وحيد الدين سوار

دكتور فى الحقوق من جامعة القاهرة
حامل الشهادة العالية من كلية الشريعة
فى الجامع الأزهر
استاذ القانون المدني فى كلية الحقوق
بجامعة دمشق

التعبير عن الإرادة
فى
الفقه الإسلامى

دراسة مقارنة بالفقه الغربى

الطبعة الثانية

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع
الجزائر
1979

رقم النشر 804 / 79
© الشركة الوطنية للنشر والتوزيـــع
الجزائر 1979

الاهـــداء

الى ذكـــرى والـــدي . . .

الى المعنيين بالفقه الاسلامي ، العاملين على احيائه ، الجادين فى اتمام خطـــواته ، المتشوقين الى قانون عربي أفضل مستمد من غنى مصادره .

« ان الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقـــوم الناس بالقسط ، وهو العـدل الذى قامت به السماوات والارض .

فاذا ظهرت أمارات الحق ، وقامت أدلته بأى طريق كان ، فثمة من شرع الله ودينه ، ورضاه وأمره »

ابن القيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

(١) أهمية الموضوع من وجهة التقنين المدنى السورى . (٢) أهمية الموضوع من وجهة التشريع المقارن . (٣) طريقة البحث . (٤) خطة البحث .

١ — تتقاسم النظمَ القانونية فى العصر الحديث نزعتان : نزعة ذاتية تغلب فى الالتزام عنصره الشخصى ، وتحفل فى التصرف بإرادة العاقد الباطنة ، وتعتمد معايير ذاتية تعول فيها على النية الخفية . ونزعة موضوعية تجرى شرائعها على العكس من ذلك فتغلب فى الالتزام عنصره المادى ، وتحفل فى التصرف بإرادة العاقد الظاهرة ، وتعتمد معايير موضوعية تعول فيها على العرف والمألوف فى التعامل .

وهمنا فى أبحاثنا القادمة منصرف إلى تحديد موقف الفقه الإسلامى من هاتين النزعتين فى مجال التعبير عن الإرادة ، أهو يتشيع لنظرية الإرادة الظاهرة كما يستفاد من المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى (أصل القانون المدنى السورى) إبان تسويغها لانحياز المشروع للارادة الظاهرة[1] أم أنه على العكس من ذلك ينحاز إلى الإرادة الباطنة كما جرى على لسان بعض الباحثين[2] ؟

ويتضح ما ينبنى على هذه الإجابة من أهمية ، إذا عرفنا أن المسألة التى تتناول دراستها هذه الرسالة هى من أمهات المسائل التى احتدم الخلاف حولها فى مجال القانون المدنى وتجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهى إلى مجال التطبيق فى ميدان النظم القانونية .

٢ — وغير خاف أيضاً ما ينبنى على هذه الإجابة من أهمية فى مجال التشريع المقارن ذلك أن الفقه الإسلامى قد غدا موضع اهتمام رجال القانون فى الغرب منذ أن

---

(١) راجع التقنين المدنى المصرى للاستاذ جمال الدين العطيفى ، ج ١ ، ص ٩ .
(٢) راجع ماسيأتى ، ف ٤٨٥ ص ٤٦٢ .

أعلن الأستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسى المعروف ، فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى انعقد فى مدينة لاهاى عام ١٩٣٢ ، تقديره الكبير للفقه الإسلامى[١] ثم جاءت قرارات مؤتمر لاهاى للقانون المقارن المنعقد عام ١٩٣٧ معترفة بحيوية الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطور ، واستقلالها عن غيرها من التشريعات ، وصلوحها لأن تكون مصدراً من مصادر التشريع عامة[٢] . وكذلك قرارات مؤتمر المحامين الدولى المنعقد فى لاهاى عام ١٩٤٨ فقد جاءت معترفة بدورها بما فى التشريع الإسلامى من مرونة وأهمية موصية اتحاد المحامين الدولى بأن يقوم بتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع والتشجيع عليها . ويتجلى أخيراً هذا الاهتمام بالمؤتمرات التى تقيمها شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة تحت اسم «أسبوع الفقه الإسلامى» ولقد عقد آخرها فى ١٩٥٢/٧/٢٣ فى كلية الحقوق بجامعة باريس برئاسة الأستاذ ميّو Millot أستاذ الفقه الإسلامى فى تلك الكلية ، إذ أصدر المؤتمرون فيه قراراً يعترف بما لمبادىء الفقه الإسلامى من قيمة تشريعية لا يمارى فيها ، وبما ينطوى عليه اختلاف المذاهب الفقهية فى هذا النظام القانونى العظيم من ثروة فى المفاهيم الحقوقية ، وصناعة هى مناط الإعجاب ، يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجاتها[٣] .

---

(١) راجع مقالة لأستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى عن صلاح الشريعة الإسلامية للخلود فى ميدان التطبيق المدنى منشور فى مجلة القضاء العراقية ومنقول فى مجلة نقابة المحامين بدمشق ، السنة الأولى ، عدد ٦ ، ٧ .

(٢) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للاستاذ السايس والسبكى والبربرى ، ص٣٥٣ — ٣٥٤ .

(٣) نشير هنا أن كلية الشريعة فى جامعة دمشق قد أخذت على عاتقها إصدار « موسوعة الفقه الإسلامى » وهو المشروع الذى سبق أن نادى إلى ضرورة تحقيقه عدد من الباحثين فى الفقه الاسلامى وبوجه خاص شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة فى مؤتمرها الذى أشرنا إليه فى المتن

ولقد أشارت المادة الأولى من المرسوم الجمهورى رقم ١٧١١ الصادر بتاريخ ٣ مايس (مايو) ١٩٥٦ إلى أن غاية هذه الموسوعة هى : « صياغه مباحث الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه ، وإفراغها فى مصنف جامع مرتب على غرار الموسوعات القانونية الحديثة بحيث :

(ا) يعرض مواد الفقه الاسلامى عرضاً علميا حديثا .

(ب) ويسهل الرجوع إلى نصوصه فى كل موضوع للافادة منها إلى أبعد حد .

(ج) ويرشد الباحثين إلى مصادر هذا الفقه ومواطن كل بحث فيه . »

٣ — طريقة البحث : عمدنا فى هذه الرسالة إلى انتهاج طريقة موضوعية تاريخية مقارنة .

فهى موضوعية لأنها تعتمد النصوص أولا وعلى هذا لسنا نبدأ بنظرية كى نوجه تفسير النصوص على هداها[1] بل نقطة البداية لدينا هى النصوص نفسها نرتفع منها

وحددت نشرة صادرة عن لجنة موسوعة الفقه الإسلامى الغاية القومية التى ترمى إليها الموسوعة بقولها : « إن موسوعة الفقه الإسلامى ستقرب هذا الفقه العظيم من الشارعين والمتشرعين فى البلاد العربية والإسلامية ، وتساعد على إقامة الحياة فيها على أسس ذاتية نابعة من تراثنا وتقاليدنا وأعرافنا ، وبذلك يستطيع الفقه الإسلامى أن يؤدى خدمته الجلى للوحدة العربية ، ويسهل اتخاذه عندئذ أساساً لتوحيد التشريع فى الوطن العربى الكبير (راجع : موسوعة الفقه الإسلامى ، فكرتها — منهجها ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٩ ، ص ٣) . »

هذا ولقد ترامى إلينا عند إعداد هذه الرسالة للطبع أن وزارة الأوقاف فى الإقليم الجنوبى قد أعدت مشروع قانون يقضى بإنشاء مؤسسة تدعى « دائرة المعارف الإسلامية » ترمى إلى « وضع مدونة جامعة للمعارف الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة تكون فى نفس الوقت فاتحة إشعاع للمعارف الإسلامية على الحضارة الحديثة وإسهاما مضاعفاً فى ركب التطور العالمى للحضارة (راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الخاص بانشاء مؤسسة عامة لدائرة المعارف الإسلامية ١٩٦٠ ، ص ١) . »

وقضت المواد ١٧ و ١٩ و ٢١ من المشروع آنف الذكر أن تتبنى المؤسسة المقترح إنشاؤها مشروع « موسوعة الفقه الإسلامى » الذى كانت لجنة الموسوعة فى دمشق قد بدأت به منذ أربع سنوات على أن تظل دمشق مقرا لهذه اللجنة وأن ينشأ لها مكتب فى القاهرة . وقضت المادة ٢٢ من المشروع المشار إليه باعتماد مبلغ ربع مليون جنيه ، كميزانية لموسوعة الفقه الإسلامى موزعة على خمس سنوات وهو الوقت المحدد لانجاز هذه الموسوعة .

انظر فى تأييد هذا المشروع مقالة للدكتور طه حسين منشورة فى جريدة الجمهورية فى مدينة القاهرة فى عددها الصادر فى ١٥ مايس (مايو) ١٩٦٠ رقم ٢٣٣٨ تحت عنوان « موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى » حيث وصف عميد الأدب العربى هذا المشروع بقوله : « هذا عمل جليل سيكون له ما بعده لا فى حياة العالم الإسلامى وحده بل فى الحياة الانسانية كلها إذا أتيح له من النجاح والعناية ماهو أهل له » وقال أيضاً : « وسيكون هذا المعجم أول إحياء للون من ألوان التراث القديم بأدق معانى هذه الكلمة وأوسعها ... فيعيش الفقه الإسلامى بين المسلمين كما يعيش المسلمون أنفسهم ، ويؤثر فى حياتهم على اختلاف الأجيال والعصور كما أثر فى حياة المسلمين القدماء على اختلاف الأجيال والعصور أيضاً » .

والله نرجو أن يوفق القائمين على هذا المشروع إلى أداء رسالتهم السامية فى سبيل عالم عربى أفضل ، يصل ماضيه المجيد بحاضره المتوثب ، ولما فيه خير هذه الأمة المتشوفة إلى مستقبلها كى تعود كما كانت « خير أمة أخرجت للناس . »

(١) **Jaton,** L' article 24 chiffre 4 CO, thése, Lausanne, 1939, P. 61.

وعن طريقها هي بالذات لنستخلص النظام الفقهي الإسلامي الذي ندرسه . وعلى هذا لن يكون همنا التقريب السريع بين النظم بل سندرس النظام الفقهي الإسلامي طبقاً لروحه الخاصة محتفظين له بنقطة بدايته[1] وعلى هذه الخطة السديدة سار قبلنا أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري[2] .

وهي طريقة تاريخية لم نقف فيها عند الكتب المتداولة للمتأخرين فحسب بل مددنا ببصرنا إلى أمهات الكتب الفقهية في الماضي البعيد لنستقي النصوص مطمئنين من ينبوعها الصافي الأصيل وقبل أن تتعرض لما قد يشوب النقل أحياناً من تبديل أو تغيير . وسنلمس ثمار هذه الطريقة بوجه خاص عند تحقيقنا لشرط السماع في الإيجاب والقبول .

وهي طريقة مقارنة ليست تقتصر على الفقه الإسلامي بل تتناول التقنين الوضعي ، وهي ليست تنحصر في مذهب واحد بل تتناول كل المذاهب ، ذلك لأن الاقتصار على مذهب واحد لا يعطي ، فيما نرى ، صورة كاملة عن حقيقة الفقه الإسلامي فلابد لجلاء هذه الحقيقة من دراسة جميع المذاهب لكي نتعرف إلى ذلك الثراء التشريعي الظليل الذي استظل به الوطن الإسلامي فلبى حاجاته على أحسن شكل وأتم صورة . هذا وسنعمد إلى التعويل على المذهب الأقرب إلى روح المصدرين الرئيسيين الكتاب والسنة

---

(١) يقول مالبرانش : « إن هناك نوعين من التفكير الأول يلحظ في يسر أوجه الخلاف بين الأشياء ... أما الآخر فيتخيل ويفترض التشابه بينها . . . النوع الأول هو وحده الذي يستطيع استخلاص الأفكار الدقيقة الواضحة للأمور التي يواجهها . . . ولهذا فإنه يراها عن قرب ، دون أن يفوته منها شيء ... أما الثاني فإنه يتعرض لأن تكون نظرته سطحية لاتتقبل إلا آثاراً باهتة مختلطة يبصر الأمور عرضاً ، ومن بعد ، وتبدو له متشابهة متقاربة غير واضحة (نقلا عن قلادة ، ص ١٥) . »

(٢) جاء في مصادر الحق (ج ١ ، ص ٢ — ٣) : «لن يكون همنا في هذا البحث إخفاء مابين الفقه الإسلامي والفقه الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك سنعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص ، ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أوخاطئة ، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم ، له صنعة يستقل بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته . وتقضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن في هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي ، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه الغربي ، فإن هذا لايكسب الفقه الإسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع ، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم . »

إذ فى القرب من هذين المصدرين خلاص مما ينتاب الصناعة الفقهية أحياناً من مجافاة لمبدأ العدالة وإغراق فى التعويل على استقرار التعامل .

هذا ولن نعمد إلى إهمال علم أصول الفقه كما جنح إليه بعض الباحثين قبلنا[1] فهو فى نظرنا لا يخلو من فائدة فى دراسة النصوص ولقد لمسنا هذه الفائدة فعلا فى أكثر من موضع فى أبحاث هذه الرسالة[2] .

وليس يفوتنا أن نشير إلى ما أدخلناه على بعض المصطلحات القانونية من تجديد[3] وعذرنا فى هذا التجديد أن هذه المصطلحات لما يستقر بها العرف ، وماينبغى لها أن تدرك الاستقرار قبل أن تخضع للنقد والتمحيص .

٤ — خطة البحث : سنجرى فى دراستنا القادمة وفق الترتيب الآتى :

الباب التمهيدى : النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى .

القسم الأول : دور التعبير عن الإرادة فى تكوين التصرف القانونى .

تمهيد : التصرف القانونى والواقعة القانونية . الباب الأول : التعبير الملقى والتعبير المتلقى . الفصل الأول : إظهار الإرادة . الفصل الثانى : إعلام الإرادة . الباب الثانى : طرق التعبير عن الإرادة . الفصل الأول : التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ الفصل الثانى : التعبير عن الإرادة باللفظ . الباب الثالث : نظرية الإرادة الظاهرة . الفصل الأول : تأصيل نظرية الإرادة الظاهرة . الفصل الثانى : الصرائح والكنايات . الفصل الثالث : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة . الباب الرابع : نظرية السبب . الفصل الأول : نظرية السبب فى الفقه الغربى . الفصل الثانى : نظرية السبب فى الفقه الإسلامى .

القسم الثانى : دور التعبير عن الإرادة فى تحديد آثار التصرف القانونى .

تمهيد : الفصل الأول : التفسير . الفصل الثانى : شرعية آثار التصرف القانونى . الفصل الثالث : القوة الملزمة للعقد . الملحق . الخاتمة .

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة ، ف ١٣ ، ص ٦٤ .

(٢) راجع ماسيأتى ص ٥١ وما ب وف ٢٩٣ وما ب ، ص ٢٩٣ وما ب .

(٣) راجع هامش الصفحات الآتية : ٧٢ ، ٧٥ ، ٣٧٤ .

وختاماً نرى لزاما علينا أن نتقدم بوفير الشكر إلى كل من أسدى إلينا عوناً فى تحضير هذه الرسالة . راجين من الله العلى القدير أن يجعل عملنا خالصاً لوجهه . وأن يسدد خطانا ، ويلهمنا الصواب ، وأن يمدنا من قوته لكى نتابع الطريق الذى بدأناه فى خدمة شريعته ، إنه سميع مجيب .

دمشق — المزرعة

الجمعة فى { ١٧ نيسان (أبريل) ١٩٥٩م / ٩ شوال ١٣٧٨ هـ

وهبة الزحيلى رضا سوار

الباب التمهيدى

الفصل الأول

النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى

١ — إذا شئنا أن نحدد نزعة للشريعة الإسلامية ، فهذه النزعة لا شك موضوعية .[1] ويتضح أثر هذه النزعة بوجه خاص فى مجال التعبير عن الإرادة . ويحسن بنا أن نستهل بحثنا عن التعبير عن الإرادة بإلمامة سريعة بالمواطن التى تتجلى فيها هذه النزعة فى الفقه الإسلامى فنتكلم عن النزعة الموضوعية فى طبيعة الالتزام أولاً ثم فى التصرف القانونى وأخيراً فى الواقعة القانونية .

---

(١) نرى أن الترجمة الأدق لتعبيرى La théorie objective et la théorie subjective الإفرنسيين هى النظرية الموضوعية والنظرية الذاتية ، وقد درج الفقهاء على ترجمة الأولى بالمذهب المادى والثانية بالمذهب الشخصى . راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى جـ ١ ، ص ٨١ و ف ٨ — ٩ ، ص ١٠٧ — ١٠٨ . نظرية الإلتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، ف ١٨ ، ص ١٥ . مصادر الإلتزام للدكتور سليمان مرقص ، ف ١٢ — ١٣ ، ص ١٢ — ١٣ . النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ف ٧ مكرر ، ص ١٠ . مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ، ف ١٠ — ١١ ، ص ١٠ — ١١ .

ونحن نؤثر التسمية الأولى لسببين : أولا : لأن كلمة مادى إلى جانب عدم دقة ترجمتها ، يقابلها لفظ «معنوى» أو روحى . ثانياً : لأن التسمية المفضلة هى المعروفة فى لغة الأدب والفلسفة فى التعبير عن هاتين النظريتين . راجع الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ف ٣٩٤ ، حاشية رقم ١ ، ص ٢٧٤ .

وقد استعمل الدكتور السنهورى فى الوسيط التسميتين ، راجع الوسيط ، جـ ١ ، ص ٧٤ و ٩٣ و ١٧٩ .

المبحث الأول

النزعة الموضوعية فى طبيعة الإلتزام

الفرع الأول

طبيعة الإلتزام فى الفقه الغربى

٢ — يتنازع نظرية الإلتزام فى الفقه الغربى مذهبان : المذهب الشخصى ، والمذهب المادى . يرى المذهب الشخصى أن الإلتزام هو رابطة بين شخصين ، وهى رابطة تبعية وسيادة يخضع بموجبها المدين للدائن ، وهذا الخضوع كان تاماً عند الرومان ، حيث كان للدائن سلطان على حياة المدين وحريته ، فهو إن شاء استرقه وإن شاء أماته .

ثم أخذ هذا السلطان يتناقص مع التطور ، حتى تلاشى على يد أصحاب المذهب المادى الألمان الذين أخذوا ينظرون إلى الإلتزام ، لا على أنه رابطة بين شخصين ، بل على أنه علاقة بين ذمتين : ذمة مدينة ، وذمة دائنة . أما صاحبا هاتين الذمتين فهما متكافئان ، لا سلطان لأحدهما على الآخر ؛ وتبرز قيمة محل الإلتزام لدى هذا المذهب ، حيث ينفصل محل الإلتزام عن طرفيه ، ويتداول فى السوق كقيمة مالية ، بينما تبرز قيمة أطراف الإلتزام لدى المذهب الأول . ويلاحظ أن تطور التعامل الاقتصادى وما اقتضاه من سرعة تداول المال ، أدى إلى انحياز الأنظار الفقهية الحديثة إلى المذهب الثانى .

ويحلل أصحاب المذهب المادى الإلتزام إلى عنصرين هما المديونية والمسئولية . أما المديونية فهى انشغال الذمة بالإلتزام ، وهذا العنصر هو مجرد وصف يفيد تعلق الإلتزام بالذمة فهو حالة ساكنة لا تقتضى إجباراً ولا إكراهاً .

أما المسئولية فهى إمكان الإستيفاء الجبرى ، وهذا العنصر يمثل الإلتزام فى حالة الحركة ، وهو يرتبط بمضمون الذمة المالى ، ولا شأن له بشخص المدين .

وعن طريق تحليل الإلتزام إلى هذين العنصرين ، أمكن توزيعهما على شخص المدين وذمته ، فعنصر المديونية يرتبط بالشخص فهو مدين غير مسئول ، وعنصر المسئولية يرتبط بالذمة وحدها ؛ فمن مضمون هذه الذمة ينهل الدائنون ، ولا شأن لهم بشخص صاحبها .

٣ — ولقد كان لقيام هذا المذهب المادى نتائج عملية هامة :

(١) إمكان انتقال الإلتزام من ناحيتيه الإيجابية (حوالة الحق) والسلبية (حوالة الدين) ولقد أمكن ذلك بفضل فصل المذهب المادى بين أطراف الإلتزام ومحله . أما المذهب الشخصى الذى يرى اتصال المحل بالأطراف فمنطقه لا يستسيغ هذا الانتقال .

(٢) إمكان تصور قيام التزام فى ذمة المدين قبل أن يتعين الدائن اكتفاء بإمكان تعيينه عند التنفيذ . إن وجود الملتزم وحده كاف فى نظر هذا المذهب عند نشوء الإلتزام . فهو الذى سيتحمل عبء الإلتزام ، أما الدائن فيكفى وجوده عند التنفيذ ، ففى هذا الوقت وحده تظهر الحاجة إليه ، ما دامت مهمته تنحصر فى استيفاء الحق الذى نشأ من مصدره . ولا يقبل أنصار المذهب الشخصى فكرة قيام الإلتزام على طرف واحد وهو المدين ، لأن الإلتزام عندهم رابطة بين شخصين : الدائن والمدين ، ووجود كليهما ضرورى عند نشوء الإلتزام وتنفيذه .

٤ — ولقد ساعد استغناء المذهب المادى عن وجود الدائن عند نشوء الإلتزام على تفسير أوضاع حقوقية عملية ، لا تجد تفسيراً لها فى ظل المذهب الشخصى .

(١) فهو أولا يفسر التزام المدين بإرادته المنفردة ، كما هو الحال فى شخص يعد بجائزة لمن يأتى له بشىء مفقود . فالإلتزام ينشأ هنا فى ذمة الواعد قبل أن يتحقق العثور على الشىء المفقود ، وقبل أن يوجد الدائن العاثر ، ما دام هذا الأخير سيوجد عند التنفيذ .

(٢) وهو ثانياً يفسر جواز الإشتراط لمصلحة شخص غير معين أو غير موجود وقت الإشتراط ، كما فى تأمين الأب على حياته لمصلحة أولاده الذين يرزقون له فى المستقبل .

(٣) وهو يفسر أيضاً الإلتزام الذى ينشأ بسند لحامله ، فإنه ينشأ بإرادة المدين ولمصلحة دائن غير معين وقت إنشاء الإلتزام .

الفرع الثانى

طبيعة الإلتزام فى الفقه الإسلامى

٥ — تصطبغ فكرة الإلتزام فى الفقه الإسلامى بصبغة مادية بحتة ،فهى علاقة مالية محضة بمال المدين ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحبس طوال مدة حياته أحداً فى دين قط ، وقال لغرماء المفلس «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»(١) وقد روى أن غرماء معاذ بن جبل طلبوا من النبى صلى الله عليه وسلم حين لم توف أمواله بديونهم ، أن يبيع معاذاً لهم وفاء لدينه ، فقال عليه الصلاة والسلام: « ليس لكم إليه من سبيل »(٢) .

وإلى جانب السنة النبوية نجد القرآن الكريم يصرح بإنظار المدين المعسر إلى قدرته ، فقد جاء فى محكم الكتاب « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » على أن الشريعة السمحاء إن تسامحت مع المدين المعسر فقد حمت الدائن من تعنت المدين الميسور الواجد ، فقد جاء فى الحديث « لَيُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » . وجاء

---

(١) شرح الموجبات والعقود ، زهدى يكن ، ج ١ ، ص ٣٥٥ .

(٢) إن هذه القصة قد تشف عن طبيعة الالتزام لدى العرب قبل الإسلام ، وأن هذا الالتزام كان علاقة شخصية لا مادية يؤكد ذلك المعانى اللغوية لكلمة « دين » لدى العرب ، فقد جاء فى مذكرات أستاذنا الشيخ على الخفيف لدبلوم الشريعة الإسلامية عام ٩٥٢ — ٩٥٣ ، ص ١ : « أصل مادة « دان » ينبىء عن معنى القهر والغلبة ، والإذلال ، والخضوع ويدل على ذلك ما يأتى :

١ — إن من معانى كلمة « الدين » الطاعة ، والذل ، والحساب ، والقهر ، والغلبة ، والاستيلاء ، والسلطان ، والملك ، والخضوع .

٢ — إن كلمة « الديان » تطلق على القهار ، والقاضى ، والحاكم ، والسائس ، والمجازى ، وفى كل هذا أيضاً معنى الخضوع والغلبة .

٣ — إطلاق كلمة « المدين » على العبد ، وكلمة « المدينة » على الأمة ، وعلى المصر ؛ ولذا قيل : دنته بمعنى ملكته .

٤ — يقال « دان القوم » إذا ساسهم ، وقهرهم ، فدانوا له ؛ ويقال أيضاً « دانوه » إذا خضعوا له وانقادوا ، ولذا قيل « دين الملك » و « ملك مدين » بمعنى أطيع ، وملك مطاع .

وعلى هذا الأساس استعملت كلمة « الدين » فيما على الإنسان لغيره من مال ثابت فى ذمته بناء على ما كانت تستوجبه هذه الصلة من خضوع المدين لدائنه ، وبسط الدائن سلطانه عليه ، حتى إنه ليرى أن له حق تملكه بالدين .. » .

أيضاً « مُطْلُ الغَنِيّ ظلم » وظلم المدين الغنى يستدعى إجباره وإكراهه على الوفاء ولو اقتضى ذلك حجز حريته . إنما يتم هذا الحجز لا مباشرة عن طريق الدائن كما كان الأمر يجرى لدى الرومان ، بل عن طريق الحاكم بناء على طلب الدائن ، ؛ وبهذه السلطة التي أعطاها الشارع للقاضى ، وضعت الأمور فى نصابها فلم تسمح الشريعة للمدين أن يتعنت ، ولم تسمح للدائن أن يبالغ فى طغيانه على مدينه ، بحيث يكون له سلطان مباشر على حريته وحياته ؛ وهذا التدبير الذى اقتضته الضرورة لا يجرد الالتزام فى الشريعة الإسلامية من طابعه المـادى ، وإنما هو مجرد ضمان فى يد الدائن ضد المدين الميسور المماطل[1] .

وسنستعرض فيما يلى المواطن التى تبرز فيها الصبغة المادية للإلتزام فى الفقه الإســـلامى .

٦ — (أ) انتقال الإلتزام من ناحيته الإيجابية (حوالة الحق) والسلبية (حوالة الدين) : وإمكان هذا الإنتقال هو نتيجة للفصل ما بين أشخاص الإلتزام ومحله ، وهو أثر من آثار النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى . أما المذهب الشخصى الذى يأخذ بالنزعة الذاتية ، فإن منطقه يقتضى عدم إمكان تغيير طرفى الرابطة ، وهذا ما قضى به القانون الرومانى .

٧ — على أن إقرار الفقه الإسلامى لحوالة الحق وحوالة الدين ، ليست من الأمور المتفق عليها بين الباحثين فى الفقه الإسلامى .

فمنهم من يؤيد هذا الإقرار ، ومن هذا الفريق الدكتور شفيق شحاته ، والأستاذ مصطفى الزرقاء ، ومنهم من يؤيد ذلك بتحفظ ومن هذا الفريق الدكتور عبد الرزاق السنهورى .

---

(١) راجع Louis Milliot , Introduction à l'étude du Droit Musulman, 1953 , p. 207 .

يقرر المؤلف الطبيعة الموضوعية للالتزام فى الفقه الإسلامى ، ويرد على الفقيهين سانتيلانا وموراند اللذان توهما أن الالتزام شخصى ، ويؤكد أن تنفيذ الالتزام يجرى على مال المدين لا جسمه ، وينتهى إلى أن الإسلام قد سبق الغرب فى تحرره من الرق التعاقدى .

(ا) يقول الأستاذ شفيق شحاته ، فى رسالته النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية : « سنرى أن للالتزامات فى الفقه الإسلامى صبغة مادية ، وقد أدت هذه الصبغة إلى إمكان تصور انتقال الإلتزام من ناحيته السالبة ـ يعنى حوالة الدين ـ ، بينما هو لا يقبل الإنتقال من ناحيته الموجبة ـ يعنى حوالة الحق ـ وهذا الإنتقال يتم بواسطة ما أسميه الحوالة[1] . »

وفى محاضرات الأستاذ شفيق شحاته عن حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ، التى ألقاها فى معهد الدراسات العربية العالية عام ١٩٥٤ ، عدل عن رأيه فى حوالة الحق . فقد جاء فيها : « وأما حوالة الحق فالذى اتضح لنا بعد استقرائنا للمسائل ، أن الحكم بعدم جوازها هو فى الواقع حكم مبتسر [2] . »

ويذهب الأستاذ مصطفى الزرقاء فى مؤلفه المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى إلى « أن الواقع المقرر فى نصوص الفقه الحنفى جواز حوالة كل من الحق والدين[3] . »

(ب) على أن الدكتور عبد الرازق السنهورى فى مؤلفه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى يقرر وجود حوالة الحق بشروط معينة فى مذهب واحد من مذاهب الفقه الإسلامى وينفى وجود حوالة الدين بالمفهوم الغربى فى المذاهب الأربعة جميعاً ، فهو يقول :

« كيف صحت حوالة الدين فى مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة ، وصحت حوالة الحق فى مذهب مالك ؟

يفجأ الباحث حقاً ، إذا أخذ بظاهر العبارات أن يجد المذاهب الأخرى فى الفقه الإسلامى ، غير مذهب مالك ، لا تجيز حوالة الحق وتجيز حوالة الدين ، مع أن حوالة الحق تسبق **عادة** فى تطور النظم القانونية حوالة الدين ، بل إن هناك قوانين ، كالقانون الفرنسى ، عرفت حوالة الحق ولا تعرف حتى اليوم حوالة الدين ! ويفجأ

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ف ١٠٦ ، ص ١١٩ .
(٢) محاضرات عن حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية للدكتور شفيق شحاتة ف ٧٧ ، ص ٦١ .
(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، جـ ٢ ، ف ٣٢ ، ص ٧٤ .

الباحث أيضاأن يرى الفقه الإسلامى. يجيز حوالة الدين بالعقد ولا يجيزها بالميراث، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل إن القانون الرومانى فى أعلى مراحل تقدمه ، لم يجز انتقال الدين بالعقد بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث !

على أن البحث الدقيق ، فى نصوص الفقه الإسلامى يزيل هذا العجب ، ويبعد عن الفقه الإسلامى شبهة هذا الشذوذ . فليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق . وإلا كان هذا بدعاً فى تطور القانون. **ومن غير الطبيعى** أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق، كما أنه من غير الطبيعى، أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء ، وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت. لقد كان الفقه الإسلامى فى تطوره طبيعياً ، كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت ، إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده ولا بين الأحياء ، إلا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد ، وعرف حوالة الحق بسبب الموت ، إذ حقوق المورث تنتقل إلى الوارث ، وبين الأحياء بقيود معينة وفى مذهب واحد هو المذهب المالكى .

أما ما يسمى فى الفقه الإسلامى بحوالة الدين ، فهو فى الفقه الحنفى غيره فى فقه المذاهب الثلاثة الأخرى ، وهو فى المذاهب الأربعة جميعاً ليس « حوالة » دين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى[1] » .

٨ — ونحن وإن كنا نتفق مع أستاذنا السنهورى فيما انتهى إليه[2] لسنا نوافقه على الأسس التى ارتكز عليها فى الوصول إلى هذه النتيجة . إن إخضاع الفقه الإسلامى إلى نفس السنن التى خضع لها القانون الرومانى، كما ذهب إليه أستاذنا ،ليس بسديد أضف إلى ذلك أن القانون ، وهو من العلوم الاجتماعية المعقدة ، لا يخضع

---

(١) مصادر الحق ، جـ ٥ ، ص ٨١ — ٨٢ . وانظر رسالة فى هذا الموضوع للأستاذ محمد الحسينى عبد الغفار ورسالة للدكتور عبد الودود يحيى .

(٢) ومع التحفظ بأن انعدام التطابق بين الحوالة فى الفقه الغربى والحوالة فى الفقه الإسلامى يقابله انعدام التطابق بين البيع فى الفقه الغربى والبيع فى الفقه الإسلامى لدخول المقايضة فى الثانى دون الأول .