

نبذه عن صاحب البحث

الاسم : محمود أحمد فتحى ناصف

تاريخ الميلاد : ١٩٤٤/١٢/٢٧

**المؤهلات العلمية : -**

١ - الاجازة العالية ( الليسانس ) الشريعة والقانون  
سنة ١٩٧٣ شريعة القاهرة .

٢ - ماجستير معهد البحوث والدراسات العربية  
التابع لجامعة الدول العربية سنة ١٩٧٥ .

٣ - درجة التخصص ( الماجستير ) فى الفقه المقارن  
سنة ١٩٧٥ القتل العمد بين الشريعة والقانون مع بيان  
حكم نقل الأعضاء .

٤ - العالمية ( الدكتوراه ) فى القانون التجارى سنة  
١٩٨٥ - القواعد العامة للتاجر من خلال الشريعة الاسلامية  
والقانون الوضعى .

**مؤلفات وأبحاث منشورة : -**

١ - موقف الشريعة الاسلامية من أوراق المجاملة  
( مجلة مركز كامل صالح للتجارة الاسلامية ) .

٢ - مسئولية الربان عن التلوث البحرى بين الشريعة  
والقانون ( مجلة الحماماه عدد شهر ديسمبر سنة ١٩٨٨ ) .

٣ - النشاط التبشيري فى الاسلام ( مؤتمر الدعوة  
الاسلامية سنة ١٩٨٨ ) .

[The page contains extremely faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the document. The text is too light to transcribe accurately.]

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### قواعد الصرف : بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

#### تمهيد /

الحمد لله على الدوام والشكر على الفضل والانععام ،  
والصلاة والسلام على محمد سيد الأنام ، وأشهد أن  
لا اله الا الله الواحد الأحد ، الفرد الصمد ، أحل لنا الحلال  
برحمته ، وحرّم علينا الحرام بكامل حكمته فقال جل وعلا :

« يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا » (١)  
وقال أيضا سبحانه وتعالى :

« ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » (٢) .

وأشهد أن سيدنا ومولانا محمدا عبد الله ورسوله ، بلغ  
الرسالة ، وأدى الأمانة ، وأرشد الأمة الى مثل المعاملات ،  
التي تسير عليها بارشاده اياها الى اكتساب المال ، مما  
لا خطر فيه ، ولا ضرر منه ، ولا يكون الشيء مالا ، الا اذا  
توافرت فيه الحياة ، مع امكان الانتفاع به على وجه معتاد ،  
وذلك لأن استخلاف الله تعالى للانسان فى هذه الأرض وفى  
هذا المال ، انما الى أجل محدود .

وقد استوجب هذا قيام الدراسات الشرعية ، مع مقارنتها  
بالتشريعات الوضعية لظهار ما تحتويه هذه الشريعة

١ - سورة البقرة آية رقم ١٦٨ .

٢ - سورة البقرة آية رقم ٢١٧ .

الغراء ، مما يغنى هذا المجتمع المسلم عن النقل والاستيراد لأشياء لا تتلاءم مع مجتمع دينه الرسمي الاسلام ، وهذا كى نرد على الذين يزعمون عجز الشريعة الاسلامية عن ملاحقة العصر ، ونقول لهم : عليكم أن تجربوا ما تحتويه الشريعة الاسلامية من نصوص ، وقواعد عامة يمكن بها ملاحقة كافة العصور ، مع صلاحيتها للتطبيق على كافة المجتمعات ، مهما اختلفت طبائعها فضلا عن تميزها على كافة النظم البشرية ، وذلك لسبب أنها ليست من نتاج عقول قاصرة ، الأفهام عاجزة محدودة ، بل هى من شرع الله خالق العقول والافهام ، وقد قال عز وجل فى محكم آياته .

• « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » (٣) .

• وقد وقع اختيارى على موضوع

« قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية والقانون »

مبينا أوجه الاختلاف ، وأوجه الاتفاق ، وذلك لأهمية الموضوع فى كل من الشريعة والقانون .

## ١ - القاعدة وتعريفها :

ان القاعدة - لغة - قد أخذت من ( قعد ) من باب ( دخل ) ، والقاعدة من النساء التى قعدت عن الولد ، والحيض ، والجمع : القواعد ، وقواعد البيت أساسه (٤)

٣ - سورة الأنعام آية رقم ٢٨ .

- وقد قال المولى عز وجل : « ولا ينبئك مثل خبير » سورة قاطر

آية رقم ١٤ .

- وقال كذلك : « ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » .

- سورة المائدة آية رقم ٥٠ .

٤ - الرازى - مختار الصحاح - المطبعة الاميرية سنة ١٣٥٥ هـ -

سنة ١٩٢٧م - ص ٥٤٤ .



ويعنى بقواعد الصرف - أسس الصرف ، ويراد القواعد الأصول ، التي يرجع إليها عند الاختلاف .

أما تعريف القواعد فى الاصطلاح ، فهو عبارة عن الأمر الكلى المنطبق على جزئيات ، كما أن القاعدة الفقهية موضوعها فعل المكلف ، ومحمولها حكم شرعى ، حيث أن الاحكام الفقهية تحمى المقاصد العامة للشريعة ، التي تثبت من خلال مصادر التشريع .

### ٢ - قواعد عقد الصرف من خلال الكتب الفقهية :

لقد ورد فى كتب الفقه الاسلامى ، وعلى الأخص كتب المذهب الحنفى عن عقد الصرف ، أولته كثيرا من العناية ، مبينة بعض الصكوك ، التي كانت تستعمل لتلافى خطر نقل النقود من بلد الى آخر ، واطلقوا على ذلك اسم ( السفاتج ) ( ٥ ) وقد أسهب الفقهاء فى شرح حوالة الحق ، مما يعنى النضوج الفقهى المتميز ، الذى لم تبلغه أى من التشريعات الغربية .

وقد استفادت هذه التشريعات - أيما استفادة مما كتبه الفقهاء المسلمون فى هذا الصدد ، ومن هذا - أستطيع أن ابين مدى سماحة الاسلام ، ويسره فى اماكن اخضاع المستحقات الجديدة والمتجددة للمفاهيم الاسلامية الصحيحة ، بقصد تحقيق الترابط بين الدين والدنيا .

### ٣ - التعريف بالمصرف :

والصرف - لغة - هو الزيادة ، يقول أبو عبيدة / صرف الحديد تزينه بالزيادة فيه ( ٦ ) .

- 
- ٥ - الزيلعى - تبين الحقائق - شرح كنز الدقائق - ص ١٧٥  
٦ - الرازى - مختار الصحاح - المرجع السابق / ص ٣٦٢ .  
- وقد قال الخليل : ومنه سميت العبادة النافله صرفا .  
- المرغينانى - الهداية شرح البدايه - الجزء الثالث - ص ٨١ .

وفى الاصطلاح هو البيع ، اذا كان كل من عوضيه من جنس الأثمان (٧) ، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٢١ بقولها .

### « الصرف بيع النقد بالنقد »

ومن خلال هذين التعريفين يتضح أن الشريعة الاسلامية قد اشترطت فى عقد الصرف أن يكون فى الأثمان (٨) - مثل الذهب والفضة والتماثل فيهما .

٧ - المرغينانى - الهدايه - المرجع السابق ص ٨١ .

- داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر المجلد الثانى ص ١١٦ .

- وعرفه صاحب درر الاحكام شرح غرر الاحكام ( بأن بيع الثمن فان تجانسا لزم التساوى والتقابض قبل الافتراق ) - مثلا خسرو - الجزء الثانى - ص ٢٠٣ .

٨ - هنا خلاف بين الأحناف والشافعية مثاره : هل علة التحريم هو القدر والجنس مثل الذهب بالذهب والفضة بالفضه ، أى - أوزنوا الذهب بالذهب ، والفضه بالفضه .

السرخسى - المبسوط - الجزء الثانى عشر - ص ١١٦ و ١٢٠ .

- أما الشافعية - فالعلة عندهم ، فقد اشترطوا لكى يتم الصرف فى الذهب والفضه - الجنسية ، والتمنية ، حيث ان التمنية فيها حياة للموال أما المعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر فى الذهب والفضه لا يكون الا فى التمنية ، لانهما خلقا لذلك ، ومن خلال هذين الرايين يتضح صحة رأى - الشافعية ، حيث ان الاعتبار الذى وقف عنده اعتبار اجتماعى اقتصادى ، يصل الى لب الموضوع - بخلاف رأى الأحناف ، لعدم المناسبة مع العصر .

## خطة البحث :

### الفصل الاول

#### مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

#### البحث الأول : بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الإسلامية .

- ١ - تمهيد .
- ٢ - القرآن الكريم .
- ٣ - السنة النبوية .
- ٤ - الاجماع .
- ٥ - وجوب القبض .

#### البحث الثاني :

#### اركان عقد الصرف والصرف اليدوى :

- ١ - تمهيد .
- ٢ - صيغة العقد بين الماضى والحال والمستقبل .
- ٣ - الايجاب والقبول .
- ٤ - الصرف اليدوى .

#### البحث الثالث :

#### لمحة عن أسس قانون الصرف

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الورقة التجارية ونشأتها .
- ٣ - تعريف عقد الصرف .
- ٤ - أنواع عقد الصرف .

## الفصل الثانى :

### الأساس الفقهى والقانونى للالتزام المصرفى

المبحث الأول :

#### تعريف الحوالة وأدلة مشروعيتها

- ١ - تعريف الحوالة - لغة .
- ٢ - تعريف فى الاصطلاح .
- ٣ - مشروعية الحوالة .
- ٤ - أركان الحوالة .
- ٥ - أنواع الحوالة .

المبحث الثانى :

#### وجه الشبه بين الحوالة والكمبيالة

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الكتابة فى الكمبيالة والحوالة .

المبحث الثالث :

#### الأساس القانونى لقواعد الصرف

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الفرق بين نوعى الالتزام .
- ٣ - الشكلية .
- ٤ - استقلال التوقيعات فى الورقة .
- ٥ - قهر المدين .
- ٦ - حق الحامل .
- ٧ - التوازن فى الحقوق .
- ٨ - التقادم المصرفى .
- ٩ - موقف الشريعة من التقادم .

الخاتمة

## الفصل الاول

### مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

#### تمهيد

قد أقرت الشريعة الاسلامية عقد الصرف بشروط معينة ، أوضحتها ، وبينتها النصوص ، وكذلك أيضا - فان المشرع الوضعى قد عنى بقواعد الصرف ، ووضع لها نصوصا نوضحها فيما يلى .

وقد قسمت هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

- الأول : فى بيان مشروعية عقد الصرف .
- الثانى : فى أركانه وحكم الصرف اليدوى .
- الثالث : فى النصوص القانونية وموقفها من الصرف .

المبحث الأول :

#### بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الاسلامية

##### ١ - تمهيد :

لقد أجاز المشرع عقد الصرف ، مبينا حل هذا العقد من خلال نصوص القرآن الكريم ، والسنة النبوية المشرفة ، واقرار رسول الله ﷺ تعامل الصحابة به ، مع اجماع الأمة على حله .

واليك بيان ذلك :

##### ٢ - القرآن الكريم :

يقول المولى عز وجل :

« الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع

مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ٠٠٠ » (١) ٠

ويؤخذ من هذه الآية الكريمة أنه قصد بيع مطعوم بمطعوم أو نقدا بنقد الى أجل ، أو فى العوض ، بأن يباع أحدهما بأكثر منه (٢) ٠

ولما كان عقد الصرف فيه معنى بيع النقد بالنقد ، فاذا بيع أحدهما بأكثر منه ، أعتبر هذا دخلا فى نطاق الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ، وذلك لأن الذين يخرجون عن تعاليم المولى عز وجل ، ويصررون على أكل الربا - لا يقومون الا كما يقوم ، الذى يتخبطه الشيطان من المس ، وذلك لأنهم أحلوا الربا ، ومن فعل ذلك يدخل فى نطاق قول الله سبحانه وتعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلکم رؤس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون » (٣) ٠

ومن خلال هذه الآية الكريمة - نجد أن من يستمر فى حل الربا ٠ ويفعله ، فلياذن بحرب من الله ورسوله ، وحكم المرابى أنه يقاتل بعد الاستتابة (٤) ٠

ومن خلال عرض هذه الآيات الكريمت ، نجد أن عقد الصرف وهو بيع النقد بالنقد ، اذا خلا من المفاضلة ، أصبح جائزا شرعا ٠

١ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ ٠

٢ - البيضاوى - تفسير أنوار التنزيل وأسرار التأويل - المجلد

الاول - ص ١٨٥ ٠

٣ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٨ و٢٧٩ ٠

٤ - البيضاوى - تفسيره - المجلد الاول - ص ١٨٦ ٠

### ٣ - السنة النبوية :

ما روى عن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ :

« لا تبيعوا الذهب بالذهب ، الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق ، الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » متفق عليه (٥) .

ويؤيد هذا الحديث ما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« الذهب بالذهب وزنا بوزن (٦) ، والفضة بالفضة ، وزنا بوزن مثلا بمثل ، فمن زاد أو استزاد فهو ربا » (٧) .

٥ - الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٠  
٦ - وفى لفظ : لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق الا وزنا بوزن مثلا بمثل سواء بسواء - رواه أحمد ومسلم .

- وورد فى موطأ مالك ما أوثر عن مالك عن أبي شهاب عن مالك بن الأوس الحدثان النمرى ، أنه التمس صرفا بمائة دينار قال : قد عانى طلحة بن عبيد الله فترواضا حتى اصطرف منى وأخذ يقلبها فى يده ، ثم قال : حتى يأتينى خازنى من الغاية ، وعمر بن الخطاب يسمع فقال : والله لا تفارق حتى تأخذ منه .

٧ - مالك السيوطى - تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك الجزء الثانى - ص ١٢٧ - أما كلمة لا تشفوا معناها بضم أوله ، وكسر الشين المعجمة ، وتشديد الفاء رباعى من أشف - والشف بالكسر الزيادة ، ويطلق على النقص ، وقصد به هنا : لا تفضلوا - الشوكاني - المرجع السابق - ص ١٩١ .

١ - الصنعانى - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٨ .  
٢ - نصبت كلمة ( وزنا ) على الحال - أى حالة كون الذهب بالذهب وزنا بوزن ، فهنا كلمة ( وزنا ) حال .

( م ٢ - قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية )

يؤخذ من هذين الحديثين أن بيع الذهب بالذهب (٨) والفضة بالفضة ، لا يجوز الا مثلا بمثل ، وان اختلفا في الجودة ويقول الشوكاني : يدخل في الذهب جميع أنواعه من مضروب ومنقوش ، وجيد وردى ، وصحيح ، ومكسر ، وحلى وتبره ، ومغشوش (٩) .

ما روى عن رسول الله ﷺ :

« الذهب بالورق .. الى .. الاهاء وهاء .. » (١٠) .

#### ٤ - الاجماع :

فقد أورد الشوكاني نقلا عن النووي ، وغيره : الاجماع على ذلك (١١) أى وجوب أن يكون الذهب بالذهب مثلا

- 
- (٨) مسلم - فى صحيحه - الجزء الثالث - ص ١٢١٢ .
  - - الصناعى - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٩ .
  - (٩) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .
  - - ذهب الصناعى الى قوله « ان لفظ الذهب عام لجميع ما يطلق عليه من مضروب وغيره » .
  - - فى سبل السلام - ج ٣ - ص ٤٨ .
  - - والتبر ما كان من الذهب غير مضروب ، فاذا ضرب دنانير فهو عين ، ولا يقال الا للذهب ، وبعضهم يقول للفضة ، أيضا .
  - - أنظر الرازى - مختار الصحاح - المرجع السابق - ص ٧٤ .
  - (١٠) مالك فى موطنه .. كتاب تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك ، - طبعة الحلبي - الجزء الثانى ص ١٢٧ و١٢٨ .
  - - ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : قال رسول ﷺ « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء » قال مالك : « اذا اصطرف رجل الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا » .
  - - أما كلمة هاء وهاء ففيه لغتان : المد والقصر ، ويقول النووي والمد أفصح وأشهر ، وقد نقل عن السيرافى : كأنهم جعلوها صوتا كصه ومه وغير ذلك من الألفاظ الدالة على الاصوات .
  - (١١) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .



بمثل وليس متفاضلا ، وبهذا تكون الأمة قد أجمعت من لدن رسول الله ﷺ على مشروعية عقد الصرف وذلك بوجوب بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والورق بالورق مثلا بمثل ، ومن زاد أو استزاد فأنفضل ربا .

### - وجوب القبض :

وقد أوجب الفقهاء لصحة عقد الصرف أن يتم القبض في المجلس ولا يجوز أن يتراخى قبض أحد البديلين قبل الافتراق (١٢) ، وهذا وفقا لما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه « والله لا تفارق حتى تأخذ منه » (١٣) .

فقد روى عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

« الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا الا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء (١٤) متفق عليه (١٥) .

---

(١٢) المرغيناني - الهداية بشرح الداية - ج ٢ - ص ٨١ .  
- داماد أفندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر - المجلد الثاني ص ١١٦ .

- وقد أورد الصنعاني - أنه ذهب كثرة من العلماء والصحابة والتابعين والعترة والفقهاء فقالوا : يحرم التفاضل فيما ذكر غائبا كان أو حاضرا - انظر الصنعاني - سبيل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٨ .

(١٣) مالك في موطنه - تنوير الحوالك - ج ٢ - ص ١٣٧ .  
(١٤) وقول النووي : هاء وهاء فيه لغتان : المد والقصر والمد أفصح - ومعناه : خذ هذا - يقول صاحبه مثله ( ومعنى هاء وهاء - يدا بيد ) - النووي في شرحه على صحيح مسلم - ج ٢ ص ١٢٨ .  
- السيوطي - في شرح تنوير الحوالك ج ٢ - ص ١٢٨ .  
(١٥) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٢ .

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « وان استنظر الى  
أن يبلغ بيته فلاتنتظره » (١٦) .

ويؤيد هذا ما أورده صاحب مجمع الأنهر بقوله ( وشرط  
فيه ) أى فى الصرف ، أى شرط بقاءه على الصحة ، لا شرط  
انعقاده ، وهو الصحيح المختار كما فى البحر ( التقابض  
قبل التفرق بالأبدان ، حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا  
فى جهة واحدة ، ثم تقابضا قبل الافتراق صح ) (١٧) .

وهذا كله دليل على وجوب القبض قبل الافتراق لصحة  
عقد الصرف وهو ما يقول به الأحناف (١٨) - والمقصود  
بالافتراق - الافتراق بالأبدان ، لأن العوضين مستويان فى  
معنى الثمنيه ، فاذا أوجبنا قبض أحدهما ، لزم قبض  
الآخر ، لعدم وجود الأوليه بينهما والا تحقق الربا .

ويذهب ابن قدامة الحنبلى بصدد قبض العوضين :  
أن المرجع فى ذلك الى العرف فيرجع اليه فى القبض  
والاحراز والتفرق (١٩) والذي أرجحه هو قبول الأحناف  
لقطعية أدلته .

(١٦) الامام/ءالك - فى موطنه - ج ٢ - ص ١٣٨ .

(١٧) داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد  
الثانى - ص ١١٦ - منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الأحكام  
- ج ٢ - ص ٣٠٢ .

- واشترط أبو يحيى زكريا الانصارى فى صحة البيع ثلاثة أمور  
ليخرج عن البيوع الربويه : ( حلول ٠٠ وتقابض قبل التفرق ) .  
- انظر فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - ج ١ - ص ١٦١ .

(١٨) ويذهب صاحب لغة السالك الى أنه « لا يضر الفصل بين  
الايجاب والقبول الا ان يخرجنا عن محل العقد عرفا » .  
- أحمد بن محمد الصاوى المالكى - على الشرح الصغير - للدردير -

ج ٢ - ص ٣٤٥ .

(١٩) ابن قدامة الحنبلى - المغنى - ج ٣ - ص ٥٦١ .

## المبحث الثانى :

### أركان عقد الصرف والصرف اليدوى

#### ١ - تمهيد :

يجمع الفقهاء على ضرورة اظهار الارادة كشرط لايجاد الحكم الشرعى ، ويستند الفقهاء فى هذا الى حديث رسول الله ﷺ المشهور ، والقائل :

« ان الله تجاوز لى عن أمتى ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم » .

ومن ثانيا هذا الحديث يركز الفقهاء على ظهور الارادة، ولذا جاء فى المبسوط :

« ان ما يكون بالقلب ، فهو نية ، لا ينعقد أصل العقد بها » (٢٠) .

فعدم الصرف ينشأ بايجاب وقبول ، وكل منهما باللفظ، ولا أعتقد أن الكتابة تضارع اللفظ ، بل هى تتخلف عنه ، حيث أن الاحرف المكتوبة هى أحرف مادية - قد ترسم منفصلة عن شخصية صاحبها بعكس المفوضة ، فهى تنطلق معبرة ، ومتصلة بشخص صاحبها ، حيث أن ميزة اللفظ تحظى بميزة الشمول بكافة مظاهر العاطفية والعقلية والارادية ، أما الكتابة فهى تحصل معنى الاخبار الواضح فيه جانب العقل - لا أثر فيه للعوامل الأخرى ، أما اللفظ فنجد فيه المظاهر الثلاثة مندمجة فى هذا اللفظ ، ولذا كان اللفظ متقدما على الكتابة فى الوجود فى عالمنا المعاصر . (٢١)

(٢٠) السرخسى - المبسوط - ج ١٣ - ص ٤٦ .

- وقد نصت المادة الثالثة من مجلة الاحكام العدلية بقولها :  
« العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمباني ولذا يجرى حكم الرهن فى البيع بالوفاء » .

(٢١) الدكتور/السنهورى - مصادر الحق - الجزء الاول - ص ٨٥

ومن خلال هذا يتضح وجوب اظهار الارادة ، وهو التعبير الملقى وهو الأيجاب - يقابله التعبير الملقى ، وهو القبول ، فاذا امتزج هذان التعبيران فى صيغة - وجد العقد ، وكأنه فى مجلس واحد ، بحيث أنه يوافق الايجاب قبولا .

## ٢ - صيغة العقد بين الماضى والحاضر والمستقبل :

تتنوع صيغ العقود بين الصريح ، والكنائى ، وكل منهما لا يختلفان - أحدهما عن الآخر ، الا فى مقدار ما يمنحه المتعاملون من ثقة ، مجالها مدى استعمال اللفظ .

ولهذا نجد أن التعبير الصريح موثوق به ، لانه محدد الاتجاه ، ويؤدى فى ذلك الى استقرار المعاملات ، بعكس التعبير الكنائى ، فانه غير محدد الاتجاه ، ويؤدى - بالتالى - الى انعدام الثقة به - والى عدم استقرار التعامل ويلجأ فيه الى الارادة الباطنة .

والذى يهمنى فى هذا - هو التعبير الصريح (٢٢) ، ويستعمل فيه لفظ الماضى ، وهذا ما عبر عنه - منلا خسرو وبقوله :

« والتصرف الشرعى ، والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضى لغة فى الانشاء ليبدل على التحقق والثبوت، فيكون أدل على قضاء الحاجة » (٢٣) .

ومن خلال هذا النص يتضح أن الصيغة - هى المظهر الواضح والمعبر عن الارادة فى مرحلتها الاخيرة ، حيث أن

---

(٢٢) أما القانون فالتعبير قد يكون صريحا أو ضمنيا ، فيجوز التعبير باللفظ ، والكتابة ، والاشارة ، والسكوت .

- أنظر الدكتور/السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى -

ج ٤ سنة ١٩٨٦ - ص ٥٤ هامش .

(٢٣) منلا خسرو - درر الحكام - شرح غرر الاحكام - الجزء الاول

- ص ٢٢٧ .

الارادة - هنا قد تجاوزت أدوار التفكير ، والتردد ، الى الجزم ، والحسب لانتهاء التعاقد ، أما صيغة الماضى - حيث أنها قد قصد بها الماضى ، الا أنها فى اصطلاح الفقهاء ، جعلت ايجابا للحال ، ويؤكد هذا الكاسانى بقوله :

« ان هذه الصيغة ، وان كانت للماضى وضعا ، لكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة ، والشرع ، والعرف قاصد على الوضع » (٢٤) .

اذن صيغة الماضى وفقا لوضعها فى عرف اللغة ، والشرع لفظ تمحض للحال ، فينعقد به العقد (٢٥) دون بحث عن النية ، وهذا وفقا للارادة الظاهرة لوضوحها ، فلا يعدل عنها الى غيرها (٢٦) .

### صيغة المضارع :

لما كانت صيغة المضارع بين الحال ، والاستقبال ، ويغلب عليها المستقبل ، ومن هنا يؤخذ بالارادة الباطنة ، ويتم الرجوع فى ذلك الى النية سواء أكان اللفظ للحال ، أو للاستقبال (٢٧) يؤخذ فى ذلك بالارادة الباطنة بسبب

---

(٢٤) الكاسانى - بدائع الصنائع - الجزء الخامس - ص ١٢٣ - ويؤكد هذا ما أورده صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٤٥ بقوله « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

(٢٥) وقد نصت المادة - ١٦٩ من مجلة الاحكام العدلية بقولها : « الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضى » .

(٢٦) وهذا وفقا لما نصت عليه القاعدة الفقهية فى المادة ٢ من مجلة الاحكام العدلية بقولها : « الأمور بمقاصدها - يعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر » .

(٢٧) وقد نصت مجلة الاحكام العدلية فى المادة ١٧٠ بقولها : « واذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد بها العقد » .

أن الإرادة الظاهرة لا تكون هنا واضحة • وينعقد به العقد  
إذا كان بصيغة الحال (٢٨) •

### أما صيغة الأمر :

أما صيغة الأمر ، والاستفهام والاستقبال عند الأحناف ،  
فلا ينعقد بها العقد ، لأنها صيغ تدل على الاستقبال ،  
ويقول صاحب مجمع الأنهر : إذا دل الأمر على الحال ينعقد  
به العقد (٢٩) ونقل المعنى : ان الإيجاب إذا تقدم بلفظ  
الطلب فقال : بعنى ثوبك ، فقال - بعتك - ففيه روايتان :  
أحدهما - يصح وهو مالك ، والشافعى ، والثانية لأبى حنيفة  
أنه لا يصح (٣٠) :

### وخالصة هذه الصيغ :

ان كل لفظ دل على الماضى - جاز به العقد ، وكل لفظ  
دل على الحال انعقد به العقد ، وان دل على الاستقبال ،  
لا ينعقد به العقد ، وإذا كانت الإرادة غير واضحة ، بان  
احتملت صيغة الحال ، والاستقبال - تعين الرجوع الى  
النية ، لان هنا يرجع الى الإرادة الباطنة •

---

(٢٨) وقد نصت المادة - ١٧٠ من المجلة المذكورة بقولها : « ينعقد

البيع بصيغة المضارع أيضا إذا أريد بها الحال - كأبيع ، وأشترى » •

(٢٩) داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابصر - مجلد

الثانى ص ٥ •

(٣٠) ابن قدامة الحنبلى - المعنى - ج ٢ - ص ٥٦١ •

- وأجاز المالكية البيع بالفعل الأمر « لأنه يدل لغة على طلب البيع ،

فهو يحتدل الرضاء به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاء به أحمد

الصاوى المالكى - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح - الصغير

للدردير - ج ٢ - ص ٣٤٥ •

- أبى يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب -

الجزء الاول - ص ١٥٧ •

### ٣ - الأيجاب والقبول :

أركان العقد عند الشافعية (٣١) والمالكية (٣٢) : عاقد (بائع ومشتري) ، ومعقود عليه ، ثمن ، ومثمن ، وصيغة ( هي الأيجاب والقبول ) وقد خالف ذلك الأحناف : أن العقد ينعقد بالأيجاب والقبول الأيجاب - هو أول كلام يصدر ممن يتكلم من المتعاقدين (٣٣) والقبول هو كلام ثانى من يتكلم (٣٤) .

وفى عقد الصرف يتم بيع ثمن بثمن (٣٥) - كذهب بذهب ، أو فضة بفضة ، أو فلوس بفلوس ، أو العكس - بأن يقول الموجب : بعث والآخر : اشتريت ، وبذا يتم الأيجاب والقبول ، بحيث يتم التقابض فى المجلس ، كما أوضحنا ذلك سلفا .

### ٤ - عقد - بائع ومشتري :

أوجب الشافعية أن يكون من ضمن أركان العقد - العاقدان أى البائع والمشتري ، واشترط فيهما كمال الأهلية،

(٣١) أبى يحيى زكريا الانصارى الشافعى - فتح الوهاب - ج ١ - ص ١٥٧ - الشيرازى - المهذب - ص ٢٥٧ .

(٣٢) أحمد الصاوى المالكي - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٢٤٣ .

(٣٣، ٣٤) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ٤ .

الميرغينانى - الهداية - ج ٢ - ص ٢١ .

- وعرفهما صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المادتين ١٠١ و ١٠٢ بقوله ( الأيجاب والقبول - الأيجاب أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف ) ( القبول : ثانى كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد ) .

(٣٥) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ١١٦ .

- ومن هنا يتم مبادلة مال بمال ، وهو التصرف للبيع شرعا ( ان كان هذا مطلق بيع ) - أما الصرف فينصب على بيع ثمن بثمن - كما

وأن الارادة طالما خرجت من صاحبها تظل لصيقة به تموت معه وتزول بفقد أهليته .

والممنوعون من التصرف هم : الصغير والمجنون ، والمعتوه ، وقد نصت المادة ٩٦١ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

« اذا حجر السفية ، والمديون من طرف الحاكم يشهد ويعلن الناس ببيان سببه » ويعلن للناس الحجر ليعلموا وليمتنعوا عن التعامل معهم ، حيث أن شخصيتهم ، واراقتهم غير معتبرة ، حيث ان عبارتهم تعد لغوا من القول ، وذلك لان للعقود أسبابا جعلتها شرعية ، بمعنى أن الشارع قد أقر ما درج عليه الناس من اعتبارها أسبابا لآثار معينة محددة ، وقد بينها الشارع ، ووضحها ، ولا يتحملها فاقد الأهلية ، لذا لزم أن يكون العاقد ان كاملي الأهلية ، حتى يصح تصرفهما .

### الثمن والمثمن :

الثمن وهو قيمة الشيء المبيع ، أما الثمن فهو محل العقد ، وقد اشترط فيه أن يكون موجودا ومعلوما به ، وأن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا ، فاذا لم يكن قابلا لذلك لم يصح العقد .

### صيغة عقد الصرف :

ان صيغة العقد ليست خبرا ، وانما هي انشاء (٣٦) ، وحد الخبر هو ما احتمل الصدق والكذب لذاته ، أما الانشاء فهو القول ، الذي يوجد مدلوله في نفس الأمر ، كما أن

---

(٣٦، ٣٧) وقد خالف الأحناف ذلك واعتبروا صيغة العقود اخبارات في أصل وضعها اللغوي ، كالانشاءات الشرعية .

- انظر مثلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام ج١ ص ٢٢٧



الانشاء لا يلزمه الصدق والكذب لذاته ، وان لزمه للازمه ، كما يقرر ذلك علماء المنطق ، قد استعمل الشرع اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضي لغة فى الانشاء ، لكى يدل على التحقق والثبوت (٣٧) ، وذلك لان الأثر الشرعى ينقذ مع المظهر المادى ، فتكون العلة مقارنة للمعول ومتأخرة عنه (٣٨) .

### شرط السماع :

تختلف وجهات النظر من حيث تكوين العقد ، وذلك اذا كان بين حاضرين ، فرأى يذهب الى أن العقد ، يتكون بمجرد صدور القبول ، ورأى آخر يرى أن العقد ينشأ بمجرد اتصال القبول بعلم الموجب ، فالرأى الاول - لم يشترط السماع من قبل الموجب ، أما الرأى الآخر فقد اعتبر أن القبول تعبير متلقى ، حيث أن العقد لا ينشأ ، ولا يتم بمجرد القبول بل لابد من سماع الموجب ، وهذا ما يقرره الكمال بن الهمام بقوله :

« والانعقاد هو ارتباط حد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ، ويستعقب الأحكام ، وذلك بوقوع الثانى جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ، ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه » (٣٩) .

ويؤكد ما قاله ابن الهمام - ما ذهب اليه منلا خسرو بقوله : « الانعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا

(٣٨) البزدوى - كف الاسرار - ج ٤ - ص ١٧١ .

(٣٩) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٢ - ص ٢٤٤ .

- وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها ( اذا أوجب أحد المتعاقدين بيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للايجاب ، وليس له تبعض الثمن أو الثمن ، وتفريقهما ) .

على وجه يظهر أثره فى المحل « (٤٠) » .

ويؤكدده أيضا منلا خسرو بقوله :

« ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، اذ لولاه  
لم يتحقق الرضا » (٤١) .

ان السماع ينتج عنه تحقق رضا العاقدين ، أى يؤدى الى تطابق الايجاب مع القبول ، اذا لم يسمع أحد العاقدين الآخر ، فلا ينشأ التزام بينهما ، حيث ان أحدهما - كيف يقبل ما لم يسمعه ؟ واذا كان الأمر بالعكس ، فلم يسمع الموجب ردا على ايجابه ، باعتبار أن القبول ملقى بين حاضرين فى مجلس العقد ، وله صفة العلنية ، فاذا لم يسمع الموجب قبولا فلا ينشأ العقد ، اذن ينشأ العقد من تطابق الايجاب مع القبول (٤٢) ومن سماع المتعاقدين لبعضهما لكى تنشأ التزامات متقابلة ، تكون ذات أثر كلى فى التمييز بين التعبيرات اللقاة والمتلقاة ، حيث أن التصرف المشتمل على ضرر فى مواجهة الغير يتوقف على هذا التصرف ، فاذا تراجع الموجب عن ايجابه قبل علم القابل

---

(٤٠) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - ج ٢ - ص ١٤٢  
ويعد هذا النص مشابها لما نصت عليه المادة ١٠٤ من مجلة الاحكام  
العدلية بقولها « الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه  
مشروع يظهر أثره فى متعلقهما » .

(٤١) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام ج ١ - ص ٢٢٥ .  
(٤٢) فقد نصت المادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :  
« اذا أوجب أحد العاقدين بيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر  
على الوجه المطابق للايجاب » .

- ويلزم من خلال تطابق الايجاب مع القبول صحة البيع ، حيث  
نصت المادة ١٠٨ من المجلة بقولها : « البيع الصحيح الجائز نوهو  
البيع المشروع ذاتا ، وواضعا » .

وقبوله (٤٣) ، وهذا ما يؤكد الكاسانى بقوله :  
« لا يفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه أضرار  
بصاحبه » (٤٤) .

ومن خلال هذا نجد الفقه الحنفى يحمى ارادة المتعاقدين ،  
والالتزامات الصادرة من كل منهما كما سبق أن بينا .

### الصرف اليدوى :

لقد عرفت التعاملات الشرعية الموجودة - قواعد الصرف  
ممثلة يدا بيد ، وهذا تمشيا مع ما نص عليه ماروى عن  
عبادة ابن الصامت رضى الله عنه : قال رسول الله ﷺ :

« الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . . مثلا بمثل  
سواء بسواء يدا بيد ، فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا  
كيف شئتم ، اذا كان يدا بيد » (٤٥) .

ومن خلال هذا الحديث الشريف يفهم ان عقد الصرف  
يتم على أثر التعبير عن ارادة أحد المتعاقدين وقبول الآخر ،  
أى بتعبير آخر أنه قارن بين الايجاب والقبول فى مجلس

---

(٤٣) وقد نصت المادة ١٨٤ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :  
« لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل  
الايجاب » .

(٤٤) الكاسانى - دائع الصنائع - مطبعة شركة المطبوعات العلمية  
القاهرة سنة ١٣٢٨هـ - الجزء السادس - ص ١٧٧ .

(٤٥) مسلم - فى صحيحه بشرح النووى - المجلد الرابع ص ٩٨ .

- الصنعانى - سبل السلام - الجزء ٣ - ص ٤٨

- الربيع بن حبيب - الجامع الصحيح - مكتبة الثقافة الدينية ج ٢

ص ٤٣ .

- أما ما أورده الشوكانى باخراج مسلم عن ابن عباس أنه لا ربا فيما  
كان يدا بيد ، فليس هذا مرويا عن رسول الله ﷺ - انظر الشوكانى  
- نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٢ .

العقد والتقابض بين كل من المتبايعين ، ويؤيد هذا ما أخرجه عبد الرزاق ، وأحمد وابن ماجه عن ابن عمر : أنه سأل النبي ﷺ : فقال « اشترى الذهب بالفضه ، فاذا أخذت واحدا منهما فلا تفارق صاحبك وبينكما لبس » (٤٦) .

## المبحث الثالث : الاساس القانونى لقواعد الصرف :

### ١ - تمهيد :

ان الناظر الى المقصد من اصطلاح قانون الصرف يجد أنه عبارة عن مجموعة القواعد التى ذكرت فى القانون التجارى بصدد أنشاء الأوراق التجارية (٤٧) .

وهى ممثلة فى الكمبيالة ، والشيك ، أو السند الأدنى ، أو للحامل (٤٨) وهذا من حيث مقابل الوفاء منها وقبولها ، وتحويلها وضمانات الوفاء بقيمتها ، والاجراءات الواجب

---

(٤٦) الشوكانى - نيل الأوطار ج ٥ - ص ٢٩٤ - واستدل الشوكانى عن من هذه الرواية على اعتبار المجلس ، واستدل بها هنا على وجوب أن يتم عقد الصرف يدويا أى بالمبادلة اليدوية ، ولا يتراضى أحد المتعاقدين على اتمام عملية التقابض لكى لا ينشأ نزاع .  
(٤٧) أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها :

« ان عبارة الاوراق التجارية ، انما تطلق على الكمبيالات ، والسندات الأذنية ، والتى لحاملها ، والشيكات التى تقوم مقام النقود فى الوفاء بسبب سهولة تداولها » - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية فى ١٩٥٦/٦/٢٨ رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ ق ٠  
- /١ محمد صالح - شرح القانون التجارى - الجزء الثانى - البند رقم ٢/ ٠

(٤٨) وقد بينت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٣٤/١٢/٢٠ - المحاماة سنة ١٥ صفحة ١٨٣ ان تقول ( الأوراق التجارية التى عبر عنها الشارع فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة ) الأوراق المحررة لأعمال تجارية هى الأوراق التى يتداولها التجار .

اتباعها عند الامتناع عن الوفاء ، وكذا أيضا تقدم الدعاوى الناشئة عنها ، كل هذه القواعد سالفه الذكر تسمى قانون الصرف (٤٩) Droit Cambiavée .

نخلص من هذا أن الأوراق التجارية لها العديد من الوظائف فهي أداة وفاء وائتمان ، بجانب عملية الصرف ، والتي قصد منها تمكين الورقة التجارية من أداء وظائفها على الوجه الأكمل .

### ٢ - الورقة التجارية ونشأتها :

لقد نشأت الورقة التجارية كوسيلة لتنفيذ عقد الصرف ، بقصد مبادلة فلوس وطنية بغير وطنية (٥٠) ، فالذى يود أن يسافر الى خارج البلاد يحتاج الى عملة الدولة ، التى يسافر اليها ، ولهذا فهو يلجأ الى أحد بنوك مصر كى يبرم معه عقد صرف .

### ٣ - تعريف عقد الصرف :

وهو عبارة عن مبادلة نقود وطنيه بأخرى غير وطنية ، أو تلقى نقود فى مكان معين نظير الالتزام بالوفاء بها فى مكان - آخر ، وبعملة هذا المكان (٥١) ، ومن هذين التعريفين يتضح تنوع الصرف الى أكثر من نوع .

(٤٩) د/محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الأوراق - الجزء الثانى - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٥ ص ٢٠٥ .

- د/على البارودى - قد عرف الصرف بأنه هو مبادلة نقود بنقود من عملة أخرى - فى كتابه القانون التجارى اللبنانى - طبعة ١٩٧٢ - مطبعة بيروت - مكتبة مكاوى ص ٧٦ .

(٥٠) د/على البارودى - القانون اللبنانى - المرجع السابق ج ١ ص ٧٦ .

(٥١) د/ سمير الشرقاوى - القانون التجارى - سنة ١٩٨٢ ج ١ ص ٤٩ .

#### ٤ - أنواع عقد الصرف :

يتنوع الصرف الى نوعين / الأول - الصرف اليدوى ، وهو الذى تقوم به جهة واحدة من طرق المناولة اليدوية (٥٢) والثانى هو العدول عن الصرف اليدوى الى الصرف المسحوب (٥٣) ، ويتضمن الصرف المسحوب الامتناع عن نقل النقود من مكان تلقيها الى مكان سدادها ، لكى يتلافى العميل حمل النقود الذى قد يعرضه الى مخاطر يكون فى غنى عنها بمجرد أمر بالصرف ، ويكون فى مأمن عن هذه المخاطر ، وهنا نشأت فكرة الصرف المسحوب ممثلة فى الكمبيالة (٥٤) ، وان كان فى الحياة العملية بدأت تقل وظيفة الكمبيالة ، كأداة لتنفيذ عقد الصرف (٥٥) ، وأخذ مكانتها الشيك .

ويعد عقد الصرف فى نوعيه عملا تجاريا ، على شريطة أن يحقق من يقوم بهما ربحا ، سواء أكان هذا الربح ناتجا عن فروق الاسعار بين العملات ، أو يحصل على عمولة نتيجة عملية المبادلة .

---

(٥٢) وهذا النوع يتشابه مع الصرف اليدوى فى الشريعة الاسلامية،  
والذى سبق أن شرحته فى المبحث الثانى من هذا المبحث .

(٥٣) وتسمى هذه العملية Cambium Trajecticium  
- وهى تتميز عن عملية الصرف اليدوى Cambium Mamuale

وبذا ظلت الكمبيالة تؤدى وظيفتها لمدة طويلة .

(٥٤) الدكتور/على البارودى - القانون التجارى اللبنانى - المرجع  
السابق - ج ١ - ص ٧٧ .

(٥٥) د/سميحة القليوبى - الموجز فى القانون التجارى - الطبعة  
الاولى - دار الثقافة العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠ - ص ٢٤٥ .

وينتج مما سبق أن عقد الصرف سواء ، أكان الصرف يدويا أو مسحوبا ، فإنه يعد عملا تجاريا منفردا (٥٦) ، حيث أن الموقع على الورقة التجارية يكون ملتزما بأداء قيمتها لحاملها في ميعاد الاستحقاق ، وهذا منشؤه الالتزام الصرفي : Obligation Combiivée

(٥٦) انظر حكم محكمة استئناف بيروت المدنية في ٢٤ تشرين ثان سنة ١٩٦٠ ( حاتم ج ٤٣ ص ١٦ ) .

- ويعتبر عقد الصرافه ، أى الذى يتم بين الصراف ، والراغب فى ابدال النقود عملا تجاريا بالنسبة للصرف ، أما بالنسبة لطالب النقود ، فلا يعد عملا تجاريا الا تطبيقا لنظرية التبعية - أى يعد العمل تجاريا - اذا كان تابعا تجارى ، أو متعلقا بتجارته .

( انظر - د/على جمال الدين عوض - القانون التجارى - لطلبة كلية التجارة - جامعة القهرة - سنة ١٩٧٥ - ص ٤١ .

- ويعد عملا تجاريا لسهولة التداول .  
- انظر الاستاذ/محمد على صالح - شرح القانون التجارى -  
- الجزء الثانى - البند رقم ١ .

( م٣ - قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية )

## الفصل الثانى

### الاساس الفقهى والقانونى للالتزام المصرفى

#### تمهيد /

سبق أن أوضحنا ان الصرف يتنوع الى نوعين : أحدهما الصرف اليدوى ، وقد أوضحنا ذلك فيما سبق ، والثانى : يتعلق بالصرف المسحوب ، متمثلا فى الكمبيالة أو الاوراق التجارية ، ويتشابه هذا النوع مع الحوالة فى الفقه الاسلامى ، ولذا سنتعرض للحوالة :

- ان فكرة الورقة التجارية لا توجد التزاما سلبيا حالا فى ذمة الموقع على الورقة ، وانما يكون للموقع له علاقة سابقة بينه ، وبين من حرر له الورقة التجارية ، أو ظهرها لتكون أداة لاثبات العلاقة الاصلية بينهما ، غير أن المدين لا يلتزم قبل دأئنه المباشر فقط ، بل ينتقل الالتزام الى الحملة المتعاقبين ، وهذا ما سننوه عنه فيما يلى ، مع بيان موقف الشريعة الاسلامية من حوالة الحق :

#### Cession Le Créance

ولما كانت الحوالة أيضا لها عظيم الأثر فى علاقة التجار بعضهم البعض ، كما أنها فى عصرنا الحاضر مرتبطة بعقد الصرف ، والتعاملات المالية بين الافراد بعضهم البعض فى داخل المجتمع - فاننا سنتعرض الى تعريفها ، وأدلة شرعيتها ووجه التشابه بينها وبين الكمبيالة ، وذلك فى المباحث التالية :

#### المبحث الاول

#### تعريف الحوالة ، وأدلة مشروعيتها

##### ١ - تعريف الحوالة لغة :

الحوالة لغة مأخوذة من النقل ، والتحويل ، وهى تأتى من حول ، بوزن سكر أى بصير بتحويل الأمور ، وهو حول



قلب ، واحتال من الحيلة - واحتال عليه بالدين من الحوالة  
• (١)

### ١ - تعريفها فى الاصطلاح :

أما تعريف الحوالة عند الفقهاء ، فهى على قولين :

#### (أ) - القول الاول /

ذهب الاحناف والشافعية ، والحنابلة فى تعريفهم  
للحوالة بقولهم بأنها نقل الدين من ذمة الى ذمة (٢) •

(١) أبى بكر الرازى - مختار الصحاح - المطبعة الاميرية - سنة  
١٩٣٧ - ص ١٦٤ •

٢ - داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد  
الثانى - ص ١٤٦ - وعرفها صاحب مجلة الأحكام العدلية فى المادة  
٦٧٣ بقوله : « الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى » •

- أبى يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب  
- الجزء الاول - ص ٢١٣ •

- ابن قدامة الحنبلى - المغنى - الجزء الرابع - ص ٥٧٦ •

أما ما قاله المالكية فمبنى على أنها أى الحوالة أصل مستقل  
بنفسه فلا يسلك بها مسلك بيع الدين - انظر أحمد الصاوى - بلغة  
السالك لأقرب المسالك - ج ٢ ص ٦٦٠ و٦٦١ - والذمة هى وصف  
شرعى يفترض الشارع وجوده فى الانسان ، ويصير به أهلا للالتزام  
والالتزام أى صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات •

انظر - د/السنهورى - مصادر الحق - الجزء الاول - ص ٢٠ • « انظر  
نظرية الذمة فى الفقه الاسلامى » للمؤلف السابق •

- ومن خلال تعريف الذمة السابق ذكره يتضح التوازن بين الحقوق  
والواجبات من حيث الحل حيث يقرر الامام الغزالى « ان الحل الأموال  
والابضاع وحرثها أسبابا ظاهرة - من نكاح ، وبيع وطلاق وغيره ،  
وان نصب هذه الاسباب أسبابا للاحكام انما هو بحكم الشرع فهى لا توجب  
الحكم بذاتها بل بايجاب الله تعالى - فهو الذى شرعها ورتب عليها  
أحكامها » •

- الغزالى - المستصطفى من علم الأصول - الجزء الاول  
ص ٩٤ و٩٣ •

أى من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه (٣) .

### (ب) - القول الثانى :

ذهب المالكية فى قول لهم بأن مفهوم البيع بخصوص الحوالة أنها من قبيل بيع الدين ، فيشترط فيها شروط ، غاية الأمر ، أنه رخص فيها جواز بيعه بدين آخر ، وهذا هو القول الاول عندهم (٤) ، والراجح هو القول الاول - لاجماع الفقهاء عليه .

### ٣ - مشروعية الحوالة :

الحوالة مشروعة بالسنة المشرفة ، واجماع الأمة على جوازها .

### (أ) - السنة :

ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال :

---

(٣) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء الثانى - ص ٣٠٨ .

- وانما خصت بالدين لأنها نقل شرعى ، والدين ، وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة ، فالنقل الشرعى جاز أن يؤثر فى الوصف الشرعى كما فى البيع .

(٤) احمد بن الصاوى المالكى - بلغة السالك لا قرب المسالك - الجزء الثانى - ص ٦٦٠ .

- وهذا القول لا يرجحه الشيخ محمد عرفه الدسوقى أن الحوالة مأخوذة من التحول والأكثر على أنها رخصة مستثناه من بيع الدين بالدين كما قل عياض .

- انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - طبعة الحلبي - الجزء الثالث - ص ٣٢٥ .

« مطل الغنى ظلم ، واذا أحييت على ملىء فاتبعه » (٥) رواه ابن ماجه (٦) .

ويؤكد هذه الرواية ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« مطل الغنى ظلم - واذا اتبع أحدهم على ملىء فليتبع » (٧) .

يؤخذ من هذين الحديثين حل الحوالة ، وجواز ان يحال الدائن على شخص ملىء ليقضى دينه - كما يجوز للشخص ، ان يتحمل الدين عن المدين ، فقد روى سلمه بن الأكوع قال : كنا عند النبي ﷺ - فأتى بجنازة ، فقالوا يارسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال هل ترك شيئاً ؟ فقالوا لا : فقال : هل عليه دين ؟ قالوا ثلاث دنانير . قال : صلوا على صاحبكم : فقال أبو قتادة : صلى عليه

---

(٦،٥) انظر الشوكاني - ويعلق على هذا الحديث بقوله حديث ابن عمر اسناده من سنن ابن ماجه هكذا حدثنا اسماعيل بن ثوبه حدثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر فنكره واسماعيل بن ثوبه ، قال ابن اى حاتم صدوق وبقية رجاله رجال الصحيح ، وقد أخرجه ايضا الترمذى ، وأحمد .

- الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٦ .

(٧) الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٨٠ ،

- الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٦ - والحديث

متفق عليه رواه الجماعة وفى لفظ لأحمد ( ومن أحيى على ملىء فليحتل ) .

- الامام مالك : تنوير الحوالك - شرح على موطأ مالك - الجزء

الثانى - ص ١٦٣ و١٦٤ - وقد دل الحديث على تحريم مطل الغنى ، وبهذا

قال الصنعاني - فى سبل السلام ج ٣ - ص ٨٠ .

- وقد نقل الشوكاني بأنه هل مطل الغنى كبيره أم لا ؟ فذهب

الجمهور الى أنه موجب للفسق .

- أنظر الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٧ .

يا رسول الله وعلى دينه فصلى » (٨) .

يتضح من هذا الحديث شرعية حوالة الدين ، بحيث  
إذا أحال المدين الدائن على المحيل عليه ، وقبل تنفيذ المحال  
به جاز .

ويؤكد هذا قول رسول الله ﷺ : « من ترك ديننا فعلى »  
(٩) .

### (ب) - الإجماع :

فقد نقل الشوكاني - أنه يجب على من أحيل بحقه على  
ملىء أن يحتل ، والى ذلك ذهب أهل الظاهر ، وأكثر  
الحنابلة ، وأبو ثور ، وابن جرير ، وحمله الجمهور على  
الاستحباب .

قال الحافظ وهو ( من نقل فيه الإجماع (١٠) وأى ان  
الامة أجمعت من لدن رسول الله ﷺ : الى يومنا هذا على أنه  
من أحيل بحق على ملىء فليحتل أى فليحال عليه .

### ٤ - أركان الحوالة :

تعد الحوالة عقدا لا يتم الا بين عاقدين - يلزم أن  
يكون أحدهما المحتال ، أو المحال ، وذلك لأن الدين حقه ،

---

(٨) ونقل الشوكاني أنه رواه أحمد والبخارى والنسائي ورواه  
الخمسة الا اأ داود هذبه القصة من حديث أبي قتاده - وصححه الترمذى  
- انظر الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٨ .

- الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٨١ وما بعدها .  
(٩) الشوكاني - نيل الأوطار - المرجع السابق - ص ٢٣٩ .

(١٠) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٧ .

- وذهب الصنعاني فى شرح الأمر فى فليتبع على وجوب قبول  
الاحالة وحمله الجمهور على الاستحباب ، ويقرر الصنعاني بقوله :  
أنه لا يدري ما الحامل على صرفه من ظاهرة زعلى الوجوب حمله أهل  
الظاهر .

وهو الذى ينتقل بها ، وكذمم متفاوتة ، فلا بد من رضاه (١١) وسواء أباشر العقد بنفسه ، أم من خلال نائبه أما اذا تمت المباشرة بواسطة فضولى ، فيتوقف العقد على اجازته . أما العاقد الآخر فاما أن يكون المحال عليه (١٢) ، فان كان هو صحت الحوالة ، ونفذت ، لأن المحتال عليه يلزمه الدين ، ولا لزوم بدون التزامه (١٣) .

ولم نقل أن العاقد الآخر هو المحيل ، وذلك لان الحوالة تصبح بدون رضاه (١٤) ، وذهب الشافعية الى أنه لا بد من رضا المحيل ، والمحتال ، مخالفين بذلك رأى الحنفية ، لأنهما العاقدان فالحوالة بيع دين بدين جوازا للحاجة ، لا رضا المحال عليه لأنه محل الحق (١٥) ، وقد وافق على ذلك المالكية (١٦) ، والحنابلة (١٧) .

- 
- (١١) أنظر سبل السلام - ج ٣ - ص ٨٠ .  
- داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦ .  
(١٢) فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٧٦ بقولها :  
« المحال عليه هو الذى قبل على نفسه الحوالة » .  
(١٣، ١٤) المرغينانى - الهداية - ج ٣ - ص ٩٩ .  
(١٥) ابن يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - الجزء الاول - ص ٢١٣ .  
- الشيرازى - المهذب - الجزء الاول - ص ٣٣٨ .  
(١٦) أحمد بن محمد الصاوى المالكى - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٦٦١ .  
- ويقرر المالكية ان أركان الحوالة خمسة محيل وهو من عليه دين ومحال وهو من له الدين ومحال عليه وهو من عليه دين مماثل للمدين الاول ، ومحال به وهو الدين المماثل وصيغة تدل على التحول ، والانتقال - أما شروط العقد عندهما رضا المحيل والمحال فقط .  
(١٧) منصور البهوتى - الروض المربع شرح زاد المستقنع - الجزء الثانى - ص ١٩٣ .

والرأى الذى أرجحه أنه لابد من رضا المحتال باتفاق،  
والمحتال عليه لتكون الحوالة صحيحة .

نخلص من هذا أن أركان الحوالة الايجاب ، والقبول من  
المحتال ، ومن باشر معه العقد .

### ٥ - أنواع الحوالة :

الحوالة تتنوع - فقد تكون أما مطلقة ، وأما مقيدة ،  
فالمقيدة : اذا قيدت الحوالة بالدين ، أو الوديعة أو الغصب  
لا يطالب المحيل المحتال عليه ، أو عنده (١٨) .

وحكم الحوالة المقيدة فى هذه الجملة ، أن لا يملك المحيل  
مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال على مثال  
الرهن (١٩) أما الحوالة المطلقة فقد عرفها منلا خسرو الحنفى  
بقوله : المطلقة فهى ان يرسلها أرسالا لا يقيدتها بدين له على  
المحال عليه ، ولا بعين له فى يده (٢٠) .

---

(١٨) داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد  
الثانى - ص ١٤٩ ، - المرغينانى - الهداية - ج٣ - ص ١٠٠ .  
- وقد عرفتها مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٦٧٨ بقولها :  
« الحوالة المقيدة : هى الحوالة التى قيدت بأن تعطى من مال المحيل  
الذى هو فى ذمة المحتال عليه أو فى يده » .  
(١٩) المرغينانى - الهداية - الجزء الثالث - ص ١٠٠ .  
- منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء ٢ - ص ٣٠٩  
(٢٠) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - ج٢ ص ٢٠٩  
- داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد الثانى -  
ص ١٤٩ .

- المرغينانى - الهداية - ج٣ - ص ١٠٠ .  
- وعرفها مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٦٧٩ بقوله « الحوالة  
المطلقة : هى التى لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذى هو عند المحال  
عليه » .

وبذلك ان لم تقيد الحوالة بشيء من المذكورات سافا ،  
فله أى للمحيل المطالبة من المحتال بالعين ، أو الدين ،  
ويقدر المحتال عليه أن يدفعها المحيل ، اذ لا تعلق لحق المحتال  
بما عنده ، أو عليه ، بل حقه فى ذمة المحتال عليه ، وفى ذمته  
سعة ، فغاية ما يجب على المحتال عليه أداء دين المحتال من  
مال نفسه (٢١) .

## المبحث الثانى

### وجه الشبه بين الحوالة والكفيل

#### ١ - تمهيد :

لما كانت المعاملات المالية فى الشريعة الاسلامية  
تتضمن على مبادلة الاموال ، والمنافع بين الناس بواسطة  
العقود ، فقد اهتمت الشريعة الاسلامية بالمعاملات المالية ،  
واسباب الملكية ، وكيفية انتزاعها ومدايناتها ، وأما الأخيرة  
فهى محل حديثنا حيث ، أوجب الله سبحانه وتعالى كتابة  
الديون المؤجلة ، وهذا بقوله عز وجل :

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى  
فاكتبوه .. الخ » (٢٢) .

ويقول البيضاوى فى تفسير هذه الآية : اذا دأب  
بعضكم بعضا تقول : دأبته اذا عاملته نسئبة معطيا ،  
أو آخذا ، وفائدة ذكر الدين ان لا يتوهم من التداين المجازاة ،  
ويعلم تنوعه الى المؤجل ، والحال ، وانه الباعث على  
الكتابة ، ويكون مرجع الضمير فاكتبوه الى أجل مسمى  
معلوم بالايام والأشهر (٢٣) .

(٢١) داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر - المرجع  
السابق - ص ١٤٩ .

(٢٢) سورة البقرة - آية رقم ٢٨٢ .

(٢٣) القاضى البيضاوى فى تفسيره - الجزء الأول - المرجع  
السابق - ص ١٨٧ .

ومن هنا كانت مشروعية الكتابة من خلال القرآن المجيد ، حيث انها تعد وظيفة للتعبير عن ارادة طرفي التعاقد ، لأن أحرف التعبير في الفقه الاسلامى ذات قدرة خلاقة ، فاليها يعزى أحداث الأثر .

ولما كانت الكمبيالة كدين مؤجل تتشابه مع الحوالة كدين مؤجل ، أيضا عقدنا هذا البحث لدراسة أوجه الشبه بينهما .

## ٢ - الكتابة فى الكمبيالة والحوالة :

لقد ذهبت الشريعة الاسلامية الى طلب الكتابة فى كل دين مؤجل ، ولا يكتفى بالكتابة بل تستوجب الشريعة بجانب الكتابة ضرورة اشهاد شاهدين من الرجال ، وفى بعض الأحيان تقبل شهادة ، اذا لم يتوافر رجلان ، فرجل وامرأتان ، وهذا يعد من جانب الشريعة الاسلامية احتياطا درءا للمنازعة .

وهذا سبق لم تصل اليه أى من التشريعات الوضعية ووجه الشبه بين الكمبيالة والحوالة فى الشريعة الاسلامية (هو بينهما عموم ، وخصوص وجهى) .

حيث ان الحوالة هى أعم من الكمبيالة ، فالساحب فى الكمبيالة يقابله فى الحوالة المحيل ، وكذا المحال له يقابله المستفيد ، والمحال عليه يقابله فى الكمبيالة المسحوب عليه ، والقيمة فى الكمبيالة يقابلها المحال به .

واذا كانت الحوالة تنشأ برضا المحيل ، والمحال له ، ولا حاجة لرضا المحال عليه ، فالكمبيالة كذلك تنشأ برضا الساحب والمستفيد ولا حاجة لرضا المسحوب عليه .

## ١ - وجه الاختلاف بين الحوالة والكمبيالة :

١ - لا بد فى الكمبيالة أن يكتب فيها بيانات محددة نص عليها القانون على سبيل الحصر ، وهى البيانات التى



أوردتها المادة ١٠٥ تجارى ، وهى تاريخ سحب الكمبيالات ، والمبلغ المطلوب دفعه وأسم المسحوب عليه ، ميعاد دفعها ، مكان الدفع ، ذكر وصول القيمة ، اسم المستفيد شرط الأذن ، أو أنها لحاملها ، أو امضاء الساحب (٢٤) .

٢ - أنه فى حوالة الحق يلزم ، أن يكون المحيل دائئنا للمدين المحال عليه (٢٥) ، ولا يلزم ، ولا يشترط فى الكمبيالة ان يكون الساحب دائئنا للمسحوب عليه وخاصة نشأة الكمبيالة .

٣ - أما بصدد تظهير الكمبيالة ، فلا مثيل له فى الشريعة الاسلامية ، كما ان قاعدة تظهير الدفع (٢٦) لا تعارض بينها وبين عموم الاحكام فى الشريعة الاسلامية .

(٢٤) ملحوظة : واذا كانت الكمبيالة تحتاج فى القانون الى هذه البيانات - فان الشريعة لا تمنع أن تكون هذه البيانات فى الكمبيالة - فليس هناك خلاف فى هذا ما لم يرد مانع وهو ذلك الوصف الشرعى الذى يقتضى وجوده ، عدم غير من حكم أو سبب .

- عبد الجليل القرنشاوى والحسينى الشيخ - مدخل الفقه الاسلامى - الطبعة الأولى - ص ١٤١ .

- مثال ان تحرر الكمبيالة على توريد خنزير أو خمر ودم ( أو غير ذلك من الأموال غير المتقومة ) أو على فوائد ديون مما نهى عنها المشرع .

(٢٥) فان الناظر الى حديث رسول الله ﷺ بقوله :

« مطل الغنى ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع »

- وهذا الحديث يشتمل على نوعى الحوالة المتعارف عليهما فى القانون - وحوالة الحق : عبارة عن اتفاق بين المحيل ، والمحال له على نقل حق المحيل ، الذى فى ذمة المحال عليه الى المحال له .

(٢٦) ويقصد بتظهير الدفع أى أن الورقة التجارية اذا ظهرت من موقع الى آخر فانها تنتقل الى هذا الأخير مطهرة ، مما كان يشوبها من عيوب ، ما دام هذا الأخير حسن النية .

- انظر - د / سعيد يحيى - الأوراق التجارية - فى النظام التجارى

السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م - ص ١٠ وما بعدها .

٤ - ان قبول الكمبيالة من قبل المسحوب عليه ، وذلك قبل ميعاد الاستحقاق يعنى التزام المسحوب عليه بالوفاء (٢٧) ولذا يلزم التأشير عليها بالقبول (٢٨) كما لا يجوز القابل - للكمبيالة ، ولا لمن ضمنه ضمانا احتياطيا ، ان يتمسك ضد حاملها السليم النية ، بأوجه دفاع شخصية .

- وبالعكس تماما ، فان قبول المحال عليه لا يبرىء المحيل ، وهذا هو ما ذهب اليه زفر من فقهاء الحنفية (٢٩) ، حيث ان نقل الدين فى الحوالة نقل حكمى ، والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة ، فجاز نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ولا يعنى هذا أن ذمته خالية من الدين ولكن قصد بذلك التوثيق ، ومن هنا يتضح مدى الخلاف بين القبول من قبل المسحوب عليه فى الكمبيالة وقبول المحال عليه من قبل المحيل فى الحوالة .

---

(٢٧) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية - ٢٨/١٠/١٩٥٨ - رقم ١٩٠ سنة ٧٥ ق .  
- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية ص ٧٨٤ .

(٢٨) انظر حكم محكمة الاسكندرية الكلية فى ٣٠/٣/١٩٤٠ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ٩٨٣ رقم ٤٠٦ والذي نص فيه على انه يجب أن يثبت بالكمبيالة قبول المسحوب عليه ، أو الاطلاع عليها بالقبول أو الرفض ، وتلك البيانات عن الكمبيالة ، يجب أن تثبت بورقة مستقلة عن نص البروتستو لان البروتستو أعد لاثبات الصور .

(٢٩) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الجزء الرابع - ص ١٧١ .

- داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦ و١٤٧ .

- منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء الثانى - ص ٣٠٨ .

٥ - ويعد مقابل الوفاء فى كل من الحوالة ، والكمبيالة شرط انعقاد لكل منهما ، فلا بد من مديونية المحال عليه للمحيل (٣٠) ، وكذا أيضا الساحب للمسحوب عليه .

ومن خلال ما سلف يتضح أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الحوالة ، والكمبيالة ، بحيث نجد ان الشريعة الاسلامية ، كان لها قصب السبق فى معرفة حوالة الحق ، التى تعتبر - المصدر التاريخى للاوراق التجارية ، وعلى الأخص الكمبيالة .

### المبحث الثالث

## الاساس القانونى لقواعد الصرف

### ١ - تمهيد :

قبل أن أشرع فى بيان الاساس القانونى لقواعد الصرف ، يلزم أن أبين بلمحة سريعة عن الاشتراطات الموضوعية اللازمة لصحة الالتزام الصرفى باعتباره التزاما اراديا ، فيلزم لصحته توافر جميع الشروط القانونية الواجب توافرها لصحة الالتزام الارادى من الرضا والأهلية والمحل والسبب (٣١) .

---

(٣٠) منصور البهوتى - شرح منتهى الارادات - ص ٢٥٦ .

- ابن قدامة الحنبلى - المغنى - الجزء الرابع - ص ٥٨٣ .

(٣١) د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الثانى ( نظرية الالتزام وجه عام - المجلد الاول - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - سنة ١٩٨٢ - ص ٩ .

- د/ سعيد يحيى - الأوراق التجارية - فى النظام السعودى - المكتب العربى الحديث - سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م - ص ٢٧ .

والالتزام الارادى يتفق مع الالتزام ، الذى ينشأ عن التوقيع على الورقة التجارية هو الالتزام الصرفى (٢٢) .

كما يجد الباحث فى ثنايا الاسس التى يقوم عليها قانون الصرف تلك الاشتراطات التى ترد فى الالتزام الارادى ولذا سنضعها موضع البحث عندما نعرض الاسس العامة ، التى تهدف الى أداء الورقة التجارية لوظيفتها على الوجه الأكمل ، وسنعرض لذلك فيما يلى .

## ٢ - الفرق بين نوعى الالتزام :

ان الالتزام الصرفى ينشأ عن علاقات سابقة عليه ، وهذا بخلاف غيره من الالتزامات ، وقد أوجدت نظرية لهذا مرداها أن الاوراق التجارية لا تنشئ التزاما جديدا يكو ناتجا عن التوقيع على الورقة التجارية (٢٣) ، ومنشأ الالتزام هنا من قبل الموقع ، هو قصد أفرأغ هذا الالتزام فى الورقة التجارية ممثلا فى التوقيع على الورقة ، أو تظهيرها ، وبذا لا يكون المدين ملتزما قبل دائئه المباشر فحسب ، وانما

---

(٢٢) د/ محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - الاوراق التجارية - الطبعة الاولى - مطبعة معهد دون بوسكو - سنة ١٩٥٤ - ص ١٣٠٩ .

- د/ محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الاوراق التجارية - مطبعة لجنة البيان العربى - الطبعة الثانية - سنة ١٩٥٧ - الجزء الثانى - ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٢٣) أنظر حكم محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق - السنة ٢٠ ، ٧٠٨ رقم ٢٧١ .

- وقد نص هذا الحكم على ما يلى :

« الشيك هو عبارة عن سند مستحق الأداء بعد الاطلاع عليه وله مقابل وفاء » - ويقصد من الاستدلال بهذا ان محرر الشيك يكون دائئا للمسحوب عليه ومدينا للمستفيد ، فمن هنا ينضح وجود العلاقة السابقة بين المحرر ، والمسحوب عليه ، وكذا فى باقى الاوراق التجارية .

يتم انتقال الالتزام الى حملة الورقة المتعاقبين ، وينتقل هذا الالتزام - مطهرا من كافة الدفع (٢٤) بحيث يمتنع على هذا الأخير التمسك في مواجهته بالدفع ، التي يمكن ان توجه الى الدائن المباشر ، ولم يجد الفقهاء الفرنسيون تفسيراً مقبولاً لتطهير الالتزام من الدفع ، واقترحوا ذلك العديد من النظريات منها نظرية الحوالة (٣٥) .

ونظرية الوكالة ، ونظرية الانابة ، والاشتراط لصالح الغير ، وقد بذل الفقهاء الفرنسيون الكثير من الجهد ، ولكنهم لم يصلوا الى نتائج مقبولة ، بسبب أنهم حاولوا اسناد الالتزام الصرفي الى الارادة سواء باتجاههم الى الارادة المزوجة العقد ، أم الارادة المنقردة - مما حدا بالفقهاء المحدثين الى فكرة الالتزام القانوني *Obligation Légale* ويعيب النظريات المنبثقة عن فكرة الالتزام القانوني انها استبعدت دور الارادة في الالتزام الصرفي ، وهذا وضع لا يتماشى مع الواقع ، فاذا كان صحيحاً أن دور الارادة غير واضح في الالتزام المدين ، وان كانت الارادة تعد مصدراً لالتزام المدين ، وذلك قبل دائنه المباشر .

---

(٢٤) انظر حكم محكمة استئناف مصر في ١٩٣٠/٣/٦ - المحاماة - السنة ١٠ ص ٨٥٧ رقم ٤٣١ بالنص على أنه :

« لا يجوز للمدين أن يدفع قبل الحصول اليه بالدفع التي كان له أن يدفع بها قبل دائنه الأصلي متى كان الدين ثابتاً بسند تحت الأذن أو كميالية تحولت عن طريق التطهير القانوني » .

(٣٥) انظر في الدفاع عن هذه النظرية *Esmein* في مقالة بعنوان

*Etude sur le régime Juridique des titres à ordres et au Porteur et en Portieulier l'Inopposabilité les exceptions'*

- ومنشور في مجلة *Rev Trim de droit civil* سنة ١٩٢١

وانظر أيضا *Au ahl* رقم ١٩٣١ .

وقد وقف مؤتمر جنيف (٣٦) ، ولم يحاول تغليب أحد النظريات على الأخرى ، وإنما نظر لالاسس العملية فى الكمبيالة والتسيك ، والسند للأمر ، وهى التى ستكون محل النظر فى هذا البحث ، وتقوم هذه الالاسس على أحكام تمدن الورقة ، التجارية من أداء وظيفتها على الوجه الأكمل ، وسنعرض لذلك عرضاً سريعاً لهذه الالاسس .

### ٣ - الشكلية :

لقد تكفل الشارع بتصميم شكل الورقة التجارية (٣٧) ، لذا فقد نص على البيانات الواجب ذكرها فيها لينتج عنها تحديد دقيق للحق ، الذى تتضمنه الورقة التجارية ، مع تعيين - المدين ، والدائن ، ومبلغه ، وتاريخ نشأته ، وتاريخ الاستحقاق .

وذلك بقصد اظهار الارادة (٣٨) ، وتوضيحها ، وجعل اغفال أى بيان من هذه البيانات مؤدياً الى فقدان الورقة

---

(٣٦) د / محسن شفيق - المرجع السابق - الأوراق التجارية - ص ١٠٧٧ .

(٣٧) انظر الدكتور / على البارودى - بتعريفه الأوراق التجارية محررات مكتوبة وفقاً لوضاع شكلية وبيانات يحددها القانون - فى القانون التجارى اللبنانى - الجزء الاول - ص ٧٢ .

(٣٨) ولا تمنع الشريعة الاسلامية طالما كان المقصد اظهار الارادة لينتج عنها الحكم الشرعى - واطهار الارادة يكون باستخدام كافة طرق التعبير عن الارادة - انظر - د / وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى - الطبعة الأولى - سنة ١٣٧٩ هـ - ١٩٦٥ م - ص ٢٧ وما بعدها .

- كما أوجبت محكمة الاستئناف - أن الكمبيالة والسند الاذنى التجارى يقتضى الأمر فيهما اشتراكهما معا فى ان تكون الورقة التجارية غير مبهمة يقين بها تاريخ التحرير ، واسم الموقع المدين ( وهو =

صفتها ، واعتبار الحق ، الذى تتضمنه الورقة من طبيعة مدنية ، أى تنطبق عليها الشريعة العامة .

لذا جاءت المادة ١٠٥ تجارى تبين ، وتوضح البيانات الواجب توافرها فى الكمبيالة ، وذلك تحت عنوان فى صورة الكمبيالات .

وان الشارع قد أوضح وجوب الشكلية ، ولكنها ليست مقصودة لذاتها ، ولكنها تهدف الى رعاية مقصد آخر ، وهو كفاية الورقة بذاتها لتقرير الالتزام ، بحيث لا يحتاج الأمر الى ورقة أخرى (٣٩) تلصق بها .

=

ساحب الكمبيالة ( واسم المدائن المأذون له ) وهو المسحوب له فى الكمبيالة ) ، وذكر الزمان ومكان الوفاء ، وان القيمة وصلت نقدا ، وان الورقة . بطبيعتها تكون قابلة للتحويل ، والتظهير ، والتداول وتختص الكمبيالة بذكر اسم المسحوب عليه ، ووجود مقابل عند المسحوب عليه وقت الاستحقاق .

- ( محكمة الاستئناف فى ١٢/٢٦/١٩١٢ - المجموعة الرسمية السنة ٢٠ - ص ٩٨٣ - رقم ٤٠٦ .

(٣٩) د/ على يونس - الاوراق التجارية - دار الحمامى للطباعة - سنة ١٩٦٥ - ص ١٨ .

- أما موقف الشريعة الاسلامية من الشكلية فى المعاملات ، فهى جائزة منعا للنزاع ، والخصومات بين الناس ، وعلى هذا لو قال انسان ، أبيعك ثوبا من عندى ، ولا يصح للجهل بالجنس ، والصفه ، واشترى منك سلعة بثمن ، ولم يصدده ، ولذا نجد الشارع حرم بيع الغرر ، وهو الجهالة فى الثمن أو المثلن ، أو هما معا أو الجهالة بأجل الدين ، ففى الحديث « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر والمنابذة والملاسة » وذلك خشية المنازعات .

- انظر الشوكاتى - نيل الأقطار - الجزء الخامس - ص ١٤٩ و١٥٠ .

- يستشف من هذا ان الشكلية تجب فى الشريعة الاسلامية يقصد

منع النزاع .

( م٤ - قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية )

كما ان الشكائية الواجبة فى الورقة التجارية لا يجوز اثباتها بالبينة ، حتى ولو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢٠) ، أو وجد مانع من الوصول الى الورقة التجارية كقوة قاهرة تقف حيال الوصول اليها .

#### ٤ - استقلال التوقيعات فى الورقة :

Principe de l'indépendance des signatures

يلتزم كل موقع على الورقة التجارية بالوفاء بقيمتها على سبيل الاستقلال ، وذلك فى ميعاد الاستحقاق ، متى تخلف عن ذلك المدين الاصلى ، وبعد توقيع كل من وقع على الورقة ملتزما التزاما مستقلا عن باقى الموقعين ، واذا حدث وكان أحد الموقعين يشوب التزامه أى عيب من عيوب عدم الرضا . يكون نتيجة ذلك ان زاحمته ارادة معينة بسبب غلط ، أو تدليس ، أو اكراه ، فلا يعنى هذا عدم وجود الارادة ، ولكنها ارادة مريضة (٤١) .

أما الجزاء الناتج عن ذلك العيب دعم الالتزام بالوفاء ، وكذا أيضا اذا شاب التوقيع انعدام مشروعيته بسبب الالتزام لا يطالب من وقع بالوفاء ، ولكن هذا لا يؤثر على باقى التوقيعات ، التى لا يشوبها أى عيب (٤٢) .

(٤٠) الدكتور/السنهورى - فى الوسيط - الجزء الثانى - بند

٢٤٢ - ص ٤٦٩ .

(٤١) د/وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة - رسالة دكتوراه -

الطبعة الاولى - المرجع السابق - ص ٤٤٣ .

(٤٢) د/محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى - الجزء

الثانى - ص ٢٠٧ .

- د/ على جمال الدين عوض - القانون التجارى - طبعة سنة

١٩٧٥ - ص ٢٠٢ .

- د/ سميحة القليوبى - الموجز فى القانون التجارى - ص ٢٥١ .

- حيث ان بطلان الالتزام الناشئ عن عيب من عيوب الارادة

لا ينسحب على باقى الموقعين على الورقة التجارية .



ويؤكد هذا المعنى ما نصت عليه المادة ١١٠ من التقنين  
- التجارى المصرى ، وينتج عن قاعدة هامة ، وهى قاعدة  
تطهير الدفع .

### ٥ - قهر المدين :

نجد الشارع قد تعمد فى الورقة التجارية أخذ المدين  
بالقسوة والقهر ، وذلك بقصد احترامه لتعهداته ، وعدم  
اخلاله بالتزاماته ، كما ألزم الدائن بتقديم الورقة التجارية  
فى يوم الاستحقاق بذاته ، كما وضع قواعد تبين امتناع  
المدين عن الوفاء ، مما يؤدى الى تحرير بروتستو (٤٣) ،  
وسريان فوائد الدين من ذلك اليوم ، وهذا وفقا لما نصت  
عليه المادة ١٦١ و١٦٢ من التقنين التجارى ، كما أجاز  
العرف أنه يمكن نشر اسماء المدينين ، الذين يمتنعون عن  
الدفع وذلك بقصد التشهير بهم وبأئتمانهم .

### ٦ - حق الحامل :

يلزم لكى تأخذ الورقة التجارية مكانتها فى المعاملات  
التجارية بين الناس أن يجد الحامل حماية لحقوقه ، ولا يتم  
ذلك الا اذا قامت الورقة التجارية بوظيفتها وفاء (٤٤) ،

(٤٣) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية بقولها : « ان السندات  
التجارية التى تحت الاذن يسرى عليها كل ما اشترطه القانون التجارى  
بالنسبة الى الكبيالات ، كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة  
بسقوط حق حامل الكمبيالة قبل المصليين فى المطالبة عن عدم القيام بعمل  
البروتستو لعدم الدفع فى المواعيد » .

( محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - الحمامة -  
السنة - ص ١٢٧ - رقم ١٢٤ ) .

(٤٤) التعريف بالشيك كأداة وفاء - انظر حكم محكمة النقض بقوله  
« الشيك هو عبارة عن سند مستحق الاداء بعد الاطلاع عليه وله مقابل  
رفاء » .

- محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ - طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق -  
السنة ٢٠ - ص ٧٠٨ رقم ٢٧١ .

وأنتمان بحيث يطمئن الحامل على هذا الحق ، ورسوخه .  
مما يدفعه الى قبول الورقة كوسيلة للوفاء كما يرضى  
بمنح الائتمان للأخرين عن طيب خاطر ، ولولا هذا لما  
قامت الحياة التجارية ، ولتعطلت المعاملات فى السوق ،  
والتي تتطلب السرعة فى الانجاز ، وبجانب ذلك أجاز  
المشرع تقديم الكمبيالة للقبول ، مما يؤدى الى ملكية مقابل  
الوفاء (٤٥) .

- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية -  
ص ٧٨٩ .

- انظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها : « ان عبارة الاوراق  
التجارية انما تطلق على الكمبيالات والسندات الاذنية ، والتي لحاملها  
والشيكات التي تقوم مقام النقود فى الوفاء بسبب سهولة تداولها » .  
- راجع شرح القانون التجارى - للاستاذ / محمد صالح ج ٢  
البند ١ - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية ٢٨/٦/  
١٩٥٦ - رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ ق .

(٤٥) وقد اعترف القانون الفرنسى الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٢  
- الذى اعترف للحامل بالملكية على مقابل الوفاء ، وقد عالج القانون  
التجارى ذلك فى المواد من ١١١ - ١١٦ - وبجانب ذلك العرف والفقهاء  
والقضاء المصرى ، مما لم ينص عليه فى التشريع .

- وقد اعترف فى اسكتلندا على اعتبار المقابل - ملكا للحامل  
فابقى على هذا العرف فى ( المادة ١٥٢ من قانون الاوراق التجارية )  
وحرصا على حقوق الحامل جعل الملتزمين فى الورقة التجارية ضامنين  
للوفاء ، كما حصن الحال من الدفع التي لا علم بها ، وهذا ما نصت  
عاليه المادة ١٧ فى قانون جنيف الموحد بقولها : « ليس لمن أقيمت  
عليهم الدعوى بكمبيالة أن يحتجوا على حاملها بأوجه الدفع المبينة  
على علاقاتهم الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ، ما لم يكن  
قصد الحامل وقت حصوله عليها اضرارا لمين » .

à moins que, en acquérant la lettre, il - le Porteur -  
n' oit agi Sciemment au débriment du débiteur

## ٧ - التوازن فى الحقوق :

لقد حمى المشرع حق الحامل بسياج من الضمانات حوله ، وبجانب هذا حاول أن يحمى الضامنين ، فوضع للحامل وقتا قصيرا لتحرير البروتستو ، وأقامة الدعوى (٤٦) وذلك من أجل الا يتمادى فى ارهاق الضامنين ، وقد رتب على فوات هذه المواعيد اعتبار الحامل مهملًا negligent مما يترتب بعلى ذلك سقوط حقه فى الرجوع على الضامنين ، ولا يتسنى له الا الرجوع على المدين الأصلي فى الصك .

## ٨ - التقادم الصرفى (٤٧) :

لقد خص المشرع المصرى التقادم بنص المادة ١٩٤ من القانون التجارى بقوله :

(٤٦) انظر حكم محكمة الاسكندرية بقولها :

« ان السندات التجارية التى تحت الاذن يسرى ، عليها كل ما اشترطه القانون التجارى بالنسبة الى الكهبيالات ، كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة بسقوط حق حامل الكميالة قبل المحيلين فى المطالبة عند عدم القيام بعمل البروتستو لعدم الدفع فى المواعيد » .  
- محكمة الاسكندرية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - المحاماه - السنة  
د ص ١٢٧ رقم ١٢٤ .

(٤٧) انظر ما يلى فى هذا الموضوع :

Kerm : La prescription en matière d'effets de commerce,  
Thèse - Poitiers 1902.

- وقد عرف التقادم فى القانون الرومانى بأنه ( التقادم طريق لاكتساب الملكية يقوم أساسا على الحيازة الطويلة مدة يحددها القانون .  
ولا يطبق الا على الملكية الرومانية .

- انظر الدكتور : محمد عبد الجواد محمد - الحيازة والتقادم فى الفقه الاسلامى - منشأة المعارف بالاسكندرية - سنة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م  
ص ٣٨ .

« كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات ، التى تحت اذن ، وتعتبر عملا تجاريا أو بالسندات التى لحاملها ، أو بالأوراق - المتضمنة أمرا بالدفع ، أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها ، وغيرها من الاوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى اقامتها بمضى خمس سنين ، اعتبارا من اليوم التالى ليوم طول ميعاد الدفع ٠٠٠ الخ »

وقد نقل المشرع المصرى هذا النص من المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة ١٨٠٧ فى المادة ١٨٩ ، ويجدر بى ذكر النص لكى يبرز الفرق بين النصين فى الصيانة :

Toutes actions relatives lettres des change, et á ceux des billets á ordre souscrits par des negociants marchands ou banquiers ou pour faits de commerce, Se prescrivent Parcing ans, á compter du jur du Prôtét ou de la dernière powrsuite jwridique, S'il n' ya eu condamnation, ou si la dette n' a été reconnue pour acte se poure Neanmoins les prétendus débiteurs seront tenus s'ils en sont requis d'affirmer, sous serment, qu' ils ne sont plus redevocbles; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qué ils estiment de lionne foi qu' iln' est plus rien dú.

### وجه الخلاف بين النصين :

قصر النص الفرنسى على الدعاوى المتعلقة بالكمبيالة ، والسند للأمر ، متى كانت محررة بصدد عمل تجارى ، وسهكت النص على الشيك ، ولكن الشارع المصرى لاحظ ، ولم يرد أن يقع فى مثل ما وقع فيه المشرع الفرنسى ، فحسم هذا بنص المادة ١٩٤ تجارى مصرى والسالف ذكرها ، ومن ثانيا هذا النص يتضح ان الشيك يدخل من ضمن الدعاوى المتعلقة بالكمبيالات ، والسندات وانما اطلق ذلك بصدد الأوراق المحررة لأعمال تجارية ، واتصف النص المصرى بعمومه ،

وانما كان النص الفرنسى - دقيقا ففى حالة وفاة المدين يتم توجيه اليمين الى ورثته أو خلفائه ( Cause - heirs ) .

وكان تعبير النص المصرى بقوله كل من يقوم مقامه ويعد هذا اسرافا من جانبه فى العموم ، وعدم دقة فى اختيار الألفاظ .

### نطاق التقادم الصرفى :

ان الاصل فى التقادم بصدد جميع الالتزامات ، سواء أكانت مدنية ، أم تجارية هو خمس عشرة سنة ، ولا يتقادم الالتزام باقصر من هذا وفقا لما نصت عليه المادة ٣٧٤ مدنى الا اذا وجد نص خاص اذن بعد التقادم الخمسى (٤٨) استثناء من القواعد العامة ، فلا يتوسع فيه ، وطالما كان الرضخ كذلك ، فلا يتوسع فى تفسير النصوص ، بل يجب قصر النص على الحالات التى يشملها ، فاذا نص فى المادة ١٩٤ تجارى على تقادم قصير مدته خمس سنوات (٤٩) ،

(٤٨) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة بقولها :

« لا ينطبق الخمسى الا على الاوراق الصادرة من تاجر أو لغرض تجارى . . . الخ » .

- محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١/٧/١٩٢٨ - المحاماة - السنة ٩ ص ٤٥٣ رقم ٢٦٤ .

(٤٩) انظر حكم محكمة الموسيقى بأنه :

« الاوراق التجارية المقصودة فى المادة ١٩٤ تجارى هى الاوراق التى يتداولها التجار فيما بينهم كما يتداولون اوراق النقد ، وليس هذا شأن الفواتير المحررة من تاجر لتاجر ، واثن فمعدة تقادم الفواتير التجارية هى خمسة عشر عاما لا خمسة اعوام » .

( محكمة الموسيقى الجزئية فى ٢٩/٥/١٩٣٨ - المحاماة السنة ٢٠ -

ص ١٠٢٦ رقم ٤١٨ ، وايضا حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة الثامنة التجارية ٣١/١٠/١٩٥٥ رقم ٢٢٣ سنة ٧٢ ق .

فيلزم ان ينظر اليه بوصفه استثناء ، والمدقق فى هذا النص  
يجده يقصر التقادم الخمسى على بعض الدعاوى المتعلقة  
بنوع معين من الاوراق .

### (أ) - موقف الشريعة من التقادم :

لا تفرق الشريعة الاسلامية بين التقادم المكسب ،  
والتقادم المقسط (٥٠) ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٤٨  
و١٢٥٣ من مجلة الاحكام العدلية ، وما أورده ابن عاصم من  
المالكية : تحت عنوان فصل فى حكم الحوز :

والاجنبى ان يحز أصلا بحق : عشر سنين فالتمالك استحق  
وانقطعت حجة مدعية : مع الحضور خصام فيه  
الا اذا اثبتت حوزا يالكرا : أو ما يضاهيه فلن يعتبر  
والاقربون حوزهم مختلف : بحسب اعتمارهم يختلف  
وكذا أورد صاحب رسالة ابن ابى زايد القيروانى بقوله :

« ومن حاز دارا على حاضر عشر سنين ، تنسب اليه ،  
وصاحبها حاضر ، عالم لا يدعى شيئا ، فلا قيام له » (٥١) .

وقد تضاربت أقوال فقهاء المالكية تضاربا بينا فى  
عدد سنين التقدم المؤدى الى عدم سماع الدعوى ، وسأكتفى  
بهذا القدر فى التقادم مبينا ان الشريعة الاسلامية عرفت  
التقادم بانواعه ، وكان لها قصب السبق فى ذلك عن  
ما عداها من التشريعات الوضعية .

---

(٥٠) وتفصل القوانين فى الغالب بين التقادم المسقط والتقادم المكسب  
د/ السنهورى - الوسيط - ج ٣ - ص ٩٩٥ .  
(٥١) عبد السميع الازهرى - شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى  
- المكتبة التجارية بمصر - سنة ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م - الجزء الثانى -  
الصفحة رقم ٢٦٢ ومايعدها .

## الخاتمة

يستطيع الناظر للشريعة الاسلامية أن يقرر بادية  
ذى بدء أن المصطلحات الفقهية فى الشريعة تختلف اختلافا  
بيننا عن ميثلتها فى القانون ، وان الذى يوجد بينهما وجه  
تشابه بينهما - وان كان القانون قد اقتبس العديد من  
القواعد الشرعية ، وبنى عليها ، فمثلا الأوراق التجارية  
قد أقرتها الشريعة الاسلامية ، ووضعها موضع التنفيذ ،  
واذا كان التطور فى الاستخدام يحتاج الى عدة قرون ،  
وما زال الاجتهاد والتطور مستمرا ، وان كانت الشريعة  
الاسلامية ، قد أدركت منذ أربعة عشر قرنا أهمية التطور  
وسرعة التعامل بين التجار ، ولم تخل الشريعة من أحكام  
ومفاهيم ، ما زالت تأخذ بها أحدث النظم العصرية ، وذلك  
بسبب أنها ليست من نتاج عقول قاصرة وأفهام عاجزة  
بل هى تعتمد على شرع الله الذى خلق العقول والافهام .

وقد أبرزت ذلك فى بحثى قواعد الصرف بين الشريعة  
الاسلامية والقانون الوضعى .

ومن خلال المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون  
الوضعى ، اتضح عمومية عقد الصرف فى الشريعة الاسلامية  
وأن قواعد الصرف فى بعض الاحيان تنطوى تحت عقد  
الصرف بجانب حوالة الحق ، والدين .

وبذا يتضح ان المصدر التاريخى للأوراق التجارية ،  
كانت هى الشريعة الاسلامية بمالها من قصب السبق على  
ما عداها من التشريعات فى انجاز ما يلزم للتجار فى  
حياتهم العملية .

كما يتضح ان الكمبيوتر وجدت فى الشريعة الاسلامية  
تحت مسمى السفتجة ، وان كانت لا تتطابق معها ، ولكن

وجه الشبه بينهما واضح ، وكذا السند الاذنى فهو مسمى  
السند تحت الاذن .

وكذا أيضا اتضح لى أن الشريعة الاسلامية لم  
تستبعد فكرة التقادم المكسب ، بل عرفتة كسبب من أسباب  
الحيازة المؤدية الى الملكية .

ومن ثنايا هذا البحث ايضا يتضح ان قاعدة تطهير  
الدفوع لا تعارض بينها وبين احكام الشريعة الاسلامية .

وفى نهاية المطاف استطيع ان أقرر ان الموضوع مازال  
يحتاج الى الدراسة المستفيضة ولعل هذه الدراسة تكون  
بداية على الطريق داعين الله سبحانه وتعالى ان يفقهنا  
فى أمور شريعتنا أنه نعم المولى ونعم النصير .



## المراجع الشرعية - ١ - التفاسير والأحاديث

| اسم المؤلف   | رقم مسلسل |
|--|-----------|
| اسم المرجع وتاريخ الطبعة<br>صحيح البخارى طبعة الشعب  | ١         |
| تفسيره - دار سعادت سنة<br>١٣١٦ هـ  | ٢         |
| الجامع الصحيح مكتبة الثقافة<br>الدينية   | ٣         |
| سبل السلام - دار الزهراء   | ٤         |
| نيل الأوطار شرح منقى<br>الاخبار من أحاديث سيد<br>الاخيار - المطبعة الاميرية -<br>سنة ١٢٩٧ هـ | ٥         |
| فى صحيحه - طبعة الشعب  | ٦         |
| فى شرحه على صحيح مسلم<br>- طبعة الشعب -  | ٧         |
| تنوير الحوالك على شرح على<br>موطأ مالك - مطبعة الحلبي  | ٨         |
| المغنى - مكتبة الجمهورية   | ٩         |
| بلغت السالك لاقرب المسالك<br>على الشرح الصغير - مطبعة<br>الحلبي                              | ١٠        |
| كشف الاسرار - طبع الاستانه<br>سنة ١٣٠٨ هـ  | ١١        |

| اسم المرجع وتاريخ الطبعة  | اسم المؤلف                 | رقم مسلسل |
|---|----------------------------|-----------|
| تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق<br>- المطبعة الكبرى الاميرية<br>- القاهرة - سنة ١٣١٣ هـ . | الزيلعى                    | ١٢        |
| فتح الوهاب بشرح منهج<br>الطلاب - مطبعة الحلبي .   | أبى يحيى<br>زكريا الانصارى | ١٣        |
| المهذب - طبع القاهرة -<br>سنة ١٣٤٣ هـ .   | الشيرازى                   | ١٤        |
| المبسوط - مطبعة السعادة -<br>بمصر - سنة ١٣٢٤ هـ .                                       | السرخسى                    | ١٥        |
| المستصفى فى الاصول - طبع<br>القاهرة - سنة ١٣٢٢ هـ .                                     | الغزالى                    | ١٦        |
| بدائع الصنائع - مطبعة<br>شركة المطبوعات العلمية<br>القاهرة - سنة ١٣٢٨ هـ .              | الكاسبانى                  | ١٧        |
| فتح القدير شرح الهداية<br>مطبعة مصطفى محمد القاهرة                                      | الكمال<br>بن الهمام        | ١٨        |
| الهداية شرح بداية المبتدى<br>مطبعة الحلبي - سنة ١٣٨٤ هـ                                 | المرغينانى                 | ١٩        |
| مجمع الانهر شرح ملتقى الابر<br>- دار الطباعة العامرة - سنة<br>١٣٠٤ هـ (القاهرة) .       | داماد أفندى                | ٢٠        |
| شرح رسالة ابن أبى زيد<br>القيروانى - المكتبة التجارية<br>المصرية - سنة ١٣٥٨ هـ ١٩٣٩ م   | عبد السميع<br>الازهرى      | ٢١        |

| اسم المرجع وتاريخ الطبعة   | اسم المؤلف              | رقم مسلسل |
|--|-------------------------|-----------|
| الحياسة والتقدم فى الفقه<br>الاسلامى - منشأة المعارف -<br>١٣٩٧ هـ .            | محمد<br>عبد الجواد      | ٢٢        |
| حاشية الدسوقى على الشرح<br>الكبير - طبعة الحلبي .                              | محمد عرفه<br>الدسوقى    | ٢٣        |
| الروض المربع شرح زاد<br>المستفنع - طبعة الرياض .                               | منصور البهوتى           | ٢٤        |
| درر الحكام شرح غرر الاحكام<br>- المطبعة العامرة القاهرة -<br>سنة ١٣٠٤ هـ .     | منلا خسرو               | ٢٥        |
| مصادر الحق فى الفقه<br>الاسلامى - دراسة مقارنة -<br>مطابع دار المعارف ١٩٦٧ م . | السنهورى                | ٢٦        |
| مدخل الفقه الاسلامى -<br>وأخرى طبعة أولى                                       | عبد الجليل<br>القرنشاوى | ٢٧        |
| التعبير عن الارادة فى الفقه<br>الاسلامى طبعة أولى<br>١٣٧٩ هـ .                 | وحيد الدين<br>سوار      | ٢٨        |

### ب - كتب قانونية - ١ - قانون تجارى

| اسم المرجع وتاريخ الطبعة   | اسم المؤلف     | رقم مسلسل |
|--|----------------|-----------|
| الاوراق التجارية - فى النظام<br>السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ<br>١٩٨٥ م .                        | سعيد يحيى      | ١         |
| الموجز فى القانون التجارى<br>الطبعة الاولى - دار الثقافة<br>العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠ م | سميحة القليوبى | ٢         |

| رقم مسلسل | اسم المؤلف         | اسم المرجع وتاريخ الطبعة  |
|-----------|--------------------|---|
| ٣         | سمير الشرقاوى      | القانون التجارى الطبعة<br>١٩٧٠م .   |
| ٤         | على البارودى       | كتاب القانون التجارى اللبنانى<br>مطبعة بيروت - مكتبة مكاوى<br>سنة ١٩٧٢م .                         |
| ٥         | على<br>جمال الدين  | القانون التجارى - طبعة<br>١٩٧٥م .   |
| ٦         | على يونس           | الاوراق التجارية - دار<br>الحمامى للطباعة - سنة ١٩٦٥م   |
| ٧         | عبد المعين<br>لطفى | موسوعة القضاء فى المواد<br>التجارية - دار الكاتب العربى<br>للطباعة والنشر - سنة ١٩٦٧م             |
| ٨         | محسن شفيق          | الوسيط فى القانون التجارى<br>المصرى - مطبعة البيان العربى<br>الطبعة الثالثة - سنة ١٩٥٧م           |
| ٩         | محسن شفيق          | الوسيط فى القانون التجارى<br>المصرى - الجزء الثانى - طبعة<br>الثالثة - سنة ١٩٧٥م .                |
| ١٠        | محسن شفيق          | القانون التجارى المصرى<br>الاوراق التجارية - الطبعة<br>الاولى مطبعة معهد دون بوسكو<br>سنة ١٩٥٤م . |
| ١١        | محمد صالح          | شرح القانون التجارى<br>الجزء الثانى .   |

## تابع كتب قانونية - ب - كتب قانون مدنى

|          |    |   |
|----------|----|---|
| السهنورى | ١٢ | الوسيط فى شرح القانون المدنى<br>مطابع مؤسسه روز اليوسف<br>١٩٨٦م |
|----------|----|---|

## المراجع العامة

| رقم مسلسل | اسم المؤلف | اسم المرجع وتاريخ الطبعة                            |
|-----------|------------|---|
| ١         | الرازى     | مختار الصحاح - المطبعة<br>الاميرية - ١٣٥٥هـ - ١٩٣٧م |

## مراجع ودوريات

|   |                      |
|---|----------------------|
| ١ | مجلة المحاماه        |
| ٢ | مجلة الاحكام العدلية |
| ٣ | المجموعة الرسمية     |

## كتب أجنبية

- 1 — Rev trem de dr, Civil 1921.
- 2 — av ahl, 1931.
- 3 — Kerm — la prescription en matière d'effets de Commerce --- Théce Poitiers' 902