧٨٦ هـ .

١٨_ فتح القدير ، للإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المشهور

بابن الهمام ، المتوفى سنة ٦٨١ هـ . وبهامشه كتاب فتح الأفكار في كشف الرموز

والأسرار وتكملة فتح القدير للشيخ شمس الدين أحمد بن قدور المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ١٨٨ هـ . طبعة المكتبة التجارية .

١٩ _ المبسوط ، للإمام شمس الدين السرخسي المتوفى سنة ٤٣٨ هـ ، اختوى على كتب ظاهر الرواية للإمام محمد بن الحسن الشيباني عن الإمام أبي حنيفة . دار المعرفة بيروت - لبنان ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

٢٠ _ اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ . دار الكتب الحديث ، مصر ١٣٨٩ هـ .

٢١ _ الهداية شرح بداية المبتدى ، للشيخ الاسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ . الطبعة الاخيرة ، المكتبة الاسلامية .

٢٢ _ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بالحفيد ، المتوفى سنة ٥٩٥ هـ . طبعة ١٣٣٣ هـ ، وطبعة الحلبي ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م .

٢٣ _ شرح الخرشي على مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي دار الفكر - بيروت

٢٤ _ القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، الامام محمد بن أحمد جزيء المتوفى سنة ٧٤١ هـ . طبعة بيروت سنة ١٩٦٨ .

٢٥ _ المدونة الكبرى ، للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ برواية تلميذه سحنون بن عبد السلام بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم المتوفى سنة ٢٤٠ هـ . دار الفكر بيروت - لبنان ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

٢٦_ مواهب الجليل على مختصر خليل ، للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب وبهامشه التاج والإكليل . طبعة مطبعة السعادة القاهرة سنة ١٣٢٩ هـ . وطبعة بيروت المصورة عن الطبعة الأولى . نشر مكتبة النجاح بليبيا .

٢٧_ الأ م ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ .
دار المعرفة بيروت ، لبنان .

٢٨_ فتح العزيز شرح الوجيز ، للإمام أبي القاسم عبد الكريم محمد الراجعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ ، وهو شرح الكتاب الوجيز في الفقه الشافعي للإمام أبي حامد الغزالي . وهو مطبوع بهامش كتاب المجموع للنووي .

٢٩_ المهذب ، للإمام أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ . الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

٣٠_ مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب ،
دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .

٣١_ الشرح الكبير على متن المقنع ، للإمام شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ . وهو مطبوع مع كتاب المغنى .

٣٢_ المغنى ، للإمام الشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ . طبعة مطبعة المنار الطبعة الثانية سنة ١٣٤٧ هـ .

٣٣_ المحلى ، للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري . المتوفى سنة ٤٥٦ هـ . طبعة مصححة ومقابلة على عدة مخطوطات ونسخ معتمدة ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة ، منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت - لبنان

٣٤_ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للإمام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .
وبهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار ، المستخرجة من لجنة البحر الزحار للعلامة المحقق محمد بن يحيى بهران الصعدي المتوفى سنة ٩٥٧ هـ . مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان ، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٥ م .

٣٥_ جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، للشيخ محمد حسين بن باقر النجفي المتوفى سنة ١٣٢٢ هـ ، طبعة ١٣٢١ ، ١٣٢٥ هـ .

٣٦_ مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة .
للشيخ محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ . وهو شرح لكتاب قواعد الأحكام في مسائل الحلال والحرام . او قواعد العلامة الحلي . طبعة مطبعة الشورى بالفجالة مصر سنة ١٣٣٦ هـ .

٣٧_ شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، للشيخ محمد بن يوسف بن أطفيش المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ . سلطنة عمان ، وزارة التراث القومي والثقافة ، دار الفتح ، ١٤٠٦ هـ .

٣٨_ الايضاح .
لأبي ساكن عامر بن علي الشماخي . الطبعة الثانية طرابلس ١٣٩٠/١٩٧٠ .

٣٩_ أسنى المطالب في شرح روض الطالب لأبي بكر المقرئ اليمنى زكريا بن محمد زكريا الأنصاري ، المطبعة الميمنية بالقاهرة ١٣١٣ .

٤٠_ الأشباه والنظائر ، للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ٩٢٦ - ٩٧٠ هـ ، مع شرحه للحموى غمز عيون البصائر للشيخ الامام السيد أحمد بن محمد الحموى المصرى ادارة القرآن والعلوم الاسلامية كراتسى باكستان .

٤١_ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ . الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

٤٢_ الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي لمحمد بن الحسن الحجوى الثعالبي الفارسي ، خرج احاديثه وعلق عليه عبد العزيز بن عبد الفتاح القاري . طبعة المكتبة العلمية ، الطبعة الأولى ١٣٩٦ هـ ، المدينة المنورة .

٤٣_ الإصابة في تمييز الصحابة . للشيخ الاسلام إمام الحفاظ شهاب الدين الفقيه أحمد بن علي بن محمد علي الكتاني العسقلاني الشافعي المعروف بابن حجر . طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت لبنان .

٤٤_ تهذيب التهذيب ، للإمام الحافظ الحجة شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . طبعة مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ١٣٢٨ هـ ، هند .

٤٥_ التكملة الثانية المجموع شرح المذهب ، للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي دار الفكر بيروت - لبنان ، بدون سنة .

٤٦_ شرح البدخشي مناهج العقول ، للإمام محمد بن الحسن البدخشي ، ومعه شرح الأسنوى نهاية السؤل للإمام جمال الدين عبد الرحيم الأسنوى المتوفى ٧٧٢ كلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفى سنة ٦٨٥ هـ ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ _ ١٩٨٤ م ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

٤٧_ المغنى والشرح الكبير ، المغنى للشيخ الإمام العلامة ابن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ويليهِ الشرح الكبير للشيخ الإمام ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ . دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، بدون تاريخ .

- ٤٨_ شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين على القليوبي وعميرة ، للامام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٧٦٧ هـ .
شركة مكتبة مصطفى الحلبي ، مصر ١٣٧٥ هـ .
- ٤٩_ القواعد في الفقه الإسلامي ، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ . راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرووف سعد ،
الطبعة الأولى ١٣٩١ - ١٩٧١ ، مكتبة الأزهرية .
- ٥٠_ الفتاوى الهندية او الفتاوى المالكية في مذهب أبي حنيفة النعمان ، العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ هـ -
١٩٨٦ م ، مكتبة رشيدية، كوته - باكستان.
- ٥١_ مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، عبد الرزاق السنهوري (على طلبه قسم الدراسات القانونية) ١٩٥٣ - ١٩٥٤ . ١٩٦٨
- ٥٢_ جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلام . زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن شهاب الدين بن احمد رجب الحنبلي البغدادي المتوفى سنة ٢٨٥ هـ .
دار الجيل بيروت - لبنان ، ١٤٠٧ - ١٩٨٧ .
- ٥٣_ شرائع الإسلام في الفقه الجعفري الاسلامي ، جعفر بن الحسن بن أبي زكريا .
دار مكتبة الحياة ، بيروت سنة ١٩٧٨
- ٥٤_ وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، للشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي المتوفى سنة ١١٠٤ هجرية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان.
- ٥٥_ الفقه على المذاهب الأربعة ، للشيخ عبد الرحمن الحزيري ، المكتبة التجارية الكبرى مصر العربية ، الطبعة السادسة بدون سنة .

- ٥٦_ تبين الحقائق شرح كثر الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي .
مكتبة امدادية ، ملتان - باكستان .
- ٥٧_ الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك أبي البركات أحمد بسن
محمد الدردير وبالهامش لمحمد الصاوي المالكي . دار المعارف القاهرة ١٩٨٦
- ٥٨_ المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، الدكتور حسين حامد حسان
المكتبة المتنبى القاهرة ١٩٧٨ .
- ٥٩_ معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربية
عمر رضا كحالة المكتبة العربية بدمشق ، مطبعة الترقى بدمشق ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م
- ٦٠_ الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية ، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ -
١٩٨٣ م طباعة ذات السلاسل - الكويت .
- ٦١_ الوسيط في التأمينات العينية ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي
دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ١٩٥٣ .
- ٦٢_ في نظرية العامة للا لزام أحكام الالتزام والاثبات ، الدكتور اسماعيل غانم ،
مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٦٧ ، مصر .
- ٦٣_ الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد عبد الرزاق أحمد السنهورى
دار إحياء التراث العربى - بيروت _ لبنان .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	أ
كلمة الشكر والتقدير	ب
مقدمة	١
سبب اختيار الموضوع	٢
منهج البحث	٣
خطة البحث	٣
الفصل الأول : مفهوم حق حبس الأعيان وطبيعته في الفقه والقانون	٦
المبحث الأول : مفهوم حق حبس الأعيان	٧
الحبس في اللغة	٧
الحبس في الاصطلاح	٨
الأساس الشرعى للحق في الحبس في الفقه الإسلامى	٨
اختلاف الفقهاء في مدى مشروعية الامتناع عن تسليم محل الالتزام ...	١١
المبحث الثانى : طبيعة الحق في الحبس في الفقه الاسلامى	٢١
طبيعة الحق في الحبس في القانون الوضعى :	٢٢
طبيعة الحق في الحبس في ظل الفقه الفرنسى	٢٢
طبيعة الحق في الحبس في الفقه الوضعى المصرى	٢٤
محاولة استظهار موقف الفقه الاسلامى من طبيعة الحق في الحبس	٢٦
الفصل الثانى : شروط حق الحبس في الفقه الاسلامى والقانون المدنى :	٢٧
المبحث الأول : شروط حق الحبس في الفقه الاسلامى :	٢٨
١ . كون أحد الالتزامين عيناً والآخر ديناً	٢٨
٢ . حيازة الحابس للشيء المحبوس	٣٥
٣ . حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس	٣٩

٤١	(أ) . مدى ثبوت الحق في الحبس بسبب الزيادة الطارئة ...
٤٤	(ب) . مدى اعتبار الأجرة حالة في اجارة العين المطلقة ...
٤٩	٤ . ارتباط التزام الحابس بما يقابله من التزام المحبوس عنه
٥٠	(أ) . عقد البيع
٥٣	(ب) . عقد الايجار
٥٤	(ج) . عقد النكاح
٦٧	٥ . عدم وجود ما يمنع من استعماله الحق في الحبس
٧٠	المبحث الثاني : شروط حق الحبس في القانون
٧١	١ . حيازة الحابس للشيء واجب التسليم الى المحبوس عنه
٧٣	٢ . حلول الوفاء بالالتزام المقابل للشيء المحبوس
٧٦	٣ . قيام الارتباط بين الديني
٧٨	٤ . عدم وجود ما يمنع من استعماله الحق في الحبس
٨٠	خلاصة ومقارنة
٨١	الفصل الثالث : الآثار المترتبة على الحق في الحبس :
٨٢	المبحث الأول : حقوق الحابس :
٨٢	١ . الامتناع عن تسليم العين
٨٤	٢ . حق الحابس في حبس توابع العين المحبوسة
٨٦	٣ . حق الحابس في حبس ثمار العين المحبوسة
٨٧	المبحث الثاني : واجبات الحابس :
٨٧	١ . المحافظة على العين المحبوسة
٨٨	- معيار الحفظ الواجب على الحابس وما يعتبر خروجاً عليه
٩٠	٢ . رد الشيء المحبوس عند انقضاء الحق في الحبس
٩٠	- مدى التزام الحابس بتسليم العين المحبوسة الى مالكيها دون طلب
٩٢	الفصل الرابع : انقضاء الحق في الحبس ، وفيه مبحثان :
٩٣	المبحث الأول : انقضاء الحق في الحبس في الفقه الاسلامي :

٩٣	١ . انقضاء الحق بالوفاء أو ما يقوم مقامه
٩٣	- مدى سقوط الحق في الحبس بالحوالة
٩٧	٢ . انقضاء الحق في الحبس بتزول الحابس
٩٧	أولا : انقضاء الحبس بالتزول الصريح والضمني
٩٨	ثانيا : الصور المختلف حول مدى اعتبار التنازل فيها ...
١٠٦	٣ . انقضاء الحق في الحبس بهلاك العين المحبوسة
١٠٩	المبحث الثاني : انقضاء الحق في الحبس في القانون
١٠٩	١ . انقضاء الحق بالوفاء أو ما يقوم مقامه
١٠٩	٢ . انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون
١١٠	٣ . انقضاء الحق في الحبس بمقتضى تخلى الحابس طواعية من حيازته ...
١١٣	٤ . انقضاء الحق في الحبس بمقتضى إخلال الحابس بالتزامه الناشئة ...
١١٤	خلاصة ومقارنة
١١٦	الفصل الخامس : تطبيقات الحق في الحبس في الفقه الإسلامي
١١٧	المبحث الأول : المجال التطبيقي لحق الحبس في عقود المعاوضات :
١١٧	١ . عقد البيع
١١٩	٢ . عقد الإيجار :
١١٩	(١) . استئجار الصناع ، "العمال"
١٢٢	(٢) . استئجار الأشياء
١٢٢	٣ . عقد الوكالة
١٢٤	المبحث الثاني : المجال التطبيقي لحق الحبس في الارتباط المادى :
١٢٤	١ . حبس الآبق واللقطة
١٢٥	٢ . حق الحبس في حالة الغرس والبناء في الأرض المغصوبة
١٢٧	٣ . حبس المرهون
١٣٠	الخاتمة
١٣٢	الفهارس :

١٣٣	فهرس الآيات القرآنية
١٣٥	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
١٣٧	فهرس الأعلام المترجم لها
١٣٨	فهرس المصادر والمراجع
١٤٦	فهرس الموضوعات