



# المستشار

أينما وجدت الثقة

تأسست عام 2006

الأصلي

ضمانات الحائز العرضي

سنتر المستشار (حقوق بنها)



01277776870



السنتر : بعد نفق امام كلية الحقوق (برج سما 1)

المكتبه : امام بوابه كلية حقوق(آخر السور)

د. جمال عبد الناصر      د. حسن ابوالفتوح



## ضمانات الحائز العرضي

### المبحث الأول : مفهوم الحيازة العرضية وسنداتها

س :- وضح مفهوم الحيازة العرضية مبيناً سندتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؟

### المطلب الأول : مفهوم الحيازة العرضية في الفقه الإسلامي وسندتها

#### الفرع الأول : مفهوم الحيازة العرضية

جاءت أقوال الفقهاء لتبيّن أن الحيازة أعم من الملك، فحائز الشيء، كما يكون مالكاً له يمكن أن يكون واضعاً يده عليه لأي سبب من الأسباب التي لا تقتضي الملك، لأن يكون واضعاً يده عليه بصفته مستأجرأ أو وكيلأ أو موعدأ لديه.

لنسوق جانبأ من أقوال الفقهاء استدلاً على ما نقول ← يقول صاحب البدائع: "لأن اليـد قد تكون مبطلة وقد تكون محقـة وقد تكون يـد ملك وقد تكون يـد أمانـة".

يقول الشيخ الدردير موضحاً أن الحياة أعم من الملك "لأن الحوز، قد يكون عن ملك وغيره فهو أعم من الملك لأنـه يـشمله وغـيره". وقـرـيبـ منـ هـذاـ المعـنىـ فـيـ الفـقـهـ الحـنبـلـيـ،ـ وـالـفـقـهـ الإـبـاضـيـ:ـ يـقـولـ اـبـنـ قـدـامـةـ لـأنـ الـيـدـ لـيـسـ مـنـ حـصـرـةـ فـيـ الـمـلـكـ فـإـنـهـ قـدـ يـكـوـنـ يـاـحـازـةـ وـإـعـارـةـ وـغـصـبـ وـوـكـالـةـ".

يتبيـنـ لـنـاـ مـنـ أـقـوـالـ فـقـهـاءـ السـابـقـةـ أـنـ هـنـاكـ نـوـعـاـ مـنـ الـحـياـزـةـ،ـ يـقـتـصـرـ الـحـائـزـ فـيـهاـ عـلـىـ مـبـاشـرـةـ الـأـعـمـالـ المـادـيـةـ،ـ دـوـنـ أـنـ يـدـعـيـ الـمـلـكـيـةـ،ـ وـتـكـوـنـ يـدـهـ يـدـأـ عـارـضـةـ سـرـعـانـ مـاـ تـزـوـلـ بـاـنـتـهـاءـ السـبـبـ الـذـيـ بـمـقـضـاهـ دـخـلـ الـحـائـزـ فـيـهاـ،ـ أـوـ وضعـ يـدـهـ عـلـىـ الشـيـءـ مـحـلـ الـحـياـزـةـ".

مـاـ سـبـقـ يـمـكـنـ لـنـاـ أـنـ نـعـرـفـ الـحـائـزـ الـعـرـضـيـ المـقصـودـ بـالـحـمـاـيـةـ بـأـنـهـ "ـمـنـ يـباـشـرـ السـيـطـرـةـ الـمـادـيـةـ عـلـىـ شـيـءـ،ـ بـنـاءـ عـلـىـ سـنـدـ شـرـعيـ،ـ دـوـنـ أـنـ يـدـعـيـ الـمـلـكـيـةـ".

الـحـائـزـوـنـ الـعـرـضـيـوـنـ لـيـسـوـاـ عـلـىـ درـجـةـ وـاحـدـةـ،ـ وـإـنـماـ تـفـاـوتـ مـرـاتـبـهـمـ حـسـبـ الـمـكـنـاتـ الـمـخـوـلـةـ لـهـمـ،ـ وـمـدـىـ حـرـيـتـهـمـ فـيـهاـ،ـ حـسـبـ ماـ يـقـتضـيـهـ السـنـدـ الـمـنـشـئـ لـهـذـاـ النـوـعـ مـنـ الـحـياـزـةـ".

الـحـائـزـ الـعـرـضـيـ قدـ يـكـوـنـ قـابـاـ لـلـحـائـزـ الـأـصـيلـ يـتـبعـ تـعـلـيمـاتـهـ،ـ وـيـأـتـمـرـ بـأـوـامـرـهـ أـثـنـاءـ قـيـامـهـ بـالـأـعـمـالـ الـمـادـيـةـ عـلـىـ الشـيـءـ،ـ كـمـاـ هـوـ الـحـالـ فـيـ الـخـادـمـ أـوـ الـأـجـيرـ أـوـ الـوـكـيلـ،ـ حـيـثـ يـتـبـعـ كـلـ مـنـهـمـ تـعـلـيمـاتـ مـخـدـومـهـ أـوـ صـاحـبـ الـعـملـ،ـ أـوـ الـموـكـلـ".

يـفـهمـ مـنـ ذـلـكـ أـنـ يـدـ هـؤـلـاءـ كـيـدـ الـحـائـزـ الـأـصـيلـ نـفـسـهـ،ـ حـيـثـ إـنـهـ يـنـفـذـونـ أـوـامـرـهـ وـيـتـبـعـونـ تـعـلـيمـاتـهـ،ـ دـوـنـ أـنـ تـكـوـنـ لـدـيـهـمـ حـرـيـةـ فـيـ التـصـرـفـ".

قدـ يـكـوـنـ الـحـائـزـ الـعـرـضـيـ غـيرـ تـابـعـ لـلـحـائـزـ الـأـصـيلـ ←ـ وـذـلـكـ حـيـنـ يـضـمـ إـلـىـ جـانـبـ حـيـازـتـهـ الـمـادـيـةـ لـلـشـيـءـ حـيـازـةـ صـحـيـحةـ لـحـقـ عـيـنيـ أـوـ شـخـصـيـ يـحـوـزـ لـحـسـابـ نـفـسـهـ فـحـيـنـ يـباـشـرـ هـذـاـ الـحـقـ يـعـتـبـرـ حـائـزـاـ أـصـيـلـاـ بـالـنـسـبـةـ لـهـ،ـ بـيـنـمـاـ يـعـتـبـرـ حـائـزـاـ عـرـضـيـاـ فـيـمـاـ يـتـعـلـقـ بـالـمـلـكـيـةـ،ـ كـمـاـ هـوـ الـحـالـ بـالـنـسـبـةـ لـلـمـسـتـأـجـرـ وـالـدـائـنـ الـمـرـتـهـنـ".

## الفرع الثاني : سند الحيازة العرضية في الفقه الإسلامي

إذا كان الحائز العرضي يمارس الأعمال المادية على الشيء محل الحيازة بناء على سند شرعي، فإن هذا السند يتتنوع من حيث مصدره، فقد يكون مصدره العقد، وقد يكون مصدره الشرع، كما قد يكون مصدره حكم القاضي.

### أولاً : فيكون مصدره العقد كما هو الحال في الإجارة، والرهن والعارية والوديعة والوكالة.

١- **الإجارة** ← كما عرفها "البهوتى" عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم. وحتى يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها، لابد أن يتسلم العين محل المنفعة وتظل في حوزته المدة المتفق عليها، أو حتى الفراغ من العمل. ومن ثم تظل يده على الشيء في خلال هذه الفترة يداً عارضة مستندة إلى العقد.

٢- **الرهن** ← كما عرفه الشربى الخطيب جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر الوفاء. فالرهن: شرع ليستوثق الدائن لدينه، ويد المرتهن على العين يد عارضة، إذ لها وقت معلوم تزول بانتهائه، وهو الوفاء بالدين الذي تم الرهن لأجله.

٣- **العارية** ← كما عرفها ابن عرفة تمليلك منفعة مؤقتة بلا عوض "فالعارية وإن كانت تفيد ملك المنفعة في رأي بعض الفقهاء أو إباحة انتفاع في رأي بعض آخر، إلا أن هذا الملك أو تلك الإباحة إلى وقت محدد مثله في ذلك مثل الإجارة إلا أنها خالية عن عوض. ومن ثم فيد المستعير كيد المستأجر يد عارضة تنتهي بانتهاء مدة الإعارة أو عند طلب المغير عاريته على قول من يرى جواز الرجوع فيها.

٤- **الوديعة** ← بمعنى الإيداع توكل في حفظ مال مملوك أو مختص على وجه مخصوص. وهذا يعني أن الغرض من الوديعة هو حفظ مال مملوك لشخص لحين طلبه، وهذا لا يتأتى إلا بتسليم الشيء محل الوديعة إلى المودع لديه، ويستمر في حيازته حتى يطلبها صاحبه.

٥- **الوكالة** ← تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حال حياته. ولما كان الوكيل يقوم بعمل لحساب الموكيل، فإن هذا العمل قد يتطلب منه أن يقوم بتسليم بعض الأشياء عن الموكيل لإتمام العمل، وقد يقوم بشراء سلعة لحساب الموكيل، فتظل يده عليها يداً عارضة لحين تسليمها إلى الموكيل، كما قد يوكل في بيع بعض الأشياء لحساب موكله فتكون يده عليها أيضاً يداً عارضة، وهكذا حتى تنتهي الوكالة ويرد الأشياء التي تسلمها للموكيل.

٦- **ملك المبيع زمن الخيار** ← إذا كان عقد البيع الحالي عن الخيار يقتضي نقل ملكية المبيع إلى المشتري فور تمام العقد، ويصبح المشتري حائزاً أصيلاً للمبيع منذ ذلك الوقت، فهل البيع الذي يشتمل على خيار لأحد المتعاقدين ينقل الملك للمشتري فور تمامه ويصبح حائزاً أصيلاً، أم ترجأ آثاره إلى حين انتهاء مدة الخيار، ويظل المشتري غير مالك للمبيع - رغم تسليمه إياه - حتى ينتهي أمد الخيار؟

#### أ- خلاف بين الفقهاء في هذا الصدد: وذلك على ثلاثة مذاهب:

**المذهب الأول** ← يرى أصحابه أن الملك في المبيع ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، دون حاجة إلى أنقضاء أمد الخيار. ذهب إلى ذلك الإمام أحمد في ظاهر المذاهب والإمام الشافعى في أحد أقواله.

**المذهب الثاني** ← يرى أصحابه أن الملك في المبيع زمن الخيار يظل للبائع، ولا ينتقل إلى المشتري حتى ينتهي أمد الخيار. ذهب إلى ذلك المالكية في المعتمد من المذهب، والإمام الشافعى في أحد أقواله والإمام أحمد في رواية.

**المذهب الثالث** ← يرى أصحابه أن الملك في المبيع زمن الخيار موقوف، فإن تم البيع حكم بأن المبيع كان ملكاً للمشتري بنفس العقد، وإن فسخ حكم بأن المبيع لم يخرج من ملك البائع. وهذا أحد أقوال الشافعى إذا كان الخيار للبائع والمشتري معاً.

## ب-الأدلة:

**أدلة المذهب الأول:** استدل أصحاب هذا المذهب على انتقال الملك للمشتري بمجرد العقد بالسنة والمعقول.

### السنة:

ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: "من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع".

بما روى عنه ﷺ أنه قال: "من باع خللاً بعد أن يؤبر فثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع".

### وجه الدلالة من هذين الحديثين:

قد جعل النبي ﷺ مال العبد المبيع وثمرة التخل بعد التأثير للبائع، ما لم يكن هناك شرط من المبتاع يقضى بكونهما له، فـيكونان له بمقتضى الشرط، وإذا ثبت أنهما لا يكونان له إلا بالشرط، ثبت أن الأصل يكون له بدون شرط، وإلا لما كان لهذا الاستثناءفائدة، وهذا عام، في كل بيع، سواء كان باتاً أو كان مشتملاً على خيار.

### المعقول:

**الوجه الأول** ← أن البيع الذي فيه خيار بيع صحيح، ومقتضى ذلك أن ينتقل الملك عقبه مباشرة، قياساً على البيع الذي لا خيار فيه، بجامع أن كلاً عقد صحيح.

**الوجه الثاني** ← أن البيع تملّك بدليل قوله ملكتك، فكان مقتضاه أن يثبت به الملك كسائر البيع، فإن الشرع قد اعتبره وقضى بصحته، فيجب أن يعتبر ما يقتضيه ويدل عليه لفظه، وهو انتقال الملك به إلى المشتري، وثبتوت الخيار فيه لا ينافي، كما لو باع عرضاً بعرض، فوجد كل واحد منها بما اشتراه عيناً.

استدل الشافعي على انتقال الملك إلى المشتري إذا كان الخيار له، بأنه إذا كان الخيار له جاز له أن يتصرف في المبيع، وكان تصرفه صحيحاً، ولا يكون له هذا الحق، إلا إذا كان مالكاً له، ونفوذ التصرف دليل الملك.

### أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب على أن الملك في المبيع زمن الخيار للبائع ولا ينتقل للمشتري بالمعقول من وجهين:

**الوجه الأول** ← أن البيع الذي فيه خيار عقد قاصر، حيث يجوز لمن يثبت له الخيار فسخ البيع في مدة الخيار من غير توقف على رضا صاحبه، فلم ينقل الملك كالهبة قبل قبضها. ونوقش هذا الوجه بأننا لا نسلم لكم قصور عقد البيع في هذه الحالة، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كما في بيع المعيوب.

**الوجه الثاني** ← أن المشتري لا يستطيع التصرف في المبيع قبل انقضاء أمد الخيار.

**نوقش ذلك** ← بأن المنع من التصرف لا يدل على عدم نقل الملك، إذ قد يمنع الشخص من التصرف لعدم الملك، كما قد يكون منعه مراعاة لحق الغير، كما هو الحال في المرهون حيث لا يجوز للراهن التصرف فيه مع أنه مملوك له مراعاة لحق الدائن المرتهن، فالدليل أعم من الدعوى. واستدل فقهاء الحنفية على عدم خروج المبيع من ملك البائع إذا كان الخيار له أو له وللمشتري، بأن تمام البيع لا يتحقق إلا بالتراضي، ولا يتم هذا التراضي مع الخيار، ولهذا يملك البائع التصرف في المبيع دون المشتري، وإن تم القبض بإذن البائع.

يمكن مناقشة هذا الدليل بأن عقد البيع سبب تام لنقل الملك، ولا يمنع من ذلك ثبوت الخيار.

### دليل المذهب الثالث:

استدل الشافعية على وقف ملك المبيع زمن الخيار بالمعقول.

**مؤداه** ← أن الخيار إذا كان ثابتاً للمتعاقدين معاً، فإن الملك يثبت لهما معاً، وفي هذه الحالة يتعارض الحقان فلذا قيل بتوقف ملكية المبيع والثمن حتى إنقضاء زمن الخيار.

### نوقش هذا الدليل:

بأن انتقال الملك إنما يستند إلى سببه الناقل له وهو عقد البيع، وهذا لا يختلف بالإمضاء والفسخ، إذ الإمضاء لا يقتضي انتقال ملك المبيع في بيع الخيار، كما أن الفسخ لا يمنع انتقال الملك قبله فإن المنع لا يتقدم المانع والحكم لا يسبق سببه ولا شرطه.

جـ-الرأـي الـراجـح :

**الراجح**، أما عن الرأي الراجح، فالذي أميل إلى ترجيحه هو مذهب القائلين **باتصال ملك المبيع إلى المشتري بمجرد العقد**، سواء كان الخيار لأحد العاقددين، أم لكليهما، لقوة ما استدلوا به، خاصة وأنهم استندوا إلى نص ومعقول، أما المذهبان الآخرين، فقد استندوا إلى المعقول فقط، والنصل يقدم على المعقول، فضلاً عن أن دليлом من المعقول لم يسلم من المناقشة، أضف إلى ذلك أن المقصود الأهم من وراء إبرام عقد البيع هو نقل الملك في المبيع إلى المشتري، وفي الثمن إلى البائع، فمرة، كان عقد البيع صحيحاً متوفراً بالأركان والشروط ترتبت عليه أثره.

**ثانياً:** يكون مصدر **الحياة العرضية** الشرع كما هو الحال في **اللقطة وحيازة الأولياء والأوصياء أو بحكم حاكم**

**حيازة الملتقط** لما يجده من حق محترم غير محروم لا يعرف مستحقه، سندها الشريعة الدال عليه قوله تعالى: **(وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالثَّقَوْيِ)** وقوله ﷺ: "وَاللَّهُ فِي عَوْنَ الْعَبْدُ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنَ أَنْهِيَةٍ". فهذه الحيازة حيازة عارضة تنتهي بظهور مستحق الشيء الملتقط ورد حاجته إليه.

**حِيَازَةُ الْأُولَىءِ وَالْأَوْصِياءِ لِأَمْوَالِهِمْ تَحْتَ وَلَا يَتَّهِمُونَ بِسَنَدِهَا الشَّرِعُ أَيْضًا الدَّالُ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَ الْكُفَّارِ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيمَاتٍ﴾.** وأضاف الأموال للأولياء مع أنها لغيرهم لأنهم القائمون عليه والمحتلون أمر إدارتها.

أحسن ما قيل في معنى السفهاء الوارد بالأية، هو كل من يستحق الحجر عليه، سواء كان الحجر عليه لصغره، أو كان لجذونه، أو كان لسوء تصرفه في ماله، كما إذا أحاطت الديون برجل وضاق ماله عن وفائها فإنه يحجر عليه متى طلب غرماً من الحكم ذلك إذ المراد بالسفه هو التصرف في المال على غير مقتضى العقل والشرع، وهذا المعنى متحقق فيهم جميعاً.

ليست المجرورة عليهم على درجة واحدة من حيث إثبات الولاية عليهم فهناك من تثبت الولاية عليهم بإثبات الشارع من غير حاجة إلى مثبت لها من البشر.

هناك من تثبت ولاليته بحكم حاكم، وحينئذ يستمد حيازته من هذا الحكم. كما هو الحال في ولاية القيم على مال السفيه.

**السبب الذي بمقتضاه تم الحجر عليهم.**

**المطلب الثاني : مفهوم الحيازة العرضية في القانون المدني وسندها**

**الفرع الاول : مفهوم الحيازة العرضية في القانون المدنى**

**الحياة العرضية** ← كما في الفقه الإسلامي تقتصر على أحد عناصر الحياة، وهو العنصر المادي فقط، أما عنصر القصد فيظل موجوداً لدى الحائز الأصيل، والذي يستعمل الحائز العرضي الحياة لحسابه، ولذا تعرف الحياة العرضية بأنها حياة لحساب الغير أو حياة لحساب الأصيل ومن ثم فالحياة العرضية مادية محبضة.

على هذا فالحائز العرضي هو كل شخص انتقلت إليه السيطرة المادية على الشيء يباشرها باسم المالك ولحسابه وذلك بناء على سند قانوني صحيح.

**الحكم** عليه فالحيازة العرضية مركز يتفق مع القانون، وبذلك تختلف عن الحيازة غير العرضية، حيث إنها مركز قد يتفق مع القانون كما في حيازة المالك لما يملكه، وقد يخالفه كما في حيازة المغتصب للشيء الذي يغتصبه.

**الحائزون العرضيون: ليسوا على درجة واحدة:**

- ١- قد يكون الحائز العرضي تابعاً للحائز الأصيل** → ويشمل هذا النوع كل شخص يباشر السيطرة المادية على الشيء لحساب غيره، ويكون تابعاً له ويأتمر في هذه الحيازة أو السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه، ويلتزم بتعليماته دون أن يكون لديه أي حرية في التصرف.

**مثال من أمثلة هذا النوع** من الحيازة، حيازة الخدم والعمال، والولي والوصي والقيم.

**٢- قد يكون الحائز العرضي غير تابع** ← وهذا النوع من الحائزين العرضيين، وإن كانوا يحوزون لحساب غيرهم، إلا أنهم يتمتعون بقدر من حرية التصرف في الشيء أو الحق محل حيازتهم، لأنهم إما أصحاب حقوق عينية. وإما أصحاب حقوق شخصية.

↙ يتفق هذا النوع من الحائزين مع النوع الأول في أنهم يحوزون لحساب غيرهم، إلا أنهم يختلفون عنهم في أنهم يضمون إلى جانب حيازتهم المادية حيازة صحيحة لحق عيني أو حق شخصي يحوزونه لحساب أنفسهم، ويتوافر لديهم عنصرا الحيازة بالنسبة لهذا الحق: السيطرة المادية، وقد استعمال الحق لحساب أنفسهم. ومن ثم يعتبرون حائزون أصليون بالنسبة للحق العيني أو الشخصي حيث يباشرونه لحساب أنفسهم وحائزون عرضيون فيما يتعلق بحق الملكية حيث يحوزونه لحساب المالك، فهو الذي لديه عنصر القصد، وإنما يباشر السيطرة المادية بواسطتهم.

## الفرع الثاني : سند الحيازة العرضية في القانون المدني

↙ الحيازة العرضية مركز يتفق مع القانون، ومن ثم فيجب أن يستند الحائز العرضي إلى سند قانوني صحيح يسوغ له هذه الحيازة. وهذا السند القانوني قد يكون عقداً، كما هو الحال في حيازة التابع، والوكيل والمستأجر والمودع لديه وصاحب حق الانتفاع والمرتهن حيازياً.

↙ إذا كان عقد البيع من العقود التي يترب عليها نقل ملكية الشيء المبought إلى المشتري فور إتمام العقد، فإن هناك مسألتين يمكن من خلالهما أن ينشأ عن عقد البيع حيازة عرضية.

### المسألة الأولى: حالة احتفاظ البائع بحيازة الشيء المبought:

↙ قد يحتفظ البائع بحيازة الشيء المبought، ولا يسلمه للمشتري فور إتمام العقد، هل يعتبر هذا البائع حائزاً عرضياً أم لا؟

↙ الاتجاه الأول ← يرى أنصاره أنه إذا ظل المبought تحت يد البائع بسبب من الأسباب، ففي هذه الحالة تتغير صفة البائع في وضع يده، بعد العقد، لتصبح يده يداً عارضة، ويصبح المبought في يده على سبيل الوديعة أو الإجارة، وما شابه ذلك من الأسباب التي لا تدل على الملك.

↙ الاتجاه الثاني → يرى أنصاره أن البائع يستطيع أن يتمسك بالتقادم المكتسب في مواجهة المشتري، إذا استمر واضعاً يده على المبought المدة القانونية للتقادم، ولا يستطيع المشتري أن يحتاج عليه بالتزامه بالضمان بعد أن سقط التقادم، وذلك أن التقادم سبب قانوني للملك، وقد أجازه القانون للبائع ولغيره من الأشخاص.

↙ قد أيد القضاء المصري الاتجاه الثاني، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض "بأن الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واسع اليد، فالقول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليدين عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر تعرضاً من جانبه لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً، هو قول مخالف للقانون، وإنذا كان الحكم قد أقام قضاياه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبought مانعاً له من اكتساب ملكيته بوضع اليدين عليه بعد بيعه مهما طالت مدة، ولم يبحث في هل وضع يد البائع في هذه الحالة استوفى الشروط التي تجعله سبباً مشروعأً للتملك أو لم يستوفها، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون فيتعين نقضه".

### نرى أن الاتجاه الأول هو الجدير بالتأييد طالب:

١- إن الاتجاه الثاني يؤدي إلى عدم إحترام البائع للعقد الصادر منه، وذلك بتغيير نيته في وضع يده على الشيء المبought، وهذا ما يتنافي مع الأنظمة القانونية الحديثة.

٢- القول أن التقادم سبب قانوني للتملك، البائع وغيره من الأشخاص فيه سواء قول محل نظر لأن البائع بعد أن يسلم المبought يظل ملزماً بالضمان التزاماً أبداً، ويختلف في ذلك عن غيره من الناس، فيمتنع عليه هو بالذات وضع يده على المبought، ومن باب أولى يمتنع عليه أن يتملكه عن طريق التقادم المكتسب.

٣- كما أن موقف القضاء محل نظر أيضاً ويؤيد ذلك قضاء النقض في حكم آخر حيث منعت المحكمة البائع وورثته من الدفع بالتقادم، دعوى المشتري بتبثيت ملكيته وتسليم المبought.

٤- التزام البائع بالضمان، التزام أبدي ومعنى ذلك أن للمشتري أن يتمسك بهذا الضمان مهما مضى على إبرام عقد البيع من زمن، حتى ولو كان هذا الزمن أكثر من خمسة عشرة سنة، فالقول بسقوط دعوى المشتري في ضمان التعرض بالتقادم المسلط يتنافي مع هذه القاعدة.

لذلك كان الإتجاه الأول هو الجدير بالتأييد:

**المسألة الثانية: تأجيل انتقال الملكية إلى حين الوفاء بكمال الثمن:**

**الأصل أن الملكية في المبيع تنتقل إلى المشتري فور تمام العقد، إذا كان محل البيع منقولاً، وبالتسجيل إذا ورد البيع على عقار.**

**الإلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، وإنما هي قاعدة مقررة لإرادة المتعاقدين، ومن ثم جاز لها  
الاتفاق على ما يخالفها. وعليه فيجوز للمتعاقدين أن يتتفقا على تأجيل انتقال الملكية إلى ما بعد تمام  
عقد البيع، وسواء كان هذا التأجيل مقيد بحلول أجل معين، أو معلقاً على حدوث أمر قد يقع وقد لا يقع.**

الـ ٤٧ تطبيقاً لذلك قد يتفق المتعاقدان على تأجيل انتقال الملكية حتى يوفي المشتري بالثمن جميعه، خاصة إذا كان موزعاً على أقساط، ففي هذه الحالة يشترط البائع احتفاظه بملكية المبيع، حتى يستوثق من المشتري ويتوثق إعساره وغالباً ما يكون ذلك في السلع الكبيرة كالآلات والسيارات والأراضي التي تباع بأثمان مقططة.

**فـ** في هذه الحالة يكون التزام البائع بـ**ينقل ملكية المبيع معلقاً على شرط واقف هو الوفاء بالثمن كله.**

**لـ** إذا ما تحقق هذا الشرط وقام المشتري بالفعل بوفاء الثمن جميعه في الوقت المتفق عليه، فإن الملكية تنتقل إليه بصفة نهائية مستندة إلى الوقت الذي تم فيه البيع، وليس من وقت تتحقق الشرط، إعمالاً لقاعدة الأثر الرجعي للشرط.

**إذا لم يتحقق الشرط**، بأن أخل المشتري بالتزامه، فإن الملكية تظل كما هي للبائع، ويثبت له الخيار أيضاً بين المطالبة بفسخ العقد نظراً لإخلال المشتري بالتزامه، والمطالبة بتنفيذ العقد بدلاً من المطالبة بفسخه. وهذا ما صحت به المذكرة الإيضاحية للمشهد العثماني للقانون المدني.

**إذا كان الغرض الذي حدا بالمقنن إلى إقرار هذا الشرط - شرط الاحتفاظ بالملكية- هو توفير قدر من الحماية للبائع حتى يستوفى جميع أقساط الثمن.**

**الإلا أن هذه الحماية المرجوة لا يقوى الشرط على تحقيقها وبيان ذلك من وجهين:**

**الوجه الأول** ← أن المشتري يستطيع التصرف في المبيع قبل الوفاء بجميع الأقساط إلى شخص آخر حسن النية، لا يعلم بأن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف، هو الوفاء بكافة الأقساط، وهنا تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه وفي هذه الحالة لا يجدي شرط إحتفاظ البائع بالملكية لأن المتصرف إليه يستطيع الإحتجاج في مواجهة البائع بقاعدة أقرها المقنن وهي قاعدة الحيازة في المنقول بسبب صحيح وحسن نية سند الحائز .

لا يعتبر المشتري في حالة التصرف مبدياً للأمانة حيث أن جريمة خيانة الأمانة غير متوفّرة إذ من أركانها أن يكون المجنى عليه قد سلم المال إلى الجاني بعقد من عقود الأمانة وهي الوديعة والإجازة وعارية الاستعمال والرهن والوكالة والعمل وهذه العقود ستة واردة على سبيل الحصر.

**الوجه الثاني** ← إذا أفلس المشتري قبل الوفاء بجميع الأقساط، فإن مركز البائع في مواجهة التفليسية لم يختلف عن مركز بقية الدائنين العاديين، حيث لا يستطيع الاحتجاج على التفليسية بشرط احتفاظه بالملكية، وإنما يدخل في تفليسية المشتري كدائن عادي ويشترك مع سائر الدائنين في قسمة الغرماء.

بعد ما سبق فإنه وإن كان المقتن قد أقر شرط إحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى الوفاء بكمال الثمن ولما كان الحائز العرضي هو كل شخص انتقلت إليه السيطرة العادية على الشيء بياشرها باسم المالك ولحسابه وذلك بناء على سند قانوني صحيح فإن المشتري وإن كانت الملكية لم تنتقل إليه بالفعل رغم تسلمه المبيع لا يعتبر حائزاً عرضياً لأنه لا يقع عليه التزام برد المبيع إلى البائع بعد مدة معينة بمقتضى السند المنشئ لحيازته وهو عقد البيع فضلاً عن أنه يباشر السيطرة المادية على الشيء المبيع بإسمه ولحسابه وليس أدل على ذلك من أن هذا الشرط لا يمنعه من التصرف في المبيع بالبيع والرهن ونحوهما ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف ومن ثم تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه محملاً بهذا الشرط متى كان على علم به كما أنه يستطيع التصرف فيه إلى الغير وتنتقل إليه الملكية كاملة متى كان حسن النية أي لا يعلم بشرط البائع ولا يقال أن المستأجر والمرتهن يستطيع كل منهما التصرف فيما تحت أيديهم إلى الغير حسن النية لأن تصرف كل منهما خيانة للأمانة .

كما يمكن أن يكون مصدر الحيازة العرضية العقد يمكن أن يكون مصدرها حكم القانون لتأدية مهمة معينة كما هو الحال في الحراس والستديك ومصفي التركة ومصفي الشركة عند حلها .

كما قد تستند الحيازة العرضية أيضاً إلى حكم قضائي شأن الوصي والقييم والوكيل عن الغائب .

## المطلب الثالث : موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

← بإجراء موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في مفهوم الحيازة العرضية وسندتها يتبيّن لنا:

**أولاً :** يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في مفهوم الحيازة العرضية واعتبارها مجرد سيطرة مادية من الحائز على الشيء دون ادعاء ملكيته أو الظهور عليه بمظاهر المالك، كما يتفقان أيضاً في تنوع الحائزين العرضيين إلى حائزين يعتبرون بمثابة التابع للحائز الأصيل وإلى حائزين يتمتعون بقدر من حرية التصرف فيما تحت أيديهم كالمرتهن حيازياً والمستأجر .

← يتفق القانون مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالسند المنشئ للحيازة العرضية في الجملة

**ثانياً:** الفقه الإسلامي والقانون المدني يختلفان في بعض الأمور التفصيلية وفيما يلي بيان ذلك:

1- جرى خلاف بين شراح القانون في حالة احتفاظ البائع بحيازة الشيء المبيع بعد إتمام عقد البيع، أي يعتبر حائزاً عرضياً حتى يسلمه إلى المشتري، أم يحق له أن يتمسك بالتقادم المكتسب في مواجهة المشتري إذا مضت على حيازته المدة القانونية؟

**الحق أن الشارع الإسلامي الحكيم قد قال كلمته** في الإجابة على هذا التساؤل وأن البيع متى تم صحيحاً متواافق الأركان والشروط، كان من حقوقه وجوب تسليم المبيع إلى المشتري، فإذا لم يتم تسليمه في الحال وظل بيد البائع لسبب أو لآخر، تظل يده عليه يداً عارضة مهما مضى على الحيازة من زمن، فإذا طالبه المشتري بالتسليم ليس له أن يتمتنع بحججة أنه قد كسب ملكيته بالتقادم، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ والتسليم من جملة الوفاء بالعقد، فإذا امتنع عنه كان مخالفًا لأمر الله تعالى، مستحقاً لعقابه، ولقوله تعالى أيضًا ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾. وامتناعه عن التسليم يعد خيانة للأمانة. فحق الإنسان متى ثبت لا يسقط ولا ينقضي مهما مضى عليه من وقت.

لا شك أن موقف الشرع الإسلامي فيه راحة للمؤمن في الدنيا والآخرة، وغلق لأبواب الفساد أمام من تسول له نفسه الاعتداء على حق أخيه ظلماً وعدواناً.

-٢- أجاز القانون للبائع أن يضمن عقد البيع شرطاً يقضي باحتفاظه بملكية المبيع حتى يوفي المشتري بجميع أقساط الثمن، وعليه يتسلم المشتري المبيع مسلوب الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن. والواقع أن هذا الشرط لا يقره الفقه الإسلامي، لأنه شرط يتنافى مع مقتضى العقد ولا يلائمها.

نرى أن نظرية الفقه الإسلامي في إثبات الملكية للمشتري في المبيع فور انعقاد البيع أولى بالاعتبار، حتى ولو كان الثمن مؤجلاً، أو موزعاً على أقساط، لأن تأجيل الثمن أمر جائز في الفقه الإسلامي، إذ هو لا يعدو أن يكون ديناً، فجاز تأجيله كسائر الديون أما تأجيل نقل الملكية إلى زمان مستقبل فلا يجوز، لما يؤدي إليه من الغرر، فقد يهلك المبيع في تلك المدة وهذا الشرط لا يحقق الفائدة العملية التي إبتغاها المعلن للبائع.

## المبحث الثاني : خصائص الحيازة العرضية

### المطلب الأول : خصائص الحيازة العرضية في الفقه الإسلامي

#### أولاً: الحيازة العرضية حيازة مؤقتة:

يتجلى ذلك في التزام الحائز العرضي برد الشيء الذي تحت يده بناء على السند الذي بمقتضاه دخل في هذه الحيازة، فقد تكون حيازته مؤقتة بمدة معينة، فتنتهي تلك الحيازة بانتهاء ذلك الأمد كما هو الحال في الإجراء والعارية.

قد تنتهي الحيازة العرضية بانتهاء الغرض منها، كما هو الحال في حيازة الدائن المرتهن والمودع لديه.

قد تنتهي الحيازة العرضية بانتهاء السبب الذي بمقتضاه دخل الحائز فيها، كما هو الحال في حيازة الولي والوصي على مال الصغير.

كذلك تنتهي الولاية على السفيه وذي الغفلة عند من يرى الحجر عليهم بزوال الغفلة وبظهور الرشد من السفيه أو بالحكم به وبالتالي تنتهي حيازة الولي على أموالهم.

هكذا يتبيّن لنا أن السبب المنشئ للحيازة العرضية يتضمن في طياته الأمد الذي تنتهي به تلك الحيازة.

تظل الحيازة العرضية محتفظة بصفتها هذه ولا تتحول إلى حيازة أصلية حتى يوجد سبب بمقتضاه ينتقل الملك من الحائز الأصيل إلى الحائز العرضي لأن يقوم الحائز الأصيل ببيع الشيء المحوز إلى الحائز العرضي، أو يتصدق به عليه، أو يهبه إياه، ونحو ذلك من الأسباب التي تنقل الملك، ففي هذه الحالة تتحول يد الحائز العرضي من يد عارضة إلى يد ملك أو يد أصلية.

#### ثانياً: الحيازة العرضية لا تكسب الملك بالتقادم:

الحيازة العرضية متى عرف أصل دخول الحائز فيها، لا تؤدي إلى كسب المال المحوز، مهما طال عليه من زمن، بل تظل محتفظة بصفتها هذه، ولا يسقط حق المالك في المطالبة بها، فإذا كان الحائز قد وضع يده على المال محل الحيازة بمقتضى عقد إجارة أو عارية أو وديعة مثلاً، وظل كذلك مدة طويلة، فإن ذلك لا يفيده، وتظل يده يداً عارضة مهما طال أمدها.

حيث قلنا إن الحيازة العرضية لا تكسب الملك للحائز بالتقادم، فإن الأمر كذلك بالنسبة لورثته، فإذا مات الحائز وترك شيئاً مما كانت يده عليه يداً عارضة فتنتقل الحيازة إلى ورثته بهذه الصفة، ولا يكون لهم الحق في أن يتملّكوا ذلك الشيء بتقادمه في أيديهم مهما طالت مدة حيازتهم، ويظل الحق فيه لصاحب الحيازة الأصلية ولورثته من بعده، ما لم يأت ورثة الحائز العرضي بما يفيد انتقال الملك إليهم بسبب من أسبابه.

### المطلب الثاني : خصائص الحيازة العرضية في القانون المدني

#### أولاً: الحيازة العرضية حيازة مؤقتة:

الحيازة العرضية حيازة مادية محضة، وصفة العرضية هذه أصل يلازم الحيازة لا ينفك عنها يتوارثه الخلف عن السلف، فهي ليست عيباً يعيّب الحيازة فيمنعها من أن تنتج بعض آثارها، بل إنها هادمة للحيازة.

تظل الحيازة العرضية على صفتها هذه مهما طال عليها من أمد، وتنتقل من الحائز العرضي إلى وارثه وخلفه العام، محتفظة بنفس الصفة، سواء كان هذا الوارث حسن النية أو سيئها.

إذا تلقى الخلف الخاص ملکية العين محل حيازته بتصريف يفيد ذلك، فإن حيازته تكون حيازة أصلية منتجة لآثارها القانونية، لأنه يبتدىع حيازة جديدة يتوافر لها عنصراتها المادي والمعنوي. ويذهب البعض إلى أنه يستوي أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيئها، فلو كان يعلم أن سلفه يحوز حيازة عرضية، فإن ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته حيازة أصلية، ما دام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضي، بل على أنه مالك.

بينما يشترط جانب آخر من الفقه - ونحن معهم - أن يكون الخلف الخاص حسن النية، بأن يجهل حقيقة حيازة سلفه، ويعتقد أنه يتعامل مع سلفه ليس على أنه حائز عرضي، بل على أنه مالك.

## ثانياً: الحيازة العرضية لا تكسب الملك بالتقادم

الحائز العرضي مهما طال أمد حيازته لا يستطيع أن يتمسك بحق ملكية ما تحت يده بالتقادم، فالمستأجر مثلاً لا يكسب ملكية العين المؤجرة بالتقادم مهما طالت مدة حيازته للعين. وكذلك الأمر بالنسبة لباقي الحائزين العرضيين وإذا كان الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملكية بالتقادم، إلا أن المادة (٩٧٢) مدنی قد ذكرت حالتين يستطيع فيها الحائز العرضي أن يغير حيازته من حيازة عرضية لتصبح حيازة أصلية منتجة لآثارها القانونية. وجاء في هذه المادة

١- ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنته، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سند حيازته، ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة.

٢- ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته، إما بفعل الغير، وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك، ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير.

من خلال هذا النص يتبيّن لنا أن الحائز العرضي يستطيع أن يغير حيازته إلى حيازة أصلية بإحدى وسائلتين:

### الوسيلة الأولى: صدور فعل من الحائز العرضي نفسه:

يشترط أن يتخذ هذا الفعل مظهراً خارجياً قاطعاً في الدلالة على هذا التغيير فلا يكفي مجرد تغيير قصده ونيته، بل يجب أن يتم إظهار تحول النية من حيازة لحساب الغير إلى حيازة لحساب الشخص نفسه، ويكون ذلك بفعل إيجابي ظاهر.

من ثم لا يكفي مجرد الامتناع عن دفع الأجرة، أو هدم المباني المقامة على العين وإنقاومتها من جديد في الأفعال التي تؤدي إلى تغيير الحيازة.

قد يتتخذ الفعل صورة نزاع قضائي، فيطلب المالك أمام القضاء برد العين، ويدعى الحائز ملكيتها لنفسه، وقد يكون النزاع غير قضائي حيث يقوم الحائز العرضي بإعلان رغبته بإعلان ادعائه تملكه العين بموجب إنذار رسمي أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو بإخطار، في هذه الحالة يقع عليه عبء إثبات الإنكار وتقدير ما إذا كانت الأفعال تعتبر معارضة لحق المالك، وبالتالي أساساً لتغيير صفة الحيازة مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وفقاً للظروف والملابسات.

### الوسيلة الثانية: التغيير بفعل يصدر من الغير:

يتم التغيير في هذه الحالة بتصور تصرف من الغير من شأنه أن ينقل الملك إلى الحائز العرضي، وأن يشتري المستأجر العين المؤجرة من شخص آخر يتصرف على أنه المالك الحقيقي للعين، ويعتقد الحائز العرضي فيه ذلك، وهو في الحقيقة ليس كذلك.

يشترط البعض أن يكون الحائز العرضي حسن النية، بأن يعتقد أن السند الذي حصل عليه صادرًا من صاحب الحق الحقيقي، فإن كان سوء النية بأن علم أن الشخص الذي يتعامل معه غير المالك، فإن مثل هذا التصرف لا يفيده في تغيير حيازته، لأنه في هذه الحالة يريد أن يغير سبب حيازته بإرادته هو متعتمداً إخفاء هذا السبب عن الحائز الحقيقي.

هذا يتعارض مع ما نصت عليه المادة (٩٧٢) مدنی في فقرتها الأولى.

كما أن القول بعدم اشتراط حسن النية يؤدي إلى الإضرار بالمالك الحقيقي بتوافق الحائز العرضي مع أحد من الغير للإضرار بالحائز الأصيل، وفي هذا منافاة لقواعد العدالة. وقد يصدر التصرف من الحائز الأصلي نفسه، كما في حالة قيام المؤجر ببيع العين المؤجرة للمستأجر، فتحوّل حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية مترتبة لآثارها القانونية، ويشترط في التصرف الناقل للملكية أن يكون صحيحاً، فإن كان صورياً صورية مطلقة فلا أثر له في كسب الملكية مهما طالت مدة.

تقدير الواقع التي تتغير بها صفة الحيازة يترك لقاضي الموضوع تحت رقابة محكمة النقض أما إثبات الواقع التي تتغير بها صفة الحيازة فتسري عليها القواعد العامة في الإثبات.

## المطلب الثالث : موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في خصائص الحيازة العرضية

- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن الحيازة العرضية حيازة مؤقتة تنتهي بانتهاء الأمد المحدد لها أو الغرض المراد منها، كما يتفقان في أنها لا تؤدي إلى كسب الملك بالتقادم مهما مضى عليها من زمن، سواء بالنسبة للحائز نفسه أو من يخلفه في الحيازة.

- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن الحيازة العرضية تتحول إلى حيازة أصلية إذا صدر من الحائز الأصيل تصرف يترتب على أثره انتقال الملك إلى الحائز العرضي، أما إذا صدر هذا التصرف من شخص آخر غير الحائز الأصيل، وكان الحائز العرضي يعتقد أنه المالك الحقيقي، فيسري على هذا التصرف أحكام تصرفات الفوضولي. وتصرف الفوضولي ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي على مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في المذهب القديم.

يقع باطلأ لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح على قول الشافعي في الجديد. عليه فعل مذهب جمهور الفقهاء لا يترتب على التصرف الذي أجراه غير الحائز الأصيل أثر إلا بإجازته. وإن لم يجزه بطل ولم يترتب عليه أثره وتظل الحيازة كما هي. أما على المذهب الثاني فلا يترتب على التصرف أثر ولا تتحول الحيازة قولاً واحداً.

- بالنسبة للوسيلة التي ذكرها القانونيون لتحول الحيازة والمتمثلة في صدور فعل من الحائز العرضي نفسه يحمل في طياته الدلالة الجازمة على إنكار ملكية الحائز الأصيل وادعاءها لنفسه، فإنه وإن كان القانون يختلف في ذلك مع الأصل في الفقه الإسلامي، إلا أنه يكاد يتفق مع الاستثناء الذي أورده فقهاء المالكية، حيث يقول ابن فردون. إلا أن يطول زمان ذلك جداً كالخمسين سنة ونحوها ويكون المقتضي عليه قد أحدث بناء أو غرساً بحضور الطالب وهو ساكت من غير عذر فذلك قطع لحجته.

معنى ذلك أن الحائز العرضي إذا طال زمن حيازته بأن تستمر نحو الخمسين سنة أو تزيد تحولت حيازته إلى حيازة أصلية إذا انضم إلى تلك المدة عدم التزامه بسند حيازته، لأن يحدث بما يحوزه ما يغير من حالته كالبناء والهدم والغرس مع حضور صاحب الحيازة الأصلية وسكته على ذلك دون أن يكون لديه عذر يمنعه.

إذا كان القانون يتفق مع هذا الاستثناء في مضمونه وأثره، إلا أنه يختلف معه من حيث المدة ← حيث اشترط فقهاء المالكية لتحقيق هذا الاستثناء أن تطول الحيازة زمناً طويلاً وأن يزيد على الخمسين سنة، أما القانونيون فقد أطلقوا القول دون التقييد بزمن معين، ولا شك أن وجهة فقهاء المالكية أولى في ذلك، إذ من يترك ملكه بهذه المدة دون عذر، وهو يرى ما يحدّثه الحائز فيه من أعمال لدليل كاف على إهماله، فإذا حدث وامتنع الحائز عن تسليميه له فلا يلوم من إلا نفسه.

## المبحث الثالث : ضمانات الحائز العرضي

س :- وضح ما هيّة الحق في الحبس مبيّناً أساسه الشرعي ومقوّماته الأساسية ؟

### المطلب الأول : حق الحائز العرضي في حبس ما بيده

#### الفرع الأول : التعريف بالحق في الحبس وأساسه الشرعي

##### أولاً: ماهية الحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني:

###### [أ] ماهية الحق في الحبس في الفقه الإسلامي:

﴿ تَعْرِضُ فَقَاهُوْنَا الْأَجْلَاءَ لِلْحَقِّ فِي الْحَبْسِ بِوْصِفَهِ وَسِيلَةً مِنْ وَسَائِلِ الضَّمَانِ، دُونَ أَنْ يَعْنِوا بِوْضُعِ تَعْرِيفٍ يَبْيَّنُ ماهيَّةَ هَذَا الْحَقِّ. وَقَدْ تَصْدِي بَعْضُ الْمُحَدِّثِينَ لِوْضُعِ تَعْرِيفٍ لِهَذَا الْحَقِّ، وَأَخْتَارُ مِنْ هَذِهِ التَّعْرِيفَاتِ مَا ذَكَرَهُ الْبَعْضُ بِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْحَبْسِ هُوَ: "ثَبُوتُ الْأَمْتَانَ لِلْمُلتَزِمِ عَنْ أَدَاءِ الْعَهْدَ الَّتِي وَجَبَ أَدَاؤُهَا لِمَسْتَحْقِيقِهَا ضَمَانًا لِحَقِّهِ الْمُقَابِلِ لَهَا" فَيَبْيَّنُ هَذَا التَّعْرِيفُ أَنَّ الْحَقَّ فِي الْحَبْسِ إِنَّمَا هُوَ أَمْتَانٌ مُشَرُّوعٌ عَنِ الْوَفَاءِ يَسْتَنِدُ الْحَابِسُ فِيهِ إِلَى إِذْنِ مِنَ الشَّارِعِ. كَمَا أَنَّ التَّعْبِيرَ بِالْعَهْدَ يَشِيرُ إِلَى أَنَّ مَحْلَ الْحَبْسِ قَدْ يَكُونُ عِيْنًا وَقَدْ يَكُونُ دِيْنًا.﴾

﴿ تَعْبِيرَهُ بِالْحَقِّ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ مَصْدَرَ الْحَقِّ أَعْمَمُ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَقْدًا، كَمَا هُوَ الْحَالُ فِي الْلَّقْطَةِ.﴾

###### [ب] ماهية الحق في الحبس في القانون المدني:

﴿ عَرَفَ شَرَاحُ الْقَانُونِ الْحَقَّ فِي الْحَبْسِ بِأَنَّهُ حَقُّ الدَّائِنِ فِي أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَنْفِيذِ التَّزَامِ بِتَسْلِيمِ شَيْءٍ تَحْتَ يَدِهِ لِلْمَدِينِ حَتَّى يَقُولَ المَدِينُ بِالْوَفَاءِ بِمَا عَلَيْهِ لِلْدَّائِنِ مِنْ التَّزَامِ يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الشَّيْءِ. وَهَذَا التَّعْرِيفُ مُأْخُوذُ مِنْ نَصِّ الْمَادِيَةِ ٢٤٦ مَدِينيِّ حِيثُ نَصَتْ عَلَى "لِكُلِّ مَنْ التَّزَامُ بِأَدَاءِ شَيْءٍ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنِ الْوَفَاءِ بِهِ مَا دَامَ الدَّائِنُ لَمْ يَعْرِضْ الْوَفَاءَ بِالتَّزَامِ يَتَرَبَّعُ عَلَيْهِ بِسَبِّبِ التَّزَامِ الْمَدِينِ وَمُرْتَبَطُ بِهِ".﴾

##### ثانياً: الأساس الشرعي للحق في الحبس:

﴿ الشَّرِيعَةُ إِسْلَامِيَّةٌ قَوَامُهَا الْعَدْلُ وَالْإِنْصَافُ وَتَحْقِيقُ الْمَسَاوَةِ بَيْنَ جَمِيعِ الْأَفْرَادِ فِي شَتِّيِّ الْمَجَالَاتِ، فَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا، وَأَيُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ مِنْ الْعَدْلِ إِلَى الْجُورِ، وَمِنَ الرَّحْمَةِ إِلَى ضَدِّهَا، فَلَيْسَ مِنْ الشَّرِيعَةِ، وَيَمْثُلُ الْحَقَّ فِي الْحَبْسِ إِحْدَى التَّطْبِيقَاتِ لِهَذَا الْمَبْدُأِ الْعَامِ فَهُوَ يَقُولُ عَلَى تَحْقِيقِ الْعَدْلِ وَالْمَسَاوَةِ بَيْنَ طَرْفَيِّ الْعَلَاقَةِ مَحْلُ هَذَا الْحَقِّ، فَلَيْسَ مِنْ الْعَدْلِ أَنْ يَقُولَ أَحَدُ الْطَّرْفَيْنِ بِالْوَفَاءِ بِالتَّزَامِ، دُونَ أَنْ يَقُولَ الْطَّرْفُ الْآخَرُ بِالْوَفَاءِ بِالتَّزَامِ الْمُقَابِلِ وَالْمُرْتَبَطِ بِالتَّزَامِ الْأَوَّلِ وَإِذَا كَانَتْ فَكْرَةُ الْمَسَاوَةِ تَظَهُرُ وَاضْحَىَّ جَلِيلَةً فِي عَقُودِ الْمَعاوِضَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ مَا يَمْنَعُ مِنْ بَسْطِ هَذِهِ الْفَكْرَةِ عَلَى عَقُودِ الْتَّبْرِعَاتِ وَمَا يَشَابِهُا، بَلْ إِنْ تَقْرِيرُ الْحَقِّ فِي الْحَبْسِ فِي هَذِهِ الْعَقُودِ أَوْلَى .﴾

﴿ تَحْقِيقًا لِلْعَدْلِ وَتَرْغِيْبًا فِي الْإِقْدَامِ عَلَى تَلْكَ الْمَعَالَمَاتِ، لَمَّا فِيهَا مِنْ مَدِيدِ الْعُوْنَ وَالْمَسَاعِدَةِ لِمَنْ هُوَ فِي حَاجَةِ إِلَيْهَا، أَجَازَ الْفَقَهُ إِسْلَامِيًّا إِسْتِعْمَالَ هَذَا الْحَقِّ فِي سَائِرِ الْالْتِزَامَاتِ الْمَالِيَّةِ الْمُتَقَابِلَةِ مَقْيَ تَحْقِيقِ الْأَرْبَاطِ بَيْنَهُمَا وَتَوَافِرِ الشُّرُوطِ الْخَاصَّةِ بِاسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، سَوَاءَ كَانَ مَصْدَرُ هَذَا الْحَقِّ عَقْدًا مِنْ عَقُودِ الْمَعَاوِضَةِ، أَمْ كَانَ عَقْدَ تَبْرِعَ، أَمْ نَشَأَ حَقُّ الْحَابِسِ بِمَنْاسِبَةِ وُجُودِ الشَّيْءِ فِي حُوزَتِهِ، كَمَا هُوَ الْحَالُ فِي الْلَّقْطَةِ.﴾

قد أفصحت الآيات والأحاديث عن هذا العموم:

- من الآيات قوله تعالى :

1- ﴿فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاغْتَدَوْا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾. فقد دلت هذه الآية بعمومها على المماثلة

في الجزاء أيًّا كان محله ومن ثم إذا أمنتَ أحد طرفي العلاقة عن الوفاء بإلتزامه كان ذلك بمثابة إعتداء يسُوغ للطرف الآخر أن يمتنع عن الوفاء بإلتزامه ويحبسه ضماناً لحقه ومعاملة بالمثل .

2- ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوْقَبْتُمْ بِهِ﴾.

## - من الأحاديث:

- ١- ما رواه أبو سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال: "لا ضرر ولا ضرار".  
 ٢- قوله ﷺ : "مطل الغني ظلم". قد حكم النبي ﷺ علي المماطل مع قدرته علي الوفاء بأنه ظالم ومن ثم كان إمتناع الملتمز عن الأداء مع قدرته علي ذلك ظلماً يجب رفعه بإعطاء الطرف الآخر الحق في حبس ما في حوزته ضماناً لحقه ورفعاً لظلمه.

لـ هكذا يتبيّن لنا أن الحق في الحبس في الفقه الإسلامي يثبت ضماناً للحق أيًّا كان مصدره، عقداً أو واقعة مادية، تحقيقاً للمساواة، وإقامة للعدل بين جميع الأفراد.

لـ إذا كان الحق في الحبس في الفقه الإسلامي يقوم على أساس من العدل والمساواة، فإن الأمر كذلك في القانون، حيث يرجع شرائع القانون تقرير هذا الحق إلى اعتبارات العدالة، وحسن النية التي يجب أن تسود في المعاملات، فليس من العدل في شيء أن يطالب شخص بأداء ما عليه قبل أن يستوفي ماله قبل هذا الأخير. ولا شك أن ذلك يتناقض مع العدل ولا يتقبله المنطق القانوني السليم.

## الفرع الثاني : فكرة الحق في الحبس ومقوماته الأساسية

لـ تفترض فكرة الحق في الحبس - سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني - وجود التزامين في ذمة شخصين مختلفين، أحد هذين التزامين عين في يد أحدهما، والآخر دين في ذمة الآخر، ويكون كل منها مرتبطة بالآخر، بحيث يسوغ لأحدهما أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه حتى ينفذ الطرف الآخر.

لـ من ثم لكي ينشأ الحق في الحبس لابد من توافر الشرطين الآتيين:

## الشرط الأول: وجود التزامتن متقابلين

### أولاً: بيان هذا الشرط في الفقه الإسلامي:

لـ لكي ينشأ الحق في الحبس، فلابد من وجود التزامين في ذمة شخصين مختلفين، أحدهما يرد عليه الحبس، والثاني يتم الحبس في مقابلته. ويجب في الفقه الإسلامي أن يكون أحد هذين التزامين عيناً والآخر ديناً.

لـ هذا ما اشترطه الفقهاء، سواء كان ذلك عن طريق التصريح، أو من خلال ما أوردوه من تطبيقات في هذا الصدد.

لـ هذا ما تفصح عنه سائر التطبيقات التي ساقها الفقهاء بخصوص الحق في الحبس. فمثلاً يقولون بجواز حبس البائع للسلعة حتى يقبض الثمن، والمؤجر يحبس العين المؤجرة حتى يقبض الأجرة المعجلة، وكذا الملقط يحبس اللقطة حتى يسترد ما أنفقه عليها...وهكذا.

لـ من ثم إذا كان كل من التزامين عيناً، أو كانا دينين، فلا يجوز لكل منهما التمسك بالحق في الحبس وإنما يلزمهما التسليم معاً لاستوائتها في ذلك، فليس أحدهما بأولى من الآخر في التسليم أولاً وبذلك يمتنع في مثل تلك المبادرات الاتفاق على التأجيل لما فيه من شبهة الربا، ومتى وجب التسليم المتعارض على هذا النحو، فإنه لا محل للقول بثبوت الحق في الحبس حينئذ.

لـ يجب في الالتزام الذي يرد عليه الحبس أن يكون في حيازة الحابس وتحت سيطرته، وهذا أمر بديهي، إذ كيف يتمسك بهذا الحق، دون أن يوجد شيء في يده يسوغ له ذلك.

لـ إذا كان الفقهاء لم ينصوا على ذلك صراحة، إلا أنه يستنتج مما أوردوه من نصوص في هذا الشأن.

لـ من ثم إذا خرج الشيء من حيازة الحابس بإرادته - بأن أذن للطرف الآخر بالقبض - لم يكن له الحق في التمسك بالحبس، بخلاف ما إذا خرج بغير إذنه، فإن له الحق في استرداده والتمسك بالحق في الحبس.

لـ يستوي في الحيازة أن تكون بنية التملك، أو تكون مجرد حيازة عرضية، فالمستأجر له الحق في التمسك بالحبس في مواجهة المؤجر حتى يتسلم العين، وكما أن له حبس العين لاستيفاء أجرته المعجلة في حالة فسخ الإيجار، والمودع لديه له التمسك بالحبس في مواجهة المودع لاسترداد ما أنفقه على الوديعة، وكذا الملقط في مواجهة المالك.

**المهم في الحيازة أن تكون حيازة شرعية**, سواء استندت في ذلك إلى العقد كالبيع والإجارة, أم إلى إذن الشارع كالحال في اللقطة. فإذا كانت الحيازة غير قائمة على سبب شرعي كحيازة المفتسب, فلا محل للقول بالحبس, لأن يده باطلة.

**يشرط في الالتزام المقابل الذي يتم الحبس في مقابلته أن يكون حالاً**, بأن يكون مستحق الأداء وقت التمسك بالحق في الحبس.

هذا ما صرخ به الفقهاء في أكثر من موضع.

يكون الالتزام حالاً إذا اتفق المتعاقدان على ذلك صراحة في العقد, أو كان هناك عرف يقضي بذلك. فإذا كان الالتزام مؤجل, ولم يحل أجل الوفاء بعد, فلا يجوز التمسك بالحق في الحبس, وإنما فائدة الأجل؟ فالأجل جعل فرصة للمدين ليتمكن خالها من الإعداد للوفاء, فإذا تمكّن الدائن بالحق في الحبس قبل حلول الأجل, فلا معنى لهذا التأخير.

كما أن هذا الحق قد جعل للدائن تحقيقاً للمساواة, فإذا وافق على التأجيل فقد أسقط حق نفسه, ويكون أرجأً هذا الحق حتى حلول الأجل, فلا يسوغ له التمسك به قبل حلوله.

## ثانياً: بيان هذا الشرط في القانون المدني:

يشترط القانون أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن ومدين للأخر في نفس الوقت, فيمتنع الدائن عن الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة الآخر.

**يذهب غالبية الشرح إلى أنه لا يهم طبيعة الشيء الذي يرد عليه الحبس**, فيستوي أن يكون عقاراً أو منقولاً, قيمياً أو مثلياً, معيناً بالذات كالمبيع أو غير معين بالذات كالثمن الذي يدفع في مقابلته, بل يصح أن يكون محله عمل أو امتناع عن عمل. وعليه فيجوز للمقاول - وهو متزم بعمل - أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يوفي إليه رب العمل ما تعهد بتعجيشه إليه من أجر.

إن كان ما ذهب إليه جمهور الشرح يتعارض مع ما يوحى به **ظاهر نص المادة ٤٦** مدني لكل من التزم بأداء شيء حيث يوحي ظاهرها أن الحق في الحبس لا يقع إلا على الأشياء المادية, إلا أنه لا يجب الوقوف عند ظاهر النص. ويجب التوسع في مدلوله ليشمل كافة الالتزامات أيًّا كان محلها, تمشياً مع الأساس الذي بنى عليه هذا الحق, مراعاة لاعتبارات العدالة وحسن النية التي يجب أن تسود في المعاملات.

**إذا كان الأصل أن جميع الأشياء المادية يجوز أن تكون محلًا للحبس، إلا أن هذا الأصل ليس على إطلاقه**, حيث يستثنى من ذلك الأموال العامة, وكذلك لا يجوز أن يكون محل الدين شيئاً غير قابل للحجز عليه كأجرور الخدم والصناع, وكذلك لا يجوز حبس الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها إلا لاقتضاء ديون معينة. كما لا يجوز أن يرد الحق في الحبس على الأشخاص, لما في ذلك من امتهان لكرامة الإنسان وتشبيهه بالأشياء المادية المضحة, وهو أكرم من ذلك.

**من ثم لا يجوز لمعهود الجنائز أن يمتنع عن تسليم جثة الميت إلى أهله حتى يستوفي منهم مصروفات الجنائز، ولا لمستشفى الولادة أن تحبس المولود عن ذويه حتى تستوفي الأجرة.** **ويلزم أن يكون الشيء محل الحبس في حيازة الحابس وتحت سيطرته**, حتى يستطيع أن يمتنع عن تسليمه, لحمل الطرف الآخر على تنفيذ التزامه المرتبط بالشيء المحبوس والم مقابل له. ولا يلزم أن يحوزه الحابس بنفسه, بل يصح أن يحوز عنه عدل يتلقى عليه الحابس والمالك. ولما كان الحق في الحبس يمثل وسيلة ضمان للدائن، دون أن يؤدي إلى تملك العين محل الحيازة سوى المقنن في الحيازة بين الحيازة القانونية، والحيازة العرضية.

## يشترط في الحيازة العرضية حتى تكون محلًا للحبس شرطان:

### الشرط الأول:

**أن تكون حيازة شرعية** بمعنى أن يكون هناك سند يرتكز عليه الحائز، فإذا كان مصدرها عملاً غير مشروع، فلا يجوز للحائز التمسك بالحبس. وعليه فمن سرق عيناً أو اغتصبها من مالكها، واستدعي وجودها تحت يده أن ينفق عليها مصروفات ضرورية أو نافعة، فلا يحق له أن يحبسها عن مالكها، بغية استيفاء ما أنفق عليها، ما دام قد حازها بعمل غير مشروع، بل يجب عليه أن يردها فوراً إلى مالكها، ثم يرجع بعد ذلك بما أنفق.

﴿ مَنْ كَانَ حِيَازَةً غَيْرَ شُرُعِيَّةً فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِصَاحْبِهِ الْتَّمْسِكُ بِالْحَقِّ، مَهْمَا مَضِيَ عَلَى حِيَازَتِهِ مِنْ مَدَةٍ، وَإِنْ كَانَ الْبَعْضُ يَفْرُقُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَدَةِ الْحِيَازَةِ، فَإِذَا كَانَ أَقْلَى مِنْ سَنَةٍ، فَيَحْرُمُ الْحَائِزُ مِنَ الْحَقِّ فِي الْحَبْسِ فِي مَوَاجِهَةِ الْحَائِزِ الأَصْبَلِ، وَإِنْ زَادَتِ الْمَدَةُ عَلَى سَنَةٍ، فَلَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِهَذَا الْحَقِّ عَلَى أَسَاسٍ أَنَّهُ بِمَضِيِّ سَنَةٍ يَكُونُ لَهُ الْحَقُّ فِي دُفْعِ كُلِّ تَعْرُضٍ لَهُ فِي حِيَازَتِهِ، وَلَوْ وَقَعَ مِنْ نَفْسِ الْمَالِكِ. ﴾

## قد انتقد هذا الرأي - وبحق - غالبية الشرح لما يلي:

- أ- لأنَّه يتعارض مع مقتضيات العدالة وحسن النية وهمَا قوام الحق في الحبس.
- ب- أنَّ هذا الرأي يفتقر إلى سند في التشريع يبرر مثل هذا الاستثناء، وذلك لأنَّه لا يجوز الاحتجاج بنص المادة ٩٦١ مدني، لأنَّه لا يقصد بها إلا منع المالك من اقتضاء حقه بنفسه، ولكنها لا تحرمه من مطالبة الْحَائِزَ عن طَرِيقِ القضاء بالرد.
- ت- إنَّ مَضِيَّ مَدَةِ السَّنَةِ عَلَى الْحِيَازَةِ وَإِنْ كَانَ يُؤْدِي إِلَى انْقَضَاءِ حَقِّ الْحَائِزِ الأَصْبَلِ فِي اسْتِرْدَادِ حِيَازَتِهِ بَدْعَوْيِّيَّةِ الْحِيَازَةِ، إِلَّا أَنَّ مَضِيَّ هَذِهِ الْمَدَةِ لَا يُؤْدِي إِلَى انْقَضَاءِ حَقِّهِ فِي اسْتِرْدَادِ حِيَازَتِهِ بَدْعَوْيِّيَّةِ الْمُلْكِيَّةِ مَنْ كَانَ مَالِكًا.

## الشرط الثاني:

﴿ لَا تَسْتَنِدُ الْحِيَازَةُ إِلَى مَجْرِدِ مَقْتَضَيَاتِ الْوَظِيفَةِ، بَلَا يَكُونُ عَمَلُهُ يَتَطَلَّبُ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ فِي حُوزَتِهِ لِمَجْرِدِ حَفْظِهِ. ﴾

وعليه لا يجوز للصراف في محل تجاري أن يحبس الخزانة المكلف بحفظها حتى يستوفي أجراه.

﴿ مَنْ تَحْقِقُ هَذَا الشَّرْطَ فَإِنَّهُ أَنْ يَكُونَ الْحَائِزُ حُسْنَ النِّيَّةِ أَوْ سَيْئَهَا، لِأَنَّ الْعَبْرَةَ فِي ذَلِكَ لِيْسَ بِنِيَّةِ الْحَائِزِ، بَلْ بِأَصْلِ وَضْعِ الْيَدِ. ﴾

﴿ هَكُذا يَتَبَيَّنُ لَنَا أَنَّ شَرْطَ الْحِيَازَةِ ضَرُورِيٌّ وَهَامٌ لِلتَّمْسِكِ بِالْحَقِّ فِي الْحَبْسِ، إِذَا خَرَجَ الشَّيْءُ مِنْ تَحْتِ يَدِ الْحَابِسِ بِإِرَادَتِهِ لَمْ يُسْتَطِعْ أَنْ يَسْتَرِدَهُ. وَبِالْتَّالِي يَفْقَدُ الْحَقُّ فِي حَبْسِهِ. ﴾

﴿ إِذَا خَرَجَ الشَّيْءُ رَغْمًا مِنْ إِرَادَةِ الْحَائِزِ، فَلَا يَسْقُطُ الْحَقُّ فِي اسْتِرْدَادِهِ، إِذَا هُوَ طَلَبَهُ فِي خَلَالِ ثَلَاثَيْنِ يَوْمًا مِنْ وَقْتِ عِلْمِهِ بِخَرْجَهِ وَقَبْلِ انْقَضَاءِ سَنَةٍ مِنْ وَقْتِ ذَلِكَ الْخَرْجَ. وَإِذَا ثَبَتَ لَهُ ذَلِكَ، عَادَ إِلَيْهِ الْحَقُّ فِي الْحَبْسِ مَرَّةً ثَانِيَّةً. ﴾

## يشترط في الدين الذي يحبس من أجله الدين الأول الشروط الآتية:

﴿ الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ دِينًا مَدْنِيًّا ﴾ الذي يتوافر له عنصراً المسؤولية والمديونية، فإذا كان ديناً طبيعياً، لم يجز استعمال حق الحبس في مقابلته، وإلا كان في ذلك إجبار غير مباشر على تنفيذ الالتزام الطبيعي، ولا جبر في تنفيذه.

**الشرط الثاني: أن يكون ديناً مستحق الأداء** وهذا شرط بدهي، يقتضيه المنطق السليم، إذ كيف يتمسك الدائن بالحق في الحبس في مقابلة دين لم يحل بعد أجل وفائه، لا شك أن التمسك بذلك يكون سابق لأوانه، لأن الغرض من تقرير هذا الحق هو حمل المدين على تنفيذ التزامه. ومن ثم وجب أن يكون هذا الالتزام قد حل ميعاد تنفيذه. عليه فإذا كان حق الدائن مضافاً إلى أجل لم يحل، أو معلقاً على شرط واقف لم يتحقق، فلا يجوز التمسك بهذا الحق. إلا أن شراح القانون قد ساقوا كثيراً من المبررات لهذا الشرط، منها على سبيل المثال، القياس على الدفع بالتنفيذ باعتباره صورة من صور الحق في الحبس وإحدى تطبيقاته.

**الشرط الثالث: أن يكون حق الحابس وهو الدين الذي يتم الحبس في مقابلته - تاليًا في الوجود** أو على الأقل معاصرًا لحيازة الشيء المحبوس، لأن فكرة الضمان التي يرتكز عليها الحق في الحبس، لا تتعلق ببنية الطرفين، بل تتوقف فقط على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية. فإذا كان سابقاً على الحيازة فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الحق، لأنففاء الارتباط بين الالتزامين.

**الشرط الرابع: أن يكون حق الحابس متحق الوجود** بأن لا ينشأ بشأنه نزاع جدي يشكك في وجوده ويجعله حقاً محتملاً. فإذا كان غير متحقق الوجود فلا يجوز حبس الالتزام مقابل له. ومن ثم لا يجوز للمودع عنده مثلاً أن يحبس الوديعة حتى يستوفي من المودع تعويضاً يدعى أنه يستحقه، إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد.

متى كان الحق مؤكداً في وجوده، فلا يهم بعد ذلك كونه مقدراً أو غير مقدر، كما لا يشترط التناسب بين قيمة الشيء المحبوس والحق الذي يحبس من أجله.

متى توافرت هذه الشروط فلا يهم بعد ذلك أن يكون محل الالتزام الثاني عيناً أو ديناً، عملاً أو امتناعاً عن عمل، كما لا يهم أيضاً مصدره.

## ثالثاً: موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا الشرط:

يأجراء موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني يتضح لنا اتفاق القانون مع الفقه الإسلامي في مضمون هذا الشرط، باستثناء ما اشترطه الفقه الإسلامي من ضرورة كون أحد الالتزامين عيناً والآخر ديناً، في حين لم يشترط القانون ذلك، مما يجوز معه القول أن يكون كل من الالتزامين عيناً، أو يكون دينين.

## الشرط الثاني - وجود ارتباط بين الالتزامين

### أولاً: بيان هذا الشرط في الفقه الإسلامي:

لا يكفي مجرد وجود التزامين في ذمة شخصين، حتى ينشأ الحق في الحبس، بل لابد من وجود ارتباط بين هذين الالتزامين، بأن يكون الدين الذي يحبس الشيء لأجله، قد نشأ بمناسبة وجود هذا الشيء في حيازة الحابس، وهذا الارتباط يعتبر أساساً لهذا الحق. ويكشف لنا عن العلة في إقراره في الفقه الإسلامي، ألا وهي تحقيق المساواة بين المتعاقدين. وإذا كان فقهاؤنا الأجلاء لم ينصوا على هذا الشرط صراحة، إلا أنه يستشف من خلال تطبيقاتهم في هذا الخصوص، حيث يتبيّن منها أنه يجب أن يكون الدين متعلقاً بالشيء الذي يحبس من أجله ومرتبطاً به، فلا يسوغ التمسك به لأجل دين آخر.

يدل على ضرورة وجود هذا الارتباط التقابل الذي أشارت إليه عبارات الفقهاء في العقود المختلفة، ففي عقد البيع الثمن يقابل المبيع، وفي الإجارة الأجراة تدفع في مقابلة المنفعة، والأجر يدفع في مقابلة العمل، وفي الوديعة ينشأ حق المودع لديه بمناسبة وجود الشيء المودع في يده، وكذا الحال في اللقطة.

### الثانية: طرفاً من عبارات الفقهاء في ذلك:

**في عقد البيع** → يقول الدسوقي، وفي معنى احتباسه- أي المبيع - لأجل الثمن احتباسه حتى يشهد عليه. ويقول الخطيب الشربini. وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه للحال أصلالة إن خاف فوته بلا خلاف، وكذا للمشتري حبس الثمن المذكور إن خاف فوت المبيع بلا خلاف.

**في الإجارة الواردة على عمل: جاء في المدونة** → قلت أرأيت الخياطين والقصارين والخازين والصوافين، وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالأجر ألم أن يحبسو ما عملوا حتى يقتصروا بأجرهم، الجواب: قال الإمام مالك: نعم لهم أن يحبسو ما عملوا حتى يعطوا أجراً.

**في اللقطة** → جاء في شرح فتح القدير: وإذا حضر المالك فلملتقط أن يمنعها حتى يحضر النفقة لأنه حي بنيقته فصار كأنه استعاد الملك منه فأشبهه المبيع.

### ثانياً: بيان هذا الشرط في القانون المدني:

يجب أن يكون هناك ارتباط بين الالتزامين للتمسك بالحق في الحبس، ويقصد بالارتباط كما ذهب إلى ذلك جمهور شراح القانون المصري، أن يكون أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام المقابل له.

يتربّط على هذا النظر اتساع نطاق الحق في الحبس بحيث يشمل جميع الالتزامات المرتبطة ببعضها، بغض النظر عن نوع هذا الارتباط، قانونياً كان أو مادياً.

قد أبد جمهور الشراح وجهة نظرهم بما جاء في مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني وما استقر عليه قضاء النقض.

إن كان ما ذهب إليه جمهور الشرح يخالف ما يوحى به ظاهر فص المادة ٤٦ مدني لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به.

واضح أن حائز الشيء لا تربطه علاقة تبادلية بمالكه، وإنما نشأ حقه بناء على واقعة الحيازة، وهو ارتباط مادي محض. بما يدل على أن المقتن المصري قصد الارتباط بين الشيء وبين الدين، دون اشتراط علاقة السببية بينهما، وإنما خانه التعبير عن هذا الشرط.

## عليه فالارتباط قد يكون ارتباطاً قانونياً، وقد يكون ارتباطاً مادياً:

### الارتباط القانوني:

ينشأ حين توجد علاقة قانونية تبادلية بين الالتزامين، أيًّا كان مصدر هذه العلاقة. فقد يكون مصدرها عقداً ملزماً للجانبين، وفي هذه الحالة يتتخذ الحق في الحبس صورة الدفع بعدم التنفيذ، الذي هو إحدى تطبيقاته.

قد يكون مصدر العلاقة عقداً ملزماً لجاني واحد، كما هو الحال في الوديعة بغير أجر، حيث تلقى التزاماً على عاتق المودع لديه بالرد، ومع ذلك يجوز له أن يحبس الشيء المودع لاسترداد ما أنفق عليه، أو ما لحقه من خسارة بسببها. وإذا كان مصدر التزام المودع في حالة المصارف الإثراء بلا سبب، وفي حالة التعويض العمل غير المشروع إلا أن هذا لا ينفي الارتباط بين الالتزامين، حيث أنه نشأ بمناسبة عقد الوديعة، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الوكالة غير المأجورة.

قد يكون مصدر هذه العلاقة عقداً منحلاً، فإذا انحلت الرابطة العقدية بالفسخ أو البطلان، يتعين على كل طرف أن يرد ما تسلمه إلى الآخر، ومن ثم كان لكل منهما أن يحبس ما في يده لضمان تنفيذ التزام الطرف الآخر.

قد تنشأ العلاقة التبادلية غير مستندة إلى عقد أصلاً، سواء كان قائماً أو منحلاً، حيث يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة، ويلتزم رب العمل برد ما تحمله الفضولي من نفقات وبتعويضه عما أصابه من أضرار بسبب ما قام به من عمل. ورغم أن مصدر التزام الفضولي هو القانون م ١٩٣ مدني، ومصدر التزام رب العمل هو الإثراء بلا سبب، إلا أنه يجوز لكل منهما أن يحبس ما في يده حتى ينفذ الآخر التزامه، لوجود المناسبة بين كل من الالتزامين.

### الارتباط المادي:

ينشأ عن واقعة مادية دون أن يكون هناك علاقة تبادلية بين الالتزامين، بمعنى أن حق الحابس وكذا التزامه قد نشأ عن واقعة مادية، هي مجرد حيازة الشيء أو إحرازه، فهنا حق الحائز قد نشأ عن الشيء ذاته، والذي يقع على عاتقه في الوقت نفسه أن يرده إلى مالكه، ومن ثم جاز له أن يمسكه حتى يسترد ما أنفقه أو يتقااضى التعويض المستحق له عما لحقه من ضرر.

بيد أن هذا القصور التشريعي لا يمنع من إجماع الآراء على توافر الارتباط المادي في حالة ما إذا أصاب الحائز أو المحرز ضرر ناتج عن الشيء وأدى إلى نشوء حقه في التعويض، ففي هذه الحالة له أن يحبس الشيء حتى يستوفي التعويض المستحق، وعليه فإذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فأحدث فيه ضرراً، كان للجار أن يحبسه حتى يستوفي حقه من التعويض. فإذا لم يكن هناك ارتباط بين الالتزامين على النحو سالف الذكر، فلا يحق للدائن أن يتمسك بالحق في الحبس.

بهذا يتضح لنا اتفاق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في مضمون هذا الشرط في الجملة.

س :- وضح مدى حق الحائز العرضي في استعمال حق الгинس في الفقه الإسلامي والقانون المدني ؟

## الفرع الثالث : مدى حق الحائز العرضي في استعمال حق الгинس

مدى حق الحائز العرضي في عقد الإجارة في استعمال حق الгинس في الفقه الإسلامي والقانون المدني

### أولاً: مدى حق الحائز العرضي في عقد الإجارة في استعمال حق الгинس في الفقه الإسلامي:

ذلك الحائز العرضي في عقد الإجارة قد يكون مستأجرًا، وقد يكون أجيراً، بناء على تقسيم الإجارة إلى إجارة واردة على عين، وإجارة واردة على عمل.

#### أ- مدى حق المستأجر في استعمال حق الгинس:

ذلك يولد عقد الإجارة التزامات متبادلة في ذمة كل من المتعاقدين، وأهم هذه الالتزامات، التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين، وذلك بتسليمه العين محل الإجارة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة نظير انتفاعه. ومن ثم فهناك التزامان متقابلان مصدرهما عقد الإجارة، فالأجرة مقابل المنفعة، ولما كانت المنفعة عرض لا يقوم بذاته احتاجت إلى محل تتعلق به وتحل فيه وهو العين، وبذلك فالذي يرد عليه الгинس هو العين محل المنفعة والأجرة.

#### لكن متى ينشأ حق المستأجر في استعمال هذا الحق؟

ذلك إن الأصل في عقد الإجارة جواز تأجيل الأجرة وتعجيلها، ولكن إذا تضمن العقد شرطاً يقضي بتعجيل الأجرة، أو كان هناك عرف في ذلك، فإنه يجب الوفاء بهذا الشرط لقوله ﷺ "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"، وأن المعرف عرفاً كالشروط شرطاً.

ذلك من ثم فإذا تم الاتفاق على تعجيل الأجرة، وعجلت بالفعل، ثم قام أثناء العقد وقبل انتهاء المدة سبب أدى إلى فسخ العقد أو قابليته لذلك.

ذلك يكون للمؤجر من الأجرة بقدر ما استوفى المستأجر من المنفعة، ولا أجر فيما بقى من المدة لفسخ الإجارة. فمثلاً إذا كانت المدة المعينة للإجارة "سنة" وفسخ العقد بعد ستة أشهر، بسبب أدى إلى ذلك، فليس للمؤجر إلا أجر ستة أشهر فقط أما السنة الآخر، فلا أجر له عنها لتعذر الانتفاع. ومن ثم يكون للمستأجر أجرة ستة أشهر، ويثبت له الحق في حبس العين لاسترداد الأجرة المعجلة.

ذلك الأمر كذلك إذا مات المؤجر، وانفسخ العقد بمותו، وكان المستأجر قد عجل الأجرة لمدة لم يستوف المنفعة فيها، فله حبس العين المؤجرة لاسترداد الجزء المتبقى من الأجرة. المعجلة وذلك عند من يرى فسخ الإجارة بموت المؤجر أو المستأجر.

#### ب- مدى حق الأجير في استعمال حق الгинس:

ذلك في الإجارة الواردة على عمل ينشيء العقد التزامات متقابلة أيضاً، أهمها التزام المستأجر بدفع الأجر، والتزام الأجير بالقيام بالعمل، ولا يستحق الأجير "المشتراك" أجره إلا بعد الانتهاء من العمل.

ذلك من ثم فإذا دفع شخص إلى آخر ثوباً ليحيطه أو ليصبغ، أو دفع إلى آخر شيئاً ليحمله إلى مكان معين، ثم قام هذا الأخير بالقيام بالعمل المتفق عليه، فهل يحق له أن يحبس ما تحت يده حتى يقوم المستأجر بدفع الأجر المتفق عليه؟

ذلك اختلفت آراء الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل، ويمكن إجمال هذا الخلاف في مذهبين:

**المذهب الأول: يرى أصحابه أنه يجوز للأجير أن يحبس ما تحت يده حتى يستوفي أجره.**

قد ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية في وجه.

قد استدلوا على ذلك بالقياس على عقد البيع، فكما يجوز للبائع أن يحبس المبيع "وهو ملكه" حتى يقبض الشمن من المشتري، فكذلك يجوز للأجير أن يحبس ما تحت يده حتى يستوفي أجره، لأن عمله ملك له، فجاز حبس ما ورد عليه، لأنه تابع لمنفعة يده.

لـ**لكن هل حق الأجير في الحبس مطلق، أم يشترط أن يكون لعمله أثر ظاهر في محله؟**

**اختلاف أصحاب هذا المذهب في ذلك على رأين:**

**الرأي الأول** ← ذهب أصحابه إلى أن حق الأجير في الحبس مقيد بما إذا كان لعمله أثر ظاهر في المحل كالقصار والصباغ. أما إذا لم يكن لعمله أثر ظاهر في المحل كالحمل، فليس له حبس العين. وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية.

وجهة نظر الحنفية في هذه التفرقة أن الأجير إذا لم يكن لعمله أثر ظاهر في المحل، أن المعقود عليه والذي يدفع البدل في مقابلته هو نفس العمل وهو غير قائم بالمحل، فلا يتصور حبسه بخلاف الصورة الأولى حيث إن لعمل الأجير أثر ظاهر في المحل، فيتصور حبسه معه.

**الرأي الثاني** ← ما ذهب إليه فقهاء المالكية، حيث أثبتوا حق الحبس للأجير مطلقاً حتى يستوفي أجره، سواء كان لعمله أثر ظاهر في العين، أم لم يكن كذلك.

جاء في المدونة "قلت أرأيت الخياطين والقصاريين والخازين وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالأجر ألهم أن يحبسو ما عملوا حتى يقبحوا أجرهم؟

قال الإمام مالك: نعم لهم أن يحبسو ما عملوا حتى يعطوا أجرهم.

معنى ذلك أن له الحبس لحين استيفاء الأجر المتفق عليه.

**المذهب الثاني: ويذهب أصحابه إلى عدم إعطاء الأجير مطلقاً، الحق في حبس العين لحين استيفاء**

**أجره.**

قد ذهب إلى ذلك الحنابلة والشافعية في وجه، و"زفر" من الحنفية.

- قد استدلوا على ذلك بما يلي:

١- إن المستأجر لم يرهن العين عند الأجير، ولم يأذن له في إمساكها، ومن ثم فليس له الحق في احتباسها رغمماً عنه، فإذا فعل ذلك عدا غاصباً ولزمه الضمان.

٢- إن الغرض في هذا النوع من الإجارة هو القيام بعمل متصل بالعين، ومن ثم فإن هذا العمل إذا اتصل بالعين المملوكة للمستأجر، صار مسلماً إلى صاحب العين لاتصال العمل بها برضاء الأجير، فإذا رضي بهذا التسليم لا يكون له الحق في الحبس، لأن العين وما اتصل بها ملك لصاحبها، كما لو أمر من يزرع أرضاً قمحاً من عنده قرضاً فيصير القمح مسلماً باتصاله بالأرض.

**أورد على هذا الدليل** ← بأن الأجير إنما رضي بتحقيق العمل لا بتسليمه، وكونه متصلة بالعين إنما هو ضرورة، حيث لا يمكن إقامة العمل بغير هذا الاتصال، وليس هذا رضا بالتسليم، بل هو رضا بإقامة العمل، ومن ثم فيما زالت يد الأجير متصلة بالعمل ومحله، كما لو بني صاحب العلو لصاحب السفل، فلا يكون متبرعاً بإقامة السفل، لأنه ما عمل هذا إلا ضرورة إقامة ملكه.

**الترجح** → فالذي يترجح عندي هو القول بإعطاء الأجير الحق في حبس العين محل العمل حتى يستوفي أجره من رب العمل، سواء كان لعمل الأجير أثر ظاهر في العين، أم لا، فكما يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض ثمنه، فكذلك الأمر بالنسبة للأجير، حيث إن الإجارة بيع، فهي بيع للمنافع، وإنما اختصت باسم كما اختص السلم والصرف باسم وهمان نوعان من البيع، ومن ثم يجوز للأجير أن يحبس العين لاستيفاء أجره. فحتى لا يضيع على الأجير حقه رجحنا القول بإعطائه حق الحبس.

إذا كان حق الحبس لا يعطي الحق للأجير في بيع العين المحبوبة، فلا أقل من أنه عند التنازع برفع الأمر إلى القاضي، فإذا رأى بيعها على صاحبها، باعها بما له من سلطة في ذلك وانتصف للأجير من صاحبها.

## **ثانياً: مدى حق الحائز العرضي في عقد الإيجار في استعمال حق الحبس في القانون العدلي:**

### **أ- مدى حق المستأجر في الحبس: ببيع القانون للمستأجر استعمال حق الحبس في ثلاثة حالات:**

**الحالة الأولى:** إذا باع المؤجر العين أثناء المدة لمشترٍ لا ينفذ الإيجار في حقه → يلتزم المؤجر بمقتضى عقد الإجارة أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين طوال مدة الإجارة، فإذا باع العين أثناء المدة فقد أخل بهذا الالتزام، ومن ثم ينشأ للمستأجر الحق في التعويض بمقتضى عقد الإيجار، وفي هذه الحالة تكون بصدق التزامين متقابلين مصدرهما عقد الإيجار

**الأول:** التزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى المؤجر أو المشتري،

**الثاني:** التزام المؤجر بالتعويض لإخلاله بالتزامه، فيجوز إذن للمستأجر أن يحبس العين لحين استيفاء التعويض، سواء من المؤجر أو من المشتري نيابة عن المؤجر، وله أن يرجع على المؤجر به، إن كان له مقتضى.

**الحالة الثانية:** حق المستأجر في حبس العين للتحسينات التي أجراها بالعين → إذا استحدث المستأجر تحسينات بالعين فإنه طبقاً للمادة ٥٩٢ مدني يجب التمييز بين فرضين:

**• الفرض الأول: أن تتم التحسينات بعلم المؤجر من غير معارضة منه** → مع عدم وجود اتفاق بينهما،

وفي هذه الحالة أعطى القانون للمؤجر الخيار بين أن يدفع ما أنفقه المستأجر أو قيمة ما زاد في العين بسبب هذه التحسينات، وتطبيقاً للحق في الحبس يجوز للمستأجر أن يحبس العين حتى يسترد إحدى القيمتين.

**• الفرض الثاني: أن تتم هذه التحسينات دون علم المؤجر أو رغم معارضته** → وفي هذه الحالة خير

المقتن المؤجر بين طلب إزالة هذه التحسينات مع حقه في التعويض إن كان له مقتضى، وبين استبقاءها مع رد إحدى القيمتين السابق الإشارة إليها، فإذا اختار استبقاءها مع رد إحدى القيمتين، جاز للمستأجر أن يحبس العين لاسترداده حقه تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس دون حاجة إلى نص خاص.

**الحالة الثالثة: إنهاء الإيجار قبل انقضاء مده** → وقد نصت على هذه الحالة المادة ٦٠٨ مدني بقولها:

١- إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقددين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مده إذا حدث ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في سريانه مرهقاً، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً.

٢- فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف. فهذا النص قد أعطى الحق للمستأجر في حبس العين حتى يستوفي حقه في التعويض أو يحصل على تأمين كاف للوفاء. ولو لم يوجد هذا النص لأعطى المستأجر هذا الحق تطبيقاً للقواعد العامة في الحبس.

## بـ- حق المقاول في حبس ما تحت يده:

يرتب عقد المقاولة التزامات متبادلة في ذمة كل من المتعاقدين، ١) التزام رب العمل بدفع الأجر، ٢) التزام المقاول بتسلیم العمل.

من ثم فأمامنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً، وتطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس، يحق لكل منهما أن يحبس ما تحت يده حتى يستوفي ماله من حق قبل الآخر. وعليه فللمقاول الذي أتم عمله أن يتمتنع عن تسليم ما تحت يده، منقولاً كان أو عقاراً، حتى يستوفي أجراه أو القسط المستحق الوفاء منه ولا يقتصر الحبس على المادة محل العمل فقط، بل يشمل الأدوات والمهمات التي تسلمها من رب العمل، حيث إنها واجبة التسليم له، وعليه فللمقاول أن يحبس رخصة البناء ومستندات ملكية الأرض.

لما كان حق الحبس المقرر للمقاول يخضع للقواعد العامة في الحق في الحبس، ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة، فإنه يجوز أن يحبس كل العمل حتى يستوفي أي جزء باق له من الأجر ما لم يتفق على غير ذلك.

## سـ- وضح مدى حق المرتهن في استعمال الحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني؟

### مدى حق المرتهن في استعمال الحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني

#### أولاً: مدى حق المرتهن في استعمال الحق في الحبس في الفقه الإسلامي:

بموجب عقد الرهن يثبت للمرتهن الحق في إمساك المرهون حتى يقوم المدين الراهن بالوفاء في أجله، فإذا ما استوفى المرتهن حقه في حينه، كان عليه أن يسلم الراهن الشيء المرهون، لانتهاء الغرض من الرهن، ولكن قد يضطر المرتهن إلى الإنفاق على محل الرهن وهو في قبضته، فهل له إذا ما استوفى حقه المضمون بالرهن أن يحبس المرهون عن راهنه حتى يسترد ما أنفقه عليه؟

▶ نفرق في هذا الصدد بين فرضين:

**الفرض الأول:** أن تكون النفقات لازمة لأجل تبقية محل الرهن ولصلحته وهذه النفقات باتفاق الفقهاء بتحملها الراهن المدين، سواء كان محل الرهن عقاراً أو منقولاً، وسواء كان في قبضة المرتهن أم بيد عدل ارتضاه المتعاقدان. ومن أمثلة هذه النفقات: سقي البستان، وتلقيح النخل وجذاده، وكل ما يلزم للقيام بمصالحة وأجرة الراعي، وعلف الدواب ... وما شابه ذلك.

#### - استدلوا على ذلك بالسنة والمعقول:

**السنة** → فما روى عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه -أن النبي ﷺ قال: "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه".

**وجه الدلاله من الحديث** → ومحل الدلاله في هذا الحديث قوله عليه السلام "له غنمه وعليه غرمه" حيث دل على أن ما زاد في الرهن من غلة فهو للراهن، وما نقص منه فهو عليه، ولا شك أن النفقه جملة الغرم الذي يتحمله الراهن بنص الحديث، إذ من يجني المنافع يغرم النفقات.

**استدللهم من المعقول** → فمفاده: أن محل الرهن ما زال باقياً على ملك الراهن، وما كان من حقوق الملك فهي عليه، والنفقة من جملة هذه الحقوق، فتكون عليه.

**الفرض الثاني: أن تكون النفقات لأجل الحفظ** → كأجرة الحراس، وأجرة المسكن، وأجرة المخزن إن كان مخزوناً. وهذا النوع من النفقات اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

**ذهب جمهور الفقهاء - ما عدا الحنفية-** إلى أن هذه النفقات تلزم الراهن أيضاً، باعتبارها نوع إنفاق فكانت عليه كالطعام، ولأنها من جملة حقوق الملك.

**ذهب الحنفية** إلى أن أجرة المسكن والحافظ على المرتهن، إذ الأصل عندهم أن ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لأن الملك له، وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن، لأن الإمساك حق له، والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه.

**الرأي الراجح** ← ولعل الرأي الراجح في ذلك هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بإلحاقي نفقات الحفظ بما ينفق على محل الرهن لأجل تبقيته وإصلاحه، وجعلها جميعاً على الراهن، أما ما ذهب إليه الحنفية مخالف لمنطوق الحديث السابق. ومقى تبين لنا أن النفقة واجبة على الراهن. فإذا قام بها مختاراً فلا شيء للمرتهن، وإن امتنع عن ذلك، فهل يجب على المرتهن القيام بها؟ وإذا ما قام بها بالفعل، فهل من حقه أن يحبس المرهون حتى يسترد ما أنفقه عليه؟

- اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

**ذهب الحنفية** ← إلى أنه للقاضي أن يأمر المرتهن بالإإنفاق على محل الرهن، إذا ما أبى الراهن أن ينفق عليه بنفسه، فإذا ما قام الراهن بالوفاء بالدين المضمن بالرهن، فللمرتهن الامتناع عن تسليمه لراهنه وحبسه حتى يسترد ما أنفقه عليه.

**ذهب المالكية** ← إلى أنه إذا أنفق المرتهن على محل الرهن، فإنه يرجع بما أنفق على الراهن في ذمته ولو لم يأذن له الراهن بالإإنفاق، لأنه قام عنه بواجب، حتى ولو زاد مقدار النفقة على قيمة الرهن، ولا يضمن محل الرهن ما أنفقه عليه المرتهن إلا إذا صرخ له الراهن بذلك، فإذا صرخ له بذلك، كان للمرتهن من الحقوق على محل الرهن في مقابل النفقة.

**ذهب الشافعية** ← إلى أنه إذا امتنع الراهن عن الإنفاق، فلا يجبر المرتهن عليها، ولكن حفاظاً على حق المرتهن يجبر القاضي الراهن على الإنفاق على محل الرهن، وهذا أحد وجهين لأصحاب الشافعية وهو الصحيح ، والثاني: لا يجبر الراهن على النفقة على محل الرهن، وإنما يؤخذ، عن طريق القاضي بمقدار النفقة.

**ذهب الحنابلة** ← إلى أنه إذا امتنع الراهن من بذل ما وجب عليه، أجبره الحكم على ذلك، فإن لم يتمثل، أخذ الحكم من ماله وأنفق، فإن تعذر ذلك لغيبة ونحوها، أو لم يكن له مال، بيع من الرهن بقدر الحاجة إلى النفقة.

هكذا نرى أن حق المرتهن في حبس محل الرهن لاستيفاء ما أنفقه عليه لا يثور لدى فقهاء الشافعية والحنابلة، حيث لا يجبر المرتهن على الإنفاق، وإنما يجبر الراهن أو يباع الرهن.

إنما يثور هذا الحق لدى فقهاء الحنفية والمالكية، ونجد عبارة الحنفية صريحة في إعطاء هذا الحق للمرتهن، سواء صرخ له الراهن بذلك أم لا، أما فقهاء المالكية فلا يعطون له هذا الحق، إلا إذا صرخ الراهن للمرتهن بأن ما ينفقه سيكون مضموناً بالرهن أيضاً، فإذا لم يصرخ له بذلك، كان على المرتهن أن يسلمه المرهون إذا ما قام بالوفاء بالدين، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفقه في ذمته.

## ثانياً: مدى حق العرتهن في استعمال الحق في البحس في القانون المدني:

يختلف حق حبس المرهون الثابت للمرتهن بمقتضى الرهن الحيادي عن الحق في البحس الثابت للدائنين بمقتضى القواعد العامة فال الأول حق عيني، أما الثاني فهو حق شخصي.

هل يحق للدائن المرتهن، إذا ما تعذر عليه أن يستعمل حق البحس كحق تبعي، أن يلجأ إلى الحق في البحس بمقتضى القواعد العامة؟

للإجابة عن ذلك نقول: نعم يجوز للمرتهن أن يلجأ إلى الحق في البحس طبقاً للقواعد العامة في الحالات الآتية:

**الحالة الأولى:** إذا أنفق المرتهن على الشيء المرهون مصروفات نافعة، وهي التي تزيد في قيمة محل الرهن أو تحسن الانتفاع به، فهذا النوع من المصروفات لا يضمنه محل الرهن، ولا يتمتع الدائن بسببه بأفضليه أو امتياز ولا يختلف مركزه في حالة التنفيذ على محل الرهن عن مركز الدائنين العاديين، ويستوفي الدائن من هذه المصروفات قيمة ما أنفقه فعلاً، أو ما زاد في قيمة الشيء المرهون بسبب ما صرف، أي القيمتين أقل بشرط ألا يزيد ما يدفعه الراهن على المبلغ الذي صرفه الدائن.

للمرتهن في سبيل استرداد هذه النفقات أن يلجأ إلى الحق في الحبس طبقاً للقواعد العامة، المنصوص عليها في المادة ١٤٦ مدنی حيث جاء في الفقرة الثانية منها "ويكون بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له".

هذا الحكم يسري على الدائن المرتهن باعتباره حائزًا لمحل الرهن، فإذا أنفق عليه مصروفات نافعة، جاز له أن يمتنع عن رده حتى يستوفي تلك النفقات.

يعتبر هذا الحق على هذا النحو وسيلة قانونية لها أثراً في الضغط على إرادة المدين الراهن لتحمله على أداء ما هو مستحق عليه بسبب الحيازة، ومتى توافرت شروط هذا الحق كان للدائن المرتهن أن يحتاج بحقه في مواجهة الراهن، بل ذهب البعض أيضاً إلى أن من حق المرتهن الاحتجاج بهذا الحق في مواجهة الغير، حتى لو كان هذا الغير قد اكتسب حقاً عينياً على محل الرهن أياً كان تاريخ هذا الحق، باعتبار أن الإنفاق قد أفاد محل الرهن، ومن ثم استفاد منه كل من يدعي حقاً عليه.

**الحالة الثانية:** فيما يتعلق بالمصروفات الضرورية، وهي الازمة للبقاء على محل الرهن، حيث ألزم المقاول الدائن المرتهن بالقيام بها مدة الرهن، وضماناً لاسترداد المرتهن هذه النفقات، فقد قرر لها المقاول من الأفضلية، ما يوازي أفضلية أصل الحق المضمون بالرهن. كما جعلها المقاول أول ما يخصم من غلة الشيء المرهون أثناء استئجار المرتهن له.

عليه فللدائن المرتهن أن يستوفي هذه النفقات أولاً من غلة المرهون، وإذا لم تف الغلة استوفاه من ثمن بيع المرهون بنفس مرتبة الدين.

إذا كانت المصروفات الضرورية مضمونة بالرهن كما تبين، إلا أنه قد ينقضى الرهن دون أن يتمكن الدائن من استيفاء تلك النفقات.

**الحالة الثالثة:** إذا تسلم المرتهن محل الرهن، ثم حدث ما يؤدي إلى بطلان العقد لوجود خلل في أركانه أو ما يؤدي إلى فسخه لمقتضى ذلك، كما لو أخل الراهن بأحد التزاماته المترتبة على عقد الرهن، وقضى بالفعل بالبطلان، أو الفسخ، فإنه يزول التعاقد وآثاره ويتجدد الدائن من الحق العيني الذي اكتسبه على المال المرهون، وبالتالي يحرم من مزايا هذا الحق، ولكن يحق للمرتهن أن يمتنع عن رد محل الرهن حتى يقام المدين بأداء الالتزام المرتبط بوجود هذا الشيء لدى الدائن، وحتى يستفيد الدائن المرتهن من هذا الحق في حالتنا هذه ينبغي ألا يكون السبب الذي أدى إلى البطلان أو الفسخ نتيجة خطأ أو تقصير منه.

## مدى حق المستعير في استعمال حق الديس في الفقه الإسلامي والقانون المدني

### أولاً: مدى حق المستعير في استعمال حق الديس في الفقه الإسلامي:

إذا كان عقد العارية من عقود التبرع، حيث ينتفع المستعير بالشيء المعارض مجاناً، إلا انه قد يضطر إلى الإنفاق على الشيء المعارض من الإعارة نفقات لازمة لحفظه، فهل يحق له أن يمتنع عن رده ويتمسك بحق الديس حتى يسترد ما أنفقه عليه؟

#### اختلاف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

**المذهب الأول** → يرى أصحابه أن نفقة الشيء المعارض تلزم المستعير، سواء كانت العارية مطلقة أو مقيدة، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية في قول القاضي حسين من الشافعية.

**قد استدلوا على مذهبهم بالعقل ومؤداه** → أن المعير قد أسدى إلى المستعير معروفاً بتركه ينتفع بملكه دون مقابل، فكان من العدالة ألا نشدد على المعير ونلزمه بالنفقة، وإنما تلزم المستعير بها خاصة أن الشيء المعارض محبوس لأجله، فكان عليه نفقته، إذ الغنم بالغرم، فمن يغنم المنافع، يغرم النفقات.

**المذهب الثاني** → ويرى أصحابه أن نفقة الشيء المعارض تكون على المعير، ذهب إلى ذلك المالكية في قول الشافعية والحنابلة.

قد استدلوا على مذهبهم بالعقل من وجهين:

**الوجه الأول** → أن النفقة تتبع ملك الرقبة، لأنها من حقوق الملك، والعين المعاشرة ملك المعير فلزمته نفقتها، لأن فائدتها راجعة إليها.

**الوجه الثاني** → لو ألزمنا المستعير بالنفقة، لخرجت العارية عن معناها لتصبح أقرب شبهاً بالإجارة، وتكون النفقة من قبل الأجرة، وقد تزيد النفقة عن الأجرة فيما لو أجراها المستعير، فتخرج بذلك عن المعروف إلى الإجارة.

**المناقشة والرجح** ← والذي يترجح لدى أن نفقة الشيء المعاشر تلزم المستعير زمن الإعارة كما هو مذهب الحنفية ومن وافقهم، لأنه هو المستفيد الأول من وراء هذه النفقات، إذ العين في يده، وهب أنه لم ينفق عليها، فلا شك أنه لن يستطيع أن ينتفع بها على الوجه المطلوب، فكما أنه أول المستفیدین من الإنفاق عليهما، فهو كذلك أول المضارين من عدم الإنفاق.

بالإضافة إلى ذلك فإن المعير متفضل عليه بالانتفاع، حيث لا يجيء من وراء هذا الانتفاع فائدة، سوى ابتغاء الثواب من الله، ولو ألزمناه بالنفقة لأحجم عن العارية ولفضل أن يؤجر العين حتى يستفيد بالمقابل في الإنفاق وفي قضاء حوائجه.

بعد أن استعرضنا مذاهب الفقهاء فيمن تجب عليه نفقة الشيء المعاشر، ورجحنا مذهب الحنفية ومن وافقهم، فإن حق المستعير في حبس الشيء المعاشر، لا يثور لدى القائلين بوجوب النفقة على الشيء المعاشر حتى يسترد ما أنفقه عليه؟

## الواقع أن أحداً من الفقهاء لم يطرح بجواز إعطاء هذا الحق للمستعير، ولكن لها كذا أمام التزامين متقابلين:

**الالتزام الأول**: التزام المستعير برد الشيء المعاشر،

**الالتزام الثاني**: التزام المعير برد النفقات على القول بوجوبها عليه، لذا فقد أثرت بحث هذه النقطة، لنعرف موقف الفقه الإسلامي منها، والذي أراه أنه لا يحق للمستعير حبس الشيء المعاشر حتى يسترد ما أنفقه عليه لما يلي:

١- أن المعير صاحب فضل ومنة على المستعير، فليس من العدل أن نكافئه على ذلك بحبس ملكه عنه ومنعه من الوصول إليه، حتى نسترد شيئاً، هو في الواقع قد أفاد المستعير أولاً قبل إفادته للمعير، ولا شك أن هذا إجحاف به، ومكافأة له ما كان يتمنى أن يتمنى، إذ هو محسن، وقال تعالى: ﴿هُنَّ جَزَاءُ الْإِحْسَانَ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾.

٢- لو علم المعير أن ملكه سيحبس عنه حين طلبه حتى يدفع ما أنفقه عليه المستعير، لغل الناس أيديهم عن العارية، ولما أقدموا عليها، ولخسر الناس وسيلة مهمة من وسائل تحقيق التكافل بين أفراد المجتمع التي أقرها الشريعة الحنيفة بجانب الزكاة والصدقات.

## ثانياً: مدى حق المستعير في استعمال حق الحبس في القانون المدني:

يؤكد عقد العارية التزامات متبادلة في ذمة المتعاقدين، تختلف في مداها، نظراً لكون العارية حالياً عن العوض، حيث يلتزم المعير بأن يسلم الشيء المعاشر للمستعير بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية، دون أن يلتزم بتمكينه من الانتفاع، ويلتزم المستعير بأن يرد الشيء المعاشر عند انتهاء مدة العارية.

في أثناء مدة العارية قد ينشأ للمستعير حق في ذمة المعير، كما إذا اضطر إلى الإنفاق على الشيء المعاشر، أو نشأ له حق في التعويض بسببه.

**تنص المادة ٦٣٧ مدني على ما يلي:**

١- إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصاريف.

٢- المصاريف النافعة فيتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصاريف التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سيء النية.

**الفصل السادس**

**تنص المادة ٦٣٨ مدني على ما يلي:**

- لا ضمان على المعيير في استحقاق الشيء المumar، إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو أن يكون المعيير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.
  - لا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب، أو إذا ضمن سلامة الشيء فيه، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك.
- إذا ثبت حق للمستعير طبقاً لهاتين المادتين، فنكون أمام التزامين متقابلين، ومرتبطين بعضهما مصدرهما عقد العارية، الالتزام الأول: الالتزام المستعير برد العارية عند انتهاء المدة، والالتزام الثاني "الالتزام المعيير برد النفقات أو ما يستحق من تعويضات طبقاً للنص السابق.**
- تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس يجوز للمستعير أن يحبس الشيء المumar حتى يستوفي ما هو مستحق له في ذمة المعيير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية أو الاستحقاق.**

## **مدى حق الملتقط في حبس الشيء الملتقط**

- يعد الملتقط حائزاً عرضياً بمقتضى إذن الشرع.**
- ينشأ حق الملتقط في الحبس إذا هو أنفق على الشيء الملتقط نفقات ضرورية لازمة لحفظه فهل يحق له في هذه الحالة أن يمسك الشيء الملتقط حتى يسترد ما أنفقه من مالكه؟**
- اللهم للفقهاء في الإجابة على هذا السؤال مذهبان:**

**المذهب الأول: يرى أصحابه أنه يحق للملتقط أن يحبس اللقطة عن مالكها حتى يسترد ما أنفقه عليها، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية.**

**واستدلوا على ذلك بما يلي:**

- **القياس على البيع** ← كما يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض ثمنه من المشتري، فكذلك يجوز للملتقط أن يحبس اللقطة حتى يسترد ما أنفقه عليها من صاحبها. ووجه القياس: أن الملتقط بإنفاقه على اللقطة يكون قد أحياها هذا المال لصاحبها بعد أن يئس من عودته، فإذا دفع المالك قدر النفقة فكانه استعاد الملك من الملتقط فأشبها البائع والمشتري.
- **أن هذه النفقة تعد ديناً وجب بسبب هذا المال لصاحبه** ← فكان لها تعلق به فصارت كجعل الآبق.

**المذهب الثاني: ويرى أصحابه أنه لا يحق للملتقط أن يحبس اللقطة عن صاحبها ليسترده ما أنفقه عليها.**

**قد ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة في رواية.** ووجه هذا المذهب أن الملتقط لا يحق له أن ينفق على الشيء الملتقط، وإذا احتاج إلى نفقة ضرورية لحفظه كان عليه أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليفرض له نفقة.

**قد احتج أصحاب هذا المذهب بأن الملتقط أنفق على مال غيره بغير إذنه، فلم يجز له الرجوع عليه، كما لو بني داره، وإذا انتفى حقه في الرجوع، فمن باب أولى ينتفي حقه في الحبس، لأنه مترب علىه.**

**الرأي الراجح** ← الذي أميل إليه هو التفرقة بين ما إذا كان الملتقط قد استفاد بالشيء أثناء وجوده في يده، أم لا، فإذا كان قد استفاد منه فليس له الحق في التمسك بالحبس، إلا إذا كان القدر الذي أنفقه على الشيء الملتقط أكثر مما انتفع به، فله أن يطالب بالفارق، وله الحبس حتى يحصل عليه.

**إذا لم يستفد باللقطة مطلقاً، فمن حقه أن يطالب صاحبها بما أنفقه عليها، وله الحق في الحبس حتى يأخذ حقه، لما في ذلك من التشجيع على أحد اللقطة.**

**بعد بيان الرأي الراجح، يتبيّن لنا أن حق الملتقط في الحبس، قد نشأ عن واقعة مادية، هي واقعة الالتقاط، دون أن يكون هناك اتفاق في هذا الشأن، وقد نتّج عن هذه الواقعة التزامان متقابلان ومرتبطان بعضهما، الأول: الالتزام الملتقط بالرد، والثاني: الالتزام المالك برد ما أنفقه الملتقط من نفقات ضرورية للحفظ.**

يقابل هذه الحالة في القانون ما نصت عليه المادة ٢٤٦ مدني في فقرتها الثانية بقولها ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له.

## **مدى حق المودع لديه في استعمال حق الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني**

### **أولاً: مدى حق المودع لديه في استعمال حق الحبس في الفقه الإسلامي:**

يلتزم المودع لديه بمقتضى عقد الوديعة بالمحافظة على الشيء المودع ورده إلى صاحبه حين طلبه، والأصل في المودع لديه أن يكون متبرعاً بالحفظ، فلا يلزمه أن ينفق من ماله الخاص في سبيل المحافظة على الشيء المودع. ومن ثم مما تحتاج إليه الوديعة من مسكن أو نفقة فيقع على عاتق صاحبها. فإذا أنفق عليها المودع لديه دون إذن من صاحبها أو إذن القاضي، كان متطوعاً بهذا الإنفاق ولا يرجع على صاحبها بشيء. أما إذا كان الإنفاق مستنداً إلى إذن فإنه بذلك يعد ديناً في ذمة صاحبها، وكذلك الأمر إذا دعت ضرورة إلى الإنفاق على الوديعة وتعدر الحصول على الإذن، وكان في انتظاره ما يعرضها للتلف أو الهلاك، ففي هذه الحالة يجوز الإنفاق عليها دون حاجة إلى الإذن مع الرجوع على صاحبها أيضاً.

إذا كان الفقهاء قد نصوا على حق المودع لديه في الرجوع على المودع بما أنفق، وفي الوقت نفسه ألزموه برد الوديعة حين طلبها، فهل يحق له أن يحبس الوديعة ويمتنع عن رده حتى يستوفي ما يستحقه بسببها؟

لم يصرح الفقهاء بإعطاء هذا الحق للمودع لديه. وقد اجتهد بعض الباحثين في الإجابة على هذا التساؤل، ورأوا - ونحن معهم - أنه لا مانع من إعطاء هذا الحق للمودع لديه قياساً على حق البائع في حبس ما تحت يده حتى ينفذ الآخر.

### **ثانياً: مدى حق المودع لديه في استعمال حق الحبس في القانون المدني:**

تعتبر الوديعة بحسب الأصل عقداً ملزماً لجانب واحد، وهو المودع لديه، بيد أنه في بعض الأحيان ينشأ العقد ذاته، التزامات في ذمة المودع، وذلك في الحالات الآتية:

- ١- إذا كانت الوديعة بأجر.
- ٢- إذا أنفق المودع لديه مصروفات ضرورية أو نافعة في سبيل حفظ الوديعة وصيانتها.
- ٣- إذا لحق المودع لديه خسارة بسبب الوديعة.

في هذه الحالات ينشأ التزامات متبادلة مصدرها عقد الوديعة وتحقق الارتباط بينها، وإذا كان يجب على المودع لديه أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه. فيجوز تطبيقاً للحق في الحبس، دون حاجة إلى النص. أن يمتنع عن تنفيذ هذا الالتزام ويحبس الشيء المودع، حتى يأخذ أجره، أو يسترد المصروفات التي أنفقها، أو يتراضي التعويض بحسب الأحوال.

في هذه الحالة يخرج عقد الوديعة عن أصله ليصبح عقداً ملزماً للجانبين هذا ويقترب من مركز المودع لديه مركز الحراس وهذا ما أكدته المادة "٧٣٣" مدني بقولها "يحدد الإتفاق أو الحكم للقاضي بالحراسة ما على الحراس من التزامات وما له من حقوق وسلطة وإلا فنطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع الأحكام الآتية".

إذا كان الأمر كذلك فيلتزم الحراس بتسلم الشيء محل الحراسة وبالمحافظة عليه وبالمبادرة بردده عند إنتهاء الحراسة إلى من يختاره ذوي الشأن أو من يعينه القاضي وفي مقابل ذلك له أن يتراضي أجره المتفق عليه وأن يسترد ما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة في حفظ المال.

تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس يجوز للحراس أن يحبس الشيء المعهود إليه بحراسته حتى يستوفي ما له من حقوق دون حاجة إلى نص خاص .

## مدى حق الوكيل في اسقاط حبس السلعة في الفقه الإسلامي

تعرض الفقهاء لهذه الجزئية في معرض الحديث عن التوكيل بالشراء، فإذا وكل شخص آخر في شراء سلعة معينة ولم ينقد له ثمنها، وقام الوكيل بشراء هذه السلعة ودفع ثمنها من ماله الخاص فهل يجوز له أن يحبس هذه السلعة ويمنع عن تسليمها للموكيل حتى يقبض ثمنها منه؟  
للفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل مذهبان:

**المذهب الأول:** يرى أصحابه أن الوكيل أن يحبس السلعة التي اشتراها بإذن الموكيل حتى يقبض ثمنها منه، ذهب

إلى ذلك جمهور الحنفية والشافعية في وجه.

قد استدلوا على ذلك بالعقل من وجوهين:

**الوجه الأول** ← أن هناك مبادلة حكمية قد جرت بين الموكيل والوكيل، ومن ثم تكون أمام عقدي بيع، الوكيل طرف مشترك فيهما، فهو في العقد الأول مشتر، وفي الثاني، بائع، وإذا ثبت ذلك صار الوكيل كالبائع، والموكيل كالمشتري، وكان للوكل ضمانات البائع، وأفهمها حبس السلعة حتى يقبض ثمنها.

**الوجه الثاني** ← ولأن توكيله إياه مع علمه بأن الحقوق ترجع إليه إذن منه بدفع الثمن عنه من ماله، فصار كما لو أذن له صريحاً، فيرجع عليه ويثبت حقه في حبس المبيع حتى يدفع إليه، لأنه في منزلة البائع. ونظراً لأن الوكيل في منزلة البائع، فقد أعطوا له هذا الحق، سواء قام بدفع الثمن بالفعل أم لا، لأن ثبوت هذا الحق ليس لنقدة الثمن، بل لأجل أنه بائع للموكيل حكماً.

**المذهب الثاني:** يرى أصحابه أنه لا يحق للوكل أن يحبس السلعة الموكل بشرائها حتى يقبض ثمنها من الموكيل، ذهب إلى ذلك الإمام زفر من الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة، وقد استدلوا على ذلك بالعقل من ثلاثة وجوه:

**الوجه الأول** ← أن قبض الوكيل قبض للموكيل، لأنه نائب عنه، فتقوم يده مقام يده، بدليل أن هلاك المبيع في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكيل، ومن ثم يسقط حقه في حبسه، ولو وقع في يد الموكيلحقيقة لا يكون للوكليل حق الحبس، فكذا إذا وقع في يده حكماً. وإذا كان الأمر كذلك، كان المبيع بيد **الوكليل** أمانة وليس للأمين أن يحبس الأمانة عن صاحبها بعد طلبه إياها، لقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا» فإذا حبسها كان متعدياً، وصار كالغاصب.

**قد نوّقش هذا الدليل بما يلي** ← لا نسلم لكم أن قبض الوكيل قبض للموكيل، بل إن هذا القبض موقوف، لأنه يحتمل أن يكون لتميم مقصود الموكيل، ويحتمل أن يكون لإحياء حق الوكيل، فإذا حبس المبيع تبين أن القبض لإحياء حق الوكيل، فلم يكن الموكيل قابضاً حكماً، ولا يسقط حق الوكيل للضرورة.

فضلاً عن ذلك فإن هذا القبض لا يمكن التحرر عنه، بمعنى أن دخول المبيع في يد الوكيل على وجه لا يكون له ولاية الحبس، لا يمكن التحرر عنه، وما لا يمكن التحرر عنه فهو عفو فلا يسقط حقه في الحبس، لأن حقه في الحبس لا يسقط إلا إذا رضي بالتسليم، وإذا كان القبض لا يمكن التحرر عنه، فلا يتحقق فيه الرضا، وإذا كان الأمر كذلك، فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس، لأن في سقوطه ضرر عليه.

**الوجه الثاني** ← أن حقوق العقد تتصل بالموكيل وليس بالوكيل، فإذا تم البيع انتقلت ملكية المبيع إلى الموكيل مباشرة، وصار الوكيل كالسفير في العلاقة بين الموكيل والبائع، ويكون الموكيل مشترياً، والمتصرف معه الوكيل بائعاً. ومن ثم فآثار العقد تتصل بهما دون الوكيل. وعليه فلا يحق له أن يحبس السلعة عن الموكيل.

**الوجه الثالث** ← أن الموكيل بإذنه للوكليل بالشراء دون أن ينقد له الثمن، فكأنه افترض الثمن منه دون أن يقدم له رهناً بهذا الثمن. ومن ثم فليس له الحق في حبس السلعة لاستيفاء ثمنها. أما إذا أذن الموكيل للوكليل بدفع الثمن من ماله، وحبس السلعة حتى يوفيه بهذا الثمن، فإن الحبس في هذه الحالة يكون بمقتضى الإذن، لا بمقتضى حق الحبس، وتكون السلعة عنده رهناً.

الترجح ← وبعد عرض مذاهب الفقهاء، فالذي يترجح لدى هو القول بإعطاء هذا الحق له كما هو مذهب جمهور الحنفية ومن واقفهم، باعتباره وسيلة من وسائل ضمان الحقوق، دون حاجة إلى افتراض أن بيعا حكماً قد تم بين الموكل والوكيل، بمقتضاه يصير الأول مشترياً والثاني بائعاً، لما يترتب على هذا الافتراض من إهانة لبعض شروط التمسك بهذا الحق، حيث إنه يشترط باتفاق الفقهاء أن يكون الالتزام المقابل والذي يحبس في مقابلته مستحق الأداء وقت التمسك بهذا الحق، في حين يرى أنصار هذا المذهب ثبوت حق الوكيل في الحبس حتى وإن كان الثمن مؤجلاً، لم يدفعه الوكيل بعد.

## امتحانات الأعوام السابقة

دور مايو (٢٠١٦)

دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤالين الآتيين:  
السؤال الأول :

اكتب بالتفصيل في مفهوم الحيازة العرضية وسندتها وخصائصها في القانون المدني والفقه الإسلامي مع الموازنة بينهما .

السؤال الثاني :

اشرح بالتفصيل حق الحائز العرضي في حبس ما بيده مبيناً ماهية الحق في الحبس وفكرته ومقوماته الأساسية وشروطه مع تطبيقه على عقد الاجارة .

دور مايو (٢٠١٧)

دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤال الآتي:

- اكتب في سند الحيازة العرضية في الفقه الإسلامي ؟
- بين مدى حق الاجير في استعمال الحق في الحبس في الفقه الإسلامي ؟

دور مايو (٢٠٢١)

دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤال الآتي:

- اكتب في سند الحيازة العرضية في الفقه الإسلامي ؟
- بين مدى حق الاجير في استعمال الحق في الحبس في الفقه الإسلامي ؟

دور مايو (٢٠٢٢)

## دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤالين الآتيين

### السؤال الأول

اكتب في سند الحيازة العرضية في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني في ضوء مادرست

### السؤال الثاني:

من ضمانات الحائز العرضي استعمال الحق في ال羶س وضح المقصود بهذا الحق واساسه الشرعي والقانوني، ومدى حق الدائن المرتهن في استعمال هذا الحق في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

دور مايو (٢٠٢٣)

## دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤالين الآتيين

### السؤال الأول

من شروط الحق في ال羶س وجود التزامين متقابلين اشرح هذا الشرط بالتفصيل في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني

### السؤال الثاني:

بين مدى حق الدائن المرتهن في استعمال الحق في ال羶س في فقد الإسلامي والقانون المدني ثم بين متى تتحول الحيازة العرضية إلى حيازة دائمة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني

دور مايو (٢٠٢٤)

## دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤالين الآتيين

### السؤال الأول

اكتب في خصائص الحيازة العرضية في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني

### السؤال الثاني:

متى يثبت للدائن المرتهن استعمال الحق في ال羶س في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني