ماهية الالتزام وأنواعه و مصادره

* د. محمد نواز الحسنى

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة و السلام على سيدنا محمد وعلى آله و أصحابه أجمعين.

إن الالتزام هي مسؤلية عن أداء الفعل أو الكف عنه و هذه المسؤلية لا تتحقق إلا عند وجود اللزوم و الوجوب بهذا الفعل ، و اللزوم و الوجوب لا يتحققان إلا عند وجود الإلزام و الإيجاب به. و الإ لزام والإيجاب لايتحققان إلا عند وجود الملزم والموجب له. و الملزم و الموجب له هو القانون الوضعي أو الحكم الشرعي يعني الشريعة الإسلامية مباشرة. والمشرع في القوانين الوضعية أو الشارع في الأحكام الشرعية تسببا وهذا المشرع فى القوانين الوضعية و الشارع فى الشريعة الإسلامية يعتبر كل واحد منهما مصدرا أساسيا للالتزام.

ولما كان الالتزام يبتنى على اللزوم و اللزوم يبتنى على الإلزام والإلزام يبتنى على الملزم وهو المصدر له فلا بد من الكلام عن كل واحد منها تفصيلا لتتضح ماهية الالتزام و حقيقته.

ولما كان مصدر الالتزام أمرا مختلفا فيه بين أهل القانون حيث قال بعضهم إن مصدر الالتزام خمسة أمور و بعضهم قال إنه ثلاثة أمور و بعضهم قال إنه أمر واحد فكان من اللازم لي أن أبين حقيقة الأمر و أوضح القول الأمثل بين تلك الأقوال المختلفة. وهذا الأمر كان داعيا لكتابة البحث في الموضوع المذكور.

---

* الاستاذ المساعد ، بكلية الشريعة و القانون، الجامعة الاسلامية العالمية ، اسلام آباد ، باكستان .

اقتضت طبيعة البحث أن تشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: بيان ماهية الالتزام

المبحث الثاني: في أنواع الالتزام

المبحث الثالث: في مصادر الالتزام

ثم قسمت كل مبحث إلى مطالب وكل مطلب إلى فروع و تناولت الكلام تفصيلا عن كل قضية في تلك الفروع.

واخترت منهجا معينا في ثبت المصادر و المراجع بكل أمانة علمية، وذكرت تفاصيلها بكل دقة في الهامش. و هذا كله بتوفيق الله تعالى وما توفيقي إلا بالله العظيم.

المبحث الأول: في بيان ماهية الالتزام

هناك ثلاث كلمات متشابكة بعضها مع بعض وهي الإلزام واللزوم والالتزام.

وذلك لأن الالتزام لا يحتقق بدون اللزوم واللزوم لا يتحقق بدون الإلزام حتى ولو كان هذا الإلزام من جهة الملتزم نفسه كالهبة والجعالة والنذر واليمين ولهذا لابد من الكلام عن كل واحد منها مع لتتضح حقيقة الأمر.

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول في معنى الإلزام

أولا ـ معنى الإلزام لغة.

الإلزام مصدر من باب الإفعال من ألزم يلزم إلزاماً، ومعناه جعل الشيء لازماً لأحد غير منفك عنه.

قال ابن منظور : وألزمه إياه فالتزمه (.....) يلزم الشيء فلا يفارقه (1)

وجاء في المعجم الوسيط: ألزم فلاناً الشيء أوجبه عليه.(2)

ثانيا ـ معنى الإلزام اصطلاحاً:

الإلـزام مـأخـوذ من اللزوم واللزوم معناه الوجوب كما قال السيد الشريف: واللازم في الاستعمال بمعنى الواجب (3)

والالتزام معناه الإيجاب كما جاء في المعجم الوسيط: ألزم فلاناً الشيء أوجبه عليه(4)

قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: الإلزام في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين:

الأول: معناه إنشاء الالتزامات ، فيقال: عقد ملزم بمعنى أنه ينشئ على العاقد التزاماً.

الثـانـي: مـعـناه عدم إمكان رجوع العاقد من العقد بإرادته المنفردة، فيقال: عقد ملزم، بمعنى أن العاقد لايحق له فسخ العقد إلا برضاء العاقد الآخر (5)

معني ذلـك أنه قد وجب عليه العقد بعد لقاء القبول بالإيجاب.

ورجّـح الشيـخ مـصطفى أحمد الزرقا بعد ذلـك المعنى الأول من معنى الإلزام وهو أن الإلزام هو إنشاء الالتزام مع قطع النظر عن نوعه.

الفرع الثاني: أنواع الإلزام

والإلزام يتنوع إلى نوعين:

الـنـوع الأول: الإلزام ممن له حق الإلزام كإيجاب الباري سبحانه وتعالى العبادات الدينية عـلـى الـمـكـلـفـين مـن صـلاة و زكاة وصوم وحج وصدقات ونفقات و كإلزامه تعالى أصحاب الأموال بخصوصهم من الرعية، المؤونات المالية كالخراج وصدقة ونفقة المحتاج وغيره.

النوع الثاني: الإلزام من جهة الإنسان لنفسه حيث يلزم نفسه ببعض الأمور التي لم تكن واجبة عليه من سابق كنذر و صدقة ونفقة المحتاج وغيره.

والالتزام الذي يترتب على هذا النوع من الإلزام على نوعين:

أولهـمـا: الالتـزام الـلازم الـذي لا يستـقـل الإنسـان بـانـفـراده أن يتحلل منه إلا برضا الشخص الآخر كالعقود اللازمة لكلا الطرفين مثل البيوع والإجارات.

ولا تنفك عنها صفة اللزوم إلا في ثلاث حالات وهي: حالة الفساد، وحالة الإكراه وحالة الخيارات العقدية مثل خيار الرؤية و خيار الشرط و خيار العيب و خيار التعيين وخيار الوصف.

وثانيهما: الالتزام غير اللازم الذي يستقل الإنسان فيه بانفراده أن يتحلل منه. وذلك يكون في العقود غير اللازمة كالشركات بأنواعها و الوكالة والولاية وهي عشرة أنواع، سيأتي بيانها في المطلب الآتي إن شاء الله تعالى. (6)

المطلب الثاني: معنى اللزوم

سأتكلم عن اللزوم في فرعين:

الفرع الأول: معنى اللزوم: أولا : معنى اللزوم لغة: قال ابن منظور: لزم الشيء يلزمه لزماً ولزوماً ، فلا يفارقه (7)

وجاء في المعجم الوسيط:لزم الشيء فلانا وجب عليه ولزم الشيء لزوماً ثبت ودام (8)

ومنه ما جاء في قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا﴾(9) أي عذاباً لازماً واجباً غير منفك عنكم.

ثانيا: معنى اللزوم اصطلاحا:

اللزوم بالشيء عدم الانفكاك عنه

قال السيد الشريف: اللازم ما يمتنع انفكاكه عن الشيء فلا يختلف معناه اصطلاحا عن معناه لغة (10)

ومعنى اللزوم أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد، التحلل من قيده ما لم يتفقا على الإقالة ولا يحق للعاقد بعد العقد فسخه إلا برضى الطرف الآخر.

لأن العقد كما لا يتكوّن إلا بالتراضي فلا يفسخ إلا بالتراضي وهذا التراضي على الفسخ يسمى في الفقه الإسلامي إقالة أو تقايلاً (11)

قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: والاجتهادات الإسلامية متفقة على أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم ليس لأحد العاقدين رجوع إلا باتفاقهما (12)

الفرع الثاني: أنواع العقود من حيث اللزوم وعدم اللزوم:

قد ذكر سابقاً أن اللزوم معناه أن لا يستطيع أحد طرفي العقد بعد تكونيه التحلل من قيده ما لم يتفق الطرف الآخر على الإقالة. وذلك لأن العقد رابطة تربط المتعاقدين حيث لا يستطيع أحدهما هدمه ولا تعديله إلا برضا الطرف الآخر. ومع ذلك قد يتخلف اللزوم عن العقود مطلقاً أو في حالة من الأحوال، ولهذا قسم الفقهاء العقود باعتبار اللزوم إلى أربعة أنواع وهي على ما يلي:

النوع الأول: العقود غير اللازمة لكلا الطرفين مطلقا وهي أربعة:

أ) الإيداع: هو تسليط أحد غيره على حفظ ماله صريحاً أو دلالة(13)، وركنه الإيجاب والقبول.

ب) الإعارة: هي عقد على المنافع مجاناً(14) ، أو هي عقد على الانتفاع بالأشياء مجانا ولابد للعاقد من الإيجاب والقبول.

ج) الشركة: وهي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه أو على الاشتراك في الربح بدون المال (15)

د) المضاربة: وهي عقد شركة في الربح بمال من جانب و عمل من جانب أخر وركنها الإيجاب والقبول (16)

النوع الثاني: العقود غير اللازمة باعتبار الأصل ولكنها تكون لازمة في بعض الحالات وهي أربعة أيضا كما يلي:

أ) الوكالة: وهي إقامة أحد غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم (17)

ب) التحكيم:هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما في القضية المتنازع فيها بينهما(18)

ج) الهبة: هي تمليك الإنسان ماله لغيره في حياته مجاناً أو بعوض غير معادل له (19) .

د) الوصية:هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت مجاناً عيناً كان المال أو ديناً(20).

النوع الثالث: العقود اللازمة بطبيعتها وغير اللازمة في بعض الظروف والأحوال وهي اثنان فقط:

أ) الإجارة: وهي عقد على المنفعة من الإنسان أو المال كالحيوان والمكان بعوض(21).

وهي عقد على الانتفاع بخدمات الإنسان أو باستعمال الحيوان أو المكان بالعوض، وهي الأجرة.

وهي تكون لازمة بشرطين:

الشرط الأول: هو شرط لانعقاد عقد الإجارة لازماً من الأصل وهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول لهذا الشرط: أن يكون العقد صحيحاً.أما إذا كان العقد فاسداً فهو غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعاً للفساد و ذلك لحق الشارع.

النوع الثاني لهذا الشرط: أن لا يكون بالمستأجر الذي ينتفع به عيب في وقت العقد أو وقت القبض حيث يخل بالانتفاع به.

فإن كان غير سالم عن العيب فكان العقد غير لازم لأن سلامة ما ينتفع به في عقد الإجارة شرط للزومه دلالة فتكون كالشرط المنصوص عليه صراحة كما في بيع العين.

النوع الثالث لهذا الشرط: أن يكون ما ينتفع به في عقد الإجارة مرئياً للمستاجر حتى لو استأجر داراً لم يرها ثم رآها ولم يرض بها فجاز له أن يرده لأن الإجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما في بيع العين.

الشرط الثاني: هو شرط لبقاء عقد الإجارة على اللزوم وهو يتنوع إلى نوعين:

أحـدهـما: أي القسم الأول من الشرط الثاني لبقاء لزوم عقد الإجارة وهو عدم حدوث عيـب في المعقود عليه لأن سلامة ما ينتفع به في عقد الإجارة عن حدوث عيب يخل بالانتفاع به شرط للزوم بقاء عقد الإجارة.

فـإن حـدث بـه عيـب يـخـل بالانتفاع به لم يبق عقد الإجارة لازماً كما لو استأجر شخصا لخدمة أو دابة للركوب عليها فإن حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق عقد الإجارة لازماً كما لـو استـأجيـر شـخصا لخدمة أو دابة للركوب عليها أو داراً للسكن فيها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخها.

وبـمـثـلة جـاء في قانون العقود لباكستان مادة رقم 56 و هـذه الـمادة تدل على أن العقد يـصـح فسخه بعد تمامه عند تدخل ظروف تمنع من العمل على مقتضى العقد بشرط أن يكون مـن الـعقود المستمرة كالإجارة. فمن استأجر باخرة لنقل سلعته من باكستان إلى بنجلة ديش وتـم هـذا الـعـقـد وخرجت الباخرة من ميناء باكستان إلى بنجلة ديش ولكنها قبل دخولها في حـدود الهند بدأ الحرب بين باكستان والهند فامتنعت الباخرة من الذهاب إلى القدام لظروف طارئة فعليها أن ترجع إلى ميناء كراتشي وللقاضي أن يفسخ هذا العقد.

ولذلـك نظائر كثيرة في المحاكم القانونية المدينة و القضايا القانونية الباكستانية (PLD&CLC) وهي كلها تبتني على المادة المذكورة.

وهذا بخلاف البيع حيث إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض فلم يجز للمشترى أن يرد المبيع إلى البائع.

وذلـك لأن الإجـارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء الـمنافع معقوداً عليه من بداية. فإذا حدث عيب بالمستأجر المنتفع به في أي وقت كان كعيبٍ حـدث بـعد العقد قبل القبض في بيع العين وهذا يعطي الخيار في البيع كذلك يحصل الخيار بالعيب الحادث في عقد الإجارة أيضاً(22) .

وجاز له أن يفسخ الإجارة للعيب في ما ينتفع به وذلك للعذر المرتب على هذا العيب لئلا يلحقه ضرر و الضرر مدفوع (23).

وثانيهما أى القسم الثاني للشرط لبقاء عقد الإجارة لازما، هو عدم حدوث عذر بأحد المتعاقدين الذي تعاقد عقد الإجارة فإن حدث بأحدهما عذر فله أن يفسخ العقد كمن استأجر مكانا للسكن فيه بمدينة ونقلته الإدارة الحكومية التي كان مؤظفا فيها من مدينة إلى مدينة أخرى بعيدة عن المدينة الأولى فله أن يفسخ عقد الإجارة و مثاله الثاني لحدوث عذر بأحد المتعاقدين حيث لايستطيع أن ينتفع بخدمات شخص أخر في الإجارة وهذا إذا كان المنتفع به في الإجارة إنسانا مثلا وحدث به عذر فللمتضرر به أن يفسخ العقد كمن تعاقد عقد السياقة مع أحد يدفع إليه عشرة آلاف روبية باكستانية عوضا لخدماته فصار السائق مريضا بمرض خطير حيث لايتمكن به على سياقة السيارة فله أن يفسخ عقد الإجارة وذلك للعذر اللاحق به وإلا ليتضرر المستأجر بضرر والضرر مدفوع في الشريعة الإسلامية.

فإذا حدث مثل هذا العذر فلم يبق عقد الإجارة لازماً ويجوز فسخه للقاضي وهذا ما قال به الحنفية وخالف الجمهور الحنفية في القسم الثاني من الشرط الثانى مع اتفاقهم معهم في الأول(24).

(ب) المزارعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج منه (25)

وهي نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع وتكون الأرض من طرف والعمل من طرف آخر.

النوع الرابع للعقود: وهي العقود اللازمة.

والعقود اللازمة عقود غير العقود المذكورة فيما تقدم ولايجوز لأحد الطرفين فيها أن يتحلل عنها إلى برضا الطرف الآخر كالبيوع بأنواعها.

المطلب الثالث: في بيان معنى الالتزام

أولا: بين معنى الالتزام لغة:

الالتزام مصدر من التزم يلتزم التزاماً، من باب الافتعال بمعنى قبول اللزوم. قال الجوهري: الالتزام الا عتناق(26). والاعتناق جعل الشيء في العنق غير مفارق عنه كالقلادة.

وجاء في المعجم الوسيط: التزم الشيء أو الأمر أوجبه على نفسه وفلان تعهد للدولة أن يؤدي قدراً من المال لقاء استغلالة أرضاً من أملاكها فهو ملتزم(27).

ثانيا: بيان معنى الالتزام اصطلاحاً

وفي المعنى المصطلح له اتجاهان للقانونيين:

① اتجاه المذهب الشخصي.

② اتجاه المذهب المادي (28).

③ وهناك اتجاه ثالث أيضا وهو اتجاه الفقه الإسلامى.

الاتجاه الأول: هو اتجاره المذهب الشخصي Subjective theory of obligation

وهو اتجاه علماء الرومان وبعض علماء فرنسا. مر هذا الاتجاه من ثلاث تطورات علمية كما يظهر ذلك من تعريفهم للالتزام.

(أ). فجاء تعريف الالتزام في القانون الروماني فى بداية الأمر: بأنه رابطة قانونية تكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بأمرما طبقاً للقانون(29).

(ب) ثم جاء تعريفه ثانيا: أن الالتزام يتحقق عند ما كان الغير يستطيع أن يجبرنا على أن نعطيه شيئاً أو نقوم بعمل أو نمتنع عن عمل(30).

(ج) وفي الأخير جاء تعريفه الجامع بين التعريفين المذكورين وهو: أنه رابطة قانونية تجبرنا نحو شخص آخر على أن نعطية شيئاً أو نقوم بعمل أو أن نمتنع عن عمل.

واختار هذا التجاه، القانون المدني الفرنسي في المادة (11,1) عند تعريفه للعقد، وكذا

القانون المدني الأردني في المادة (68) عند تعريفه للحق الشخصي، والقانون المدني اللبناني في المادة (1) عند تعريفه للموجب المراد به الالتزام، والقانون المدني العراقي في المادة (69) عند تعريفه للالتزام والحق الشخصي تعريفاً واحداً (31)

فاتضح من هذه التعريفات للالتزام أمران

أولاً: أنه لابد للالتزام من شخصين عند إنشائه: ① دائن ② مدين

ثانيا: أن للدائن على المدين حقاً شخصياً يعطيه سلطة شخصية على المدين حيث يجوز له إجباره على تفريغ ذمته بالإكراه البدني كالحبس والتضييق حتى استرقاقه أو قتله عند عجزه عن أداء الدين كما هو في القانون الروماني القديم، وإن كانت هذه السلطة أصبحت قاصرة على الإكراه البدني في هذا العصر لتنافيها مع مبدء حرمة الإنسان (32)

ولما كان محل الالتزام هو الشخص المدين وذاته و مسؤليته عن أداء الدين لا ماله فلهذا يسمى هذا الاتجاه مذهباً شخصياً.

مناقشة هذا الاتجاه:

أولاً: أن الالتزام رابطة بين شخصين من كل وجه فلا بد من وجودها عند نشوء الالتزام ليمكن اعتبار ارتباطهما مع أنه قد يوجد من يقوم بعمل معين كعثور على شيء ضائع فوجد المدين الملتزم بأداء الدين ولكن الدائن لم يوجد إلى الآن وإنما سيوجد عند تنفيذ الالتزام(33)

وكذا لوتعاقد أحد بشركة التأمين وأنشا عقد التأمين على حياة من سيولد له من الأولاد لمصلحته فنشاء الالتزام في ذمه المؤمن قبل أن يوجد المؤمن له وهو الولد.

وكذلك تحرير سند بالدين لحامله دون ذكر اسم الحامل كبطاقة القروض في هذا العصر Credit Card (34)

ثانياً: قد يكون موضوع الالتزام أمراً أدبياً كطاعة الزوجة ومتابعتها لزوجها ولكن الزوج والزوجة لايسميان عند العلماء دائناً ومديناً.

ثالثاً: يظهر من تعريف الالتزام أن الحق الشخصي والالتزام أمر واحد كما سمى بعض القوانين الوضعية الحق الشخصي التزاماً وعرّف الالتزام بما عرفه به الحق الشخصي.

والاتجاه بترادف الحق الشخصي والالتزام غير سديد لأن الالتزام مقابل الحق الشخصي وليس عينه وإن كان بينهما تلازم كما يقال إن كل حق يقابله واجب ولا يكون هذا التلازم والتقابل مسوغاً لجعل مفهوم الحق والواجب بينهما تلازم كما يقال إن كل حق يقابله واجب ولايكون هذا التلازم والتقابل مسوغاً لجعل مفهوم الحق والواجب واحد فلا يصح أن نجعل مفهوم الحق الشخصي والالتزام واحدا وإن كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما متحدا وإذا اختلفت جهة الاعتبار اختلف المفهوم والمعنى فإن التلازم بين الأمرين شيء واتحاد مفهومهما شيء آخر ثم التلازم بينهما نفسه دليل على تغايرهما في المفهوم لأن اللازم يختلف عن الملزوم والملزوم يختلف عن اللازم دائماً (35)

رابعاً: أن طبيعة الحق الشخصي والالتزام مختلفة في السلبية والإيجابية، فطبيعة الحق الشخصي إيجابية تقوم على غرض الاستيفاء والاستغناء في أحد الجانبين وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الإيفاء والافتقار إلى تفريغ العهدة والذمة من الجانب الآخر وإن كان بينهما تقابل وتلازم أبدا كما بين الإعطاء والأخذ ولا ينفك أحدهما عن الآخر. (36)

الاتجاه الثاني: هو اتجاه المذهب المادي Objective theory of obligation

وهذا هو اتجاه علماء الألمان الذي قام بتحرير القانون الألماني من النظريات الرومانية وهذا هو الاتجاه الذي اختاره المذهب الجديد في المجتمع الفرنسي.

ويتلخص هذا الاتجاه في أن الالتزام علاقة مادية بحتة. وفرق أصحاب هذا المذهب بين عنصري المديونية والمسؤلية في المحل. فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لايقتضي إجبارا، أما المسؤلية البحتة فتقتضي الاستيفاء الجبري من مال المدين. وقد وزّعوا هذين العنصرين على ذات المدين الملتزم وعلى ماله فقالوا: إن شخصه مدين ولكن المسؤل عن التزامه هو ماله لا شخصه فلا حبس ولاإجبار على المدين الملتزم لإيفاء الدين (37)

ولهذا عرف أصحاب هذا المذهب الالتزام بتعريف مختلف عن تعريف المذهب الشخصي:

① فجاء تعريف الالتزام في القانون الألماني: بأنه حالة قانونية، المقصود منها قيام أشخاص معينين بعمل أو بامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية (38)

② ويقرب منه تعريف الالتزام في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة 122 بأنه حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل (39)

③ وقد جاء الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مؤلفاته بمثل هذا التعريف وقال: الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل (40)

ولا فرق بين تعريف الدكتور السنهوري المشروع المصرى إلا في استعمال كلمة "يرتبط".

وقد عرّف أصحاب هذا الاتجاه الالتزام: بأنه حالة قانونية. وهذا يدل على التصوير المادي للالتزام ويشير إلى النزعة الحديثية التي قام بنشرها أصحاب هذا المذهب(41).

مزايا هذا الاتجاه مع الفرق بينه وبين الاتجاه الشخصي:

① المذهب المادي يجيز الحوالة في الحق وفي الدين معا دون توقف على إرادة صاحب العلاقة من دائن ومدين فيتحول الأشخاص مع بقاء المحل على حاله لأن الرابطة عنده مالية لا شخصية. وقد كان الأمر بالعكس أصلاً إلا بالتراضي من الجانبين أى الدائن والمدين (42) .

② المذهب المادي يستغني عن اشتراط وجود الملتزم له الدائن عند نشوء الالتزام بل يكفي في بعض الحالات وجوده حين التنفيذ لادعاء الحاجة إلى وجوده ليستوفي الالتزام كما في إعلان جائزة على اختراع أمر مطلوب هائل. ولم يكن ذلك ممكناً في المذهب الشخصي لأن الالتزام عنده رابطة بين شخصين من كل وجه فلا بد من وجودهما منذ بدء الالتزام (43).

③ إن المذهب المادي يجعل الالتزام علاقة مادية لاتقتضي إجبارا ولا إكراها للملتزم بل يعطي للدائن الحق في طلب المال من المدين المكلف بأداءه فإذا نالته يد القضاء أمكن منه الاستيفاء(44).

وهذا بخلاف المذهب الشخصي الذي يعتبر الالتزام سلطة بحتة ويعطي للدائن الحق بإجبار المدين الملتزم على تفريغ ذمته بالإكراه البدني كالحبس والتضييق عليه (45).

مناقشة المذهب المادي:

نوقش هذا الاتجاه بوجهين:

أولاً: أن المذهب المادي يجيز حوالة الحق وحوالة الدين بدون رضا الطرف الآخر مع أنها عقد والعقد لابد لوجوده و انعقاده من رضا الطرفين لأنه ركن يتكونّ به العقد ولايتحقق الشيء بدون ما يتكون به.

ثانياً: أن المذهب المادي قد أغفل في تصويره للالتزام عن الدائن إغفالاً تاماً فالالتزام المجرد من الدائن المرتبط بالمدين وحده إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية.

م ه قد يكون الالتزام مزدوجاً متبادلاً كما في الالتزام الناشي عن عقد معاوضة ففي البيع مثلاً يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزماً وملتزماً له ومحل الالتزام بالنسبة إلى البائع هو المبيع الذي انتقلت ملكيته من طرف البائع إلى المشترى وبالنسبة إلى المشتري هو الثمن الذى انتقلت ملكيته منه إلى البائع. أما موضوع الالتزام فهو التسليم والوفاء في كل منهما. وهذه العناصر الأربعة (و هي الملتزم والملتزم له والمحل والموضوع) قوام لكل التزام ولايمكن تصوره و تحققه بدون وجود تلك العناصر (46).

بيان الراجح بين هذين المذهبين:

قد ناقشنا المذهبين المذكورين حسب قدرتنا. وحان الوقت هنا أن نبين ما هو المختار من هذين المذهبين وإن كان كل واحد منهما مقدوحا بالمناقشات عليها فنكتفي في سبيل

ذلك بما قال به الدكتور عبد الرزاق السنهوري مبررا نفسه في بيان التعريف المختار: إن خير تعريف للالتزام في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين.

الأولى: أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً بآخر.

الثانية: أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن عند نشوء الالتزام (47).

ثم ذكر التعريف المختار للالتزام وقال: فإن الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل (48).

فيتضح من ذلك أن التعريف المختار للالتزام هو تعريفه الذي جاء به أصحاب المذهب المادي وهو أن الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل على ما سبقت الإشارة إليه.

وعرّف مصطفى أحمد الزرقا الالتزام وقال: هو كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره (49). وإن كان هذا التعريف تعريفاً قانونياً للالتزام على ما صرح به الشيخ ولكن كلمة (شرعاً) تدل بظاهرها على أنه تعريف شرعي إسلامي للالتزام وذلك لأنه المتبادر منها عند استعمالها.

الاتجاه الثالث: هو اتجاه الفقه الإسلامي.

الالتزام في الفقه الإسلامي علاقة مادية متعلقة إما بمال المكلف كما في المدين بمال وإما بعمله كما في الأجير. وكذلك سلطة شخصية موبدة لتنفيذ الالتزام إذ لولاها لتعذر تنفيذه بمجرد إخفاء الملتزم ماله أو بمجرد امتناعه عن عمله. ولذا أباح الشرع الإسلامي التضييق على الملتزم وحبسه ليؤدي ما عليه من الواجب. ومع ذلك فإن التشريع الإسلامي يختلف عن التشريع الوضعي فيما يأتي:

أولاً: أن السلطة الشخصية للدائن تختلف في التشريع الإسلامي عنها من التشريع الروماني من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذه السلطة منحها الإسلام للحاكم والقاضي وجعلها من سلطاته حيث يضيّق هو نفسه على المدين.

وهذا بخلاف السلطة الشخصية للدائن في القانون الروماني حيث يجيز الدائن أن يضيق علي المدين الملتزم بأداء الواجب عليه للدائن، ولم يمنحها للدائن ولا يجيزه أن يضيّق هو نفسه على المدين.

وهذا بخلاف السلطة الشخصية للدائين في القانون الروماني حيث يجيز الدائن أن يضيق علي المدين الملتزم بحبسه أو إرقاقه.

الوجه الثاني: أن الإسلام حيث منح هذه السلطة للحاكم على المدين الملتزم فلم يمنحها له مطلقاً بل منحها له بشرط أن يطلب الدائن من الحاكم التدخل لتمكينه من الحصول على دينه من المدين الملتزم (50). وذلك لما ورد في الحديث الشريف قال صلى الله عليه وسلم : ((ليّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته))(51).

قال وكيع: عرضه شكايته وعقوبته حبسه (52).

وقال صلى الله عليه وسلم أيضاً: مطل الغني ظلم))(53).

الوجه الثالث: أن السلطة الشخصية لإجبار الملتزم على أداء الدين والطعن فيه عند عدم القيام بأدائه، إنما تحصل للحاكم في مدين ظاهر حاله اليسار والقدرة على الوفاء بالالتزام. وأما المدين المعسر العاجز عن الوفاء بالالتزام فلا يجوز الضغط عليه لأن ليه ومطله ليس بظلم وجريمة كما تدل عليه كلمة الغني في الحديث الشريف، بل يجب إنظاره إلى قدرته على الوفاء بالالتزام، وذلك لقوله تعالى:﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فنظرة إلى ميسرة﴾ (54)

ثانياً: أن الفقه الإسلامي يختلف عن المذهب المادي بوجوه:

الوجه الأول: أن الفقه الإسلامي قد أقر إمكان عدم وجود الملتزم له المعين عند نشوء الالتزام في بعض الحالات كتنفيل الإمام في الجهاد محرضاً للمجاهدين، كما قال النبي ﷺ، يوم حنين: ((من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه))(55).

الوجه الثاني: أجاز الفقه الإسلامي لمن يفقد شيئاً أن يعلن جائزة لمن يجده ويرده عليه وهو مدين ملتزم بأداء ما أعلن به مع أنه لم يوجد الدائن عند وقت إعلان الجائزة لمن يأتي بالمفقود والالتزام به ، وذلك لقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾(56). وهي تسمى جعالة في الفقه الإسلامي فلم يوجد الدائن الملتزم له بالدين.

الوجه الثالث: قد صرح الفقه الإسلامي في العبد الآبق من مولاه أن يقول: إن من أحضره يستحق على مولاه جعلاً قدره أربعون درهماً مثلاً. وذلك لقوله تعالى: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً﴾(57).

الوجه الرابع: ذكر الفقه الإسلامي أن من ألقى شيئاً وقال من أخذه فهو له ، فمن سمع قوله و أخذه فيملكه، وذلك لأنه تمليك المال من مالكه مجاناً لمن أخذه.

الوجه الخامس: وجاء في الفقه الإسلامي أن الإقرار لشخص مجهول جهالة غير فاحشة، صحيح كما لو قال أحد لاثنين: أن لأحدكما على مبلغاً كذا وكذا وعندئذ ينصف بينهما إن لم يعين أحدا منها(58).

بيان الراجح بين التشريعات المختلفة للالتزام:

إن اتجاه التشريع الإسلامي في بيان معنى الالتزام راجع على اتجاهَيْ التشريعات الوضعية (الشخصية والمادية) وذلك لأن أدلة التشريعات الوضعية منتقضة بالمناقشة والنقد عليها كما سبق بيان ذلك. بينما أدلة التشريع الإسلامي سلمت من المناقشة وكل تشريع سلمت أدلته من المناقشة أولى بالترجيح من التشريع الذي انتقضت أدلته بالمناقشة عليها.

المبحث الثاني: أنواع الالتزام

يتنوع الالتزام إلى أنواع خصصت لكل منها مطلباً وقسمت هذا المبحث إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول: أنواع الالتزام باعتبار الاختيار وعدمه

المطلب الثاني: أنواع الالتزام باعتبار محله

المطلب الثالث: أنواع الالتزام باعتبار تحقيق نتيجة أو بذل عناية

المطلب الرابع: أنواع الالتزام باعتبار الزمن

المطلب الخامس: أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر المترتب عليه

المطلب الأول: أنواع الالتزام باعتبار الاختيار وعدمه

يتنوع الالتزام بالاعتبار المذكور إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الالتزام الاختياري وهو ما كان بإرادة الإنسان واختياره.

ولهذا الالتزام صورتان:

الصورة الأولى: وهي أن ينتج الالتزام عن تعاقد وارتباط بين إنسان وإنسان آخر، وهذا ينقسم إلى قسمين حيث قد يكون الالتزام فيهما لازماً وقد يكون غير لازم. فإن كان التعاقد بعقد لازم بحيث لا يستقل أحد طرفيه بفسخه فالالتزام الناشئ عنه لازم كالبيع والإجارة والكفالة والحوالة.

وإن كان التعاقد بعقد غير لازم حيث يستقل كل منهما أو أحد منهما بفسخه فالالتزام الناشئ عنه غير لازم كالهبة والوكالة والشركة والمضاربة والعارية والقرض(59).

الصورة الثانية: وهي أن ينتج الالتزام عن إلزام الإنسان نفسه شيئاً على وجه التبرع دون التعاقد. وهذه الصورة تارة تكون فيما يفرض الإنسان على نفسه التزاماً بمال كالوجبات المالية مثل الصدقات والنذور والمؤونات المالية والنفقات التي أوجبها الإنسان على نفسه رغبة من عند نفسه.

وتارة تكون فيما يفرض الإنسان على نفسه من أعمال لاتتعلق بالمال سواء كانت من قبيل العبادات كالصلاة والصيام والحج بالشروع فيها أو بالنذر بها، أو كانت من قبيل المباحات من الأداب والعادات الحسنة كمن تعهد أنه لا ينام بعد صلاة الفجر(60).

النوع الثاني: الالتزام القسري أو القهري.

وهو ما كان نتيجة لإلزام من ذات له حق الإلزام ولا يتوقف على اختيار الإنسان بل أوجبه صاحب القانون أو صاحب الشرع الإسلامي كالوا جبات الدينية التي أوجبها الله تعالى على عباده من زكاة وصدقات ونفقات وغيرها من المطلوبات الشرعية من عباده(61).

النوع الثالث: الالتزام المشترك بين النوعين السابقين.

وهو ما يترتب على عمل الإنسان بوضع القانون كالعمل غير المشروع مثل لزوم العقوبات المالية والبدنية على ارتكاب الجرائم والجنايات وعمل الفضالة، يعني كون الشخص فضوليا في إنشاء العقود للأخرين(62).

المطلب الثاني: أنواع الالتزام باعتبار محله.

يتنوع الالتزام باعتبار محله إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الالتزام بإعطاء شيئ وهو نقل ملكية شيء من شخص إلى شخص آخر، سواء كان هذا الشيء منقولاً أو غير منقول وسواء كان مادياً أو منفعة كالتزام الشخص بنقل العقار أو الانتفاع به أو الارتفاق به أو التزام الشخص البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى أو التزام الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له أو التزام الشخص بدفع مبلغ من النقود كالتزام المشتري بدفغ الثمن أو التزام المستأجر بدفع الأجرة والتزام من تسبب بخطئه للإضرار بالغير، بتعويض المضرور.

فالالتزام هنا التزام بمحل وهو نقل ملكية المال المنقول أو غير المنقول إلى شخص آخر(63)

النوع الثاني: الالتزام بعمل وهو التعهد بعمل شيء كالتزام المحامي برفع الاستئناف في الوقت المحدد والتزام المقاول ببناء منزل والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

وقد يكون العمل الذي التزم به المدين هو القيام بإبرام تصرف قانوني كالتزام الوكيل بأن يبرم العقد نيابة عن الموكل. ويشترط له أن يكون العمل ممكناً مقدوراً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام والآداب.

النوع الثالث: الالتزام بالامتناع عن عمل فهو يقتضي امتناع الشخص عن عمل يجوز له القيام به قانوناً كالتزام مالك المحل التجاري بعدم فتح محل تجاري آخر في نفس المنطقة التي يوجد فيها المحل التجارى من سابق وكالتزام من يشتري منزلا في حي مخصص للسكنى الهادئة بما اشترط عليه البائع ألا يجعل فيه مقهى أو مطعماً او ملعبا(64).

المطلب الثالث: أنواع الالتزام باعتبار تحقيق نتيجة أو بذل عناية.

أساس هذا التنوع للالتزام هو اتصال الأداء الذي التزم به الإنسان المدين بالهدف المرجو من إنشاء الالتزام. فلكل التزام هدف يرمي الدائين إلى تحقيقه. فهدف صاحب الأرض من البئر هو الحصول على الماء الكافي للمساقاة أو المزارعة. وهدف المريض من التعاقد مع الطبيب هو القيام بالعلاج اللاحق به على الوجه الأمثل لا الشفاء لأن ذلك ليس في مقدور الإنسان ، بل بيد المولى عزّوجل فهو الشافي وهو المعافي سبحانه و تعالى.

وهذا الالتزام يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: الالتزام بتحقيق كالتزام البائع بنقل الملكية وتسليم وكالتزام الناقل بتسليم البضاعة في البلد المتفق عليه.

النوع الثاني: الالتزام ببذل عناية كالتزام الطبيب بالعلاج للمريض والتزام المودع بالمحافظ على الشيء المودع عنده والتزام الوكيل بإدارة أموال الموكل والتزام المحامي

بالدفاع عن حق الشخص الذي جعله محامياً لنفسه. فعلى الملتزم ان يبذل عناية كما يبذل من العناية كل شخص لنفسه عادة.

هناك فروق بين الالتزام بتحقيق والالتزام ببذل عناية وهي كما يلي:

أولا: فإن كانت الغاية المرجوة من إنشاء الالتزام محققة الوقوع كان الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة. وإن كانت الغاية المرجوة من إنشاء الالتزام محتملة الوقوع كان الالتزام التزاماً ببذل عناية وجهد.

ثانياً: فإن كان الالتزام بتحقيق نتيجة فلايتم تنفيذ هذا الالتزام إلا إذا تحققت الغاية المقودة منه.

وإن كان الالتزام ببذل عناية فقط فيكفي أن يقوم الملتزم ببذل عناية واجبة عليه سواء تحققت النتيجة المقصودة منه أو لم تتحقق كما لو مات المريض مع قيام الدكتور الطبي لعلاجه بكل عناية أو هلكت الوديعة عند المودع وإن قام بكل رعاية له أو أصيب الموكل بالخسارة وإن كان الوكيل ذا تجربة واسعة في هذا المجال(65).

المطلب الرابع: أنواع الالتزام باعتبار الزمن

يتنوع الالتزام بالاعتبار المذكور إلى ثلاثة أنواع

النوع الأول: الالتزام الفوري وهو التزام يتحدد مضمون الأداء فيه مستقلاً ومستغنيا عن الزمن. فالتزام البائع بنقل ملكية التزام فوري ولو كان تنفيذه مؤجلا وذلك لأن الزمن لا اعتداد به في إنشاء الالتزام وإنما هو موعد يتحدد به وقت التنفيذ.

النوع الثاني: الالتزام الزمني وهو التزام يتحدد مضمون الأداء فيه على أساس الزمن فالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة التزام زمني لأن الزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها لشهر أو سنة مثلاً.

وكذلك الالتزام العامل بالخدمات المبنية على الزمن فيسمى الالتزام في هذه

الحالات التزاماً مستمراً لأن الأداء أو الخدمة أمر ممتد بطبيعة الزمن.

النوع الثالث: الالتزام الدوري وهو الالتزام الذي ينفذ على مرات متعددة عن الزمن كالالتزام الناشيء عن عقد التورية كالتزام بائع اللبن بتورية كمية معينة يومياً أصحاب الدكاكين والفنادق وكذا التزام الفندق بتورية الطعام يومياً إلى المدارس والجامعات والتزام رب العمل بتقديم وجبات دورية للعامل. ومنها الصلوات الواجبة والصيام المفروضة أيضاً من ناحية تكرارها.

الفرق بين الالتزام الفوري والزمني: وهو أن الزمن عنصر جوهري في الثاني فلابد من بيان المدة من الزمن في هذا الالتزام و ليس الأمر كذالك في الأول(66).

المطلب الخامس: أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر المترتب عليه

هذا الأمر مسلم بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أن الأثر الأصلي لكل التزام هو وجوب الوفاء به والمقصود بذلك قيام المدين مختاراً بتنفيذ ما التزم به، وإذا لم يقم المدين بالوفاء الاختيارى فهل يجبر على وفاء الالتزام أم لا؟

فجواب هذا السؤال يتبين ببيان أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر وبهذا الاعتبار يتنوع الالتزام إلى نوعين(67):

النوع الأول: التزام طبيعي النوع الثاني: التزام مدني

النوع الأول هو الالتزام الطبيعي وهو حالة يكون فيها الشخص مديناً قانوناً بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل بحيث يجب عليه الوفاء بهذا الدين دون إجبار له على هذا الوفاء عند ما لم يوف به مع كونه طائعاً مختاراً.

ويتحقق الالتزام الطبيعي في الحالات الآتية:

① إذا أبطل التزام ناقص الأهلية بسبب عدم استيفاء الإجراء ات اللازمة لصحة التزامه فيتخلف عنه التزام طبيعي ويترتب عليه.

② الهبة التي لم تتم بعقد رسمي فإنها وإن كانت باطلة قانوناً ولكنه يتخلف عنها في ذمه ورثة الواهب التزام طبيعي(68).

③ إذا دفع المدين الدعوى بالتقادم أو بقوة اليمين الحاسمة أو بحجية الشيء المحكوم فيه فإن الالتزام المدني الذي لم يحكم به يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي(69).

④ إذا اصطلح التاجر المفلس مع دائنيه على نسبة مئوية معينة من ديونه فإن القدر المستامح فيه من ديونه المدينة يصير ديناً طبيعاً في ذمته.

النوع الثاني: هو الالتزام المدني وهو الالتزام الذي يعترف به القانون المدني وينفذه ويقبل الدعاوي في شأنه وإذا لم يقم المدين بالوفاء الاختياري فيكرهه القانون على وفاء الدين.

وهذا الأمر الأخير فارق بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي بحيث يجبر القانون المدين عند عم وفائه بالالتزام المدني ولا يجبره عند عدم وفائه بالالتزام الطبيعي.

فالالتزام المدني يتحقق فى جميع التصرفات والعقود اللازمة المعتبرة قانوناً.

وإذا لم يقم المدين على تنفيذ ما التزم به مع القدرة عليه فأكره عليه من طريق السلطة العامة إكراهاً بدنياً كالضغط على إرادته بحبسه حتى يمتثل ويأتي بما التزم به. أو إكراهاً مالياً حيث تؤخذ منه الغرامة التهديدية وذلك لحمل المدين على وفاء الالتزام(70).

المبحث الثالث: مصادر الالتزام

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مصادر الالتزام في القانون

المطلب الثاني: مصار الالتزام فى الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: بيان الراجح في مصادر الالتزام

المطلب الأول: مصادر الالتزام في قانون

المراد من المصادر: الأسباب المولدة للالتزام فحينما نقول إن العقد مثلاً مصدر للالتزام فمعناه أنه السبب الذي ينشئ الالتزام فالالتزام كأثر مترتب على هذا المصدر.

لقد اختلفت القوانين الوضعية في بيان مصادر الالتزام حسب التطور التاريخي والتدرج الزمني للقانون. فأول المصار التي أنشأت الالتزام وتسبب له تاريخياً هي الجريمة بأشكالها سواء كانت واقعة على النفس أو المال أو الشرف أو الاعتبار(71).

والقانون الروماني قسم مصدر الالتزام وبين ان مصادره أربعة وهي كما يلي:

① الجريمة ② العقد

③ الأسباب المختلفة ④ شبه الجريمة (72).

قد جاء القانون الروماني بتقسيم خماسي لمصادر الالتزام وهو أن مصادر الالتزام خمسة، وجعل محله تقسيما خماسياً آخر وقال إن مصادر الالتزام خمسة وهي كما يلي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلاسبب، والقانون(73).

وقد أخذت بهذا التقسيم الخماسي للمصادر قوانين مدنية متعددة عربية وغير عربية.

كما نص القانون المدني الفرنسي على مصادر الالتزام بأنها خمسة، وهي نفس المصادر التي ذكرها القانون الفرنسي الحديث.

أما القانون المدني المصري والعراقي والأردني فبين كل واحد منهما أن مصادر الالتزام خمسة، هي:

① الفعل الضار (العمل غير المشروع)

② العقد

③ الإرادة المنفردة (التصرف الإنفرادي)

④ الفعل النافع (الكسب دون سبب أو الإثراء بلاسبب)

⑤ القانون.

مناقشة القانون الروماني الفرنسي على تقسيم خماسي لمصادر الالتزام.

ناقش العلماء، القانون الروماني في تقسيمه الخماسي لمصادر الالتزام كما اعترضوا على القانون الفرنسي في تقسيمه الخماسي لمصادر الالتزام. وهي كما يلي:

اولاً: مناقشة ما جاء في القانون الروماني:

① إن هذا القانون قد خالط بين التصرف القانوني والواقعة القانونية حيث جعل شبه العقد مبنياً على إرادة وهمية مفروضة مع أن شبه العقد هو عمل مادي وواقعة قانونية ولا دخل للإرادة مثلا: الفضالة يلتزم فيها كل من الفضولي ورب العمل بمتقضي عمل مادي وهو قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل فيلتزم الفضولي بالمضي فيما قام به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، ويلتزم رب العمل برد ما أثرى به على حساب الفضولي.

وكذا في دفع المال إلى غير المستحق له يلتزم القابض برد ما قبضه بدون حق فمصدر التزامه عمل مادي وهو دفع دين الى غير دائن وجب له الدين.

② جعل القانون الروماني القانون مصدرا مباشرا للالتزام مع أن الواقعة القانونية هي التي يترتيب عليها الالتزام وهي مصادر مباشر للالتزام وليس هو القانون.

③ فصّل هذا القانون الكلام عن مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني وفرق بينهما مع أنه لا فرق بين الحقين في مصادرهما لأن كل ما هو مصدر للحق العيني هو مصدر للحق الشخصي(74).

ثانياً: مناقشة ما جاء في القانون الفرنسي من تقسيم المصادر.

ناقش العلماء القانون الفرنسي في تقسيمه لمصادر الالتزام إلى خمسة بأنه ينطوي على عيبين في هذا التقسيم.

أولاً: أنه فرّق بين العقد والإرادة المنفردة في كون كل منهما مصدراً مستقلا منفرداً للالتزام مع أنهما يندرجان تحت مصدر واحد للالتزام وهو التصرف القانوني.

ثانياً: أنه لم يجعل الواقعة القانونية مصدرا وحيدا للالتزام بل جعل الوقائع المختلفة مصدرا مستقلاً للالتزام كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، مع أنها كلها كانت تندرج تحت واقعة قانونية وهي مصدر وحيد للالتزام (75).

فاتضح من ذلك أن مصادر الالتزام في القانون اثنان فقط، وهما: التصرف القانوني والواقعة القانونية كما فصلنا الكلام عنه.

المطلب الثاني: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي لم يرتب مصادر الالتزام على النحو الذي بينه القانون الوضعي ولم يتكلم عنها كما تكلم أصحاب القانون عنها إلا أن الفقهاء المعاصرين الذين تأثروا كثيرا بالقانون الغربي ينحون نحو هذا القانون في ترتيب مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي. وسلكوا على هذا الطريق مثل سلوك القانونيين عليه ومن هؤلاء المعاصرين الأستاذ أحمد إبراهيم (76) ونقله عنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري وقال: إن مصادر الالتزام إما عمل يباشره الإنسان باختيار يوجب به حقاً على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل والشرع، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع عليه فيجب عليه الوفاء به بحكمالعقل والشرع، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهي أو ترتيباً على فعل صدر عن الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أي التزام عليه لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام عليه وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائناً لغيره شرعاً.

فالأول يتناول العقد والإرادة المنفردة والثاني يتناول أمرين مختلفين:

أولهما: ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب.

وثانيهما: ما كان سببه المباشر فعلاً ضاراً يصير به الفاعل ملتزما بتعويض الضرر أو فعلاً نافعاً لغيره يصير به الإنسان دائناً لذلك الغير بذلك الفعل شرعاً. وعلى هذا صارت مصادر الالتزام إما اختيارية وإما جبرية.

وأما المصادر الاختيارية فهي التي تشتمل على العقد والإرادة المنفردة.

وأما المصادر الجبرية فيندرج فيها الفعل الضار الذي يكون به الفاعل مديناً شرعاً لمن لحق به الضرر. فعليه أن يصلح ما أتلفه ويعيده إلى حالته الأولى أو أن يدفع ضمانه بالمثل أو بالقيمة في حالة عدم التمكن على أداء مثلة. كما يندرج فيه الفعل النافع الذي يكون الإنسان به دائناً لغيره وهو المغبون له في كتب الفقه و يعبره القانون بالإثراء على حساب الغير (77).

ثم قال الدكتور السنهوري: ومن يقرأ هذه السطور يخيل إليه أنه يقرأ كتاباً في الفقه الغربي لا صلة له بالفقه الإسلامي وقد يكون من الخير أن لانتأثر إلى هذا الحد البعيد بترتيب المصادر للالتزام في الفقه الغربي وأن تبقى هذه المصادر في الفقه الإسلامي متفرقة على النحو الذي أسلفناه في القانون(78).

ثم تكلم الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية مفصلا كلامه في الفروق بين مصادر الالتزام في القانون و مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية ، وبيان ذلك كما يلي:

وهو أن مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية كالتالي:

أولاً: الإرادة المنفردة لأن التصرفات على ثلاثة أنواع:

أولها: التصرفات التي هي معاوضات ابتداء وانتهاء كالبيع والإيجار فيلتزم كل من المتعاقدين للآخر فيها وتتم تلك التصرفات بإيجاب وقبول من كل طرف.

ثانيتها: التصرفات التي هي تبرعات ابتداء و معاوضات انتهاء كالكفالة والقرض وهي أيضاً تتم بإيجاب وقبول انتهاءً.

ثالثها: التصرفات التي هي تبرعات ابتداءً وانتهاءً كالهبة والعارية وهي تتم بإيجاب وأما القبول ففير لازم فيها.

فالتصرفات الأولى والثانية تتم بإيجاب وقبول ويترتب عليها الالتزام من كل جانب.

وأما التصرفات الثالثة فتتم بمجرد الإيجاب ويترتيب عليها الالتزام في أحد الجانبين.

والإرادة المفردة بانفرادها مصدر للالتزام في تلك التصرفات (79).

ثانياً: العقد مصدر هام للالتزام سواء كان التزاماً بدين أو بعين أو بتوثيق والعقد اتفاق الإرادتين على إحداث أمر يترتب عليه أثر قانوني (80).

ثالثاً: العمل غير المشروع وتكلم عنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري تفصيلا و بين العمل غير المشروع وأنواعه وعقوبته واستخلص في آخره وقال: إن أكثر الأعمال غير المشروعة التي تصيب الجسم أو المال توجب التعويض فهي إذن مصدر للالتزام (81) ، ومعنى ذلك :

أن العمل غير المشروع إذا تسبب للزوم التعويض المالي صار مصدرا للالتزام، وأما إذا كان سبباً للعقوبة البدنية فلا يكون مصدرا للالتزام.

رابعاً: الإثراء بلاسبب

الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلاسبب حيث يكون مصدرا للالتزام

فلو عمّر أحد الشريكين الملك المشترك بدون إذن شريكه متبرعاً في هذا التعمير ولا يحق له الرجوع على بما أنفقه على العمارة.

وكذلك لو كان الزرع بين اثنين وغاب أحدهما وأنفق عليه الآخر فيكون متبرعاً في ذلك إلا أن الإثراء بلا سبب قد يكون مصدرا للالتزام وذلك في الحالات التالية(82) :

① حالة من يضطر للقيام بخدمة للغير دفعا لمضرته عن نفسه، كما لو استعار أحد عبداً لآخر ليرهنه بدين واجب عليه لرجل ثالث فرهنه عنده ثم قضى المعير دين المستعير

واسترد عبده منه وفك الرهن فهذا الغير يحق له ان يرجع على المستعير بجميع ما قضى إلى المرتهن من الدين.

② إذا اختلط ملكان لا يمكن تمييز هما عن الآخر فمالك الأكثر يملك الملكين الاثنين معاً و مالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر وهو ملتزم بذلك وإن كانت قيمة الاثنين متساوية فيباعان معا وتقسم قيمتهما فيمابينهما.

③ إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية أخذه على الأجرة للخدمة فالعقد باطل كما هو مذهب الجمهور ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما دفع اليه من الأجرة.(83)

خامساً: الشرع والقانون

قد يكون الشرح والقانون مصدرا للالتزام معا كالالتزام بنفقات الأقارب والتزام الولي والوصي بمراعاة حال المولى عليه والموصى له (84) .

ويدل ذلك على أن مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي عديدة ولكنها لاتتفق بجميعها مع مصادر الالتزام في الفقه الغربي ومرد تلك المصادر المختلفة إلى مصدرين أساسين.هذا ما قال به الدكتور عبد الرزاق السنهوري و رد الغربي مصادر الالتزام بالحق الشخصي والحق العيني إلى مصدرين اثنين فقط وهما التصرف القانوني والواقعة القانونية (85) .

وعرّف الدكتور السنهوري التصرف القانوني بأنه إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون عليها مثل الإرادة بالبيع ليترتب عليه أثر قانوني وهو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ونقل ملكية قيمته إلى البائع والإرادة بالوصية كذلك.

وعرّف السنهوري الواقعة القانونية بأنها عمل مادي يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره حيث يرتب القانون عليه أثرا قانونياً معيناً (86).

فمثال الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع كإزهاق روح آدمي بدون حق وإتلاف المال وغصبه ومثال الواقعة غير الاختيارية الميلاد و الموت.

فيظهر من ذلك ما يلي:

① أن جميع التصرفات القولية تندرج تحت التصرفات القانونية سواء كانت إنشاءات تتم بإرادة منفردة كالوصية والوقف أو تتم بإرادتين كالعقد والإجارة. أو كانت إسقاطات كالإبراء والإعتاق.

② أن جميع التصرفات الفعلية تندرج تحت الواقعة القانونية سواء كانت طبيعية غير اختيارية كالميلاد والموت.....أو كانت اختيارية ثم الاختيارة سواء كانت مشروعة كالجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ورد الجمل الشارد والإنفاق عليه أو رد اللقطة إلى صاحبها والإنفاق عليه بإذن القاضي أو غير مشروعة كالجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغرير والإتلاف والغصب والدفع إلى غير المستحق.

فالآن نستطيع أن نخلص من كل ما سبق أن مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي اثنان فقط وهما: التصرف القانوني والواقعة القانونية على ما سبق بيانه.

وهذا ما جاء به الأستاذ الدكتور السنهوري حينما قال إن مصادر الحق (الشخصي والعيني) لا تخرج عن مصدرين اثنين وهما التصرف القانوني والواقعة القانونية (87) والله أعلم.

ولكنه رجّح في الأخير أن جميع المصادر للالتزام تعود إلى مصدر واحد وهو الواقعة القانونية. فهي مصدر وحيد للالتزامات سواء كانت هذه الواقعة طبيعية كالميلاد والموت أو كانت اختيارية ثم الاختيارية سواء كانت مشروعة كالحيازة والإنفاق على الأقارب أو غير مشروعة كإزهاق روح آدمي بدون حق وإتلاف مال الغير بدون حق او غصبه.

فيظهر من ذلك أن للالتزامات مصدراً واحداً وهو الواقعة القانونية فقط و هو الذي مال إليه الدكتور السنهوري في الأخير بعد الكلام عن مصادر الالتزام تفصيلا(88).

المطلب الثالث: بيان الراجح في مصادر الالتزام

بيان الراجح عندي:

لما كان الراجح فى بيان مصادر الالتزام مختلفا عندى عما قال به الدكتور الكبير الفائز على جائزة الفيصل الملقب بباشا في المصر في هذا العصر أعنى الأستاذ السنهوري فلا بد من بيان المقدمة التمهيدية ليتجلى وجه الاختلاف عنه.

المقدمة التمهيدية:

عرف الأصوليون الحكم الشرعي وقالوا إنه خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء او التخيير أو الوضع (89).

وهذا الحكم ينقسم إلى نوعين: النوع الأول هو الحكم التكليفي والنوع الثاني هو الحكم الوضعي ثم الحكم التكليفي يتنوع إلى خمسة أنواع عند الجمهور(90) وهي كما يلي:

الإيجاب، والندب، والإباحة، والكراهة والتحريم.

فالإيجاب والتحريم كلاهما ينشئان الإلزام ويترتب عليهما الوجوب بالعمل أو الكف وهو اللزوم وكلما وجد الإلزام واللزوم وجد هنا الالتزام أيضا وإلا لا فائدة للإلزام.

والايجاب والتحريم ليسا واقعة قانونية وكذا الندب والكراهة.

وأما الحكم الوضعي فهو جعل الأمر سبباً للشيء أو شرطاً له أو مانعاً عنه كالنصاب في المال سبب لوجوب الزكاة وحولان الحول شرط لأدائها ووجوب الدين على صاحب المال مانع عن وجوب الزكاة عليه وهي (أي الثلاث) واقعات لا شك في ذلك الأمر.

وهذا أمر مسلم بأنه: إذا تحقق السبب تحقق المسبب بالحكم الشرعي وكذلك إذا فات الشرط فات المشروط بالحكم الشرعي.

وكذلك إذا وجد المانع لم يوجد الوجوب بالعمل أو الكف بالحكم الشرعي وكذلك الحكم الوضعي بالصحة والبطلان. والحكم الوضعي يدل على العلاقة بين السبب

والمسبب أو الشرط والمشروط أو المانع والممنوع والواقعة القانونية تكون سببا للزوم ويتحقق بها الالتزام لأنه سبب له كقوله تعالى: ﴿السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا﴾(91). فالسرقة واقعة قانونية وهي سبب للزوم قطع اليه والتزام السارق به ولكن الإلزام ليس بسبب الحكم الوضعي بل بالحكم التكليفي وهو قوله تعالى فى نفس الآية ﴿فاقطعوا أيديهم﴾ ومعنى ذلك أن السبب لا يكون سببا إلا بالحكم التكليفي وكذا الشرط لا يكون شرطا إلا بالحكم التكليفي وكذا المانع لا يكون مانعا إلا بالحكم التكليفي لأن هذا الحكم التكليفي يكلف الإنسان بالعمل أو الامتناع عن العمل ويلزمه عملا أو كفا عنه والحكم التكليفي ليس واقعة قانونية بل هو خطاب الشارع وحينما هذا شان الحكم التكليفي فهو يكون مصدرا للالتزام.

فيترجع عندي بعد بيان هذه المقدمة التمهيدية أن للإلتزامات كلها مصدراً واحداً ولا أكثر من ذلك ولكنه ليس واقعة قانونية كما قال به الدكتور السنهوري عليه رحمة الله تعالى لأن الواقعة القانونية هي سبب للالتزام الثابت بدلالة الحكم الوضعي عليه وأما المصدر للالتزام فهو الحكم الشرعي التكليفي في الفقة الإسلامى والحكم القانوني فى القانون الوضعي.

وذلك لأن الحكم التكليفي يكلف الإنسان ويلزمه أداء الفعل أو الكف عنه وهو الملزم والمنشى للالتزام هو الذي يتعلق بأفعال المكلفين كما جاء تعريفه في أصول الفقه. وأما الواقعة القانونية فيترتب عليه الالتزام لكونه سببا له لكونه مصدراً له (92).

وبمثله يقال في القانون: فكل ما جعله الحكم القانوني واجباً في القانون هو واجب ولازم فيه وهو يكون مصدرا للالتزام و كل ما جعله الحكم القانوني ممنوعاً وأوجب على ارتكابه عقوبة أو ضماناً فهو ممنوع بالقانون ويجب على من ارتكبه ضمان أو عقوبة بإيجابه لا بإيجاب غيره فهو يكون مصدرا للالتزام.

فهذا هو الحكم الشرعي التكليفي الذي جعل الأقوال والأفعال والوقائع أسباباً لأمور

أخرى. فكون القتل بدون حق سبباً لقصاص أو الدية أو الكفارة وكون الإتلاف سبباً للضمان والسرقة سبباً للقطع.

فالوقائع القانونية تعتبر أسبابا للمسببات بالحكم الشرعي التكليفي أو الحكم القانوني لا بذاتها فهي ليست مصادر للالتزام.

فالحكم الشرعي التكليفي أو الحكم القانوني هما اللذان ينشئان الالتزام و الأول ينشئى الالتزام في الفقه الإسلامي و الثاني ينشئى الالتزام في القانون الوضعي. فاتضح من ذلك أن اللالتزامات مصدرها الحكم الشرعي التكليفي أو القانوني فقط فكل واحد منهما مصدر مستقل لتلك الالتزامات، ويؤد ذلك ما قال به الدكتور حسين حامد حسان بن أن هذه الآثار (من انتقال الملك في الأعيان بعد العقد والتزام البائع بالتسليم وثبوت حقه في المطالبة بالثمن) تترتب على العقد بجعل الشارع واعتباره دون دخل لإرادة العاقدين، فالعقد في نظر الفقهاء المسلمين سبب لما يترتب عليه من آثار، والقاعدة: أن ترتب المسببات على الأسباب من جعل الشارع وصنعه ولا دخل لإرادة العاقدين في ذلك (93).

ومعنى ذلك أنه لو أراد العاقدان بعد إنشاء عقد البيع الصحيح، عدم ترتب الآثار عليه وهي عدم انتقال الملك من شخص إلى شخص آخر وعدم ثبوت الالتزام فليس ذلك في قدرتهما. و إذا باع خالد سيارته بمئاتي ألف في يد راشد وقبله راشد تم العقد ويترتب عليه أثره فورا وهو انتقال ملكية السيارة من خالد إلى راشد وانتقال ملكية مئاتي ألف من راشد إلى خالد بعد تمام العقد ولا يستطيع أحد منهما أن يمنع الأثر عن الترتب على العقد وذلك لأنه إذا وجد السبب ولا يوجد مانع عن ترتب أثر عليه فيترتب عليه أثره.

ولعل السبب الداعي السنهوري إلى القول بأن الواقعة القانونية هي المصدر الوحيد للالتزام هو طبيعة الكتب القانونية حيث تشتمل على القوانين بشكل المواد (Sections) وهي كلها بيان للأسباب التي يترتب عليها الالتزام وذلك لعلاقة المسبب بالسبب وهي بمثابة

الحكم الوضعي في الفقه الإسلامي وأما المصدر المنشئ للالتزام هو الحكم التكليفي.

ولا بد من الالتفات إلى هذا الأمر وهو أن الحكم التكليفي مصدر للالتزام بمعنى أنه مصدر مباشر للالتزام لأن الفقيه دائما ينظر إلى هذا الحكم عند إثبات الالتزام والإ فى الحقيقة أن مصدره ومنشئه هو الحاكم والشارع وكذا المشرع في القانون. والله أعلم وما توفيقي إلا بالله العظيم.

الخاتمة:

أهم النتائج التي وصل البحث إليها خلال الدراسة

① إن الإلزام معناه المختار هو إنشاء الالتزامات بوجه عام بقطع النظر عن نوع من أنواعها.

② المعنى المعتمد للزوم هو اتصال الشئ بالآخر حيث يمتنع انفكاكه عنه وإذا تمّ العقد ثبت لزومه على المتعاقدين حيث لا يمكن لأحد منهما أن يفسخه إلا برضا الآخر وهو يسمى إقالة عند الفقهاء.

③ قدّمت ثلاثة اتجاهات فى المعنى المراد من الالتزام، الاثنان منها لأصحاب القانون الوضعي والثالث منها لأصحاب الفقه الإسلامي.

والاتجاه الأول هو اتجاه المذهب الشخصي والالتزام على هذا الاتجاه رابطة شخصية بين الدائن والمدين و تحصل به سلطة بحتة لشخص الدائن على شخص المدين حيث يعامل به أية معاملة خلال وجود المديونية ولو كانت بالاسترقاق أو الإيذاء.

والاتجاه الثاني هو اتجاه المذهب المادي والالتزام على هذا الاتجاه علاقة مالية بين الدائن والمديون وتحصل به سلطة مادية لصاحب الدين على المديون حيث يأخذ ماله منه بأية صورة من الصور ولا يؤذيه.

والاتجاه الثالث هو اتجاه الفقه الإسلامي والالتزام على هذا الاتجاه ليس سلطة شخصية محضة حيث لا يجيز الدائن أن يسترق المدين ولا سلطة مالية بحتة وتأمر الدائن أن يتسامح بمدينه عند ما كان ذو عسرة ولا يجبره على أداء الدين له. وهو اتجاه متوسط بين الاتجاهين السابقين كما ذكر سابقا.

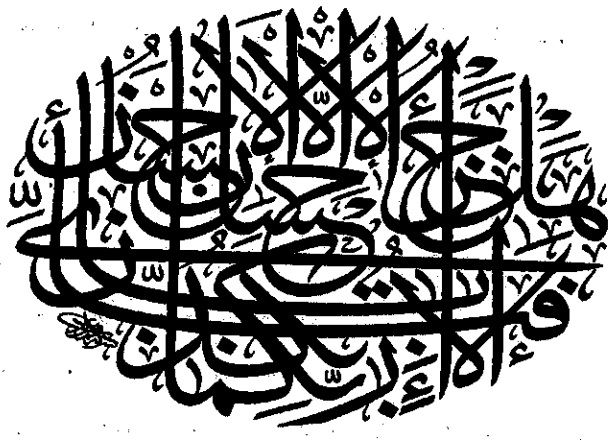
واتجاه الفقه الإسلامي أولى وأمثل من الاتجاهين القانونيين وذلك لأن أدلته سالمة عن المناقشة بينما أدلة الاتجاه الأول والثاني وُجّهت إليها نقداً و مناقشة.

④ ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله تعالى في بيان الراجح في مصدر الالتزام أن الواقعة القانونية (هي عمل الإنسان وفعله) مصدر وحيد للالتزام لا أكثر منه ولا غيره كما قال أصحاب القانون بتعدد المصادر للالتزام ونص صراحة على أن جميع المصادر عند القانونيين تعود إلى مصدر واحد هو الواقعة القانونية.

ولكن الراجح عندى أن المصدر للالتزامات كلها هو الحكم الشرعي التكليفي في الشريعة الإسلامية وفي الفقه الإسلامي والحكم القانوني في القوانين الوضعية ولا غيره وذلك لأن الفعل بنفسه لا يتصف بصفة الوجوب واللزوم حتى يصدر منه الالتزام وينشأ عنه. وليس الأمر كذلك فيه والذي يصدر منه اللزوم والالتزام هو الحكم الشرعي التكليفي وهو الذي يجعله واجبا على المكلف أو الحكم القانوني الذي يصيره لازما على الإنسان. فالحكم الشرعي التكليفي أو القانونى هو الملزم في الحقيقة ولو لم يوجد الحكم الشرعي التكليفي أو القانوني لم يوجد الإلزام واذا لم يوجد الإلزام لم يوجد اللزوم ولا الالتزام وذلك إذا لم يوجد اللزوم لم يوجد الفعل اللازم الإيجابي ولا السلبي وإذا لم يوجد اللازم لم يوجد الإنسان الملتزم وذلك لأن الأصل براءة الإنسان يعني هو ليس بملتزم بشئ في الأصل لأنه لا إلزام له لعدم الحكم الشرعي التكليفي قبل نزول الشرع والبراءة الأصلية تدل على نفي التزام الإنسان.

وهناك قاعدة أصولية وقاعدة فقهية أيضا وهي الأصل في الأشياء الإباحة وهذه القاعدة تدل على نفي وجوب الفعل الذي عبره الدكتور السنهوري رحمه الله تعالى بالواقعة القانونية ولزوم هذا الفعل وما يقرب منه وجوب الفعل الذي عبره الدكتور السنهوري رحمه الله تعالى بالواقعة القانونية ولزوم هذا الفعل وما يقرب منه كالندب والكراهة فكل واحد من اللزوم والالتزام يتوقف على الإلزام والإلزام لايكون إلا بالحكم الشرعي التكليفي أو القانوني فهو يكون مصدرا وحيدا للالتزام.

والله هو الموفق للإنسان والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين ورحمة للعالمين وعلى آله وأصحابه أجمعين.



هل جزآء الاحسان الّا الاحسان ○ فبایّ الآء ربّکما تکذّبن ○

خطِ ثلث میں لکھی عمدہ ترکیب۔ ترکی میں منعقدہ چھٹے عالمی مقابلہ خطاطی، ۲۰۰۵ء میں انعام یافتہ۔

خطاط: محمد علی زاہد۔ پاکستان (پ 1964ء)

الهوامش

(1) ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم /لسان العرب ، إيران: أدب الحوزة/ 1405 ه/541/12.

(2) الدكتور إبراهيم أنيس و عبد الحليم وعطيه و محمد خلف الله ، المعجم الوسيط، مطابع دار المعارف ، الطبعة الثانية، 1393 ه- 1973 م ،823/3.

(3) علي بن محمد الجرجاني المعروف بالسيد الشريف، التعريفات ، بيروت: دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1411 ه- 1991 م، 242.

(4) المعجم الوسيط، 823/2.

(5) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم ، الطبعة الأولى، 1418 ه-1998 م، 435/1 ، مادة:195 .

(6) التركماني عدنان خالد ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، الطبعة الأولى، 1401 ه-1981 م، 32 .

(7) لسان العرب ، 541/12.

(8) المعجم الوسيط، 823/2.

(9) سورة الفرقان ، الآية:77.

(10) السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، التعريفات ، 244.

(11) الزرقا ، المدخل الفقهظ العام، 444/1 ، مادة:196.

والتركماني عدنان خالد، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، 197. وأما الإقالة فهي الرجوع عن العقد اللازم باتفاق الطرفين: راجح المدخل الفقهي العام 445/1 ، مادة:196.

(12) المدخل الفقهي العام ،455/1 ، مادة:196.

(13) محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، تركيا: دار قهرمان إستانبول ، 1984 م، 662/5.

(14) نفس المرجع ،676/5.

(15) الشيخ علي الخفيف ، الشركات في الفقه الإسلامي، جامعه الدول العربية، 1962 م، 19.

(16) حاشية ابن عابدين،5/645.

(17) حاشية ابن عابدين،5/645.

(18) نفس المرجع، 5/428.

(19) فخر الدين عثمان بن على الزيلعي ، تبيين الحقائق، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، 1313 ه،5/53.

(20) حاشية ابن عابدين، 6/648.

(21) الدر المختار مع رد المحتار ،6/4. و تبيين الحقائق ،5/105.

والخطيب الشربيني محمد ، مغني المحتاج، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، 1958 م، 2/332.

والبهوتي منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع، بيروت: عالم الكتب، 1403 ه-1983 م،3/546.

(22) الكساني علاء الدين مسعود أبو بكر ، بدائع الصنائع ، بيروت: دار الكتب العربي ، الطبعة الثانية، 1982 م، 4/195.

(23) قال الكساني: لو اشترى المؤجر شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به، له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على مؤجره وإن رضي المستأجر بالعيب فقد تنازل عن حق الرد بالعيب فعلى كل حال يجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو كالتزام المبيع المعيب. بدائع الصنائع ،4/199.

(24) حاشية ابن عابدين (الدر المختار مع رد المحتار) ،6/4.

بدائع الصنائع ،4/197-198.

(25) الحصكفي محمد بن علي المقلب بعلاء الدين، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ، تركيا: دار قهرمان إستانبول، 1984 م، 6/274.

القدوري أحمد بن محمد بن أحمد ، مختصر القدوري، باكستان: نور محمد أصح المطابع كراتشي 1963 م،158.

الكساني، بدائع الصنائع ،175/6.

الزيلعي، تبيين الحقائق ،278/5.

البهوتي، كشاف القناع، 532/3.

(26) انظر : الجوهري، الصحاح، 2029/5.

(27) المعجم الوسيط، 823/2.

(28) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (نظرية الالتزام) دار إحياء التراث العربي، 107/1-108 ، مادة:7 و8.

(29) الدكتور منذر الفضل ، النظريات العامة للالتزامات ، مكتبة دار الثقافة ، الطبعة الثالثة، 1995 م، 6/1.

(30) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، النظريات العامة للالتزامات (نظرية العقد) دار احياء التراث العربي، 1934 م، 13.

(31) الدكتور منذر ، النظريات العامة للالتزامات،6/1.

(32) السنهوري، النظريات العامة للالتزامات،12.

الدكتور منذر، النظريات العامة للالتزامات،6/1-7.

(33) الدكتور حشمت، مصادر الالتزام ، دار الفكر العربي، 1963م،18.

و الزرقا، المدخل الفقهي العام، 54/3-57.

(34) نفس المرجعين.

(35) المدخل الفقهي العام، 50/3-51 ، مادة:25.

(36) المدخل الفقهي العام، 50/3-51 ، مادة:25.

(37) الاستاذ حشمت ، مصادر الالتزام، 17.

والدكتور السنهوري، الوسيط، 107/1-108.

(38) الاستاذ حشمت ، مصادر الالتزام، 20 ، والدكتور السنهوري، الوسيط، 108/1.

(39) نفس المرجع الاخير ،21.

(40) الاستاذ حشمت ، مصادر الالتزام ،21.

و الدكتور عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مادة18.

والدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، 1952 م، 112/1 ، مادة:13.

(41) الاستاذ حشمت ، مصادر الالتزام ،21.

الدكتور السنهوري، الوسيط، 108/1.

(42) المدخل الفقهي العام، 57-56/3.

قال مصطفى أحمد الزرقا: فحوالة الحق معناها نقل الحق من دائن إلى دائن أو بتعبير آخر حلول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين. وحوالة الدين هي تحول المدين بالنسبة إلى الدائن(.....) ومن السهل تمييز نوع الحوالة إذا نظرنا إلى المحيل فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة الحق وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة الدين.

المدخل الفقهي العام،65/3.

(43) الاستاذ حشمت ، مصادر الالتزام ،21.

(44) انظر : الدكتور السنهوري، الوسيط(نظرية الالتزام) 109/1 ، مادة:10.

(45) انظر: المدخل الفقهي العام، 56-54/3 ، مادة:28.

(46) الاستاذ حشمت مصادر الالتزام، 21. والزرقا، المدخل الفقهي العام ، 52/3.

(47) الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،114-113/1.

و الدكتور منذر ، النظريات العامة للالتزامات 9/1.

(48) المدخل الفقهي العام ،436/1 ، مادة:195.

(49) المدخل الفقهي العام، 81/3 ، مادة:44.

(50) الزرقا، المدخل الفقهي العام،55-54/3 ، مادة:28.

(51) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم 17946 ، و أبو داؤد في سنة برقم 3283 ، والدارمي في سننه برقم 2348 ، والحديث حسن.

(52) انظر: مسند الإمام أحمد، تحقيق: جماعة من العلماء ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ، 465/29.

(53) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم 5395 ،والإمام البخاري في صحيحه برقم 2287 ، والإمام مسلم في صحيحه برقم 1564 ، والشيخ الطحاوي في مشكل الآثار برقم، 954.

(54) سورة البقرة:الآية280.

(55) رواه مسلم من طريق بهز بن أسد في صحيحه برقم 1809 ، و أبو داؤد في سنة برقم 2718 ، والطحاوي في مشكل الآثار برقم4786 ، والإمام أحمد في مسنده برقم 12131 و 12236 ،12977 و13041.

(56) سورة يوسف:الآية72 .

(57) سورة الإسراء:الآية34.

(58) الزرقا، المدخل الفقهي العام ، 3/77-78 ، مادة:41.

(59) الأستاذ الشيخ علي الخفيف ، أهلية الوجوب ، دار الطباعة المصرية، 515/2.

(60) نفس المرجع ، 516-517.

(61) الشيخ علي الخفيف ، أهلية الوجوب ،516/2.

(62) محمد كامل مرسي ، الالتزامات، مصر : مطبعة الجامعة ، 1954 م، 13/1.

(63) محمد كامل مرسي ، الالتزامات، 13/1.

(64) نفس المرجع ، 13/1.

(65) الدكتور إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للالتزام ، مصر: مطبعة النهضة، 1955 م،36-39.

(66) الدكتور محمد كامل مرسي ، الالتزامات، 13/1.

الدكتور إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للالتزام ،40-41.

(67) انظر: الدكتور سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، 196 ، مادة:11 و 597 ، مادة :558.

(68) انظر: المادة:1340 من القانون المدني المصري.

(69) انظر: الدكتور مختار قاضي ، أصول الالتزامات القاهرة: مطبعة الجنة البيان العربي، 1952 م، 601 ، المادة:560.

الدكتور كامل مرسي، الالتزامات،13/1 ، مادة:3-4-6.

والمدخل الفقهي العام ،438/1 ، مادة:194.

(70) الدكتور مختار قاضي ، أصول الالتزامات ،614 وما بعدها، المادة:567 وما بعدها من المواد.

(71) الدكتور منذر الفضل ، النظريات العامة للالتزامات،11/1.

(72) نفس المصدر ، 11/1.

(73) نفس المصدر ، 12/1.

الدكتور السنهوري ، نظرية العقد، 29-30.

(74) الدكتور السنهوري، مصادر الحق، 67/1-68.

(75) مصادر الحق ،67/1-68.

(76) الأستاذ أحمد إبراهيم ، مذكرة الالتزامات في الشرع، 36-37.

(77) مصادر الحق ،62/1.

(78) مصادر الحق 62/1.

(79) مصادر الحق ،44/1.

(80) مصادر الحق ،40/1.

(81) مصادر الحق ،40/1.

(82) مصادر الحق ،60/1.

(83) نفس المرجع، 60/1.

(84) نفس المرجع، 60/1.

(85) مصادر الحق ،65/1.

(86) مصادر الحق ، 66/1. هذا التعبير جاء به الدكتور السنهوري المرحوم ويظهر منه انه تعبير قانوني فقط وذلك لأن اصحاب الفوانين يخطأون بمثل ذلك حيث جعلوا مجرد الإرادة كافية لإنشاء العقد و ترتب آثار قانونية عليه وأقاموا الإرادة مقام القول مع أن القول دال و الإرادة مدلوله والإرادة تتعلق بالقلب بينما القول يتعلق باللسان و أما الفقهاء فقالوا إن الإرادة أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه فلا بد من الإتيان بالصيغة التي تدل على الإرادة الخفية. وأما الإرادة بانفرادها لا تكفي لإنشاء العقد و التصرف القانوني ولا يترتب عليه أي أثر القانوني وذلك لان الحكم الشرعي وكذا القانون لا يتعلق

إلا بالفعل وهو عمل يحدث عن الإنسان سواء كان عملا من أعمال اللسان كالألفاظ و الأقوال او عملا من أعمال الجوارح الأخرى.

(87) الدكتور السنهوري، مصادر الحق،1/69.

(88) السنهوري، نظرية العقد، 72-73.

والدكتور منذر ، النظريات العامة للالتزامات ، 1/13.

(89) راجع ابن الحاجب عثمان بن عمر ، المختصر في أصول الفقه مع شرح بيان المختصر ، تحقيق : الدكتور مظهر بقا، مركز البحث العلمي جامعة أم القرى، الطبعة الأولى 1406هـ-1986 م،1/325-326

و العبادي أحمد بن قاسم، الآيات البينات ، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1417هـ-1996 م، 1/107.

(90) القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس ، شرح تنقيح الفصول ، تحقيق: طه عبد الرئوف ، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1973 م، 70.

(91) سورة المائدة:الآية38

(92) انظر: العبادي ابن القاسم ، الآيات البينات ، 1/90 وما بعدها.

العلامة التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر ، التلويح على التوضيح ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1/13 وما بعدها.

والسبكي علي بن عبد الكافي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، تحقيق: الدكتور شعبان محمد ، القاهرة : مكتبة الكليات الازهرية،1401 ه- 1981 م، 1/43 وما بعدها.

الدكتور أحمد الحصري، نظرية الحكم القاهرة: مكتبة الكليات الازهرية ،1401 ه-1981 م ،30.

(93) الدكتور حسين حامد حسان، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي،شركة الطويجي للطباعة والنشر،237.