

البَابُ الثَّانِي
الاستنساخ

obeikandi.com

الفصل الخامس في قولهم «للتزام» وتحقيقته

النسبة بين الحق الشخصي والالتزام -
عناصر الالتزام - سببه - طبيعته وحقيقته .

١/٥ - النسبة بين الحق الشخصي والالتزام :

فهم مما تقدم بيانه عن الحق الشخصي في بحث تقسيم الحق المالي أن
الحق الشخصي لإنسان هو تكليف وعهدة على سواه .

وهذا التكليف قد اصطلح علماء الحقوق على تسميته : التزاماً . والحق
الشخصي والالتزام في نظرهم شيء واحد لأنهما طرفا رابطة واحدة .

- فهو «حق» إذا نظر إليه من ناحية الطالب ؛

- وهو «التزام» إذا نظر إليه من ناحية المكلف به^(٢) .

وقد غلبت كلمة «الالتزام» على كلمة «الحق الشخصي» في اسم النظرية ،
إذ سميت «نظرية الالتزام العامة» لا «نظرية الحق الشخصي» .

وسنرى في الفرع السابع الأخير من هذا الفصل تعليل هذا التغليب في التسمية .

(١) قوام الشيء (بفتح القاف وكسرها) عماده الذي يقوم به وينتظم (المصباح المنير) .
(٢) كذا في «نظرية الالتزام في القانون المصري القديم (ف/١٦) والجديد (ف/١٧)» للأستاذ
الدكتور أحمد حشمة أبي ستيت . وفي الوسيط للأستاذ عبد الرزاق السنهوري (ف/١) .
وجاء في الفقرة الثالثة من المادة ٧٩/ من القانون المدني العراقي ما نصه : «ويؤدي
التعبير بلفظ «الالتزام» ويلفظ «الدين» نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ «الحق
الشخصي» اهـ .

لكن هذا النظر في ترادف الحق الشخصي والالتزام غير سديد، فالواقع أن الالتزام لا يصح أن يجعل مرادفاً للحق الشخصي، وإنما هو مقابله الذي يجمعه وإياه التناظر والتلازم.

فكما يقال: إن كل حق يقابله واجب، ولا يكون هذا التقابل والتلازم مسوغاً لأن نجعل مفهوم الحق والواجب واحداً، كذلك لا يصح أن نجعل مفهوم الحق الشخصي والالتزام واحداً، وإن كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما متحداً. ويكفي أن تختلف جهة الاعتبار ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى، فإن التلازم بين الأمرين شيء، واتحاد مفهوميهما شيء آخر.

أضف إلى ذلك 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 أو الافتقار بتفريغ العهدة والذمة من الجانب الآخر.

فلك أن تقول: أن الحق الشخصي والالتزام بينهما تقابل وتلازم أبداً، كما بين العطاء والأخذ.

٢/٥ - عناصر الالتزام:

إن الحق الشخصي والالتزام - وإن كان الصحيح أنهما مفهومان مختلفان اعتباراً كما رأينا آنفاً - عناصرهما واحدة.

وقد رأينا في بحث الحق أن الحق الشخصي ينطوي على ثلاثة عناصر مادية هي:

- صاحب الحق.

- والشخص المكلف.

- والمحل الذي يتعلق به .

وإلى جانب ذلك يلحظ الموضوع المكلف به والذي يتميز به حق عن حق .

وعليه تكون تلك العناصر هي بذاتها عناصر الالتزام، غير أنها تحمل هنا أسماء أخرى :

- فيسمى صاحب الحق : ملتزماً له (بصيغة المفعول) .

- ويسمى الشخص المكلف : ملتزماً ؛ (بصيغة الفاعل) .

- ويسمى الشيء الذي يتعلق به الفعل : محل الالتزام .

- ويسمى الفعل المكلف به : موضوع الالتزام .

- ويسمى التكليف نفسه، أو العهدة : التزاماً .

ففي الالتزام الناشئ عن القرض مثلاً يعتبر المقرض ملتزماً؛ والمقرض ملتزماً له؛ ووفاء القرض هو موضوع الالتزام؛ والعهدة التي على المقرض، أي وجوب الوفاء، هو الالتزام؛ والمال الواجب أدائه هو محل الالتزام .

وكذلك الاعتبار في التزام نفقة الأقارب الناشئة عن الزام الشرع : فيعتبر المكلف بالنفقة ملتزماً، والمستحق لها ملتزماً له، وموضوع الالتزام هو أداء النفقة؛ والالتزام هو وجوب ذلك الأداء، ومال النفقة هو محل الالتزام .

وهكذا تفصل العناصر ويميز بعضها عن بعض في كل التزام . وهو تمييز ضروري مهم؛ فكثيرون الذين لا يجيدون التمييز بين الالتزام وموضوعه ومحلّه، لأنه يقوم على اعتبارات دقيقة الملحظ .

وقد يكون الالتزام مزدوجاً متبادلاً، كما في الالتزام الناشئ عن عقد معاوضة .

ففي البيع مثلاً يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزماً وملتزماً له : ومحل الالتزام بالنسبة إلى البائع هو المبيع الذي انتقلت ملكيته، وبالنسبة إلى المشتري هو الثمن . أما الموضوع فهو التسليم في كل منهما .

هذه العناصر (الملتزم، والملتزم له، والمحل، والموضوع) في كل التزام هي قوامه، ولا يمكن تصوره وتحققه دون وجودها.

٣/٥ - سبب الالتزام:

غير أن هذه العناصر إنما هي عناصر مادية، ولا يكفي وجودها لوجود الالتزام الذي يربط بين الطرفين بالرابطة الالتزامية، بل لا بد لذلك من سبب يربط طرفي الالتزام (الشخصين) بموضوعه، أي ينشئ الالتزام بين الطرفين.

هذا السبب هو الحادثة المولدة للالتزام، وهي تشمل جميع التصرفات القولية والفعلية، وكل ما ينشأ عنه حق في نظر الشرع.

وعلماء القانون يسمون هذا السبب: مصدر الالتزام.

- فعقد البيع حادثة تصرف قولي ربطت الطرفين بموضوع العقد؛

- وإتلاف مال الغير حادثة تصرف فعلي ربطت المتلف وصاحب المال بموضوع الالتزام. وهو التعويض.

- وفقر القريب المَحْرَم^(١) مع عجزه سبب يوجب به الشرع ارتباطاً بينه وبين قريبه الغني برابطة التزام النفقة. وهكذا...^(٢).

(١) المَحْرَم (بفتح الميم والراء) هو أحد القريبين اللذين إذا كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة كان زواجهما ممنوعاً للتحريم الشرعي، والجمع: محارم.

(٢) إن علماء القانون الأجنبي في نظرية الالتزام يعتبرون السبب ركناً في الالتزامات العقدية خاصة، لكنهم يريدون بالسبب في اصطلاحهم معنى آخر، لا معنى المصدر المولد للالتزام.

فالسبب عندهم هو: «المقصد المباشر لالتزام العاقد».

وهذا المقصد المباشر عندهم هو ما يقع جواباً لقولنا: لماذا التزم فلان بكذا؟

ففي العقود الملزمة لجانبين، كالبيع مثلاً، يعتبر سبب كل التزام ناشئ بالعقد هو الالتزام المقابل، لأن البائع إنما يلتزم بنقل ملكية المبيع بقصد الحصول على الثمن، كما أن المشتري إنما يلتزم بدفع الثمن بقصد امتلاك المبيع.

ويفرقون بين السبب والباعث بأن الباعث هو الغرض الشخصي الذي يجول في نفس العاقد كمن يشتري أو يستأجر الدار ليتخذها مسكناً أو مدرسة أو ملهى إلخ... سواء =

إن هذا السبب أو المصدر المولد للالتزام يتنوع بحسب الحوادث والتصرفات. وسنرى أنه ينحصر في أنواع كلية معدودة ترجع بالإحصاء والاستقراء إلى خمسة مصادر.

٤/٥ - طبيعة الالتزام وحقيقته:

اتضح من معرفة عناصر الالتزام أن كل التزام لا بد فيه من طرفين تربطهما بموضوعه رابطة السبب. فهل الالتزام في الفقه الإسلامي سلطة شخصية لأحد الطرفين على الآخر، أو هو علاقة مادية؟

والفرق بين الاعتبارين أنه إذا اعتبر الالتزام سلطة شخصية يحق للطالب إجبار المكلف على تفريغ ذمته بالإكراه البدني كالحبس والتضييق، وإن اعتبر علاقة مادية بحتة لم يقتض اجباراً، بل يفتش الطالب عن مال المكلف، فإذا نالته يد القضاء أمكن منه الاستيفاء.

والواقع أن الالتزام في نظر الشريعة الإسلامية هو في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير.

= أكان غرضه مشروعاً أو ممنوعاً.

فالباعث يختلف باختلاف أشخاص العاقدين وأغراضهم: فشخص يقترض مالاً ليتاجر، وآخر يقترض ليقامر مثلاً، وثالث يقترض ليفي ديناً، ورابع ليشتري شيئاً إلخ... أما سبب الالتزام العقدي فثابت في كل نوع من العقود وإنما يختلف باختلاف نوع العقد. ففي كل بيع يكون المقصد المباشر للبائع هو الحصول على الثمن في مقابل نقل ملكيته مهما كان باعته على البيع.

ونظرية السبب هذه في الفقه الأجنبي كثيرة التعقيد، وهي وهمية فاسدة المباني، هاجمها المتأخرون من علماء القانون في فرنسا مهاجمة عنيفة كالأستاذ بلانيول الذي نقدها ونقضها نقضاً.

ونشأت خلفاً عن تلك النظرية التقليدية القديمة، نظرية جديدة في السبب سميت «النظرية القضائية»، وهي تعتمد السبب بمعنى الباعث على الالتزام، فتشترط مشروعية هذا الباعث لصحة العقد.

أما في الفقه الإسلامي فليس لسبب الالتزام معنى سوى «المصدر المولد له»، كما أوضحناه هنا.

ولكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف ماله أو امتناعه عن عمله.

ولذا شرع في الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير، وكل من هو مكلف بعمل لمصلحة غيره وجوباً حتى يقوم بما عليه.

ولكن هذه السلطة الشخصية لم يمنحها الإسلام الدائن كما كان في التشريع الروماني، بل منحها الحاكم وجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن.

وقد ورد في الحديث النبوي: «لَيْ الْوَاجِدِ^(١) ظَلَمٌ يُحِلُّ عِزُّهُ وَعُقُوبَتُهُ». وورد أيضاً: «مطل الغني ظلم» (رواه مسلم). ومعنى إحلال عرضه: الطعن في أمانته وذمته.

وهذا الإجبار بالحبس والإكراه إنما يكون فيمن ظاهر حاله اليسار والقدرة على وفاء التزامه؛ فأما المعسر العاجز فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب إنظاره إلى قدرته، لقول القرآن العظيم: ﴿وَإِنْ كَانَتْ دُونُ عُسْرٍ فَنُظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾.

٥/٥ - اعتدال الشرع الإسلامي بين المذهبين الشخصي والمادي:

وبذلك يظهر أن الشرع الإسلامي قد لطف كثيراً من غلواء السلطة الشخصية التي كانت للدائن على المدين عند الرومانيين الذين كانوا يمنحون الدائن حق استرقاق المدين أو قتله ولو كان عاجزاً. وتلك السلطة في القانون الروماني قد انتهت تطورها إلى رد فعل معاكس في بعض المذاهب الحقوقية في أوروبا كالمذهب المادي الذي نشأ في ألمانيا، إذ يرى أصحابه أن الالتزام

(١) اللي: بتشديد الياء مصدر لوى يلوي، بمعنى ماطل. والحديث حسن رواه أحمد وأبو داود والنسائي وأبن ماجه بلفظ «لي الواجد يُحِلُّ عِزُّهُ وَعُقُوبَتُهُ». (ر: صحيح الجامع الصغير وزيادته للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، ط ٣، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، الحديث رقم ٥٤٨٧).

والواجد: الغني، أي الذي يجد ما يفي به دينه.

علاقة مادية بحتة، وفرقوا بين عنصري المديونية، والمسؤولية في المحل:

- فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لا يقتضي إجباراً.

- وأما المسؤولية فتقتضي الاستيفاء الجبري.

وقد وزعوا هذين العنصرين على ذات المدين والملتزم، وعلى ماله، فاعتبروا شخصه مديناً ولكن المسؤول عن التزامه هو ماله لا شخصه؛ فلا حبس ولا إجبار على إيفاء الدين^(١).

ولا يخفى أن هذا تفريط إلى جانب ذلك الإفراط الذي كان عند الرومانيين.

٦/٥ - وقد كان لقيام المذهب المادي حول طبيعة الالتزام في أوروبا نتائج حقوقية ذات بال. فمن ذلك:

١ - اتجاه التشريع الألماني الآخذ بالنظرية المادية إلى تسويق الحوالة في الحق وفي الدين معاً دون توقف على إرادة صاحب العلاقة من دائن أو مدين، فتتبدل الأشخاص مع بقاء المحل على حاله، لأن الرابطة عنده مالية بحتة لا شخصية.

وقد كان الأمر بعكس ذلك في التشريع الروماني المبني على نظرية السلطة الشخصية المفرطة، فلا يجيز حوالة الحق ولا حوالة الدين أصلاً (ر: نظرية الالتزام في القانون المصري للأستاذ أحمد حشمة أبي ستيت، ف/٢٢).

٢ - استغناء أهل المذهب المادي عن اشتراط وجود الملتزم له (وهو الدائن) عند نشوء الالتزام، واكتفاؤهم في بعض الحالات بوجوده حين التنفيذ، إذ في هذا الحين فقط تظهر الحاجة إلى وجود دائن يستوفي الالتزام؛ كما في إعلان جائزة على اختراع مطلوب.

(١) نظرية العقد للأستاذ السهوري، ف/١٥ وحاشيتها، ونظرية الالتزام في القانون المصري

للأستاذ أحمد حشمة أبي ستيت، ف/١٧ - ١٨.

ولم يكن من الممكن تخريج مثل هذا الالتزام على نظرية أهل المذهب الشخصي؛ لأن الالتزام عندهم رابطة بين شخصين من كل وجه، فيجب أن يكونا موجودين معينين منذ بدء الالتزام ليتمكن اعتبار ارتباطهما.

إن المذهب المادي يتقرب منه التشريع الحديث في أوروبا، ويرون فيه تفسيراً وتخريجاً لحالات حقوقية قائمة لا يمكن تفسيرها وتبريرها على ضوء المذهب الشخصي، وذلك كتحرير سند بالدين لحامله دون ذكر اسم الحامل وكالاترابط لمصلحة الغير.

٧/٥ - أما موقف التشريع الإسلامي فهو اعتدال بين النظريتين كما رأيت آنفاً: فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام؛ ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية، لتبقى ضماناً في وجه المبطلين المماطلين.

على أن الشرع الإسلامي قد سبق الماديين بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث، وإليك البيان:

أ - إن الفقه الإسلامي قد أقر إمكان عدم وجود ملتزم له معين منذ نشوء الالتزام في بعض الحالات، وإن كان الأصل لزوم وجوده كما سنرى في بحث شرائط الالتزام (ف ١/٨).

ب - وكذلك أقر الفقه الإسلامي حوالة الحق بأن يحيل الدائن سواء على المدين، كما أقر حوالة الدين بأن يحيل المدين دائنه على سواء، فينتقل الالتزام إلى شخص جديد يدخل بصفة دائن أو مدين.

ولكن بالنظر إلى ما يمكن من تأثير الحقوق باختلاف الأشخاص وتفاوتهم شرط في عقد الحوالة رضى الشخص الثالث المحال عليه أيضاً، وهو المدين الجديد (المجلة/ ٦٨١)^(١)، كما أبقي للدائن المحال حق الرجوع على المدين

(١) سنرى أن الاجتهاد الشافعي لا يشترط رضى المحال عليه، وإنما يشترط كونه مديناً للمحيل.

المحيل عند التوى^(١)، أي عندما يتعذر التحصيل بإفلاس المحال عليه أو بجحوده للحوالة ولا بينة للإثبات عليه، وذلك لبقاء مسؤوليته عن الدين في محلها السابق، كما عليه القانون التجاري اليوم في حوالة سند الأمر التجاري (الكمبيالة)، إذ أقر رجوع الحامل الأخير على المحيل عندما لا يدفع الموقع الأول، أي المدين الأصلي.

فبذلك تتجلى في الفقه الإسلامي الخصائص المعقولة للنظريتين الشخصية والمادية معاً.

(١) «التوى» بالتحريك وزان «هوى»، ومعناه لغة هلاك المال أو الحق. وهو مصدر، وفعله «توي يتوى» وزان «عمي يعمى» ويريد به الفقهاء أن يفلس المحال عليه أو أن يجحد الحوالة وليس للمحال بينة للإثبات عليه، فيتعذر تحصيل الدين منه قضاءً. ويقول الفقهاء: «لا يرجع الدائن المحال على المدين المحيل إلا بالتوى».

المحور بالفصل الخامس

مناقشة سمع الدكتور شفيق شحاتة

٨/٥ - يقول الدكتور شفيق شحاتة في الفقرة/٢٨٥/ من رسالته في معرض بيان الملاحظات على نظرية الالتزامات الإسلامية بإزاء النظريات المعروفة للالتزام في القانون المقارن ما نصه:

«أول ما يلاحظ أن الفقه الإسلامي يتفق والتشريع الألماني في كثير من الموضوعات، نذكر منها نظرية عدم النفاذ، وكذلك هو يتفق والتشريع الإنكليزي في أكثر من موضع، نذكر هنا من ذلك نظرية عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي - وهي التي تقضي بأنه عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أيضاً - والذي جمع بين هذه التشريعات الثلاثة انتصارها جميعاً لمذهب المادية. وتتبع هذه الملاحظة ملاحظة أخرى، وهي أن النظرية الإسلامية بعيدة عن النظرية الرومانية، لما أن هذه الأخيرة قد سيطرت عليها الفكرة الشخصية. وفي الواقع لا نجد أوجه شبه إلا في بعض نقاط تفصيلية، كنظرية بطلان عقود المحجور عليهم.

وإذا أردنا المقارنة من حيث قيمة النظم القانونية؛ وجدنا التشريع الإسلامي قد سبق التشريع الروماني في تقرير بعض المبادئ العظيمة، منها مبدأ انتقال الملكية لمجرد الانفاق، ومبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ النيابة التعاقدية. ونجده مع ذلك قد تأخر عن التشريع الروماني في عدم تقريره مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة وفي ضعف القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي» اهـ.

وإن مستند الأستاذ الدكتور شفيق شحاتة في حكمه بضعف القوة الالزامية للعقد في الفقه الإسلامي هو:

أولاً: ما رآه من كثرة الخيارات العقدية، وخاصة خيار الشرط، وهذا ما أفادنيه الأستاذ الكريم المشار إليه مراسلة.

ثانياً: ما لحظه من كثرة العقود غير اللازمة، كالوكالة والعارية إلخ... وهذا ما ذكره في الفقرة ١٨٠/ من رسالته.

٩/٥ - أقول:

سنرى قريباً في الفصل السادس الآتي (ف٦/١ - ٦/٢) نقد القول بأن التشريع الإسلامي أو الاجتهاد الحنفي خاصة لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة - أي الحق -، كما علمت أن التشريع الروماني لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام لا من ناحيته الموجبة ولا من ناحيته السالبة أي لا نقل الحق ولا نقل الدين. (انظر ما تقدم ف ٦/٥).

أما القوة الالزامية للارتباط التعاقدية فهي في الفقه الإسلامي على أكمل وجوها.

غير أن الفقه الإسلامي قد أتناه بأنواع عديدة من الخيارات والعقود غير اللازمة، كما أنه أيضاً يفرض قيوداً على حرية إرادة المتعاقدين في الشروط التي يشترطونها، وتختلف تلك القيود سعة وضيقاً باختلاف الاجتهادات الإسلامية، كما سنرى ذلك في موضعه. ولكن كل ذلك لا يؤثر في مبدأ قوة العقد الإلزامية التي هي على أشدها في الفقه الإسلامي:

١٠/٥ - فأما تلك الخيارات فإنها نوعان:

الأول: ما لا يثبت إلا بإشتراط العاقدين كخيار الشرط، والتعيين والنقد. وهذا النوع إنما ينشأ بإرادة العاقدين فلا يطعن وجوده في القوة الالزامية للعقد، بل يؤيدها لأنه جزء من العقد نفسه.

الثاني: ما يثبت بحكم الشرع دون شرط، دفعاً لضرر يلحق أحد العاقدين دون أن يرضى به، كخيار العيب.

وهذا إنما يثبت بوجود بعض عيوب الرضى كالتدليس، والتغيير، وفوات الوصف، وتفرق الصفقة.

وقد أقرت أمثال هذه الخيارات النظريات الحقوقية الحديثة في القوانين الوضعية، لأن التشريع إنما وجد لحماية الحقوق، ولا يعقل إلزام أحد بضرر لم يلتزمه ولا يستلزمه عقده.

فهذا النوع الثاني أيضاً من الخيارات لا يقدر في مبدأ القوة الإلزامية للعقد، لأنه تفسير لإرادة العاقدين الضمنية، وهو حماية قانونية يقتضيها احترام مبدأ التراضي، ثم التوازن في حقوق ووجائب المتعاقدين.

على أن الاعتراض ببعض الخيارات قد يتوجه على الاجتهاد الشافعي الذي أخذ بنظرية خيار المجلس بعد عقد البيع، فسوغ لكل من المتبايعين فسخ البيع ما دام في المجلس قبل التفرق بالفعل. وذلك استناداً إلى حديث نبوي قد أوله الحنفية والمالكية تأويلاً آخر.

١١/٥ - وأما العقود غير اللازمة فهذا النوع لم يخل منه تشريع حتى القوانين الوضعية، وإن كانت تختلف الشرائع في تعيين تلك العقود غير اللازمة كما تختلف في ذلك الاجتهادات في الشريعة الإسلامية نفسها.

ومرد ذلك لا إلى ضعف القوة الإلزامية في فكرة العقد بنظر الشريعة، بل إلى كون بعض العقود ذات طبيعية اختيارية في استمراره، كعقد الشركة والتحكيم في الاجتهاد الحنفي، أو إلى كونه يقوم على أساس المعونة الاختيارية لأحد الطرفين، كالإيداع والإعارة والتوكيل، أو إلى كونه توثيقاً لحق لأحدهما فقط فله أن يتنازل عن وثيقته كالرهن بالنسبة إلى المرتهن.

وكل ذلك لا يورث ضعفاً في فكرة القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي، ولا سيما في الشريعة الإسلامية التي يقول دستورها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

١٢/٥ - وأما القيود التي فرضت في مذاهب من الفقه الإسلامي على حرية إرادة العاقدين في شروطهم فإنها إنما تتعلق بمبدأ سلطان الإرادة، ولا

علاقة لها بالقوة الإلزامية للعقد إلا من حيث ما يقتضيه الحكم الشرعي الجزائي عندما يخالف العاقد النصوص الآمرة بتلك القيود، فيبطل العقد أصلاً في بعضها، ويفسد في بعض فيستحق الفسخ.

على أن تلك العقود التعاقدية غير متفق عليها، وفي الاجتهادات سعة. فإن كان هناك مجال لتصوير ناحية ضعف من نواحي العقد في الفقه الإسلامي فهو في مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة إلى بعض الاجتهادات التي تقيد حرية الشروط العقدية، وليس في القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي.

obeikandi.com

الفصل السادس

نقل الالتزام بطريق الحوالة

١/٦ - نقل الالتزام بطريق الحوالة وبطريق البيع:

يجب أن يلحظ في نقل الالتزام فرق بين نقله بطريق الحوالة ونقله بطريق البيع.

ففقهاء الحنفية قد جوزوا حوالة كل من الحق أو الدين إلى شخص ثالث بالتراضي، ولكنهم لم يجوزوا بيع الدائن دينه إلا من المدين نفسه فقط. وقد وضعوا في ذلك القاعدة القائلة: «لا يجوز تمليك الدين إلا ممن عليه الدين»^(١).

وبذلك حدوا من قابلية نقل الالتزام في ناحيته الموجبة، (أي نقل الحق)، إذ حصروها بطريق الحوالة دون البيع.

والحوالة عندهم نوعان:

أ - حوالة مقيدة، وهي التي قيدت بأن يؤدي المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك للمحيل، أو من دين عليه للمحيل.

ب - حوالة مطلقة، وهي التي تخلو من هذا القيد، فيؤديها المحال عليه من ماله الخاص سواء أكان هو مديناً للمحيل أو غير مدين.

والفرق بين طريق الحوالة وطريق البيع في هذا الشأن من وجهين:

(١) ستأتي هذه القاعدة في بحث نتائج التمييز بين الدين والعين (ف/١٧ - ٤ - ١٣).

١ - من حيث الرضى، والقبول:

فإن الحوالة تتوقف شرعاً على رضى المحال عليه، ولا يكفي فيها الاتفاق بين المدين المحيل، والدائن المحال.

بخلاف البيع فإنه لا يتوقف على رضى غير البائع والمشتري. فلو صح بيع الدين من غير من عليه الدين لثم ذلك دون علم المدين ورضاه. فيصبح ملتزماً رغمًا عنه تجاه دائن أجنبي عنه لم يتعاقد معه. وهذا لم يقبله الاجتهاد الحنفي، لأن الناس تختلف في المطالبة والملازمة والإلحاح.

٢ - من حيث الحكم، أي الأثر المترتب:

فإن البيع ينشأ عنه ملك بات. أما الحوالة فإنها لا تنقل ملكية الدين من ذمة إلى ذمة، وإنما تنقل التزام أداء الدين - ويتبعه انتقال حق الدائن - نقلاً غير نهائي بل معلقاً على المصير والنتيجة، حتى قال الفقهاء: «إن المدين يبرأ بالحوالة براءة مؤقتة بعد التوى». (رد المحتار ٢٩١/٤).

فإن تمكن الدائن المحال من استيفاء حقه من المحال عليه تأكد النقل نهائياً، وملك الدائن المحال ما قبضه وفاء عن دينه. وإن وقع التوى، لإفلاس المحال عليه أو لجحوده الحوالة كما تقدم، رجع المحال على مدينه الأصلي المحيل، لأن حقه لم ينقطع تعلقه بذمة المحيل؛ فيستوفي منه ويبطل النقل.

ولذا قالوا في الحوالة المقيدة: إن المدين المحيل إذا مات تبطل الحوالة، ويرجع المحال إلى تركته فيستوفي منها دينه أسوة بسائر الغرماء.

وقد علموا ذلك بأن: «الحوالة ما شرعت للتملك بل لنقل المسؤولية. فالمال أو الدين الذي كان للمحيل عند المحال عليه لم يصر مملوكاً للدائن المحال بعقد الحوالة. فبموت المحيل في الحوالة المقيدة تصبح سائر أملاكه تركة له - ومن جملتها ماله عند المحال عليه - فتتعلق بتركته جميع الحقوق الشخصية لدائنيه على السواء.

وهذا بعكس الحوالة المطلقة، فإن موت المحيل لا يبطلها بل يبقى المحال عليه ملتزماً بالوفاء للمحال، لأنه إنما التزم الوفاء من ماله لا من مال موجود للمحيل عنده (ر: الدر المختار ورد المختار ٢٩٠/٤ و٢٩٤، وتقريرات الرافعي عليه).

فلو كانت الحوالة بالدين بيعاً له لما بطلت الحوالة المقيدة بموت المحيل. وإنما الحوالة عقد خاص له نتائج وخصائص يختلف بها عن البيع اختلافاً بيناً^(١).

٢/٦ - وكان بعض الأساتذة الباحثين قد نظروا إلى أن فقهاء الحنفية لم يجيزوا بيع الدائن دينه لغير مدينه، فاستنتجوا من ذلك أن الفقه الإسلامي لا يجيز حوالة الحق وإنما يجيز حوالة الدين فقط.

يقول الأستاذ شفيق شحاتة في الفقرة ١٠٦/ من رسالة «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية»:

«سنرى أن للالتزامات في الفقه الإسلامي صبغة مادية. وقد أدت هذه الصبغة إلى إمكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - يعني حوالة الدين - بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - يعني حوالة الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه الحوالة» اهـ.

ويقرر أيضاً الأستاذ العلامة الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم في مذكرته عن الالتزامات في الشريعة الإسلامية ص/٢١٩.

«إن حوالة الحق في الاجتهاد الحنفي لا تصح، وعند الأئمة الثلاثة تصح للحاجة إليها» اهـ.

(١) قال الأستاذ شفيق شحاتة في الفقرة ١٠٦/ من رسالته: (قرر أحد علماء القانون أن الحوالة الإسلامية هي من المرونة بحيث تؤدي وظائف عدة: فهي تؤدي وظائف الإحالة، والتنازل عن الحق، والوكالة بالقبض، والوكالة بالقضاء، وفتح الاعتماد) (أنظر «هوفلان» في كتابه «Annales de droit commercial» طبعة سنة ١٩٠١م، ص/١ وما بعدها).

وهذا رأي سديد في فهم الحوالة.

غير أنه بالرجوع إلى كتب المذهب الحنفي يتضح أن الواقع المقرر في نصوصه جواز حوالة كل من الحق والدين، خلافاً لما ذكره الأستاذان المشار إليهما.

ولبيان ذلك يجب تحديد معنى حوالة الحق وحوالة الدين، ثم تطبيق ذلك على النصوص:

- فحوالة الحق معناها نقل الحق من دائن إلى دائن، أو بتعبير آخر: حلول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين.

- وحوالة الدين هي: تبديل المدين بالنسبة إلى الدائن، كما يصرح به الشيخ أحمد إبراهيم نفسه رحمه الله في مذكرة الالتزامات ص/٢١٨.

ومن السهل تمييز نوع الحوالة إذا نظرنا إلى المحيل: فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق. وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين.

٣/٦ - إذا علمنا هذا فكل حوالة مطلقة يحيل بها المدين دائنه على آخر هي من قبيل حوالة الدين، إذ يتبدل فيها المدين، ويبقى الدائن هو نفسه، وهذا واضح ظاهر.

وكل حوالة مقيدة يكون فيها الإنسان مديناً لشخص ودائناً لآخر، فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه هي حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد.

لأن المحيل فيها هو دائن للمحال عليه، ومدين للمحال. فيتبدل فيها بالنسبة إلى المحال عليه، دائن مكان دائن فتكون بذلك حوالة حق؛ كما يتبدل فيها المدين بالنسبة إلى المحال، فتكون بذلك حوالة دين.

وقد أجاز الفقهاء كلا النوعين من الحوالة المطلقة والمقيدة (ر: المجلة/٦٧٨)، وصرحوا بانقطاع حق المحيل في هذه الحوالة المقيدة من أن يطالب مدينه المحال عليه بالمال المحال به، وأوجبوا ضمان المحال عليه إذا دفع الدين إلى دائنه المحيل، لأن قبض الدين أصبح من حق الدائن الجديد وهو المحال (ر: المجلة/٦٩٢).

وعلى ذلك جوز الفقهاء أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر. وكل ذلك من قبيل حوالة الحق يحل فيها دائن جديد - وهو المحال - محل الدائن الأصلي وهو البائع أو المرتهن أو الزوجة. حتى قالوا أنه يسقط بها عندئذ حق البائع في احتباس المبيع، وحق المرتهن في احتباس الرهن، وحق المرأة في احتباس نفسها عن الزوج، إذ يعد كل منهما كالمستوفي لحقه بهذه الإحالة على مدينه (ر: رد المحتار عن «الزيادات» للإمام محمد ٤/٢٩١).

وصرحوا أيضاً بجواز إحالة المستحق في الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر (رد المحتار أيضاً) وهنا كما ترى قد حول المستحق في الوقف حقه إلى دائنه.

فهل بعد هذا من مجال لأن يقال إن الفقه الإسلامي، أو الاجتهاد الحنفي، يقبل حوالة الدين فقط دون الحق^(١)؟

(١) لا ينبغي أن يتوهم من تصوير حوالة الحق بصورة الحوالة المقيدة دون المطلقة، أن مديونية المحيل في هذه الحوالة المقيدة هي العلة الفقهية في جواز نقل حقه بالحوالة، إذ ليس لمديونيته أو عدمها تأثير فقهي في جواز نقل حقه أو عدم جوازه. وإنما التجأنا في التصوير إلى الحوالة المقيدة لأنها هي التي تتوافر فيها، في الواقع، عناصر حوالة الحق، إذ يجب أن يكون للمحيل في حوالة الحق صفتا دائن ومدين. - فكون المحيل مديناً للمحال ليتحقق معنى الحوالة بوجه عام، لأنها لا تسمى حوالة فقهاً إلا إذا كانت بين مدين ودائن.

- وكون المحيل دائناً فقط فأحال إلى غيره يكون هذا إما توكيلاً بالقبض، وإما بيعاً أو هبة للدين من غير من عليه الدين، وليس حوالة بالمعنى الفقهي. وقد علمت أن تملك الدين من غير من عليه الدين لم يجوزه فقهاؤنا.

ولو كان المحيل مديناً غير دائن لكان حوالة دين لا حوالة حق.

فحوالة الحق الفقهية دائماً إنما تكون، في الواقع، من نوع الحوالة المقيدة.

وفي الاجتهاد الشافعي لا تكون الحوالة أبداً إلا مقيدة، إذ يشترط دائماً أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمقدار الحوالة فأكثر، فهي دائماً نقل للحق وللدين معاً، ولكنه في الاجتهاد الشافعي نقل نهائي في معنى البيع، فلا يرجع المحال على محيله بإفلاس المحال عليه ولا يشترط في عقدها رضى هذا الأخير.

ويجب أن يلحظ في هذا المقام أن نصوص القانون المدني الجديد (وقبله المادة/٦٤) =

٤/٦ - هذا، وإن شبهة الأستاذ شفيق شحاتة في ذلك هي ما أشار إليه في الفقرة/١٨٠ من رسالته:

«إن المحال لا يملك بعقد الحوالة مقابل الوفاء عند المحال عليه في الحوالة المقيدة».

أي أن المحال لا يملك المال الذي للمدين المحيل عند المحال عليه بمجرد الحوالة، وإنما يملكه المحال بعد تنفيذ الحوالة بالقبض. ولذا لو مات المحيل بطلت الحوالة المقيدة كما تقدم بيانه، ورجع المحال على تركة المحيل أسوة بسائر الغرماء الدائنين. ويعتبر من جملة التركة ما للمحيل المتوفى عند المحال عليه من المال الذي كان مخصصاً لوفاء الحوالة.

ولكن هذه الشبهة مبنية على تصور أن حوالة الحق تستوجب التملك كالبيع. وقد عرفت أن الحوالة ليست عند الفقهاء بيعاً وإنما هي عقد خاص يفرق عن البيع في شرائطه ونتائجه.

والفقهاء الحنفيون لم يجيزوا للدائن نقل حقه بطريق البيع، ولكنهم أجازوه له بطريق الحوالة، كما أجازوا للمدين نقل التزامه بها على ما سبق بيانه وتعليله. فإذا لم تفد الحوالة التملك فليس معنى ذلك أن الحق لا يقبل الحوالة، إذ هذا هو حد الحوالة وغايتها شرعاً، ولا يمكن أن يطلب بالعقد أكثر من غايته المشروع لها.

على أن الأستاذين الكريمين متفقان على أن حوالة الدين جائزة في الاجتهاد الحنفي وسائر الاجتهادات الإسلامية.

وقد رأيت أن الاجتهاد الحنفي حكمه واحد في جميع صور الحوالة: أنها لنقل المسؤولية بالدين بصورة غير نهائية، حتى أن المحال فيها يرجع على المحيل عند التوى، سواء في ذلك الحوالة المقيدة التي فيها نقل حق،

= من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا قد قضت بعمومها على قاعدة «عدم صحة تملك الدين من غير من عليه الدين» فأصبح للدائن أن يبيع دينه أو يهبه ممن يشاء. وسيأتي التنبيه على ذلك في باب الأموال.

والمطلقة التي ليس فيها سوى نقل دين، خلافاً للاجتهادات الأخرى التي تعتبر النقل في الحوالة نهائياً لا رجوع بعده بإفلاس المحال عليه.

فإذا كان القول بنفي حوالة الحق من الاجتهاد الحنفي مستنداً إلى كون صورة حوالتة لا تفيد نقلاً نهائياً لزم منه أن يقال بنفي حوالة الدين أيضاً للاشتراك في العلة. ولا وجه للإثبات في صورة والنفي في أخرى وعندئذ لا ندري لماذا وضع الفقهاء في مباحث الفقه كتاب الحوالة؟!

٥/٦ - نعم إن الفارق بين فقهما والأحكام القانونية الحديثة في هذا الموضوع أن نظريات الحقوق الوضعية الحديثة أجازت للدائن نقل حقه بالبيع والهبة وغير ذلك بصورة مطلقة، بينما الفقه الحنفي قيد ذلك في غير الحوالة بأنه لا يجوز أن يبيع الدائن دينه أو يهبه إلا لمن عليه الدين، كي لا يفاجأ المدين بدائن لم يتعاقد معه ولا يتحمله، وسدّاً لباب المراجعة.

على أنهم جوزوا أيضاً هبة الدائن دينه لغير المدين إذا وكله الدائن الواهب بقبضه، فيقبضه بحكم الوكالة، ثم يملكه بحكم الهبة.

والخلاصة أن فصل الخطاب في الموضوع هو التمييز بين الحوالة والبيع.

ولو أن الأستاذ شفيق شحاتة إنما ينفي جواز نقل الحق بطريق البيع فقط في الاجتهاد الحنفي لكان ذلك مسلماً به ولا مجال لانتقاده. ولكنه نفى إمكانه بطريق الحوالة إذ قال فيما نقلناه من عبارته: «وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه: الحوالة». وهذا هو محل المناقشة^(١).

(١) بعد ما تقدم أخرج الدكتور شفيق شحاتة كتابه «حوالة الحق في قوانين البلاد العربية» وهو محاضرات في القانون المدني ألقاها في معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٥٤. وقد جاء فيه ص/٦١ فقرة ٧٧ ما نصه: «يقال في العادة أن حوالة الحق غير جائزة في الفقه الحنفي بخلاف حوالة الدين. أما عن حوالة الحق فالذي اتضح لنا بعد استقراءنا للمسائل فيما تقدم أن الحكم بعدم جوازها هو في الواقع حكم مبتسر».

وهذا كما ترى رجوع عن رأيه السابق في كتابه «نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية» إلى رأينا. وهذا خلق العلماء إذا تبين لهم الصواب.

obeikandi.com

الفصل السابع مَوْضُوعُ الْإِلتِزَامِ^(١)

الالتزام بالدين وبالعين وبفعل وبامتناع
- الموضوع الإيجابي، والموضوع السلبي

١/٧ - الالتزام بالدين، وبالعين، وبفعل، وبامتناع:

يقرر علماء القانون أن الالتزام يكون موضوعه أحد أربعة أمور: إما أداء مبلغ من النقود؛ وإما تسليم عين معينة بذاتها؛ وإما قياماً بعمل معين؛ وإما امتناعاً عن عمل.

ونجد هذا منطبقاً على ما في الفقه الإسلامي من صور الالتزامات المختلفة. ففي الفقه الإسلامي أيضاً نجد أن الالتزام قد يتعلق بدين أو بعين أو بعمل وبامتناع عن عمل، كما يتضح مما يلي:

أ - الالتزام بالدين:

إن الالتزام بأداء مبلغ هو التزام بوفاء دين.

فالدين يعبر به غالباً في الفقه الإسلامي عن التزام الملتزم بالنقود أو ما في حكمها من الأشياء المثلية التي تثبت في الذمة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدييات المتقاربة (ر: المجلة/١٥٨) وسيأتي تفصيله.

والذمة تفيد معنى العهدة التي تكون للشخص في تحمل الحقوق.

(١) تقدم إيضاح معنى موضوع الالتزام في بحث عناصر الالتزام وحقيقته فليُنظر (ف/٥/٢).

وقد يراد منها ما يرادف الالتزام النقدي. وسنبسط الكلام على الدين والعين ونظرية الذمة في الفصلين ١٧ و ١٨.

وقد ميز الفقهاء في التزام الدين بين عنصريه الأساسيين؛ وهما: ذات الدين، والمطالبة به.

فالأصل في هذين العنصرين التلازم، وقد ينفك أحدهما عن الآخر. ويذكر الفقهاء ذلك بمناسبة الكفالة، والحوالة، والإبراء، والتقصص، وتأجيل الدين:

- فالكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة فقط.
- والحوالة تنقل التزام أداء الدين من ذمة إلى ذمة.
- وفي الإبراء يستفاد من كلام الفقهاء التفريق بين الإبراء عن أصل الحق، والإبراء عن الدعوى به. فالإبراء عن الدعوى فقط لا يسقط الحق ولكن يمنع المطالبة به (ر: رد المحتار كتاب الصلح ٤/٤٧٤ - ٤٧٥).
- والتقصص هو أن يثبت للمدين عند الدائن نظير دين هذا عليه. وهو إنما يمنع المطالبة ولا يسقط الديون المتقابلة. فلو أبرأ أحدهما الآخر بعد ذلك طوّل بما للآخر عليه، إذ بزوال المانع يعود الممنوع كما سترى في نتائج التمييز بين العين والدين في الفقرات (١٧/٤ - ١٣).
- والدين، بوجه عام، يقبل التأجيل إلى زمن معين كما يقبل التنجيم، - أي التقسيط - بحيث يؤدي كل قسط منه في موعد معين.
- فتأجيل الدين يمنع المطالبة قبل حلول الأجل رغم قيام الدين.

ب - الالتزام بالعين:

أما الالتزام بالعين فذلك عندما يكون محله عيناً معينة بذاتها يقع الالتزام بتسليمها، كتسليم المبيع للمشتري ورد المغصوب إلى المغصوب منه، وتسليم الوديعة المودع عند طلبها، وإعادة المأجور إلى المؤجر متى انقضت مدة الإجارة.

فالالتزام بالعين المعينة بذاتها معناه دائماً: الالتزام بتسليمها.

ويجوز تحديد مكان معين لتسليم العين الملتزم بتسليمها، كما يجوز ذلك في الدين.

فقد نصوا على أنه لو اشترط في عقد البيع تسليم المبيع في مكان معين صح الشرط ووجب تسليم المبيع في المكان المشروط (المجلة/٢٨٧).

ج - الالتزام بعمل:

وأما الالتزام بالعمل فصوره كثيرة لا تحصى، كالالتزام بنقل بضاعة أو إصلاح آلة، أو صنع شيء من الأشياء. ويدخل فيه بصورة عامة التزام كل أجير بالقيام بالعمل المستأجر عليه.

ويشمل الالتزام بالعمل أيضاً ما تقدم من صور الالتزام بالعين والالتزام بالدين. فإن تسليم العين، كرد العارية والمغصوب، هو نوع من العمل. وكذلك وفاء الديون.

فالعمل أو الفعل موضوع عام يشمل تسليم الأعيان المعينة بذاتها، ودفع الديون، كما يشمل كل عمل من نوع آخر كإصلاح آلة، ونقل بضاعة، وإجراء عملية جراحية لمريض، إلخ..

وقد يعتبر الالتزام الناشئ بعقد الاستصناع التزاماً بالعمل على أحد رأيين للفقهاء في أن المبيع فيه هو العمل أو المعمول. والراجح عندهم الرأي الثاني: أن المبيع فيه هو العين المصنوعة، وعليه المجلة.

وثمرة الخلاف أن الصانع لو جاء بمصنوع شخص سواه موافق للشروط والأوصاف يلزم به المستصنع على الرأي الثاني دون الأول.

د - الالتزام بامتناع عن عمل:

إن ما تقدم من الصور والأمثلة كلها كان موضوع الالتزام فيها إيجابياً يتجلى في القيام بفعل كدفع الدين، وعمل الأجير، وتسليم المبيع والتمن

إلخ... والموضوع الإيجابي هو الصورة الشائعة الغالبة في موضوع الالتزامات.

وقد يكون موضوع الالتزام سلبياً يتجلى في صورة امتناع عن فعل، كالالتزام الوديع بأن لا يتعدى على الوديعة، والتزام المرتهن بأن لا يستعمل المرهون بلا إذن الراهن، والتزام المستأجر بأن لا يتجاوز المعتاد في استعمال المأجور، والتزام الشريك في المال المشاع بأن لا يستعمل العين المشتركة استعمالاً مضراً بحق شريكه.

٢/٧ - إن الموضوع السلبي للالتزامات في الفقه الإسلامي يرى كثيراً في الوجائب المدنية العامة التي يفرضها الشرع كمبدأ عام لصيانة الحقوق والأموال، ومنع العدوان، كالأمثلة التي بينها. فهذه واجبات تثبت حكماً بإيجاب الشرع.

ولم يرد في الاجتهاد الحنفي ما يسوغ أن يكون الامتناع موضوعاً مباشراً للالتزامات العقدية، كتعاقد اثنين على أن لا يفتح أحدهما محلاً تجارياً في جانب محل الآخر لبيع مثل بضاعته، أو كاتفاق أرباب نوع من المعامل مع أحدهم أن يغلق معمله كي ينحصر الانتاج بهم لقاء عوض شهري يدفعونه إليه، كما يجري اليوم بين أرباب المطاحن، ونحو ذلك من الموضوعات السلبية في التعاقد.

وإنما يكون الامتناع موضوعاً غير مباشر في الالتزام العقدي، فيكون من لوازم العقد ومقتضياته بحسب المبادئ الشرعية العامة وأن يصرح به في العقد. فعدم استعمال الوديعة هو من وجائب الأمين العامة. وكذا ما ذكر في مثال المأجور والمرهون لأن عينهما أمانة.

أما العقد على الامتناع عن فعل مدني سائع فهو غير معتبر، لأن من المقرر لدى فقهاءنا أن الإنسان لا يلزم بتحمل الضرر المحض وإن رضى به^(١)، والامتناع عن عمل مدني مشروع هو ضرر لصاحبه.

(١) انظر «درر الحكام شرح غرر الأحكام» لملاخسرو، في البيع الفاسد ١٧٠/٢ من تعليل فساد بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعض.

وفي هذا تختلف نظرية الفقه الحنفي عن الفقه الأجنبي. ففي القوانين الأجنبية قد أقرروا مبدأ التعاقد على الامتناع عن فعل، واعتبروه ملزماً وجعلوا من الموضوع السلبي ميداناً واسعاً للالتزامات العقدية ولا سيما في المضمار التجاري^(١).

٣/٧ - الموضوع الإيجابي، والموضوع السلبي:

هذا، وبناء على جميع ما سلف بيانه - وخاصة أن الالتزام بالدين وبالعين يدخلان في الالتزام بالعمل الذي هو أعم منهما موضوعاً - يمكن تلخيص ما تقدم بأن موضوع الالتزام يكون دائماً بوجه عام أحد أمرين: إما عملاً، وإما امتناعاً عن عمل، أي إما موضوعاً إيجابياً وإما سلبياً.

ويدخل في الموضوع الإيجابي - وهو الفعل - وفاء الدين، وتسليم العين.

٤/٧ - تلازم المسؤولية والمديونية:

الأصل في التشريع الإسلامي - وكذا في النظريات القانونية الحديثة - التلازم بين عنصري المديونية والمسؤولية في المحل.

(١) تقدم في بيان أنواع الحق العيني أن الاجتهاد المالكي يسوغ إنشاء مثل هذا الالتزام السلبي بالعقد في حقوق الارتفاق (ر: ف ٤/٣ الحاشية).

والظاهر أن الاجتهاد المالكي يجيز إنشاء الالتزامات السلبية بالتعاقد على نطاق أوسع. فقد نص المالكية على أنه إذا اتفق المشتري في البيع بالمزاد مع أحد منافسيه أن يكف عن الزيادة لقاء مبلغ يدفعه له فكف المنافس عنها يستحق هذا المنافس المبلغ سواء اشترى ذلك السلعة أم لا.

وهذا من صور التناجش الذي تقدم بحثه في الجزء الأول (المدخل الفقهي ف ٣/٣٥). فإذا تواطأ المشتري مع جميع منافسيه أو أكثرهم على أن يكفوا عن الزيادة كان ذلك غير جائز لضرره بالبائع، ودخل عندئذ في حد عيوب الرضى، فيكون للبائع حق إبطال البيع (ر: شرح الخرشي وحاشية العدوي ٨٣/٥).

ويجب أن يلحظ هنا أن نصوص القانون المدني، (وقبله المادة ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق) تقتضي اعتبار هذه الاتفاقات السلبية ملزمة لأصحابها. فهذا الحكم القانوني هو النافذ لدينا اليوم.

فشخص المكلف في الالتزام هو مدين ومسؤول بالمعنى والتحديد الذي سبق بيانه في الفقرة السابقة.

ولكن قد ينفك محل المديونية عن المسؤولية لعوارض استثنائية، فيكون محل المديونية هو الذمة الشخصية، ومحل المسؤولية هو المال. وذلك كما إذا كان المدين قاصراً، فإن التنفيذ يتعلق رأساً بماله، فلا يحبس في الدين، ولكنه متى ملك تمام أهليته بالبلوغ حمل المسؤوليات شرعاً، وساغ إجباره قضاء على الإيفاء.

٥/٧ - تنبيه:

ظهر مما سلف أنه لا يجب لاعتبار الحق شخصياً في مقاصد الفقهاء أن لا يكون له تعلق بعين معينة.

فقد يكون الحق شخصياً ولو أن موضوعه تسليم عين، كحق المودع على الوديع بتسليم الوديعة؛ وحق المالك على الغاصب برد عين المغصوب، وحق المشتري على البائع بتسليم عين المبيع.

فالحق هنا متجه إلى الفعل المتصل بالعين، وهو التسليم أو الرد، إلخ.. كما تقدم. فهو حق شخصي لمن يتسلم، وهو التزام من المكلف بالتسليم. أما ملكية العين نفسها فهي حق عيني لصاحبها المالك.

الفصل الثامن في شروط الالتزام وتعريفه

تعيين طرفي الالتزام - معلومية محله -
قيمة المحل - تعريف الالتزام - الأسماء
الاصطلاحية لعناصره.

١/٨ - تعيين طرفي الالتزام:

اتضح مما سلف أن كل التزام لا بد فيه من طرفين: الملتزم والملتزم له. فهل يجب أن يكون الطرفان معينين منذ ابتداء الالتزام ونشأته؟ مما لا شبهة فيه أن الملتزم لا بد أن يكون وأن يتعين منذ نشأة الالتزام لأنه هو المكلف أو المدين، ولا يعقل إنشاء دين في ذمة شخص غير معين.

أما الملتزم له، أي صاحب الحق، فإن الأصل فيه أن يكون أيضاً متعيناً منذ نشأة الالتزام. لكن استقصاء الأحكام الفقهية يدل على أنه لا يجب دائماً أن يكون متعيناً ابتداءً، بل قد يكتفي بتعيينه عند استحقاق تنفيذ الالتزام. ومعنى ذلك أنه يمكن أن يقع الالتزام لمجهول في الابتداء:

١ - فقد نص الفقهاء على صحة تنفيل الإمام في الجهاد بقوله محرّضاً للمجاهدين: «من قتل قتيلاً فله سلبه».

وعندئذ من يقتل عدواً يستحق أسلابه ولو لم يكن ممن سمعوا مقالة الإمام وقت التنفيل.

وقد ورد مثل هذا التنفيل عن النبي ﷺ (ر: الدر المختار وحاشيته، باب المغنم من كتاب الجهاد ٢٣٨/٣ وروى ذلك البخاري ومسلم).

٢ - وكذلك أجازوا أن يعلن من يفقد شيئاً جائزة محددة لمن يجده ويأتيه به، ولو لم يكن الخطاب والتكليف موجهاً إلى شخص معين، ويستحق الواجد أجر المثل في أحد رأيين للفقهاء في ذلك^(١). وفي القواعد القانونية يستحق الجائزة.

٣ - وصرحوا أيضاً في العبد الذي يابق - أي يفر من مولاه - أن من أحضره يستحق على مولاه جعلاً قدره أربعون درهماً، وهو حكم ثابت بالسنة. ومقتضاه أن المولى عند الإباق يعتبر ملتزماً للجعل تجاه كل من يتأتى منه رد العبد (رد المحتار ٣/٣٢٦ - ٣٢٧).

٤ - وصرحوا أيضاً أن من ألقى شيئاً وقال: «من أخذه فهو له» أو نحو ذلك، فلمن سمعه أو بلغه قوله هذا أن يأخذه فيملكه.

أما من لم يبلغه الإعلان فلا يملكه إن أخذه، لأنه إنما يأخذه عندئذ على سبيل اللقطة ليرده إلى صاحبه، بخلاف من بلغه القول، فذلك يأخذه على سبيل الهبة، وقد تمت بالقبض بعد الإيجاب.

ولا يضر كونه إيجاب التزام لمجهول لأنه هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة المشككة والملك إنما يثبت عند الأخذ - أي التنفيذ - وهو متعين معلوم، إذ ذاك.

وأصل هذا الحكم يستند فيه الفقهاء إلى حديث نبوي.

حتى أن مجرد الإلقاء بلا إعلان يفيد هذا الحكم إذا قامت قرينة مقام الإعلان كمن ينثر السكر والدراهم في العرس ونحوه، فمن أخذ شيئاً منه ملكه (رد المحتار، آخر كتاب اللقطة).

٥ - وكذلك صرحوا بصحة الإقرار لمجهول جهالة غير فاحشة كما لو قال شخص لاثنين: إن لأحدكما علي مبلغ كذا، وعندئذ ينصف بينهما إن اتفقا (المجلة/١٥٧٨).

(١) والرأي الثاني أنه لا بد لاستحقاق الجعل - أي الجائزة - أن يكون الخطاب موجهاً إلى جماعة حاضرين أو شخص معين تخريجاً على الاستئجار (ر: الدر المختار ورد المحتار، كتاب اللقطة ٣/٣٢١).

على أن صحة الالتزام دون تعيين الملتزم له في هذه الأمثلة الخمسة ونحوها هي حكم استثنائي لا يمكن تعميمه على كل التزام، فإن معظم الالتزامات لا بد فيها من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها، وهذا هو الأصل كما في البيع والإجارة وغيرهما.

٢/٨ - معلومية محل الالتزام:

وكذلك محل الالتزام، فإنه في أغلب الأحوال لا بد أن يكون معلوماً منذ نشوء الالتزام.

وعدم معلومية المحل في الالتزامات العقدية يكون إما مفسداً للعقد المنشئ للالتزام، أو مبطلاً له على اختلاف الاجتهادات في ذلك.

فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي بيع الشيء المجهول وإجارته مثلاً منعقدين لكنهما فاسدان لتأديتهما إلى نزاع مشكل عند التنفيذ، بينما ذهب الاجتهاد الشافعي وغيره إلى بطلان العقد بهذه الجهالة.

ويجري مثل هذا الاعتبار في عقود المعاوضة كافة، كالبيع والإجارة والصلح على بدل والقسمة إذا كان أحد العوضين أو كلاهما مجهولاً.

وإنما قلنا - في أغلب الأحوال - لأن فقهاء الحنفية قد أجازوا في بعض الالتزامات جهالة محلها ابتداءً، واكتفوا بالمعلومية عند التنفيذ.

فقد صرحوا في الكفالة بجوازها وصحتها إذا كفل الإنسان ما سينشأ من دين عند آخر بمبايعته^(١).

وكذلك صرحوا أن يبيع إنسان ما في صندوقه وإن لم يكن مضمونه معلوماً عند العقد.

وصرحوا أيضاً عقد النكاح بمهر مجهول، وأوجبوا فيه مهر المثل، لأن المال ليس مقصوداً أساسياً في النكاح.

(١) ر: الدر المختار، كتاب الكفالة ٤/٢٦٤.

٣/٨ - قيمة محل الالتزام:

هل يجب أن يكون محل الالتزام ذا قيمة؟

إن النظر يقضي حتماً أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية بالنسبة إلى الملتزم له، إذ لا منفعة ترجى من عمل أو كف لا قيمة له، كمن التزم تجاه آخر أن يمشي مدة من الزمن، أو أن يصوم عن الطعام، أو يسهر، أو نحو ذلك من الأعمال المباحة التي لا طائل تحتها أو لا يعود على الملتزم له ثمرة منها^(١).

فالواقع أنه في أغلب الأحوال يجب أن يكون للالتزام قيمة مالية، ولا سيما في الالتزامات التعاقدية، إذ العقد إنما يبغي به الطرفان غاية اكتسابية.

وتتجلى القيمة المادية في الالتزامات الإيجابية بوضوح، كتسليم المبيع والضمن، وعمل الأجير، وأداء الأجرة، والتمكين من منافع المأجور، ونتائج أعمال الشركاء في الشركة إلخ... أما الالتزامات السلبية التي سلف بيانها فكذلك تظهر فيها القيمة المادية بطريق غير مباشر، لأن التزم عدم استعمال الأمانة أو عدم التعدي عليها مثلاً هو مصلحة مالية لصاحبها، لأنه يبعد عنها طرء ما يضرها.

وفي البيع شرط الفقهاء صراحة في جملة شرائط انعقاده أن يكون المعقود عليه مالاً متقوماً. ويفسرون المتقوم في اصطلاحهم بأنه ما يجوز الانتفاع به شرعاً، فيخرج ما لا يجوز الانتفاع به ولو كان ذا قيمة في الأسواق لأنها هدر في نظر الشرع، كالخمر والخنزير بالنسبة إلى عقد المسلم (المجلة/ ١٢٧ و ١٩٩).

على أنه قد رأينا أن الالتزام لا يختص بما كان ناشئاً عن عقد، بل كل تكليف مدني بعهدة على إنسان هو التزم عليه وهو حق شخصي لآخر، كما تقدم في تعريف الحق الشخصي.

(١) هذا كما لا يخفى في الالتزامات المدنية، أما الدينية فقد يصح فيها ما لا يصح مدنياً، كالالتزام بالتعبادات من صلاة وصيام وصدقة ونحوها، وهو ما يسمى: نذراً.

فبهذا الاعتبار نجد أن الالتزام في بعض الأحوال قد تكون قيمته أدبية تتصل بالأخلاق والمصالح المعنوية ونظام الأسرة، كالالتزام المرأة بطاعة زوجها ومتابعته، والالتزام الزوج بحسن معاملتها، فهذا يفرضه الشرع كنتيجة لعقد الزواج؛ والالتزام الولي بأعمال الولاية على قاصر، فإنها عهدة عليه يجب القيام بأعبائها^(١).

٨/٤ - تعريف الالتزام:

بعد أن حصلنا بما سلف بيانه فكرة إجمالية عن الالتزام وموضوعه ننقل إلى تعريفه بالحد القانوني والشرعي مستمداً مما سبق إيضاحه.
فالالتزام هو:

كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره.

وهذا هو خير تعريف نضعه بعد النظر في مختلف التعاريف القانونية الحديثة من مختصر مخل، ومطول فارغ.

إن تأخيرنا هذا التعريف القانوني إلى هنا بعد ما تقدم من التمهيد يجعله واضحاً بلا حاجة إلى إيضاح وتحليل^(٢).

(١) قد اعتبر في التشريع الفرنسي التزام الزوجة بالطاعة والوصي بالوصاية من الالتزامات الأدبية التي مصدرها القانون (ر: نظرية العقد للأستاذ السهوري ف/٧١/ الحاشية/٢).

(٢) نلفت النظر بهذه المناسبة إلى أنه ليس من الضروري، بل ولا من الصواب، ما يحرص عليه بعض علماء القانون في مؤلفاتهم من استيعاب معان في تعريف الالتزام لا يتوقف عليها فهم حقيقته وخصائصها، كقولهم مثلاً في بعض التعاريف التقليدية: «الالتزام هو رابطة قانونية محلها عمل أو امتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية، بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود أو سيوجد».

(ر: «الالتزامات» للأستاذ الدكتور حشمة أبي ستيت ف/٢٥).

ويقصدون بهذه الإطالة الإشارة إلى أنه لا يشترط في محل الالتزام قيمة مادية، كما لا يشترط وجود الملتزم له عند نشوء الالتزام، بل يكفي وجوده عند التنفيذ. أما الملتزم فيشترط وجوده من الابتداء.

فكل هذه النواحي خارجة عن ماهية الالتزام وحقيقته، وعن خاصته المميزة، وإنما هي شرائط قد يشترطها قانون ويهملها آخر.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن علماء القانون الأجنبي، ومن ينقل عنهم من العرب أيضاً، يعرفون الالتزام والحق الشخصي تعريفاً واحداً على أساس أنهما بمعنى واحد كما سلفت الإشارة إليه. وقد سبق أن بينا - في مطلع هذا الفصل - خطأ هذا النظر، وأوضحنا اختلاف مفهوم الحق عن مفهوم الالتزام من حيث أن في الحق معنى الدائنية، وفي الالتزام معنى المديونية، وإن كانا طرفي رابطة واحدة، وعناصرهما واحدة كما تقدم (ر: ف ١/٥ - ٢). وهذا يوجب أن يعرفا بتعريفين مختلفين يظهر منهما هذا الفارق الأساسي. ولذلك عرفنا الحق الشخصي فيما سبق بأنه: مطلب يقره الشرع لشخص على آخر (ر: ف ٤/٢) والآن عرفنا هنا الالتزام هذا التعريف الآخر.

٥/٨ - الأسماء الاصطلاحية لعناصر الالتزام:

اصطلح شراح نظرية الالتزامات على تسمية طرفي الالتزام: دائناً، ومديناً. فالدائن هو الملتزم له، والمدين هو الملتزم، ومحل الالتزام هو الدين. وهذا ترجمة حرفية عن اصطلاح القانون الفرنسي، إذ يسمى الملتزم له: Crédeur والملتزم: Débiteur.

وهذا الإصطلاح - على ما فيه من سهولة الاستعمال والاختصار ووضوح الدلالة - غير مناسب لعرف الفقه الإسلامي واصطلاحه بالنسبة إلى الالتزامات التي موضوعها العمل كما في الأجير والمستأجر، والتي موضوعها ذو قيمة أدبية كواجب الطاعة والمتابعة على المرأة لزوجها، إذ يعد في منتهى البعد عن الذوق الفقهي تسمية الزوجة في هذا مدينة، والزوج دائناً.

والأولى فيما نرى أن يقتصر في التسمية على الألفاظ الثلاثة: الملتزم والملتزم له، والالتزام.

= ومن المقرر علمياً أن الشرائط ليس محلها التعاريف. فلو أردنا مثلاً تعريف عقد الوكالة لوجب أن تقتصر في تعريفها على قولنا: «إنها إئابة شخص لغيره عنه في التصرف» - كما يعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية - فإن تعريفها ليس محلاً لذكر الشرائط المطلوبة في الموكل، والوكيل، والتصرف الذي يجوز فيه التوكيل.

على أنه إذا أريد الاصطلاح على مرادف لهذه الألفاظ الثلاثة بعيداً عن الاشتباه اللفظي في الرسم فخير ما نختاره هو:

الطالب، للملتزم له؛

والمكلف، للملتزم؛

والتكليف، أو العهدة، أو الوجيبة، للالتزام^(١).

(١) لفظ الالتزام قد استعمله الفقهاء الإسلاميون من القديم بمعناه الحديث اليوم في الاصطلاح القانوني.

فقد جاء في الموافقات للشاطبي المالكي بمناسبة الكلام عن خطاب الشارع، - أي النص التشريعي الذي هو أساس التكليف - ما نصه:

«إن من شرط تعلق الخطاب بإمكان فهمه، لأنه إلزام يقتضي التزاماً».

(ر: الموافقات، في بحث «المانع» ١/ ٢٨٥).

ويقول الشيخ عبد العزيز البخاري من كبار فقهاء الحنفية والأصوليين في شرحه «الكشف» على أصول فخر الإسلام البزدوي في بحث بقاء ذمة الشخص أو انهدامها بالموت، ما نصه: «إن ذمة الميت لم تبق محلاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت».

وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق».

(ر: الكشف ٤/ ٣١٤).

وسنرى في نظرية الذمة تعريف الأصوليين لها بأنها: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً للالتزام والالتزام.

obeikandi.com

الفصل التاسع

في مصادر الالتزام

معنى مصدر الالتزام - حصر المصادر
وترتيبها - أساس هذا الحصر

١/٩ - معنى مصدر الالتزام:

مصدر الالتزام هو الأمر أو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام. وهو يقع دائماً في جواب السؤال: من أين نشأ الالتزام؟

فالالتزام بين المتبايعين مصدره عقد البيع؛ والتزام المتلف بالتعويض عما أتلف مصدره الفعل الضار؛ والتزام الأب بنفقة ولده مصدره الشرع نفسه استناداً إلى البنوة والفقر.

ومن ذلك يتضح أن مصدر الالتزام هو سببه نفسه المتقدم ذكره في الفقرة ٣/٥ - وهو الذي يربط العناصر المادية (الطرفين والمحل) برابطة الالتزام - لأن المصدر الذي ينشأ منه الالتزام ليس في الحقيقة إلا الحادث الذي ربط به الالتزام وجوداً وعدماً. وهذا معنى السبب.

وقد صرح الفقهاء والأصوليون أن كل عقد هو سبب للأحكام التي تنشأ عنه، وهي الالتزامات. فإذا كان العقد من مصادر الالتزام كما سيأتي، كانت النتيجة أن سبب الالتزام هو مصدره نفسه^(١).

(١) جاء في رسالة «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» للأستاذ شفيق شحاتة (٤٦/ف) ما نصه:

«وفي الواقع أن من عناصر الالتزام في التشريع الإسلامي السبب، ولو أن ذلك لم يذكر =

٢/٩ - حصر مصادر الالتزام.

ومصادر الالتزام بوجه عام قد استقر الاستقراء والنظر الفقهي على حصرها في خمسة مصادر كلية وهي:

العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع، والشرع^(١).

ومعنى المصدرية في هذه الأمور أن كل التزام لا بد أن يكون مستنداً إلى أحد هذه الأسباب ومتولداً عنه.

ولا يجب أن تشترك كل هذه المصادر أو اثنان منها فأكثر في توليد الالتزام - كما يجب أن تتحقق جميع الشرائط لوجود الأمر المشروط - لأن هذه

= صراحة. والفقهاء عندما يستعملون لفظ «السبب» يقصدون في العادة مصدر الالتزام. وإنما نجد مثلاً الشرطيين يقولون بوجود ذكر «سبب الدين» في ذكر الحق. وكذلك يشترط ذكر السبب في الدعوى بالدين» اهـ. والشرطيون الذين ورد ذكرهم في كلامه هم الفقهاء المؤلفون في موضوع طرائق إنشاء الصكوك التي كانت تسمى «كتب الشروط» كأبي جعفر الطحاوي مؤلف كتاب «الشروط الكبير».

(١) التشريع الفرنسي قد جعل في القانون المدني مصادر الالتزام الخمسة هي: العقد، وشبه العقد، والجرم، وشبه الجرم، والقانون.

وقد بين شراح نظرية الالتزامات المتأخرون أن ذلك التقسيم خطأ ووهم، فلا يوجد شبه عقد، ولا شبه جرم.

وقد بينوا منشأ الوهم في هذا التصور والتسمية بالاستناد إلى القانون الروماني الذي هو أصل القانون الفرنسي، إذ كان مصدر الالتزامات عامة عند الرومانيين الجرائم والعقود فقط. ثم ألحقت بها التزامات ليست ناشئة عن عقد ولا عن جرم، ولكنها تشبه الالتزامات الناشئة عن جرم أو عن عقد، كإتلاف مال الغير، وعمل الفضولي.

فسمى بعض الحقوق المتأخرين من الفرنسيين أسباب هذه الزمرة من الالتزامات: أشباه الجرائم، وأشباه العقود، ظناً منهم أن الشبه المقرر بين أنواع الالتزامات في النظر الروماني هو شبه بين مصادرها، فخلطوا بين الالتزام ومصدره.

وقد ساد هذا الوهم زمناً في النظريات الفرنسية وجاء القانون المدني الفرنسي فبنى على هذا الوهم (ر: نظرية العقد للأستاذ السنهوري).

وإن الذي استقر عليه الرأي القانوني الحديث هو التقسيم الذي ذكرناه، وهو يتفق مع الفقه الإسلامي لأنه مبني على استقراء طبيعي صحيح كما سنرى.

المصادر أسباب مولدة، والأسباب إذا تعددت يكون كل منها مستقلاً عن الآخر في توليد الأثر المسبب عنه. فكلما وجد سبب نشأ عنه الالتزام الذي يقتضيه في نظر الشرع.

٣/٩ - المراد من مصدر الالتزام المتقدم إنما هو السبب المباشر لا المصدر الأمر في إيجاب الالتزام، إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو إلى القانون، لأنه هو الأمر بالالتزام عند وجود تلك الأسباب المباشرة.

على أن بعض شراح نظرية الالتزامات الاجنبية يذهبون إلى هذا الرأي، فيتصورون أن جميع الالتزامات يجب أن يعتبر مصدرها التشريع، إذ إليه المرجع في اعتبار الحادث مولداً للالتزام أو غير مولد^(١).

لكن هذا النظر غير سديد، لأن البحث إنما هو في المصدر المباشر الذي يتولد منه الالتزام، فإن بعض الالتزامات لها أسباب طارئة هي العلة المباشرة في نشوء الالتزام، كالعقد، والإتلاف، والغصب إلخ... فإضافة الالتزام إليها أليق وأقرب، إذ موقف الشرع فيها أشبه بموقف حاكم لا منشئ.

أما الالتزامات التي لا يظهر فيها حادث مباشر تضاف إليه، فيكون إيجابها من التدابير الشرعية التي يتدخل فيها الشرع مباشرة لتحقيق مصالح يقدرها، ونظم حيوية أو اجتماعية يحميها، كنفقة الأقارب، وإيجاب الضرائب، فإنها تضاف إلى الشرع بهذا الاعتبار وإن كانت في الحقيقة تستند إلى أسباب قائمة كوجود القرابة المحرمة مع الفقر والعجز في وجوب نفقة القريب على قريبه، لأن الشرع لا يتدخل ويفرض بلا سبب.

على أنه إذا اعتبر الشرع هو المصدر العام الوحيد اختلطت أنواع المصادر المباشرة، وزالت مزية التمييز والتصنيف فيها، تلك المزية التي يمتاز بها أسلوب نظرية الالتزام العامة.

(١) هذا الرأي يشبه رأي من يقول من علمائنا بأن مصادر الفقه الإسلامي الأربعة - الكتاب والسنة والإجماع والقياس - يجب ردها إلى مصدر واحد وهو القرآن فقط، لأنه هو الأمر باعتبار بقية المصادر. وقد تقدم ذكره ونقده في الجزء الأول (٦/٦).

٤/٩ - الأساس المنطقي لهذا الحصر في مصادر الالتزام:

إن الأستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري قد أتى في كتابه «نظرية العقد» بتحليل ممتاز كشف به عن المستند المنطقي لتعيين مصادر الالتزام في القانون وحصرها وترتيبها. وقد بين فيه كيف تتفرع مصادر الالتزامات، بل مصادر الحقوق كلها قاطبة، من أصل منطقي واحد؛ وأوضح فيه أن هذا الحصر طبيعي عقلي مستوعب.

ونحن نلخص رأيه فيما يلي مع شيء من التصرف وضرب الأمثلة.

٥/٩ - الواقعة الشرعية^(١):

إن كل سبب ينشئ علاقة شرعية أو يؤثر فيها هو أمر يجدّ فيحدث تعديلاً في العلاقات البشرية القائمة قبل وجوده.

فلو تصورنا أنه قد حصل على سطح الأرض سكون وتوقف عن كل حركة أو حادث جديد أمكن أن نقول: إن جميع العلاقات تبقى حينئذ على حالها السابق دون تغير.

فإذا حدث بعد ذلك أية حركة جديدة طبيعية أو إرادية فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات.

إن تلك الحركة الجديدة الواقعة إذا كان من شأنها أن تنتج أثراً شرعياً سميت: «الواقعة الشرعية».

إن الواقعة الشرعية إما أن تكون راجعة إلى إرادة الإنسان، أو تكون مما لا علاقة لإرادته بها.

فهبوب العواصف وانفجار البراكين قد يعتبر قوة قاهرة، أي حالة

(١) إننا نعبر في مباحث الفقه الإسلامي بلفظ «الشرع» حيثما يعبر الباحثون في نظرية الالتزامات بلفظ «القانون» جرياً على اصطلاح فقهاءنا.

فلذا استبدلنا اسم «الواقعة الشرعية» باسم «الواقعة القانونية» الوارد في كلام الأستاذ السنهوري.

اضطرارية تعفي المكلّف من بعض التزاماته المتوقفة على الإمكان، كما إذا حالت دون إمكان انتفاع المستأجر بمأجوره إذ تسقط الأجرة، أو دون قيام متعهد بتعهده في وقته فلا يضمن ضرر التأخير، أو دون قيام وديع بحفظ الوديعة فلا يقع عليه ضمان التقصير.

وقد تكون الواقعة من عمل إنسان فاقد الإرادة والأهلية كالمجنون، أو الصغير غير المميز إذا أتلف مال الغير فإنه يلزم بالضمان (التعويض).

وقد تكون من جهة إنسان ذي إرادة دون أن يكون لإرادته دخل فيها، كالميلاد، فإنه يثبت للمولود حقوقاً؛ وكالموت فإنه ينشئ للورثة أو الموصى لهم حقوقاً كذلك.

فلذا يصح أن يقال بوجه عام:

- إن الوقائع الشرعية إما أن ترجع إلى حوادث الطبيعة أو إلى إرادة الإنسان.

- وما يرجع منها إلى إرادة الإنسان أكثره أعمال مادية قد يريد صاحبها بها أو لا يريد إحداث أثر في العلائق الشرعية القائمة. فهو يأكل ويمشي ويتحدث إلخ.. ولا يقصد إلى أثر شرعي، ولكن قد تتأثر العلائق الحقوقية دون قصد منه.

فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً بعوضه. وكذا إذا مشى دون حيطة فأتلف شيئاً. وإذا ذكر في أحاديثه مثالب غيره بما يعتبر جرم قذف أو قذف وذم حمل بذلك مسؤولية ضمانية أو عقابية.

- ومن الوقائع التي ترجع إلى إرادة الإنسان ما ليست بأعمال مادية، بل هي أعمال الإرادة، والمراد بها توجه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج شرعية معينة. وهذا يسمى: «تصرفاً شرعياً»، تمييزاً له عن الأعمال المادية.

- فمن هذه التصرفات الشرعية ما يرجع إلى إرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف، وهو التصرف الشرعي الوحيد الطرف.

ومنها ما يقترن بإرادة طرف آخر، وهو العقد.

فنستطيع إذن أن نستخلص مما تقدم ونقول: إن الوقائع الشرعية بجميع أنواعها هي مصادر الروابط والعلائق الحقوقية.

٦/٩ - بعدما تقدم إيضاحه يمكن تقسيم الوقائع الشرعية بالتدرج من الأعم إلى الأخص كما يلي:

أ - الوقائع إما طبيعية أو اختيارية.

ب - والوقائع الاختيارية إما أعمال مادية أو تصرفات شرعية.

ج - والتصرفات الشرعية إما وحيدة الطرف، أو متعددة.

والشرع من وراء كل ذلك محيط، فهو الذي يحدد الآثار التي تترتب على الوقائع والأعمال.

٧/٩ - تطبيق هذا الترتيب على مصادر الالتزام بوجه عام:

إن الوقائع الطبيعية، كالجوار والقربة والمرض ونحوها، يرتب عليها الشرع التزامات معينة معلومة في أماكنها لاعتبارات ترجع إلى العدالة والتنظيم الاجتماعي.

لذلك يصح إسناد تلك الالتزامات إلى الشرع رأساً لتدخله المباشر فيها فيكون هو مصدرها.

أما الوقائع الاختيارية فإن أحد قسميها هو التصرفات الشرعية وهذه - سواء منها وحيد الطرف كالوقف، ومتعدده كالعقود المتنوعة - يعتبر مصدرها هو التصرف الشرعي نفسه، وإن كان الشرع هو الذي يأمر بالالتزامات التي تنشأ عنها إذ أن الشرع فيها مصدر غير مباشر، والمصدر المباشر هو التصرف ذاته^(١).

(١) وهو سبب الالتزام في نظر الفقه الإسلامي كما تقدم (ر: ف ١/٩).

والقسم الثاني من الوقائع الاختيارية، وهو أفعال الإنسان المادية،
نوعان:

الأول: أعمال ممنوعة تضر بالغير فتلزم بتعويض الضرر، كالتعدي على النفس أو المال. فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي الضار.

والثاني: أعمال مشروعة^(١) تصدر من واحد فيفتقر بها من حيث يستغني غيره دون سبب مبرر. فيلتزم من اغتنى من إفقار سواه أن يرد إليه ما اغتنى به على حسابه، كمن أدى دين غيره بأمره، أو اشترى شيئاً فتبين بعد ذلك أنه ملك الغير واستحق من يده، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه كان بريئاً منه، حيث يرجع على الأمر في المثال الأول، وعلى البائع في المثال الثاني، وعلى الدائن القابض في المثال الثالث.

فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي النافع. والمصدر غير المباشر في كل من التصرفات الشرعية والأفعال المادية هو الشرع.

فبذلك تنحصر مصادر الالتزامات في الخمسة السابقة الذكر: العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع، (أو الإثراء بلا سبب)، والشرع.

وتطبيقها على ترتيب الوقائع المتقدم ظاهر:

- فالعقد، والإرادة المنفردة يدخلان في التصرفات الشرعية.
- والفعل الضار، والفعل النافع يدخلان في الأفعال المادية.
- وكل من الأعمال المادية، والتصرفات الشرعية، هي وقائع اختيارية.

(١) يجب أن يلحظ الفرق في المعنى بين العمل الشرعي، والعمل المشروع. فالشرعي هو ما يترتب عليه حكم وأثر في نظر الشرع. فالوقائع، حتى الطبيعية منها والأعمال الممنوعة كالجرائم، تسمى شرعية بهذا الاعتبار. أما المشروع فهو ما يسيغ الشرع فعله، ويقره.

- وتقابلها الوقائع الطبيعية التي تنسب مصدرية الالتزام فيها إلى الشرع^(١).

- (١) وأما تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق كافة بجميع أنواعها، لا الالتزامات خاصة، فيمكن تلخيصه كما يلي:
- أ - في الحقوق العينية: أن الأسباب المعروفة شرعاً وقانوناً في اكتساب الحقوق العينية من عقد معاوضة، أو هبة، أو ميراث، أو وصية، أو إحرار، أو شفعة، أو التصاق إلخ... إذا رتب بالترتيب المتقدم في الوقائع كان منها:
- وقائع طبيعية كالميراث والشفعة؛
 - وأعمال مادية كالإحرار؛
 - وتصرفات شرعية وحيدة الطرف كالوصية، أو متعددة الطرف كالبيع.
- ب - في حقوق الأسرة: إن بعض مصادر حقوق الأسرة وقائع طبيعية كما في النفقة والولاية. وبعضها مصدره أعمال مادية، كثبوت النسب، وكثأكد تمام المهر بالخلوة الزوجية بعد العقد. وبعضها مصدره تصرفات شرعية وحيدة الطرف كالحقوق الناشئة عن الطلاق، أو متعددة الطرف كعقد الزواج.
- ج - في الحقوق العامة: وكذلك الروابط التي ينظمها القانون العام:
- بعضها يرجع إلى الوقائع الطبيعية، كحق من توافرت فيه شروط الانتخاب أو الترشيح.
 - وبعضها يرجع لأعمال مادية، كالحقوق والالتزامات التي تنشأ بين الدول في حالة الحرب.
 - وبعضها يرجع إلى تصرفات قانونية من جانب واحد، كنقل الموظف، وعمل الهيئات التشريعية في سن القوانين.
 - وبعضها ينشأ عن أعمال قانونية صادرة من جانبين، كالعقود التي تبرمها الجهات الإدارية مع الأفراد.

الفصل العاشر

في التعريف بنظرية الحقوق العامة وترتيبها في الفقه اللاتيني

١/١٠ - عرفنا مما سبق أن الحقوق المالية أجمع تنقسم في الأصل إلى نوعين أساسيين هما: الحق الشخصي، والحق العيني. (يضاف إليهما نوع ثالث طارئ، هو حق الابتكار).

ورأينا مبني التمييز بين الحق الشخصي والالتزام وبين الحق العيني. وهذا التمييز يرى علماء القانون أنه موجود في الفقه الروماني.

إن الفقه القانوني المنحدر عن الحقوق الرومانية في أوزوبة اللاتينية وكذا التقنيات التي قامت على أساسه مستمدة من أصول رومانية، كلها ترتب أحكامها القانونية ومباحثها على أساس التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني. فهم يتخذون الحق نفسه أساساً للترتيب القانوني.

٢/١٠ - ومن ثم يقسمون القانون المدني إلى قسمين أساسيين:

أ - قسم أول يخصص للحقوق الشخصية وللالتزامات التي تقابلها. ويعرض في هذا القسم بترتيب خاص ما يتعلق بهذه الحقوق الشخصية والالتزامات من مباحث وأحكام.

ب - وقسم ثان يخصص للحقوق العينية، يعرض فيه ما يتعلق بها أيضاً من مباحث وأحكام.

وهذا القسم الثاني المتعلق بالحقوق العينية من الأحكام القانونية قد يسمى

في الاصطلاح القانوني نظرية الأموال، باعتبار أن العنصر البارز المنظور إليه في الحق العيني إنما هو محل هذا الحق وهو المال، لعدم وجود شخص مكلف كما في الحق الشخصي.

يتضح من ذلك أن التمييز بين الحقين الشخصي والعيني في الفقه القانوني الأجنبي هو حجر الأساس الذي تقوم عليه الصياغة الفنية العامة لذلك الفقه كله.

وهذا الترتيب في الصياغة هو الذي جرى عليه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد، تبعاً لمصادرها الأجنبية المستمد منها. فقد انقسمت الأحكام في كل من هذين القانونين إلى قسمين كليين أساسيين كما سبقت الإشارة إليه:

- القسم الأول في الحقوق الشخصية والالتزامات.

- والقسم الثاني في الحقوق العينية.

١٠/٣ - إن القسم الأول من القانون وهو ما يتعلق بالحقوق الشخصية والالتزامات يتضمن جانبين كبيرين من الأحكام:

الجانب الأول: تعالج فيه الأحكام العامة في الحقوق الشخصية والالتزامات، وهي الأحكام التي تخضع لها جميع تلك الحقوق والالتزامات. ويؤلف هذا الجانب من الأحكام التشريعية ما يسمى في الاصطلاح القانوني: قواعد الالتزامات، أو الأحكام العامة في الالتزامات، أو الالتزامات بوجه عام، (كما سماها قانوننا وأصله المصري الجديد) أو: نظرية الالتزام العامة. وهذا هو الاسم المشهور لهذه المجموعة من الأحكام العامة في لسان علماء القانون.

وفي هذه التسمية - كما ترى - تغليب لجانب الالتزام على جانب الحق، حيث قيل: «نظرية الالتزام» ولم يسموها: «نظرية الحق الشخصي»، لأن الالتزام هو المنظور إليه في الدرجة الأولى، إذ أن العنصر البارز في الحق الشخصي هو المكلف الملتزم به. فإن المقصود الأصلي من سن القوانين إنما هو تعيين المسؤول في التصرفات والوقائع وتحديد مسؤوليته.

وإذا كان التشريع قوة مجبرة فمحل الإجماع هو الملتزم.
فبناء على ذلك، إذا قيل: «نظرية الالتزامات» فهي في الوقت نفسه «نظرية الحقوق الشخصية» أيضاً.

والجانب الثاني: تعرض فيه العقود المسماة من بيع وهبة إلخ... عقداً
فعقداً بترتيب خاص، وتذكر فيه الأحكام القانونية التي ينظمها القانون لكل عقد
منها، وذلك لأن الحقوق والالتزامات القانونية التي يولدها كل عقد من هذه
العقود تنطوي على:

أ - أحكام تتماشى مع القواعد العامة المقررة في الجانب الأول المتقدم
الذكر، فتكون بمثابة تطبيق لها وتذكير بها.

ب - وأحكام استثنائية من تلك القواعد تخرج عنها لأسباب وعلل تلحظ
في طبيعة كل عقد، أو في مقتضيات التعامل والتوجيه التشريعي فيه.

هذا، ويتضح من ذلك أن نظرية الالتزام العامة، وهي من ثمرة ذلك
التمييز بين الحقين الشخصي والعيني، تؤلف مع العقود المسماة شطر القانون
وهو الشطر الأهم.

وتأتي هذه العقود المسماة برزخاً حاجزاً بين نظرية الالتزام العامة ونظرية
الأموال (الحقوق العينية) لأن العقود تولد كلا النوعين من الحقوق: الشخصية
والعينية.

١٠/٤ - ترتيب نظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني:

ثم إن ذلك الجانب الأول الآنف الذكر - أي الأحكام العامة المتعلقة
بالحق الشخصي والالتزام - المسمى بالنظرية العامة للالتزامات ينشطر البحث
فيه كله إلى شطرين أساسيين:

(الشرط الأول): يبحث فيه عن مصادر الالتزام الخمسة المولدة له في نظر
القانون وفقهه.

وهي: العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والإثراء بلا سبب،
والقانون.

(والشطر الثاني): يبحث فيه عن الأحوال التي تعتري الحقوق الشخصية والالتزامات بعد تولدها ونشوتها.

٥/١٠ - وهذا الشطر الثاني من الأحكام العامة يسمى في اصطلاح علماء القانون: أحكام الالتزام في ذاته، أي أحوال الالتزام مجرداً، بقطع النظر عن مصادره المولدة له. لأنها تبحث عن الأحوال التي تعتري كل التزام مهما كان مصدره، بينما أن الشطر الأول من تلك الأحكام العامة وهو المتعلق بمصادر الالتزام تبحث في كل مصدر منه الأحكام العامة الناشئة عن ذلك المصدر دون المصادر الأخرى، كأحكام المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية.

- فالأولى (المسؤولية العقدية) ترسم حدوداً تطبق على الالتزامات التعاقدية، أي الناشئة عن عقد بين طرفي الالتزام، وهذه يبحث عنها في نظرية العقد، أي أحكامه العامة.

- أما الثانية: (المسؤولية التقصيرية) فترسم حدوداً تطبق على الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولو لم يكن بين صاحب الحق والملتزم عقد ما. وهذه المسؤولية يبحث عنها في نظرية الفعل الضار.

لذلك وزعت الأحكام العامة في الترتيب كما يلي:

أولاً: ما يتعلق بمصادر الالتزام من أحكام.

ثانياً: ما يتعلق بالأحوال التي تعتري كل التزام بعد تولده؛ مهما كان مصدره، وهو أحكام الالتزام في ذاته.

٦/١٠ - وأحوال الالتزام هذه، أو أحكامه في ذاته هي ما يلي:

١ - آثار الالتزام. ويبحث فيها عن تنفيذه وأنواع هذا التنفيذ (التنفيذ عيناً أو بطريق التعويض) ووسائله القانونية.

٢ - الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام. ويبحث فيها عن:

أ - الشروط التعاقدية التي إذا اشترطها طرفا الالتزام انحرفت بذلك

الالتزام عن حكمه الأصلي الذي كان يثبت له لولا ذلك الاشتراط.

ب - الأجل الذي للالتزام فيؤثر فيه نظير تأثير الشرط.

٣ - انتقال الالتزام. ويبحث فيه حوالة الحق الشخصي (أي تبدل الدائن دون المدين) وحوالة الدين (أي تبدل المدين دون الدائن).

٤ - إثبات الالتزام. ويبحث فيه عن البيانات من وثائق خطية، وشهادات، وعن الإقرار، واليمين، والقرائن، وسائر وسائل إثبات الحق.

٥ - انقضاء الالتزام. ويبحث فيه عن الحالات التي تسقط فيها الالتزامات المدنية عن الملتزم المكلف بها: إما بوفائها عيناً أو بما يقوم مقامه، وإما دون وفاء كما في حالتي الإبراء والتقدم.

هذا ترتيب نظرية الالتزام العامة في تطورها الذي انتهت إليه، ومبناها الذي تقوم عليه صياغتها الفنية الأخيرة وصياغة الفقه القانوني الذي قام حولها. وهو الترتيب الذي اتبعه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد.

١٠/٧ - مزايا وعيوب ترتيب نظرية الالتزام العامة:

إن ترتيب نظرية الالتزامات هذا هو ترتيب له مزايا وفيه عيوب كشف عنها الأنظار القانونية الحديثة التي تتجه إلى ترتيب آخر ظهرت طلائعه في القانون المدني الألماني.

أ - مزايا هذا الترتيب:

فأما مزايا هذا الترتيب فيها فهو أنه جعل منها وحدة نظرية جامعة كشجرة تنتظم جميع فروع الأحكام العامة متفرعة من جذع واحد، هو الحق المالي، فأحد فرعيه، وهو الحق الشخصي، تتشعب مباحثه من مصادره إلى أحواله فتتكون منها مجموعة نظريات جزئية وقواعد وأحكام مترابطة تؤلف نظاماً قانونياً متماسك الأجزاء، يتابع الحق والالتزام من ولادتهما إلى وفاتهما، ويتجلى فيه جمال الصياغة الفنية، والإحاطة والتسلسل، بالصور التي سبق رسمها وشرحها، ولذا استحق هذا النظام اسم: النظرية العامة.

ب - عيوب هذا الترتيب:

على أن جمال هذا المظهر الفني في ترتيب النظرية العامة للالتزامات قد بدأت تظهر فيه عيوب كثيرة لدى النظر والتأمل بمقاييس منطقية جديدة، أصبح بها ترتيب هذه النظرية عرضة لتيار انتقادات قوية منذ أن ظهر الاتجاه الحديث في الترتيب القانوني الذي اعتمده واضعو القانون الألماني، وهو صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب جديد ينطلق من النظر إلى المصدر المولد للحق والالتزام لا من النظر إلى أحوالهما، ويرد هذا المصدر إلى قسمين أساسيين هما: التصرف القانوني، والواقعة القانونية.

وقد أيدهم في هذا الاتجاه فريق من علماء القانون الفرنسيين كالأستاذ سالي وتلاميذه. وبذلك أصبح نجم نظرية الالتزامات مهدداً بالأفول ليحل محلها نظرية عامة تقوم على ترتيب آخر أكثر منطقية وانسجاماً منها^(١).

٨/١٠ - والذي نراه في هذا المقام أن نظرية الالتزام العامة تقوم على أساس من الترتيب غير سديد رغم ما فيها من جمال المظهر الفني في الصياغة.

ونقطة الانطلاق في خطأ ترتيبها فيما نرى هو أنها تتخذ الحق والالتزام أساساً للبحث والتفريع والترتيب مع أنهما - أي الحق والالتزام - أثر لمصدرهما المولدة لهما، ويأتي فيها البحث عن المصدر - وهو المنشئ المؤثر - كفرع في مباحث الحق والالتزام. وهذا خلاف ما يقتضيه الواقع الطبيعي، فإن المصدر يوجد أولاً فيستلزم وجود الحق والالتزام اللذين يأتيان نتيجة مطاوعة في نظر القانون.

فمن الواجب أن يتخذ المصدر، لا الأثر، أساساً للبحث والتفريع

(١) قد أوفى هذه الانتقادات حقها من البحث وأوضحها الأستاذ الدكتور محمود أبو العافية في كتابه القيم الذي عنوانه: «التصرف القانوني المجرد» وبين أن نظرية الالتزامات أصبحت تحمل جميع جرائيم الفناء، مما يحكم معه أنها لا يؤمل لها طول البقاء، فليُنظر ذلك فيه. وهو رسالة دكتوراه نالت الامتياز من جامعة القاهرة.

والترتيب، وتبنى النظرية العامة عليه، وتأتي الحقوق والالتزامات كثمرات ونتائج لأحوال المصدر؛ بعكس ترتيب نظرية الالتزامات التقليدية تماماً.

٩/١٠ - وقد كان من نتائج ذلك الترتيب التقليدي المعكوس في نظرية الالتزامات أن مباحث هامة هي من مصادر الالتزام بمقتضى طبيعتها، ولكنها تذكر في أحواله جرياً مع الترتيب التقليدي:

أ - من ذلك مثلاً أن حوالة الحق والدين تذكران في بحث انتقال الالتزام على أنهما حالة من أحواله؛ بينما هذه الحوالة إنما تتم بعقد، والعقد من المصادر. وبذلك اختلط بحث المصدر بالأحوال.

ب - ومثل ذلك يقال في بحث الشرط والأجل، فإنهما من أحوال العقد لا يتحققان إلا فيه، ولكنهما رغم ذلك يذكران في أحوال الالتزام.

ج - وكذلك عقد الرهن مثلاً فإنه لا يذكر مع العقود المسماة التي تعقب مباحث النظرية العامة بحجة أنه ينشئ حقاً عينياً تبعياً هو حق احتباس المال المرهون. ولذا يذكرونه في الحقوق العينية، مع أن عقد البيع ينشئ الملكية للمشتري وهي - أي الملكية - رأس الحقوق العينية وأهمها وأعمها، ورغم ذلك يذكرونه في العقود المسماة.

د - ثم إن كثيراً من المباحث التي تبحث في قسم الالتزامات والحقوق الشخصية هي مباحث مشتركة بين الحق الشخصي والعيني كنظرية العقد، فإن العقد ينشئ الحق العيني كما ينشئ الحق الشخصي. وهذا مبعث اضطراب في كيان نظرية الالتزامات.

١٠/١٠ - فلهذه الاعتبارات أيضاً نرى من الصواب اتجاه واضعي القانون الألماني إلى صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب آخر لا يقوم على اتخاذ التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني أساساً لبناء النظرية - كما يقوم عليه بناء نظرية الالتزامات -، بل يتخذ مصدر الالتزام أساساً لبناء النظرية العامة، ويقسم هذا المصدر إلى قسمين أساسيين:

- التصرف القانوني، وهو تصرف الإرادات، أي العقد، والإرادة

المنفردة.

- والواقعة القانونية، وهي الحادثة.

١١/١٠ - وهذا الاتجاه الجديد في الصياغة القانونية، وهو الاتجاه الذي تتوقع له السيادة محل نظرية الالتزامات، يتقرب إلى حد كبير من أسلوب الفقه الإسلامي الذي يبنى صياغته كذلك من أساس مصدر الالتزام.

ولكن الفقه الإسلامي يحتاج في هذا الطريق إلى أن تجمع أجزاء النظرية العامة المتفرقة في تعليل جزئيات الأحكام فيه، ويصاغ منها قسم من الأحكام العامة للتصرفات والوقائع قبل عرض العقود المسماة. وعندئذ يتلاقى الفقه الإسلامي في صياغته مع أحدث الاتجاهات القانونية الجديدة.

١٢/١٠ - والفقه المدني الأجنبي القائم على أسس نظرية الالتزامات العامة فيه إنما تنجلي آفاقه والآراء الحقوقية لفقهائه في تلك النظريات الفرعية النابتة على جذع هذا الهيكل الإجمالي للنظرية العامة، والمتعلقة بتقرير كل نوع من أنواع الحقوق والالتزامات في موقعه المناسب من تلك النظرية العامة، كتحديد أركان العقود وشروطها العامة وآثار العقد وانحلاله، وحدود المسؤولية العقدية، ونظرية تأثير الظروف الطارئة في تعديل العقود والالتزامات وانقضائها؛ والنظريات المختلفة في فروع المسؤوليات المدنية المتفرعة عن نظرية الفعل الضار، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، ومسؤولية عدم التمييز وحدود الضمان الذي يترتب على أفعال القاصرين؛ وكالمباحث الخاصة بعد ذلك في العقود المسماة وأحكامها مما يتعلق بكل عقد على حدة، من بيع أو إجارة أو هبة أو إعارة أو غيرها، إلى آخر ما هنالك من مباحث عامة وخاصة، ومن نظريات أساسية وفرعية متشعبة النواحي، يتكون من مجموعها الفقه المدني اليوم في بلاد الغرب موزعاً على نواحي الهيكل العام لنظرية الالتزامات، كما يمس الهيكل العظمي الإنساني لحماً وعصباً وعروقاً وربائط فيكون بشراً سويّاً قائماً بوظائفه الحيوية مسدداً لها.

الفصل الحادي عشر

الفقه الإسلامي ونظرية الالتزام للأجانب

١/١١ - موقف الفقه الإسلامي تجاه نظرية الالتزام الأجنبية.

إن فقهنا الإسلامي يتفق مع نظرية الالتزامات الأجنبية في كثير من الأسس، ويخالفها في بعض المبادئ القانونية والنظريات الفرعية بمبادئ ونظريات أخرى، أو بقيود يلقيها عليها.

فمصادر الالتزام الخمسة العامة التي أسلفنا بيانها كلها من حيث الأساس معتبرة في الفقه الإسلامي:

أ - فنظرية العقد قد بنيت عليها أحكام كلية وفرعية في العقود المختلفة الأنواع في الفقه الشرعي، مما تقدم تفصيله في نظرية العقود من الجزء الأول (المدخل الفقهي العام).

ب - ونظرية الإرادة المنفردة قد بنيت عليها في الفقه الإسلامي جميع التصرفات التي لا يوجد فيها حق لغير المتصرف، كالوقف والوصية والطلاق والإعتاق والإبراء والكفالة إلخ...

ج - ونظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة تعد جزءاً من نظرية الضمانات بالتعدي أو الإلتلاف أو التسبب في الفقه الإسلامي.

د - ونظرية الإثراء بلا سبب قد بنيت عليها في الفقه الإسلامي مسائل كثيرة من أمور الضمان، وحق الرجوع.

فمن ذلك: حق الملتقط في أن يرجع على صاحب اللقطة بما أنفقه عليها من نفقة بإذن الحاكم قبل ظهور صاحبها.

وكذا حق الشريك في الرجوع على شريكه بحصته مما أنفقه من النفقة الضرورية على العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة.

وكذلك حكم الرهن المستعار، وهو الشي الذي يستعيره شخص من آخر لا ليستعمله، بل ليرهنه بإذن المعير لدى ثالث في مقابل قرض، ويكون ذلك غالباً بين الأصدقاء أو الأقارب أو الأزواج.

فلو تلف الرهن المستعار في يد الدائن المرتهن، أو إذا أدى المالك المعير لأجل الرهن ما على المستعير الراهن من دين ليستطيع فكك ماله المعار المرهون، فإن المعير في الحالتين يرجع على الراهن المستعير بما أدى عنه في حالة التأدية، وبما سقط عنه من الدين في حالة تلف المرهون، لأن هذا الراهن قد أثرى على حساب معيره بلا سبب مسوغ^(١).

ولا يعتبر فقهاؤنا المعير للرهن متبرعاً بما يدفعه إلى المرتهن عن ذمة المستعير الراهن بلا إذنه - وإن كانت القاعدة الفقهية «أن من دفع ديناً عن غيره بلا أمره يعتبر متبرعاً عنه لا يرجع بما دفع» - لأن المعير هنا مضطر إلى أداء الدين عن الراهن لتخليص عاريته المرهونة.

(١) من المقرر أن المال المرهون في يد المرتهن مضمون عليه بمقدار ما يعادل الدين المرهون فيه. وما زاد من قيمة المرهون عن الدين يكون أمانة محبوسة في يد الدائن المرتهن، لا يضمن إلا بتعدي المرتهن عليه أو تقصيره في حفظه وصيانه. وعليه فهلاك المرهون في يد المرتهن ولو بلا تعد أو تقصير منه يسقط الدين، إلا ما زاد منه عن قيمة المرهون. فإذا كان المرهون ليس ملكاً للراهن بل مستعاراً للرهن يكون المستعير المدين قد أثرى بسقوط دينه الذي سقط بتلف مال المعير. أي أنه أثرى إثراء متولداً مباشرة من تلف مال غيره. فيضمن لذلك الغير مقدار ما سقط عنه من دينه، وإن كانت العارية في الأصل أمانة غير مضمونة بالهلاك. وهذا الحكم في الرهن المستعار الذي ينص عليها الفقهاء في كتاب الرهن والعارية وذكرته المجلة في المادة ٧٣٢/ منها، هو من أوضح النصوص وأدلها على اعتبار فقهاؤنا أن الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع يعد من موجبات الالتزام والضمان، حيث تغير به حكم العارية من أمانة إلى ضمانة.

وانظر ما تقدم في الجزء الأول «المدخل الفقهي العام» (ف ١٦/ ٩ الحاشية ٢).

ومثل ذلك ما صرح به الفقهاء من أنه لو اشترى شخصان شيئاً فغاب أحدهما فإن للحاضر أن يدفع كل الثمن ويتسلم المبيع، ولا يكون متبرعاً بما أدى عن ذمة شريكه من الثمن، لأنه مضطر إلى الدفع ليتمكن من قبض المبيع والانتفاع بنصيبه منه، فيحبس المبيع عن شريكه حتى يدفع إليه نصيبه من الثمن. (ر: الدرر ١٧٩/٢ فصل شتى البيوع).

فلو اعتبر الحاضر الدافع متبرعاً لكان الغائب مثرياً على حساب غيره بلا سبب موجب، وهو ممنوع.

نعم إن الفقه الشرعي يقيد حق رجوع المفتقر على المثري بأن لا يكون المفتقر فضولياً في عمله؛ بل يشترط أن يكون:

١ - إما مضطراً إلى الأداء عن المثري، كحاجة صاحب الرهن المستعار إلى فكاهه، وحاجة الشريك إلى الإنفاق على العقار المشترك غير القابل للقسمة، صيانة لما له عند امتناع شريكه عن النفقة الضرورية.

٢ - وإما نائباً عن المثري في الأداء أو مأموراً من قبله، كالشخص الذي يكلفه آخر بالإنفاق على ماله أو على عياله أو بوفاء دينه.

٣ - وإما أن يكون عرف الناس يسوغ له أن ينفق ما أنفق عن غيره بلا إذنه في حالات معينة، فيكون مأذوناً عرفاً^(١).

ففي هذه الأحوال فقط - أي حال الاضطرار أو الوكالة والأمر - يستطيع المفتقر أن يرجع على المثري؛ وإلا عد في نظر فقهاءنا متبرعاً لا رجوع له وإن أثرى الآخر على حسابه، كي لا يتدخل بعض الناس في شؤون بعضهم فضولاً.

هـ - وأما الإيجاب القانوني، وهو المصدر الخامس الأخير للوجائب والحقوق في نظرية الالتزامات، فقد بنيت على أساسه في الفقه الإسلامي جميع

(١) كرفيق توفي في الطريق فأنفق رفاقه عليه لتجهيزه ودفنه وجمع أمواله.

التكاليف المدنية التي يوجبها الشرع من نفسه بأوامره مباشرة، كنفقات الأقارب والزوجة، والعشر والخراج، وغير ذلك مما هو كثير.

وهذا كله لا ينافي اختلاف الأنظار التشريعية في شروط تلك النظريات، وفي التطبيقات العملية لها على أنواع المسائل والحوادث. فالعقد الذي يعتبر مستوفي الشرائط في محله أو صحته في الفقه الأجنبي قد يعد ناقصها في الفقه الإسلامي، كبيع الخمر والخنزير، وكعقد الربا.

فالربا يعتبر إثراء بلا سبب مشروع في نظر الشرع الإسلامي، ويعد إثراء بسبب مشروع في نظرية الالتزامات الأجنبية.

واختلاف الحدود التطبيقية للنظريات لا ينافي وجود النظرية واعتبارها في أصلها^(١).

١١/٢ - والواقع أن الفقه الإسلامي أغزر وأخصب جداً من كل فقه قانوني آخر بالنظريات القانونية والأحكام في شتى الشعب الحقوقية.

فقد جاء في أصوله وفروعه بما يسد جميع نواحي نظرية الالتزام العامة

(١) من أمثلة هذا الاختلاف أيضاً بين الفقه الإسلامي والفقه الأجنبي في حدود بعض النظريات الفرعية المتفق على أصلها، وفي قيودها الاستثنائية، حدود تبعة هلاك الأشياء: فمن المقرر في القانون الفرنسي - تبعاً للقانون الروماني - «أن الشيء يهلك على مالكه» في الالتزام بتسليم شيء معين بالذات.

ويتفرع عن ذلك أن المبيع إذا هلك في يد بائعه قضاءً وقدرًا قبل تسليمه إلى المشتري يتحمل المشتري تبعة هلاكه، لأنه بالشراء أصبح هو مالكه، فهلاكه يكون على حسابه.

أما في الفقه الإسلامي فهذه القاعدة مسلم بها لكن لا بصورة مطلقة، بل مقيدة. فمالك الشيء يتحمل هو تبعة هلاكه ما لم يكن غير المالك أولى بهذا التحميل لسبب ما. بدليل أن المال المغصوب يتحمل تبعة هلاكه غاصبه لا مالكه ولو كان هلاكه عند الغاصب قضاءً وقدرًا دون تقصير في حفظه، بمقتضى قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» (ر: المدخل الفقهي ج ١ ف ١٠/٢ ب).

وعلى هذا، فيما أن البائع ملتزم بتسليم المبيع بمقتضى عقد البيع، يكون هو أولى بتحمل تبعة هلاكه عنده إلى أن يفرغ ذمته من هذا الالتزام بتسليم المبيع إلى مشتريه تسليمًا حقيقياً أو اعتبارياً.

الأجنبية ويملاً شعبها ويفيض عنها كثيراً، بكثرة ما فيه من المبادئ الحقوقية المستوعبة التي يتكون منها جسم الكيان الحقوقي المدني الذي تمثله نظريات الالتزام العامة، وإن لم يرتب ترتيبها ولم ييؤب تبويبها.

حتى قال العلماء الراسخون: لا يمكن أن تقع حادثة ما ليس لها حكم في فقه الشريعة الإسلامية إيجاباً أو سلباً.

وهذه كتب الفتاوى التي تكاد لا تحصى كثرة، والتي تمثل الناحية التطبيقية من الفقه الإسلامي، قد تكفلت بالإجابة عن حكم كل ما حدث وسئل عنه.

وقد رأينا أن معنى نظرية الالتزام العامة إنما هو القواعد والأسس التي أقرها التشريع في بناء الأحكام الجزئية عليها مرتبة ومصوغة بأسلوب فني مخصوص. فقواعد كل تشريع هي نظريته العامة في أحكامه القانونية، وإن اختلف تشريع عن تشريع في بعض الأسس نفسها، أو حدودها وفروعها، أو ترتيبها وصياغتها، ولا يخرج عن ذلك إلا ما يكون من تشريع كفي استبدادي لا يبنى على قاعدة ولا يتبع فيه مبدأ.

فالفقه الإسلامي يقوم على أساس نظرية عامة متماسكة الأجزاء بهذا المعنى. ويتجلى في كل مذهب من مذاهبه الانسجام التام في تطبيقات قواعده في شتى المسائل والفصول.

٣/١١ - ومواطن الاتفاق بين تشريعين ليس معناها دائماً أن المتأخر قد استمد أو اقتبس نظريته من المتقدم، بل كثيراً ما يكون الاتفاق نتيجة توارد النظر التشريعي واتفاقه في تقدير المصالح، ولا سيما في مبادئ الحق وقواعد العدل العامة التي لا مجال لاختلاف التفكير في أساسها، وإن اختلف في المناهج المحققة لها أو في جزئيات الأمور التي تأتي في طريقها، أو في صياغة تلك الأسس والقواعد.

والشرائع الإلهية كالشرع الإسلامي، إنما جاءت بالأحكام المدنية لتنظيم مصالح البشر أنفسهم وصيانة حقوقهم بينهم بحسب الحاجة ولم تأت في هذا

الميدان بما يعتاص على أفهامهم، ويتعد عن الصلة بمصالحهم وضروراتهم الحيوية التي يفكرون فيها (ر: الموافقات للإمام الشاطبي ٧/٢ و ٣٠٥ وما بعدها، طبعة المطبعة الرحمانية).

ولذا نجد كثيراً من التوافق بين أحكام الشرع الإلهي وما استقر عليه التفكير السديد بين الناس.

يقول العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام: «... إن الله قد فطر عباده على معرفة معظم المصالح الدنيوية ليحصلوها، وعلى معرفة معظم المفاسد الدنيوية ليركبوها... فمعظم ما تحث عليه الطبائع قد حثت عليه الشرائع. وما اتفق على الصواب إلا أولو الألباب» (قواعد الأحكام ٥١/٢، طبعة دار الباز للنشر - مكة المكرمة).

ولا بأس هنا أن نعيد إلى الذاكرة كلمة ابن قيم الجوزية في كتابه «أعلام الموقعين» و «الطرق الحكيمة» إذ يقول:

«إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات. فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه» وقد أقر الإسلام طائفة من الحقوق والقواعد والأحكام التي كانت عليها العرب في جاهليتها وإن كان قد أتى فيها بقيود وتنظيم تجلى فيه النظام التشريعي، وقضى على اضطراب العمل والتطبيق.

فمن الطبيعي أن نجد كثيراً من التوافق في الفكرة بين القواعد والأحكام التي أقرها الاجتهاد الإسلامي في شتى نواحي الحقوق، وبين ما نجد في الشرائع الوضعية الأخرى وقوانينها مما هو ثمرة التفكير السديد، والتصور الرشيد، والتمييز الصحيح؛ كما رأينا في الأمثلة التي أوردناها آنفاً من فقهاء في التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي في الخصائص والأحكام.

وقد قال الأستاذ العلامة السنهوري في هذا الصدد ما نصه:

«ولقد لفت نظرنا أن هناك بعض نظريات أساسية نرى فيها الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن القانون الروماني والقوانين التي اشتقت

منه... ولا تختلف شريعة عن أخرى فيما يتصل بجوهر الفكرة^(١) فإن هذا الجوهر واحد في كل القوانين وقد يرجع ذلك إلى شيء من الوحدة في التفكير البشري، وشيء من التماثل في النظم والحضارة الإنسانية. وإنما تختلف الشرائع باختلاف الصياغة الفنية التي تخصص بها كل شريعة تكون مستقلة في نمائها وتطورها. فتقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية إنما هو ضرب من الصياغة الفنية تستعين به الشرائع على تقرير المبادئ القانونية. وفي هذا يظهر الفرق بين قانون وقانون» اهـ (نظرية العقد ص/٦).

٤/١١ - هذا وإن الاختلاف البين بين فقه الشريعة الإسلامية ونظرية الالتزامات العامة بشكلها اليوم في التشريع الوضعي الحديث إنما هو في الصياغة والشكل، وفي بعض النظريات الفرعية والأحكام الجزئية أكثر منه في الجوهر والأصل.

فنظرية الالتزامات قد انشئ فيها البحث مبتدئاً من فكرة الحق والالتزام، إلى حصر وترتيب مصادره المولدة له، وهي تصرفات الإنسان المختلفة من قولية وفعلية وما حولها من أحكام عامة، ثم إلى الأحوال المختلفة التي تعترى تلك الحقوق والالتزامات وما يترتب عليها. وتلك الأحكام القانونية مرتب كل منها في نطاق المصدر أو الحالة المتفرع منها. وبذلك تجلت في أسلوب نظرية الالتزام المباحث الكلية أكثر من الجزئية، وكان في نظرياتها المتفرعة تجرد وعموم نشأ عن طريقة تقرير وترتيب المبادئ العامة والانتقال منها إلى فروع الأحكام.

(١) هذا غير مسلم به، فإن حق الدائن في قتل المدين المعدم في الشرع الروماني مثلاً لا يتفق في جوهر الفكرة التشريعية مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية من وجوب إنظار المعسر الذي أعلنه القرآن العظيم بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [الآية ٢٨٠ من سورة البقرة]. وكذا مبدأ الشكليات والمراسم في العقود عند الرومانيين بالنسبة إلى مبدأ الرضائية المطلقة في عقد العقود في الشريعة الإسلامية، إلى غير ذلك من الاختلافات الجوهرية التي توجد بين الشرائع.

أما تدوين الفقه الإسلامي وترتيبه فقد سار بعكس هذا الاتجاه كما سلفت الإشارة إليه، إذ عالج رأساً تصرفات الإنسان الجزئية المولدة للحقوق والالتزامات، وبحث مباشرة في فروع تلك التصرفات قولية وفعلية، من بيع وإجارة ورهن وشركة وغصب وإتلاف... إلخ وفصل الأحكام على الحوادث بهذا الأسلوب والترتيب، ونثر المبادئ العامة والعلل خلال بحث جزئيات الأحكام^(١).

(١) الذي نراه في تحليل اختيار هذا الأسلوب الفروع في تدوين الفقه الإسلامي، أن الفقه إنما بدأ تدوينه بجمع الحوادث التي نقلت فيها أقضية الرسول ﷺ وفتاواه، ثم ما كان من ذلك عن الصحابة الكرام. وكانت طريقة رجال الحديث في هذا الجمع أن يعقدوا أبواباً للتصرفات والأفعال كالبيع والهبة والإجارة والشركة والغصب والإكراه إلخ... فيضعوا كل حادثة منقولة في بابها الخاص.

ثم ابتدأ تدوين الاجتهادات عن طريق الفتيا، أي تسجيل رأي المجتهد فيما يسأل عنه. ولما جاءت الطبقات التي دونت الفقه على أساس علمي مستقل وجدت هذا الأسلوب الفروع أمراً واقعاً فجرت عليه.