

الدلالة القانونية للقبض في العقود العينية

(دراسة مقارنة)

بين القانون الروماني والفقہ الإسلامي

والقانون المدني المصري

دكتور

محمد أحمد متولي

أستاذ فلسفة القانون وتاريخه المساعد

بكلية الحقوق - جامعة أسوان

مقدمة

مما لا شك فيه أن البين لنا وللمهتمين بقراءة القوانين ومؤلفاتها بأن البحث في أقسام العقود قد انتهى، ونضب معينه، لكن الحقيقة غير ذلك، وهي التحقيق في هذه الجزئية قد خلص إلي أقسام مختلفة ومتنوعة، وتعددتها يكون بحسب الزاوية التي ينظر إليه من خلالها، والعقود من حيث تكوينها مختصر في عقود رضائية، وعقود شكلية، وعقود عينية، فأما العقود الرضائية فلا بد منها من توافر تراضي طرفيها لكي تنتج آثارها، فضلاً عن توافق إرادتهما، وهذه النوعية من العقود تحتل المرتبة الأولى من بين العقود، فهي حازت قصب السبق في القوانين العربية وكذلك الغربية وأما العقود الشكلية فإنها تستلزم ما استلزمته العقود الرضائية من تراضي بين الطرفين، وتوافق إرادتهما، ويضاف إليه وجوب توافر الشكلية التي يقرها القانون أو الاتفاق كما هو متبع من أعمال شهر وتسجيل رسمي للتصرفات العقارية والحقوق العينية العقارية والتي لا تتعقد مالم تسجل في مصلحة الشهر العقاري، ومأمورية السجل العيني، طبقاً لقانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وتعديلاته، بالقانون ٩ لسنة ٢٠٢٢ لبعض مواده ، وكذلك القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ بشأن السجل التجاري، وتعديلاته بموجب القانون رقم ١٩٨ لسنة ٢٠٢٠، وكذلك القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالسجل العيني للأراضي الزراعية وتعديلاته وكان آخرها تعديل عام ٢٠١٨م وهكذا .

وأما العقود العينية والتي هي موضوع البحث، فهي النوع الثالث، وتستوجب كي تتعقد عموماً إقباض المدين لمحل العقد وقبض الدائن له وهو التسليم والتسلم، كالقرض والعارية والوديعة، وهبة المنقول، والرهن الحجازي.

وهنا يتحقق القبض في هذه النوعية الأخيرة بمجرد حيازة الشيء المعقود عليه، وذلك بموجب الأعراف السائدة، وحسب العرف الجاري، الذي يحدد ماهية هذه الحيازة، وكيف تتحقق، وذلك بحسب الأشياء محل القبض سواء كانت عقاراً أو منقولاً.

ومن الجدير بالذكر أن الأصل في العقود أنها كلها رضائية، وأما إذا أراد المشرع أن يضيف ركناً أو شرطاً شكلياً إلي انعقادها فلا بد أن يكون ذلك بورود نص علي ذلك لتحقيقه، لكونه استثناء من القاعدة العامة أو الأصل ذكرناه، وأن يكون ذلك في حدود قضيته، ولا يتم التوسع فيه ، لأنه كما ذكرنا استثناء من القاعدة العامة الأصل فنؤخذ بالتفسير الضيق بشأنه، ولا يتم القياس عليه لكونه ثبت علي خلافه .

أولاً - المشكلة البحثية :

تتلخص المشكلة البحثية في أن التقنيات العربية والغربية قد أخذت بالرضائية كأساس للعقود، واستنتت العقود العينية والعقود الشكلية منها، وهو اتجاه القانون المدني المصري، والذي أخذ من القانون المدني الفرنسي الذي أخذ من القانون الروماني، وذلك يستبان من تعريف العقد بأنه هو توافق لراويته أو أكثر علي إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه وهنا التعريف يستوجب أمرين في العقد، الأمر الأول : هو توافق ارادتين أو أكثر، والأمر الثاني: اتجاه إرادة أطراف العقد إلي احداث أثر قانوني معين .
 علماً بأن القانون المدني المصري لم يتضمن تقسيماً للعقود، لأن ذلك من عمل الفقه ، لذلك تركه المشرع، لأن العقود جميعها ليست من نوع واحد، وإنما تتعدد وبحسب الزاوية التي يتم النظر من خلالها للعقد ، فهي متعددة ومتنوعة .

وهذا الأمر علي عكس القانون المدني الفرنسي المعدل في ١٠ فبراير سنة ٢٠١٦، والذي عرض لبعض تقسيمات العقود في المواد ١١٠٦ إلى ١١١١/١ وكانت قبل التعديل ١١٠٣ إلى ١١٠٦.

وقد وضحت ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع المهتدي أن المشرع " تعمد المقال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنيات اللاتينية النزعة ، لأن العناية بها عن شأن الفقه ، ولذلك رؤي من الأفضل أن تهمل في النصوص التشريعية " .

ومن هنا اعتبر الرضا هو الأصل في إبرام العقود طبقاً للتعريف سالف البيان، ولم يشترط أمراً آخر سواه ، فالتوافق والتراضي بين الطرفين لا بد منه كي ينتج العقد أثره في المعقود عليه وعلي الطرفين أو أحدهما .

ورغم ذلك أخذ القانون المدني المصري بالعقود العينية التي تستوجب التسليم أو القبض، وهو ركن من أركان انعقادها في كل اصنافها سواء كان عقد القرض أو لا يتم العقد، فهو شرط صلاحية للعقد الذي سبق وانعقد بمجرد التراضي؛ وهنا نصت أغلب التشريعات قديماً وحديثاً علي لفظ " لا تتم " بما يفيد " لا تتعقد " وخاصة في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري قبل عام ١٩٤٨، وكذلك في المصادر التاريخية لتلك النصوص، هناك خلاف بين اللغظين وسوف نبين ذلك لإزاله الاشكالية .

ثانياً- أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذه الدراسة في محاولة إيجاد حلول شافية لمسألة تحقيق ركن القبض في العقود العينية، وذلك من خلال البحث عن الجذور التاريخية لهذا الركن في العقود العينية في القوانين القديمة، ومنها القانون المدني الروماني، وكذلك في الفقه الإسلامي، حتي وصل إلي قوانيننا الحديثة سواء في الدول العربية أو الدول الغربية وخاصة أن هذه القوانين تحاول التخلص من

الشكليات التي تتعارض مع سلطان ارادة المتعاقدين، منها العقود العينية، ولا سيما أن العينية ركن في تلك العقود، وخاصة في القانون المدني المصري، ومن أهم ما تحاول هذه الدراسة تحقيق هو ما يلي :

أ. أن الالتزامات تنجم عن الأشياء، بل هي وليدة الشيء، وأن العقود العينية لا تتعقد إلا إذا تم تسليم الشيء، وأن العقد العيني هو ذلك التصرف القانوني الذي ينشأ عنه الالتزام، والتصرف القانوني هنا هو تسليم وتسلم شيء الذي ينتج عنه الالتزام وليد الشئ.

ب. التسليم المقصود به في العقود العينية أو " القبض " واقعة مادية يسبقها اتفاق أو تراضي. فهي في الأصل عقود رضائية وركنها القبض " التسليم " .

ج. محاولة الوصول إلي حقيقه الألفاظ التي تدل علي التسليم باعتباره ركن هام أو شرط تمام ، أو شرط لزوم ، أو شرط صحة .

د. محاولة الوصول إلي حقيقه أن العقود العينية الخمسة لا تولد التزاماً في ذمة طرفي العقد، ولكنها تولد التزامات فقط في ذمة طرف واحد، فهي عقود ملزمة لجانب واحد .

هـ. الوقوف علي حقيقة أنها عقود ليست شكلية، فهي لا يلزم فيها الفاظ معينة كما أنها لا تخضع لأية اجراءات أو مواسم خاصة، ولكن ركنها الاساسي هو القبض.

ثالثاً- هدف الدراسة :

تهدف الدراسة إلي بيان جذور الدلالات القانونية من الألفاظ التي جاءت بالنصوص الخاصة بالعقود العينية سواء كان ذلك علي مستوى القانون المدني الروماني أو القانون المدني الفرنسي، وكذلك في الفقه الإسلامي، والقانون المصري، وبيان حقيقة ذلك هي النصر لتلك الالفاظ ودلالاتها علي حقيقه معانيها التي توصل إليها الفقه والقانون الروماني ومن بعده القوانين العربية والغربية التي تأثرت به، وأخيراً في الفقه الإسلامي .

رابعاً- منهجية الدراسة :

تحتم علينا المشكلة البحثية في هذه الدراسة أن نتناول هذا البحث بإتباع المنهج التأصيلي للوقوف لي حقيقه الالفاظ والعبارات التي تناولتها القوانين المختلفة عبر تطورها في صياغة هذه العقود محل الدراسة، ومع بيان مصادرها التاريخية في القانون المدني المصري، وهذا بالطبع يتطلب أيضاً اتباع المنهج المقارن بجوار المنهج التأصيلي بين القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والفقہ الإسلامي، حتي يتم الكشف عن حقيقة الصياغة التي اتبعت في العقود العينية الخمسة ، مع التأكيد علي دلالات تلك الألفاظ التي وردت في النصوص مؤكدة علي مبدأ (العينية) وهي " القبض " للشئ محل العقد .

خامساً: خطة الدراسة :

تتضمن خطة الدراسة مقدمة اشتملت على مشكلة وأهمية وأهداف الدراسة بالإضافة إلي منهج الدراسة ، ومبحث تمهيدي ومبحثين رئيسيين هما كالتالي :

- **المبحث التمهيدي : فكرة العقد في القانون الروماني .**
- **المبحث الأول : العقود العينية في القانون الروماني .**
- **المبحث الثاني: الدلالة القانونية للقبض في العقود العينية .**

المبحث التمهيدي

فكرة العقد في القانون الروماني

* مدلول لفظ العقد : (contract us)

ورد تعريف للعقد في القانوني الروماني في أحد كتب الفقيه الروماني "لا بيو" في بداية العصر الامبراطوري، وهذا المصطلح لاتيني، ويقصد به الربط، أو شد الوثاق، أو عقده الحبل، ويعني تعلقه بصفتين مرتبطتين negotio بعملية قانونية واحدة فلا يتم البيع إلا بقصد الشراء والعكس، فهنا عملية واحدة تتم بمعرفة تصرفين مختلفين، والعقد هو الذي يربط هذين التصرفين أو العاملين في عملية واحدة ، أي أن عقد يربط الشراء بالبيع ^(١).

ومن المعروف أن العقد لم يرد تعريف له في كتابات أهل الفقه الروماني، ولم يرد أيضاً له تعريف في التشريعات الرومانية بما فيها مجموعات جستينان، ولعل أول من أشار إلي تعريف العقد هو الفقيه "يتوفل" وهو كاتب بيزنطي ذكره في مؤلفه "شرح النظم للإمبراطور جستينان" .
ومن الجدير بالذكر أن لفظ العقد لم تدل علي التوافق الإرادتين إلا في عصر جالوس ، وكان ذلك خلال القرن الثاني الميلادي ، ولعل من بين ذلك ووضحه شرحاً هو الفقيه "بيدولوس" بقوله الشهير " لا يوجد عقد ، ولا يوجد التزام لا يستتر وراءه اتفاق " ^(٢) .

والعقد لا يأتي إلا إذا كان هناك رغبة من طرفيه ، ويصب في قالب معين برسوم من قبل له، هدفه اظهار المطابقة ما بين إرادة المتعاقدين وكذا إرادة المجتمع المحيط بهم ، وهذه هي قاعدة الشكلية التي تم التخلص منها لاحقاً .

ومن المقرر في القانون الروماني أن العقد كان مصدره الإدارة أو اختلال التوازن المالي بين الذمم، ولم تكن الارادة في القانون الروماني القديم كافية لإنتاج أي أثر قانوني، إلا إذا مزجت

(١) د.عبد الحميد الحفناوي ، تاريخ القانون (مع دراسات نظرية العقد في القانون الروماني)، دار الهدي للمطبوعات - الاسكندرية ، بدون تاريخ ، ص ٤ .
(٢) الموسوعة لجستينان : ٢ ، ١٤ ، ١ ، ٣ .

بالشكلية بصبها في قوالب مرسومة ومحددة سلفاً ولعل موضوع بحثنا عن "العقود العينية" وهي عقود رضائية، تتطلب منا بيان مصدرها الذي تعتمد عليه، وهو المصدر الثاني من مصدري العقد، وهو اختلال التوازن المالي بين الذمم، والتي توحد اعتبارات اقتصادية. وكما هو معروف أن العقود العينية قوامها الوقائع المادية، أي اعطاء شيء مثلاً، وانتقاله من ذمة إلي أخرى، أي عقود تتم عن طريق التسليم، وهي تختلف تماماً عن العقود الشكلية أو العقود الرضائية^(١)، وهي عقود ذات طابع خاص في القانون .

المطلب الأول

مراحل تطور العقود العينية في القانون الروماني

عرف الرومان العقود العينية، وكان ذلك في العصر العلمي من مراحل تطوره، ولكن في بداية الأمر لم يكن معروفاً لديهم سوى (عقد القرض)، وهو العقد الوحيد من العقود العينية التي عرفها الرومان في البداية، وكان بموجب هذا العقد يسلم المقرض شيئاً مثلياً إلي المستقرض لكي يتمكن من الانقطاع به، وكان في الغالب هذا الشيء قابلاً للاستهلاك . وكانوا يطلقون عليه " عقد عمارية الاستهلاك " - mutuum -^(٢) وهذا النوع من العقود العينية بل من أقدمها، وهو أول ما ظهر في القانون من نوعها ، والذي يتم بناء علي واقعه مادية وهي الإعطاء .

ثم تطور الأمر بعد ذلك في مراحل القانون الروماني، وبدأت في الظهور عقود عينية جديدة لم تكن معروفة لدي الرومانيين، بجانب عقد القرض، وذلك نتيجة طبيعية لمقتضيات الحياة الاجتماعية واحتياجاتها، ونتيجة الانفتاح علي الدول الأخرى والاحتكاك بها، وتطور الحياة الاقتصادية إلي جانب التطور الاجتماعي، حيث ازدهرت التجارة بعد أن تحول المجتمع

(١) بارو ، الرومان ، ترجمه ، عبد الرازق يسري ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٥٣ .

(٢) د. صوفي أبو طالب ، مبادئ التاريخ القانوني ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٣٥٢ .

الروماني من مجتمع زراعي إلي مجتمع اقتصادي تجاري^(١)، وبعد أن كان الاقتصاد مغلفاً أصبح الاقتصاد الروماني اقتصاداً حراً، قوامه التبادل التجاري مع الأجانب والدول المجاورة، ولا سيما دول حوض البحر الابيض المتوسط .

ومن أهم العقود العينية الجديدة التي ظهرت علي الساحة الاقتصادية الرومانية، هي عقود وليدة تسليم الشيء أيضاً، مثلها مثل عقد القرض، تقوم مع التسليم والتسلم باليد دون حاجة إلي المراسم والشكليات التي كانت معروفة لدي القانون الروماني، وهذه العقود هي، عقد العارية، عقد الوديعة، عقد الرهن^(٢) .

وكان الفقه والقانون في روما لا يعرفان فكرة التقابل يمين الادارة والتعبير في التصرف القانوني، بمعنى أدق لم يكن يعرفان ما يقصده أو يهدف اليه المتعاقد حقيقه، أو كما يطلق عليها في القانون الحديث الارادة الباطنة للمتعاقد. وكان الشكل لا غني عنه لمعرفة القاعدة التي يضعها الفرد، وليس أداة كاشفة يمكن استبدالها^(٣) بل ذهبوا لأبعد من ذلك أن الشكل ذاته هو الذي كان يتضمن القاعدة^(٤) .

هنا يتضح لنا أن ارادة الأفراد ليس لها تأثير علي التصرف القانوني ولا يكون أمام اشخص الذي يريد أن يبزم التطرف سوي مجموعة من النماذج القانونية علي سبيل الحصر، ليس هناك مفر من اختيار أحد هذه النماذج بحيث تكون مناسبة مع الحالة التي يريد ابرامها وتنظيمها ،

(١) د . صوفي أبو طالب أبحاث في مبدأ سلطان الادارة في القانون الروماني ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٣٥ وما بعدها . د. محمود السقا ، تاريخ العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في نطاق فلسفه المدينة العالمية ص ١٥ .

(٢) د . عمر ممدوح مصطفى ، الوجيز في القانون الروماني ، الإسكندرية ، ١٩٥٤ ، ص ١٦ .

(٣) د . صوف أبو طالب ، أبحاث في مبدأ سلطان الادارة، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٤) د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون (مع دراسات في نظريه العقد في القانون الروماني)، المرجع السابق ، ص ٧ .

سواء كانت حكم أو علاقه قانونيه عاديه. بشرط أن يكون هناك تطابق بين هذه العلاقة أو التصرف مع النمط المرسوم له في القانون، لذا كان اختيار الوسيلة **المורה** بكامل إرادة الشخص دون فرضها عليه . فهو حر في مرحلة ما قبل إنشاء التصرف القانوني ، ويكون ذلك في تقدره أن النموذج الذي اختاره مناسباً لحالته ، وأنه سوف يحقق مراده ، أما التصرف القانوني فليس لإرادته وصل فيه بعد ان يتم إنشائه^(١).

ثم تطور الأمر بعد ذلك مع الانفتاح الاقتصادي لروما، وبدأ التخلص من الشكلية تدريجياً، وخاصة بعد استبعاد العناصر الدينية، وتحولها إلي عناصر قانونيه بحته، وأصبح لا يترتب مع تخلف الشكلية بطلان التصرف، كما كان من قبل بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية بموجب القانون وأصبحت حرة في إبرام التصرفات دون قيد أو شرط .

ومن أهم الأمثلة التي يمكن توضيحها في هذا الموضوع هي التمهيدات الرسمية وكذلك الاتفاقات المجردة أو العقود الرضائية، وكذلك الاتفاقات البريتورية والتي تولدت عنها دعاوي بريتورية، وكذلك أيضاً الاتفاقات الشرعية كالوعد بالروطه وهي من العقود اللفظية كما سنوضح لاحقاً .

ولعل هذه الانواع من العقود من أهم إنجازات التطور الذي حدث للقانون المدني الروماني، فأصبحت تتعد هذه العقود بمجرد التراضي، بعد أن كانت تحتاج إلي شكل أو تسليم شيء من الأشياء وأول هذه العقود، هي العقود الرضائية، مثل البيع والاجارة والوكالة والشركة والتي أقرها القانون الروماني بعد عناء كبير وتطور له، وأصبحت هذه العقود متحرره من قيود كانت مفروضة من قبل^(٢)، وأصبحت لا يشترط فيها القيام بإجراءات معينه ، لكي تنتج آثارها

(١) د . صوف أبو طالب ، الوجيز في القانون الروماني ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١٠٢ .

(٢) revill out, les origins egyptiennes du droit civil romain, paris, 1912.p. 180

القانونية، كما كان من قبل في العقود الشكلية. وذلك بعد ما أسهم البريتور إسهاماً كبيراً في إرماء هذه التحديثات علي القانون الروماني، فضلاً عن ذلك قيامه بأكثر من ذلك، وهو إعتماده لبعض الاتفاقات المجردة واعتبرها عقوداً، وولد عنها دعاوي وليس دفعواً، وأطلق عليها الاتفاقات البريتورية، وقام بحصرها، ورغم ذلك كله، لا توجد في القانون الروماني قاعدة عامة تقرر أن جميع المشاركات أو الاتفاقات صالحة لإنشاء دعاوي، ومن أمثله المشاركات أو الاتفاقات البريتورية هي مشاركات العهدة، مشاركات اليمين، مشاركات تجديد الالتزامات .

وكذلك الأمر في الاتفاقات الشرعية، وهي من صنيع القانون الامبراطوري، وهي قليلة للغاية، ومنها كما ذكرنا، الوعد بالروطة التي قرر حمايتها بدعاوي القانون المدني^(١) .

ورغم أن الأصل العام في القانون الروماني أنه قانون يأخذ بمبدأ الشكلية ولا يأخذ بمبدأ الرضائية، وان كان قد خفف من هذه الحدة ، نظرا لمقتضيات الحياة، والتطورات التي حدثت وتحول المجتمع الروماني من مجتمع زراعي ذات اقتصاد مغلق إلي مجتمع تجاري ذات اقتصاد حر، ورغم سيادة النزعة الفردية، وحرية الفرد في التصرفات، إلا أنه لم يصل إلي تحقيق (مبدأ سلطان الارادة) أو ما يطلق عليه (مبدأ الرضائية) إلا في عهود متأخرة للغاية بفضل فقهاء الكنيسة في العصر الوسيط^(٢) .

(١) د . شفيق شحاته ، تاريخ القانون الخاص ، القاهره ، ١٩٥٧ ، ص ٢٠ .

(٢) د . مصطفى الأمير ، الالتزامات والعقود في القانون المصري الفرعوني ، الاسكندرية ١٩٥٨ ، ص ١٣ .

المطلب الثاني

تقسيمات العقود في القانون الروماني

قسم الرومان العقود إلى عدة أقسام كل حسب المنظور الذي يراه، فهناك من قسمها بحسب مصدرها، وهناك من قسمها بحسب أثارها، وهناك من قسمها بحسب الدعاوي التي تحميها، وهناك من قسمها بحسب القانون الذي تندرج تحته هذه العقود.

فأما تقسيم العقود مصدرها، فقد قسمت إلى أربعة أنواع: العقود اللفظية - العقود الكتابية - العقود العينية - العقود الرضائية^(١).

وأما عن تقسيم العقود يجب أثارها، أي حسب الالتزامات الناتجة عنها، فقد قسمت إلى عقود ملزمة لجانب واحد، وعقود ملزمة للجانبين، وعقود وسط بينهما وتسمى بالعقود الملزمة للجانبين غير التامة أو "العقود التبادلية الناقصة" لأنه ينتج عنها التزاماً في طرف واحد، وربما ينتج في المستقبل التزام في ذمة الطرف الآخر.

وأما من حيث الدعاوي، فقد قسمت إلى عقود حسن النية، وعقود القانون الضيق، حسب طبيعة الدعوي حيث أن دعاوي عقود حسن النية يتمتع فيها القاضي بسلطة واسعة في التفسير والاجتهاد، وأما إذا كانت من دعاوي القانون الضيق، فإن القاضي هنا يتقيد بعبارات العقد وهي العقود الشكلية وتشمل (العقود اللفظية والعقود الكتابية، وعقد القرض).

وأما من حيث القانون الذي يندرج تحته، فقد قسمت العقود إلى عقود تقع تحت القانون المدني وعقود تقع تحت قانون الشعوب، وهي التي ربما يكون أحد أطرافها أجنبي، عكس العقود التي تندرج تحت القانون المدني، وهي التي تخص الرومانيين دون غيرهم.

(١) د. عبد المجيد الحفناوي ن تاريخ القانون ، المرجع السابق ، ص ١٤ وما بعدها .

وسوف تقتصر في دراستنا علي العقود العينية علي اعتبار أنها هي موضوع بحثنا، دون أن نتوسع بالنظر إلي الأنواع الأخرى من العقود.

المبحث الأول

العقود العينية في القانون الروماني

سوف نتناول العقود العينية في القانون الروماني، وكذلك في القانون المدني المصري، ونجري مقارنة بين القانونين، لبيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين القانونين، وهل كان لتأثير القانون الروماني علي القانون الفرنسي الذي أخذ عنه القانون المصري آثار أم لا ؟!

المطلب الأول

العقود العينية في القانون الروماني

• تعريف العقود العينية في القانون الروماني :

عرف الرومان العقود العينية بأنها : "هي تلك العقود التي يلزم فيها أحد طرفي العقد وليكن " المدين " نتيجة لواقعة تسليم الشيء فهي عقود لا تبرم إلا إذا تم تسليم الشيء، وبمعني أدق هي التزامات تنشأ وليدة الشيء ^(١).

إلا أن هناك تصرفات أخرى تعتمد اعتماداً كلياً علي التسليم، ورغم ذلك ليست عقوداً وواقعة التسليم فيها هي الدعامة الرئيسية، ورغم ذلك لا تسمى عقوداً، وفيها يلتزم المدين التزاماً كاملاً شبيهه بالتزامات العقود، وهذه الحالة تتوافر أكثر ما تتوافر في الاثراء بلا سبب مثلاً، وهو لا

(١) د . شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ، القاهرة ١٩٦٣، ص ٧٩.

- د . محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٤٣- صبيح مسكوني ، القانون الروماني، الطبقة الأولى، بغداد، ١٩٦٨، ص ٣٣٣.

يعتبر عقداً من العقود، أو كما يسمونه لبعض الاثراء غير العادل^(١)، لأنه لا يتم فيه التوافق بين إرادتي طرفيه، قبل إبرام التصرف كما هو في العقد، ورغم ذلك يلتزم فيه من تسلم الشيء دون سبب قانوني برد هذا الشيء المسلم إليه، لأنه قد نشأ التزام عليه دخل ذمته، مناطه التسليم والتسلم.

وقد حَجَم القانون الروماني في هذا النوع من الالتزام بدعوي قضائية تسمى دعوي الاسترداد لرد ما دفع دون سبب، وهي وسيلة قضائية هامة، ملجأ إليها صاحب الحق، من أجل استرداد ما أخذته بلا سبب، وهي وسيلة لتنفيذ هذا الالتزام، وهذا مثال من الأمثلة لتوضيح أن واقعة التسليم والتسلم لا تنشأ عنها عقود عينيه فحسب بل من الممكن أن تنشأ عنها التزامات أخرى. وكذلك أنواع من العقود لا تدخل تحت هذا النوع "العقود العينية"، وهذا النوع يسمى بالعقود غير المسماة، وهي تقع ضمن صور من صناعة القانون الروماني في العصر العلمي، وقصاها قيام أحد الطرفين بأداء من الأداءات، كالقيام بعمل، أو نقل ملكية شيء، بعد إبرام اتفاق ملزم للطرفين، وبالتالي يلتزم الطرف الذي وعد بموجب الاتفاق بنقل ملكية شيء، أو القيام بعمل ما، وذلك في مقابل الحصول علي مقابل من الطرف الآخر، ولكن إذا لم يتم الطرف الآخر بالوفاء بالتزامه هنا تنشأ العقود غير المسماة، والتي بموجبها يجبر الطرف الذي لم يوف بالوفاء بموجب دعوي قضائية لإجباره، وهنا نكون أمام حالة من الحالات التي تشبه العقد العيني، ولكنها ليست عقداً عينياً .

أما عن تعريف العقود العينية في القانون المدني المصري ، فإن القانون المدني المصري لم يعرف العقد العيني علي عكس القانون المدني الفرنسي المعدل في فبراير عام ٢٠١٦ ، فقد عرفه في المادة ١١٠٩ / ٢ بقوله : " يكون العقد عينياً عندما يكون انعقاده متوقفاً علي تسليم

(١) د . عبد الجيد الحفناوي، المرجع السابق ، ص ٤٤ .

شيء معين^(١)، والعقد العيني *contrat reel* شرطه الاساسي هو تسليم الشيء أو العين موضوع العقد، فالتسليم ركن أساسي في العقد ، فهو عقد لا يكفي لانعقاده تراضي أطرافه فحسب بل لابد من توافر ركن التسليم فيه، وقد أخذ هذه الفكرة القانون المدني الفرنسي من القانون المدني الروماني، ثم انتقلت الفكرة بعد ذلك عن طريق القانون المدني الفرنسي إلي القانون المدني المصري القديم، بأنواعها الممكنة المعروفة وهي عقد الفرض، وعقد العارية، وعقد الوديعة، وعقد الرهن الحيازي وعقد الهبة أو ما يسمى ب هبة المقول التي تبرم في عقد عرفي.

ومن الجدير بالذكر أن نظام العقود العينية كان محل نقد من جانب الفقه الحديث، حيث أصبح وجود مثل هذه العقود لا مبرر له، بعد أن ساد مبدأ الرضائية في العقود، من هنا ذهب القانون المدني المصري الحالي إلي عدم الأخذ بهذا النوع من العقود، واختزله في عقد واحد هو عقد هبة المنقول في نص المادة ٤٨٨م/م مدني مصري، وهي أن يهب شخص إلي آخر منقولاً ، فإن الهبة لا تتعقد إلا بتسليم هذا المنقول إلي الموهوب له، وهي ما يطلق عليها الهبة اليدوية ، وهي الصورة الوحيدة لنظام العقود العينية في القانون المدني، وهي لا تتم ولا تتعقد إلا إذا تم تسليم المنقول الموهوب إلي الموهوب له .

فالأصل في القانون المدني المصري الحديث هو سيادة مبدأ الرضائية في العقود^(٢) وما عداه يعتبر استثناء من هذا المبدأ، ولا يعمل به إلا بنص تشريعي يقرره. حيث اعتبر الفقهاء العقود العينية شرعت من قبل القانون الروماني للوصول إلي غاية معينة وهي التخلص من مبدأ

(١) د . عطا حواس ، مصادر الالتزام ، ٢٠٢٣ ، بدون ناشر ، ص ٣٢ هامش .

(٢) د . محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول الطبقة الثانية ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٦ ، ص ٣٩ .

الشكلية العينية، وفي العصر الحديث أصبحت الحاجة إليها ليس مبرر، بعد التطور القانوني الهائل الذي حدث للقانون المدني .

حيث أن العقد الرضائي *contrat consensual* هو العقد الذي يكون التراضي كافي لإنقاذه ، دون الحاجة إلي توافر ركن التسليم ، أو دون الحاجة إلي أي اجراء آخر، أو دون إلي افرغ العقد في قالب شكلي محدد ، واضح ذلك هو المبدأ السائد في التشريعات الحديثة " مبدأ رضائية العقود " وبناء علي هذا الاساس أصبحت عقود البيع و القرض والوديعة والعارية والوكالة وغيرها من العقود عقوداً رضائية لا تحتاج إلي انعقادها سوي الرضائية فقط .

ويجدر بالذكر أيضاً أن القانون المدني المصري لم يعرف العقد الرضائي ، بخلاف الوضع في القانون المدني الفرنسي المعدل في فبراير سنة ٢٠١٦، الذي ذكره في المادة ١١٠٩/١ والتي جاء بعضها: " يكون العقد رضائياً عندما ينعقد بمجرد تبادل الرضا بين أطرافه أيا كانت طريقة التعبير عن هذا الرضا".

إلا أن القانون المدني المصري قرر مبدأ الرضائية في العقود بعد ذلك في المادة ٨٩ منه والتي جاء بعضها: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " وهنا النص صريح قرر مبدأ الرضائية كقاعدة عامه وما عداه استثناء من تلك القاعدة " (١).

إلا أن اشتراط المشرع اجراءات معينة لترتيب أثر من أثار العقد لا يغير من الأمر شيئاً، ولا يفت من عقد المبدأ الأساسي وهو الرضائية، كاشتراط الكتابية في العقد، أو التسجيل في مأمورية الشهر العقاري لنقل الملكية، أو عقد هبة العقار يصب في ورقة رسمية وغيرها، كما

(١) د . عطا حواس ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٣٠ ، - د . عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، بدون ناشر ، وبدون تاريخ ، ص ٤٥ ،

أنه من الموارد أن يتحول العقد من عقد رضائي إلي عقد عيني باتفاق إرادة الطرفين وهذا أيضاً لا يؤثر علي مبدأ الرضائية كقاعدة عامة في العقود ، اعمالاً لمبدأ سلطان الإدارة^(١) ، عكس ما كان في الماضي، حيث كانت القاعدة قديماً هي شكلية العقود ، وكانت هذه الشكلية تكف وحدها لانعقاد العقد، بصرف النظر عن الإرادة .

علماً بأن العقود الرضائية كان لها أهمية كبيرة لدي القانون الروماني، لكونها كانت تشكل استثناءات من القاعدة العامة التي كانت سائدة في هذا القانون، حيث كانت القاعدة العامة السائدة في العقود كان معناها بأن الاتفاق المجرد لا يولد التزاماً، فنحن هنا بعدد عقود حقيقية، وهي عبارة عن اتفاقات تنتج عنها دعاوي من سبيل الاستثناء، فضلاً عن أنها تتعقد بالتراضي. وهذا النوع من العقود كان ضمن ابداعات القانون الروماني، وكانت هذه العقود أحد مظاهر التطور للقانون المدني الروماني قديماً^(٢)، وكان الرومان هم أقدم الشعوب التي عرفت قديماً هذا النوع من العقود.

ولما كانت هذه العقود قد وردت علي سبيل الاستثناء في القانون الروماني، لذا منها أربعة أنواع، وكانت علي سبيل الحصر، هي عقد الشركة، وعقد الوكالة، وعقد الاجازة ، وعقد البيع وتعتبر هذه العقود هي الأهم مطلقاً في روما علي ما عداها من العقود الأخرى^(٣) .

(١) د . عبد المنعم فرج الصدرة ، مصادر الالتزام دراسة في القانون المصري ، طبعه ١٩٧٤ ، دار الروضة العربية، ص ٧ ، من ٤٥ - د . سمير عبد السيد ، مصادر الالتزام والاثبات ، طبعه ١٩٨٩ / ١٩٩٠ ، بدون ناشر ، ص ٣٠ .

(٢) د . شفيق شحاته، نظريه الالتزامات في القانون الروماني ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ١٦٦ .

(٣) د . عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

العينية في العقد العيني :

يكاد يكون هناك شبه اجماع من القوانين العربية والقوانين الغربية وعلي رأس هذه القوانين القانون المدني الفرنسي، الذي أخذ عن القانون الروماني أحكامه، علي أن التسليم أو القبض يعتبر ركناً يتعين توافره لانعقاد العقود العينية، ورغم أن هذه العقود عمادها الرضائية، فإن تخلف القبض يؤدي إلي بطلان هذه العقود ولم يفت في عقدها أن القوانين المدنية تلك قد ألغت الشكلية التي كانت من صنيعه القانون الروماني القديم، وبعد أن أصبح مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود هو السيد، إلا في حالات استثنائية قيدت بنصوص خاصة بحسب الظروف لا در فيها للإرادة فيكون العقد شكلياً.

يبد أن الأمر في القانون الروماني ذات الطابع الشكلي الذي مصدره اعتبارات دينية، فكان العقد يلزم من تمام شكله لا من تمام الاتفاق الذي يسبقه ، وخير دليل علي ذلك ما جاء بمرونة جوستيفان القاعدة التي تقول: " لا ينشأ عن الاتفاق المجرى أي دعوي " (١) .

ومما لاشك فيه أن القوانين الحديثة، وخاصة القانون المدني الفرنسي، والقانون المدني المصري تأخذ بالشكلية ولكن في حدود ضيقه للغاية، ولم تكن هذه الشكلية مثل الشكلية الرومانية القديمة علي الإطلاق، حتي في العقود العينية، والتصرفات القانونية التي تتصف بالشكلية فإن الأمر هنا يختلف عن الماضي كثيراً، فشكلية اليوم غير شكلية أمس، شتان الفرق بين الكلمتين، فوظيفة الشكلية اليوم أصبحت هدفها تحقيق المصلحة العامة، وهي غاية من غايات المشرع في القوانين الحديثة، يستخدمها لتحقيق أغراض وأهداف تسمى المصلحة العامة، والأمثلة علي ذلك كثيرة ومتعددة .

(١) د . عكاشة محمد عبد العال ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٥١١ .

وكما هو معلوم أن الملكية في القانون الروماني كانت لها طرف لاكتسابها كالاتيلاء والالتصاق والكسب، والذي يهمنها هو الطريق الاختياري لكسب الملكية ونقلها وهو " التسليم " وكانت هذه الطريقة الاختيارية الوحيدة في عصر " جوستيفان " (١) .

وهنا نجد القانون المدني المصري يوضح أن العقود العينية تستوجب قبض محل العقد لانعقادها وإلا لا تتم حتي وإن توافر الرضا فيها، وهذه النوعية من العقود يتم انعقادها بأمرين، الإرادة ، تم تسليم الشيء محل العقد " المعقود عليه " من الدائن بالقبض.

إلا أن بعض الفقه (٢) قد قرر بأن العينية صورة من صور الشكلية أوجدها القانون أو "الاتفاق " لتكوين العقد العيني ، وهذا الاتجاه من الفقه العقود عندهم رضائية أو شكلية، بأن الشكل في العقود له مفهوم واسع وآخر ضيق، فأما المفهوم الواسع للشكل في العقد فإنه يتمثل في محتوى العقد نفسه وكيانه، وهي العينية في العقود كما هو في هبة المنقول، الفرض، والوديعة، الرهن الحيازي، والعارية، والمفهوم الضيق، ويعني شرط الكتابة أو التسجيل في سجلات مصلحة الشهر العقاري، كما في التصرفات والحقوق العقارية، وعقود بيع السيارات والمركبات المختلفة في إدارة المرور التابعة لها المركبة.

وهذه العقود ورغم أنها من العقود المسماة إلا أنها ينقصها العينية بجوار الأركان الأخرى الموجودة بها كالرضا والقبض والسبب فالعينية ركن هام من أركان العقد العيني وبدونه يكون

(١) د . محمد طه البشر ، القانون الروماني - الاموال والالتزام - جامعة بغداد سنة ١٩٨٠ ، ص ٥٠- د .

شفيق الجراح ، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ، مطبعة رياض - دمشق ، سنة ١٤٨٠، ص ١٨٢ .

(٢) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ، المجلد الأول، الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعه ٢٠٠٥ ، ص٣٢ - د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن ، سنة ١٩٩٨ ، ص ١٩ .

العقد باطلاً أو قابلاً للأبطال. وهنا حرص القانون المدني المصري علي معالجة ذلك في موادها الخاصة بالعقود العينية سالفه البيان.

ومن المعروف أن الفقه الاسلامي له الدور الأعظم في ذلك ، حيث تم التأثر به قبل المشرع الذي حرص علي أنه هذه العقود لا تتعقد ولا تيرم صحيحة إلا بالقبض (١) .

وأما القانون الروماني فإنه قد سبق غيره إلي ذلك، حيث هو المصدر التاريخي للسواد الأعظم من القوانين القريبة والغريبة، باعتباره العينية نوع ظاهر من التطور لدي فقهاء القانون الروماني، وهذا التطور الفكري لدي العقلية الرومانية وفي صياغة الفكرة القانونية هو إنجاز ونصر للقانون الروماني يؤخذ في الحسبان حيث ظهرت فكرة العقود العينية عقب فكرة الكتابة وظهورها، وهذه الفكرة ظهرت بشكلية بسيطة فحواها القبض دون النظر إلي أي اجراءات أخرى، ثم انتقلت هذه الفكرة بعد ذلك إلي القانون المدني الفرنسي ثم إلي القانون المدني المصري (٢) .

ومن الجدير بالذكر أن أغلب أهل الفقه الفرنسي قد اتجهوا إلي أن العينية، ورغم أنها نوع من أنواع الشكلية إلا أن دورها وقائياً في واقع الأمر، الغرض منها استعمالها كأداة للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، الأمر الذي جعلهم يتمسكون بالشكلية، ولكن كما ذكرنا سلفاً أنها شكلية معاصرة غير الشكلية المقيتة التي كانت متبعة في القدم في عصر القانون الروماني القديم، رأي الكثير من المشرعين الفرنسيين وأغلب أهل الفقه هناك، حيث تمسكوا بالشكلية والشكلية في القانون الفرنسي، وخاصة في قانون نابليون لا تحل محل الإدارة التي يستوجبها العقد، رغم أن العقود العينية في نظرهم عقود عقيمة وغير لازمة ، وهذه النوعية من العقود

(١) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق ، ٤٨ ، ص ١٥٢ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ، ص ٥١١ .

منقولة عن القانون الروماني ووضعت في غير موضعها^(١) فهي غير سكناء في المكان الخاطئ رغم أن القانون الروماني اعتبر هذا النوع من العقود إنجازاً وتطوراً لقواعد القانون الروماني فهي بمثابة طوق نجاة من الشكلية المقيتة، حيث أصبح الأمر أقل حدة من ذي قبل، في انتقال الملك .

وهنا الأمر يختلف في القانون المدني الفرنسي القديم، فإن انتقال الملك فيه، ومن بعده التقنين الفرنسي الجديد حتى عام ١٨٠٤م ليس له مبرر^(٢) فضلاً عن أنه نظام لم يعد يواكب العصر الحديث ومتطلباته، ولا يعكس حقيقته فيه تبين الناحية القانونية^(٣) رغم أن القانون الفرنسي يجعل من التسليم ركناً في العقود العينية، والذي يؤثر ذلك ما ورد ذكره في المادة ١٩١٩ من القانون المدني الفرنسي، وتلك المادة تخص عقد القرض، حيث نصت علي أن العقد يتم (بالسليم) (n.est pas parpait)^(٤) .

وهنا شرط القبض أو التسليم ورد في القانون المدني الفرنسي تأثراً بالقانون الروماني القديم صاحب فكرة العقود العينية بعد تطوره لمواكبة المتطلبات الحديثة للنجاة العملية في روما فجاها لفظ " لا يتم " في عقد القرض بمعنى " لا ينعقد " ومن هنا جعل القانون المدني الفرنسي كما ذكرنا التسليم ركناً في عقد القرض الذي هو من العقود العينية، والتسليم هنا يكون لفظياً ومادياً

(١) أحمد عبد الرحمن، الوسيط في النظريات العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٩١ .

(٢) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الجزء الأول " مصادر الالتزام " - مطبعة نوري- القاهرة، سنة ١٩٤٣، ص ٥٥ .

(٣) د. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، المجلد الأول " مصادر الالتزام " - الطبعة الرابعة المركز القومي للبحوث والدراسات، طرابلس - ليبيا - سنة ٢٠٠٣، ص ٣٩ .

(٤) د. حليم ستيغن، في القضاء، المطبعة الرحمانية، القاهرة، مصر، سنة ١٩٣٢، ص ٢٧ .

، أي أن العقد لا ينعقد ولا يكون تاماً إلا بالتسليم اللفظي، والتسليم الفعلي للمعقود عليه ، وذلك بشرط إستدامة بقائه لدي الدائن دون الرجوع علي المدين. ورغم ذلك الاتجاه إلا أن القضاء المدني الفرنسي كان له رأي آخر في العينية، حيث عمل علي إيجاد مفهوم خاص لها وللشكلية، بمفهومهما التقليدي ، والذي يؤدي إلي البطلان إذا لم يمكن القبض قرينه، حيث اعتبر القضاء الفرنسي العينية والرضائية معاً في خندق واحد لدي العقود العينية، وينظر القضاء الفرنسي في اتجاهه، حيث تصور العقود العينية في ثوب جديد، واعتبرها قائمة حتي ولو لم يحصل القبض فيها، وإن كان العقد يعد باطلاً إلا أنه لا يكون منتقياً الاثر مطلقاً، وإنما الاتفاق الذي كان هو الذي يعد الاساس له، واعتبروه وعداً بالتعاقد، لكونه ينقصه القبض، وهنا يترتب في ذمة المتعاقد المدين إلتزاماً بالقيام بعمل وهو التزام بتسليم الشيء المعقود عليه إلي الدائن برضاه، وإلا تم إجباره علي تسلمه، وهذا الاتجاه هو اتجاه الفقه الإسلامي من قبل، حيث ينعقد العقد موقوفاً علي القبض الذي يلتزم المدين له بتسلمه إلي الدائن، وهنا يصح القبض هو المحور الاساسي للعقد الذي لا يترتب أثراً إلا بحصوله، وهناك أحكام قضائية صدرت من محكمة النقض الفرنسية تؤيد ذلك . وموضوع هذه الدعوي " أن دائن مرتهن أقسام دعواه طالباً فيها من محكمة الموضوع الحكم له " بإبطال عقد رهن أسبق في التسجيل، عقده صادر من المدين إلي دائن آخر، واستند في ذلك إلي نص المادة (٥٤١) مدني فرنسي، والتي نصت علي بطلان الرهن إذا رجع المرهون إلي حيازة راهنه " فقضت المحكمة برفض الدعوي، وأسست حكمها علي أسباب اختصارها أن العقار المرهون قد يستأجره الرهن من المرتهن بعقد إيجار مؤرخ بتاريخ عقد الرهن . وهنا مدلول الحكم لم يستند علي حيازة الشيء المرهون أي قصفه (١)

(١) محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة المدنية ، الفرقة الأولى ، حكم ١٢/٧/١٩٧٧ منشور في المجلة المدنية -

ورغم التطور الحاصل في مبدأ الشكلية وكذلك العينية في القانون الروماني القديم، وكذلك في القوانين اللاتينية الآخذة عنه، ومنها القانون المدني الفرنسي، والذي انتقل بطبيعة الحال إلي القانون المدني المصري القديم باعتبار أن مصدره التاريخي والمادي القانون الفرنسي، فقد انتقلت فكرة العقود العينية في العقود الخمسة المنوه عنها إليه ، إلا أن الفقه القانوني المصري^(١)، لم يأخذ بهذه الفكرة ولم يستغلها ، علي اعتبار أنها فكرة (ليس لها محل من الإعراب)، وغير مبررة ، وأن الأسباب التي دعت القانون الروماني إلي الأخذ بها قد زالت ، واعمالاً للقاعدة الأصولية الشهيرة ، وأن العملة تزول بزوال السبب ، لذا كان لهذا الفكر كبر الاثر علي مفهوم العقد والالتزام في جوهر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، والذي صنف العقود العينية بأنها عقود رضائية ولم يبق منها سوي عقد واحد هو عقد هبة المنقول أو الهبة اليدوية^(٢) . وهذا العقد يتصنف بالشكلية إذا تم بموجب ورقه رسمية، ويكون هذا العقد عينياً إذا تم بالقبض أو التسليم ، أو المناولة اليدوية^(٣) أما ما عدا ذلك من العقود العينية الأخرى فإن القبض منها التزام ينشأ عن العقد ليس إلا ، ورغم ذلك تبين أن المادة (٤٨٨) مدني مصري نصت علي أن : ٢.....- تتم المهمة بالقبض ..الخ " وهنا للفظ الوارد بنص المادة معناه " أن اعقد لا يتم ولا ينعقد إلا بالقبض " .

المجلد السابع ، بند ٣٣٠ ، ص ٢٦٠ .

(١) د . رمضان أبو السعود و د . همام محمد محمود ، المبادئ الاساسية في القانون ، منشأة المعارف - الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص ٣١٣ .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت لبنان - سنة ١٩٧٤ ، ص ٦٨ .

(٣) د . عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، المجلد الثاني في مصادر الالتزام بمطبعة نهضة مصر - القاهرة سنة ١٩٥٤ ، ص ٨٧ .

المطلب الثاني

القبض في الفقه القانوني والفقه الإسلامي

اختلف الفقه القانوني والفقه الإسلامي حول القبض في العقود العينية وذلك إلى آراء ثلاثة :

الرأي الأول - القبض ركن في العقد العيني :

ذهب كثير من أهل الفقه القانوني في مصر وفرنسا^(١) وغيرها من البلدان العربية كالعراق ولبنان والأردن وغيرهم إلى أن القبض ركن في العقد العيني، ورأوا أنه يوجد حيثما وجدت أركان العقد ، وقد أسسوا رأيهم هذا علي ما ذهب إليه المشرعون في كثير من الدول العربية من اعتبار القبض ركناً من أركان العقد العيني، حيث أن التشريعات سواء في فرنسا ومن سايرها من التشريعات الأخرى لم تذكر ضمن الالتزامات المدين في العقد العيني التزامه بالتسليم، ولا هو من مستلزمات العقد، إنما القبض ركن فيه، وهذا يدل عليه صياغة النصوص التشريعية في العقود الخمس (كالهبة والعارية، والوديعة، والقرض، والرهن الحيازي) .

فجميعها لا تتم إلا بالقبض ، وهذا يدل علي أن هذه العقود لا يتم انعقادها إلا بالقبض، ولعل ذلك مرجعه إلي أن القوانين المدينة الحديثة ينصب ميولها إلي محاولة التحرر من فكرة العينية التي سيطرت علي هواجس الفكر القانوني الروماني، وانتقلت عينها إلي الفكر القانوني العربي وخاصة مصر، بيد أن التشريعات العربية أغلبها تأثرت بما جاء من فكر فقهي حول العينية في الفقه الاسلامي رغم أنه يخلط بين الشكلية والعينية، كما هو في عقد الرهن الحيازي عندما يكون عقاراً ، ومن الفقهاء من أعتبر الشكل شرطاً في العقد يلزم لوجوده لإثباته^(٢) كما هو في التسجيل الذي يعد شرطاً لنقل الملكية ، وليس شرطاً لانعقاد العقد ، والواقع هنا كما ذهب

(١) د . عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

(٢) د . عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٣٤ .

البعض أيضاً^(١) أن التسليم في عقد العارية مثلاً هو شرط ، فلا حكم لها قبل التسليم، فهي تبرع من التبرعات ولا يتم انعقادها إلا بالقبض، وهنا التسليم ليس التزاماً يتحمله المعير، وإنما هو ركن لتمام العقد، وكان لهذه الآراء الفقهية تأثير واضح علي التشريعات العربية في الصياغة لنصوص المواد التي تحكم العقود العينية.

وهناك آراء فقهية أخرى^(٢) متعددة ارتأت أن مسألة العقود العينية ، كهبة المنقول ، والرهن الحيازي وأمثالهما لا ينعقدان مالم يتم التسليم، وكثير من أهل الفقه قد ساير هذا الرأي^(٣) بل السواد الأعظم منهم ارتأى ذلك بأن القبض ركن لتمام العقد، يلزم لإنشائها قبضه محل العقد، ولعل العلة في ذلك ليست واحدة في كل العقود الخمسة ، فهي في عقد الرهن ليست كغيرها في العقود الأخرى ، لأن العلة في عقد الرهن، بأنه لا ينعقد إلا بالتسليم للمرهون هي حماية الغير والدائن سوياً ، والعلة هنا ليست علة فنية، وإنما هي مصلحة، لأن حماية الغير هنا تنشأ بمنع الشخص المدين من أن يرهن الشيء المرهون لأكثر من شخص، حيث يتم تجريده من حيازة هذا الشيء المرهون ويتم تسليمه للدائن المرتهن، فالأمر هنا حمايه للمدين نفسه من نفسه أيضاً التي ربما تسول له التصرف في العين المرهونة، فيتم تجريده منها وحرمانه من الشيء للمرهون، الذي هو ضروري بالنسبة له لممارسة عمله ، وأما العلة في باقي العقود الأخرى، فإنها فنية، فلا تتعقد هذه العقود إلا بالتسليم لمحل العقد والدليل علي ذلك قول الفقهاء بأن المستعير والمودع في عقدي العارية وعقد الوديعة يلتزمان برد الشيء المعقود عليه، والرد هنا يستلزم

(١) د . عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام ن المرجع السابق ، ص ٧٠ .

(٢) د . عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الخامس " العقود التي تقع علي الملكية - دار احياء التراث العربي ، القاهرة ، سنة ١٩٥٢ ، ص ٥٤ .

(٣) د . عبد الرشيد مأمون ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول " مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٣٠ .

التسليم أولاً، فمنها توجد أسبقية وهي التسليم ، وطالما تم التسليم فلا بد من الرد، فالرد يعقب التسليم، لذلك قيل أن التسليم ضرورة لإنعقاد العقد^(١) وأما العلة في عقد الهبة لأنه تبرع، ومعروف أن التبرعات يستلزم فيها القبض لأنها تستقوي به، لأنها تصرف من جانب واحد، وغالباً ما تكون من طرف قوي وهو الواهب "المتبرع" إلي طرف ضعيف وهو الموهوب له " المتبرع له " (٢) .

وأياً ما كانت الآراء الفقهية حول هذا الموضوع، وهل القبض ركن في العقد العيني أم أنه شرط؟! . فالكلام حول هذا الموضوع كثير، ولا ينتهي بين فقهاء القانون حول العالم، وخاصة فقهاء القانون في البلاد العربية، ولكن تبقى لنا كلمة واحدة بأن الفقه الاسلامي لديه ما يكفي للرد علي هذا الخلاف ، ولا بد من التحرر من الموروثات القديمة ، وهي التأثر بما جاء في القانون المدني الروماني ، والقانون الفرنسي القديم ، وما ثبت في القانون المدني المصري القديم حتي عام ١٩٤٨م ، وليس هناك ضرورة تستدعي الخروج علي مبدأ الرضائية في العقود العينية ، فليس من الضروري فنياً أن يكون انعقاد كل منهما يتوقف علي قبضه العين المعقود عليها ، رغم أن قاعدة الرضائية تكفي لاحتواء كافة العقود (٣) .

فضلاً عن اعتبار المرجعية في التفسير لنصوص القوانين الحديثة وتطبيقها يكون إلي الفقه الاسلامي بدلاً من الرجوع إلي القانون الروماني أو القانون الفرنسي، وهنا لا بد من الفصل بين

(١) د . سليمان مرقس ، في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، في المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة السادسة دار الكتب القانونية ، بيروت ، لبنان ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٦١٥ .

(٢) د . توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان سنة ١٩٨٨ ، ص ٨٧٢ - د . محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ، لبنان سنة ٢٠٠٤ ، ص ٢٧٤ .

(٣) د . عبد الحي حجازي ، والنظرية العامة للالتزام ، المجلد الثاني ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .

القوانين الحديثة ومصادرها الأجنبية فلا يتم الرجوع إلي تلك المصادر ^(١) وخاصة أن الفقه الإسلامي زاخر بالآراء الشديدة والحلول الناجمة لكافة المسائل الخلافية حول تفسير أو تطبيق نصوص هذه العقود، فمثلاً فقد رأى فقهاء الشريعة الإسلامية بدلوهم، وخاصة من ذهبوا إلي أن القبض ركن في العقد العين، وقالوا بأن القبض مثله مثل الايجاب والقبول، ولا يوجد العقد ولا حكمه مالم يتم الإقباض لأنه هو تمام الرضا، وهنا يؤكد الحنفية ^(٢) علي أنه لا بد من القبض في يد الدائن. وبه قضي الحنابلة ^(٣) والإمامية ^(٤). وغيرهم، ولا يتم العقد إلا بصوره، فالقبض مقدم علي الايجاب والقبول في تكوين العقد، لأن عدم وجود العوض يضيف السبب في العقد لإضافة الملك للدائن. وقد قال بهذا الكلام أيضاً الامام (زفر) وأن يتم القبض في مجلس العقد، والا كان العقد باطلاً وهذا العقد لا يتم انعقاده إلا إذا توافر تسليم محله بجانب الايجاب والقبول، علماً بأن بعض الفقه قد رأي أن هذه العقود " العقود العينية " عقود رضائية في ظاهرها، عينية في حقيقتها وجوهرها، فالقبض يقوي العقد، لأن العقد هنا لا يتم بمجرد الصيغة، وهذا الرأي الفقهي القائل بأن العقد العيني، ركنه الاساسي القبض، وقد وجد من يعارضه من الفقهاء من وجوه عديدة، فمثلاً ردهم بأن العقود التي تضاف إلي المال أو المستقبل يكون انعقادها في الحال وان لم يتم القبض فيه، وتساءلوا كيف يكون القبض ركناً في العقد مع أن العقد قد تم وانعقد رغم عدم وجود تسليم الذي هو من المفروض أنه ركن؟!!

(١) د . عبد الرازق السنهوري، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ٥٢ .

(٢) الشوكافي، السيل الجرار المتدفق علي حدائق الازهار، المجلد الثاني، تحقيق محمد صبحي بن حسن خلاف - دار ابن كثير، بيروت، بدون تاريخ، ص ٦٨٩ .

(٣) ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه، الطبعة الأولى، تحقيق محمد علي البنا، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ٢٠٠٨م - ١٤٢٩هـ، ص ٧٥ .

(٤) الكاساني، يدافع الصنائع، المجلد الثاني، ص ١٥٦ .

أيضاً تم الرد علي من قال: أن العقود العينية الأصل فيها أنها تتم من جانب واحد، وأنها عقود تبرع ، أي أنها بدون عوض، وهذا يضعف السبب ويقوضه في العقد ، وهنا لو لزم العقد من غير قبض لأصبح للدائن بالقبض حق المطالبة بالتسليم من المدين، وهنا يتغير التكيف القانوني للعقد ، ويتحول إلي عقد ضمان بدلاً من عقد عيني (١) .

أيضاً من المعروف في الفقه الإسلامي أن أي عقد يستوجب فيه الإيجاب والقبول لانعقاده بشرط أن يثبت أثره المترتب عليه سواء كان في العاقد أو المعقود عليه، وهذا بالطبع يكفي لتحقيقه الصيغة دون اللفظ إلي القبض حصل أم لم يحصل (٢).

الرأي الثاني - القبض في العقود العينية :

اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن القبض شرط في العقد العيني، والشرط هنا شرط لزوم ، لأن العقد ينعقد بمجرد حصول الإيجاب والقبول، دون حدوث القبض، إلا أن هذا العقد لا يلزم طالما لم يكن هناك قبض، ومن حق المدين أن يرجع عن العقد طالما لم يحصل القبض ، فله حق الفسخ (٣) ، ففي عقد الرهن الحيازي يشترط فيه الفقهاء القبض الكامل لتمامه، فشرطه هنا التسليم للمرهون للمرتهن ، وإلا فلا عقد لازم وهذا اتفق مع أي الفقه الاسلامي الذي يعتبر التسليم لزوم العقد (٤) .

(١) د . مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، المجلد الأول ، الطبعة التاسعة ، دار الفكر - دمشق ١٩٦٧ ، ص ٣٤٦ .

(٢) د . علي محي الدين القردافي ، مبدأ الرضائية في العقود ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص ١٨٧ .

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٣٧٩ .

(٤) الشيخ ، علي الحنيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، المجلد الثالث ، دار الفكر العربي - القاهرة ، بدون تاريخ ص ٢٣٩ .

وليس شرط انعقاد ، بمعنى أنه أي القبض هو شرط صحة العقد وليس ركناً فيه ، ولا سيما أنه يتم بعد أنتهاء مجلس العقد . فلو تخلف القبض فلا يصح العقد .

وهذا الرأي قال به الحنيفة ^(١) والمالكية ^(٢)، والحنابلة^(٣)، والشافعية^(٤) والزيدية^(٥)، والامامية ^(٦).

ويبطل العقد عند جمهور الفقهاء ^(٧) إذا تخلف القبض فيه، إلا أن الحنيفة ^(٨) رأوا أن العقد لا يكون باطلاً، وإنما يكون فاسداً. وقد اختلف الفقه الاسلامي أيضاً حول ديمومه القبض ، حيث ذهب الشافعية والحنابلة ^(٩) إلى القول بعدم وجوب استدامه القبض ، ويكفي أن يكون ابتداءً، ولا يستلزم استدامته كما هو في الهبة . إلا أن هناك رأي آخر أوجب استدامه

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، المجلد الخامس ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ١٣٣ .

(٢) ابن قدامة المقدس ، المغني فقه الامام أحمد بن حنبل ، المجلد الرابع ، الطبعة الأولى ، بيروت سنة ١٩٨٥ ، ص ٤ .

(٣) الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المناهج ، المجلد الثالث ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، سنة ١٩٨٤ ، ص ٣٧٣ .

(٤) السباغي ، الروض الفقهية شرح مجموع الفقه الكبير ، المجلد الثالث ، الطبعة الثانية ، مكتبة المؤيد الطائف سنة ١٩٦٣ .

(٥) الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق علي حدائق ر ، المجلد الثاني ، المرجع السابق ص ٥٢ .

(٦) العاملي ، مفتاح الكرمه في شرح قواعد العلاقة ، المجلد التاسع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٤ .

(٧) د . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المجلد السادس ، منشورات الحلبي الحقوقية الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة ١٩٩٨ ، ص ٥٩ .

(٨) المرتضي، البحر الزخار، المرجع السابق ، ص ١١٢ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، المجلد الخامس ، ص ١٥٦ .

(٩) السرخسي، المبسوط، المجلد الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار الغد ، بيروت ، لبنان، سنة ٢٠٠٠ ، ص ٢

واستمراره القبض واستدلوا علي ذلك إلي قوله تعالي " فرهان مقبوضه " (١) وهنا نتوقف قليلاً وهو أن شروط صحة العقد لم يرد فيها هذا الشرط علي الاطلاق في الفقه الإسلامي مما يدل علي أنه قول يستوجب النظر كلياً .

ومن الفقهاء في الشريعة الإسلامية من ذهب إلي اعتبار القبض شرط لزوم في العقد ، يهتم من قال أيضاً أن القبض تمام العقد العيني، ولهذا أدلة ولذال أدلته، فالذين قالوا بأنه شرط لزوم استندوا إلي أن العقود العينية غير لازمه، مالم يقبض الدائن المعقود عليه أيا كان ، وهنا العقد يكون جائز قبل القبض، ويلزم بالقبض ، فهو يتحقق بصيغته ولكن لا يترتب عليه أثر إلا بالقبض أحق الدائن به (٢) .

وأما الذين قالوا بأنه شرط تمام العقد العيني، فإنهم يسندون علي أن العقد ينعقد ابتداء حتي ولو لم يتم القبض، ولكن يثبت بالقبض (٣)، وهو من آثار العقد وموجباته ، وليس ركنا فيه وهو وهو بهذا عقد غير تام وبالتالي لا يكون لازم من جهة الدائن والمدين معاً رغم أن هذا الرأي تعرض لانتقاد، بأن هذا الرأي يخالف ماهيه العقد العيني، لأن العقد غير اللازم يعطي العاقد حقاً في الرجوع من العقد، ولا يصبح القول غير لازم، وفي ذات الوقت يجبر المدين بإقباض الدائن .

الرأي الثالث - القبض مجرد التزام في العقد العيني :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلي القول بأن القبض في العقود العينية هو مجرد التزام يكون أثر من آثار ابرام العقد ، يلتزم المدين بما يرتبه عليه العقد من التزامات فهو ليس ركناً ولا حتي شرطاً في العقد كما ذهب الرأيان السابقان وهنا يجب علي المدين أداء التزامه طوعاً أو كرهاً .

(١) ابن قدامة ، المغني ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ .

(٢) أبو الحسن الماوردي ، الحاوي الكبير ، المجلد السابع ، دار الفكر ، بدون تاريخ ، ص ٢٧٠ .

(٣) د . مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، المجلد الأول ص ٣٤٠ .

المبحث الثاني

الدلالة القانونية للقبض في العقود العينية

قسم فقهاء الرومان العقود العينية إلى خمسة أنواع من العقود، كتقسيم أساسي لها وهذه الأقسام هي :

- ١- عقد القرض.
- ٢- عقد التصرف الائتماني .
- ٣- عقد الوديعة.
- ٤- عقد العارية
- ٥- عقد الرهن

وسوف نتناول أربعة منهم فقط التصرف الائتماني لأنه قالب عام للعقود التي تؤدي إلى تحميل المتصرف إليه التزاما في مصلحة المتصرف . وخاصة بعد اختفائه من الممارسة العملية فلا داعي لتناوله الدلالة القانونية للقبض في عقد القرض .

المطلب الأول

عقد القرض

• تعريف عقد القرض :

عقد القرض هو عقد بموجبه يعطي شخص يسمى " المقرض " مقدارا معنياً من الأشياء المثلية إلى شخص آخر يسمى " المقترض " يلتزم برد مثله في النوع والمقدار بناء علي واقعة التسليم والتسلم دون حاجة إلى النظر إلى فكرة الإرادة^(١) .

(١) د. عمر ممدوح، المرجع السابق ، ص ٣٨ - د . عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق ، ص ٤٤ ، د . شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٨١ .

وعقد القرض من أقدم العقود العينية ، حيث ظهر في بداية عصر القانون (الروماني) وقد سبقه إلي الظهور في روما عقد النكسوم nexum الذي كان من العقود الشكلية المعقدة اجرائياً ، وكان يبيح القروض لعوام الناس فضلاً عن فوائده العالية التي كانت تؤدي بالمقترض إلي حبسة ووضعه في الأغلال والعقد العيني عموماً ينشأ فيه الالتزام كما تقرر النظرية التقليدية من تسليم الشيء، إلا أن هذه النظرية قد انتقدت من قبل خصومها، بأنها تخطط بين السبب المنشئ والسبب العقدي^(١) فالتسليم ركن في العقد العيني، وبالتالي فهو إذا سبب منشئ للالتزام، فكيف نعتبره غرضاً يسعى إليه الملتزم.

علماً بأن عقد القرض يختلف عن عقود الائتمان، وهو من العقود التي تنطوي علي حسن النية وبموجب عقد القرض يصبح الشخص المقترض مالكاً لما أقرضه، مع الأخذ في الاعتبار أنه يلتزم برد مثله بنفس القيمة وبنفس النوع وبنفس المقدار إلي من اقترض منه، كما أن عقد القرض يصنف من عقود القانون الضيق وقد ظهر بعده عقد الائتمان، ثم سرعان ما اختفي، ولم يوجد له أثر في مجموعات " جوستتيان " عقد القرض من العقود الملزمة إلي جانب واحد علي خلاف العقود الأخرى التي تدرج تحت العقود العينية، فالعقود الأخرى تعد من عقود حسن النية وملزمة للجانبين فيها ، وعقد القرض أعده الفقهاء بمثابة النموذج للعقود، العينية الأخرى ، كما أن موضوعه أشياء مثلية، والمقترض يلتزم برد المقابل لما اقترضه. وكما ذكرنا أن التسليم يعد شرطاً جوهرياً لإنفاذه، والتسليم مصدر الالتزام الذي ينتج عن العقد^(٢).

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول، نظرية العقد، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة سنة ١٩٣٤، الطبعة الأولى، ص ٥٦٦ .

(٢) د . عبد المنعم درويش ، دروس في تاريخ القانون المصري ، الطبعة الأولى ٢٠١٠م ، ص ١٩٢ .

وقد قيل أن تاريخ ظهور هذا العقد كان في منتصف القرن الثالث قبل الميلاد، إلا أن هذا النوع من العقود ظهر قبل هذا التاريخ (١).

وهذا العقد لم يكتسب صفه العقد إلا في العصر التقليدي من القانون الروماني، ويقوم علي أساس الثقة والائتمان، وهو عقد من صيغة قانون الشعوب (٢) فهذا العقد جاء عقب إلغاء **الراه البدني** بموجب قانون " بابيريا " فكان يتم بين مختلف طبقات الشعب الروماني ، وكذلك بين الرومان والأجانب ، فلم يقتصر علي الرومانيين وحدهم.

كما يتميز هذا العقد بأنه عقد شرعي أصلاً، حيث كان هذا العقد شائعاً بين المقربين والأصدقاء ، كما أنه لا يرتب فوائد رغم أنه من العقود الآجلة، فضلاً عن أنه عقد مطلق وغير معلق علي قيد أو شرط (٣).

كما يتميز هذا العقد أيضاً في القانون الروماني، بأنه له حماية قانونية، وذلك بموجب دعوي شخصية، من دعاوي القانون الضيق، وهذه الدعوي تختلف طبيعتها باختلاف العقد ذاته، فلو كان عقد القرض موضوعه مبلغ من النقود فإن الدعوي هنا تكون دعوي " استرداد لمبلغ من المال" (٤) وأما إن كان موضوع العقد شيء من الأشياء، فإن الدعوي هنا تكون " دعوي رد الشيء" (٥) وسوف نتناول ذلك في موضعه لاحقاً ، تحت عنوان الحماية القانونية لعقد القرض.

أحكام عقد القرض وحقيقة القبض فيه :

(١) د . عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

(٢) د . عمر ممدوح ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ .

(٣) د . شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٨٠ - ٨١ - د . عبد المنعم درويش ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

(٤) د . عبد المنعم درويش ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

(٥) د . شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ٨٢ ، د . عبد المنعم درويش المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

كما أوضحنا في تعريف عقد القرض ، أن من أهم الآثار التي تترتب علي هذا العقد هو أن المقرض يصبح مالكا للشيء الذي اقترضه شريطه أن يرد مثل هذا الشيء للمقرض أو يعوضه بمثلها، وهنا نكون أمام التزام يقع علي عائق المقرض بالرد .

والقرض يتم بتسليم المقرض الشيء المقرض إلي المستقرض، وهو شيء مثلي دائماً وأبداً، وهو الأمر الذي يجعل المقرض مالكا له، وهنا لا بد من توافر الأهلية اللازمة للتصرف لدي المقرض، فلا يصح للقاصر أن يكون مقرضاً، إلا إذا أجاز الوصي عليه فإن اجازة الوصي هنا تكون لازمة، وإلا استرد القاصر ماله في الحال ، طالما كان المال قائماً في ذمة المقرض، والدعوي التي تحمي القاصر هنا هي دعوي استحقاق وليست دعوي القرض وكذلك تكون الدعوي في حالة هلال العين في يد المقرض.

وأما عقد القرض في الفقه الإسلامي، فهو عقد عيني، من عقود التبرعات، وهو كما في القانون الروماني موضوعه أشياء فعلية، وينعقد بإرادة واحدة ومن جانب واحد، والتسليم شيء جوهري فيه، سواء من قال بأنه ركن هام فيه أو من قال بأنه شرط من شرائطه، مع الاختلاف فقط بين القانون الروماني في أن شرط المدة لا يعد عنصر من عناصر تكوين العقد في الفقه الإسلامي، ولعل مرجع ذلك إلي طبيعة عقد القرض نفسه، لأنه عندهم هو عقد الهبة، وعقد عاريه الاستعمال .

وعقد القرض في القانون الروماني ، ومن بعده القوانين اللاتينية التي أخذت عنه، أنه لا بد من توافر شرطين لكي ينعقد صحيحاً ، وهما .

الإعطاء " التسليم " والاتفاق والذي هو وحده من يحدد الغاية من التسليم لأن هذا الاتفاق هو الذي يبين ما إذا كان التسليم تم بغرض القرض أو بغرض آخر، كما أن الاتفاق هو من يحدد المدة الزمنية التي يلتزم المدين فيها يرد الشيء المقرض ، وضوابط رده ، ولكن لا يتطلب الرد

في كل الحالات ، فهناك حالات استثنائية لا يتم فيها الرد كالهبة والروطة لأنه الهبة تبرع ، إلا أن عقد القرض عيني أصيل ، فضلاً عن أنه يمارس من كل مظهر، إلا المظهر المادي، وحقيقة القبض هنا في عقد القرض هو تسليم ناقل للملكية للشيء المعقود عليه، ولا ينعقد القرض إلا إذا تم التسليم بمعرفة شخص آخر غير المالك . وطبقاً لقاعدة التوازن المالي بين الذمم ، فإن من يأخذ شيئاً ، فإنه يكون ملزماً برده بمقتضي واقعه التسليم، دون حاجة إلي اتفاق أو شرط. فإذا كان الشيء المقرض من الأشياء التي تستهلك باستعمالها، فإنه أي المدين يلتزم برد قيمة المثل (كعارية - الاستهلاك) عند حلول أصلها، فلا يري أحد علي حساب غيره، وغالباً ما يكون القرض علي أشياء غير نفسية في أحوال كثيرة ، لذلك ينعقد العقد بطريقه القبض ، وبنفس طريقة التصرف العادية، ولا يشترط أن تتم طريقة التسليم بمراسم معينه أو شكل معين كالإشهاد أو بطريقة الدعوي الصورية، وهذا يتطلب أن يكون المقرض مالكاً للشيء المقرض، وإلا فلا يتم العقد، ويكون العقد باطلاً إذا صدر التسليم من غير ذلك للشيء المعقود عليه، فغير المالك لا يملك نقل الملكية، حتي ولو كان سوف يملكه بعد التسليم وفي هذا ذهب القانون الروماني إلي انعقاد العقد في هذه الحالة إذا كان الشيء موجوداً في يد المستقرض، ويكون من حق المقرض أن يطالبه برد الشيء بموجب دعوي الاسترداد لما تم دفعه بدون سبب، وهنا فهم الرومان التسليم فهماً واسعاً الأمر الذي ساعد علي تعدد طرقه (1) .

وقد تطور القبض بعد ذلك وكان الرومان يكتفون في حالات عديدة بمجرد رمز معين يتحقق به ، وكان يسمى ذلك بالتسليم الرمزي ، وهناك أمثلة عديدة لذلك ومنها تسليم مفاتيح الدار يعبر عن تسليم الدار نفسه ، ثم تطور الأمر أكثر فأكثر حتي ظهر نوع من التسليم يسمى باليد

(1) د . معروف الدواليبي ، المرجع السابق ، ص ٣٥١ .

القصير وهو افتراض وجود الشيء في يد المكتسب علي سبيل الحيازة ثم استبعاده بإرادة المالك بنيه القرض (١) .

ثم ازداد الأمر تطوراً في القانون الروماني إلي درجة كبيرة ولا سيما في عقد القرض، فأقروا بالتسليم حتي ولو لم يتم نقله رمزياً (٢)، والدليل علي ذلك أنه أمر إنشاء عقد القرض دون أن يتم نقل النقود من يد المقرض لعدم وجودها معه في الأصل وإنما موجودة في يد غيره، ويتم التسوية بينهم لاحقاً .

من هنا فإن عقد القرض له مفهوم واسع، رغم أنه يشترط نقل الملكية والتسليم دائماً، ولكن لا يتطلب بالضرورة النقل المادي للشيء، بل نقل قيمة مالية ، بأي وسيلة كانت، رغم ما أثر من خلاف بين فقهاء القانون الروماني حول هذه الفرضيات وخاصة بين السابثيين والبروكليين ، فالسابثيون لا يأخذون بالفرضيات في عقد الفرض علي عكس البروكليين الذين يأخذون بالفرضيات ويعقدون عقد الفرض بناءً علي ذلك (٣) .

أيضاً تم أعمال مبدأ النيابة في التعاقد في عقد القرض، وأجاز فقهاء القانون الروماني عقد القرض بواسطة الوكيل، كالفضولي مثلاً أو النائب أو الوكيل لصالح الأصل، فمن الممكن أن يرم شخص لمصلحه شخص آخر عقد القرض تيسيراً في المعاملات بين الناس ، مما أصبح لنظام النيابة مجال واسع في نظامه ذلك التصرف " عقد الفرض " وقد حمي القانون الروماني في ذلك التصرف الذي تتم بمعرفة النائب أو الوكيل بدعوي أنشئت لصالح الأصل، مما نتج

(١) د . عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

(٢) د . عمر ممدوح ، المرجع السابق ، ص ٢٤٥ .

(٣) د . عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

عن ذلك آثار هامة لدرجه أنهم أجازوا عقد القرض بين أشخاص ليسوا في مجلس العقد ، وبعيد عن كل البعد ، ولا يري أحدهم الآخر^(١).

عينية المعقود عليه في عقد القرض :

سبق أن ذكرنا أن القرض ينصب علي أشياء عينية أو هذه الأشياء غالباً وأبداً ما تكون قابلة للاستهلاك، والأمثلة علي ذلك كثيرة منها الغلال والبنين والنقود لذا سميت (عارية الاستهلاك) بمعنى أن هذه الأشياء تقدر بالعدد أو بالوزن أو بالقياس ، ورغم ذلك فإن العقارات وكذلك الرقيق يصح أن يكون محلاً لعقد القرض، وإن كانت هذه الفكرة لم تكن رواجاً في القانون الروماني ، وقدتم الحلول عن تلك الفكرة وعن هذه النظرية ، بعد ما أصبح للأشياء الغير قابلة للاستهلاك نظاماً قانونياً مستقلاً، مثل " عارية الاستعمال " كالعقار والرقيق ، يتم استعماله ممن استعاره ثم يرده في الأجل المحدد ، دون استهلاكه الأمر الذي أصبح معه الاشياء التي لا يتم استهلاكها أن تكون محلاً لهذا العقد بناء علي تكييفه القانوني الذي كان معروفاً في القانون الروماني بعد تطوره في العصر الجمهوري أو اعصر العلمي^(٢) .

ومن هنا نخلص إلي أن عقد القرض يرد علي الاشياء المثلية، وهي الأموال المثلية والتي تقدر كما سبق القول بالوزن أو العدد أو القياس والنقود^(٣)، وإذا كان المعقود عليه نقوداً سمي عقد القرض *certa pecunia*، وإذا كان المعقود عليه أشياء غير النقود سمي عقد القرض - *allas res* - وهو قرض قابل للاستهلاك، وهذا الامر يكون محل اتفاق طرفي العقد وطبقاً لإرادتهما ، ويحكمه في ذلك الاسس الموضوعية، وفي ضوء الاعراف والعادات السائدة في وقته

(١) د . شفيق شحاته ، النيابة التعاقدية في القانون الروماني ، بحث منشور عجلة القانون والاقتصاد كليه الحقوق - جامعة القاهرة ، السنه ١٥ ، ص ١٣٠ وما بعدها .

(٢) د . عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق ، ص ٤٨

(٣) د . عمر ممدوح ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .

في المجتمع الروماني (١) ، وفي ذلك جاء في المرونة " ومحل التقدمه في هذه العارية أشياء مما يوزن أو يعد أو يقاس كالنبيذ والزيت والحنطة والنقود والنحاس والفضة (٢) .
والفقه الإسلامي أجاز عقد القرض علي الأشياء المثلية ، لكن الأصناف قالوا بأن محل عقد القرض لا يرد علي الحيوانات أو الرقيق أو الأقمشة وأخرجوها من دائرة التعامل في هذا العقد (٣) .

وقد ذكر بعض الفقهاء (٤) أن عقد اقرض ينحصر في واقعة الإعطاء (datio) وهذا ينطوي علي عنصرين أحدهما مادي وهو واقعة التسليم ، والآخر معنوي وهو نية الإعطاء علي سبيل القرض ، فالأصل في عقد القرض هو " القطع " أي اقتطاع جزء من مال المقرض وتسليمه إلي المقرض له (٥) المهم أن تكون أشياء تنتقل ملكيتها بمجرد التسليم ، وتكون أشياء معينة ، بذكر النوع والصنف والكم .

والتسليم في حقيقته عبارة عن تملك ، يخضع للقواعد التي يخضع لها عقد البيع ، فمن الممكن أن يكون حكيماً أو حقيقياً أو رمزياً ، وقد سبق وأن ضربنا مثال لذلك كتسليم مفتاح الخزينة التي هي مستودع النقود ، يعد بمثابة تسليم النقود المقترضة ، وقلنا أيضاً قد يتم التسليم في صورة الحوالة .

(١) د . عبد المنعم درويش ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ .

(٢) نظم جالوس ، ٩٠:٣ ، - مدونة جوستينيان ، ٣ ، ١٤ .

(٣) د . شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ٨٢ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص ٧ وما بعدها وكذلك تحت سيادته ، انيايه التعاقدية في القانون الروماني ، نشور عجله القانون والاقتصاد ، السنة ١٥ ، ص ١٣٠ حقوق الفكرة وما بعدها

(٥) د . شفيق شحاته ، النيابة التعاقدية في القانون الروماني ، المرجع السابق ، ص ٩ .

وكما أن التسليم ركن من أركان عقد القرض ، فإن الرد هنا التزام ينشأ عن الإتفاق علي عقد القرض، ومصدر الالتزام هنا بالرد هو واقعة التسليم علي سبيل القرض، وهنا عبارة الامبراطور (جوستينيان) اتدل علي ذلك، بأن أثر القرض هو تملك المقترض أشياء مثليه علي أن يعوض المقرض بمثلها، ولذلك فإنه ينشأ القرض التزام بالرد والذي يكون دائماً مستقبلياً، أي مضاف إلي المستقبل، كما أن الأصل في عقد القرض أنه لا يولد التزاما بدفع فوائد من المال الذي تم اقتراضه، لكونه تملك مثلي علي أن يرد مثله، لأنه عقد من عقود التبرع في القانون الروماني كما سبق وأن بينا، وقد حرم القانون الروماني فرص الفوائد علي عقد القرض بموجب قانون (جينوتشيا) سنة ٣٤٢ ق.م بكافة أشكالها وأيا كانت قيمتها، بعد أن كانت تفرض في عقد الكوم ، والذي انقرض ، ثم كانت تفرض بموجب تعهد رسمي منفصل تماماً عن عقد القرض، والتي كان المرابون يغالون في فرضها مما أدي إلي إرهاب المدنيين، إلا أن قانون (جينوتشيا) لم يطبق ، ولم يتم إحترامه من المرابين، لدرجة أن الفائدة بلغت في عهد (شيشرون) ١٢% سنوياً بواقع ١% كل شهر من شهور السنة ، وأستغني الناس عن العقد الرسمي، وأصبح عقد القرض يسمى القرض بفائدة أي بمجرد الاتفاق في القروض التي ترد علي الأشياء الأخرى غير النقود، حي جاء الامبراطور " كاراكلا " وخفف من وطأة الفوائد وألغي الفوائد المركبة التي تتراكم علي رأس المال المعقود عليه في عقد القرض ، ثم أصدر الامبراطور " جوستينيان " قراره بتخفيض الفائدة إلي النصف عموماً مع تحريم تحصيل قوانين من الفوائد المتركمة حتي ولو كانت من حق الدائن ، وذلك بحسب الأحوال ، فكانت نسبة الفائدة مثلاً في القروض اتي تمنح بواسطة أشخاص مشهورين ٤% ، ثم ٨% إذا كان المقرض تاجراً ، وكان القرض يصل ١٢% إذا كان عقد القرض بحرياً ، وهو من أهم صور عقد القرض بفائدة ، والذي عرفه الرومانيون عن طريق الإغريق ، وكان ذلك في عهد القرض البحري عبارة عن تسليم مبلغ من المال إلي

ربان السفينة من أجل شراء بضاعة ، بغرض التجارة فيها ، وكان المقرض يطالب بالفائدة حال رجوع السفينة سالمة فقط ، لأن المقرض كان يتحمل تبعه الهلاك ، دون أن يكون علي ربان السفينة أي التزام ، لأنه كان هذا القرض يهدف إلي الاستثمار في مجال التجارة الدولية فكان ربان السفينة يلتزم برد أصل مبلغ القرض مضاف إليه الفائدة والتي كانت تبلغ ١٢% من قيمة رأس المال الممنوح له علي سبيل القرض ، وهذا القرض كان معلقاً علي شرط نجاة السفينة ورجوعها سالمة ، كما كان هذا القرض يحتوي علي ضمانته رهن إتفاقي - وكان هذا الرهن هو السفينة وما تحمله من بضائع وأشياء ، وقد كان القرض بفائدة عموماً شائعاً منذ قانون اللواح الاثني عشر في روما وكانت نسبة الفائدة ٨.٣٣% من قيمة رأس المال المعقود عليه .

ومن الجدير بالذكر أن هذا العقد عقد القرض البحري قد ظهر أول ما ظهر في أواخر عهد العصر الجمهوري إقتبسه الرومان من الإغريق ، وكان له قواعد خاصة كما ذكرنا ايضاً ، وكان عقد القرض يثبت بالكتابة وخاصة في عهد الامبراطورية العليا وهو عبارة عن إقرار بالدين ، وقد تلاعب المرابون في هذه الاقرارات بزيادة قيمة الدين " القرض " عن القرض الحقيقي كتابة بطريقة الصورية من أجل الهروب من تحريم الفائدة ، فكانوا يصنعون مبالغ أكثر من المبالغ المقترضة من أجل أن تغطي قيمة الفائدة . وهذه الإقرارات أضفي عليها القانون الروماني حماية قانونية ، كما هي ايضاً الامبراطور كاركلا المدينين ن ظلم وطمع المرابين حيث نقل عبء الاثبات لواقعه التسليم من عائق المقترض إلي عائق المقرض. وهنا بات للمدين الحق في الدفاع عن نفسه وذلك بدفعه بعدم تسلم النقود أو رد المحرر " الاقرار " إليه بموجب دعوي كان يطلق عليها *condictio cautionis* ثم تطور القانون الروماني وأدخل تعديلات جديدة حول هذا الأمر، فأصبح من حق المدين أن يتقدم بشكوي أنه لم يتسلم النقود، وتكون خلال عام ، الأمر الذي يجعل الميعاد مفتوحاً لمدة خمس سنوات من تاريخ تحرر الاقرار، وإلا أصبح

المحرر محصناً ولا يجوز الطبعة عليه، ثم أدخلت تعديلات أخرى في عهد جوستينيان وأصبح من حق المدين الاعتراض خلال سنتين علي المحور، وبناء عليه ينتقل عبئ الإثبات علي الدائن، أيضاً أصبح من حق الدائن ابداء اعتراضه علي المخالصة التي حررها للمدين بكامل دنيه خلال شهر من تاريخ تحريرها كل ذلك مالم يكن السند به أسباب للدين وإلا امتنع عليه الاعتراض . والتزم برد المبلغ مضاعفاً .

وأما عن عقد القرض في القانون المدني المصري :

وأما عن عقد القرض في القانون المدني المصري ، فقد نصت المادة (٥٣٨) فيه علي أن القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلي المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر علي أن يرد إليه المقرض عن نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته .

وهنا نجد أن القانون المدني المصري والذي تأثر بالقانون المدني الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي والمادي له في نقل فكرة العينية في العقود الخمسة ، إلا أن الفقه القانوني المصري لم يترك الأمر علي عوانه ، بل تدبر الأمر ، وأخذ في تحليل الفكرة اتي وفدت إليهم من الغرب حتي ولو كانت متطورة ، وبعيدة عن الشكلية المرفوضة ، إلا أنها لا تصلح في الوقت المعاصر ولا سيما بعد زوال علتها في مصدرها وهو القانون الروماني ، كان له كبير الأثر في مفهوم العقد والالتزام في جوهر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، والتي أصبحت بموجبه العقود العينية عقوداً رضائية ولو يبق منها غير عقد واحد، وهو عقد هبة المنقول لكونها تتم بورقة رسميه ، وقد تكون عينيه فتتم بالمناولة " القبض " وذلك واضح من نص المادة ٤٨٨/٢ من القانون المدني المصري ... تتم الهبة بالقبض ... وسوف نتكلم عنها في

موضعها ولما كان عقد الفرض من العقود الهامة التي لها دور في النشاط الاقتصادي والتجاري كان محل اهتمام الفقه القانوني في مصر (١) .

• تعريف القرض :

القرض لغة بمعنى " القطع " قرض يقرض قرصاً ، وقرضه بمعنى " قطعة " وهنا يقطع المقرض جزءاً من ماله يعطيه للمقرض .

وأما عن تعريف القرض في الاصطلاح ، بانه " عقد يدفع شخص بموجبه لأخر عيناً مثالية قابلة للاستهلاك علي أن يرد له مثلها خلال مدة معينة .

ومن هنا فإن عقد القرض من العقود العينية التي تتم بالتراضي ، فأصبح عقداً رضائياً ، يكفي لانتقاده الإيجاب والقبول ، من طرفي العقد سواء المقرض أو المقرض ، حتي وإن لم يتم التسليم ونقل الملكية إلتزامان من الإلتزامات التي تنشأ عن عقد القرض في ذمة المقرض ، وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، ومن خلاله انتقلت تلك الفكرة إلي باقي القوانين العربية .

كما أن عقد القرض من العقود الملزمة لطرفيه ، وليس لطرف واحد ، فهو ملزم للمقرض أن يسلم المقرض مبلغ القرض أو الشيء المقرض وينقل له ملكيته ، وعلي الجانب الأخر فإن المقرض يلتزم برد ما اقترضه ، أو رد مثل الشيء الذي اقترضه عن حلول الأصل وانتهاء القرض مضافاً إليه الفوائد المتفق عليها (٢) .

ولو نظرنا إلي عقد القرض نجد أنه في الأصل عقد من عقود التبرعات ، فالمقرض لا يلتزم إلا برد ما إقترضه أو مثله في المقدار والنوع والصفة بدون فوائد إضافية عليه ما لم يتفق

(١) د . أحمد إسماعيل عبد العزيز ، أحكام عقد القرض ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه مقدمة إلي قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة أسيوط عام ٢٠١٥ .

(٢) د . عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ، المجلد الثاني ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

الطرفان علي غير ذلك . وإذا ما اشترط المقرض علي المقترض رد القرض مع فوائد عليه ، فإنه يتحول في هذه الحالة إلي عقد من عقود المعاوضة .

• عينية المعقود عليه في عقد القرض في القانون المدني المصري :

يقصد بالمعقود عليه في عقد القرض هو محل العقد، ومحل عقد القرض هو الشيء المقترض إذا كان القرض بدون فائدة ، والشيء المقترض مع الفائدة إذا كان القرض بفائدة . وقد اشترط المشرع أن يكون الشيء المقترض من المثليات حصراً، وهذا يتضح من نص المادة رقم(٥٣٨) من القانون المدني المصري، وهذا يدل علي عينية الشيء المعقود عليه . وهنا ينشأ عن العقد باعتباره عقداً رضائياً ملزماً للطرفين التزامات تقع علي عاتق المقرض وهي التسليم ونقل ملكية الشيء المعقود عليه، وفي المقابل يلتزم المقترض برد هذا الشيء أو مثله إذا كان القرض بدون فوائد، ورده أو مثله مضافاً إليه الفوائد المتفق عليها إذا كان القرض بفائدة .

وهنا تلاحظ أن القانون المدني المصري قد سار علي نفس المنهج الذي سار عليه القانون المدني الفرنسي الذي أخذ عن القانون الروماني باعتباره المصدر التاريخي والمادي له ، فمن المعروف أن الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية ، والقبض باعتباره ركناً لانعقاد العقد ، هو صورة من صور الشكلية، بالمفهوم العام، وعند انتقاد الشكلية المشروطة لانعقاد يبطل العقد، وهذا ميراث عن القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم ثبت لدي القانون المدني المصري القديم أيضاً، إلا أنه انبري من رد علي ذلك من أيضاً العينية بأنه لا يمكن تصور التزام بالرد دون أن يسبقه قبض محل العقد ، وهي تخطط بين انعقاد والعقد وبين تنفيذه ، فالتسليم شرط لتنفيذ الالتزام بالرد ، وليس شرط انعقاد العقد ، إلا أنه وجد أيضاً من الفقه ذهب

إلي أنه لا يمكن الإبقاء علي العقود العينية أو الشكلية بمفهومها العام ، وخاصة أن التشريعات الحديثة قامت بمحو العينية من نصوصها إلا عدد قليل منها .

ومن هنا تميز عقد القرض في القانون الروماني ، بأنه عقد محدد بأجل ، كما أنه عقد من عقود التبرع ، والخصيصة الأولى من طبيعة العقد ، فطالما كان عقداً محدد بأجل وأجل محدد ، فإنه يكون هناك إلتزام بالرد ينشأ عن هذا العقد ، هو أمر مستقبل محقق الوقوع ، باستثناء عقد القبض البحري الذي يكون فيه الإلتزام بالرد أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، لكونه معلق علي شرط وهو عدم غرق السفينة ووصولها سالمة ، فإذا هلكت السفينة ولو ترجع سالمة فلا إلتزام بالرد ، وأما كون هذا العقد أنه بين عقود التبرع ، علي اعتبار أن عقد القرض كان يتم انعقاده قديماً ما بين الأقارب أو الأصدقاء لذلك أدخل ضمن عقود التبرع ، وهو عدم سريان فوائد علي هذا القرض في القانون الروماني خلال فترة تطوره ، الأمر الذي كان يعرقل مسيرة المعاملات بعدما كثرت ، لذلك استخدم الرومان حيلة للتغلب علي ذلك ، وهي اللجوء إلي وسيلة الاتفاق علي شكل تعهد رسمي بجوار عقد القرض، ويلتزم بالتعهد المستقرض برد مبلغ القرض والفوائد ، وقد سبق أن بيننا الاتفاق علي تحديد الفائدة في القانون الروماني.

وأما عن الحماية القانونية التي قررها القانون المدني الروماني لصالح عقد القرض ، فإنه وباعتباره عقد عيني، والإلتزام فيه بالرد مصدره واقعه التسليم بنية القرض ، وهذا بالطبع سبقه اتفاق، وإيجاب وقبول ، وتوافق بين إرادة المقرض وإرادة المقترض ، إلا ما تم الحصول عليه بلا سبب، إذا لا تعد هذه الاوضاع عقوداً بالمعني الحقيقي للعقود، لذلك كان عقد القرض قديماً تحمية (دعوي الرهان الشخصية) أو الدعوي الإرتسامية، ثم تطور الأمر بعد ذلك مع تطور القانون الروماني، فأصبحت الدعوي التي تحمي القرض تختلف بحسب الشيء المعقود عليه، وعلماً إذا كان نقوداً أو أشياء أخرى غيرها فإذا كانت نقوداً فكانت الدعوي مطالبة بالنقود، وهي

من دعاوى القانون الضيق فنياً ، وأما إذا كان الشيء المعقود عليه محل القرض شيئاً غير النقود كالزيت والغلال والنبيد فكانت دعوي مطالبة بالشيء المعقود عليه وكانت تسمى دعوي "تربتيكاريا" .

المطلب الثاني

عقد الوديعة

عرفنا سلفاً أن الوديعة من العقود العينية، وهي أيضاً من صيغة التطور القانوني للقانون المدني الروماني، حيث جاء بها قانون الشعوب، وهي من عقود حسن النية، وهي أيضاً من عقود التبرع الملزمة للجائين، وقد ظهرت الوديعة بعد القرض، بل هي أخت العارية، وإن اختلفت وظيفتها عن وظيفة العارية، فالمعير في العارية يسلم الشيء المعار إلي المستعير ينتفع به مدة معينة ثم يسترده منه، أما الوديعة فهي نقل حيازة الشيء إلي من يقوم علي حفظه دون أن ينتفع به .

وقد ذكر الامبراطور " جوستنيان " في مدونته، " وكذلك من أودع عنده شيء ، فهو مسئول بالتزام وليد الشيء ، إنه عرضه لدعوي الوديعة، وعليه أيضاً رد الشيء بعينه " .

تعريف عقد الوديعة :

هو عقد بمقتضاه يقوم المودع المالك بنقل حيازة الشيء إلي شخص آخر يسمي المودع لديه إلي أجل محدد علي أن يقوم بحفظه دون أن ينتفع به " .

• عينية المعقود عليه في الوديعة :

الأصل أن الوديعة لا ترد إلا علي الأشياء المنقولة ، ويعد عقد الوديعة من المعقود العينية ، ومحل الوديعة هنا شيء من الأشياء المادية ، أو القيمة ، ومن الطبيعي والبدهي أن يسبق عقد الوديعة اتفاق بين طرفي العقد ، يحدد فيه المدة التي تستغرقها الوديعة لدي الموضوع لديه ، وبعدها يردها إلي المودع .

وهناك أنواع كثيرة من الوديعة ، بمعنى أن لها أكثر من صورة، وهي، الوديعة العادية، والوديعة الشاذة ، والوديعة الضرورية ، والوديعة تحت يد الحارس.

والوديعة العادية غالباً ما تكون أشياء يجب ردها بعينها، مثل النقود المحفوظة داخل حوافظ مغلقة، أو أشياء ثمينة كالذهب وغيره، والتي يودعها مالکها لدي شخص أمين لحين عودته من سفره .

وأما الوديعة الشاذة فهي عبارة عن نقود سائلة، تودع لدي المودع لدية من مالکها المودع لحين رجوعه من رحلته، فيقوم المودع لديه باستعمالها وإنفاقها وعند طلبها منه يقوم برد مثلها وبذات الكمية أو بذات القيمة، وهذه تشبه القرض، وهذا النوع من الوديعة يسمى الوديعة الناقصة أيضاً ، وخير مثال لها ما يقوم بإيداعه العميل من أموال لدي إحدى المصارف ، والذي يرخص له باستخدام النقود في أي غرض يراه ، وهي إحدى نتائج التطور الذي طال القانون الروماني ، فقد أجازها الامبراطور " جوستنيان " .

وأما الوديعة الضرورية ، وهي التي تتعد وقت الأزمات ، وفي حالة القوة القاهرة ، حيث يجبر عليها المودع ، كأن يودع ما يملكه لدي شخص آخر أثناء حريق طال منزله ، أو وقت الحروب والاضطرابات ، ويضيق الوقت فهو يودع أملاكه من الأشياء المادية المنقولة لدي أي شخص يجده في مكان آمن ، فهو لانحيازه ولا يتحري عن أخلاقياته ، وبالتالي تزداد مسؤوليه المودع لديه في هذا النوع ، ويكون مطالباً ببذل عناية خاصة من أجل الاحتفاظ بالشيء المودع لديه .

وأما عن الوديعة تحت يد الحارس ، فيقصد بها الوديعة المتنازع عليها بين شخصين أو أكثر قضائياً فيتفق الأطراف المتنازعون علي إيداع هذا الشيء " الوديعة " لدي حارس "مودع لديه " وهي غير الوديعة العادية ، فمن الممكن أن ترد علي المنقولات والعقارات ن ويتم تسليمها لمن

صدر الحكم في النزاع لصالحه ، علماً بأن المودع لديه يمتلك الأوامر الحيازية علي الشيء المودع بصفته الحارس ، فله ما ملك من سلطة علي الشيء المودع ، وكما يلتزم برد الشيء المودع بعد الفصل في النزاع فهو يلتزم ببذل العناية الكافية للمحافظة علي الشيء المودع .

• دلالة القبض في عقد الوديعة في القانون الروماني :

وتعد الوديعة من العقود العينية ، فمن الطبيعي لا تتم إلا بالقبض، سواء كان هذا القبض حقيقة أو حكماً، مثلها مثل العارية ، يكون التسليم تسليماً مجرداً، فلا تترتب عليه الحياة بمعناها الكامل، وقد سبق أن شرحنا ذلك في عقد العارية، وعقد المقرض، وحيث أن المستودع لا يملك سوي الحياة المجردة عن النية، وذلك باستثناء الوديعة الحارس، فهو يحوز الشيء حياة كاملة.

والقبض يستدل عليه في عقد الوديعة من خلال الالتزامات التي تنتج عن هذا العقد، فالمستودع المودع لديه يجب عليه هنا الحفظ، لأنها هي عبارة عن استحفاظ القيمة لدي الغير، فلا يحل له الانتفاع بها باستعمالها وإلا كان محلاً بالعقد، كما أنه ملزم بردها عن طلب المودع ، ولو لم تنتهي مدة عقد الوديعة، كما أن المودع لديه يكون ضامناً لهلاك الوديعة أو تلفها حال تقصيره أو ثبت عنه للإضرار بالمودع، أو لم يبذل العناية المطلوبة للمحافظة علي الشيء المودع، وهنا مسئولية المودع لديه أقل من مسئولية المستعير في عقد العارية ، لأن المستعير يحفظ لنفسه والمودع لديه يحفظ لغيره .

إلا أن الامبراطور " جوستنيان " قرر المسئولية علي المودع لديه إذا قصد الاضرار بالمودع ، لا عن مجرد خطئه ، فلا مسئولية عليه ، إلا في حالة الوديعة الاضطرارية فإن مسئولية المودع لديه تكون أشد وهذا يؤكد حقيقة القبض في عقد الوديعة وكان قانون الألواح الشيء

عشر يقرر رد الوديعة مضاعفة أي مثلي قيمتها حالة عدم قيام المودع برد الوديعة الاضطرارية للمودع ، أو جحوده لها ، وانكاره أنه تسلمها .

وكما هناك التزامات علي المودع لديه فإن هناك إلتزامات تقع علي عاتق المودع ، كالتزامه بدفع النفقات التي تكبدها المودع لديه علي الوديعة ، أو تعويضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة عيب كان في الوديعة ، وقد حول القانون الروماني للمودع لديه حق حبس العين المودعة لحين استيفائه حقه من المودع ، إلا أن " جوستنيان " ألغى هذا النقص كما ألغى حق المودع لديه في إجراء المقاصة مع المودع إذا كان لدينا له بدين معين . وقد حمي القانون الروماني وقد حمي القانون الروماني المودع في عقد الوديعة بتحويله دعوتين في أول الأمر ، الدعوي الأولي هي دعوي الرقة أو دعوي التعويض، إلي أن حدث تطور في القانون بعد مجيء البريتور في أواخر عهد الجمهورية وصولاً لدعوي الواقعية ثم متجه الدعوي القانونية وهما من دعاوي حسن النية ، وكانت دعاوي إذا ما حكم فيها كانت تجلب العار والخزي علي المودع لديه (المحكوم ضده) وكانت تسمى دعوي الوديعة المباشرة ، وقد قرر الامبراطور " جوستنيان " للمودع لديه دعوي مضادة لتلك الدعاوي ، وسحبت دعوي الوديعة المضادة لتحل محل حق حبس المودع لديه للعين المودعة لحين استيفائه صفه الذي الغاه (جوستنيان) .

• دلالة القبض في الوديعة في الفقه الإسلامي :

يكاد أمر الوديعة لا يختلف في الفقه الإسلامي عنه في القانون الروماني ، حيث أن الوديعة في الفقه الإسلامي هي من العقود العينية ، ولا تتم إلا بالتسلم أو القبض ، والقبض كما هو في القانون الروماني إما أن يكون قبضاً حقيقياً وقد يكون حكماً كالوديعة في اصطلاح الفقهاء بأنها " المال الذي يوضع عند شخص بقصد الحفظ ، وعرفها بأنها : " اسم للمال المودع ، والايدياع توكيل في حفظة تبرعاً ، وهي عقد جائز والقبض في الوديعة ركن من أركانها لذلك لا

بد من أن يكون التسليم في الاستطاعة ، إلا إذا كان الشيء المودع محفوظاً في صندوق مغلق وقفل ، ولا يدري المودع لديه ما في داخله ، وهنا يكون القبول ضمناً من المودع لديه ، وهو ما يشبه الوديعة العادية في القانون الروماني .

والفقه الإسلامي يلزم المودع لديه بالمحافظة علي الوديعة، ويعتني بها بإعتائه بماله، ولا مسئولية عليه حاله انتفاء الخطأ أو التقصير عن ناحيته، لأنه مؤتمن علي ما تحت يده، ولا ضمان علي مؤتمن طبقاً للقاعدة الفقهية، طالما أن الوديعة بلا تعامل وإلا اعتبر في حكم الاجير ، ويكون ضامناً ومسئولاً عن التلف أو الهلال .

ومن المعروف في الفقه الإسلامي أن المودع لديه لا يحق له الانتفاع بالشيء المودع ، وإلا اعتبر فاقداً للأمانة وامتدداً علي حق غيره ، ولو أجاز له المودع الانتفاع تغير الوصف وأصبحت عارية وليست وديعة ، كما أنه يلزم بردها عند طلبها أو بعد انتهاء أجلها .

ويجمع أهل الفقه الإسلامي علي إلزام المودع بتعويض المودع لديه عما أنفقه وتكديدها من نفقات للمحافظة علي الشيء المودع ، لأن صاحب الوديعة هو من يلزم بالنفقات عليها . وفي كل الأحوال ينتهي عقد الوكالة بالرد أو بموت أحد طرفي العقد " المودع " والمودع لديه .

- دلالة القبض في القانون المدني المصري :

عرفت المادة (٧١٨ / من القانون المصري الوديعة بأنها) :

" عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر علي أن يتولى حفظ هذا الشيء أن يرده عيناً " والوديعة من العقود المسماة ، وهي من العقود الرضائية يلتزم المودع لديه بموجبه أن يتسلم شيئاً سواء منقولاً أو عقاراً - ليتولي حفظه ثم يرده عيناً أو يتسلم مالاً فقط ثم يرده عيناً .

ومحل الوديعة في القانون المدني المصري " شئ غير محدد في النص ، فيستوي أن يكون عقاراً أو منقولاً ، والغالب أن يكون منقولاً ، لأن المنقول أحوج للحفظ من العقار ولا مانع أن

تكون الوديعة عقاراً مثل شخص سافر وترك منزله ووديعة لديه جاراه أو أحد أقاربه أو أصدقائه للحفاظ عليه حتى عودته، وتسمى الحراسة الاتفاقية وهي ضرب من ضروب الوديعة .

والقبض لازم طبقاً لنص المادة (٧١٩) مدني مصري والتي نصت : علي المودع عنده أن يتسلم الوديعة. وهذا يؤكد علي التسليم كركن من أركان عقد الوديعة في القانون المدني المصري، وكما ألزم القانون المودع لأنه أن يتسلم الوديعة من المودع، حظر عليه أيضاً استعمالها دون إذن المودع ، كما ألزمه بحفظها في المادة (٧٢٠)، وأن يبذل العناية الكافية في حفظها، والعناية هنا عناية الرجل المعتاد ، وخاصة إذا كانت الوديعة بأجر وليس له أن يحل غيره محله إلا بإذن المودع ، ويلتزم بردها بمجرد طلبها منه ولا يحق له التصرف فيها بالبيع أو بالتبرع وإلا ألزم برد قيمتها نقوداً وقت البيع أو التبرع، وهذا ما ورد في المواد ٧٢١ و ٧٢٢ و ٧٢٣ .

الخلاصة أنه لا يوجد اختلاف كبيراً، بين القانون الروماني والفقهاء الإسلامي والقانون المدني المصري حول عقد الوديعة، وتكاد تكون الأحكام واحدة بينهم المهم أن القبض أو التسليم شرط أساسي في إتمام عقد الوديعة، بل هو ركن والتزام فيها لإتمام التعاقد بين طرفيها، وللإختلاف في ذلك .

المطلب الثالث

عقد العارية

تعريف العارية :

هي عبارة عن عقد يتم بموجبه تسليم شخص يسمى " المعير " شيئاً معنياً إلي شخص آخر يسمى " المستعير " للانتفاع به فترة محددة يتم الاتفاق عليها ثم رده مرة أخرى بدون عوض .

وهذا النوع من العقود نموذج آخر من نماذج العقود العينية التي تتعقد في الأصل بموجب التسليم ، والذي بعده يحوز المستعير الشيء المعقود عليه للانتفاع به واستعماله في وظيفته التي أعد لها .

ويجدر بالذكر أن العارية هي من صيغة قانون الشعوب ، جاءت بعد تطور القانون الروماني ، فلم يكن هذا النوع من العقود مقصوراً علي أهل روما فقط بل كان مكفولاً أيضاً ومتاحاً للأجانب ، وذلك بعد الانفتاح الاقتصادي لروما ، وكانت العارية تتعقد لمصلحة المستعير ، الذي كان يحوزها حيازة كاملة للانتفاع بها مدة محددة يتم الاتفاق عليها ، ثم يقوم بردها إلي المعير ، فالعارية هنا تحكمها علاقة شخصية بين المعير والمستعير ، تقوم عليها عينية الشيء محل العارية .

هناك دلالة قانونية لعينية الشيء محل العارية ، أي أن محلها لا يمكن مجال من الأحوال أن ينصب علي أشياء تقبل الاستهلاك بطريقة الاستعمال منذ المرة الأولى ، لأن ردها بعينها من العناصر الأساسية للعقد، وهو ما يميزها عن غيرها. فمن غير المقبول أن ترد علي النقود أو علي النبيذ أو علي الحبوب وهكذا، بل لا بد وأن يكون الشيء المعقود عليه فيها من الأشياء والتي لا تستهلك باستعمالها للمرة الأولى، إلا أنه هناك حالات استثنائية في محل العارية للاختلاف في القانون الروماني حول العقار المنقول ، حيث اتفق فقهاء القانون الروماني علي أن المنقول يكون محلاً للعارية، إلا أنهم اختلفوا حول العقارات، فكان "لابيو" يري أن العارية لا يمكن أن ترد علي العقارات، وقصيرها فقط علي المنقول، إلا أن هناك من خالف هذا الرأي مثل "كاسيوس" والذي يري أن العارية ترد علي العقار أيضاً كما ترد علي المنقول أيا كان الأمر، وسواء استهلك الشيء المعار أم لم يستهلك، فإن المستعير ملزم برده بعينه سواء كان هو نفس الشيء أو بديل من عينته ، كما هو الحال في عارية المباحة وهو النقود التي يتم

استعارتها لعرضها ثم يتم ردها وهو من العناصر الرئيسية للعقد لأن العارية في الأصل تتعدّد لمصلحة المستعير وبدون عوض ، وهي تبرع من المعير ، الذي يحرك من الانتفاع بملكة فترة محدودة وينتفع غيره " المستعير " .

• حقيقة التسليم أو القبض في العارية في القانون الروماني :

لا شك أن القبض ركن أساسي في عقد العارية، ولا تتعدّد العارية إلا به ، ولهذا السبب اعتبرت من العقود العينية، ولكن التسليم هنا في هذا العقد هو تسليم محرر، وهذا العقد يختلف عن التسليم في عقد الفرض، لا يكون علي سبيل التملك، وإنما المستعير يصبح بعد التسليم له حق الانتفاع فقط دون التملك، ويحتفظ المعير بحقة في ملكية المعقود عليه محل العارية، وهذا يشبه عقد الإيجار، يتملك حق الانتفاع فقط دون تملك الرقبة لذلك كان المستعير ملزماً برد الشيء المعار سليماً كما أخذه .

ومن أحكام العارية، أنه في حالة هلاكها، دون أن يكون للمستعير يد في ذلك فإنه لا مسئولية عليه، ولا ضمان عليه، لأنه من المفترض أنه أمين علي الشيء المعار إلا إذا كان الهلاك بسببه ، كأن يكون من جانبه تقصير حتي ولو بسيط في المحافظة عليه ، ونخرج الشيء من الضمان حاله تلفه نتيجة القوة القاهرة ، وقد ذكر الامبراطور جوستنيان في مدونته^(١) . من أخذ شيئاً عارياً فلا ريب أن واجبه المحافظة عليه بكمال العناية والتنقيط ... ولكن مع هذا كله ، فإن المستعير لا يسأل عن هلاك الشيء بقوة القاهرة أو بحادثة فجائية ، إنما يشترط إلا يكون له يد في أيتها .

إلا أن " جابوس " جعل المستعير ضمناً لتلف الشيء المعار أو هلاكه ، حتي ولو لم يقصر في مسئوليته، واستند في ذلك إلي فكرة حراسة الأشياء. وفي حالة حدوث ذلك يلزم المستعير

(١) مدونه جوستنيان ، ٣ ، ١٤ ، ٢ ، ترجمة عبد العزيز باشا فهمي ، ص ٢٠٥ .

بتعويض المعير بقيمة الشيء المعار ، وكما ذكرنا في التعريف أن عقد العارية عقد من عقود التبرعات، حيث لا يلتزم المستعير بدفع أجره للمعير عن استعماله للشيء المعار، وإلا أعتبر عقد من عقود الإجارة ، وهذا ما قضي عليه الامبراطور جوستينيان ، إم العارية الصحيحة مفروض فيها أن المستعير تلقي حق استعمال الشيء ، ولكن بدون أن يدفع لذلك أجراً أو يتفق علي دفع أجر ، فإن الأجر يجعل العقد إجارة ، وعارية الاستعمال يجب أن تكون تبرعاً بلا مقابل (١) .

وأحياناً إذا كان الشيء المعار حيواناً أو عبداً مثلاً ، وحدث له أن أجيب بمرض من الأمراض الخطيرة، وقام المستعير بالعناية به والمحافظة عليه بتطبيقه وعلاجه مما كبد المستعير نفقات كذلك، فإنه في هذه الحالة يكون المعير ملزماً برد تلك النفقات للمستعير (٢) مع تعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء العارية ، وأجاز له القانون الروماني حق حبس الشيء تحت يده كضمان لوفاء المعير بما عليه من التزام تجاه المستعير ورد النفقات والتعويض له (٣) .

وقد حول القانون الروماني دعاوي لحماية الحقوق في عقد العارية، فإذا أخل المستعير بالتزامه، فإن المعير له حق إقامه دعوي تسمي دعوي العارية المباشرة ، وهي دعوي واقعية وتحولت بعد ذلك إلي دعوي قانونية وهما من الدعاوي المدنية التي استخدمتها البريتور ، وكانت تستند إلي الاساس القانوني لفكرة حراسة الأشياء، وهذه الدعاوي من دعاوي حسن النية ، وأعطي القانون الروماني للمستعير دعوي مدنيه مضادة لدعوي المعير، وسميت هذه الدعوي بدعوي العارية المضادة (٤) .

(١) مدونه جوستينيان ، ٣ ، ١٤ ، ٢ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

(٢) مدونه جوستينيان ، ١٣ ، ٦ ، ١٨ ، ٢ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

(٣) مدونه جوستينيان ، ٤٧ ، ٢ ، ٦٠ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

(٤) مدونه جوستينيان ، ١٣ ، ١٦ ، ١٧ ، ٢ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

ثانياً : في القانون المدني المصري :

يعتبر عقد العارية في القانون المدني المصري من العقود المسماة ، لكثرة إبراحه بين الناس وقد عرف القانون المدني المصري عقد العارية بأنه : " عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ، ليستغله بدون عوض لمدة معينة ، أو في غرض معين ، علي أن يرده بعد الاستعمال .

ومن خلال التعريف نجد أن القانون المدني المصري لم يختلف عما ورد في القانون الروماني في تناوله للعارية ، وقد نظمها في المواد من ٦٣٥ وحتى ٦٤٥ ، وقد تناول والذي يغنيا في هذا البحث هو أن عقد العارية لا ينعقد إلا بالتسليم ، وقد نصت المادة ٦٣٦ من القانون المدني المصري علي أن " يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية وأن يتركه للمستعير طوال مدة العارية "

وهنا الأصل في عقد العارية باعتباره من العقود العينية هو القبض أو التسليم ، مع التزام المستعير بالرد طبقاً لنص المادة (٦٤٢) ، والتي نصت علي " متي انتهت العارية وجب علي المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي كون عليها ، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف ، ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

وفي كل الأحوال تنتهي العارية بانتهاء الأجل المحدد لها " المادة (٦٤٣) ، أو بطلب من المعير بالرد في أي وقت ، أو بردها من قبل المستعير طواعية قبل انتهاء الأجل المحدد لها ، وبدون طلب من المعير ، بشرط الا يكون هناك اضرار بالمعير في ردها قبل موعدها .

وقد حول القانون المدني المصري في المادة (٦٤٤) للمعيد الحق في طلبها وإنهاء عقد العاربه في الأحوال التالية :

- أ- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة .
- ب- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.
- ج - إذا أعر بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير .
- وفي كل الأحوال تنتهي العارية بموت المستعير ما لم يجد اتفاق يقضي بغيره " المادة " ٦٤٥ من القانون المدني المصري .

دلالة النص في العارية في الفقه الإسلامي :

عرفت الشريعة الإسلامية عقد العارية ، وعقد العرية في الفقه الإسلامي من العقود العينية ، والعارية لا تتم ، ولا ينعقد عقدها في الفقه الإسلامي إلا إذا تم القبض .

وقد ذهب الحنيفة^(١) إلى أن العارية تكون بتسليم المعير المالك الشيء المعار إلى المستعير المنتفع علي سبيل العارية ، أي علي سبيل الاستعمال فقط وذلك بطريقة الانتفاع مع احتفاظ المعير المالك بملكية الرقبة ، وذلك دون عوض ، وهنا يكون المستعير شأنه شأن المستأجر ، ولكن لا حيازته هنا حياة مجردة بمعنى أن هذه الحياة تقتصر علي العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي ، وهنا لا تحمي هذه الحياة الأوامر التي تحمي الحياة في الفقه الإسلامي ، فالمستعير كالمستأجر ولكن بصورة أخرى ، وتصبح العارية في نظرهم عقداً شفهيّاً .

وأما المالكية فإنهم ذهبوا إلي القول بأن عقد العارية ينعقد بمجرد القول فقط دون القبض، ولا يلزم القبض فيها، فهي تتعقد بمجرد الإيجاب والقبول فقط، أي توافق إرادة المعير مع إرادة المستعير علي الشيء المعار مع استعماله طوال المدة المتفق عليها ، مع وجوب الوفاء بالعقد ، بمعنى يظل الشيء في حياة المستعير دون مطالبه المعير له خلال مدة العقد بمعنى لا يجوز المطالبة بالشيء المعار قبل انتهاء المدة .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص ٦ ، وما بعدها .

كما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن عقد العارية هو عقد يتم فيه استباحة استعمال المستعير للشيء المعار بإرادة المعير ، فهي تقيد الإباحة فقط دون الملك .

ومن الجدير بالذكر أن عقد العارية في الفقه الإسلامي ينقسم إلى نوعين ، عقد مقيد وهو ما يكون بحسب نوع الاستعمال، والذي يلتزم المستعير فيه باستعمال الشيء المعار بحسب الغرض الذي أمد من أجله، مع مراعاة العرف المتبع من الناس في ذلك الوقت ، وطبيعة الشيء المعار .

والقيد الثاني الذي يرد علي عقد العارية في الفقه الإسلامي هو مدة العارية ، وان كان هذا العقد غير لازم ، فيجوز للمعير المكالبة بالشيء المعار في أي وقت دون التقيد بمدة العقد إذا أقتضى الأمر ذلك^(١)، وهذا مخالف لما ذهب إليه المالكية . حيث لا يجوز المطالبة قبل انتهاء مدة العقد .

ومن أحكام العارية في الفقه الإسلامي أنه في حالة تلف الشيء المعار ، دون أن يكون للمستعير يد في ذلك ، فإنه لا تقع عليه مسئولية ، ولا ضمان عليه ، لأنه مؤتمن عليه ، وإلا إذا وضع المعير شرطاً في عقد العارية بالضمان ، فإنه يقع عليه ضمانه حتي ولو كان التلف أو الهلاك خارج عن إرادته^(٢) .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها .

(٢) محمد قنري باشا ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنساني في المعاملات الشرعية علي مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى ، بولاق القاهرة ١٣٠٨ هـ ، ١٩٩١ م ، ص ١١٣ .

المطلب الرابع**عقد الرهن****تعريف عقد الرهن :-**

"هو عقد بموجبه يسلم الراهن شيئاً إلي المرتهن ضماناً لدينه علي أن يرده بعد سداد الدين " ، والرهن في القانون الروماني ظهر متأخراً ، ويرجع تاريخه إلي أوائل القرن الثاني قبل الميلاد ، وعرف بواسطة البريتور فهو نظاماً مديناً بريتورياً ظهر في العصر العلمي .

والرهن يجب الأصل لم يكن الغرض منه تكوين ائتمان ، لأنه محل الرهن كان دائماً أشياء عديمة القيمة حيث كانت أشياء غير نفسية ، وكانت العبرة منه ليس الضمان ، ولكن كان يتخذ دلالة علي إتمام و ابرام العملية القانونية ، لذلك عرفه البعض بأنه : "عقد بمقتضاه ينقل المدين حيازة شيء يملكه إلي الدائن علي سبيل التأمين علي أن يقوم هذا الأخير بالاحتفاظ به حتي يستوفي حقه من المدين " . والرهن هنا يعني الرهن الحيازي ، وليس الرهن الرسمي ، وهو بمعناه الضيق يعني (gage) .

• حقيقة القبض في عقد الرهن :

من المعروف أن عقد الرهن هو عقد من العقود العينية ، وفيه يتم التسليم من المدين إلي الدائن ، وبالتالي فهو يرد في علاقة قانونية سابقة لكونه يصدر عن المدين ، والرهن يرد علي أشياء مادية سواء منقولات أن عقارات ، وكان في بدايته يرد علي أشياء غير استهلاكية ، ثم أصبح يرد علي أشياء استهلاكية كذلك ، ومضمونه أنه سلطه محوله للدائن المرتهن علي العين المرهونة لضمان حقه لدي المدين حتي يوفيه له ، فيضيع اليد عليها وله حق حبسها علي المدين إلي أن يقوم بالوفاء وهنا وضع اليد ليس بنيه التملك ، ولا يجوز تملكها لعدم توافر أسبابها ، لكن له حق بيعها لاستيفاء حقه منها عند عدم وفاء المدين .

وقد تلاحظ هنا أن تسليم الشيء يعد ركناً من أركان عقد الرهن، وهنا يكون التسليم حقيقياً ، وليس مجرداً أي مجرد الحقوق الحبس، ولكن التسليم هنا لا بد وأن يكون ناقلاً للحيازة الكاملة أي للأوامر الحيازية ، مع احتفاظ المدين بملكية الرقبة، وفي هذا يعتبر عقد الرهن دائماً في اصلح المدين أكثر من الدائن، حيث أن الدائن والمدين لا يصبح مالكاً وان كان يحوز حيازة كاملة ويحوز الاوامر الحيازية، ويظل المدين محتفظاً بملكية الشيء المرهون، ويحق له مطالبة الدائن به إذا لم يقم الدائن المرتهن برده من تلقاء نفسه بعد الوفاء له بدينه ، كما له حق متابعة الشيء المرهون في أيدي الغير حال تصرف الدائن المرتهن فيه بالبيع ، ويكون له أفضلية في حالة افلاسه الدائن المرتهن بعد أن يثبت ملكيته للشيء المرهون، وفي المقابل وضع القانون الروماني تحت يد الدائن المرتهن لمجابهة المدين الناكل عن سدد دينه ، ومنها اتفاق غلق الرهن ، وهو استيلاء الدائن المرتهن علي الشيء المرهون وفاء للدين، حتي تم الغاؤه بمعرفه الامبراطور " قسطنطين " وقد استبدله بالاتفاق علي البيع ، لأن الدائن بموجب عقد الرهن يصبح له ملكية علي الشيء المرهون ولكن ملكية معلقة علي شرط واقف وهو عدم قيام المدين بالوفاء بعد أن الزم بإخطار مدينه ثلاث مرات قبل ن يقدم علي بيع الشيء المرهون .

ومن مقتضيات القبض في عقد الرهن في القانون الروماني، أن يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بعد سداد المدين له الدين ، كما يلتزم برد ما تبقي من تمن الشيء المرهون بعد استيفائه لدينه في حاله بيعه، كما يلتزم بالمحافظة علي الشيء المرهون ببذله العناية الكافية لذلك، وإلا تم مساءلته عن خطئة وإهماله حتي وإن كان يسيراً، فهو مطالب ببذل عناية الرجل العادي علي أساس ملك رب الاسرة حسن التدبير .

كما يلتزم للمدين الرهن برد ما أنفقه الدائن علي الشيء المرهون من أجل حفظة ، مع تعويضه عن أية أضرار لحقته بسبب القيمة المرهونة ، كما يكون ملتزماً أمام المشتري الذي باع الدائن له العين المرهونة .

وقد خصص القانون الروماني دعاوي لحماية عقد الرهن مثل دعوي الرهن لصالح الرهن حق الدائن المرتهن ، كما استخدمت البريتور الدعوي واقعيه بريتورية تحولت بعد ذلك إلي دعوي في عهد الإمبراطور السفلي وسميت بدعوي الرهن المباشرة . وفي المقابل حول القانون الروماني للدائن المرتهن دعوي رهن مضادة للمطالبة بتنفيذ ما التزم به الرهن .

وقد منح جوستينيان مؤخراً دعوي جنائية لحماية المالك في حالة رهن ملك الغير وعندها يحرك المدين من الدعوي المضادة الخلاصة أن عقد الرهن له وظيفة ومهمة تأمين عيني متصل بدين ، فهو عقد من عقود الإستيثاق و مترحل محل التصرف الائتماني .

• حقيقة القبض في عقد الرهن في الفقه الإسلامي

من المعروف أن الفقه الإسلامي أجاز الرهن في قوله تعالي ﴿ قَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(١) ، وقد عرف الفقه الإسلامي الرهن الحيازي دون الرهن الرسمي ، والرهن الحيازي في الفقه الإسلامي من العقود العينية ، والذي يعد القبض فيه ركناً من أركان العقد ولا ينعقد العقد إلا به لذا أجاز الفقه الإسلامي للمدين الرهن الرجوع والعدول عن العقد قبل التسليم ، ولا بد وأن يكون الشيء المرهون مقدور التسليم ، وقد يكون التسليم حقيقة أو حكماً ، ولا بد من وجوده وقت العقد ، وأن يكون منقولاً ، ويجوز النيابة فيه^(٢) كما أشترط الفقه الإسلامي أيضاً توافر الأهلية في المدين الرهن ، ويقصد هنا أهلية التصرفات المالية بعوض ، وف حالة فقد أو نقص للأهلية للمدين

(١) سورة البقرة ، الآية رقم (٢٨٢).

(٢) المادتان ، ٥٧ ، ٧٠٩ من مجلة الأحكام العدلية .

الراهن فلا يجوز رهنه إلا بإحازه وليه أو الوصي عليه ، والذي يملك أن يرهن نيابة عن ناقص أو عديم الأهلية ويجوز رهن مال الغير ، ولكن شرط تعليقه علي إذن صاحبه ، ويسمي بالرهن المستعار .

وعلي صعيد آخر يشترط في الدائن المرتهن أن يكون متمتعاً بالأهلية، وله حق حبس الشيء المرهون لحين استيفاء دينه، ويلتزم بالمحافظة عليه، ولو تطلب الأمر تكبده نفقات للمحافظة عليه، ويكون ضماناً حالة تلف أو هلاك الشيء المرهون لو كان ذلك راجعاً لخطئه أو تقصيره، وينتفي عنه الضمان حالة هلاك الشيء المرهون بسبب أجنبي لا يد له فيه، ولا ينقضي الرهن بوفاة أحد طرفية^(١) وعلي ورثة المدين الراهن الوفاء بالدين ، ومن حق ورثة الدائن المرتهن أن يتصرفوا في المال المرهون كتصرف مورثهم من حبس للعين المرهونة حتي استيفاء دينهم .

• حقيقة القبض في عقد الرهن في القانون المدني المصري :

مما لا شك فيه أن الرهن الحيازي حق ينشأ للدائن بمقتضي عقد علي عقار أو منقول ضماناً للوفاء بالدين ، وهذا الحق يخول الدائن حبس الشيء المرهون لحين استيفاء المدين ، كما لخوله ميزتي التقدم والتتبع ، فيكون له الأفضلية علي باقي الدائنين سواء العاديين أو الدائنين التاليين له في المرتبة في اقتصاد دينهم من تمن الشيء المرهون في أي يد يكون .

وقد أورد المشرع المصري ست مواد في الرهن المنقول وهي من المادة ١١١٧ وحتى ١١٢٢ والرهن عقد يقوم المدين بوضع شيئاً عينياً في حيازة الدائن تأميناً للدين، وهذا العقد يعطي الدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام^(٢) .

(١) مرشد الحيران ، المرجع السابق ، المادة ٩٣٣ .

(٢) د. مروة محمد عبد الغني، خصوصية الحماية المقررة للدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضي قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥، ببحث منشور مجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية يليه الحقوق صاحبه الاستدانة، ص ١٣ .

ويعتبر تسليم الشيء المرهون في عقد الرهن الحيازي مجرد التزام يتولد من العقد بعد تمامه، وليس ركناً فيه ، وهو عقد رضائي يتم بمجرد الإيجاب والقبول ، والتسليم هنا التزام يقع علي عاتق المدين الراهن وليس ركناً، فضلاً عن ذلك فإن عقد الرهن عقد تابع لالتزام أصلي يضمه. وهو عقد غير قابل للتجزئة، فكل جزء من أجزاء العين المرهونة ضامن لكل الدين .

إلا أن بعض الفقه (١) ذكر أن " الرهن العيني عقد لا يلزم، ولا يتم ، ولا يترتب عليه أي أثر إلا بالقبض فهو حق عيني، والقبض يعد ركناً في العقد ،وليس مجرد إلتزام ينشأ بين العقد، وأن القبض متي ما لحق لا عقد رتب عليه أثره ، فالقبض إذا أقترض بالسبب الضعيف وهو العقد، يثبت الملك به " .

وبما أن عقد الرهن من العقود العينية ، فلا يتم ولا ينعقد إلا بالقبض ، ولا تتافر هنا بين صفاتي الشكلية والعينية، فقد تجتمعان في العقد الواحد كما في الرهن الحيازي الذي ينصب علي عقار شكلي وعيني معاً والعلة من ضرورة التسليم لانعقاد العقد فهي ليست واحدة في العقود الخمسة، فنجدها في عقد الرهن غيرها في العقود الأخرى (٢) وأن العلة في أن أعتبر الرهن لا ينعقد إلا بالتسليم الشئ المرهون، هي حماية الغير، وحماية الدائن معاً وهذه العلة هي علة مصلحة، وليست فنية، وحماية الغير هنا منع المدين الراهن من أن يقرر أكثر من رهن علي الشئ المرهون نفسه، فيتم تجريدة من حيازة العين المرهونة وتسليمها للدائن المرتهن، وفي نفس الوقت يضمن حماية المدين حتي يفكر في التضحية التي يتطلبها العمل الذي هو مقدم عليه، أو حرمانه من الشيء المرهون الضروري لممارسة مهنته .

(١) د. عبد التواب مبارك ، التنفيذ علي المنقول الضامن ، سنة ٢٠١٧ ، ص ٦ .

(٢) د. أحمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول، الجزء الأول مجله العلوم القانونية والاقتصادية ، كليه الحقوق - جامعة عين شمس ، مجله ١٠ ، عدد ٢، سنة ١٩٦٨ ، ص ١٧٠ .

الخاتمة

وختاماً ... الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه والتابعين له بإحسان إلى يوم الدين ...

حيث تناولنا في هذا البحث العقود ومفهومها من حيث حيث تكوينها مختصر في عقود رضائية، وعقود شكلية، وعقود عينية، وحاول البحث إيجاد حلول شافية لمسألة تحقيق ركن القبض في العقود العينية، وذلك من خلال البحث عن الجذور التاريخية لهذا الركن في العقود العينية في القوانين القديمة، ومنها القانون المدني الروماني، وكذلك في الفقه الإسلامي، حتي وصل إلي قوانيننا الحديثة سواء في الدول العربية أو الدول الغربية وخاصة أن هذه القوانين تحاول التخلص من الشكليات التي تتعارض مع سلطان ارادة المتعاقدين، منها العقود العينية. وبين جذور الدلالات القانونية من الألفاظ التي جاءت بالنصوص الخاصة بالعقود العينية سواء كان ذلك علي مستوي القانون المدني الروماني أو القانون المدني الفرنسي، وكذلك في الفقه الإسلامي، والقانون المصري.

وقد قسمت البحث إلي ثلاثة مباحث ، تناولت في المبحث التمهيدي : فكرة العقد في القانون الروماني ومدلوله اللفظي ، كما تحدثنا عن مراحل تطور العقود العينية وتقسيماته في القانون الروماني .

أما المبحث الأول : فقد تناولنا فيه العقود العينية مفهومها في القانون الروماني والقوانين العربية والغربية والقوانين الحديثة والفقه الإسلامي ، كما تناولنا القبض في الفقه القانوني والفقه الإسلامي وآراء فقهاء القانون والفقه الإسلامي في القبض في العقود العينية .

وأخيراً المبحث الثاني : تناولنا فيه الدلالة القانونية للقبض في العقود العينية في القانون الروماني، حيث وضعنا مفهوم عقد الوديعة، وعينية المعقود عليه في الوديعة من حيث أنواعها ، ثم تناولنا دلالة القبض في عقد الوديعة في القانون الروماني والفقه الإسلامي والقانون المصري، كذلك الدلالة القانونية في عقد (العارية) في القانون الروماني والفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، وتناول البحث أيضاً الدلالة القانونية للقبض في عقد الرهن وحقيقته في القانون الروماني والفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.

المراجع

١. ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه ، الطبعة الأولى، تحقيق محمد علي البناء، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ٢٠٠٨م - ١٤٢٩هـ
٢. ابن قدامة المقدس، المغني فقه الامام أحمد بن حنبل ، المجلد الرابع ، الطبعة الأولى ، بيروت سنة ١٩٨٥ .
٣. أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير ، المجلد السابع ، دار الفكر ، بدون تاريخ
٤. أحمد إسماعيل عبد العزيز، أحكام عقد القرض ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه مقدمة إلي قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة أسيوط عام ٢٠١٥ .
٥. أحمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، الجزء الأول مجله العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، مجله ١٠ ، عدد ٢ ، سنة ١٩٦٨
٦. بارو ، الرومان ، ترجمه ، عبد الرازق يسري ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
٧. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان سنة ١٩٨٨ ،
٨. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الجزء الأول " مصادر الالتزام " - مطبعة نوري- القاهرة ، سنة ١٩٤٣

٩. حليم ستيفن ، في القضاء ، المطبعة الرحمانية، القاهرة ، مصر، سنة ١٩٣٢.
١٠. رمضان أبو السعود و د . همام محمد محمود ، المبادئ الاساسية في القانون ، منشأة المعارف - الاسكندرية ، ١٩٩٥
١١. الرملي ، نهاية المحتاج إلي شرح المناهج ، المجلد الثالث ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، سنة ١٩٨٤
١٢. السباعي، الروض الفقهية شرح مجموع الفقه الكبير ، المجلد الثالث ، الطبعة الثانية ، مكتبة المؤيد الطائف سنة ١٩٦٣ .
١٣. السرخسي، المبسوط، المجلد الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار الغد ، بيروت ، لبنان، سنة ٢٠٠٠
١٤. سليمان مرقس ، في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، في المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة السادسة دار الكتب القانونية ، بيروت ، لبنان ، سنة ١٩٨٠
١٥. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام والاثبات ، طبعه ١٩٨٩ / ١٩٩٠ ، بدون ناشر
١٦. شفيق الجراح، دراسة في تطور الحقوق الرومانية، مطبعة رياض - دمشق، سنة ١٤٨٠
١٧. شفيق شحاته ، النيابة التعاقدية في القانون الروماني ، بحث منشور عجلة القانون والاقتصاد كليه الحقوق - جامعة القاهرة ، السنة ١٥
١٨. _____ ، تاريخ القانون الخاص ، القاهرة ، ١٩٥٧

١٩. _____ ، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ، القاهرة ١٩٦٣
٢٠. الشوكاني، السيل الجرار المتدفق علي حدائق الازهار ، المجلد الثاني ، تحقيق محمد صبحي بن حسن خلاف - دار ابن كثير ، بيروت ، بدون تاريخ
٢١. الشيخ، علي الحنيف، أحكام المعاملات الشرعية ، المجلد الثالث ، دار الفكر العربي - القاهرة ، بدون تاريخ
٢٢. الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون تاريخ
٢٣. صبيح مسكوني ، القانون الروماني، الطبقة الأولى، بغداد، ١٩٦٨
٢٤. صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الادارة في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦٤
٢٥. _____ ، الوجيز في القانون الروماني ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
٢٦. _____ ، مبادئ التاريخ القانوني ، القاهرة ، ١٩٦٧ .
٢٧. العاملي، مفتاح الكرمه في شرح قواعد العلاقة ، المجلد التاسع ، دار احياء التراث العربي، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ
٢٨. عبد التواب مبارك ، التنفيذ علي المنقول الضامن ، سنة ٢٠١٧
٢٩. عبد الحميد الحفناوي ، تاريخ القانون (مع دراسات نظرية العقد في القانون الروماني)، دار الهدي للمطبوعات - الاسكندرية ، بدون تاريخ .

٣٠. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، المجلد الثاني في مصادر الالتزام بمطبعة نهضة مصر - القاهرة سنة ١٩٥٤.

٣١. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الخامس " العقود التي تقع علي الملكية - دار احياء التراث العربي ، القاهرة ، سنة ١٩٥٢

٣٢. _____ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المجلد السادس ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة ١٩٩٨

٣٣. _____ ، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول، نظرية العقد، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة سنة ١٩٣٤، الطبعة الأولى

٣٤. عبد الرشيد مأمون ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول " مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية - القاهرة

٣٥. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، بدون ناشر ، وبدون تاريخ

٣٦. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون (مع دراسات في نظريه العقد في القانون الروماني).

٣٧. عبد المنعم درويش ، دروس في تاريخ القانون المصري ، الطبعة الأولى ٢٠١٠م

٣٨. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت لبنان - سنة ١٩٧٤

٣٩. _____ ، مصادر الالتزام دراسة في القانون المصري ، طبعه ١٩٧٤ ، دار
الروضة العربية،

٤٠. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد ، سنة ٢٠٠٧

٤١. عطا حواس ، مصادر الالتزام ، ٢٠٢٣ ، بدون ناشر

٤٢. عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية،
بيروت ، لبنان ، سنة ٢٠٠٤

٤٣. علي محي الدين القردافي ، مبدأ الرضائية في العقود ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ،
دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢

٤٤. عمر ممدوح مصطفى ، الوجيز في القانون الروماني ، الإسكندرية ، ١٩٥٤ ..

٤٥. الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، المجلد الخامس ، دار الكتاب العربي ،
بيروت ، ١٩٨٢

٤٦. محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة المدنية ، الفرقة الأولى ، حكم ١٢/٧/١٩٧٧ منشور في
المجلة المدنية - المجلد السابع ، بند ٣٣٠

٤٧. محمد طه البشر ، القانون الروماني - الاموال والالتزام - جامعة بغداد سنة ١٩٨٠

٤٨. محمد علي البدوي الأزهري ، النظرية العامة للالتزام ، المجلد الأول " مصادر الالتزام " -
الطبعة الرابعة المركز القومي للبحوث والدراسات، طرابلس - ليبيا - سنة ٢٠٠٣

٤٩. محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي

الحقوقية - بيروت ، لبنان سنة ٢٠٠٤

٥٠. محمد قدري باشا ، مرشد الحيران إلي معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية علي

مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى ، بولاق القاهرة

١٣٠٨ هـ ، ١٩٩١ م

٥١. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ، المجلد الأول، الالتزامات، منشأة المعارف،

الإسكندرية، طبعه ٢٠٠٥

٥٢. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية - مكتبة دار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن ، سنة ١٩٩٨

٥٣. محمود السقا ، تاريخ العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في

نطاق فلسفه المدينة العالمية

٥٤. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء

الأول الطبقة الثانية ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٦

٥٥. محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦

٥٦. مروة محمد عبد الغني ، خصوصية الحماية المقررة للدائن المرتهن في مواجهة الغير

بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ ، بحث منشور مجله

الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية يليه الحقوق صاحبه الإستدانة.

٥٧. مصطفى الأمير، الالتزامات والعقود في القانون المصري الفرعوني، الاسكندرية ١٩٥٨

٥٨. مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، المجلد الأول ، الطبعة التاسعة ، دار

الفكر - دمشق ١٩٦٧