مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني (دراسة مقارنة)

الدكتـــور
شريف رأفت محمد أحمد حماد
دكتوراه في القانون المدني
كلية الحقوق - عين شمس
أكاديمية الشرطة

مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني "دراسة مقارنة"

شريف رأفت محمد أحمد حماد.
القانون المدني، كلية الحقوق - عين شمس، أكاديمية الشرطة، القاهرة، مصر.
البريد الإلكتروني:Sherifrafaat٦٦٦٦@gmail.com

ملخص البحث:

يعد الحق في الحبس -كوسيلة للضمان في القانون المدني- أحد الموضوعات القانونية الهامة الجديرة بالدراسة والتحليل؛ حيث يهدف البحث إلى بيان المقصود به، وأساسه، وطبيعته في القانون المدني والفقه الإسلامي، مع بيان آراء الفقهاء وأحكام المحاكم، مستعينًا على ذلك بالمنهج الاستقرائي التحليلي المقارن.

يتألف البحث من فصلين،يتضمن أولهما تعريف الحق في الحبس، وأساسه في القانون المدني والفقه الإسلامي من خلال مبحثين، في حين يشتمل الفصل الثاني على عدة مباحث تبين طبيعة الحق في الحبس في القانون الروماني، والفرنسي، والمصري، وأخيرًا الفقه الإسلامي، وينتهي البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

ويتضح من خلال البحث اتفاق القانون المدني والفقه الإسلامي في تعريفهما لمدلول الحق في الحبس، وكذا اتفاقهما في الأساس الذي أقيم عليه، مع تفرد الفقه الإسلامي بتناول الأساس الأعم "حق الظفرة" ، في حين تباينت آراء الفقهاء والقضاة في طبيعة هذا الحق بين اتجاهات عدة،

وقد انتهت الدراسة إلى أنه دفع بعدم القبول من حيث طبيعته، وهو ما أيدته محكمة النقض في بعض أحكامها، وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي لم يتوقف كثيرًا عند بيان طبيعة الحق في الحبس، مكونًا بذلك نظرية عامة سبقت التشريع الوضعي بتطبيقه الحق في الحبس باعتباره حق أصلي كلي شامل.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني – الضمان – الحق في الحبس – الحق العيني – الحق الشخصي.

The concept and nature of the right to confinement as a means of guarantee in civil law "A comparative study"

Sherif Raafat Mohamed Ahmed Hammad.

Department of Civil Law, Faculty of Law - Ain Shams,

Police Academy, Cairo, Egypt.

E-mail:Sherifrafaat٦٦٦٦@gmail.com

Abstract:

One of the important legal issues worthy of study and analysis is the right to confinement- as a safeguard in the civil law. Where the research aims to clarify what is meant, its basis, and its nature in the civil law and Islamic jurisprudence, with a clarification of the opinions of jurists and court rulings, using this analytical inductive comparative method.

The research consists of two chapters, the first of which includes the definition of the right to confinement and its basis in the civil law and Islamic jurisprudence through two topics, while the second chapter contains several topics explaining the nature of the right to confinement in Romanian, French, and Egyptian law, and finally Islamic jurisprudence, and the research ends with a conclusion that includes The most important findings and recommendations.

It is clear through the research the agreement of civil law and Islamic jurisprudence in their definition of the meaning of the right to confinement, as well as their agreement in the basis on which it was established, with the uniqueness of Islamic jurisprudence

dealing with the broader basis "right to victory, while the opinions of jurists and judges differed in the nature of this right between several directions. The study concluded that he argued that it was not accepted in terms of its nature, which was supported by the Court of Cassation in some of its rulings. It is worth noting that Islamic jurisprudence did not stop much when explaining the nature of the right to confinement, forming a general theory that preceded the positive legislation by applying the right to confinements an original right All-inclusive.
Keywords: civil law, guarantee , the right to confinement, the right in kind، the personal right.

مفهوم الحق في الحبس
وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني
(دراسة مقارنة)

١) نتناول في هذا البحث تعريف الحق في الحبس وأساسه ، وطبيعة الحق في الحبس ، في القانون المدني والفقه الإسلامي مع بيان آراء الفقهاء وأحكام المحاكم.

هذا ونتناول تلك الموضوعات في فصلين على الوجه الآتي :

الفصل الأول
تعريف الحق في الحبس وأساسه
في القانون المدني والفقه الإسلامي

٢) يشتمل هذا الفصل على تعريف الحق في الحبس وأساسه في القانون المدني والفقه الإسلامي وذلك في مبحثين على الوجه الآتي :

المبحث الأول
تعريف الحق في الحبس وأساسه
في القانون المدني [١]

(١) أنظر في هذا البحث : المراجع في الفقه الإسلامي :

Cassin (Rene) : De l'exception tiree de l'inexecution dans les –
.rapports synallagmatique These raris ١٩١٤

Coiin(A) et Cipitant (H) : Cours elementaire de droit civil –
francais ll
lO ed ١٩٤٨ , ١٩٣٥–

<V.Drrida (F) : Retention < Rep. de droit civil ١٩٧٩ T.Vll–

J) Mande-Djabou: La notion etroite du droit de retention J.C.P.) –
.١٩٧٦-l-doct–٢٧٦٠

نائب رئيس محكمة الاستئناف عضو لجنة التشريع بجمهورية افريقيا الوسطى :

Nicole Catala Franjou (N): De la nature juridiaue du droit de –
.retentein Rev. Trime ١٩٦٧-P.٩–٤٤

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية بديجون Dijon

planiol, Ripert et Esmein : Traite de Droit civil, T٦ Paris, ١٩٥٢–

.Laurent : Principe de droit civil ٢٩e ١٨٩٨–

.Josserand (Louis): Cours de droit civil positif francais ٢ed–

Guillouard: Traite du nantissement et du droit de retention, no. ١٩ –
.et ٢٣

بـوب (Bobes) تطبيقـات في المحـبس ، رسـالة مـن بـاريس ١٩١٣ ، انـسبكنوبيدى ، واللوزج٤ ص ٧٠٣ وما بعدها.

تعريف الحق في الحبس:[1]

في الفقه المصري : د. إسماعيل غانم، النظريات العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - ص ٢٢٤ وما بعدها. مكتبة عبد الله وهبه ط ١٩٦٧م . أنور سلطان ، جلال العدوى ، رابطة الالتزام ط ١٩٦٨م ص ٢٢٠ وما بعدها، د. سليمان مرقص ، حقوق الامتياز والحق في الحبس ص ٥٨١ وما بعدها طبعة ١٩٥٢ م المطبعة العالمية - د. طلبة وهبة خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة ط ١ دار الفكر العربي ص ١٠٠ وما بعدها - د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في أحكام الالتزام ص ٢١٣ وما بعدها- مطبعة نهضة مصر - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج٢ المجلد الثاني ، آثار الالتزامات طبعة ١٩٨٢ دار النهضة العربية ص ١٤٥٧ وما بعدها - د. عبد المنعم البدراوى ، النظريات العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ج٢ طبعة ١٩٧٣ مكتبة سيد عبد الله وهبه ص ١٨٤ وما بعدها - د. محمد لبيب شنب ، كيفية استعمال الحق في الحبس بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، العدد الثاني السنة العاشرة يوليه سنة ١٩٦٨ ص ٤٣٧ وما بعدها . د. محمد شكري سرور ، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري ط ١ ٨٤/ ١٩٨٥م دار الفكر العربي ص ١٢٦ وما بعدها.

(١) Retention Rep-de droit civil l٩٧٩ T.V llRipert (G) et Bou-V. .Drrida (F) langer: Traite de droit civil T٢ ١٩٥٨ No.٣٢٧٠

حيث يتضح من تعريفهم للحق في الحبس أنهم يقصرونه على الحالة التي يكون فيها الشئ غير مملوك لإذن الحابس - أنظر أيضاً في هذا المعنى ، د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني ، رسالة من جامعة القاهرة ١٩٥٣م ، طبعة ١٩٥٦، ص ٢٤٥ ، هامش (٣). تقابل هذه المادة المادة رقم ٢٤٦ / ١ من المشروع المصري

تنص المادة ٢٤٦ / ١ من التقنين المدني المصري على أن (لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا)[1].

والنص المذكور يوضح لنا أن الحق في الحبس Droit de retention يقصد به أن لكل من يقع عليه التزام أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بمناسبة التزام المدين ومرتبط به.

فالحق في الحبس يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به ، سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانوني كالعقد أو الواقعة القانونية كالإثراء بلا سبب ، بمعنى أن يكون شخص دائناً ومديناً في نفس الوقت ، هو مدين بتسليم شئ وهو دائن لمن يحق له تسلم هذا الشئ ، فيكون له الحق في أن يحتفظ بالشئ ويمتنع عن تسليمه ، أي يكون له الحق

لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية حين نصت على تعريف الحق في الحبس بقولها " لكل من التزام بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به ، مادام الدائن لم يقدم تأمينا كافياً للوفاء بالتزامه ".

(١) انظر في تعريف الحق في الحبس : د. إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ وما بعدها بند ٩٩ ـ د. أنور سلطان ، د. جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ وما بعدها ، بند ٢٠٢ـ د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ بند ٤٠١ ـ د. طلبة وهبة ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ بند ٩٤ ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ وما بعدها بند ١٢٣ .

في حبسه حتى يفي المدين بالتزامه، فالبائع مثلا: ملتزم بنقل ملكية المبيع للمشترى ، وهو في نفس الوقت دائن لهذا المشترى بالثمن ، فهو دائن ومدين ، وكل من الالتزامين ناشئ بسبب الآخر ومرتبط به ، ومن ثم يحق للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع ، أي يحبسه حتى يفي المشترى بالثمن.

- والحق في الحبس - طبقاً للمفهوم السابق - يكون وسيلة لحمل المدين بدين واجب الأداء، على سداد هذا الدين للدائن عن طريق امتناع هذا الأخير عن تسليم شئ يجب عليه تسليمه للمدين مادام أن هناك ارتباطاً بين حق الدائن والتزامه بالتسليم ، أي يدفع به الدائن مطالبة مدينه له بتسليم شئ له الحق في تسلمه ، مادام أنه لم يعرض الوفاء بالتزام عليه للدائن مرتبط بالتزام هذا الأخير بالتسليم.

وخلاصة القول : أن الحق في الحبس هو نظام قانوني يخول للدائن الذي يكون ملتزماً بتسليم شئ معين لمدينه في أن يمتنع عن تسليم هذا الشئ حتى يستوفى كامل حقوقه المرتبطة بهذا الشئ م ٢٤٦/ ١ مدني مصري.

وقد قضت محكمة النقض بما يؤيد ذلك المعنى بأن (حق الحبس وفق المادة ٢٤٦ من القانون الذي تثبت للدائن الذي يكون ملتزماً بتسليم شئ لمدينه فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين ، طالما أن التزامه بتسليم الشئ مرتبط بسبب الحق الذي يطالب الوفاء به ، ومترتب عليه ، ومادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن بعد مقدراً ، وحق الحبس بهذه المثابة يختلف عن المقاصة التي تكون سبباً لانقضاء الدينين بقدر الأقل

منهما ذلك أن حق الحبس يظل معه الدينان قائمين ويعد وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء) [١].

أساس الحق في الحبس [٢]:

اختلف الشراح في الأساس الذي ينبني عليه الأخذ بالحق في الحبس ، فذهب

---

(١) نقض مدني بتاريخ١٧/ ٣/ ١٩٧٠ ، مجموعة النقض المدنية س ٢١ ص ٤٥٩ ، مشار إليه في التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء ـ محمد كمال عبد العزيز ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٠ ، ص ٩٨ ـ كما قضت محكمة النقض أيضاً بتاريخ ١١/ ١٢/ ١٩٧٩ في الطعن رقم ٧٥٥ سنة ٤٥ ق انه (إذا نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني) أن يكون لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاتب للوفاء بالتزامه هذا" ، فقد وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات في أحوال لا تتناهى فلكل مدين أن يمتنع نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به ، ومن ثم فإن حق الحبس دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان ....".

(٢) انظر في الفقه الإسلامي : كولان وكابيتان ، المرجع السابق ج٢ ط ١٠ بند ١٠٤٨ وما بعدها.

Baudry lacantinerie de lynes: Traite. Theorique pratique de droit – .civil T l٩o٦ P. ٢٣٣-٢٣٨

في الفقه المصري : أنور سلطان ، جلال العدوى ، المرجع السابق ص ٢٢١ بند ٢٠٢ ، د. إسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٢٦ ـ د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٥٨٤/ ٥٨٥ ـ د. عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص ١٨٤ ، بند ١٦١ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ ـ د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ ، بند ١٧٥.

بعض الفقهاء [١] : إلى القول بأن أساس الحق في الحبس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين يقصر هذا الحق على الحالات التي تكون فيها حيازة الشئ مستندة إلى عقد ملزم للجانبين بخصوص هذا الشئ.

ولكن غالبية الفقهاء: اتجه إلى القول بأن مبنى الحق في الحبس هو اعتبارات العدالة وحسن النية التي يجب أن تسود المعاملات ، فليس من العدل في شئ أن يطالب شخص بأداء ما عليه لآخر قبل أن يستوفى ماله : قبل هذا الأخير لأن ذلك يتنافى مع العدل والمنطق القانوني.

وذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار حسن النية شرطاً من شروط التمسك بالحق وليس أساساً [٢]. ولكننا نرى أن حسن النية ليس شرطاً لقيام الحق في الحبس ابتداءاً بل هو من جملة الأسس العامة التي تقضى بها العدالة فنظام الحق في الحبس قائم في جملته على العدالة وحسن النية ، وهى ليست وقفاً على ميدان العلامات التبادلية بل تشمل جميع الروابط القانونية وينفى تسويتها وفقاً لقواعد العدالة وحسن النية وعلى أساس من التكافؤ في المراكز القانونية ، والواقع أن نصوص التشريعات تؤيد ذلك فقد نص عليها في بعض

---

(١) أنظر في هذا الرأي بودرى لاكانتيزى ، المرجع السابق ، بند ٢٣٣ ، وما بعده.

(٢) انظر في اعتبار حسن النية شرطاً للحق في الحبس : كنان ، المرجع السابق ص ١٦٩-١٧٢.

التشريعات بمناسبة العقود (م١١٣٤/ ٢ من القانون المدني الفرنسي ١٤٨٩ مدني مصري)[١].

هذا ويترتب على الأخذ بالرأي الأول كأساس للحق في الحبس أن يجعل الحق في الحبس مجرد تطبيق للدفع لعدم التنفيذ بحيث لا يثبت إلا في تنفيذ العقود الملزمة للجانبين (م١٦١ مدني مصري) [٢].

أما الرأي الثاني : فيوسع من دائرة الحق في الحبس بحيث تشمل حالة كل دائن يكون في ذات الوقت مديناً لمدينه . أي تشتمل على العلاقات ذات الارتباط الموضوعي إلى جانب المسائل ذات الارتباط القانوني وفى ذلك يجعل الدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا نوع من أنواع الحق في الحبس حيث يشتمل على الارتباطات التبادلية إلى جانب الارتباط الموضوعي أي المادي ، وأرى " أن لكل منهما مجال خاص به في نطاق العلاقة التبادلية أي

---

(١) نصت المادة ١٤٨/ ١ مدني على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

وفى معرض الإشارة إلى العدالة نصت المادة ١٤٨/ ٢ مدني على انه " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

(٢) نصت المادة ١٦١ مدني مصري على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

التعاقدية بالإضافة إلى تفرد الحق في الحبس بالمجال المادي أو الموضوعي".

- إلا أن الإنصاف والعدالة وحسن النية التي استند إليها المشرعون للقول بالحق في الحبس لا تتيح التمييز بين هذا الحق والدفع بعدم التنفيذ على العكس أنها تعمل على تعزيز الصلة التي توجدها لأنه في حالة أو أخرى فمن الظلم إرغام شخص على إعادة شئ يستحوذ عليه في حين أن مدينه يتشبث بعدم تنفيذ الالتزام الخاص به ، ويعلن أنه رافض على الرغم من ذلك.

كما أن فكرة الائتمان [1]، تبرر بشكل أقل كذلك هذا التمييز وفى الواقع أن الذي يرفض إعادة المال الخاص بمدينة لا يميل بعد إلى منحة ائتمان.

خصائص الحق في الحبس :

من تعريف الحق في الحبس يمكن أن نستخلص الخصائص الآتية :

(أ) الحق في الحبس دفع يثبت للمدين الذي يكون في الوقت ذاته دائماً لدائنه ، وذلك بشروط معينة ، فلا يتصور أن ترفع به دعوى أصلية لأنه لا يخول صاحبه إلا الامتناع عن رد الشئ عند مطالبته به[2]. وإذا كان للحابس

---

(١) -Piont, Essai d'une theorie du droit de retention au point de vue legislative these Paris l٩٠٨ P. ٢٢٥-٢٢٣ et suiv.

Hommel : le droit de retention, essai d'une theorie en droit – francais, these Strasbourg ١٩٢٨,P.٩١ et suiv.

(٢) جوسران ، ج٢ ، بند ١٤٧١.

عند خروج الشئ من يده دون رضاه أن يسترده ليستعمل حق الحبس عليه ، فإن دعواه لا يكون موضوعها الحق في الحبس بل استرداد الشئ باعتبار أن خروجه من يد حائزة أو محرزة رغم إرادته يعتبر سرقة ضمان واعتداء على الحيازة.

(ب) يترتب على كون الحق في الحبس حقاً من حقوق الضمان اعتباره حقاً تابعاً ، فهو لا يمكن أن يوجد مستقلاً بل يجب أن يستند إلى الالتزام الذي يوفر ضمان الوفاء به وهو يتبع هذا الالتزام في وجوده وفى صحته وفى انقضائه ، وهو في هذه الحالة يعتبر تابع مشروع وليس العقد هو الذي يحقق وجوده ولكنه القانون [1].

ـ ولكن هل الحق في الحبس الذي أنشأه القانون قد منحه لجميع الدائنين دون تمييز أو أن هذا الضمان التبعي قد تم الاحتفاظ به لعدد من الدائنين فقط ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل من وجهة نظري كانت وستظل على مدى الزمن متغيرة للغاية ويكن أن نستدل على ذلك بالتطورات التي حدثت في القانون الفرنسي ، إذ أنه في الأيام التالية لصدور القانون المدني الفرنسي نجد أنه في

---

(١) في الوقاع على الرغم من أنه تحدث أحياناً محاولات في نطاق هذا الضمان بموجب اتفاق فإن أصله الغير تعاقدي يظل من حيث المبدأ ويقابله رهن الحيازة ، وينبغي أن تستبعد بالتأكيد الحالات التي يلجأ إليها دائن المرتهن أو مرتهن الحيازة العقاري ، إن حق حبس الشئ يدمج إذن بامتياز وهو حق أكثر اتساعاً وأكثر قوة بحيث لا يشكل إلا أحد المظاهر " انظر دريدا ، دائرة المعارف "V.Encyc" ، داللوز. خامسا : " الحبس ، بقلم ف ، دريدا، الأرقام من ٤٩ وما يليها".

نطاق المدرسة التفسيرية ذهب رجال القانون بتحديد نطاق الحق في الحبس - إلى تم تصوره كامتياز- بالحالات المنصوص عليها في القانون والتي يستفيد منها الدائنون الذين حددهم القانون [١].

ولقد طرأت تطورات على هذه الحلول في النصف الثاني من القرن التاسع عشر [٢] . وتعرض فيها مجال الحق في الحبس للتوسع التدريجي من طريق التماثل الذي تلجأ إليه المحاكم [٣]. وفى الفقه يتمسك "أوبرى ورو" بمبدأ تفسير حرفي إذا لم يوجد أي رباط بين المحتبس وخصمه، إلا أنهما يوصيان بقبول عام لحق الحبس - على أنه بمجرد تطبيق للدفع بعدم التنفيذ - في العلاقات التعاقدين وشبه التعاقدية [٤]. ويذهب " كولان وكابيتنان" [٥]. وبصفة خاصة بونيكز [٦] "Bonnecase" إلى أبعد من ذلك أيضا في معنى

---

(١) الفقه والقضاء يطبقان على الحق في الحبس قاعدة : ليس ثمة امتياز بدون نص.

(٢) حول هذا التطور التاريخى أنظر :

V. Cassin : De l'exception tireee de l'inexecution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de retention, la .compensation et la resolution, these Paris ١٩١٤, P.l٥o et s

(٣) انظر الأمثلة التي أوردها كسان : المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٤) .Aubry et Reu: Droit civil (٦e ed.par Bartin)T.lll No. ٢٥٦ bis

(٥) Colin et Capitant, Cours elementaire de Droit civil francis (O .ed-par julliot et la Morandiere, t,ll No. ١٤٧٣ et s

(٦) Bonnecase, supplement au traite de droit civil Baudrylacontinerie .tv, P.٦٤٤

توسعي باقتراحهم منح الحق في الحبس إلى كل دائن حتى الذي أصبح دائناً بشكل عارض [١].

علاوة على أن قانون التجارة الألماني يسمح لكل دائن بحسن نية لم يسدد له أن يحبس الشئ الخاص لمدينه أيا كان سبب حقه الديني وسبب حيازته (المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧١) [٢]. وينص القانون السويسري كذلك على هذا الأمر بالنسبة للتجار في علاقات أعمالهم ، ومع ذلك ففي مجال القانون المدني ترسم هذه التشريعات فضلاً عن القانون اليوناني حدود ضيقة بشكل أكبر بالنسبة للضمن الممنوح (م٢٧٣ وما يليها من القانون المدني الألماني ، المادة ٨٩٥ وما يليها من القانون المدني السويسري ، المادة ٣٢٥ من القانون المدني اليوناني) [٣].

---

(١) انظر بشأن وجهة النظر هذه وبصفة خاصة كسولان وكابيتنان وتعليقات هيبرو (M. Hebraud) دراسات في القانون المدني ج٢ طبعة ١٩٥٠ ، ١٩٥١م.

(٢) أن هذه الاختلافات القائمة بين الحلول التي طرأتها دولتان من دول السوق المشتركة رثى لحالهم مؤخراً قرار أصدرته الغرفة التجارية التابعة لمحكمة النقض والإبرام في ٢٣ يونيو ١٨٦٤ (انظر مذكرة (C. senert) جريدة الوكلاء التجاريين سنة ١٩٦٥ ص ٨٠.

(٣) يستحب القانون المدني السويسري علاقة ارتباط عندما يكون في التجاريين في موضوع خلال: (المحكمة الفيدرالية بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٦٠ ، المذكور في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٦١ ص ٤١٢.

(ج) الحق في الحبس باعتباره إحدى وسائل الضمان يعتبر حقاً غير قابل للتجزئة لمصلحة الدائن ، أي يكون للدائن أن يحبس كل الشئ الموجود في يده إلى أن يستوفى كامل حقه من أصل وفوائد ومصروفات ، ولا يكون للمدين أن يطالب الدائن بتخليه عن جزء من الشئ المحبوس مقابل الجزء الذي وفاه للدائن من مدينه.ولا يترتب على قبول الدائن الوفاء الجزئي سقوط حقه في الحبس غير أن الدائن يجوز له أن ينزل عن حقه في الحبس عن كل الشئ المحبوس كما يجوز له أن ينزل عن هذا الحق بالنسبة إلى جزء من ذلك الشئ فيسلم بعضه ويستبقى البعض الآخر ، ولا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في ذلك ، فإذا وفى المدين الجزء الأكبر من الدين وطلب الإخراج عن جزء من الشئ المحبوس تعين على الدائن أن يجيبه إلى طلبه مادام لا يعيبه وهو ضرر من ذلك وإلا كان رفضه إساءة لاستعمال حقه [1]. كما سيتضح لنا فيما بعد.

(د) الحق في الحبس يتعلق بالمنقول والعقار على السواء، وهو لا يخضع لنظام الشهر العقاري إذا تعلق بعقار، لأنه ليس حقاً عينياً كما سيتضح عند تناول طبيعة الحق في الحبس.

(هـ) والحق في الحبس لا يتضمن حق امتياز : فنصت المادة ٢٤٧/ ٢ على أنه (مجرد الحق في حبس الشئ لا يثبت حق امتياز له).

---

(١) بودرى لاكانتبزى ، المرجع السابق ، نبذة ٢٤٤.

وعلى ذلك ، ليس للدائن الحباس ـ بصفته هذه ـ حق الأفضلية أو التتبع ، على المعنى المقصود في الحقوق العينية التبعية ، وسنتناول هذا الموضوع بالتفصيل فيما بعد في نطاق هذا البحث.

المبحث الثاني
تعريف الحق في الحبس وأساسه
في الفقه الإسلامي

الحبس لغة [١] : هو المنع وهو مصدر حبس من باب ضرب.

وفى الاصطلاح :

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

ويمكن استخلاص هذا التعريف من خلال النصوص الفقهية التي وردت حيث جاء في البدائع [٢]. " للمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الأجرة .... وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفى الثمن ".

كما نصت أيضاً المادة ٤٥٤ من مرشد الحيران على الحق في الحبس بقولها " للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن إذا كان الثمن كله حالاً ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحدة وسمى لكل منهما ثمناً فله حبسه إلى استيفاء كان الثمن".

---

(١) انظر المصباح المنير ج٢ ص ١٦٢ (الحاء مع الباء وما يثلثهما).

(٢) انظر بدائع الصنائع ج٩ ص ٤٤٧٢ وما بعدها - أنظر أيضاً في الحبس المغنى لابن قدامه ج٥ ص ٣٩٥ ، المهذب في المذهب الشافعي ج١ ص ٤١٦ .

وقد تضمنت المادة ٣٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل حكماً " إذا كان الثمن حالاً وكان غائباً عن المجلس فللبائع حبس المبيع لقبض الثمن ".

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

الأساس الشرعي للحق في الحبس في الفقه الإسلامي [1] :

يمكن القول بأن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعارضة هو الأساس الذي يقوم عليه الحق في الحبس ، وما يترتب عليه من الدفع بعدم تنفيذ العقد فقد كان هذا الارتباط محل الاعتبار، وترتب على ذلك أن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه يترتب عليه أن يمتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه بأن يحبس الشئ الذي تحت يده حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل على أن هذا الارتباط هنا يجب أن يفهم في ضوء الفكرة العامة التي تتعلق بعقود المعارضات ، وهى أن المساواة في هذه العقود هى مقصود المتعاقدين ، وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضى ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما لم يقم الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وإلا كان في ذلك إخلال بالمساواة المقصودة بين طرفي المعاوضة إذ ليس أحدهما

---

(١) انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٦ ص ٢٤٢ وما بعدها.

أولى بالإنصاف والانتصاف [١] . ونستطيع أن نلمس الحق في الحبس بما ورد من الآيات والأحاديث المتضافرة التي تحض على الوفاء بالعقود والعهود عامة بحيث يصبح الوفاء بالالتزام شرط استحقاق الالتزام المقابل المرتبط به وإلا فلا.

فمن الآيات قوله تعالى : (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) [٢]. وقال عز وجل : (يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود) [٣].

ومعنى الوفاء بالعهد والعقد في الآيتين أن يؤدى كل طرف ما التزم به بناء على هذا التعاقد فإذا لم يلتزم أجبر على الوفاء حتى ترد الحقوق لأصحابها ولما كان حبس العين في مقابل أداء الدين وسيلة للوفاء بالالتزام شرع لذلك.

---

(١) في هذا المعنى جاء في البدائع ج٥ ص ٢٤٩ "ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن ، ولأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم فلابد من تسليمه أولاً تحقيقا للمساواة " ، ويقول أيضاً نفس المرجع ٤ ص ٢٠١ " إن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر ، إذ لو ثبت لا تكون معاوضة حقيقية ، لأنه لا مقابلة عوض ، ولا المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين".

(٢) سورة الإسراء آية (٣٤).

(٣) سورة المائدة آية (١).

ومن السنة : قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا أؤتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر " [١].

وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " آية المنافق ثلاث ، إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان" [٢].

وتخطى ابن حزم حق الالتزام بالوفاء إلى حق الظفر بالحق أي الانتصاف للنفس ، فقال في المحلى " وأما إمساك (حبس) البائع سلعته (المبيع) حتى ينتصف ، فإن حقه واجب في مال المشترى ، فإن مطله بحق قد وجب له عنده فهو ظالم معتد لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (مطل الغنى ظلم)[٣]. وإذ هو ظلم فكل ظالم معتد ، وقال تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) [٤].

٣) وحين قرر الفقه الإسلامي مبدأ الظفر بالحق فإنما في حدود معينة ووفق شروط معينة أشار إليها ابن حزم قائلاً أن : " من غصب آخر مالاً ، أو خانه فيه ، أو أقرضه فمات ولم يشهد له به ، ولا بينه له ، فظفر للذي حقه قبله بمال أو ائتمنه عليه ، وسواء كان من نوع ماله أو من غير نوعه وفرض عليه أن يأخذه، ويجتهد في معرفة ثمنه فإذا عرف أقصاه باع منه بقدر حقه ، فإن كان

---

(١) رياض الصالحين للنووي ص ٣٥ طبعة الحلبي.

(٢) رياض الصالحين للنووي ص ٣٥ طبعة عيسى الحلبي.

(٣) المحلى لابن حزم ج٨ ص ١٠١.

(٤) سورة البقرة آية ١٩٤.

في ذلك ضرر ، فإن شاء باعه ، وإن شاء أخذه لنفسه حلالاً ، وسواء كان ما ظفر له به جارية أو عبداً أو عقاراً أو غير ذلك فإن وفى بماله قبله فذاك ، وإن لم يف بقى حقه فيما لم ينتصف منه ، وإن فضل رده إليه ، أو إلى ورثته ، فإن لم يفعل ذلك فهو عاص لله - عز وجل - إلا أن يحلله ويبريه فهو مأجور ، وسواء كان قد خاصمه أو لم يخاصمه ، استحلفه أو لم يستحلفه ، فإن طولب بذلك وخاف أن أقر أن يعزم فلينكر وليحلف ، وهو مأجور في ذلك وهو قول الشافعي وأبى سليمان وأصحابهما وكذلك عندنا كل من ظفر بمال ففرض عليه أخذه وإنصاف المظلوم منه " [١].

وخالفهم في هذا قوم فقالت طائفة : " لا يأخذ غيره ، وقبلت طائفة : إن وجد من نوع ما أخذ منه فليأخذ وإلا فلا يأخذ غير نوعه " [٢].

بهذا يتبين أن مبدأ الظفر بالحق يعد أساساً للحق في الحبس في الشريعة الإسلامية وخاصة أنه قائم في جوهره على أساس من القصاص والتكافؤ في المراكز القانونية ، وفى ذلك يقول سبحانه :(وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) [٣] . وقوله تعالى : (ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل . إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق) [٤] .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ المسألة رقم ١٢٨٤.

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٨١.

(٣) سورة الإسراء آية رقم ١٢٦.

(٤) سورة الشورى آية رقم ٤١ ومن الآية ٤٢.

وقوله عز وجل : (والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون. وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله) [١]. وقوله سبحانه) : والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) [٢].

وفى الحديث :" أن هندا أم معاوية جاءت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت : أن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطينى ما يكفينى وبنى فهل على من جناح أن أخذ من ماله شيئاً ؟ قال : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لعرماء رجل أصيب في ثمار ابتاعها : " خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك ".

وقد فسر هذا الحديث بأنه إطلاق من النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لصاحب الحق أن يظفر بحقه مما تحت يده للذي له عليه الحق [٣].

ـ وعلى ذلك يمكن القول بأن الحق في الحبس في الفقه الإسلامي لم يرد على غير القياس ، بل ورد تطبيقاً للأصل الكلى القاضي بوجوب أعمال المساواة بين الطرفين في عقود المعاوضات عامة حينما يحين النظر في الوفاء والاستيفاء ، إذ ليس أحد الطرفين أولى بالإنصاف والانتصاف فالأصل في الشريعة الإسلامية على وجه الإجمال تمتع كل طرف بالحق في

---

(١) سورة الشورى آية رقم ٣٩، ٤٠.

(٢) سورة البقرة آية ١٩٤.

(٣) انظر في هذه الأحاديث المحلى لابن حزم ج٨ ص ١٨٠/ ١٨١ ، وفى مناقشة مستند المذاهب الأخرى في الظفر من الأحاديث نفس المرجع ص ١٨١/ ١٨٢.

الحبس ابتغاء الاستيفاء في نفس الوقت ، تسليماً وتسلماً ، يداً بيد معاً ، سواء ورد الحبس على عين مادية أو على التزام في الذمة كالدين [١] .

أنواع الحق في الحبس في الفقه الإسلامي :

بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي وجدت أن الفقهاء تناولوا الحق في الحبس في موضعين :

الأول : حبس المدين بما عليه من الدين ، أي أن الحبس هنا يقع على الشخص بسبب ما عليه من دين قل الدين أو كثر حسبما ورد في ذلك من شروط مفصلة في كتب الفقه الإسلامي ولسنا في معرض تنالها لأن هذا النوع من الحبس خارج عن محل البحث الذي نحن بصدده [٢].

الثاني : حبس العين بالدين ، وهو يعنى أن لصاحب المصلحة الحق في حبس العين إلى أن يستوفى الدين سواء كان ثمناً لمبيع أو أجرة لمنفعة أو أجرة لعمل قام به الأجير وغير ذلك من الصور التي تدخل تحت هذا النوع.

وهذا النوع من الحبس قسمه الفقهاء إلى قسمين : [٣]

القسم الأول : المحبوس المضمون سواء كان مضموناً بالثمن كالمبيع في يد البائع حتى أنه لو هلك سقط الثمن ، أو مضموناً بالقيمة كالمبيع

---

(١) أنظر جواهر الكلام ، النجفى (الشيخ محمد حسن) (فقه الإمامية الاثنا عشرية) ـ باب العقود ص ١٩٤ ط حجر.

(٢) أنظر بدائع الصنائع ج٩ ص ٤٤٧٢ وما بعدها ـ فتح القدير ج ٧ ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٣) انظر البدائع ج٩ ص ٤٤٧٧ ، فتح القدير ج٧ ص ٢٢٧ ـ ٢٨٤ وما بعدها.

بيعاً فاسداً إذا لم يكن من ذوات الأمثال ، ولن نتعرض لهذا القسم أيضاً في بحثنا [١].

القسم الثاني : المحبوس الذي هو أمانة في يد الحابس ، وهو محل بحثنا - إن شاء الله - وهذا النوع من الحبس قد ينشأ بناء على تعاقد يرتب التزاماً لكلا الطرفين سواء كان عقد بيع أم عقد إجارة أم عقد عمل أم عقد وديعة أم عقد وكالة.

وقد ينشأ بحكم الشرع بحكم الشرع لا بحكم العقد كمن يلتقط لقطه فله أن يحبسها عن مالكها حتى يستوفى ما أذن فيه القاضي من الإنفاق عليها ليرجع به على مالكها وللغاصب حبس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة [٢].

---

(١) انظر البدائع ج٩ ص ٤٤٧٧ وما بعدها - فتح القدير ج ٧ ص ٢٧٧ - ٢٨٤.

(٢) انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج١ ص ٣٦.

الفصل الثاني
طبيعة الحق في الحبس
في القانون المدني والفقه الإسلامي

نتناول في هذا الفصل بيان طبيعة الحق في الحبس في القانون الروماني والقانون الفرنسي والمصري والفقه الإسلامي ، وذلك في مباحث على الوجه الآتي :

المبحث الأول
طبيعة الحق في الحبس
في القانون الروماني

اختلف آراء الفقهاء في بيان طبيعة الحق في الحبس في القانون الروماني على الوجه الآتي :

الرأي الأول : [1] ذهب إلى القول بأن الحق في الحبس في الشريعة الرومانية كان حقاً شخصياً ، وذهبوا في تأييد رأيهم هذا إلى ما كان يمنحه البرتيور لواضع اليد على العين بحسن نية ، أي وضع يده عليها وهو معتقد أنه مالكها وأنفق عليها مالاً في تحسينها وحفظها فله أن يدفع بالتدليس (الغش) دعوى

---

(١) - Zara (Laurent G): Du droit dr retention Th. Paris ١٩٠٢ P.١

Glasson : le droit de retention sous l'empire de code napoleon – .Paris ١٨٦٢, P.٩

Guilouard: Traite du nantissement et du droit de retention ٢ed – .١٨٩٦ P.٦

.Cabry: Du droit de retention ١٨٦٠ P.٢٢ –

الاسترداد التي يرفعها مالك العين حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفى تحسينها، كما أعطى البريتور أيضاً نفس الحق " الدفع بالغش" لمن يطالبه دائن بالوفاء إذا لم يكن المطالب بالتنفيذ قد قام بالوفاء بالتزاماته أو على الأقل عرض التنفيذ [١].

كما أعطى البرتيور هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة إذا انفق المودع عنده مالاً على الوديعة ، وكان له الحق في استرداد ما أنفق ، وكان هذا الدفع مفهوماً ضمنياً في العقود الملزمة للجانبين ـ لأنها تنطوي على حسن النية (Contrats de bonne) ـ وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمى بعد ذلك في القانون الفرنسي بالدفع بعدم التنفيذ [٢].

وهذا الأمر يوضح لنا أن منشأ الحق في الحبس ، والدفع بعد التنفيذ واحداً في القانون الروماني ، وبناء على ما سبق استند أنصار الرأي القائل بشخصية الحق في الحبس إلى الدفع بالتدليس ، وهذا الدفع في جوهره شخصي أي لا يحتج به إلا على مرتكب الغش ومن يدلى به بسبب عام ، ونتيجة لذلك يقولون أن الدفع بالغش لا يمكن التمسك به مواجهة المشترى للعين من المالك المدين لأن المشترى لم يرتكب غشاً أو تدليساً [٣].

---

(١) د. صلاح الناهي ، الامتناع المشروع عن الوفاء ، طبعة ١٩٤٥ ، مطبعة العلوم بشارع الخليج ١٦٣ .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٤٥٨/ ١٤٥٩ بند ٦٣٦ .

(٣) كابرى ، المرجع السابق ص ٢٢ .

أما الرأي الآخر : [١]

فذهب إلى القول : أن الحق في الحبس في الشريعة الرومانية إنما هو حق عيني . واستندوا في تأييد رأيهم إلى بعض النصوص حيث قالوا بأن بعض هذه النصوص يجعل الحق في الحبس شبيه بالرهن [٢]، كما استندوا إلى نص الفقيه الروماني " أو لبيان" في أن (المشترى إذا استحوذ على العين المبيعة قبل أن يدفع الثمن ، دون رضاء البائع فإن في الإمكان مقاضاته بدعوى السرقة ، كما يقاضي الراهن حين يسرق العين محل الرهن [٣].

واستندوا إلى نص آخر يعطى المشترى إذا ما قام بتشييد ما احترق من الأبنية الحق في أن يحتج على الدائن المرتهن رهنا مجرداً بحقه في الحبس حتى

---

(١) أنظر في ذلك : - Bobes (Panait): les can d'application de droit de retention Th. Paris ١٩١٣ P.٤٤.

أنظر في عرض آراء أنصار الحق العيني د. صلاح الناهي ، المرجع السابق ، ص ٣٣/ ٣٤.

(٢) دايجست ٩، ١، ١٣، ٨.

Afferipretium obemptore debet cum exempto agitur: et ideo si pretu partem afferat, nondum est exempto actio, venditor enim quesi pignus retinere pates team rem quam vendidit>.<

مشار إليه في رسالة د. صلاح الناهي ، المرجع السابق ص ٣٣ هامش (٤).

(٣) دايجست ٤٧، ٢، ١٤.

يستوفى ما يستحقه ، والدائن المرتهن هنا من الغير، ويحتج عليه مع هذا بحق الحبس فلابد أن يكون حق الحبس عينياً [١].

ـ ولكن وجه إلى حجج أنصار عينيه الحق في الحبس في الشريعة الرومانية ، انتقادات تتمثل في :

(أ) أن مصطلح شبه الرهن لا يقصد به إلا تشبيه النظامين من بعض الوجوه دون البعض الآخر لا من جميع الوجوه حيث يقتصر التشبيه على الحق في اليد دون الحق في مالية العين.

(ب) أما دعوى السرقة ، فإن هذه الدعوى تتقرر للمصلحة فقط ولا يشترط أن يكون الحق المسلوب عينياً [٢].

(ج) أما الحجة القائلة بالاحتجاج على الدائن المرتهن وهو من الغير : فهى أيضاً محل نظر لأن الدائن المرتهن لم يعد من الأغيار وخاصة أنه استفاد من زيادة قيمة المبنى وقد امتد رهنه إليه إذ يصح بما استنفده مديناً للمشترى.

(د) علاوة على أن القول بعينية الحق في الحبس يتعارض مع أهم خصائص الحق العيني وهى خصيصة التقدم في استيفاء الدين قبل بقية الدائنين ، وحق التتبع ، ويقصد به حق اقتفاء العين حينما يظفر بها الغير واستردادها منه [٣].

---

(١) بابى ، Bobo المرجع السابق ، ج٣ ص ٢٠٣.

(٢) غايوس ، المرجع السابق ، ج٣ ص ٢٠٣.

Furti autem action et competit cujus interest rem salvam esse, > .<licet dominus non est

(٣) انظر زارا ، المرجع السابق ، ص ١٥.

أما الرأي الثالث : فقد اتخذ موقفاً وسطاً بين الرأيين السابقين قائلاً بأن الحق في الحبس لم يكن في الشريعة الرومانية حقاً عينياً محضاً ، ولا شخصياً محضاً وإنما يأخذ بشبه من هذين الحقين وكانت طبيعته غير معينة [١].

---

(١) ويرى د. صلاح الناهي ، المرجع السابق ، أن هذا الرأي لا يحل المشكلة قائلاً : " والواقع من الأمر أن هذا الرأي لا يحل المعضلة إلا بالتخلص منها ، وأن حق الحبس في الشريعة الرومانية أدنى إلى الشخصية منه إلى المعينة ، أو هو على الأقل بعيد عن العينية ، وإنما أجد فريق من الشراح أنفسهم في أعمال بعض النصوص لتنويه مركز هذا الحق والتوصل بذلك إلى تقرير حق اقتفاء العين للمحتبس عن فقدان الحيازة ، ومع هذا فقد فات هؤلاء أن هذا الحق حتى مع القول به والتوسع فيه لا يكفي لإسباغ العينية على حق الحبس إذ تنقصه بقية خصائص هذا الحق ، فقد كان حق الحبس في الشريعة الرومانية حقاً ضعيفاً لخروجه (في ظاهر الأمر) على الأصل الكلى في استواء الدائنين أمام الضمان العام " أنظر د. صلاح الناهي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ بند ٤).

المبحث الثاني
طبيعـة الحـق في الحـبس
في القانون الفرنسي

من المسائل التي احتدم فيها الجدل في الفقه الفرنسي مسألة تحديد طبيعة الحق في الحبس ، ويرجع الخلاف في شأنها إلى أن القانون الفرنسي لم يتعرض لتحديد تلك الطبيعة ، ولم يضع نظرية عامة لهذا الحق ، بل تعرض له في نصوص متفرقة ، منها الحق العيني حق حبس الشئ كما في الرهن الحيازي (م٢٠٨٢ مدني فرنسي) ، وامتياز أمين نقل " م ٢١٠٢ فقرة سادسة مدني فرنسي" ، وامتياز المؤجر (م٢١٠٢ فقرة أولى)، ومنها حالات يكون فيها بين الدائن والمدين عقد ملزم للجانبين كما في حق البائع في حبس المبيع (م١٦١٢-١٦١٣ مدني فرنسي)، وحق المشترى في حبس الثمن " م ١٦٥٣ مدني فرنسي" ، وحق المشترى وفاءاً في حبس المبيع عند استعمال البائع حقه في الاسترداد (م ١٦٧٣ مدني فرنسي) ، أو يكون بينهما عقد ملزم لجانب واحد ولكن نشأ من تنفيذه التزام على الجانب الآخر كما في الوديعة (م ١٩٤٨ مدني فرنسي)، أو يكون فيها الشئ المحبوس موجوداً في يد حابسه بموجب عقد غير نافذ في حق من آلت إليه ملكيته كحق المستأجر في حالة بيع المؤجرة وعدم نفاذ الإجارة قبل المالك الجديد (م١٧٤٩ مدني فرنسي)، ومنها حالات لا يكون فيها بين الدائن ومالك الشئ أي تعاقد

كحالة الوارث الموهوب له إذا كان القانون يلزمه برد الموهوب (م٨٦٧ مدني فرنسي)[١].

١٦) والدافع إلى هذا الخلاف هو تحديد نطاق هذا الحق ، بمعنى هل يقتصر هذا الحق على الحالات التي ورد في شأنها نص تشريعي فقط ، مع اعتبار هذه الحالات مذكورة على سبيل لحصر ، أم ينصرف إلى غير ذلك من الحالات التي تتوافر فيها شروطه ، ولو لم يرد في شأنها نص تشريعي ؟.

ولقد انحصر الخلاف في الفقه الفرنسي في رأيين : [٢]

الأول : يذهب إلى أن الحق في الحبس حق عيني ، **والثاني** : يرى فيه حقاً شخصياً ، وسأتعرض لهذين الرأيين موضحاً حجج كل رأي :

الرأي الأول : اعتبر الحق في الحبس حقاً عينياً ، باعتبار أنه سلطة لشخص هو الحابس على شئ معين (المحبوس) تخوله الاحتفاظ بهذا الشئ ، والامتناع عن رده حتى يستوفي حقه المرتبط به [٣].

---

(١) أنظر في تطبيقات الحق في الحبس في القانون الفرنسي ، جوسران ، المرجع السابق بند ١٤٧٢.

(٢) أنظر في عرض تلك الآراء ، موسوعة واللوز ج ٤ ص ٧١٠ فقرة ٩١.

(٣) -Guillouard (L) : Traite du nantissement et du droit de retention No.٩ et ٢٣ ١٨٩٦.

-Beudant : les suretes personnelles et reelles No. ٢٥١.

-Cabry : Droit de retention ١٨٦o No. ٧٤.

-Glasson : Droit de retention P.٣٥ n.

ولقد قصر أصحاب هذا الرأي الحق في الحبس على الحالات التي تعرض لها المشرع الفرنسي بنص تشريعي ، أخذاً بالقاعدة العامة في شأن الحقوق العينية ، من أنها محددة وواردة في القانون على سبيل الحصر ، إلا أن أصحاب هذا الرأي ، مع تسليمهم بعينية الحق في الحبس لم يعفو عن الفروق التي تفصل بينه وبين غيره من الحقوق العينية التبعية فاعتبروه حقاً عينياً من نوع خاص لأنه لا يخول صاحبه حق الأفضلية وحق التتبع ولا يخضع لإجراءات الشهر ، ولكنهم اعتبروا أن الحيازة المادية تقوم في شأنه مقام الشهر في غالب الأحيان [١].

وقد استند أنصار عينية الحق في الحبس لتأييد رأيهم إلى الحجج الآتية :

أولاً : استندوا إلى الحجة التاريخية التي ترجع إلى تقاليد القانون الفرنسي القديم ، وهى أن المشرع الفرنسي ورث الحق في الحبس في القانون الفرنسي القديم الذي تحول في ظله من الشخصية التي كان يصطبغ بها في الشريعة الرومانية إلى العينية [٢].

Mmhl et J. Mazeaud: Otitre les auterurs deja cites on peut _ consnlter les iecans de droit civil t. lll n ٣٣ et ١٩٦٣.

(١) – Cassan (Rene) : De l'exception tiree de l'incxe cution dans les rapports synallagmatiques, th. Paris ١٩١٤ p.٦٦٥.

دريدا ، انسيكلوبيدى ، واللوز ج٤ ص ٧١٠ بند ٩٢ ، ٩٣.

(٢) انظر (Cuilouard) ، مطولة في حق الحبس فقرة ٢٣.

ثانيا : أما الحجة الأخرى فهى ترجع إلى خصائص الحق العيني في التقدم والتتبع ، فهم يرون أن المحتبس لا يتمتع بحق تقدم حقيقي مستقل عن نفس اليد ، ومع ذلك فهم أي أنصار العينية يرون أن المحتبس يتمتع بحق عيني ناقص [١] ، لأنه لا يمنح الدائن سوى حق الاحتفاظ بالشئ ، ولا يكون قابلاً للمعارضة إلا من قبل المدين وحده وبما أنه أثر للحيازة فلا يجوز أن يكون إلاً حقاً عينياً [٢].

ثالثا : ويرون أن خصيصة التتبع ليست ذات أهمية وخاصة أن أصحاب الحقوق العينية على المنقول ، وعلى الأخص حقوق الامتيازات المنقولة الخاصة ليس في وسعهم تتبع العين ، ومع ذلك لا يحتج بأن المنقولات لا تخضع بطبيعتها لحق التتبع فان بعض الحقوق العينية المنقولة يترتب عليها هذا الحق فإن مؤجر العقارات مثلا له الحق في اقتفاء منقولات المستأجر خلال مدة معينة [٣].

---

(١) - MMhl et J. Mazeaud: Dtitre les auteurs deja cites on peut consulter les lecons de droit civilt lll no.٣٣ ed ١٩٦٤.

كولان وكابيتان ، دروس أولية في القانون المدني الفرنسي ج٢ ط ٨ سنة ١٩٣٥ فقرة ١٠٤٥ ص ٨٥٩.

(٢) . -R. Rodlere, D. ١٩٦٥, ٨٨٥

(٣) كسان (Cassan) المرجع السابق ، ص ٦٦٦ هامش رقم ٢، ٣.

رابعا : يرون أيضاً أن المحتبس له الحق في تتبع العين في أية ذمة وهذا ما يخفي على حق الحبس صفة العينية [١].

أما الرأي الثاني : [٢] فقد نفي صفة العينية عن حق الحبس وأضفي عليها صفة الشخصية قائلين أن هذا الحق لا يخول الدائن شيئاً من مزايا الحقوق العينية وهى التقدم ، لأن الحق في الحبس لا يكسب الدائن الحابس امتيازاً على غيره من الدائنين ـ كما سنرى فيما بعد ـ ولا يخوله أيضاً حق التتبع لأن الحابس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه في الحبس ولا يستطيع استرداده ، ولا هو خاضع لإجراءات الشهر، علاوة على أن الحق في الحبس لا يخول الدائن الحابس أية دعوى عينية بل يقتصر على منحه دفعاً يدفع به المطالبة الموجهة إليه [٣] . وطبقاً لهذا الرأي فالحق في الحبس ليس حقاً عينياً إلا أنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً وإن لم يكن فهو أسلوب التزام يربط

---

(١) كسان ، المرجع السابق ، ص ٦٦٧ وما بعدها.

(٢) Laurent : Principe de droit civil francais T ٢٩ No. ٢٩٢ -.

جوسران ، المرجع السابق ، طبعة ثانية ١٤٧١ ـ كولان وكابيتان ، المرجع السابق ج٢ فقرة ١٤٧٦.

Laarombiere: Theorie et pratique des obligations Paris ١٨٥٤, ٢ed – .No.٦٤

.Planiol et Ripert: Traitede droit civil. Vl Paris ١٩٥٢ No> ٢٥٣٦–

(٣) بودرى لاكانتبزى ، المرجع السابق ، بند ٢٢٨.

دانين لم يكونا متحدين بارتباط سببي يعمل كنوع من اللفظ الشرعي يوقف تنفيذ الالتزام حتى تاريخ معين وهو انجاز التسليم [١].

هذا وقد قام أنصار شخصية الحق في الحبس بالرد على حجج أنصار عينية الحق في الحبس على الوجه الآتي :

(أ) أن زعم أنصار عينية الحق في الحبس بأن الحق في الحبس تحول في ظل التشريع الفرنسي القديم من الشخصية التي كان يصطبغ بها في عهد

---

(١) أنظر ج ماند - دجابو " المفهوم الضيق لحق الحبس".

Lanotion, et Roite du droit de Retention –

رقم ٢٧٦٠ حيث يقول :

Celle-ci divise encore les auteurs, la tendence ancienne estime > que le droit de retention n'est pas un droit reel, ;ais n'est pas une apphcation de l'exceptio, sinon une modalite d'obligation liant dettes qui n'etaient pas unies par une intordependance causale

...operant comme une sorte de terme legal qui suspen

Drait jusque a une date cortaine l'obligation d'effectuer la .deliverance

Nulle categarie de suretes reelles n'admet le droit de retention –

o'est que ce droit ne trouve point sa place dans la gamme des droits reels nerson et froissard in J-CL, civil, art ٢٥٩٢ , ٢٥٩٤ Fasc, A٢, n

.٦٥ l٩٦٥: N. Catala-Franjou, Rev. trim, droit civil l٩٦٥, P.١٢

Baudry-Lacantinerie et de loynes, Suppl. Par Bonnecase, No.٢٦٢ –

.et s

الشريعة الرومانية إلى العينية ، إنما هو تحول مذعوم ومحل نظر ونزاع كبيرين [١].

(ب) أما القول بأن الحابس يتمتع بحق عيني ناقص ، فيرد عليه بأن إسباغ الصفة العينية على حق من الحقوق لا يمكن أن يسوغ إلا إذا ترتبت عليه كل خصائص الحق العيني أو بعضها مجتمعة متضافرة ، وهو ما لم يتحقق في القول بتمتع الحابس بحق عيني ناقص [٢] .

(ج) أما القول فيما يتعلق بأن خصيصة التتبع ليست ذات أهمية قياساً على أن أصحاب حقوق الامتيازات المنقولة ليس في وسعهم تتبع العين ، فيرد عليهم : أن تتبع المنقول المثقل بحق عيني لا يحول منه إلا إذا حال دون ذلك أن يكون الحائز حسن النية فتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز [٣] ، وهذا أصل لا نزاع فيه لدى أنصار العينية.

(د) أما فيما يتعلق بإسباغ صفة التتبع للحابس ، فانه يرد على ذلك بأن هذا التصوير لا يخلو من التجاوز ولا يعدو واقع الأمر تمسك بمجرد وضع اليد إلى واقع الفقه في اقتفاء العين في أية حوزة صودفت ، والفرق بين اقتفاء العين في مختلف الحوزات بغض النظر عن الذمم ظاهر، فإن المحتبس في

---

(١) أنظر لوران ، المرجع السابق ، ج ٦ ـ طبعة ٤ فقرة ٧٢ وما بعدها.

(٢) انظر كولان وكابيتان ، في دروس أولية في القانون المدني الفرنسي ج٨ ط ٨ سنة ١٩٣٥ فقرة ١٠٤٥ ص ٨٥٩.

(٣) المادة ٣٢٧٩ فقرة ١ من القانون المدني الفرنسي ، انظر غلوارد ، المطول في رهن الحيازة ، فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٥ ـ لوران ، المرجع السابق ، ج ٣٨ ط ٢ فقرة ٥٦٧.

الحالة الأولى لا يقتفي أثر العين فيستردها بعد خروج أو حيازتها من يده ، وإنما هو يحتج على كل مكتسب جديد بحق حبسه لأن في وسعه أن يحتج على كل مكتسب بقواعد الإثراء بغير سبب مشروع إضرارا بالغير ، وبذلك يصبح دائناً شخصياً لكل مطالب باسترداد العين لأن إفساح المجال للمطالب بالعين باستردادها بما قام عليه من الثمن والمؤن أي بما غرس أو شيد فيها أو أنفق عليها ينبغي أن يقابله حق الغارس والمشيد والمنفق في حبس العين حتى يستوفي تمام ما نجم له بمناسبتها من دين.

فهناك إذن علاقة شخصية تنشأ بمناسبة المطالبة بالعين بين الحائز المشيد والغارس والمنفق ، وبين مكتسب العين المطالب باستردادها، وهذه العلاقة تظهر بمناسبة المطالبة وتختفي عند عدمها ومن ثم تبدو غير ثابتة ويخيل للناظر إلى ظاهر الأمور أن المحتبس يقتفي العين وهو في الحقيقة لم يتجرد من حيازته إياها باقتفاء العين في الذمم : إذن محض مجاز وليس بينه وبين اقتفاء صاحب الحق العيني المثقلة به في الحوزات أي نسب) [1].

أما الرأي الوسط : فلا يقصر حق الحبس على حالات التعاقد الملزم للجانبين ولاهو يعترف به لكل مدين بتسليم شئ لمجرد صيرورته دائناً لدائنه لأي سبب كان ، بل يشترط أن يكون حق الدائن ذا صلة بالشئ الذي يجب

(١) د. صلاح الناهي ، المرجع السابق ، ص ٢٣- ٢٢ ، بند ٢٠.

عليه تسليمه لمدينه أيا كانت تلك الصلة ، ولو لم يكن بين الطرفين أي تعاقد بشأن هذا الشئ أو بشأن ما يتصل به من دين[١].

وعلى ذلك نجد أن الرأي الأخير قد توسع في تطبيقات حق الحبس حيث اشتمل على حالات الارتباط القانوني أو المعنوي ، وحالات الارتباط المادي بين دين الدائن والشئ المحبوس لديه ، وكذلك في حالات وجدت فيها رابطة عقدية ثم انحلت أو انقضت ، ومن هذا نرى أن أنصار هذا الرأي يؤيدون قبول هذا الحق خارج النصوص - الذين يرون فيها مجرد مظهر ضمني عام - إلا أنهم لا يؤيدون قبول هذا المبدأ العام بدون حدود[٢] ، لأن ترك هذا الحق أو أداة الإجبار الخاصة للحصول على العدالة بيد الشخص نفسه يبدو في الواقع خطراً للغاية لذا يجب منحه بشكل منضبط ومحدد.

وكان ذلك داعياً إلى إعادة النظر في الرأي الذي أخذ به التقنين المدني السابق.

ولهذا نجد أن المشرع في التقنين المدني الجديد أمام الانتقادات التي وجهت إلى الحق العيني ، ومهتدياً في ذلك بالاتجاهات الحديثة في الفقه

---

(١) انظر في عرض الآراء الثلاثة : جوسران ، المرجع السابق ، ج٢ بند ١٤٧٣ ، كولان وكابيتان ، المرجع السابق ، نبذة ١٠٤٨.

(٢) -Outre les auteurs deja cites on peut consulter le ٣ lecons de droit civil et M.M.H.L. et J.Mazeaud, t lll (e d l٩٦٣), n ٣٣ et s.

Le Traite de droit civil d, après le traite de planiol par MM. Rip – ert et Boulanger, t lll (ed ١٩٥٨) n ٣٣ et s.

والتشريع تخيراً تصويراً للحق في الحبس يخرج به عن الخلاف التقليدي الذي كان دائراً بين عينية أو شخصية هذا الحق، فجعل منه نظرية عامة قوامها فكرة الضمان بأن يكون لكل مدين أن يدفع بعدم التنفيذ بمعنى أن له أن يدفع مطالبة دائنة حتى يؤدى التزامه المقابل ، وهذا الأمر يتحقق بصورة أوضح في العقود التبادلية [١] . وقد نصت على ذلك صراحة نصوص التقنين المدني الحالي (م٢٤٦ - ٢٤٨) [٢] . حيث صورت حق الحبس تصويراً يكشف عن

---

(١) وقد نصت على ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي صراحة - مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٦٥١ المواد من (٢٥٨ - ٢٦٠من المشروع).

(٢) المادة ٢٤٦ مدني مصري :

١) لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض لوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

٢) ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ، إذاً هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع.

المادة ٢٤٧ مدني مصري :

١) مجرد الحق في حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه.

٢) وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقاً لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حساباً عن غلته.

حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ في التقنين المدني السابق ، بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان ، وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس وأصبح حقاً في الحبس ، وعلى هذا النحو خرج المشرع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التي وردت في التقنين المدني السابق على سبيل الحصر إلى حيز المبادئ العامة ، وبذلك كف له عموم التطبيق في أحوال لا تتناهى ، فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه في الحبس ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين ، وكن مرتبطاً به (م ٢٤٦ مدني)، وكذلك حدد المشرع حقوق المحتبس والتزاماته "م ٢٤٧مدنى" وبين ما لفقد الحيازة من أثر في الحق في الحبس (٢٤٨ مدني).

---

٣) وإذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشئ إلى ثمنه.

المادة ٢٤٨ مدني مصري :

١) ينقضي الحق في الحبس بخروج الشئ من يده جائزة أو محرزة.

٢) ومع ذلك يجوز لحابس الشئ إذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشئ من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه.

- وإزاء ما ذهب إليه التقنين المدني الحالي بعدم اعتبار الحق في الحبس حقاً عينياً ، أمكن القول أنه يترتب على ذلك ما يأتي :

(أ) أن الحق في الحبس يقوم في كل حالة تتوافر فيها شروطه حتى ولو لم يكن منصوصاً على تلك الحالة صراحة في القانون ، وهكذا خرج الحق في الحبس في ظل هذا التقنين الحالي عن نطاق التطبيقات الخاصة التي وردت في القانون المدني السابق على سبيل التحديد والحصر إلى حيز الأنظمة والمبادئ العامة التي تحد لنفسها التطبيق في أحوال لا تتناهى كما ذكرنا.

(ب) علاوة على أن القول بعدم اعتبار الحق في الحبس حقاً عينياً أن أصبح غير خاضع للشهر إذا تعلق بعقار، لأنه دفع لاحق عيني ، والحقول العينية العقارية هى الخاضعة للشهر [١] .

(ج) كما أنه لا يترتب على الحق في الحبس حق التتبع ولا في الأفضلية ، وان كان الحق في الحبس يؤدى إلى حبس العين عن الكافة ، ثم هو يؤدى بطريقة غير مباشرة إلى أفضلية واقعية ، عن طريق رفض الحابس تسليم الشئ حتى يستوفي حقه من طالب التنفيذ على الشئ [٢].

موقف الفقه المصري :

اتجه غالبية الفقه المصري إلى الأخذ بما ذهب إليه المشرع المدني وبما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد، والخروج في بيان طبيعة

---

(١) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٢١٧.

(٢) انظر د/ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠.

الحق في الحبس من النطاق التي انحصر فيه الخلاف في الفقه الفرنسي ، فلا يعتبر الحق في الحبس حقاً شخصياً أو حقاً عينياً.

ـ ولكن بالنظر إلى اتجاهات الفقه المصري نجد أنه انقسم في بيان طبيعة الحق في الحبس إلى اتجاهات متعددة :

فنجد أن غالبية الفقه اتجه إلى القول بأن مجرد دفع من الدفوع ، واتجه البعض الآخر إلى اعتباره وسيلة من وسائل الضمان ، وذلك جانب ثالث إلى اعتباره ذو طبيعة خاصة ، وأخيراً ذهب البعض من الفقه إلى القول بأنه عينياً من نوع خاص [١] Suigeneries ولكل منهم حجته على الوجه الآتي :

أولا ـ ذهب غالبية الفقه [٢]، إلى القول بأن الحق في الحبس ما هو إلا دفعاً بالمعنى الحقيقي ، والفني له ، أي أنه وسيلة من وسائل الدفاع التي يجوز للشخص أن يستعين بها للرد على مطالبة خصمه[٣] .

---

(١) د/ محمد كامل مرسى ، التأمينات الشخصية والعينية طبعة سنة ١٩٣٦ نبذة ٦٤٦.

(٢) د/ إسماعيل العدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ بند ١١٥ ـ أنور سلطان ، جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٣ بند ٢٣٩ ـ السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٤٦٩ / ١١٧٠ بند ٦٣٩ ـ د/ عبد الحى حجازي ، المرجع السابق ، ج ٣ ص ٢١٧ ـ د/ عبد المنعم فرج الصدة ، أحكام الالتزام ١٩٥٥ ص ٨٥ رقم ٨٢ ـ د/ محمود جمال الدين زكى ، أحكام الالتزام ١٩٦٧ ص ٨٥ رقم ٦٥.

(٣) انظر في التعريف بالدفع بصفة عامة ـ د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، الطبعة الرابعة ١٩٦٧ ص ١٧ رقم ١.

Morel (R) : Traite Elementaire de procedurde civil ١٩٤٩, P.٤٩, – .No.٤٦

وقد انطلق هذا الرأي من الواقع فالحق في الحبس ليس حقاً مالياً حتى يمكن النظر في إدخاله ضمن أحد تقسيمات الحقوق المالية ، أو اعتباره حقاً مالياً من نوع خاص ، فالحق في الحبس لا يدخل في تكوين الذمة المالية للشخص ، فلا هو يزيد من عناصرها الايجابية إذا ثبت لشخص ، ولا هو يضم إلى عناصرها السلبية إذا فقده صاحبه.

ـ ويؤيد ذلك أيضا أن الحق في الحبس قد يرد على شئ معين أو شئ مملوك للدائن الحابس ذاته ، وهذا لا يستقيم مع اعتباره حقاً عينياً ، وبالتوسع في نطاق الحبس ، يجعله شاملاً لكافة أنواع الالتزامات أيا كان مضمونها بدلاً من قصره على الالتزام بتسليم شئ فيرتفع كل شك في طبيعة ذلك الحق ويتحتم اعتباره مجرد دفع من الدفوع.

وقد أبدت محكمة النقض المصرية هذا (١) ، هذا الاتجاه باعتبار الحق في الحبس دفعاً يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان بقولها : " إذ نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني على أن (لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا) فقد وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات في أحوال لا تتناهى ، فلكل مدين أن يمتنع ـ عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه في الحبس مادام

Solus (H) et Perro (R): Droit judiciaire Prive ١٩٦١ T ١, P.٢٨٤ No. – .٣٠٦

(١) نقض مدني بتاريخ ١١/ ١٢/ ١٩٧٩ / في الطعن رقم ٧٥٥ سنة ٤٥ ق.

الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا الدين وكان مرتبطاً به . ومن ثم فإن الحق في الحبس دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان ، وشرطه أن يتوافر الارتباط بين الدينين....".

ولكن يحدونا التساؤل عن طبيعة الدفع بالحبس ؟

من المتفق عليه أن الدفع لا يقضى على الالتزام بالتزام التمسك بالدفع يظل قائماً ، وإنما يترتب على هذا الدفع وقف تنفيذ الالتزام حتى ينفذ المتمسك عليه بالدفع بالتزامه أو يعرض تنفيذه عرضاً حقيقياً [١]، فيستطيع الحابس أن يمتنع عن رد العين المحبوسة إلى صاحب الحق في تسلمها[٢].

ومما سبق يمكن القول بأن الدفع بالحبس أو بعدم التنفيذ ما هو إلا دفعاً تأجيلياً [٣]. يقصد به تأجيل تنفيذ التزام الحابس المتمسك بالدفع وسنده في ذلك القانون [٤].

---

(١) إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ج١ ط ١٩٦٦ ص ٣٢٢ رقم ١٦٢ـ د/ عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٠، ص ٤١٤.

(٢) السنهوري ، الوسيط ، ج٢ ، ص ١١٧٤ ـ ١١٧٥ ، رقم ٦٧٠.

(٣) بلاتبول في تعليق له على نقض فرنسي أول ديسمبر ١٨٩٧ ـ داللوز ١٨٩٨ ـ أ ـ ٢٨٩.- Abry et Reu, Par Bartin : Cours de Droit civil Francais T-١٢, ٥ ed ١٩٢٢ P.١٥, No. ٧٤٧.

د/ عبد الحى حجازى ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، ص ٤١٤ رقم ٥٢٤.

(٤) د/ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٤١٤ رقم ٥٢٥.

- ولكن إلى أي نوع من أنواع الدفوع ينتمي الدفع بالحبس والدفع بعدم التنفيذ [١] ؟

يقسم فقه المرافعات التقليدي الدفوع إلى ثلاثة أنواع [٢] . دفوع موضوعية ، دفوع شكلية ، ودفوع بعدم القبول على الوجه الآتي :

(أ) **فالدفوع الموضوعية** : هى التي توجه إلى الحق الذي يطالب به المدعى سواء تعلقت بأصل وجوده ، أو بمداه أو بانقضائه.

(ب) **والدفوع الشكلية** : هى التي توجه إلى وسيلة حماية الحقوق ، أو اختصاص المحاكم.

(ج) **الدفوع بعدم القبول** : هى التي تتوجه إلى وسيلة حماية الحقوق ، وهى الدعوى فهى بمثابة إنكار حق المدعى في إقامتها [٣].

---

(١) انظر في عرض ذلك د/ محمد لبيب شنب ، كيفية استعمال الحق في الحبس ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة العاشرة يوليه ١٩٦٨ - العدد الثاني ص ٤٣٧ .

(٢) انظر د/ رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٥ ، ص ٤٢٨ رقم ٣٦٧ - د/ أحمد ابو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات عام ١٩٦٧ ص ١٧ رقم ١ وما بعده - د/ عبد المنعم البدراوى ، أثر مضى المدة في الالتزام ، سنة ١٩٥٠ ص ٢٤٩ رقم ٧٧٢.

(٣) د/ أحمد مسلم ، أصول المرافعات ١٩٦٨ م ، ص ٥٧١ رقم ٥٢٦ وما بعده.

ومما سبق نجد أن الدفع بعدم قبول الدعوى يتفق مع الدفوع الشكلية في أنه لا يتناول موضوع الحق ، ويختلف معها في أنه لا يوجه إلى صحة إجراءات الخصومة ولا يتعلق باختصاص المحكمة.

أما بالنسبة لطبيعة الدفع في الحق بالحبس :

فالتمسك به لا ينكر حق خصمه لا في وجوده ولا في مداه ، ومن ثم فلا يعد دفعاً موضوعياً ، كذلك لا يتوجه الدفع بالحبس إلى إجراءات الخصومة ولا اختصاص المحكمة ومن ثم فلا يعد دفعاً شكلياً .

إنما يقرر الحابس ما إذا كان يتمسك بعدم جواز إجباره على تنفيذ التزامه بالتسليم قبل أن ينفذ خصمه التزامه المرتبط به ، فهو لا ينكر على المدعى حقه الموضوعي ، ولكن ينكر عليه حقه في رفع الدعوى طالباً التسليم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه المقابل ، فهو دفع بعد القبول يجوز [١] . يجوز إبداؤه لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية [٢]. ويترتب على إبدائه سقوط الحق في الدفوع الشكلية ، والدفع بعدم التنفيذ [٣].

---

(١) يرى الأستاذ الدكتور / صلاح الناهي ، ص ١٧٠ بند ١٧٧ ، أن الدفوع بالامتناع المشروع قريبة الشبه بوسائل الدفوع الموضوعية.

(٢) انظر : كاسان ، المرجع السابق ، ص ٦١٢ حيث يرى " أنه يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأول مرة أمام محكمة النقض ، كما هو الحال في المقاضة لأنه من المسائل القانونية البحتة".

(٣) د/ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ ـ ٤٤٩ .

- وفي القول باعتبار الحق في الحبس دفعاً ما يبرر عدم اشتراط حصول أعذار أو الالتجاء إلى القضاء قبل استعماله ، فيترك الدفع بعدم التنفيذ ، والحبس لتقدير الطرف الذي يتمسك به وذلك بخلاف الفسخ ، ويرجع ذلك إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطريقة الدفع : أن من يتمسك به لا يحتاج إلى دفع دعوى ، بل هو الذي ترفع الدعوى عليه ، فيتمسك عند ذلك بالدفع .

ثانيا : ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول : بأن الحق في الحبس إنما هو وسيلة من وسائل الضمان يجوز للدائن أن يلجأ أو أن لا يلجأ إليها لضمان حقه.

ثالثا : ولكن ذهب رأي ثالث في الفقه إلى القول بأن الحق في الحبس حق من طبيعة خاصة فلا هو بالحق العيني ولا هو بالحق الشخصي [1] ، وإزاء ذلك ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول : بأن (الحبس حق من طبيعة خاصة ، فلا هو بالحق العيني ولا هو بالحق الشخصي ، وإن كان هو إلى الأول أقرب ، وليس بعجيب في عالم القانون ، أن يبتدع المشرع حقاً من طبيعة خاصة . فهناك حق بالغ في أهميته من هذا النوع ، وهو الحق المعنوي أو الذهني ،

---

(١) انظر في هذا الرأي د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٦١٩ ، أنظر جوسران ، المرجع السابق ، ج ٢ ، نبذة ١٤٦٦ ، بودرى لاكانتيرى ، المرجع السابق ، نبذة ٢٢.

أي ذاك الذي يرد على نتاج الخاطر والقريحة ، كحق المؤلف على فكرته ، والمخترع على اختراعه ، والموسيقى على لحنه [١].

ـ وقد ذهب هذا الرأي إلى انتقاد الرأي القائل بأن الحق في الحبس ما هو إلا دفعاً من الدفوع قائلاً : " إن هذا القول يحسم الجدل في شئ ، فهو ابتعاد عن مجابهة الصعوبة لويس حلاً لها، فاعتبار الحق في الحبس إحدى وسائل الضمان ، كما جاء في مجموعتنا المدنية ، لا يعنى بالضرورة أن صفة الحق منتفية عنه ، إذ أن وسائل الضمان في أغلبها حقوق ، سواء أكانت حقوقاً شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن بنوعية ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وكذلك لا يعنى شيئا القول بأن الحق في الحبس هو مجرد دفع ، فالدفع كالدعوى تماماً ، وسيلة من وسائل حملية الحق ، فإن كان الحق في الحبس يباشر في أغلب الحالات العملية في صورة الدفع ، فإن هذا لا يعنى أنه ليس حقاً ، وفضلاً عن هذا فقد يباشر الحق في الحبس في صورة الدعوى ، كما نص القانون على ذلك بنفسه في المادة ٢٤٨/ ٢ منه ، ويحصل ذلك في الحالة التي يخرج فيها الشئ المحبوس من يد الحابس خفية أو بالرغم من معارضته إذ يجوز للحابس هنا أن يرفع دعوى باسترداد الشئ خلال ثلاثين يوماً من الوقت خروجه" [٢].

---

(١) انظر في هذا الرأي د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ وما بعدها.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ / ٢١٧ بند ١٢٥.

هذا وقد رد أصحاب الرأي القائل بالدفع كطبيعة للحق في الحبس على الرأي السابق القائل بأن طبيعة الحق في الحبس إنما هى طبيعة خاصة بقولهم :

إن هذا القول يشير إلى الرأي الذي يعتبر الدعوى في حد ذاتها حقاً يقوم إلى جانب الحق الذي تحميه ، فمادامت الدعوى وهى وسيلة من وسائل حملية الحقوق تعتبر في حد ذاتها حقاً [١]. فما الذي يمنع من اعتبار الدفع وهو كذلك وسيلة من وسائل حماية الحقوق حقاً ؟.

إن الدعوى لو اعتبرت حقاً فلن تكون حقاً من الحقوق المالية يمكن إدراجه ضمن أقسام هذه الحقوق ، أو حتى اعتباره قسماً منها قائماً بذاته. فالحبس إذن دفع ولا يمنع من اعتباره كذلك أنه قد يباشر في صوره ، وعلى ذلك فإن اعتبار حق الحبس حقاً لا يتعارض مع اعتباره دفع [٢].

فالحبس إذن دفع ولا يمنع من اعتباره كذلك انه قد يباشر في صورة دعوى في حالة ما إذا خرج الشئ المحبوس من يد الحابس خفية أو بالرغم من معارضته فهذه حالة استثنائية إذ الفرض في استعمال الحبس أن الشئ موجود في حيازة الحابس ، فإذا خرج الشئ من حيازته دون علم منه ، أو بعلمه ، ولكن بمعارضة منه ، فإن دعواه باسترداده إنما هى نتيجة

---

(١) انظر في تأييد اعتبار الدعوى د/ فتحي والى ، في نظرية البطلان في قانون المرافعات ، القاهرة ١٩٥٩ ص ١٣ رقم ٤ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا الرد د/ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٤٤٥ / ٤٤٦.

لحقه في حبسه الذي يستعمل في صورة امتناع عن تسليم الشئ لمن يطلبه أي في صورة دفع دائما [١].

(١) قارن د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٢١٦/ ٢١٧ بند ١٢٥.

المبحث الرابع

طبيعة الحق في الحبس

في الفقه الإسلامي

الواقع أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتوقفوا كثيراً عند بيان طبيعة الحق في الحبس ، هل هو حق عيني أم حق شخصي ، وقد استطاعت الشريعة الإسلامية بذلك أن تظفر بحق حبس بدور على أصل كلى شامل لا يقف عند حدود تطبيقات جزئية لا يجمعها جامع ، ويمكن من خلال بعض المسائل التي تعرض لها الفقهاء استخلاص طبيعة الحق في الحبس في الفقه الإسلامي.

حيث قام الفقهاء بالتفرقة في كتبهم بين حق المحتبس (في عقد البيع) واقتصاره على اليد دون مالية العين ، وبين حق المرتهن وامتداده إلى مالية العين أيضاً [1].

- وإذا كانت هذه اللمحة السريعة التي تشير فيها كتب الفقه الإسلامي إلى طبيعة الحق في الحبس ، والتي يظهر منها أن طبيعة هذا الحق (حق حبس البائع دون المرتهن) في الفقه الإسلامي أقرب ما يكون إلى الحق الشخصي دون الحق العيني.

- كما يمكن أن نستخلص من ذلك أن من القول بالطبيعة الشخصية للحق في الحبس أن جميع تطبيقات الحق في الحبس في الفقه الإسلامي دائرة على

---

(١) انظر المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ١٩٧.

أساس من ارتباط جامع بين التزامات الطرفين ، ويمتد ذلك إلى جميع الروابط التبادلية سواء كان مصدرها عقد معاوضة حقيقياً أو افتراضيا، مثل حالة حق حبس راد الآبق ، واللقطة ، وما إلى ذلك من الأمثلة التي يصدق عليها في القانون الوضعي تعبير حق الحبس الموضوعي.

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

الخاتمة

أولا : الفصل الأول

على تعريف الحق في الحبس وأساسه في القانون المدني والفقه الإسلامي.
وقد أظهرت الدراسة المقارنة اتفاق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في تعريفهم للحق في الحبس بأنه " حق الدائن بدين مستحق الأداء في أن يحبس ما تحت يده مما هو ملتزم بتسليمه إلى المدين حتى يقوم هذا الأخير بسداد حق هذا الدائن المرتبط بالتزامه بالتسليم".
كما اتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في الأساس الذي أقيم عليه الحق في الحبس ، وهو اعتبارات العدالة وحسن النية ثم مراعاة وجوب التماثل في المراكز القانونية وهذا أبسط معيار للعدالة وأسرعه إلى النفوس نفاذاً وقبولاً في جميع الأمم والعصور ، ولقد أوضحنا تفرد الفقه الإسلامي في تناول لأساس الحق في الحبس بتناول الأساس الأعم ، وهو ما يقرره الفقه الإسلامي من الحق في " الظفر" أي انتصاف للنفس بالنفس في حدود معينة ووفق شروط معينة ، حيث يصلح أساساً للحق في الحبس في الشريعة الإسلامية ، وخاصة أن هذا النظام أي " حق الظفرة " قائم في جوهره على أساس من القصاص والتكافؤ في المراكز القانونية وقد وضح

الفقه الإسلامي أدلة الأخذ بهذا الحق كأساس للحق في الحبس بقوله تعالى : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) [١] .

وبالنسبة في قوله لغرماء رجل أصيب في ثمار ابتاعها " خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك " فالحق في الحبس في الفقه الإسلامي لم يرد على غير القياس وإنما ورد تطبيقاً للأصل الكلى بوجوب المساواة بين الطرفين في عقود المعاوضات.

كما تناولنا في نطاق تعريف الحق في الحبس خصائصه باعتباره حقاً من حقوق الضمان فهو حق تبعي غير قابل للتجزئة لمصلحة الدائن ولا يخضع لنظام الشهر ولا يتضمن حق امتياز للدائن الحابس.

---

(١) سورة النحل آية رقم ١٢٦.

ثانيا : الفصل الثاني

تناولنا طبيعة الحق في الحبس في القانون المدني والفقه الإسلامي لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهم :

ففي المجال القانوني : وضحنا آراء الفقهاء والقضاء في بيان طبيعة هذا الحق سواء في القانون الروماني ، والذي انقسم فيه الفقه إلى اتجاهات ثلاثة مابين الطبيعة العينية للحق والطبيعة الشخصية له والرأي الوسط مابين هذا وذاك حيث رأي أن طبيعة الحق في الشريعة الرومانية لم يكن حقاً عينياً محضاً ولا شخصياً محضاً إنما هو يأخذ بشبه من هذين الحقين أي أنه ذو طبيعة غير معينة.

ـ **أما الفقه الفرنسي** : فانقسم الفقه إلى اتجاهين رئيسيين :

الأول : مال بالطبيعة العينية للحق في الحبس.

ثانيا : يرى فيه حقاً شخصياً وإن كان هناك اتجاها وسطاً أيضاً لا يقصر الحق في الحبس على حالات التعاقد الملزم للجانبين ولا هو يعترف به لكل مدين بتسليم شئ بل يشترط وجود صلة أي رابطة بين حق الدائن والشئ المحبوس في حيازته ، وقد تناولنا حجج كل اتجاه من تلك الاتجاهات وأوجه النقد التي وجهت لهم سواء في التشريع الروماني أو الفرنسي.

ـ **وفي القانون المدني المصري** : نجد أن القانون المدني السابق كان يأخذ بعينه الحق في الحبس ، ولكن القانون المدني الجديد أمام الانتقادات التي وجهت إلى الحق العيني ومهتدياً في ذلك بالاتجاهات الحديثة في الفقه

والتشريع تخبر تصويراً يخرج بالحق في الحبس عن الخلاف التقليدي الذي كان دائراً بين عينية أو شخصية هذا الحق، فجعل منه نظرية عامة قوامها فكرة الضمان بأن يكون لكل مدين أن يدفع بعدم التنفيذ (م٢٤٦ ـ ٢٤٨ مدني مصري).

ـ **وبالنسبة للفقه المصري** : فقد اختلفت الاتجاهات فيه بالنسبة لطبيعة الحق في الحبس ، فاتجه رأي الأغلبية إلى القول بأن مجرد دفع من الدفوع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان ، وشرط أن يتوافر الارتباط بين الدينين ونظر هذا الاتجاه إلى أن الدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا صورة من صور تطبيقات الحق في الحبس ، وخاصة في مجال الارتباط القانوني بالإضافة إلى الارتباط المادي ، الذي هو المجال الحقيقي للحق في الحبس.

كما وضحنا في البحث طبيعة الدفع بالحبس وانتهت الدراسة إلى أنه دفع بعدم القبول من حيث طبيعته وقد أيدت ذلك محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها.

أما الرأي الثاني : فقد رأي أن الحق في الحبس من طبيعة خاصة فلا هو بالحق العيني ولا هو بالحق الشخصي بل هو من طبيعة خاصة.

ـ **وفي الفقه الإسلامي** :

لم ينح فقهاء الشريعة منحى فقهاء القانون الوضعي في تناول بيان طبيعة الحق في الحبس ولم يتوقفوا كثيراً عند بيان طبيعة الحق في الحبس هل هو حق عيني أم حق شخصي ، ولذا كانت الفائدة من ذلك كبيرة حيث استطاع الفقه الإسلامي أن يطبق الحق في الحبس باعتباره أصلى كلى شامل لا يقف

في حدود تطبيقات جزئية لا يجمعها جامع أي أن الفقه الإسلامي سبق التشريع الوضعي في وضع الحق في الحبس في صورة نظرية عامة ، وإن كانت بعض التطبيقات الفقهية قد استخلصت الدراسة منها أن طبيعة الحق في الحبس في الفقه الإسلامي أقرب ما يكون إلى الحق الشخصي دون الحق العيني.

مراجع البحث

أولاً : المراجع في الفقه الإسلامي

(أ) **اللغة العربية** :

المصباح المنير ج١ طبعة ١٩١٦م.

(ب) **كتب الحديث** :

ـ الشوكانى :

نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد ابن على بن محمد الشوكانى ، طبعة ١٣٥٧م.

(ج) **كتب الفقه** :

ـ أل الكاشف الغطاء (أحمد بن على).

سفينة النجاة ج٢ (فقه الإمامية الإثنا عشرية) ط العراق ، النجف ، سنة ١٣٣٩هـ.

ـ المرغيتاتى (الحسن على بن أبى بكر عبد الجليل المرغيتاتى)

الهداية شرح بداية المبتدى طبعة ١٣٥٥هـ.

ـ الغزالى (حجة الاسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد)

الوجيز مطبعة الآداب والمؤيد ، القاهرة ١٣١٧ هـ جزءان.

ـ ابن نخيم (الشيخ زين العابدين بن إبراهيم)

البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ زين العابدين الشهير بابن نجم ، طبعة ١٣٣٤هـ.

- الرملى (شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى).
نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، طبعة ١٣٥٧م.
- السرخسي (شمس الدين):
المبسوط للسرخسي ج٣ ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ١٣٢٤م.
- الشيرازي (ابن إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى).
المهذب ، مطبوع مع شرحه المجموع للنووي ، ج ١ ، مطبعة عيسى البابى الحلبي.
- السشرنبلاتى :
كتاب الدرر (در الحكام في شرح غرر الأحكام) كلاهما لمنلاخسرو (مولانا القاضي محمد بن فراموز) مع حاشيته الغنية (غنية ذوى الا؛كام في بقية درر الحكام للشرنبلاتى الوفائى).
- ابن قيم الجوزية (شمس الدين عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفي ٧٥١هـ) :
أعلام الموقعين ج٤ :
- الشافعي (الإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعي) :
الأم ج٣ ط١ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ١٣٢١ - ١٣٢٥ هـ ثمانية أجزاء.
- د/ عبد الرزاق السنهوري :
مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج١ ، ج٦ ، دار الفكر.

ـ على حيدر ، سليم باز، المحاسنى :
المجلة العدلية و شروحها.
ـ عامر بن على الشماخى :
الإيضاح (في الفقه الإباضى) ج٧.
ـ الكاساني (علاء الدين أبى بكر بن مسعود) :
البدائع للكاساني ج٤، ج٦، ج٩ ، طبعة ١٣٢٨ ـ ١٩١٠هـ ، مطبعة الجمالية ، مصر.
ـ الزيلعى (فخر الدين عثمان على) :
تبيين الحقائق للزيلعى ج٣ ، ج٥ ، المطبعة الأميرية ١٣١٥م.
ـ ابن جزى (أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى الكلبى الغرناطى) :
القوانين الفقهية ، مطبعة النهضة ، فاس ١٣٥٤هـ ت ١٩٣٥م.
ـ الإمام مالك بن أنس :
المدونة الكبرى ج٣ مع مقدمات ابن رشد .
ـ ابن حزم (أبى محمد على):
المحلى لابن حزم ج٨ ، مطبعة محمد منير الدمشقي ، القاهرة .
ـ ابن قدامه المقدسي (أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة):
(أ) الشرح الكبير ، ج٤ ، طبعة المنار بمصر ، ١٣٤٧هـ.
(ب) المغنى ، ج٤ ، طبعة ثالثة إصدار دار المنار ١٣٦٧هـ.
ـ النجفي (الشيخ محمد حسن) :

جواهر الكلام - باب العقود - لنجفي (الشيخ محمد حسن) (فقه الإمامية الإثنا عشرية) ط حجر.

- أطفيش (محمد بن يوسف اطفيش)

شرح النيل ، طبعة ١٣٤٣هـ.

- مرشد الحيران و شرحه للإبيانى وزميله ج١ :

ثانيا: المراجع القانونية باللغة العربية

- أحمد حشمت أبو ستيت :

مصادر الالتزام ، طبعة ١٩٦٣م.

- د. أحمد أبو الوفا :

نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، الطبعة الرابعة ١٩٦٧م.

- د. أحمد مسلم :

أصول المرافعات ، ١٩٦٨م.

- د. إسماعيل غانم :

(أ) النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام ، طبعة ١٩٦٧م ، مكتبة عبد الله وهبه ، مصر.

(ب) نظرية الذمة ، رسالة دكتوراه.

- د. أنور سلطان ، د. جلال العدوى :

رابطة الالتزام ، طبعة ١٩٦٨م.

- د. رمزي سيف :

الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٦٥م.

ـ د. سليمان مرقس :

(أ) عقد البيع ، طبعة ١٩٦٨م.

(ب) حقوق الامتياز والحق في الحبس ، طبعة ١٩٥٢ ، المطبعة العالمية.

(ج) التأمينات العينية.

ـ د. شمس الدين الوكيل :

نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ، طبعة ١٩٥٦م.

ـ د. صلاح الناهي :

الامتناع المشروع عن الوفاء ، طبعة ١٩٤٥م ، مطبعة العلوم ١٦٣ شارع الخليج ، مصر.

ـ د. طلبه وهبه خطاب :

أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون ، طبعة أولى ، دار الفكر العربي.

ـ د. عبد الحي حجازي :

مصادر الالتزام ، طبعة ١٩٦٠م ، عقد المدة ، رسالة دكتوراه ، عام ١٩٥٠م.

ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي :

دروس في أحكام الالتزام ، مطبعة نهضة مصر.

ـ د. عبد الودود يحيى :

الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام ، طبعة ١٩٨١م.

ـ د. عبد الرزاق السنهوري :

(ا) الوسيط في شرح القانون المدني ج٢ المجلد الثاني ، أثار الالتزامات ، طبعة ١٩٨٢م ، دار النهضة العربية - الوسيط ، ج١، الطبعة الثالثة ، المجلد الأول (عبئ الإثبات).

(ب) نظرية العقد ، طبعة ١٩٣٦م.

- د. عبد المنعم البدراوى :

(ا) النظريات العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، طبعة ١٩٧٣م ، مكتبة سيد عبد الله وهبه.

(ب) أثر مضى المدة في الالتزام سنة ١٩٥٠ز

- د. فتح والى :

نظرية البطلان في قانون المرافعات ، القاهرة ١٩٥٩م.

- د. مجدي صبحي خليل :

شرح أحكام عقد البيع (بالاشتراك مع د. محمد لبيب شنب) ، طبعة١٩٦٨م.

- د. محمد لبيب شنب :

كيفية استعمال الحق في الحبس ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، السنة العاشرة يوليه ١٩٦٨م ، ص ٤٣٧ وما بعدها.

- د. محمد كمال عبد العزيز :

التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٠م.

- د. محمد عمران :

عقد البيع.

- د. محمد شكري سرور :

موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، طبعة أولى ، ٨٤/ ١٩٨٥م ، دار الفكر العربي.

- د. محمد كامل مرسى :

التأمينات الشخصية والعينية ، طبعة ١٩٣٦م.

- د. محمود جمال الدين ذكى :

أحكام الالتزام ، طبعة ١٩٦٧م.

- د. محمود الخيال :

العلاقة بين مسئولية المتبرع ومسئولية حارس الأشياء غير الحية ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس.

- د. منصور مصطفي منصور :

(أ) نظرية الحلول العيني ، رسالة من جامعة القاهرة ١٩٥٣م ، طبعة ١٩٥٦م.

(ب) العقود المسماة : البيع والمقايضة والإيجار.

ثالثا : المراجع باللغة الفرنسية

-Aubry et, Reu, par Bartin Cours de droit civil francais T ١٢, ٥ed ١٩٢٢.

-Bonnecae : Suplement au traite de droit civil de Baudry-lacantinerie TV.

-Boudry, lacantinerie, de lynes: Traite theoriaue et pratique droit civil T ١٩٠٦.

-Beudant: les suretes personnelles et reeles.

-Bracque (Arthur) le droit retention (en droit all et en droit francais) Th Bordeau ١٩٥٧.
-Bobes (panait), des, cas d'application de droit de retention Th Paris ١٩١٣.
-Colin (A) et Caphant (H): Cours elementaire de droit civil francais ١١-١٠ ed ١٩٤٨.
-Cabry: Du droit de retention ١٨٦٠.
-Cassin Rene: De lexcepton tiree de l'inexecution dans les rapports synallagmalique et de ses relations avec le droit de retention la compensation et la resolution. These Paris ١٩١٤.
-Colin et capitant : Cours elementaire de droit civil francais ١o ed par julliat de lq Morandiere T.١١.
-Capitant (Henry) : De la cause de obligations ٢nd.
-Demolomb: Droit civil contracts T ١.
-De Halte (E): element d'un reperetoire alphobetique de droit civil egyptien (juridication mixte et indigene) t.٣.
-Drrida (F): Retention "Rep. de droit civil" ١٩٧٩ T. Vll.
-Elekes (Nerva andre): de quelques differences dance l'application du droit de retention d'apres la jurisbrudence francais.
-Glasson : le droit de retention sous l'empire de code napoleon Paris ١٨٦٢.
-Hommel : le droit de retention, sessai d'une theorie en droit Francais these Strasbourg ١٩٢٥.
-Josserand (louis): Cours de droit civil positif francais ٢ed.
-Laurent : Principe de droit civil ٢٩e Paris, ١٨٩٨.
-Larombiere: Theorie et pratique de obligations Paris ١٨٥٢, ٢ed.
-De Halte (E): Element d'un reperetiore alphobetique de droit civil egyptien (juridication mixte et indigene) T٣.
) -J.) Mande-Djabou: la nation etraite du droit de retention J.C.P. ١٩٧٦-١-doct ٢٧٦.

-Morel (R) : Traite Elementoire de procedure civil ١٩٤٩.
-Marty (G) et Raynaud (R) : Droit civil T ll-V-l, ١٩٦٢.
-Nicole, Catals Franjou (N): De la nature juridique du droit de retention. Rev, trim ١٩٦٧, P. ٩-٤٤.
-Planiol Ripert et Esmein : Traite de Droit civil T ٦ Paris ١٩٥٢.
-Pinot, Essai d'une theorie du droit de retention aupoint de de vue legislatif,these Paris ١٩٥٨.
-Ripert (G) et Boulanger : Traite de droit civilT ٣ ١٩٥٨.
-R. Robiere: traite general de droit maritime, T ١١.
-Solus (H) et Perro (R) : Droit judiciaire Prive ١٩٦١ T ١.
-Zara (Laurent G) : Du droit ve retention Th. Paris, ١٩٠٢ .