الأحكام المشتركة بين الإجراءات الواقية وشهر الإفلاس في القانون الكويتي (٢٠٢٠/٧١) دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

عبد الهادي مدعث عبد الله العجمي

باحث في الدراسات الفقهية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت – الكويت

abdulhadialajmi698@gmail.com

محمد خالد عبد العزيز منصور

أستاذ، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية – الأردن

drmkhm@hotmail.com

تاريخ الاستلام: ٢٠/ ١٢/ ٢٠٢٢ تاريخ التحكيم: ٥/ ٣/ ٢٠٢٣ تاريخ القبول: ٣١/ ١/ ٢٠٢٤

ملخص البحث

أهداف البحث: يهدف البحث إلى دراسة أبرز الأحكام المشتركة بين الإجراءات الواقية من الإفلاس (التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة) وشهر الإفلاس في قانون الإفلاس الكويتي (٧١/ ٢٠٢٠)، ومقارنتها بالفقه الإسلامي، لا سيما وأن كثيرًا من هذه الأحكام قد ورد على نحو لم يرد في القانون السابق في المواد الملغاة (٥٥٥-٨٠٠) من قانون التجارة (٦٨/ ٨٠) ولا في القوانين العربية، كقانون الصلح الواقي وإعادة الهيكلة وشهر الإفلاس المصري (١١/ ٢٠١٨م).

منهج الدراسة: اعتمد البحث على ثلاثة مناهج: المنهج الاستقرائي للمادة القانونية والفقهية من مصادرها، والاستنباطي للأحكام محل الدراسة في البحث، والمقارن للأحكام القانونية بالفقه الإسلامي.

النتائج: خلص البحث إلى أن كثيرًا من الأحكام المشتركة الواردة في القانون تتوافق والفقه الإسلامي، والبعض الآخر يخالفه، ويختلف الحكم أحيانًا باختلاف حال المدين؛ كونه مفلسًا قد جاوزت ديونُه أموالَه، أم يواجه تعثرًا ماديا ولم يدخل مرحلة الإفلاس.

أصالة البحث: يعد البحث أول دراسة فقهية للأحكام المشتركة بين الإفلاس والإجراءات الواقية منه في قانون الإفلاس الكويتي، وقد ورد في البحث العديد من التوصيات لتتوافق أحكام هذا القانون مع الفقه الإسلامي.

الكلمات المفتاحية: الأحكام المشتركة، قانون الإفلاس، الفقه الإسلامي، المشروعات الصغيرة، الاسترداد

للاقتباس: العجمي، عبد الهادي مدعث عبد الله، ومنصور، محمد خالد عبد العزيز. «الأحكام المشتركة بين الإجراءات الواقية وشهر الإفلاس في القانون الكويتي (٧١/ ٢٠٢٠) ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي»، **مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر**، المجلد ٤٢، العدد ٢ (٢٠٢٤)

https://doi.org/10.29117/jcsis.2024.0385

© ٢٠٢٤، العجمي، عبد الهادي مدعث عبد الله، ومنصور، محمد خالد عبد العزيز. مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقًا لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). وتسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف. https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0-

Common Provisions between Preventive Measures and Bankruptcy Declaration in Kuwaiti Law (71/2020): A Comparative Study with Islamic Jurisprudence

Abdulhadi M. A. Alajmi

Researcher in Islamic Jurisprudence, College of Sharia and Islamic Studies, Kuwait University–Kuwait

abdulhadialajmi698@gmail.com

Mohammad Khalid Mansour

Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Its Principles, College of Sharia, The University of Jordan–Jordan

drmkhm@hotmail.com

Received: 20/12/2022 Peer-reviewed: 5/3/2023 Accepted: 31/1/2024

Abstract

Objectives: This study examines the key provisions common to preventive measures against bankruptcy (preventive settlement and restructuring) and the declaration of bankruptcy in the Kuwaiti Bankruptcy Law (71/2020), comparing them with Islamic jurisprudence. Such is particularly relevant as many of these provisions received no treatment in the repealed articles (555-800) of the Commercial Law (68/80) or other Arab legislations, such as the Egyptian Law of Protective Reconciliation and Restructuring and Bankruptcy Declaration.(٢٠١٨/١١)

Methodology: This study employs three methodologies: an inductive approach to collecting legal and jurisprudential material, a deductive approach to the provisions under investigation, and a comparative approach to these provisions and Islamic jurisprudence.

Findings: The study concludes that many of the shared provisions in the law are consistent with Islamic jurisprudence, while others differ. The application of these provisions may vary depending on the debtor's situation, whether they are bankrupt with debts exceeding assets or facing financial difficulties without entering bankruptcy.

Originality: This study is the first jurisprudential analysis of the shared provisions between bankruptcy and its preventive measures in Kuwaiti Bankruptcy Law. The study includes several recommendations for aligning the provisions of this law with Islamic jurisprudence.

Keywords: Common Provisions; Bankruptcy Law; Islamic Jurisprudence; Small projects; Refund

Cite this article as: Alajmi, Abdulhadi M. A. & Mansour, Mohammad Khalid. "Common Provisions between Preventive Measures and Bankruptcy Declaration in Kuwaiti Law (71/2020): A Comparative Study with Islamic Jurisprudence", *Journal of College of Sharia and Islamic Studies*, *Qatar University,* Vol. 42, Issue 2 (2024)

https://doi.org/10.29117/jcsis.2024.0385

© 2024, Alajmi, Abdulhadi M. A. & Mansour, Mohammad Khalid. Published in *Journal of College of Sharia and Islamic Studies*. Published by QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, trans.form, and build upon the material, provided the original work is properly cited. The full terms of this licence may be seen at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/.

مقدمة

صدر حديثًا قانون الإفلاس الكويتي الجديد رقم ٧١ لسنة ٢٠٢٠ الذي يهدف واضعوه، بحسب ما جاء في مذكرته الإيضاحية، إلى تحسين بيئة الأعمال، والمحافظة على الشركات التجارية للإسهام في تحويل الكويت إلى مركز مالي للمنطقة.

ونظرًا لأهمية هذا القانون وارتباطه بالتنمية وبالاقتصاد الوطني، كان لزامًا أن يُدرس هذا القانون دراسة فقهية، بتوضيح إجراءاته، ثم بتبيان الحكم الشرعي فيها.

وقد امتاز القانون بثلاثة إجراءات رئيسة: التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة والصلح الواقي، ورتب القانون لكل إجراء من هذه الإجراءات الثلاثة أحكامًا خاصة، بالإضافة إلى الأحكام المشتركة بين هذه الإجراءات الثلاثة.

وقد اتجه هذا البحث إلى دراسة الأحكام المشتركة التي وردت في الباب السادس من القانون بين الإجراءات الواقية من الإفلاس (التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة) وشهر الإفلاس.

مشكلة البحث

ورد في قانون الإفلاس الجديد العديد من الأحكام المشتركة بين افتتاح الإجراءات الواقية من الإفلاس وافتتاح شهر الإفلاس على نحو لم يرد في القانون السابق، مما يستدعي دراسة هذه الأحكام ومقارنتها بالفقه الإسلامي.

وتمكن صياغة مشكلة البحث بسؤال رئيس: ما مدى توافق الأحكام المشتركة في قانون الإفلاس الكويتي (٧١/ ٢٠٢٠) مع الفقه الإسلامي.

أهمية البحث

أولًا: حاجة الباحثين والقانونيين إلى دراسة توضح الأحكام الفقهية للإجراءات المشتركة الواردة في قانون الإفلاس الجديد، واقتراح التعديلات المناسبة عليه لتتوافق أحكام القانون مع الفقه الإسلامي.

ثانيًا: يعد هذا البحث أول دراسة فقهية تتعلق بالإجراءات المشتركة في قانون الإفلاس بما فيه من أحكام فريدة.

الدراسات السابقة

لم أقف على دراسة فقهية تتناول قانون الإفلاس الكويتي الجديد بما فيه من أحكام مستجدة كالأحكام المشتركة الواردة في هذا البحث، ومن الدراسات السابقة ما يأتي:

- زياد صبحي ذياب، **إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون**، ط١ (الأردن: دار النفائس، ٢٠١١م)، وأصله رسالة علمية تقدم بها المؤلف للحصول على درجة الدكتوراة من الجامعة الأردنية.

- عبد المجيد المنصور، **إفلاس الشركات وأثره في الفقه والنظام**، ط١ (السعودية: دار كنوز إشبيليا، ٢٠١٢م)، وأصله رسالة علمية تقدم بها المؤلف للحصول على درجة الدكتوراة من جامعة الإمام محمد بن سعود.

والأحكام محل الدراسة في هذا البحث لم يرد كثيرٌ منها في الدراسات السابقة كحرية المدين في التصرف في المبحث الأول، واستبدال الضمان في المبحث الثاني، وإبراء مديونيات المشروعات الصغيرة والمتوسطة في المبحث الرابع، وما ورد منها كالاسترداد كان مقصورًا على حالة شهر الإفلاس، ولا يشمل الإجراءات الواقية من الإفلاس.

خطة البحث

قُسّم البحث إلى أربعة مطالب وخاتمة:

أما المطلب الأول فبينت أثر افتتاح الإجراءات على حرية المدين في التصرف، وفي الثاني أثر افتتاح الإجراءات على الدائنين المرتهنين والممتازين، وفي الثالث أحكام الاسترداد، وفي الرابع إبراء مديونيات المشروعات الصغيرة والمتوسطة من باقي الدين، ثم ذكرت في الخاتمة أبرز النتائج والتوصيات.

المطلب الأول: أثر افتتاح الإجراءات على حرية المدين في التصرف

يترتب على افتتاح إجراءات التسوية الوقائية أو إعادة الهيكلة أو شهر الإفلاس العديد من القيود التي تحد من حرية المدين في التصرف في أمواله حماية للدائنين.

الفرع الأول: القيود التي أوردها القانون على حرية المدين بعد افتتاح الإجراءات

أولًا: بمجرد صدور قرار افتتاح إجراءات التسوية الوقائية أو إعادة الهيكلة أو شهر الإفلاس[١] يمنع المدين من وفاء ما عليه من ديون وفقًا للمادة (٢٣٧) من القانون التي نصت على عدم جواز وفاء المدين بما عليه من ديون بعد افتتاح الإجراءات[٢].

ثانيًا: لا تقع المقاصة[٣] بعد صدور قرار افتتاح الإجراءات لمصلحة من يكون دائنًا ومدينًا للمفلس في نفس الوقت وفقًا للمادة (٢٣٨) من القانون، بل يجب عليه الوفاء للأمين بما عليه من ديون، وأن يتقدم للأمين بما هو مستحق له فيخضع لقسمة الغرماء؛ إذ المقاصة تعد نوعًا من الوفاء المزدوج، مما يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين[٤].

(1) David Ramos munos, "Bankruptcy -remote transactions and bankruptcy law -a comparative approach (part2): Can parties validly waive bankruptcy proceedings? "Oxford Academic", *Capital Markets law Journal*, vol .10, no. 3 (2015), pp. 362-389.

(٢) عبد الفضيل محمد، **شرح قانون الإفلاس رقم ٧١ لسنة ٢٠٢٠** (الكويت: دار الكتب، ط١، ٢٠٢١م)، ص١٣٤.

(٣) المقاصة: انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما بشرط التقابل والتماثل ما بين الدينين واستحقاقهما للأداء. انظر: إبراهيم سيد أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي** (مصر: دار الكتب والدراسات العربية، ط١، ٢٠١٦م)، ج٢، ص٢٣١.

(٤) مصطفى طه، شريف طه، **أصول الإفلاس** (القاهرة: المركز القومي، ٢٠١٨)، ص١١٩.

ويستثنى من المنع من المقاصة بعد افتتاح الإجراءات جواز التمسك بها في حال وجود ارتباط بين الحقوق والالتزامات محل المقاصة، فيجوز لشركة التأمين التمسك بالمقاصة بين القسط المستحق لها ومبلغ التأمين الملزمة به، وهذا الاستثناء، وإن سكت عنه قانون الإفلاس، إلا أنه نص ورد في المادة (٥٨١) من قانون التجارة الملغي[١].

الفرع الثاني: المقارنة مع القانون السابق

ورد في القانون السابق منع المدين من وفاء أو استيفاء الديون في المادة (٥٨٠) الملغاة من قانون التجارة، ومنع وقوع المقاصة في المادة (٥٨١)، إلا أن هذا المنع كان مقصورًا على حالة شهر الإفلاس، أما القانون الحالي فجعله حكمًا مشتركًا يشمل التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة وشهر الإفلاس.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من القيود التي أوردها القانون

المسألة الأولى: منع المدين من وفاء ديونه

لا يخلو حال المدين عند افتتاح الإجراءات من أحد فرضين:

إما أن يكون مفلسًا وذلك عند افتتاح إجراءات شهر الإفلاس، أو جاوزت ديونه أمواله بافتتاح إجراءي التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة، وإما أن يكون غير مفلس عند افتتاح إجراءي التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة[٢].

فإن كان المدين مفلسًا عند افتتاح الإجراءات فقد اختلف الفقهاء في الحجر على تصرفات المفلس على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] إلى الحجر على المفلس حتى لا يضر الغرماء، وهو مذهب صاحبي أبي حنيفة، والمفتَى به عند الحنفية[٦].

واستدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: ما رواه أبو سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغرماء رجل كثر دينه: «خذوا ما وجدتم وليس

(١) طارق عبد الرؤوف، **التنظيم القانوني للإفلاس** (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٩)، ص١٠٦.

(٢) يستفاد هذا التقسيم من المادة (٥٨) من القانون التي تشترط لافتتاح إجراءات التسوية الوقائية أن يكون المدين متوقفًا عن الدفع أو يتوقع عدم سداد ديونه في مواعيد استحقاقها، أو كان لديه عجز في المركز المالي، وقد فسرت المادة الأولى العجز في المركز المالي بألا تكفي أموال المدين لسداد ديونه. وقد اشترطت المادة (٩٧) لافتتاح إجراءات إعادة الهيكلة أن يكون المدين متوقفًا عن الدفع أو في حالة عجز في المركز المالي. وهو ما يحتمل تعثر المدين ونقص السيولة لديه فيتوقف عن الدفع، أو إفلاسه ومجاوزة ديونه لأمواله وهو ما عبر عنه القانون بالعجز في المركز المالي. انظر: عبد الفضيل محمد، **شرح قانون الإفلاس**، ص٣٤.

(٣) انظر: عبد الله بن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**، تحقيق: حميد لحمر (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٣م)، ج٢، ص٤٨٧؛ منصور البهوتي، **كشاف القناع**، تحقيق: هلال مصيلحي (الرياض: مكتبة النصر الحديثة، [د.ت])، ج٣، ص٤٢٣.

(٤) محمد الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج** (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م)، ج٣، ص٩٧.

(٥) منصور البهوتي، **كشاف القناع**، ج٣، ص٤٢٣.

(٦) ابن عابدين، **حاشية على الدر المختار** (القاهرة: مطبعة الحلبي، ط٢، ١٩٦٦م)، ج٦، ص١٥١.

لكم إلا ذلك»[١]. ووجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر عليه وأخلى بينه وبين الغرماء.

الدليل الثاني: ما روي أن عمر بن الخطاب قال لرجل من جهينة: «من كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم»[٢]. ووجه الدلالة: أنه لم ينكر عليه أحد من الصحابة، فكان هذا اتفاقًا منهم على أنه يباع على المديون ماله[٣].

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر على المفلس، وإنما يجبر على البيع إن لم يمكن الوفاء دون إجبار، واستثنى إذا كان ماله من جنس دينه فيقضى بغير أمره[٤]، واستدل بما يأتي:

الدليل الأول: ما روي عن أبي مجلز أن عبدًا كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه، فحبسه النبي صلى الله عليه وسلم حتى باع فيه غُنَيمَةً له[٥]. ونوقش بأن الحديث ضعيف كما تبين في تخريجه.

الدليل الثاني: أن الحجر عليه إهدار لآدميته وضرر ذلك أكبر من ضرره بإضاعة المال[٦].

وسبب الخلاف: أن الجمهور نظروا إلى حق الغرماء فأجازوا الحجر على المفلس، وأما أبو حنيفة فقد كان فقهه يتسم بطابع الحرية الشخصية فلا يحجر بالدين[٧].

ويترجح قول جمهور الفقهاء؛ إذ الآثار التي استدل بها الجمهور أقوى في ثبوتها ودلالتها، كما أنه أقرب إلى تحقيق مقصد الشرع في حفظ المال[٨].

وعليه، إذا كان المدين مفلسًا فلا إشكال في منعه من الوفاء بديونه عند صدور القرار على مذهب جمهور الفقهاء، وأما إن كان المدين متعثرًا غير مفلس، وقد صدر قرار بالتسوية الوقائية أو إعادة الهيكلة، فقد يطرأ إشكال حول منعه من الوفاء بديونه واستيفاء حقوقه؛ إذ الأصل أنه غير محجور عليه فلا يمنع من التصرف في ماله.

إلا أن هذا الإشكال يزول إن كان المدين هو من تقدم بطلب افتتاح إجراءات التسوية الوقائية أو إعادة الهيكلة؛ لأنه

---

(١) مسلم بن الحجاج النيسابوري، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد عبد الباقي (القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م)، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، ج٣، ص١١٩١، حديث رقم ١٥٥٦.

(٢) مالك، **الموطأ**، تحقيق: محمد عبد الباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م)، كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته، ج٢، ص٧٧٠، حديث رقم ٨؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس، ج٦، ص٨١، حديث رقم ١١٢٦٥؛ قال الألباني: هذا إسناد محتمل للتحسين. انظر: إرواء الغليل (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٩٨٥م)، ج٥، ص ٢٦٢.

(٣) السرخسي، **المبسوط** (مصر: مطبعة السعادة، [د.ت])، ج٢٤، ص١٤٦.

(٤) ابن عابدين، **حاشية على الدر المختار** (مصر: مطبعة الحلبي، ط٢، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م)، ج ٦، ص ١٥٠.

(٥) البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م)، كتاب العتق، باب من أعتق شركًا له في عبد وهو موسر، ج ١٠، ص٤٦٧، حديث رقم ٢١٣٣٧، وقال: هذا منقطع، وحكم على ضعفه من وجوه أخرى.

(٦) الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار** (القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٩٣٦م)، ج٢، ص٤٤٢.

(٧) محمد أبو زهرة، **تاريخ المذاهب الإسلامية** (القاهرة: دار الفكر العربي، [د.ت])، ص٣١٨.

(٨) محمد مطلق عساف، «العملات المشفرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية عملة Bitcoin أنموذجًا»، **مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة قطر**، مج٣٦، ع٢ (٢٠١٩)، ص٢١-٤٨.

بطلبه هذا قد أزال حقه في التصرف في أمواله ورضي بتطبيق الإجراءات القانونية عليه.

وأما إن كان من تقدم بطلب افتتاح الإجراءات الدائن أو الجهة الرقابية فيظهر أن تقييد حرية المدين من بعض التصرفات كالوفاء بالدين هو من باب السياسة الشرعية، لاسيما وأن المدين قد اضطربت أحواله بما يخشى معه من تفضيل ومحاباة بعض الدائنين، فالمصلحة في هذه الحال تقضي منعه من الوفاء بديونه.

المسألة الثانية: حكم منع المقاصة بعد افتتاح الإجراءات

لا يخلو أيضًا أن يكون المدين عند افتتاح الإجراءات مفلسًا أو غير مفلس، فإن كان مفلسًا فإن المقاصة لا تقع بين ماله وما عليه من دين، ووجه ذلك أن حقوق الغرماء جميعهم قد تعلقت بمال المفلس، وتعلق حق للغير في المال يمنع من وقوع المقاصة فيه، وقد صرح فقهاء الحنفية والحنابلة بعدم وقوع المقاصة في هذه الحالة [(١)].

ولم أقف في حدود اطلاعي على كلام لغير الحنفية والحنابلة في هذه المسألة، إلا أن التعليل الذي ذكرته يتسق مع مذهب جمهور الفقهاء الذين يحجرون بالدين لحق الغرماء، فيمكن أيضًا أن يخرج قول للجمهور.

وأما إن كان المدين غير مفلس، كما لو اضطربت أوضاعه المادية دون أن يدخل في مرحلة الإفلاس، وصدر قرار بافتتاح إجراءات التسوية الوقائية أو إعادة الهيكلة، فإنه وإن كان الأصل هو جواز المقاصة في هذه الحالة، لزوال المانع، وهو تعلق حق الغرماء في أموال المدين، إلا أن منعها أيضًا يتفرع عن منع المدين من الوفاء بديونه، وقد ذكرت جوازه، وإن كان غير مفلس، لوقوعه في دائرة السياسة الشرعية.

وبقي النظر فيما يذكره شراح القوانين التجارية من جواز التمسك بالمقاصة للمفلس إذا وجد ارتباط بين الديون ونشأت عن سبب واحد، ويمكن تكييف هذه المسألة على الحق في الحبس، وبيان ذلك: أن هناك التزامين متقابلين ومرتبطين وناشئين عن سبب واحد، كما لو ثبت دين على المفلس من ثمن مبيع ونحوه، وكانت السلعة المبيعة في يد البائع، ولم يستلم ثمنها من المدين حتى حجر عليه لفلسه، فذكر جمهور الفقهاء أن للبائع الحق في حبس السلعة حتى يستوفي ثمنها كوسيلة لضمان حقه، وقد ذكر الحق في حبس السلعة في هذه الحال فقهاء المذاهب الأربعة، ونقل الاتفاق عليه[(٢)].

وبناء عليه يجوز التمسك بالمقاصة إذا كان الدينان مرتبطين، أحدهما بالآخر، وناشئين عن سبب واحد، وهو في نظري لا يخرج عن حق الحبس المعروف عند الفقهاء، وإذا رأى الغرماء - ويمثلهم الأمين - أن مصلحتهم في وقوع

---

(١) ابن عابدين، **حاشية على الدر المختار**، ج٦، ص١٥١؛ مصطفى الرحيباني، **مطالب أولي النهى** (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٩٩٤م)، ج٣ ص٢٣٦.

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٣، ص١٩٧؛ محمد بن رشد، بداية المجتهد (القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٤م)، ج٥، ص٢٥٢؛ علي الماوردي، **الحاوي الكبير** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٩م)، ج٦، ص٢٦٧؛ إبراهيم بن مفلح، **المبدع شرح المقنع** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧م)، ج٤، ص١١٤.

المقاصة في هذه الحال جاز لهم إمضاؤها، لا سيما إذا كان الدين المستحق للمدين أكبر من الدين الذي عليه، مما يعود بالنفع عليهم.

الفرع الرابع: المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في منع المدين المفلس من الوفاء بديونه بعد صدور قرار افتتاح الإجراءات، كما يتفق القانون مع ما ذكره فقهاء الحنفية والحنابلة من منع وقوع المقاصة للمفلس، وذلك لتعلق حق الغرماء بأموال المفلس.

ويختلف القانون مع الفقه الإسلامي في أن المدين غير المفلس لا يحجر عليه بشيء من التصرفات كالوفاء بالديون، إلا أن ما ذهب إليه القانون مقبول شرعًا في نظري لوقوعه في دائرة الاستصلاح فيما لا يوجد فيه نص شرعي خاص وتغلب فيه المصلحة على المفسدة؛ إذ يخشى من قيام المدين المتعثر من الإضرار بالدائنين وتفضيل بعضهم على بعض، مما يحقق مقصود الشرع في حفظ الأموال.

ويختلف القانون الكويتي مع الفقه الإسلامي في منع وقوع المقاصة: بين ما للمدين المتعثر الذي لم يدخل مرحلة الإفلاس، وما عليه بعد افتتاح الإجراءات، وذلك لزوال المانع من مقاصة المفلس وهو تعلق حق الغرماء.

المطلب الثاني: أثر صدور قرار افتتاح الإجراءات على الدائنين المرتهنين والممتازين

الأصل أن الدائنين المرتهنين والممتازين يملكون الضمانات التي تخولهم استيفاء حقوقهم بالأولوية على بقية الدائنين، إلا أن القانون الحالي قد أورد أحكامًا استثنائية بشأنهم يجدر عرضها ومن ثم بيان موقف الفقه الإسلامي منها.

الفرع الأول: موقف القانون من ممارسة الدائنين المرتهنين والممتازين لحقوقهم

أولًا: الدائنون أصحاب الامتياز الخاص على منقول[١]؛ والدائنون المرتهنون يملك كل منهم التنفيذ على الأموال الضامنة لحقوقه وفقًا للمادة (٢٢٥) من القانون[٢].

ثانيًا: أوردت المادة (٢٢٦) بعض القيود على الدائن في بيع الضمان المقرر له، فيحق للمدين أو الأمين الاعتراض على بيع الدائن للضمان في بعض الحالات كإعاقة نشاط المدين، أو إلحاق ضرر بالمدين والدائنين يفوق الضرر الذي يلحق بالدائن صاحب التأمين الخاص، ولمحكمة الإفلاس وفقًا للمادة (٢٢٩) أن تحكم باستبدال الضمان بضمان آخر لا يقل عن الضمان القائم ولا يضر مصلحة الدائن[٣].

---

(١) يراد بالامتياز الأولوية التي يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفة هذا الدين، وينقسم إلى: امتياز عام يرد على جميع أموال المدين كالدين المستحق للعمال ومن تجب نفقتهم على المدين، وامتياز خاص كامتياز المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة الدائنين في بيع أموال المدين. انظر: إبراهيم سيد، **الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي**، ج٤، ص٤٧٦.

(٢) علي يونس، **الإفلاس والصلح الواقي منه** (القاهرة: مطبعة عين شمس، ١٩٩١م)، ص٢٠٠.

(٣) عبد الفضيل محمد، **شرح قانون الإفلاس**، ص١٤٩.

ثالثًا: في حال بيع الضمان، وتبين أن الضمان يزيد على قيمة الدين، فيسلم الفائض إلى الدائن أو الأمين، وإن كان الضمان أقل من الدين، اشترك الدائن في الإجراءات بوصفه دائنًا عاديا[١] وفقًا للمادة (٢٣١) من القانون.

الفرع الثاني: المقارنة مع القانون السابق

تناول القانون السابق أحكام تنفيذ الدائنين أصحاب الضمانات الخاصة وبيعها في المواد (٥٩٧- ٦٠١- ٦٠٢) الملغاة من قانون التجارة، إلا أن قانون الإفلاس انفرد بذكر حالة استبدال الضمان الواردة في المواد (٢٢٦- ٢٢٩) على نحو لم يرد في القانون السابق.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي

المسألة الأولى: بيع الرهن:

اتفق الفقهاء على أن الرهن إذا بيع بمثل الدين أخذ الدائن جميعه، وإذا بيع بأكثر من الدين أخذ الدائن حقه ورد الزائد إلى المدين، وإذا بيع بأقل من الدين أخذ الدائن جميعه، ويطالب الراهن ببقية حقه[٢].

ويتضح بهذا توافق الفقه الإسلامي مع ما يقرره القانون في حال بيع الضمان.

المسألة الثانية: ما أورده القانون من قيود على ممارسة الدائنين المرتهنين لحقوقهم:

لم أقف في حدود اطلاعي على كلام صريح للفقهاء في هذه المسألة، والأصل في عقد الرهن أنه لازم من جهة الراهن[٣]، وهذا أيضًا ما يقرره القانون، وحق المرتهن يتعلق بالعين المرهونة كما هو معلوم، ويرى الباحث أن ما ذهب إليه القانون من جواز اعتراض المدين والأمين في حال إعاقة نشاط المدين، أو إعاقة خطة إعادة الهيكلة أو التسوية الوقائية، إذا تم التنفيذ على المرهون جائز بشرطين:

الشرط الأول: تحقق الضرر البالغ بالمدين في حال التنفيذ على المال المرهون، بحيث لا يستطيع معه الاستمرار في نشاطه، ولا تخفى أهمية استمرار الكثير من الأنشطة التجارية بما توفره من موارد وفرص عمل وسلع.

الشرط الثاني: رضا المرتهن باستبدال الضمان بأي ضمان آخر يقدم إليه؛ إذ الحق له وقد رضي باستبدال الضمان، وفي

---

(١) أحمد خليل، الإفلاس **والصلح الواقي منه في قانون التجارة الكويتي** (القاهرة: دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠٢٠م)، ص٨٢.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٨٦م)، ج٦، ص١٦٨؛ محمد الخرشي، **شرح مختصر خليل** (القاهرة: المطبعة الأميرية، ط٢، ١٣١٧هـ)، ج٥، ص٢٥١؛ الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٦، ص٤١؛ عبد الله بن قدامة، **المغني** (الرياض: دار عالم الكتب، ط٣، ١٩٩٧م)، ج٦، ص٥٣٢.

(٣) انظر: علي حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام** (بيروت: دار الجيل، ط١، ١٩٩١م)، ج٢، ص١٢٣؛ محمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير** (بيروت: دار الفكر، [د.ت])، ج٥، ص٢٤٩؛ محمد بن بهادر الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، تحقيق: تيسير فائق (الكويت: وزارة الأوقاف، ط٢، ١٩٨٥م)، ج٢، ص٣٩٨؛ عبد الله بن قدامة، **الكافي** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م)، ج٢، ص٧٥.

حال عدم رضاه يجب أن يعرض عليه ضمان آخر يعادل قيمة الضمان القائم أو قيمة الدين.

ويدل على ما ذكرته أن مقاصد عقد الرهن لا تخرج عن الآتي:

١- توثيق الدين[١].

٢- استيفاء الحق عند تعذره[٢].

٣- تفادي مزاحمة الدائنين للدائن المرتهن في ثمن المرهون عند بيعه[٣].

وبالنظر إلى هذه المقاصد، فإن استبدال الضمان بضمان آخر، يعادل قيمة الضمان أو قيمة الدين، لا يتنافى مع هذه المقاصد، فيمكن للدائن أن يستوفي حقه من الضمان البديل، ويقدم على الدائنين الآخرين في ثمن هذا الضمان.

إلا أن نص المادة (٢٢٩) الذي سبق ذكره يوحي بعدم وجوب عرض ضمان بديل، وجواز استبدال الضمان مقيد بتحقق الشرطين السابقين.

الفرع الرابع: المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في تقديم المرتهن على سائر الدائنين في استيفاء حقه من ثمن المرهون، فإذا لم يكف الضمان اشترك الدائن ببقية دينه بوصفه دائنًا عاديا، وإذا زاد عن قيمة الدين يرد الفائض إلى المدين أو جماعة الدائنين، كما يتفق القانون في نظري مع مقاصد عقد الرهن في استبدال الرهن بشرطين: تحقق الضرر البالغ بنشاط المدين، واستبداله برهن آخر مساوٍ للرهن القائم أو مساوٍ للدين.

ويخالف ظاهر المادة (٢٢٩) لما ذكرته من جواز استبدال الضمان بشرط عرض ضمان بديل للدائن.

المطلب الثالث: الاسترداد في القانون والفقه الإسلامي

قد يوجد في أموال المدين عند افتتاح إجراءات التسوية الوقائية أو إعادة الهيكلة أو شهر الإفلاس مال مملوك للغير على سبيل الوديعة أو الوكالة، كما قد توجد أموال اشتراها ولم يؤدِّ ثمنها فيطلب البائع استرداد عين ماله التي لم يؤدِّ المشتري ثمنها.

---

(١) علاء الدين السمرقندي، **تحفة الفقهاء** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٩٤م)، ج٣، ص٣٨؛ أحمد القرافي، **الذخيرة** (بيروت: دار الغرب، ط١، ١٩٩٤م)، ج٨، ص٧١؛ ابن قدامة، **المغني**، ج٦، ص٤٢٧.

(٢) أحمد القدوري، **التجريد** (القاهرة: دار السلام، ط٢، ٢٠٠٦م)، ج٦، ص٢٧٩٤؛ القرافي، **الذخيرة**، ج٨، ص٩٤؛ الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١٥، ص١٠٤؛ ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٦٦.

(٣) النووي، **روضة الطالبين**، تحقيق: زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٩١م)، ج٤، ص٧٤؛ ابن قدامة، **المغني**، ج٦، ص٥٣٢.

الفرع الأول: استرداد أموال الغير

أولًا: استرداد أموال الغير من المديونية في القانون

- أجازت المادة (٢٤٣) من قانون الإفلاس الاسترداد بشرط إثبات ملكية هذه الأموال ووجودها بعينها في حيازة المدين، وإذا كان مال المدين معينًا بالنوع لا بالذات، فالأمين بالخيار بين الاستجابة للطلب أو رفضه حسب مصلحة الدائنين(١).
- متى تم الاسترداد دفع المسترد - وفقًا للمادة (٢٤٥) - للأمين الحقوق المستحقة للمدين كأجر الوديعة أو مصاريفها(٢).
- يتقيد حق استرداد المالك لماله بعدم تعارض مصلحة المالك مع من انتقلت إليه حيازة هذه المنقولات وهو حسن النية، ففي حال رهن المدين للوديعة فلا يجوز للمالك الاسترداد إلا بدفع الدين للدائن المرتهن(٣) وفقًا للفقرة الثالثة من المادة (٢٤٣) من قانون الإفلاس.

ثانيًا: استرداد أموال الغير من المديونية في الفقه الإسلامي

يرى الباحث أنه لا يخلو أن يكون المدين، حين افتتاح الإجراءات، مفلسًا أو غير مفلس:

فإن كان مفلسًا فلا خلاف بين الفقهاء في أن من وجد عين ماله المعار أو المودع عند المفلس فله أن يسترد ماله، ولا تدخل هذه الأموال في التفليسة(٤)، ونقل الاتفاق عليه(٥).

ويشترط لاسترداد أموال الغير من المديونية شرطان:

الأول: أن تكون لطالب الاسترداد بينة، ويقبل من المفلس تعيينه للوديعة إن قامت بينة بأصلها كما ذكر ذلك فقهاء المالكية(٦).

الثاني: أن تكون العين المستردة موجودة بعينها، وذلك لعموم حديث: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس فهو

---

(١) عبد الفضيل محمد، **شرح قانون الإفلاس**، ص١٦٣.

(٢) مصطفى طه، وشريف طه، **أصول الإفلاس**، ص١٨٨.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) عثمان الزيلعي، **تبيين الحقائق** (القاهرة: المطبعة الأميرية، ط١، ١٣١٤هـ)، ج٥، ص٢٠٢؛ الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**، ج٣، ص٥٣٨؛ الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٦، ص٢٦٨؛ علي المرداوي، **الإنصاف**، تحقيق: عبد الله التركي، عبد الفتاح الحلو (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٩٩٥م)، ج١٣، ص٣٠٥.

(٥) انظر: أحمد بن حجر، **فتح الباري** (بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩هـ)، ج٥، ص٦٣؛ بدر الدين العيني، **عمدة القاري** (بيروت: دار إحياء التراث، [د.ت])، ج١٢، ص٢٤٠.

(٦) الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**، ج٣، ص٢٨٦.

أحق به من غيره»[١].

وأما إن كان المدين غير مفلس، فالذي يظهر أيضًا هو جواز الاسترداد وعدم تقيده في حال الفلس؛ إذ صاحب الوديعة ونحوها أحق بماله سواء كان عند مفلس أو غير مفلس[٢]، ويتأكد الاسترداد في حال افتتاح الإجراءات في حق المدين بما يشير إلى اضطراب أوضاعه المادية والخشية من وقوعه في دائرة الإفلاس، كما أنه قد يشتمل مقترح التسوية الوقائية أو إعادة الهيكلة على بيع أموال المدين، فيسترد المودع والمعير أمواله حفظًا لحقه.

وبقيت الإشارة إلى مسألتين تضمنهما القانون:

المسألة الأولى: منع الاسترداد في حال رهن المدين للوديعة

لبيان موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة فإن تصرف المدين في أموال الوديعة برهنها لا يخلو إما أن يكون بإذن من صاحب الوديعة أو لا:

فإن كان الرهن قد تم بإذن صاحب الوديعة فقد ذكر فقهاء المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥] أنه لا يحق للبائع استرداد السلعة إن تعلق بها حق للغير كالرهن؛ ولأن في الرجوع إضرارًا بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر، ولأنه لم يجد متاعه عند المفلس، قال ابن قدامة: «ولا نعلم في هذا خلافًا»[٦].

وإذا أراد صاحب المتاع دفع قيمة الدين وفك الرهن للرجوع بمتاعه فهل يحق له الاسترداد؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين[٧]:

القول الأول: ذهب المالكية[٨]، والشافعية في وجه[٩] إلى أن لصاحب المتاع فك الرهن بدفع قيمة الدين، ويرجع بمتاعه ويحاص الغرماء فيما دفع.

ولم أقف على دليل لهم في حدود اطلاعي، ويوجه قولهم: أن الضرر قد زال عن المرتهن بدفع قيمة الدين، وأمكن لصاحب المتاع الرجوع إلى متاعه.

(١) البخاري، محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير الناصر (بيروت: دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ) كتاب في الاستقراض وأداء الديون والتفليس، ج٣، ص١١٨، حديث رقم ٢٤٠؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، ج٣، ص ١١٩٣، حديث رقم ١٥٥٩.

(٢) انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٦، ص ٢٦٨؛ العيني، **عمدة القاري**، ج١٢، ص٤٠.

(٣) بهرام المالكي، **الشرح الوسط على خليل** (المغرب: مركز نجيبويه لخدمة التراث، ط١، ٢٠٠٨م)، ج٤، ص١٥١.

(٤) شمس الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** (بيروت: دار الفكر، ١٩٨٤م)، ج٤، ص٣٤٢.

(٥) ابن قدامة، **المغني**، ج٦، ص٥٦٢.

(٦) المرجع السابق. ولم أقف في حدود اطلاعي على كلام لفقهاء الحنفية في هذه المسألة.

(٧) لم أقف في حدود اطلاعي على كلام لفقهاء الحنفية والحنابلة في هذه المسألة.

(٨) محمد عليش، **منح الجليل** (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٨٤م)، ج٦، ص٦٧.

(٩) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٤، ص٣٤٢.

القول الثاني: ذهب الشافعية في الراجح عندهم إلى أن المرتهن لا يجبر على فك الرهن إذا دفعه له البائع ليرجع بعين ماله؛ وذلك لأن في دفع البائع منة قوية على المرتهن فلا يجبر عليه[١].

ويترجح القول الأول؛ إذ فيه جمع بين مصلحة المرتهن بدفع قيمة دينه، ومصلحة صاحب المتاع بالرجوع في متاعه.

وإن كان الرهن قد تم بغير إذن صاحب الوديعة، فيتخرج على تصرف الفضولي.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، ورواية عند الحنابلة[٤] إلى أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك، وقد استدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: العمومات الدالة على جواز البيع، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى شرع التجارة من غير فصل بين وجود الرضا عند العقد أو بعده، فيعمل بإطلاقها إلا ما خصه الدليل[٥].

ويناقش بأن هذه العمومات مخصصة بالنهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده كما سيأتي.

الدليل الثاني: حديث عروة البارقي عندما أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارًا ليشتري له شاة، فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه[٦].

ووجه الدلالة: أن عروة رضي الله عنه لم يكن مأمورًا ببيع الشاة، وقد أقره النبي بدعائه له[٧].

ونوقش: بأن عروة كان وكيلًا مطلقًا[٨].

القول الثاني: ذهب الشافعي في الجديد[٩]، وهو المذهب عند الحنابلة[١٠] إلى أن تصرف الفضولي لا يصح، واستدلوا

---

(١) أحمد العبادي، **حاشية على تحفة المحتاج** (القاهرة: المطبعة التجارية، ١٩٨٣م)، ج٥، ص١٤٩.
(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص١٤٨.
(٣) الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**، ج٣، ص١٢.
(٤) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١، ص٥٦.
(٥) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص١٤٩.
(٦) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب المناقب، ج٤، ص٢٩٧، رقم الحديث ٣٦٤٢.
(٧) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص١٤٩.
(٨) محمد الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م)، ج٢، ص٣٥١.
(٩) المرجع نفسه.
(١٠) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١، ص٥٦.

بما يأتي:

الدليل الأول: حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تبع ما ليس عندك»[١].

ووجه الدلالة: أن الحديث يدل على اشتراط كون المبيع مملوكًا لبائعه، وترك العمل به في المأذون لقيامه مقام مالكه، لأنه نزله منزلة نفسه[٢].

ونوقش: أن المراد إذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد[٣].

الدليل الثاني: أن المعقود عليه إما أن يكون مملوكًا له فينعقد لنفسه، وإما أن يكون لغيره، فيباشر العقد بولاية أو وكالة، فلا تصح تصرفات الفضولي؛ إذ أنه باشر لغيره بلا ولاية أو وكالة[٤].

وسبب الخلاف: اختلاف الفقهاء في النهي الوارد في حديث حكيم بن حزام هل يحمل على سببه وهو أنه كان يبيع لنفسه أو يعم؟[٥]

ويترجح القول الأول، وذلك إعمالًا للعقد ما أمكن، فيجعل موقوفًا على إجازة المالك.

وعلى هذا يرى الباحث أن الرهن إذا تم بغير إذن صاحب الوديعة يتوقف على إجازة صاحب الوديعة، فإن أجازها صحت وإلا لم تصح، فإن رهن المودع الوديعة دون إذن صاحبها ولم يرضَ، جاز له أن يسترد الرهن دون أن يكلف بدفع قيمة الدين وفك الرهن لاسترداد وديعته؛ لأن الرهن لم يصح، وقد صرح فقهاء الشافعية والحنابلة[٦] بعدم صحة رهن مال الغير بغير إذنه جريًا على مذهبهم في تصرفات الفضولي.

أما القانون فقد أطلق القول بعدم استرداد صاحب الوديعة للرهن إلا بعد سداد قيمة الدين للدائن دون أن يفصل إن كان الرهن قد تم بإذن صاحب الوديعة أم لا.

---

(١) أبو داود، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد (لبنان: المكتبة العصرية [د.ت])، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، ج٣، ص٢٨٣، رقم الحديث ٣٥٠٣. الترمذي، **سنن الترمذي**، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج٣، ص٥٢٦، رقم الحديث ١٢٣٢، وقال: حديث حسن؛ النسائي، **سنن النسائي** (بيروت مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م)، كتاب البيوع، باب ما ليس عند البائع، ج٧، ص٢٨٩، رقم الحديث ٤٦١٣؛ وصححه الألباني، انظر: **صحيح الجامع**، ج٢، ص١٢٠٩.

(٢) ابن مفلح، **المبدع شرح المقنع**، ج٤، ص١٦.

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٣، ص١٥٥.

(٤) النووي، **روضة الطالبين**، ج٣، ص٣٥٥.

(٥) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٣، ص١٩٠.

(٦) إبراهيم بن علي الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٥م)، ج٢، ص٩٢؛ البهوتي، **كشاف القناع**، ج٣، ص٣٢٢.

المسألة الثانية: اشتراط دفع نفقات الوديعة للاسترداد

لا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في نفقة الوديعة أنها على مالكها لا على الوديع[١].

ويظهر جواز أن يحبس المدين أو من يقوم مقامه (الأمين) الوديعة ليستوفي أجور النفقة منها، كما يجوز للصانع أن يحبس المصنوع إذا أفلس ربه حتى يستوفي أجرته منه كما ذكر ذلك فقهاء المالكية والحنابلة[٢].

ثالثًا: المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في جواز استرداد أموال الغير من المدين إن كان مفلسًا، وكذلك إن كان غير مفلس؛ إذ صاحب الوديعة ونحوها أحق بماله، ويتأكد الاسترداد في حال افتتاح الإجراءات في حق المدين بما يشير إلى اضطراب أوضاعه المادية والخشية من وقوعه في دائرة الإفلاس.

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اشتراط بقاء العين المستردة بعينها، وإثبات ملكية المودع أو المعير أو الموكل للمال الذي بحوزة المدين.

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في امتناع الاسترداد إذا رهن المال المودع أو المعار ونحوه عنده المدين، وكان الرهن بإذن من مالك العين؛ وذلك لتعلق حق للغير في العين المودعة أو المعارة عند المدين.

ويتفق القانون مع ما ذكره فقهاء المالكية بأن لصاحب المتاع فك الرهن بدفع قيمة الدين، ويرجع بمتاعه ويحاص الغرماء فيما دفع، خلافًا للقول الراجح عند الشافعية الذين قالوا إن المرتهن لا يجبر على فك الرهن إذا دفعه له البائع ليرجع بعين ماله.

ويختلف القانون مع الفقه الإسلامي في استرداد العين المودعة أو المعارة لدى المدين إذا رهنها للغير، فالقانون يمنع الاسترداد إلا بعد فك الرهن ودفع قيمة الدين، بينما ينظر الفقهاء إلى تصرف المدين بالعين المودعة أو المعارة أنه تصرف فضولي، وهو باطل عند الشافعية والحنابلة، وصحيح موقوف على إجازة المالك عند الحنفية والمالكية.

ويختلف القانون عن الفقه الإسلامي في اشتراط القانون دفع نفقات العين المودعة أو المعارة لدى المدين كشرط للاسترداد، فهذا الشرط وإن لم يذكره الفقهاء لاسترداد مال الغير إلا أن الفقهاء ذكروا أن الأصل أن نفقات الوديعة على مالكها، فيجوز أن يحبس المدين أو من يقوم مقامه (الأمين) الوديعة ليستوفي أجور النفقة منها، كما يجوز للصانع أن يحبس الشيء المصنوع إذا أفلس رب الشيء المصنوع حتى يستوفي أجرته منه.

---

(١) حيدر، **درر الحكام**، ج٢، ص٢٨٨؛ ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٤، ص ٩٥؛ النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٣٣٢؛ ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٢٤٧.

(٢) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج٣، ص٢٨٧؛ البهوتي، **كشاف القناع**، ج٤، ص٣٧.

الفرع الثاني: استرداد العين المبيعة بين القانون والفقه الإسلامي

أولًا: استرداد العين المبيعة في القانون

إذا صدر قرار افتتاح الإجراءات بالنسبة للمشتري قبل دفع الثمن فقد أورد المقنن حالات مختلفة:

الحالة الأولى: أن تكون البضاعة في حيازة البائع: فله حبسها حتى يستوفي الثمن كاملًا، ولو كان الثمن مؤجلًا بحسب العقد؛ لأن الأجل يسقط بافتتاح الإجراءات في هذه الحالة، وإذا لم يدفع الأمين الثمن كان للبائع الفسخ والتعويض إن كان له محل[١]، وفقًا للفقرة الأولى من المادة (٢٤٧) من قانون الإفلاس.

الحالة الثانية: أن تكون البضاعة في الطريق إلى المشتري قبل الوفاء بجميع الثمن، ولم تدخل بعد في مخازن المشتري أو وكيله، فيجوز استردادها وفقًا للمادة (٢٤٧) من القانون، إلا إذا فقدت البضاعة ذاتيتها أو تصرف فيها المدين قبل وصولها بغير تدليس[٢].

الحالة الثالثة: أن تكون البضاعة قد دخلت في حيازة المشتري في مخازنه أو مخازن وكيله قبل دفع الثمن، فحينئذ لا يستطيع البائع استرداد البضاعة، ولا أن يطلب الفسخ، ويفقد الامتياز على البضائع[٣] وفقًا للمادة (٢٤٨) من قانون الإفلاس.

- **المقارنة مع القانون السابق**

وردت أحكام استرداد المبيع في قانون التجارة السابق في المواد (٦١٨- ٦٢٠) على نحو مشابه لما ورد في القانون الحالي، إلا أن القانون الحالي أوردها ضمن الأحكام المشتركة بين التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة وشهر الإفلاس، بينما جعلها القانون السابق مقصورة على حالة شهر الإفلاس.

ثانيًا: موقف الفقه الإسلامي من استرداد البائع للمبيع

تبين من خلال العرض القانوني أن السلعة إذا كانت في حيازة البائع ولم يستوفِ الثمن فله حبسها حتى يستوفي ثمنها أو يفسخ البيع، وهذا يتوافق مع الفقه الإسلامي؛ فقد اتفق الفقهاء على أن السلعة إذا كانت بيد البائع ولم يستوفِ ثمنها؛ فإن للبائع حبس السلعة حتى يستوفي ثمنها من المشتري[٤]، وكذلك ذكر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٥] أن للبائع الفسخ ليرجع بسلعته لعموم حديث: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من

---

(١) يونس، **الإفلاس والصلح الواقي منه**، ص٣٢١.
(٢) عبد الفضيل محمد، **شرح قانون الإفلاس**، ص١٥٦.
(٣) حسني المصري، **الإفلاس** ([د.ن]، ط١، ١٩٨٧م)، ص٣١٣.
(٤) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٤، ص٧٠.
(٥) الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**، ج٣، ص٢٨٢؛ النووي، **روضة الطالبين**، ج٤، ص١٤٧. ابن مفلح، **المبدع**، ج٤، ص٢٨٨. ونسب بعض =

غيره»[١].

وأما إذا كانت السلعة في الطريق إلى المشتري فالقانونيون يقررون حق الرجوع ما لم يتعلق بها حق للغير ببيع أو رهن، ولم أقف في حدود اطلاعي على نص للفقهاء حول هذه الحالة، إلا أن الحكم فيها لا يختلف عن الحالة التي تليها وهي دخول البضاعة في حيازة المشتري، فالجمهور أثبتوا للبائع حق الاسترداد ولو دخلت السلعة في حيازة المشتري بشروط سيأتي ذكرها، فيثبت حق الاسترداد قبل دخولها حيازة المشتري من باب أولى.

وأما إذا دخلت السلعة في حيازة المشتري أو وكيله قبل دفع جميع الثمن، فالقانون يمنع الاسترداد في هذه الحالة.

وأما الفقهاء فقد اختلفوا في حق الاسترداد بعد دخول السلعة في حيازة المشتري على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] إلى أن للبائع فسخ البيع واسترداد متاعه بشروط عندهم، وله ألا يسترد متاعه ويحاصص الغرماء.

واستدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: خبر النبي صلى الله عليه وسلم أن من وجد ماله بعينه عند مفلس فهو أحق به[٥].

ووجه الدلالة: أن البائع قد أدرك عين ماله عند المشتري المفلس بالثمن فهو أولى به[٦].

ونوقش: أن المبيع ليس بعين مال البائع ولا متاع له، وإنما هو مال المشتري، فلا يتناوله الحديث[٧].

وأجيب عنه: بعدم صحة التأويل؛ لأنه جعل البائع أحق بمتاعه بشرط إفلاس المشتري، وصاحب الوديعة أحق بماله من غير شرط، فيكون معنى قوله: «ماله» أي الذي كان ماله[٨].

الدليل الثاني: أن المشتري يثبت له الفسخ بوجود العيب في المبيع؛ فيثبت للبائع الفسخ بحصول العيب في الثمن[٩].

= الفقهاء إلى أبي حنيفة أنه ليس للبائع فسخ عقد البيع، وإنما تباع السلعة ويختص البائع بالثمن، انظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٦، ص٢٦٦. ولم أقف على هذا القول في كتب الحنفية وإنما يذكرون خلافهم مع الجمهور في حق الفسخ بعد قبض المشتري للسلعة كما سيأتي في المسألة التالية.

(١) سبق تخريجه.

(٢) محمد الحطاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل** (بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٩٩٢م)، ج٥، ١٠٥.

(٣) النووي، **روضة الطالبين**، ج٤، ص١٤٧..

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج٦، ص٥٣٨.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) الحسين البغوي، **شرح السنة**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٩٨٣م)، ج٨، ص١٨٧.

(٧) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٥، ص٢٠٢.

(٨) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٦، ص٢٦٨.

(٩) المرجع نفسه.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنه ليس للبائع أن يسترد المبيع، وإنما هو أسوة الغرماء[١].

واستدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: حديث «من باع بيعًا فوجده، وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه».[٢]

قالوا: هذا نص في المسألة[٣].

ويناقش: بعدم ثبوت الحديث.

الدليل الثاني: أن اعتبار الثمن بالمبيع غير سديد؛ لأن بينهما مفارقة في الأحكام، منها: أن ملك المبيع شرط جواز العقد، وملك الثمن ليس شرطًا، وكذلك لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض، والتصرف في الثمن قبل القبض جائز[٤].

وسبب الخلاف: اختلاف الحنفية مع الجمهور في العمل بخبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة[٥].

الترجيح: يترجح مذهب جمهور الفقهاء؛ إذ أدلة الجمهور أقوى في ثبوتها ودلالتها على المعنى.

وبناء عليه، فإن القانون يتوافق مع مذهب الحنفية – وهو القول المرجوح – في امتناع الاسترداد إذا قبض المشتري السلعة ودخلت في حيازته.

ويبقى النظر فيما يقرره القانون من أن فسخ البيع واسترداد المبيع ليس مقصورًا على حالة شهر الإفلاس، بل يشمل افتتاح إجراءات التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة، فأقول: إن المدين المشتري إن كان مفلسًا حين افتتاح إجراءات التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة فلا إشكال حينئذ، ويحق للبائع الرجوع إلى عين ماله وفقًا للشروط والحالات التي سبق عرضها، وأما إن كان غير مفلس فالذي يظهر عدم ثبوت حق الاسترداد وذلك لما يأتي:

١- أن الأحاديث الواردة في حق الفسخ والاسترداد للبائع إنما وردت في حال إفلاس المشتري، ومنها حديث: «من وجد عين ماله عند مفلس فهو أحق به».

٢- أن الأصل أن عقد البيع عقد لازم من جهة البائع والمشتري إذا خلا من الخيار باتفاق العلماء[٦]، ولا يملك أحدهما

---

(١) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٥، ص٢٠١.

(٢) ذكره فقهاء الحنفية بهذا اللفظ. انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص٢٥٢. وقد حكم ابن حزم عليه بالوضع. انظر: علي بن حزم، **المحلى**، تحقيق: عبد الغفار سليمان (بيروت: دار الفكر، [د.ت])، ج٦، ص٤٨٨.

(٣) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج ٥، ص٢٥٢.

(٤) المرجع نفسه.

(٥) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٤، ص٧٠.

(٦) يحيى بن هبيرة، **اختلاف الائمة العلماء** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٢م)، ج١، ص٣٥٠.

فسخه دون رضا الآخر، والفسخ جاز للبائع عند الجمهور بسبب تعذر الثمن بإفلاس المشتري[١]، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا؛ ولهذا إذا علَّق الشارع حكمًا بسبب أو علة زال ذلك الحكم بزوالها[٢]، وإذا زالت علة فسخ البيع لتعذر الثمن، يرجع إلى الأصل وهو لزوم عقد البيع وعدم جواز فسخه إلا برضا الطرفين.

٣- ذهب الشافعية في وجه عندهم قطع به الغزالي أنه إذا حجر بالدين المساوي فلا رجوع للبائع في هذه الحال؛ لأنه يمكن الوصول إلى الثمن[٣]، ومن باب أولى إذا لم يكن المدين محجورًا عليه وأمكن الوصول إلى الثمن فلا يثبت الرجوع.

٤- وبناءً على ما سبق، لا يثبت حكم فسخ البيع واسترداد البائع للمبيع إذا لم يكن المشتري مفلسًا، وأمكن الوصول إلى الثمن، كما في بعض حالات افتتاح إجراءات التسوية الوقائية وإعادة الهيكلة لتعثر المدين.

ثالثًا: المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن المبيع إذا كان بحيازة البائع حتى أفلس المشتري، يثبت للبائع حق الحبس للسلعة حتى يستوفي ثمنها، وله أيضًا حق الفسخ والرجوع إلى سلعته.

ويخالف القانون ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - وهو ما رجحه الباحث - من ثبوت حق الاسترداد للبائع ولو كان المبيع في حيازة المشتري، خلافًا للحنفية الذين يمنعون الفسخ إذا قبض المشتري السلعة، والقانون بهذا يوافق مذهب الحنفية.

ويخالف القانون الفقه الإسلامي في جعله فسخ البيع واسترداد البائع لماله من الأحكام المشتركة بين إجراءات شهر الإفلاس والتسوية الوقائية وإعادة الهيكلة، إذ أن المدين إذا لم يكن مفلسًا وأمكن الوصول إلى الثمن فلا يثبت حق الاسترداد، وقد بينت أسباب ذلك.

المطلب الرابع: إبراء مديونيات المشروعات الصغيرة والمتوسطة

الفرع الأول: إبراء المشروعات الصغيرة والمتوسطة من باقي الدين في القانون

أجاز القانون للمدين أن يتقدم بطلب إلى إدارة الإفلاس لإبراء ذمته مما تبقى عليه من ديون بعد انتهاء التفليسة وفقًا للمادة (٢٦٤) التي نصت على أنه إذا انتهت التفليسة بالنسبة للمدين المشار إليه في المادة السابقة[٤]، يحق للمدين أن يتقدم

(١) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٦، ص٢٦٩. ابن قدامة، **المغني**، ج٦، ص٥٣٩.

(٢) ابن القيم، **إعلام الموقعين**، تحقيق: مشهور حسن (السعودية: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٣هـ)، ج٥، ص٥٢٨.

(٣) أبو حامد الغزالي، **الوسيط في المذهب** (القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ)، ج٤، ص٢١. النووي، **روضة الطالبين**، ج٤، ص١٤٨.

(٤) تتحدث المادة السابقة (٢٦٣) من قانون الإفلاس عن الأحكام المتعلقة بمديونيات المشروعات التي تصنف على أنها صغيرة أو متوسطة وفقًا للقانون (٩٨/ ٢٠١٣م) المتعلق بإنشاء الصندوق الوطني لرعاية وتنمية المشروعات الصغيرة والمتوسطة.

بطلب لإدارة الإفلاس لإبراء ذمته مما تبقى عليه من ديون، ويلاحظ أن تطبيق هذا الحكم جوازي يخضع لتقدير قاضي الإفلاس[١].

الفرع الثاني: المقارنة مع القانون السابق

لم يرد في القانون السابق إبراء ذمة المدين صاحب المشروع الصغير أو المتوسط من باقي الدين.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من إبراء المشروعات الصغيرة والمتوسطة من باقي الدين

لمعرفة موقف الفقه الإسلامي من إبراء المدينين أصحاب المشروعات الصغيرة أو المتوسطة من باقي الدين، تنبغي معرفة ما يطالب به المفلس بعد قسمة ماله:

وقد ذكر جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] أن ذمة المفلس لا تبرأ من باقي الدين إذا لم يكفِ مال المفلس لوفاء ديون الغرماء، بل قد ذكر بعض الشافعية إدامة الحجر على المفلس إلى قضاء الدين[٦].

وقد اختلف الفقهاء في تكسب المفلس بعد قسمة ماله، هل يجبر على التكسب؟

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٧] والمالكية[٨] والشافعية[٩] إلى أنه لا يلزم بالتكسب لوفاء الديون الباقية عليه، وذهب الحنابلة[١٠] إلى أن المفلس يجبر على التكسب بعد قسمة ماله ليفي بديونه.

وليس المقصود هنا بسط الخلاف في المسألة، وإنما المقصود التأكيد على بقاء الدين في ذمة المفلس عند الفقهاء بعد فك الحجر عنه.

ولذا أرى أن القانون أجحف بحق الدائنين، وإذا أراد المقنن الرفق بالمدين صاحب المشروع الصغير أو المتوسط فيمكن اتباع العديد من الحلول الشرعية دون الإجحاف بحق الدائنين ومنها:

١- أن المدين بعد انتهاء التفليسة إن كان معسرًا لا مال زائدا لديه على حاجاته الأساسية وجب أن ينظر إلى يسره

---

(١) عبد الفضيل محمد، **شرح قانون الإفلاس**، ص ١٧٢.
(٢) علي بن الحسين السغدي، **النتف في الفتاوى** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٨٤م)، ج٢، ص٧٥٣.
(٣) أحمد الصاوي، **حاشية الشرح الصغير** (القاهرة: دار المعارف، [د.ت])، ج٢، ص١٢٩.
(٤) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١١١.
(٥) منصور البهوتي، **المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد**، تحقيق: عبد الله المطلق (السعودية: دار كنوز إشبيليا، ط١، ٢٠٠٦م)، ج٢، ص٤٦٦.
(٦) أحمد القليوبي، **حاشية على شرح المنهاج** (بيروت: دار الفكر، ١٩٩٥م)، ج٢، ص٣٦٣.
(٧) السغدي، **النتف في الفتاوى**، ج٢، ص٧٥٣.
(٨) الصاوي، **حاشية على الشرح الصغير**، ج ٢، ص١٢٩.
(٩) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١١١.
(١٠) البهوتي، **المنح الشافيات**، ج٢، ص٤٦٦.

ليطالب بالباقي من دينه[١].

٢- أن يعطى المفلس بعد فك الحجر عنه من الزكاة لإعانته على قضاء ما تبقى من دينه إن كان عاجزًا عن السداد، وذلك لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ﴾ [التوبة: ٦٠].

وقد صرح الحنفية بأن يعطى المدين الفقير من الزكاة[٢]، وذكر المالكية أن المراد بالغارم المدين هنا الذي عليه دين للغرماء من الآدميين الذين يتحاصون فيه في الفلس، ولم يكن دينه في فساد[٣]، وذكر نحو هذا فقهاء الشافعية والحنابلة.[٤]

وبناء عليه، فالمفلس بعد قسمة ماله يعطى من الزكاة لسداد ديونه إن لم يكفِ ماله للسداد، مالم يكن استدان لأجل المعصية فلا يعطى من الزكاة إلا أن يتوب، ومثل هذا التجار الذين يستدينون للقيام بمشروعات تجارية محرمة، ثم يفلسون، فلا يعطون من الزكاة.

الفرع الرابع: المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي

يقرر القانون جواز إبراء المدين بعد انتهاء التفليسة من باقي دينه إن كان مشروعًا تجاريًّا صغيرًا أو متوسطًا، وهو ما يتعارض مع الفقه الإسلامي؛ إذ يقرر الفقهاء بقاء الدين في ذمة المفلس بعد فك الحجر عنه.

خاتمة

في ختام هذا البحث أذكر أبرز النتائج والتوصيات:

أولًا: النتائج

١-ورد في القانون العديد من الأحكام المشتركة التي تتعلق بحرية المدين في التصرف بعد افتتاح الإجراءات الواردة في القانون، ويظهر توافق هذه الأحكام مع الفقه الإسلامي، باستثناء المنع من المقاصة بين الديون إن كان المدين غير مفلس، إلا أن منعها أيضًا يتفرع عن منع المدين من الوفاء بديونه، وقد ذكرت جوازه وإن كان غير مفلس لوقوعه في دائرة السياسة الشرعية.

٢-ورد في القانون العديد من الأحكام المتعلقة بممارسة الدائنين المرتهنين والممتازين لحقوقهم، وأكثر هذه الأحكام متوافق مع الفقه الإسلامي، باستثناء ما ذهب إليه القانون من جواز اعتراض المدين والأمين على تنفيذ الدائن على

(١) وضع مجمع الفقه الإسلامي الدولي ضابطًا للإعسار فقال: «ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار هو ألا يكون للمدين مال زائد على حوائجه الأصلية يفي بدينه نقدًا أو عينًا». انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ([د.ن]، الإصدار الرابع، ٢٠٢٠م)، ص٢٠٦.

(٢) الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج١، ص١١٩.

(٣) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج٢، ص٢١٨.

(٤) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٤، ص١٧٩. ابن مفلح، **المبدع**، ج٢، ص٤١٣.

الضمان، وجواز استبدال الضمان المقدم للدائن بضمان بديل، وقيد الباحث جواز استبدال الضمان بتحقق الضرر البالغ بالمدين، ووجوب عرض ضمان بديل لا يقل في قيمته عن الضمان القائم، وقد ذكرت التعديل المناسب.

٣- ورد في القانون العديد من الأحكام المتعلقة باسترداد أموال الغير من المديونية، ويظهر توافق هذه الأحكام مع الفقه الإسلامي، وسواء كان المدين مفلسًا أو غير مفلس؛ إذ صاحب الوديعة لا يتقيد استرداده لماله بفلس المودع.

٤- جعل المقنن استرداد البائع للمبيع من المشتري المفلس حكمًا مشتركًا في القانون، ويظهر أن المشتري إن لم يكن مفلسًا فلا يحق للبائع الرجوع؛ إذ يمكن الوصول إلى الثمن، كما منع المقنن من استرداد المبيع إن دخل في حيازة المفلس مخالفًا بذلك قول جماهير الفقهاء عدا الحنفية، وقد ذكرت التعديلات المناسبة.

٥- أجاز القانون للمدين صاحب المشروع الصغير أو المتوسط أن يتقدم بطلب إبرائه من بقية المديونية بعد انتهاء التفليسة، وهو ما أراه إجحافًا بحق الدائنين، وقد ذكر الفقهاء بقاء الدين في ذمة المفلس بعد فك الحجر عنه.

ثانيًا: التوصيات

١- تعديل نص المادة (٢٢٩) من قانون الإفلاس المتعلقة بعرض ضمان بديل، لتصبح كالآتي: «يجب أن يعرض الأمين أو المدين على الدائن صاحب الدين المضمون ضمانًا بديلًا يعادل قيمة الدين، وفي حال عدم قبوله هذا العرض فلمحكمة الإفلاس أن تحكم باستبدال الضمان إذا تبين لها أن الضمان لا يقل عن قيمة الدين ولا يضر بالدائن»؛ إذ إن استبدال الضمان كما ذهب إليه القانون مقيد في نظر الباحث في حالة عرض ضمان بديل.

٢- إلغاء المادة (٢٤٩) من قانون الإفلاس التي سبق ذكرها أثناء العرض القانوني والتي تمنع الفسخ والاسترداد إذا دخلت السلعة في مخازن المشتري المفلس أو مخازن وكيله؛ وذلك لمعارضة نص المادة لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز فسخ البائع للبيع.

٣- وضع مواد القانون المتعلقة بفسخ البيع (٢٤٦- ٢٤٧) ضمن الباب الخامس في قانون الإفلاس والمتعلق بشهر الإفلاس، بدلًا من وضعها في الباب السادس المتعلق بالأحكام المشتركة، وذلك لعدم ثبوت حق الاسترداد إذا كان المدين غير مفلس.

٤- أقترح إلغاء المواد (٢٦٤- ٢٦٥- ٢٦٦) التي تنظم إبراء المشروعات الصغيرة والمتوسطة من باقي الدين بعد انتهاء التفليسة، وذلك لثبوت الدين في ذمة المفلس بعد فك الحجر عنه عند الفقهاء.

المصادر والمراجع

أولًا: العربية

أحمد، إبراهيم سيد. **الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي**. القاهرة: دار الكتب والدراسات العربية، ط١، ٢٠١٦م.

أحمد، عبد الفضيل محمد. **شرح قانون الإفلاس رقم ٧١ لسنة ٢٠٢٠م**. الكويت: دار الكتب، ط١، ٢٠٢١م.

الألباني، محمد. **صحيح الجامع**. بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

ـــــــ. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٩٨٥م.

البخاري، محمد بن إسماعيل. **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير الناصر. بيروت: دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ.

البغوي، الحسين. **شرح السنة**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

البهوتي، منصور بن يونس. **المنح الشافيات**، تحقيق: عبد الله المطلق. السعودية: دار كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.

ـــــــ. **كشاف القناع عن متن الإقناع**. الرياض: مكتبة النصر، [د.ت].

الترمذي، محمد بن عيسى. **سنن الترمذي**. القاهرة: مطبعة البابي، ط١، ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.

ابن حجر، أحمد بن علي. **فتح الباري شرح صحيح البخاري**. بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩هـ.

الحطاب، محمد بن محمد. **مواهب الجليل**. بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

ابن حزم، علي. **المحلى**. بيروت: دار الفكر، [د.ت].

حيدر، علي. **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**. بيروت: دار الجيل، ط١، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

الخرشي، محمد. **شرح مختصر خليل**. القاهرة: المطبعة الأميرية، ط٢، ١٣١٧هـ.

خليل، أحمد. **الإفلاس والصلح الواقي منه في قانون التجارة الكويتي**. القاهرة: دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠٢٠م.

الدسوقي، محمد بن أحمد. **حاشية على الشرح الكبير**. بيروت: دار الفكر، [د.ت].

الدميري، بهرام. **الشرح الوسط على مختصر خليل**، تحقيق: أحمد نجيب. المغرب: مركز نجيبويه، ط١، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.

الرحيباني، مصطفى بن سعد. **مطالب أولي النهى**. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

أبو زهرة، محمد. **تاريخ المذاهب الإسلامية**. القاهرة: دار الفكر العربي، [د.ت].

ابن رشد، محمد بن أحمد. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. القاهرة: دار الحديث، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.

الرملي، محمد. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

الزركشي، محمد بن عبد الله. **المنثور في القواعد الفقهية**، تحقيق: تيسير فائق. الكويت: وزارة الأوقاف، ط٢، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

الزيلعي، عثمان بن علي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. القاهرة: المطبعة الأميرية، ط١، ١٣١٤هـ.

السجستاني، سليمان بن الأشعث. **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. لبنان: المكتبة العصرية، [د.ت].

السرخسي، محمد بن أحمد. **المبسوط**. القاهرة: دار السعادة، ١٣٣١هـ.

السُّغدي، علي بن الحسين. **النتف في الفتاوى**، تحقيق: صلاح الدين الناهي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

السمرقندي، علاء الدين. **تحفة الفقهاء**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

ابن شاس، عبد الله بن نجم. **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، تحقيق: حميد لحمر. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

الشربيني، محمد بن أحمد. **مغني المحتاج**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

الشيرازي، إبراهيم بن علي. **المهذب في فقه الإمام الشافعي**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

الصاوي، أحمد بن محمد. **حاشية على الشرح الصغير**. بيروت: دار المعارف، [د.ت].

طه، مصطفى كمال. طه، شريف. **أصول الإفلاس**. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٨م.

ابن عابدين، محمد أمين. **رد المحتار على الدر المختار**. القاهرة: مطبعة الحلبي، ط٢، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.

العبادي، أحمد. **حاشية على تحفة المحتاج**. القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٥٧هـ/ ١٩٨٣م.

عبد الرؤوف، طارق. **التنظيم القانوني للإفلاس في ضوء قانون التجارة الكويتي**. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.

عساف، محمد مطلق. «العملات المشفرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية عملة Bitcoin أنموذجًا». **مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة قطر**، مج ٣٦، ع٢ (٢٠١٩)، ص٢١-٤٨.

عليش، محمد. **منح الجليل شرح خليل**. بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

العيني، محمود. **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، [د.ت].

الغزالي، أبو حامد. **الوسيط في المذهب**. القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ.

ابن قدامة، عبد الله. **الكافي في فقه الإمام أحمد**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

ـــــــ. **المغني**، تحقيق: عبد الله التركي، عبد الفتاح الحلو. الرياض: دار عالم الكتب، ط٣، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

القرافي، أحمد بن إدريس. **الذخيرة**. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م.

القليوبي، أحمد. **حاشية قليوبي وعميرة**. بيروت: دار الفكر، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر. **إعلام الموقعين**. السعودية: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٣هـ.

الكاساني، أبو بكر بن مسعود. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

الماوردي، علي. **الحاوي الكبير**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.

المرداوي، علي بن سليمان. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**. القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

المصري، حسني. **الإفلاس**. [د.ن]. ط١، ١٩٨٧م.

ابن مفلح، إبراهيم. **المبدع**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

الموصلي، عبد الله بن محمود. **الاختيار لتعليل المختار**. القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م.

النسائي، أحمد بن شعيب. **السنن الكبرى**. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.

النووي، يحيى بن شرف. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.

النيسابوري، مسلم بن الحجاج. **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد عبد الباقي. القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م.

ابن هبيرة، يحيى. **اختلاف الأئمة العلماء**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٢م.

يونس، علي. الإفلاس **والصلح الواقي منه**. القاهرة: مطبعة عين شمس، ١٩٩١م.

ثانيًا:

References

‘Abd al-Ra’ūf, Ṭāriq, *Al-tanẓīm al-qānūnī lil-iflās fī ḍaw’ Qānūn al-Tijāra al-Kuwaytī* (in Arabic), Cairo: Dār al-Nahḍa al-‘Arabīya, 2009, 1st ed.

Abū Zahrah, Muḥammad. *Tārīkh al-madhāhib al-Islāmīyah* (in Arabic), Egypt: Dār al-Fikr al-‘Arabī.

Aḥmad, ‘Abd al-Faḍīl Muḥammad, *Sharḥ Qānūn al-iflās raqm 71 li-sanat 2020* (in Arabic), Kuwait: Dār al-Kutub, 2021, 1st ed.

Aḥmad, Ibrāhīm Sayyid. *al-Wasīṭ fī sharḥ al-qānūn al-madanī al-Kuwaytī* (in Arabic), Egypt: Dār al-Kutub wa-al-Dirāsāt al-'Arabīyah, 2016, 1st ed.

Al-'Abbādī, Aḥmad, *Ḥāshiyat 'alá Tuḥfat al-muḥtāj* (in Arabic), Egypt: al-Maktaba al-Tijārīya al-Kubrá, 1983.

Al-Albānī, Muḥammad, *Irwā' al-ghalīl fī takhrīj aḥādīth Manār al-Sabīl* (in Arabic), Beirut: al-Maktab al-Islāmī, 2nd ed., 1985.

——. *Ṣaḥīḥ al-Jāmi'* (in Arabic), Beirut: al-Maktab al-Islāmī,1988.

Al-'Aynī, Maḥmūd, *'Umdat al-Qārī sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (in Arabic), Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.

Al-Baghawī, al-Ḥusayn, *Sharḥ al-Sunnah* (in Arabic), ed. Shu'ayb al-Arnā'ūṭ, Beirut: al-Maktab al-Islāmī, 1983, 2nded.

Al-Buhūtī, Manṣūr b. Yūnus. *Al-Minaḥ al-shāfiyāt* (in Arabic), ed. 'Abd Allāh al-Muṭlaq, Riyadh: Dār Kunūz Ishbīliyā, 2006, 1st ed.

——, *Kashshāf al-qinā' 'an matn al-Iqnā'* (in Arabic), Riyadh: Maktabat al-Naṣr.

Al-Bukhārī, Muḥammad b. Ismā'īl. *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (in Arabic), ed. Muḥammad Zuhayr al-Nāṣir, Beirut: Dār Ṭawq al-najā, 1422h, 1st ed.

Al-Damīrī, Bahrām, *Al-sharḥ al-Wasaṭ 'alá Mukhtaṣar Khalīl* (in Arabic), ed. Aḥmad Najīb, Morocco: Markaz Najībaway, 2013, 1st ed.

Al-Dasūqī, Muḥammad b. Aḥmad, Ḥāshiyat 'alá al-sharḥ al-kabīr (in Arabic), Beirut: Dār al-Fikr.

Al-Ghazālī, Abū Ḥāmid. *al-Wasīṭ fī al-madhhab* (in Arabic), Cairo: Dār al-Salām, 1417h, 1st ed.

Al-Ḥaṭṭāb, Muḥammad b. Muḥammad, *Mawāhib al-Jalīl* (in Arabic), Beirut: Dār al-Fikr, 1992, 3rd ed.

Al-Kāsānī, Abū Bakr ibn Mas'ūd, *Badā'i' al-ṣanā'i' fī tartīb al-sharā'i'* (in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya,1986, 2nd ed.

Al-Kharashī, Muḥammad, *Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl* (in Arabic), Cairo: al-Maṭba'ah al-Amīrīya, 2nd ed.

Al-Māwardī, 'Alī, *Al-Ḥāwī al-kabīr* (in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya,1999, 1st ed.

Al-Mawṣilī, 'Abd Allāh b. Maḥmūd, *Al-Ikhtiyār li-ta'līl al-Mukhtār* (in Arabic), Cairo: Maṭba'at al-Ḥalabī, 1937.

Al-Miṣrī, Ḥusnī, *Al-iflās* (in Arabic), 1987,1st ed.

Al-Nawawī, Yaḥyá b. Sharaf, *Rawḍat al-ṭālibīn wa-'umdat al-muftīn* (in Arabic), ed. Zuhayr al-Shāwīsh, Beirut: al-Maktab al-Islāmīm1991, 3rd ed.

Al-Nīsābūrī, Muslim b. al-Ḥajjāj, *Ṣaḥīḥ Muslim* (in Arabic), ed. Muḥammad 'Abd al-Bāqī, Cairo: Maṭba'at al-Ḥalabī,1955.

Al-Nisā'ī, Aḥmad b. Shu'ayb, *Al-sunan al-Kubrá* (in Arabic), Beirut: Mu'assasat al-Risālah, 2001.

Al-Qalyūbī, Aḥmad, *Ḥāshiyat Qalyūbī w'myrh* (in Arabic), Beirut: Dār al-Fikr,1995.

Al-Qarāfī, Aḥmad b. Idrīs, *Al-Dhakhīrah* (in Arabic), Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī,1994, 1st ed.

Al-Ramlī, Muḥammad, *Nihāyat al-muḥtāj ilá sharḥ al-Minhāj* (in Arabic), Beirut: Dār al-Fikr, 1984.

Alrḥybāny, Muṣṭafá b. Sa'd, *Maṭālib ūlī al-nuhá* (in Arabic), Beirut: al-Maktab al-Islāmī, 1994, 2nd ed.

Al-Samarqandī, 'Alā' al-Dīn, *Tuḥfat al-fuqahā'* (in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya, 1994, 2nd ed.

Al-Sarakhsī, Muḥammad b. Aḥmad. *Al-Mabsūṭ (*in Arabic), Egypt: Dār al-Sa'āda.

Al-Ṣāwī, Aḥmad b. Muḥammad, *Ḥāshiyat 'alá al-sharḥ al-Ṣaghīr* (in Arabic), Beirut: Dār al-Ma'ārif.

Al-Shīrāzī, Ibrāhīm b.'Alī, *Al-Muhadhdhab fī fiqh al-Imām al-Shāfi'ī* (in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya,1995, 1st ed.

Al-Shirbīnī, Muḥammad b. Aḥmad, *Mughnī al-muḥtāj (*in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya, 1194,1st ed.

Al-Sijistānī, Sulaymān b. al-Ash'ath, *Sunan Abī Dāwūd* (in Arabic), ed. Muḥammad Muḥyī al-Dīn 'Abd al-Ḥamīd, Lebanon: al-Maktaba al-'Aṣrīya.

Al-Sughdī, 'Alī b. al-Ḥusayn*, Alntf fī al-Fatāwá* (in Arabic), ed. Ṣalāḥ al-Dīn Nāhī, Beirut: Mu'assasat al-Risāla, 1984, 2nd ed.

Al-Tirmidhī, Muḥammad b. 'Īsá. *Sunan al-Tirmidhī* (in Arabic), Egypt: Maṭba'at al-Bābī, 1975, 1st ed.

Al-Zarkashī, Muḥammad b. 'Abd Allāh, *Al-manthūr fī al-qawā'id al-fiqhīyah* (in Arabic), ed. Taysīr Fā'iq, Kuwait: Wizārat al-Awqāfm 1985, 2nd ed.

Al-Zayla'ī, 'Uthmān b. 'Alī, *Tabyīn al-ḥaqā'iq sharḥ Kanz al-daqā'iq* (in Arabic), Cairo: al-Maṭba'a al-Amīrīya, 1st ed.

Assaf, Mohammad Motlaq. "Cryptocurrency According to the Objectives of Islamic Law: Bitcoin as a Case Study" (in Arabic). *Journal of College of Sharia and Islamic Studies*,36, no. 2 (2019): 21- 48.

Ḥaydar, 'Alī*, Durar al-ḥukkām fī sharḥ Majallat al-aḥkām* (in Arabic), Beirut: Dāral-Jīl,1991,1st ed.

Ibn 'Ābidīn, Muḥammad Amīn, *Radd al-muḥtār 'alá al-Durr al-Mukhtār* (in Arabic), Cairo: Maṭba'at al-Ḥalabī, 1966,2nd ed.

Ibn al-Qayyim, Muḥammad b. Abī Bakr, *I'lām al-muwaqqi'īn* (in Arabic), Saudi Arabia: Dār Ibn al-Jawzī, 1st ed.

Ibn Ḥajar, Aḥmad b. 'Alī, *Fatḥ al-Bārī sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (in Arabic), Cairo: Dār al-Ma'rifa.

Ibn Ḥazm, 'Alī. *Al-Muḥallá wa-al-āthār* (in Arabic). Beirut: Dār al-Fikr.

Ibn Hubayra, Yaḥyá, *Ikhtilāf al-a'immah al-'ulamā'*. (in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya,2002, 1st ed.

Ibn Mufliḥ, Ibrāhīm, *al-mubdi'* (in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya,1997, 1st ed.

Ibn Qudāmah, 'Abd Allāh b. Aḥmad, *Al-Kāfī fī fiqh al-Imām Aḥmad* (in Arabic), Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīya,1994, 1st ed.

——. *Al-Mughnī* (in Arabic), ed. 'Abd Allāh al-Turkī, 'Abd al-Fattāḥ al-Ḥulw, Riyadh: Dār 'Ālam al-Kutub,1997, 3rd ed.

Ibn Rushd, Muḥammad b. Aḥmad, Bidāyat al-mujtahid (in Arabic), Cairo: Dār al-ḥadīth, 2004.

Ibn Shās, 'Abd Allāh b. Najm, *'Aqd al-Jawāhir al-thamīnah fī madhhab 'Ālam al-Madīnah* (in Arabic), ed. Ḥamīd Laḥmar, Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī, 2003,1st ed.

Khalīl, Aḥmad, *Al-iflās wa-al-ṣulḥ al-wāqī minhu fī Qānūn al- Tijāra al-Kuwaytī* (in Arabic), Egypt: Dār al-Kutub wa-al-Dirāsāt al-'Arabīya, 2020.

Mardāwī, 'Alī ibn Sulaymān, *Al-Inṣāf fī ma'rifat al-rājiḥ min al-khilāf* (in Arabic), Ciro: Dār Hajar,1995, 1st ed.

Munos. David Ramos. "Bankruptcy -remote transactions and bankruptcy law -a comparative approach (part2): Can parties validly waive bankruptcy proceedings? "Oxford Academic", *Capital Markets law Journal*, vol .10, no. 3 (2015), pp. 362- 389.

Ṭāhā, Muṣṭafá Kamāl. Ṭāhā, Sharīf, *Uṣūl al-iflās* (in Arabic), Cairo: al-Markaz al-Qawmī lil-Iṣdārāt al-qānūnīya, 2018.

'Ulaysh, Muḥammad, *Minaḥ al-Jalīl sharḥ Khalīl* (in Arabic). Beirut: Dār al-Fikr, 1984, 1st ed.

Yūnus, 'Alī. *Al-iflās wa-al-ṣulḥ al-wāqī minhu* (in Arabic), Egypt: Maṭba'at 'Ayn Shams,1991).